



# LJZ

## LIECHTENSTEINISCHE

# JURISTEN-ZEITUNG

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

Heft 4

Dezember 2021

42. Jahrgang

### Inhaltsverzeichnis

<b>Vorab</b> .....	153	<b>Rechtsprechungsübersicht</b> .....	225
<b>Abhandlungen</b>		<b>Mitteilungen</b> .....	226
Marie-Louise Gächter: Ein Plädoyer für die effektive Durchsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache <i>Adpublischer</i> .....	154	<b>Fachliteratur</b> .....	235
Philipp Konzett: Einsicht des Dritten in das Verzeichnis wirtschaftlich berechtigter Personen .....	160	<b>Amtliche</b> <b>Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES)</b>	
Matthias Langer, Carina Oberreither: Der VGH als weisser Ritter im Kampf gegen Inländerdiskriminierung: Anrechenbarkeit von Quellensteuern bei liechtensteinischen Fonds.....	172	Staatsgerichtshof.....	225
Matthias Marxer: Die funktionellen Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrates einer liechtensteinischen Aktiengesellschaft.....	176	Verwaltungsgerichtshof.....	255
Marc Julian Mayerhöfer: Der wirtschaftlich Berechtigte beim Straftatbestand der Untreue (§ 153 StGB) im Rechtsvergleich.....	191	Fürstlicher Oberster Gerichtshof.....	273
Lukas Ospelt: Der strafrechtliche Schutz der Ozonschicht in Liechtenstein. Zur Erfüllung von EWR-Vorgaben durch die Rezeption österreichischen Rechts.....	198	Fürstliches Obergericht .....	305
Alexander Schopper/Patrick Raschner: Kryptowährungen in der Bankbilanz.....	209		
Wilhelm Ungerank: Zwei bemerkenswerte stiftungsrechtliche Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	223		

*Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ):*

Für die Redaktion bestimmte Zuschriften und Manuskripte, Besprechungsexemplare und Zeitschriften sind an die Schriftleitung, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1, Sekretariat pamela.begle@gerichte.li, 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](http://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](mailto: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)

## 2021

42. Jahrgang

---

## Vorab

---

R.I.P. **COVID-19-VJBG**, ein Gesetz, dem niemand nachtrauert, sollte ursprünglich an dieser Stelle stehen. Nun musste aber dieses Gesetz, das Ende September ausgedungen war, reaktiviert werden, und zwar befristet bis 30.06.2022 (LGBl 2021/358).

Am 01.09.2021 in Kraft getreten ist die **Abänderung des Sozialhilfegesetzes (SHG)** idF LGBl 2021/220, mit welcher insbesondere die Bestimmungen über die (neu: «fürsorgerische») **Unterbringung** grundlegend novelliert worden sind (Anm.: die bisherigen, rudimentären Art 11–13 sind aufgehoben und durch die neuen, detaillierten Art 18d–18q ersetzt worden). Dabei ist der Persönlichkeits- und Rechtsschutz der von einer Zwangseinweisung betroffenen Personen – zu Recht angesichts der damit verbundenen Freiheitsbeschränkungen – erheblich gestärkt worden, indem nunmehr eine periodische Überprüfung der Unterbringung durch das Landgericht stattzufinden hat (Art 18l) und ein der jeweiligen psychischen Störung angepasster Behandlungsplan zu erstellen ist (Art 18m). Gleichzeitig hat der **Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen** eine gesetzliche Regelung erfahren, wobei hier auf die Art 18r–18u SHG verwiesen sei. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist hervorzuheben, dass nunmehr auch konforme Rekursentscheidungen des Obergerichts im Ausserstreitverfahren mittels **Revisionsrekurs an den OGH** weitergezogen werden können (Art 29a SHG iVm Art 62 Abs 2 AussStrG nF).

Die **Internationale Richtvereinigung (IAJ)** führte – nach einem pandemiebedingtem Unterbruch – ihre **Jahresversammlung 2021 erstmals per Videokonferenz** durch, was vom Sitz in Rom aus organisiert und

– mehr oder weniger reibungslos – administriert wurde. So durfte der Unterzeichnete als «virtuelle Einmann-Delegation» der VLR das Wochenende vom 11./12. September «zoomend» vor seinem Desktop verbringen, statt wie ursprünglich geplant in der attraktiven Reisedestination Costa Rica. Neben den Gesamterneuerungswahlen des Präsidiums (Anm.: neuer IAJ-Präsident ist *Jose Igreja Matos* aus Portugal, zur Vizepräsidentin gewählt wurde die uns nicht nur von der VLR-Exkursion 2018 nach Wien bestens bekannte *Sabine Matejka*) bildete die Statutenänderung ein weiteres Haupttraktandum, womit – aus hinlänglich bekanntem Anlass – Vorsorge für künftige Fälle höherer Gewalt («force majeure») getroffen wurde.

Am 5. November fand in Vaduz die Buchpräsentation des von OGH-Präsident Prof. *Hubertus Schumacher* herausgegebenen, im Manz Verlag bereits 2020 erschienenen **Handbuchs Liechtensteinisches Zivilprozessrecht** (siehe dazu die Rezension in LJZ 2020, 347) sowie des praktisch druckfrischen **Handbuchs Liechtensteinisches Strafprozessrecht (einschliesslich Rechtshilfeverfahren)** des Herausgeberteams *Brandstätter/Nagel/Öhri/Ungerank* (diese Buchbesprechung folgt im nächsten Heft) statt. Mehr zu diesem «Event» von RiAA *Anna Hirschlehner-Montani* unter der Rubrik Mitteilungen.

Wenngleich der Zeitpunkt des Erscheinens des nun vorliegenden Heftes bei Redaktionsschluss noch nicht genau prognostizierbar war, wünsche ich Ihnen, geschätzte Leserinnen und Leser, namens des LJZ/LES-Redaktionsteams ein in jeder Hinsicht gutes neues Jahr: **Prosit 2022!**

*Jürgen Nagel*

## Abhandlungen

### Ein Plädoyer für die effektive Durchsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache *Adpublisher*

Marie-Louise Gächter\*

#### 1. Einleitung

Wenn Datenschutzexperten einen Wunsch frei haben für Erleichterungen, um die aktuelle, oft schwer durchschaubare Rechtsmaterie des Datenschutzes leichter durchblicken zu können, steht höchstgerichtliche Rechtsprechung meist ganz oben auf der Wunschliste. Damit sind nicht nur die nationalen Höchstgerichte in den EWR-Mitgliedstaaten gemeint, sondern vor allem die europäischen Höchstgerichte. Und derer gibt es zwei, auch wenn eines das andere meist in der Öffentlichkeit überstrahlt. Neben dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) ist auch der EFTA-Gerichtshof in Luxemburg ansässig. Und beide haben seit Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)<sup>1</sup> ihren Beitrag zur Auslegung dieser Rechtsmaterie geleistet. Die Resonanz auf die Entscheidungen des EuGH war meist dementsprechend gross, vor allem das Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache *Data Protection Commissioner gegen Facebook Ireland Limited und Maximilian Schrems*<sup>2</sup> sorgt bis heute für viel Aufregung und rauchende Köpfe, wenn es um die Umsetzung des Urteils im Alltag geht. Demgegenüber nahm das Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 10. Dezember 2020 in der Rechtssache *Adpublisher AG v J & K*<sup>3</sup> deutlich weniger Raum ein, und seine Wirkung ging kaum über Liechtenstein hinaus. Und dies trotz der grossen Bedeutung der Entscheidung, vor allem aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger, die ja eigentlich im Mittelpunkt des Datenschutzes bzw. des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung stehen. Mit diesem Beitrag soll die Bedeutung des Urteils gewürdigt und seine Auswirkungen auf den Datenschutz detailliert untersucht werden.

#### 2. Hintergrund des Urteils

Die liechtensteinische Datenschutzaufsichtsbehörde (Datenschutzstelle, DSS) erhielt 2018 zwei Beschwerden gemäss Art 77 DSGVO, bei welchen die Beschwerdeführer den Wunsch äusserten, dass ihre Identität gegenüber

dem Beschwerdegegner, der in beiden Fällen derselbe war, nicht offengelegt werde. Die DSS prüfte die Begehren und stellte fest, dass die Beschwerdeführer in ihren Beschwerden Fragen des Auskunftsrechts gemäss Art 15 DSGVO sowie der Rechtmässigkeit der Datenverarbeitung durch das verantwortliche Unternehmen gemäss Art 5 Abs 1 i.V.m. Art 6 DSGVO geltend machten. Dieses Vorbringen betraf nicht nur die Rechte der beiden individuellen Beschwerdeführer, sondern warf allgemeine, strukturelle Fragen zur Datenerhebung und dem Datenverarbeitungsprozess des Unternehmens auf, welche unabhängig von den beiden Beschwerdeführern und ihrer individuellen Situation zu beurteilen waren. Auf dieser Grundlage liess die DSS die «anonymen» Beschwerden zu und führte die Verfahren gemäss Art 57 Abs 1 Bst. f DSGVO ohne Bekanntgabe der Identität gegenüber dem verantwortlichen Unternehmen durch und erliess die entsprechenden Verfügungen. In der Folge stellte das verantwortliche Unternehmen in seiner Beschwerde an die liechtensteinische Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten (VBK) die Zulässigkeit dieser «Anonymität» in Frage. Die VBK entschied, diese Frage dem EFTA-Gerichtshof gemäss Art 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes<sup>4</sup> vorzulegen.

Zudem ergänzte die VBK die Vorlage mit der weiteren Frage, ob es vereinbar ist mit den Grundsätzen der DSGVO, dass eine betroffene Person, die Beschwerdeführer im Verfahren nach Art 77 DSGVO vor der Datenschutzaufsichtsbehörde ist, im darauf folgenden Rechtsmittelverfahren ebenfalls als Partei gilt und bei Unterliegen zum Kostenersatz verpflichtet ist, obwohl das Rechtsmittel vom ursprünglichen Beschwerdegegner, sprich dem Verantwortlichen im Sinne des Art 4 Ziff. 7 DSGVO, ergriffen wurde. Die zweite Frage stellte sich auf Grund der Regelung der Kostenfrage im Gesetz vom 21. April 1922 über die allgemeine Landesverwaltungspflege (LVG). Nachdem Art 35 LVG keine explizite Regelung für ein kontradiktorisches Verfahren<sup>5</sup> vorsieht, müsste die Ersatzbestimmung für die Entscheidung über die Kostenfrage in Art 36 LVG zur Anwendung gelangen. Diese bestimmt für den Fall, dass «keiner der im vorhergehenden Artikel angeführten Fälle gegeben ist, [...] die Kosten des Verfahrens auf die Parteien angemessen zu verteilen, die den Parteien erwachsenen Kosten gegeneinander wettzuschlagen oder verhältnismässig zu verteilen sind».

\* Tit. Prof. Dr. Marie-Louise Gächter, Leiterin der Datenschutzstelle und Titularprofessorin an der Universität Fribourg.

<sup>1</sup> 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), ABl. L 119 S. 1, ber. ABl. L 314 S. 72 und ABl. 2018 L 127 S. 2.

<sup>2</sup> EuGH C-311/18, *Data Protection Commissioner gegen Facebook Ireland Limited und Maximilian Schrems*, Urteil vom 16. Juli 2020, ECLI:EU:C:2020:559.

<sup>3</sup> EFTA-Gerichtshof E-11/19 und E-12/19, *Adpublisher AG v J & K*, Urteil vom 10. Dezember 2020, LES 2021,1.

<sup>4</sup> Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes vom 2. Mai 1992, Inkrafttreten für das Fürstentum Liechtenstein am 1. Mai 1995, LGBl-Nr 1995.072.

<sup>5</sup> Die Qualifizierung des in Art 77 DSGVO vorgesehenen Beschwerdeverfahrens als «kontradiktorisches» Verfahren findet sich unter anderem in mehreren Entscheidungen der österreichischen Datenschutzaufsichtsbehörde. So etwa im in Rechtskraft erwachsenen Bescheid vom 22. Januar 2021, GZ: DSB-D124.1177/0006-DSB/2019.

### 3. Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 10. Dezember 2020

Die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs in beiden Vorlagefragen war eindeutig und kann als unmissverständliches Votum für eine Stärkung des Schutzes der betroffenen Personen und die Durchsetzung der Betroffenenrechte gewertet werden.

#### 3.1 Zur Vorfrage der Möglichkeit der Nichtoffenlegung der personenbezogenen Daten der Beschwerdeführer

##### 3.1.1 Die Argumente des EFTA-Gerichtshofs: Widerspruchsrecht und ordnungsgemässes Verfahren

Der EFTA-Gerichtshof betrachtet diese Frage unter zwei Gesichtspunkten. Zum einen stellt er fest, dass die Verarbeitung der personenbezogenen (Identitäts)daten der Beschwerdeführer im Rahmen eines Verfahrens gemäss Art 57 Abs 1 Bst. f DSGVO als Datenverarbeitung auf Grundlage von Art 6 Abs 1 Bst. e DSGVO zu werten ist. Verantwortliche Stelle für diese Datenverarbeitung ist die DSS. Diese erfüllt mit der Verfahrensführung die in Art 57 Abs 1 Bst. f DSGVO sowie Art 15 Abs 1 Bst. f Datenschutzgesetz (DSG) gesetzlich definierte Aufgabe. Grundsätzlich ist die Verarbeitung der Identitätsdaten der Beschwerdeführer durch die Behörde erforderlich, um diese Aufgabe zu erfüllen, zumindest was die Arbeit der Behörde intern sowie deren Kommunikation mit den Beschwerdeführern betrifft. Mit der Datenverarbeitung auf Grundlage des Art 6 Abs 1 Bst. e DSGVO ist aber auch ein Widerspruchsrecht für die betroffene Person verbunden, indem Art 21 der betroffenen Person das Recht zugesteht, «aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten, die aufgrund von Artikel 6 Abs 1 Bst. e oder f erfolgt, Widerspruch einzulegen». Macht eine betroffene Person von diesem Recht Gebrauch, «verarbeitet der Verantwortliche die personenbezogenen Daten nicht mehr, es sei denn, er kann zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen, oder die Verarbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen». Im aktuellen Fall ergab sich zudem die besondere Situation, dass der Widerspruch nur einen Teil der Datenverarbeitung betraf, nämlich nicht die Verarbeitung der Daten für die interne Bearbeitung der Beschwerde durch die DSS, sondern lediglich die Weitergabe an den Beschwerdegegner.

Nach dieser Feststellung der Widerspruchsmöglichkeit geht der EFTA-Gerichtshof leider etwas abrupt zum nächsten Argument über und betont, dass Art 58 Abs 4 DSGVO vorsieht, «dass die Ausübung der der Aufsichtsbehörde übertragenen Befugnisse vorbehaltlich geeigneter Verfahrensgarantien einschliesslich wirksamer gerichtlicher Rechtsbehelfe und ordnungsgemässer Verfahren gemäss dem EWR-Recht und dem nationalen Recht erfolgt<sup>6</sup>». Damit bejaht der Gerichtshof die Mög-

lichkeit der Nichtoffenlegung der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers unter der Voraussetzung, dass dadurch nicht die «Garantien eines ordnungsgemässen Verfahrens» für den Beschwerdegegner verletzt würden. Gemäss EFTA-Gerichtshof hat ein «wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz einschliesslich des Rechts auf ein faires Verfahren, das einen allgemeinen Grundsatz des EWR-Rechts darstellt, das gleiche Schutzniveau wie Artikel 6 Absatz 1 der EMRK zu bieten».

Mit dieser Formulierung bzw diesem Umweg vermeidet der EFTA-Gerichtshof die Frage, ob Art 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) im konkreten Verwaltungsverfahren unmittelbar Anwendung findet. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) findet Art 6 EMRK tatsächlich nicht nur in Straf- und Zivilverfahren Anwendung, sondern auch im Verwaltungsverfahren, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Verfahren entweder einen zivilrechtlichen Bezug aufweist oder aber strafrechtlicher Natur ist.<sup>7</sup> Im Zuge seiner Rechtsprechung dehnte der EGMR die Anwendung des Art 6 EMRK auch auf Verfahren aus, die einen Einfluss auf das durch Art 8 EMRK gewährleistete Recht auf Privatsphäre haben.<sup>8</sup> Zumindest aus Sicht der EMRK, aber auch der liechtensteinischen Verfassung gilt der Schutz personenbezogener Daten als ein Element des Schutzes des in Art 8 EMRK bzw Art 32 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein verankerten Rechts auf Privatleben.<sup>9</sup> Somit könnte man neben dem vom EFTA-Gerichtshof beschrifteten indirekten Weg auch von einer unmittelbaren Geltung des Art 6 EMRK in einem nationalen datenschutzrechtlichen Verfahren ausgehen.

##### 3.1.2 Verbindung zwischen den beiden Argumenten?

Eine wirkliche Verbindung zwischen diesen beiden Gesichtspunkten «Widerspruchsrecht nach Art 21 DSGVO» und den «Garantien eines ordnungsgemässen Verfahrens»

gilt nicht für die drei EWR/EFTA Staaten. Er fehlt daher in der für die EWR/EFTA-Staaten geltenden Fassung der DSGVO.

<sup>7</sup> *Grabenwarter C./Pabel K.*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021, S. 498 ff.; *Rainey B./McCormick P./Ovey C.* (Hrsg.), Jacobs, White, and Ovey: the European Convention on Human Rights, 8. Aufl., Oxford 2020, S. 294 ff.; *Villiger M.*, Probleme der Anwendung von Art 6 Abs 1 EMRK auf verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren, AJP 1995, S. 163–171; *Kley A.*, Art 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt: Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege: Analysen und Perspektiven, Zürich 1993.

<sup>8</sup> EGMR 26. Juli 2012, 38773/05, *Savitskiy v. Ukraine*, ECLI:CE:EC:HR:2012:0726JUD003877305.

<sup>9</sup> Vgl. dazu unter anderem StGH 2014/011, Erw. 3.1 unter Berufung auf StGH 2013/36, Erw. 3; StGH 2011/11, Erw. 2.1.; StGH 2013/182, Erw. 3.1; StGH 2008/37+88, Erw. 5.4. Vgl. auch *Beck M./Kley A.*, Freiheit der Person, Hausrecht sowie Brief- und Schriftengeheimnis, in: *Kley A./Vallender K.* (Hrsg.), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS 52, Schaan 2012, S. 143, Rz 24; *Hoch H.*, Archivrecht und Grundrechte – Rechtsgutachten zur Quellenedition des Landesarchivs betreffend die 1930er und 1940er Jahre, LJZ 2011, S. 28–37; *Hoch H.*, Die Regelung des staatlichen Zugriffs auf Fernmelde Daten im Kommunikationsgesetz aus grundrechtlicher Sicht, LJZ 2009, S. 99–103.

<sup>6</sup> Der Zusatz in Art 58 Abs 4 DSGVO «im Einklang mit der Charta»

stellt der EFTA-Gerichtshof allerdings nicht her. Dabei liesse sich eine solche leicht auffinden: Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführer von ihrem Recht auf Widerspruch gemäss Art 21 DSGVO Gebrauch gemacht, und auf ihre *besondere Situation* verwiesen. Nachdem sie sich bereits durch die mehrfachen Werbeschreiben, die sie ohne ihre Einwilligung von verschiedenen Unternehmen erhalten hatten, belästigt und in ihrem Recht auf Privatsphäre verletzt erachteten, wollten sie nicht auch noch ihre Identität gegenüber weiteren Stellen offenlegen.

Daraufhin hatte die DSS gemäss dem weiteren Wortlaut des Art 21 Abs 1 DSGVO zu prüfen, ob sie *zwingende schutzwürdige Gründe* für die Verarbeitung bzw Offenlegung dieser Identitätsdaten nachweisen konnte, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen, oder ob diese Verarbeitung der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dient.<sup>10</sup> Wie bereits der Gesetzeswortlaut «zwingend» vorgibt, hätte die Offenlegung alternativlos sein müssen.<sup>11</sup> Der Begriff der zwingenden Gründe geht somit ganz klar über den Begriff «erforderlich» hinaus. Die zwingenden Gründe müssen so gewichtig sein, dass dem Verantwortlichen oder Dritten durch die Nichtverarbeitung der personenbezogenen Daten des Widerspruchsführers ein «zwingender, unumkehrbarer Nachteil» entstünde.<sup>12</sup> Nachdem es sich bei den zwingenden Gründen also auch um Interessen einer dritten Partei<sup>13</sup> handeln kann, könnte auch etwa das Recht auf rechtliches Gehör des verantwortlichen Unternehmens rein theoretisch darunterfallen.

Nur bei Vorliegen solcher zwingenden Gründe bzw einem zwingenden, unumkehrbaren Nachteil für die DSS oder das verantwortliche Unternehmen wäre eine Offenlegung der Identitätsdaten der Beschwerdeführer gegenüber der verantwortlichen Stelle – entgegen dem Anliegen bzw Widerspruch der Beschwerdeführer – rechtmässig gewesen. Und genau diese zwingenden Gründe sind der Ausgangspunkt, um eine Verbindung zu den Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK herzustellen. Es ist nämlich nicht von vornherein davon auszugehen, dass die Garantien des Art 6 EMRK automatisch als zwingender Grund für die Offenlegung der Identität der Beschwerdeführer gelten, sondern vielmehr ist dieses Verhältnis in einer Einzelfallprüfung zu analysieren.

Neben dem Zugang zu einem Gericht und den Anforderungen an die Gerichtsorganisation beschreibt Art 6

EMRK die Anforderungen für ein faires Verfahren.<sup>14</sup> Das zuständige Gericht oder die zuständige Behörde muss gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR den Parteien die Möglichkeit gewähren, unter wesentlich gleichartigen Bedingungen ihre Prozessstandpunkte effektiv vertreten zu können. Von diesem Recht auf ein faires Verfahren umfasst sind unter anderem der Grundsatz der Waffengleichheit<sup>15</sup>, das Recht auf Akteneinsicht, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Begründung von Entscheidungen. Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist für das Verwaltungsverfahren in Liechtenstein zudem in Art 64 LVG verankert.<sup>16</sup>

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist das Gericht oder die Behörde grundsätzlich verpflichtet, jede ihnen eingereichte Stellungnahme den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen und ihnen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Und auch nach ständiger Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes (StGH) umfasst das rechtliche Gehör den Anspruch der Verfahrensbetroffenen, sich zu allen Punkten des jeweiligen Verfahrens zu äussern<sup>17</sup>, allerdings ist eine vorbehaltlose Offenlegung sämtlicher Informationen (in concreto eine unbedingte Offenlegung der Identität der vor der DSS beschwerdeführenden Betroffenen) indessen vom Schutzbereich des rechtlichen Gehörs nicht notwendigerweise umfasst. Denn auch das Akteneinsichtsrecht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs «gilt nicht absolut und unterliegt denselben Einschränkungen wie andere Grundrechte»<sup>18</sup>. Das rechtliche Gehör kann durch berechnete überwiegende Geheimhaltungsgründe Dritter eingeschränkt werden. Fallgegenständlich ist ein derartiges überwiegendes Geheimhaltungsinteresse durch das gegenüber der DSS geltend gemachte Widerspruchsrecht gemäss Art 21 Abs 1 DSGVO gegeben. Wie bereits ausgeführt, ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teilgehalt des Rechts auf Wahrung der Privat- und Geheimnisse durch Art 32 Abs 1 LV sowie Art 8 Abs 1 EMRK in Liechtenstein grundrechtlich verbürgt. Auch nach jüngerer Rechtsprechung des StGH sind derart erkennbare Grundrechtskonflikte unter angemessener Berücksichtigung der einander entgegenstehenden Grundrechtsinteressen in einem um-

<sup>10</sup> Vgl. näher zu Art 21 DSGVO und den zwingenden Gründen unter anderem *Jabnel D.*, DSGVO. Datenschutz-Grundverordnung, Wien 2021, S. 407 ff.; *Herbst T.*, Art. 21, in: *Kübling J./Buchner B.*, DS-GVO. BDSG. Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2020, insb. Rn 52 ff.; *Zanfir-Fortuna G.*, Article 21. Right to object, in: *Kuner C./Bygrave L. A./Docksey C.*, The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary, Oxford 2020, S. 508–521.

<sup>11</sup> Vgl. *Knyrim R.* (Hrsg.), Der DatKomm, Praxiskommentar Datenschutzrecht – DSGVO und DSG, Wien 2021, S. 27, Rz 42; *Schwartmann R./Jaspers A./Thüsing G./Kugelman D.* (Hrsg.), DS-GVO. BDSG, 2. Aufl., Heidelberg 2020, Art. 21, S. 621, Rz 49; *Kübling/Buchner*, DSG-VO. BDSG, S. 499, Rz 19.

<sup>12</sup> Vgl. *Schwartmann et al.*, DS-GVO. BDSG, Art. 21, S. 621, Rz 49.

<sup>13</sup> Vgl. *Kübling/Buchner*, DSG-VO. BDSG, S. 499, Rz 19.

<sup>14</sup> Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 530 ff.; *Karpenstein U./Mayer F. C.* (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 3. Aufl., München 2021, S. 151 ff.; *Meyer-Ladewig J./Nettesheim M./von Raumer S.* (Hrsg.), EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 186 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Ziegelbecker J.*, 'Gleiche Waffen' in rechtlichen Verfahren? Gedanken zu den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit an die Verfahrensgestaltung, in: *juridikum. zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft*, Juni 2021, Heft 2, S. 247–255. Siehe auch unter anderem EGMR 18. Februar 1997, 18990/91, *Nideröst-Huber v. Schweiz*, Rn 24 mVa EGMR 20. Februar 1996, 15764/89, *Lobo Machado v. Portugal*, Rn 31 und EGMR 20. Februar 1996, 19075/91, *Vermeulen v. Belgien*, Rn 33.

<sup>16</sup> Vgl. *Kley A.*, Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts, Vaduz 1998, S. 251 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Vögt H.*, Anspruch auf rechtliches Gehör, in *Kley/Vallender*, Grundrechtspraxis, S. S. 565–591 (572), mVa StGH 2011/69, ErWG. 2.2.1.

<sup>18</sup> *Ibid.*

sichtigen Abwägungsprozess («praktische Konkordanz») aufzulösen.<sup>19</sup>

Vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies, dass ein Verfahren gemäss Art 77 DSGVO ohne die Offenlegung der Identität des Beschwerdeführers dann durchgeführt werden kann, wenn die Datenschutzaufsichtsbehörde nach sorgfältiger Prüfung feststellt, dass durch die «Anonymität» der Beschwerde der Verantwortliche bzw. Beschwerdegegner keine Einschränkungen bzw. keine unumkehrbaren Nachteile in Bezug auf ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 EMRK erleidet. Im aktuellen Fall konnte gewährleistet werden, dass das Unternehmen Informationen zu allen wesentlichen Tatsachen und Beweismitteln erhalten sowie die Möglichkeit hatte, sich zu allen Gesichtspunkten, zum Vorbringen der Gegenparteien und zum Ergebnis des Beweisverfahrens zu äussern und eigene Beweisangebote zu stellen. Lediglich die Identität des Beschwerdeführers wurde geschwärzt. Die Begründung dieser Schwärzung entspricht jener des EFTA-Gerichtshofs. Dieser argumentiert, dass «eine Offenlegung der Identität der Beschwerdeführer für die wirksame Ausübung des Verteidigungsrechts eventuell nicht nötig ist, wenn die Untersuchung oder Entscheidung eine standardisierte und gleichartige Datenverarbeitung für eine unbestimmte Anzahl von betroffenen Personen betrifft oder auf mehreren gleichartigen Beschwerden basiert».<sup>20</sup> Folglich lagen keine zwingenden Gründe vor, welche die Datenschutzstelle veranlasst hätten, die Identitätsdaten trotz des Widerspruchs der betroffenen Personen offenzulegen. Im Gegenteil: Nachdem die DSS die zwingenden Gründe nicht identifizieren konnte und auch vom verantwortlichen Unternehmen ein Nachweis solcher konkreter zwingender Gründe nicht erfolgt ist, hatte die DSS das «absolute Verarbeitungsverbot als Rechtsfolge des begründeten Widerspruchs»<sup>21</sup> zu befolgen.

### 3.1.3 Das Ende der Geschichte: Bestätigung des Verwaltungsgerichtshofes

Auch wenn der EFTA-Gerichtshof nicht auf diese Details einging und auch keine explizite Verbindung zwischen dem Widerspruchsrecht und den zwingenden Interessen herstellte, erlaubt erst eine solche, das Urteil in seiner Tiefe zu verstehen. Denn die im Urteil implizit beinhaltenen und hier im Detail aufgezeigten Prüfschritte erscheinen als ein unerlässliches Werkzeug für die Aufsichtsbehörden, um in jedem Einzelfall feststellen zu können, ob die Anonymität gewährt werden kann oder nicht. Vermutlich waren auch für die VBK diese Details, vor allem in Bezug auf die zwingenden Interessen, nicht klar erkennbar, denn sonst hätte sie in den beiden Verfahren trotz Zugrundelegung der Antworten des EFTA-Gerichtshofs wohl nicht zu dem überraschenden Ergebnis kommen können, dass in den beiden gegenständlichen Fällen von der DSS keine Anonymität hätte gewährt werden dürfen. Entgegen der Argumentation der VBK geht es nicht um eine Abwägung der Interessen beider Parteien, sondern um die Frage, ob zwingende Gründe auf

Seite des Verantwortlichen bzw. eines Dritten vorliegen, welche die Interessen der Betroffenen überwiegen.

Der VGH hingegen gab am 3. September 2021 der von der DSS gegen die Entscheidung der VBK erhobenen Beschwerde vollumfänglich recht.<sup>22</sup> Er bestätigte, dass es im vorliegenden Verfahren unter Zugrundelegung des Urteils des EFTA-Gerichtshofs zu keiner Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren kam, da das verantwortliche Unternehmen über alle Informationen verfügte und zu allen erforderlichen sachlichen und rechtlichen Punkten gehört wurde. Die Kenntnis der Identität des Beschwerdeführers hätte zu keinem anderen Ergebnis geführt, da die Rechtsverletzung durch den Verantwortlichen ein standardisiertes Verfahren betraf und keine in der Person des Beschwerdeführers begründete individuelle, von anderen betroffenen Personen abweichende Auswirkung hatte.

### 3.2 Zur Vorfrage der Kosten im Rechtsmittelverfahren

Art 57 Abs 3 DSGVO führt aus, dass die Erfüllung der Aufgaben einer Datenschutz-Aufsichtsbehörde für die betroffenen Personen kostenfrei ist. Ziel dieser Bestimmung ist es, Anreize für betroffene Personen zu schaffen, ihre Rechte auch tatsächlich gegenüber Verantwortlichen durchzusetzen.<sup>23</sup> Die Frage, ob die Kostenfreiheit auch in den weiteren Instanzen im Datenschutz-Beschwerdeverfahren gewährleistet werden muss, ist hingegen weder in der DSGVO noch im DSG geregelt.<sup>24</sup> Wenn somit das verantwortliche Unternehmen entscheidet, gegen die Verfügung der DSS gemäss Art 78 Abs 1 DSGVO die VBK als Beschwerdeinstanz anzurufen, könnte der Fall eintreten, dass die betroffene Person zum Kostenersatz verpflichtet würde, wenn das Unternehmen in diesem Verfahren dann obsiegt. Dies ist darin begründet, dass der Fall eines kontradiktorischen Verfahrens dem LVG fremd ist und somit die Kostenfrage nur auf Art 36 LVG gestützt werden kann. Diese Bestimmung sieht genau jene Möglichkeit bzw. «Gefahr» einer Kostentragung durch die betroffene Person vor und kann dadurch für sie entsprechend abschreckend wirken.

#### 3.2.1 Nationale Verfahrensautonomie

Nachdem eine explizite Regelung der Kostenfrage in der DSGVO fehlt, prüfte der EFTA-Gerichtshof den Grundsatz der Verfahrensautonomie und führte dazu aus, dass «im Rahmen des Grundsatzes der Verfahrensautonomie die Umsetzung des gerichtlichen Rechtsbehelfs der nationalen Rechtsordnung überlassen wird, sofern die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität eingehalten werden».<sup>25</sup> Anders als in früheren Urteilen nimmt der Gerichtshof im vorliegenden Fall aber keine detaillierte und weitergehende Analyse der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität vor. Aus der Definition der Grundsätze in anderen Urteilen<sup>26</sup> sowie den Schlussfolgerungen in

<sup>19</sup> StGH 2011/57, ErwG 2.1. mVa StGH 2010/8, ErwG 3.3. und StGH 2006/24, ErwG. 3.4.

<sup>20</sup> EFTA-Gerichtshof, Rn 52.

<sup>21</sup> Schwartmann et al, DS-GVO. BDSG, Art. 21, Rz 60 ff.

<sup>22</sup> VGH 3. September 2021, 2021/029 und 2021/031.

<sup>23</sup> Vgl. Boehm, in: Kübling/Buchner, DSGVO. BDSG, Art. 57, Rz 26.

<sup>24</sup> EFTA-Gerichtshof, Rn 58.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Die Begriffe der Äquivalenz und Effektivität definiert der EFTA-Gerichtshof in anderen Verfahren, wie etwa in der Rs. E-24/13,

Rn 62 des gegenständlichen Urteils kann jedoch darauf geschlossen werden, dass der Gerichtshof im vorliegenden Fall den Grundsatz der Effektivität verletzt sah. Die in Liechtenstein bestehende potentielle Kostenpflicht für die betroffenen Personen im Verfahren vor übergeordneten Instanzen hat eindeutig eine abschreckende Wirkung, wenn die betroffene Person vor der Entscheidung steht, ob sie ihre Datenschutzrechte tatsächlich über den Weg einer Art 77 DSGVO Beschwerde durchsetzen soll oder nicht.<sup>27</sup>

Als übergeordnetes, allgemeines Argument für den Grundsatz der Effektivität führt der Gerichtshof aus, dass «Artikel 3 des EWR-Abkommens die EWR-Staaten verpflichtet, alle geeigneten Massnahmen zur Gewährleistung der Anwendung und Wirksamkeit des EWR-Rechts zu treffen. Es ist integraler Bestandteil der Ziele des EWR-Abkommens, dass die nationalen Gerichte verpflichtet sind, innerstaatliche Vorschriften soweit wie möglich im Einklang mit dem EWR-Recht auszulegen. Folglich müssen sie die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden soweit wie möglich anwenden, um das von der einschlägigen EWR-Norm angestrebte Ergebnis zu erreichen.»<sup>28</sup> Dies gilt sowohl dann, wenn es um nationale Normen geht, welche der Umsetzung einer EWR-Richtlinie dienen, als auch wenn nationales Ver-

fahrensrecht in einem EWR-rechtlichen Kontext zur Anwendung gelangt.

Nicht thematisiert und auf die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Effektivität geprüft werden vom Gerichtshof die von der Regierung in ihrer Stellungnahme vorgeschlagenen Alternativen zur Beschwerde gemäss Art 77 DSGVO. Ganz klar im Widerspruch zum Grundsatz der Effektivität steht die von der Regierung vorgeschlagene Option, dass der betroffenen Person ja die Möglichkeit offenstehe, Informationen an die Datenschutz-Aufsichtsbehörde zu übermitteln, auf deren Grundlage die Aufsichtsbehörde dann eine amtswegige Untersuchung gemäss Art 57 Abs 1 Bst. h DSGVO durchführen könne.<sup>29</sup> Nachdem in einem solchen amtswegigen Verfahren der betroffenen Person kein Recht auf Parteistellung und somit kein rechtliches Gehör bzw Recht auf ein faires Verfahren zukommt, kann es keinesfalls als gleichwertiges Instrument verstanden werden. Ebenso wenig erfüllt der zweite Vorschlag, nämlich die Möglichkeit einer «Verbandsbeschwerde» gemäss Art 80 Abs 1 DSGVO, die Voraussetzung der Gewährleistung eines subjektiven Rechts. Das in Art 77 DSGVO geschaffene Recht auf Beschwerde ist ein individuelles Recht, das jedem betroffenen Individuum im Sinne des Art 4 Ziff. 1 DSGVO vom EWR-Recht (DSGVO) verliehen wurde und zweifelsfrei unter die Definition eines subjektiven Rechts fällt, wie es von den beiden Luxemburger Gerichtshöfen<sup>30</sup> und der Lehre verstanden wird: «The concept of right refers, in my view, to a legal position which a person recognized as such by the law – thus a legal 'subject' (hence the name 'subjective' right) – may have and which in its normal state can be enforced by that person against (some or all) others before a court of law by means of one or more remedies, those are classes of action, intended to make good infringements of the rights concerned, in accordance with procedures governing the exercise of such classes of action and intended to make the remedy concerned operational.»<sup>31</sup>

### 3.2.2 Parteistellung und Amtsermittlungsgrundsatz

Die zweite Argumentationslinie des Gerichtshofs setzt sich mit der Parteistellung im Verfahren gemäss Art 78 Abs 3 DSGVO auseinander. Dabei stellt er fest, dass gemäss liechtensteinischem Verwaltungsrecht im Verfahren vor der VBK dem ursprünglichen Beschwerdeführer, spricht der betroffenen Person, Parteistellung neben dem verantwortlichen Unternehmen zukommt, welches die Beschwerde vor der VBK einbringt. Besondere Kritik bringt dabei der Umstand ein, dass somit der Anschein

Rn 69 ff. folgendermassen: «In Ermangelung einer EWR-Regelung zu Rechtsbehelfen betreffend Verträge über Dienstleistungskonzessionen ist es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen EWR-Staaten, die zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der den Bürgern und Wirtschaftsteilnehmern aus dem EWR-Recht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu bestimmen. Solche Regelungen sollten jedoch erstens nicht weniger günstig gestaltet sein als solche, wie sie für ähnliche einzelstaatliche Verfahren gelten (Grundsatz der Äquivalenz). Zweitens dürfen sie die Ausübung der durch das EWR-Recht verliehenen Rechte in der Praxis nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren.» Vgl. auch die Urteile EFTA-Gerichtshof E-6/17, *Fjarskipti hf. And Siminn hf.*, Urteil vom 30. Mai 2018, Rn 31 ff.; EFTA-Gerichtshof E-7/18, *Fosen-Linjen AS v. AtB AS*, Urteil vom 1. August 2019, Rn 113 ff.; EFTA-Gerichtshof E-10/17, *Nye Kystlink AS v Color Group AS and Color Line AS*, Urteil vom 17. September 2018, Rn 73 ff.; EFTA-Gerichtshof E-8/17, *Henrik Kristoffersen v the Norwegian Ski Federation, supported by the Norwegian Olympic and Paralympic Committee and Confederation of Sports*, Urteil vom 16. November 2018, Rn 134 ff. Vgl. zum Begriff der «Verfahrensautonomie» in Bezug auf die EFTA-Staaten und den EFTA-Gerichtshof: *Haukeland F.*, Europäische Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht, Tübingen 2009, S. 82 ff., der darauf hinweist, dass bis 2009 vom Gerichtshof diese Frage nur sehr zögerlich angesprochen wurde. Ebenso *Krans B./Nylund A.* (Hrsg.), *Procedural Autonomy Across Europe*, Cambridge 2020, S. 1–12.

<sup>27</sup> EFTA-Gerichtshof, Rn 62.

<sup>28</sup> EFTA-Gerichtshof, Rn 63; vgl. dazu auch das Urteil des EFTA-Gerichtshofs E-13/11, *Granville Establishment und Volker Anhalt, Melanie Anhalt und Jasmin Barbaro, geborene Anhalt*, Urteil vom 25. April 2012, Rn 52 oder Urteil des EFTA-Gerichtshofs E-6/13, *Metacom AG vs. Rechtsanwältin Zipper & Collegen*, Urteil vom 27. November 2013, Rn 69. Vgl. auch *Temple Lang J.*, *The Principle of Sincere Cooperation in EEA Law*, in: *Baudenbacher C.* (Hrsg.), *The Fundamental Principles of EEA Law*, Cham 2017, S. 73–89; *Franklin C.*, *Article 3 [Principle of loyalty]*, in: *Arnesen F./Fredriksen H. et al.* (Hrsg.), *Agreement on the European Economic Area*, Baden-Baden 2018, S. 180–196.

<sup>29</sup> Sitzungsbericht in den verbundenen Rechtssachen E-11/19 und E-12/19, Rn 54.

<sup>30</sup> Vgl. dazu EuGH C-32/12, *Soledad Duarte Hueros gegen Autocoba SA und Automóviles Citroen España SA*, Urteil vom 3. Oktober 2013 sowie den entsprechenden Antrag der Generalanwältin, Rn 37 ff.

<sup>31</sup> *van Gerven W.*, *Of Rights, Remedies and Procedures*, *Common Market Law Review* 37:3, 2000, S. 501–536 (502). Ähnlich auch *Rengeling H.-W./Middeke A./Gellermann M.* (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3. Aufl., München 2014, S. 648 ff.; *Tridimas T.*, *The General Principles of EC Law*, Oxford 1999, S. 276–312.

entsteht, dass die betroffene Person die Entscheidung der DSS zu verteidigen hätte, und zwar nicht nur in Bezug auf jene Punkte, welche sie selbst in ihrer Beschwerde gemäss Art 77 DSGVO direkt geltend gemacht hat, sondern auch in Bezug auf «Aspekte, die nicht Gegenstand ihrer Beschwerden waren», sondern welche die DSS auf Grundlage des Amtsermittlungsgrundsatzes mitunter sucht hat.<sup>32</sup>

Mit dieser Argumentationslinie bestätigt der Gerichtshof den immer wieder kritisierten Amtsermittlungsgrundsatz, wonach eine Aufsichtsbehörde im Rahmen eines Verfahrens zur Prüfung einer Beschwerde nach Art 77 DSGVO nicht ausschliesslich an das Parteivorbringen gebunden ist, sondern darüber hinaus auch amtswegige Feststellungen treffen kann, sprich weitere mögliche Verstösse aufgreifen und untersuchen kann, die der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht direkt vorgebracht hat, die aber in engem Zusammenhang damit stehen. Diese Möglichkeit ist in der DSGVO nicht explizit vorgesehen und ruft daher immer wieder Kritik hervor. Wenngleich in zahlreichen Kommentaren ein solches Vorgehen der Aufsichtsbehörden befürwortet wird<sup>33</sup>, ist die Klarstellung durch den EFTA-Gerichtshof ein deutliches Votum für die Unabhängigkeit sowie die weitreichenden Kompetenzen und Entscheidungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden.

Die Intention der Verfasser der DSGVO war es, die Anforderungen an das Einbringen einer Beschwerde gemäss Art 77 DSGVO möglichst gering zu halten. Folglich verlangt Art 77 DSGVO nur, dass die betroffene Partei geltend macht, dass die Verarbeitung ihrer Daten im Widerspruch zur DSGVO erfolgt. Aufgrund der Komplexität der DSGVO kann nicht erwartet werden, dass eine unvertretene, nicht rechtskundige Privatperson eine Verletzung ihrer Datenschutzrechte explizit den einzelnen konkreten Artikeln der DSGVO zuordnen kann. So ist es etwa möglich, dass eine betroffene Person geltend macht, dass sie nie zum Erhalt eines Newsletters eingewilligt hat und ihr dieser nie hätte zugestellt werden dürfen. Damit in Zusammenhang stehen aber auch Fragen der Information nach Art 13 DSGVO oder das Widerrufsrecht betreffend. Wird der Newsletter zudem über ein in den USA ansässiges Unternehmen als Auftragsverarbeiter zugestellt, stellt sich die Frage der Zulässigkeit des damit verbundenen Datentransfers in die USA als unsicheres Drittland. Einer Privatperson kann nicht zugemutet werden, alle diese mit ihrem ursprünglichen Beschwerdebegehren in Zusammenhang stehenden Punkte zu erkennen und aufzugreifen.<sup>34</sup> Es kann und muss somit Aufgabe der Aufsichtsbehörde sein, die Beschwerde in einem «angemessenen» Umfang zu untersuchen, der auch Verletzungen mitumfasst, die nicht direkt geltend

gemacht wurden. Das Urteil des EFTA-Gerichtshof hat somit auch diese Frage geklärt und die Position der Aufsichtsbehörden gestärkt.

Abschliessend hält der EFTA-Gerichtshof fest, dass er sich damit abfinden kann, dass das liechtensteinische Verfahrensrecht die betroffene Person im Verfahren nach Art 77 DSGVO automatisch – sprich unabhängig von ihrem Willen, ein solches Verfahren anzustrengen – auch zu einer Partei im nachfolgenden Beschwerdeverfahren nach Art 78 DSGVO macht. Doch unabhängig von der Parteistellung stellt er unmissverständlich fest, dass in solch einem «automatischen» Fall keinerlei Kosten auf die betroffene Person zukommen dürfen.

Wenngleich damit die von der VBK vorgelegte Frage im Sinne des Datenschutzes beantwortet wurde, ist es etwas bedauerlich, dass diese Lösung hinter der im deutschen Bundes-Datenschutzgesetz (BDSG) in § 20 Abs 1 und 5 geregelten Parteistellung zurücksteht. Gemäss Art 20 § 5 BDSG sind Beteiligte eines Verfahrens (1) die natürliche oder juristische Person als Klägerin oder Antragstellerin und (2) die Aufsichtsbehörde als Beklagte oder Antragsgegnerin. Diese Lösung sorgt nicht nur für Klarheit, sondern dient auch der Verwirklichung des Amtsermittlungsgrundsatzes und der Kompetenzen der Aufsichtsbehörden. Nachdem bei diesem Ansatz die Aufsichtsbehörde in einem weiterführenden Verfahren vor übergeordneten Instanzen automatisch Parteistellung erhält und die Position des Beschwerdegegners einnimmt, kann bzw muss sie ihre Entscheidung immer vertreten, sowohl betreffend das ursprüngliche Beschwerdevorbringen als auch den Amtsermittlungsgrundsatz.

#### 4. Fazit

Das Urteil des EFTA-Gerichtshofs ist zweifelsfrei ein überzeugender Wegweiser in Bezug auf die Bedeutung der Rechte der betroffenen Personen und deren Durchsetzbarkeit, denn die Luxemburger Richter haben sich klar für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und eine effektive Rechtsdurchsetzung ausgesprochen. Darüber hinaus haben sie in ihrem Urteil in vielfacher Hinsicht klargestellt, welche tragende Rolle die nationalen Verfahren haben, wenn es darum geht, dem Datenschutz die Rolle einzuräumen, die ihm als Grundrecht in der EU und als elementarer Bestandteil des Rechts auf Privatsphäre gemäss Art 8 EMRK bzw Art 32 der Liechtensteinischen Landesverfassung zukommt. Es wäre zwar wünschenswert gewesen, dass der Gerichtshof in seinen Ausführungen mancherorts etwas präziser gewesen wäre und die wesentlichen Verbindungen zwischen einzelnen Rechtsgrundsätzen bzw Rechtsnormen etwas deutlicher herausgearbeitet hätte. Doch zu guter Letzt haben diese Ungenauigkeiten auch dem VGH die Gelegenheit gegeben, seine Sichtweise dazu zu offenbaren und für Klarstellung zu sorgen. Dieser zweite Blick nationaler Höchststrichter hat letztlich für eine weitere Bestätigung der Rechte der Bürgerinnen und Bürger gesorgt.

<sup>32</sup> EFTA-Gerichtshof, Rn 59.

<sup>33</sup> Für diesen Ansatz spricht sich unter anderem aus *Kübling/Buchner*, DS-GVO. BDSG, S. 1069, Rz 16.

<sup>34</sup> Vgl. *Schweiger T.*, in: *Knyrim*, Der DatKomm, Art 77, Rn 11/1. Vgl. auch unter Bezugnahme auf die österreichische Rechtslage *Jahnel D.*, DSGVO, Art 77, Rz 32. Auch das österreichische Bundesverwaltungsgericht bestätigte in einer Entscheidung vom 15. April 2020 (W211 2215821-1), dass «§ 24 Abs 2 DSG nicht formalistisch ausgelegt werden darf und keine 'formell und inhaltlich vollendete' Beschwerde verlangt».

## Einsicht des Dritten in das Verzeichnis wirtschaftlich berechtigter Personen

Philipp Konzett\*

### 1. Einleitung

Die Einführung des Verzeichnisses wirtschaftlicher Eigentümer (jetzt Verzeichnis wirtschaftlich berechtigter Personen, nachfolgend «VwbP») hat in Liechtenstein durchaus für Furore gesorgt. Das Interesse zeigt sich bereits daran, dass bei der Einführung zehn<sup>1</sup> und bei der Totalrevision und Umbenennung in Verzeichnis wirtschaftlich berechtigter Personen zwölf<sup>2</sup> tw sehr kritische, tw sehr wohlwollende Stellungnahmen<sup>3</sup> im Vernehmlassungsverfahren eingegangen sind und berücksichtigt werden mussten. Der Kern der Kritik war immer derselbe: wo hört das Interesse an Transparenz auf und wo fängt das Interesse an Privatsphäre an? Die wohl weitgehendste Neuerung ist dabei, dass nunmehr auch alle Mitglieder der Öffentlichkeit Einsicht in das VwbP nehmen können (Art 18 VwbPG), d.h. «jedermann». Man könnte auch von einem Paradigmenwechsel sprechen: Waren Angelegenheiten der privaten Vermögensverwaltung und -anlage bisher ohne jeden Zweifel Privatsache, werden künftig private Nachforschungen durch den europäischen Gesetzgeber geradezu legitimiert.

Der nachfolgende Beitrag beleuchtet die Einsicht in das VwbP durch Dritte (Art 17 VwbPG) und unter welchen Umständen eine solche Einsicht eingeschränkt werden kann (Art 18 VwbPG). Dabei wird ersichtlich, dass der liechtensteinische Gesetzgeber die Gratwanderung zwischen Privatinteressen und europäischem Richtlinienrecht versucht und durchaus eine passable Lösung geschaffen hat.

Dazu werden zuerst der europäische regulatorische Rahmen (Punkt 2.) und dann die Umsetzung in Österreich (Punkt 3.) und Deutschland sowie ein vor dem EuGH hängiges Vorabentscheidungsverfahren (Punkt 4.) näher beleuchtet. Interessant ist dabei vor allem die Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes vom 15.12.2020, Ro 2020/0013/10, welche sich mit der Einschränkung der Einsicht in das österreichische Verzeichnis wirtschaftlicher Eigentümer beschäftigt. Anschliessend wird zuerst die Einsicht durch Dritte nach Art 17 VwbPG (Punkt 5.) und dann die Möglichkeit der Einschränkung der Einsicht durch Dritte nach Art 18 VwbPG untersucht (Punkt 6.).

### 2. Die Geldwäsche-Richtlinien der EU

#### 1. Überblick über die Geldwäsche-Richtlinien

In den frühen 1990er Jahren hat die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) die 1. Geldwäscherei-RL<sup>4</sup> erlassen, weil die Befürchtung bestanden hatte, Kriminelle könnten die Freiheit des Kapitalverkehrs und die damit verbundenen Dienstleistungen zur Weisswaschung ihres kriminellen Vermögens ausnutzen. Gegenstand der 1. GW-RL war in erster Linie, den Begriff «Geldwäscherei»<sup>5</sup> zu vereinheitlichen<sup>6</sup> und sicherzustellen, dass die Mitgliedstaaten Geldwäscherei untersagen (Art 2 1. GW-RL). Ausserdem wurden entsprechende Sorgfaltspflichten (KYC und Compliance-Pflichten) und Meldepflichten für Kredit- und Finanzinstitute eingeführt. Die Europäische Gemeinschaft hat diese Sorgfaltspflichten mit der 2. GW-RL<sup>7</sup> nachgeschärft und auf andere relevante Bereiche erweitert, bspw durch Einbindung von Notaren, Rechtsanwälten und Steuerberatern bei der Beratung von Unternehmens- und Finanztransaktionen. Schon 2005 ersetzte die 3. GW-RL<sup>8</sup> ihre beiden Vorgängerinnen vollständig. Sie orientierte sich stark unter anderem an den 40 Empfehlungen der Financial Action Taskforce (FATF).<sup>9</sup> Ausserdem wurde mit der 3. GW-RL der Begriff des «wirtschaftlichen Eigentümers» eingeführt, mit dem künftig alle kontrollierenden Personen umschrieben werden.<sup>10</sup> Den (vorläufigen) Abschluss der Rechtsentwicklung brachten die 2015 in Kraft getretene 4. GW-RL<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl Nr L 166 vom 28.06.1991, S 0077-0083. Die Richtlinie war bei Übernahme des EWR-Acquis bereits in Kraft (vgl Art 7 EWR-Abkommen und Anhang IX, Nr 23, LGBl 1995 Nr 068.209).

<sup>5</sup> In Österreich, der Schweiz und Liechtenstein wird von «Geldwäscherei» (vgl § 165 öStGB, Art 305bis chStGB und § 165 StGB), in Deutschland und in europäischen Richtlinien von «Geldwäschegesprochen» (vgl § 261 dStGB und Art 2 RL 91/308/EWG).

<sup>6</sup> Die Definition wurde dabei aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen («Wiener Übereinkommen von 1988»), in Liechtenstein ratifiziert mit LGBl 2007 Nr 64, übernommen, vgl 1. GW-RL, Erw 9.

<sup>7</sup> Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl Nr L 344 vom 28.12.2001, S 0076-0082; in den EWR-Acquis übernommen mit Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 98/2003, LGBl 2004 Nr 123.

<sup>8</sup> Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, ABl Nr 309 vom 25.11.2005, S 15–36, nachfolgend «3. GW-RL»; in den EWR-Acquis übernommen mit Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 87/2006, LGBl 2007 Nr 53.

<sup>9</sup> 3. GW-RL, Erw 5; die Empfehlungen der FATF sind auf Englisch abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html> (Stand 17.11.2021).

<sup>10</sup> 3. GW-RL, Erw 9 und 12.

<sup>11</sup> 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

\* Dr. Philipp Konzett, LL.M. (EUD), ist Rechtsanwalt bei Gasser Partner Rechtsanwälte (Kontakt: philipp.konzett@gasserpartner.com).

<sup>1</sup> BuA 70/2018, 13.

<sup>2</sup> BuA 75/2020, 13, inkl der Datenschutzzstelle.

<sup>3</sup> BuA 75/2020, 14. Die RAK, die THK und die Vereinigung liechtensteinischer gemeinnütziger Stiftungen eV lehnten die Abänderungen im Rahmen der Umsetzung der 5. GW-RL «grundsätzlich» ab; der Bankenverband, der Anlagefondsverband, die Vereinigung unabhängiger Vermögensverwalter, die FMA, die FIU und die STA begrüsst die Änderungen.

und die sie gut drei Jahre später abändernde 5. GW-RL<sup>12</sup>. Damit wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein Register wirtschaftlicher Eigentümer einzuführen.<sup>13</sup>

Die für diesen Beitrag wichtigen Bestimmungen über die Einsicht Dritter und die Einschränkung der Einsicht sind in Art 30 und 31 der 4. GW-RL enthalten. Diese Bestimmungen wurden durch die 5. GW-RL erheblich geändert.<sup>14</sup>

## II. Neuerungen durch die 5. GW-RL

Mit Inkrafttreten der 5. GW-RL mussten die Mitgliedstaaten ihre gesetzlichen Vorschriften in entscheidenden Bereichen verschärfen. So sollen nunmehr auch die wirtschaftlichen Eigentümer von Gesellschaften und juristischen Personen zur Mitwirkung an der Feststellung der Anteile, Stimmrechte, Beteiligungen oder anderer Formen der Kontrolle verpflichtet werden (Art 30 Abs 1 UAbs 2 idFd 5. GW-RL). Weiters müssen die Mitgliedstaaten für Verpflichtete die Pflicht vorschreiben, Abweichungen zwischen den im Register erfassten und den von ihnen festgestellten Verhältnissen zu melden (Art 30 Abs 5 idFd 5. GW-RL).<sup>15</sup>

Für diesen Beitrag entscheidend ist, dass die 5. GW-RL den Kreis der Personen, die Einsicht in das Register nehmen können, erweitert hat. Während die 4. GW-RL noch vorgesehen hat, dass «alle Personen oder Organisationen, die ein berechtigtes Interesse nachweisen können» Zugang erhalten sollen, fordert die 5. GW-RL nunmehr, dass «alle Mitglieder der Öffentlichkeit» Einsicht haben. Die 5. GW-RL sieht grds jedoch ein Sonderregime für Trusts und ähnliche Rechtsvereinbarungen – nach liechtensteiner Terminologie: Rechtsträger nach Anhang 2 des VwbPG (vgl weiter unten Punkt 5.II.) – vor. Dritte können nur dann Einsicht in das Register verlangen, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen können, wobei es den Mitgliedstaaten freisteht, die Einsichtsmöglichkeit weiter auszugestalten (Art 31 Abs 4 idFd 5. GW-RL).

Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl Nr 141 vom 05.06.2015, S. 73–117, nachfolgend «4. GW-RL»; in den EWR-Acquis übernommen mit Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 249/2018, LGBl 2019 Nr 188.

<sup>12</sup> Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl Nr 156 vom 19.06.2018, S. 43–74, nachfolgend «5. GW-RL»; in den EWR-Acquis übernommen mit Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 63/2020. Dieser Beschluss wurde noch nicht im LGBl verlautbart.

<sup>13</sup> Die Einführung eines Global Financial Register wurde auch von namhaften Wirtschaftsforschern gefordert, vgl beispielhaft und durchaus empfehlenswert *Zucman, The Hidden Wealth of Nations* (2015), 92 f; offenbar ähnlich *Picketty, Das Kapital im 21. Jahrhundert* (2014), 702.

<sup>14</sup> Obwohl das VwbPG zwar an die durch die 5. GW-RL geänderten Art 30 und 31 der 4. GW-RL angepasst wurde, erfolgte eine Verlautbarung des Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zur Übernahme der 5. GW-RL in den EWR-Acquis im LGBl noch nicht. Das ändert aber an der Wirksamkeit des VwbPG nichts.

<sup>15</sup> Generell zu den Neuerungen durch die 5. GW-RL, Wende in *Zentes/Gaab, dGwG2* (2020), Geschichte der Geldwäschebekämpfung, III Rz 25 f.

In beiden Fällen können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Einsicht in das Register auf Antrag der betroffenen Personen für Dritte beschränkt wird, wenn «außergewöhnliche, nach nationalem Recht festzulegende Umstände» vorliegen, unter denen die betroffene Person durch den Zugang der Informationen an Dritte «einem unverhältnismäßigen Risiko von Betrug, Entführung, Erpressung, Schutzgelderpressung, Schikane, Gewalt oder Einschüchterung ausgesetzt würde, oder für den Fall, dass der wirtschaftliche Eigentümer minderjährig oder anderweitig geschäftsunfähig ist» (Art 30 Abs 9 und Art 31 Abs 7a 4. GW-RL idGF).

## III. Der Einbezug der Öffentlichkeit im Gesetzwerdungsprozess

Die Neuerung, dass nunmehr jedermann ohne weiteren Nachweis eines berechtigten Interesses Einsicht in das Transparenzregister nehmen können soll, ist eine bemerkenswerte Erweiterung der Transparenzverfahren. Der europäische Gesetzgeber begründet dies damit, dass der Einbezug der Öffentlichkeit eine grössere Kontrolle der Informationen durch die Zivilgesellschaft, einschliesslich der Presse und zivilgesellschaftlicher Organisationen, ermöglichen solle (sic!).<sup>16</sup> Die Mitgliedstaaten sollten auch die präventive Arbeit von «investigativen Journalisten» berücksichtigen.<sup>17</sup>

Diese Erweiterung wurde im Entstehungsprozess der 5. GW-RL grds begrüsst. Nur der Datenschutzbeauftragte der Europäischen Union, *Wojciech Wiewiórowski*, äusserte Kritik. Er weist darauf hin, dass es bei der Einsicht durch Dritte an der Verhältnismässigkeit fehle und erhebliche und unnötige Risiken für das Recht natürlicher Personen auf Privatsphäre und Datenschutz bestünden.<sup>18</sup>

Es gab jedoch auch Stimmen, denen die Öffentlichkeit des Registers nicht weit genug ging. Die Berichtsteratterin des Entwicklungsausschusses des Europäischen Parlaments<sup>19</sup>, Elly Schlein, stiess sich in ihrer Stellungnahme daran, dass dem vorliegenden Vorschlag immer noch die Entschlossenheit und die Dringlichkeit fehle, welche «die Bürger verlangen». So bestünden Schlupflöcher, weil manche Trusts ihre wirtschaftlichen Eigentümer nur dann offenlegen müssten, wenn der Dritte ein legitimes Interesse nachweisen könne.<sup>20</sup> Nur eine vollständige Offenlegung gegenüber der Öffentlichkeit werde die Bürger in den Entwicklungsländern in die Lage versetzen, dafür zu sorgen, dass Briefkastenfirmen nicht dazu missbraucht werden, wichtige Mittel für Entwicklungshilfe abzuzweigen.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> 4. GW-RL idFd 5. GW-RL, Erw 30.

<sup>17</sup> 5. GW-RL, Erw 42.

<sup>18</sup> Zusammenfassung der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 und der Richtlinie 2009/101/EG vom 18.03.2017, ABl C 85/3, S 3–5; vgl auch *Kirchhof, Transparenzregister für jedermann?*, ZRP 2017, 127.

<sup>19</sup> Sie ist ua zuständig für die Förderung, Anwendung und Überwachung der Politik der Union in den Bereichen Entwicklung und Zusammenarbeit; vgl Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments, 9. Wahlperiode, Anlage VI, Z 1.

<sup>20</sup> Vgl Art 31 Abs 4 lit c 4. GW-RL idFd 5. GW-RL bzw nach liechtensteiner Terminologie Rechtsträger nach Anhang 2.

<sup>21</sup> Stellungnahme des Entwicklungsausschusses vom 01.12.2016

#### IV. Eigene Meinung

Es ist für mich kaum nachvollziehbar, wie die Veröffentlichung von Informationen über wirtschaftlich Berechtigte bei der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung dienlich sein soll. In allen EU-/EWR-Staaten liegt die Verfolgung von Straftaten in der ausschliesslichen Kompetenz staatlicher Strafverfolgungsbehörden.<sup>22</sup> Die Öffentlichkeit mag zwar ein Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege haben. Nachdem das Gewaltmonopol jedoch zu Recht beim Staat liegt, spielt der «Jedermann» bei der Verfolgung einer Straftat keine Rolle! Es ist daher auch nichts gewonnen, wenn Informationen über wirtschaftlich Berechtigte für Dritte zugänglich gemacht werden. Der europäische Gesetzgeber schießt mit der nunmehrigen Regel mE weit über das verfolgte Ziel hinaus.

Tatsächlich dürfte es dem EU-Gesetzgeber aber ohnehin nicht um die Einbeziehung von «Otto Normalverbraucher» gegangen sein. Es scheint eher so zu sein, dass man die Arbeit privater investigativer Konsortien und NGOs legitimieren möchte. Wie die Berichterstatterin des Entwicklungsausschusses ausdrücklich erwähnt, hätten insbesondere die Panama-Papers jüngst gezeigt, dass weitere Massnahmen notwendig seien.<sup>23</sup> Was die Einsicht in Informationen zu Trusts und ähnlichen Rechtsverbindungen («Rechtsträger nach Anhang 2») betrifft, so hat die Kommission in ihrem Vorschlag einen – in den Richtlinien text nicht übernommenen – Hinweis darauf gegeben, was sie unter «berechtigtem Interesse» von Dritten versteht. Das berechtigte Interesse in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und damit zusammenhängender Vortaten solle bereits anhand leicht zugänglicher Mittel wie etwa der Satzung oder dem Mandat von Nichtregierungsorganisationen erbracht werden können.<sup>24</sup> Ähnlich verweisen, wie bereits erwähnt, die 4. und 5. Richtlinie auf die Presse.<sup>25</sup>

Offenbar sollen für die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung und – wohl für die EU-/EWR-Staaten beinahe ebenso wichtig – zur Verhinderung von Steuerverkürzungen die Ressourcen der Presse und investigativer Nichtregierungsorganisationen nutzbar gemacht werden. Ich anerkenne, dass die verfolgten Ziele ohne Zweifel von entscheidender Wichtigkeit sind. Dennoch muss hier die Frage erlaubt sein, worin der rechtsstaatliche Mehrwert liegt, wenn nicht-staatlichen Organisationen eine aktive Rolle bei der Kontrolle bei der Aufdeckung von Straftaten zugeschrieben wird. Die Staatsanwaltschaft ist in ihrer Ermittlungstätigkeit an strenge prozessuale Vorschriften gebunden, durch welche auch die Grundrechte eines Verdächtigen geschützt werden, sie ist als staatliche Behörde zur Objektivität ver-

pflichtet und wird vom Gericht kontrolliert; eine NGO mit welchem statutarischen Zweck auch immer auch? Jede staatliche Strafverfolgungsbehörde wird aus öffentlichen Geldern finanziert; ein Investigativkonsortium auch?

Zwar kann argumentiert werden, dass Medien, Presse und NGOs nur entsprechende Informationen zusammentragen, sichten, miteinander vernetzen und aufbereiten würden und die Strafverfolgung letztlich durch die staatlichen Strafverfolgungsbehörden geschehe.<sup>26</sup> Es ist aber schwer nachvollziehbar, dass einerseits die DSGVO den Grundsatz der Datenminimierung<sup>27</sup> vorschreibt (Art 5 Abs 1 lit c DSGVO) und jeder betroffenen Person das Recht auf Löschung ihrer Daten einräumt (Art 17 Abs 1 DSGVO), aber gleichzeitig Informationen über die persönliche Vermögensplanung gesammelt und – gegen eine geringfügige Gebühr – öffentlich zugänglich gemacht werden.

Meines Erachtens setzt der EU-/EWR-Gesetzgeber zu leichtfertig auf die Öffentlichkeit. Er legitimiert damit implizit persönliche Nachforschungen in Privatangelegenheiten von vermögenden Personen.<sup>28</sup> Richtiger wäre es, die öffentlichen Strafverfolgungsbehörden mit entsprechenden Mitteln auszustatten und die damit betrauten Beamten noch besser auszubilden, um Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung effektiv und innert nützlicher Frist zu verfolgen.

Wie nachstehend zeigen wird, hat sich der liechtensteinische Gesetzgeber jedoch im Lichte dieser schwierigen Vorgaben so weit als möglich zum Schutz sensibler Daten bekannt. Um die Konturen der liechtensteinischen Lösung zu verdeutlichen, wird zuerst auf die österreichische Rechtslage eingegangen.

### 3. Rechtslage in Österreich (§§ 10, 10a WiEReG)

#### I. Einsicht durch jedermann: «Gold-plating» der 5.GW-RL

Die 4. und 5. GW-RL wurden in Österreich mit dem Wirtschaftliche Eigentümer Register Gesetz (WiEReG)<sup>29</sup> um-

(2016/0208(COD)), 3 und 15 f.

<sup>22</sup> Siehe nur Art 2 StAG «Der Staatsanwaltschaft» obliegt im Strafverfahren die öffentliche Anklage sowie die justizielle Strafverfolgung.»

<sup>23</sup> Stellungnahme des Entwicklungsausschusses vom 01.12.2016 (2016/0208(COD)), 3.

<sup>24</sup> Erw 35 des Vorschlags für eine Richtlinie zur Änderung der RL (EU) 2015/849 (COM(2016) 450 final).

<sup>25</sup> 5. GW-RL, Erw 30.

<sup>26</sup> Selbst das International Consortium of Investigative Journalists weist auf ihrer Datenbank zu den genannten Leaks hin, dass «offshore companies» und Trusts auch legitimen Zwecken dienen könnten und dass sie mit den veröffentlichten Daten nicht suggerieren wollten, dass irgendeine in der Datenbank enthaltene Person oder juristische Person rechtswidrig gehandelt hätten; vgl <https://offshoreleaks.icij.org/>, abgerufen am 17.11.2021.

<sup>27</sup> Vgl zum Verhältnis zwischen 4. GW-RL und DSGVO das Urteil des EFTA-Gerichtshofs, 22.12.2020 Rs E-10/19 (*Bergbahnen Kitzbühel AG*), LES 2021, 9 Rz 114 – 118. Der EFTA-Gerichtshof erkennt zwar, dass die Datenverarbeitung rechtmässig ist, weil sie in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht erfolgt (Rz 116), geht der eigentlich interessanten Frage jedoch aus dem Weg. Es sei nämlich Sache des Fürstlichen Obergerichts «zu klären, inwieweit die verarbeiteten Informationen zum wirtschaftlichen Eigentümer dem Grundsatz der Datenminimierung nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c der DSGVO entsprechen, indem sie angemessen, erheblich und auf das Mass beschränkt sind, das zur Feststellung und gegebenenfalls zur Bestätigung der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers erforderlich ist» (Rz 118).

<sup>28</sup> Erw 35 des Vorschlags für eine Richtlinie zur Änderung der RL (EU) 2015/849 (COM(2016) 450 final); vgl auch 5. GW-RL, Erw 42.

<sup>29</sup> Bundesgesetz über die Einrichtung eines Registers der wirtschaft-

gesetzt, welches schrittweise ab dem 15.01.2018 in Kraft getreten ist und seit seiner Kundmachung bereits nicht weniger als acht Mal (!) geändert oder angepasst wurde. Unter anderem wurden die Neuerungen der 5. GW-RL mit dem JStG 2018<sup>30</sup> und dem EU-FinAnpG 2019<sup>31</sup> umgesetzt.

Nach dem aktuellen Gesetzeswortlaut des § 10 WiEReG kann im elektronischen Wege «von jedermann ein mit einer Amtssignatur der Registerbehörde versehener öffentlicher Auszug aus dem Register angefordert werden.» Dieser Auszug enthält dann neben Informationen zum Rechtsträger auch Vor- und Zuname, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit und Wohnsitzstaat des direkten bzw indirekten<sup>32</sup> wirtschaftlichen Eigentümers sowie Informationen über den Umfang des wirtschaftlichen Interesses.

Ein Auszug aus dem Register kostet EUR 3,00, wobei der Bundesminister für Finanzen bei entsprechenden Kontingenten Rabatte gewährt. So kosten 50 Abfragen nur noch EUR 130,00, d.h. durchschnittlich EUR 2,60, und 7'500 Abfragen schon nur noch EUR 15'000,00, d.h. durchschnittlich günstige EUR 2,00 (§ 1 Abs 1 und § 2 Abs 2 WiEReG-NutzungsentgelteV).

Die Möglichkeit der Einsichtnahme besteht für «jedermann» und ohne Nachweis eines berechtigten Interesses. Der österreichische Gesetzgeber hat einen sehr transparentorientierten Ansatz gewählt und Gestaltungsspielräume bewusst nicht genutzt. So hätte es die Richtlinie den Mitgliedstaaten offengelassen, bei Trusts und trustähnlichen Rechtsträgern weiterhin ein berechtigtes Interesse des Antragstellers zu verlangen (Art 31 Abs 4 UAbs 3 4. GW-RL idFd 5. GW-RL). Davon wollte der österreichische Gesetzgeber ausdrücklich nicht Gebrauch machen.<sup>33</sup>

## II. (Keine?) Einschränkung der Einsicht für Dritte (§ 10a WiEReG)

Das Gesetz sieht vor, dass die betroffene Person die Einschränkung der Einsicht durch bestimmte Verpflichtete auf schriftlichen Antrag beschränken lassen kann. Darunter fallen unter anderem verschiedene Kredit- und Finanzinstitute, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Immobilienmakler usw. (alle Verpflichteten nach § 9 Abs 1 Z 3 – 6 und 8 – 15 WiEReG). Der Wortlaut des Gesetzes ist klar: die Daten werden «in Auszügen aus dem Register für Verpflichtete gemäss [...]» nicht angezeigt (§ 10a Abs 1 WiEReG).

Demgegenüber sieht der Gesetzeswortlaut eine Beschränkung der Einsicht durch «jedermann» nicht vor. Der VwGH hat die Möglichkeit einer Einschränkung auch auf öffentliche Auszüge ausgedehnt (siehe sogleich). Dabei muss berücksichtigt werden, dass die öffentliche Einsicht

nach § 10 WiEReG zwar von vornherein nur beschränkte Informationen umfasst, aber immerhin können der Vor- und Zuname, das Geburtsdatum, die Staatsangehörigkeit und der Wohnsitzstaat eines wirtschaftlichen Berechtigten abgerufen werden.

Die Einschränkung der Einsicht in das Verzeichnis wirtschaftlicher Eigentümer ist in Österreich auf Antrag möglich, wenn der wirtschaftliche Eigentümer Tatsachen nachweisen kann, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Einsichtnahme den wirtschaftlichen Eigentümer dem unverhältnismässigen Risiko aussetzen würde, Opfer eines Betrugs (§ 146 – 148 öStGB), einer erpresserischen Entführung (§ 102 öStGB), einer Erpressung (§ 144 und § 145 öStGB), einer strafbaren Handlung gegen Leib oder Leben gemäss § 75, § 76 und § 83 – § 87 öStGB oder einer Nötigung (§ 105 und § 106 öStGB), einer gefährlichen Drohung (§ 107 öStGB) oder einer beharrlichen Verfolgung (§ 107a öStGB) zu werden. Damit hat der österreichische Gesetzgeber – anders als Liechtenstein – den Richtlinienwortlaut<sup>34</sup> in sein eigenes Strafrecht «übersetzt».

Das Bundesministerium für Finanzen veröffentlicht jährlich Daten über die Beschränkung der Einsicht in das Register. Immerhin wurden im Jahr 2019 bei 106 und im Jahr 2020 bei 316 Rechtsträgern eine Einschränkung gewährt.<sup>35</sup>

## III. Erkenntnis des öVwGH zu Ro 2020/13/0010

Zur Einschränkung der Einsicht erging jüngst auch ein Erkenntnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs (VwGH).<sup>36</sup> Gegenstand dieser Entscheidung war ein Antrag einer Begünstigten und ihrer Mutter (der Stifterin) einer österreichischen Privatstiftung vom 17.10.2018. Die Entscheidung behandelt also die Rechtslage, als § 10 WiEReG für die Einsicht von Dritten noch ein berechtigtes Interesse verlangte. Die Erstantragstellerin war Opfer eines Einbruchdiebstahls iSd § 129 öStGB geworden, wobei Familienschmuck gestohlen worden war. Sie beantragte nun für sich und ihre Mutter die Beschränkung der Einsicht durch Verpflichtete nach § 9 Abs 1 Z 3 – 6 und 8 – 15 «sowie in öffentlichen Auszügen».

Das Bundesministerium für Finanzen wies diesen Antrag mit Bescheid vom 18.10.2019 ab. Das österr. Bundesverwaltungsgericht (BVwG) gab der dagegen erhobenen Beschwerde statt und sprach aus, dass die Einschränkungsmöglichkeit des § 10a WiEReG präventiv wirken solle. Vor dem Hintergrund, dass einem Einbruchdiebstahl gemäss § 129 Abs 2 StGB eine hohe kriminelle Energie beigemessen werden könne und ein Eingriff in das Eigentum bzw Vermögen und den privaten Lebensbereich der Erstmitbeteiligten bereits einmal stattgefunden habe, lägen zumindest in dem zeitlich nachfolgenden

lichen Eigentümer von Gesellschaften, anderen juristischen Personen und Trusts (Wirtschaftliche Eigentümer Register Gesetz – WiEReG), BGBl I Nr 136/2017.

<sup>30</sup> Jahressteuergesetz 2018, BGBl I Nr 62/2018.

<sup>31</sup> EU-Finanz-Anpassungsgesetz 2019, BGBl I Nr 62/2019.

<sup>32</sup> Die Begriffe «direkte» und «indirekte» wirtschaftliche Eigentümer sind legaldefiniert, vgl § 2 Z 1 lit a sublit aa und bb WiEReG.

<sup>33</sup> AB 644 BlgNR XXVI. GP, 59f; vgl auch Edelhauser, Auswirkungen der WiEReG-Novelle auf (inter-)nationale Familienunternehmen und Privatstiftungen mit Tochter- und Enkelgesellschaften in Österreich, JEV 2020, 104 (111).

<sup>34</sup> Die Richtlinie spricht von «Betrug, Entführung, Erpressung, Schutzgelderpressung, Schikane, Gewalt oder Einschüchterung» (Art 30 Abs 9 und Art 31 Abs 7a 4. GW-RL idgF). Straftatbestände wie Schikane, Gewalt oder Einschüchterung kennen weder das öStGB noch das StGB.

<sup>35</sup> <https://www.bmf.gv.at/services/wiereg/wiereg-register.html>, abgerufen am 17.11.2021.

<sup>36</sup> VwGH vom 15.12.2020, Ro 2020/13/0010 ZFR 2020, 639 = RdW 2021, 263 = AVR 2021, 37 (Fiala).

Zeitraum von fünf Jahren bis zur nächsten Überprüfung überwiegende schutzwürdige Interessen der Erstmitbeteiligten und ihrer Mutter vor.<sup>37</sup>

Über Revision des Bundesministeriums für Finanzen hob der VwGH diese Entscheidung auf und erkannte, dass eine Einschränkung der Einsicht Dritter nicht zulässig sei.

Zuerst hält der VwGH fest, dass eine Einschränkung nach § 10a WiEREg nicht nur bei Auszügen für Verpflichtete nach § 9 Abs 1 WiEREg, sondern auch bei Auszügen für «alle Mitglieder der Öffentlichkeit» (§ 10 WiEREg) möglich ist. Er begründet dies damit, dass die zu verhindernden Risiken (Betrug, Erpressung, etc) primär nicht von Verpflichteten wie Rechtsanwälten und Steuerberatern ausgehen und daher eine Einschränkung der Einsicht primär auf die öffentliche Einsicht abzielt.<sup>38</sup>

Den bisher nicht aufgeklärten Einbruchsdiebstahl bei der Erstantragstellerin lässt der VwGH hingegen nicht als Nachweis eines erhöhten Risikos gelten. Von den Antragstellern seien «Tatsachen» nachzuweisen, die die Annahme rechtfertigten, dass die Einsichtnahme den wirtschaftlichen Eigentümer (wirtschaftlich Berechtigten) dem unverhältnismässigen Risiko aussetzt, Opfer einer der (taxativ) aufgezählten Straftaten zu werden. Zum Nachweis eines solchen Risikos könne jede Straftat genügen, derer der Antragsteller zum Opfer gefallen ist. Der Antragsteller sei dabei nicht auf den in § 10a Abs 2 WiEREg enthaltenen Straftatenkatalog beschränkt.<sup>39</sup> Nur weil der Antragsteller jedoch Opfer einer Straftat geworden ist, könne umgekehrt nicht automatisch auf ein überwiegend schutzwürdiges Interesse geschlossen werden (keine gesetzliche Vermutung eines Risikos).<sup>40</sup>

Im Ergebnis verlangt der VwGH, dass der Antragsteller einen kausalen Zusammenhang zwischen der Möglichkeit, dass ein Dritter die veröffentlichten Daten einsehen kann, und dem behaupteten erhöhten Risiko gegenüber anderen wirtschaftlichen Eigentümern in einer vergleichbaren Position bescheinigt. Im konkreten Fall wurde das schutzwürdige Interesse deshalb verneint, weil sich aus den festgestellten Tatsachen keine Anhaltspunkte ergeben hätten, dass gerade die (mögliche) Einsichtnahme in das Register die Antragsteller einem näher definierten Risiko, Opfer der genannten Straftaten zu werden, aussetze.<sup>41</sup> Es würde eine Rolle spielen, ob es sich um eine Einbruchserie handelte und die Antragsteller zufällig zum Opfer wurden, oder ob die Opfer vom Täter gezielt ausgewählt wurden.<sup>42</sup>

Obiter führt der VwGH noch zum Begriff des «überwiegend schutzwürdigen» Interesses aus: Da das Gesetz überwiegende Interessen des Antragstellers verlange, reiche es nicht aus, dass schutzwürdige Interessen bloss vorliegen, sondern diese müssten mit gegenläufigen Interessen abgewogen werden. Eine Beantwortung der Frage sei aber im vorliegenden Fall nicht notwendig.<sup>43</sup>

Aus diesen Gründen hob er das angefochtene Erkenntnis des BVwG auf und erkannte, dass eine Einschränkung der Einsicht nach § 10a WiEREg im vorliegenden Fall nicht zulässig sei.

#### **IV. Eigene Meinung: Zur Auslegung des § 10a WiEREg**

Zuerst sind einige Klarstellungen durch den VwGH sehr zu begrüssen. So ist es nicht nachvollziehbar – und es ergibt sich auch nicht aus den Materialien –, warum der Gesetzgeber nach dem Wortlaut des § 10a WiEREg eine Einschränkung der Einsicht nur gegenüber Verpflichteten nach § 9 Abs 1 Z 3 – 6 und 8 – 15 WiEREg, nicht aber in Bezug auf die öffentliche Einsicht vorgesehen hat. Dabei handelt es sich um Personen und Institutionen, von denen in der Regel nicht die Gefahr ausgeht, dass sie wirtschaftlich berechnete Personen erpressen, betrügen oder an Leib und Leben bedrohen. Insofern hat der VwGH die Einschränkungsmöglichkeit zu Recht auch auf die öffentliche Einsicht nach § 10 WiEREg ausgedehnt. Ausserdem war im vorliegenden Fall diskutiert worden, ob der Einbruchsdiebstahl, dem eine der Antragstellerinnen zum Opfer gefallen war, ein genügender Umstand sein könne, der zu einem erhöhten Risiko führt. Diese Frage war entscheidend, weil der Einbruchsdiebstahl (§ 129 öStGB) im Straftatenkatalog nach § 10a Abs 2 WiEREg nicht genannt ist. Der VwGH stellte klar: Der Straftatenkatalog schränkt die Antragsteller nicht in ihrer Beweisführung ein. Der Nachweis kann ihnen nach den Umständen des Einzelfalles gelingen, wenn sie in der Vergangenheit Opfer *irgendeiner* Straftat geworden sind. Allerdings müssen sie nachweisen, dass ein erhöhtes Risiko besteht, künftig Opfer gerade einer der im Straftatenkatalog aufgezählten (jetzt taxativ verstandenen) Straftaten zu werden.

Den übrigen rechtlichen Schlüssen des VwGH kann mE jedoch nicht gefolgt werden. Der Gesetzeswortlaut enthält drei verschiedene Rechtsbegriffe, die einer näheren Erläuterung bedürfen: Es gibt «schutzwürdige Interessen», die «überwiegend» sein sollen und auf die Verhinderung eines «unverhältnismässigen» Risikos abzielen müssen. Richtigerweise ist das Gesetz insofern jedoch als Legaldefinition zu verstehen. Die «überwiegenden, schutzwürdigen» Interessen «liegen [bereits] vor, wenn» sich durch die Öffentlichkeit der Informationen ein unverhältnismässiges Risiko ergibt, Opfer einer Straftat zu werden.<sup>44</sup> Entgegen der Andeutung des VwGH<sup>45</sup> bedarf es bei Vorliegen eines erhöhten Risikos keiner zusätzlichen Abwägung von «schutzwürdigen Interessen» und gegenläufigen Interessen mehr.

Ähnlich verhält es sich mit der Frage, wann ein Risiko «unverhältnismässig» ist. Nach § 10a Abs 2 UAbs 2

<sup>37</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 16 und 21.

<sup>38</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 34.

<sup>39</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 38.

<sup>40</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 39.

<sup>41</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 37.

<sup>42</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 39.

<sup>43</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 36; anders der Wortlaut des § 23

Abs 2 dGwG, wo nur von «schutzwürdigen Interessen» die Rede sei. Nach neuer Rechtslage verlangt auch § 23 Abs 2 dGwG ein «überwiegendes schutzwürdiges Interesse».

<sup>44</sup> Im Übrigen würde auch eine Interessenabwägung regelmässig zugunsten der betroffenen Personen ausschlagen: Die Aufgabe des Staates liegt zuerst darin, die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum seiner Staatsbürger und nicht die Einsichtsmöglichkeit «aller Mitglieder der Öffentlichkeit» zu schützen (vgl. für Liechtenstein Art 32 Abs 1 und Art 34 Abs 1 LV).

<sup>45</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 36.

WiEReG ist ein Risiko als unverhältnismässig anzusehen, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Straftat gegen den wirtschaftlichen Eigentümer aufgrund von Tatsachen deutlich höher erscheint, als bei durchschnittlichen wirtschaftlichen Eigentümern in vergleichbarer Position. Diese Eintrittswahrscheinlichkeit kann abschliessend bescheinigt werden, wenn man bereits in der Vergangenheit Opfer einer Straftat geworden ist (arg «insbesondere weil»<sup>46</sup>). Der VwGH spricht sich ohne nähere Begründung gegen eine gesetzliche Vermutung aus. Er führt nur an, dass die Richtlinie und die Überschrift des § 10a WiEReG eine Einschränkung nur in «aussergewöhnlichen Umständen» vorsähen.<sup>47</sup> Es bleibt offen, was für Umstände hinzutreten müssen, um diese aussergewöhnlichen Umstände zu begründen. Tatsächlich darf mE wohl ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die allermeisten Personen noch nie Opfer einer einschlägigen Straftat geworden sind, sodass solche Fälle jedenfalls aussergewöhnlich sind und eine Einschränkung der Einsicht rechtfertigen.<sup>48</sup> Dem steht auch der Richtliniengesetzgeber nicht entgegen, stellt er doch die Definition der aussergewöhnlichen Umstände den Mitgliedstaaten frei.<sup>49</sup> Allenfalls hätte der VwGH ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten und den EuGH mit der Frage befassen können.

Darüber hinaus erscheint mir das Erkenntnis des VwGH unnötig streng. Die Möglichkeit der Einschränkung der Einsicht ist ein Mittel zum präventiven Schutz der betroffenen Personen. Im vorliegenden Fall verneint der VwGH ein überwiegend schutzwürdiges Interesse aber deshalb, weil die Straftat zeitlich nicht näher eingeordnet und deren konkrete Umstände ebenfalls in keiner Weise offengelegt worden seien.<sup>50</sup> Tatsächlich handelte es sich aber um einen «nicht geklärten Einbruchsdiebstahl», wie der VwGH selbst unter Berufung auf das Erstgericht in Erw 37 erwähnt. Es liegt auf der Hand, dass die betroffenen Personen keinen kausalen Konnex zur Einsicht in das Verzeichnis wirtschaftlicher Eigentümer nachweisen können, wenn noch nicht einmal die Straftat selbst aufgeklärt ist. Die Anforderungen an den Nachweis eines erhöhten Risikos dürfen nicht überspannt werden. Der Begriff «Risiko» enthält immer eine nicht sichere Eintrittswahrscheinlichkeit. Damit kommt zum Ausdruck, dass die Einschränkung der Einsicht ein auf die Prävention künftiger Straftaten gerichtetes Schutzinstrument ist und man notwendigerweise nicht mit beweisbaren, sondern bloss bescheinigbaren Annahmen arbeiten kann. Der Schutzgedanke würde es mE erfordern, dass in Zweifelsfällen die Einsicht für die Verpflichteten und die Öffentlichkeit beschränkt wird.<sup>51</sup> Dies vor allem

vor dem Hintergrund, dass die Abgaben- und Strafverfolgungsbehörden, die Gerichte und andere Behörden ohnehin immer unbeschränkte Einsicht in das Register geniessen (§ 12 WiEReG). Sie haben bei einem Verdacht auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung stets Zugang zu den im Register gespeicherten Daten.

#### V. Zusammenfassung und Vergleich mit Art 18 VwbPG

Die Erkenntnisse des VwGH zur Auslegung des § 10a WiEReG können vorab wie folgt zusammengefasst werden:

- Es ist auch möglich, die Einsicht durch «jedermann» nach § 10a WiEReG beschränken zu lassen.
- Der Antragsteller muss konkrete Umstände vorbringen, warum gerade eine (mögliche) öffentliche Einsicht zu einem unverhältnismässigen Risiko führt, Opfer einer der in § 10a Abs 2 WiEReG taxativ aufgezählten Straftaten zu werden (Kausalität).
- Für diesen Nachweis gibt es nach der Rsp des VwGH keine gesetzliche Vermutung in den Fällen, in denen der Antragsteller bereits früher Opfer einer Straftat geworden ist.

Liechtensteinische Juristen und Juristinnen müssen beachten, dass das Erkenntnis des VwGH Ro 2020/13/0010 nicht unbedenken für die Auslegung des Art 18 VwbPG herangezogen werden sollte. Zwar fussen Art 18 VwbPG und § 10a WiEReG beide auf derselben Richtlinie, aber sie befinden sich auf den komplett gegenüberliegenden Enden des Umsetzungsspielraums.

#### 4. Exkurs

##### I. Vergleich mit § 23 Abs 2 dGwG

Die Rechtslage in Deutschland ist der in Österreich ähnlich<sup>52</sup>, insbesondere hat auch der deutsche Gesetzgeber keine Unterscheidung zwischen Gesellschaften und Trusts bzw trustähnliche Rechtsformen vorgenommen.<sup>53</sup> Somit steht das deutsche Transparenzregister allen Mitgliedern der Öffentlichkeit offen (§ 23 Abs 1 Z 3 GwG).

Nach § 23 Abs 2 GwG kann die Einschränkung der Einsicht in das Transparenzregister beantragt werden. Anders als in Österreich spricht § 23 Abs 2 GwG nicht von einem gegenüber anderen durchschnittlichen wirtschaftlich berechtigten Personen in vergleichbarer Position «unverhältnismässigen Risiko», sondern bloss von der «Gefahr», Opfer einer der taxativ aufgezählten Straftaten zu werden. Durch diese einfachere Begrifflichkeit werden Unklarheiten vermieden. So stellt sich die Frage gar nicht, ob zwischen dem Umstand, dass der Antragsteller bereits Opfer von Straftaten geworden ist und der Öffentlichkeit der Daten ein Zusammenhang bestehen muss. Es soll genügen, dass der Antragsteller bisher «kriminalitätsanfällig» war oder dass sich aus der Sicher-

<sup>46</sup> Aus Syntax und Grammatik ist eindeutig erkennbar, dass das nach der Wortfolge «insbesondere weil» angeführte Beispiel alle zuvor geforderten Voraussetzungen erfüllt.

<sup>47</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 39.

<sup>48</sup> Auch in Deutschland wird vertreten, dass die bisherige Kriminalitätsanfälligkeit ausreichend sei, ohne dass ein besonderer Konnex zur Öffentlichkeit der Daten gefordert wird, vgl Korte in *Frey/Pelz*, BeckOK GwG, § 23 Rz 31.

<sup>49</sup> 5. GW-RL, Erw 36 und Art 30 Abs 9, Art 31 Abs 7a 4. GW-RL idF 5. GW-RL.

<sup>50</sup> VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 39.

<sup>51</sup> Vgl auch zur dt Rechtslage *Lorenz*, Beschränkung der Einsicht-

nahme in das Transparenzregister bei Familienunternehmen und Familienstiftungen, DStR 2020, 2258 (2262).

<sup>52</sup> *Fida/Wörle*, Mehr Schutz der Anonymität wirtschaftlicher Eigentümer, SWK 2018, 1276 (1277).

<sup>53</sup> BT-Drs 352/19, 99; vgl auch Panico, Private Foundations and EU beneficial ownership registers: towards full disclosure to the general public?, Trust & Trustees, Vol 26 No 6, 2020, 493 (496).

heitslage des Orts seiner Ansässigkeit eine hinreichende Wahrscheinlichkeit auf künftige Straftaten ergibt.<sup>54</sup>

Die Beschränkung der Einsicht orientiert sich an einer zweistufigen Prüfung.<sup>55</sup>

In einem ersten Schritt soll ein schutzwürdiges Interesse ermittelt werden, also geprüft werden, ob eine abstrakte Gefahr besteht, künftig Opfer der genannten Straftaten zu werden. In dieser Stufe muss ein Zusammenhang zwischen der Öffentlichkeit der Daten und der Gefahr aufgezeigt werden.

In einem zweiten Schritt folgt eine Verhältnismässigkeitsprüfung. Es muss gezeigt werden, dass die Gefahr unverhältnismässig ist, wobei die bisherige Kriminalitätsanfälligkeit des Antragstellers genügen soll.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre eine solche zweistufige Prüfung auch in VwGH Ro 2020/13/0010 zielführend gewesen. Der VwGH hätte prüfen sollen, ob aus der Öffentlichkeit der Daten Rückschlüsse auf die Vermögensverhältnisse der betroffenen Personen gemacht werden können oder ob diese Daten in Zusammenschau mit anderen öffentlich bekannten Daten<sup>56</sup> zu einer Erhöhung des abstrakten Risikos führen. In diesem ersten Schritt wäre es notwendig gewesen, dass der Antragsteller einen Konnex zwischen der Öffentlichkeit der Daten und dem dadurch erhöhten Risiko herstellt. In einem zweiten Schritt hätte der VwGH prüfen sollen, ob dieses Risiko unverhältnismässig ist, wobei in den Fällen, in denen der Antragsteller bereits einmal Opfer einer Straftat geworden ist, dieses Kriterium nach der hier vertretenen Auffassung bereits iSe (allerdings widerlegbaren) gesetzlichen Vermutung erfüllt ist.

## II. Ausblick: EuGH in der Rs C-37/20

Wie sich auch aus dem Erkenntnis VwGH Ro 2020/13/0010 ergibt, dreht sich die Beschränkung der Einsicht in die Transparenzregister letztlich um die Frage, was die 5. GW-RL unter «aussergewöhnlichen Umständen», die zu einem «unverhältnismässigen Risiko» führen, versteht. Anders als der öVwGH haben luxemburgische Gerichte dazu den EuGH angerufen und im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens um Auslegung dieser Begriffe ersucht. Dieses Verfahren behängt derzeit als Rs C-37/20 (WM/Luxembourg Business Register) beim EuGH, wobei ausser dem Vorabentscheidungsersuchen mit Redaktionsschluss noch keine weiteren Verfahrensschritte öffentlich sind.<sup>57</sup> Mit einer Entscheidung ist daher nicht in nächster Zeit zu rechnen.

Die Erkenntnisse aus Österreich und Deutschland sollen mutatis mutandis nun dabei helfen, den Regelungsinhalt der Art 17 und 18 VwbPG näher zu beleuchten.

## 5. Art 17 VwbPG: Einsicht durch Dritte

Das Gesetz über das Verzeichnis wirtschaftlich berechtigter Personen<sup>58</sup> trat am 1. April 2021 in Kraft. Damit wurde das erst 2018 eingeführte Gesetz über das Verzeichnis der wirtschaftlichen Eigentümer inländischer Rechtsträger (VwEG)<sup>59</sup> totalrevidiert. Eine wesentliche Neuerung war die Einsichtsmöglichkeit Dritter nach Art 17 VwbPG. Nach Art 17 Abs 1 und Abs 4 können in- und ausländische Personen und Organisationen beim Amt für Justiz gegen Gebühr<sup>60</sup> eine Offenlegung der im Verzeichnis eingetragenen Daten beantragen, wobei dies für Rechtsträger nach Anhang 2 VwbPG (Stiftungen, Trusts usw.) vom Nachweis eines berechtigten Interesses abhängig gemacht wird (Art 17 Abs 5 lit d VwbPG).<sup>61</sup> Das Amt für Justiz leitet diesen Antrag an die VwbP-Kommission weiter (Art 17 Abs 10 VwbPG). Diese prüft den Antrag nach formellen und materiellen Kriterien und entscheidet mit Beschluss (Art 17 Abs 11 VwbPG). Gegen die Entscheide der VwbP-Kommission steht binnen 14 Tagen die Beschwerde an die Verwaltungsbeschwerdekommision offen (Art 30 Abs 1 VwbPG). Nach der rechtskräftigen Entscheidung der VwbP-Kommission gewährt das Amt für Justiz Einsicht in die Daten (Art 17 Abs 10 – 12).

Derzeit gibt es neben dem Bericht und Antrag<sup>62</sup> auch eine Wegleitung des Amts für Justiz (AJU)<sup>63</sup>, welche jedoch zur Offenlegung von Informationen an Dritte bloss auf den Gesetzestext verweist. Die wesentlichen Eckpunkte der Einsicht durch Dritte sind also durch Auslegung zu ermitteln.

### I. Ziel der Regierung: Schutz des Finanzplatzes

Anlässlich der Umsetzung der 5. Geldwäscherei-RL betonte die Regierung im BuA, dass es dem internationalen Trend entspreche, mehr Transparenz über die Vermögensverhältnisse zu schaffen. Es werde damit das Ziel verfolgt, Geldwäscherei und deren Vortaten, wozu auch schwere Steuerdelikte zählten, zu bekämpfen. Dabei werde in Kauf genommen, dass auch Personen, die gesetzeskonform agierten, der Offenlegungspflicht unterstellt werden. Würde sich Liechtenstein diesem internationalen Trend widersetzen, könnte dies den Ruf des Landes als Finanzplatz und Wirtschaftsstandort nachhaltig schädigen bzw würde dies das Land nicht kalkulierbaren Risiken aussetzen.<sup>64</sup> Die Glaubwürdigkeit des Fürstentums Liechtenstein hänge davon ab, dass es die internationalen Vorgaben korrekt umsetzt.<sup>65</sup>

Dennoch hat der Gesetzgeber betont, dass eine über-schiessende Umsetzung nicht gewollt sei. Die Regelung der Offenlegung sei in keinem Aspekt weitergehend

<sup>54</sup> Korte in *Frey/Pelz*, BeckOK GwG, § 23 Rz 31; vgl auch *Fida/Wörle*, SWK 2018, 1276 (1278).

<sup>55</sup> Frei nach Korte in *Frey/Pelz*, BeckOK GwG, § 23 Rz 33.

<sup>56</sup> Daten aus anderen öffentlichen Registern (vgl § 10a Abs 2 letzter Satz WiEReG) sind hier nicht gemeint, sondern vielmehr bspw öffentlich bekannte Adressen etc.

<sup>57</sup> Die Dokumente sind abrufbar unter <https://curia.europa.eu> zu Rs C-37/20 (17.11.2021).

<sup>58</sup> LGBl 2021 Nr 33.

<sup>59</sup> LGBl 2018 Nr 8.

<sup>60</sup> Die Gebühr ist deutlich höher als in Österreich. So fallen für Auszüge für Rechtsträger nach Anhang 1 CHF 10.00 und für Rechtsträger nach Anhang 2 CHF 50.00 an (vgl Anhang 3 VwbPV).

<sup>61</sup> Vgl dazu auch *Marxer & Partner*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2021), Rz 21.119.

<sup>62</sup> BuA 75/2020.

<sup>63</sup> Wegleitung – Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen von Rechtsträgern, Juli 2021, AJU/v70.001.02 (nachfolgend «VwbP-Wegleitung»).

<sup>64</sup> BuA 75/2020, 16 ff.

<sup>65</sup> BuA 75/2020, 23.

als die Vorgaben der 5. GW-RL.<sup>66</sup> Der Gesetzgeber hat damit die Bedenken verschiedener Vernehmlassungsteilnehmer, darunter der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer, die eine Umsetzung nur im absolut notwendigsten Rahmen gefordert hatte, durchaus gehört und berücksichtigt.<sup>67</sup> Dies wird später bei der Auslegung der Art 17 und 18 VwbPG noch eine Rolle spielen.

## II. Unterscheidung in Rechtsträger nach Anhang 1 und 2

Das VwbPG hält an der Unterscheidung zwischen «Rechtsträgern nach Anhang 1» und Rechtsträgern, die «nicht als alleinstehende Rechtsträger nach Anhang 1» anzusehen sind (nachfolgend vereinfacht «Rechtsträger nach Anhang 2»), fest. Bei den Rechtsträgern nach Anhang 1 handelt es sich um Rechtsträger, die typischerweise aktiv am Rechtsverkehr teilnehmen, wie AGs, Vereine, GmbHs, Anstalten mit Gründerrechtsinhaber und ohne Begünstigte etc. Demgegenüber sind die Rechtsträger nach Anhang 2 typischerweise Vehikel der Vermögensverwaltung, also passiver Natur. Das betrifft stiftungsähnlich strukturierte Anstalten und Anstalten, deren Begünstigte nicht der Gründerrechtsinhaber ist, Stiftungen, Trusts und stiftungsähnlich strukturierte Treuunternehmen.<sup>68</sup>

Entscheidend ist, ob es sich bei den Rechtsträgern nach Anhang 1 um alleinstehende Rechtsträger handelt oder nicht. Das richtet sich nach den Beteiligungsverhältnissen. Wenn mehr als 25% der Anteile, Stimmrechte oder Gewinnanteile an einem Rechtsträger nach Anhang 1 einer Stiftung, einem Trust, einer stiftungsähnlich ausgestalteten Anstalt oder einem Treuunternehmen gehören oder ein solcher Rechtsträger nach Anhang 2 auf andere Weise die Kontrolle ausübt, sind sie nicht «alleinstehend» und werden wie ein Rechtsträger nach Anhang 2 behandelt (vgl Art 2 Abs 1 lit d VwbPG). Die Unterscheidung ist von Bedeutung, weil eine öffentliche Einsicht durch Dritte an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft ist.

Bei alleinstehenden Rechtsträgern nach Anhang 1 kann ein Dritter ohne Einschränkung Einsicht in das VwbP nehmen, sofern er bestätigt, dass die Offenlegung der Daten für die Bekämpfung der Geldwäscherei, deren Vortaten oder der Terrorismusfinanzierung erforderlich ist (Art 17 Abs 2 lit c VwbPG). Diese Erklärung ist administrativ notwendig, um die Gründe für die Einsicht kontrollieren zu können. Einem derartigen blossen Formerfordernis stehen mE keine europarechtlichen Bedenken entgegen.<sup>69</sup>

Bei allen übrigen Rechtsträgern, also bei den in Anhang 2 explizit aufgelisteten Rechtsträgern und ihren «nicht alleinstehenden» Töchtern (in diesem Beitrag ver-

einfacht «Rechtsträger nach Anhang 2»), ist eine Einsicht in das VwbP grds nur möglich, wenn ein berechtigtes Interesse nachgewiesen werden kann. Wenn nachgewiesen wird, dass der Rechtsträger eine direkte oder indirekte Beteiligung von 25% oder mehr an einem Rechtsträger in einem Drittstaat hält (also ausserhalb des EWR), ist eine Einsicht auch ohne Nachweis eines berechtigten Interesses möglich. Bei Rechtsträgern nach Anhang 2 werden im Unterschied zu Rechtsträgern nach Anhang 1 nicht-kontrollierende<sup>70</sup> Gründer gegenüber Dritten nicht offengelegt (Art 17 Abs 4 Satz 2 VwbPG).

## III. Berechtigtes Interesse bei Stiftungen und Trusts

Die Einsicht in Daten über Stiftungen, Trusts, stiftungsähnlich ausgestalteten Anstalten bzw Anstalten mit Drittbegünstigten oder stiftungsähnlich ausgestalteten Treuunternehmen ist grds nur möglich, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der Einsicht nachweist (Art 17 Abs 5 lit d VwbPG). Ein solches Interesse liegt vor, wenn die Verwendung der beantragten Daten im Rahmen der Bekämpfung von Geldwäscherei, Vortaten der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung glaubhaft gemacht wird (Art 17 Abs 6 VwbPG). Die Materialien und die Wegleitung geben keine nähere Auskunft darüber, was darunter zu verstehen ist.<sup>71</sup>

Die Europäische Kommission sieht ein berechtigtes Interesse bereits dann als erfüllt, wenn sich bspw eine sog. Nichtregierungsorganisation (NGO) in ihrer Satzung der Bekämpfung von Geldwäscherei verschrieben hat oder nachweislich auf diesem Gebiet bereits tätig geworden ist.<sup>72</sup> Dieser Erwägungsgrund wurde nicht in die Richtlinie übernommen und geht auch sicherlich zu weit.

Bei der Auslegung des Begriffs des berechtigten Interesses sind zuerst die rechtlichen Rahmenbedingungen zu beleuchten. Der StGH hat erkannt, dass alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen, insbesondere auch personenbezogene Angaben zu wirtschaftlichen Verhältnissen, vom Grundrecht auf Privatsphäre gemäss Art 32 Abs 1 LV und Art 8 EMRK umfasst sind (sog „informationelle Selbstbestimmtheit“).<sup>73</sup> Wenn das Amt für Justiz einem Dritten Zugang zu Daten über wirtschaftlich berechnete Personen gewährt, ist das jedenfalls ein Eingriff in das Grundrecht auf Privatsphäre, welcher nur dann zulässig ist, wenn er den vom StGH in stRsp formulierten Grundrechtseingriffskriterien genügt. Ein Eingriff muss daher auf gesetzlicher Grundlage und

<sup>66</sup> BuA 75/2020, 29.

<sup>67</sup> Vgl auch BuA 75/2020, 84.

<sup>68</sup> Vgl auch *Marxer & Partner*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2021), Rz 21.119.

<sup>69</sup> Eine ähnliche Erklärung verlangt Malta bei der Einsicht in die Daten von Trusts und trustähnlichen Rechtsträgern, die eine direkte oder indirekte Kontrolle über eine Tochtergesellschaft in einem Drittstaat haben; vgl *Panico*, Trust & Trustees, Vol 26 No 6, 2020, 493 (499).

<sup>70</sup> Zurückgegriffen wird auf Art 3 Abs 2 SPV (vgl BuA 75/2020, 85). Kontrolle bedeutet daher insb die Möglichkeit, über das Vermögen des Rechtsträgers zu verfügen, die Statuten und Beistatuten oder Begünstigte ändern zu können oder die Ausübung dieser Tätigkeiten steuern zu können (vgl auch FMA-Mitteilung 2015/7 idF vom 17.05.2018).

<sup>71</sup> Vgl BuA 75/2020, 86; VwbP-Wegleitung, Seite 10.

<sup>72</sup> Erw 35 des Vorschlags für eine Richtlinie zur Änderung der RL (EU) 2015/849 (COM(2016) 450 final).

<sup>73</sup> StGH 2015/026 LES 2016, 96; StGH 2013/036 Erw 3.1 GE 2013, 436; StGH 2011/011 Erw 2.1 GE 2013, 66; zur Vorratsdatenspeicherung im Kampf gegen den Terrorismus: Hoch, Die Regelung des staatlichen Zugriffs auf Fernmeldedaten im Kommunikationsgesetz aus grundrechtlicher Sicht, LJZ 2009, 99 (101 f); vgl auch Kirchhof, ZPR 2017, 127.

im öffentlichen Interesse erfolgen und muss geeignet, erforderlich und verhältnismässig sein, um dieses öffentliche Interesse zu erfüllen.<sup>74</sup> Diese Kriterien können mE im Rahmen einer verfassungsmässigen Auslegung auch zur näheren Konkretisierung von unbestimmten gesetzlichen Eingriffsschranken herangezogen werden. Die Offenlegung gegenüber einem Dritten ist erlaubt, wenn dieser ein «berechtigtes Interesse» glaubhaft machen kann. Der Begriff des «berechtigten Interesses» ist verfassungskonform so auszulegen, dass er die Eingriffe auf ein geeignetes, erforderliches und verhältnismässiges Mass reduziert und dadurch eine wirksame Eingriffsschranke bildet.

Das Ziel des Art 17 Abs 4 und 5 VwbPG (gesetzliche Grundlage) ist durch die Schaffung einer Einsicht durch Dritte die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu fördern (öffentliches Interesse). Es ist daher zu prüfen, welche Eingriffe zur Erreichung dieses öffentlichen Interesses erforderlich, geeignet und verhältnismässig sind.

Zuerst ist ein berechtigtes Interesse nur gegeben, wenn die Einsicht in das Verzeichnis zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung «erforderlich» ist. Es muss ein konkretes Bedürfnis an der Einsicht in die Daten gerade des betroffenen Rechtsträgers geben, also ein Verdacht oder ein konkretes Kontrollbedürfnis bestehen. Eine massenweise Abfrage, in der Hoffnung irgendetwas zu finden (sog «fishing expeditions»<sup>75</sup>) oder gar Abfragen aus blosser Mühsiggang und Neugier<sup>76</sup>, können kein begründetes Interesse begründen.

Das Erfordernis der Geeignetheit schränkt weiters den Kreis der einsichtsbegehrenden Personen, die ein berechtigtes Interesse haben können, auf diejenigen Personen ein, welche die gewonnenen Informationen tatsächlich im Kampf gegen die Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung überhaupt nützen können («wer»). Die Tatsache, dass jedermann Daten sammeln und verdächtige Sachverhalte den Strafverfolgungsbehörden anzeigen kann, kann jedenfalls keine Rechtfertigung für eine Einsicht sein. Zu denken wäre daher an Personen, die mit dem Rechtsträger in rechtsgeschäftlichen Kontakt stehen oder sonst sorgfaltspflichtig sind. Da Art 16 VwbPG nur inländischen Sorgfaltspflichtigen Einsicht in das Verzeichnis gewährt, wäre es denkbar, ausländische Sorgfaltspflichtige oder sonstige Vertragspartner zur Überprüfung der wirtschaftlich Berechtigten des Rechtsträgers die Einsicht nach Art 17 VwbPG zu gewähren. Ein anderer Fall könnte sein, dass der Antragsteller mit dem Rechtsträger in irgendeinem Kontakt steht und ihn nach seinem (ggf ausländischen) Berufs- oder Ständerecht eine Prüf- oder Anzeigepflicht im Falle des Verdachts auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung trifft. Ein berechtigtes Interesse werden auch Opfer von Straftaten haben, die sich bspw als Privatbeteiligte einem Ermittlungs- oder Strafverfahren gegen einen wirtschaftlich Berechtigten angeschlossen haben und diese Informatio-

nen zur Unterstützung der Staatsanwaltschaft einholen oder in Form eines «private enforcement» ihr Vermögen zivilrechtlich zurückzuerlangen versuchen.

Nicht geeignet zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung ist mE die Einsicht durch sog. Asset Tracer, die im Auftrag von Gläubigern Vermögenswerte von Schuldner ausfindig machen sollen. Solange es keine Anhaltspunkte einer betrügerischen Krida oder ähnlicher Straftaten gibt, liegt in der blossen Eintreibung von Schulden kein berechtigtes Interesse iSd Art 17 Abs 5 VwbPG.

Als letztes Korrektiv liegt ein berechtigtes Interesse nur vor, wenn der Eingriff verhältnismässig ist. Dieses letzte Korrektiv wird im Einzelfall eine Kosten-Nutzen-Abwägung erfordern, sodass die VwbP-Kommission prüfen muss, ob der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmtheit durch die Intention und Motive des Antragstellers gerechtfertigt ist.

#### **IV. Kontrollierende Beteiligung an einer Tochter in einem Drittstaat**

Eine Einsicht in Daten von Rechtsträgern nach Anhang 2 ist auch dann möglich, wenn der Antragsteller nachweist, dass der Rechtsträger direkt oder indirekt 25% oder mehr an einer Gesellschaft oder juristischen Person mit Sitz in einem Drittstaat hält (Art 17 Abs 5 lit d iVm Abs 7 VwbPG). Die genaue Ratio hinter dieser durch die 5. GW-RL vorgegebene Regelung ist nicht ersichtlich.<sup>77</sup> Als Drittstaat gilt jeder Staat, der nicht Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums ist (Art 2 Abs 1 lit e VwbPG),<sup>78</sup> also auch die Schweiz.<sup>79</sup> Durch die engen Verflechtungen mit der Schweiz wird es zu der interessanten Situation kommen, dass der alleinige Umstand, dass eine schweizerische Tochtergesellschaft besteht, zu einer weiteren Einsichtsmöglichkeit führt, als wenn das Vermögen über einen EWR-Mitgliedstaat strukturiert ist.

Wenn eine solche Beteiligung nachgewiesen werden kann, ist ein berechtigtes Interesse nicht mehr notwendig.<sup>80</sup> Allerdings wird die Bestimmung insofern einzuschränken sein, als auch in solchen Fällen die Einsicht nur zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung erlaubt ist (vgl Art 17 Abs 2 lit c VwbPG).

#### **V. Straftatbestand**

Vom Landgericht wird wegen Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft, wer a) sich unter Vorgabe falscher Tatsachen Auskünfte des Amtes für Justiz oder der VwbP-Kommission erschleicht; oder b) Auskünfte entgegen dem im Antrag nach Art 15 Abs 2 lit c, Art 16 Abs 2 lit c sowie Art 17 Abs 2 lit c und Abs 5 lit c VwbPG angegebenen Zweck verwendet (Art 31 Abs 1 VwbPG). Damit ist eine Verwendung der Daten aus dem VwbP zu jedem anderen Zweck als zur Bekämpfung oder Verhin-

<sup>74</sup> Vgl jüngst StGH 2020/014 Erw 2.1 (mwN) GE 2021, 59.

<sup>75</sup> Vgl *Marxer & Partner*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2021), Rz 21.117 ff.

<sup>76</sup> Vgl Rassi in *Fasching/Konecny*<sup>5</sup> II/3 § 219 ZPO Rz 5.

<sup>77</sup> Panico, *Trust & Trustees*, Vol 26 No 6, 2020, 493 (499).

<sup>78</sup> Die Definition deckt sich mit Art 2 Abs 2 lit i SPG; vgl BuA 75/2020, 45.

<sup>79</sup> FMA-Wegleitung 2018/7 idF vom 25.08.2021 zu Art 2 Abs 1 lit i SPG.

<sup>80</sup> BuA 75/2020, 88.

derung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung strafbewehrt.

Fraglich ist, ob dieser Straftatbestand eine wirksame Abschreckung sein kann, wenn man davon ausgeht, dass die meisten Anfragen aus dem Ausland kommen werden. Zwar wird die Erschleichung von Auskünften durch falsche Auskünfte iSd § 67 StGB im Inland begangen werden, eine Verurteilung ist bei ausländischen Antragstellern aber wohl nur in den seltensten Fällen zu erwarten. Dafür müsste die zweckfremde Verwendung der Daten auch im ausländischen Staat strafbar sein und entweder von einem liechtensteinischen Staatsbürger begangen werden oder der Täter müsste im Inland betreten werden (vgl. § 65 Abs 1 StGB). In allen Drittstaaten ist nicht damit zu rechnen, dass die zweckfremde Verwendung der Daten aus dem VwBP unter Strafe steht, sodass die Täter idR straffrei gehen werden.

Vorsicht ist für (rechts-)beratende Berufe geboten: Wenn Klienten einen Rechtsanwalt oder anderen Berater mit der Einsicht in das VwBP beauftragen und dieser die unlauteren Absichten des Klienten kennt, könnte eine Beitragstäterschaft nach § 12 StGB iVm Art 31 Abs 1 VwBPG in Frage kommen. Es genügt, dass der Rechtsanwalt es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass der Dritte die erlangten Informationen nicht zum angegebenen Zweck, dh zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, verwenden wird. Dabei ist es unerheblich, ob die missbräuchliche Verwendung im Ausland strafbar ist oder nicht, denn eine Inlandstat begeht auch, wer im Inland zu einer im Ausland verübten Straftat beiträgt, auch wenn die im Ausland begangene Tat des unmittelbaren Täters nach dem Recht des betreffenden Staates gar nicht strafbar ist.<sup>81</sup> Es wird daher empfohlen, die Intentionen des Klienten sauber zu dokumentieren und ihn darauf hinzuweisen, dass eine Weitergabe der Daten verboten ist. Hält der Klient an seinem Vorhaben fest, muss das Mandat zum Selbstschutz abgelehnt werden.

## VI. Eigene Meinung

Der internationale Trend zu mehr Transparenz ist ein Faktum, dem sich gerade Liechtenstein als kleines Land nicht verschliessen kann. Aus dem BuA ist gut ersichtlich, dass man schlechten Ergebnissen bei der MONEYVAL Prüfung vorbeugen wollte.<sup>82</sup> Leider ist es im internationalen Kontext üblich geworden, dass durch «naming and shaming» und verschiedenen Grey- und Blacklists enormer politischer Druck auf die demokratische Souveränität anderer Länder ausgeübt wird. Gleichzeitig muss anerkannt werden, dass dieser politische Druck bisher auch ein wichtiger Motor für notwendige und im Ergebnis richtige Reformen in Liechtenstein war.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der 5. GW-RL sichtbar Mühe gegeben, die teils gegenläufigen Interessen in Liechtenstein unter einen seriösen Hut zu bringen. Insgesamt wurden – ganz anders als in Österreich – der öffentlichen Einsicht in das VwBP vertretbare und sachliche Schranken gesetzt. Gleichzeitig bewegt

sich die Umsetzung in den international vorgegebenen Bahnen, sodass mE der Prüfung durch MONEYVAL in diesem Punkt beruhigt entgegengesehen werden kann.

Es wird nun an der Praxis liegen, den Willen des Gesetzgebers umzusetzen, insbesondere dass die öffentliche Beteiligung im Rahmen der Einsicht in das VwBP auf das absolut notwendige Mindestmass beschränkt bleibt.

## 6. Art 18 VwBPG: Beschränkung der Einsicht

### I. Allgemeines zur Einschränkung

Neben dem rechtlichen Interesse bei Abfragen zu Rechtsträgern nach Anhang 2 und der Zweckgebundenheit der Abfragen bei alleinstehenden Rechtsträgern nach Anhang 1 sieht das Gesetz noch die Möglichkeit vor, in individuellen Fällen eine Beschränkung der Einsicht zu beantragen (Art 18 VwBPG).

Das Amt für Justiz kann die Offenlegung von Daten gegenüber inländischen Sorgfaltspflichtigen und Dritten nach Art 16 und 17 auf Antrag eines Rechtsträgers vollständig oder teilweise einschränken, wenn dieser nachweist, dass der Offenlegung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls überwiegende schutzwürdige Interessen der wirtschaftlich berechtigten Person entgegenstehen (Art 18 Abs 1 VwBPG). Die Einschränkung der Offenlegung von Daten wird maximal für eine Dauer von fünf Jahren gewährt, oder bis die betroffene Person volljährig wird. Eine Verlängerung ist möglich (Art 18 Abs 3 VwBPG).

Ein Antrag auf Beschränkung der Einsicht ist immer davon abhängig, dass überwiegende schutzwürdige Interessen der wirtschaftlich berechtigten Person vorliegen. Das soll nach Art 18 Abs 2 VwBPG der Fall sein, wenn die wirtschaftlich berechnete Person a) durch die Offenlegung von Daten einem unverhältnismässigen Risiko von Betrug, Entführung, Erpressung, Schutzgelderpressung, Schikane, Gewalt oder Einschüchterung ausgesetzt würde, oder b) minderjährig oder anderweitig geschäftsunfähig ist (Art 18 Abs 2 VwBPG).

### II. Überwiegend schutzwürdige Interessen der wirtschaftlich berechtigten Person

Der Gesetzeswortlaut enthält dieselben Elemente wie der österreichische § 10a Abs 2 WiEReG. Gefordert ist ein «überwiegendes schutzwürdiges Interesse» nicht dem «unverhältnismässigen Risiko» ausgesetzt zu sein, Opfer einer Straftat zu werden. Anders als in Österreich hat der liechtensteinische Gesetzgeber den Richtlinien text nicht in inländische Straftatbestände nach dem StGB «übersetzt». Das VwBPG spricht sohin wie die Richtlinie von «Betrug, Entführung, Erpressung, Schutzgelderpressung, Schikane, Gewalt oder Einschüchterung», ohne dass in den Materialien näher erklärt wird, was genau darunter zu verstehen ist. Das StGB kennt keinen Straftatbestand der Schikane, Gewalt oder Einschüchterung.

Grundsätzlich kann auch der Straftatenkatalog des § 10a WiEReG als nicht abschliessende Orientierungshilfe herangezogen werden. Damit sind neben Betrug, Entführung, Erpressung und Schutzgelderpressung jedenfalls auch die unbestimmten Begriffe «Gewalt» und «Einschüchterung» grösstenteils mitumfasst, weil § 10a WiEReG auch die strafbaren Handlungen gegen Leib und

<sup>81</sup> RIS-Justiz RS0130929.

<sup>82</sup> BuA 75/2020, 22.

Leben nach § 75, 76 und §§ 83 – 87 StGB sowie die erpresserische Entführung (§ 102 StGB) und die Erpressung nach §§ 144, 145 StGB mitumfasst. Offen bleibt, was unter «Schikane» zu verstehen ist.

Es kann – anders als in Österreich – nicht davon ausgegangen werden, dass die Aufzählung taxativ ist, weil sich der liechtensteinische Gesetzgeber gerade nicht auf eine Aufzählung einzelner Straftatbestände eingelassen hat. Wenn die Richtlinie von «Betrug, Entführung, Erpressung, Schutzgelderpressung, Schikane, Gewalt oder Einschüchterung» spricht, meint sie alle Straftaten, die ein Dritter direkt gegen die Person des wirtschaftlich Berechtigten begeht und die ihre Motivation im weitesten Sinne im Vermögen des Opfers haben. Mit «Betrug» ist also nicht nur der Betrug im Sinne der §§ 146 ff StGB, sondern etwa auch Untreue, Veruntreuung, Diebstahl, betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch etc gemeint. Unter dem Begriff «Schikane» wird man daher auch die üble Nachrede (§ 111 StGB), Verleumdung (§ 112 StGB), den Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB) und die falsche Verdächtigung (§ 297 StGB) verstehen müssen. Denkbar wäre beispielsweise die Veröffentlichung von Daten über Stiftungen, Stifter und Begünstigte, womit gegenüber Betroffenen in der Öffentlichkeit der Vorwurf der Steuerhinterziehung erhoben wird, obwohl der Rechtsträger völlig steuerkonform ist.

Weiters lässt der liechtensteinische Gesetzgeber offen, wann ein Risiko, Opfer einer der oben genannten Straftaten zu sein, «unverhältnismässig» sein soll. Die liechtensteinische Lösung ist mangels Legaldefinition in dieser Frage flexibler als § 10a WiEReG. Ich bin jedenfalls der Meinung, dass von einem Antragsteller, der in der Vergangenheit bereits Opfer eines Vermögensdelikts geworden ist, vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, dass er die Erhöhung der abstrakten Gefahr bzw des Risikos, erneut Opfer einer solchen Straftat zu werden, hinnehmen muss. Der Nachweis, dass das erhöhte Risiko gegenüber anderen wirtschaftlich Berechtigten unverhältnismässig ist, kann daher auch in Liechtenstein gelingen, wenn bereits eine Straftat gegen den Antragsteller verübt worden ist. Wie auch der VwGH zu § 10a Abs 2 WiEReG erkannt hat, ist der Antragsteller dabei nicht auf Straftaten aus dem Straftatenkatalog beschränkt.<sup>83</sup> Es ist aber jedenfalls zu fordern, dass die Tat mit dem Vermögen des Opfers im weitesten Sinne zusammenhängt. Eine fahrlässige Körperverletzung (§ 88 StGB) kann bspw nicht genügen, eine Freiheitsentziehung (§ 99 StGB) selbst ohne vermögensrechtliche Komponente unter Umständen sehr wohl.

Personen, die noch nicht Opfer einer Straftat geworden sind, müssen nachweisen, dass das sie treffende Risiko gegenüber anderen im Verzeichnis aufscheinender Personen unverhältnismässig höher ist. Das kann sich aus einer allgemeinen schlechten Sicherheitslage am Wohnort der wirtschaftlich berechtigten Person oder unter Umständen auch allein aus dem Umfang des Vermögens ergeben.<sup>84</sup> Faktoren können das Alter der betroffenen

Person<sup>85</sup> oder andere bereits öffentlich bekannte Informationen<sup>86</sup> sein, wenn bspw der Wohnort einer Familie allgemein bekannt ist. Entscheidend wird sein, dass der Antragsteller bescheinigt, warum die zusätzliche Öffentlichkeit der Daten aus dem VwBP zu einer Erhöhung des Risikos führt, bspw weil durch die nun zugänglichen Informationen Informationslücken geschlossen werden könnten oder durch die Vernetzung dieser Daten mit allgemein bekannten Informationen konkrete Rückschlüsse ermöglicht werden, die die Eintrittswahrscheinlichkeit einer einschlägigen Straftat erhöhen. Es genügt eine abstrakte Gefahr, ohne dass ein sofortiger Handlungsbedarf notwendig ist.<sup>87</sup> Zur Bescheinigung der Gefahr ist es also nicht konstitutiv notwendig, dass der Antragsteller auch noch andere Massnahmen beantragt oder ergreift (bspw besonderen Schutz in Anspruch nimmt).

Grundsätzlich sollte ein grosszügiger Ansatz gewählt werden, weil eine Abwägung zwischen dem Schutz individueller personenbezogener Daten und einem abstrakten öffentlichen Einsichtsinteresse bei Vorliegen risikoerhöhender Umstände regelmässig zugunsten der wirtschaftlich Berechtigten ausschlagen wird.<sup>88</sup> Dass die Richtlinie von «aussergewöhnlichen Umständen» spricht (Art 31 Abs 7a idFd 5. GW-RL), steht dem mE nicht entgegen, betont sie doch gleichzeitig auch den Schutz des Rechts auf Privatsphäre.<sup>89</sup>

Nicht kontrollierende Gründer und Protektoren haben kein überwiegend schutzwürdiges Interesse an der Einschränkung der Einsicht durch Dritte, sofern sie aufgrund einer Erklärung des Rechtsträgers gar nicht als wirtschaftlich berechtigte Personen geführt werden. Dies folgt aus der Tatsache, dass sie im Auszug ohnehin nicht aufscheinen (vgl Art 17 Abs 4 VwBP).<sup>90</sup>

### III. Minderjährig oder Geschäftsunfähige

Minderjährige und geschäftsunfähige wirtschaftlich berechtigte Personen haben immer ein überwiegend schutzwürdiges Interesse an der Einschränkung der Einsicht. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll sich die Minderjährigkeit nach liechtensteinischem Recht richten, sodass die Einschränkung der Einsicht immer mit dem 18. Geburtstag wegfallen würde.<sup>91</sup> Das widerspricht Art 12 Abs 1 IPRG, wonach sich die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer natürlichen Person nach deren Personalstatut richtet. Es wird davon ausgegangen, dass Minderjährige ihre eigenen Angelegenheiten nicht selbstbestimmt regeln können und die wirtschaftliche Berechtigung nicht aus eigener Verantwortung erlangen<sup>92</sup>, während Volljährige entsprechende Vorkehrungen gegen das

<sup>83</sup> Vgl VwGH Ro 2020/13/0010, Erw 39.

<sup>84</sup> Korte in *Frey/Pelz*, BeckOK GwG, § 23 Rz 31; krit Lorenz, DStR 2020, 2258 (2261).

<sup>85</sup> Korte in *Frey/Pelz*, BeckOK GwG, § 23 Rz 31.

<sup>86</sup> Anders als in Österreich und Deutschland schliesst Art 18 VwBP ein berechtigtes Interesse nicht aus, wenn die hinterlegten Daten bereits aus anderen Registern ersichtlich sind (vgl § 10a Abs 2 UAbs 2 letzter Satz WiEReG und § 23 Abs 2 Satz 3 dGwG).

<sup>87</sup> Lorenz, DStR 2020, 2258 (2260) mwN; von *Schweinitz/Pinkernell* in *Zentes/Glaab*, dGWG2 (2020) § 23 Rz 50.

<sup>88</sup> Ähnlich Lorenz, DStR 2020, 2258 (2262) und *Figura* in *Herzog*, Geldwäschegesetz4 (2020) § 23 GwG Rz 8.

<sup>89</sup> 5. GW-RL, Erw 28.

<sup>90</sup> BuA 75/2020, 93.

<sup>91</sup> BuA 132/2020, 17.

<sup>92</sup> Lorenz, DStR 2020, 2258 (2260).

erhöhte Risiko treffen könnten. Wenn dafür aber Handlungen gegenüber dem liechtensteinischen Rechtsträger notwendig sind, bedarf es gerade der Handlungsfähigkeit nach Art 12 Abs 1 IPRG. Tatsächlich erfordert der Schutzzweck des Art 18 VwbPG also, dass auf das Personalstatut abgestellt wird.<sup>93</sup>

#### **IV. Prüfung der Einschränkung der Einsicht**

Bei der Einschränkung der Einsicht eignet sich mE der in der deutschen Lit (siehe oben, 4.) vorgeschlagene zweistufige Prüfungsaufbau.

1. In einem ersten Schritt muss der Antragsteller bescheinigen, dass durch die aus dem VwbP ersichtlichen Informationen sein Risiko, Opfer einer einschlägigen Straftat zu werden, steigen würde bzw gestiegen ist. Dafür ist es notwendig, dass der Antragsteller einen glaubhaften Zusammenhang zwischen der Öffentlichkeit und dem Risiko behauptet und bescheinigt. Die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Straftat gegen den wirtschaftlich Berechtigten muss bloss abstrakt erhöht sein. Es bedarf keiner konkreten Gefahr.<sup>94</sup>
2. In einem zweiten Schritt ist zu behaupten und zu bescheinigen, dass die abstrakte Erhöhung des Risikos unverhältnismässig ist. Wurde der Antragsteller bereits in der Vergangenheit Opfer einer Straftat, die irgendwie mit seinem Vermögen in Verbindung stand, wird man die Unverhältnismässigkeit per se annehmen können. In den übrigen Fällen ist eine Abwägung vorzunehmen, ob die Erhöhung des Risikos unverhältnismässig ist oder nicht.

Das Verfahren über einen Antrag auf Einschränkung der Einsicht nach Art 18 VwbPG richtet sich mangels anderer Verfahrensvorschriften nach dem LVG und findet vor dem Amt für Justiz, nicht vor der VwbP-Kommission statt. Die Einschränkung der öffentlichen Einsicht in das VwbP ist antragsgebunden und der Antragsteller muss die anspruchsbegründenden Tatsachen behaupten und bescheinigen. Antragslegitimiert ist nach dem Wortlaut der Rechtsträger, nicht jedoch der wirtschaftlich Berechtigte. Nach § 10a Abs 1 WiEReG kommt dieses Antragsrecht hingegen primär dem wirtschaftlich Berechtigten zu. Nach dem im Verwaltungsrecht vorherrschenden materiellen Parteibegriff muss mE auch einem wirtschaftlich Berechtigten ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse zuerkannt werden, weil die Beschränkung der Einsicht gerade zum Schutz seiner personenbezogenen Daten eingerichtet wurde. Dies wird vor allem dann notwendig sein, wenn der Rechtsträger untätig bleibt oder von der aussergewöhnlichen Gefahr bzw Gefährdung des wirtschaftlich Berechtigten keine Kenntnis hat.

Entscheide der VwbP-Kommission<sup>95</sup> können binnen 14 Tagen ab Zustellung mittels Beschwerde an die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten angefochten werden (Art 30 Abs 1 VwbPG).

#### **7. Schluss**

Die immer mehr zunehmende Transparenz, die gerade durch den europäischen Gesetzgeber stark forciert worden ist und nunmehr hoffentlich ihren Abschluss gefunden hat, ist ein Faktum, dem sich Liechtenstein nicht entziehen kann. Die neuen Art 17 und 18 VwbPG bieten mE ein gut austariertes Instrumentarium, das einerseits Einsicht ermöglicht und andererseits gerade in privaten Vermögensangelegenheiten die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen weitmöglichst schützt. Dabei wird es jedoch entscheidend auf die Umsetzung durch die liechtensteinischen Behörden und Gerichte ankommen. Da die anderen deutschsprachigen EWR-Länder Deutschland und Österreich ihren Umsetzungsspielraum bewusst anders genützt haben als Liechtenstein, ist man in Liechtenstein gut beraten, bei der Auslegung und Anwendung der Art 17 und 18 VwbPG nicht unbedenken auf die Rsp und Lit aus diesen Ländern zurückzugreifen. Vielmehr müssen liechtensteinische Rechtsanwender die Besonderheiten der liechtensteinischen Bestimmungen beachten. Insgesamt ist es meine Hoffnung, dass die liechtensteinischen Behörden anders als im europäischen Ausland beim Schutz privater Daten eine dem Schutzgedanken des Art 18 VwbPG gerecht werdende, grosszügige Haltung einnehmen werden.

<sup>93</sup> Der in den Gesetzesmaterialien geäusserte Wille des Gesetzgebers kann niemals geltendes Recht ändern.

<sup>94</sup> So auch Korte in Frey/Pelz, BeckOK GwG, § 23 Rz 33 mwN; Lorenz, DStR 2020, 2258 (2260). in Deutschland str.

<sup>95</sup> Zur Zusammensetzung siehe <https://www.staatskalender.li/vwbp-kommission>.

## Der VGH als weisser Ritter im Kampf gegen Inländerdiskriminierung: Anrechenbarkeit von Quellensteuern bei liechtensteinischen Fonds

Matthias Langer und Carina Oberreither<sup>1</sup>

Moneyval, OECD peer review und OECD Minimum Taxation: Das Fürstentum Liechtenstein ist immer stärker geprägt durch internationale Entwicklungen und unser liechtensteinisches Steuerrecht wird damit immer komplexer. Während die aufgezeigten Themen jedoch vorrangig Sachverhalte adressieren, in denen ausländische Investoren über das Fürstentum Liechtenstein strukturieren, sind inländische Sachverhalte oder Konstellationen in denen Liechtensteiner im Ausland investieren selten(er) im medialen Fokus. Dies führt dazu, dass wir als steuerliche Vertreter in Liechtenstein zunehmend mit Fällen konfrontiert werden, in denen eine steuerliche Schlechterstellung von Inländern vorliegt, die den Betroffenen jedoch gar nicht offenkundig ist. Folglich ist eine fundierte steuerliche Beratung mittlerweile nicht nur in Inbound Fällen notwendig, sondern auch zunehmend in Outbound Konstellationen.

Die jüngste Entscheidung des liechtensteinischen Verwaltungsgerichtshofs zeigt klar auf, dass das Fürstentum Liechtenstein weiterhin ein Steuersystem hat, das von den Prinzipien der Finanzierungs- und Entscheidungsneutralität geprägt ist und welches auch keine Diskriminierungen von Inländern im eigenen Land duldet. Konkret hat der VGH in seinem Urteil vom 5. Oktober 2021 (VGH 2020/106) die bisherige steuerliche Diskriminierung von liechtensteinischen Anlegern bei der Anlage über liechtensteinische Fonds festgestellt und die Steuerverwaltung dazu aufgefordert, einer möglichen Doppelbesteuerung durch die Anrechnung von ausländischen Quellensteuern abzuwehren.

### 1. Fonds in Liechtenstein

Bei Fonds handelt es sich kurz zusammengefasst um Anlageinstrumente mit einer professionellen Verwaltung, dem sogenannte Fondsmanagement. Fonds dienen dabei dem gemeinsamen Zweck der langfristigen Vermögensbildung für eine Vielzahl einzelner Anleger. Um diesem Zweck gerecht zu werden, wird das Fondsvermögen regelmässig in verschiedenen Anlagen wie Aktien, Anleihen, Immobilien und auch in alternativen Assetklassen wie Gold oder Kryptowährungen<sup>2</sup> investiert und dadurch das Verlustrisiko minimiert.

Fonds können in unterschiedlichen Rechtsformen errichtet werden. Liechtenstein kennt dabei insbesondere die Rechtsformen der AGmvk (Aktiengesellschaft mit variablem Kapital), die AGmfk (Aktiengesellschaft mit

fixem Kapital) sowie Kollektivtreuhandschaften (Trusts). Darüber hinaus ist auch eine Errichtung als Anlage-Kommanditgesellschaften (Personengesellschaft) denkbar. Gegenständlich relevant sind insbesondere die AGmvk (auch SICAV) sowie die Kommanditgesellschaften in Hinblick auf deren (steuerliche) Unterscheidung.

### 1.1 Steuerliche Behandlung von Fonds in Liechtenstein

Fonds bzw. Fondsgesellschaften gelten in Liechtenstein entgegen den international üblichen Grundsätzen als juristische Personen und unterliegen nach Art 44 SteG entsprechend der Ertragssteuerpflicht (der persönlichen Steuerpflicht nach Art 44 SteG unterliegen juristische Personen mit Sitz oder Ort der tatsächlichen Verwaltung im Inland, so unter anderem «Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren nach dem UCITSG, Investmentunternehmen nach dem IUG und alternative Investmentfonds nach dem AIFMG oder vergleichbare, nach dem Recht eines anderen Staates errichtete Organismen für gemeinsame Anlagen, mit Ausnahme der Anlage-Kommanditgesellschaft und der Anlage-Kommanditärengesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder vergleichbaren, nach dem Recht eines anderen Staates errichtete Organismen für gemeinsame Anlagen»). Faktisch ist es allerdings so, dass die Erträge des Fonds aus dem Fondsvermögen aufgrund des Art 48 SteG (steuerfreier Ertrag) sachlich von der Steuer befreit sind. So normiert Art 48 SteG, dass die Erträge aus dem verwalteten Vermögen von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren nach dem UCITSG, von Investmentunternehmen nach dem IUG, von alternativen Investmentfonds nach dem AIFMG oder von vergleichbaren nach dem Recht eines anderen Staates errichteten Organismen für gemeinsame Anlagen nicht der Ertragssteuer unterliegen sollen.

### 1.2 Steuerliche Behandlung der Anleger

In weiterer Folge werden die Fondserträge beim jeweiligen Anleger besteuert. Das führt im Grunde dazu, dass der Fonds zwar eine eigenständige juristische Person darstellt, die Besteuerung des Fondsvermögens allerdings transparent, mittels Durchgriff auf den jeweiligen Anteilseigner, erfolgt.

Die liechtensteinische Steuerverwaltung hat ein Merkblatt erstellt, in welchem die Besteuerung der von juristischen Personen gehaltenen Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren nach dem UCITSG, an Investmentunternehmen für andere Werte und Immobilien nach dem IUG und an alternativen Investmentfonds nach dem AIFMG («Fonds») geregelt wird. Aus dieser schriftlich festgehaltenen Verwaltungspraxis ist die Transparenz des Fonds sehr klar zu entnehmen.

Weniger klar erschien bis dato die steuerliche Behandlung im Zusammenhang mit natürlichen Personen. Vereinfachend lässt sich zusammenfassen, dass natürliche Personen ihren Anteil am jeweiligen Vermögen des Fonds in der persönlichen Steuererklärung transparent deklarieren müssen. Der VGH hält in der gegenständlich rubrizierten Entscheidung in Hinblick auf die Besteuerung von Fondsanteilen im Falle von natürlichen Personen folgendes fest:

<sup>1</sup> Dipl.-Kfm. Matthias Langer, LL.M. ist Steuerberater und Partner der actus ag und Carina Oberreither, BA leitet die Steuerabteilung der actus ag. Nachrichtlich wird darauf hingewiesen, dass die Autoren den Beschwerdeführer im Verfahren gegen die Steuerverwaltung vertreten haben.

<sup>2</sup> Zur steuerlichen Behandlung von Kryptowährungen siehe beispielsweise [www.crypto-tax.li](http://www.crypto-tax.li).

«Natürliche Personen schulden die Vermögenssteuer auf ihrem gesamten beweglichen und unbeweglichen Vermögen (Art 9 Abs 1 SteG). Anteile an Investmentfonds gehören – selbstverständlich – zum steuerpflichtigen Vermögen (vgl. Art 12 Abs 1 Bst. c und d SteG). Bei der Vermögenssteuer gemäss Art 9 ff. SteG handelt es sich jedoch nicht um eine Vermögenssteuer im herkömmlichen Sinne, sondern um eine Erwerbssteuer auf dem standardisierten Vermögensertrag, denn der Sollertrag im Sinne von Art 5 SteG gehört zum steuerpflichtigen Erwerb (Art 14 Abs 2 Bst. I SteG). Beim Sollertrag handelt es sich um den standardisierten Vermögensertrag (Art 5 SteG). Die Höhe des Sollertrages wird mittels eines Zinssatzes, der jährlich durch das Finanzgesetz bestimmt wird, ermittelt (Art 5 SteG). Seit Inkrafttreten des Steuergesetzes am 01. Januar 2011 betrug der Zinssatz jeweils 4% p.a. Somit beträgt der Sollertrag des Vermögens 4%. Er wird dem übrigen Erwerb der natürlichen Person hinzugeschlagen und so der Erwerbssteuer unterzogen. Der effektiv aus dem Vermögen erzielte Ertrag wird nicht gesondert besteuert und gehört deshalb nicht zum steuerpflichtigen Erwerb (Art 15 Abs 1 Bst. a und Art 15 Abs 2 Bst. n SteG). Ebenso wenig unterstehen Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Bestandteilen des beweglichen und unbeweglichen Privatvermögens oder Beteiligungen der Erwerbssteuer (Art 15 Abs 2 Bst. m und o SteG)»

### 1.3 Die Anrechnung von Quellensteuern in Liechtenstein

Die bis vor kurzem unklare Rechtsfrage bestand darin, ob sich natürliche Personen die im Ausland angefallenen Quellensteuern auf die einzelnen Erträge des Fonds in der eigenen Steuererklärung anrechnen lassen können, zumal der Fonds in Liechtenstein eigentlich als übergeordnete juristische Person gilt.

Die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit von ausländischen Quellensteuern setzen sich gemäss den Artikeln 22 SteG, 18a - c SteV sowie dem Merkblatt betreffend die Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf Einkünfte von natürlichen Personen wie folgt zusammen:

- Das Vermögen muss in einem Staat gelegen sein bzw der Erwerb muss aus einem Staat stammen, mit dem ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen wurde oder aber ein Gegenrecht besteht und dabei je die Anrechnungsmethode vorgesehen ist;
- Es muss sich um ausländische Steuern handeln, die festgesetzt und bezahlt wurden und für die im Quellenstaat keine weiteren Ermässigungen geltend gemacht werden könnten;
- Es muss sich eine Doppelbelastung an Steuern desselben Vermögens oder Erwerbs bei derselben Person ergeben (bei Vermögen durch den Sollertrag, bei Erwerb durch die Erwerbsbesteuerung; Stichwort Anrechnungshöchstbetrag).

Nachfolgend wird die bisherige Ansicht der Steuerverwaltung sowie die Entscheidung des VGH hinsichtlich der Anrechenbarkeit der ausländischen Quellensteuern, mit welchen das betreffende steuerpflichtige Fondsvermögen mitunter belastet ist, dargestellt.

## 2. Entscheidung des VGH

### 2.1 Sachverhalt

Gegenstand der Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof waren die einbehaltenen Quellensteuern auf die Ausschüttungen aus den deutschen und schweizerischen Beteiligungen im Fondsvermögen (liechtensteinerischer SICAV) und die Anrechenbarkeit derselben in der persönlichen Steuererklärung des Beschwerdeführers (eine natürliche Person mit Wohnsitz in Liechtenstein). Schliesslich verbleibt nach Anwendung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Liechtenstein und der Schweiz sowie dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Liechtenstein und Deutschland bei Streubesitzaktien eine faktische ausländische Steuerbelastung von 15% der Bruttodividenden aus eben diesen Aktien. Werden diese im Rahmen der liechtensteinischen Steuererklärung nicht angerechnet, so entsteht dadurch eine Doppelbesteuerung.

Die Steuerverwaltung vertrat kurz zusammengefasst die Auffassung, dass eine Anrechnung der Quellensteuer nicht möglich sei, da nicht der Beschwerdeführer Schuldner der Quellensteuer wäre, sondern vielmehr der Fonds selbst. Da ein Fonds in Liechtenstein ein eigenständiges Ertragssteuersubjekt ist, sei eine Investition in einen solchen in Hinblick auf die Anrechenbarkeit von Quellensteuern so zu behandeln, als würden Anteile an einer Kapitalgesellschaft gehalten werden. Quellensteuern, welche auf Ausschüttungen von Tochtergesellschaften an eine Kapitalgesellschaft anfallen, können bei der natürlichen Person als Anteilseigner der Muttergesellschaft nicht angerechnet werden. Die Steuerverwaltung argumentierte folglich, dass die dargestellte Doppelbelastung, welche ohne die Anrechnung der ausländischen Quellensteuern entsteht, dem liechtensteinischen Steuersystem geschuldet sei. Weiters argumentierte die Steuerverwaltung, dass im gegebenen Fall keine tatsächliche doppelte Belastung von Steuern gegeben sei, da bei einem Fonds die Beteiligungserträge ohnehin steuerfrei zu behandeln sind. Die Landessteuerkommission hat diese Auffassung bestätigt.

Der Beschwerdeführer vertrat hingegen die Auffassung, dass die Quellensteuern durchaus anrechenbar wären. Einerseits deshalb, da eine Doppelbelastung an Steuern auf die Erträge aus den ausländischen Beteiligungen auf Ebene der natürlichen Person gegeben sei, zumal sich die Beteiligungen des Fonds im Sollertrag der natürlichen Person eins zu eins widerspiegeln. Andererseits deshalb, da ein solcher Fonds transparent zu betrachten sei und dadurch kein eigenes Ertragssteuersubjekt im herkömmlichen Sinn darstellen würde. Schliesslich sind im Falle eines Fonds auf dessen Ebene nicht nur die Beteiligungserträge steuerbefreit, sondern vielmehr sämtliche Erträge und sämtliches Vermögen. Eine tatsächliche Besteuerung der Vermögenswerte fände sich erst bei den Begünstigten bzw Anlegern wieder.

### 2.2 Entscheidung

Der VGH hat in seiner Sitzung vom 05. Oktober 2021 festgehalten bzw bestätigt, dass sofern sich der Beschwerdeführer die verfahrensgenständlichen ausländischen

Quellensteuern in Liechtenstein nicht anrechnen lassen kann, dies zu einer faktischen Doppelbelastung führt.

«Die Dividendenerträge, die der Fonds aus der Schweiz und Deutschland erzielt, unterliegen einer Quellensteuer in der Höhe von 15%, die in der Schweiz bzw in Deutschland verbleibt. Auf dem Wert der Anteile, die der Beschwerdeführer am liechtensteinischen Fonds hält, schuldet der Beschwerdeführer die liechtensteinische Vermögenssteuer (bzw die Erwerbssteuer auf dem Soll-ertrag von 4% des Vermögens, also des Wertes der Fonds-anteile)»

«Wenn hingegen der Beschwerdeführer sein Vermögen nicht in Fondsanteile, sondern direkt in schweizerische oder deutsche Beteiligungspapiere investiert, entsteht keine oder nur eine geringere Doppelbelastung. Zwar verbleiben ebenfalls 15% Quellensteuern auf den Dividendenerträgen im Ausland, doch kann sich der Beschwerdeführer diese ausländischen Steuern auf die Vermögenssteuer, die er in Liechtenstein auf dem Wert der von ihm gehaltenen schweizerischen und deutschen Beteiligungspapiere schuldet, anrechnen lassen»

«So gesehen macht es für den Beschwerdeführer einen steuerlichen Unterschied, ob er direkt in schweizerische und deutsche Beteiligungspapiere oder in Anteile solcher Fonds investiert, die ihrerseits in schweizerische und deutsche Beteiligungspapiere investieren»

Dem Argument der Steuerverwaltung, wonach die dargestellte faktische Steuerbelastung dem liechtensteinischen Steuersystem geschuldet sein, welches qualifizierte Fonds als eigenständige Steuersubjekte qualifiziere, hält der VGH unter anderem folgendes entgegen:

«Das Steuergesetz von 2010 beantwortet die hier relevante Frage, ob sich der Beschwerdeführer nicht rückforderbare ausländische Quellensteuern auf seine Vermögens- und Erwerbssteuer anrechnen lassen kann, nicht ausdrücklich. Umso wichtiger ist es, auf die Materialien zum neuen Steuergesetz einzugehen»

Diesen Materialien sind beispielsweise folgende Intentionen des Gesetzgebers in Hinblick auf die Transparenz eines Fonds zu entnehmen:

«Für den Finanzplatz Liechtenstein ist die Erhaltung der Attraktivität als Standort für die Vermögensverwaltung für einzelne oder eine Vielzahl von Anlegern von zentraler Bedeutung. (...) Ebenso sollen die verschiedenen Formen von Investmentunternehmen einer international kompatiblen, d.h. einer transparenten Besteuerung unterstehen»<sup>3</sup>

«Die verschiedenen Formen von Investmentunternehmen, in denen eine Vielzahl von Anlegern ihre Vermögensanlage bündeln können, werden wie bis anhin auf der Grundlage der steuerlichen Transparenz international kompatibel besteuert»<sup>4</sup>

«Im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen sind mit der Steuerreform kaum Änderungen verbunden. Kollektive Kapitalanlagen mit vertraglicher oder körperschaftlicher Fondsstruktur sowie Spezialfonds für qualifizierte Anleger werden weiterhin nach dem international anerkannten Grundsatz der steuerlichen Transparenz be-

handelt. Danach sind sowohl thesaurierende als auch ausschüttende Fonds selbst nicht steuerpflichtig. Eine Besteuerung erfolgt vielmehr nur auf der Ebene der Anteilinhaber in deren jeweiligen Ansässigkeitsstaat»<sup>5</sup>

Es kann folglich festgehalten werden, dass der liechtensteinische Gesetzgeber Fonds stets als transparent erachtete und die Transparenz der Fonds nie ausser Frage stellte. Dementgegen steht nun im Grunde nur mehr das Argument der Steuerverwaltung, wonach diese Transparenz in Hinblick auf natürliche Personen (im Vergleich zu den juristischen Personen) nicht konkret im liechtensteinischen Steuergesetz normiert werde. Insbesondere aber im Vergleich zu den schweizerischen Bestimmungen, in welchen die Transparenz in Art 10 DBG klar festgelegt wäre. Der VGH hält diesem Argument folgendes entgegen:

«Das liechtensteinische Steuergesetz enthält in Art 9 Abs 2 und Art 14 Abs 4 Bestimmungen, die Art 10 Abs 1 DBG entsprechen. Es enthält auch Bestimmungen, die in Bezug auf Fondsanleger, bei denen es sich um juristische Personen handelt, der Bestimmung von Art 10 Abs 2 erster Teilsatz entsprechen. Art 47 Abs 3 Bst. I SteG, Art 31 SteV und das (...) erwähnte Merkblatt bestimmen nämlich, dass das jährlich realisierte Ergebnis von Investmentfonds beim Fondsanleger als Ertrag besteuert wird, wobei es sich bei der Art dieses Ertrages nicht um einen Beteiligungsertrag (Dividenden) aus dem Investmentfonds erzielt hat, handelt»

«Das liechtensteinische Steuergesetz enthält für natürliche Personen tatsächlich keine Bestimmung, die jener von Art 10 Abs 2 erster Teilsatz DBG entspricht. Eine solche Bestimmung ist aber auch nicht zu erwarten, denn sie würde wenig Sinn machen: Wenn das Einkommen des Investmentfonds dem Fondsanleger (der natürlichen Person) zugerechnet würde, wäre es beim Investmentfonds steuerfrei. Dies ist es aber ohnehin schon gemäss der Bestimmung von Art 48 Abs 1 Bst. g SteG. Aber auch bei der natürlichen Person wäre das ihr zugerechnete Einkommen des Investmentfonds steuerfrei (steuerfreier Ertrag des Vermögens, steuerfreie Gewinnanteile aufgrund von Beteiligungen, steuerfreie Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Vermögen: Art 15 Abs 1 Bst. a und Abs 2 Bst. m, n und o SteG). Eine Bestimmung, wonach steuerfreies Einkommen einer Person einer anderen Person zugerechnet wird, das bei der anderen Person wiederum steuerfrei ist, macht wenig Sinn, weshalb aus der Tatsache, dass im liechtensteinischen Steuergesetz keine der Bestimmung von Art 10 Abs 2 erster Teilsatz DBG entsprechende Bestimmung für natürliche Personen enthalten ist, nicht abgeleitet werden kann, dass liechtensteinische Investmentfonds «intransparent» sind. Vielmehr wäre zu erwarten, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Bestimmung im Steuergesetz aufnimmt, wenn er eine solche «Intransparenz» gewollt hätte. Der Gesetzgeber hat jedoch insbesondere im BuA Nr 48/2010 mehrfach davon gesprochen, dass Fonds steuerlich «transparent» zu behandeln sind. Im BuA Nr 15/2014 hielt er fest, dass Anlagen über Fonds steuerlich gleich behandelt werden

<sup>3</sup> BuA 48/2010, Zusammenfassung, S 8.

<sup>4</sup> BuA 2010/48, Vermögensverwaltende Strukturen, S 49.

<sup>5</sup> BuA 2010/48, Investmentunternehmen, S 50.

*sollen wie Direktanlagen (auch wenn die Regierung dies nur im Zusammenhang mit der Besteuerung von juristischen Personen als Fondsanleger ausführte, dies aber auch nur deshalb, weil mit der Gesetzesrevision zu LGBl. 2014 Nr 344 nur juristische Personen betroffen waren)*

Erfreulicherweise hat der VGH in logischer Konsequenz auf die dargestellten Argumente schliesslich erkannt, dass eine Anrechnung von nicht rückforderbaren Quellensteuern in Liechtenstein erfolgen muss (Art 22 Abs 2, Art 63 SteG; Art 23 Abs 2 Bst. b DBA-DE; Art 23 Abs 1 Bst. b DBA-CH.).

*«Es würde dem Sinn und Zweck dieser Anrechnungsbestimmungen widersprechen, wenn nicht anerkannt würde, dass Erträge von liechtensteinischen Investmentfonds den liechtensteinischen Fondsanlegern zum Zweck der Anrechnung zugerechnet werden. Der Standpunkt der Steuerverwaltung, dass der Investmentfonds als eigenes Steuersubjekt betrachtet werden müsse und nur dieses Steuersubjekt sich ausländische Quellensteuern anrechnen lassen könne, führt nicht nur zu einer unterschiedlichen Qualifikation von gleichen Erträgen aus Investmentfonds je nachdem, ob es sich beim Fondsanleger um eine natürliche oder juristische Person handelt, sondern insbesondere auch zu einer Ungleichbehandlung von Fondsanlegern gegenüber Direktanlegern und damit zu einer faktischen Doppelbelastung, die der Intention des Gesetzgebers widerspricht»*

### **3. Klarstellung in Hinblick auf die Doppelbesteuerungsabkommen**

Bekanntermassen ist Liechtenstein bestrebt, in seinen Doppelbesteuerungsabkommen die Fonds bzw Fondsgesellschaften als «ansässige Person» zu definieren; so auch im Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland.<sup>6</sup> Der VGH stellt in der sachgegenständlichen Entscheidung erneut klar, dass die Ansässigkeit eines Fonds in den DBA nur deshalb normiert wird, damit dieser rückforderbare Quellensteuern, die in Deutschland (oder einem anderen DBA Land) einbehalten werden, in eigenem Namen für die Anleger rückfordern kann. Es handelt sich dabei folglich um eine administrative Erleichterung; schliesslich muss anderenfalls, wie es beispielsweise im Verhältnis zur Schweiz der Fall ist, jeder Anleger einzeln einen Antrag auf Rückerstattung stellen. Die Qualifikation des Fonds als ansässige Person in den DBA hat allerdings keinerlei Einfluss auf die (transparente) Besteuerung des Fonds im jeweiligen Ansässigkeitsstaat. Schliesslich kann eine Besteuerung stets nur auf Basis innerstaatlicher Rechtsgrundlagen erfolgen.

### **4. Bedeutung für die Praxis**

Das dargestellte Urteil des VGH vom 05. Oktober 2021 ist in mehrfacher Hinsicht bedeutend. So hat der VGH hier einerseits den seit Jahren bestehenden Dissens zwischen der Steuerverwaltung und den auf internationale Fälle spezialisierten Steuerberatern geklärt, wie liechtensteinische Fonds bei liechtensteinischen Anlegern in Hinblick auf grenzüberschreitende Einkünfte zu behandeln sind. Andererseits und über diesen Spezialfall hinausgehend

hat der VGH gezeigt, dass das Gleichbehandlungsgebot auch im Steuerrecht seine gerechtfertigte Anwendung findet und die im Jahre 2007 definierten Grundprinzipien im Zuge der Reform des liechtensteinischen Steuergesetzes als übergeordneter Rahmen des Steuergesetzes bei der Auslegung und Anwendung der einzelnen Normen zu beachten sind: Der VGH diene hier somit als Leuchtturm und Wegweiser in einem Dschungel an immer komplexer werdenden steuerlichen Regeln und Verwaltungspraxen.

<sup>6</sup> Ziff. Bst. b des Protokolls.

## Die funktionellen Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrates einer liechtensteinischen Aktiengesellschaft

Zugleich ein Beitrag zur Anwendbarkeit der schweizerischen Rezeptionsvorlage\*

Matthias Marxer (Autorenname fehlt in der Printausgabe)

### Abstract

Obgleich der hohen Praxisrelevanz der Verantwortlichkeit gesellschaftsrechtlicher Organe hat sich bis dato die Literatur nur spärlich mit den Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten befasst. Auch das liechtensteinische Aktienrecht selbst lässt die Frage unbeantwortet, in welchem Ausmass Kompetenzen des Verwaltungsrates an andere Funktionsträger übertragen werden können und inwieweit dem Verwaltungsrat undelegierbare Kernkompetenzen zukommen. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass trotz der generellen Zulässigkeit der Übertragung von Kompetenzen, eine solche Delegation nicht schrankenlos erlaubt ist. Es wird argumentiert, dass der Verwaltungsrat nach erfolgter Delegation nicht auf ein Organ mit reinen Überwachungspflichten degradiert werden darf, sondern dass zwingende übergeordnete Oberleitungsfunktionen diesem nicht entzogen werden dürfen. Eine formelle Katalogisierung der gesellschaftsrechtlichen delegierbaren und undelegierbaren Aufgaben wird als nicht zielführend erachtet. Stattdessen wird die Grenze anhand funktioneller Merkmale gezogen. Im Kern werden die konkreten gesellschaftsrechtlichen Kernkompetenzen des Verwaltungsrates umfassend dargelegt und der Versuch unternommen, den jeweiligen Aufgaben unter rechtsvergleichenden Aspekten einen materiellen Inhalt zu geben.

### 1 Einleitung

Die Anforderungen an Exekutivorgane bezüglich ihrer Aufgaben und Pflichten wachsen stetig. Auch wenn in den letzten Jahren das Thema Verantwortlichkeit von liechtensteinischen Organen vermehrt in den Blickwinkel der Gerichte geraten ist und eine hohe Praxisrelevanz genießt, ist die Zahl der wissenschaftlichen Abhandlungen überschaubar geblieben. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Aufgaben und Pflichten der Verwaltungsräte fand bisher kaum statt, obwohl der Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Haftung massgebende Bedeutung zukommt. Zudem lässt das liechtensteinische Recht insbesondere im Zusammenhang mit der Delegation die Frage unbeantwortet, in welchem Umfang Kompetenzen des Verwaltungsrates delegiert werden können. Aufgrund der Praxisrelevanz und Aktualität der Haftungsthematik sowie wegen des hohen Stellenwertes der Aktiengesellschaft für den Wirtschaftsstandort Liech-

tenstein erscheint eine wissenschaftliche Abhandlung in diesem Bereich für angezeigt.

Der vorliegende Beitrag möchte sich dieser komplexen Fragestellung widmen und die gesellschaftsrechtlichen Aufgaben und Pflichten eines Verwaltungsrates in einer liechtensteinischen Aktiengesellschaft funktionell erfassen. Im Speziellen wird der Frage nachgegangen, inwieweit Kompetenzen einer Delegation zugänglich sind und ob dem Verwaltungsrat ein unübertragbarer Kompetenzbereich zukommt. Im Zuge dessen wird eine funktionelle Betrachtungsweise als zielführend erachtet und unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten und unter Heranziehung der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung vor und nach der Aktienrechtsrevision 1991 auf die konkreten nicht delegierbaren Kernaufgaben sowie auf die verwaltungsrätlichen Pflichten eingegangen.

### 2 Methode

Die gegenständliche Arbeit bedient sich der Methode der funktionellen Rechtsvergleichung, was insbesondere durch die historische Entstehungsgeschichte des Aktienrechts bestimmt ist. Das Augenmerk wird dabei auf das Schweizer Recht gelegt. Gerade in Bezug auf die verwaltungsrätlichen Aufgaben wird ersichtlich, dass die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Unklarheiten der liechtensteinischen Rechtsordnung weniger weit fortgeschritten ist. Es bietet sich somit an, Ungewissheiten der eigenen Rechtsordnung durch Heranziehung von bewährten Konkretisierungen und Überlegungen im Rezeptionsland Schweiz abzuheben. Für die funktionelle Erfassung der undelegierbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates wird aus dem Reservoir der grundlegenden Ausführungen der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung seinen Nutzen gezogen und die vorgenommenen rechtsvergleichenden Überlegungen zur Auslegung der liechtensteinischen Rechtsordnung herangezogen. Die Rechtsvergleichung genießt in Liechtenstein seit jeher einen hohen Stellenwert, indem ihr der Rang einer 5. Auslegungsmethode beigemessen wird.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Siehe hierzu HÖFLING WOLFRAM, Die liechtensteinische Grundrechtsordnung, Eine kritisch-systematische Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs unter Berücksichtigung der Grundrechtslehren des deutschsprachigen Raumes, Vaduz 1994 (Liechtenstein Politische Schriften, Bd. 20), 46 f., mit weiteren Hinweisen; MOTAL, Grundfragen, 97 u. 99. Nach ständiger liechtensteinischer Praxis wird bei der Auslegung der rezipierten Bestimmung Lehre und Rechtsprechung des Ursprungslands beigezogen: «Durch die Rezeption ausländischer Gesetze gibt der liechtensteinische Gesetzgeber zu erkennen, dass in Liechtenstein im entsprechenden Bereich Gleiches gelten soll wie im Ursprungsland. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn die rezipierten Bestimmungen – solange keine triftigen Gründe etwas anderes nahelegen – gleich ausgelegt werden wie im Ursprungsland; bei gegensätzlichen Lehrmeinungen in der Regel so, wie dies die Höchstgerichte getan haben; nicht jedoch, wenn sich liechtensteinische Gerichte anschicken, ausländische dogmatische Kontroversen zu schlichten. Denn die Auslegung durch die Höchstgerichte des Ursprungslands entspricht in der Regel dem dort tatsächlich geltenden Rechtszustand (Law in Action), auf den der liechtensteinische Gesetzgeber sein Recht ausrichten wollte.» (OGH 04.04.2002, 01 CG.2000.64, LES 2005, 100; StGH 23.11.1993, 1993/013, LES 1994, 49).

\* Der Autor ist derzeit für die Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaft BDO (Liechtenstein) AG tätig und war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsrecht, Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht der Universität Liechtenstein. Der vorliegende Beitrag ist eine gekürzte und überarbeitete Fassung der Masterthesis, welche der Autor im Rahmen des postgraduativen Lehrganges «Executive Master of Laws in Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht» (LL.M.) an der Universität Liechtenstein im Mai 2020 eingereicht hat. Der Beitrag gibt ausschliesslich die persönliche Meinung des Autors wieder.

### 3 Begriffsabgrenzung Aufgaben und Pflichten

Im Abschnitt «Verwaltung» des allgemeinen Teils des PGR<sup>2</sup> (Art 180 ff. PGR) wird zwischen Befugnissen und Pflichten unterschieden. In Art 349 PGR spricht das Gesetz von Pflichten des Verwaltungsrates. Weder im Gesetzestext noch in der Literatur ist eine definierte begriffliche Abgrenzung zwischen Aufgaben, Befugnissen, Pflichten oder Kompetenzen erkennbar. Im Schrifttum wird teilweise im Zusammenhang mit den in Art 349 PGR festgeschriebenen Pflichten von Aufgaben gesprochen oder die Begriffe Befugnisse, Pflichten, Aufgaben werden als Synonyme verwendet.

Im allgemeinen Sprachgebrauch sind unter den Aufgaben der Verwaltung die Pflichten zu verstehen und Befugnisse sind normalerweise mit Rechten gleichbedeutend.<sup>3</sup> Indem die verschiedenen Begriffe nicht konsequent auseinandergehalten werden, wird diesem Sprachgebrauch nicht immer gefolgt. Ein Oberbegriff ist daher nicht erkennbar.

Vor diesem Hintergrund wird für die vorliegende Arbeit dem Grunde nach zwischen Aufgaben und Pflichten unterschieden. Diese Unterscheidung rührt aus dem Verständnis der allgemeinen Sorgfaltspflicht her, welche dahingehend verstanden wird, dass der Verwaltungsrat sämtliche ihm zukommenden Aufgaben sorgfältig zu erfüllen hat. Wenn von Kompetenzen die Rede ist, sind damit ebenfalls die Aufgaben des Verwaltungsrates gemeint.

### 4 Verantwortlichkeit

Im Zusammenhang mit der Haftung wird zwischen Haftung der Aktiengesellschaft,<sup>4</sup> Haftung der Aktionäre<sup>5</sup> und

Haftung der Organe unterschieden.<sup>6</sup> Bei der Verantwortlichkeit geht es um die persönliche Haftung der Organe.<sup>7</sup> Nach Art 220 PGR sind die mit der Verwaltung und Kontrolle einer Gesellschaft betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie durch Nichterfüllung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen. Die Haftung eines Verwaltungsorgans aus Verantwortlichkeit gegenüber der Aktiengesellschaft ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Das Organ muss der «Gesellschaft selbst oder einem Dritten durch sein rechts- bzw pflichtwidriges Verhalten schuldhaft einen Schaden zugefügt» haben, «wobei zwischen dem rechts- bzw pflichtwidrig schuldhaften Verhalten und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen muss.»<sup>8</sup> Das liechtensteinische Verantwortlichkeitsrecht kann als sehr streng umschrieben werden. Die Haftung der verantwortlichen Personen steht unter den Bestimmungen über die Haftung aus Vertrag (Art. 226 PGR). Zudem gilt die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB,<sup>9</sup> was dazu führt, dass das beweislustige Organ zu beweisen hat, dass kein Verschulden vorliegt.<sup>10</sup> Die strenge Rechtsprechung führt dazu, dass die Anforderungen an die Organe und Sorgfaltspflichtigen bezüglich ihrer Pflichten sehr hoch sind.<sup>11</sup>

Im Rahmen der Verantwortlichkeit kommt der tatbestandsmässigen Pflichtwidrigkeit massgebende Bedeutung zu. Eine Pflichtwidrigkeit ist begründet, wenn eine Verletzung der dem Verwaltungsrat obliegenden Aufgaben und Pflichten vorliegt. In der vorliegenden Arbeit werden deshalb die dem Verwaltungsrat zukommenden Aufgaben und Pflichten näher betrachtet und untersucht, inwieweit sie einer Delegation zugänglich sind oder unübertragbar beim Verwaltungsrat verbleiben.

### 5 Gesetzliche Grundlagen im PGR

Sämtliche juristischen Personen haben aufgrund der in Art 180 Abs 1 PGR statuierten Bestimmung eine Verwaltung aufzuweisen, wobei in Bezug auf die Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat gemeint ist.<sup>12</sup> Der Verwaltungs-

<sup>2</sup> Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) vom 20. Januar 1926, LGBL. 1926 Nr 4, i.d.g.F.

<sup>3</sup> So BÜRGI WOLFHART F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilbd. b/2: Art 698–738 OR, Zürich 1969, N 2 zu Art 721 OR; hierzu auch VOLLMAR JÜRIG, Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrates an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Diss. Lenzburg 1986, 19 f.; ALLEMANN FRIDOLIN, Das Verhältnis des Reglements zu den Statuten der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1951, 20 ff.

<sup>4</sup> Für die Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen (Art 261 Abs 1 PGR).

<sup>5</sup> Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich (Art 261 Abs 2 PGR). Der Aktionär ist grundsätzlich nicht verpflichtet, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen als den für den Bezug einer Aktie bei deren Ausgabe von der Gesellschaft festgesetzten Betrag (Art 317 Abs 1 PGR; MARXER & PARTNER (Hrsg.), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, Wien 2021, 60). Dem Aktionär kommt keine allgemeine Treuepflicht zu (so auch BATLINER CHRISTIAN, Liechtenstein, in: Gerhard Wegen, Andreas Spahlinger, Marcel Barth (Hrsg.), Gesellschaftsrecht des Auslands in Einzeldarstellungen, München 2013, 15). Zur sog. Durchgriffshaftung siehe OGH 03.05.2000, 03 C 388/96–25, LES 2000, 192. Zur Aktiengesellschaft und insb. zur Bindung von Aktionären vgl. SCHURR FRANCESCO, Die liechtensteinische Aktiengesellschaft und die Bindung ihrer Aktionäre, ZVglRWiss 2012, 339, 339 ff.; MARXER MATTHIAS, Die personalistische Aktiengesellschaft als geeignetes Nachfolgeinstrument – Aktionärbindungsverträge und Vinkulierungsbestimmungen, LJZ 2018, 162, 162 ff.

<sup>6</sup> Hierzu z.B. ÖHRI UWE, Die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer AG, Anstalt oder Stiftung betrauten Organe, LJZ 2007, 100, 100 ff.; BERGT JOSEF, Verantwortlichkeit der Leitungs- und Kontrollorgane in der liechtensteinischen Aktiengesellschaft, Diss. Triesen 2019, N 179 ff.

<sup>7</sup> Art 218 ff. PGR. Zum Organbegriff ausführlich MOTAL BERNHARD, Grundfragen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, Diss. Wien 2017 (= Schriften zum Stiftungsrecht 10), 248 ff. Ausführlich zur organinternen Stellvertretung im Aktienrecht SELE HUGO/MARXER MATTHIAS/NARDI SUSANNE, Eine genaue Betrachtung der organinternen Stellvertretung, LJZ 2016, 63, 63 f.; TSCHÜTSCHER-ALANYURT ARZU, Stellvertretung im Verwaltungsrat liechtensteinischer Aktiengesellschaften, SPWR 2020, 343, 343 ff.

<sup>8</sup> ÖHRI, LJZ 2007, 103; SCHWÄRZLER HELMUT/WAGNER JÜRGEN, Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Schaan 2012, 125 u. 132 ff.; BERGT, Verantwortlichkeit, N 206 ff.

<sup>9</sup> Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, LR. 210.0, i.d.g.F.

<sup>10</sup> OGH 08.05.2008, 1 CG.2006.276, LES 2008, 363; MARXER & PARTNER, Wirtschaftsrecht, 60; ÖHRI, LJZ 2007, 109.

<sup>11</sup> Siehe OGH 08.05.2008, 1 CG.2006.276, LES 2008, 363; siehe auch OGH 02.05.2002, 01 CG.174/1998–52, LES 2003, 48.

<sup>12</sup> Art 341 PGR i.V.m. Art 344 PGR. Die Aktiengesellschaft besteht zwingend aus der Generalversammlung, dem Verwaltungsrat sowie der Revisionsstelle. Diese Organe sind bei der Aktiengesellschaft gesetzlich vorgeschrieben. Hierzu MARXER FLORIAN, Die

rat als Kollegialorgan bildet das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Aktiengesellschaft.<sup>13</sup> Die Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrates sind im allgemeinen Teil des PGR, aber auch im Aktienrecht normiert (Art 182 PGR und Art 349 PGR).

Gemäss Art 182 Abs 1 PGR hat der Verwaltungsrat alle Befugnisse und Pflichten, die nicht einem anderen Organ übertragen oder vorbehalten sind. Er hat insbesondere für die Erhaltung des Grundkapitals sowie für die Sicherstellung und den Erfolg des Unternehmens im Rahmen der gesetzlichen Pflichten und der dargebotenen Möglichkeiten besorgt zu sein. Nach Abs 2 hat er das Unternehmen der Verbandsperson mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung (Satz 1). Ein Mitglied der Verwaltung handelt im Einklang mit diesen Grundsätzen, wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten liess und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Verbandsperson zu handeln (Satz 2).<sup>14</sup> Nach Art 349 Abs 1 PGR ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen (Ziff. 1), die für einen geordneten Geschäftsbetrieb erforderlichen Reglemente aufzustellen und der Geschäftsführung die zu diesem Zwecke nötigen Weisungen zu erteilen (Ziff. 2). Zudem hat er die mit der Geschäftsführung und Vertretung Betrauten mit Bezug auf ihre richtige, den Gesetzesvorschriften, Statuten und Reglementen entsprechende Durchführung zu überwachen (Ziff. 3) und sich zu diesem Zwecke über den Geschäftsgang und die Geschäftsleitung regelmässig zu unterrichten (Ziff. 4). Darüber hinaus ist er dafür verantwortlich, dass die Protokolle der Generalversammlung und der Verwaltung sowie die notwendigen Geschäftsbücher regelrecht geführt und der Geschäftsbericht und der konsolidierte Geschäftsbericht nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften aufgestellt, geprüft und, soweit erforderlich, veröffentlicht werden (Abs 2).

## 6 Rezeptionsvorlage

### 6.1 Vor der schweizerischen Aktienrechtsrevision 1991 (Art 722 aOR)

Wilhelm und Emil Beck lenkten bei der Schaffung des PGR und insbesondere des Aktienrechts den Blick über den Rhein und orientierten sich an der schweizerischen Rechtslage, und zwar am Entwurf von Eugen Huber<sup>15</sup> zur

personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht, Diss. Zürich 2007 (= SSHW 263), 57.

<sup>13</sup> Statt vieler SEEGER NORBERT, Die Verantwortlichkeit gem. Art 218 bis 228 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, Diss. Bern 1987, 85. MARXER & PARTNER, Wirtschaftsrecht, 63.

<sup>14</sup> Die sogenannte Business Judgment Rule wurde in Art 182 Abs 2 PGR kodifiziert (LGBl 2008 Nr 220). Hierzu z.B. BERGT, Verantwortlichkeit, N 294; TORGLER ULRICH, Zur Business Judgment Rule gem Art 182 Abs 2 PGR, LJZ 2009, 56, 56 f.; GASSER JOHANNES, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, PSR 2011, 62, 62 f.

<sup>15</sup> Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, Vorlage an das schweizerische

Revision des Schweizerischen Obligationenrechts.<sup>16</sup> Da das PGR wie auch der Entwurf Huber neben besonderen Vorschriften einen Allgemeinen Teil zu den juristischen Personen vorsieht, sind die für die gegenständliche Arbeit interessierenden Bestimmungen zur Aktiengesellschaft an zwei Stellen im PGR zu finden: einerseits in den allgemeinen Bestimmungen<sup>17</sup> und andererseits in den speziellen Vorschriften zur Aktiengesellschaft.<sup>18</sup> Die allgemeinen Bestimmungen sind dabei subsidiär anwendbar, soweit sich aus den für die Aktiengesellschaft besonderen Vorschriften oder aus den einzelnen allgemeinen Bestimmungen keine Abweichung ergibt.<sup>19</sup> Auch wenn das liechtensteinische Aktienrecht im Wesentlichen auf den Vorschriften des Aktienrechts in der Schweiz basieren, muss erwähnt werden, dass durch gewisse aktienrechtliche Reformen diese historischen Bestimmungen überholt wurden. Der Entwurf Hoffmann<sup>20</sup> enthielt im Gegensatz zum Entwurf Huber bereits keinen Allgemeinen Teil mehr, was dazu führte, dass die Aktienrechtsreform von 1936 keine Zweiteilung mit einem Allgemeinen Teil mehr vorsah. Die darauffolgende grosse Aktienrechtsrevision im Jahre 1991 hat Liechtenstein ebenfalls nicht nachvollzogen.<sup>21</sup> Es sind somit noch aktienrechtliche Bestimmungen im PGR in Kraft, die in der Schweiz bereits revidiert wurden und somit noch auf einer alten aktienrechtlichen Bestimmung basieren. Derzeit revidiert die Schweiz wiederum ihr Aktienrecht.<sup>22</sup>

Justiz- u. Polizeidepartement vom Dezember 1919. Es gibt noch den dazugehörigen Bericht Huber: Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Beilage zum Entwurf vom Dezember 1919. Dem schweizerischen Justiz- u. Polizeidepartement erstattet im März 1920.

<sup>16</sup> Statt vieler HAMMERMANN BERND, Die Auswirkungen des EWR-Acquis auf das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg (Schweiz) 1998 (= SLR 3), 92; KEICHER WERNER, Die privatrechtliche Stiftung im liechtensteinischen Recht, Diss. Zürich 1975, 22; MAROK GRAZIELLA, Die privatrechtliche liechtensteinische Anstalt unter besonderer Berücksichtigung der Gründerrechte, Diss. Zürich 1994 (= SSB 22), 8.

<sup>17</sup> Art 106–245 PGR.

<sup>18</sup> Art 261–367 PGR.

<sup>19</sup> Art 245 Abs 1 PGR. Dabei handelt es sich um eine subsidiäre Verweisnorm. Statt vieler BERGT, Verantwortlichkeit, N 33.

<sup>20</sup> Zweiter Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, Vorlage an das schweizerische Justiz- u. Polizeidepartement vom Dezember 1923. Zudem existiert noch der Bericht Hoffmann: Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts. Dem schweizerischen Justiz- u. Polizeidepartement erstattet im Dezember 1923.

<sup>21</sup> Die Aktienrechtsrevision 1991 dauerte *notabene* mehr als ein Vierteljahrhundert: In den späten Fünfzigerjahren wurden erste parlamentarische Vorstösse unternommen. Der Entwurf und die Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts stammt aus dem Jahre 1983. Das Bundesgesetz wurde aber erst am 4. Oktober 1991 verabschiedet und trat am 1. Juli 1992 in Kraft (hierzu Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 754 ff.). Zum Werdegang des Aktienrechts 1991 statt vieler: KAMMERER ADRIAN W., Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997 (= SSHW 180), 47 ff.

<sup>22</sup> Die Reform zieht sich seit dem Jahre 2005 hin. Im Jahr 2005 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts. Er verabschiedete die Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts am 21.

Nicht nur das Schweizer Aktienrecht wurde häufiger revidiert, sondern auch das PGR selbst wurde mehrfach Revisionen unterzogen. Insbesondere fanden europarechtliche Bestimmungen Eingang ins Aktienrecht.<sup>23</sup> Es ist somit nicht nur schweizerische, sondern gegebenenfalls auch europarechtliche Literatur und Judikatur zum Aktienrecht heranzuziehen. An liechtensteinischen Gesetzesmaterialien gibt es den Kurzen Bericht<sup>24</sup> sowie einige Landtagsprotokolle.<sup>25</sup>

Die Parallelbestimmung des Art 349 PGR ist Art 722 aOR<sup>26</sup>. Zur Auslegung der in Art 349 PGR aufgeführten Aufgaben und Pflichten im liechtensteinischen Aktienrecht kann auf jeden Fall die schweizerische Lehre und Rechtsprechung zu Art 722 aOR herangezogen werden: Art. 349 Abs. 1 Ziff. 1 PGR deckt sich mit Art. 722 Abs. 2 Ziff. 1 aOR,<sup>27</sup> Art. 349 Abs. 1 Ziff. 2 PGR stimmt weitgehend mit Art. 722 Abs. 2 Ziff. 2 aOR überein,<sup>28</sup> Art. 349 Abs. 1 Ziff. 3 u. Ziff. 4 PGR entsprechen weitgehend

Art 722 Abs. 2 Ziff. 3 aOR<sup>29</sup> und Art 349 Abs 2 PGR lehnt sich an Art 722 Abs 3 aOR an.<sup>30</sup>

## 6.2 Relevanz der schweizerischen Lehre und Judikatur nach der Aktienrechtsrevision 1991 (Art 716a OR)

Seit der schweizerischen Aktienrechtsrevision im Jahre 1991 finden sich die verwaltungsrätlichen Aufgaben insbesondere in Art. 716a OR.<sup>31</sup> Die Aufgaben wurden im Rahmen der Gesetzesrevision neu geregelt und Art. 722 aOR inhaltlich in Art 716a OR konvergiert. Liechtenstein hat diese Reform nicht nachvollzogen, weshalb sich die Frage stellt, ob auch schweizerische Literatur und Judikatur nach der Revision 1991 in Bezug auf die Aufgaben und Pflichten heranzuziehen sind. Wie so gleich dargelegt wird, kann diese Frage bejaht werden. Da die Schweizer Rezeptionsvorlage (Art 722 aOR) über die Jahre hinweg geändert wurde, ist zu überprüfen, ob es sich dabei um eine rein sprachliche oder inhaltliche Änderung handelt. Wurde die Bestimmung materiell geändert, so stellt sich die Frage, ob sich die neue Rechtslage in der Schweiz interpretativ auf Liechtenstein übertragen lässt.<sup>32</sup> Diese Vorgehensweise ist dann angezeigt, «wenn die Gesetzesänderung die Klärung von Auslegungstreitigkeiten zum Zweck hatte. Sie kann aber auch in den übrigen Fällen – bei entsprechender methodischer Sorgfalt – dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel des ‚Law in Action‘ bestmöglich zum Durchbruch verhelfen.»<sup>33</sup> Die Grenze der Übertragbarkeit muss dort gezogen werden, wo die Heranziehung ausländischen Rechts dem Willen des liechtensteinischen Gesetzgebers widerspricht oder mit dem Wortlaut der inländischen Norm nicht vereinbar ist.<sup>34</sup> Bei der rechtsvergleichenden Auslegung müssen jedoch stets die liechtensteinischen Abweichungen und Besonderheiten berücksichtigt werden.<sup>35</sup>

Nach Analyse der Rechtslage in Bezug auf die Aufgaben des Verwaltungsrates vor und nach der Revision im Jahre 1991 kann der Schluss gezogen werden, dass der materielle Inhalt von Art 716a OR derselbe ist und es dem Grunde nach keine Gesetzesänderung in materieller Hinsicht gegeben hat. Die Grundsätze und Meinungen zu Art 716a OR sind auch auf die derzeitige liechtensteinische Rechtslage übertragbar. Zum Verhältnis zwischen dem im alten Aktienrecht geltenden Art 722 aOR und dem damals neu ins OR eingefügten Art 716a OR führt

Dezember 2007 (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassung im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff.). Der Entwurf vom 21. Dezember 2007 wurde allerdings im Jahre 2013 vom Parlament an den Bundesrat zurückgewiesen. Das Rechnungslegungsrecht wurde von der Revision im Jahre 2009 abgespalten und ist am 01.01.2013 in Kraft getreten (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, 7). Im Jahre 2016 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Revision des Aktienrechts zuhanden des Parlaments, siehe hierzu Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. Am 19. Juni 2020 verabschiedete das Parlament nach jahrzehntelangen Vorarbeiten die Aktienrechtsrevision. Mit dem Inkrafttreten wird derzeit erst im Jahre 2022 oder 2023 gerechnet.

<sup>23</sup> Mit LGBl. 2000 Nr 279 wurden verschiedene europäische Gesellschaftsrechtsrichtlinien ins nationale Recht umgesetzt. Siehe hierzu Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR), Umsetzung des Gesellschaftsrechtlichen Acquis des EWR-Abkommens, A. Teil I: Umsetzung der 1., 2., 3., 8., 11. und 12. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, B. Teil II: Umsetzung der 4. und 7. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Rechnungslegung) vom 22.12.1998. Ferner FRICK MARIE-THERES, Die neuere Entwicklung des liechtensteinischen Aktienrechts im Lichte der EWR-Mitgliedschaft, in: Hubertus Schumacher/Wigbert Zimmermann (Hrsg.), 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof, Festschrift für Gert Delle Karth, Wien 2013, 193, 193 ff. Bei der Aktiengesellschaft handelt es sich um eine EU-harmonisierte Gesellschaftsform.

<sup>24</sup> Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, 1925.

<sup>25</sup> Landtagsprotokoll zur Landtagssitzung vom 4./5. November 1925 sowie zur Landtagssitzung vom 22. April 1999.

<sup>26</sup> Obligationenrecht i.d.F. von 1936.

<sup>27</sup> Art 722 Abs 2 Ziff. 1 aOR: «die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen».

<sup>28</sup> Art 722 Abs 2 Ziff. 2 aOR: «die für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Reglemente aufzustellen und der Geschäftsleitung die nötigen Weisungen zu erteilen.»

<sup>29</sup> Art 722 Abs 2 Ziff. 3 aOR: «die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten im Hinblick auf die Beobachtung der Vorschriften der Gesetze, Statuten und allfälliger Reglemente zu überwachen und sich über den Geschäftsgang regelmässig unterrichten zu lassen.»

<sup>30</sup> Art 722 Abs 3 aOR: «Die Verwaltung ist dafür verantwortlich, dass ihre Protokolle und diejenigen der Generalversammlung sowie die notwendigen Geschäftsbücher regelmässig geführt werden und dass die Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz nach den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt und der Kontrollstelle zur Prüfung unterbreitet werden.»

<sup>31</sup> BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220), i.d.g.F.

<sup>32</sup> Hierzu MOTAL, Grundfragen, 98 f.

<sup>33</sup> MOTAL, Grundfragen, 98.

<sup>34</sup> MOTAL, Grundfragen, 99.

<sup>35</sup> BÖSCH HARALD, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Bern 2005, 157.

FORSTMOSER aus, dass mit Inkrafttreten des neuen Rechts (Revision 1991) die in Art. 716a OR aufgelisteten unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben vom Verwaltungsrat materiell selbst erfüllt werden müssen. «Die Liste führt freilich kaum mehr auf als das, was schon bisher guter Praxis entsprach.»<sup>36</sup> KAMMERER führt hierzu nüchtern aus, dass die mit Art 716a OR eingeführten unübertragbaren Aufgaben nicht wirklich vermehrt worden seien, auch wenn ein direkter Vergleich von Art 722 aOR und Art 716a OR dies vermuten lasse.<sup>37</sup> Die herrschende Lehre in der Schweiz zum Aktienrecht vor der Revision sprach sich bereits damals für einen undelegierbaren Kompetenzbereich aus.<sup>38</sup>

Auch wenn die Meinung vertreten wird, dass es materielle Änderungen gegeben hat, sind m.E. keine wesentlichen Gründe ersichtlich, welche die Heranziehung von Grundüberlegungen verhindern würden. Mit der Gesetzesänderung wurden Unklarheiten des geltenden Rechts beseitigt, welche zu Auslegungsstreitigkeiten geführt hatten. Die Ausführungen in der Botschaft 1983 verdeutlichen dies: «Das geltende Gesetz [aOR] regelt die Pflichten des Verwaltungsrates an verschiedenen Stellen. [...] Es bringt zudem den rechtlichen Charakter dieser Aufgaben nicht genügend klar zum Ausdruck: Kann der Verwaltungsrat alle seine Aufgaben an die von ihm eingesetzte Geschäftsführungsstelle delegieren? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Wirkung? Kann andererseits die Generalversammlung als oberstes Gesellschaftsorgan in die Kompetenzbereiche des Verwaltungsrates eingreifen? Der Entwurf beseitigt die Unklarheit des geltenden Gesetzes. Er zählt die Hauptaufgaben des Verwaltungsrates in einem einzigen Artikel auf (Art 716a) und bezeichnet sie als unübertragbar.»<sup>39</sup> Folglich lässt sich die in der Schweiz geltende Rechtslage interpretativ übertragen.<sup>40</sup>

Die Heranziehung von Literatur und Judikatur zum geltenden schweizerischen Recht im Zusammenhang mit den verwaltungsrätlichen Aufgaben ist auch deshalb schon sinnvoll, zumal verschiedene Rechtsfragen im Sinne der Rechtssicherheit hierdurch geklärt werden können. Die geltende Rechtslage ist insofern unbefriedigend, als in Bezug auf den konkreten delegierbaren bzw nicht delegierbaren Bereich keine verlässlichen Anhaltspunkte bestehen. Nicht ohne Grund haben unsere eidgenössischen Nachbarn das Kapitel des Verwaltungsrates und insbesondere den Aufgabenbereich einer Revision unterzogen. Die in der Schweiz vor der Aktienrechtsrevision im Jahre 1991 existierenden Unklarheiten finden wir nach wie vor in Liechtenstein. Das liechtensteinische Recht macht keine klaren Aussagen über den undelegierbaren Kompetenzbereich. Es gibt gute Gründe, diese «Unklarheiten» zu bereinigen und aufgrund dieses Revisionsbedarfs ist es m.E. auch im Sinne der Rechtssicherheit praktikabel, aus dem Reservoir der grundsätz-

lichen Ausführungen in der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung seinen Nutzen zu ziehen und die vorgenommenen rechtsvergleichenden Überlegungen zum Recht nach der Revision 1991 zur Auslegung der liechtensteinischen Rechtsordnung heranzuziehen. Den genannten Erkenntnisquellen sollte daher auch das nötige Gewicht zukommen, damit dem «Law in Action» tatsächlich Geltung verschafft werden kann. Inwieweit die Heranziehung schweizerischen Rechts nach der Revision 1991 dem Willen des liechtensteinischen Gesetzgebers widersprechen sollte, ist hingegen nicht erkennbar.

## 7 Delegation von Aufgaben

### 7.1 Zulässigkeit der Delegation

Die Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates ist zulässig.<sup>41</sup> Dies lässt sich einerseits aus Art. 182 Abs. 1 PGR herleiten, wonach dem Verwaltungsrat sämtliche Befugnisse und Pflichten zukommen, die nicht einem anderen Organ übertragen oder vorbehalten sind. Andererseits hat das Aktienrecht in Art. 348 Abs. 1 PGR ebenfalls eine Bestimmung griffbereit, aus welcher auf die Zulässigkeit der Delegation geschlossen werden kann. Laut dieser Bestimmung können die Statuten bestimmen, dass die Geschäftsführung und die Vertretung von der Generalversammlung oder dem Verwaltungsrat an eine oder mehrere Personen, Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierte) oder Dritte, die nicht Mitglieder der Gesellschaft zu sein brauchen, übertragen werden. Empfänger von Kompetenzen des Verwaltungsrates können neben Mitgliedern des Verwaltungsrates oder Ausschüssen auch Geschäftsleitungsmitglieder oder andere aussenstehende Dritte sein.

### 7.2 Grenzen der Delegation

Im Zusammenhang mit der Delegation interessieren verschiedene Fragen. Auch wenn die Delegation *per se* zulässig ist, lässt das Aktienrecht die Frage unbeantwortet, in welchem Ausmass Kompetenzen des Verwaltungsrates an Delegationsempfänger übertragen werden können.

Grundsätzlich gibt es drei Denkansätze. Einerseits kann die Auffassung vertreten werden, dass es keine Aufgaben des Verwaltungsrates gibt, welche zwingend undelegierbar sind. Andererseits kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass aufgrund der zulässigen Delegation sämtliche Aufgaben übertragen werden können und dem Verwaltungsrat nur noch eine reine Überwachungspflicht verbleibt. Darüber hinaus kann am anderen Ende des Meinungsspektrums die Ansicht vertreten werden, dass dem Verwaltungsrat zwingende übergeordnete Oberleitungsfunktionen, wie beispielsweise die eigentliche Geschäftspolitik, undelegierbar verbleiben.

Meines Erachtens kann aus der Zulässigkeit der Delegation kaum geschlossen werden, dass sämtliche dem Verwaltungsrat zukommenden Aufgaben pauschal und ohne irgendwelche Vorbehalte übertragen werden können. So ist m.E. auch nicht Art. 182 Abs. 1 PGR zu verstehen, wonach die Verwaltung «alle Befugnisse und Pflichten [hat], die nicht einem anderen Organ übertragen oder

<sup>36</sup> FORSTMOSER PETER, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 1992, 137, 165 (Fn. 225).

<sup>37</sup> KAMMERER, Kompetenzen, 136.

<sup>38</sup> Siehe Abschnitt 6.1.

<sup>39</sup> Botschaft 1983, 841.

<sup>40</sup> Weitere Ausführungen bei den einzelnen undelegierbaren Aufgaben in Abschnitt 9.

<sup>41</sup> So auch ÖHRI, LJZ 2007, 107 (Fn. 79).

vorbehalten sind.» Auch Art. 348 PGR, wonach die Geschäftsführung und Vertretung delegiert werden können, ist m.E. nicht so zu verstehen, dass der Verwaltungsrat Entscheidungen in sämtlichen Fragen der Unternehmensleitung übertragen kann. Ansonsten könnte sich der Verwaltungsrat sämtlicher gesetzlicher Aufgaben entledigen, wodurch die Sinnhaftigkeit seiner Funktion in Frage gestellt werden müsste, da er im krassesten Fall vollkommen seiner Aufgaben enthoben wäre und lediglich als belangloser formeller Bestandteil im Organisationsgefüge der Aktiengesellschaft sein Dasein fristen würde. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass der Verwaltungsrat als reines Aushängeschild fungiert. Ferner ergibt sich aus Art. 349 Abs. 1 Ziff. 2 u. Ziff. 3 PGR, dass es wohl einen undelegierbaren Kompetenzbereich gibt, indem der Verwaltungsrat der Geschäftsleitung Weisungen erteilen kann und sie auch zu überwachen hat. Das Gesetz geht davon aus, dass gewisse Aufgaben beim Verwaltungsrat verbleiben und sich der Verwaltungsrat seiner Aufgabe, unternehmerische Beschlüsse zu fassen, nicht gänzlich entziehen kann.<sup>42</sup>

Der liechtensteinische OGH spricht sodann von einem nichtdelegierbaren Kompetenz- und Pflichtenbereich des Verwaltungsrates: «Das Weisungsrecht des Fiduzianten sowie die individuelle Treue- und Gehorsamspflicht des Fiduziars gegenüber dem Fiduzianten treten insoweit gegenüber den Pflichten eines Verwaltungsrates in den Hintergrund und kommt auch einem weisungsgebundenen Verwaltungsrat insoweit ein nicht delegierbarer Kompetenz- und Pflichtenbereich zu.»<sup>43</sup>

Darüber hinaus gibt es im liechtensteinischen Schrifttum Stimmen, welche dem Verwaltungsrat einen nicht-delegierbaren Kompetenz- und Pflichtenbereich zusprechen.<sup>44</sup>

Diese Auffassung ist auch mit Blick auf die Schweizer Rechtslage vor und nach der Revision im Jahre 1991 gerechtfertigt.<sup>45</sup> Vor der Revision im aOR wurde die Frage, ob es kraft zwingenden Rechts einen undelegierbaren Aufgabenbereich des Verwaltungsrates gibt, ebenfalls nicht im Gesetz beantwortet. Nur ein geringer Teil der Lehre zum aOR – konkret zu Art. 722 aOR, welcher grösstenteils Art. 349 PGR entspricht<sup>46</sup> – vertrat die Auffassung, dass es gar keine undelegierbaren Aufgaben gebe und die gesamte Unternehmensführung delegiert werden könne und dem Verwaltungsrat lediglich noch eine reine Überwachungspflicht verbleibe.<sup>47</sup> Die herrschende Lehre in der Schweiz zum Aktienrecht vor der Revision

folgte nicht dieser Mindermeinung und sprach sich gegen eine uneingeschränkte Delegierbarkeit und für einen undelegierbaren Kompetenzbereich aus.<sup>48</sup> Eine passende und auf die liechtensteinische Rechtslage übertragbare schweizerische Meinung sei an dieser Stelle erwähnt: «Man kann sich im Ernste kaum fragen, ob eine Grenze der Delegationsmöglichkeit besteht, sondern nur, wo sie liegt.»<sup>49</sup> Spätestens mit der Einführung von Art. 716a OR ist klar, dass dem Verwaltungsrat gewisse Aufgaben unübertragbar und unentziehbar zukommen.

## 8 Funktionelle Betrachtungsweise

Man könnte der Versuchung unterliegen, sämtliche undelegierbaren und delegierbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates einzeln aufzulisten. Eine abschliessende Aufzählung sämtlicher dem Verwaltungsrat obliegenden, im PGR vorkommenden undelegierbaren und delegierbaren Aufgaben in formeller und materieller Hinsicht ist allerdings nicht zielführend und vermutlich gar nicht möglich. Die Zulässigkeit der Delegierbarkeit einzelner Aufgaben wäre höchst umstritten, zumal es innerhalb jeder einzelnen Aufgabe wohl wiederum zu zahlreichen Feinabgrenzungen kommen würde und ein gemeinsamer Nenner nur schwer gefunden werden könnte. Dies ist m.E. auch nur begrenzt ratsam.<sup>50</sup> Auch aufgrund der im PGR inhärenten Flexibilität ist es wohl nicht möglich, einen starren Aufgabenkatalog zu erstellen. Und auch wenn eine solche abschliessende Liste erstellt werden würde, wäre spätestens bei der materiellen Füllung erkennbar, dass eine solche Katalogisierung nicht den erhofften Nutzen bringen würde.<sup>51</sup> Es wird wohl keine formalen Kriterien geben, welche eine gewinnbringende Abgrenzung zwischen delegierbar und nicht delegierbar erlauben. Es ist daher zielführender, eine Art funktionelle Betrachtungsweise an den Tag zu legen und die Grenze

<sup>42</sup> Siehe VISCHER FRANK, Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeiten bei der grossen AG, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, 345, 352.

<sup>43</sup> OGH 04.10.2001, 09 CG.68/99–64, LES 2002 109. Der OGH verweist dort auf die schweizerische Judikatur und Literatur, insbesondere auf BGE 113 III 57; BGE 122 III 195.

<sup>44</sup> BATLINER, Gesellschaftsrecht, 18; siehe auch BERGT, Verantwortlichkeit, N 416, welcher sich ebenfalls für einen undelegierbaren Bereich ausspricht und gewisse Kernkompetenzen als nicht übertragbar ansieht; siehe auch LETTENBICHLER MARCO, Holokratie im Liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, SPWR 2020, 65, 68 f.; TSCHÜTSCHER-ALANYURT, SPWR 2020, 357.

<sup>45</sup> Siehe hierzu Abschnitt. 6.

<sup>46</sup> Siehe hierzu Abschnitt 6.1.

<sup>47</sup> Z.B. ALLEMANN, Verhältnis, 44 f.

<sup>48</sup> Z.B. FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976, 180; VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII: Handelsrecht, 2. Halbbd., Basel 1982, 207; SPIRO KARL, Verwaltungsrat und Aktienbuch, SAG 1958/1959, 1, 4; REIFF FELIX, Beiräte als Beratungs- und Führungsgremien bei schweizerischen Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 1988 (= SSW 130), 142; VISCHER, FS. 350 u. 352; VOLLMAR, Grenzen, 68 ff.; HOLZACH CHRISTOPH, Der Ausschluss des Verwaltungsrates der AG und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsinternen Delegierungen, Diss. Basel 1960, 78; ZK-BÜRGI, N 19 zu Art. 722 OR.

<sup>49</sup> SPIRO, SAG 1958/1959, 4 (Hervorhebungen entfernt). Zur Stellung der Verwaltung in der Grossaktiengesellschaft vgl. VISCHER FRANK, Zur Stellung der Verwaltung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Zürich 1978 (= SSW 29), 71, 71 ff.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu KAMMERER, Kompetenzen, 95 ff., zur in der Schweiz geführten Diskussion im Zusammenhang mit den verwaltungsrechtlichen Aufgaben unter dem aOR. In der Schweiz wurde von zahlreichen Autoren der Versuch unternommen, die einzelnen Aufgaben in einen delegierbaren und nicht delegierbaren Bereich einzugliedern.

<sup>51</sup> Vgl. KAMMERER, Kompetenzen, 112/113; ferner HORBER FELIX, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1986, 58 f.

zwischen delegierbaren und nicht delegierbaren Kompetenzen anhand funktioneller Merkmale vorzunehmen.<sup>52</sup>

## 9 Nicht delegierbare Aufgaben des Verwaltungsrates

### 9.1 Oberleitung

Gemäss Art. 182 Abs. 2 Satz 1 PGR hat der Verwaltungsrat «das Unternehmen der Verbandsperson [...] zu leiten». Nach dem Wortlaut kommt dem Verwaltungsrat selbst die Leitung zu.<sup>53</sup> Dies im Gegensatz zu Art. 349 Abs. 1 Ziff. 2 PGR, wonach der Verwaltungsrat der Geschäftsführung die für einen geordneten Geschäftsbetrieb nötigen Weisungen zu erteilen hat. Der Verwaltungsrat hat demnach der Geschäftsleitung die nötigen Weisungen<sup>54</sup> zu erteilen und die Geschäftsbetrieb zu leiten.<sup>55</sup> Entsprechend der aktienrechtlichen Bestimmung steht dem Verwaltungsrat die Leitung somit nicht selbst zu, sondern der Geschäftsleitung, woraus sich ein gewisser Widerspruch zu Art 182 Abs. 2 Satz 1 PGR ergibt.

Auch wenn die gesetzliche Ausdrucksweise unklar ist, ist einleuchtend, dass der Verwaltungsrat nicht sämtliche einzelne Geschäfte der Aktiengesellschaft selbst ausführt und überwacht. Diese Aufgabe wäre bei einer grösseren Aktiengesellschaft schlichtweg nicht erfüllbar. Indem der Verwaltungsrat der Geschäftsleitung Weisungen erteilen kann und sie auch zu überwachen hat, ist die Bestimmung Art 349 Abs. 1 Ziff. 2 PGR nicht so zu verstehen, dass damit lediglich organisatorische Vorschriften umfasst sind, sondern Ziff. 2 enthält ferner Anweisungen an die Geschäftsleitung in Bezug auf die Unternehmensführung. Das Gesetz geht also davon aus, dass gewisse Aufgaben beim Verwaltungsrat verbleiben.<sup>56</sup> Wie bereits erwähnt, ist auch Art 348 Abs 1 und 2 PGR nicht so zu verstehen, dass der Verwaltungsrat Entscheidungen in sämtlichen Fragen der Unternehmensleitung übertragen kann und ihm lediglich noch eine Überwachungspflicht zukommt. M.E. muss der Verwaltungsrat stets unternehmerische Entscheidungen fällen und ihm verbleibt in jedem Fall die Oberleitungspflicht der Gesellschaft. Indem der Verwaltungsrat mittels Weisungen Einfluss auf die Geschäftsleitung nimmt, kommt er seiner unübertragbaren Pflicht nach, die Leitung – verstanden als Oberleitung – wahrzunehmen. Die Oberleitung (sowie Oberaufsicht) kann nicht an die dem Verwaltungsrat hierarchisch unterstellte Geschäftsleitung delegiert werden.<sup>57</sup> Der Begriff «Leitung» ist so zu verstehen, dass damit einerseits die Aufgaben des Verwaltungsrates im Sinne der Oberleitung und andererseits die Aufgaben der hierarchisch darunterliegenden Geschäftsleitung umschrieben werden. Bei der Oberleitung geht es um den grundlegenden Cha-

rakter, also um die Leitung der Leitungsorgane. Sie grenzt sich dadurch von der hierarchisch darunter angesiedelten Geschäftsleitung und vom «everyday business» ab.<sup>58</sup>

Der Begriff der «Oberleitung» scheint insbesondere auch im BankG<sup>59</sup> in Art 23 auf. Danach obliegen dem Verwaltungsrat zwingend die «Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle». M.E. können im Aktienrecht keine anderen Regelungen gelten, als Art 23 BankG ausdrücklich für den Verwaltungsrat von Banken statuiert.<sup>60</sup> Die in Art 23 BankG ausdrücklich erwähnte Oberleitung ist wohl die wichtigste – und *nota bene* unübertragbare – Aufgabe des Verwaltungsrates. Die Rezeptionsgrundlage dieser bankenrechtlichen Bestimmung ist Art 716a OR, welcher den Aufgabenkatalog des Verwaltungsrates umschreibt und ausdrücklich dem Verwaltungsrat unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zuweist. Interessant sind in diesem Zusammenhang die weiteren Ausführungen in den Materialien zum liechtensteinischen Pendant in Art 23 BankG: Der Pflichtenkatalog in Art. 23 BankG sei materiell nicht neu, sondern zähle nur auf, was heute vom Organ für die «Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle» mindestens verlangt werden müsse.<sup>61</sup> Der Begriff der «Oberleitung» findet sich ausserdem in der liechtensteinischen Literatur zum Aktienrecht wieder<sup>62</sup> und kommt darüber hinaus im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Unternehmen vor.<sup>63</sup>

Die Oberleitung ist somit die wohl wichtigste Aufgabe des Verwaltungsrates und inhaltlich nicht einfach

<sup>58</sup> Vgl. hierzu HOMBURGER ERIC, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilbd. V/5/b: Der Verwaltungsrat, Art 707–726 OR, Zürich 1997, N 531 zu Art 716a OR.

<sup>59</sup> Gesetz vom 21. Oktober 1992 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankengesetz; BankG), LGBL 1992 Nr 108, i.d.g.F.

<sup>60</sup> Auch in der Schweiz zu aOR wird die Parallele zum Bankrecht gezogen: so z.B. VISCHER, FS, 352; LUSTENBERGER THOMAS, Die Verwaltung der Aktiengesellschaft und ihre Sorgfaltspflichten im englischen und schweizerischen Recht, Diss. Bern 1983, 69 f.

<sup>61</sup> Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über die Banken und Finanzgesellschaften (Bankengesetz) vom 28. Februar 1992, 8.

<sup>62</sup> BATLINER, Gesellschaftsrecht, 18, erachtet die Oberleitung als eine unentziehbare und nicht delegierbare Aufgabe des Verwaltungsrates. SEEGER, Verantwortlichkeit, 90, weist darauf hin, dass in Art 349 PGR in Anlehnung an Art 769 Entwurf Huber einzelne Aufgaben aufgezählt werden, welche Aspekte der Oberleitung beinhalten; vgl. Entwurf Huber, 133. Auch LETTENBICHLER, SPWR 2020, 70, plädiert für einen undelegierbaren und unentziehbaren Kernbereich und weist zu Recht darauf hin, dass der Verwaltungsrat «jedenfalls für die Oberleitung und Oberaufsicht der Gesellschaft zuständig» ist. BERGT, Verantwortlichkeit, N. 264, nimmt ebenfalls eine Oberleitungspflicht an und leitet diese aus Art 349 PGR ab: «Einzelne Pflichten des Verwaltungsrates werden in Art 349 PGR demonstrativ vorbehaltlich weiterer gesetzlicher Bestimmungen und etwaiger in Statuten niedergeschriebener Regelungen, aufgezeigt. Diese Pflichten sind dabei relativ abstrakt gehalten. Unter die Pflichten dieser Oberleitung fällt auch die Geschäftsführung und die Vertretung.»; TSCHÜTSCHER-ALANYURT, SPWR 2020, 357.

<sup>63</sup> Gesetz vom 18. Dezember 1998 über die Errichtung und die Organisation der Liechtensteinischen Post (Postorganisationsgesetz, POG), LGBL 1999 Nr 36; Gesetz vom 25. November 2010 über die Telecom Liechtenstein AG (TLIG), LGBL 2011 Nr 3.

<sup>52</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 180; VISCHER, FS, 351 ff.

<sup>53</sup> Das Gesetz spricht auch nicht explizit von Oberleitung, sondern nur von Leitung.

<sup>54</sup> Es ist zu erwähnen, dass die Weisungsbefugnis in Art 716a OR aus Art 722 aOR entnommen wurde.

<sup>55</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 178; VISCHER, FS, 352.

<sup>56</sup> VISCHER, FS, 352.

<sup>57</sup> Vgl. VISCHER, FS, 352; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 180; VOLLMAR, Grenzen, 90 f.; VON GREYERZ, SPR, 207; HOLZACH, Diss, 78; ZK-BÜRGI, N 19 zu Art 722 OR.

zu fassen.<sup>64</sup> Der vernünftige Sinn in der Bestellung eines Verwaltungsrats liegt wohl nicht primär darin, lediglich über die Geschäftsleitung ein wachsames Auge zu haben, sondern er ist nach der *ratio legis* vielmehr darin zu erblicken, «dass bedeutende Entscheide, die unmittelbar den Lebensnerv der Gesellschaft berühren, auf einer möglichst breiten Basis an Erfahrung und auf Grund aller an der Gesellschaft beteiligten Interessen gefällt werden.»<sup>65</sup> Der Verwaltungsrat hat daher «die eigentliche Geschäftspolitik» festzulegen und die «das Unternehmen in seiner Existenz» betreffenden Entscheidungen selbst zu treffen. Ihm kommen auch «wesentliche finanz- und personalpolitische Entscheide und Kontrollen» zu.<sup>66</sup> Es geht bei der Oberleitung nicht darum, dass der Verwaltungsrat sämtliche Aufgaben selber zu erledigen hat, sondern dass er sämtliche unternehmerischen Grundsatzentscheidungen trifft – das «decision shaping» kann der Geschäftsleitung übertragen werden.<sup>67</sup> Zur Oberleitung gehören «die Festlegung der internen Organisation, die strategische Ausrichtung des Unternehmens und die Finanzverantwortung, [...] wie auch die Beaufsichtigung der Geschäftsführung.»<sup>68</sup> Oberleitung ist ein abstrakter Begriff und kann dem Grunde nach mit folgenden Inhalten gefüllt werden:<sup>69</sup> Festlegung der übergeordneten Unternehmensziele und der Unternehmungsstrategie; Erlass von nötigen Weisungen an hierarchisch unterstellte Geschäftsleitung; Festlegung der grundlegenden Organisationsstruktur;<sup>70</sup> Wahrnehmung der finanziellen Gesamtverantwortung;<sup>71</sup> Verantwortung in Bezug auf die Personalpolitik;<sup>72</sup> Überwachung und Kontrolle der hierarchisch unterstellten Geschäftsleitung in Bezug auf die Verfolgung der Unternehmensziele.<sup>73</sup>

## 9.2 Organisation

<sup>64</sup> Eine Überarbeitung des Aufgabenkatalogs im Aktienrecht analog Art 23 BankG bzw Art 716a OR wäre angezeigt, zumal die jetzige Rechtslage insofern unbefriedigend ist, als in Bezug auf den konkreten delegierbaren bzw nicht delegierbaren Bereich keine wirklich verlässlichen Anhaltspunkte bestehen. Nicht ohne Grund haben unsere Nachbarn das Kapitel des Verwaltungsrates und insbesondere den Aufgabenbereich einer Revision unterzogen.

<sup>65</sup> HOLZACH, DISS, 77/78; VISCHER, FS, 352.

<sup>66</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 180; FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht – Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung, LJZ 1984, 1, 8, erachtet die «grundlegenden Entscheide der Geschäftspolitik und insbesondere die Auswahl der leitenden Angestellten» als nicht delegierbar.

<sup>67</sup> Siehe BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1527; VON GREYERZ, SPR, 207; vgl. auch VISCHER, FS, 355; HÜTTE KLAUS, Die Sorgfaltspflichten der Verwaltung und Geschäftsleitung im Lichte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, ZGR 1986, 1, 18 u. 26.

<sup>68</sup> BATLINER, Gesellschaftsrecht, 18,

<sup>69</sup> Angelehnt an MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich 2014, 157, mit Verweis auf BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 306 ff.; vgl. hierzu ferner BÖCKLI PETER, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994, 21 f.

<sup>70</sup> Siehe zur Organisationsverantwortung Abschnitt 9.2.

<sup>71</sup> Siehe zur Finanzverantwortung Abschnitt 9.3.

<sup>72</sup> Siehe zur Personalverantwortung Abschnitt 9.4.

<sup>73</sup> Siehe zur Oberaufsicht Abschnitt 9.5.

Der Verwaltungsrat ist nach Art 349 Abs 1 Ziff. 2 PGR<sup>74</sup> verpflichtet, die für einen geordneten Geschäftsbetrieb erforderlichen Reglemente aufzustellen und der Geschäftsführung die zu diesem Zwecke nötigen Weisungen zu erteilen. Auch wenn diese Gesetzesbestimmung etwas unpräzise wirkt, kann sie so verstanden werden, dass der Verwaltungsrat für die Organisation des Geschäftsbetriebes verantwortlich ist. Er hat eine Organisation zu schaffen und zu leiten, die mit den Bedürfnissen und der Geschäftstätigkeit der jeweiligen Gesellschaft zu korrespondieren hat.<sup>75</sup> Diese Aufgabe kann durch Erlass von Reglementen geschehen oder durch die Erteilung von Weisungen. M.E. ist die Bestimmung so zu interpretieren, dass nicht zwingend ein Geschäftsreglement zu erlassen ist, sondern dass der Verwaltungsrat nur dann Reglemente zu erlassen hat, wenn diese für den Geschäftsbetrieb erforderlich sind.<sup>76</sup> Die Organisation muss dabei nur wenn erforderlich in einem Reglement verankert sein.

Der Verwaltungsrat hat somit die Geschäftsleitung nicht nur zu leiten, sondern auch zu organisieren<sup>77</sup> (und zu überwachen).<sup>78</sup> Die Organisationsverantwortung steht naturgemäss im engen Zusammenhang mit der Oberleitung<sup>79</sup> und gehört m.E. zum Kernbereich der undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Organisationsverantwortung ist dahingehend zu verstehen, dass der Verwaltungsrat lediglich die Unternehmensstruktur (bzw Organisation) in ihren Grundzügen zu bestimmen hat.<sup>80</sup> Sie bezieht sich auf die Festlegung der Organisation der dem Verwaltungsrat hierarchisch unterstellten Geschäftsleitung – undelegierbar ist somit nur die Organisationsverantwortung in Bezug auf die oberste

<sup>74</sup> Art 349 Abs 1 Ziff. 2 PGR stimmt weitgehend mit Art 722 Abs 2 Ziff. 2 aOR überein.

<sup>75</sup> FUNK FRITZ, Kommentar des Obligationenrechts, 2. Bd.: Das Recht der Gesellschaften, 1. Teil, Aarau 1951, N 3 zu Art. 722 OR; SCHUCANY EMIL, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, N 3 zu Art 722 OR; ZK-BÜRGI, N 19 zu Art 722 OR; vgl. auch BERGT, Verantwortlichkeit, N 362, welcher die Gesellschaftsorganisation als konkrete Aufgabe der Leitungsorgane ansieht.

<sup>76</sup> vgl. SCHUCANY, Kommentar, N 3 zu Art 722 OR; ZK-BÜRGI, N 19 zu Art 722 OR.

<sup>77</sup> Art 349 Abs 1 Ziff. 2 PGR. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 178; FUNK, Kommentar, N 3 zu Art 722 OR; zur Oberleitung siehe Abschnitt 9.1.

<sup>78</sup> Art 349 Abs 1 Ziff. 3 PGR. Zur Oberaufsicht sogleich in Abschnitt 9.5.

<sup>79</sup> Die Botschaft 1983 hält fest, dass die weiteren aufgezählten Aufgaben [in Art 716a OR] lediglich eine Konkretisierung der Aufgaben der Oberleitung seien und der Begriff der Oberleitung eine Kurzumschreibung der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates darstelle (Botschaft 1983, 921).

<sup>80</sup> Vgl. BÖCKLI, 1996, N 1533a f.; MARXER MATTHIAS, Die rechtliche Stellung von Verwaltungsräten in Konzernuntergesellschaften, Diss. Bern 2017, 58/59, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 319; vgl. ferner FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 34 ff.; BÖCKLI, Kernkompetenzen, 23 f.; KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 1208 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 166/167; WERNLI MARTIN/RIZZI MARCO A., Art 707–715a, 762–763, 894–896, 926 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art 530–1186 OR, 5. Aufl., Basel 2016, N 9 ff. zu Art 716a OR.

Führungsebene in der Gesellschaft.<sup>81</sup> Die Festlegung der Organisationsstruktur, welche zwingend dem Verwaltungsrat zukommt, ist nicht so zu verstehen, dass der Verwaltungsrat für sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Unternehmensstrukturierung zuständig ist und die Organisation bis ins kleinste Detail festlegen muss. Die detaillierte Ausgestaltung der Organisation, aber auch die Festlegung der Organisationsstruktur der untergeordneten Hierarchiestufen, gehören nicht zu den undelegierbaren Aufgaben und können an die untergeordnete Geschäftsleitung übertragen werden.<sup>82</sup> Das Weisungsrecht des Gesamtverwaltungsrates erstreckt sich nicht nur in vertikaler, somit gegenüber hierarchisch unterstellten Stellen, sondern auch in horizontaler Weise gegenüber den einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern.<sup>83</sup>

### 9.3 Finanzverantwortung

Dem Verwaltungsrat kommt die Gesamtverantwortung über die Finanzen zu. Diese Aufgabe ist mit der Oberleitung und der Organisationsverantwortung sehr eng verknüpft.<sup>84</sup> Wichtige Bestandteile sind die Finanzplanung und die Finanzkontrolle. Wenn dem Verwaltungsrat die grundlegenden Entscheidungen in unternehmerischen Belangen zukommen, so sind auch die grundlegenden finanziellen Fragen von diesem zu entscheiden.<sup>85</sup> Ganz generell ist er für die «Organisation der finanziellen Tätigkeit der Gesellschaft» verantwortlich.<sup>86</sup> Die Existenz der Aktiengesellschaft sowie der wirtschaftliche Erfolg der Unternehmung ist nur dann gesichert, wenn die Gesellschaft ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommt und künftige Verpflichtungen eingehen kann und ein finanzielles Gleichgewicht vorherrscht.<sup>87</sup> Wichtige Bestandteile der Finanzverantwortung bzw der finanziellen Unternehmensleitung sind die Finanzplanung und die Finanzkontrolle. Die finanzielle Unternehmensführung «kann nicht losgelöst von der Unternehmensführung betrachtet werden, weil letztlich alle strategischen Führungsentscheidungen auch finanzielle Auswirkungen haben. Die Unternehmensführung und die finanzielle Führung sind daher eng aufeinander abzustimmen.»<sup>88</sup> Vor diesem Hintergrund wird die Auffassung vertreten, dass der Verwaltungsrat stets die (oberste) finanzielle Führung der Aktiengesellschaft wahrnehmen muss und die wichtigen finanziellen Grundentscheidungen nicht delegieren kann.<sup>89</sup> Im Zusammenhang mit seiner Aufsichtspflicht

muss er ein Informationssystem einrichten, welches eine Prüfung der finanziellen Situation ermöglicht.<sup>90</sup> Die kritische Überwachung der Liquidität der Aktiengesellschaft sowie die Kontrolle über die Rechtmässigkeit der finanziellen Abläufe gehören ebenfalls zu den undelegierbaren Aufgaben.<sup>91</sup> Eine wesentliche Aufgabe bildet zudem die Überprüfung der finanzplanerischen Vorgaben auf ihre Übereinstimmung mit den unternehmerischen Zielen.<sup>92</sup> Die Art und Intensität der Finanzplanung hängen naturgemäss vom Umfang des jeweiligen Unternehmens ab.

Neben diesen eher abstrakteren Überlegungen enthielt auch das PGR Bestimmungen im Zusammenhang mit der Finanzverantwortung. Gemäss Art 349 Abs 2 ist der Verwaltungsrat auch dafür verantwortlich, dass die notwendigen Geschäftsbücher regelrecht geführt und der Geschäftsbericht und der konsolidierte Geschäftsbericht nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften aufgestellt, geprüft und, soweit erforderlich, veröffentlicht werden. Art 349 Abs 2 PGR lehnt sich dabei an Art 722 Abs 3 aOR an. Diese im Gesetz genannten Aufgaben kommen m.E. dem Verwaltungsrat unübertragbar zu, auch wenn die eigentliche Erstellung insbesondere des Geschäftsberichtes in der Praxis wohl eher bei der Geschäftsleitung angesiedelt ist. Die Richtlinien werden aber jedenfalls vom Verwaltungsrat vorgegeben, er trägt hierbei insbesondere auch die Gesamtverantwortung. Die Rechenschaftsablegung bildet wohl einen der zentralen Bereiche, wenn es um die Verantwortung des Verwaltungsrates geht.<sup>93</sup> Zudem hat der Verwaltungsrat für die Erhaltung des Eigenkapitals nach Art 182 Abs 1 PGR besorgt zu sein und es obliegt ihm die Pflicht zur Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher gemäss Art 1059 PGR. Ihm kommen zudem die in Art 196 PGR aufgeführten Aufgaben zu. Weitere Aufgaben sind die Wahrnehmung der Aufgaben in Bezug auf die Rechnungslegung<sup>94</sup> oder bei Kapitalverlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit die Wahrnehmung der Anzeige- bzw Benachrichtigungspflichten.<sup>95</sup>

Im Falle von Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit sind die Art 182e ff. PGR einschlägig. Zeigt bei der Aktiengesellschaft die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist,

<sup>81</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 58/59, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 320a; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 166; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 30 N 34.

<sup>82</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 58, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 319a; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 166.

<sup>83</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 58; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 115.

<sup>84</sup> Vgl. ZK-HOMBURGER, N 561 zu Art 716a OR.

<sup>85</sup> Vgl. VISCHER, FS, 354; so auch VON GREYERZ, SPR, 207; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 180.

<sup>86</sup> VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, N 662.

<sup>87</sup> Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 178.

<sup>88</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 178/179.

<sup>89</sup> So auch VISCHER, FS, 353 f.; ferner FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 180, nach welchen die wesentlichen finanzpolitischen Entscheide und Kontrollen dem Verwaltungsrat undelegierbar zukommen.

<sup>90</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 60, mit Verweis auf KRNETA, Praxiskommentar, N 1229; vgl. auch BÖCKLI, 2009, § 13 N 344; PLÜSS ADRIAN/FACINCANI-KUNZ DOMINIQUE/KÜNZLI ASTRID, Art 530–771 OR, in: Roberto Vito/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 2012, N 5 zu Art 716a OR; WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Art 716a, 717, 718b, 809–813, 897 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art 530–1186 OR, 5. Aufl., Basel 2016, N 16 u. 17 zu Art 716a OR.

<sup>91</sup> Vgl. CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N 5 zu Art 716a OR; vgl. hierzu auch BÖCKLI, 2009, § 13 N 346 f.; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 17 zu Art 716a OR.

<sup>92</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 60; so auch KRNETA, Praxiskommentar, N 1252; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N 5 zu Art 716a OR.

<sup>93</sup> Siehe MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 295; so wohl auch VISCHER, FS, 353/354.

<sup>94</sup> Art 182a bis 182d PGR i.V.m. Art 1045 ff. PGR.

<sup>95</sup> Art 182e, 182f PGR.

orientiert der Verwaltungsrat unverzüglich die Mitglieder des obersten Organes (Generalversammlung) und teilt ihnen mit, welche Sanierungsmassnahmen ergriffen werden sollen.<sup>96</sup> Besteht begründete Besorgnis, dass die Aktiengesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist, so erstellt der Verwaltungsrat unverzüglich je eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten. Der Verwaltungsrat hat gleichzeitig eine Versammlung des obersten Organes einzuberufen und diese Sanierungsmassnahmen zu beantragen.<sup>97</sup> Ergibt sich aus den Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten, dass die Aktiengesellschaft überschuldet ist, oder ist sie zahlungsunfähig, so hat der Verwaltungsrat das Gericht zu benachrichtigen.<sup>98</sup>

Im Zusammenhang mit der undelegierbaren Finanzverantwortung stellt sich die Frage, ob die in Art. 182e und Art. 182f PGR statuierten Aufgaben zum undelegierbaren Bereich gehören oder an die dem Verwaltungsrat unterstellte Geschäftsleitung übertragen werden können.<sup>99</sup> Diese Frage ist insofern von Relevanz, als der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung über die finanzielle Gesundheit der Aktiengesellschaft nicht zwangsläufig einig sein müssen und sich sodann haftungstechnisch heikle Abgrenzungsfragen stellen können, wenn im Speziellen die Geschäftsleitung bzw die CFO der Auffassung ist, dass eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vorliegt und eine Generalversammlung einberufen werden müsste, der Verwaltungsrat hingegen konträrer Ansicht ist und die Voraussetzungen für Massnahmen gemäss Art 182e und Art 182f PGR noch nicht als erfüllt erachtet. M.E. können die Massnahmen betreffend Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit nach Art 182e PGR, aber auch die Benachrichtigung des Richters laut Art 182f PGR, nicht an die Geschäftsleitung delegiert werden und sind zwingend vom Verwaltungsrat wahrzunehmen – er bleibt in diesem Zusammenhang stets verantwortlich.<sup>100</sup>

In Art 182e Abs 1 und Abs 2 PGR steht ausdrücklich, dass der Verwaltungsrat («Verwaltung») unverzüglich die Mitglieder des obersten Organes orientiert bzw die Verwaltung eine Versammlung des obersten Organes einberuft, um die Sanierungsmassnahmen zu beantragen. Es ist wohl die ureigenste Aufgabe des Verwaltungsrates, für die Aufrechterhaltung der Solvabilität der Aktiengesellschaft zu sorgen.<sup>101</sup> Es geht bei diesen Bestimmungen quasi um das Überleben der Aktiengesellschaft. Darüber hinaus ist die Verantwortung bei einer Überschuldung gegenüber den Gläubigern, aber auch gegenüber der Öffentlichkeit und dem Staat zu gross, als dass diese einfach delegiert werden kann. Was hingegen einer Delegation zugänglich ist, ist die Durchführung des Verwaltungsratsbeschlusses z.B. an die Geschäftsleitung unter der Verantwortung des Verwaltungsrates – dem Triple-A (Aus-

wahl, Anweisung, Aufsicht) kann sich der Verwaltungsrat jedoch nicht entziehen.<sup>102</sup> Der Geschäftsleitung kann gemäss Statuten oder Reglement die Pflicht zukommen, die finanzielle Situation der Gesellschaft zu überwachen und den Verwaltungsrat über die Liquidität zu informieren, zumal der Verwaltungsrat im Rahmen der Oberaufsicht die Geschäftsleitung zu überwachen hat. Hat die Geschäftsleitung eine Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung erkannt und den Verwaltungsrat entsprechend informiert, sind von diesem weitere Schritte einzuleiten. Interessante Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang auch hinsichtlich des Weisungsrechts, wenn sich der Verwaltungsrat weigert, trotz Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung entsprechende Massnahmen einzuleiten und der Geschäftsleitung Weisungen erteilt, welche diese aufgrund der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gar nicht ausführen darf.

#### 9.4 Personalverantwortung

In einem engen Zusammenhang mit der Oberleitung und der daraus abgeleiteten Oberaufsicht sowie dem Verwaltungsrat zukommenden Weisungsrecht steht die Personalverantwortung. Sie bildet eine weitere Kernaufgabe des Verwaltungsrates.<sup>103</sup> Nur in sehr kleinen Aktiengesellschaften reicht ein Verwaltungsrat aus, um sämtliche anfallenden Aufgaben wahrnehmen zu können, aber in grösseren Unternehmen wird es eher die Ausnahme sein, dass der Verwaltungsrat selbst die Personalgeschäfte führt. Die Wechselbeziehung zwischen Oberleitung, Oberaufsicht und Weisung betreffend die Personalverantwortung lässt sich insofern erkennen, als der Verwaltungsrat im Falle einer Delegation die Geschäftsleitungsmitglieder zu überwachen hat, zumal es nicht ausreicht, nur für die Wahl besorgt zu sein.<sup>104</sup> Die Oberleitung hat somit eine personelle Komponente, welche darin erblickt wird, dass der Verwaltungsrat die zur Geschäftsleitung der Gesellschaft berufenen Personen sorgfältig auszuwählen, sie sorgfältig anzuweisen bzw zu instruieren sowie die Mitglieder der Geschäftsleitung sorgfältig zu beaufsichtigen hat (Stichwort: cura in eligendo, cura in instruendo, cura in custodiendo, bzw Tripple A: Sorgfalt in Auswahl, Anweisung und Aufsicht).<sup>105</sup>

<sup>96</sup> Art 182e Abs 1 PGR.

<sup>97</sup> Art 182e Abs 2 PGR.

<sup>98</sup> Art 182f Abs 1 PGR.

<sup>99</sup> Aufschlussreich dürften allenfalls auch statutarische Bestimmungen sowie das Organisationsreglement sein. Der Kernbereich kann jedoch nicht delegiert werden.

<sup>100</sup> Vgl. VISCHER, FS, 353 f. u. 358.

<sup>101</sup> VISCHER, FS, 353.

<sup>102</sup> Vgl. BÖCKLI, 2009, § 13 N 402. Massnahmen bei Kapitalverlust und Überschuldung werden auch in Art 725 OR geregelt. Auch dort wird in der Schweiz die Meinung vertreten, dass diese Massnahmen dem Verwaltungsrat unübertragbar zukommen.

<sup>103</sup> Die oberste Personalhoheit war auch im aOR nicht übertragbar, vgl. z.B. BÖCKLI, Kernkompetenzen, 16: «Wenn diese Funktion [Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitung] heute [nach der Revision im Jahre 1991 in Art 716a OR] stärker herausgestrichen als ‚unübertragbar und unentziehbar‘ gekennzeichnet ist, so ist dies eine Klarstellung und Verbesserung des früheren Rechtes, und keineswegs eine Revolution.»

<sup>104</sup> Vgl. BÖCKLI, 1996, N. 1565; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 171. Zur Oberaufsicht vgl. Abschnitt 9.5.

<sup>105</sup> Vgl. BÖCKLI, 1996, N. 1565; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 171. Ferner FUNK, Kommentar, N 3/4 zu Art 722 OR; SCHUCANY, Kommentar, N 3 zu Art 722 OR; ZK-BÜRGI, N 19 zu Art 722 OR; SCHULTHESS BERNHARD, Funktionen der Verwaltung einer AG, Diss. Zürich 1967, 118; VISCHER, FS, 356; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 180, nach welchen dem Verwaltungsrat undelegierbar die wesentlichen personalpolitischen Entscheide und Kontrollen obliegen; vgl. ferner BERGT, Verantwortlichkeit, N 396

Zum Kernbereich der Personalverantwortung gehörend und sohin ebenso nicht delegierbar ist die Wahl, Instruktion sowie Überwachung der obersten Mitglieder der Geschäftsleitung, also jener Ebene, welche dem Verwaltungsrat unmittelbar unterstellt ist.<sup>106</sup> Ansonsten kann Personalverantwortung in Bezug auf die untergeordneten Stellen an die Geschäftsleitung übertragen werden.<sup>107</sup> Die Abberufung der obersten Leitungsebene obliegt dem Verwaltungsrat, und zwar unübertragbar und unentziehbar.<sup>108</sup>

## 9.5 Überwachung

Die Überwachungspflicht<sup>109</sup> des Verwaltungsrats (*cura in custodiendo*) ist in Art. 349 Abs. 1 Ziff. 3 u. Ziff. 4 festgeschrieben.<sup>110</sup> Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die mit der Geschäftsführung und Vertretung Betrauten mit Bezug auf ihre richtige, den Gesetzesvorschriften, Statuten und Reglementen entsprechende Durchführung zu überwachen (Ziff. 3) und sich zu diesem Zwecke über den Geschäftsgang und die Geschäftsleitung regelmässig zu unterrichten (Ziff. 4). Art 349 Abs. 1 Ziff. 3 u. Ziff. 4 PGR entsprechen weitgehend Art 722 Abs 2 Ziff. 3 aOR.

Die Bestimmung ist dahingehend zu verstehen, dass der Verwaltungsrat die Geschäftsleitung nicht einzig nur im Hinblick auf die Übereinstimmung ihrer Tätigkeit mit Gesetz, Statuten und Reglementen zu überwachen hat. Die Tätigkeiten der Geschäftsleitung sollten nicht nur unter normativen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein, sondern darüber hinaus einer betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise standhalten.<sup>111</sup> Es geht mit anderen Worten um die Überwachung der Einhaltung der Gesetze sowie um die Überwachung der Geschäftsleitung und des Geschäftsgangs.<sup>112</sup> Führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Aktiengesellschaft nicht selbst, hat er die von der Geschäftsleitung vorgenommene Geschäftsführung regelmässig zu überwachen und sich über sämtliche bedeutsamen Geschehnisse in der Aktiengesellschaft unter-

richten zu lassen.<sup>113</sup> Diese Pflichten beziehen sich auf die Tätigkeiten der dem Verwaltungsrat unterstellten obersten Hierarchiestufe sowie auf den Geschäftsgang und indessen nicht auf jedes einzelne Geschäft. Zentral ist jedoch, dass die Überwachung sowie die Unterrichtung regelmässig erfolgen müssen und sich nicht auf bloss jährliche Sitzungen beschränken.<sup>114</sup>

Die undelegierbare Aufsichtspflicht beinhaltet auch eine angemessene Kontrolle des Geschäftsgangs, welche nur ausführbar ist, wenn sich der Verwaltungsrat über sämtliche relevanten Vorgänge in der Gesellschaft laufend unterrichten lässt.<sup>115</sup> Die Grössenordnung der im Rahmen der Aufsichtspflicht zu verlangenden Information orientiert sich an der Organisation und Geschäftstätigkeit der jeweiligen Aktiengesellschaft.<sup>116</sup> Gerade bei grösseren Aktiengesellschaften wird sich der Verwaltungsrat nicht über sämtliche Details informieren können; an der laufenden Orientierung über den «Geschäftsgang im allgemeinen» und über bedeutende Geschäftstätigkeiten führt allerdings kein Weg vorbei.<sup>117</sup> Undelegierbar ist somit die Aufsicht der obersten, dem Verwaltungsrat direkt hierarchisch unterstellten Geschäftsleitung.<sup>118</sup> In den nicht delegierbaren Bereich gehört somit die Aufgabe, sich dauernd über Geschäfte unterrichten zu lassen, Berichte und Auskünfte der Geschäftsleitung einzuholen und diese stets mit einem kritischen Auge zu betrachten.<sup>119</sup> Hinzu kommt, dass der Verwaltungsrat für die Einhaltung der gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften zu sorgen hat.<sup>120</sup> Es ist selbsterklärend, dass für die Wahrnehmung der Oberaufsicht der Verwaltungsrat auf Informationen über die Tätigkeit der Geschäftsleitung angewiesen ist. In grösseren Gesellschaften hat er hierzu ein entsprechendes Informationsbeschaffungssystem zu implementieren.<sup>121</sup> Der

u. 414; LES 2008, 363.

<sup>106</sup> Vgl. MARXER, Konzernuntergesellschaften, 61, mit Verweis auf BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 19 zu Art 716a OR; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N 6 zu Art 716a OR; siehe auch VISCHER, FS, 355 u. 356; FORSTMOSER, LJZ 1984, 8, erachtet «insbesondere die Auswahl der leitenden Angestellten» als nicht übertragbar.

<sup>107</sup> Vgl. MARXER, Konzernuntergesellschaften, 61, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 356; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 19 zu Art 716a OR.

<sup>108</sup> Vgl. MARXER, Konzernuntergesellschaften, 61, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 359; so auch CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N 6 zu Art 716a OR.

<sup>109</sup> In der vorliegenden Arbeit werden Überwachung und Aufsicht als Synonyme verwendet (*cura in custodiendo*).

<sup>110</sup> Vgl. hierzu KAMMERER, Kompetenzen, 226; BERGT, Verantwortlichkeit, N 403.

<sup>111</sup> So auch BERGT, Verantwortlichkeit, N 266; vgl. auch BÖCKLI, 1996, N 1568; so wohl auch ZK-BÜRGI, N 22 zu Art 722 OR.

<sup>112</sup> So auch in der Botschaft 1983, 923: «Die Oberaufsicht über die Geschäftsleitung bezieht sich nicht nur auf die Befolgung der Gesetze, Statuten und Reglemente, also nicht bloss auf die Legalität, sondern auf die Opportunität der Geschäftsführung schlechthin. Dies gilt bei richtiger Auslegung schon nach geltendem Gesetz (Art 722 Abs 2 Ziff. 3 [a]OR).»

<sup>113</sup> FUNK, Kommentar, N 4 zu Art 722 OR.

<sup>114</sup> SCHUCANY, Kommentar, N 4 zu Art 722 OR.

<sup>115</sup> ZK-BÜRGI, N 20 zu Art 722 OR; FUNK, Kommentar, N 4 zu Art 722 OR; vgl. auch HOLZACH, Diss, 79.

<sup>116</sup> ZK-BÜRGI, N 21 zu Art 722 OR.

<sup>117</sup> ZK-BÜRGI, N 21 zu Art 722 OR; siehe auch SCHUCANY, Kommentar, N 4 zu Art 722 OR.

<sup>118</sup> Vgl. ZK-BÜRGI, N 21 zu Art 722 OR; SCHUCANY, Kommentar, N 4 zu Art 722 OR. Auch nach der Praxis des Bundesgerichts kann sich der Verwaltungsrat auf die Ebene Geschäftsleitung beschränken (BGE 114 V 223 mit Hinweis auf 97 II 411 ff.). Diese Auffassung wird auch in der Lehre und Judikatur nach der Revision 1991 vertreten (Art 716a Abs 1 Ziff. 5 OR spricht ausdrücklich von der Oberaufsicht. Statt vieler BÖCKLI, 2009, § 13 N 377; KAMMERER, Kompetenzen, 183/184 u. 187; so auch KRNETA, Praxiskommentar, N 1286.

<sup>119</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen in der Botschaft 1983, 923: «Die Aufsichtsfunktion ist eine der zentralen Aufgaben des Verwaltungsrates, wenn er die Geschäftsleitung an einzelne Mitglieder oder Dritte überträgt. Der Entwurf spricht bewusst nicht von ‚Aufsicht‘, sondern von ‚Oberaufsicht‘. Er trägt damit der Praxis vieler Grossgesellschaften Rechnung, wo die Beaufsichtigung des Geschäftsganges besonderen Ausschüssen delegiert wird.» M.E. hat sich in Bezug auf den Kernbereich der Aufsichtsfunktion materiell mit der Revision 1991 nichts geändert.

<sup>120</sup> Vgl. MARXER, Konzernuntergesellschaften, 62, mit Verweis auf KRNETA, Praxiskommentar, N 1286; siehe auch BÖCKLI, 2009, § 13 N 377 u. 378.

<sup>121</sup> BÖCKLI, 2009, § 13 N 380; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N

liechtensteinische OGH hat zur Überwachungspflicht judiziert, dass bei einer Delegation der Geschäftsführung selbst (faktischer Geschäftsführer)<sup>122</sup> oder einzelner Geschäftsführungsagenden an andere Personen<sup>123</sup> «die Verwaltung eine Überwachungspflicht insoweit trifft, als sie sich über die Geschäftsführung laufend zu informieren, Berichte einzuholen und in zweifelhaften Fällen ergänzende Auskünfte zu verlangen und Unklarheiten auszuräumen hat.»<sup>124</sup> M.E. ist die Oberaufsicht als Teilgehalt der bereits erwähnten Oberleitung zu verstehen.<sup>125</sup> Mit der konstanten Überwachung der Geschäftsleitung erfüllt der Verwaltungsrat seine Oberleitungsfunktion. Er hat die weitere Entwicklung seiner gefällten Entscheidungen zu verfolgen und allenfalls anzupassen hat.<sup>126</sup> Denn getroffene Entscheidungen bzw. Weisungen an die unterstellten Stellen verlangen immer nach Aufsicht – et vice versa, und zwar dahingehend, dass m.E. die Überwachung und Kontrolle gar nicht ohne Weisungsbefugnis wahrgenommen werden kann.<sup>127</sup> Die Oberaufsicht stellt somit eine Form der Leitung dar. Jeder Leitung wohnt ein Weisungsrecht inne. Die Oberaufsicht kann niemals durch Delegation aufgehoben werden.

## 9.6 Vorbereitung der Generalversammlung und Durchführung der Beschlüsse

Der Verwaltungsrat ist gemäss Art 349 Abs 1 Ziff. 1 PGR verpflichtet, die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen. Art 349 Abs 1 Ziff. 1 PGR deckt sich mit Art 722 Abs 2 Ziff. 1 aOR.<sup>128</sup> Dem Verwaltungsrat kommt die Vorbereitung der Generalversammlung zu. Zur Vorbereitung der GV gehört auch deren Einberufung.<sup>129</sup> Auch die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung ist nicht delegierbar. Der Verwaltungsrat hat die für die Durchführung der Beschlüsse notwendigen Schritte innert angemessener

Zeit bzw. ohne grossen Verzug vorzunehmen.<sup>130</sup> Mit undelegierbar ist jedoch nur die Verantwortung gemeint, dass die Beschlüsse zeitnah ausgeführt werden, nicht jedoch die persönliche Ausführung.<sup>131</sup>

## 10 Pflichten des Verwaltungsrates

### 10.1 Sorgfaltspflicht

Die allgemeine Sorgfaltspflicht ist in Art 182 Abs 2 Satz 1 PGR statuiert. Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat das Unternehmen mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung. Ein Verwaltungsratsmitglied handelt gemäss Art 182 Abs 2 Satz 2 PGR im Einklang mit diesen Grundsätzen, wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten liess und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Verbandsperson zu handeln.<sup>132</sup> Die allgemeine Sorgfaltspflicht wird dahingehend verstanden, dass der Verwaltungsrat angehalten wird, sämtliche ihm durch Gesetz, Statuten oder Reglemente zukommenden Aufgaben sorgfältig zu erfüllen.<sup>133</sup> Die erforderliche Sorgfalt, welche der Verwaltungsrat an den Tag legen muss, wird dabei an einem objektivierten Massstab berechnet.<sup>134</sup>

Der liechtensteinische OGH führte in diesem Zusammenhang aus, dass «das Risiko der verantwortlichen Personen auf ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass beschränkt bleiben muss. Stets in Rechnung zu stellen ist dabei insbesondere, dass die Führung eines Unternehmens an sich eine schwierige Aufgabe darstellt, die einen sehr strengen Massstab an die Umsicht nicht erträgt, weil sie erschwert, die vielfältigen von einer Unzahl von Einflüssen abhängigen Möglichkeiten des weiteren Verlaufes zu erkennen oder zu beurteilen. Daher muss es auch den mit der Geschäftsführung betrauten Personen einer Gesellschaft unbenommen bleiben, vernünftige Risiken einzugehen.»<sup>135</sup>

Abgestellt wird im liechtensteinischen PGR – wie im Schweizer Recht – auf diejenige Sorgfalt, die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Ver-

7 zu Art 716a OR; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 26 zu Art 716a OR.

<sup>122</sup> OGH 08.05.2008, 01 CG.2006.276, LES 2008, 363; OGH 01.10.1998, 06 C 417/94, LES 1999, 110.

<sup>123</sup> OGH 04.10.2001, 09 CG.68/99–64, OGH 04.10.2001, 09 CG.68/99–64, LES 2002, 109.

<sup>124</sup> OGH 08.05.2008, 01 CG.2006.276, LES 2008, 363; OGH 01.10.1998, 06 C 417/94, LES 1999, 110. In der OGH Rechtsprechung sind Parallelen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts erkennbar: siehe z.B. BGE 97 II 403; «Nach Art 722 Abs 3 OR hat die Verwaltung die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen (auch wenn diese der Verwaltung angehören) zu überwachen und sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen. [...] Nach dieser Vorschrift muss der Verwaltungsrat nicht jedes einzelne Geschäft, sondern die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im allgemeinen überprüfen [...]. Das setzt voraus, dass der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest, nötigenfalls von der Geschäftsleitung ergänzende Auskünfte verlangt und bei Feststellung von Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einschreitet.»

<sup>125</sup> Vgl. ZK-HOMBURGER, N 581 zu Art 716a OR: «Die Aufgabe der Oberaufsicht gehört im Grunde zur Aufgabe der Oberleitung, erscheint als deren Korrelat.»

<sup>126</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 62.

<sup>127</sup> Vgl. BÖCKLI, 2009, § 13 N 313.

<sup>128</sup> Art 722 Abs 2 Ziff. 1 aOR: «die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen.»

<sup>129</sup> Hierzu FUNK, Kommentar, N 2 zu Art 722 OR; ZK-BÜRGI, N 13/14 zu Art 722 OR; SCHUCANY, Kommentar, N 2 zu Art 722 OR.

<sup>130</sup> Vgl. SCHUCANY, Kommentar, N 2 zu Art 722 OR; ZK-BÜRGI, N 15 zu Art 722 OR; FUNK, Kommentar, N 2 zu Art 722 OR.

<sup>131</sup> BÖCKLI, 1996, N 1576; BÖCKLI, 2009, § 13 N 399; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 307.

<sup>132</sup> Die Business Judgment Rule findet sich in Art 182 Abs 2 PGR (LGBI 2008 Nr 220). Hierzu z.B. BERGT, Verantwortlichkeit, N 294; TORGLER, LJZ 2009, 56 f.; GASSER, PSR 2011, 62 f.

<sup>133</sup> Vgl. hierzu die schweizerische Literatur zu Art 722 Abs 1 aOR, z.B. ZK-BÜRGI, N 3 u. insbesondere N 4 zu Art 722 OR; SCHUCANY, Kommentar, N 1 zu Art 722 OR; VON PLANTA FLURIN, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss. Zürich 1988 (= ZStP 59), 53/54 sowie die (neue) Literatur zu Art. 717 OR, in welchem die allgemeine Sorgfaltspflicht nach der Aktienrechtsrevision 1991 statuiert wurde: ZK-HOMBURGER, N 811 zu Art 717 OR; BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSW 210), 243; SOMMER CHRISTA ALEXANDRA, Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art 717 Abs 1 OR, Diss. Zürich 2010 (= SSW 298), 21; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 3 zu Art 717 OR.

<sup>134</sup> ÖHRI, LJZ 2007, 109.

<sup>135</sup> OGH 16.02.1987, 02 C 355/83–68, LES 1988, 147.

kehrskreises wie die Verantwortlichen der betreffenden Gesellschaft unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würden. Massstab hat also nicht der ‚Supermann‘, sondern der korrekte und sorgfältige Geschäftsmann zu sein.<sup>136</sup> Der liechtensteinische OGH führte zwar aus, dass der Massstab für die Haftung des in Betracht kommenden Organs zwar nicht überspitzt und auf den Bereich des Unvorhersehbaren, Unverwirklichbaren und damit Unzumutbaren ausgedehnt werden darf.<sup>137</sup> Der Verwaltungsrat darf aber bei der Erledigung seiner ihm zugewiesenen Aufgaben nicht die sog. «*diligentia quam in suis*» walten lassen, also jene Sorgfalt, wie in eigenen Angelegenheiten.<sup>138</sup> Um das Mass der Sorgfalt zu ermitteln, muss im Lichte der obigen Ausführungen danach gefragt werden, «welches Verhalten von einem abstrakt vorgestellten, vernunftgemäss handelnden Verwaltungsratsmitglied in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann.»<sup>139</sup> Unter Sorgfalt wird jene angezeigte Vorsicht und Achtsamkeit verstanden, welche ein vernünftiger Mensch bei der jeweiligen Aufgabenerfüllung walten lässt.<sup>140</sup>

Die Sorgfaltspflicht wird sohin dann verletzt, wenn «eine zu erledigende Aufgabe nicht durchgeführt wird, jemand zu spät handelt oder eine zu erledigende Aufgabe nachlässig und somit unsorgfältig ausführt.»<sup>141</sup> Der Verwaltungsrat kann sich auch nicht dadurch exkulpieren, dass ihm die benötigte Zeit für die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben fehlt. Die erforderliche Sorgfalt ist insbesondere auch dann verletzt, wenn das Organ

eine wirksame Kontrolle unterlässt und diese durch blosses Vertrauen ersetzt wird. Auch mangelnde Fachkenntnisse können zu einer unsorgfältigen Erledigung der Aufgaben führen.<sup>142</sup> Ein strenger Sorgfaltsmassstab muss wohl dann angewendet werden, wenn ein Verwaltungsrat überdurchschnittliche fachliche Kenntnisse mitbringt und dies der Gesellschaft bekannt ist.<sup>143</sup>

Im Zusammenhang mit der Delegation von verwaltungsrätlichen Aufgaben wird hier die Meinung vertreten, dass sich das vom Verwaltungsrat erforderliche Mass an Sorgfalt nicht verändert und stets dasselbe bleibt. Die sorgfältige Erfüllung der Aufgaben wird auch nach der Aufgabendelegation vom Verwaltungsrat verlangt, der Unterschied besteht lediglich darin, dass die dem Verwaltungsrat nach erfolgreicher Delegation verbleibenden Aufgaben nicht mehr jenen Umfang umfassen, wie vor der Delegation. Der Verwaltungsrat hat weiterhin sämtliche Aufgaben mit der nötigen Sorgfalt zu erfüllen. Allerdings obliegen ihm sodann nur noch die ihm verbleibenden Aufgaben, welche nicht delegiert wurden.<sup>144</sup>

## 10.2 Treuepflicht

### 10.2.1 Allgemeine Treuepflicht

Aus der Passage, wonach ein Mitglied des Verwaltungsrates sich «nicht von sachfremden Interessen leiten» lassen darf, kann eine Treuepflicht gegenüber der Aktiengesellschaft abgeleitet werden.<sup>145</sup> Satz 2 von Art. 182 Abs. 2 PGR wurde jedoch erst mit LGBI 2008 Nr 220 ins PGR eingefügt, weshalb m.E. diese Passage nur bedingt für die Auslegung der dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft zukommenden Treuepflicht herangezogen werden kann. Im Stiftungsrecht hat der liechtensteinische OGH bereits vor der soeben erwähnten Gesetzesrevision dahingehend ausgesprochen, dass sich der Stiftungsrat in keinem Interessenskonflikt befinden darf<sup>146</sup> und sich der Stiftungsrat am Stiftungsinteresse ausrichten muss. In der liechtensteinischen Literatur und Rechtsprechung wird im aktienrechtlichen Kontext zwar explizit die Treuepflicht des Verwaltungsrates angesprochen – vermisst werden jedoch nähere Ausführungen hierzu. Im PGR lässt sich, abgesehen von Art. 182 Abs. 2 PGR, keine explizite Be-

<sup>136</sup> OGH 16.02.1987, 02 C 355/83–68, LES 1988, 147, mit Verweis auf FORSTMOSER, LJZ 1984, 6; OGH 01.10.1998, 06 C 417/94. Auch die Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz sind sich hinsichtlich des objektivierten Massstabes bei der gebotenen Sorgfalt einig.

<sup>137</sup> OGH 08.05.2008, 01 CG.2006.276, LES 2008, 363, mit Verweis auf OGH 27.05.1986, 01 C 7/75–127, LES 1988, 60.

<sup>138</sup> Siehe z.B. Art 656 Abs 1 PGR (entspricht – ohne die Passage «wobei er jedoch von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit ist» – Art 538 Abs 1 OR). So auch ÖHRI, LJZ 2007, 109; im Zusammenhang mit dem Stiftungsrat führt der OGH diesbezüglich Folgendes aus: «Der Sorgfaltsmassstab des ordentlichen Geschäftsführers, den auch ein Stiftungsrat bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens anzuwenden hat, geht über die Sorgfalt, die eine Person in eigenen Angelegenheiten anwendet, hinaus. Da es sich um Fremdvermögen handelt, darf das Stiftungsvermögen nicht im gleichen Umfange Risiken ausgesetzt werden, wie das persönliche Privatvermögen eines Stiftungsorgans.» (OGH 03.09.2009, 09 CG.2006.312, LES 2010, 73, mit Verweis auf OGH 27.05.1986, 01 C 7/75–127, LES 1988, 60 zum Trust-Vermögen).

<sup>139</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 101/102, mit Verweis auf FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 28 N 20/21; ZK-HOMBURGER, N 821 zu Art 717 OR; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 5 zu Art 717 OR; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N 2 zu Art 717 OR; KRNETA, Praxiskommentar, N 1796; BÖCKLI, 2009, § 13 N 575; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit, 301/302; LAZPOPOULOS MICHAEL, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004 (= SSHW 237), 173; SOMMER, Treuepflicht, 21; JÖRG FLORIAN S., Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 19, 32; BGE 122 III 195 E. 3 S. 198.

<sup>140</sup> BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 3 zu Art 717 OR.

<sup>141</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 101, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 566; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 3 zu Art. 717 OR; Entscheid des Bundesgerichts 4A\_467/2010 vom 5. Januar 2011 E. 3.3; BGE 122 II 195 E. 3 S.198.

<sup>142</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 101, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 564 u. 566; vgl. auch BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 4 zu Art 717 OR; BGE 97 II 403 E. 5b S. 411; Entscheid des Bundesgerichts 4A\_248/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 8.1. Hierzu auch BERGT, Verantwortlichkeit, N 241; ÖHRI, LJZ 2007, 109: «Auch mangelnde Kenntnisse, Unerfahrenheit, Zeitmangel, Untätigkeit etc. entlasten aufgrund des zu objektivierenden Sorgfaltsmassstabes nicht; daher kann sich zB ein Berufstreuhänder, welcher eine Vielzahl von Verwaltungsrats- und Stiftungsratsmandaten inne hat, nicht damit exkulpieren, er habe nicht über ausreichend Kapazitäten verfügt, um sich intensiver um die Geschäftsführung einer bestimmten Gesellschaft zu kümmern; diesfalls hätte er das (zusätzliche) Mandat nicht übernehmen dürfen.»

<sup>143</sup> BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 5 zu Art 717 OR.

<sup>144</sup> Vgl. MARXER, Konzernuntergesellschaften, 101/102; JÖRG, Gruppengesellschaften, 32/33.

<sup>145</sup> Art 182 Abs 2 Satz 2 PGR, welcher durch LGBI 2008 Nr 220 eingefügt wurde; hierzu Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts vom 19. Februar 2008.

<sup>146</sup> OGH 08.01.2004, 10 HG.2002.58–39, LES 2005, 174.

stimmung finden, in welcher die Treuepflicht des Verwaltungsrates normiert ist. Eine gesetzliche Verankerung könnte jedoch im allgemeinen Teil des PGR in Art 191 Abs 1 PGR erblickt werden, wonach die Geschäftsführung und Vertretung dem Organ einer Verbandsperson durch Bestellung eines Beistandes vorübergehend entzogen werden kann, wenn die Interessen der Verbandsperson gefährdet werden. Auf jeden Fall ist unbestritten, dass dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft eine allgemeine Treuepflicht zukommt.

In der Schweiz hat die Treuepflicht des Verwaltungsrats erst mit der Aktienrechtsrevision 1991 Eingang ins Schweizer OR in Art 717 Abs 1 OR gefunden.<sup>147</sup> Die Sorgfaltspflicht ist neu ebenfalls dort statuiert. Eine dem Verwaltungsrat zukommende allgemeine Treuepflicht wurde jedoch bereits vor dem revidierten Aktienrecht angenommen.<sup>148</sup> Interessant sind dabei die Ausführungen in der Botschaft 1983, welche nur dahingehend ausgelegt werden können, dass es sich bei der Normierung der Treuepflicht in Art 717 OR um eine Gesetzesanpassung an die existierende Rechtslage handelt. In der Botschaft 1983 wird erwähnt, dass die Treuepflicht zwar nicht im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist, «sie jedoch aus der besonderen Stellung des Verwaltungsrates innerhalb der Gesellschaft abzuleiten» sei.<sup>149</sup> Somit ist die allgemeine Treuepflicht des Verwaltungsrates der besonderen Vertrauensstellung des Verwaltungsrats gegenüber der Aktiengesellschaft inhärent.<sup>150</sup> Die Treuepflicht kann zudem aus dem allgemeinen in Art. 2 PGR verankerten Prinzip von Treu und Glauben<sup>151</sup> oder als Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht in Art 182 PGR abgeleitet werden. Spätestens seit der Einführung des Art. 182 Abs 2 Satz 2 PGR mit LGBI 2008 Nr 220 ist die Treuepflicht im liechtensteinischen PGR ausdrücklich erwähnt. Der Verwaltungsrat hat demnach alles zu unterlassen, was auf die Verfolgung seiner eigenen Interessen und Interessen Dritter unter Benachteiligung der Interessen der Gesellschaft hinausläuft. Mit anderen Worten hat der Verwaltungsrat die Gesellschaftsinteressen stets zu wahren bzw nichts zu unternehmen, was dem Gesellschaftsinteresse zuwiderläuft.<sup>152</sup> Die Treuepflicht zielt auf eine umfassende Wahrung der Gesellschaftsinteressen ab.<sup>153</sup> Ihr kann dem Grunde nach eine aktive wie auch eine passive Komponente zugesprochen werden.<sup>154</sup> Der Verwaltungsrat ist auf der einen Seite verpflichtet, sich aktiv durch sein Tätigwerden für die Gesellschaftsinteressen einzusetzen und durch sein Handeln diese zu wahren.<sup>155</sup> Die Treuepflicht sollte wohl vielmehr als Unterlassungspflicht interpretiert werden, und zwar inso-

fern, als er «alles zu unterlassen hat, was der Gesellschaft einen Schaden zufügen könnte.»<sup>156</sup> Der Verwaltungsrat darf somit keine Interessen verfolgen, welche sich mit den Gesellschaftsinteressen nicht decken.<sup>157</sup> Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Treue-, aber auch die Sorgfaltspflichten sowohl für die Mitglieder des Verwaltungsrates, als auch für alle mit der Geschäftsführung befassten Personen gelten – also für die formellen sowie faktischen Organe.

### 10.2.2 Gesellschaftsinteresse

Betroffen ist die Interessenwahrungspflicht immer dann, wenn neben den Interessen der Gesellschaft noch weitere Interessen hinzukommen und diese Interessen ebenfalls wahrzunehmen sind.<sup>158</sup> Gerade die Aktiengesellschaft ist geprägt von einem Interessenpluralismus.<sup>159</sup> Der Verwaltungsrat sieht sich mit den Aktionärsinteressen, mit Interessen der Arbeitnehmer, den Interessen der Öffentlichkeit, des Staates konfrontiert. Die Schwierigkeit besteht darin, vor dem Hintergrund all dieser divergierenden Interessen das Interesse der Gesellschaft auszumachen. Soweit ersichtlich, hat sich die liechtensteinische Lehre und Rechtsprechung zum Aktienrecht davor gehütet, dem unbestimmten Rechtsbegriff einen brauchbaren Inhalt zu geben. Auf jeden Fall gibt es keine rundum gültige Definition des Gesellschaftsinteresses, weder in Liechtenstein noch in der benachbarten Schweiz. Eine vorherrschende Lehrmeinung zum Begriff des Gesellschaftsinteresses kann nicht erkannt werden, obwohl es nicht an Anstrengung gefehlt hat, das Gesellschaftsinteresse inhaltlich zu erfassen.<sup>160</sup> Die Erfassung des Gesellschaftsinteresses reicht wohl von den Positionen von SCHLUEP und BÄR<sup>161</sup> über die Shareholder- vs. Stakeholdervalue-Ansätze bis hin zu dem dieser Doktrin entstammenden Begriff der Corporate Social Responsibility. Beim Shareholdervalue-Ansatz rücken die Aktionärsinteressen in den Vordergrund. Gemäss Stakeholderva-

<sup>147</sup> Art 717 OR ist seit dem 1. Juli 1992 in Kraft.

<sup>148</sup> Statt vieler BÖCKLI, N 1627 ff.; ZK-BÜRGLI, N 8 ff. zu Art 722 OR.

<sup>149</sup> Botschaft 1983, 925; siehe auch SOMMER, Treuepflicht, 4.

<sup>150</sup> Vgl. hierzu SCHUCANY, Kommentar, N 1 zu Art 722 OR; THALMANN ANTON, Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1975, 12 u. 20 f.; VON PLANTA, Interessenkonflikt, 55; SOMMER, Treuepflicht, 4/5.

<sup>151</sup> Vgl. THALMANN, Treuepflicht, 21.

<sup>152</sup> Vgl. SCHUCANY, Kommentar, N 1 zu Art 722 OR; ZK-BÜRGLI, N 8 zu Art 722 OR; VON PLANTA, Interessenkonflikt, 55.

<sup>153</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 177.

<sup>154</sup> Vgl. SOMMER, Treuepflicht, 17 f.

<sup>155</sup> Vgl. SOMMER, Treuepflicht, 17 f.

<sup>156</sup> Vgl. BÖCKLI, 2009, § 13 N 600; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 28 N 25.

<sup>157</sup> Vgl. BÖCKLI, 2009, § 13 N 600; KRNETA, Praxiskommentar, N 1852 u. 1853; DE CAPITANI WERNER, Der delegierte Verwaltungsrat, SJZ 1994, 347, 348. Nach der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichtes sind strenge Massstäbe anzulegen, wenn Mitglieder des Verwaltungsrates nicht im Interesse der Gesellschaft handeln: BGE 139 III 24 E. 3.4 S. 28 f.; 130 III 213 E. 2.2.2. S. 219; 113 II 52 E. 3a S. 57.

<sup>158</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 55.

<sup>159</sup> Hierzu z.B. LAMBERT CLAUDE, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1992 (= ASR 535).

<sup>160</sup> Hierzu z.B. MARXER, Konzernuntergesellschaften, 117, mit einem Überblick zu den schweizerischen Meinungen.

<sup>161</sup> Weiterführend zur «Theorie des Interessenausgleichs» vgl. SCHLUEP WALTER RENÉ, Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, 385 ff. u. 400 ff.; BÄR hingegen sprach sich für einen interessenmonistischen Ansatz aus, in welchem es alleine auf den «typischen Aktionär» ankommt (vgl. BÄR ROLF, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 1959, 369, 369 ff. u. 387 ff.); hierzu auch FORSTMOSER PETER, Profit – das Mass aller Dinge?, in: Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Andreas Thier/Wolfgang Ernst/Paul Oberhammer (Hrsg.), Individuum und Verband: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 55, 72/73.

lue-Ansatz sind die Interessen aller Stakeholder und der Aktionäre zu berücksichtigen.<sup>162</sup> Bei der Corporate Social Responsibility geht es um die soziale und ökologische Verantwortlichkeit der Gesellschaft.<sup>163</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung hat sich der Verwaltungsrat bei seinen Entscheidungen stets zu fragen, was dauerhaft den Erfolg der Gesellschaft fördert und Mehrwert generiert, also den Wert des Unternehmens nachhaltig und langfristig steigert.<sup>164</sup> Das Interesse der Gesellschaft darf m.E. aber nicht auf die Aktionärsinteressen im Sinne einer Gleichsetzung reduziert werden,<sup>165</sup> sondern es sind dabei auch freilich Stakeholderinteressen zu berücksichtigen.<sup>166</sup>

Zudem umfasst die Treupflicht die Geheimhaltungs- und Schweigepflicht. Für den Verwaltungsrat besteht grundsätzlich auch ein Konkurrenzverbot.<sup>167</sup>

### 11 Haftung des Verwaltungsrates

Wie soeben gezeigt, hat der Verwaltungsrat seine Aufgaben sorgfältig zu erfüllen. Im Rahmen der Delegation von Aufgaben, welche in weitem Umfang zulässig ist, wird dieser Aufgabenumfang allerdings verändert, da gewisse Bereiche sodann in den Kompetenzbereich der Geschäftsleitung fallen. Es kommt zu einer Verlagerung von Aufgaben. Mit dem reduzierten Aufgabenumfang verändert sich zwangsläufig die sorgfältige Erfüllung dieser Aufgaben. Die Geschäftsleitung haftet für die übertragenen Aufgaben, der Verwaltungsrat haftet im Bereich der zulässigen Delegation lediglich noch für die ihm verbleibenden Aufgaben.<sup>168</sup>

Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass der Verwaltungsrat bei erfolgter Delegation nur noch für die drei Curae – cura in eligendo, cura in instruendo und cura in custodiendo (Auswahl, Anweisung, Aufsicht) einzustehen hat.<sup>169</sup> Auch die liechtensteinische Rechtsprechung führt die drei Curae ins Feld und verweist dabei auf die schweizerische Lehre und Rechtsprechung.<sup>170</sup> Diese Auffassung ist grundsätzlich richtig. M.E. sollte jedoch nicht davon gesprochen werden, dass eine Reduktion der Aufgaben bzw. der Haftung auf die drei Curae stattfindet. Vielmehr findet eine Reduktion auf den undelegierbaren Kompetenzbereich statt, welcher insbesondere auch die drei Curae umfasst. Die drei Curae – neben weiteren undelegierbaren Kompetenzen – sind ohnehin in den weiter vorne ausführlich dargelegten undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates enthalten. Die cura in instruendo (Instruktion) leitet sich aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht ab und kann unter die Oberleitung und insbesondere unter das Weisungsrecht subsumiert werden.<sup>171</sup> Die cura in custodiendo (Überwachung) ergibt sich aus der in Art 349 Abs 1 Ziff. 3 u. Ziff. 4 verankerten Überwachungspflicht.<sup>172</sup> Die cura in eligendo (Auswahl) kann inhaltlich wohl aus Art 348 PGR, der allgemeinen Sorgfaltspflicht und aus der aus der Oberleitungspflicht entspringenden Personalverantwortung entnommen werden.<sup>173</sup>

### 12 Fazit

Im vorliegenden Beitrag wurde rechtsvergleichend aufgezeigt, dass gewisse dem Verwaltungsrat obliegende gesellschaftsrechtliche Kernkompetenzen ausserhalb des Bereiches der zulässigen Delegation liegen und nicht an die hierarchisch untergeordnete Leitungsebene übertragen werden können. Der Verwaltungsrat hat sämtliche übergeordneten Grundsatzentscheidungen selbständig zu treffen. Demnach gehören zum undelegierbaren Aufgabenbereich des Verwaltungsrates insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft, die Oberaufsicht der hierarchisch unterstellten Geschäftsleitung, die grundlegende Organisations- und Finanzverantwortung sowie die Festlegung der Personalpolitik. Im Zusammenhang mit der Delegation wurde dargelegt, dass sich das vom Verwaltungsrat erforderliche Mass an Sorgfalt nicht verändert – der Verwaltungsrat hat stets sämtliche Aufgaben

<sup>162</sup> Hierzu z.B. FORSTMOSER, Profit, 57 ff.; FORSTMOSER PETER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung? Zum Auftrag börsenkotierter Unternehmen, in: Rainer Maria Kiesow/Regina Ogorek/Spiros Simitis (Hrsg.), Summa, Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2005, 207, 210 ff.

<sup>163</sup> Hierzu z.B. BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16 zu Art 717 OR; FORSTMOSER PETER, Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Nedim Peter Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, 197, 197 ff. u. insbesondere 201/202.

<sup>164</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 118/119, mit zahlreichen Verweisen, insbesondere auf FORSTMOSER, Gewinnmaximierung, 229 ff.; FORSTMOSER, Profit, 80 ff.; vgl. auch KRNETA, Praxiskommentar, N 1097, N 1792 u. N 1793; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16 u. N 37 f. zu Art 717 OR.

<sup>165</sup> MARXER, Konzernuntergesellschaften, 118/119, mit Verweis auf BÖCKLI, 2009, § 13 N 598. Die langfristige Ausrichtung der Verwaltungsratsstätigkeit wird in der schweizerischen Lehre grösstenteils befürwortet: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 3 N 11 u. N 47; ZK-HOMBURGER, N 781 zu Art. 717 OR.

<sup>166</sup> Statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 3 N 21 u. § 28 N 26; HOFSTETTER KARL, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, ST 2015, 171, 171/172: «Diese grundlegende Interessenausrichtung [auf die dauerhafte Wertsteigerung der Investition der Aktionäre] ist und bleibt in einem marktwirtschaftlichen Umfeld das Fundament jeglicher Unternehmensstätigkeit. Das langfristige Aktionärsinteresse bildet deshalb die Ausgangslage für alle Corporate-Governance-Diskussionen und ändert sich dann nicht, wenn Unternehmen wachsen, sich internationalisieren oder sich an der Börse kotieren lassen.»

<sup>167</sup> Art 183 PGR.

<sup>168</sup> Vgl. MARXER, Konzernuntergesellschaften, 54/55.

<sup>169</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung, 180; so auch SEEGER, Verantwortlichkeit, 91: Der Verwaltung obliegen «die cura in eligendo, instruendo und custodiendo bei Delegation von Aufgaben; *erlaubte* Delegation bewirkt Beschränkung der Haftung auf Verantwortlichkeit für diese drei curae.» (Hervorhebungen hinzugefügt); vgl. auch BERGT, Verantwortlichkeit, N 141; VISCHER, FS, 366; HOLZACH, Diss, 75 ff., MEYER, Stellung, 88/89. Vgl. ferner FORSTMOSER, LJZ 1984, 8: Bei korrekter Delegation wird der Verwaltungsrat seiner Verantwortung entbunden. «Den Mitgliedern des Verwaltungsrates bleibt nur noch die Pflicht zu sorgfältiger Auswahl der beauftragten Personen sowie allenfalls zu ihrer Instruktion und Überwachung.» «Nicht delegierbar sind letztlich nur die grundlegenden Entscheide der Geschäftspolitik und insbesondere die Auswahl der leitenden Angestellten.»

<sup>170</sup> Siehe OGH Urteil vom 08.05.2008 zu 01 CG.2006.276, LES 2008, 363.

<sup>171</sup> Siehe Abschnitt 9.1 und Abschnitt 9.4.

<sup>172</sup> Siehe Abschnitt 9.5.

<sup>173</sup> Siehe Abschnitt 9.4.

mit der nötigen Sorgfaltspflicht zu erfüllen. Allerdings reduziert sich durch die Delegation der Aufgabenumfang, sodass der Verwaltungsrat nur noch die im verbleibenden Aufgaben sorgfältig zu erfüllen hat. Wenn gewisse Aufgaben nicht mehr beim Verwaltungsrat angesiedelt sind und sich durch gültige Delegation nicht mehr in seinem Kompetenzbereich befinden, hat er für Pflichtverletzungen in diesem Bereich nicht mehr einzustehen. Der Verwaltungsrat haftet bei zulässiger Delegation lediglich für Pflichtverletzungen der ihm verbleibenden undelegierbaren Kernkompetenzen. Neben der sorgfältigen Erfüllung der verwaltungsrätlichen Aufgaben kommt dem Verwaltungsrat eine Treuepflicht zu. Er hat bei seinen Entscheidungen stets das Interesse der Gesellschaft zu wahren und zu fragen, was den Wert des Unternehmens nachhaltig und langfristig steigert. Eine Reduktion des Gesellschaftsinteresses auf die Aktionärsinteressen wird allerdings nicht als sinnvoll erachtet, sondern es sind in jedem Fall auch Stakeholderinteressen zu berücksichtigen.

## Der wirtschaftlich Berechtigte beim Straftatbestand der Untreue (§ 153 StGB) im Rechtsvergleich<sup>1</sup>

Marc Julian Mayerhöfer<sup>2</sup>

### 1. Einleitendes

Die weitestgehende<sup>3</sup> Rezeption des österreichischen materiellen Strafrechts durch den liechtensteinischen Gesetzgeber, gepaart mit dem vom OGH in stRsp<sup>4</sup> vertretenen sog. *Law-in-Action-Prinzip*, wonach das (übernommene) Recht so gelten soll wie im Ursprungsstaat und dabei – sofern der OGH nicht ausnahmsweise aus «triftigen Gründen» eine Abweichung als geboten ersieht – der Spruchpraxis der österreichischen Höchstgerichte (und nicht etwaiger gegensätzlicher Lehrmeinungen) zu folgen ist,<sup>5</sup> bedingt, dass der Judikatur des öOGH als oberstes Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit<sup>6</sup> und («absolute») Letztinstanz in Zivil- und Strafsachen,<sup>7</sup> gegen dessen Entscheidungen *nota bene* auch kein weiterer ausserordentlicher Rechtszug (wie in Liechtenstein vermöge der Individualbeschwerde gemäss Art 15 Abs 1 StGHG an den StGH)<sup>8</sup> offensteht, besondere Bedeutung

<sup>1</sup> Dieser Artikel beruht in wesentlichen Teilen auf einem im Rahmen des vom Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht (Ass. Prof. Dr. Alexandra Butterstein) veranstalteten 13. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2021 am 28. September 2021 gehaltenen Vortrages desselben Titels und stellt insoweit dessen Verschriftlichung dar.

<sup>2</sup> Mag. iur. Marc Julian Mayerhöfer, LL.M. (DUK), LL.M. (WU Wien) ist Oberstaatsanwalt der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA), dort derzeit karenziert und seit Juni 2020 als Staatsanwalt der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft tätig.

<sup>3</sup> Aber nicht durchgehende, vgl etwa die sich am Schweizerischen Rechtsbestand orientierende Norm des § 283 StGB (Tatbestand der Diskriminierung).

<sup>4</sup> Vgl LES 2005, 100; LES 2015, 201; LES 2016, 41 uva.

<sup>5</sup> Siehe dazu auch *Ungerank* in *Brandstätter/Nagel/Öbri/Ungerank* (Hrsg), Handbuch Liechtensteinisches Strafprozessrecht (2021) Rz 2.1.

<sup>6</sup> § 1 Abs 1 öOGHG.

<sup>7</sup> Anders die Stellung des OGH, vgl *Brandstätter* in *Brandstätter/Nagel/Öbri/Ungerank* (Hrsg), Handbuch Liechtensteinisches Strafprozessrecht (2021) Rz 17.6.

<sup>8</sup> Weiterführend zu dieser Thematik *Ender* in *Brandstätter/Nagel/Öbri/Ungerank* (Hrsg), Handbuch Liechtensteinisches Strafprozessrecht (2021) Rz 18.1 ff. An dieser Stelle sei angesichts der in Liechtenstein (wieder) aktuellen Diskussion über die Einführung des österreichischen sog. «Staatsanwaltschaftsmodells» (vgl Regierungsprogramm 2021–2025, S 28, <https://www.regierung.li/files/attachments/20211005-Broschuere-Regierungsprogramm-2021-2025-637690469875425556.pdf?t=637727708478285704>, Stand 17.11.2021) das Nachfolgende *de lege ferenda* (aus Sicht des in beiden Systemen Praxiserfahrung aufweisenden Autors) angemerkt: Aufgrund der in Liechtenstein grds bestehenden Drei-Instanzlichkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit, verbunden mit dem (zusätzlichen) ausserordentlichen Rechtszug an den StGH bei letztinstanzlichen sowie sonstigen – in stRSp zudem extensiv ausgelegten – sog. enderledigenden Entscheidungen (vgl erneut *Ender*, aaO, Rz 18.3 ff), wird die allfällige Übernahme so im liechtensteinischen Rechtsbestand *bis dato* unbekannter Rechtsbehelfe wie des Einspruchs wegen Rechtsverletzung (§ 106 öStPO), des Antrags auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens (§ 108 öStPO) oder des Antrags auf Fortführung des Ermittlungsverfahrens (§ 195 öStPO) ohne

für die Auslegung der (rezipierten) Straftatbestände des öStGB zukommt.

Dies gilt insbesondere dann, wenn, wie vorliegend, sowohl der Normtext (des Straftatbestandes der Untreue nach § 153 StGB) als auch die wesentlichen Erwägungen in den Gesetzesmaterialien<sup>9</sup> letztlich ident sind und zudem eine (aktuelle) Kommentierung (auch) durch einen Höchstrichter des öOGH vorliegt.<sup>10</sup>

## 2. Die Reform des § 153 StGB

### 2.1 Allgemeines

Bis zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015<sup>11</sup> in Österreich bzw bis zu LGBl 2019 Nr 124 in Liechtenstein war der Tatbestand der Untreue wie folgt textiert:

*Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*

*Wer durch die Tat einen 5 000 Franken [3 000 Euro] übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 75 000 Franken [50 000 Euro] übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.*

Die genannten Novellierungen brachten schon vom Wortlaut her vier ins Auge fallende Änderungen zum bisherigen Gesetzestext mit sich [*Hervorhebungen durch den Autor*]:

*Wer seine **Befugnis**, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen **am Vermögen schädigt**, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*

entsprechende legisistische Adaptierungen (auch) des (möglichen) Rechtszuges jedenfalls negative Auswirkungen auf die Dauer der Strafverfahren haben, geht der Instanzenzug in Österreich in diesen Fällen doch maximal bis zum zuständigen Oberlandesgericht (bzw entscheidet im Falle des Antrages auf Fortführung überhaupt nur ein Drei-Richter-Senat des Landesgerichtes letztinstanzlich; vgl § 196 iVm § 31 Abs 6 Z 3 öStPO). Unabhängig davon wird der diesbezügliche zusätzliche Anfall – dass in den genannten Konstellationen der jeweiligen gerichtlichen Letztentscheidung vom StGH der Status einer (jedenfalls) enderledigenden zuerkannt werden wird, erscheint absehbar – nicht nur bei der Staatsanwaltschaft, sondern auch bei den Rechtsmittelgerichten und dem StGH selbst wohl ein merklicher sein.

<sup>9</sup> *Sedes materiae* sind dies für Österreich primär der Bericht des Justizausschusses, 728 der Beilagen XXV.GP 5 ff sowie für Liechtenstein BuA Nr 90/2018.

<sup>10</sup> Dass die literarische Bearbeitung ganz wesentlicher Teile des öStGB und der öStPO durch Mitglieder der (derzeit) fünf Strafsenate des öOGH im sogenannten "Wiener Kommentar" zur StPO und zum StGB ganz wesentlich zur Rechtssicherheit sowohl der Rechtsanwender als auch der Normunterworfenen beiträgt, da hier quasi eine authentische Interpretation der Entscheidungen erfolgt, wird von Vertretern (davon) abweichender Meinungen in der Lehre mitunter verkannt.

<sup>11</sup> StRÄG 2015, BGBl 2015/112.

***Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.***

*Wer durch die Tat einen 7 500 Franken [5 000 Euro] übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 300 000 Franken [300 000 Euro] übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.*

Ausweislich noch der Regierungsvorlage zum Strafrechtsänderungsgesetz (StRÄG 2015) im Rezeptionsquellenland, dessen Anlass und primäre Intention (insoweit nur) eine Korrektur der als nicht mehr zeitgemäss empfundenen Relation der Strafdrohungen für Vermögensdelikte einerseits und für Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit sowie die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung andererseits war, hätte § 153 StGB seine bis dahin bestehende Struktur behalten und lediglich eine (teils drastische) Erhöhung der Wertgrenzen, wie auch bei den sonstigen Delikten gegen fremdes Vermögen mit Ausnahme der Geldwäscherei, erfolgen sollen.<sup>12</sup> Erst im Zuge des darauffolgenden Legislativprozesses und eines parlamentarischen Initiativantrages<sup>13</sup> kam es schliesslich auf Basis des bereits zitierten Justizausschussberichtes<sup>14</sup> zur umfassenderen Novellierung des Tatbestands im zuvor dargestellten Sinn.<sup>15</sup>

### 2.2 Die Änderungen im Überblick

Das, wie zuvor unter Punkt 2.1. erläutert, ursprüngliche (und einzige) Reformziel, nämlich die Anhebung der Wertgrenzen, wurde im neu eingeführten Abs 3 des § 153 StGB, der in seiner Struktur freilich dem alten Abs 2 entspricht, analog zu den sonstigen Vermögensdelikten umgesetzt.

Die ausdrückliche Normierung der unterschiedlichen Arten der Begründung der eingeräumten Rechtsmacht (Gesetz, behördlicher Auftrag und Rechtsgeschäft) konnte aus Sicht des österreichischen Reformgesetzgebers (künftig) unterbleiben, auch wenn diese freilich weiterhin die (logischen) Quellen der Befugnis des Täters darstellen. Inhaltlich kam es insofern zu keiner Änderung.<sup>16</sup>

Gleiches gilt im Ergebnis für den Ersatz der Wortfolge "*und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt*" durch "*und dadurch den anderen am Vermögen schädigt*" in Absatz 1 der Novellierung, da auf diese Weise nur eine sprachliche Gleichstellung mit der Terminologie des Betrugstatbestandes (§ 146 StGB) sowie dem *Wording* der norminhärenten Qualifikation in (jetzt) Ab-

<sup>12</sup> Vgl zu alledem EBRV 689 der Beilagen XXV.GP 1 ff und 21 f.

<sup>13</sup> IA 1110/A 2 XXV.GP.

<sup>14</sup> JAB 728 der Beilagen XXV.GP 5 ff; siehe bereits FN 9.

<sup>15</sup> Zur Genese statt vieler *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) S 4 f und *Kirchbacher/Sadoghi* in *Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> StGB § 153 (Stand 1.3.2020, rdb.at) Rz 2/5 ff.

<sup>16</sup> Vgl erneut JAB 728 der Beilagen XXV.GP 5 sowie mwN *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 2/8 und Rz 3; ebenso *McAlister* in *Preischl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 3.

satz 3 der *leg cit* erfolgen sollte, da dort (auch weiterhin) von “Schaden“ die Rede ist.<sup>17</sup>

Zentral ist hingegen die (erstmalige) Legaldefinition des Befugnismisbrauches im gänzlich neu gefassten Abs 2 des § 153 StGB. Ausgehend von der dem Tatbestand der Untreue zu Grunde liegenden (Ausgangs-) Konstellation, dass dieser dann verwirklicht ist, wenn der Inhaber einer nach aussen wirksamen Vertretungsmacht (also der Machthaber bzw Befugnissträger) sich bewusst über die (ihm vom Machtgeber bzw Befugnisgeber) im Innenverhältnis auferlegten Schranken hinwegsetzt bzw diese verletzt,<sup>18</sup> erfolgt die mit der Novellierung einhergehende – und jedenfalls so gewollte wie *de lege lata* zu konzедierende<sup>19</sup> – Einschränkung des Tatbestandes dadurch, dass zunächst nur (mehr) ein solcher Befugnismisbrauch tatbildlich ist, der gegen dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten<sup>20</sup> dienende Regeln<sup>21</sup> verstösst und der darüber hinaus noch ein qualifizierter, nämlich ein unvertretbarer (Regel-) Verstoss ist. Daraus folgt Zweierlei: Erstens, dass strafrechtlich sanktionierter Missbrauch der Vertretungsmacht nicht jedes rechtswidrige Fehlhandeln (des Machthabers) erfasst, sondern nur ein solches, das ausserhalb des Bereichs des vernünftig Argumentierbaren liegt, also eben unvertretbar ist.<sup>22</sup> Zweitens, dass Untreue dann ausscheidet, wenn eine Vertretungshandlung zwar vielleicht formal den Machtgeber schädigt, der dadurch verursachte (Vermögens-) Nachteil jedoch dem

hinter dem Machtgeber stehenden “Eigentümer“, also dessen wirtschaftlich Berechtigten, zu Gute kommt.<sup>23</sup>

### 2.3 Spezifika der Rezeption in Liechtenstein

Der Liechtensteinische Gesetzgeber schloss sich ausweislich des BuA Nr 90/2018 den zuvor dargestellten legislativen Intentionen und Erwägungen im Rezeptionsland durchgehend (und passagenweise sogar wortwörtlich) an. Auf zwei *caveats* sei aber beim Studium der hiesigen Materialien verwiesen.

Sofern die BuA nämlich ausführen, dass Untreue dann ausscheidet, “wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich den hinter dem Machtgeber stehenden Berechtigten [...] trifft“,<sup>24</sup> ist dies so unlogisch wie unzutreffend. Richtig, und dies wurde bereits unter Punkt 2.2. ausgeführt, müsste es statt “trifft“ natürlich “zu Gute kommt“ lauten.

Zudem erklären die Materialien, dies fast schon *en passant*, dass die Treuhandschaft bzw die Tätigkeit eines Treuhänders als Form der Ausübung eines Vollrechts (nunmehr?) vom Tatbestand der Untreue ausgenommen sein soll und führen als – so jedenfalls der dadurch vermittelte Eindruck – einzig gegenteilige Meinung eine österreichische Kommentarstelle an<sup>25</sup>, wodurch nahegelegt wird, dass dies (auch) den Meinungsstand im Rezeptionsland widerspiegeln. Beides ist unrichtig. Tatsächlich entspricht es der herrschenden Ansicht und Judikatur in Österreich<sup>26</sup>, aber wohl gemerkt auch der Rechtsprechung des Fürstlichen Obergerichtes,<sup>27</sup> dass ein Treuhänder, ausgehend vom im Strafrecht relevanten wirtschaftlichen Vermögensbegriff,<sup>28</sup> zur Verwaltung wirtschaftlich fremden Vermögens – er ist eben nicht der wirtschaftlich Berechtigte iSd § 153 Abs 2 StGB am Treugut<sup>29</sup> – berufen ist und somit *ceteris paribus* die Voraussetzungen als Tatsubjekt der Untreue respektive für die unmittelbare Täterschaft an diesem Sonderdelikt *in casu* erfüllen kann.

### 2.4 Zwischenfazit

Die Novellierung des § 153 StGB hat zwar, wie im Vorstehenden erörtert, Änderungen mit sich gebracht, deren wohl Wesentlichste die Legaldefinition des Befugnismisbrauches in Abs 2 der *leg cit* mit allen daraus im Einzelfall erwachsenden rechtlichen Implikationen ist, die Kernelemente des Tatbestandes der Untreue sind jedoch

<sup>17</sup> Siehe JAB 728 der Beilagen XXV.GP 6 und *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 2/8 und Rz 36; vgl auch *Kert* in Untreue NEU (2017) S 12.

<sup>18</sup> Der Machthaber also im Rahmen seines rechtlichen Könnens gegen sein rechtliches Dürfen verstösst; siehe erneut *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 2/8; weiters *Fabrizy*, StGB<sup>13</sup>, § 153 Rz 13 ff und RIS-Justiz RS0094545.

<sup>19</sup> Vgl dazu bereits JAB 728 der Beilagen XXV.GP 5; ebenso etwa *Lewis*, Befugnismisbrauch und “wirtschaftlich Berechtigter“ bei der Untreue, in Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2020, 178 und *Brandstetter*, Zu den Grenzen des Tatbestandes der Untreue nach der StGB-Novelle 2015, ZWF 2019, 218f; *aA* etwa *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB Rz 2/8, nach denen sich abseits der Anhebung der Qualifikationsgrenzen aus der Novellierung “inbaltlich nichts Neues“ ableiten lasse; Letzteren ist jedoch zumindest zu entgegen, dass jedenfalls gewisse Aussagen und Rechtssätze aus öOGH 12 Os 117/12s [sog. “Libro-Entscheidung“] nach der Reformierung des § 153 StGB wohl nicht mehr aufrecht gehalten werden können (vgl dazu schon – *post* Reform – öOGH 17 Os 15/17k sowie RIS-Justiz RS0129280, RS0129281 und RS0129283; so auch *McAllister*, Der wirtschaftlich Berechtigte des Vereins – Zur Auslegung des § 153 Abs 2 StGB, JSt 2021, 357; ebenso im Ergebnis *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmisbrauch<sup>13</sup>, S 80).

<sup>20</sup> Dieser Begriff fand erstmals in den Normtext Eingang und wird näher unter Pkt. 3. behandelt.

<sup>21</sup> Der Spielraum bzw die Grenze des internen Dürfens des Machthabers ergibt sich wie gesagt (weiterhin) aus Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft und kann somit im Einzelfall ganz unterschiedlich ausgestaltet sein; lässt eine Handlungsanweisung jedoch für den Machthaber keine (alternative) Wahlmöglichkeit (mehr) zu, ist jeder Verstoss unvertretbar, vgl RIS-Justiz RS0131817; siehe dazu auch *Kirchbacher/Sadoghi* in *Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 19 ff; RIS-Justiz RS0132043.

<sup>22</sup> Vertiefend zu diesem im Rahmen des vorliegenden Artikels nicht weiter erörterten Kriterium etwa *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmisbrauch<sup>13</sup>, S 79, *McAllister* in Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 29 und *Lewis*, Jahrbuch 2020, 180 ff.

<sup>23</sup> Siehe zu alledem erneut JAB 728 der Beilagen XXV.GP 5 und statt vieler *Lewis*, Jahrbuch 2020, 179.

<sup>24</sup> Siehe BuA Nr 90/2018, S 128.

<sup>25</sup> BuA Nr 90/2018, S 126.

<sup>26</sup> Vgl mwN *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 11 und Rz 49/1; *Fabrizy*, StGB<sup>13</sup>, § 153 Rz 4; RIS-Justiz RS0095942; *aA* die als Vorlage dienenden österreichischen Materialien, JAB 728 der Beilagen XXV.GP 5, die allerdings ebenso keine dogmatisch tiefergehende Begründung für diese Ansicht liefern, und *Leukauf/Steininger/Flora*, StGB<sup>4</sup> (2017) § 153 Rz 13a unter Hinweis auf die Lehrmeinungen von *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>13</sup> § 153 Z 3 bzw *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II § 153 Rz 46.

<sup>27</sup> Fürstliches Obergericht am 19.2.2019, 11 UR.2018.108 [Erw 3.2.], das die Thematik, zumal unter Berücksichtigung des *Law-in-Action-Grundsatzes*, ausführlich erörtert.

<sup>28</sup> Vgl RIS-Justiz RS0094171 und RS0094766 sowie *Fabrizy*, StGB<sup>13</sup>, § 153 Rz 13 ff.

<sup>29</sup> Vgl Art 922 Abs 1 und 2 sowie Art 925 Abs 1 PGR.

gleich geblieben. Weiterhin stellt § 153 StGB ein Sonderdelikt dar, sodass unmittelbarer Täter nur derjenige sein kann, dem die Befugnis<sup>30</sup> eingeräumt ist, über fremdes Vermögen zu verfügen (die Beteiligung eines *Extraneus* ist aber unter den Voraussetzungen des § 14 Abs 1 zweiter Satz StGB möglich).<sup>31</sup> Tatbildlich sind zudem weiterhin nur (missbräuchliche) Rechtshandlungen, nicht jedoch faktische Handlungen – der vielzitierte “Griff in die Geschäftskassa“ kann daher anders als etwa die Überweisung vom Bankkonto oder die Einräumung eines Kredites<sup>32</sup> allenfalls den Tatbestand der Veruntreuung, aber nicht jenen der Untreue erfüllen.<sup>33</sup> Auch das Vorsatzregime blieb unverändert: Wissentlichkeit (§ 5 Abs 3 StGB) hinsichtlich des Befugnismissbrauches, im Hinblick auf die Schädigung am Vermögen, die unmittelbar aus dem Missbrauch (und nicht etwa erst aus nachfolgenden zusätzlichen Handlungen) resultieren muss,<sup>34</sup> genügt jedoch Eventualvorsatz (§ 5 Abs 1 StGB). Ebenso kann Untreue durch Unterlassen (§ 2 StGB), so etwa, wenn der Machthaber ein gebotenes Handeln qualifiziert pflichtwidrig nicht ausübt (zB im Zusammenhang mit einem Rechtsgestaltungsrecht), verwirklicht werden.<sup>35</sup>

Inbesondere ist der Straftatbestand der Untreue aber (weiterhin, aber nun noch akzentuierter) ein Vermögensschutzdelikt.<sup>36</sup> § 153 StGB schützt – und dies nach der Reform nunmehr so eindeutig wie exklusiv<sup>37</sup> – das Vermögen<sup>38</sup> des wirtschaftlich Berechtigten und sanktioniert solche unverwertbaren Rechtshandlungen des Befugnissträgers (Machthabers), mithin des Täters, die gegen solche Regeln verstossen, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.<sup>39</sup>

Wer nun nach den Vorstellungen des (österreichischen wie liechtensteinischen) Gesetzgebers als wirtschaftlich Berechtigter iSd §153 StGB anzusehen ist, welche Kriterien für seine Bestimmung (dies insb bei juristischen Personen) heranzuziehen sind und welche möglichen rechtlichen Konsequenzen aus dieser Stellung für die Frage des (möglichen) Befugnismissbrauches des Macht-

habers erwachsen (können), darauf wird im Nachfolgenden näher eingegangen.

### 3. Der wirtschaftliche Berechtigte iSd § 153 Abs 2 StGB

#### 3.1 Allgemeines

Wie bereits wiederholend angeführt, war und ist beim Tatbestand der Untreue zwischen dem Machthaber (Befugnissträger), also demjenigen, dem entsprechende rechtliche Vertretungsmacht (über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten) eingeräumt ist,<sup>40</sup> und dem Machtgeber (Befugnisgeber bzw Geschäftsherr)<sup>41</sup>, der dem Machthaber diese Vertretungsmacht eingeräumt hat, zu unterscheiden. Diesem tradierten Begriffepaar<sup>42</sup> wurde mit der Reform die Rechtsfigur des wirtschaftlich Berechtigten als des allenfalls hinter dem Machtgeber stehenden (andernfalls aber mit ihm identen) tatsächlich dominierenden “Hintermannes“<sup>43</sup> und *ratio legis* strafrechtlich zu Schützenden,<sup>44</sup> also verkürzt gesagt dessen Eigentümer, im Normtext hinzugefügt.<sup>45</sup> Die Materialien nennen hier *unisono* und ausschliesslich (wenn auch nur beispielhaft) die Anteilseigner von Kapitalgesellschaften. Diese seien, da es bei der Untreue auf die wirtschaftlich-faktischen Gegebenheiten und nicht auf die blossen formaljuristischen Rechtsverhältnisse ankomme, (wahre) wirtschaftlich Berechtigte der Kapitalgesellschaft als Machtgeberin (deren Vertretungsorgane wiederum die Machthaber sind).<sup>46</sup>

Bei natürlichen Personen sind die Positionen des Machtgebers und des wirtschaftlich Berechtigten in aller Regel vereint,<sup>47</sup> daher für die gegenständliche interessierende Frage des wirtschaftlich Berechtigten grundsätzlich unproblematisch.<sup>48</sup>

Anders verhält es sich bei juristischen Personen. Bei diesen fallen formale Machtgeberstellung und wirtschaftliches Beherrschungsverhältnis konzeptiv auseinander.<sup>49</sup>

<sup>30</sup> Es genügt allerdings Mitentscheidungsbezug, wobei auch hier eine Verletzung interner Schranken unbeachtlich ist, sodass zB das Handeln eines bloss kollektivzeichnungsberechtigten Vertretungsorgans einer Gesellschaft ohne Einwilligung der übrigen Vertretungsbefugten tatbildlich sein kann; vgl RIS-Justiz und RS0094845 und RS0130419.

<sup>31</sup> Weiterführend dazu *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 44; ebenso RIS-Justiz RS0132289.

<sup>32</sup> Zu diesen und weiteren Beispielen *McAllister* in Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 25.

<sup>33</sup> Zur Abgrenzung statt vieler *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 48 ff.

<sup>34</sup> RIS-Justiz RS0130418.

<sup>35</sup> Siehe dazu mwN *Leukauf/Steininger/Flora*, StGB<sup>4</sup> (2017) § 153 Rz 16 sowie RIS-Justiz RS0094733, RS0089375 und RS0132305.

<sup>36</sup> Vgl *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 1 und *McAllister* in Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 5 und Rz 22.

<sup>37</sup> Dies erhellt letztlich schon aus dem Wortlaut der Legaldefinition des § 153 Abs 2 StGB, denn der tatbestandliche Befugnismissbrauch des § 153 StGB ist eben nur (mehr) ein solcher, der dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienende Regeln verletzt; abseits davon ist kein Raum für die Untreue.

<sup>38</sup> iSd wirtschaftlichen Vermögensbegriffes; siehe schon FN 28.

<sup>39</sup> So auch ausdrücklich BuA Nr 90/2018, S 125.

<sup>40</sup> Also dem potentiellen Täter der Untreue.

<sup>41</sup> Mitunter auch noch als «Prinzipal» bezeichnet.

<sup>42</sup> Zur historischen Entwicklung der Untreue im österreichischen Recht vgl die bei *McAllister* in Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 abgedruckten Materialien sowie dort Rz 1.

<sup>43</sup> So *Lewis*, Jahrbuch 2020, 185; ebenso *McAllister*, JSt 2021, 358 unter Hinweis auf *Fuchs*, Die Reform der Untreue durch das StrAG 2015, in *Lewis* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 353 (353 ff).

<sup>44</sup> Siehe dazu mwN statt vieler *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 2/1.

<sup>45</sup> Und verlieh dem Tatbestand damit in Zusammenschau mit den Materialien eine derart wirtschaftsstrafrechtliche Prägung, dass die Subsumtion bisheriger klassischer (auch Prüfungs-) Beispiele der Untreue – wie jenem des ungetreuen Bekannten, der die ihm samt Nennung des PIN-Codes eingeräumte Befugnis, mit der Bankomatkarte einen bestimmten Betrag abzuheben, dadurch missbraucht, dass er eine deutlich höhere Summe bezieht (RIS-Justiz RS0108872) – in der literarischen Rezeption bisweilen in den Hintergrund rückt.

<sup>46</sup> JAB 728 der Beilagen XXV.GP 5f und BuA Nr 90/2018, S 127 f.

<sup>47</sup> Vgl dazu mwN *Mayerböfer*, Überlegungen zum wirtschaftlich Berechtigten iSd § 153 StGB einer Privatstiftung nach dem Privatstiftungsgesetz, ZWF 2019, 180 sowie erneut *Lewis*, Jahrbuch 2020, 184 f und *McAllister*, JSt 2021, 358.

<sup>48</sup> Siehe auch das Beispiel in FN 45.

<sup>49</sup> Dazu sowie zum Folgenden *Mayerböfer*, ZWF 2019, 180 f [sowie

Machtgeber ist die jeweilige juristische Person, Machthaber sind die statutarischen Vertretungsorgane. Wirtschaftlich Berechtigter der juristischen Person ist hingegen derjenige, dessen Interessen die Gesellschaft verfolgt, dem gegenüber die juristische Person kein durchsetzbares Bestandsrecht hat und der sich im Wege der ihm zustehenden Liquidationsmöglichkeit der Gesellschaft deren Vermögen aneignen kann. Die damit – auch in den Materialien – zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Betrachtungsweise liegt bei Anteilseignern einer Kapitalgesellschaft und dabei prototypisch im Fall der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)<sup>50</sup> vor. Wer (sonst) wirtschaftlich Berechtigter einer juristischen Person ist, ergibt sich (abseits davon) aus dem jeweiligen Organisationsrecht und ist daher im konkreten Einzelfall anhand dessen zu bestimmen.

Nachfolgende Kriterien sind somit in diesem Kontext, abgeleitet vom insofern gesetzgeberischen Idealtypus des GmbH-Gesellschafters,<sup>51</sup> für die Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten einer juristischen Person zu nennen:<sup>52</sup>

- grundsätzlich uneingeschränkte und grundlose Möglichkeit der Liquidation der juristischen Person samt nachfolgender Aneignung ihres Vermögens;
- dominierende Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung;
- vermögensrechtliche Beteiligung an der juristischen Person samt Partizipation an deren Gewinn.

Bei der Anwendung der angeführten Parameter ist *nota bene* zu berücksichtigen, dass den Reformgesetzgebern nicht unterstellt werden kann, dass sie auf diese Weise lediglich die Anteilseigner von Kapitalgesellschaften (exklusiv) als wirtschaftlich Berechtigte juristischer Personen determinieren wollten.<sup>53</sup> Vielmehr sind in diesen eben lediglich (aber immerhin) die wesentlichen Merkmale (hinsichtlich der GmbH-Gesellschafter der Idealtypus) des wirtschaftlich Berechtigten verwirklicht. Daraus folgt zwar, dass bei der Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten in Bezug auf andere juristische Entitäten diese zentralen Merkmale bzw gesetzgeberischen Leitlinien grds massgebend sind, nicht jedoch,

dass sie (bei diesen) durchgehend in demselben Umfang bzw Ausmass verwirklicht sein müssen.<sup>54</sup> Richtigerweise ist daher unter Heranziehung der oben aufgezählten Kriterien eine dbzgl Gesamtwertung im Sinne eines beweglichen Systems respektive ein Typenvergleich dahingehend anzustellen, welche der wesentlichen Elemente für die Bejahung der Stellung des wirtschaftlich Berechtigten in welchem Grad fallkonkret verwirklicht sind oder nicht. Daraus ist sodann der entsprechende rechtliche Schluss, Bejahung oder Verneinung der Stellung als wirtschaftlich Berechtigter iSd § 153 Abs 2 StGB zu ziehen. Dies soll kurz an den nachfolgenden Beispielen<sup>55</sup> veranschaulicht werden:

### 3.2 Der wirtschaftlich Berechtigte der Aktiengesellschaft (AG)

Sowohl bei der österreichischen AG nach dem Aktiengesetz<sup>56</sup> als auch in der liechtensteinischen Ausprägung nach (im Kern) Art 261 bis Art 366 PGR<sup>57</sup> liegen im Hinblick auf ihre Anteilseigner, also die Aktionäre, in beiden Jurisdiktionen wesentliche der unter Punkt 3.1. zuvor genannten Kriterien für die Bestimmung als wirtschaftlich Berechtigter vor: Sie partizipieren (im Wege der Aktien) am Vermögen der AG, die AG dient der Interessenverfolgung der Aktionäre und ihre Auflösung ist (auch) durch (qualifizierten) Haupt<sup>58</sup>- bzw Generalversammlungsbeschluss<sup>59</sup> möglich. Insofern sind keine Abweichungen vom gesetzgeberischen Modellfall der GmbH-Gesellschafter ersichtlich.

Zum weiteren Element der (dominierenden) Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung ist hingegen auf Grund der diesbezüglich verschiedenen Ausprägungen im liechtensteinischen und österreichischen Gesellschaftsrecht zu differenzieren: Gemäss § 70 öAktG ist das Leitungsorgan, der Vorstand, grds allein und in eigener Verantwortung zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft berufen und unterliegt soweit weder der Weisung der Aktionäre noch jenen des Aufsichtsrats als Kontrollorgan.<sup>60</sup> Hier liegt also im Vergleich zur Position des GmbH-Gesellschafters ein merkliches Minus (an

die dort in FN 12 genannten Autoren]; zustimmend *Brandstetter*, ZWF 2019, 221 ff; ebenso *Lewis*, Jahrbuch 2020, 184 ff, *McAllister*, JSt 2021, 357 f sowie *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>13</sup>, S 78 f; aA *Kert/Komenda*, Untreue nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ÖZW 2015, 144, die stets die Identität von Machtgeber und wirtschaftlich Berechtigtem annehmen.

<sup>50</sup> Soweit für die interessierenden Fragestellungen relevant, sind keine wesentlichen inhaltlichen Abweichungen der Bestimmungen der Art 389 bis 427 PGR (für die liechtensteinische GmbH) von jenen des öGmbHG (für die Österreichische) ersichtlich.

<sup>51</sup> Dessen Status in der liechtensteinischen Ausgestaltung dem des öGmbHG in den hier interessierenden Punkten im Wesentlichen entspricht; vgl etwa Art 396 PGR sowie zu einer (partiellen) Darstellung des gesetzlichen Rahmens der GmbH in Liechtenstein *Schopper/Walch*, Die Reform der Liechtensteinischen GmbH, LJZ 2017, 1.

<sup>52</sup> Siehe dazu im Detail bereits *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 184 f, wobei die (hier) zusammengefasste Darstellung jener (insofern zustimmenden) von *McAllister*, JSt 2021, 359 folgt.

<sup>53</sup> Dazu sowie zum Folgenden insb *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 185 und *McAllister*, JSt 2021, 359 f.

<sup>54</sup> Dies erhellt schon daraus, dass, wie unter Punkt 3.2. gezeigt wird, bereits den Aktionäre einer (österreichischen) AG – mithin also ebenso ein Fall der Anteilseigner von Kapitalgesellschaften, von denen die Materialien sprechen – eine weniger «starke» gesellschaftsrechtliche Position zukommt als den Gesellschaftern einer GmbH.

<sup>55</sup> Diese können naturgemäss nur den gesetzgeberischen Regelfall bzw ausgewählte Einzelkonstellationen berücksichtigen, nicht jedoch jede denkbare privatautonome Ausgestaltung einer juristischen Person; Grundsätzliches diesbezüglich bei *Lewis*, Jahrbuch 2020, 185.

<sup>56</sup> öAktG, BGBl. Nr 98/1965 idF BGBl. Nr 24/1985.

<sup>57</sup> Vgl dazu sowie für das Nachstehende *Marxer & Partner Rechtsanwälte* (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2021) Rz 7.1 ff.

<sup>58</sup> § 203 Abs 1 Z 2 öAktG.

<sup>59</sup> Vgl Art 123 Abs 1 Z 2 PGR.

<sup>60</sup> Eingehend zu dieser Thematik statt vieler *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 70 (Stand 1.6.2021, rdb.at) Rz 2 ff; zur ausnahmsweisen Involvierung der Hauptversammlung der Aktionäre in die Geschäftsführungsgenden, dies gleichwohl nur auf Initiative des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, siehe § 103 öAktG.

Kompetenz) vor. Anders verhält es sich beim (monistischen) Verwaltungsrat der liechtensteinischen Aktiengesellschaft, dem zwar auch die gesamte Geschäftsführung obliegt, der jedoch an Beschlüsse der Generalversammlung auch und gerade in diesem Bereich gebunden ist.<sup>61</sup> Die Stellung der Anteilseigner der liechtensteinischen AG kommt sohin jener des Idealtypus der GmbH-Gesellschafter nahe und entspricht diesen jedenfalls mehr als ihr österreichisches Pendant.

Dennoch besteht im Rezeptionsland (auch abseits der Gesetzesmaterialien) in Literatur und Rechtsprechung kein Zweifel, dass die Aktionäre einer österreichischen AG deren wirtschaftlich Berechtigter iSd § 153 Abs 2 StGB sind,<sup>62</sup> auch wenn sie der Rechtsposition der GmbH-Gesellschafter nicht zur Gänze korrespondieren.<sup>63</sup> Dieser Befund muss aber im Lichte des Gesagten umso mehr für Aktionäre der liechtensteinischen AG gelten – sie sind die wirtschaftlich Berechtigten von Aktiengesellschaften.

### 3.3 Der wirtschaftlich Berechtigte der Stiftung

In der Form der juristischen Person der (Privat-) Stiftung,<sup>64</sup> deren Struktur nicht mehr der gesetzgeberischen § 153 StGB-Massfigur der Kapitalgesellschaft und ihrer Anteilseigner entspricht, lässt sich die – je nach konkreter Ausgestaltung ein unterschiedliches Ergebnis zeitigende – Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten für den Tatbestand der Untreue exemplarisch darstellen.<sup>65</sup>

Nach dem – liechtensteinischen wie auch österreichischen – gesetzlichen Grundkonzept<sup>66</sup> entäussert sich der Stifter durch Übertragung seines Vermögens an die Stiftung seiner diesbezüglichen Eigentumsrechte (*sog Trennungsprinzip*). Der Stifter wird durch den Stiftungsakt weder Mitglied noch Eigentümer des auf diese Weise verselbständigten Stiftungsvermögens. Sofern die Stiftungserklärung nichts Gegenteiliges regelt, kommt dem Stifter keine Organstellung in der Stiftung zu. Nach Errichtung der Stiftung ist die Stiftung vollständig vom Stifter getrennt, sie gehört sich selbst. Der Stifter kann somit, sofern er keine anderweitigen Regelungen trifft, grds nicht mehr (direkt) in das Stiftungsgeschehen eingreifen bzw Einfluss auf die Geschäftsführung der Stiftung nehmen

oder dbzgl Kontrollrechte ausüben. Die Stiftung ist daher im gesetzlichen Regelfall nach Errichtung vom Stifter vollkommen unabhängig und wird in ihrem Bestand grds auch von seinem Ableben nicht tangiert.<sup>67</sup>

Da in dieser Konstellation also weder dem Stifter (mangels rechtlicher Gestaltungsmacht), noch (naturgemäss) dem Leitungsorgan Stiftungsrat,<sup>68</sup> aber auch nicht den Begünstigten die Stellung eines wirtschaftlich Berechtigten iSd Untreuetatbestandes<sup>69</sup> zugesprochen werden kann, – gegen sie alle hat die rechtlich verselbständigte<sup>70</sup> Stiftung als Eigentümerin des Stiftungsvermögens, ausgehend und gemäss dem in der Stiftungsdokumentation versteinerten und so perpertuierten Willen des Stifters, ein (insoweit) Bestandrecht und ist keiner der Genannten an ihr (wirtschaftlich) beteiligt oder dominiert sie nach seinem Willen in ihren täglichen Gebarungen – verbleibt in dieser Konstellation nur die Stiftung als festzumachender wirtschaftlich Berechtigter.<sup>71</sup> Hier fallen somit bei einer juristischen Person die Funktionen des Machtgebers und des wirtschaftlich Berechtigten in Gestalt der Stiftung (ausnahmsweise) zusammen;<sup>72</sup> einen sie beherrschenden „Hintermann“ oder „Eigentümer“ gibt es nicht. Die Stiftung ist in dieser Variante wirtschaftlich Berechtigte ihrer selbst,<sup>73</sup> eine potentielle Untreuehandlung ihrer Vertretungsorgane (Machthaber), also des Stiftungsrates, ist allein anhand der Vorgaben der Stiftungserklä-

<sup>61</sup> Vgl Art 349 Abs 1 Z 1 PGR; weiterführend *Marxer & Partner Rechtsanwält* (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht Rz 7.70 ff.

<sup>62</sup> Vgl RIS-Justiz RS0132027; ebenso mwN *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 30/2 und *McAllister* in Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 12.

<sup>63</sup> Eine solche „Deckungsgleichheit“ ist zudem, wie zuvor unter Pkt 3.1 erörtert, gar nicht erforderlich.

<sup>64</sup> Vgl Art 552 PGR respektive das österreichische Privatstiftungsgesetz (PSG), BGBl 1993/694 idGF.

<sup>65</sup> Vertiefend zum Nachfolgenden, so auch „nur“ bezogen auf die österreichische Privatstiftung nach dem Privatstiftungsgesetz, *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 180 ff; zustimmend *Brandstetter*, ZWF 2019, 221 ff und *McAllister*, JSt 2021, 359 f; idS wohl auch *Lewis*, Jahrbuch 2020, 184 f, *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>13</sup>, S 78 f und *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 30/3; siehe zudem OGH 13 Os 128/18z bzw RIS-Justiz RS0132027 [T3].

<sup>66</sup> Auf die diversen liechtensteinischen Stiftungsarten wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen; für einen Überblick siehe etwa *Marxer & Partner Rechtsanwält* (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht Rz 9.10 ff.

<sup>67</sup> Vgl zu alledem im Detail *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht<sup>2</sup> (2019) S 62 ff sowie für Österreich statt vieler *Kals/Nicolussi*, Die wirtschaftlich Berechtigten einer Privatstiftung und eines Trusts – Ein Vergleich der Rechtsformen, GesRZ 2015, 221 und *Fida/Wrann/Zollner*, PSG (2016), § 3 E 1 bis E 13; ebenso RIS-Justiz RS0052195.

<sup>68</sup> In Österreich Stiftungsvorstand genannt; § 17 Abs 1 öPSG; dieser bzw dessen Organe sind Machthaber und sohin mögliche Tatsubjekte der Untreue; weiterführend dazu *Öbri*, Stiftungsrat und Untreue in *Schurr* (Hrsg.), Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragen zur Führung und Abwicklung von Stiftungen (Band des 6. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2013) S 165 ff.

<sup>69</sup> Begünstigte sind weder Mitglieder noch Eigentümer der Stiftung, sie haben an ihr lediglich ein wirtschaftliches Interesse; ausführlich dazu mwN *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 183 f und *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht<sup>2</sup>, S 62 u S 133 ff.

<sup>70</sup> *Lewis*, Jahrbuch 2020, 177 spricht in FN 20 treffend von „in die rechtliche Eigenständigkeit entlassen/en!“ juristischen Personen.

<sup>71</sup> Und eines solchen wird es wohl für die Anziehung des Straftatbestandes der Untreue aufgrund der (nunmehr) ausdrücklichen (strafbarkeitsbeschränkenden) Definition des § 153 Abs 2 StGB stets bedürfen; insofern *prima facie* etwas missverständlich RIS-Justiz RS0132027 [T4], dessen Aussage, dass „ohne wirtschaftlichen Berechtigten an einer Privatstiftung [...] die Pflichtwidrigkeit [...] durch ihren Vorstand am Mafsstab der Vorgaben (Stiftungserklärung, Stiftungszusatzurkunde) [...] bei der Verwendung von Vermögen und Erträgen der Stiftung für die Erreichung des Stiftungszwecks zu messen [sei]“, wohl richtigerweise nicht so zu verstehen ist, dass in diesem Fall gar kein wirtschaftlicher Berechtigter vorhanden ist, sondern nur dass ein solcher von der juristischen Person Verschiedener nicht besteht.

<sup>72</sup> Zum gleichlautenden Befund kommt *McAllister*, JSt 2021, 362 für bestimmte Ausformungen des österreichischen Vereins nach dem Vereinsgesetz (öVerG).

<sup>73</sup> Zur Vermeidung von Missverständnissen sei darauf hingewiesen, dass der «wirtschaftlich berechtigten Person» nach dem Gesetz über das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen von Rechtsträgern (VwbPG), die auch für Stiftungen festzustellen ist, ein anderes (begriffliches) Konzept zugrunde liegt.

rung und sonstiger stiftungsrelevanter Dokumente zu beurteilen. Befugnismissbrauch liegt also immer dann bzw nur insoweit vor, als gegen die darin normierten Regeln und Vorgaben (von Mitgliedern des Stiftungsrates) in unvertretbarer Weise verstossen wird.<sup>74</sup>

Anders verhält es sich, wenn sich der Stifter – und das ist Ausfluss der im Stiftungsrecht verankerten weitgehenden Privatautonomie – anlässlich der Errichtung der Stiftung Rechte und Einflussmöglichkeiten in Bezug auf die Stiftung vorbehält, es also nicht zum klassischen “Vermögensopfer“ kommt. Dementsprechend wird man dem Stifter die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter iSd § 153 StGB insbesondere dann zuerkennen können, wenn er sich (im Zuge der Errichtung der Stiftung) ein Widerrufs- und/oder Änderungsrecht<sup>75</sup> vorbehält und sich gleichzeitig – in Österreich entweder/oder, in Liechtenstein aufgrund insoweit nicht-vorhandener Inkompatibilitätsbestimmungen allenfalls in Kombination<sup>76</sup> – als (Letzt-) Begünstigter einsetzt bzw sich eine Organfunktion im Stiftungsrat vorbehält. Je mehr der genannten Rechte und Funktionen sich der Stifter einräumt, umso eindeutiger wird zu bejahen sein, dass er der wahre wirtschaftlich Berechtigte der Stiftung ist. Dies freilich insbesondere im – nur nach liechtensteinischem Recht möglichen – Fall der Aktivierung sämtlicher der aufgezählten (möglichen) Stifterrechte, erfüllt er doch in diesem Fall zur Gänze den für den gesetzgeberischen Modellfall GmbH-Gesellschafter aufgestellten Kriterienkatalog: In dieser Ausprägung der Stifterposition hat die Stiftung ihm gegenüber nämlich kein Bestandsrecht, der Stifter hat zudem einen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung und partizipiert zuletzt (dauerhaft) an ihrem Vermögen.<sup>77</sup>

Für den Rechtsanwender folgt aus dem Obengesagten, dass im konkret vorliegenden Einzelfall anhand der aufgezeigten Pole – gesetzliche Grundkonzeption einerseits, umfassende Einräumung möglicher Stifterrechte andererseits – die zu beurteilende Ausgestaltung der Stiftung (oder einer anderen juristischen Person)<sup>78</sup> dahingehend zu prüfen ist, wer ihr wirtschaftlich Be-

rechtigter im untreuerelevanten Sinne ist. Dass dies kein juristisch-theoretischer Selbstzweck ist, wird an- und abschliessend erläutert.

### 3.4 Wesentliche strafrechtliche Konsequenz

Wie bereits wiederholt ausgeführt, fallen bei juristischen Personen Machtgeberstellung einerseits und wirtschaftliches Beherrschungsverhältnis andererseits oftmals auseinander. Diese faktische und rechtliche Trennung ist deswegen von entscheidender Relevanz, da – dem Willen des Reformgesetzgebers entsprechend<sup>79</sup> – nur (mehr) ein solcher Befugnismissbrauch des Machthabers tatbildlich sein soll, der in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstösst, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Eine Tatbestandsverwirklichung liegt somit dann nicht vor, wenn der wirtschaftlich Berechtigte mit der (fraglichen) Vertretungshandlung des Machthabers einverstanden ist oder er dadurch nicht am Vermögen geschädigt ist (mag dies auch nicht zum wirtschaftlichen Vorteil der juristischen Person als Machtgeberin erscheinen).<sup>80</sup>

Für ein derartiges tatbestandsausschliessendes Einverständnis ist nach der Rechtsprechung allerdings (jedenfalls) erforderlich, dass die Einwilligung des Machtgebers bzw wirtschaftlich Berechtigten mängelfrei ist und spätestens im (potentiellen) Tatzeitpunkt vorliegt.<sup>81</sup> Bei juristischen Gesellschaften, so etwa im Hinblick auf die vielzitierten Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft, ist eine solche Zustimmung nur dann (für das Vertretungsorgan) exkulpierend, wenn sämtliche dieser Anteilseigner (als in ihrer Summe “der“ wirtschaftlich Berechtigte) der fraglichen Vertretungshandlung zustimmen; ein Mehrheitsbeschluss genügt dafür nicht.<sup>82</sup> Ist der wirtschaftlich Berechtigte selbst keine natürliche, sondern eine juristische Person, – man denke beispielsweise an eine typische Mutter-Tochter-Struktur – werden deren insofern Rechte (also hier des Einverständnisses zum Handeln des Machthabers der Tochtergesellschaft) durch das (für die Muttergesellschaft) vertretungsbefugte Organ wahrgenommen. Dieses Einverständnis des Vertretungsorgans der Muttergesellschaft kann aber wiederum im Hinblick auf deren (eigenen) wirtschaftlich Berechtigten untreuerelevant sein. Wirken zudem die Vertretungsorgane der Mutter- und Tochtergesellschaft im Hinblick auf die genehmigte Vermögensverfügung des Machthabers der

<sup>74</sup> Vgl erneut *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 186 und öOGH 13 Os 128/18z.

<sup>75</sup> Art 552 § 22 u § 30 PGR bzw §§ 33, 34 öPSG.

<sup>76</sup> Vgl dazu *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht<sup>2</sup>, S 66 und *Marxer & Partner Rechtsanwältinnen* (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht Rz 9.37.

<sup>77</sup> Zum Vorstehenden sowie grundlegend *Mayerhöfer*, ZWF 2019, 184 ff; so auch *McAllister*, JSt 2021, 359 f.

<sup>78</sup> Man denke zB an das liechtensteinische Spezifikum der Anstalt (Art 534 bis 552 PGR), bei der wohl, je nach Ausgestaltung, der/die Gründer oder im Einzelfall auch die Anstalt selbst als wirtschaftlich Berechtigter zu identifizieren sein wird; so hat auch bereits das Fürstliche Obergericht, wenn auch noch zur alten Fassung des § 153 StGB, in seinem Beschluss vom 4.8.2015 zu 14 UR.2012.135 (= LES 2016, 74) einerseits festgehalten, dass der alleinige Inhaber der Gründerrechte einer Anstalt, der zudem ihr Verwaltungsrat ist, gleich dem einzigen Anteilseigner und Geschäftsführer einer GmbH, keine Untreue zum Nachteil der Anstalt begehen kann, dass aber andererseits in Konstellationen, in denen die Gründerrechte nur treuhänderisch gehalten werden, ein von diesem (Treuhänder) zu vertretender untreuerelevanter Schaden beim Treugeber (als wahren wirtschaftlich Berechtigten der Anstalt) durchaus denkbar sei; allgemein zur Anstalt *Marxer & Partner Rechtsanwältinnen* (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht Rz 8.1 ff.

<sup>79</sup> Nach *Brandstetter*, ZWF 2019, 221 war dies sogar der “alleinige Grund des Rückgriffs auf den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten“.

<sup>80</sup> Vgl dazu im Detail sowie auch zum gegenwärtigen Meinungsstand im Rezeptionsland *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 30/2ff; *McAllister* in Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 45 ff; *Lewis*, Jahrbuch 2020, 178 ff und 186 ff.

<sup>81</sup> öOGH 17 Os 15/17k und OGH 13 Os 128/18z; RIS-Justiz RS0131818 und RS0132027; ein noch im ö Legislativprozess ventilierter zweiter Satz in § 153 Abs 2 StGB dergestalt, dass “die Zustimmung des Machtgebers [wirtschaftlich Berechtigten] einen Missbrauch auf Seiten des Machthabers jedenfalls ausschliesse“, wurde letztlich nicht übernommen (und wäre wohl in seiner Pauschalität auch mit der zuvor zitierten Judikatur in einem gewissen Spannungsverhältnis gestanden).

<sup>82</sup> So mwN schon *McAllister*, Untreue bei gesellschaftswidriger Vermögensverschiebung im Konzern?, ÖJZ 2015, 786; ebenso *Lewis*, Jahrbuch 2020, 177 ff [FN 19.]

Tochtergesellschaft kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten der Muttergesellschaft zusammen, entfaltet dieses Einverständnis zudem für den Machthaber der Tochtergesellschaft *ceteris paribus* keine tatbestandsausschliessende Wirkung.<sup>83</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der wirtschaftlich Berechtigte, da es ihm grds<sup>84</sup> freisteht, über sein Vermögen (sei dieses etwa auch in Form von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft) nach seinen Wünschen zu verfügen, unter den angeführten Voraussetzungen jegliche (ihn) vermögensschädigende (und sonst tatbestandliche) Rechtshandlung des Machthabers genehmigen und ihr dadurch die Qualität der Befugnismissbräuchlichkeit nehmen kann.

#### 4. Fazit

Punktuell können abschliessend folgende Kernaussagen dieses Artikels nochmals wiederholt werden:

- Durch die Reform des Untreuetatbestandes wurde die gesellschaftsrechtliche Komponente besonders betont und wurden gleichzeitig Einschränkungen der Strafbarkeit normiert;
- Die Novellierung des Untreuetatbestandes in Liechtenstein durch LGBI 2019 Nr 124 entspricht jener im Rezeptionsland durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015;
- Die Rechtsprechung bzw die herrschende Lehre des Rezeptionslandes sind grds auch für Auslegung in Liechtenstein massgeblich (*law-in-action*);
- Idealtypus des wirtschaftlich Berechtigten ist der GmbH-Anteilseigner;
- Am jeweiligen Organisationsrecht einer juristischen Person ist herauszuarbeiten, wer im konkreten Fall die Parameter für die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter iSd § 153 Abs 2 StGB erfüllt;
- Bei Mehrheit der Anteilseigner, Aktionäre, Vereinsmitglieder etc ist wirtschaftlich Berechtigter deren Gesamtheit;
- Manche juristischen Personen gehören sich selbst und sind dadurch Machtgeber und wirtschaftlich Berechtigter in Einem;
- § 153 StGB schützt (nur) das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten, nicht die Interessen Dritter (Gläubiger, Stakeholder, Begünstigte etc);
- Die (rechtzeitige und mängelfreie) Einwilligung des wirtschaftlich Berechtigten (bei Mehrheit der Anteilseigner bedarf es dazu der Einstimmigkeit) schliesst einen Befugnismissbrauch des Machthabers aus.

<sup>83</sup> Vgl zu dieser Thematik eingehend *McAllister* in Wirtschaftsstrafrecht (2018) § 153 Rz 45 ff; *Kirchbacher/Sadoghi* in WK<sup>2</sup> StGB § 153 Rz 30/5 ff sowie erneut RS0132027; idS auch *Leukauf/Steinger/Flora*, StGB<sup>4</sup> (2017) § 153 Rz 20a u Rz 20b.

<sup>84</sup> Und im Rahmen des hier allein interessierenden Tatbestandes der Untreue; Straftatbestände mit anderen Zielrichtungen, wie etwa jene der sog. "Konkursdelikte" (§§ 156 ff StGB) setzen hier freilich andere (teleologische wie sanktionsbewährte) Grenzen.

## Der strafrechtliche Schutz der Ozonschicht in Liechtenstein. Zur Erfüllung von EWR-Vorgaben durch die Rezeption österreichischen Rechts.

Lukas Ospelt<sup>1</sup>

«Die 10–50 Kilometer über der Erdoberfläche liegende, mit Ozon angereicherte Stratosphäre absorbiert den grössten Teil der gefährlichen Ultraviolettbestrahlung der Sonne. Ohne die stratosphärische Schicht wäre das Leben auf der Erde unmöglich. Das Ozon in der Stratosphäre beeinflusst die dort herrschenden Temperaturverhältnisse und auch das Klima auf der Erde. Veränderungen der Ozonschicht können verschiedene, in jedem Fall nur negative Auswirkungen haben.»<sup>2</sup>

### I. Einleitung

Obwohl die Strafgewalt im eigenen Territorium traditionell als Wesensmerkmal der staatlichen Souveränität gilt, über die gerade die Klein- und Mikrostaaten argwöhnisch wachen, hat doch in den letzten Jahrzehnten der Einfluss des internationalen Rechts auf die innerstaatlichen Strafrechte deutlich zugenommen.<sup>3</sup>

Speziell die EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen mussten sich bereits mehrfach mit der umstrittenen Frage der EWR-Relevanz von Kriminalisierungsverpflichtungen in EU-Rechtsakten auseinandersetzen.<sup>4</sup> Es wurde einerseits argumentiert, dass die Harmonisierung von strafrechtlichen Vorschriften nicht zum ursprünglichen Anwendungsbereich des EWR-Abkommens zähle und dass daran auf EU-Seite der spätere Art 83 Abs 2 AEUV<sup>5</sup> als Befugnis zur Strafrechtsangleichung nichts geändert habe.<sup>6</sup> Dem wurde andererseits der dynamische Charakter des EWR-Abkommens<sup>7</sup> entgegengehalten und die enge Verquickung zwischen den Kriminalisierungsverpflichtungen und den in zweifelsfrei EWR-relevanten Rechtsakten niedergelegten Verhaltensstandards betont. Daneben wurde das EWR-Prinzip der Rechtstreue<sup>8</sup> bemüht, wonach die EWR-Mitgliedstaaten

<sup>1</sup> Mag. *Lukas Ospelt*, Projektmitarbeiter am Liechtenstein-Institut, Kontakt: projekt@liechtenstein-institut.li. Für Anregungen und Hinweise dankt der Verfasser Prof. Dr. *Patricia Schiess*, Dr. *Georges Baur* und Dr. *Christian Frommelt* vom Liechtenstein-Institut. Dieser Aufsatz gibt die persönliche Rechtsansicht des Verfassers wieder.

<sup>2</sup> Bericht und Antrag der liechtensteinischen Regierung an den Landtag BuA Nr 38/1988, S. 2.

<sup>3</sup> Vgl. *Helmut Fuchs/Ingeborg Zerbes*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat<sup>10</sup>, Wien 2018, S. 49.

<sup>4</sup> *Marthe K. Dystland/Fredrik B. Finstad/Ida Sørebo* in Finn Arnesen et al (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area. A Commentary, Baden-Baden 2018, Teil II Art 112 Rz 19.

<sup>5</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47.

<sup>6</sup> Vgl. *Halvard H. Fredriksen/Gjermund Mathisen*, EØS-rettslige innspill i straffefeltet: Litt om EØS-avtalens betydning for norsk strafferett. Tidsskrift for Strafferett 4/2015, S. 469 (S. 482).

<sup>7</sup> Abkommen vom 2.5.1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBI. 1995 Nr 68 (LR 0.110).

<sup>8</sup> Zum Prinzip der Rechtstreue siehe *Christian Franklin* in Arnesen, Agreement on the European Economic Area (Fn. 4), Teil II

sicherzustellen haben, dass die Ziele des EWR-Abkommens verwirklicht werden, was in Verbindung mit dem EWR-Grundsatz der Effektivität dazu führen könne, dass wirksame und abschreckende Sanktionen – auch gerichtlicher Natur – vorzusehen seien.<sup>9</sup>

Die Verhängung von Sanktionen in diesem Kontext hängt natürlich davon ab, ob überhaupt ein Verstoß gegen einen EWR-Rechtsakt vorliegt. So hielt der EFTA-Gerichtshof mit Urteil vom 4.5.2020 fest, dass Sanktionen nach Art 19 der Verordnung 561/2006/EG<sup>10</sup> nicht verhängt werden dürfen, wenn es sich um Fahrten mit Spezialfahrzeugen für Geld und/oder Werttransporte handelt, die auf dem Gebiet anderer EWR-Staaten durchgeführt wurden, sofern diese EWR-Staaten eine Abweichung gemäss Art 13 Abs 1 Bst. m der genannten Verordnung zugelassen haben und alle individuellen Bedingungen dieser Abweichung eingehalten wurden. Unter diesen Umständen ist es nicht massgeblich, was erforderlich bzw. verhältnismässig ist.<sup>11</sup>

Der Strafrechtsangleichung komme eine zentrale Bedeutung für die Durchsetzung der Unionspolitiken zu. Unterschiede zwischen den nationalen Strafrechtsordnungen – etwa im Umweltstrafrecht – könnten nachteilige Auswirkungen auf den Binnenmarkt entfalten. Würden gleichartige Handlungen in einem Staat mit Kriminalstrafe bedroht, in einem anderen als blosse Ordnungswidrigkeit eingestuft und im dritten als nicht sanktionierbare Tätigkeit gewertet, so entstünde nach Hecker ein Strafrechtsgefälle, das unterschiedliche Zugangsbedingungen für die Marktteilnehmer schaffen und das Ziel der Herstellung eines einheitlichen Binnenmarktes konterkarieren würde.<sup>12</sup>

Zu den Bewertungsmaßstäben der EWR-Relevanz gehört insbesondere die Frage, ob die einschlägigen EU-Rechtsakte in einem materiellen Zusammenhang mit anderen EU-Rechtsakten stehen, die bereits in den EWR-Rechtsbestand übernommen wurden, und ob der Kernbereich der Binnenmarktregulierung tangiert ist. Die Beurteilung der EWR-Relevanz ist grundsätzlich eine Rechtsfrage, die nach diesen Kriterien beantwortet werden sollte. Dennoch ergeht auf der Grundlage des durchaus auslegungsbedürftigen Art 102 Abs 1 des

EWR-Abkommens, demzufolge die Rechtssicherheit und Homogenität des EWR durch das Übernahmeverfahren zu gewährleisten ist, eine letztlich politisch determinierte Entscheidung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses.<sup>13</sup>

Im Folgenden werden Fragen aus dem EWR-Recht und dem Strafrecht am Beispiel der Strafbestimmungen zum Schutz der Ozonschicht behandelt.

## II. Die Regelung auf völkerrechtlicher Ebene und in der Europäischen Union

Weder das Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht vom 22.3.1985<sup>14</sup> noch das daran anschließende Montrealer Protokoll vom 16.9.1987<sup>15</sup> enthalten «ozonstrafrechtliche» Umsetzungsverpflichtungen für die Mitgliedstaaten, ebenso wenig das als gescheitert anzusehende Übereinkommen des Europarates über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht vom 4.11.1998<sup>16</sup> oder der EU-Rahmenbeschluss 2003/80/JI vom 27.1.2003<sup>17</sup>. Anlässlich der Nichtigerklärung dieses Rahmenbeschlusses wegen seiner fehlerhaften Kompetenzgrundlage traf der EuGH am 13.9.2005 die entscheidende Feststellung, dass das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft falle; dies könne den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, «Massnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismässiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Massnahme darstellt.»<sup>18</sup> Diese Ansicht wurde vom EuGH im Urteil vom 23.10.2007<sup>19</sup> zum Rahmenschluss 2005/667/JI zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe<sup>20</sup> bekräftigt. In der Lehre wurde dies als Bestätigung einer Anweisungskompetenz der EU für jene Agenden gesehen, in denen die Union eine Harmonisierungskompetenz besitzt.<sup>21</sup>

Art 3 Rz 1 ff; sowie Páll Hreinsson, General principles, in Carl Baudenbacher (Hrsg.), The Handbook of the EEA Law, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2016, S. 349 (S. 357 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. Fredrik B. Finstad/Torunn Salomonsen, Fra Valle til Brussel: Om EUs betydning for norsk strafferett. Tidsskrift for Strafferett 4/2015, S. 396 (S. 412).

<sup>10</sup> Verordnung (EG) Nr 561/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 zur Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Strassenverkehr und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr 3821/85 und (EG) Nr 2135/98 des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr 3820/85 des Rates, ABl. 102 vom 11.4.2006, S. 1.

<sup>11</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 4.5.2020, H und I, Rs. E-6/19, Spruchpunkt 2 sowie Rz 53 und 54. Damit beantwortete der Gerichtshof eine Vorlagefrage des Fürstlichen Obergerichtes.

<sup>12</sup> Bernd Hecker, Europäisches Strafrecht<sup>5</sup>, Berlin/Heidelberg 2015, S. 287. Hecker äussert sich an und für sich nur zum Gefälle in der Europäischen Union. Soweit er allerdings auf den Binnenmarkt abstellt, der ja auch im EWR gilt, ist dies allerdings auch für Island, Liechtenstein und Norwegen von Belang.

<sup>13</sup> Vgl. Finstad/Salomonsen, Fra Valle (Fn. 9), S. 411.

<sup>14</sup> LGBl. 1989 Nr 37 (LR 0.814.02).

<sup>15</sup> LGBl. 1989 Nr 38 (LR 0.814.021), siehe zur Weiterentwicklung des Montrealer Protokolls BuA Nr 40/2020.

<sup>16</sup> ETS Nr 172. Das von 11 Staaten unterzeichnete Übereinkommen wurde lediglich von Estland ratifiziert. Liechtenstein hat das Übereinkommen nicht unterzeichnet.

<sup>17</sup> Rahmenbeschluss 2003/80/JI des Rates vom 27.1.2003 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, ABl. L 29 vom 5.2.2003, S. 55.

<sup>18</sup> EuGH (Grosse Kammer), Urteil vom 13.9.2005, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen den Rat der Europäischen Union, Rs. C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542, Rz 47 und 48.

<sup>19</sup> EuGH (Grosse Kammer), Urteil vom 23.10.2007, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen den Rat der Europäischen Union, Rs. C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625, Rz 66.

<sup>20</sup> Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, ABl. L 255 vom 30.9.2005, S. 164.

<sup>21</sup> Fritz Krois/Jane Hofbauer, Umsetzung der EU-RL zum Umweltstrafrecht in Österreich und Kroatien. Recht der Umwelt (RdU) 2013/143, S. 230 (S. 231).

Getragen von der Auffassung, dass die Sicherstellung eines wirksameren Umweltschutzes auf der Ebene der Gemeinschaft besser als auf jener der Mitgliedstaaten verwirklicht werden könne, erging am 19.11.2008 die Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt (im Folgenden: Umwelt-RL)<sup>22</sup>. Im Einzelnen statuiert die Umwelt-RL neun verschiedene Delikte, die als Verletzungs- sowie als abstrakte und potenzielle Gefährdungsdelikte konstruiert sind.<sup>23</sup> Art 3 Bst. i iVm Art 5 der Umwelt-RL verpflichtet die EG-Mitgliedstaaten zu strafrechtlichen Sanktionen für die rechtswidrige und vorsätzliche oder grob fahrlässige Produktion, Einfuhr, Ausfuhr, das Inverkehrbringen oder die Verwendung von Stoffen, die zum Abbau der Ozonschicht beitragen.<sup>24</sup> Die erforderlichen nationalen Rechtsvorschriften waren bis zum 26.12.2010 in Kraft zu setzen.

### III. Die Rezeption österreichischen Strafrechts durch Liechtenstein

Das gerichtliche Umweltstrafrecht Österreichs<sup>25</sup> im Siebten Abschnitt des Strafgesetzbuches (öStGB) hat bei der Umsetzung der Umwelt-RL<sup>26</sup> zum 1.1.2012 umfassende Änderungen erfahren, die nach *Salimi* erhebliche Auslegungsschwierigkeiten aufwerfen. Zum Teil sind die Straftatbestände für den Normanwender unverständlich. Dies weckt Zweifel an ihrer Verfassungsmässigkeit und macht vielfältige Tatsachen- und Rechtsirrtümer denkbar.<sup>27</sup>

Handlungen in Bezug auf ozonschädigende Stoffe waren in Österreich unter Verweis auf – die mittlerweile aufgehobene – Verordnung 2037/2000/EG durch § 71 Abs 1 Z. 5 des Chemikaliengesetzes 1996 zunächst ausschliesslich verwaltungsrechtlich sanktioniert.<sup>28</sup> Gemäss

der Vorgabe von Art 3 Bst. i der Umwelt-RL wurden durch das BGBl. I Nr 103/2011 mit den §§ 177d und 177e entsprechende Straftatbestände in das öStGB eingefügt.

Durch den Beschluss Nr 191/2015 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 10.7.2015 wurde die Umwelt-RL mit gewissen Einschränkungen<sup>29</sup> in den Anhang XX (Umweltschutz) des EWR-Abkommens eingefügt.<sup>30</sup> Dabei erklärten die EWR-Vertragsparteien, dass dadurch der Geltungsbereich des EWR-Abkommens nicht berührt werde: „The Contracting Parties agree that the incorporation of Directive 2008/99/EC is without prejudice to the scope of the EEA Agreement, and take note that, following the entry into force of the TFEU<sup>31</sup>, the EU legislator may adopt minimum rules pursuant to Article 83(2) TFEU<sup>32</sup> with regard to the definition of criminal offences and sanctions in a particular EU policy area if this proves essential to ensure effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonisation measures.“<sup>33</sup> Entgegen den Ausführungen der liechtensteinischen Regierung zuhanden des Landtags von 2015<sup>34</sup>

<sup>22</sup> Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. L 328 vom 6.12.2008, S. 28, siehe Erwägungsgrund 14 der Umwelt-RL.

<sup>23</sup> Vgl. *Lyane Sautner*, Umweltstrafrecht – Eine Zwischenbilanz. Recht der Umwelt (RdU) 2009/2, S. 4 (S. 5).

<sup>24</sup> Die weiteren umweltstrafrechtlichen Vorgaben der Richtlinie betrafen bzw. betreffen die Bewirtschaftung von Abfällen, die Handhabung von Kernmaterial und anderen radioaktiven Stoffen, die Zerstörung geschützter wildlebender Tier- und Pflanzenarten sowie die erhebliche Schädigung eines Lebensraumes innerhalb eines geschützten Gebietes. Darauf soll aber in Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen werden.

<sup>25</sup> Erst mit dem StGB von 1974 wurde in Österreich ein Umweltstrafrecht geschaffen, das allerdings vorerst nur aus vier Strafbestimmungen bestand. Das Strafgesetz von 1852/1945 hatte im Bereich dieser Thematik lediglich die Verunreinigung von Trinkwasser nach § 398 gekannt: „Wer in einen Brunnen, eine Cisterne, einen Fluss oder Bach, dessen Wasser einer Ortschaft zum Trunke oder Gebräue dienet, todes Vieh oder sonst etwas wirft, wodurch das Wasser verunreiniget und ungesund werden kann, begeht eine Übertretung [...]“.

<sup>26</sup> Vgl. auch *Ingrid Mitgutsch/Markus Brandstetter*, Neues aus dem Besonderen Teil des StGB. In: Ingrid Mitgutsch/Wolfgang Wessely (Hrsg.), *Jahrbuch Strafrecht. Besonderer Teil*, Wien/Graz 2012, S. 13 (S. 15–16).

<sup>27</sup> *Farsam Salimi*, Das neue gerichtliche Umweltstrafrecht – eine verfassungsrechtliche Gratwanderung. Auslegungs- und Verständnisprobleme im Zusammenhang mit den §§ 181f bis h StGB. *Recht der Umwelt, Sonderbeilage: Umwelt und Technik (RdU-UT) 2017/18*, Heft 3, S. 48 (insbesondere S. 52).

<sup>28</sup> EBRV 1392 BlgNR XXIV. GP, S. 3 und S. 5.

<sup>29</sup> Die Richtlinie wurde dahingehend angepasst, dass alle Bezugnahmen auf die darin enthaltenen Rechtsakte der Gemeinschaft, auf Definitionen in diesen Rechtsakten sowie auf Straftaten, nicht für die EFTA-Staaten gelten, soweit diese Rechtsakte nicht in das EWR-Abkommen aufgenommen sind. Zu jenem Zeitpunkt handelte es sich um die Richtlinien 76/160/EWG, 79/409/EWG, 92/43/EWG, 96/29/Euratom, die Verordnung 338/97/EG sowie die Richtlinien 2003/122/Euratom, 2006/7/EG, 2006/44/EG und 2006/117/Euratom. Nicht tangiert war somit die Verordnung 2037/2000/EG über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, die durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 134/2002 vom 27.9.2002, LGBL. 2002 Nr 149, in das EWR-Abkommen übernommen worden war. Eine oberflächliche Lektüre des Anpassungswortlautes könnte zum Schluss verleiten, dass sämtliche in der Richtlinie 2008/99/EG angeführten Straftaten nicht für die EWR/EFTA-Staaten gelten; dies würde der Richtlinie jedoch jeglichen Anwendungsbereich nehmen und dem völkerrechtlichen Auslegungsgrundsatz *ut res magis valeat quam pereat* widersprechen. Auch der Bericht und Antrag der liechtensteinischen Regierung an den Landtag BuA Nr 102/2015 geht davon aus, dass die Umwelt-RL die EWR-Vertragsstaaten verpflichtet, bestimmte umweltschädigende Handlungen strafrechtlich zu ahnden (S. 6 f.).

<sup>30</sup> LGBL. 2017 Nr 73.

<sup>31</sup> TFEU: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

<sup>32</sup> Seit dem Vertrag von Lissabon, der am 1.12.2009 in Kraft getreten ist, ist die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in den Art 82 ff. AEUV verankert. Nach Art 83 Abs 2 AEUV ist eine Angleichung von Strafrechtsbestimmungen möglich, wenn sie zur wirksamen Durchführung einer Unionspolitik, in der bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, unerlässlich ist. Siehe *Werner Schroeder*, *Grundkurs Europarecht*<sup>7</sup>, München 2021, S. 406.

<sup>33</sup> Die Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien wurde im LGBL. 2017 Nr 73 kundgemacht.

<sup>34</sup> Siehe BuA Nr 102/2015, S. 7: „Die Richtlinie 2008/99/EG wurde in liechtensteinisches Recht vorabumgesetzt. Dies geschah im Rahmen der Abänderung des Strafgesetzbuches vom 20. Dezember 2012 (Bericht und Antrag Nr 130/2012 und Nr 153/2012). Im Einklang mit der gängigen Praxis, das liechtensteinische Strafgesetzbuch möglichst deckungsgleich an die österreichische Rezeptionsvorlage anzupassen, erfolgten dabei Anpassungen des liechtensteinischen Strafgesetzbuches an die Novellierungen des österreichischen Umweltstrafrechts. Dieses beinhaltet zu diesem Zeitpunkt bereits die Umsetzungsbestimmungen zur Richtlinie 2008/99/EG, welche dadurch Eingang ins liechtensteinische

war die Umwelt-RL damals nur zum Teil und jedenfalls nicht in Bezug auf Art 3 Bst. i in liechtensteinisches Recht umgesetzt.

Erst im Rahmen der grossen liechtensteinischen Strafrechtsreform von 2019 wurden die §§ 177d und 177e öStGB – in der Fassung des BGBl. I Nr 112/2015, das heisst, mit einer Erhöhung der Geldstrafdrohung in § 177d öStGB sowie mit dem Hinweis in § 177e öStGB auf die in § 6 Abs 3 öStGB eingefügte Definition der groben Fahrlässigkeit – von Liechtenstein wortlautgetreu rezipiert.<sup>35</sup> Begründet wurde die weitreichende Übernahme österreichischen Strafrechts im Bericht und Antrag der Regierung damit, dass das öStGB dem liechtensteinischen Strafrecht traditionell als Rezeptionsvorlage diene. Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 sowie weiteren Strafrechtsnovellen sei das StGB des Nachbarlandes in vielen Bereichen angepasst, weiterentwickelt und reformiert worden. Durch die in vielen Bereichen herzustellenden Kongruenz zur österreichischen Rezeptionsvorlage werde es den liechtensteinischen Rechtsanwendern ermöglicht, auf die dortige Judikatur und Lehre zurückzugreifen.<sup>36</sup>

Konkret bedeutet dies nach der ständigen Rechtsprechung der liechtensteinischen Höchstgerichte, dass die liechtensteinische Vorschrift gleich wie im Ursprungsland auszulegen ist, solange keine triftigen Gründe etwas anderes nahelegen: Durch die Rezeption ausländischen Rechts habe der liechtensteinische Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass in Liechtenstein im entsprechenden Bereich Gleiches gelten soll wie im Ursprungsland. Dieses Ziel werde nur erreicht, wenn die rezipierten Bestimmungen so ausgelegt würden, wie dies die Höchstgerichte des Ursprungslandes getan haben. Dies gelte namentlich, wenn es sich um eine gefestigte, die herrschende Lehre bestätigende Rechtsprechung handle und keine Anhaltspunkte bestünden, dass in naher Zukunft abweichend entschieden werde. In solchem Sinne werde bei der Auslegung der rezipierten Bestimmungen nach ständiger liechtensteinischer Praxis die Rechtslehre und die Rechtsprechung des Ursprungslandes beigezogen.<sup>37</sup>

Recht fanden.» Vgl. BuA Nr 130/2012, S. 24: «Mit dem Nachvollzug der Anpassungen in §§ 181a Abs 1 und 3 und 181b Abs 3 wird die vorgenannte Richtlinie [Umwelt-RL] innerstaatlich bereits umgesetzt.» 2018 wurde von der Regierung neuerlich behauptet, dass die Umwelt-RL in Liechtenstein bereits umgesetzt sei: siehe BuA Nr 90/2018, S. 141. Wie ausgeführt wurde, galt dies jedenfalls nicht für Art 3 Bst. i der Umwelt-RL.

<sup>35</sup> Gesetz vom 28.2.2019 über die Abänderung des Strafgesetzbuches, LGBl. 2019 Nr 124.

<sup>36</sup> BuA Nr 90/2018, S. 6 und S. 9–10. Bereits *Rittler*, einer der späteren «Väter» des österreichischen Strafgesetzbuches von 1974/1975, hielt dazu fest: «Ein selbständiges Strafgesetzbuch Liechtensteins würde in den engen Grenzen des Fürstentums weder die praktische Erprobung noch die theoretische Durchbildung erfahren, die jedes umfassende Gesetzeswerk braucht, um wirklich Leben zu gewinnen.» Siehe *Theodor Rittler*, Das internationale Strafrecht in der deutschen Bundestagsvorlage 1962 und im österreichischen Kommissionsentwurf 1962 und die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Strafrechts. In: Adulf Peter Goop (Hrsg.), Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, Zürich 1963, S. 203 (S. 218). Vgl. auch *Johannes Driendl*, Liechtensteins Weg zu einer neuen Strafgesetzgebung, LJZ 1981/2, S. 23.

<sup>37</sup> Siehe dazu sehr instruktiv OGH, 7.2.2007, LES 2008/1, S. 54.

Der OGH hat zudem wiederholt hervorgehoben, dass von der im Herkunftsland zu einer in Liechtenstein rezipierten Norm bestehenden Gerichtspraxis nicht ohne Not abgewichen werden darf.<sup>38</sup>

Bedauerlicherweise ging der liechtensteinische Landtag weder in der 1. Lesung am 9.11.2018 noch in der 2. Lesung am 28.2.2019 auf die §§ 177d und 177e der StGB-Novelle ein.<sup>39</sup>

Freilich hätte für Liechtenstein – neben der Verwirklichung eigener legislativer Ideen – auch die Möglichkeit bestanden, deutsches Recht oder die Normen eines anderen EU-Staates zu rezipieren. Die Vorgabe, bestimmte Handlungen, die zum Abbau der Ozonschicht beitragen, unter Strafe zu stellen, war im Jahre 2011, als im deutschen Bundestag die Umsetzung der Umwelt-RL anstand, bereits durch § 27 des deutschen Gesetzes zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (ChemG) erfüllt. Allerdings mussten die beiden einschlägigen Rechtsverordnungen, nämlich die Chemikalien-Straf- und Bussgeldverordnung sowie die Chemikalien-Ozonschichtverordnung, an das geänderte EU-Recht zum Schutz der Ozonschicht angepasst werden, da die bisherige Verordnung 2037/2000/EG zum 1.1.2010 durch die Verordnung 1005/2009/EU<sup>40</sup> ersetzt worden war.<sup>41</sup> Da der § 27 des deutschen ChemG sprachlich sperrig und inhaltlich kompliziert formuliert ist, hätte er jedoch keine geeignete Rezeptionsalternative für Liechtenstein geboten. Demgegenüber bestehen die §§ 177d und 177e öStGB – wenigstens auf den ersten Blick – durch ihre Klarheit und Verständlichkeit.

Soweit ersichtlich ist, haben die §§ 177d und 177e StGB bisher weder die österreichischen noch die liechtensteinischen Gerichte beschäftigt.<sup>42</sup> Dabei wird es vermutlich auch bleiben. Dennoch wäre es unzutreffend, beim 2019 massiv erweiterten Umweltstrafrecht Liechtensteins von «totem Recht»<sup>43</sup> zu sprechen, wie dies das Landgericht in

<sup>38</sup> Siehe etwa OGH, 3.3.2017, LES 2017/2, S. 66 (S. 81).

<sup>39</sup> Am 9.11.2018 wurden diese Bestimmungen im Landtag lediglich verlesen. Die Gelegenheit zur Diskussion wurde nicht benützt. Siehe Landtags-Protokolle 2018, S. 2665 (Sitzung vom 9.11.2018). Am 28.2.2019 wurden der StGB-Entwurf ohne weitere Diskussion der §§ 177d und 177e StGB verabschiedet. Siehe Landtagsprotokolle 2019, S. 150 ff. (Sitzung vom 28.2.2019).

<sup>40</sup> Verordnung (EG) Nr 1005/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, ABl. 286 vom 31.10.2009, S. 1.

<sup>41</sup> Begründung der deutschen Bundesregierung vom 6.4.2011 zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, Drucksache 17/5391, 17. Wahlperiode, S. 15.

<sup>42</sup> Siehe z.B. Statistik Austria (Hrsg.), Gerichtliche Kriminalstatistik, Wien 2019, S. 97. Die Berichte der liechtensteinischen Gerichte (in den Rechenschaftsberichten der Regierung zuhanden des Landtags) enthalten keine Aufschlüsselung nach den einzelnen Delikten. Dasselbe gilt für die Berichte über die Justizpflege der ordentlichen Gerichte Liechtensteins.

<sup>43</sup> Der Begriff wurde hier vom Landgericht nicht rechtssoziologisch verwendet. «Totes Recht» im rechtssoziologischen Sinne bezeichnet jenes Recht, das nicht oder nicht mehr durchgesetzt wird, bei dem also die Normativität und die Faktizität auseinanderfallen. Vgl. *Manfred Rebbinder*, Rechtssoziologie. Ein Studienbuch<sup>8</sup>, München 2014, Rz 3. Demgegenüber bezieht sich das Landgericht auf das kriminalstatistische Phänomen, dass gewisse Strafbestimmungen in Ermangelung einschlägiger Sachverhalte

der Vernehmlassung getan hat.<sup>44</sup> Dies liesse die generalpräventive, normenstabilisierende Wirkung von Verbotsnormen bzw von gesetzlichen Strafdrohungen für die Allgemeinheit sowie deren sittenbildende Kraft für die gesellschaftlichen Wertvorstellungen ausser Betracht.<sup>45</sup> Ferner ist die internationale Rechtshilfe in Strafsachen u.a. davon abhängig, dass die einem Ersuchen zugrundeliegende Handlung auch nach liechtensteinischem Recht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist (Art 51 Abs 1 Z. 1 RHG<sup>46</sup>).<sup>47</sup>

Trotz ihrer zugegebenermassen marginalen Bedeutung ergeben sich aus den §§ 177d und 177e StGB dogmatisch komplexe Fragestellungen mit weiterreichenden straf- und EWR-rechtlichen Implikationen. Darauf wird im Folgenden einzugehen sein.

#### IV. Die Strafbestimmungen (§§ 177d und 177e StGB)

##### IV.1 Die äussere Tatseite

Nach § 177d StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen, wer Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht beitragen, entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag herstellt, einführt, ausführt, in Verkehr setzt oder verwendet.<sup>48</sup> Wer eine solche Handlung grob fahrlässig begeht, wird gemäss § 177e StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft. Einschlägige Handlungen, die lediglich von einfacher Fahrlässigkeit getragen sind, bleiben somit straflos. Die in Art 4 der Umwelt-RL angesprochene Strafbarkeitsvorgabe für die Anstiftung und Beihilfe von Vorsatztaten nach Art 3 der Umwelt-RL wird durch das Einheitstätersystem des § 12 StGB<sup>49</sup> erfüllt.<sup>50</sup> Ein Beamter (im Sinne des Strafrechts), der eine gesetzwidrige Bewilligung erteilt, ist allerdings nur wegen Amtsmissbrauchs

in der Gerichtspraxis selten bis nie angewendet werden. Wenn aber ein entsprechender Sachverhalt, etwa der sehr seltene Fall der Luftpiraterie, verwirklicht wird, ergibt sich aber sehr wohl ein Anwendungsfall für die Justiz. Die Norm gilt und wird auch – wenngleich selten – vollzogen, sie ist rechtssoziologisch «lebendes Recht».

<sup>44</sup> BuA Nr 90/2018, S. 32.

<sup>45</sup> Vgl. *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert*, Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil<sup>16</sup>, Wien 2020, Rz 2.11; *Oskar Maleczky*, Strafrecht. Allgemeiner Teil II. Lehre von den Verbrechenfolgen<sup>20</sup>, Wien 2019, S. 66.

<sup>46</sup> Gesetz vom 15.9.2000 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, RHG), LGBl. 2000 Nr 215 (LR 351).

<sup>47</sup> Vgl. etwa *Franz Josef Giesinger*, Die grosse StGB-Novelle 2019 – wesentliche Neuerungen, LJZ 2019/4, S. 115 (S. 122).

<sup>48</sup> Der blosse Besitz dieser Stoffe ist nicht strafbar.

<sup>49</sup> Die Kennzeichen des Einheitstätersystems (im Gegensatz zum Teilnahmesystem) sind der Verzicht auf die Gegenüberstellung von Tätern und Teilnehmern, die Aufwertung aller Beteiligten zu Tätern und einheitliche Strafdrohungen für alle Beteiligten. Der Schwerpunkt liegt in der differenzierten Strafbemessungsregelung. Jeder Täter verantwortet ausschliesslich eigenes Unrecht und eigene Schuld (vgl. auch § 13 StGB). Siehe *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT (Fn. 45), Rz 32.38.

<sup>50</sup> Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die EWR-Vertragsstaaten nach Art 6 und 7 der Umwelt-RL überdies sicherzustellen zu haben, dass juristische Personen für Umweltstraftaten verantwortlich gemacht werden können.

gemäss § 302 StGB zu bestrafen. Ein Teil der österreichischen Lehre geht dagegen von Idealkonkurrenz aus.<sup>51</sup>

Die §§ 177d und 177e StGB sind nach *Reindl-Krauskopf* und *Salimi* abstrakte Gefährdungsdelikte, das bedeutet, dass eine spezielle Gefährlichkeit oder eine konkrete Gefährdung für die Strafbarkeit nicht verlangt wird.<sup>52</sup>

Die Strafbestimmungen sind verwaltungsakzessorisch ausgestaltet. Strafbar ist ein Handeln entgegen einem Gesetz oder einer Verordnung oder entgegen einem konkreten behördlichen Auftrag (Entscheidung bzw Verfügung, Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt). Wer sich an die Bestimmungen des Verwaltungsrechts hält, kann sich nicht gerichtlich strafbar machen. Für die österreichischen Normen wurde gesagt, dass Verstösse gegen behördeninterne Weisungen und Erlässe keine Verwaltungsrechtswidrigkeit begründen.<sup>53</sup>

«Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht beitragen», sind nach den österreichischen Gesetzesmaterialien jene Stoffe, die in Anhang I sowie in Anhang II Teil A der Verordnung 1005/2009/EU vom 16.9.2009 (im Folgenden: EU-OzonV) angeführt sind.<sup>54</sup> Die EU-OzonV, die weitreichende Regelungen zur Herstellung, Verwendung und zum Inverkehrbringen von voll- und teilhalogenierten Fluorchlorkohlenwasserstoffen (FCKW) und von Halonen trifft, wurde durch die Verordnung 744/2010/EU in Bezug auf die kritischen Verwendungszwecke für Halone abgeändert. Demzufolge gilt ein generelles Verbot für die «geregelten Stoffe»<sup>55</sup> einschliesslich ihrer Isomere entweder in Reinform oder in einem Gemisch, ungebraucht oder nach Rückgewinnung, Recycling oder Aufarbeitung, mit Erlaubnisvorbehalt für Labor- und Analysezwecke. Das System des generellen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt erleichtert die Beurteilung der Rechtswidrigkeit.<sup>56</sup> Nach *Reindl-Krauskopf* und *Salimi* kommen demgegenüber alle Stoffe in Betracht, «die zum Abbau der Ozonschicht beitragen», da § 177d StGB keine abschliessende Legaldefinition hierzu enthält. Die in der EU-OzonV enthaltenen Stoffe zählen aber jedenfalls dazu.<sup>57</sup>

Da sich der § 177d bzw der § 177e öStGB ausschliesslich an Art 3 der Umwelt-RL orientiere und keinen Bezug auf die EU-OzonV enthalte, scheiden nach *Koller* Produkte und Einrichtungen, die «geregelte Stoffe» enthalten, als Tatobjekte aus. Der verbotene Einsatz von Brandschutzeinrichtungen oder von Feuerlöschgeräten mit Halonen beispielsweise wird in Österreich vom subsidiären Verwaltungsstraftatbestand des § 71 Abs 1 Z. 20 des Che-

<sup>51</sup> *Margarethe Flora* in Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (SbgK-StGB), zu § 177d StGB (29. Lfg. Dezember 2013) Rz 23.

<sup>52</sup> *Susanne Reindl-Krauskopf/Farsam Salimi*, Umweltstrafrecht. Eine systematische Darstellung des gerichtlichen Umweltstrafrechts, Wien 2013, S. 96. Vgl. dagegen *Herbert Wegscheider*, Strafrecht. Besonderer Teil<sup>4</sup>, Wien 2012, S. 284, der von einem potentiellen Gefährdungsdelikte spricht.

<sup>53</sup> *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Umweltstrafrecht (Fn. 52), S. 14–15.

<sup>54</sup> EBRV 1392 BlgNR XXIV. GP, S. 5.

<sup>55</sup> Betroffen sind etwa die Treibgase und Kältemittel mit den Markennamen Freon, Frigen und Solkane.

<sup>56</sup> *Benjamin Koller* in Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> (WK-StGB), Wien 2020, § 177e (249. Lfg. Mai 2020) Rz 2 und 3.

<sup>57</sup> *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Umweltstrafrecht (Fn. 52), S. 96.

mikaliengesetzes 1996<sup>58</sup> erfasst. Dieser pönalisiert das Zuwiderhandeln gegen die EU-OzonV mit Geldstrafe von mindestens 500 Euro bis 20180 Euro, im Wiederholungsfall mit Geldstrafe bis zu 40375 Euro.<sup>59</sup>

Die Frage, ob die §§ 177d und 177e des liechtensteinischen StGB ebenfalls implizit auf die «geregelten Stoffe» nach der EU-OzonV Bezug nehmen, welche durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 202/2012 vom 26.10.2012 in den EWR-Rechtsbestand übernommen wurde,<sup>60</sup> ist wohl zu bejahen, obgleich sich der liechtensteinische Bericht und Antrag zu dieser Frage in Schweigen hüllt.<sup>61</sup>

Bei der Auslegung der Begriffe «Einführen» und «Ausführen» knüpft die österreichische Lehre an die in § 27 Abs 1 5. und 6. Fall des Suchtmittelgesetzes (SMG)<sup>62</sup> verwendeten Tatbestandsmerkmale an.<sup>63</sup> Nach *Flora* sind die Tathandlungen des Einführens und Ausführens nicht auf die österreichische Staatsgrenze beschränkt, sondern jegliche Beförderung der genannten Stoffe in bzw aus dem Hoheitsgebiet eines Staates erfüllt den Tatbestand, sofern die Voraussetzungen des § 65 Abs 1 öStGB<sup>64</sup> gegeben sind. Eine Beschränkung auf das Inland stünde mit der EU-OzonV im Widerspruch (Art 3 Z. 18 und Z. 19), die unter Ein- und Ausführen jegliches Verbringen in das bzw aus dem Zollgebiet der Gemeinschaft versteht, soweit in diesem Gebiet die EU-OzonV anwendbar ist.<sup>65</sup> Inwieweit Liechtenstein die Anknüpfung an das österreichische Suchtmittelrecht übernehmen kann, ist fraglich, da dieses gerade nicht rezipiert wurde. Die liechtensteinischen Gesetzesmaterialien schweigen auch dazu.

#### IV.2 Die innere Tatseite

Für § 177d StGB ist zumindest bedingter Vorsatz iSd § 5 Abs 1 StGB erforderlich. Dieser muss sich zum einen darauf beziehen, dass das Handeln Stoffe betrifft, die zum Abbau der Ozonschicht beitragen, und zum anderen darauf, dass das Verhalten gegen eine Rechtsvorschrift oder einen behördlichen Auftrag verstößt.<sup>66</sup> Dafür genügt es, dass der Täter die strafrechtliche Wertung des Gesetzes zumindest in laienhafter Weise nachvollzieht («Parallelwertung in der Laiensphäre».)<sup>67</sup> Detailwissen des Täters über die konkrete chemische Zusammensetzung eines

Stoffes oder die begriffliche Zuordnung ist nicht erforderlich.<sup>68</sup>

Die grobe Fahrlässigkeit des § 177e StGB reicht unter Anlegung eines dem Umweltschutz dienenden strengen Massstabes über die leichte und die durchschnittliche Fahrlässigkeit hinaus.<sup>69</sup> Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 fügte der österreichische Gesetzgeber in § 6 Abs 3 öStGB eine Definition der groben Fahrlässigkeit ein.<sup>70</sup> Sie wurde 2019 von Liechtenstein rezipiert. Es handelt es sich um eine besonders schwere Pflichtverletzung, wobei das Verhalten des Schädigers auch subjektiv schwerstens vorwerfbar sein muss.<sup>71</sup>

#### IV.3 Besonderheiten

Ein Versuch ist bei allen Handlungsvarianten des § 177d StGB denkbar, wobei der Täter wenigstens eine ausführungsnaher Handlung im Sinne des § 15 StGB setzen muss. So stellt etwa der Transport eines «geregelten Stoffes» zur Staatsgrenze mit der Absicht, diese zu überqueren, eine versuchte Ein- oder Ausfuhr dar.<sup>72</sup> Beim Fahrlässigkeitsdelikt des § 177e StGB kommt ein Versuch nicht in Betracht.

Nach *Flora* kann sich ein Täter auch durch Unterlassung strafbar machen, wenn das Unterlassen einer der Handlungsalternativen in § 177d StGB entspricht und dem Täter eine Garantenstellung nach § 2 StGB zukommt. Vertritt man demgegenüber die Ansicht, dass § 177d StGB nicht als Erfolgsdelikt, sondern als reines Tätigkeitsdelikt konzipiert ist, kann sich der Täter durch Unterlassen nicht strafbar machen.<sup>73</sup>

Beim Handeln auf Weisung – etwa des Vorgesetzten in einem Unternehmen – tritt keine Rechtfertigung für eine tatbestandsmäßige Handlung ein. Abhängig von den Umständen des Einzelfalls kann sich eine persönliche Drucksituation aber als zu entschuldigender Notstand nach § 10 StGB auf der Schuldebene auswirken (und damit zu einem Freispruch führen).<sup>74</sup>

Die §§ 177d und e StGB werden im Gegensatz zu anderen Umweltdelikten nicht von der haftungsverschärfenden Irrtumsregelung des § 183a StGB erfasst. Wer bezüglich § 177d StGB die behördliche Auflage nicht kennt oder diese für unwirksam hält, irrt über das Vorliegen des Tatbildmerkmals «entgegen einem behördlichen Auftrag»

<sup>58</sup> BGBl. I Nr 53/1997 idgF.

<sup>59</sup> *Koller* in WK-StGB (Fn. 56), § 177e Rz 6.

<sup>60</sup> Kundmachung vom 26. Februar 2013, LGBl. 2013 Nr 111, ebenso hinsichtlich der Verordnung 744/2010/EU vom 18.8.2010.

<sup>61</sup> BuA Nr 90/2018, S. 140–141.

<sup>62</sup> BGBl. I Nr 112/1997 idgF.

<sup>63</sup> *Koller* in WK-StGB (Fn. 56), § 177e Rz 9.

<sup>64</sup> Demnach gelten die österreichischen Strafgesetze für andere als in den §§ 63 und 64 bezeichnete Taten, die im Ausland begangen worden sind, sofern die Taten auch durch die Gesetze des Tatortes mit Strafe bedroht sind, wenn u.a. der Täter zur Tatzeit Österreicher war oder später die österreichische Staatsbürgerschaft erworben hat und zur Zeit der Einleitung des Strafverfahrens noch besitzt. Liechtenstein verfügt über eine analoge Bestimmung (§ 65 Abs 1 StGB).

<sup>65</sup> *Flora* in SbgK-StGB (Fn. 51), zu § 177d StGB Rz 11.

<sup>66</sup> *Koller* in WK-StGB (Fn. 56), § 177e Rz 11.

<sup>67</sup> *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Umweltstrafrecht (Fn. 52), S. 15; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT (Fn. 45), insbesondere Rz 28.25b und 28.25h.

<sup>68</sup> *Koller* in WK-StGB (Fn. 56), § 177e Rz 11.

<sup>69</sup> *Koller* in WK-StGB (Fn. 56), § 177e Rz 12.

<sup>70</sup> Grobe Fahrlässigkeit liegt nach dieser Definition vor, wenn jemand ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, wobei der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war. Demnach sind nur jene Fälle als grob fahrlässig einzustufen, die das gewöhnliche Maß an nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeits-handlungen des täglichen Lebens ganz erheblich übersteigen (RIS-Justiz RS0030303). Bei der Auslegung des Begriffes kann die bisherige zivil- (vgl. RIS-Justiz RS0030644) und strafrechtliche Judikatur (vgl. RIS-Justiz RS0117930 sowie RS0129425) herangezogen werden. Siehe EBRV 689 BlgNR XXV. GP, S. 6.

<sup>71</sup> *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT (Fn. 45), insbesondere Rz 28.25b und 28.25h. Vgl. *Christian Bertel/Klaus Schwaighofer/Andreas Venier*, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I<sup>15</sup>, Wien 2020, § 81 Rz 2–8.

<sup>72</sup> *Flora* in SbgK-StGB (Fn. 51), zu § 177d StGB Rz 11.

<sup>73</sup> *Flora* in SbgK-StGB (Fn. 51), zu § 177d StGB Rz 24.

<sup>74</sup> *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Umweltstrafrecht (Fn. 52), S. 107.

und kann somit nur wegen grob fahrlässiger Tat gemäss § 177e StGB bestraft werden, sofern der Irrtum auf (grober) Fahrlässigkeit beruht («doppelt bedingte Fahrlässigkeitshaftung» beim Tatbildirrtum).<sup>75</sup> Für einen darüber hinaus gehenden Verbotsirrtum gelten die Regeln des § 9 StGB.<sup>76</sup>

Ebenso wenig gilt die Reuebestimmung des § 183b StGB<sup>77</sup> – ein persönlicher Strafaufhebungsgrund – für die §§ 177d und 177e StGB, was nach Ansicht von *Reindl-Krauskopf* und *Salimi* nicht sachgerecht ist. Es sei schwer einzusehen, warum die Gefahr, die durch den Betrieb einer Anlage entstehe, strafbefreiend beseitigt werden könne, nicht aber die Gefahr mit Stoffen, welche die Ozonschicht gefährden.<sup>78</sup>

## V. Der strafrechtliche Schutz der Ozonschicht als Zollvertragsmaterie

### V.1 Die Strafbestimmungen im anwendbaren schweizerischen Umweltschutzgesetz

Gemäss Art 60 Abs 1 Bst. e des schweizerischen Umweltschutzgesetzes (USG)<sup>79</sup> wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich u.a. Vorschriften über Stoffe nach Art 29 USG verletzt. Handelt der Täter nach Abs 2 fahrlässig, so wird er mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft. Gestützt u.a. auf Art 29 USG hat der schweizerische Bundesrat 2005 die Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung (ChemRRV)<sup>80</sup> erlassen. Sie behandelt in Anhang 1.4<sup>81</sup> den Umgang mit ozonschichtabbauenden Stoffen. Strafbar ist, wer die darin genannten Stoffe entgegen der ChemRRV herstellt, einführt, ausführt oder verwendet.<sup>82</sup>

Aufgrund und im Rahmen des Zollvertrages vom 29.3.1923<sup>83</sup> mit der Schweiz sind Teile des schweizerischen USG und der ChemRRV in Liechtenstein anwendbar. Nach der Kundmachung der liechtensteinischen Regierung vom 5.10.2021<sup>84</sup> handelt es sich dabei insbesondere um Art 29 USG sowie Art 60 Abs 1 Bst. e (u.a.

betreffend Art 29 USG) und Abs 2 USG. Anwendbar ist ferner der Anhang 1.4 der ChemRRV.

Weil sich in Liechtenstein die Anwendungsbereiche der §§ 177d und 177e StGB und des Art 60 Abs 1 Bst. e und Abs 2 des schweizerischen USG überschneiden,<sup>85</sup> ja fast deckungsgleich sind, werden vor den liechtensteinischen Gerichten wohl zwei Strafverfahren nebeneinander zu führen sein. Nach § 68 der liechtensteinischen StPO<sup>86</sup> ist nämlich bei strafbaren Handlungen, für die aufgrund von Art 28 Abs 2 des Zollvertrages iVm Art 13 Abs 2 Satz 1 des Einführungs-Gesetzes zum Zollvertrag<sup>87</sup> die Berufung an das Kantonsgericht in St. Gallen geht, das Strafverfahren abgesondert zu führen. Dies gilt – wie das Fürstliche Obergericht mit Urteil vom 25.9.2018 festgehalten hat – ungeachtet einer subjektiven oder objektiven Konnexität.<sup>88</sup>

### V.2 Die Folgen des Doppelverfolgungsverbot

Damit stellt sich für die liechtensteinische Strafjustiz die Problematik des Doppelverfolgungsverbot («ne bis in idem») nach Art 4 Abs 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK.<sup>89</sup> Demnach darf der Beschuldigte nach rechtswirksamer Beendigung eines Strafverfahrens wegen derselben Tat nicht mehr in einem anderen Strafverfahren (oder in einem Verwaltungsstrafverfahren)<sup>90</sup> verfolgt werden.<sup>91</sup> In diesen Fällen darf gegen den Beschuldigten nicht mehr ermittelt und keine Anklage mehr erhoben werden sowie keine Schlussverhandlung mehr stattfinden.<sup>92</sup>

Das Gericht hat es mit derselben Tat zu tun, wenn es sich wenigstens zum Teil mit derselben Rechtsgutsverletzung befasst, die auch der Anklage zugrunde liegt.<sup>93</sup> Auf welcher Rechtsgutsverletzung die Anklage basiert, zeigt sich an den Gesetzesstellen, deren Anwendung der

<sup>75</sup> Vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT (Fn. 45), Rz 12.24; vgl. *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Umweltstrafrecht (Fn. 52), S. 104–105.

<sup>76</sup> *Flora* in SbgK-StGB (Fn. 51), zu § 177d StGB Rz 22.

<sup>77</sup> Ein Täter nach den §§ 180, 181 StGB und den §§ 181b–183 StGB wird durch § 183b Abs 1 StGB straffrei, wenn er freiwillig und rechtzeitig die herbeigeführten Gefahren, Verunreinigungen und sonstigen Beeinträchtigungen beseitigt. Sofern ein Deliktstypus keine Verunreinigung von Umweltmedien verlangt (§§ 181b–181e StGB), muss nur das betreffende Handeln beendet werden. § 183b Abs 2 StGB übernimmt die Regelung des § 167 Abs 4 StGB. Siehe *Christian Bertel/Klaus Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II<sup>14</sup>, Wien 2020, § 183b Rz 1.

<sup>78</sup> *Reindl-Krauskopf/Salimi*, Umweltstrafrecht (Fn. 52), S. 108–109.

<sup>79</sup> Bundesgesetz vom 7.10.1983 über den Umweltschutz (USG, SR 814.01).

<sup>80</sup> Verordnung vom 18.5.2005 zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen (ChemRRV, SR 814.81).

<sup>81</sup> Fassung gemäss Z. 1 der Verordnung vom 17.4.2019, AS 2019 1495.

<sup>82</sup> *Flora* in SbgK-StGB (Fn. 51), zu § 177d StGB Rz 7.

<sup>83</sup> LGBL. 1923 Nr 24 (LR 0.631.112).

<sup>84</sup> Siehe die Kundmachung vom 5.10.2021 der aufgrund des Zollvertrages im Fürstentum Liechtenstein anwendbaren schweizerischen Rechtsvorschriften (Anlagen I und II), LGBL. 2021 Nr 308 (LR 170.551.631).

<sup>85</sup> Ähnlich auch BuA Nr 40/2020, S. 13.

<sup>86</sup> Strafprozessordnung vom 18.10.1988, LGBL. 1988 Nr 62 (LR 312.0).

<sup>87</sup> Einführungs-Gesetz vom 13.5.1924 zum Zollvertrag mit der Schweiz vom 29.3.1923, LGBL. 1924 Nr 11 (LR 631.112.1).

<sup>88</sup> Fürstliches Obergericht (2. Senat), 25.9.2018, LES 2018/4, S. 313 f.

<sup>89</sup> Protokoll Nr 7 vom 22.11.1984 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, LGBL. 2005 Nr 28 (LR 0.101.07). Eine ähnliche Regelung findet sich in Art 14 Abs 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, LGBL. 1999 Nr 58 (LR 0.103.2).

<sup>90</sup> Siehe dagegen VGH 2014/110, LES 2017/2, S. 59: Die strafrechtliche Verurteilung und der Entzug des Führerausweises wegen derselben Verletzung von Verkehrsregeln stellt keine unzulässige Doppelbestrafung dar. Ebenso VGH 2013/004, LES 2014/1, S. 4: Das Verbot der Doppelverfolgung hindert die Anordnung eines Warnungsentzuges des Führerausweises durch die Motorfahrzeugkontrolle aufgrund diverser Übertretungen des Strassenverkehrsgesetzes neben einer von den Strafgerichten wegen dieser Übertretungen verhängten Busse nicht.

<sup>91</sup> Voraussetzung für die Anwendung von Art 4 Abs 1 des 7. ZP zur EMRK ist, dass die Verurteilung oder der Freispruch im ersten Verfahren rechtskräftig geworden ist. Solange keine Rechtskraft eingetreten ist, gilt das Verbot daher nicht. Siehe *Jochen Frowein/Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar<sup>3</sup>, Kehl am Rhein 2009, S. 713.

<sup>92</sup> Vgl. *Christian Bertel/Andreas Venier/Alexander Tipold*, Strafprozessrecht<sup>14</sup>, Wien 2021, Rz 67.

<sup>93</sup> Die Beurteilung der Identität der Tat ist allerdings strittig.

Ankläger verlangt (z.B. Delikte gegen die Umwelt) und den Umständen, mit denen sie der Ankläger individualisiert (z.B. Tatzeit, Tatort, Begehungsweise, Tatobjekt).<sup>94</sup> Eine Identität der Tat liegt bereits dann vor, wenn beiden Vorwürfen dieselben Handlungselemente zugrunde liegen.<sup>95</sup>

So ist im Vorwurf der vorsätzlichen Einfuhr ozon-schichtabbauender Stoffe gemäss Art 60 Abs 1 Bst. e des schweizerischen USG der im Wesentlichen identische Vorwurf nach § 177d des liechtensteinischen StGB enthalten; beide Vorwürfe können nicht miteinander konkurrieren. Weil die schweizerische Strafnorm aufgrund der Art 4 ff. des Zollvertrages vorgeht<sup>96</sup>, bedeutet dies, dass nach einem Freispruch oder einer Verurteilung aufgrund des (schweizerischen) USG eine Verfolgung des Beschuldigten nach der betreffenden Norm des (liechtensteinischen) StGB nicht mehr zulässig ist.

Die Sperrwirkung nach Art 4 Abs 1 des 7. ZP zur EMRK schliesst zwar nicht aus, dass zwei Verfahren wegen derselben Tat gleichzeitig anhängig sind. Nach rechtskräftigem Abschluss des ersten Strafverfahrens darf jedoch das zweite Strafverfahren nicht weiter geführt werden. Dabei ist es unerheblich, ob der Angeklagte im zweiten Verfahren freigesprochen oder verurteilt werden soll, da die genannte Garantie des «ne bis in idem» bereits eine neue Verhandlung verbietet.<sup>97</sup> Somit bleibt nur die Einstellung des zweiten Strafverfahrens.

## VI. Ergänzende Ausführungen zum «EWR-Strafrecht»

### VI.1. Zur EWR-Relevanz von EU-Kriminalisierungsverpflichtungen

Wie *Baur* bereits 2011 konstatierte, sind im Rahmen der EWR-Mitgliedschaft Liechtensteins schon seit geraumer Zeit konkrete Strafrechtsnormen zu übernehmen, soweit sie der Durchsetzung des Binnenmarktes dienen, obwohl eine Strafrechtsharmonisierung «eigentlich» nicht Gegenstand des EWR sei.<sup>98</sup> Tatsächlich enthalten eine Reihe von EU-Rechtsakten Sanktionsvorgaben für die EWR-Mitgliedstaaten bei Verstössen gegen eine Verordnung oder gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung einer Richtlinie. Für deren Erfüllung werden in der Regel verwaltungsstrafrechtliche Normen als ausreichend angesehen. Diese verwaltungsrechtlichen Sanktionsvorgaben gelten ganz unbestritten genauso für die EWR/

EFTA-Staaten, sodass diese in ihrem jeweiligen nationalen Recht entsprechende Sanktionen vorzusehen haben.

Das bedeutet nicht, dass die EWR/EFTA-Staaten keine gerichtlichen Strafbestimmungen bei Verstössen gegen die jeweiligen Rechtsakte statuieren können. Es liegt in diesen Fällen aber grundsätzlich im Ermessen der nationalen Gesetzgeber, verwaltungs- oder kriminalstrafrechtliche Bestimmungen<sup>99</sup> zu erlassen.<sup>100</sup> Wie auch immer die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers aussieht (Verwaltungsstrafrecht oder gerichtliches Strafrecht), muss er eine Vorgabe anderer Art beachten: Der nach Art 6 Abs 1 EMRK autonom auszulegende Begriff der «strafrechtlichen Anklage» umfasst über das gerichtliche Strafrecht hinaus auch den Vollzug von gewissen Strafbestimmungen durch die Verwaltungsbehörden. Auch in diesen Fällen muss ein unabhängiges «Tribunal» mit voller Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatsachenfragen, also etwa ein Gericht, angerufen werden können.<sup>101</sup> In Liechtenstein werden wohl deshalb gerichtliche Strafbestimmungen bei der Umsetzung von EU-Rechtsakten verabschiedet, ohne dass hierzu eine EWR-rechtliche Verpflichtung bestehen würde. Mit Blick auf Art 6 Abs 1 EMRK ist dies zu begrüssen.

Darüber hinaus wurden einzelne EU-Rechtsakte in die Anhänge zum EWR-Abkommen eingefügt, welche die Mitgliedstaaten explizit zum Erlass von gerichtlichen Strafbestimmungen verpflichten. Abgesehen von der besprochenen Umwelt-RL enthält auch die Richtlinie 2009/123/EG vom 21.10.2009<sup>102</sup>, welche die Meeresverschmutzung durch Schiffe hintanhaltend will, einschlägige Kriminalisierungsvorgaben.<sup>103</sup> Die Feststellung von *Neier* und *Entner-Koch*, wonach EU-Rechtsakte, die nach der Festlegung von strafrechtlichen Sanktionen verlangen, mangels EWR-Relevanz<sup>104</sup> nicht in das EWR-Abkommen

<sup>94</sup> *Bertel/Venier/Tipold*, Strafprozessrecht (Fn. 92), Rz 336.

<sup>95</sup> *Bertel/Venier/Tipold*, Strafprozessrecht (Fn. 92), Rz 68.

<sup>96</sup> Da Liechtenstein sonst vertragsbrüchig werden würde.

<sup>97</sup> *Christoph Grabenauer/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch<sup>7</sup>, München 2021, § 24 Rz 163; siehe auch *Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König* in *Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer* (Hrsg.), EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar<sup>4</sup>, Baden-Baden 2017, S. 818, unter Verweis auf EGMR, Urteil vom 10.2.2009, Rs. *Sergey Zolotukhin* gegen Russland, Nr 14939/03, Rz 110.

<sup>98</sup> *Georges Baur*, Kohärente Interpretationsmethode als Instrument europarechtskonformer Rechtsanwendung – eine rechtspolitische Skizze. In: Liechtenstein-Institut (Hrsg.), 25 Jahre Liechtenstein-Institut (1986–2011), Schaan 2011, S. 47 (S. 48).

<sup>99</sup> Der wesentliche Unterschied zwischen dem gerichtlichen Strafrecht und dem Verwaltungsstrafrecht liegt in der formalen Zuständigkeit. Die Sanktionen des gerichtlichen Strafrechts werden ausschliesslich von den Strafgerichten ausgesprochen; über Verwaltungsübertretungen entscheiden demgegenüber die Verwaltungsbehörden. Siehe *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT (Fn. 45), Rz 3.10.

<sup>100</sup> *Christina Neier/Andrea Entner-Koch*, Herausforderungen im Rahmen des EWR-Übernahmeverfahrens. In: *Andreas Th. Müller/Werner Schroeder* (Hrsg.), 25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum. Ein Integrationsszenarium auf dem Prüfstand (Europarecht Beiheft 1/2020), Baden-Baden 2020, S. 69 (S. 77).

<sup>101</sup> Vgl. *Walter Berka*, Verfassungsrecht<sup>8</sup>, Wien 2021, S. 123 f.

<sup>102</sup> Richtlinie 2009/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.10.2009 zur Änderung der Richtlinie 2005/35/EG über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstösse, ABl. L 280 vom 27.10.2009, S. 52.

<sup>103</sup> Kundmachung vom 7.3.2017 des Beschlusses Nr 188/2015 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, LGBl. 2017 Nr 72. Diese Richtlinie wurde vom Binnenstaat Liechtenstein nicht umgesetzt, dies etwa im Gegensatz zum Binnenstaat Tschechien. Vgl. *Voitech Stejskal*, Richtlinie 2008/99/EG vom 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt – Umsetzung in Tschechien. In: *Institut für Umweltrecht der JKU Linz/Institut für Umwelt- und Technikrecht der Universität Trier, Europäisches Klimaschutzrecht und Erneuerbare Energien* (Schriftenreihe Recht der Umwelt Bd. 39), Wien 2014, S. 113 (S. 116).

<sup>104</sup> Auch *Dystland/Finstad/Sørebo* gehen davon aus, dass gerichtliche Strafbestimmungen in EU-Richtlinien auf der Grundlage von Art 83 Abs 2 AEUV nicht EWR-relevant seien. Siehe *Dystland/*

inkorporiert werden,<sup>105</sup> kann daher nicht völlig unwidersprochen bleiben, wengleich die Marktmissbrauchsrichtlinie 2014/57/EU<sup>106</sup> tatsächlich nicht übernommen wurde.<sup>107</sup>

## VI.2 Die Vorbehaltspraxis der EWR/EFTA-Staaten im Gemeinsamen EWR-Ausschuss

In diesem Kontext kann die paradoxe völkerrechtliche Praxis beobachtet werden, dass vom Gemeinsamen EWR-Ausschuss zwar EU-Sekundärrechtsakte mit Kriminalisierungsvorgaben in das EWR-Abkommen überführt werden, im selben Atemzug aber künftige legislative Massnahmen nach Art 83 Abs 2 AEUV als nicht von Bedeutung für den EWR erklärt werden.<sup>108</sup> Analog dazu wurde in den älteren Übernahmebeschlüssen von den Vertragsparteien jeweils reflexartig daran erinnert, dass die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (sowie die Steuerverwaltung und der Steuervollzug) nicht in den Anwendungsbereich des EWR-Abkommens falle, wobei die jeweiligen EU-Rechtsakte dann grundsätzlich doch übernommen wurden.<sup>109</sup>

Die Vorbehalte der EWR/EFTA-Seite wurden hierbei durch Erklärungen wie der Folgenden relativiert: «Die Vertragsparteien erkennen an, dass [...] das Amt für Betrugsbekämpfung der Europäischen Kommission, Europol [...] das Recht haben müssen, in genau festgelegten Fällen für Ermittlungen, zur Aufdeckung und Verfolgung von Betrugsfällen [...] oder zur Bekämpfung der Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder schweren Straftaten gemäss Art 75 der Verordnung (EU) Nr 920/2010 bestimmte im Unionsregister und im EUTL<sup>110</sup> gespeicherte Daten zu beziehen.»<sup>111</sup>

*Finstad/Sørebø* in Arnesen, Agreement on the European Economic Area (Fn. 4), Teil II Art 102 Rz 19.

<sup>105</sup> *Neier/Entner-Koch*, Herausforderungen (Fn. 100), S. 77.

<sup>106</sup> Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 179.

<sup>107</sup> Vgl. BuA Nr 7/2017, S. 5–6 sowie S. 18.

<sup>108</sup> Siehe die Erklärung der Vertragsparteien anlässlich der Übernahme der Richtlinie 2009/123/EG, LGBL 2017 Nr 72.

<sup>109</sup> Siehe dazu die Kundmachung vom 27.2.2007 des Beschlusses Nr 87/2006 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses (betr. die Richtlinie 2005/60/EG zur Verhinderung der Nutzung der Finanzsysteme zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung samt Erklärung der Vertragsparteien), LGBL 2007 Nr 53, mit eigenen Betrugsdefinitionen. Vgl. ferner die Kundmachung vom 17.4.2012 des Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 156/2011 (betr. die Verordnung 920/2010/EG über ein standardisiertes und sicheres Registrierungssystem), LGBL 2012 Nr 116; die Kundmachung vom 16.4.2013 des Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 236/2012 (betr. die Verordnung 1193/2011 zur Festlegung eines Unionsregisters für das EU-Emissionshandelssystem), LGBL 2013 Nr 172, sowie die Kundmachung vom 16.9.2014 des Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 59/2014 (betr. die Verordnung 389/2013 zur Festlegung eines Unionsregisters), LGBL 2014 Nr 239.

<sup>110</sup> EUTL: Transaktionsprotokoll der Europäischen Union.

<sup>111</sup> Beschluss Nr 156/2011, Z.10 (LGBL 2012 Nr 116).

## VI.3 Zur völkergewohnheitsrechtlichen Erweiterung des EWR-Anwendungsbereiches

Durch die geschilderte Vorbehaltspraxis soll auf EWR/EFTA-Seite offenbar an der Qualifikation eines «strafrechtsfreien» EWR-Abkommens festgehalten werden. Dabei können nach dem völkerrechtlichen Effektivitätsprinzip Abweichungen, ja selbst beharrliche Rechtsverletzungen bei Hinzutreten der *opinio iuris* (Rechtsüberzeugung) durch *desuetudo* anderslautende, auch völkervertragliche Normen – wie das EWR-Abkommen – völkergewohnheitsrechtlich ausser Kraft setzen oder abändern<sup>112</sup> und selbst zum völkerrechtlich verbindlichen Verhaltensmassstab werden.<sup>113</sup>

In diesem Sinne hielt etwa ein Schiedsgericht am 22.12.1963 fest, dass das französisch-amerikanische Luftverkehrsabkommen vom 27.3.1946 stillschweigend durch die spätere Praxis der beteiligten Staaten geändert worden sei: «This course of conduct may, in fact, be taken into account not merely as a means useful for interpreting the Agreement, but also as something more, that this, is a possible source of a subsequent modification, arising out of certain actions or certain attitudes, having a bearing on the juridical situation of the Parties and on the rights that each of them could properly claim.»<sup>114</sup>

In seiner Entscheidung vom 13.3.1973 im Fall *Amend* versus Land Tirol nahm der österreichische Verfassungsgerichtshof das Ausserkrafttreten von ausländergrundverkehrsrechtlichen Bestimmungen im deutsch-österreichischen Handelsvertrag von 1930 durch *desuetudo* an, weil sowohl Österreich als auch die Bundesrepublik Deutschland ein Verhalten gepflogen hätten, das erkennen lasse, dass beide Staaten die den Grundstücksverkehr betreffenden Bestimmungen des Handelsvertrages für nicht anwendbar hielten.<sup>115</sup>

In diesem Zusammenhang statuiert auch Art 31 Abs 3 Bst. b der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 31.5.1969<sup>116</sup> die Auslegungsregel, dass jede spätere Übung bei der Anwendung eines Vertrages, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, zu berücksichtigen ist. Diese Auslegungsregel ist zweifellos auf das EWR-Abkommen anwendbar, wengleich der EFTA-Gerichtshof – erstmals 1998 im Fall *Erla María Sveinbjörnsdóttir*<sup>117</sup> – das

<sup>112</sup> Siehe auch *Hanspeter Neubold/Waldemar Hummer/Christoph Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts<sup>2</sup>, Bd. 1, Wien 1991, Rz 247, 370 und 546.

<sup>113</sup> *August Reinisch/Hanspeter Neubold*, Grundlagen und Rahmenbedingungen des heutigen Völkerrechts. In: August Reinisch et al (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts<sup>6</sup>, Bd. I, Wien 2021, S. 14. Siehe auch die Resolution der UN-Generalversammlung vom 20.12.2018 betr. die Feststellung von Völkergewohnheitsrecht, A/RES/73/203 (<https://www.un.org/depts/german/gv-73/band1/ar73203.pdf>, abgerufen: 9.8.2021).

<sup>114</sup> Zitiert bei August Reinisch (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts<sup>6</sup>, Bd. II, Wien 2021, S. 122.

<sup>115</sup> Siehe *Alfred Verdross/Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis<sup>3</sup>, Berlin 1984, § 823 (Slg 7014, 199 ff.).

<sup>116</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, LGBL 1990 Nr 71 (LR 0.121). Siehe auch *Oliver Dörr*, Weitere Rechtsquellen des Völkerrechts, in: Knut Ipsen, Völkerrecht. Ein Studienbuch<sup>7</sup>, München 2018, S. 536 (S. 555).

<sup>117</sup> EFTA-Gerichtshof, Gutachten vom 10.12.1998, Erla María Sveinbjörnsdóttir and The Government of Iceland, Rs. E-9/97, Rz 59.

EWR-Abkommen als einen völkerrechtlichen Vertrag sui generis qualifiziert hat: «The Court concludes [...] that the EEA Agreement is an international treaty sui generis which contains a distinct legal order of its own. The EEA Agreement does not establish a customs union but an enhanced free trade area [...]. The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law.»<sup>118</sup>

Zudem sind die Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses über die Änderung der Anhänge des EWR-Abkommens nach Auffassung des StGH<sup>119</sup> selbst völkerrechtliche Verträge. Die dem Landtag vorbehaltenen Ermächtigungskompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen nach Art 8 Abs 2 der Landesverfassung<sup>120</sup> wird von der herrschenden Lehre so zusammengefasst, dass alle politisch wichtigen, gesetzesändernden oder mit grösseren finanziellen Ausgaben verbundenen völkerrechtlichen Verträge der Genehmigung durch den Landtag bedürfen.<sup>121</sup> Dies gilt namentlich für die Übernahmebeschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses mit Sanktionsvorgaben, die Gesetzesänderungen im nationalen Recht, sei es nun im Verwaltungsstrafrecht und/oder im gerichtlichen Strafrecht, erforderlich machen.

Es soll damit nicht gesagt werden, dass die Übernahme von gerichtlichen Kriminalisierungsvorgaben an sich EWR-rechtswidrig wäre. Denn der Wortlaut des EWR-Abkommens schliesst strafrechtliche Belange zur Durchsetzung des Binnenmarktes nicht ausdrücklich aus. Im Gegenteil – seit 2005 enthält das Abkommen in Protokoll 23 über die Zusammenarbeit zwischen den Überwachungsorganen den Nukleus für eine klassische strafrechtliche Materie, nämlich Bestimmungen zur Handhabung der Kronzeugenregelung bei wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlungen (Art 9).<sup>122</sup> Noch ergibt sich aber kein schlüssiges Gesamtbild zur Frage der völkergewohnheitsrechtlichen Erweiterung des EWR-Anwendungsbereichs auf gewisse Strafrechtsmaterien.

#### VI.4 Die Judikatur des EFTA-Gerichtshofes: Rechtsfortbildung durch Richterrecht?

Zum «EWR-(Verwaltungs)Strafrecht» im weiteren Sinne kann überdies die neueste Judikatur des EFTA-Gerichtshofes gezählt werden. Sie beginnt für nationale Sanktionsvorschriften rechtliche Determinanten auf der Grundlage des EWR-Rechts zu entwickeln.

In der Rechtssache E-13/20 war der EFTA-Gerichtshof mit Vorlagefragen des Nationalen Sozialgerichts Norwegens hinsichtlich der Verordnung 883/2004/EG<sup>123</sup>

befasst. Dabei ging es um die Rückzahlung von Arbeitslosenleistungen wegen Verletzung der Aufenthaltspflicht verbunden mit einem Zinszuschlag als Sanktion. Im Urteil vom 30. Juni 2021 hielt der EFTA-Gerichtshof dazu unter Verweis auf sein Urteil im Fall Creditinfo Lanstraut vom 16.12.2013<sup>124</sup> fest: «[...] it is up to each EEA State to choose the penalties which seem appropriate to them. They must, however, exercise that power in accordance with EEA law and its general principles. This includes the principle of equivalence, under which these rules must not be less favourable than those governing similar domestic actions, and the principle of effectiveness, under which these rules must not render practically impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by EEA law.»<sup>125</sup>

Nach *Dystland/Finstad/Sørebø* hat die Akzentuierung der EWR-Prinzipien der Äquivalenz und Effektivität eine entscheidende Konsequenz: «[...] even though EU procedural or criminal law rules are deemed not to be EEA relevant, the EFTA states may nevertheless be obliged to have national procedural rules and legal sanctions that meet the EEA law principles of equality and effectiveness.»<sup>126</sup>

#### VI.5 Europa als kriminalgeographische Einheit

Die Globalisierung der Kriminalität und deren Einwirken auf Europa, das nach *Hecker* kriminalgeographisch schon längst eine Einheit geworden ist, stellen die europäische Kriminalpolitik vor grosse Herausforderungen, da der nach wie vor prägende nationalstaatliche Bezug der Strafrechtsordnungen den grenzüberschreitenden Kriminalitätsformen nicht durchwegs adäquat zu begegnen vermag. Die nationalen Strafrechtssysteme sind zunehmend in einen dynamisch verlaufenden Prozess der Europäisierung eingebunden.<sup>127</sup>

#### VII. Zusammenfassung und Ausblick

Obgleich strafrechtliche Bestimmungen «eigentlich» nicht EWR-relevant sind, wurde 2015 vom Gemeinsamen EWR-Ausschuss die Richtlinie 2008/99/EG über

zionalen Sicherheit, ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1.

<sup>124</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 16.12.2013, Creditinfo Lanstraut hf. and Registers Iceland and the Icelandic State, Rs. E-7/13, Rz 45.

<sup>125</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 30.6.2021, O and The Norwegian Government, represented by the Labour and Welfare Directorate, Rs. E-13/20, Rz 64. Vgl. auch EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 13.6.2013, Beatrix Susanne Koch, Lothar Hummel, Stefan Müller und Swiss Life (Liechtenstein) AG, Rs. E-11/12, insbesondere Rz 121, 123 und 132. Zu den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität siehe EuGH (Grosse Kammer), Urteil vom 2.5.2018 (Mauro Scaldione), Rs. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295, Rz 31 ff. und Rz 53 ff. oder EuGH (Grosse Kammer), Urteil vom 8.9.2015 (Ivo Taricco), Rs. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, Rz 39: «Auch wenn zwar die Mitgliedstaaten die anwendbaren Sanktionen – bei denen es sich um verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen oder um eine Kombination der beiden handeln kann – frei wählen können, [...] so können strafrechtliche Sanktionen doch unerlässlich sein, um bestimmte Fälle von schwerem Mehrwertsteuerbetrug wirksam und abschreckend zu bekämpfen.»

<sup>126</sup> Siehe *Dystland/Finstad/Sørebø*, in Arnesen, Agreement on the European Economic Area (Fn. 4), Teil II Art 7 Rz 48.

<sup>127</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht (Fn. 12), S. 23.

<sup>118</sup> Ebd.

<sup>119</sup> StGH, Gutachten vom 11.12.1995, LES 1996/3, S. 119 (S. 123).

<sup>120</sup> Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5.10.1921, LGBl. 1921 Nr 15 (LR 101).

<sup>121</sup> Vgl. *Peter Bussjäger*, Art 8 LV, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung, Online-Kommentar, BERNER, BERN, verfassung.li, Rz 110 ff. (Stand: 31.8.2015, abgerufen: 29.7.2021).

<sup>122</sup> Kundmachung vom 24.5.2005 des Beschlusses Nr 130/2004 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, LGBl. 2005 Nr 103.

<sup>123</sup> Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der so-

den strafrechtlichen Schutz der Umwelt in den EWR-Rechtsbestand übernommen. Der Kriminalisierungsverpflichtung zum Schutz der Ozonschicht gemäss Art 3 Bst. i der Richtlinie ist Liechtenstein im Rahmen der Strafrechtsreform von 2019 durch die Rezeption der §§ 177d und 177e öStGB nachgekommen. Durch die Rezeption dieser Bestimmungen hat Liechtenstein auch die damit verbundenen Auslegungsschwierigkeiten übernommen. Überdies stellt sich das Problem des Doppelverfolgungsverbot nach Art 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, da aufgrund des Zollvertrages von 1923 mit der Schweiz zugleich die einschlägigen Strafbestimmungen des schweizerischen Umweltschutzgesetzes in Verbindung mit der Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung in Liechtenstein anwendbar sind.

Im EU-Ratsdokument 14065/19 vom 5.12.2019 wurde betont, dass es sich bei der Umweltkriminalität um eine «Kontrollkriminalität»<sup>128</sup> handle, die «proaktiv», also vorausschauend und zielgerichtet, bekämpft werden müsse. Daher sei es bedauerlich, wenn diesen Kriminalitätsformen auf politischer Ebene nur geringe Bedeutung beigemessen werde. Zudem zeige sich, dass in einigen Fällen die verwaltungsrechtliche Verfolgung effizienter als die gerichtliche Verfolgung erscheine. Generell sei jedenfalls ein Mangel an aussagekräftigen Statistiken zu verzeichnen.<sup>129</sup>

2020 hat die EU-Kommission eine «Folgenabschätzung in der Anfangsphase» mit dem Ziel gestartet, die Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt umfassend zu reformieren.<sup>130</sup> Insbesondere sollen die Kriminalisierungsverpflichtungen konkretisiert und mit Mindesthöchststrafen flankiert werden.<sup>131</sup> Die Kommission hat in diesem Zusammenhang der Auffassung vertreten, dass die genannte Richtlinie den in sie gesetzten Zielen nicht gerecht werde: «[...] some elements of the definitions of environmental crimes in Article 3 of the ECD [Umwelt-RL] leave room for diverging legal interpretations that could hamper cross-border cooperation and lead to uncertainty as to whether or not an individual environmental crime has been committed. Sanctions types and levels differ greatly among Member States and their application in practice does not appear to be dissuasive. Sanction levels imposed are often very low and not proportionate to the harmfulness of environmental crime. [...] The material scope of the ECD is currently defined by

a reference to 72 EU legislative instruments on environmental law in its annexes, which today are largely outdated. A feasible mechanism to ensure that the annexes are being updated and that new relevant EU legislation comes under the scope of the ECD is missing.»<sup>132</sup>

Das öffentliche Konsultationsverfahren, in dem die Interessenträger von der Kommission aufgefordert wurden, ihre Meinung zur Reform der Richtlinie zu äussern und ihre Erfahrungen einzubringen, erfolgte vom 8.2.2021 bis zum 3.5.2021.<sup>133</sup> Die Annahme eines Legislativvorschlages seitens der Kommission ist für das 4. Quartal 2021 geplant.<sup>134</sup>

Wenn die Richtlinie geändert wird, kommt wieder der Gemeinsame EWR-Ausschuss zum Zug und dann stellt sich ihm respektive den EWR/EFTA-Staaten die Frage nach der EWR-Relevanz von EU-Kriminalisierungsverpflichtungen. Dies dürfte neuerlich zu Diskussionen führen.

<sup>128</sup> Bei der Kontrollkriminalität – etwa bei der Betäubungsmittelkriminalität – ist die Polizei ausschliesslich auf eigene Wahrnehmungen und Feststellungen angewiesen, da keiner der Beteiligten an einer Strafverfolgung interessiert ist. Die Aufhellung der tatsächlich vorhandenen Kriminalität hängt damit wesentlich von den Aktivitäten der Polizei ab (<http://www.juramagazin.de/46975.html>. Abgerufen: 6.8.2021).

<sup>129</sup> Dominik Brodowski, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2020/6, S. 285 (S. 288).

<sup>130</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12779-Umweltkriminalitaet-Verbesserung-der-EU-Vorschriften-uber-den-strafrechtlichen-Schutz-der-Umwelt\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12779-Umweltkriminalitaet-Verbesserung-der-EU-Vorschriften-uber-den-strafrechtlichen-Schutz-der-Umwelt_de) (abgerufen: 5.11.2021).

<sup>131</sup> Dominik Brodowski, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2021/6, S. 373 (S. 377).

<sup>132</sup> Siehe ARES (2020) 7247236 – 1.12.2020.

<sup>133</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12779-Improving-environmental-protection-through-criminal-law/public-consultation\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12779-Improving-environmental-protection-through-criminal-law/public-consultation_de) (abgerufen: 23.8.2021).

<sup>134</sup> Siehe [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12779-Umweltkriminalitaet-Verbesserung-der-EU-Vorschriften-uber-den-strafrechtlichen-Schutz-der-Umwelt\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12779-Umweltkriminalitaet-Verbesserung-der-EU-Vorschriften-uber-den-strafrechtlichen-Schutz-der-Umwelt_de) (abgerufen: 5.11.2021).

## Kryptowährungen in der Bankbilanz

Alexander Schopper und Patrick Raschner\*

### 1. Einleitung

Zuletzt war die Kursentwicklung von Bitcoin (BTC) und anderen Krypto-Assets von einem Auf und Ab geprägt. Trotz der hohen Volatilität akzeptieren immer mehr etablierte Unternehmen Kryptowährungen als Zahlungsmittel. Seit kurzem können US-Kunden des Online-Bezahldienstes *Paypal* bei allen Händlern mit Kryptowährungen bezahlen.<sup>1</sup> Unlängst hat auch *Nexon*, ein an der Tokioter Börse gelisteter Hersteller von Computerspielen, BTC im Wert von 100 Mio USD gekauft, was ua damit begründet wurde, dass der Kauf von BTC eine Strategie zum Erhalt der Kaufkraft der «cash assets» widerspiegeln.<sup>2</sup> Für besonderes Aufsehen gesorgt hat in letzter Zeit der Elektro-Autobauer *Tesla*, indem er BTC iHv 1,5 Mrd USD in seine Bilanz aufgenommen<sup>3</sup> und in weiterer Folge auch wieder 10% verkauft hat, um die Liquidität von BTC als Alternative zum Halten von Bargeld in der Bilanz zu demonstrieren.<sup>4</sup> Später wurde bekannt, dass Tesla Zahlungen mit BTC wegen Umwelterwägungen zumindest vorerst gestoppt hat.<sup>5</sup> *El Salvador* hat im Juni 2021 als weltweit erster Staat die Kryptowährung BTC zum gesetzlichen Zahlungsmittel erklärt.<sup>6</sup>

Für den Finanzplatz Liechtenstein stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, wie auf solche Entwicklungen zu reagieren ist. Klärungsbedürftig ist aus rechtlicher Sicht unter anderem, wie entsprechende Investments durch liechtensteinische Banken zu behandeln sind.<sup>7</sup> Der vorliegende Beitrag geht dem nach und untersucht dafür zunächst die grundsätzliche Zulässigkeit des Haltens von

Krypto-Anlagen durch Banken nach liechtensteinischem und europäischem Bankenrecht. Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, wie digitale Assets aus rechnungslegungsrechtlicher Sicht zu klassifizieren sind und welche bilanzielle Implikationen dies für die Eigenmittel von Banken hat. Dabei ist die aufsichtsrechtliche Frage etwaiger Eigenmittelanforderungen durch eine Verzahnung mit den bilanzrechtlichen Vorgaben gekennzeichnet.<sup>8</sup> Insbesondere verweisen die Begriffsbestimmungen der unmittelbar anwendbaren europäischen Kapitaladäquanzverordnung (Capital Requirements Regulation, CRR)<sup>9</sup> für deren aufsichtsrechtliche Einordnung auf den «geltenden Rechnungslegungsrahmen».<sup>10</sup> Darunter versteht die CRR jene Rechnungslegungsstandards, denen ein Kreditinstitut unterliegt,<sup>11</sup> dh entweder die IAS-Verordnung<sup>12</sup> oder die Bankbilanzrichtlinie (BBRL).<sup>13</sup> Für die nachfolgende Untersuchung bedeutet dies, dass einerseits zwischen Banken, die (zwingend) nach den International Financial Reporting Standards (IFRS)<sup>14</sup> und andererseits Banken, die nach den national umgesetzten Vorschriften der BBRL<sup>15</sup> bilanzieren, zu unterschei-

<sup>8</sup> Vgl für Ö allg zur Verzahnung bei der Erstellung des Jahresabschlusses *Oppitz*, Bankrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts<sup>4</sup> (2019) II 41 (105); speziell iZm Kryptowährungen auch *Braunauer/Ewerz*, «Cage the beast»: Virtuelle Währungen im CRR-Regime, *ecolex* 2020, 936 (937).

<sup>9</sup> Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012, ABl 2013 L 176/1. Der Gemeinsame EWR-Ausschuss hat die CRR am 29.3.2019 in das EWR-Abkommen übernommen. S Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 79/2019 vom 29. März 2019 zur Änderung des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) des EWR-Abkommens 2019/2133, ABl 2019 L 321/170; LGBl 2019 Nr 343.

<sup>10</sup> Art 24 CRR bestimmt, dass Vermögenswerte und ausserbilanzielle Posten nach dem geltenden Rechnungslegungsrahmen bewertet werden. Näher dazu noch unten Pkt 5.1.1.

<sup>11</sup> Vgl Art 4 Abs 1 Nr 77 CRR.

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl 2002 L 243/1. Dazu Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 37/2003 vom 14. März 2003 zur Änderung des Anhangs XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens, ABl 2003 L 137/44, LGBl 2004 Nr 96

<sup>13</sup> Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 8. Dezember 1986 über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten, ABl 1986 L 372/1, die bereits mehrmals geändert wurde. Durch das EWR-Abkommen wurde der Anwendungsbereich der Richtlinie mit Wirkung vom 1.5.1995 auch auf Liechtenstein ausgedehnt; Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum – Anhang IX, Nr 21, ABl 1994 L 1/3; LGBl 1995 Nr 68.

<sup>14</sup> S Art 10 Abs 4 S 2 BankG (Gesetz vom 21. Oktober 1992 über die Banken und Wertpapierfirmen [Bankengesetz; BankG], LGBl 1992 Nr 108) iVm Art 1139 Abs 4 PGR für kapitalmarktorientierte Unternehmen (Personen- und Gesellschaftsrecht, LGBl 1926 Nr 4). Daneben können sich Unternehmen auch *freiwillig* den IFRS unterwerfen (Art 1139 Abs 1 PGR). Dazu zB auch Bericht und Antrag 2004/17, S 7.

<sup>15</sup> S hierzu Art 10 Abs 4 S 1 BankG und insb in den Art 22 bis 24n BankV. Zudem enthält die 5. Abteilung, im 20. Titel des PGR, im 3. Abschnitt, 1. Unterabschnitt noch ergänzende Vorschriften für Banken.

\* Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck und Professor an der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL). Univ.-Ass. Mag. Patrick Raschner ist als Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck tätig. Kontakt: alexander.schopper@uibk.ac.at und patrick.raschner@uibk.ac.at.

<sup>1</sup> S dazu die Ankündigung auf *Paypal*, Crypto for the people, <https://www.paypal.com/us/webapps/mpp/crypto>.

<sup>2</sup> Vgl *Nexon*, Nexon Purchases \$100 Million Worth of Bitcoin, 28.4.2021, <https://pdf.irpocket.com/C3659/bxTh/SDDC/wbxu.pdf>, wonach man zudem glaubt, dass die Kryptowährung langfristige Stabilität und Liquidität bietet.

<sup>3</sup> S die Einreichung bei der US-Börsenaufsichtsbehörde SEC, abrufbar unter [https://www.sec.gov/ix?doc=/Archives/edgar/data/1318605/000156459021004599/tsla-10k\\_20201231.htm](https://www.sec.gov/ix?doc=/Archives/edgar/data/1318605/000156459021004599/tsla-10k_20201231.htm).

<sup>4</sup> So ausdrücklich der CEO von Tesla *Elon Musk* in einem Tweet vom 27.4.2021, abrufbar unter <https://twitter.com/elonmusk/status/1386821144037236737?s=20>.

<sup>5</sup> S *Elon Musk* in einem Tweet vom 13.5.2021, <https://twitter.com/elonmusk/status/1392602041025843203?s=20>.

<sup>6</sup> Am 8.6.2021 wurde in El Salvador ein Bitcoin-Gesetz (spanisch: «Ley Bitcoin») verabschiedet, das BTC am 7.9.2021 den Status eines gesetzlichen Zahlungsmittels innerhalb El Salvadors verliehen hat. S auf Spanisch *Diario Oficial*, numero 110, tomo n° 431, 9 de junio de 2021, 13 abrufbar unter <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2021/06-junio/09-06-2021.pdf>. Zum Gesetzesentwurf des «Bitcoin Law» zB auch *Nayib Bukele*, Präsident des Landes, in einem Tweet vom 9.6.2021, <https://twitter.com/nayibbukele/status/1402446890466217985?s=20>.

<sup>7</sup> Teile des Beitrages gehen auf ein Rechtsgutachten zurück.

den ist. Insgesamt liegt der Fokus des Beitrags dabei auf «gewöhnlichen» Kryptowährungen, wie zB BTC, Ether oder Litecoin.<sup>16</sup> Obwohl im deutschsprachigen Raum ein umfangreiches Schrifttum zur Bilanzierung von Kryptowährungen in der Handelsbilanz existiert, bestehen bei näherer Betrachtung grosse Unklarheiten, insbesondere für das liechtensteinische Recht. Die aufsichtsrechtliche Behandlung bei Banken wurde indes bisher überhaupt nur vereinzelt thematisiert,<sup>17</sup> hat aber jüngst durch eine im Juni 2021 veröffentlichte Konsultation des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht<sup>18</sup> neuen Impetus gewonnen.

## 2. Zulässigkeit des Haltens von Kryptowährungen

Zunächst stellt sich die Vorfrage, ob Banken überhaupt Kryptowährungen als Aktivum in der Bilanz ausweisen dürfen. Für eine Zulässigkeit sprechen jedenfalls Aussagen der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) in einem Bericht von 2019, in dem zwar eine konservative prudentielle Behandlung von Krypto-Assets gefordert,<sup>19</sup> implizit aber die Möglichkeit des Haltens von digitalen Assets durch Banken anerkannt wird. Dies wird auch von der Lit<sup>20</sup> sowie vom Basler Ausschuss, dem globalen Gremium für die Bankenregulierung, vorausgesetzt. In einem Ende 2019 vom Basler Ausschuss veröffentlichten Diskussionspapier werden vielfältige Fälle genannt, in denen Banken mit Kryptowerten in Berührung kommen können und explizit der Fall «owning crypto-assets directly (eg as an investment)» angeführt.<sup>21</sup> Die prinzipielle Zulässigkeit wird noch dadurch bestätigt, dass die anvisierten Vorgaben (nur) einen Mindeststandard darstel-

len würden und es Jurisdiktionen freistünde, zusätzliche und/oder konservativere Massnahmen anzuwenden, wenn dies für notwendig befunden wird. Bemerkenswerterweise wird dabei auch ausdrücklich die Möglichkeit genannt, Banken das Halten von Krypto-Assets vollkommen zu verbieten.<sup>22</sup>

Im Ergebnis ist die Frage, ob Banken Kryptowährungen als Aktivum in der Bilanz ausweisen dürfen, gegenwärtig von den nationalen Gesetzgebern der EWR-Mitgliedstaaten zu entscheiden. Ein derartiges Verbot, Kryptowährungen in der Bankbilanz zu halten, existiert in Liechtenstein nicht. Daher können in Liechtenstein Banken **Kryptowährungen auf eigene Rechnung erwerben und in ihrer Bilanz ausweisen**. Ob ein generelles Verbot mit dem vom Basler Ausschuss selbst ins Treffen geführten Grundsatz der Technologieneutralität<sup>23</sup> vereinbar und aus verfassungs- bzw grundrechtlicher Sicht im EWR überhaupt zulässig wäre, ist zu bezweifeln, soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

## 3. Bilanzierung nach den International Financial Reporting Standards

Nachdem soeben dargelegt wurde, dass eine Bank Kryptowährungen in der Bilanz als Aktivum ausweisen darf, stellt sich die Frage nach deren Klassifizierung im geltenden Rechnungslegungsrahmen. Entsprechend der eingangs dargelegten Zweiteilung von internationalem und nationalem Rechnungslegungsrecht, wird zunächst die bilanzielle Einordnung bei Banken, die nach den IFRS<sup>24</sup> bilanzieren, untersucht. Generell gibt es zur Bilanzierung von Kryptowährungen nach IFRS (wie auch im PGR und BankG iVm BankV) noch *keine spezifischen Vorschriften*. Während eine Bilanzierung im System des nationalen Rechnungslegungsrechts grundsätzlich von der Funktion im Unternehmen und der Zuordnung zum Anlage- oder Umlaufvermögen abhängt,<sup>25</sup> ist diese Unterscheidung im Bereich der internationalen Rechnungslegung weniger präsent, vielmehr besteht hier die Herausforderung, Kryptowährungen unter einen bestimmten IFRS-Standard zu subsumieren.<sup>26</sup>

<sup>16</sup> Sonstige Kryptowerte wie «Stablecoins» werden an anderer Stelle gesondert zu untersuchen sein.

<sup>17</sup> Soweit ersichtlich für Ö nur *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936; sowie aus europäischer Perspektive *Sopp/Grünberger*, Bilanzierung von virtuellen Währungen nach IFRS und aufsichtsrechtliche Behandlung bei Banken, IRZ 2018, 219; im Überblick auch *Best/Read*, Krypto-Assets als Risikopositionen – Risiken vermeiden, ohne die Technologie zu behindern, die bank 7/2020, 30 ff; *Atbanassiou*, Shunning Banks or Depending on Them? Crypto Markets and the Rise of Crypto-Friendly Banking, ECFR 2021, 321 (331 ff).

<sup>18</sup> S *Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)*, Prudential treatment of cryptoasset exposures, Consultative Document, Juni 2021, 1, <https://www.bis.org/bcbs/publ/d519.pdf>, wonach Banken derzeit noch mit einem begrenzten Umfang am Kryptomarkt engagiert sind, seine absolute Grösse jedoch bedeutsam und eine erhöhte Aufmerksamkeit von Stakeholdern wahrzunehmen sei. Dazu zB *Basler Aufseher fordern drastisch hohe Risikoversorge bei Bitcoin-Investments*, Handelsblatt vom 10.6.2021, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/bankenregulierung-basler-aufseher-fordern-drastisch-hoherisikoversorge-bei-bitcoin-investments/27274486.html>.

<sup>19</sup> Vgl *EBA*, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 9.1.2019, Rn 63, <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/67493daa-85a8-4429-aa91-e9a5ed880684/EBA%20Report%20on%20crypto%20assets.pdf>.

<sup>20</sup> Für das öBWG *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936; zur CRR *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219; *Best/Read*, die bank 7/2020, 30–33. Die genannten Autoren sprechen eine (Un-)Zulässigkeit gar nicht an, sondern diskutieren vielmehr gleich die prudentielle Behandlung.

<sup>21</sup> S *BCBS*, Discussion Paper on designing a prudential treatment for crypto-assets, 12.12.2019, 9, <https://www.bis.org/bcbs/publ/d490.pdf>.

<sup>22</sup> Vgl *BCBS*, Consultative Document, 2; auch bereits *BCBS*, Discussion Paper, 8.

<sup>23</sup> Dies betontend *BCBS*, Consultative Document, 2. Vgl zum Konzept iZm öDepotgesetz *Raschner/Rebeis*, Die Einführung der digitalen Sammelurkunde, ÖBA 2021, 456 (464) mwN.

<sup>24</sup> Die IFRS werden vom *International Accounting Standards Board (IASB)* herausgegeben und umfassen auch noch die anwendbaren «International Accounting Standards», IAS, dh jene Rechnungslegungsstandards, die bis 2000 vom *International Accounting Standards Committee (IASC)*, der Vorgängerorganisation des IASB, herausgegeben wurden. Ob ein Standard in Liechtenstein rechtsverbindlich ist, hängt vom «Endorsement» durch die EU-Kommission ab. Dies ist grds der Fall, s speziell für das FL auch <https://cdn.ifrs.org/content/dam/ifrs/around-the-world/jurisdiction-profiles/liechtenstein-ifrs-profile.pdf>.

<sup>25</sup> Vgl für das öUGB *Weilinger*, Zur Bilanzierung von Kryptowährungen nach dem UGB, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg), Kryptowährungen. Krypto-Assets, ICOs und Blockchain (2019) 159 (163 f); *Hirschler/Stückler*, Die Bilanzierung von Kryptowährungen, in *Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler* (Hrsg), Digitalisierung im Konzernsteuerrecht (2019) 115 (123).

<sup>26</sup> Vgl idS *Steinbauser/Maier*, Bilanzierung von Kryptowährungen

### 3.1 Ausweis als Zahlungsmittel(äquivalent)?

#### 3.1.1. Zahlungsmittel

Im Anschluss an die in der Einleitung angeführten Entwicklungen stellt sich zunächst die Frage, **ob Kryptowährungen wie BTC als Zahlungsmittel bzw liquide Mittel zu qualifizieren sind.**<sup>27</sup> Wären Kryptowährungen als Zahlungsmittel zu qualifizieren, würden diese – wie noch detaillierter bei Pkt 3.2 ausgeführt wird – unter den Begriff «finanzieller Vermögenswert» gem IAS 32.11 fallen und wären damit **vom Anwendungsbereich der immateriellen Vermögenswerte (IAS 38) ausgenommen.**<sup>28</sup>

Hinsichtlich einer allfälligen Klassifizierung als Zahlungsmittel wird von Literaturstimmen zunächst auf **IAS 7** verwiesen.<sup>29</sup> Dieser definiert Zahlungsmittel für die Kapitalflussrechnung als «Barmittel und Sichteinlagen» (IAS 7.6). Eine nähere Definition von «Barmittel» oder «Sichteinlagen» wird jedoch nicht gegeben.<sup>30</sup> Richtigerweise ist für den Begriff der Zahlungsmittel **IAS 32**<sup>31</sup> heranzuziehen, wie schon vom IFRS Interpretation Committee (IFRS IC)<sup>32</sup> im Juni 2019 in einer sog Agenda-Entscheidung<sup>33</sup> betreffend Holdings of Cryptocurrencies betont wurde.<sup>34</sup> Dies deshalb, weil IAS 38.2 bei der Abgrenzung zum immateriellen Vermögenswert gerade «*finanzielle Vermögenswerte, wie sie in IAS 32 Finanzinstrumente: Darstellung definiert sind*», von seinem Anwendungsbereich ausnimmt.

nach IFRS, in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg), Kryptowährungen. Krypto-Assets, ICOs und Blockchain. Recht – Technik – Wirtschaft (2019) 170 (171).

<sup>27</sup> Auch die Bezeichnung als «Kryptowährung», «Coin» oder «virtuelle Währung» von BTC bzw anderer «native token» mag auf den ersten Blick für einen Nahebezug zu den liquiden Mitteln sprechen. Vgl idS sowohl zum UGB *Steinbauer/Egger*, Unternehmens- und steuerbilanzielle Einordnung von Kryptowährungen am Beispiel des Bitcoins, in Urnik/Fritz-Schmied (Hrsg), Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018 31 (49), als auch zu den IFRS *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (173).

<sup>28</sup> Wie unter Pkt 5.1 analysiert, hat dies grosse Auswirkungen auf das Eigenmittelregime.

<sup>29</sup> Vgl *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (173); auch *Deichsel/Wedl*, Die Bilanzierung von Krypto-Assets in der Rechnungslegung nach UGB und IFRS, RvSt 2021, 61 (82 f).

<sup>30</sup> Vgl zB auch *AASB*, Digital currency – A case for standard setting activity, Dezember 2016, 9, [https://www.aasb.gov.au/admin/file/content102/c3/AASB\\_ASAF\\_DigitalCurrency.pdf](https://www.aasb.gov.au/admin/file/content102/c3/AASB_ASAF_DigitalCurrency.pdf).

<sup>31</sup> IAS 32 regelt nach seinem Titel in erster Linie den Ausweis von Finanzinstrumenten.

<sup>32</sup> Das *IFRS IC* ist ein bei der International Financial Reporting Standards Foundation angesiedeltes Gremium, das die Aufgabe hat, IFRS und IAS zu interpretieren.

<sup>33</sup> Eine Agenda-Entscheidung oder «*agenda decision*» ist zwar an sich nicht bindend, das *IFRS IC* bringt hiermit jedoch zum Ausdruck, dass die bestehenden IFRS-Standards eine bestimmte Fragestellung hinreichend beantworten bzw stellt klar, wie bestehende Standards anzuwenden sind. Vgl zB auch *Blecher/Horx*, Die Bilanzierung von Kryptowährungen nach IFRS - Eine kritische Würdigung der Agendaentscheidung des IFRS IC zur Bilanzierung von Payment-Token, KoR 2020, 53 (55).

<sup>34</sup> *IFRS IC*, Holdings of Cryptocurrencies, Juni 2019, <https://cdn.ifrs.org/-/media/feature/supporting-implementation/agenda-decisions/holdings-of-cryptocurrencies-june-2019.pdf>.

Nach IAS 32.AG3 S 1 sind «**Zahlungsmittel (flüssige Mittel)**»<sup>35</sup> finanzielle Vermögenswerte, «*weil sie das Austauschmedium und deshalb die Grundlage sind, auf der alle Geschäftsvorfälle im Abschluss bewertet und erfasst werden.*» Wie zutr von Analysten der Europäischen Zentralbank (EZB) in der «ECB Internal Crypto-Assets Task Force» (kurz: ECB ICA-TF) in einem *Occasional Paper* vom Mai 2019 betont wurde, sind somit **zwei Hauptelemente** für Zahlungsmittel gem IAS 32.AG3 charakteristisch: der Vermögenswert muss (i) weithin als Gegenleistung bei Transaktionen (dh als **Austauschmedium**) akzeptiert werden und (ii) die Grundlage (dh **Wertmess- bzw Recheneinheit**) sein, auf der alle Geschäftsvorfälle im Abschluss bewertet werden.<sup>36</sup>

Während sich zumindest bei den bekannten Kryptowährungen das Kriterium des Austauschmediums zwar – wie eingangs kurz anhand von BTC dargestellt – zunehmend herauszubilden scheint, scheitert eine Einordnung von Kryptowährungen als Zahlungsmittel (noch) am Umstand, dass **Kryptowährungen nicht Wertmess- bzw Recheneinheit** sind, auf der alle Transaktionen in Abschlüssen gemessen und erfasst werden.<sup>37</sup> Insbesondere ist es *de lege lata unzulässig*, dass eine Bank ihren Abschluss zB in BTC ausgedrückt führt. Zulässige Rechnungslegungswährungen sind nach Art 1049 Abs 1 PGR nur CHF, EUR oder USD.<sup>38</sup> Darüber hinaus ist nach Literaturstimmen für eine Zuordnung zu Zahlungsmitteln auch der Status als **gesetzlich anerkanntes Zahlungsmittel** entscheidend, weshalb uU bei staatlich ausgegebenen Kryptowährungen je nach Ausgestaltung und Umständen des Einzelfalls eine Einstufung als Zahlungsmittel in Frage komme.<sup>39</sup> Inwiefern die gesetzliche Anerkennung gem den IFRS relevant ist, wird aber nicht näher ausgeführt. Derartiges ergibt sich uE allenfalls mittelbar, indem auf die zulässigen Rechnungslegungswährungen im FL

<sup>35</sup> Bzw in der englischen Sprachversion: «*Currency (cash)*».

<sup>36</sup> Vgl *EZB*, Crypto Assets: Implications for financial stability, monetary policy and payments and market infrastructures, Occasional Paper No 223, Mai 2019, 23 bei FN 37, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scopops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>; gleichsinnig *IFRS IC*, Holdings of Cryptocurrencies, 2.

<sup>37</sup> Ähnlich auch *IFRS IC*, Holdings of Cryptocurrencies, 2, das zwar betonte, dass einige Kryptowährungen im Tausch gegen bestimmte Güter oder Dienstleistungen verwendet werden können, aber keine Kryptowährung in einem solchen Umfang als Austauschmedium und Recheneinheit verwendet werde. Anders *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (173 f), wonach die Eigenschaft als Recheneinheit zwar nicht gänzlich auszuschliessen, iE jedoch ebenso nicht von einer Qualifikation als Zahlungsmittel auszugehen sei. Abw *EZB*, Crypto Assets, Occasional Paper No 223, 23 bei FN 38, die offenbar nur den Aspekt des Austauschmediums betont.

<sup>38</sup> Im Einzelnen folgt dies aufgrund Art 10 Abs 4 S 2 BankG, der für den Fall der Bilanzierung von Banken nach IFRS auf Art 1139 PGR verweist. In Art 1139 Abs 3 PGR ist eine Verordnungskompetenz der Regierung zur Festlegung jener Bestimmungen des 20. Titels enthalten, die in diesem Fall anzuwenden sind. In Art 17a Buchst d der danach erlassenen Verordnung vom 19. Dezember 2000 zum PGR (LGBl 2000 Nr 281 idGF) werden für Banken eine Vielzahl von Bestimmungen des 20. Titels des PGR aufgezählt. Anwendbar ist – wie bei der Bilanzierung nach der BBRL – ausdrücklich Art 1049 PGR.

<sup>39</sup> *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (221).

abzustellen ist.<sup>40</sup> Keine Auswirkungen auf die Klassifizierung von BTC hat uE die eingangs erwähnte Erklärung zum gesetzlichen Zahlungsmittel in *El Salvador*. Nach dem Bitcoin-Gesetz wird im Übrigen auch hier für Buchhaltungszwecke weiterhin der USD als Referenzwährung verwendet.<sup>41</sup>

Im Ergebnis fallen Kryptowährungen daher **nicht unter den Begriff der Zahlungsmittel nach IAS 32**.

### 3.1.2. Zahlungsmitteläquivalent

Neben der Qualifikation als Zahlungsmittel wird im Schrifttum noch eine allfällige **Behandlung als Zahlungsmitteläquivalent nach IAS 7** diskutiert.<sup>42</sup> Zahlungsmitteläquivalente sind nach IAS 7.6 *«kurzfristige hochliquide Finanzinvestitionen, die jederzeit in festgelegte Zahlungsmittelbeträge umgewandelt werden können und nur unwesentlichen Wertschwankungsrisiken unterliegen.»*

Die Analysten der EZB schliessen eine Einordnung als Zahlungsmitteläquivalent nur unter Heranziehung der gleichen, insofern aber unpassenden Argumente wie bei Zahlungsmitteln aus.<sup>43</sup> Zutreffend wird in der Lit allerdings **gegen eine Einordnung** von Kryptowährungen als Zahlungsmitteläquivalent vorgebracht, dass nicht nur das zweite Kriterium der unwesentlichen Wertschwankungsrisiken,<sup>44</sup> sondern va das erste **Kriterium der jederzeitigen Umwandlung** in festgelegte Zahlungsmittelbeträge dagegen spreche.<sup>45</sup> In diesem Zusammenhang präzisiert IAS 7.7 den Begriff der Zahlungsmitteläquivalente noch dahingehend, dass eine Finanzinvestition *«nur dann als Zahlungsmitteläquivalent eingestuft [wird], wenn sie unmittelbar in einen festgelegten Zahlungsmittelbetrag umgewandelt werden kann»*, was noch beispielhaft durch eine kurze Restlaufzeit (< drei Monate) und festgelegten Einlösungszeitpunkt konkretisiert wird. Im Ergebnis ist damit eine bloss **Umwandlung zum Marktpreis**, wie auf Krypto-Börsen zwar möglich, **nicht erfasst**,<sup>46</sup> weil keine Umwandlung in einen «festgelegten» Betrag möglich ist.<sup>47</sup> Im Übrigen sollen laut Schrifttum unter **kurzfristigen hochliquiden Finanzinvestitionen** nur Schuldinstrumente und

Einlagen zu qualifizieren sein, wenn bestimmte weitere Kriterien erfüllt sind.<sup>48</sup> Diese werden von Kryptowährungen aber nicht erfüllt.

Somit können Kryptowährungen nicht als **Zahlungsmitteläquivalente** iSv IAS 7 eingestuft werden

### 3.2. Ausweis als immaterielle Vermögenswerte

In Frage kommt vielmehr eine **Einordnung als «immaterieller Vermögenswert»**. Wie bereits erwähnt, ist die Bilanzierung von immateriellen Vermögenswerten in **IAS 38** geregelt. Bevor sogleich näher auf die dort enthaltene Definition eingegangen wird, ist kurz der **Anwendungsbereich** des Standards zu erörtern. IAS 38.2 bestimmt nämlich vier **Ausnahmen**. Potenziell relevant für die vorliegende Untersuchung sind die Ausnahmen für *«immaterielle Vermögenswerte, die in den Anwendungsbereich eines anderen Standards fallen»* (Buchst a) und für *«finanzielle Vermögenswerte, wie sie in IAS 32 Finanzinstrumente: Darstellung definiert sind»* (Buchst b). Anders ausgedrückt, wäre IAS 38 daher (1.) insb nicht anzuwenden auf Kryptowerte, die als Vorräte zu klassifizieren sind und in den **Anwendungsbereich von IAS 2** fallen (dazu kurz unter Pkt 3.3).<sup>49</sup> Dasselbe gilt für Krypto-Assets, die (2.) als finanzielle Vermögenswerte qualifizieren. Was ein *«finanzieller Vermögenswert»* ist, wird in IAS 32.11(a) bis (d) definiert. Der Begriff umfasst insb flüssige Mittel, gehaltene Eigenkapitalinstrumente eines anderen Unternehmens und Rechte auf flüssige Mittel, andere Vermögenswerte sowie Eigenkapitalinstrumente anderer Unternehmen.<sup>50</sup> Wie unter Pkt 3.1.1 dargelegt, liegt kein Zahlungsmittel vor. Darüber hinaus repräsentieren BTC & Co kein Eigenkapitalinstrument eines anderen Unternehmens, kein vertragliches Recht des Halters etc.<sup>51</sup> Die hier untersuchungsgegenständlichen Kryptowährungen zeichnet gerade aus, dass sie weder eine finanzielle Forderung/Verbindlichkeit gegenüber einer natürlichen/juristischen Person darstellen noch ein Eigentumsrecht gegenüber einer anderen Institution verkörpern,<sup>52</sup> sondern ihr Wert (nur) aus dem Prinzip von Angebot und Nachfrage entsteht. Kryptowährungen unterfallen daher **nicht** dem Begriff der **finanziellen Vermögenswerte**.

Da keine der erwähnten Ausnahmen für IAS 38 greift, bleibt zu prüfen, ob ein **immaterieller Vermögenswert** im Sinne dieses Standards vorliegt. Nach IAS 38.8 ist dies *«ein identifizierbarer, nicht monetärer Vermögenswert ohne physische Substanz»*. Bezugnehmend auf diese Definition müssen nach ganz hM drei Voraussetzungen für eine Einordnung als immaterieller Vermögenswert

<sup>40</sup> So wohl auch iZm Stablecoins *Deichsel/Wedl*, RvSt 2021, 61 (82).

<sup>41</sup> Vgl Art 6 Ley Bitcoin im Original: *«[p]ara fines contables»*.

<sup>42</sup> Dagegen *Kirsch/von Wiedling*, Bestandsbilanzierung von Bitcoin im IFRS-Kontext, IRZ 2018, 115 (118); *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (221); *Blecher/Horx*, KoR 2020, 53 (57 f); tendenziell dafür jüngst iZm Stablecoins *Deichsel/Wedl*, RvST 2021, 61 (82 f).

<sup>43</sup> S *EZB*, Crypto Assets, Occasional Paper No 223, 23 bei FN 38.

<sup>44</sup> Dies hervorhebend *Kirsch/von Wiedling*, IRZ 2018, 115 (118).

<sup>45</sup> Vgl *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (221); abw *Blecher/Horx*, KoR 2020, 53 (57 f), die betonen, dass zB BTC definitionsgemäss zwar nicht das erste Kriterium, jedoch dessen Eigenschaften den Zweck erfüllen. Eine Bilanzierung als Zahlungsmitteläquivalent scheidet ihnen zufolge aber am zweiten Kriterium aufgrund nach wie vor relativ starken Wertschwankungen.

<sup>46</sup> Ebenso unter Verweis auf das IFRS IC *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (221).

<sup>47</sup> Vgl auch *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (174 f) mwN, wonach die jederzeitige Konvertierbarkeit in feste Zahlungsmittelbeträge aufgrund der laufenden Wertänderungen von Kryptowährungen und ihrer unterschiedlichen Kurswerte an verschiedenen Krypto-Börsen zu bezweifeln sei.

<sup>48</sup> Dazu mwN *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (221).

<sup>49</sup> So ausdrücklich IAS 38.3(a). Vgl zB auch *Heckeler/Kühnel* in Beck'sches IFRS-Handbuch<sup>6</sup> § 4 Rn 17.

<sup>50</sup> Buchst d betrifft *«einen Vertrag, der in eigenen Eigenkapitalinstrumenten des Unternehmens erfüllt wird oder werden kann»*, kann also vernachlässigt werden.

<sup>51</sup> Zutr *IFRS IC*, Holdings of Cryptocurrencies, 2; ebenso zB *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (221): keine *«(sonstige) finanzielle Vermögenswerte»*.

<sup>52</sup> Anlehnend an die Definition von *«Krypto-Assets»*, die von der ECB ICA-TF benutzt wird, die aber stricto sensu nur Kryptowährungen wie BTC umfasst. S *EZB*, Occasional Paper No 223, 7–9.

kumulativ gegeben sein:<sup>53</sup> (i) Identifizierbarkeit iSv Separierbarkeit (vgl IAS 38.12<sup>54</sup>), (ii) keine physische Substanz und (iii) nicht monetärer Vermögenswert. Während die **ersten beiden Bedingungen** für Krypto-Vermögenswerte in Form von BTC oÄ nach zur hM **unproblematisch** sind,<sup>55</sup> ist das Kriterium des nicht-monetären Vermögenswertes umstritten. Dies ist daher nachstehend näher zu untersuchen.

### 3.2.1. Non-monetärer Vermögenswert?

IAS 38.8 definiert nicht was «nicht monetär» bedeutet, sondern nur positiv was ein **monetärer Vermögenswert** ist, nämlich «im Bestand befindliche Geldmittel und Vermögenswerte, für die das Unternehmen einen festen oder bestimmaren Geldbetrag erhält.» Eine nähere Definition für Geldmittel («money») enthält IAS 38 nicht.<sup>56</sup> Von manchen Literaturstimmen wird eine Klassifizierung als immaterieller Vermögenswert bei Kryptowährungen mit Blick auf den Wortlaut der Definition nun deshalb verneint, weil man an Krypto-Börsen einen bestimmaren Geldbetrag für BTC erhalten kann.<sup>57</sup> Das spreche für einen monetären bzw im Umkehrschluss gegen einen immateriellen Vermögenswert. Teilweise wird auch pauschal IAS 21 ins Treffen geführt, der den Begriff des monetären Postens iZm Wechselkursänderungen definiert<sup>58</sup> und iW mit der Definition von IAS 38 übereinstimmt.<sup>59</sup>

Im Gegensatz dazu, bejahen die wohl überwiegenden Stellungnahmen den non-monetären Charakter von Kryptowährungen.<sup>60</sup> Insb das **IFRS IC** verweist in der bereits erwähnten Agenda-Entscheidung zwar ebenso auf IAS 21, begründet aber die gegenteilige Ansicht mit IAS 21.16 Satz 1. Danach «ist [das wesentliche Merkmal

eines monetären Postens] das Recht auf Erhalt (oder Verpflichtung zur Zahlung) einer festen oder bestimmaren Anzahl von Währungseinheiten.»<sup>61</sup> Wenn mit einer Kryptowährung **kein Recht auf den Erhalt einer festen oder bestimmaren Anzahl von Währungseinheiten verbunden** sei, was bei BTC oder Ether (trotz liquidem Handel auf Krypto-Börsen) der Fall ist, soll ein von einem Unternehmen gehaltener Kryptowährungsbestand die Definition des immateriellen Vermögenswerts in IAS 38 erfüllen.<sup>62</sup> Auch nach Ansicht der **EZB-Taskforce** ist der non-monetäre Charakter bei Kryptowährungen zu bejahen. Begründet wird dies jedoch nicht wie vom IFRS IC mit Verweis auf IAS 21.16, sondern mit Verweis auf die in IAS 32 enthaltene Definition von «Zahlungsmittel (flüssige Mittel)».<sup>63</sup> In ähnlicher Weise wie das IFRS IC äusseren sich im Schrifttum etwa *Sopp/Grünberger*, wonach die Erläuterungen in IAS 21.16 zu monetären Posten zur Auslegung nach IAS 38.8 heranzuziehen sind.<sup>64</sup> Begründet wurde dies offenbar damit, dass IAS 8.11(a) «bei der Auslegung unbestimmter Begriffe in einzelnen Standards primär eine Orientierung an Standards vor[sieht], die ähnliche Fragestellungen behandeln»,<sup>65</sup> weshalb eine Beurteilung als immaterieller Vermögenswert sogar «zwingend» sei.

**Gegen dieses Ergebnis** im Allgemeinen und die Agenda-Entscheidung im Besonderen wird von Teilen des Schrifttums vorgebracht, dass die einzelnen IFRS-Standards für bestimmte Sachverhalte konzipiert wurden und IAS 38 eine eigene Definition monetärer Vermögenswerte enthalte.<sup>66</sup> Der vom IFRS IC angeführte IAS 21 betreffe nur die Umrechnung von Fremdwährungen, Kryptowährungen würden nicht unter den Anwendungsbereich dieses Standards fallen.

Entscheidende Frage scheint somit, **ob die in IAS 38.8 enthaltene Definition von «monetärer Vermögenswert» gem IAS 8.11(a) unter Rückgriff auf IAS 21 auszulegen ist.** IAS 8.11(a) besagt, dass «das Management sich [bei seiner Entscheidungsfindung im Sinne des IAS 8.10] auf folgende Quellen – in absteigender Reihenfolge – zu beziehen und deren Anwendung zu berücksichtigen [hat]: die Vorschriften der IFRS, die ähnliche und verwandte Fragen behandeln». Dabei gilt

<sup>53</sup> Vgl etwa *Steinhauser/Maier* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (177); ebenso *Kirsch/von Wieding*, IRZ 2018, 115 (119), die als viertes Tatbestandsmerkmal noch die grundsätzliche Einordnung als Vermögenswert iSd «Conceptual Frameworks» erwähnen.

<sup>54</sup> Nach IAS 38.12a Satz 1 ist ein Vermögenswert **identifizierbar**, wenn «er separierbar ist, d.h. er kann vom Unternehmen getrennt und verkauft, übertragen, lizenziert, vermietet oder getauscht werden.»

<sup>55</sup> Vgl zB *EZB*, Crypto Assets, Occasional Paper No 223, 23 bei FN 37.

<sup>56</sup> Vgl *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (222).

<sup>57</sup> Vgl *Kirsch/von Wieding*, IRZ 2018, 115 (119), denen zufolge eine Einordnung als immaterieller Vermögenswert aber «vertretbar» erscheine, sich jedoch als (bessere) Alternative für einen separaten Bilanzposten gem IAS 1.55 aussprechen; zust *Lüdenbach*, Bitcoins – Lost in rules, PiR 2018, 103 (105); ähnlich auch *Keiling/Romeike*, Die Bilanzierung von Kryptowährungen, KoR 2018, 268 (270), denen zufolge ein monetärer Vermögenswert vorliegt, weil «ein coin in einen bestimmaren Geldbetrag an den Onlinetauschbörsen getauscht werden [kann]; ähnlich auch *Marx/Dallmann*, Bilanzierung und Bewertung virtueller Währungen im Jahresabschluss nach IFRS, PiR 2019, 125 (127), wonach iE «eine Klassifizierung innerhalb des geltenden Anwendungsberreichs des IAS 38 [...] nicht zweckgerecht [erscheint].»

<sup>58</sup> Nach IAS 21.8 sind monetäre Posten «im Besitz befindliche Währungseinheiten sowie Vermögenswerte und Schulden, für die das Unternehmen eine feste oder bestimmare Anzahl von Währungseinheiten erhält oder zahlen muss.»

<sup>59</sup> S *Lüdenbach*, PiR 2018, 103 (105).

<sup>60</sup> So ausdr, aber wohl selbst offenlassend *Steinhauser/Maier* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (178).

<sup>61</sup> IAS 21.16 Satz 2 und 3 zählen noch demonstrativ Posten auf.

<sup>62</sup> Vgl *IFRS IC*, Holdings of Cryptocurrencies, 1.

<sup>63</sup> Vgl *EZB*, Crypto Assets, Occasional Paper No 223, 23 bei FN 37. Im Ergebnis sind Kryptowährungen laut ECB ICA-TF weit davon entfernt, als Austauschmedium oder als Grundlage zur Messung von Transaktionen allgemein akzeptiert zu werden, weshalb sie der Definition von immateriellen Vermögenswerten (IAS 38.8) entsprechen.

<sup>64</sup> Vgl bereits vor Erlass der Agenda-Entscheidung *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (222), die ergänzend noch auf IAS 21.16 Satz 4 verweisen. Daneben sprechen sich auch weitere Stellungnahmen im Schrifttum dafür aus, Kryptowährungen als immaterielle Vermögenswerte zu behandeln. *Heckeler/Kühnel* in Beck'sches IFRS-Handbuch<sup>6</sup> § 4 Rn 68; ohne nähere Begründung *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (937): «jedenfalls»; ebenso *Best/Read*, die bank 7/2020, 30–33: kein monetärer Vermögenswert.

<sup>65</sup> Dazu und zum Folgenden *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (222, insb bei FN 31).

<sup>66</sup> Vgl dazu und zum Folgenden *Blecher/Horx*, KoR 2020, 53 (55 f). Krit auch schon *Kirsch/von Wieding*, IRZ 2018, 115 (119). S noch die Ausführung bei FN 71.

der in IAS 8.11 angeführte IAS 8.10 «[b]eim Fehlen eines IFRS, der ausdrücklich auf einen Geschäftsvorfall oder sonstige Ereignisse oder Bedingungen zutrifft», weshalb im Schrifttum diesbzgl auch von einer «Regelungslücke» gesprochen wird.<sup>67</sup> Allerdings wird allg in der Lit noch betont, dass bei diesen Ausführungen nicht klar sei, ob sie sich auch (a) auf die Anwendung unscharfer Regeln (faktische Wahlrechte, Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe) oder (b) nur auf das völlige Fehlen einer Regel beziehen.<sup>68</sup>

Je nachdem, ob IAS 8.11(a) ersteres Verständnis zugrunde gelegt wird, scheint eine Interpretation unter Rückgriff auf IAS 21 angezeigt zu sein. Der Wortlaut des IAS 8 spricht uE jedenfalls für die zweite Interpretation (arg: «Fehlen eines IFRS»).<sup>69</sup> Ein solches Fehlen eines IFRS bzw eine Regelungslücke wird aber vom IFRS IC und anderen Stellungnahmen in Bezug auf Kryptowährungen gerade nicht angenommen. Insofern **stellt IAS 8.11(a) keine taugliche Grundlage für einen Rückgriff auf IAS 21 dar**. Hervorzuheben ist jedoch, dass aufgrund des EU-Endorsement-Prozesses nach hM bei Auslegung der IFRS ebenfalls die gebräuchlichen Interpretationsmethoden (Wort-, historische, systematische und teleologische Interpretation) anzuwenden sind.<sup>70</sup> Vor diesem Hintergrund ist **eine Auslegung von IAS 38 im System der anderen IFRS-Standards** durchaus **vertretbar**.<sup>71</sup> Ein zwingender Vorrang iS systematischen Auslegung von IAS 38 im Lichte von IAS 21 besteht uE aber nicht. IdZ ist zusätzlich noch anzumerken, dass von manchen Stimmen in der Lit die Auffanglösung von IAS 8.10 iVm IAS 8.11 gerade angeführt wird, um zu einem anderen Ergebnis als das IFRS IC zu gelangen, um etwa bei tatsächlicher Annahme einer Regelungslücke für Kryptowährungen eine Analogie zu IAS 21 zu begründen.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Allg zB *Töglhofer/Winkler-Janowsky/Schiessel* in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), UGB II/RLG<sup>3</sup> International Financial Reporting Standards (IFRS), International Accounting Standards (IAS) Rn 68 (Stand 1.12.2018, rdb.at); ebenso allg zur Auslegung der Standards *Lübbig/Kühnel* in Beck'sches IFRS-Handbuch<sup>6</sup> § 2 Rn 14.

<sup>68</sup> Vgl *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg*, Haufe IFRS-Kommentar<sup>16</sup> (2018) § 1.77, denen zufolge «[f]ür die **zweite Interpretation** spricht, dass IAS 8.11(a) und IAS 8.12 die Hinzuziehung anderer Standards (nicht anderer Regeln) zu gleichen oder ähnlichen Fragen empfehlen und IAS 8.10 das Fehlen eines spezifisch anwendbaren Standards (nicht einer spezifischen Regel) unterstellt.»

<sup>69</sup> Wohl aA *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (222 bei FN 31); wohl auch *Freiberg*, Die Bilanzierung von digitalen (Krypto-)Währungen nach IFRS, in Fink/Kunath (Hrsg), Digitale Transformation im Finanz- und Rechnungswesen (2019) 147 (150).

<sup>70</sup> Allg zB *Gelter* in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> Vor § 189 Rn 52 (Stand 1.6.2017, rdb.at); s auch *Lübbig/Kühnel* in Beck'sches IFRS-Handbuch<sup>6</sup> § 2 Rn 14, insbesondere die teleologische und die historische Auslegung betonend.

<sup>71</sup> Krit aber *Blecher/Horx*, KoR 2020, 53 (55 f), denen zufolge zur Auslegung von IAS 38 nur die in IAS 38.8 enthaltene Definition des monetären Vermögenswerts und nicht die Definition von IAS 21.8 herangezogen werden sollte. Ähnlich bereits *Kirsch/von Wieding*, IRZ 2018, 115 (119), wonach nicht eindeutig sei, in welchem Verhältnis monetäre Vermögenswerte iSv IAS 38 zu anderen Standards stehen.

<sup>72</sup> Näher *Lüdenbach*, PiR 2018, 103 (107), demzufolge auch andere Analogien denkbar sind, ua IAS 38 sowie IFRS 9; ebenso eine Regelungslücke annehmend *Marx/Dallmann*, PiR 2019, 125

Im Ergebnis sind Kryptowährungen nicht wegen IAS 8.11(a), sondern (nur) aufgrund von systematischer Interpretation des Begriffes «monetärer Vermögenswert» **als immaterielle Vermögenswerte zu klassifizieren**.

### 3.2.2 Sonstige Gegenargumente im Überblick und Zwischenergebnis

Selbst wenn der «nicht monetäre Charakter» bei Kryptowährungen zu bejahen sei, werden von Stimmen in der Lit noch andere Argumente gegen eine Anwendbarkeit von IAS 38 vorgebracht.<sup>73</sup> Es wird zB ins Treffen geführt, dass ein Ausweis als immaterieller Vermögenswert zu **keiner entscheidungsnützlichen Information** («*decision usefulness*») für die Abschlussadressaten führt, weshalb von den **IFRS mittels sog «principle override» abzuweichen** sei.<sup>74</sup> Nach aA ist ein solcher principle override allerdings umstritten<sup>75</sup>, wobei eingeräumt wird, dass die IFRS hierfür gewissen Spielraum bieten.<sup>76</sup> Nach einer weiteren Ansicht ist IAS 38 bei Kryptowährungen infolge **einer fehlenden fortgesetzten Nutzung rechtsfolgenrechtlich nicht anwendbar**, was zu einem impliziten Anwendungsausschluss führe.<sup>77</sup> Ähnlich wird von einer weiteren Stimme mit Bezug auf die Agenda-Entscheidung des IFRS IC vorgebracht, dass weder die Rechtsfolgen noch die Zielsetzungen der IFRS berücksichtigt werden und insb eine Analyse der Neubewertungsmethode deutlich mache, dass die Bilanzierung von Kryptowährungen als immaterielle Vermögenswerte in Bezug auf die Informationsfunktion der Rechnungslegung zu absurden Ergebnissen führe.<sup>78</sup>

Ergänzend dazu, soll bei einer Annahme der Nichtanwendbarkeit des IAS 38 (weil kein immaterieller Vermögenswert), eines «principle override» oder impliziten Anwendungsausschluss nach Ansicht der Lit unter Rückgriff auf bereits genannten IAS 8.10–12 eine **eigene Rechnungslegungsmethode** entwickelt werden.<sup>79</sup> Insb bei Kryptowährungen, die zu Investmentzwecken gehalten

(127); ausdrücklich aA *Freiberg* in Fink/Kunath, Digitale Transformation im Finanz- und Rechnungswesen 147 (157): «keine Regelungslücke».

<sup>73</sup> S im Überblick und kritisch gegenüber den angeführten Argumenten auch *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schlieselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (178 ff).

<sup>74</sup> Näher *Keiling/Romeike*, KoR 2018, 268 (271 f); andeutend ebenso *Kirsch/von Wieding*, IRZ 2018, 115 (119).

<sup>75</sup> Unter Verweis auf den kanadischen nationalen Standardsetter *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schlieselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (179).

<sup>76</sup> Vgl *Baumüller*, Kryptowährungen im Jahresabschluss nach UGB und IFRS, CFOaktuell 2018, 231 (234).

<sup>77</sup> Näher *Lüdenbach*, PiR 2018, 103 (105 f), der dies als schizophres Ergebnis bezeichnet; aA aber *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schlieselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (179), denen zufolge die fortgesetzte Nutzung im Halten zum Zwecke der Wertsteigerung oder zum Zwecke einer alternativen Anlage überschüssiger Mittel bestehen kann.

<sup>78</sup> Vgl im Detail *Blecher/Horx*, KoR 2020, 53 (56 f), jedoch im Unterschied zu *Lüdenbach* nicht den Weg eines «impliziten Anwendungsausschluss» gehend.

<sup>79</sup> Vgl für den Fall einer Regelungslücke *Marx/Dallmann*, PiR 2019, 125 (127); s für den Fall des «impliziten Anwendungsausschluss» *Lüdenbach*, PiR 2018, 103 (106).

werden, könne eine Analogie zu IFRS 9 in Frage kommen.<sup>80</sup> Im Einzelnen soll nach Teilen der Lit ein Ausweis von Kryptowerten in einem **separaten Bilanzposten** gem IAS 1.55 erfolgen, dies unter den «current assets» oder allenfalls unter einem Sammelposten im kurzfristigen Vermögen (zB sonstige nichtfinanzielle Vermögenswerte).<sup>81</sup>

Ohne auf die soeben vorgestellten Meinungen noch näher eingehen zu können, bleibt festzuhalten, dass sich die überwiegende Ansicht<sup>82</sup> – insb IFRS IC und ECB ICA-TF – für eine Behandlung von BTC, Ether & Co als «immaterielle Vermögenswerte» ausspricht. Dies ist uE zutreffend. Die zuletzt in den Raum gestellten Probleme verdeutlichen allerdings, dass alte und insb detaillierte Standards nicht (immer) bei technologischen Weiterentwicklungen passen, weshalb *de lege ferenda* das dringende Bedürfnis besteht, geeignete Standards für Kryptowerte zu entwickeln.<sup>83</sup>

### 3.3. Weitere einschlägige Standards: Immaterielle Vorräte?

Wenngleich Kryptowährungen somit prinzipiell dem Begriff der immateriellen Vermögenswerte unterfallen, kann sich abschliessend noch die Frage stellen, ob gleichzeitig andere Standards einschlägig sein können. Wie unter Pkt 3.2 erwähnt, ist IAS 38 nicht anzuwenden auf Vermögenswerte, die als Vorräte in den **Anwendungsbereich von IAS 2** fallen. **Vorräte** sind nach IAS 2.6(a) Vermögenswerte, «die zum Verkauf im normalen Geschäftsgang gehalten werden».

Eine Einstufung von Kryptowährungen als Vorräte nach IAS 2 ist demnach (nur) möglich, wenn sie zum Verkauf im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebs gehalten werden<sup>84</sup> bzw der Geschäftsgegenstand dem Kryptowährungshandel gewidmet ist.<sup>85</sup> Das blosses Hal-

ten von Kryptowährungen zu Investitions- oder Zahlungszwecken durch eine Bank fällt aber nicht unter IAS 2. In einem solchen Fall sind BTC **nicht als Vorräte zu klassifizieren**.

### 4. Bilanzierung nach den Vorschriften des PGR und BankG mit BankV

Nachdem sich der Befund verdichtet hat, dass von liechtensteinischen Banken gehaltene BTC & Co bei der Bilanzierung nach IFRS als immaterielle Vermögenswerte auszuweisen sind, bleibt zu prüfen, wie Kryptowährungen im nationalen liechtensteinischen Bankbilanzrecht zu klassifizieren sind. Bei liechtensteinischen Banken, die nach der BBRL bilanzieren, ist die Gliederung der Bilanz in Art 24b iVm Anhang 3 BankV geregelt. Ähnlich wie bei der internationalen Rechnungslegung finden sich die Aktivposten «Flüssige Mittel» (1) sowie «immaterielle Anlagewerte» (9). Dabei hängt die Bilanzierung grds von der Zuordnung zum Anlage- oder Umlaufvermögen ab,<sup>86</sup> obgleich diese Unterscheidung bei der Bankbilanz (im Vergleich zur Handelsbilanz) weniger stark ausgeprägt ist.

#### 4.1. Ausweis als flüssige Mittel?

Anhang 3 III B 14 der BankV konkretisiert den Posten 1 Flüssige Mittel. Gem Abs 1 *leg cit* sind als **flüssige Mittel** «der Kassenbestand sowie die Guthaben bei Zentralnotenbanken und Postgiroämtern auszuweisen.» Abs 2 S 1 ergänzt, dass als **Kassenbestand** «gesetzliche Zahlungsmittel einschliesslich der ausländischen Noten und Münzen sowie Postwertzeichen und Gerichtsgebührenmarken auszuweisen [sind].» **Guthaben** sind nach Abs 3 S 1 «nur täglich fällige Guthaben einschliesslich der täglich fälligen Fremdwährungsguthaben bei Zentralnotenbanken und Postgiroämtern der Niederlassungsländer der Bank oder Wertpapierfirma». Eine wie bei den IFRS bestehende Differenzierung zwischen Zahlungsmitteln und Zahlungsmitteläquivalenten gibt es in der BankV nicht. Aus rechtsvergleichender Sicht zeigt sich in Österreich<sup>87</sup> und Deutschland<sup>88</sup> das gleiche Bild, weil alle Bestimmungen auf Art 13 BBRL zurückgehen.

Im Einklang mit der ganz hM ist eine **Einordnung der untersuchungsgegenständlichen Kryptowährungen unter die erste Alternative Kassenbestand** schon aufgrund der Voraussetzung des «gesetzlichen Zahlungsmittels» grundsätzlich **nicht möglich**.<sup>89</sup> Neue

<sup>80</sup> Bei Kryptowährungen, die zu Zahlungszwecken gehalten werden, hingegen IAS 21; s dazu *Lüdenbach*, PiR 2018, 103 (107); *Keiling/Romeike*, KoR 2018, 268 (271).

<sup>81</sup> Für den Fall einer Regelungslücke *Kirsch/von Wieding*, IRZ 2018, 115 (119 f); ihnen folgend *Blecher/Horx*, KoR 2019, 53 (58); auch *Keiling/Romeike*, KoR 2018, 268 (271); für den Fall des principle overrides auch *Keiling/Romeike*, KoR 2018, 268 (272 f); für den Fall des impliziten Ausschlusses *Lüdenbach*, PiR 2018, 103 (106).

<sup>82</sup> Ebenso jüngst, aber erneut krit *Kirsch/von Wieding/Höbener*, Bilanzierungsfähigkeit von Krypto-Token aus einem Hard Fork und Airdrop nach IFRS, IRZ 2020, 495 (495).

<sup>83</sup> Weitergehende Überlegungen zur potentiellen Weiterentwicklung der IFRS-Anforderungen für Krypto-Assets können einem im Juli 2020 von der *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG) veröffentlichten Diskussionspapier entnommen werden. S *EFRAG*, Discussion Paper July 2020: Accounting for Crypto-Assets (Liabilities), abrufbar unter <https://www.efrag.org/Activities/1803070811391795/EFRA-Research-project-on-Crypto-Assets>. Dazu zB *Fischer*, EFRAG: Diskussionspapier zur Bilanzierung von Crypto Assets, PiR 2020, 302.

<sup>84</sup> Ausdrücklich *IFRS IC*, Holdings of Cryptocurrencies, 2. Im Falle von «broker-trader of cryptocurrencies» sei im Übrigen IAS 2.3b einschlägig.

<sup>85</sup> Dafür auch die Lit: *Steinbauer/Maier* in Kirchmayr-Schliesslerberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 170 (176 f); *Lüdenbach*, PiR 2018, 103 (105); *Keiling/Romeike*, KoR 2018, 268 (270); auch *Weich/Sandkühler*, IRZ 2020, 409 (410); aA *Kirsch/von Wieding*, IRZ 2018, 115 (119), wonach BTCs nicht unter IAS 2.6 fallen.

<sup>86</sup> S bereits die Nw bei FN 25.

<sup>87</sup> Im öBWG findet sich in der Anlage 2 zu Artikel I § 43, Teil 1 der entsprechende Aktivposten und eine ähnliche Definition wie in Liechtenstein in § 51 Abs 1 BWG.

<sup>88</sup> Weitgehend idente Vorgaben finden sich auch in D. Zu beachten sind hier die Vorschriften der Kreditinstituts-Rechnungslegungsverordnung, abgekürzt RechKredV, die zur Umsetzung der BBRL dient und das dt Kreditwesengesetz (KWG) flankiert. S im Einzelnen das in der RechKredV enthaltene «Formblatt 1 der Jahresbilanz» iVm § 12 Abs 1 und 2 RechKredV.

<sup>89</sup> Vgl ebenso in Bezug auf Kryptowährungen zum dHGB *Schmidt/Usinger* in Beck'scher Bilanz-Kommentar<sup>12</sup> (2020) HGB § 248 Rn 72; ebenso abl *Marx/Dallmann*, Bilanzierung und Bewertung virtueller Währungen nach HGB und Steuerrecht, StuB 2018, 217 (219 f); auch *Keiling/Romeike* in Maume/Maute (Hrsg), Rechts-handbuch Kryptowerte (2020) § 19 Rn 18; zuletzt *Skauradzsum*,

Fragen stellen sich idZ, weil **BTC** in El Salvador im September 2021 zum «legal tender» erklärt wurde. Im Gegensatz zur IFRS-Regelung normiert das nationale Bankbilanzrecht nicht die Voraussetzung als Recheneinheit, weshalb man verleitet sein könnte, BTC als ausländisches gesetzliches Zahlungsmittel und damit als flüssige Mittel zu klassifizieren.<sup>90</sup> Dagegen einzuwenden ist, dass vom Schrifttum für einen entsprechenden Ausweis unter diesem Posten noch auf *physisches* Bargeld<sup>91</sup> bzw. baren Kassenbestand<sup>92</sup> abgestellt wird, wofür auch die englische Sprachversion der BBRL spricht («*Cash in hand*»). Der bereits erwähnte Grundsatz der Technologieneutralität könnte iSe technologieneutralen Auslegung zwar ein weites Verständnis indizieren, jedoch zeichnen sich flüssige Mittel nach überzeugender Literaturansicht durch eine sofortige und unmittelbare Liquidierbarkeit aus, was im Falle von BTC trotz liquiden Handels problematisch ist.<sup>93</sup> Insofern sprechen auch teleologische Erwägungen gegen eine Klassifikation von BTC als Kassenbestand.

In der Lit wurde noch darauf hingewiesen, dass im öUGB umstritten ist, ob Edelmetalle (zB Goldbarren) oder Edelmetallmünzen zum Kassenbestand zählen und in Lichte dessen, eine Subsumtion von BTC unter den Kassenbestand nicht vollkommen ausgeschlossen sei.<sup>94</sup> Ähnlich dazu, hat die Beschwerdekommision der FMA in der Rechtssache E-9/17 rund um einen E-Geld-Fall<sup>95</sup> eine Vorlagefrage an den EFTA-Gerichtshof zum Begriff «sichere Aktiva mit niedrigem Risiko» herangetragen und wollte unter anderem wissen, ob Gold ein sicheres (liquides) Aktivum mit niedrigem Risiko ist.<sup>96</sup> Während der EFTA-GH *in casu* keine Antwort geben musste,<sup>97</sup> ist im Anwendungsbereich der BankV der klare Wortlaut des Anhang 3 III B 14 Abs 2 einzuwenden, wonach Barren- und Gold im Aktivposten *Sonstige Vermögensgegenstände* zu erfassen ist. Daher kann eine Klassifikation von BTC, ETH oÄ unter Posten 1 nicht mit der bilanzrechtlichen Behandlung von Gold(Barren) begründet werden.<sup>98</sup>

Handels- und steuerrechtliche Bilanzierung von Kryptowerten und Kryptowertpapieren iSv § 1 Abs 11 S. 4 KWG, § 4 Abs 3 eWpG-E, DStR 2021, 1063 (1068); ebenso für das öUGB *Hirschler/Stückler* in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler, Digitalisierung im Konzernsteuerrecht 115 (123); auch *Steinbauer/Egger* in Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018 31 (50 f).

<sup>90</sup> Vgl allg zur Erfassung ausländischer gesetzlicher Zahlungsmittel als Kassenbestand für das öUGB *Hofians* in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 224 Rn 49 (Stand 1.3.2019, rdb.at); zum öBWG *Perkounigg/Stecher* in Dellinger (Hrsg), BWG § 51 Rn 3.

<sup>91</sup> Für Ö *Hirschler/Stückler* in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler, Digitalisierung im Konzernsteuerrecht 115 (123); zust Deichsel/Wedl, RSt 2021, 61 (77).

<sup>92</sup> Zum dHGB *Gerlach/Oser*, Ausgewählte Aspekte zur handelsrechtlichen Bilanzierung von Kryptowährungen, DB 2018, 1541 (1542).

<sup>93</sup> Näher und krit auch *Steinbauer/Egger* in Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018 31 (49 f) mwN.

<sup>94</sup> *Steinbauer/Egger* in Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018 31 (51).

<sup>95</sup> EFTA-GH 30.5.2018, E-9/17 (Edmund Falkenhahn AG).

<sup>96</sup> Ebenda Rn 32, Pkt II/4 der Vorlagefrage.

<sup>97</sup> Ebenda Rn 59.

<sup>98</sup> Ganz generell ist uE daraus nichts zu gewinnen. S weiterführend noch den Text rund um FN 127 f.

**Auch die zweite Alternative Guthaben bei Zentralnotenbanken und Postgiroämtern ist nicht einschlägig.** Es handelt sich bei BTC & Co um keine von Zentralbanken ausgegebene Assets.<sup>99</sup> Anzumerken ist hier, dass sich Bankbilanzen in diesem Unterposten wesentlich von Nichtbanken unterscheiden, weil bei den flüssigen Mitteln nicht die «Guthaben bei [anderen] Kreditinstituten» auszuweisen sind. Diese finden sich im Gleichklang mit der BBRL im Aktivposten 3 «Forderungen gegenüber Banken» (s Art 24b BankV). Dies ist deshalb zu betonen, weil dadurch die in der Lit geführten **Diskussionen zum Thema «Wallets»**<sup>100</sup> iZm § 266 Abs 2 B IV dHGB sowie anlehnend daran zum öUGB gerade **nicht auf Banken übertragen werden können.** Insb ist damit die teilweise in den Raum gestellte, aber uE iaR ebenso zu verneinende Frage, ob bei Banken geführte Wallets für Kryptowährungen als «Guthaben», sohin flüssige Mittel einzuordnen sind,<sup>101</sup> irrelevant.

Im Ergebnis fallen Kryptowährungen, inkl BTC, daher **nicht unter den Posten flüssige Mittel.**

## 4.2. Ausweis als Immaterielle Anlagewerte und Finanzanlagen?

### 4.2.1. Immaterielle Anlagewerte

Zu prüfen ist, ob BTC & Co wie nach den IFRS als immaterielle Güter einzuordnen sind. Anhang 3 III. B. 20 der BankV konkretisiert, welche immaterielle Anlagewerte<sup>102</sup> unter Posten 9 auszuweisen sind. Dies geht auf Art 4 BBRL zurück,<sup>103</sup> wonach immaterielle Anlagewerte gem Aktiva B und C I von Artikel 9 der Richtlinie 78/660/EWG (dh nunmehr Bilanz-RL<sup>104</sup>) darzustellen sind, wes-

<sup>99</sup> Anderes gilt für die aktuell laufenden Projekte zur Einführung von digitalem Zentralbankgeld («*Central Bank Digital Currency*», CBDC).

<sup>100</sup> Gemeint sind damit die «elektronischen Geldbörsen», die zur Sicherung privater kryptografischer Schlüssel dienen, um Kryptowährungen zu halten, zu speichern und zu übertragen.

<sup>101</sup> So wird von einer Ansicht die Nichtanwendbarkeit der HGB-Kategorie damit begründet, dass «*derzeit kein Kreditinstitut eine Wallet anbietet und bestehende Wallet-Anbieter nicht als Kreditinstitut bezeichnet werden können.*» S *Keiling/Romeike* in Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte § 19 Rn 19, unter Verweis auf *Kirsch/von Wieding*, BB 2017, 2731 (2733); für Ö auch *Hirschler/Stückler* in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler, Digitalisierung im Konzernsteuerrecht 115 (123 f): «fraglich». Einschränkend wird zumindest von *Keiling/Romeike* noch festgehalten, dass «*selbst für den Fall, dass ein Kreditinstitut Wallets anbietet, [...] fraglich [bleibt], ob diese ein Äquivalent zu Bankkonten darstellen.*»

<sup>102</sup> Anders als bei den IFRS, die alle «immaterielle Vermögenswerte» erfassen, ist hier zwischen «immateriellen Anlagewerten» (Posten 9) und sonstigen «immateriellen Umlaufwerten» zu unterscheiden. Dazu noch Pkt 4.3.

<sup>103</sup> Weitgehend idente Vorgaben finden sich aus rechtsvergleichender Sicht somit für Banken, die nicht nach IFRS bilanzieren, auch in D. Zu beachten sind hier die Vorschriften der RechKredV. Dazu schon allg bei FN 88.

<sup>104</sup> S Anhang III der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl 2013 L 182/19. S Beschluss des Ge-

halb die Aufzählung in der BankV auch jener in Art 1068 PGR entspricht. Aus diesem Grund kann aus rechtsvergleichender Sicht bei der Frage, ob Kryptowährungen unter den Posten bzw. eine der genannten Ziffern zu subsumieren sind, erneut auf die Ausführungen zum dHGB sowie öUGB zurückgegriffen werden.

Zum dt HGB wird ganz allg. vertreten, dass Kryptowährungen wie BTC im Anlagevermögen als immaterielle Vermögensgegenstände (iSd § 266 Abs 2 A I HGB) zu klassifizieren sind. Und zwar nach einer Ansicht innerhalb des Unterposten 2. (*«entgeltlich erworbene Konzessionen, gewerbliche Schutzrechte und ähnliche Rechte und Werte sowie Lizenzen an solchen Rechten und Werten»*).<sup>105</sup> Übertragen auf Liechtenstein entspräche dies in der BankV dem Unterposten 3 (*«Konzessionen, Patente, Lizenzen, Warenzeichen und ähnliche Rechte und Werte, soweit sie entgeltlich erworben wurden»*). Für Deutschland wird dies damit begründet, dass zu den ähnlichen Werten auch nur faktische Positionen mit wirtschaftlichem Wert gehören, maW rechtlich nicht abgesicherte Werte.<sup>106</sup> Dies stimmt im Ergebnis auch mit der überwiegenden Ansicht zum öUGB überein, derzufolge Kryptowährungen im Bereich des Anlagevermögens als immaterielle Vermögensgegenstände einzuordnen sind.<sup>107</sup> Anlehnend an die dt Lit. wäre nach einer Ansicht ebenso ein Ausweis unter *«ähnlichen Vorteilen»*<sup>108</sup> (iSd § 224 Abs 2 A I Z 1 UGB) passend, wenngleich auch ein eigener Unterposten begründet werden könnte.<sup>109</sup>

Ergebnis: Aufgrund der Vergleichbarkeit des UGB/HGB mit der BankV sprechen gute Gründe dafür, In-

meinsamen EWR-Ausschusses Nr 293/2015 vom 30. Oktober 2015 zur Änderung von Anhang XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens [2017/1082], ABl 2017 L 161/87; LGBl 2021 Nr 189.

<sup>105</sup>Näher *Keiling/Romeike* in Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte § 19 Rn 11 ff (eigene Hervorhebung). Vgl. auch *Skauradszun*, DStR 2021, 1063 (1068), demzufolge ein Ausweis unter *«ähnliche Rechte»* nicht fernliegend sei, aber iE für eine Bilanzausweis unter den Finanzanlagen plädiert. Dazu sogleich noch bei FN 113.

<sup>106</sup>Vgl. *Keiling/Romeike* in Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte § 19 Rn 14 unter Verweis auf weitere allg. Lit.

<sup>107</sup>Vgl. *Hirschler/Stückler* in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler, Digitalisierung im Konzernsteuerrecht 115 (124 f), die auf die zivilrechtliche Einordnung als unkörperliche Sachen bezugnehmen; ebenso *Baumüller*, CFOaktuell 2018, 231 (233); ref. auf die Vorstehenden *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (937): *«am passendsten»*.

<sup>108</sup>Allg. zum Begriff der ähnlichen Vorteile im öUGB Sopp/Grünberger in Zib/Dellinger (Hrsg.), Unternehmensgesetzbuch (2013) § 224 UGB Rn 29, wonach es um *«rein wirtschaftliche, rechtlich nicht abgesicherte Vorteile»* geht, wie *«ungeschützte Erfindungen, Know-how, Rezepte, Geheimverfahren, Kundenkarteten, Film- und Tonaufzeichnungen und Archive»*; ähnlich *Baumgartner* in Bertl/Mandl (Hrsg.), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (21. Lfg 2017) zu § 224 UGB Rn 11.

<sup>109</sup>Vgl. *Steinbauer/Egger* in Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018 31 (48). AA *Hirschler/Stückler* in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler, Digitalisierung im Konzernsteuerrecht 115 (125), denen zufolge unter Verweis auf *Kirsch/von Wieding «eine Kryptowährung keine Konzession, kein gewerbliches Schutzrecht (und ähnliche Rechte und Vorteile), kein Firmenwert und keine geleistete Anzahlung darstellt»* (eigene Hervorhebung). Vielmehr sollte die Bilanzgliederung mit einem **zusätzlichen Posten** ergänzt werden.

vestitionen in Kryptowährungen auch im liechtensteinischen Bankenrecht **als immaterielle Anlagewerte zu klassifizieren**.

#### 4.2.2. Finanzanlagen?

Hervorzuheben ist allerdings noch, dass nach einer weiteren Ansicht zum österreichischen UGB zwar Kryptowährungen in aller Regel immaterielle Vermögenswerte sind,<sup>110</sup> sich aber zugleich die Frage stelle, ob Kryptowährungen (auch) **Finanzanlagen** iSd Handelsbilanz sind.<sup>111</sup> Begründet wird dies nicht mit einer Klassifizierung als Wertpapiere etc.,<sup>112</sup> sondern offenbar damit – wie dies zuletzt auch deutlicher zum dt HGB vertreten wurde –, dass ein Bilanzausweis als immaterieller Anlagewert *«nicht klar und übersichtlich [wäre]»*,<sup>113</sup> weshalb iSd der allgemeinen Grundsätze für die Bilanzgliederung eine weitere Untergliederung des Postens Finanzanlagen geboten sei.<sup>114</sup>

In Liechtenstein findet sich die entsprechende Bestimmung in Art 1067 Abs 4 PGR. Dieser gilt ausweislich Art 1131 Abs 2 PGR grundsätzlich auch für Banken,<sup>115</sup>

<sup>110</sup>Vgl. *Weilinger* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 159 (162).

<sup>111</sup>Zum § 224 Abs 2 A III UGB *Weilinger* in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 159 (162 f), demnach Krypto-Assets grundsätzlich unter Finanzanlagen fallen können, wenn sie dem Anlagevermögen zuzuordnen sind. Laut *Weilinger «wäre hier lediglich die Bilanzgliederung um etwa eine Position mit der Bezeichnung Krypto-Assets oder vielleicht virtuelle Währungen zu ergänzen.»* Jedenfalls handle es sich bei klassischen Kryptowährungen nicht um Finanzinstrumente iSd UGB. Ohne nähere Begründung auch *Denk/Krainer/Reisner/Sixl/Wagner/Breitn*, Bilanzierung 2020 für den Jahresabschluss 2019<sup>16</sup> (2019) Rn 4005, wonach Kryptowährungen je nach Funktion im Unternehmen entweder Finanzanlagevermögen oder eine sonstige Forderung (!) darstellen.

<sup>112</sup>Dies wird von der ganz üA im ö und dt Schrifttum zu Recht abgelehnt. Vgl. zum öUGB *Steinbauer/Egger* in Urnik/Fritz-Schmied (Hrsg.), Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018 (2018) 31 (47 f), wonach Kryptowährungen wie BTC **nicht als Finanzanlage** zu klassifizieren sind, weil nur Finanzvermögen unter den Begriff der Finanzinstrumente zu subsumieren sind. Vgl. für *D Keiling/Romeike* in Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte § 19 Rn 16, denen zufolge Kryptowährungen **keine finanziellen Vermögensgegenstände** iSd § 266 Abs 2 A III HGB sind, weil sie unter keinen der Posten subsumiert werden können; ablehnend auch *Schmidt/Usinger* in Beck'scher Bilanz-Kommentar<sup>12</sup> HGB § 248 Rn 73; ebenso ohne Begründung *Best/Read*, die bank 7/2020, 30–33; *Scharpf/Schaber*, Handbuch Bankbilanz<sup>8</sup> (2020) 762: *«keine Finanzinstrumente im handelsrechtlichen Sinn»*. AA soweit ersichtlich nur *Marx/Dallmann*, StuB 2018, 217 (220), denen zufolge unter Rückgriff der GoB ein Ausweis unter *«Wertpapieren des Anlagevermögens»* sachgerecht erscheint. Ausdrücklich dagegen für das dt KWG *Scharpf/Schaber*, Handbuch Bankbilanz<sup>8</sup> 762, weil BTC die Voraussetzungen des § 7 RechKredV nicht erfülle.

<sup>113</sup>Unter Verweis auf § 243 Abs 2 dHGB *Skauradszun*, DStR 2021, 1063 (1068), der dies damit begründet, dass Kryptowährungen im Unterschied zu immateriellen Vermögensgegenständen meist sehr liquide sind und bei einer Handelbarkeit an Krypto-Börsen einen finanziellen Charakter haben.

<sup>114</sup>Vgl. *Skauradszun*, DStR 2021, 1063 (1068) mit Bezug auf § 265 Abs 5 HGB, der noch anmerkt, dass dies lediglich im Anhang anzugeben wäre.

<sup>115</sup>Im Gegensatz zu Art 1067 Abs 5 und 6 PGR wird Art 1067 Abs 4 PGR ausdrücklich nicht für *«nicht anwendbar»* erklärt.

wonach eine weitere Untergliederung der Posten zulässig (S 2) und auch die Hinzufügung eines neuen Postens im Regime der BBRL insoweit möglich wäre, sofern der Inhalt dieses Postens *«nicht von einem vorgeschriebenen Posten gedeckt wird»* (S 3). Ob sich vorstehende Erwägungen zur Handelsbilanz auf das Regime der BBRL übertragen lassen, erscheint allerdings fraglich. Im Unterschied zu den Gliederungsschemata im UGB/HGB und in Art 1068 PGR gibt es bei **der Gliederung der Bankbilanz** nach Art 24b BankV nämlich **keinen Posten «Finanzanlagen»**. Zwar finden sich teilweise entsprechende Aktivpositionen (insb Posten 5 [Schuldverschreibungen und andere festverzinsliche Wertpapiere] und 6 [Aktien und andere nicht festverzinsliche Wertpapiere]<sup>116</sup>), eine entsprechende Untergliederung dieser Posten erscheint aber ungleich schwieriger.

Aus rechtsvergleichender Sicht ist zwar zuletzt noch auf Aussagen zum Schweizer OR<sup>117</sup> und die nunmehrige Rechnungslegungsverordnung-FINMA zu verweisen, wo Kryptowährung ausdrücklich Eingang unter den «Finanzanlagen» gefunden haben (vgl Art 16 Abs 1 Buchst c und Abs 6).<sup>118</sup> Diese Vorgangsweise könnte allenfalls *de lege ferenda* im Rahmen eines noch zukünftig zu schaffenden Rahmens in Liechtenstein zu erwägen sein. Anders als Liechtenstein ist die Schweiz jedoch nicht an den Rahmen der BBRL gebunden.

Im Ergebnis ist der Ausweis von Kryptowährungen in einem **neuen Unterposten zu Schuldverschreibungen oder Aktien uE nicht zulässig**.

#### 4.3. Ausweis als sonstiger Vermögensgegenstand?

Anders als im IFRS-Regime sind bei den immateriellen Anlagewerten keine Ausnahmen vom Anwendungsbereich enthalten. Aufgrund der grundsätzlichen Zweiteilung zwischen Anlage- und Umlaufvermögen im nationalen Rechnungslegungsrecht (so erfasst Posten 9 nur immaterielle *Anlagewerte*) stellt sich hier aber ebenso die Frage, ob noch ein anderer Aktivposten einschlägig sein könnte. Mangels eines Postens «Vorräte» für Bilanzen nach der BBRL/BankV ist eine Einordnung als Vorratsvermögen nicht möglich.<sup>119</sup> Denkbar ist aber ein Ausweis als **sonstiger Vermögensgegenstand unter Aktivpos-**

**ten 13.**<sup>120</sup> Diese Position umfasst grds alle, nicht von den anderen Posten auszuweisenden Vermögensgegenstände.<sup>121</sup> Die Details präzisiert Anhang 3 III B 22 der BankV.<sup>122</sup>

In Bezug auf BTC & Co wird zur ähnlichen, aber etwas anders strukturierten Bestimmung im **dHGB** vertreten, dass **Kryptowährungen des Umlaufvermögens** innerhalb der *sonstigen Vermögensgegenstände* (§ 266 Abs 2 B II 4 HGB) auszuweisen sind.<sup>123</sup> Im Einzelnen sei ein Ausweis unter sonstigen Vermögensgegenstände dann sachgerecht, wenn Kryptowährungen primär der Abwicklung von Zahlungen dienen oder als (eher kurzfristige) Spekulationsobjekte anzusehen sind.<sup>124</sup> Auch zum **öUGB** finden sich Stellungnahmen für einen Ausweis unter den **«sonstigen Forderungen und Vermögensgegenständen»** im Falle einer Zuordnung von Kryptowährungen zum Umlaufvermögen (§ 224 Abs 2 B II 4 UGB).<sup>125</sup>

Vorstehendes lässt sich auch auf Liechtenstein übertragen. Da ein Anlegen bzw Halten von Kryptowährungen durch liechtensteinische Banken nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis aber langfristig erfolgt, ist eine Klassifizierung als sonstiger Vermögensgegenstand grds nicht einschlägig. Teilweise wird zwar in D noch vertreten, dass BTC generell nicht dem Anlagevermögen zuzuordnen, sondern immer nur ein Ausweis als sonstiger Vermögensgegenstand möglich ist. Begründet wird dies damit, dass selbst *Barrengold* bei Banken im Aktivposten Sonstige Vermögensgegenstände zu erfassen ist<sup>126</sup> (und nicht dem Anlagevermögen zugeordnet werden kann).<sup>127</sup> Diesbzgl ist uE aber **einzuwenden**, dass eine **vergleichbare gesetzliche Anordnung für Kryptowerte gerade fehlt**, weshalb Kryptowährungen, die längerfristig gehalten werden, iRd nationalen Rechnungslegung grds als immaterielle Anlagewerte einzuordnen sind.

Nach strA zum HGB/UGB ist aufgrund des Mindestgliederungscharakters schliesslich noch die Ergänzung

<sup>116</sup> Zudem existieren die Posten 7 [Beteiligungen] und 8 [Anteile an verbundenen Unternehmen].

<sup>117</sup> Vgl *Crypto Valley Association/EXPERTSuisse*, Behandlung von Bitcoin und Initial Coin Offerings (ICO) in der Rechnungslegung nach OR, 5 f, [https://cryptovalley.swiss/wp-content/uploads/QA\\_Position-Behandlung-Bitcoin-und-ICO-Rechnungslegung-nach-OR-04-2019\\_final.pdf](https://cryptovalley.swiss/wp-content/uploads/QA_Position-Behandlung-Bitcoin-und-ICO-Rechnungslegung-nach-OR-04-2019_final.pdf), wonach eine Bilanzierung als *immaterielle Aktiven* für vertretbar angesehen wurde, jedoch eine Klassifizierung von zB BTC *als Wertschriften unter den Finanzanlagen* zu bevorzugen sei, wenn eine langfristige Halteintention besteht.

<sup>118</sup> S auch den dazugehörigen Bericht über die Anhörung vom 18. März bis 18. Juni 2019 zum Entwurf zur neuen Rechnungslegungsverordnung-FINMA und zur Totalrevision des FINMA-RS 15/1 «Rechnungslegung – Banken», 31.10.2019, [https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhörungen/laufende-anhörungen/20190318-rechnungslegung--banken/ab\\_rechnungslegung\\_20191031\\_de.pdf?la=de](https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhörungen/laufende-anhörungen/20190318-rechnungslegung--banken/ab_rechnungslegung_20191031_de.pdf?la=de).

<sup>119</sup> So aber irrtümlich für Ö *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (937).

<sup>120</sup> Zum öBWG *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (937); zum öUGB *Steinhauser/Egger* in *Urnik/Fritz-Schmied*, *Jahrbuch Bilanzsteuerrecht* 2018 31 (51).

<sup>121</sup> So zum österreichischen Pendant *Gaber* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, *BWG*<sup>4</sup> § 43 Rn 7 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

<sup>122</sup> Abs 1 nennt unter Aktivposten 13 «insbesondere» auszuweisende «Sonstige Vermögensgegenstände».

<sup>123</sup> *Keiling/Romeike* in *Maume/Maute*, *Bilanzierung von Krypto-Asets und Kryptowährungen nach IFRS und HGB sowie ein Überblick über die Blockchain-Technologie in Deutschland*, *Rechtshandbuch Kryptowerte* § 19 Rn 23; auch *Weich/Sandkühler*, *IRZ* 2020, 409 (411); auch *Suchan* in *BeckOGK*, *HGB* § 266 Rn 79.

<sup>124</sup> *Schmidt/Usinger* in *Beck'scher Bilanz-Kommentar*<sup>12</sup> *HGB* § 248 Rn 73.

<sup>125</sup> So *Weilinger* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, *Kryptowährungen* 159 (164), der aber auch eine eigene Bilanzposition für möglich hält (s sogleich FN 128); auch *Hirschler/Stückler* in *Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler*, *Digitalisierung im Konzernsteuerrecht* 115 (124): *«mangels anderer Alternativen wird der Ausweis unter den «sonstigen Vermögensgegenständen» zulässig sein.»*

<sup>126</sup> S Anhang 3 III B 14 Abs 2 S 2 BankV.

<sup>127</sup> Vgl für D mit Blick auf den Aktivposten «Liquide Mittel» *Scharpf/Schaber*, *Handbuch Bankbilanz*<sup>8</sup> 763 mit Verweis auf *Haaker*, *Bitcoin: «substanzloses» Gold jenseits des IAS 38?*, *Der Betrieb* 2018, M4 f.

der Bilanzgliederung um eine **eigene Bilanzposition** möglich.<sup>128</sup> Im Banken-Kontext, wo die Rechnungslegung auch aufsichtsrechtlichen Zielsetzungen dient, wäre bei Aufnahme eines weiteren Postens aber wohl umso vorsichtiger vorzugehen.

Im Ergebnis sind BTC & Co nur dann dem **Posten sonstiger Vermögensgegenstand (Aktivposten 13) zuzuordnen, wenn derartige Assets kurzfristig gehalten werden und daher zum Umlaufvermögen zählen.**

## 5. Aufsichtsrechtliche Behandlung nach der CRR

Zum Schutz ihrer Solvenz und der Stabilität des Finanzsystems, müssen Banken gem der CRR bestimmte Mindestkapitalanforderungen einhalten, die im Basel III-Rahmenwerk auch als **1. Säule (Pillar 1)**<sup>129</sup> bezeichnet werden.<sup>130</sup> Insbesondere muss jedes CRR-Kreditinstitut eine **harte Kernkapitalquote** von 4,5%, eine **Kernkapitalquote** von 6% und eine Gesamtkapitalquote von 8% aufweisen (Art 92 Abs 1 CRR).<sup>131</sup> Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass Banken zumindest 4,5% hartes Kernkapital (*common equity tier 1 – CET1*),<sup>132</sup> 1,5% zusätzliches Kernkapital<sup>133</sup> sowie 2% Ergänzungskapital<sup>134</sup> vorzuhalten haben. Die jeweiligen Kapitalquoten ergeben sich gem Art 92 Abs 2 CRR aus dem Prozentsatz des Gesamtforderungsbetrags,<sup>135</sup> der grundsätzlich nach dem Konzept der risikogewichteten Forderungsbeträge berechnet wird (Abs 3 *leg cit*). Vereinfacht ausgedrückt be-

sagt dieses Konzept, *«dass sichere Vermögenswerte durch weniger Eigenkapital (Eigenmittel) unterlegt werden, während risikoträchtigere Vermögenswerte eine höhere Risikogewichtung erhalten.»*<sup>136</sup> Im Einzelnen sieht die CRR hierfür ein diffiziles System vor, das im Hinblick auf Kredit-, Markt-, operationellem und Abwicklungsrisiko verschiedene Eigenmittelanforderungen vorschreibt.<sup>137</sup>

In unserem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie das Halten von Krypto-Vermögenswerten im Rahmen der CRR zu behandeln ist und welche allfälligen Eigenmittelanforderungen bei Anlagen in BTC & Co anzuwenden sind.

### 5.1. Abzug vom regulatorischen harten Kernkapital?

#### 5.1.1. Vorgaben der geltenden EWR-Bankenregulierung

Zum Schutz gegen unerwartete Verluste im *Going-concern* sind in Art 36 ff CRR für Bilanzposten, die nicht bzw bloss eingeschränkt verfügbar sind oder nur schwer quantifiziert/bedingt realisiert werden können, **Abzugspflichten** vorgesehen.<sup>138</sup> In diesem Sinn statuiert Art 36 Abs 1 Buchst b CRR-VO, dass **«immaterielle Vermögenswerte» vom CET1 abzuziehen** sind.<sup>139</sup> Der Begriff hat im CRR-Regime ausdrücklich die gleiche Bedeutung wie im geltenden Rechnungslegungsrahmen.<sup>140</sup> Aufgrund dieser Verzahnung bedeutet das für liechtensteinische **Banken, die nach IFRS** bilanzieren, dass sie die von IAS 38 erfassten immateriellen Vermögenswerte abzuziehen haben.<sup>141</sup> Wie bereits seitens der EZB-Taskforce betont wurde und anhand folgendem Beispiel demonstriert wird, hat eine Klassifizierung von Kryptowährungen als immaterielle Vermögenswerte daher **automatisch** zur Folge, dass sie **voll vom CET1 abzuziehen** sind.<sup>142</sup>

*Die nach den IFRS bilanzierende Bank A erwirbt an einer Krypto-Börse einen BTC. Entsprechend der Vorgaben des IFRS IC wird dies bilanziell als immaterieller Vermögenswert gem IAS 38 ausgewiesen. Das Halten eines BTC, der am Stichtag 13.9.2021 40.850,40.- CHF ent-*

<sup>128</sup> Bejahend für Ö Weilinger in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger, Kryptowährungen 159 (164); auch für D Schmidt/Usinger in Beck'scher Bilanz-Kommentar<sup>12</sup> HGB § 248 Rn 73: *«nabeliegenderweise nach dem Posten Flüssige Mittel»*. AA zum öUGB Steinhauser/Egger in Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018 31 (51), denen zufolge gegen die Aufnahme eines weiteren Postens jedoch die Auffangfunktion der sonstigen Vermögensgegenstände spricht und daher nur eine weitere Untergliederung befürworten. So auch Deichsel/Wedl, RwSt 2021, 61 (78): bei Überschreitung von 10% des Gesamtbetrages.

<sup>129</sup> Neben der 1. Säule ist im Rahmen der **2. Säule** (Aufsichtliches Überprüfungsverfahren) ausserdem eine ständige Überprüfung der Banken auf Einhaltung der Mindestkapitalanforderungen vorgesehen, wodurch Aufsichtsbehörden uU frühzeitig weitere Präventivmassnahmen (dh Quote von über 8%) festlegen können sollen. Dies ist – wie auch die **Säule 3** (Erweiterte Offenlegung und Marktdisziplin) – allerdings nicht Gegenstand des Beitrags. Für erste Überlegungen s *BCBS*, Discussion Paper, 16–18 und 19; *Athanassiou*, ECFR 2021, 321 (333).

<sup>130</sup> Um genau zu sein, enthält die Säule 1 neben Eigenmittel-, auch **Liquiditätsanforderungen**. Näher zB *Stern*, Bankenaufsichtsrecht im Europäischen Wirtschaftsraum: normative Lehren aus der Finanzkrise (2020) 133 ff, 140 ff. Diese bleiben hier aber ebenso ausser Acht. Dazu überblicksweise *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (938), wonach Kryptowährungen weder iRd «Liquidity Coverage Ratio» noch iZm der «Net Stable Funding Ratio» als «High Quality Liquid Assets», respektive als liquiditätsfördernd berücksichtigt werden können.

<sup>131</sup> Für eine illustrative Darstellung s *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre (2019) 355.

<sup>132</sup> Vgl Art 25 CRR.

<sup>133</sup> Vgl Art 51 CRR.

<sup>134</sup> Vgl Art 62 CRR.

<sup>135</sup> Vgl zB auch *Moloney*, The 2013 Capital Requirements Directive IV and Capital Requirements Regulation: Implications and Institutional Effects, ZÖR 2016, 385 (396 f).

<sup>136</sup> S zB <http://www.consilium.europa.eu/de/policies/banking-union/single-rulebook/capital-requirements/>.

<sup>137</sup> Vgl die normative Zielsetzung in Art 1 Buchst a CRR. Für eine umfassende Darstellung der Kapitalregulierung s *Stern*, Bankenaufsichtsrecht im Europäischen Wirtschaftsraum 139 ff.

<sup>138</sup> Vgl zB *Frank/Schirk* in Dellinger/Blume (Hrsg), CRR – Kommentar (1. Lfg 2018) zu Art 36 Rn 1.

<sup>139</sup> Vgl bspw *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 366, weil man hier annehmen könne, dass sie im Liquidationsfall wertlos sind.

<sup>140</sup> Art 4 Abs 1 Nr 115 CRR.

<sup>141</sup> Vgl zB allg für Ö *Schiebel/Trost* in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG<sup>4</sup> Art 37 CRR Rn 3 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

<sup>142</sup> Vgl *EZB*, Crypto Assets, Occasional Paper No 223, 23. Vgl auch die Lit: *Best/Read*, die bank 7/2020, 30–33; *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (223); *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (937); *Gola/Caponera*, Policy issues on crypto-assets, Università Cattaneo Working Papers Numero 7 – 2019, 30 f, [https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2019-0484/Policy\\_issues\\_on\\_crypto\\_assets.pdf?language\\_id=1](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2019-0484/Policy_issues_on_crypto_assets.pdf?language_id=1); *EFRAG*, Discussion Paper July 2020, Rn 3.94, die noch anmerkt, dass dies Banken möglicherweise von Investments in Krypto-Assets abhält.

spricht, führt dazu, dass die Bank A dies mit 40.850,40.- CHF bei den Eigenmitteln in Abzug zu bringen hat.

Auch bei **Banken, die nach der BankV** bilanzieren, sind Kryptowährungen, die als **immaterielle Anlagewerte** qualifizieren, **obligatorisch abzuziehen**.<sup>143</sup>

**Bsp:** Wie soeben, nur bilanziert die Bank B nach dem BankG iVm BankV und PGR. Auch hier führt das Halten eines BTC und der Ausweis des entsprechenden Gegenwerts in CHF als immaterieller Anlagewert automatisch dazu, dass die Bank B dies bei den Eigenmitteln mit 40.850,40.- CHF zu subtrahieren hat.

Anzumerken ist, dass eine **Bilanzierung von Bitcoins als Vorratsvermögen gem IAS 2** für die Abzugspflicht von Eigenmitteln nach wohl hM **keine anderen Rechtsfolgen** hat.<sup>144</sup> Es sind nach allgM auch kurzfristige immaterielle Vermögensgegenstände im Rahmen des IAS 2 vom CET1 abzuziehen,<sup>145</sup> weshalb ein Abzug von Kryptowährungs-Beständen ungeachtet einer allfälligen Klassifizierung als kurzfristiger oder langfristiger immaterieller Vermögenswert vorzunehmen ist.<sup>146</sup> Weniger klar scheint die Rechtslage bei einer allfälligen **Bilanzierung als sonstiger Vermögensgegenstand gem BankV**. Zur österreichischen Parallelnorm wurde von einer Ansicht darauf hingewiesen, dass die Bilanzierungsvorschriften hier nicht eine Gleichsetzung mit immateriellen Anlagewerten vorsehen, weshalb Kryptowährungen bei einem solchen Ansatz *prima vista* nicht von CET1 abzuziehen wären.<sup>147</sup> Dazu ist allerdings zu ergänzen, dass die Vorgängerregelung im öBWG zur CRR nur den Abzug von immateriellem Anlagevermögen bzw langfristigen immateriellen Vermögenswerten (IAS 38) vorsah, während eine solche Einschränkung auf Anlagen bzw langfristi-

ges Vermögen in der CRR nunmehr nicht erfolgt.<sup>148</sup> Nach dem weiteren Wortlaut der CRR ist daher auch bei einer Klassifizierung als sonstiger Vermögensgegenstand gem Aktivposten 13, BankV **eine Abzugspflicht von BTC anzunehmen**. Da das (langfristige) Anlegen bzw Halten von Kryptowährungen aber uE ohnehin nicht zur Klassifizierung als Vorräte/sonstiger Vermögensgegenstand führt,<sup>149</sup> ist dies hier nicht weiter relevant.

Zwischenergebnis: Kryptowährungen sind als immaterielle Vermögensgegenstände bei Banken **voll vom harten Kernkapital abzuziehen**.

### 5.1.2. Vom Basler Ausschuss diskutierte Bankenregulierung

Ganz allg für einen Abzug ausgesprochen hat sich noch der **Basler Ausschuss**. Bereits im *Diskussionspapier 2019* wurde für *«high-risk crypto-assets»* ein vollständiger Abzug der Positionen vom harten Kernkapital innerhalb des Anlagebuchs gefordert,<sup>150</sup> was somit iE der bereits geltenden EWR-Rechtslage entsprochen hätte.<sup>151</sup> In der zuletzt veröffentlichten *Konsultation* wurde dies vom Ausschuss dahingehend modifiziert, dass zwischen **zwei Gruppen** zu unterscheiden ist, nämlich (i) *«Group 1 cryptoassets»*, die eine Reihe von Klassifizierungsbedingungen einhalten<sup>152</sup> und (ii) *«Group 2 cryptoassets»*, die diese nicht erfüllen.<sup>153</sup> Krypto-Assets der zweiten Gruppe, wozu ausdrücklich BTC zählt, sollen laut dem Vorschlag des BCBS aufgrund höherer Risiken **einer neuen konservativen prudenzielle Behandlung** unterliegen.<sup>154</sup> Insb sei bei solchen Anlagen künftig ein Risikogewicht von 1250% anzuwenden. Diese neuen Anforderungen würden, wie vom Basler Ausschuss explizit betont wurde, aber bloss **für diejenigen Group**

<sup>143</sup> Vgl allg für Ö *Schiebel/Trost* in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG<sup>4</sup> Art 37 CRR Rn 3 (Stand 1.1.2017, rdb.at), die noch anmerken, dass der Abzugsposten aufgrund der Aktivierung von selbst geschaffenen immateriellen Vermögenswerten uU höher ausfallen wird als nach UGB/IFRS.

<sup>144</sup> Es finden sich jedoch auch einzelne abweichende Stellungnahmen. S *Best/Read*, die bank 7/2020, 30–33, denen zufolge eine Zuordnung von Kryptowährungen zum Vorratsvermögen zu keinem Abzug, sondern zur Anwendung des Standardansatzes und zu einer entsprechenden Risikogewichtung führen würde. Unklar *EFRAG*, Discussion Paper July 2020, Rn 3.94: *«Consequently, the classification of cryptocurrencies as intangible assets, i.e., as per the IFRS IC agenda decision, could potentially discourage banks' holding of crypto-assets other than for trading purposes.»* (Eigene Hervorhebung)

<sup>145</sup> Vgl zB *Schiebel/Trost* in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG<sup>4</sup> Art 37 CRR Rn 3 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

<sup>146</sup> Vgl *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (223 f), die dies damit begründen, dass der Wortlaut von IAS 38.2(a) und .3(a) dafür spricht, dass Vermögenswerte im Anwendungsbereich von IAS 2 weiterhin immaterielle Vermögenswerte sind; zust *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (938), weil diese Vorräte materiell die Voraussetzungen von IAS 38.8 erfüllen.

<sup>147</sup> Vgl *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (937), denen zufolge unter Verweis auf *Schiebel/Trost* in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG<sup>4</sup> Art 37 CRR Rn 3 (Stand 1.1.2017, rdb.at) iE ein Abzug virtueller Währungen vom harten Kernkapital *«bei der Bilanzierung nach §§ 43 ff BWG wohl auch der Regelfall sein [wird].»* Nach der referierten Ansicht von *Schiebel/Trost* *«sind auch im Umlaufvermögen erfasste immaterielle Vermögenswerte abzuziehen.»*

<sup>148</sup> Vgl in anderem Kontext *Schiebel/Trost* in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG<sup>4</sup> Art 36 CRR Rn 20 (Stand 1.1.2017, rdb.at), denen zufolge sich aber *«die praktischen Auswirkungen [...] in Grenzen halten [werden], da KI idR kein immaterielles Umlaufvermögen bzw keine kurzfristigen immateriellen Vermögenswerte halten.»* Ähnlich auch *Frank/Schirk* in Dellinger/Blume, CRR - Kommentar (1. Lfg 2018) zu Art 36 Rn 23, die zur CRR-Rechtslage festhalten: *«praktisch inhaltlich gleichermaßen weitestgehend ausgestaltet.»*

<sup>149</sup> S Pkt 3.3 und 4.3.

<sup>150</sup> Folgende **vier Merkmale** charakterisieren *«big-risk crypto-assets»* laut BCBS: (i) kryptographisch auf einer DLT aufgezeichnet; (ii) nicht von einer staatlichen Behörde (Zentralbank) oder einem anderen identifizierten Emittenten ausgestellt; (iii) kein intrinsischer Wert und weder explizit und direkt mit Vermögenswerten mit innerem Wert gekoppelt noch durch Assets mit innerem Wert unterlegt; sowie (iv) kein Vertragsschluss zwischen Inhaber und einem anderen identifizierten Emittenten. Vgl BCBS, Discussion Paper, 11.

<sup>151</sup> Vgl schon zum Diskussionspapier *Braunauer/Ewerz*, *ecolex* 2020, 936 (938).

<sup>152</sup> Die erste Gruppe sei mit einigen Modifikationen und zusätzlichen Leitlinien für die Behandlung gem der Basler Rahmenvereinbarung geeignet und umfasst insb tokenisierte traditionelle Vermögenswerte (*«Group 1a»*) und gewisse Stablecoins (*«Group 1b»*).

<sup>153</sup> S *BCBS*, Consultative Document, 4 ff. Für eine anschauliche Besprechung *Coppola*, Bank capital and cryptocurrencies, 15.6.2021, <https://www.coppolacomment.com/2021/06/bank-capital-and-cryptocurrencies.html>.

<sup>154</sup> Vgl *BCBS*, Consultative Document, 3 (bei Tabelle 1) und 21.

**2 cryptoassets gelten, die vom CET1 nicht bereits abgezogen wurden.** Als Bsp für bereits berücksichtigte Werte werden ausdrücklich Krypto-Assets angeführt, die nach dem geltenden Rechnungslegungsrahmen als «immaterielle Vermögenswerte» klassifiziert werden.<sup>155</sup> Insofern entspräche der Vorschlag der geltenden EWR-Bankenregulierung.

Gelten soll das Risikogewicht iHv 1250% (nur) bei allen anderen Krypto-Exposures von Banken. Um genau zu sein, soll es ausweislich des BCBS-Papiers auf das Maximum etwaiger aggregierten Long- oder Short-Positionen angewendet werden, denen sich eine Bank aussetzt.<sup>156</sup> Erfasst werden *expressis verbis* sowohl Fonds von Kryptoassets der Gruppe 2 (inkl «Group 2 cryptoasset ETFs») als auch «Equity investments», Derivate<sup>157</sup> oder Short-Positionen. Im Gegensatz zum Abzug ermöglicht diese Vorgangsweise insb bei Netto-Leerverkaufspositionen auch eine entsprechende Berücksichtigung, weil hier gar kein bilanzieller Vermögenswert zum Abzug gebracht werden könnte.<sup>158</sup> Anhand folgendem **Beispiel** lässt sich der vorgeschlagene Ansatz wie folgt demonstrieren:

*Für ein Krypto-Exposure der Gruppe 2 im Ausmaß von CHF 1000.-, das bei der Bank A nicht als immaterieller Vermögenswert klassifiziert und abgezogen wurde, würde die Anwendung des Risikogewicht von 1250% zu risikogewichteten Aktiva iHv CHF 12.500.- führen. Multipliziert mit der Mindestkapitalanforderung von 8% würde dies eine Mindestkapitalanforderung von CHF 1000.- ergeben und somit exakt dem Krypto-Engagement entsprechen.*

Grundsätzlich führt die Anwendung der oben festgelegten 1250%-Gewichtung somit dazu, dass Banken ihre Positionen mit Kapital unterlegen müssen, das genau dem Wert ihres Krypto-Exposures entspricht.<sup>159</sup> Wie bereits in der laufenden Diskussion festgehalten wurde, haben die meisten Banken heutzutage jedoch mehr Kapital als das 8% Minimum, weshalb ein Risikogewicht von 1250% uU eine Überbesicherung wäre.<sup>160</sup> Es bleibt daher abzuwarten, ob die Vorschläge des Ausschusses tatsächlich in dieser Form Eingang in die EWR-Bankenregulierung finden. Bei den vorgeschlagenen Standards handelt es sich freilich (noch) um Entwürfe,<sup>161</sup> die selbst bei Annahme nicht (unmittelbar) im EWR rechtsverbind-

lich sind.<sup>162</sup> Zu einem gewissen Grad finden die Vorschläge aber in der geltenden Rechtslage bereits insofern Wiederhall, als dass Kryptowährungen potenziell auch im Rahmen der Marktrisikooanforderungen zu beachten sind, worauf in der Folge noch in Kürze einzugehen ist.

## 5.2. Weitere Eigenmittelanforderungen aufgrund des Marktrisikos?

**Im Rahmen der Marktrisikooanforderungen**<sup>163</sup> stellt sich bei Kryptowährungen auf den ersten Blick noch die Frage nach einer allfälligen **Einordnung als Fremdwährungsposition**. Fremdwährungsrisiko ist «das aus Wechselkursbewegungen erwachsende Verlustrisiko».<sup>164</sup> Die Details dazu finden sich in Art 351 f CRR. Zwar ist nach einer Ansicht die Behandlung als Fremdwährungsposition «aktuell noch offen»,<sup>165</sup> wenn BTC & Co jedoch nicht als «Zahlungsmittel» bzw «liquide Mittel» eingeordnet werden können, wäre eine von Art 24 Abs 1 CRR abweichende Behandlung uE widersprüchlich.<sup>166</sup> Kryptowährungen sind folglich **nicht als Fremdwährungspositionen zu unterlegen**.

Relevanter erscheint noch eine potenzielle **Behandlung als Warenpositionen** nach Art 355 und 357 CRR. Das Warenpositionsrisiko wird als «das aus Warenpreisbewegungen erwachsende Verlustrisiko» definiert.<sup>167</sup> Es umfasst ganz allg Marktrisiken aus Positionen, deren Basiswert kein klassisches Finanzinstrument abbildet, aber auch zB Finanzderivate auf Waren.<sup>168</sup> Im Schrifttum finden sich **widersprüchliche Aussagen**, inwiefern Kryptowährungen darunterfallen sollen, was wohl va damit zusammenhängt, dass in der Lit unterschiedliche Ansichten bestehen, **ob Kryptowährungen neben einer Einordnung als «immaterielle Vermögenswerte» gleichzeitig als «Waren» (iSd CRR) zu qualifizieren** sind. Von der EZB-Taskforce wurde eine Behandlung als Waren (oder Fremdwährungsposition) augenscheinlich als *alternative* und nicht als mögliche ergänzende prudentielle Behandlungen unter dem Marktrisikorahmen der CRR in den Raum gestellt.<sup>169</sup> Ein ähnliches Verständnis wurde offenbar auch von anderen Stimmen zugrunde gelegt.<sup>170</sup>

<sup>155</sup> Vgl BCBS, Consultative Document, 13.

<sup>156</sup> Vgl dazu und zum Folgenden BCBS, Consultative Document, 13.

<sup>157</sup> Für die vorgeschlagene Behandlung von Derivaten, die sich auf Krypto-Assets der Gruppe 2 beziehen, s ausf Annex 2 der Konsultation BCBS, Consultative Document, 22.

<sup>158</sup> Vgl ebenso BCBS, Consultative Document, 14.

<sup>159</sup> Wie vom BCBS, Consultative Document, 14 bei FN 19 betont, erklärt sich dies dadurch, dass 12,5 der Kehrwert von 0,08 ist.

<sup>160</sup> Vgl Coppola, Bank capital and cryptocurrencies, die als Bsp JPMorgan Chase & Co anführt, dessen Kapitalquote 2020 bei 13,1% lag. Folgerichtig würde die Anwendung des in der obigen Formel festgelegten Risikogewicht zu einer Kapitalanforderung von 163,75 USD für jede 100 USD an Krypto-Exposure führen.

<sup>161</sup> Laut Arbeitsprogramm 2021/22 will der Basler Ausschuss die prudentielle Behandlung von Engagements der Banken in Krypto-Assets aber 2021/22 abschliessen. Dazu BCBS, Basel Committee work programme and strategic priorities for 2021–22, 16.4.2021, 4, [https://www.bis.org/bcbs/bcbs\\_work.pdf](https://www.bis.org/bcbs/bcbs_work.pdf).

<sup>162</sup> S allg zur Geltung der Basler Vorgaben im EWR Stern, Bankenaufsichtsrecht im Europäischen Wirtschaftsraum 27 f.

<sup>163</sup> Darunter wird das aus Marktpreisbewegungen, inkl (i) Wechselkurs- oder (ii) Warenpreisbewegungen, erwachsende Verlustrisiko verstanden. Vgl Art 4 Abs 1 Nr 141 CRR idF CRR II.

<sup>164</sup> Art 4 Abs 1 Nr 142 CRR idF CRR II.

<sup>165</sup> Selbst offenlassend Neuweiler in Beck'sches IFRS-Handbuch<sup>6</sup> § 39 Rn 150.

<sup>166</sup> Vgl ähnlich Sopp/Grünberger, IRZ 2018, 219 (224), die dies va mit der «konsistenten Beurteilung in Rechnungslegung und Aufsichtsrecht» begründen.

<sup>167</sup> Art 4 Abs 1 Nr 143 CRR idF CRR II.

<sup>168</sup> Vgl zB Stern, Bankenaufsichtsrecht im Europäischen Wirtschaftsraum 156.

<sup>169</sup> Vgl iE ablehnend EZB, Crypto Assets, Occasional Paper No 223, 23 f: **Other accounting treatments (e.g. cash, foreign-exchange position, or commodities) would result in alternative prudential treatments under the market risk framework of the CRR that are not fully suited to capture the volatility of crypto-assets.** (Eigene Hervorhebung)

<sup>170</sup> S Best/Read, die bank 7/2020, 30–33, denen zufolge für den Fall, dass Krypto-Assets nicht unter das immaterielle Vermögen fallen (dh unter der Prämisse der Nichtanwendbarkeit von IAS 38) unter

Von *Sopp/Grünberger* wurde hingegen vertreten, dass immaterielle Vermögenswerte und damit Kryptowährungen auch unter den Warenbegriff der CRR subsumiert werden können.<sup>171</sup> Eine Unterlegung für Warenpositionsrisiken sei ihnen zufolge auch deshalb angemessen, weil Kryptowährungen bei Banken idR dem Verkauf im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb dienen würden.<sup>172</sup>

Wie in der Lit noch betont wurde, erklärt sich dieser strikt erscheinende Ansatz in der speziellen Methodik zur Ermittlung der Eigenmittelanforderung für Warenpositionsrisiken, die an die Nettopositionen gebunden ist.<sup>173</sup> Was damit gemeint war, hat jüngst die *zypriotische Wertpapier- und Börsenaufsicht (CySEC)* deutlicher klargestellt, die zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen ist. So sind nach einem «Circular»<sup>174</sup> der *CySEC* Direktinvestitionen in Krypto-Assets «on a non-speculative basis (banking book exposure)» von solchen «on a speculative basis (trading book exposure)» zu unterscheiden. Im Fall von Krypto-Exposure im Anlagebuch gilt die besprochene Abzugspflicht für immaterielle Vermögenswerte nach Art 36 Abs 1 Buchst b CRR. Nur für den zweiten Fall der Direktinvestitionen in Krypto-Assets auf spekulativer Basis im Handelsbuch werden von der *CySEC* die Marktrisikooanforderungen betont. Nur solche Anlagen in Krypto-Assets auf spekulativer Basis durch zypriotische Wertpapierfirmen unterliegen dem «Market Commodity Risk» (wie auch dem «Counterparty Credit Risk»).<sup>175</sup>

Folglich finden Eigenmittelanforderungen aufgrund des Marktrisikos, und zwar aufgrund der Einordnung von BTC & Co als Waren, **nur insoweit Anwendung, als dass Kryptowährung nicht vom CET1 abgezogen wurden.**

## 6. Zusammenfassung in Thesen

- Liechtensteinische Banken können Kryptowährungen (BTC, Ether & Co) erwerben und als Aktivum in der Bilanz ausweisen.
- Weder nach den IFRS noch nach der BankV können Kryptowährungen als *Zahlungsmittel* bzw *flüssige Mittel* klassifiziert werden, auch wenn sie zunehmend als ein Substitut dafür angesehen werden oder wie zuletzt in El Salvador sogar zum «*legal tender*» erklärt wurden. Eine Einordnung ist gegenwärtig deshalb nicht möglich, weil sie im Rahmen der IFRS nicht Wertmess- bzw Recheneinheit sind und es im Rahmen der BankV am klaren Wortlaut wie auch teleologischen Erwägungen scheitert.
- Nach mehrheitlicher und uE zutreffender Meinung, va der internationalen Standardsetter und EZB, müssen Kryptowährungen iRd IFRS als «**immaterielle Vermögenswerte**» klassifiziert werden. Ebenso nach BankV sind längerfristige Investments in BTC & Co als «immaterielle Anlagewerte» einzuordnen, wenngleich im System des nationalen Bilanzrechts nach einer Mindermeinung auch die Einrichtung eines zusätzlichen (Unter-)Postens möglich ist. Bei Kryptowährungen in der Bankbilanz ist dies allerdings kritisch zu sehen.
- Da Kryptowährungen im geltenden Rechnungslegungsrahmen als immaterielle Vermögensgegenstände zu qualifizieren sind, müssen Banken ihren Bestand nach der CRR **voll vom harten Kernkapital abziehen.**
- Im Rahmen der Marktrisikooanforderungen ist das Halten von BTC nicht als Fremdwährungsposition zu qualifizieren. Eine Eigenmittelunterlegung ist aber bei (in-)direkten Investments, die nicht bereits einer Abzugspflicht unterliegen, aufgrund einer Behandlung als Warenposition vorzunehmen.

---

den vier möglichen Handelsbuchkategorien [] eine Behandlung als Waren am sinnvollsten sei. Vgl auch *Gola/Caponera*, Policy issues on crypto-assets, 31: «Accounting treatments **other than intangible assets** (such as commodities) leave some possibilities for an alternative (but we think less satisfactory) prudential treatment as part of the current CRR market risk framework.» (Eigene Hervorhebung)

<sup>171</sup> Vgl *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (224).

<sup>172</sup> So *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (224); in diese Richtung uU auch *Neuweiler* in Beck'sches IFRS-Handbuch<sup>6</sup> § 39 Rn 150, demzufolge dies bei Kryptowährungen, die einer Bank dem Verkauf im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb dienen, *in Betracht gezogen werden sollte*. Unklar ist hier aber, ob sie nur *Sopp/Grünberger* wiedergeben. Wie ausgeführt, ist ein Verkauf aber *in casu* grds nicht Untersuchungsgegenstand.

<sup>173</sup> S *Sopp/Grünberger*, IRZ 2018, 219 (224), die noch präzisieren, dass die Ausnahme für Kryptowährungen nur dann zu einer offenen Nettoposition führen könnte, wenn Bestände durch (derivative) Gegengeschäfte abgesichert werden.

<sup>174</sup> *CySEC*, Prudential treatment of crypto assets and enhancement of risk management procedures associated with crypto assets, C417, 25.11.2020, <https://www.cysec.gov.cy/CMSPages/GetFile.aspx?guid=2937dc45-aa64-43fc-af9f-07ca5ff02730>.

<sup>175</sup> Dazu *CySEC*, C417, 2. In Bezug auf das Kontrahentenrisiko wird noch angemerkt, dass eine zypriotische Wertpapierfirma gem Art 274 CRR die «*market-to-market method*» verwenden und einen Prozentsatz von 10% für das «*potential future exposure percentage*» anwenden sollte. Hinsichtlich dem Warenpositionsrisiko wird nur auf die Art 355 bis 361 CRR verwiesen.

## Zwei bemerkenswerte stiftungsrechtliche Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Wilhelm Ungerank<sup>1</sup>

Mit Art 19 EMRK<sup>2</sup> wurde ein «Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte» (EGMR) eingerichtet, um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche die vertragschliessenden Teile in dieser Konvention und den Protokollen dazu übernommen haben. Der Gerichtshof kann von jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe, die behauptet, durch einen der vertragschliessenden Teile in einem der in der Konvention oder den Protokollen dazu anerkannten Rechte verletzt zu sein, mit einer Beschwerde («Individualbeschwerde») befasst werden (Art 34 EMRK).

Zwei über Individualbeschwerden von Stiftungen ergangene Entscheidungen des EGMR erscheinen auch für den Stiftungsplatz Liechtenstein bedeutsam und sollen im Folgenden dargestellt werden.<sup>3</sup>

### 1. Liechtensteinische Stiftungen als Träger von Grundrechten (Menschenrechten):

Die «Dassa Stiftung» und die «Lafleur Stiftung» waren 1996 errichtete (hinterlegte) privatnützige Stiftungen nach liechtensteinischem Recht mit Sitz in Vaduz. Im Verfahren 14 UR.2002.384 des Fürstlichen Landgerichtes wurden gegen die Stiftungen Verfügungsverbote nach § 97a StPO erlassen. Die beiden Stiftungen scheiterten sowohl mit ihren dagegen erhobenen Beschwerden und Revisionsbeschwerden als auch mit ihren Individualbeschwerden.<sup>4</sup> Zwar blieben auch die von den beiden Stiftungen in der Folge an den EGMR erhobenen Individualbeschwerden erfolglos – es ging im Kern um die Frage, ob der strafrechtliche Verfall (nunmehr gemäss den §§ 20 ff StGB) vom Rückwirkungsverbot nach Art 7 Abs 1 EMRK umfasst ist (das ist er nicht<sup>5</sup>) –, doch setzte sich der EGMR in der bezughabenden Entscheidung vom 10.07.2007, Nr 696/2005<sup>6</sup>, ausführlich mit den geltend gemachten Beschwerdegründen (Verfahrensgarantien nach Art 6 und Rückwirkungsverbot nach Art 7 EMRK) auseinander und anerkannte damit, dass es sich bei einer liechtensteinischen Stiftung um eine «nichtstaatliche Organisation» – darunter fallen auch juristische

Personen<sup>7</sup> – im Sinne von Art 34 EMRK handelt, die in einem Konventionsrecht verletzt sein kann, dh er anerkannte, dass auch eine (liechtensteinische) Stiftung Trägerin von Menschenrechten («Konventionsgrundrechten») ist. Dies mag nach liechtensteinischem (Verfassungs-)Recht eine Selbstverständlichkeit sein, bedeutet jedoch, dass sich jede nach liechtensteinischem Recht errichtete (privat- oder gemeinnützige) Stiftung im Anwendungsbereich der EMRK und damit gegenüber sämtlichen Vertragsstaaten (zB in Gerichtsverfahren) auf ihre Konventionsrechte berufen und die Sache gegebenenfalls bis zum EGMR weiterziehen kann.

Anzumerken ist, dass diese Entscheidung, soweit überblickbar, in der (deutschsprachigen) Literatur keine Beachtung gefunden hat.

### 2. Stiftungsauflösung aufgrund unzureichender finanzieller Mittel:

Die Stiftung «MIHR» war eine 1989 nach türkischem Recht errichtete Stiftung mit dem Zweck der Forschung im sozial- und naturwissenschaftlichen Bereich sowie der Errichtung von Universitäten und Fakultäten. Mit Entscheidung des zuständigen Zivilgerichts von Ankara vom 25.10.2005 wurde die Auflösung dieser Stiftung beschlossen, da es ihr an finanziellen Mitteln fehle, um ihre statutarischen Zwecke verfolgen zu können. Das verbliebene Vermögen ging an eine ähnliche Ziele verfolgende Stiftung über.

Nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs erhob die Stiftung Individualbeschwerde an den EGMR. Die Beschwerde blieb zwar erfolglos, doch finden sich im Urteil vom 07.05.2019, Nr 10814/07<sup>8</sup>, einige verallgemeinerungsfähige Ausführungen in Bezug auf gemeinnützige Stiftungen, die im Folgenden wiedergegeben werden:

Zunächst anerkennt der Gerichtshof, dass die Möglichkeit der Bürger zur Gründung einer juristischen Person, der im Fall einer Stiftung Vermögen zur Verfügung steht, um damit im Rahmen eines gemeinsamen Ziels gemeinschaftlich wirken zu können, einen der wichtigsten Aspekte des von Art 11 EMRK gewährleisteten Rechts auf Vereinigungsfreiheit darstellt.

Die Auflösung einer Stiftung durch ein Gericht ist ein Eingriff in die durch Art 11 EMRK garantierte Vereinigungsfreiheit. Sie darf nur dann stattfinden, wenn das in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist und wenn überzeugende und zwingende Gründe dafür vorliegen. Die Auflösung der Stiftung verfolgte

<sup>1</sup> Senatsvorsitzender am Fürstlichen Obergericht (Kontakt: wilhelm.ungerank@gerichte.li).

<sup>2</sup> LGBl 1982/60/1.

<sup>3</sup> Schriftliche Fassung eines am vom Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht der Universität Liechtenstein (Ass.-Prof. Dr. Alexander Butterstein) veranstalteten 13. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstag (28.09.2021) zum Thema «Unzureichende finanzielle Mittel als Auflösungsgrund – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte» gehaltenen Vortrags.

<sup>4</sup> Urteile des StGH vom 29.06.2004, StGH 2003/76, und vom 30.11.2004, StGH 2004/50; vgl dazu OGH 14 UR.2002.384-397 LES 2006/275.

<sup>5</sup> Vgl dazu und auch zu Art 33 Abs 2 LV Ender in *Brandstätter/Nagel/Öbri/Ungerank*, Handbuch Liechtensteinisches Strafrecht Rz 18.40.

<sup>6</sup> Abrufbar in englischer Sprache unter hudoc.echr.coe.int.

<sup>7</sup> *Lewis/Huber*, 16. Kapitel: Verteidigung vor dem EGMR, in: *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung Rz 16.21 und 16.23; *Viliger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>3</sup> Rz 53; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> § 13 Rz 11.

<sup>8</sup> Abrufbar in französischer Sprache unter hudoc.echr.coe.int. Gekürzte Fassungen in deutscher Sprache finden sich im RIS (Judikatur -> Justiz, Geschäftszahl Bsw10814/07) und in NLMR 3/2019, 219 (Jan Sramek Verlag, bearbeitet von *Lisa Steurer*; frei zugänglich unter hudoc.echr.coe.int), Besprechungen bei *Dollenz/Gruber/Knesl*, Stiftungsradar, PSR 2019, 166, und *Gruber/Hartlieb*, Überblick über die höchstgerichtliche Judikatur in Stiftungssachen im Jahr 2019, PSR 2020, 4 (7).

im vorliegenden Fall mindestens zwei der von Art 11 EMRK genannten legitimen Ziele, nämlich die Aufrechterhaltung der Ordnung und den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Auch anerkannte der EGMR, dass die Staaten unter dem Blickwinkel von Art 11 EMRK über ein Kontrollrecht im Hinblick auf die Konformität der Ziele und Aktivitäten einer Vereinigung mit den von der Gesetzgebung festgelegten Regelungen verfügen. In bestimmten Fällen der Nichtbeachtung sinnvoller rechtlicher Formalitäten, denen eine Stiftung in Bezug auf ihre Errichtung, ihre Funktionsweise und ihren Organisationsplan nachkommen muss, kann der Ermessensspielraum der Staaten das Recht beinhalten, die Vereinigungsfreiheit zu beschränken, vorausgesetzt, dieses Recht wird verhältnismässig ausgeübt.

Die Stiftung «MIHR» wurde nicht aufgrund ihrer Satzung oder aufgrund von der Satzung entgegenstehenden Aktivitäten<sup>9</sup> aufgelöst, sondern mangels erforderlicher finanzieller Mittel, um im Hinblick auf die Verwirklichung ihrer Ziele geschäftlich agieren zu können. Die Stiftung habe, so die Feststellungen der türkischen Zivilgerichte, nichts mehr unternommen, um ihre Ziele zu erreichen, zumal sie, abgesehen von zwei Grundstücken, deren geringe Mieteinnahmen ihr einziges Einkommen darstellen, über kein Eigentum verfügte, die von ihr enthaltenen Spenden unerheblich waren, die Vermögensbilanzen auf keine bedeutenden Einkünfte schliessen liessen und ihre Publikations- und Radiotätigkeiten hauptsächlich aufgrund wirtschaftlicher Aspekte eingeschränkt worden waren. Die Ziele der Stiftung standen mit gemeinnützigen Zielen und dem Allgemeininteresse im Einklang. Sodann wörtlich: «Der Gerichtshof ist im Lichte der Rolle, die von Stiftungen in rechtlicher und praktischer Hinsicht übernommen wird, um den sozialen Zusammenhalt zu sichern, der Auffassung, dass der Umstand, dass von der Stiftung verlangt wird, finanzielle Mindestkriterien zu erfüllen, aus der Notwendigkeit herrührt, die Wirksamkeit und Vertrauenswürdigkeit des gemeinnützigen Stiftungssystems zu gewährleisten.»

Dies alles ist auch auf die nach liechtensteinischem Recht errichtete gemeinnützige Stiftung übertragbar. Hervorzuheben sind folgende Aussagen:

- Auch das Recht, eine Stiftung gründen zu dürfen, fällt unter die von Art 11 EMRK garantierte Vereinigungsfreiheit.
- Eine Stiftung darf zwangsweise nur dann aufgelöst werden, wenn es absolut notwendig ist. Das ist zB

dann der Fall, wenn die Stiftung nicht mehr über genügend finanzielle Mittel zur Zweckerreichung verfügt. Denn die Erfüllung gewisser finanzieller Mindestkriterien soll die Wirksamkeit und Vertrauenswürdigkeit des gemeinnützigen Stiftungssystems gewährleisten.

- Die staatliche Kontrolle von Stiftungen ist zulässig, und es dürfen der Stiftung in diesem Zusammenhang auch sinnvolle Formalitäten auferlegt werden.
- Gemeinnützigen Stiftungen kommt auch die Rolle zu, den sozialen Zusammenhalt in der Gesellschaft zu sichern.

Dies alles betrifft gemeinnützige Stiftungen. Zumindest die Aussagen betreffend die Vereinigungsfreiheit, die Notwendigkeit des Vorliegens zwingender Gründe für die Auflösung, das staatliche Kontrollrecht und «sinnvolle» Formalitäten werden jedoch auch auf privatnützige Stiftungen zu übertragen sein.

<sup>9</sup> Ein derartiger Sachverhalt lag der Entscheidung des EGMR vom 10.07.2018, Nr 51595/07, *Zebra Foundation and others* gegen die Türkei zugrunde (Auflösung einer Stiftung, welche die Errichtung eines auf die Scharia gestützten Staates anstrebte; keine Konventionsverletzung festgestellt). Es darf dazu auf die Darstellung des vom Fürstentum Liechtenstein nominierten EGMR-Richters *Carlo Ranzoni* (Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, LJZ 2020, 316 [323]) hingewiesen werden. Auch diese Entscheidung ist im Volltext in französischer Sprache abrufbar unter [hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int). Dort findet sich auch eine umfangreiche deutschsprachige Zusammenfassung, wie sie in NLMR 4/2018 im Jan Sramek Verlag mit einer Glosse von *Stefan Kieber* publiziert wurde. Die Entscheidung ist auch im RIS (Judikatur → Justiz, Geschäftszahl Bsw 51595/07) abrufbar.

## Rechtsprechungsübersicht

### Aktuelle Rechtsprechung des OGH und des OGH<sup>\*/\*\*</sup>

(weitere aktuelle Entscheidungen ausführlich im LES-Teil in diesem Heft)

#### **OGH 10.09.2021, 15 CG.2019.2641 (§ 266 ZPO; § 465 Abs 3 ZPO; Berücksichtigung von Beweisurkunden durch das OGH)**

Das OGH als Berufungsgericht kann seiner rechtlichen Beurteilung den Inhalt von Beweisurkunden, insbesondere wenn deren Echtheit und Richtigkeit nicht bestritten wurde, ohne Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung umfangreicher als dies das Erstgericht getan hat, zugrunde legen.

Wird hinsichtlich der Richtigkeit einer Beweisurkunde bei der Urkundenerklärung lediglich auf das eigene Vorbringen verwiesen, stellt dies kein substantielles inhaltliches Bestreiten der Urkunde dar.

#### **OGH 10.09.2021, 04 CG.2017.612 (§ 18 ZPO; Gültigkeit der Prozesshandlungen des einfachen Nebenintervenienten)**

Die vom einfachen Nebenintervenienten bis zu seiner rechtskräftigen Zurückweisung zulässigerweise gesetzten Prozesshandlungen behalten ihre Wirksamkeit. (Bestätigung der Rsp [LES 2021, 104])

#### **OGH 10.09.2021, 05 KO.2020.217 (Art 9, 45, 62 AussStrG; Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels)**

Der Grundsatz der «Einmaligkeit des Rechtsmittels», nach welchem die Erhebung eines Rechtsmittels eine einheitliche und in sich abgeschlossene Prozesshandlung darstellt, die der Partei gegen dieselbe Entscheidung nur einmal zusteht, weshalb alle weiteren (auch fristgerecht eingebrachten) Schriftsätze, Nachträge oder Ergänzungen, soweit es sich nicht um zulässige Verbesserungen handelt, als unzulässig zurückzuweisen sind, gilt auch im Ausserstreitverfahren.

#### **OGH 10.09.2021, 09 CG.2018.233 (§§ 76, 78 Abs 1, 177 Abs 1, 257 Abs 1 ZPO; Bestimmtheit des Beweisabotes auf Einvernahme eines Zeugen)**

Das Beweisanbot auf Einvernahme eines Zeugen hat nebst dem Namen des Zeugen auch eine ladungsfähige Adresse anzugeben. Bei fehlender Angabe einer ladungsfähigen Adresse des angebotenen Zeugen handelt es sich um ein unbestimmtes und damit unbeachtliches Beweisanbot. Das Gericht ist nicht gehalten, die beweisführende Partei auf das Fehlen einer ladungsfähigen Adresse hinzuweisen oder sich diese aus den Verfahrensunterlagen zusammen zu suchen.

#### **OGH 10.09.2021, 05 ES.2020.90 (§ 240 Abs 1 Z 4 StPO; § 235 Abs 3 iVm 244 StPO; § 22m Abs 3 StPO; Zulässigkeit der Revisionsbeschwerde in Strafsachen)**

Handelt es sich bei einer kassierenden Beschwerdeentscheidung des OGH in Wahrheit um einen abändernden Beschluss (sog «verdeckt abändernder Beschluss» [hier: Aufhebung eines Diversionsbeschlusses des erkennenden Gerichts über Beschwerde der StA und Auftrag an das Erstgericht «unter Abstandnahme von einem Vorgehen nach IIIa. Hauptstück der StPO über den Strafantrag zu entscheiden.»]) ist dagegen die Revisionsbeschwerde an den OGH auch ohne einen Rechtskraftvorbehalt aus Gründen des Rechtsschutzes zulässig. (Bestätigung der Rsp; Hinweis auf LES 2005, 304; LES 2007, 372; LES 2011, 126 ua).

#### **OGH 05.11.2021, 07 CG.2017.59 (§ 487 Abs 1 Z 3 und Abs 2 ZPO; reformatorische Entscheidung des OGH)**

Im Rekursverfahren gegen einen Aufhebungsbeschluss des OGH als Berufungsgerichtes hat der OGH bei Spruchreife diesen aufzuheben und in der Sache selbst zu entscheiden. Dabei gilt der Grundsatz der Unzulässigkeit der *reformatio in peius* nicht. Der OGH kann daher auch aufgrund eines Rekurses des Klägers die Klage abweisen oder aufgrund eines Rekurses des Beklagten der Klage stattgeben.

\* 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.

## Mitteilungen

### 10. Dreiländerforum Strafverteidigung in Bregenz veranstaltet

Bregenz/Schaan. Unter Federführung der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (VÖStV) und der Vereinigung Liechtensteinischer Strafverteidiger (VLS) und Mitwirkung der Bayerischen und Baden-Württembergischen Strafverteidigervereinigungen sowie des Forums Strafverteidigung aus der Schweiz fand am Freitag und Samstag, dem 17. und 18. September 2021, das 10. Dreiländerforum Strafverteidigung in Bregenz zum Thema «Verfall – die neue Strafe?» statt.

Eröffnet wurde die Veranstaltung am Freitag im Vorarlberg Museum. RA Univ.-Prof. Dr. *Richard Soyer*, Vorstandsmitglied der österreichischen Vereinigung, und RA MMMag. Dr. *Franz Josef Giesinger*, Präsident der liechtensteinischen Vereinigung, richteten die Begrüßungsworte an die zahlreich erschienenen Ehrengäste, Mitwirkenden und Teilnehmer. So durften sich die Veranstalter über zahlreiche Ehrengäste aus den verschiedensten Bereichen der Justiz freuen. Die Festvortragende Univ.-Prof. Dr. *Ingeborg Zerbes*, der Präsident des österreichischen Obersten Gerichtshofes i.R. Hon.-Prof. Dr. *Eckart Ratz*, die Präsidentin des Landesgerichts Feldkirch Mag. *Angelika Prechtl-Marte*, der Leiter der Staatsanwaltschaft Feldkirch HR Dr. *Wilfried Siegele*, der Erste Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft Feldkirch HR Dr. *Manfred Bolter*, der Senatsvorsitzende des Fürstlichen Obergerichts in Liechtenstein Dr. *Wilhelm Ungerank*, die Präsidentin der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer, Dr. *Birgitt Breinbauer*, der Vizepräsident der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer Dr. *Christian Hopp*, Prof. Dr. *Konstantina Papatjanasiou* von der Universität Liechtenstein und der Präsident der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer Dr. *Robert Schneider* liessen sich die Veranstaltung nicht entgehen. Neben diesen Ehrengästen erschienen weit über 100 Teilnehmer zur Jubiläumsveranstaltung.

Wie in den Begrüßungsworten ausgeführt wurde, ist effektive Strafverteidigung ein Wesenszug des Rechtsstaates. Sie unabhängig und verantwortungsbewusst auszuüben, ist ein Gebot demokratischer Rechtskultur. Die Förderung und Sicherung dieser Strafverteidigung und der grundlegenden Menschenrechte ist der Zweck der Strafverteidigervereinigungen. Das Dreiländerforum Strafverteidigung findet abwechselnd in den teilnehmenden Ländern statt. Ziel der Veranstaltung ist es, Wissen, Einblicke und Know-how zwischen deutschsprachigen StrafverteidigerInnen grenzüberschreitend zu diskutieren und Erfahrungen auszutauschen.

Nach der Begrüßung konnten sich die Teilnehmer sodann über den Festvortrag zum Tagungsthema durch Univ.-Prof. Dr. *Ingeborg Zerbes* freuen. Dieser fand ebenfalls im Vorarlberg Museum statt.

Anschliessend wurde dann die Lokalität gewechselt. Bei herrlichem Spätsommerwetter begab sich die Gesellschaft zum Casino Bregenz, wo auf der Terrasse ein Aperitif und sodann in den Räumlichkeiten des Restaurants im Casino Bregenz das Abendessen mit Tischreden folgten.

Am Samstag, den 18. September, fanden, ebenfalls in den Räumlichkeiten des Casino Bregenz, ganztägig Vorträge und Diskussionen zu den Themen «Verfall» und «Beweisantragsrecht» mit hochkarätigen Vortragenden und Diskutanten statt. Zum ersten Panel «Verfall (Vermögensabschöpfung)» am Samstagvormittag trugen RA Mag. *Andrea Concin* aus Österreich, RA Dr. *Stephan Schlegel* aus der Schweiz und Dr. *Wilhelm Ungerank* aus Liechtenstein vor, welcher dieses Panel auch moderierte. Im Anschluss daran fand eine ausführliche Diskussion zu diesem Thema statt. Am Nachmittag trugen sodann zum zweiten Panel «Beweisantragsrecht» RA Prof. Dr. *Jan Bockemühl* aus Deutschland, RA lic. iur. *Thomas Fingerhuth* aus der Schweiz und RA Mag. Dr. *Roland Kier* aus Österreich vor, welchem die Moderation dieses Panels oblag. Die Veranstaltung endete mit einer Podiumsdiskussion zum Festvortrag, an welcher RA Dr. *Alexia Stuefer* (Österreich), RA Dr. *Alexander Amann* (Liechtenstein), RA *Markus Meißner* (Deutschland) und RA Dr. *Christian von Wartburg* (Schweiz) unter Moderation von RA *Daniel Amelung* (Deutschland) teilnahmen.

Nach einer einjährigen «Zwangspause» aufgrund der Corona-Pandemie, freuten sich alle Teilnehmer sehr, dass das Dreiländerforum Strafverteidigung wieder abgehalten werden konnte, und blickten der nächstjährigen Veranstaltung schon mit Freude entgegen.

Für die Vereinigung Liechtensteinischer Strafverteidiger (VLS)

*Franz Josef Giesinger*, Präsident

### Buchpräsentation vom 05.11.2021: Kommentierung, Nachschlagewerk und verschriftlichte Rechtsvergleichung in einem – Liechtenstein ist um zwei juristische Fachbücher reicher

Im würdigen Ambiente des Liechtensteinischen Kunstmuseums wurden am 5. November 2021 die beiden Rechtsschriften «Handbuch Liechtensteinisches Strafprozessrecht» und «Handbuch Liechtensteinisches Zivilprozessrecht» einer illustren Schar geladener Gäste präsentiert. Im Namen der Herausgeber und der Verlagsleitung durfte der Vorsitzende des 1. Senats des Fürstlichen Obergerichts, Dr. *Wilhelm Ungerank*, zahlreiche Vertreter der Fürstlichen Gerichte, der Staatsanwaltschaft, der Rechtsanwaltschaft, der Politik sowie der Universität Liechtenstein begrüßen. Humorvoll wies *Ungerank* auf den besonderen Glanz der Bücher an diesem Abend hin, welcher seit ihrem Besuch im Schloss Vaduz am Nachmittag auf ihnen liege. Ein Ensemble der Liechtensteinischen Musikschule umrahmte den formellen Teil des Abends mit klassischen Stücken von *Josef Haydn* und *Ignaz Josef Pleyel*.

Der aus Wien angereiste Leiter der MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Prok. Mag. *Heinz Kortner*, hob zum Auftakt des Abends die grosse Leis-

tung aller Autorinnen und Autoren der beiden Handbücher hervor. Es seien systematische Werke zweier Rechtsgebiete entstanden, zwei eigentliche Kodifikationen, um die Liechtenstein von Österreich beneidet werde. Betonen wolle er insbesondere, dass Verlag und Autorenschaft während der Arbeit persönlich und inhaltlich immer enger zusammengewachsen seien, weshalb sich der Verlag auch in Zukunft gerne für neue Publikationsprojekte in Liechtenstein zur Verfügung stellen werde.

Prof. Dr. *Hubertus Schumacher*, Herausgeber des Handbuchs zum Liechtensteinischen Zivilprozessrecht, wies auf die lange Bearbeitungsphase des Handbuchs hin, welche der Einarbeitung der ZPO-Novelle aus dem Jahre 2018 geschuldet sei. Einer früheren Präsentation hätten sich dann auch noch zwei Pandemiewellen entgegengestellt. Die 30 Beiträge der 24 Autoren rechtfertigten nun aber die Mühe umso mehr, als die Erfahrung zeige, dass das Geschriebene bereits im juristischen Alltag aufgegriffen, verwendet und zitiert werde. Letzteres könne man mit Freude schon seit Monaten in den diversen Rechtsmittelschriften feststellen. Die Beschäftigung mit dem liechtensteinischen Zivilprozess habe einen besonderen dogmatischen Reiz: Die Angehörigen der schreibenden Zunft würden nicht bloss in den Tiefen des gesatzten Rechts schürfen, sondern auch Rechtsvergleichung betreiben, primär mit dem österreichischen Prozessrecht, partiell auch mit dem schweizerischen, da es sich bei den Gesetzen aus Österreich und der Schweiz um Rezeptionsvorlagen handle.

Auf fast jeder Seite des Handbuchs «Liechtensteinisches Zivilprozessrecht» lasse sich die praktische Rechtsvergleichung belegen. Der deutsche Verfassungsrichter *Peter Huber* habe kürzlich an der Universität Innsbruck anlässlich einer Veranstaltung zum 100-jährigen Bestehen der liechtensteinischen Verfassung auf eine im April 2021 ergangene Entscheidung des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes verwiesen: Aus dieser Entscheidung ergebe sich, dass die Rechtsvergleichung in Europa nicht mehr bloss – so wie bisher üblich – als fünfte Auslegungsmethode bezeichnet werden könne, sondern einen hervorragenderen Platz einnehme. Prof. *Schumacher* wies darauf hin, dass Liechtenstein aufgrund der rezipierten Gesetze eine Hochburg der genannten Auslegungsmethode sei: Kaum ein anderes Land betreibe so intensiv Rechtsvergleichung. Auch der deutsche Prozessrechtler *Peter Gottwald* habe festgestellt, dass man durch Rechtsvergleichung besser als durch jede andere juristische Methode Neues entdecken könne. Und Prof. *Schütze*, Autor in der Festschrift zum 90-jährigen Bestehen des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs<sup>1</sup>, vertrete die Ansicht, dass Rechtsvergleichung der besseren Kenntnis des eigenen Rechts diene; viele prozessuale Regelungen würden klarer, Konturen schärfer, wenn man die entsprechenden Regelungen fremder Rechte analysiere. Dass auch das Handbuch des Liechtensteinischen Zivilprozessrechts letztlich ein rechtsvergleichendes Werk sei, ist eine Konnotation, zu der sich Prof. *Schumacher* gerne bekennt.

Abschliessend sprach Dr. *Ingrid Brandstätter*, Mitherausgeberin des Handbuchs zum Liechtensteinischen Strafprozessrecht, und hob einleitend die Bedeutung des Werks hervor: So gebe es zwar eine grosse Anzahl österreichischen Judikaten und das österreichische Strafprozessrecht sei nach wie vor Grundlage für die liechtensteinische Gesetzgebung. Doch sei das liechtensteinische Strafprozessrecht keine blosser Kopie der Rezeptionsvorlage, sondern habe sich im Laufe der Zeit verselbständigt und bilde heute eine Mischung aus alten und neuen österreichischen Gesetzen sowie eigenen Bestimmungen, eine Mischung, die man wohl als eine Art Dschungel bezeichnen müsse, durch den es einen Wegweiser brauche. Das Handbuch solle diese Funktion übernehmen. Vom Gewicht und Umfang her sprengte das Werk zwar die üblichen Vorstellungen eines «Handbuchs», doch sei der Begriff dennoch ein treffender, da das Handbuch dem Praktiker und Rechtsanwender «zur Hand gehen» solle.

Dr. *Ingrid Brandstätter* richtete abschliessend ein persönliches Dankeswort an Prof. *Hubertus Schumacher*, der die Idee zur Schaffung der beiden Handbücher eingebracht habe, und an Dr. *Wilhelm Ungerank*, der die treibende Kraft hinter dem Projekt gewesen sei und dessen knappen Zeitvorgaben es nicht zuletzt ermöglicht hätten, das Projekt in so kurzer Zeit umzusetzen.

Mit der offiziellen Übergabe der Handbücher an die Autoren endete der offizielle Teil der Buchpräsentation und mündete in einen Apéro riche bei angeregter Unterhaltung und musikalischer Unterhaltung.

MLaw *Anna Hirschlechner-Montani*  
Richteramtswärterin

<sup>1</sup> 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof, Festschrift für *Gert Delle Karth*, 2013, herausgegeben von *Hubertus Schumacher* und *Wigbert Zimmermann*; Beitrag von *Rolf A. Schütze* S. 913 ff.

## Tagungsbericht: 100 Jahre Verfassung des Fürstentums Liechtenstein

David Starcb1

### Ausgangslage

Die Verfassung<sup>2</sup> des Fürstentums Liechtenstein feierte 2021 ihr hundertjähriges Bestehen. Das aus den Schlossabmachungen von 1920<sup>3</sup> hervorgegangene Dokument ist eine der ältesten Verfassungen Europas. Aus diesem Anlass wurde am 21. Oktober 2021 eine Tagung unter dem Titel «100 Jahre Verfassung des Fürstentums Liechtenstein. Konstitutionalismus im Kleinstaat» an der Universität Innsbruck und via Livestream abgehalten. Die von *Peter Bußjäger*<sup>4</sup> und *Anna Gamper*<sup>5</sup> organisierte Tagung wurde mit einer Videobotschaft des Regierungschefs des Fürstentums Liechtenstein *Daniel Risch* eröffnet.

### Kleine Schuhe, grosse Fussstapfen

Liechtenstein ist seit dem 23. November 1978 Mitglied des Europarates. Der Beitritt zum Selbigen eröffnete auch anderen Kleinstaaten wie Monaco, Andorra und San Marino die Türe zur Teilnahme an der Europäischen Menschenrechtskonvention, wie *Carlo Ranzoni*<sup>6</sup> im Rahmen seiner Keynote-Speech «Der Kleinstaat in der Gerichtsbarkeit des EGMR» berichtete. Richter von Kleinstaaten nehmen in ihrer Tätigkeit am EGMR eine besondere Funktion ein, da ihnen häufig die Funktion als Berichterstatter für nationale Fälle anderer Staaten zukomme. Zweck ist die Entlastung der Richter grösserer Staaten mit einer hohen Anzahl an Beschwerden, etwa bei Russland, der Türkei oder Rumänien. Bei der Einhaltung der EMRK ergeben sich für Kleinstaaten besondere Problematiken aufgrund der eingeschränkten Ressourcen. So können institutionelle Anforderungen der EMRK zu erheblichen Problemen bei der Umsetzung führen. Gerade dann ist die Einbringung von spezifischen Kenntnissen durch die Richter der Kleinstaaten von erheblicher Bedeutung.

### «Wer hat's erfunden?»

Dies ist nicht nur ein gängiger Werbeslogan eines schweizerischen Hustenbonbonherstellers, sondern auch eine berechtigte Frage bei der Interpretation von Verfassungsbestimmungen. Rezipiertes Recht spielt in Liechtenstein eine besondere Rolle, etwa dahingehend, dass bei der Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>7</sup> Anleihe an *Hans Kelsens* Modell einer eigenständigen und spezi-

alisierten Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>8</sup> genommen wurde. Gleichzeitig wurde die Zuständigkeit des schweizerischen Bundesgerichts in Zivil- und Strafsachen rezipiert (Art 104 Abs 1 LV und Art 15 Abs 1 StGHG). Insofern ist der Rechtsanwender für die korrekte Auslegung vielfach darauf angewiesen, den Ursprung der rezipierten Norm ausfindig zu machen.

*Anna Gamper* setzte sich in ihrem Beitrag «Constitutional Transplants oder autochthones Verfassungsrecht? Wege der Verfassungsinnovation» mit der Kategorisierung von Verfassungstexten in autochthone, also selbst entwickelte und aus anderen Rechtsordnungen übernommene bzw «transplantierte» Verfassungsbestandteile auseinander. Tatsächlich sei es aber so, dass auch autochthones Verfassungsrecht zum «transplant» werden kann. Bei der Erarbeitung neuer Verfassungen werden vielfach autochthone Bestandteile fremder Rechtsordnungen auf die eignen Ziele und Zwecke adaptiert und übernommen. Die innovative Anpassung dieser Normen stelle ebenfalls einen autochthon anmutenden Akt dar, erwähnte *Gamper*. Diese wechselseitigen Beziehungen führen dazu, dass die ursprünglichen Quellen einzelner Bestimmungen zuweilen kaum mehr zu eruieren sind. Eine Ausnahme stellen hier traditionell, kulturell oder indigen beeinflusste Passagen dar, welche meist derart eigentümlich sind, dass sie kaum einer Übersetzung zugeführt werden können<sup>9</sup>. Als autochthon kann in Liechtenstein das Misstrauensvotum gegenüber einem Monarchen, das Sonderverfahren zur Abschaffung der Monarchie oder das Sezessionsrecht der Gemeinden angesehen werden.

Mit einer ironischen Anmerkung griff *Eva Maria Belser*<sup>10</sup> in ihrem Vortrag «Einflüsse auf die Verfassung Liechtensteins und Ausstrahlungswirkung der Verfassung» die Thematik der verfassungsrechtlichen Eigentümlichkeiten auf und hob die Verwendung eines Ausrufezeichens in der Präambel zur schweizerischen Bundesverfassung «Im Namen Gottes des Allmächtigen!» als wohl international einzigartig hervor. Auch die liechtensteinische Landesverfassung weise eine weitere autochthone Besonderheit in ihrer Präambel auf, wenn sich der Verfassungsgesetzgeber in Verzicht auf eine Aufzählung der unzähligen Titel des Fürsten *Johann II.* mit einem schlichten «etc. etc.etc.» begnügt. Die Schaffung des Sezessionsrechts der Gemeinden in Art 4 LV erscheint *Belser* als mutiger Akt, da es nämlich unterstelle, dass die eigene Verfassung den Anspruch erhebe, so gut zu funktionieren, dass ein solches Recht nie in die Tat umgesetzt werden würde. Eine Ausstrahlungswirkung dieses Rechts in andere Staaten wäre erwägenswert, werde doch oft sezessionistisches Gedankengut mit schwersten Strafen bedroht. Auch die Einflüsse auf die liechtensteinische Verfassung seien

<sup>1</sup> *David Starcb* ist Universitätsassistent am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck

<sup>2</sup> Verfassung des Fürstentums von Liechtenstein vom 5. Oktober 1921, LGBl. 1921 Nr 15.

<sup>3</sup> *Quaderer Rupert*, Der historische Hintergrund der Verfassungsdiskussion von 1921, in *Batliner* (Hrsg.), Liechtenstein Politische Schriften, Band 21 (1994), 105-140 (127).

<sup>4</sup> *Peter Bußjäger* ist Universitätsprofessor an der Universität Innsbruck und Richter des Staatsgerichtshofes.

<sup>5</sup> *Anna Gamper* ist Universitätsprofessorin an der Universität Innsbruck.

<sup>6</sup> *Carlo Ranzoni* ist Richter des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte.

<sup>7</sup> Vgl. Gesetz vom 27. November 2003 über den Staatsgerichtshof, LGBl. 2004 Nr 32.

<sup>8</sup> *Hoch*, Die EMRK in der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes, LJZ 2018/3, 111-114 (111).

<sup>9</sup> Als Beispiele wurde von *Anna Gamper* das «Bruttonationalglück» oder «gross national happiness» der Verfassung von Buthan, aufrufbar unter: [https://www.nab.gov.bt/dz/business/constitution\\_of\\_bhutan](https://www.nab.gov.bt/dz/business/constitution_of_bhutan) (18.11.2021) oder das Bekenntnis zu Rechten der Natur «Pacha Mama» in der Verfassung Ecuadors, aufrufbar unter: [https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador\\_2008.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2008.pdf) (18.11.2021) genannt.

<sup>10</sup> *Eva Maria Belser* ist Universitätsprofessorin an der Universität Fribourg.

mannigfaltig, besonders zeige sich dies anhand der Bestimmungen zur direkten Demokratie, bei der grossteils von der Schweiz Anleihe genommen wurde. Liechtenstein habe aber in kluger Vorausschau darauf bedacht, ein in der Schweiz in dieser Form nicht bestehendes Vorprüfungsverfahren von Initiativen (Art 70b VRG<sup>11</sup>) auf Verfassungs- und Völkerrechtskonformität vorzusehen und könne damit gegen potentielle Verletzungen von Grundrechten Abhilfe leisten<sup>12</sup>.

### Herausforderungen der Höchstgerichtsbarkeit

Die eingangs erwähnte Ressourcenknappheit zeige sich auch an dem als Nebentätigkeit ausgeübten Richteramt, hinzu komme die personell auf zwei Mitarbeiter beschränkte juristische Unterstützung wie *Hilmar Hoch* 13 in seinem Beitrag «Verfassungsgerichtsbarkeit im Kleinstaat» am Beispiel des StGH verdeutlichte. Einen wesentlichen Beitrag zur Funktionstüchtigkeit des StGH leisten seit jeher ausländische Richter<sup>14</sup>. Besonders in der Gründungsphase des Gerichtshofes war dies, wegen der geringen Zahl liechtensteinischer Juristen unumgänglich. Ein positiver Nebeneffekt dieser personellen Diversität sei neben der Stärkung der Unabhängigkeit des Gerichtes auch die anhaltende Rezeptionsfreudigkeit der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Diese sei geprägt von der Theorie «law in action» und damit einer Übernahme der Rechtsprechung fremder Gerichte zu rezipiertem Recht.

Die wichtige Rolle der nationalen Verfassungsgerichte im europäischen Verfassungsgerichtsverbund<sup>15</sup> skizzierte im Rahmen des Referats «Aktuelle Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa» *Peter M. Huber*<sup>16</sup>, der darauf hinwies, dass es kein hierarchisches Verhältnis der nationalen Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten der Union zum EuGH gibt. Nationale Verfassungsgerichte begegnen dem EuGH viel eher auf Augenhöhe. In der Praxis zeige sich jedoch, dass die Prinzipien des Anwendungsvorrangs, des *effet utile*, der Autonomie und das Äquivalenzprinzip die Zentralisierung stärken würden. Die den Pluralismus sichernden Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität seien in der Rechtsprechung des EuGH bisher unterrepräsentiert. Die Wahrung der durch den Gesetzgeber erfolgten Kompetenzübertragung an die EU wird zunehmend auch vom deutschen BVerfG überprüft.

Der Eindämmung diesbezüglicher Willkür dient mitunter die Ultra-vires-Kontrolle<sup>17</sup>.

### «Die Staatsgewalt ist im Fürsten und im Volke verankert»

Keine Passage der Verfassung bringt das Selbstverständnis Liechtensteins wohl besser zum Ausdruck als «[...] die Staatsgewalt ist im Fürsten und im Volke verankert [...]». Einerseits bekräftigt Art 2 LV die Monarchie und damit die Rolle des Fürsten, andererseits entspringt ihm auch die demokratische Organisation und Teilhabe des Volkes, welche sich anhand der ausgeprägten direkten Demokratie in ihrer deutlichsten Form zeigt. Trotz der formalen Gleichstellung der «Verfassungsparteien» wird dem Volk nach Art 113 LV das demokratische Recht der Abschaffung der Monarchie als *ultima ratio* zugestanden. Letztere Bestimmung zeugt wohl auch von einem Wandel der Monarchien und von der zunehmenden Abkehr von monarchischen Prärogativen.

Diese Veränderung zeige sich auch an der Frage, ob ein Monarch aus der Rolle des Staatsorgans in die Rolle des Bürgers schlüpfen kann, um Grundrechte als Grundrechtsträger geltend zu machen. *Luc Heuschling* 18 eröffnete mit diesem Ausblick seinen Beitrag «Neue Entwicklungen und Demokratiebefund der Monarchien Europas». Der Monarch sei als Staatsoberhaupt Organ, wer aber Organwalter dieses Organs sei, bliebe in der Forschung zu Monarchien häufig im Dunkeln. Es komme vor, dass sich zwei Organwalter die Funktion des Organs teilen. Am besten lasse sich dies am Beispiel des Royal Assent<sup>19</sup> zeigen. Das Äquivalent stellt das Sanktionsrecht dar, es handelt sich dabei um die notwendige Zustimmung des Fürsten, ohne welche ein Gesetz nicht in Kraft treten kann. Ein Royal Assent könne auch an eine Gegenzeichnung eines Mitgliedes der Regierung oder an einen Vorschlag der Regierung gebunden sein. Eine solche Ausgestaltung würde dem Monarchen letztlich de jure die Entscheidung über das Zustandekommen eines Gesetzes entziehen. Problematisch würde diese Ausgestaltung, wenn der Monarch ohne Vorschlag der Regierung tätig wird oder vielleicht sogar vorab ankündigt, seinen Royal Assent zu verweigern. Dass diese Fragen für Liechtenstein nicht unbedeutend sind, zeigte sich an der vorab öffentlich kundgetanen Äusserung von Erbprinz *Alois* die Sanktion eines Initiativvorschlages zur Fristenregelung zu verweigern<sup>20</sup>.

Die Gegenzeichnung des Regierungschefs nach Art 65 Abs 1 LV findet nur im Falle der schriftlich erfolgenden Sanktion oder der ausdrücklichen Verweigerung dersel-

<sup>11</sup> Gesetz vom 17. Juli 1973 über die Ausübung der politischen Volksrechte in Landesangelegenheiten (Volksrechtgesetz, VRG), LGBL 1973 Nr.50.

<sup>12</sup> Zur Reformbedürftigkeit der Rechtslage in der Schweiz *Häfelin/Haller/Keller/Thurnberr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht<sup>10</sup> (2020), 577 f.

<sup>13</sup> *Hilmar Hoch* ist Präsident des Staatsgerichtshofes.

<sup>14</sup> Art 105 LV und Art 9 Abs 1 StGHG sprechen lediglich von der mehrheitlichen Besetzung des Gerichtshofes mit Liechtensteinerinnen bzw Liechtensteinerinnen, in der Praxis stammen jeweils ein Richter bzw eine Richterin und ein Ersatzrichter bzw eine Ersatzrichterin aus der Schweiz und Österreich.

<sup>15</sup> Liechtenstein nimmt an diesem zumindest mittelbar im Rahmen des «Integrationsprozesses» durch EFTA, EWR und Europarat teil.

<sup>16</sup> *Peter M. Huber* ist Richter des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts und Universitätsprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>17</sup> BVerfG 21. Juni 2016, 2 BvR 2728/13, Rz 1–220 (143).

<sup>18</sup> *Luc Heuschling* ist Universitätsprofessor an der Universität Luxemburg.

<sup>19</sup> Siehe auch *Heberer*, Einführung in das englische Rechtssystem, ZfRV 2002/2, 57 ff.

<sup>20</sup> Erbprinz *Alois* lehnt die Fristenregelung klar ab, Liechtensteiner Vaterland (Online) vom 15. August 2011, <https://www.vaterland.li/importe/archiv/politik/Erbprinz-Alois-lehnt-Fristenregelung-klar-ab;art433,74744#:~:text=Als%20Grund%20f%C3%BCr%20die%20Ablehnung,Abtreibung%20von%20Kindern%20mit%20Behinderung%C2%BB.&text=Ein%20Schwangerschaftsabbruch%20wird%20in%20Liechtenstein,50%20Frauen%20aus%20Liechtenstein%20abtreiben> (16.11.2021).

ben statt<sup>21</sup>. Die Problematik der zwei Organwähler im Falle der Sanktion als Akt der Gesetzgebung<sup>22</sup> müsste also geklärt werden, wenn der Regierungschef die Gegenzeichnung der ausdrücklichen Sanktion verweigern würde.

Der Entwicklung der Verfassung von 1921 bis zur geltenden Fassung des Jahres 2021 ging *Wilfried Marxer*<sup>23</sup> in demokratischer Hinsicht im Zuge seines Vortrages «Die Verknüpfung von direkter Demokratie und Monarchie in Liechtenstein» auf die Spur. Die Verfassungsrevision von 2003 war dabei ein einschneidender Moment. Der Fürst räumte die Möglichkeit eines Misstrauensvotums gegen ihn als Staatsoberhaupt (Art 13ter LV) und ein demokratisches Sonderverfahren zur Abschaffung der Monarchie ein (Art 113 LV). Die Rolle des Fürsten wurde durch seinen Vorsitz und Stichtenscheid im Richterausschuss sowie durch das Zustimmungsvotum zur Empfehlung der Kandidaten an den Landtag gestärkt (Art 96 LV)<sup>24</sup>. Auch das Sanktionsrecht erfuhr eine Änderung, welche die Untätigkeit des Fürsten innerhalb von sechs Monaten als Verweigerung der Sanktion wertet (Art 65 Abs 2 LV)<sup>25</sup>.

*Marxer* zeigte anhand exemplarischer Beispiele das Abstimmungsverhalten der liechtensteinischen Bürger bei Volksabstimmungen auf. Interessanterweise zeigte sich häufig ein Gleichlauf der Ergebnisse der Abstimmungen mit den durch Umfragen erhobenen hohen Vertrauenswerten des Fürsten in der Bevölkerung. Häufig gingen selbst emotional geladene Abstimmungen im Sinne des Fürsten aus, allen voran die Änderung der Verfassung von 2003.

Aus rein taktischer Sicht ist wohl gerade das Sonderverfahren zur Abschaffung der Monarchie ein eines Monarchen «würdiger» Schachzug, denn dadurch wurde der Möglichkeit einer weiter aufkeimenden Debatte vorgegriffen und ein in ein Verfassungsgesetz gegossenes Verfahren geschaffen, welches durch seine schwierige praktische Handhabung nicht zur voreiligen Anwendung verleitet.

### Zwischen Rucksack, Eigenständigkeit und europäischen Einflüssen

«Unsere Politik der letzten 70 Jahre kann man nicht einmal als Isolationspolitik bezeichnen, sondern vielmehr

als das Umsteigen von einem Rucksack in den anderen.»<sup>26</sup> Das Zitat von *Hans-Adam II.* aus dem Jahr 1970 bezog sich auf die abwechselnde Anlehnung in ausserpolitischen Fragen ursprünglich an die k.u.k. Monarchie und anschliessend an die Schweiz<sup>27</sup>.

Diese bekannte Rucksack-Metapher nahm *Benjamin Schindler*<sup>28</sup> in seinem Referat «Kleinstaat im Mehrebenen-system» auf, um die Verfassungsentwicklung der drei Nachbarstaaten Liechtenstein, Österreich und der Schweiz anhand dreier Extrempole zu verdeutlichen. «Anlehnung» wie der Blick aus dem Rucksack (Liechtenstein), «Integration» in ein supranationales Gebilde (Österreich) und «Autarkie» wie ein Fels in der Brandung (Schweiz) würden die drei Staaten prägen. Verwurzelte Idealvorstellungen der Ausübung der Herrschaft würden die ausserpolitische Entwicklung mehr beeinflussen, als man gemeinhin annehme. Österreichs Einzug in das supranationale Gebilde der EU wurde durch seine tief verwurzelte Bürokratie begünstigt. Für einen Staat wie die Schweiz gelte das Gegenteil, Bürokratie wäre eine Barriere zwischen der Deckungsgleichheit von Volk und Staat. Liechtenstein hingegen würde einen eigenen Weg wählen, nämlich selbstverwaltete Kleinstaatlichkeit mit einer Anlehnung mal bei der Schweiz, mal bei Österreich oder über die Umwege EFTA, EWR und Europarat auf europäischer Ebene. Gleichzeitig habe diese Entscheidung doch etwas Eigenständiges, weder wurde der Weg der Schweiz in Ablehnung des EWR-Beitritts eingeschlagen,<sup>29</sup> noch habe man sich an der Integration Österreichs orientiert.

Mit der Einstrahlungswirkung des europäischen Verfassungsverbundes auf Liechtenstein und einer möglichen Ausstrahlungswirkung Liechtensteins auf diesen beschäftigte sich das Referat «Liechtenstein im europäischen Verfassungsverbund» von *Patricia Schiess*<sup>30</sup>. Zwar gehöre Liechtenstein dem sich aus Art 2 EUV ergebende Werteverbund der EU nicht an, die Teilnahme am Europarat werfe ihren Schatten aber auch auf die Verfassung Liechtensteins. Seitens der Venedig-Kommission gäbe es etwa rechtsstaatliche Anforderungen an Monarchien<sup>31</sup> und auch die Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) gebe regelmässig Empfehlungen zur Bekämpfung von Korruption ab. Letztere Einrichtung sah Verbesserungs-

<sup>21</sup> *Bußjäger*, Art 9 LV, in Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar, BERN 2016, verfassung.li (Stand: 3. September 2015, zuletzt abgerufen am: 18.11.2021), Rz 56.

<sup>22</sup> *Bußjäger*, Art 9 LV, Online-Kommentar Liechtenstein-Institut, Rz 7, Stand 18.11.2021.

<sup>23</sup> *Wilfried Marxer* ist ehemaliger Forschungsbeauftragter im Fachbereich Politik des Liechtenstein-Instituts.

<sup>24</sup> Der Fürst begründete die sich anbahnende Änderung der Verfassung in einer Rede anlässlich des Staatsfeiertages von 1994 mit dem Ziel, verhindern zu wollen, dass Richter und Gerichte Opfer der Parteipolitik werden. Ein Bericht des liechtensteiner Volksblatts vom 16. August 1994 ist abgedruckt in *Merki* (Hrsg.), Liechtensteins Verfassung 1992–2003. Ein Quellen- und Lesebuch (2015), 199.

<sup>25</sup> Ziel der Änderung des Sanktionsrechtes war es Pattsituationen im Fall der Untätigkeit des Fürsten zu beseitigen und eine klare Regelung zu schaffen, dazu *Bußjäger*, Art 9 LV, Online-Kommentar Liechtenstein-Institut, Rz 70, Stand 18.11.2021.

<sup>26</sup> «<Einen Fürsten als Touristenattraktion>>, Beitrag im liechtensteiner Volksblatt vom 15. September 1970.

<sup>27</sup> *Michael Benvenuti*, Interview mit Fürst *Hans-Adam II.* anlässlich des fünfundsiebzigjährigen Thronjubiläums aus dem Jahr 2014, *Hans-Adam II.*: «Wir befänden uns noch immer im Rucksack der Schweiz», aufrufbar unter: <https://www.lfsg.org/de-ch/medien/fuerst-hans-adam-ii-wir-befaelnden-uns-noch-immer-im-rucksack-der-schweiz> (17.11.2021).

<sup>28</sup> *Benjamin Schindler* ist Universitätsprofessor an der Universität St. Gallen und Ersatzrichter des Staatsgerichtshofes.

<sup>29</sup> Die Frage des Abstimmungstermins der Volksabstimmung über den Beitritt Liechtensteins zum EWR-Abkommen sorgte dennoch für einen Verfassungskonflikt zwischen dem Fürsten und der Regierung, dazu *Merki* (Hrsg.), Liechtensteins Verfassung, 57ff.

<sup>30</sup> *Patricia Schiess* ist Forschungsleiterin des Fachbereiches Recht am Liechtenstein-Institut.

<sup>31</sup> Siehe *Venedig-Kommission*, Stellungnahme Betreffend die vom liechtensteinischen Fürstenhaus vorgeschlagene Änderung der liechtensteinischen Verfassung (2002), Stellungnahme Nr 227/2002 CDL -AD(2002) 32, 4f.

potential insbesondere beim Richterausschuss<sup>32</sup>. Dem Beitrag der Vortragenden war ebenfalls zu entnehmen, dass die Ausstrahlungswirkung Liechtensteins auf den europäischen Verfassungsverbund nur schwer festzustellen sei. Da Liechtenstein als EWR- und EFTA-Staat keinen direkten Einfluss auf die Auslegung des Unionsrechts hat, dürfte die Ausstrahlung hier zumindest gering sein.

### Schlussbemerkungen

Wie die Tagung verdeutlichte, steht ein Kleinstaat wie Liechtenstein eingebettet inmitten Europas vor eigenen verfassungsrechtlichen Herausforderungen. Ein Weg ausserhalb der EU macht ihn vielfach zum Zuschauer der gesamteuropäischen Entwicklung. Die Ressourcenknappheit zwingt den Kleinstaat zur Innovation mittels Rezeption und «legal transplants», ein erfolgreiches Beispiel dafür ist der StGH. Zugleich eröffnet die Teilnahme an internationalen Organisationen wie dem Europarat aber eine Bedeutung Liechtensteins weit über die Landesgrenzen hinaus.

Aus der Perspektive eines Vorarlbergers sei zuletzt angemerkt, dass die Verfassung Liechtensteins neben den schweizerischen Kantonsverfassungen und der schweizerischen Bundesverfassung die Sehnsucht nach mehr direkter Demokratie in der Vorarlberger Landesverfassung durchaus zu stärken vermag.<sup>33</sup>

Die hier vorgestellten Beiträge der Vortragenden werden im Laufe des Jahres 2022 in einem Tagungsband im Verlag Österreich veröffentlicht.

## Tagungsbericht Corporate Governance Tagung

Maximilian Jörg<sup>1</sup>

Anlässlich des 11-jährigen Bestehens des ÖUSG<sup>2</sup> veranstaltete der Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht in Kooperation mit der Board Foundation die *Corporate Governance Tagung* zum Thema «Führung und Steuerung von öffentlichen Unternehmen in Liechtenstein».

Das Tagesseminar fand am 01. September 2021 unter Teilnahme zahlreicher Interessierter und hochkarätiger Vortragender aus Wissenschaft, Praxis und Politik im Vaduzer Saal statt. Vertreterinnen und Vertreter aus den unterschiedlichsten Führungsgremien aus dem In- und Ausland gewährten tiefgreifende Einblicke in die vielfältigen Herausforderungen im Kontext der Public Corporate Governance bei öffentlichen Unternehmen. Der Meinungsaustausch und die eingehenden Diskussionen standen im Zentrum der Impulsvorträge, Break-Out-Sessions und Paneldiskussionen.

### 1. Einführung

Dr. *Klaus Tschütscher*, Präsident des Universitätsrats der Universität Liechtenstein, Alt-Regierungschef und ehemaliger Minister für Justiz, Wirtschaft und Sport, und Ass.-Prof. Dr. iur. *Alexandra Butterstein*, LL.M., Leiterin des Instituts für Wirtschaftsrecht sowie Vertreterin des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, eröffneten die Tagung und hiessen die zahlreichen Interessierten und Vortragenden im Vaduzer Saal herzlich willkommen. Im Anschluss zeigten sie die Zielsetzungen der Tagung auf und hoben darüber hinaus die Vorreiterrolle Liechtensteins und die Bedeutung des ÖUSG sowie der Public Corporate Governance hervor. Insbesondere der fächerübergreifende Austausch und die eingängige Auseinandersetzung würden die Public Corporate Governance stärken, indem aktuelle und praxisnahe Problemfelder aus den unterschiedlichsten Sichtweisen aufgezeigt und diskutiert werden würden. Die Relevanz des Themenkomplexes wurde von den interessierten Teilnehmenden sowie den erstklassigen Vortragenden unterstrichen.

### 2. Vormittagsprogramm

#### 2.1. Terminologie und rechtliche Grundlagen

Den Auftakt machte Prof. Dr. *Roland Müller*, Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St. Gallen und Bern, Präsident des Aufsichtsrates der FMA Liechtenstein, mit dem Vortrag «Terminologie und rechtliche Grundlagen der Public Corporate Governance in Liechtenstein». Prof. *Müller* spannte den Bogen von Bedeutung und Funktion sowie den rechtlichen Grundla-

<sup>32</sup> *Staatengruppe des Europarates gegen Korruption* (GRECO), Gemeinsame Erste und Zweite Evaluationsrunde. Umsetzungsbericht Liechtenstein (2013), Greco RC-I/II (2013) 1E, 5f.

<sup>33</sup> Deren weiterer Ausbau wurde erst vor kurzem ein neuerlicher Riegel durch den VfGH vorgeschoben: zur «Volksgesetzgebung» auf Landesebene VfGH 28.06.2001, G103/00; zu den direktdemokratischen Elementen auf Gemeindeebene VfGH 06.08.2021, G 166–168/2020–15, V 340/2020–15.

<sup>1</sup> Mag. iur. *Maximilian Jörg*, LL.M., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Liechtenstein (maximilian.joerg@uni.li).

<sup>2</sup> Gesetz über die Steuerung und Überwachung öffentlicher Unternehmen, LGBl 2009/356.

gen der Public Corporate Governance bis hin zu deren Grenzen. Zunächst wurde die Public Corporate Governance sowie Begriffsbestimmungen im Sinne des ÖUSG definiert, um anschliessend die spezifischen Vorteile der Public Corporate Governance anhand konkreter Beispiele aufzuzeigen. Darüber hinaus wurde beleuchtet, unter welchen Gesichtspunkten eine Auslagerung staatlicher Aufgaben in öffentliche Unternehmen sinnvoll sein kann. Schliesslich wurde der Fokus auf konkrete Handlungsempfehlungen gelegt.

## 2.2. Eignerstrategie und Unternehmensstrategie

Nach einer Kaffeepause fuhr *Peter Beck*, Querdenkerei GmbH und ehemaliger CEO der Liechtensteinischen Post AG, mit dem Vortrag «Eignerstrategie und Unternehmensstrategie von öffentlichen Unternehmen in Liechtenstein» fort. Eingängig wurden in diesem Zusammenhang die Begrifflichkeiten der Eigner- und Beteiligungsstrategie definiert und aufgezeigt, dass diese wesentliche Instrumente des Staates darstellen, mit welchen dieser die Unternehmensziele vorgibt. Im Rahmen der Ausführungen zur Zuständigkeit und dem Ablauf wurde darüber hinaus die (neue) Funktion des Landtages kritisch beleuchtet. Die Unternehmensstrategie, die sich als langfristige Unternehmensplanung an die Vision, die Werte sowie an die Eigner- und Beteiligungsstrategie zu halten hat, stellt die Entscheidungsgrundlage des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung dar. Ehe die Poststelle Triesen als Beispiel aus der Praxis beleuchtet wurde, erläuterte Herr *Beck* die Haftung nach Art 13 Abs 1 ÖUSG und führte in diesem Kontext die Amtshaftung für hoheitliche sowie die Privathaftung für sonstige Tätigkeiten eines Mitglieds der strategischen Führungsebene aus.

## 2.3. Rolle des Eigners

Dr. *Thomas Zwiefelhofer*, Alt-Regierungschef-Stellvertreter und ehemaliger Minister für Inneres, Justiz und Wirtschaft, Mitglied des Group Board der First Advisory Group, widmete sich der «Rolle des Eigners von öffentlichen Unternehmen in Liechtenstein und die Zusammenarbeit mit der strategischen Führungsebene». Im Referat wurden zunächst die Gegebenheiten vor Inkrafttreten des ÖUSG im Detail veranschaulicht, ehe sich die Ausführungen auf die seit 01. Januar 2010 geltende Rechtslage konzentrierten. Das Augenmerk lag in diesem Zusammenhang insbesondere auf den Pflichten der Regierung nach dem ÖUSG. Demnach kommt der Regierung als Oberaufsichtsbehörde die Steuerung und Überwachung der öffentlichen Unternehmen zu, wobei das ÖUSG sowie Spezialgesetze zu beachten sind. Darüber hinaus wurde die Zuständigkeitsfrage – zwischen Regierung und Regierungsmitglied – umfassend betrachtet. Die Ausführungen haben gezeigt, dass das ÖUSG und die Spezialgesetze der Regierung die Aufgabenwahrnehmung zuteilen, wenngleich die Regierungsmitglieder die Oberaufsicht über das zugewiesene öffentliche Unternehmen ausüben. Das jeweilige Regierungsmitglied trifft jedoch gleichsam eine Informationspflicht. Schliesslich wurde die Zusammenarbeit zwischen Eigner und strategischer Führungsebene sowie der Regierung und dem Landtag im Kontext von öffentlichen Unternehmen besprochen.

## 3. Nachmittagsprogramm

### 3.1. Break-Out-Sessions

Im Anschluss an den Buffet- und Netzwerklunch, in dessen Rahmen die bereits behandelten Inhalte vertieft und weiter diskutiert wurden, fanden die Break-Out-Sessions statt. In zwei Durchgängen konnten die Teilnehmenden aus drei Break-Out-Sessions zu unterschiedlichen Themenbereichen wählen.

In der Break-Out-Session geleitet von Prof. Dr. *Roland Müller* wurde das Sitzungsmanagement und die Business Judgement Rule im Kontext öffentlicher Unternehmen dargestellt. In diesem Zusammenhang wurden bspw wiederkehrende rechtliche Unsicherheiten bei Sitzungen der strategischen Führungsebene sowie die Wichtigkeit der Protokollführung im Lichte der Business Judgement Rule praxisnah und anhand konkreter Beispiele aufgezeigt.

*Christian Wolf*, Partner BDO (Liechtenstein) AG, VRP Liechtenstein Marketing und ehemaliger VRP Telecom Liechtenstein, zeigte in einer weiteren Break-Out-Session die Rollen eines Verwaltungsratspräsidenten im Vergleich zu einem Verwaltungsratsmitglied auf. Im Detail wurden insbesondere die unterschiedlichen Aufgaben und Pflichten diskutiert, ehe im Anschluss das Herausforderungen-Chancen-Verhältnis ins Zentrum der Ausführungen rückte.

Die finanzielle Führung und das Controlling öffentlicher Unternehmen beleuchtete *Christoph Pichler*, VRP/CFO Xatena AG Zürich, vormals Mitarbeiter der Regierung des Fürstentums Liechtensteins, Ministerium für Infrastruktur, Wirtschaft und Sport, im Rahmen der dritten Break-Out-Session. Im Gedankenaustausch wurden unter anderem die (erhöhten) Anforderungen an Verwaltungsräte sowie die unterschiedlichsten Instrumente zur finanziellen Führung im Detail erörtert.

### 3.2. Risk Management

Prof. Dr. *Michael Hanke*, Inhaber des Lehrstuhls für Finance am Institut für Finance, Universität Liechtenstein, widmete sich dem Thema «Risikomanagement und Compliance in öffentlichen Unternehmen in Liechtenstein». Es wurden Ergebnisse, welche sich aus der systematischen Auswertung geschäftsrelevanter Risiken ergaben, im Kontext des Risikomanagements und der Compliance von 13 öffentlichen Unternehmen präsentiert. Die Analyse der Ergebnisse hat unter anderem gezeigt, dass alle Unternehmen dem Public Corporate Governance Code nachkommen, ausserdem keine einheitliche Implementierung des Risikomanagements besteht und dass sich divergierende Vorgaben hinsichtlich des Risikomanagements finden lassen. Ebenso wurde erörtert, dass die Compliance tendenziell eher selten Erwähnung findet. Letztlich wurden Vorschläge besprochen, dass bspw Mindestanforderungen an das Risikomanagement in öffentlichen Unternehmen festgelegt werden könnten.

### 3.3. Panelgespräch

Beim abschliessenden Panelgespräch – moderiert von Dr. *Klaus Tschütscher* und Ass.-Prof. Dr. *Alexandra Butterstein* – wurden aufgeworfene Fragen vertieft und weiter erörtert. Die Diskussion hat gezeigt, dass der Bereich der Public Corporate Governance ein komplexes und

breites Themenfeld darstellt, das weiter an Bedeutung gewinnen wird. Ebenso, dass sowohl Wissenschaft als auch Praxis weiter gefordert sein werden, entsprechende Lösungsansätze zu entwickeln, damit die Corporate Governance in öffentlichen Unternehmen auch künftig wirkungsvoll und zielorientiert zum Einsatz gelangt. Nach den Schlussworten folgte ein Apéro zum Gedankenaustausch und Networking.

Der Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht und die Board Foundation bedanken sich bei allen Teilnehmenden und Vortragenden für die überaus gelungene Veranstaltung.

## Tagungsbericht 13. Liechtensteinischer Stiftungsrechtstag

Maximilian Jörg<sup>3</sup>

### 1. Einführung und Grussworte

Am 28. September 2021 veranstaltete der Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht in Kooperation mit der Vereinigung liechtensteinischer gemeinnütziger Stiftungen und Trusts (VLGST) den 13. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstag. Nach einjähriger, coronabedingter Unterbrechung fand der diesjährige Stiftungsrechtstag, welcher sich dem Generalthema «Stiftung und ihr Umfeld im Wandel» widmete, im SAL am Lindaplatz (Schaaner Saal) statt. Knapp 120 Teilnehmende aus dem In- und Ausland sowie hochkarätige Vortragende aus Wissenschaft und Praxis nutzten den Stiftungsrechtstag zum Gedankenaustausch über aktuelle und künftige Entwicklungen im Bereich des Stiftungsrechts.

Dr. *Thomas Zwiefelhofer* (Präsident VLGST; First Advisory Group) eröffnete die Tagung und hob die Bedeutung des liechtensteinischen Stiftungsrechtstags für den Standort hervor. Prof. Dr. Dr. hc. *Helmut Heiss*, LL.M., von der Universität Zürich unterstrich darüber hinaus die Wichtigkeit eines universitätsübergreifenden Wissenstransfers, welcher zwischen den Universitäten Liechtenstein und Zürich weiter intensiviert werden soll. Im Anschluss begrüßten Ass.-Prof. Dr. *Alexandra Butterstein*, LL.M. (Universität Liechtenstein) und Prof. Dr. *Francesco A. Schurr* (Universität Innsbruck und Universität Liechtenstein), welcher ebenso durch das Vormittagsprogramm führte, die Teilnehmenden.

### 2. Aktuelle Entwicklungen im Stiftungsrecht

Den Auftakt machte Mag. *Stefan Rosenberger*, Richter am Fürstlichen Landgericht, mit dem Vortrag zur aktuellen Rechtsprechung im Bereich des Stiftungsrechts. Eingängig wurden in diesem Zusammenhang Entscheidungen der liechtensteinischen Gerichte besprochen. Neben zwei Entscheidungen zur Abberufung von Stiftungsräten wurde die Unzulässigkeit der Überprüfung von Reglementen durch das Aufsichtsgericht sowie die Informationsrechte von Begünstigten für ein ausländisches Zivilverfahren eingängig erörtert. Im anschliessenden Referat

ging Dr. *Albert Kaufmann*, Leiter der Stiftungsaufsichtsbehörde, zunächst auf die Umstrukturierung des Amtes für Justiz ein, ehe aktuelle Rechtsprechung und Neues aus der Praxis erörtert wurde.

### 3. Aktuelle Fragestellungen der Foundation Governance

Im Anschluss an die Kaffeepause begann der zweite Block des Vormittags, welcher sich aktuellen Fragestellungen im Bereich der Foundation Governance widmete. Im ersten Referat erörterte Prof. Dr. *Francesco A. Schurr* die nachträglichen Änderungen der Begünstigtenrechte bei der privatnützigen Stiftung und hob das Spannungsverhältnis zwischen Erstarrungsprinzip einerseits und notwendiger Flexibilität andererseits hervor. Darauf folgend beleuchtete Prof. Dr. *Ulrich Segna* von der EBS Universität für Wirtschaft und Recht die Entlastung von Stiftungsorganen aus deutscher und rechtsvergleichender Perspektive. So wurden auch die kommende deutsche Stiftungsrechtsreform und deren Auswirkungen auf die Entlastung erörtert. Prof. Dr. *Susanne Kals*, LL.M., von der Wirtschaftsuniversität Wien referierte zu Governancefragen bei der unternehmensverbundenen Stiftung und diskutierte Lösungsansätze bei der österreichischen Privatstiftung. In diesem Kontext führte Prof. *Kals* insbesondere die nach wie vor grosse Bedeutung der Familienstiftung in Österreich aus und ergänzte, wie Familien in die Governance der Stiftung und des von der Stiftung gehaltenen Familienunternehmens eingebunden werden können.

Ehe es in die Mittagspause ging, wurde im Panel das sich im Wandel befindliche Stiftungsumfeld sowie die neuen Herausforderungen diskutiert. Als Impuls für die weitergehende Diskussion diente das Referat von Dr. *Wilhelm Ungerank*, LL.M., Senatsvorsitzender am Fürstlichen Obergericht, über eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte betreffend die Auflösung einer Stiftung aufgrund unzureichender finanzieller Mittel. Im von Prof. Dr. *Francesco A. Schurr* geleiteten Panel vertieften Dr. *Wilhelm Ungerank*, LL.M., Prof. Dr. *Ulrich Segna* und Prof. Dr. *Susanne Kals*, LL.M., die Ausführungen und diskutierten die Argumente.

### 4. Aspekte der Vertretungsmacht und Einzelfragen aus dem Bereich der Gemeinnützigkeit

Im Anschluss an den Buffet- und Netzwerklunch beleuchtete Ass.-Prof. Dr. *Alexandra Butterstein*, LL.M., die Vertretungsmacht des Stiftungsrats. Aufgrund des Wandels in der Stiftungslandschaft bestehe ein erhöhter Umstrukturierungsbedarf. Im Referat wurden daher eingängig aktuelle Problemfelder im Zusammenhang mit der Errichtung sowie der Vermögensübertragung auf eine Sub- bzw Schwesterstiftung aufgezeigt. Dr. *Thomas Zwiefelhofer* zeigte anschliessend in seinem Vortrag die Informationsrechte von Begünstigten einer gemeinnützigen Stiftung auf. Selbst wenn gemeinnützige Stiftungen grundsätzlich nur einer externen Foundation Governance durch die Stiftungsaufsichtsbehörde unterliegen, sei es dem Stiftungsrat unbenommen, mit den Stiftungsbeteiligten gemeinsam zu arbeiten. Die Grenzen würden jedoch dort liegen, wo Berufsgeheimnisverpflichtungen oder der Stifterwille entgegenstehen.

<sup>3</sup> Mag. iur. *Maximilian Jörg*, LL.M., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Liechtenstein (maximilian.joerg@uni.li).

In einem gemeinsamen Vortrag gewährten *Fortunat Walther* (Geschäftsführer und Stiftungsrat Medicor Foundation) und lic. iur. *Märten Geiger*, LL.M., (ATU Allgemeines Treuunternehmen) Einblicke in die Organisation gemeinnütziger Stiftungen. Nachdem zunächst das Tätigkeitsfeld sowie die Organisation der Medicor Foundation beleuchtet wurde, folgten Ausführungen von lic. iur. *Märten Geiger*, LL.M., aus der Perspektive eines Treuhandbüros.

Bevor es in die Kaffeepause ging, folgte ein Panelgespräch mit *Fortunat Walter*, lic. iur. *Märten Geiger*, LL.M., *Dagmar Bühler-Nigsch* (VLGST) und Prof. Dr. *Marc Gottschald* (Universität Liechtenstein). Unter der Moderation von Ass.-Prof. Dr. *Alexandra Butterstein*, LL.M., wurden aufgeworfene Fragen vertieft und die Bedeutung gemeinnütziger Stiftungen für den Standort Liechtenstein aufgezeigt.

### **5. Entwicklungen im Umfeld der Stiftungsbeteiligten**

Nach der Kaffeepause folgte ein Erfahrungsbericht im Hinblick auf das Auswechseln von Stiftungsräten nach dem Landesrecht von *Roger Frick* (ATU Allgemeines Treuunternehmen). Im Zentrum der Ausführungen standen der Verfahrensablauf vor der Schlichtungskommission sowie dessen Intention. Darüber hinaus wurden Einblicke in bereits abgeschlossene Fälle gegeben. Eine Replik auf die Abberufung von Stiftungsräten folgte von RA *René Saurer* (Gasser Partner Rechtsanwälte). Neben willkürlichen Ergebnissen würden stiftungsrechtliche Wertungen missachtet werden, sodass eine Überarbeitung dringend geboten erscheine. Im abschliessenden Panelgespräch, moderiert von Prof. Dr. *Francesco A. Schurr*, wurden die ausgetauschten Argumente intensiv besprochen und Diskussionsbeiträge aus dem Publikum aufgegriffen.

Den letzten Vortrag eines bis dato äusserst spannenden Tages hielt Staatsanwalt Mag. *Marc Julian Mayerböfer*, LL.M., zum Thema wirtschaftlicher Berechtigter im Kontext der Untreue nach § 153 StGB. Nachdem der Gang der Reform des Straftatbestands skizziert wurde, konzentrierte sich das Referat unter anderem auf den wirtschaftlich Berechtigten bei juristischen Personen.

Nach den Dankes- und Schlussworten des Veranstalters klang der inhaltlich höchst lehrreiche und facettenreiche 13. Liechtensteinische Stiftungsrechtstag bei Apéro und weiterem Gedankenaustausch aus.

Der Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht und die Vereinigung liechtensteinischer gemeinnütziger Stiftungen und Trusts (VLGST) bedanken sich herzlich bei allen Vortragenden und Teilnehmenden für die überaus gelungene Veranstaltung.

Die Veranstalter freuen sich bereits auf die Ausrichtung des 14. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstags. Informationen hierzu werden frühzeitig auf der Homepage der Universität Liechtenstein veröffentlicht ([www.uni.li](http://www.uni.li)).

## Fachliteratur

### **Marxer & Partner Rechtsanwälte (Hrsg), Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, Manz/C.H.Beck 2021, 523 Seiten (ISBN 978-3-214-02575-5)**

Prolog: Als der Rezensent im Jahr 2002 von der Advokatur aus der Schweiz zur Justiz des Fürstentums Liechtenstein wechselte und feststellen musste, dass das liechtensteinische Recht nur zu einem (kleineren) Teil auf schweizerischer Rezeptionsgrundlage beruht, diente ihm das seinerzeit von *Marxer & Partner Rechtsanwälte* herausgegebene Buch «Gesellschaften und Steuern in Liechtenstein» als wertvolle Einstiegs- und Orientierungshilfe. 2009 erschien dann von derselben Anwaltskanzlei ein Nachfolgewerk mit dem neuen Titel «Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht», welcher dem deutlich erweiterten Umfang Rechnung trug. Darauf baut das hier zu besprechende, nunmehr im renommierten Manz-Verlag publizierte Handbuch auf, welches auch inhaltlich eine erhebliche Erweiterung erfahren hat, indem zusätzliche Themen wie die DSGVO, das neue Notariatsgesetz und die Blockchain-Gesetzgebung behandelt werden. Die Autorenschaft rekrutiert sich – naheliegender Weise – überwiegend aus Partnern und Rechtsanwältinnen der genannten Kanzlei, wobei die Verfasser der einzelnen Kapitel jeweils nicht namentlich erwähnt werden (echtes «Teamwork» also). Es würde den Rahmen dieser Rezension sprengen, auf sämtliche in diesem aktualisierten Standardwerk berücksichtigte Rechtsgebiete einzugehen, so dass es nachfolgend mit einer selektiven und punktuellen Besprechung sein Bewenden haben muss.

Zum EWR: Seit dem Beitritt Liechtensteins 1995, welcher eine Anpassung des Zollvertrages mit der – abseits stehenden (Stichwort «Bilateralismus») – Schweiz bedingte (Anm: 2001 folgte dann die zwischen den EFTA-Staaten untereinander abgeschlossene sog. Vaduzer Konvention), profitiert das Fürstentum von einem (Zitat) «Binnenmarkt sui generis» mit der EU, indem es in den Genuss der vier Grundfreiheiten (betreffend Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital) kommt. Insoweit unterstehen die EFTA/EWR-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein der Jurisdiktion des EFTA-Gerichtshofes (Anm.: die sog. «Advisory Opinions» des EFTA Court werden jeweils in der LES veröffentlicht), wobei die liechtensteinischen Gerichte vom Recht zur Einholung eines Gutachtens zur Auslegung des EWR-Rechts (sic!) «rege» Gebrauch machen (laut StGH 2013/172 in LES 2014, 148 besteht jedenfalls für die Höchstgerichte eine Vorlagepflicht gemäss Art 34 ÜGA, wenn die Rechtslage unklar und die betreffende Rechtsfrage entscheidungserheblich ist; siehe zuletzt nach Vorlage durch den OGH das Urteil des EFTA-GH vom 15.07.2021 Rs. E-14/20 betreffend organisatorische Anforderungen an Wertpapierfirmen). Im selben Kapitel wird auch die parallel zur Schweiz erfolgte Assoziierung Liechtensteins zu Schengen (samt SDÜ) und Dublin (Asyl) mit ihren Auswirkungen auf das nationale Recht konzis dargestellt.

Zum Gesellschaftsrecht: Die primäre Zielgruppe des vorliegenden Handbuchs dürfte sich vor allem für die spezifisch liechtensteinischen Verbandspersonen interessieren, welchem Umstand denn auch inhaltlich Rechnung getragen wird. Eine prominente Stellung und entsprechend breiten Raum nimmt dabei die Stiftung ein (das 9. Kapitel ist mit seinen 30 Seiten das längste), die seit der Totalrevision 2009 in den §§ 1–41 zu Art 552 PGR normiert ist. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen alt- und neurechtlichen Stiftungen (seien es gemein- oder privatnützige, Familien- oder Unternehmensstiftungen) kommt bereits im reichhaltigen Literaturverzeichnis zum Ausdruck (Stichtag 01.04.2009, allerdings unter Vorbehalt der «Foundation Governance» auch für Altstiftungen), wobei hinsichtlich der ersteren auf eine frühere Publikation derselben Herausgeber verwiesen wird. Eine dogmatische Besonderheit stellt die sog. fiduziarische Stiftungserrichtung dar, bei welcher die Rechtswirkungen des Handelns des Treuhänders unmittelbar beim wirtschaftlichen Hintermann eintreten. Was die typisch liechtensteinische (privatrechtliche) Anstalt anbelangt, so kann weiterführend auf die vom ebenfalls zu den Autoren des hier rezensierten Werkes gehörenden *Maximilian Dejaco* verfasste Dissertation verwiesen werden, die bereits in LJZ 2021, 48 besprochen worden ist. Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang die Treuhänderschaft gemäss Art 897–932 PGR, die ihre Wurzeln im angloamerikanischen Trust hat; nicht zu verwechseln mit dem in den Art 932a PGR/§§ 1–170 TruG geregelten Treuunternehmen (Trust reg.), das im vorliegenden Handbuch ebenfalls eine prägnante, aber fundierte Behandlung erfahren hat.

Zum Sorgfaltspflicht- und Wirtschaftsstrafrecht: Auch diesen ineinandergreifenden Kapiteln merkt man an, dass hier Spezialistinnen (das männliche Geschlecht selbstverständlich inkludiert) am Werk waren. Eingehend werden die Auswirkungen der Umsetzung der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie nicht nur auf das SPG, sondern auch auf das neue Gesetz über das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen (VwbPG; bisher VwEG) dargestellt. Zu letzterem bleibt nachzutragen, dass die VwbP-Kommission zwischenzeitlich ihre erste Entscheidung nach Art 17 VwbPG getroffen und dabei die Offenlegung der Daten einer liechtensteinischen Anstalt abgelehnt hat (VwbP-K001/2021–4). Ebenfalls up to date ist die für einen Finanzplatz wie Liechtenstein «essentielle» (so StGH 2016/5 in LES 2017, 45) bzw «elementare» (so die rubrizierten Herausgeber in ihrem Vorwort) Bekämpfung der Geldwäscherei sowie der organisierten Kriminalität und Terrorismusfinanzierung, wofür das Fürstentum vom europäischen Expertengremium «Moneyval» gute Noten erhalten hat.

Zum Finanzmarktrecht: Die in diesem Teil behandelten Themen wie Banken und Vermögensverwaltungsgesellschaften sowie Fonds- und Versicherungsrecht sind durch die europarechtlichen Vorgaben – zumindest für Generalisten – zu einem veritablen «Gesetzesdschungel» gewachsen, so dass man auf einen Kompass wie den vorliegenden angewiesen ist. «Terra incognita» war für

den Rezensenten bisher das Thema «Blockchain», zu welchem das diesbezügliche Kapitel eine wertvolle Einstiegshilfe bietet. Mit dem am 01.01.2020 in Kraft getretenen Gesetz über Token und Vertrauenswürdige-Technologie-Dienstleister (TVTG) hat der hiesige Gesetzgeber auch international Neuland betreten. Mit Fug weisen die Autoren auf den historischen Charakter von Art 6 Abs 3 TVTG hin, mit welcher Bestimmung hinsichtlich Verfügung über Token vom traditionellen Kausalitätsprinzip abgewichen und zum Abstraktionsprinzip übergegangen worden ist. Man könnte hier auch von einer normativen Kraft des Faktischen sprechen (Stichwort: Unveränderbarkeit von Übertragungen auf VT-Systemen). Bleibt abzuwarten, ob Liechtenstein auf diesem Gebiet auch tatsächlich eine Pionierrolle übernehmen können.

Zum Privatrecht: Dabei handelt es sich in Liechtenstein gleichsam um ein Hybrid, das teils (überwiegend) auf österreichischer und teils auf schweizerischer Rezeptionsvorlage basiert (es existieren aber auch eigentliche Konglomerate wie das Ehegesetz; siehe zum ehelichen Unterhalt zuletzt der OGH in LES 2021, 55, wo einer sog. Sparquote neuerlich eine klare Absage erteilt worden ist). Während das ABGB mit dem dort u.a. normierten Erb- und Schuldrecht österreichischer Provenienz ist (die ursprünglich «automatische Rezeption» wich freilich bereits 1843 der «fürstlichen Sanktion»), beruht das separat kodifizierte Sachenrecht (SR) auf schweizerischem Vorbild. Aber auch das ABGB selbst weist einige liechtensteinische Eigenheiten auf. So ist das aus der Schweiz rezipierte Arbeitsvertragsrecht mit seinen Art 1–113 in den vom liechtensteinischen Gesetzgeber eigens dafür geschaffenen § 1173a ABGB integriert worden. Und die in der Praxis bedeutsame Erfüllungsgehilfenhaftung findet sich – aus der Sicht des österreichischen Rechtsanwenders sozusagen «disloziert» – in § 44 der Schlussabteilung des PGR (siehe dazu instruktiv der OGH in LES 2014, 21). Nur schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass die liechtensteinische Rechtsordnung für den ausländischen Rechtsanwender einige «Fallstricke» bereithält. Das macht dieses kompakte Nachschlagewerk umso unentbehrlicher.

Intermezzo: Hinsichtlich Zivilprozessrecht (einschliesslich Schiedsgerichtsbarkeit) sowie Strafprozessrecht (inklusive Rechtshilfeverfahren) sei an dieser Stelle ein Hinweis auf die im selben Verlag erschienenen spezifischeren Handbücher erlaubt, bei welchen seitens Marxer & Partner Rechtsanwälte *Robert Schneider* (HB LieZPR, siehe dazu die Rezension in LJZ 2020, 347) und *Vera Hasler* (HB LieStrPR; diese Buchbesprechung folgt im nächsten Heft) mitgewirkt haben und dort ihr Fachwissen sowie ihre forensische Erfahrung einbringen konnten. Angesichts des unterschiedlichen Adressatenkreises dürfte es sich bei jenen Werken nicht um Konkurrenzprodukte des vorliegenden Buches handeln, dessen Lektüre einer «Tour d'horizon» durch die liechtensteinische Rechtsordnung gleichkommt (Anm.: lediglich aus Platzgründen weggelassen werden hier die Themen staatsrechtliche Grundlagen, Steuerrecht einschliesslich nationales und internationales Fiskalstrafrecht, Handels- und Wettbewerbsrecht, IPR sowie weitere Rechtsgebiete wie Staatsbürgerschafts- und Ausländerrecht, die hiermit wenigstens «pro memoria» angeführt werden).

Zum Exekutions- und Insolvenzrecht: Während das aus Österreich rezipierte Zwangsvollstreckungsrecht (der Terminus «Exekution» mag für Schweizer Juristen ungewohnt erscheinen) 2019/21 immerhin zwei Teilnovellierungen erfahren hat, ist das bisherige Konkursrecht per 1.1.2021/22 einer grundlegenden Reform unterzogen worden (von KO zu IO). Einem Paradigmenwechsel gleich kommen im neuen liechtensteinischen Insolvenzrecht insbesondere der Sanierungsplan für Unternehmen und das Schuldenregulierungsverfahren für (redliche) natürliche Schuldner mit Restschuldbefreiung («Privatkonkurs»). Ergänzend zur konzisen Einführung im hier besprochenen Handbuch kann auf die einschlägigen Abhandlungen in der LJZ 2021, 56 ff verwiesen werden.

Zum Anwaltsrecht: Unterschieden wird hier zwischen liechtensteinischen Rechtsanwälten, denen EWR-Staatsangehörige und aufgrund der sog. Vaduzer Konvention auch Schweizer gleichgestellt sind, wenn sie je nach dem die Anwalts- oder Eignungsprüfung abgelegt haben, sowie niedergelassenen und dienstleistungserbringenden europäischen Rechtsanwälte, die für ihre forensische Tätigkeit in Liechtenstein einen Einvernehmensrechtsanwalt benötigen. Zu Recht hervorgehoben wird im vorliegenden Handbuch das strafbewehrte Anwaltsgeheimnis, dem ein prozessual geschütztes Entschlagsrecht gegenüber steht. Zum Disziplinarrecht bzw zur einschlägigen (aktuellen) Judikatur sei auf die Abhandlung von *Robert Schneider*, seines Zeichens Präsident der liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer, in LJZ 2021, 72 verwiesen. Anzumerken bleibt an dieser Stelle, dass die liechtensteinischen Rechtsanwälte auch als Treuhänder (siehe dazu den Exkurs zum 46. Kap.) und seit kurzem als Notare (dem ist das 52. Kap. gewidmet) tätig werden können, sofern sie die entsprechenden (Zusatz-)Prüfungen abgelegt haben.

Zum Immaterialgüterrecht: Während das hiesige Marken-, Design- und Urheberrecht jeweils auf schweizerischer Rezeptionsvorlage beruht, ist aufgrund des Patentschutzvertrages mit der Schweiz das dortige Recht in Liechtenstein direkt anwendbar, Letzteres jedoch unter Vorbehalt einer allfälligen Erschöpfung aufgrund des EWR-Rechts. Bemerkenswert ist in zivilprozessualer Hinsicht, dass der Rechtszug in Patentsachen vom hier erstinstanzlich zuständigen Fürstlichen Obergericht direkt zum Schweizerischen Bundesgericht führt.

Zum Datenschutzrecht: Entgegen anfänglicher Befürchtungen ist die DSGVO der EU in Liechtenstein nicht zu einem «Bürokratiemonster» mutiert, was wohl auch der pragmatischen Durchsetzung durch die hiesige Datenschutzstelle geschuldet ist. Während die DSGVO in das EWR-Abkommen übernommen worden und unmittelbar anwendbar ist, gehört die einschlägige Richtlinie betreffend die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit (DSRL-PJ) zum Schengen-Acquis und ist im liechtensteinischen Datenschutzgesetz (DSG) umgesetzt worden. Das informative 51. Kapitel des vorliegenden Handbuchs taugt auch als eine Art Checkliste, um die eigene Datenschutzerklärung (so z.B. diejenige der VLR als Herausgeberin der LJZ, abrufbar unter <https://juristenzeitung.li/de/datenschutz> auf ihre DSGVO-Konformität zu überprüfen.

Epilog: Das gegenständliche Kompendium verschafft nicht nur dem ausländischen Rechtsanwender einen umfassenden Überblick zum liechtensteinischen Wirtschaftsrecht. Vielmehr war die Lektüre dieses à jour gebrachten Standardwerkes auch für den seit bald 20 Jahren in Liechtenstein tätigen Rezensenten (neuerlich) mit einem (erheblichen) Lerneffekt verbunden!

*Jürgen Nagel*

**Sylvia Susanna Freygnier, Die Novellierung des Geldwäschereitbestandes nach § 165 StGB und damit verbundene Herausforderungen für Finanzdienstleister, insbesondere Banken, 1. Auflage 2021, GMG-Verlag, ISBN 978-3-907249-06-2, 50 Seiten, Softcover**

Als Band 29 der Schriften zum Liechtensteinischen Recht legt die Autorin, Rechtsanwältin in Vaduz, zugelassen aber auch in Österreich und in der Schweiz, ihre im Rahmen des Masterlehrgangs «International Taxation» an der Universität Liechtenstein (Prof. *Martin Wenz*) approbierte Masterthesis vor.

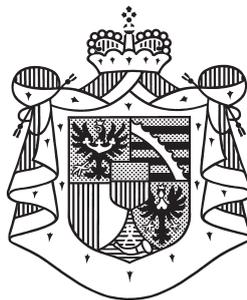
Ausgangspunkt der Arbeit ist die mit 01.07.2019 erfolgte Novellierung des § 165 StGB («Geldwäscherei»), wonach – aus einem im Zusammenhang mit einer Schädigung des Haushalts der Europäischen Gemeinschaften stehenden Vergehen im Sinne von Art 88 MWSTG herrührende Vermögensbestandteile waren schon seit 01.01.2010 und aus Vergehen nach Art 140 SteG oder Art 88/89 MWSTG herrührende Vermögensbestandteile seit 01.01.2016 geldwäschereifähig gewesen – nunmehr neu auch die durch die Begehung von Vergehen nach Art 140 SteG oder Art 88/89 MWSTG erzielte Steuerersparnis zu einem dem Tatbestand unterliegenden Vermögensbestandteil erklärt wurde (Abs 5 neu). Nicht so sehr die einer MONEYVAL-Evaluation (S. 7 f) geschuldete Erweiterung des Tatbestandes, sondern die Ausführungen in BuA 2015/114, 20 («Bei Verwendung von völlig substanz- und funktionslosen so genannten Refakturierungsgesellschaften und bei Zahlungen von Provisionen ohne jeglichen wirtschaftlichen Hintergrund dürften jedoch regelmässig solche [falschen, verfälschten oder inhaltlich unrichtigen] Urkunden involviert sein.») zum Steuerbetrug (S. 5, 13 und 37), führten nach Medienberichten (zB *Wirtschaft Regional*, 03.07.2020, S. 7) dazu, dass «die Banken die Kundenkonten» löschten, «welche die entsprechenden [Substanz-]Nachweise nicht vorbrachten», auch eine Kleine Anfrage wurde dazu im Landtag gestellt (Abg. *Erich Hasler*, 04.09.2019). Mit diesem «Substanzerfordernis» (S. 3 und S. 37 ff) seien Sitz- bzw Domizilgesellschaften, so die Autorin, in Bezug auf den Tatbestand des § 165 StGB unter «Generalverdacht» gestellt worden, wovon sich Betroffene faktisch «freizubeweisen» hätten (S. 5).

Nach Darstellung der Grundlagen (in welchen Konstellationen ist der Tatbestand des § 165 Abs 5 StGB, auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, erfüllt?) – hilfreich sind in diesem Zusammenhang die Fallbeispiele

(S. 17–19) und zuzustimmen ist der Autorin sicher dahin, dass es bei einer Auslandstat als Vortat nicht auf eine Verkürzung der Abgabe in Liechtenstein ankommt (S. 35) – wird zu Recht darauf hingewiesen, dass dem Erfüllen von Substanzkriterien (Büroräume, Mitarbeiter, Telefon- und Stromrechnungen – vgl. S. 37) blosser Indizfunktion zukommt (S. 38 und 44), sodass der Umkehrschluss (bei Vorliegen von Substanz seien Steuerdelikte ausgeschlossen) unzulässig ist (S. 37). Ein «Prüfkatalog» (S. 44 f) und weitere Fallbeispiele (zu «substanzlosen Refakturierungsgesellschaften» und zu Prüfpflichten [für Banken und Finanzintermediäre] – S. 46 ff) schliessen die, wie es *Thomas Stern* im Vorwort treffend formuliert, «Theorie und Praxis bündig und elegant im akademischen Lösungsweg» verbindende Arbeit ab.

*Wilhelm Ungerank*





# LIECHTENSTEINISCHE ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNG (LES)

Amtliche Sammlung von Entscheidungen liechtensteinischer Gerichte und Verwaltungsbehörden

---

Heft 4

Dezember 2021

42. Jahrgang

---

## **Inhaltsübersicht**

Staatsgerichtshof .....	225
Verwaltungsgerichtshof .....	255
Fürstlicher Oberster Gerichtshof.....	273
Fürstliches Obergericht .....	305

---

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 29.06.2021, StGH 2020/096

**Art 33 Abs 1 LV, Art 6 Abs 1 EMRK**

**Art 31 Abs 1 LV, Praxisänderung  
Willkürverbot**

**Eine Praxisänderung steht in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zum Gleichheitssatz der Verfassung und zum Rechtssicherheitsinteresse. Allerdings verstösst eine sachlich begründete Praxisänderung nicht gegen das Gleichheitsgebot, ausser es bestünden Anzeichen dafür, dass die Behörde die neue Praxis nicht konsequent anwendet bzw anzuwenden beabsichtigt.**

**Der Präsident des LG hat nachvollziehbar dargelegt, weshalb seines Erachtens das Ablehnungsverfahren zweiseitig ausgestaltet ist. Darin hat er insbesondere ausgeführt, dass im Rahmen des Ablehnungsverfahrens einerseits das Recht des Ablehnungswerbers auf ein unparteiisches Gericht gemäss Art 6 EMRK steht und diesem grundrechtlichen Anspruch andererseits das ebenfalls verfassungsmässig gewährleistete Recht des Ablehnungsgegners auf den gesetzlichen und damit geschäftsverteilungsmässig zuständigen Richter gegenübersteht.**

**Der StGH konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör in ständiger Rechtsprechung dahingehend, dass den Verfahrensbetroffenen eine dem Verfahrensgegenstand und der Schwere der in Frage stehenden Rechtsfolgen angemessene Gelegenheit erhalten müssen, ihren Standpunkt zu vertreten. Unbestrittenermassen findet durch die Zustellung des Ablehnungsantrages des Ablehnungswerbers an die Prozessgegner kein wesentlicher Zeitverlust statt. Übergeordnete öffentliche Interessen, die gegen die Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens sprechen würden, sind für den StGH ebenfalls nicht ersichtlich. Es bestehen daher für die neue Praxis triftige Gründe, sodass diese Praxisänderung jedenfalls durch den StGH nicht zu beanstanden ist; selbst wenn sich diese Praxis durch die bisherige Rechtsprechung des StGH nicht geradezu «aufdrängt».**

#### Sachverhalt

Beim LG behängt unter der Aktenzahl 01 CG.2017.508 zwischen der Klägerin X Foundation (Beschwerdegegnerin) und den Beklagten 1 und 2 (Beschwerdeführerinnen zu 1. und 2.) im nunmehr zweiten Rechtsgang eine Zivilrechtssache (Feststellungsklage) mit einem Streitwert von CHF 120'000.00. Der geschäftsmässig zuständige Landrichter ist A.

Mit Teilurteil vom 16. Januar 2020, mit dem auch ein von der Beschwerdegegnerin gestellter Zwischenfeststellungsantrag (rechtskräftig) zurückgewiesen wurde, gab das LG einem Teil des Klagebegehrens Folge und traf

die begehrte Feststellung. Mit Beschluss des OG vom 23. April 2020 wurde der gegen das Teilurteil von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Berufung Folge gegeben, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Rechtssache unter Bindung an die Rechtsansicht des OG an das LG zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung zurückverwiesen. Mit Teilurteil vom 18. Mai 2020 hat das LG ein spruchgemäss gleichlautendes Urteil wie im ersten Rechtsgang erlassen.

In der mit Schriftsatz vom 17. Juni 2020 gegen dieses Teilurteil erhobenen Berufung lehnten die Beschwerdeführerinnen gleichzeitig den zuständigen Landrichter ab und machten dessen Befangenheit geltend. Mit Schreiben vom 30. Juni 2020 ersuchte die Beschwerdegegnerin um Beteiligung am gegenständlichen Ablehnungsverfahren. Sie beantragte, dem Ablehnungsantrag keine Folge zu geben und verzeichnete in ihren Schriftsätzen Kosten.

Mit Beschluss vom 17. August 2020 gab der Präsident des LG dem Ablehnungsantrag der Beschwerdeführerinnen keine Folge. Der Beschluss wurde im Wesentlichen wie folgt begründet:

Das Ablehnungsverfahren sei zweiseitig. Der bisherigen Praxis der Einseitigkeit des Verfahrens würden gewichtige Argumente entgegenstehen: Dem Recht des Ablehnungswerbers auf ein unparteiisches Gericht stehe das Recht der anderen Partei auf den gesetzlichen und damit geschäftsverteilungsmässig zuständigen Richter gegenüber. Ein Eingriff in dieses Recht erfordere zwingend die Gewährung des rechtlichen Gehörs, weshalb auch dem Gegner die Möglichkeit der Stellungnahme einzuräumen sei. Auch der österreichische OGH gehe in seinen neueren Entscheidungen von der Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens aus. Der StGH habe die Frage in der von den Ablehnungswerberinnen angeführten Entscheidung StGH 2018/071 offengelassen. Das Recht des Prozessgegners eines Ablehnungswerbers auf den gesetzlichen und damit den geschäftsverteilungsmässig zuständigen Richter könne nur geschützt werden, wenn das Ablehnungsverfahren zweiseitig geführt werde. Gerade in einer Verfahrenskonstellation wie der gegenständlichen zeige es sich, dass das Ablehnungsverfahren zweiseitig ausgestaltet sein müsse: werde dem Ablehnungsantrag Folge gegeben, dann seien die vom abgelehnten Richter vorgenommenen gerichtlichen Handlungen und damit insbesondere das Teilurteil nichtig. Werde den Ablehnungsantrag stattgegeben, so werde dem Prozessgegner des Ablehnungswerbers der geschäftsverteilungsmässig zuständige Richter entzogen und die vom abgelehnten Richter gesetzten gerichtlichen Handlungen seien nichtig. An einem Verfahren mit diesen möglichen Auswirkungen seien die Parteien des Hauptverfahrens zu beteiligen. Nur so können ihre Rechte und Rechtspositionen geschützt werden. Die bisherige Praxis des LG sei daher zu ändern. Über Antrag einer Prozesspartei zu führende Ablehnungsverfahren seien zweiseitig. Die in dem gegebenen Kontext einschlägige Vorschrift über die Ablehnung sei Art 57 GOG. Die Gründe, die eine Befangenheit erwirken, seien im Gesetz nicht erschöpfend, sondern nur allgemein aufgezählt. Nach ständiger

Rechtsprechung sei ein Richter dann als befangen anzusehen, wenn Umstände vorlägen, die es nach objektiver Prüfung und Beurteilung rechtfertigen würden, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Ob Befangenheit vorliege sei bezogen auf den jeweiligen Einzelfall zu beurteilen. Eine Vorbefassung sei dann gegeben, wenn sich der Richter mit einer Verfahrenspartei in einem anderen Verfahren schon einmal befasst habe. Der StGH erachte in stRsp sowohl die Mehr- als auch die Vorbefassung als mit Art 33 Abs 1 LV und Art 6 EMRK in der Regel vereinbar. Danach könne das blosses Faktum der Mehrfachbefassung eines Richters mit dem gleichen Fall in der Regel eine Befangenheit des Richters selbst dann nicht begründen, wenn der Richter vorher zum Nachteil der Verfahrenspartei entschieden habe. Allein aus einer Vorbefassung sei noch keine Besorgnis der Unvoreingenommenheit und Unabhängigkeit abzuleiten, wenn hierfür keine besonderen Indizien vorlägen. Eine unrichtige Entscheidung begründe nach ständiger Rechtsprechung keine Befangenheit. Auch Verfahrensmängel als solche würden keine Befangenheit zu begründen vermögen, und zwar solange nicht, als es sich dabei nicht um schwerwiegende Verstösse gegen Verfahrensgrundsätze handle, die an der Objektivität des Richters mit Grund zweifeln lassen würden. Gegenstand des Ablehnungsverfahrens könne jedenfalls nicht die Überprüfung von richterlichen Massnahmen auf ihre sachliche Richtigkeit sein. Dies sei dem in der Hauptsache gegebenen Rechtsmittelverfahren vorbehalten. Gegenstand des Ablehnungsverfahrens sei allein die Frage der Verletzung der gebotenen Neutralität und Sachlichkeit. Herangezogen auf den gegenständlichen Fall würden diese Grundsätze dazu führen, dass keine Befangenheit des zuständigen Landrichters bestehe: Die alleinige Geltendmachung einer Mehrfach- bzw Parallelbefassung ohne Hinzutreten weiterer unabhängiger Befangenheitsindizien reiche nicht aus, um eine Befangenheit zu begründen. Solche weiteren Indizien würden die Ablehnungswerberinnen (Beschwerdeführerinnen) darin sehen, dass dem zuständigen Richter im zweiten Teilurteil Rechts- und/oder Verfahrensfehler unterlaufen seien. Gegenstand des Ablehnungsverfahrens könne jedenfalls nicht die Überprüfung von richterlichen Massnahmen auf ihre sachliche Richtigkeit sein. Das sei dem in der Hauptsache gegebenen Rechtsmittelverfahren vorbehalten. Gegenstand des Ablehnungsverfahrens sei allein die Frage der Verletzung der gebotenen Neutralität und Sachlichkeit. Auch bei Vor- oder Mehrfachbefassung eines Richters sei daher nicht jeder dem Richter sodann unterlaufene Rechts- bzw Verfahrensfehler bereits ein wie dargestellt gefordertes besonderes Indiz für seine Befangenheit. Vielmehr bleibe es auch bei bestehender Vor- bzw Mehrfachbefassung dabei, dass Verfahrensmängel und unrichtige Entscheidungen nur dann eine Befangenheit begründen, wenn sie so schwerwiegend sind, dass sie die mangelnde Objektivität des Richters erkennen lassen würden, wenn also das prozessuale Vorgehen des Richters einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage entbehre und sich so sehr vom normalerweise üblichen Verhalten entferne, dass sich für die betroffene Partei der Eindruck von einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung aufdrängen müsse. Davon könne hier jedenfalls nicht

die Rede sein. Wenn im zweiten Teilurteil nicht darauf eingegangen werde bzw zu wenig darauf eingegangen werde, durch welche konkreten Handlungen, welcher Partei, in welcher Weise die Rechtssphäre der klagenden Partei beeinträchtigt worden sei und im Teilurteil nicht ersichtlich werde, wie die Rechtssphäre der klagenden Partei beeinträchtigt sein könnte, wenn die Deed of assignment keinerlei Rechtswirkung entfalten würde, dann wären dies letztlich einfach Verfahrens- bzw Rechtsfehler, die aber jedenfalls nicht auf die Befangenheit des zuständigen Richters schliessen lassen würden. Gleiches gelte dafür, ob die vom Obergericht monierten fehlenden Feststellungen im zweiten Teilurteil nunmehr ausreichend getroffen würden. Auch dies sei nicht Gegenstand des Ablehnungsverfahrens. Gleiches gelte hinsichtlich der im Teilurteil nicht erfolgten Ermittlung anzuwendenden ausländischen Rechts und mit der vorgebrachten Nicht-Befassung des zuständigen Landrichters mit dem vorgelegten Schreiben des Richters in E. Daraus, dass das zweite Teilurteil bereits relativ kurz nach Aufhebung des ersten Teilurteils erlassen wurde, könne nicht auf eine Befangenheit geschlossen werden. Wie dargestellt, vermögen Verfahrensmängel als solche keine Befangenheit zu begründen und zwar so lange nicht, als es sich dabei nicht um schwerwiegende Verstösse gegen Verfahrensgrundsätze handle, die an der Objektivität des Richters mit Grund zweifeln lassen. Eine nicht verfahrensrechtskonforme Prozessführung begründe nur dann eine Befangenheit, wenn der Richter in auffälliger und bedenklicher Weise Verfahrensgrundsätze ausser Acht lasse, die dem Schutz des Gehörs und der Objektivität des Verfahrens dienen. Ob es richtig gewesen sei, das zweite Teilurteil ohne vorherige Parteieinvernahme der Ablehnungswerberinnen (Beschwerdeführerinnen) zu erlassen, sei nicht Gegenstand des Ablehnungsverfahrens. Auf eine mangelnde Objektivität des Richters könne aus dieser Unterlassung jedenfalls nicht geschlossen werden. Wenn es ein Fehler war, dann gehe er auch nicht zu Lasten einer Partei, sondern zu Lasten aller Parteien. Eine unsachliche Bevorzugung einer Partei sei hier jedenfalls nicht zu sehen. Durch die erst 2020 entstandene richterliche Zuständigkeit von Landrichter A für das Strafverfahren 01 ES 2020.2 könne keine Befangenheit im gegenständlichen, bereits früher anhängig gewordenen Zivilverfahren entstehen.

Gegen diesen Beschluss des Präsidenten des LG vom 17. August 2020) erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Schriftsatz vom 14. Oktober 2020 Individualbeschwerde an den StGH, wobei eine Verletzung des Rechts auf den ordentlichen Richter gemäss Art 33 Abs 1 LV, die Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäss Art 6 EMRK, die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes gemäss Art 31 LV sowie die Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht wird. Beantragt wird, der Staatsgerichtshof möge der Beschwerde kostenpflichtig Folge geben und erkennen, dass die Beschwerdeführerinnen durch Beschluss des Präsidenten des LG vom 17. August 2020 (ON 11) in ihren verfassungsmässig und durch die EMRK gewährleisteteten Rechten des Beschwerdeführers verletzt wurden sowie den angefochtenen Beschluss deshalb aufheben und zur neuerlichen Entscheidung unter Bindung an die Rechtsansicht des StGH an den

Präsidenten des LG zurückverweisen. Mit dieser Individualbeschwerde wurde auch ein Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt.

Ihre Individualbeschwerde begründen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen wie folgt:

Zur Verletzung des Rechts auf den ordentlichen Richter sowie der Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren bringen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen vor: Gemäss ständiger Praxis des StGH genüge ein begründeter Anschein der Befangenheit, um einem Richter die Unbefangenheit abzusprechen. Der StGH stelle an den Nachweis einer fehlenden Unabhängigkeit keine allzu strengen Massstäbe. Im Zweifelsfall sei Befangenheit anzunehmen. Die Mehr- oder Vorbefassung eines Richters sei ebenfalls ein Indiz für die Befangenheit eines Richters. Zwar begründe nicht jede Mehr- oder Vorbefassung eines Richters eine Besorgnis der Voreingenommenheit. Jedenfalls könne aber der Anschein einer Befangenheit gegeben sein, wenn zur Mehr- und Vorbefassung noch weitere kritische Momente hinzukämen. Fest stehe, dass Landrichter A mehrfach mit Rechtsstreitigkeiten befasst ist bzw war, in denen die Beschwerdeführerinnen involviert seien und auch, dass in all diesen Verfahren Fragen zu klären waren, die miteinander vergleichbar seien. Es gehe in allen Verfahren um die Glaubwürdigkeit der Beschwerdeführerinnen. Landrichter A habe sich in diesem Zusammenhang im Verfahren zu 01 CG.2018.234 deutlich und offensichtlich starr positioniert, wenn es um die Beschwerdeführerin zu 1. gehe. Landrichter A wolle von dieser Position nicht mehr abgehen, obwohl ihm in der Zwischenzeit im Verfahren zu 01 CG.2018.234 gezeigt worden sei, dass in F offensichtlich Untersuchungen gegen Hr. Y und Hr. Z wegen einer allfälligen Urkundenfälschung im Zusammenhang mit den Aktienzertifikaten geführt werden. Auch die Tatsache, dass er auf mögliche strafbare Handlungen zum Nachteil der Beschwerdeführerin zu 2. in E aufmerksam gemacht worden sei, habe bei Landrichter A offensichtlich nicht zu einem Umdenken geführt. Allein daraus ergebe sich bereits der Anschein der Befangenheit, der auch nachvollziehbar sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten aber noch weitere Indizien aufgezeigt, die dafürsprechen, dass Landrichter A befangen sei. Er habe entgegen dem ursprünglichen Prozessplan plötzlich davon Abstand genommen, die Beschwerdeführerinnen zu hören. Weiters bestätigte er sein ursprüngliches Urteil im Wesentlichen, ohne die Rechtsansicht des OG zu berücksichtigen. Selbst wenn man davon ausgehe, dass dies keine schweren Verfahrensfehler seien, so seien es doch zusätzliche Indizien, die den Anschein einer Befangenheit zusätzlich verstärken würden. Die Rechtsmeinung des Präsidenten des LG, es benötige neben der Mehrfachbefassung auch noch eines schwerwiegenden Verfahrensmangels, damit von einem Anschein einer Befangenheit gesprochen werden könne, sei nicht zu teilen. Die dargestellte Literatur und Rechtsprechung sprächen lediglich von weiteren Indizien. Die Begründungen des Präsidenten des LG in diesem Zusammenhang seien jedenfalls unzureichend.

Zur Verletzung des Gleichheitssatzes bringen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen vor: Der Präsident des LG habe eine Praxisänderung vorgenom-

men. Bisher seien die liechtensteinischen Gerichte der Rechtsprechung des öOGH nicht gefolgt. Im Gegenteil: in einer kürzlich ergangenen Entscheidung des StGH werde zwar offengelassen, ob das Ablehnungsverfahren aus Sicht des StGH einseitig oder zweiseitig ausgestaltet sein müsse. Der StGH befasse sich aber ausführlich mit der Judikatur zu dieser Frage und zeige dabei deutlich, dass er den Argumenten in der Entscheidung des OLG Linz viel abgewinnen könne. Auch verweise der StGH auf eine Entscheidung des OGH vom 30.11.2006, C547/97/LES 2007, 450 in dem die Einseitigkeit des Ablehnungsverfahrens ausdrücklich festgestellt werde. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher darauf vertrauen können, dass das Ablehnungsverfahren auch weiterhin einseitig bleibe, ansonsten wäre die Praxis wohl schon viel früher geändert worden. Die neue Praxis sei insgesamt nicht überzeugender. Nach ständiger Judikatur des StGH erfordere Art 6 EMRK, dass der Verfahrensbetroffene lediglich eine dem Verfahrensgegenstand angemessene Gelegenheit erhalte, sich zu äussern. Im vorliegenden Fall sei die klagende Partei vom Verfahrensgegenstand gar nicht betroffen. Vielmehr gehe es im Ablehnungsverfahren um das öffentliche Interesse an der Objektivität der Rechtsprechung. Im Ablehnungsverfahren sei, im Gegensatz zum Zwischenstreit, auch kein Gegenantrag vorgesehen. Es stünden sich keine Parteien mit gegensätzlichen Interessen gegenüber. Vielmehr bekomme der zuständige Richter Gelegenheit einen allfälligen Anschein der Befangenheit auszuräumen. Darüber hinaus gelte das Grundrecht auf Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht grenzenlos. Vielmehr erfahre es seine Grenzen dort, wo es mit dem Grundrecht auf ein faires, innert nützlicher Frist zu erledigendes Verfahren kollidiere. Werde der Gegenpartei des Ursprungsverfahrens eine Parteistellung im Ablehnungsverfahren eingeräumt, dann komme es zu einem erheblichen Mehraufwand der Gerichte und zu erheblichen Verfahrensverzögerungen. Selbst wenn das Ablehnungsverfahren zweiseitig sei, dann bestehe doch keine Kostenersatzpflicht. Ein Kostenersatz im Sinne der §§ 40 ff ZPO würde jedenfalls einen Gegensatz der Interessen erfordern. Da dieser nicht gegeben sei, sei die Anwendung der Kostenersatzregeln gemäss den §§ 40 ff ZPO jedenfalls unrichtig.

Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des Willkürverbots geltend und führen dazu im Wesentlichen aus: Der angefochtene Beschluss sei willkürlich und massiv mangelhaft. Der Präsident des LG stelle willkürlich darauf ab, dass die einzelnen Verfahrensmängel nicht gravierend genug seien und Indizien fehlen würden, um eine Befangenheit bejahen zu können. Der Präsident des LG ignoriere die sich aus der Gesamtsituation ergebende eindeutig auf eine Befangenheit schliessen lassende Sachlage. Die gegenständliche Verweigerung der Abberufung des befangenen Landrichters A sei nicht nur qualifiziert unsachlich, sondern aus den dargestellten Gründen grob verfehlt und offensichtlich gesetzeswidrig. Im Gesamtkontext betrachtet würden die verschiedenen Indizien jedenfalls auf eine Befangenheit schliessen lassen.

Der StGH gab der Individualbeschwerde im Urteil vom 1. September 2020 keine Folge.

### Aus den Entscheidungsgründen

1. [...]

2. Zunächst rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung des Rechts auf den ordentlichen Richter gemäss Art 33 Abs 1 LV sowie die Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäss Art 6 EMRK.

2.1. Die Garantie des ordentlichen Richters umfasst als wesentlichen Teilgehalt auch den Anspruch auf den unbefangenen bzw unparteiischen Richter. Bei der Prüfung dieses Teilgehalts reicht angesichts der zentralen rechtsstaatlichen Bedeutung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte eine blosser Willkürprüfung nicht aus (StGH 2016/055, Erw. 2.1; StGH 2016/017, Erw. 3; StGH 2015/072, Erw. 2.2.1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Es ist weiter festzuhalten, dass bei der Frage der Befangenheit eines Richters an sich schon ein begründeter Anschein der Befangenheit genügt, denn «justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done» (so die Formulierung von Lord Chief Justice Hewart in: R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy, [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233).

Andererseits steht der Anspruch auf den unbefangenen Richter in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den primären gesetzlichen Richter. Weder soll sich ein Richter unter Berufung auf den Ausstand unbequemer Prozesse entschlagen können, noch soll ein Gericht in seiner ordentlichen Besetzung ohne Notwendigkeit von einer Partei in den Ausstand versetzt werden können (StGH 2016/017, Erw. 3; StGH 2015/092, Erw. 3.1; StGH 2015/072, Erw. 2.2.1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Es müssen daher einerseits gewisse Gründe, dh Umstände oder Tatsachen, vorliegen, die eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit bzw Unparteilichkeit bei der Entscheidungsfindung eines konkreten Falles nahe legen. Die Gründe müssen dabei entweder direkt in der Richterperson selbst vorhanden sein oder auf äussere Gegebenheiten zurückzuführen sein. Andererseits muss es sich um Umstände handeln, die den berechtigten Anschein einer Befangenheit, die Gefahr einer Voreingenommenheit, hervorrufen können. Das Misstrauen muss in objektiver Weise gerechtfertigt sein. Subjektive Befürchtungen der Verfahrenspartei allein reichen nicht aus (vgl. Tobias Michael Wille, Liechtensteinisches Verfassungsprozessrecht, LPS Bd. 43, Schaan 2007, 272 mwN). Ebenso genügt es nicht, wenn sich ein Richter subjektiv als befangen erachtet, wenn dies objektiv nicht der Fall ist (StGH 2016/017, Erw. 3; StGH 2015/092, Erw. 3.1; StGH 2015/072, Erw. 2.2.1 [alle aaO]).

Das blosser Faktum der Mehrfachbefassung eines Richters mit dem gleichen Fall kann in der Regel eine Befangenheit des Richters selbst dann nicht begründen, wenn der Richter vorher zum Nachteil des Antragstellers entschieden hat. Ebenso stellt es noch keinen Ablehnungsgrund dar, wenn der betroffene Richter in der Vergangenheit für den Beschwerdeführer ungünstige Entscheidungen traf. Überdies kann in aller Regel selbst eine willkürliche Entscheidung noch keine Befangenheit begründen (StGH 2015/072, Erw. 1.1.3; StGH 2014/083, Erw. 5.2.3; StGH 2010/081, Erw. 2.3 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]).

Es ist somit dann zugunsten der Ablehnung von Richtern zu entscheiden, wenn sachliche Gründe vorliegen,

die an deren Unbefangenheit vernünftigerweise Zweifel entstehen lassen. Dabei sind die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Das Ablehnungsverfahren soll eine objektive Prüfung der Rechtssache durch unabhängige und unparteiische Richter gewährleisten. Es sollte aber nicht missbraucht werden (StGH 2016/017, Erw. 3; StGH 2015/092, Erw. 3.1; StGH 2015/072, Erw. 2.2.1 [alle aaO]).

2.2. Der StGH judiziert in ständiger Praxis, dass die blosser Tatsache der Mehrfachbefassung eines Richters mit dem gleichen Fall in der Regel eine Befangenheit des Richters selbst dann nicht bewirken kann, wenn der Richter vorher zum Nachteil des Antragstellers entschieden hat (vgl hierzu Tobias Michael Wille, Recht auf den ordentlichen Richter, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 390 ff, Rz 71 mit umfassenden Hinweisen auf die Rechtsprechung des StGH). Damit eine Mehrfachbefassung eines Richters eine Befangenheit hervorrufen kann, muss «der objektiv gerechtfertigte Zweifel oder müssen sich die besonderen Umstände so konkretisieren, dass ein zureichender Grund für eine solche Befangenheit glaubhaft gemacht werden kann» (StGH 2003/092 und StGH 2003/096, Erw. 2.3; siehe auch Tobias Michael Wille, Recht auf den ordentlichen Richter, aaO, 391 f, Rz 71 mit Hinweisen zur Rechtsprechung). Dies gilt auch für die sogenannte Vorbefassung. Der StGH erachtet auch diese als mit Art 33 Abs 1 LV und Art 6 Abs 1 EMRK in der Regel vereinbar (vgl. StGH 2016/046, Erw. 3.2). Eine Vorbefassung liegt ua dann vor, wenn sich ein Richter mit den Verfahrensparteien in einem anderen Verfahren schon einmal befasst hat (vgl. StGH 2009/004, Erw. 2.3 [[www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; siehe auch Tobias Michael Wille, Recht auf den ordentlichen Richter, aaO, 390 ff, Rz 70 ff). Neben dem Kriterium der Vor- bzw Mehrfachbefassung müssen in aller Regel weitere Umstände hinzukommen, die im konkreten Einzelfall im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung den Anschein der Befangenheit bzw Voreingenommenheit in objektiver Weise als begründet erscheinen lassen. Von einem solchen Umstand geht der StGH etwa dann aus, wenn ein erkennender Richter nicht bereit ist, seine damals vertretene Rechtsposition erneut selbstkritisch zu überprüfen und gegebenenfalls seine Meinung zu ändern (vgl. StGH 2016/046, Erw. 3.2 und StGH 2004/47, Erw. 2.8). Diesbezüglich folgt daraus, dass ein Richter trotz Vorbefassung im Verfahren bleiben darf, wenn dieses in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen nach wie vor als offen und nicht vorausbestimmt erscheint (vgl. Tobias Michael Wille, Recht auf den ordentlichen Richter, aaO, 393, Rz 72).

2.3. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, dass Landrichter A als Landrichter mit mehreren Verfahren befasst gewesen sei, in denen die Beschwerdeführerinnen beteiligt gewesen seien. Insbesondere habe er das Verfahren zu 01 CG.2018.234 geführt, in welchem es um die Zulässigkeit einer Sitzverlegung ging und ebenso das Verfahren zu 01 ES.2020.2, das gegen die Beschwerdeführerin zu 1. geführt werde und in dem es darum gehe, ob die Beschwerdeführerin zu 1. zur Aktionärin gekürt werde. Die Beschwerdeführerinnen bringen also vor, dass der von ihnen abgelehnte Landrichter A in zwei Verfahren,

die sie betreffen würden, tätig gewesen sei. In casu habe der zuständige Landrichter A sowohl im Zivilverfahren 01 CG.2017.508 die Entscheidung getroffen als auch in einem im Jahre 2020 eingeleiteten Strafverfahren 01 ES.2020.2. Da letzteres Verfahren (Strafverfahren) zu einem späteren Zeitpunkt gerichtsanhängig gemacht worden war, kann dieses Strafverfahren bezüglich des vorgenannten Zivilverfahrens – auch wenn hierzu ein Konnex besteht – jedenfalls keine Befangenheit für das früher bereits anhängig gemachte Zivilverfahren bewirken. So hätten die betroffenen Parteien des Strafverfahrens (01 ES.2020.2) eine angebliche oder mögliche Befangenheit im dortigen Verfahren vorbringen können und müssen. Allenfalls hätte dann Landrichter A in jenem Verfahren nicht als Richter tätig sein dürfen. Da solches von den Beschwerdeführerinnen aber gar nicht gerügt wird bzw die Beschwerdeführerinnen eine entsprechende Rüge im Verfahren zu 01 ES.2020.2 unterlassen haben, können sie nicht zu einem (beliebigen) späteren Zeitpunkt für das bereits im Jahre 2017 anhängig gemachte Zivilverfahren zu 01 CG.2017.508 auf diese Thematik zurückkommen. Die Geltendmachung eines möglichen Befangenheitsgrundes wäre hier nach Ansicht des StGH jedenfalls verwirkt.

2.4 Die Tatsache der blossen Vor- bzw Mehrfachbefassung von Landrichter A war nämlich bereits bei Einleitung des Verfahrens 01 ES.2020.2 bekannt. Sollten sich demgegenüber Befangenheitsgründe daraus ergeben, dass sich Landrichter A in jenem Verfahren zu 01 ES.2020.2 dahingehend geäußert hätte, dass dadurch auch einen Konnex zum Verfahren 01 CG.2017.508 herzustellen wäre und dort die Unbefangenheit des zuständigen Landrichters tatsächlich in Zweifel zu ziehen wäre, hätten dies die Beschwerdeführerinnen darlegen müssen, was sie mit dem Hinweis auf die blosser Mehrfachbefassung aber nicht getan haben. Insoweit die Beschwerdeführerinnen vorbringen, es würden auch weitere Indizien für eine Befangenheit von Landrichter A sprechen, so habe er insbesondere zum Verfahren 01 CG.2017.508 ohne weitere Begründung auf die Einvernahme der Beschwerdeführerinnen als Parteien verzichtet und das Urteil vom 15. Mai 2020 erlassen, ohne die Beschwerdeführerinnen anzuhören, ist ihnen zu entgegenen, dass ein solches Vorbringen allenfalls einen Verfahrensmangel darstellen kann, der aber im Instanzenzug gerügt und auch behoben werden könnte. Denn sind die Verfahrensparteien zu Unrecht nicht einvernommen worden, kann dies einen Verfahrensmangel und eine Verletzung des grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellen, und die Berufungsinstanz hätte diese Rechtsverletzungen zu beheben bzw könnte eine unterbliebene Einvernahme allenfalls auch als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör – wenn denn eine solche vorliegen würde – bis vor dem StGH gerügt werden. Eine Befangenheit des zuständigen Landrichters vermag dies aber nicht zu begründen. Es kann insofern auf die zutreffenden Ausführungen des Präsidenten des LG in der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden, wonach die Frage, ob es richtig war, dass das zweite Urteil ohne vorherige Parteieinvernahme der Ablehnungswerberinnen (Beschwerdeführerinnen) zu erlassen gewesen sei, nicht Gegenstand des Ableh-

nungsverfahrens sei. Darüber würden die Instanzen zu entscheiden haben. Auf eine mangelnde Objektivität des Richters könne aufgrund dieser Unterlassung jedenfalls nicht geschlossen werden (vgl. angefochtene Entscheidung S. 26 f. bzw vorne im Sachverhalt Ziff 4.2).

2.5 Auch aus dem Vorbringen, wonach der zuständige Landrichter im Verfahren zu 01 CG.2017.508 «an seiner Rechtsansicht festgehalten» habe, obwohl sein Urteil bereits vom Obergericht aufgehoben und unter Bindung an die Rechtsansicht an ihn zurückverwiesen worden sei, lässt sich für die Beschwerdeführerinnen nichts gewinnen. Zunächst ist den Beschwerdeführerinnen zu entgegenen, dass sie nicht substantiiert darlegen, inwieweit dieses Vorgehen eine Befangenheit begründen sollte. Selbst für den Fall, dass das Vorbringen – dh eine unrichtige Rechtsansicht von Landrichter A – zutreffend wäre, hätte dies nur zur Folge, dass das Obergericht die von Landrichter A zu fassende neue Entscheidung wiederum aufheben würde bzw allenfalls in der Sache abändern würde.

2.6 Die Beschwerdeführerinnen bringen zudem vor, es habe den Anschein, als wolle Landrichter A von seiner Position nicht mehr abgehen, obwohl ihm in der Zwischenzeit im Verfahren zu 01CG.2018.234 gezeigt worden sei, dass in F offensichtlich Untersuchungen gegen Hr. Y und Hr. Z wegen einer allfälligen Urkundenfälschung im Zusammenhang mit den Aktienzertifikaten geführt würden. Auch die Tatsache, dass er auf mögliche strafbare Handlungen zum Nachteil der Beschwerdeführerin zu 2. in E aufmerksam gemacht worden sei, habe bei Landrichter A offensichtlich nicht zu einem Umdenken geführt. Es sei daher auch nicht zu erwarten, dass Landrichter A der Tatsache Rechnung tragen werde, dass die Strafanzeige der Beschwerdeführerin zu 1. gegen Hr. X und Fr. W inzwischen zugelassen worden sei.

Nach Ansicht des StGH rügen die Beschwerdeführerinnen hier in erster Linie allfällige Feststellungen, die Landrichter A getroffen hat bzw nicht in dem von ihnen gewünschten Sinne getroffen hat. So würden nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen wohl ausreichende Beweisergebnisse, wonach Feststellungen in ihrem Sinne zu treffen wären, vorliegen. Diesbezüglich ist den Beschwerdeführerinnen zu entgegenen, dass es sich bei diesen von ihnen gerügten unterbliebenen Feststellungen um eine Beweiswürdigung von Landrichter A bzw allenfalls um sekundäre Feststellungsmängel handelt, die im Instanzenzug zu bekämpfen und allenfalls zu korrigieren sind. Die Beschwerdeführerinnen erstatten insbesondere kein Vorbringen dahingehend, aus dem hervorgehe, dass Landrichter A zu erkennen gibt, dass er von einmal getroffenen Feststellungen nicht mehr abzugehen gewillt ist bzw dass er neue Sachverhaltsaspekte im Verfahren nicht angemessen berücksichtigen würde. Aus diesem Vorbringen ist insbesondere nicht ersichtlich, inwieweit Landrichter A nicht (mehr) bereit sein soll, seine vormalig vertretene Rechtsposition erneut selbstkritisch zu überprüfen und gegebenenfalls seine Meinung zu ändern (vgl. StGH 2016/046, Erw. 3.2 und StGH 2004/047, Erw. 2.8).

Die Ausführungen, wonach nicht zu erwarten sei, dass Landrichter A der Tatsache Rechnung tragen werde, dass die Strafanzeige der Beschwerdeführerin zu 1. gegen Hr.

X und Fr. W inzwischen zugelassen sei, sind darüber hinaus lediglich hypothetischer Natur, womit Landrichter A – falls überhaupt relevant – noch nicht einmal Gelegenheit hatte sich hiermit zu befassen. Ein solches Vorbringen vermag keinesfalls eine Befangenheit bei Landrichter A zu begründen.

2.7 Eine Verletzung des Anspruchs auf den ordentlichen Richter liegt daher nicht vor.

3. Die Beschwerdeführerinnen machen weiter eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art 31 Abs 1 LV geltend. Sie bringen vor, gegenständlich habe der Präsident des LG eine Praxisänderung vorgenommen, indem dieser ausgesprochen habe, dass das Ablehnungsverfahren betreffend einer gegenüber einem Richter geltend gemachten Befangenheit zweiseitig ausgestaltet sei. Demgegenüber habe der StGH in einer kürzlich ergangenen Entscheidung (StGH 2018/071) offengelassen, ob das Ablehnungsverfahren aus Sicht des StGH einseitig oder zweiseitig ausgestaltet sein müsse. So hätten die Beschwerdeführerinnen darauf vertrauen können, dass das Ablehnungsverfahren auch weiterhin einseitig bleibe, ansonsten wäre die Praxis wohl schon viel früher geändert worden. Diese neue Praxis würde zu einem erheblichen Mehraufwand der Gerichte und erheblichen Verfahrensverzögerungen führen. Das zeige, dass zugunsten der Praxisänderung keine entscheidenden Gründe vorliegen würden.

Da die Praxisänderung lediglich zur Verfahrensverzögerungen und formalistischen Leerläufen führen würde, sei daher von der bisherigen Praxis nicht abzugehen und das Ablehnungsverfahren weiterhin einseitig zu gestalten. Es hätte auch Auswirkungen auf den Kostenersatz.

3.1 Eine Praxisänderung steht in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zum Gleichheitssatz der Verfassung und zum Rechtssicherheitsinteresse. Allerdings verstösst eine sachlich begründete Praxisänderung nicht gegen das Gleichheitsgebot, ausser es bestünden Anzeichen dafür, dass die Behörde die neue Praxis nicht konsequent anwendet bzw anzuwenden beabsichtigt (StGH 2013/005, Erw. 2.3; StGH 2008/118, Erw. 2.2; StGH 2008/002, Erw. 4 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; vgl. auch Tobias Michael Wille, Begründungspflicht, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, aaO, 546 ff, Rz 7). Die zur Rechtfertigung einer Praxisänderung erforderlichen sachlichen Gründe sind nach Auffassung des StGH nicht schon dann gegeben, wenn die neue Praxis bloss vertretbar ist und somit für sich gesehen vor dem Willkürverbot standhält. Vielmehr ist den Anforderungen des Gleichheitssatzes der Verfassung an eine Praxisänderung nur dann Genüge getan, wenn die bisherige Praxis insgesamt weniger überzeugt als die neue. Anderenfalls überwiegt das Interesse an einer konstanten Rechtsprechung (StGH 2016/035, Erw. 4.2; StGH 2015/040, Erw. 2.1; StGH 2014/078, Erw. 2.2 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; siehe auch Andreas Kley/Hugo Vogt, Rechtsgleichheit und Grundsatz von Treu und Glauben, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, aaO, 272 ff, Rz 39 ff).

3.2 Zunächst ist den Beschwerdeführerinnen zu entgegen, dass der Präsident des LG nachvollziehbar dargelegt hat, weshalb seines Erachtens das Ablehnungsverfahren zweiseitig ausgestaltet ist (siehe angefochtenen

Beschluss S. 18 f. bzw vorne im Sachverhalt, Ziff 4.1). Darin hat er insbesondere ausgeführt, dass im Rahmen des Ablehnungsverfahrens einerseits das Recht des Ablehnungswerbers auf ein unparteiisches Gericht gemäss Art 6 EMRK steht und diesem grundrechtlichen Anspruch andererseits das ebenfalls verfassungsmässig gewährleistete Recht des Ablehnungsgegners auf den gesetzlichen und damit geschäftsverteilungsmässig zuständigen Richter gegenübersteht.

Der StGH konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör in ständiger Rechtsprechung dahingehend, dass den Verfahrensbetroffenen eine dem Verfahrensgegenstand und der Schwere der in Frage stehenden Rechtsfolgen angemessene Gelegenheit erhalten müssen, ihren Standpunkt zu vertreten (vgl. StGH 2014/008, Erw. 2.1; StGH 2010/059, Erw. 4.1; StGH 2010/040, Erw. 2.1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Sämtliche verfahrensrelevante Schriftsätze und Stellungnahmen sind dem jeweiligen Antragsgegner zuzustellen (vgl. auch StGH 2011/069, Erw. 2.2.1 ff [www.gerichtsentscheide.li]; siehe auch StGH 2016/096, Erw. 2.3.1.).

Unbestrittenermassen findet durch die Zustellung des Ablehnungsantrages des Ablehnungswerbers an die Prozessgegner kein wesentlicher Zeitverlust statt. Übergeordnete öffentliche Interessen, die gegen die Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens sprechen würden, sind für den StGH ebenfalls nicht ersichtlich. Es bestehen daher für die neue Praxis triftige Gründe, sodass diese Praxisänderung jedenfalls durch den StGH nicht zu beanstanden ist; selbst wenn sich diese Praxis durch die bisherige Rsp des StGH nicht geradezu «aufdrängt» (vgl. StGH 2018/071, Erw. 2.2 [www.gerichtsentscheide.li]). Wie der Präsident des LG im angefochtenen Beschluss nachvollziehbar ausführt, werden die Rechte der Beschwerdeführerinnen gewahrt, indem sie als Ablehnungswerberinnen im Rahmen des Ablehnungsverfahrens Verletzungen ihres Rechts auf ein unparteiisches Gericht gemäss Art 6 EMRK rügen können. Dem steht aber das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht des Ablehnungsgegners auf den gesetzlichen und damit geschäftsverteilungsmässig zuständigen Richter gegenüber. Beiden Parteien steht der Anspruch auf rechtliches Gehör gleichermassen zu (siehe auch Lothar Hagen, Ausgeschlossenheit und Befangenheit von Richtern, in: Schumacher [Hrsg.], Handbuch Liechtensteinisches Zivilprozessrecht, Wien 2020, 68 ff [82 ff]). Es kann diesbezüglich auch auf die Zweiseitigkeit des (Revisions-)Rekursverfahrens verwiesen werden (siehe schon StGH 1997/003, Erw. 4.1 ff [www.gerichtsentscheide.li bzw LES 2/2000, S. 57 [61 ff]). Die Beschwerdeführerinnen behaupten pauschal eine Verfahrensverzögerung und formalistische Leerläufe, eine konkrete Grundrechtsverletzung, welche ihnen entstanden sein soll, legen sie jedoch nicht dar. Wird dem Ablehnungsgegner die Möglichkeit zur Stellungnahme innert bestimmter Frist eingeräumt, so bedeutet dies in der Regel eine minime und für alle Beteiligten hinnehmbare Verzögerung.

Eine Praxisänderung ist, wie erwähnt, dann möglich, wenn für die neue Praxis überwiegende sachliche Gründe sprechen und die rechtsanwendende Behörde zu erkennen gibt, dass sie diese Praxis konsequent anzuwenden beabsichtigt. (StGH 2016/035, Erw. 4.2; StGH

2015/040, Erw. 2.1; StGH 2014/078, Erw. 2.2 [alle www.gerichtsentscheide.li]). Diese Voraussetzungen sind nach Ansicht des StGH gegenständlich erfüllt.

3.3 Aus all diesen Gründen liegt keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes vor.

4. Die Beschwerdeführerinnen bringen schliesslich vor, es liege auch eine Verletzung des Willkürverbots vor.

So könne nicht nachvollzogen werden, weshalb der Präsident des LG zum Schluss komme, dass die dargestellten Indizien (Mehrfachbefassung, Nichteinvernahme der Beschwerdeführerinnen, Beharren auf Rechtsmeinung trotz widersprechender Rechtsansicht des OG) nicht ausreichend seien, um Zweifel an einer Unparteilichkeit des erkennenden Landrichters aufkommen zu lassen. Der Präsident des LG unterlasse es willkürlich, den gesamten Kontext zu berücksichtigen und stelle nur darauf ab, dass die einzelnen Verfahrensfehler nicht gravierend genug seien und Indizien fehlen würden, um eine Befangenheit bejahen zu können.

4.1 Soweit die Beschwerdeführerinnen unter dieser Grundrechtsrüge das Vorbringen im Rahmen der schon behandelten Grundrechtsrügen lediglich wiederholen bzw variieren, ist hierauf aufgrund des subsidiären Charakters des Willkürverbots nicht weiter einzugehen (vgl statt vieler: StGH 2018/101 = LES 2019, 85 [87, Erw. 2.3.2]; StGH 2018/091, Erw. 4.1; StGH 2018/064, Erw. 3.3 [beide www.gerichtsentscheide.li]).

4.2 Die Beschwerdeführerinnen machen im Rahmen ihrer Willkürüge wiederholt eine Mehrfachbefassung des zuständigen Landrichters A geltend. Wie bereits ausgeführt (oben Erw. 2.1), judiziert der StGH in ständiger Praxis, dass das blosses Faktum der Mehrfachbefassung eines Richters mit dem gleichen Fall in der Regel eine Befangenheit des Richters selbst dann nicht bewirken kann, wenn der Richter vorher zum Nachteil des Antragstellers entschieden hat (vgl. StGH 2003/092 und StGH 2003/096, Erw. 2.2, siehe auch die umfassenden Rechtsprechungsnachweise bei Tobias Michael Wille, Recht auf den ordentlichen Richter, aaO, 390 f, Rz 71). Es kann diesbezüglich auf die vorstehenden Erwägungen 2.1 ff verwiesen werden.

4.3 Die Beschwerdeführerinnen wurden in ihrem Anspruch auf eine willkürfreie Behandlung nicht verletzt.

5 Aufgrund all dieser Erwägungen waren die Beschwerdeführerinnen mit keiner ihrer Grundrechtsrügen erfolgreich, sodass der vorliegenden Individualbeschwerde spruchgemäss keine Folge zu geben ist.

6. [...].

## Staatsgerichtshof

U 30.08.2021, StGH 2021/034

Art 32 Abs 1 LV

Art 8 EMRK

Art 3 EMRK

**Gemäss EGMR-Rechtsprechung haben Fremde grundsätzlich kein Recht darauf, im Gebiet eines Staates zu bleiben, um dort weiterhin in den Genuss von medizinischer, sozialer oder sonstiger Unterstützung zu kommen. Die «sehr aussergewöhnlichen Fälle», die eine Frage nach Artikel 3 aufwerfen können, seien so zu verstehen, dass sie sich auf Situationen beziehen, in denen eine schwerkranke Person durch die Abschiebung tatsächlich Gefahr laufe, einer schweren, raschen und unumkehrbaren Verschlechterung ihres Gesundheitszustands ausgesetzt zu sein, die zu starkem Leiden oder einer erheblichen Verringerung der Lebenserwartung führe. Gegebenenfalls müsse der rückkehrende Staat als Voraussetzung für die Abschiebung vom Aufnahmestaat individuelle und ausreichende Zusicherungen einholen, dass den Betroffenen eine angemessene Behandlung zur Verfügung stehe und zugänglich sei, (EGMR, Paposhvili gg. Belgien [Grosse Kammer], Urteil vom 13. Dezember 2016, Nr. 41738/10, §§ 183 und 191).**

### Sachverhalt

Der Beschwerdeführer, ein Staatsbürger Afghanistans, reiste am 07.02.2021 nach Liechtenstein und stellte bei der Landespolizei ein Asylgesuch.

Die Landespolizei hielt fest, dass der Beschwerdeführer versucht habe, sich gemäss Handschriftenblatt mit teils falschen Personalien als B auszuweisen. Anlässlich weiterer Abklärungen (AVIS) habe sich herausgestellt, dass es sich bei ihm um den am 21.03.1995 geborenen A (Identität nicht gesichert) handle. Weitere Angaben zur Einreise nach Liechtenstein und in welchen Ländern er sich vor der Einreise in Liechtenstein aufgehalten habe, habe der Beschwerdeführer nicht machen wollen. Es sei jedoch davon auszugehen, dass dieser sich schon länger im Schengen-Raum aufgehalten habe und aus Österreich eingereist sei.

Die Prüfung in der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (Eurodac) fand nach Ablauf der zehntägigen Quarantänefrist am 18.02.2021 statt. Diese ergab, dass der Beschwerdeführer bereits am 05.08.2016 in Bulgarien, am 25.10.2016 in Österreich und am 27.11.2018 in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt hatte. Der 06.02.2019 ist als Datum der Wiederaufnahme in Österreich vermerkt.

Im europäischen Visa-Informationssystem (VIS) war der Beschwerdeführer nicht verzeichnet.

Gestützt auf das Ergebnis der Eurodac-Abfrage und mit Verweis auf die Aussagen des Beschwerdeführers ersuchte das Ausländer- und Passamt die österreichischen Behörden am 19.02.2021 um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers gemäss Art 18 Abs 1 Bst. d Dublin-III-Verordnung.

Die österreichischen Behörden teilten mit Schriftsatz vom 22.02.2021 mit, der Wiederaufnahme des Beschwer-

deführers, der in Österreich mit verschiedenen Aliasnamen und diversen Geburtsdaten verzeichnet ist, gemäss Art 18 Abs 1 Bst. d Dublin-III-Verordnung zuzustimmen. Die Republik Österreich erkläre sich bereit, den Beschwerdeführer zu übernehmen und die Prüfung des Asylantrages durchzuführen. Gleichzeitig wurden die Modalitäten für eine Überstellung mitgeteilt, die nach Möglichkeit über den Flughafen Wien-Schwechat stattfinden solle. Auch wurde ersucht, dass der physische und psychische Gesundheitszustand der betreffenden Person gleichzeitig mit der Überstellungsankündigung mitgeteilt werde, sofern medizinische Auffälligkeiten vorlägen und eine Mitteilungspflicht entsprechend der Durchführungsverordnung bestehe. Gleichzeitig sollten die entsprechenden medizinischen Unterlagen übermittelt werden. Es sei zu beachten, dass vulnerable Personen aufgrund der Unterbringungsproblematik freitags nicht überstellt werden könnten.

Am 01.03.2021 entschied das für das Ministerium für Inneres zuständige Regierungsmitglied nach Art 5 Abs 2 AsylG, dass das Asylgesuch des Beschwerdeführers wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen (Ziff. 1) und der Beschwerdeführer nach Österreich weggewiesen werde (Ziff. 2). Der Beschwerdeführer habe Liechtenstein binnen sieben Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids zu verlassen (Ziff. 3). Im Unterlassungsfall bleibe die Anwendung angemessener Zwangsmassnahmen vorbehalten (Ziff. 4).

Mit im Zuge der kostenlosen Rechtsberatung verfasstem Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 15.03.2021 (entspricht dem Datum der Postaufgabe) erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen den Unzulässigkeitsentscheid vom 01.03.2021 an den VGH. Darin focht er den Unzulässigkeitsentscheid zur Gänze an und machte als Beschwerdegründe insbesondere diejenigen des Art 90 Abs 6 LVG geltend. Inhaltlich führte der Beschwerdeführer aus, dass der Vollzug der Wegweisung nach Österreich nicht möglich und nicht zulässig sei. Eine Wegweisung nach Österreich würde aufgrund des dort abgelehnten Asylgesuchs dazu führen, dass der Beschwerdeführer nach Afghanistan weggewiesen werde. Dies würde bedeuten, dass der Beschwerdeführer um sein Leben fürchten müsse, was überdies eine unzumutbare psychische Belastung für den Beschwerdeführer darstelle.

Dem Schriftsatz war neben dem Vermögensverzeichnis ein mehrseitiges handschriftliches Schreiben in der Muttersprache des Beschwerdeführers beigelegt. Dieses liess der VGH übersetzen.

Der Beschwerdeführer stellte die Anträge, der VGH möge der gegenständlichen Beschwerde Folge geben und die angefochtene Entscheidung dahingehend abändern, dass der Unzulässigkeitsentscheid der Regierung ersatzlos aufgehoben und dem Beschwerdeführer Asyl, in eventu die vorläufige Aufnahme gewährt werde; in eventu möge der VGH die angefochtene Entscheidung aufheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung unter Bindung an die Rechtsansicht des VGH an die Regierung zurückverweisen.

Mit demselben Schriftsatz stellte der Beschwerdeführer auch einen Antrag auf Gewährung der Verfahrenshilfe in vollem Umfang unter Beigabe eines Rechtsanwaltes zum Verfahrenshelfer.

Mit Schreiben vom 18.03.2021 erstattete der Beschwerdeführer ein ergänzendes Vorbringen, wonach er an Depressionen und suizidären Tendenzen leide, welche die Wegweisung nach Österreich unzumutbar machten. Jedenfalls müsse vor der Wegweisung abgeklärt werden, ob der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen überhaupt weggewiesen werden könne. Von seinem Arzt für allgemeine Medizin sei bereits die Behandlung seiner bestehenden reaktiven Depression mit latenter Suizidalität mit einem Diplom-Psychologen vereinbart worden.

Als Beweis wurden das ärztliche Zeugnis seines Arztes vorgelegt und die Einvernahme dieses Arztes sowie des Diplom-Psychologen als Zeugen und die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens beantragt.

Mit Schreiben vom 26.03.2021 erstattete der Beschwerdeführer ein weiteres ergänzendes Vorbringen, wonach in der momentanen Situation eine Wegweisung nach Österreich für ihn unzumutbar sei. Er legte zum Beweis ein Schreiben seines Diplom-Psychologen vor, wonach beim Beschwerdeführer eine schwere depressive Episode (ICD-10: F32.2) bestehe und die Lebensgefahr durch Suizid derzeit hoch sei. Es werde dringend empfohlen, mit der Rückschaffung abzuwarten, bis der Zustand des Patienten stabilisiert werden könne. Der Diplom-Psychologe führte aus, er sei bereit, mit dem Beschwerdeführer intensiv zu arbeiten. Der Beschwerdeführer beantragte zum Beweis erneut die Einvernahme seines überweisenden Arztes und seines Diplom-Psychologen sowie die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens.

Der Präsident des VGH zog die den Beschwerdeführer betreffenden Akten der Regierung und des Ausländer- und Passamtes bei und entschied mit Beschluss vom 12.04.2021 der Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Unzulässigkeitsentscheid der Regierung keine Folge zu geben sowie den Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung der Verfahrenshilfe abzuweisen. Er begründete dies wie folgt:

Die Beschwerde richte sich inhaltlich, obwohl sie angebe, den Unzulässigkeitsentscheid zur Gänze zu bekämpfen, ausschliesslich gegen den Vollzug der Wegweisung und damit nicht gegen die Zuständigkeit Österreichs. Der Beschwerdeführer mache weder geltend, dass das Konsultationsverfahren mit Österreich nicht ordnungsgemäss geführt oder seine Verfahrensrechte verletzt worden wären, noch bringe er annähernd substantiiert vor, dass im österreichischen Asyl- und Betreuungssystem systemische Schwachstellen im Sinne des Art 3 Abs 2 Dublin-III-Verordnung vorlägen. Derartige ergebe sich auch nicht aus den beigezogenen Akten der Unterinstanzen oder anderen Quellen (vgl beispielsweise EASO, Jahresbericht 2020 über die Asylsituation in der Europäischen Union, abrufbar unter easo.europa.eu). Vielmehr überstellten auch alle anderen Dublin-Staaten nach Österreich, wie das zuständige Regierungsmitglied richtig im angefochtenen Unzulässigkeitsentscheid festgestellt habe. Österreich sei folglich unangefochten der für den Beschwerdeführer gemäss Dublin-III-Verordnung zuständige Mitgliedstaat. Österreich habe der Wiederaufnahme des Beschwerdeführers gemäss Art 18 Abs 1 Bst. d Dublin-III-Verordnung im Schreiben vom 22.02.2021 betreffend dessen Wiederaufnahme auch

ausdrücklich zugestimmt. Die Wiederaufnahme nach dieser Bestimmung belege gleichzeitig, dass Österreich das Asylgesuch des Beschwerdeführers bereits zuvor in Behandlung gezogen habe. Zu Recht habe das zuständige Regierungsmitglied festgehalten, dass der Beschwerdeführer in seinem Asylverfahren bereits all seine Fluchtgründe habe darlegen können, wie er dies auch selbst gegenüber dem Ausländer- und Passamt betont habe. Jedenfalls sei dem Beschwerdeführer bereits ein effektives Rechtsmittel zugekommen oder werde dem Beschwerdeführer ein effektives Rechtsmittel nach Art 18 Abs 2 Dublin-III-Verordnung zukommen. Gegebenenfalls könne er auch einen Folgeantrag stellen, um allfällige geänderte Voraussetzungen darzulegen und eine Neuurteilung einer bereits gefällten Wegweisungsverfügung zu erlangen, wie im angefochtenen Unzulässigkeitsentscheid ebenfalls bereits hervorgehoben worden sei. Es sei am Beschwerdeführer, in Österreich all die Gründe darzulegen, die gegen eine Rückkehr in sein Heimatland sprächen. Mit den Ausführungen zu den Umständen, die den Beschwerdeführer zum Verlassen des Heimatlandes gezwungen hätten und einer Rückkehr nach Afghanistan entgegenstehen sollen, sei der Beschwerdeführer bereits vom zuständigen Regierungsmitglied zu Recht an die österreichischen Behörden und Gerichte verwiesen worden. Gleiches müsse für die nicht näher dargelegten, in der Beschwerde erwähnten traumatischen Vorkommnisse auf seiner Flucht gelten. Aufgrund der Zuständigkeit Österreichs zur Überprüfung des Asylgesuches habe die diesbezüglich angebotene Beweisaufnahme mittels Parteieneinvernahme durch den VGH unterbleiben können. Der Beschwerdeführer bringe weiter vor, dass ihm eine Rückkehr nach Österreich nicht zumutbar sei, weil er um sein Wohlergehen fürchte. Eine Wegweisung nach Österreich für den Beschwerdeführer sei gleichbedeutend mit einer Wegweisung nach Afghanistan. Dies stelle zusätzlich eine unzumutbare psychische Belastung für den Beschwerdeführer dar. Eine Wegweisung des Beschwerdeführers nach Österreich würde demnach bedeuten, dass der Beschwerdeführer sich erneut Gefahren aussetzen und um Leib und Leben fürchten müsse.

Damit trete der Beschwerdeführer, so der VGH, erneut den diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Unzulässigkeitsentscheid nicht entgegen, wonach Österreich sich an das Non-Refoulement-Gebot halte und für den Beschwerdeführer ein sicherer Staat sei sowie die österreichischen Behörden und Gerichte sich mit den Anträgen des Beschwerdeführers bereits befassen und ihm ein effektives Rechtsmittel zukommen werde oder bereits zugekommen sei. Sein damit unsubstantiiertes Vorbringen, eine Rückkehr nach Österreich würde für ihn aufgrund der ihm dort drohenden Rückführung nach Afghanistan eine unzumutbare Belastung und Gefährdung seiner Unversehrtheit darstellen, müsse folglich ins Leere gehen. Etwaige Fluchtgründe, Vulnerabilitäten und Vollzugshindernisse, die gegen eine allfällige Ausschaffung nach Afghanistan sprächen, könne und müsse der Beschwerdeführer im für sein Asyl- und Wegweisungsverfahren zuständigen Österreich gegenüber den dortigen Behörden und Gerichten geltend machen. Auch mit einem derartigen Vorbringen könne der Beschwerdeführer – wie ihm ebenfalls bereits das zuständige Regie-

rungsmitglied vorgehalten habe – keine Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit einer Überstellung nach Österreich aufzeigen. Mit Verweis auf den Grundsatz des wechselseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten (vgl StGH 2016/098, Erw. 12.7; StGH 2018/091 vom 29.10.2018, abrufbar unter [www.gerichtsentseide.li](http://www.gerichtsentseide.li); EuGH vom 10.12.2013, Abdullahi, C-394/12, EU:C:2013:813, Rn. 52 und 53, und vom 07.06.2016, Ghezelbash, C-63/15, EU:C:2016:409, Rn. 55) dürfe Liechtenstein vielmehr davon ausgehen, dass Österreich als EU-Mitgliedstaat, der die Wiederaufnahme des Beschwerdeführers ausdrücklich erklärt habe, die Grund- und Menschenrechte wie auch die weiteren Rechte des Beschwerdeführers – so auch jene aus der Aufnahmeleitlinie – achten werde. Zu Recht habe das zuständige Regierungsmitglied auch festgehalten, dass der Beschwerdeführer in Österreich bereits behandelt worden sei, Medikamente erhalten habe, Österreich bei einer Wiederaufnahme zur medizinischen Versorgung verpflichtet sei und von einer Fortsetzung seiner Behandlung ausgegangen werden könne. Gleichermassen habe aufgrund der obigen Ausführungen auch hierzu eine Parteieneinvernahme vor dem VGH unterbleiben können.

In seinem handschriftlichen Schreiben bringe der Beschwerdeführer überdies vor, dass sein psychisches Wohlbefinden und sein Geisteszustand sehr schlecht seien. Seit er in Österreich den ersten negativen Entscheid bekommen habe, habe er zum Arzt gehen und regelmässig ein Jahr lang Tabletten einnehmen müssen. Die Tabletten hätten nicht geholfen, weshalb er einen Psychologen aufgesucht und mehrere Therapietermine bekommen habe. Nachdem er den letzten Entscheid bekommen habe, habe sich sein psychischer Zustand enorm verschlechtert, er könne nicht gut schlafen, habe Kopfschmerzen und aus Hoffnungslosigkeit mehrere Male versucht, Suizid zu begehen. Er sei sehr lebensmüde und wisse nicht, was er tun solle.

Hierzu erwägt der Präsident des VGH Folgendes:

Seinen Gesundheitszustand belege der Beschwerdeführer insbesondere mit einem Schreiben seines Diplom-Psychologen vom 24.03.2021, wonach beim Beschwerdeführer eine schwere depressive Episode (ICD-10: F32.2) bestehe und die Lebensgefahr durch Suizid derzeit hoch sei. Es werde dringend empfohlen, mit der Rückschaffung abzuwarten, bis der Zustand des Patienten stabilisiert werden könne. Sein Diplom-Psychologe sei bereit, mit dem Beschwerdeführer intensiv zu arbeiten. Mit seinem Vorbringen zeige der Beschwerdeführer auf, dass er in Österreich bereits Medikamente und eine Therapie erhalten habe. Er trete damit insbesondere den Ausführungen im Unzulässigkeitsentscheid nicht entgegen, wonach Österreich sich auch an diese Verpflichtungen halten und dem Beschwerdeführer erneut die notwendige medizinische Behandlung und die erforderlichen Medikamente zukommen lassen werde. Die aktuellen psychischen Probleme des Beschwerdeführers würden folglich in Österreich erneut behandelt werden, was der Beschwerdeführer nicht bestreite. Gemäss der Praxis des EGMR sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müsste der Beschwerdeführer die konkrete Gefahr («real risk») nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihm im Fall einer Überstellung eine unmenschliche Behandlung drohen würde (Verweis u.a. auf das Urteil des EGMR

Saadi gegen Italien vom 28. Februar 2008, Grosse Kammer, Appl. 37201/06, §§ 124–127 m.w.H., abrufbar unter: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Der EGMR, der sich oftmals mit der Frage der Vereinbarkeit der Wegweisung mit Art 3 EMRK befasst habe, habe dazu ausgeführt, dass Fremde grundsätzlich kein Recht darauf hätten, im Gebiet des Staates zu bleiben, um dort weiterhin in den Genuss von medizinischer, sozialer oder sonstiger Unterstützung zu kommen. Selbst dass sich die Lebensumstände eines Fremden einschliesslich seiner Lebenserwartung signifikant verschlechtern würden, führe allein noch nicht zu einer Verletzung des Art 3 EMRK. Die Wegweisung eines Fremden könne nur unter aussergewöhnlichen Umständen ein Problem im Hinblick auf Art 3 EMRK aufwerfen. Es sei jedenfalls Sache des Beschwerdeführers, den Beweis dafür zu erbringen, dass er im Fall seiner Wegweisung einem realen Risiko einer gegen Art 3 EMRK verstossenden Behandlung ausgesetzt wäre (u. a. Urteil vom 26.02.2015, M.T. v. Schweden, Nr. 1412/12, abrufbar unter: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Der Beschwerdeführer habe weder in Bezug auf seine Behandlung und Versorgung in Österreich noch auf seine Überstellung in den benachbarten Mitgliedstaat ein ihn betreffendes dauerhaftes Hindernis vorgebracht, das eine unzumutbare Verschlechterung seines Gesundheitszustandes hervorrufen oder einen besonderen Härtefall darstellen könnte. Auch sein behandelnder Diplom-Psychologe gehe davon aus, dass er den Zustand des Beschwerdeführers werde stabilisieren können. Dieser ersuche lediglich, dass mit der Rückschaffung abgewartet werden möge. Damit werde aber entgegen den Ausführungen in den ergänzenden Schriftsätzen nicht aufgezeigt, dass der Vollzug der Wegweisung für den Beschwerdeführer auf Dauer nicht zumutbar und Liechtenstein gehalten wäre, sich für dessen Asylverfahren zuständig zu erklären. Deshalb liege gemäss der ständigen Judikatur der liechtensteinischen Höchstgerichte (Verweis auf u.a. VGH 2017/105 vom 24.11.2017 m.w.N., bestätigt durch StGH 2017/197 vom 15.05.2018, beide öffentlich abrufbar) kein Überstellungshindernis vor. Vielmehr handle es sich lediglich um eine Frage des faktischen Vollzugs, der nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sei. Vorliegend sei auch zu berücksichtigen gewesen, dass der Beschwerdeführer seine psychischen Probleme laut eigenen Angaben bereits im Heimatland habe behandeln lassen müssen und dennoch aus Eigenem von Afghanistan bis nach Europa gelangen und zuletzt von Österreich nach Liechtenstein habe reisen können. Seit 2016 habe er vier Asylgesuche im Dublin-Raum gestellt. Er habe nicht vorgebracht, dass er bereits stationär habe aufgenommen werden müssen. Folglich sei für den VGH nicht ersichtlich, weshalb eine begleitete Rückstellung nach Österreich, wo der Beschwerdeführer seine Therapie fortsetzen könne, den Beschwerdeführer in seinem Gesundheitszustand massgeblich beeinträchtigen könnte. Eine tatsächliche und erwiesene Gefahr einer wesentlichen und unumkehrbaren Verschlechterung seines Gesundheitszustands sei nicht anzunehmen. Auch der EuGH gehe in derartigen Fällen von der Zumutbarkeit einer Überstellung aus. Ausnahmefällen sei jedoch mit Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR dadurch gebührend Rechnung zu tragen, dass die erforderlichen,

angemessenen und ihrem Zustand angepassten Massnahmen getroffen würden (Verweis auf EuGH Urteil vom 16.02.2017, C.K. ua, C-578/16, EU:C:2017:127, Rn. 78 und 95): «79. Speziell in Bezug auf die Umstände, unter denen die psychischen Probleme eines Asylbewerbers bei ihm zu Selbstmordtendenzen führen, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mehrfach entschieden, dass Selbstmorddrohungen einer Person, deren Abschiebung angeordnet wurde, einen Vertragsstaat nicht dazu zwingen, von der Durchführung der beabsichtigten Massnahme abzusehen, wenn er konkrete Massnahmen ergreift, um die Verwirklichung der Drohungen zu verhindern (Verweis auf EGMR, 7. Oktober 2004, Dragan u. a. gegen Deutschland, CE:ECHR:2004:1007DEC003374303, § 1, 4. Juli 2006, Karim gegen Schweden, CE:ECHR:2006:0704DEC002417105, § 2, und 30. April 2013, Kochieva ua gegen Schweden, CE:ECHR:2013:0430DEC007520312, § 34).» Der EuGH hebe in seinem Urteil weiter hervor, dass der Mitgliedstaat, der die Überstellung vorzunehmen habe, nach Art 8 der Durchführungsverordnung mit dem zuständigen Mitgliedstaat zusammenarbeiten könne, um sicherzustellen, dass der betreffende Asylbewerber während und nach der Überstellung eine medizinische Versorgung erhalte (Rn. 80). Allenfalls könne ein akuter Gesundheitszustand auch die vorübergehende Aufschiebung der Überstellung rechtfertigen (Rn. 86). Der Beschwerdeführer sei bei Überstellung nach Österreich keiner unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung ausgesetzt (Verweis auf C.K. u.a., aaO, Rn. 74). Das Ausländer- und Passamt habe dem Beschwerdeführer bereits bei Eröffnung des Unzulässigkeitsentscheids zugesichert, seinen Gesundheitszustand im Falle einer Überstellung zu beachten. Österreich habe in der Erklärung zur Wiederaufnahme des Beschwerdeführers und Behandlung dessen Asylgesuchs bereits die Modalitäten der Überstellung im Falle medizinischer Probleme mitgeteilt. Der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers werde zum Zeitpunkt seiner Überstellung neuerlich geprüft werden. Das Ausländer- und Passamt werde die österreichischen Behörden rechtzeitig über den besonderen Bedarf des Beschwerdeführers informieren, sich mit den österreichischen Behörden absprechen und die Überstellung, soweit notwendig, medizinisch begleiten lassen (Verweis auch auf Art 29 Dublin-III-Verordnung sowie Anhang IX der Dublin-Durchführungsverordnung [EU] Nr. 118/2014 der Kommission vom 30.01.2014). Die Festlegung des Überstellungstermins werde von den liechtensteinischen Behörden in enger Abstimmung mit den österreichischen Behörden vorgenommen. Sie werde – aufgrund der aktuellen Situation der Corona-Pandemie wie auch des besonderen Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers – allenfalls verzögert stattfinden. Sollte dies erforderlich sein, könne die Überstellung auch am Landweg erfolgen. Gemäss Art 83 Abs 1 Bst. a AsylG könne Asylsuchenden nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung Verfahrenshilfe im Beschwerdeverfahren gewährt werden. Ein Antrag auf Gewährung von Verfahrenshilfe könne gemäss Art 83 Abs 1a Asylgesetz frühestens mit dem verfahrenseinleitenden Schriftsatz bzw der Beschwerde gestellt werden, was vorliegend eingehalten worden sei. Gemäss § 63 Abs 1 ZPO sei einer

Verfahrenspartei Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn sie ausser Stande sei, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheine. Während zugunsten des Beschwerdeführers von einer Bedürftigkeit ausgegangen werde, sei ein Beschwerdeverfahren des Beschwerdeführers in einer prima facie-Prüfung als offenbar aussichtslos zu beurteilen. Insbesondere bestreite er die Zuständigkeit Österreichs und die Rechtmässigkeit des Konsultationsverfahrens im vorliegenden Verfahren nicht. Sein mit der Beschwerde erstattetes Vorbringen trete den Ausführungen des zuständigen Regierungsmitglieds im angefochtenen Unzulässigkeitsentscheid nicht entgegen, wonach es sich bei Österreich um einen Dublin-Staat und somit um ein sicheres Land handle, welches seinen Pflichten nachkomme. Deshalb bestehe für den Beschwerdeführer kein konkretes Risiko, dass er gezwungen sei, in ein Land auszureisen, in welchem er verfolgt oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt werde. Mit seinen Problemen und Fluchtgründen habe sich der Beschwerdeführer an die Behörden und Gerichte des für ihn sicheren Mitgliedstaates zu wenden. Österreich verfüge über ein gutes Gesundheitssystem, das auch Asylsuchenden offen stehe. Der Beschwerdeführer werde dort neuerlich die erforderliche medizinische Behandlung bzw Fortsetzung seiner Therapie erhalten. Auch mit den Arztbriefen lege der Beschwerdeführer nur dar, dass es allenfalls zu einer Überstellungsverzögerung kommen könne, nicht jedoch, dass der Vollzug der Wegweisung unzumutbar und die Wegweisungsverfügung des zuständigen Regierungsmitgliedes nicht rechtmässig gewesen wäre. Damit bringe er aber nichts vor, was für das vorliegende Verfahren relevant wäre, vielmehr trete er einerseits dem Unzulässigkeitsentscheid nicht entgegen (StGH 2021/018 vom 22.03.2021, Erw. 8.3; mit Verweis auf StGH 2017/066, Erw. 2.4.1; StGH 2016/105, Erw. 2.3; StGH 2015/008, Erw. 1.3; alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)) und mache andererseits nur ein allfälliges vorübergehendes Vollzugshindernis geltend, das im Rahmen der faktischen Überstellung zu prüfen sein werde. Der zwar formell nicht vertretene Beschwerdeführer sei überdies durch den Rechtsberater rechtsfreundlich beraten gewesen und es liege bereits ausreichend Judikatur der liechtensteinischen Höchstgerichte vor (zuletzt VGH 2020/076 vom 30.07.2020, Erw. 3, abrufbar unter [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)), weshalb das Beschwerdeverfahren als aussichtslos zu beurteilen gewesen sei.

Mit Schreiben vom 27.04.2021 stellte der Beschwerdeführer beim StGH zunächst einerseits einen Antrag auf Gewährung der Verfahrenshilfe, um eine Individualbeschwerde gegen den Beschluss des Präsidenten des VGH zu erheben sowie andererseits einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung.

Der Präsident des StGH gab dem Antrag des Beschwerdeführers, seiner noch einzubringenden Individualbeschwerde gegen den Beschluss des Präsidenten des VGH vom 12.04.2021, VGH 2021/010, die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, mit Beschluss vom 09.06.2021 Folge. Weiters wurde dem Antrag des Antragstellers, ihm für das gegenständliche Individualbeschwerdeverfahren

vor dem StGH die Verfahrenshilfe in vollem Umfang zu bewilligen, ebenfalls Folge gegeben. Dem Beschwerdeführer wurde aufgetragen, binnen zwei Wochen an Zustellung des Beschlusses der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer über die Bestellung des Verfahrenshelfers eine Individualbeschwerde gegen den Beschluss des Präsidenten des VGH vom 12.04.2021, VGH 2021/010, beim StGH einzureichen.

Gegen den Beschluss des Präsidenten des VGH vom 12.04.2021, VGH 2021/010, erhob der Beschwerdeführer sodann mit Schriftsatz vom 01.07.2021 Individualbeschwerde an den StGH, wobei eine Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit, ein Verstoß gegen das Willkürverbot und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie Beschwerderechts geltend gemacht wird. Beantragt wird, der StGH wolle dieser Beschwerde Folge geben und feststellen, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Beschluss des VGH in seinen verfassungsmässig gewährleisteten sowie durch die EMRK garantierten Rechte verletzt worden sei; er möge den angefochtenen Beschluss als verfassungswidrig aufheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung unter Bindung an die Rechtsauffassung des StGH an den VGH zurückverweisen; in jedem Fall das Land Liechtenstein zum Ersatz der dem Beschwerdeführer entstandenen und verzeichneten Kosten zuhanden seines ausgewiesenen Rechtsvertreters binnen vier Wochen bei sonstiger Exekution verpflichten.

Auf die Ausführungen in dieser Beschwerde wird, soweit relevant, im Rahmen der Urteilsbegründung eingegangen.

Der StGH gab der Individualbeschwerde keine Folge.

### Aus den Entscheidungsgründen

1. Nach Art 39 StGHG nimmt der StGH seine Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amtes wegen wahr. Der StGH hat demnach von Amtes wegen zu prüfen, ob eine ihm zur Entscheidung vorgelegte Individualbeschwerde zulässig ist bzw ob die Voraussetzungen für eine materielle Entscheidung über die Beschwerde vorliegen (statt vieler: StGH 2018/100, Erw. 1; StGH 2018/068, Erw. 1; StGH 2017/191, Erw. 1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; siehe auch Tobias Michael Wille, Liechtensteinisches Verfassungsprozessrecht, LPS Bd. 43, Schaan 2007, 446 mwN).

1.1 Der im Beschwerdefall angefochtene Beschluss des Präsidenten des VGH vom 12. April 2021, VGH 2021/010, ist gemäss der Rechtsprechung des StGH als sowohl letztinstanzlich als auch enderledigend im Sinne von Art 15 Abs 1 StGHG zu qualifizieren (StGH 2018/128, Erw. 1; StGH 2018/091, Erw. 1; StGH 2018/060, Erw. 1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Die Beschwerde wurde auch frist- und formgerecht eingebracht.

1.2 Allerdings stellt sich die Frage, ob die mit der Individualbeschwerde eingereichten Dokumente, nämlich der Austrittsbericht der Klinik St. Pirminsberg vom 6. Mai 2021 sowie das Schreiben von C vom 24. Juni 2021 vom StGH ebenfalls zu berücksichtigen sind. Diese Dokumente lagen dem Präsidenten des VGH bei seiner Entscheidung vom 12. April 2021 noch nicht vor.

Solche Neuerungen sind im Individualbeschwerdeverfahren in der Regel nicht zulässig. Der StGH hat dies damit begründet, dass er als Verfassungsgericht nur darüber zu entscheiden hat, ob die letzte ordentliche Instanz auf der Grundlage des für sie ersichtlichen Sachverhaltes eine verfassungskonforme Entscheidung traf (StGH 2018/041, Erw. 2.1; StGH 2017/086, Erw. 2; StGH 2017/071, Erw. 1.4 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Allerdings muss eine Ausnahme von dieser Regel dann gelten, wenn eine Gefahr für Leib und Leben der betroffenen Person besteht und dieser Gefahr nicht im ordentlichen Instanzenzug – so durch die Einleitung eines neuen Verfahrens bzw durch einen Wiederaufnahmeantrag – begegnet werden kann (StGH 2020/028, 1.2; StGH 2007/071, Erw. 2 [beide [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]).

Die Frage, ob es sich bei den vorgelegten Dokumenten um unzulässige Neuerungen handelt, kann hier allerdings offen gelassen werden. Denn gemäss den anschliessenden Erwägungen ist der Beschwerde auch bei deren Berücksichtigung durch den StGH keine Folge zu geben.

1.3 Demnach ist im Beschwerdefall in die materielle Prüfung der vorliegenden Individualbeschwerde einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine Verletzung seiner persönlichen Freiheit.

2.1 Das Grundrecht auf persönliche Freiheit gemäss Art 32 Abs 1 LV – wie auch Art 8 EMRK – schützt gemäss ständiger Rechtsprechung des StGH sowohl die körperliche als auch die psychische Integrität der menschlichen Persönlichkeit und ihre elementaren Entfaltungsmöglichkeiten (vgl StGH 2017/090, Erw. 3.1; StGH 2014/29, Erw. 4.1 StGH 2013/117, Erw. 3.1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; siehe hierzu auch 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, 134 f, Rz. 7 mwN). Ähnlich dem schweizerischen Bundesgericht, jedoch im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht, interpretiert der StGH die Freiheit der Person nicht im Sinne des Schutzes einer allgemeinen Handlungsfreiheit. Indessen beinhaltet die Freiheit der Person gemäss Art 32 Abs 1 LV ebenso wie Art 8 EMRK jedenfalls elementare Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung (StGH 2013/184, Erw. 5.1; StGH 2012/035, Erw. 4.1; StGH 2009/018, Erw. 2.1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]).

In die persönliche Freiheit darf nur dann eingegriffen werden, wenn dies im Gesetz hinreichend klar geregelt ist, im öffentlichen Interesse liegt und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entspricht. Ausserdem muss der Kernbereich des Grundrechts unangetastet bleiben (StGH 2015/106, Erw. 2.2; StGH 2015/091, Erw. 2.2; StGH 2014/029, Erw. 4.2 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]).

2.2 Der Beschwerdeführer rügt, mit seiner Wegweisung aus Liechtenstein werde massiv in sein Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere seine körperliche und seelische Unversehrtheit eingegriffen. Seine Flucht nach Europa sei ein sehr traumatisches Erlebnis gewesen, unter dessen psychischen Folgen er heute noch leide. Diese Problematik werde durch die drohende Abschiebung in sein Heimatland zusätzlich verstärkt und zwar

derart, dass er nach Abweisung seiner Beschwerde durch die Vorinstanz aufgrund akuter Suizidalität in die Klinik St. Pirminsberg eingewiesen worden sei. Seit dem 23. März 2021 sei er ausserdem in psychotherapeutischer Behandlung bei Herrn C, bei dem seither 21 Therapie-sitzungen stattgefunden hätten. Herr C führe in seinem Schreiben vom 24. Juni 2021 anschaulich aus, dass eine – für den Beschwerdeführer aufgrund seiner Suizidalität unbedingt notwendige – Psychotherapie nicht einfach auf einen anderen Behandler übertragbar sei, sondern eine solche wieder von vorne begonnen werden müsste, was mit schweren gesundheitlichen Risiken, ja sogar einer Gefahr für das Leben des Beschwerdeführers verbunden wäre. Daran ändere auch nichts, dass der VGH die Diagnosen nicht in Frage stelle. Er übersehe aber, dass man die so wichtige therapeutische Behandlung im Gegensatz zur medikamentösen Behandlung, welche in Österreich sicherlich nahtlos fortgesetzt werden könnte, eben nicht so einfach übertragen könne und damit eine Gefahr für das Leben des Beschwerdeführers drohe. Der Staat dürfe keine Massnahmen setzen, die das Leben eines Menschen gefährden, wenn dies vermeidbar sei. Es sei für den Beschwerdeführer vor dem Hintergrund seiner schweren psychischen Erkrankung derzeit völlig unzumutbar, aus Liechtenstein weggewiesen zu werden und dadurch seine notwendige therapeutische Behandlung abbrechen zu müssen. Als Beweis werden ein Austrittsbericht der Klinik St. Pirminsberg vom 6. Mai 2021 und ein Schreiben des Psychotherapeuten C vom 24. Juni 2021 angeboten.

2.3 Hierzu ist Folgendes zu erwägen:

2.3.1 Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Gefährdung insbesondere seiner psychischen Integrität aufgrund seiner durch die Ausweisung bedingte Suizidalität tangiert nach der angeführten ständigen Rechtsprechung des StGH zweifellos den sachlichen Schutzbereich der persönlichen Freiheit. Hinsichtlich der Grundrechtseingriffskriterien macht der Beschwerdeführer mit der behaupteten Unzumutbarkeit die Unverhältnismässigkeit des Eingriffs geltend.

2.3.2 Die Beschwerde richtet sich, wie der VGH zu Recht erwägt, nicht gegen den Unzulässigkeitsentscheid, sondern ausschliesslich gegen den Vollzug der Wegweisung und damit nicht gegen die Zuständigkeit Österreichs. Weiter verweist der VGH auf die Praxis des EGMR sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses, wonach der Beschwerdeführer die konkrete Gefahr («real risk») nachweisen oder glaubhaft machen muss, dass ihm im Fall einer Überstellung eine unmenschliche Behandlung drohen würde (siehe hierzu StGH 2020/028, Erw. 3.3 [[www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Gemäss EGMR-Rechtsprechung haben Fremde grundsätzlich kein Recht darauf, im Gebiet eines Staates zu bleiben, um dort weiterhin in den Genuss von medizinischer, sozialer oder sonstiger Unterstützung zu kommen. Die «sehr aussergewöhnlichen Fälle», die eine Frage nach Artikel 3 aufwerfen können, seien so zu verstehen, dass sie sich auf Situationen beziehen, in denen eine schwerkranke Person abgeschoben werde, in denen stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass sie, obwohl sie nicht unmittelbar vom Tod bedroht sei, wegen des Fehlens einer angemessenen Behandlung im Aufnahmeland oder des fehlenden

Zugangs zu einer solchen Behandlung tatsächlich Gefahr laufe, einer schweren, raschen und unumkehrbaren Verschlechterung ihres Gesundheitszustands ausgesetzt zu sein, die zu starkem Leiden oder einer erheblichen Verringerung der Lebenserwartung führe. Bestehen nach Prüfung der einschlägigen Informationen ernsthafte Zweifel an den Auswirkungen der Abschiebung auf die Betroffenen – aufgrund der allgemeinen Lage im Aufnahmestaat und/oder ihrer individuellen Situation –, so müsse der rückkehrende Staat als Voraussetzung für die Abschiebung vom Aufnahmestaat individuelle und ausreichende Zusicherungen einholen, dass den Betroffenen eine angemessene Behandlung zur Verfügung steht und zugänglich sei, damit sie sich nicht in einer Situation befinden, die gegen Artikel 3 verstosse (EGMR, Pashvili gg. Belgien [Grosse Kammer], Urteil vom 13. Dezember 2016, Nr. 41738/10, §§ 183 und 191).

2.3.3 Der VGH beruft sich auch zu Recht auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach in Fällen wie hier von der Zumutbarkeit einer Überstellung auszugehen sei. Ausnahmefällen sei jedoch im Sinne der Rechtsprechung des EGMR dadurch gebührend Rechnung zu tragen, dass die erforderlichen, angemessenen und dem Zustand des Betroffenen angepassten Massnahmen getroffen würden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte habe mehrfach entschieden, dass Selbstmorddrohungen einer Person, deren Abschiebung angeordnet worden sei, einen Vertragsstaat nicht dazu zwingen könnten, von der Durchführung der beabsichtigten Massnahme abzusehen, wenn er konkrete Massnahmen ergreife, um die Verwirklichung der Drohungen zu verhindern. Der EuGH hebe in seinem Urteil weiter hervor, dass der Mitgliedstaat, der die Überstellung vorzunehmen hat, nach Art 8 der Durchführungsverordnung mit dem zuständigen Mitgliedstaat zusammenarbeiten könne um sicherzustellen, dass der betreffende Asylbewerber während und nach der Überstellung eine medizinische Versorgung erhalte. Allenfalls könne eine akute Verschlechterung des Gesundheitszustands auch die vorübergehende Aufschubung der Überstellung rechtfertigen (siehe zu den Rechtsprechungsnachweisen des VGH vorne Ziff. 9.8 des Sachverhalts).

2.3.4 Vor diesem Hintergrund kann auch die Suizidalität eines Asylbewerbers dessen Wegweisung letztlich nicht verhindern, wenn der wegweisende Staat das Zumutbare unternimmt, um eine weitere angemessene medizinische Versorgung des Weggewiesenen im Aufnahmestaat sicherzustellen.

Wie der VGH hierzu ausführt, hat das Ausländer- und Passamt dem Beschwerdeführer bereits bei Eröffnung des Unzulässigkeitsentscheids zugesichert, seinen Gesundheitszustand im Falle einer Überstellung zu beachten. Auch hat Österreich in der Erklärung zur Wiederaufnahme des Beschwerdeführers und zur Behandlung seines Asylgesuchs bereits die Modalitäten der Überstellung im Falle medizinischer Probleme mitgeteilt. Der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers wird zum Zeitpunkt seiner Überstellung neuerlich geprüft werden. Das Ausländer- und Passamt wird die österreichischen Behörden zudem rechtzeitig über den besonderen Bedarf des Beschwerdeführers informieren, sich mit den österreichischen Behörden absprechen, Modalitäten und

Zeitpunkt der Überstellung mit diesen koordinieren und, soweit notwendig, medizinisch begleiten lassen. Der VGH verweist hierzu auf Art 29 Dublin-III-Verordnung sowie Anhang IX der Dublin-Durchführungsverordnung [EU] Nr. 118/2014 der Kommission vom 30. Januar 2014.

Vor diesem Hintergrund trifft das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht zu, es sei ihm wegen seiner schweren psychischen Erkrankung derzeit völlig unzumutbar, aus Liechtenstein weggewiesen zu werden und dadurch seine notwendige therapeutische Behandlung abbrechen zu müssen. Vielmehr genügt es, dass sichergestellt ist, dass der Beschwerdeführer auch in Österreich umgehend angemessen medikamentös und therapeutisch weiterbehandelt wird und dass sowohl hinsichtlich des genauen Zeitpunkts und der Modalitäten der Überstellung an die österreichischen Behörden unter möglichster Schonung der psychischen Gesundheit des Beschwerdeführers vorgegangen wird. Es besteht kein Grund, an den diesbezüglichen Zusagen des Ausländer- und Passamtes und der österreichischen Behörden zu zweifeln (vgl auch den ähnlich gelagerten Fall StGH 2011/102, Erw. 2.3 [www.gerichtsentscheide.li]).

2.3.5 Seit der Entscheidung des VGH hat sich die Faktenlage zwar zum einen insofern geändert, als der Beschwerdeführer inzwischen auch in der psychiatrischen Klinik St. Pirminsborg behandelt werden musste. Doch auch eine zeitweilige stationäre psychiatrische Behandlung kann die Wegweisung des Beschwerdeführers letztlich nicht verhindern. Hiervon abgesehen beinhaltet der Austrittsbericht der Klinik St. Pirminsborg vom 6. Mai 2021 folgenden Befund: «Vor dem Austritt distanzierte sich Herr A zu jedem Zeitpunkt klar und glaubhaft von akuter Suizidalität. Er zeigte stets ein transparentes, absprachefähiges und pflichtbewusstes Verhalten. Bei fehlender Selbst- und Fremdgefährdung und nach kurzfristiger Krisenintervention mit Reizabschirmung und neuer medikamentöser Einstellung konnte sich der psychische Zustand des Patienten wieder stabilisieren und wir konnten den Patienten schliesslich am 19. November 2020 ins häusliche Umfeld entlassen.» (Das angegebene Entlassungsdatum ist offensichtlich ein Versehen.)

Der Psychotherapeut C bestätigt in seinem Schreiben vom 24. Juni 2021, «dass Herr A die Therapie bei mir fortsetzt. Die Depression mit Suizidalität besteht noch (ICD-10: F32.2, Schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome)». Der Zustand ist etwas schwankend. An schlechteren Tagen leidet der Patient an psychosomatischen Symptomen, vor allem starken Kopfschmerzen und Grübelzwang. Er muss sich dann zurückziehen und verbringt den Tag in seinem Bett. An besseren Tagen kann er an Aktivitäten im Flüchtlingszentrum teilnehmen. ... Die erste Therapiesitzung fand am 23.3.21 statt. Die Sitzungsfrequenz betrug anfangs zwei Sitzungen pro Woche, jetzt in der Regel eine Sitzung pro Woche. Insgesamt fanden bisher 21 Sitzungen statt. Eine Psychotherapie ist nicht wie eine medikamentöse Therapie einfach auf einen anderen Behandler übertragbar. Die Psychotherapie durch einen anderen Behandler müsste wieder von vorne beginnen, was mit schweren gesundheitlichen Risiken bzw einer Gefahr für Leib und Leben verbunden wäre.»

Aus dem Austrittsbericht der Klinik St. Pirminsborg ergibt sich, dass sich die Suizidgefahr beim Beschwerdeführer wesentlich reduziert habe. Und auch die psychotherapeutische Behandlung durch C konnte von zwei auf eine Sitzung pro Woche reduziert werden. Damit soll nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer nicht weiterhin unter einer schweren Beeinträchtigung seiner psychischen Gesundheit leidet. Insgesamt stellt dies aber keinen Grund dar, um die Wegweisung des Beschwerdeführers als unzumutbar zu qualifizieren.

2.3.6 Zum anderen hat sich die Faktenlage auch seit einem kürzlichen Beschluss des österreichischen Verfassungsgerichtshofes geändert, mit welchem der Beschwerde eines afghanischen Flüchtlings in Schubhaft die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (VfGH-Beschluss vom 18. August 2021, E 3115/2021–4 [[https://www.vfgh.gv.at/medien/Aufschiebende\\_Wirkung\\_fuer\\_Beschwerde\\_eines\\_Afghanen\\_.de.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Aufschiebende_Wirkung_fuer_Beschwerde_eines_Afghanen_.de.php)]). Mit dieser Entscheidung gilt Afghanistan in Österreich faktisch bis auf Weiteres nicht mehr als sicheres Herkunftsland. Diese Entwicklung beeinflusst indessen das gegenständliche Individualbeschwerdeverfahren von vornherein nicht, da es hier eben nur um die Frage der Verfassungsmässigkeit der Wegweisung des Beschwerdeführers nach Österreich geht. Dagegen ist nicht zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer nach dessen Überstellung nach Österreich durch die dortigen Behörden nach Afghanistan abgeschoben wird, zumal nie ein Zweifel bestehen konnte, dass sich Österreich an die Vorgaben des EU- und des Völkerrechts halten und die Abschiebung nur vornehmen werde, wenn Afghanistan zu diesem Zeitpunkt als sicherer Herkunftsstaat beurteilt werden kann.

2.4 Entsprechend liegt aber auch kein unverhältnismässiger Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers vor. Dieses Grundrecht ist somit nicht verletzt.

3. Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung des Beschwerderechts, weil sein Antrag auf Gewährung der Verfahrenshilfe vom VGH abgelehnt wurde.

3.1 Wie der Beschwerdeführer selbst ausführt, leitet der StGH den Anspruch auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zwar auch aus dem Recht auf Beschwerdeführung, aber primär aus dem Gleichheitssatz der Verfassung ab (StGH 2016/066, Erw. 6.1 [[www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)] mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Darüber hinaus gewährleistet Art 6 Abs 1 EMRK nach der Rechtsprechung des StGH das Recht auf Zugang zu einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht. Dieses Recht garantiert dabei dem Einzelnen nicht nur formal die Möglichkeit, einen Streitfall vor Gericht anhängig zu machen. Es muss vielmehr tatsächlich eine Auseinandersetzung mit dem Streitfall stattfinden, die in eine gerichtliche Entscheidung mündet (Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, EMRK, 7. Aufl., München 2021, § 24, Rz. 51). Dieser grundrechtliche Anspruch auf Verfahrenshilfe ist im Asylverfahren in Art 83 AsylG iVm § 63 ZPO konkretisiert. Demnach ist Verfahrenshilfe einer natürlichen Person als Partei soweit zu bewilligen, als sie ausserstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aus-

sichtslos erscheint (vgl. StGH 2016/066, Erw. 6.1 [[www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]).

3.2 Mit dem bekämpften Beschluss (VGH 2021/010) sei sein Verfahrenshilfeantrag vom 15. März 2021, so der Beschwerdeführer, als offenbar aussichtslos abgewiesen worden. Der VGH habe jedoch mehrmals betont, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers unsubstantiiert sei. Dem hält der Beschwerdeführer entgegen, dass ein Asylwerber aus Afghanistan – zudem wenn er unter massiven psychischen Problemen leide – nicht über ausreichende rechtliche sowie sprachliche Kenntnisse verfüge, um sein Vorbringen korrekt und vollständig zu erstatten. Auch die Unterstützung durch das Flüchtlingszentrum Vaduz könne nicht mit einem Verfahrenshelfer, welcher zugelassener Rechtsanwalt sei, gleichgesetzt werden. Zudem bestehe deshalb keine offensichtliche Aussichtslosigkeit, weil der Vorsitzende des StGH der Individualbeschwerde des Beschwerdeführers vor allem aufgrund von dessen gesundheitlichen Problemen die aufschiebende Wirkung zuerkannt habe.

3.3 Zu diesem Beschwerdevorbringen kann auf Erwägung 2.3 ff verwiesen werden. Wie ausgeführt, hat der VGH die Suizidalität des Beschwerdeführers nicht infrage gestellt. Auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des StGH, des EGMR und des EuGH zieht der VGH durchaus zu Recht den Schluss, dass die Anfechtung des Unzuständigkeitsentscheids aussichtslos sei. Hieran ändert entgegen dem Beschwerdevorbringen auch nichts, dass der Präsident des StGH dem Aufschubungsantrag des Beschwerdeführers stattgab. Denn wie im betreffenden Präsidialbeschluss vom 9. Juni 2021, Erw. 7.3.7, ausgeführt wird, bezogen sich die dortigen Erwägungen «rein auf das Vorliegen eines unverhältnismässigen Nachteils und [können] den StGH nicht hinsichtlich der inhaltlichen Entscheidung über die Grundrechtskonformität der angefochtenen Entscheidung des VGH präjudizieren». Zudem hatten sich, wie erwähnt, auch neue Tatsachen, insbesondere der Klinikaufenthalt des Beschwerdeführers, ergeben.

Allerdings hat der StGH im erwähnten Präsidialbeschluss die Individualbeschwerde des Beschwerdeführers auch nicht als aussichtslos qualifiziert und ihm die Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem StGH bewilligt. Doch auch dies spricht nicht zwingend dagegen, dass der VGH die an ihn gerichtete Beschwerde ohne Verfassungsverletzung als aussichtslos erachten durfte. Der StGH judiziert nämlich einerseits in ständiger Rechtsprechung, dass die Frage der Bewilligung der Verfahrenshilfe vor dem StGH gesondert zu prüfen ist (siehe statt vieler: StGH 2012/170, Erw. 1 [[www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; StGH 2008/047, Erw. 6.1; StGH 2001/075, Erw. 1 [[www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Andererseits überprüft er die Verfassungsmässigkeit von Verfahrenshilfeentscheidungen der ordentlichen Gerichtsinstanzen im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens nur mit der eingeschränkten Kognition des Verfassungsgerichts (siehe StGH 2016/029, Erw. 3.6.2; StGH 2012/200, Erw. 2 [beide [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Zudem soll der Vorsitzende nach ständiger Rechtsprechung des StGH bei der Beurteilung, ob eine Rechtsverfolgung bzw. Beschwerdeführung aussichtslos ist, Zurückhaltung üben, um eine Sachentscheidung des Senates nicht vorwegzunehmen

(StGH 2014/074, Erw. 4.3 f [www.gerichtsentscheide.li] sowie den gegenständlichen Präsidialbeschluss vom 9. Juni 2021, Erw. 8.4.1). Im Beschwerdefall rechtfertigte sich eine unterschiedliche Beurteilung dieser Frage durch den StGH im Vergleich zum VGH wiederum u. a. auch aufgrund der neuen Tatsachen.

3.4 Demnach verletzt die Abweisung des Verfahrenshilfeantrags durch den VGH weder das Recht des Beschwerdeführers auf Beschwerdeführung noch den Gleichheitssatz der Verfassung.

4. Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil der VGH seine Beweisanträge ablehnte.

4.1 Die Abweisung von Beweisanträgen kann den sachlichen Geltungsbereich des grundrechtlichen Gehörsanspruchs verletzen; dies allerdings nur dann, wenn deren Erhebung zur Klärung von entscheidungswesentlichen Sachverhaltsaspekten erforderlich wäre. Bei der Entscheidung darüber, welche Beweismittel für ein Verfahren relevant sind, ist der zuständigen Behörde indessen aus grundrechtlicher Sicht ein grosser Entscheidungsspielraum einzuräumen (StGH 2017/197, Erw. 3.1 [www.gerichtsentscheide.li]). Allerdings müssen für die Abweisung eines Beweisantrags sachliche, nachvollziehbare Gründe angeführt werden (StGH 2017/125, Erw. 4.1; StGH 2017/098, Erw. 2.2; StGH 2014/018, Erw. 2.2 [alle www.gerichtsentscheide.li]). Dabei hat der StGH auch eine antizipierte Beweiswürdigung nicht grundsätzlich ausgeschlossen, weil insbesondere Verfahrensverzögerungen durch überflüssige Beweisanträge unterbunden werden können müssen (StGH 2020/042, LES 2020, 195 [197, Erw. 2.1]; StGH 2019/087, Erw. 5.1; StGH 2017/098, Erw. 2.2 f. [alle www.gerichtsentscheide.li]); siehe zum Ganzen auch Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, aaO, 577 f, Rz. 18).

4.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, der Verzicht auf die Einvernahme seines behandelnden Arztes, seines Therapeuten und von ihm selbst sowie auf die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens sei mit dem Vorliegen einer Unzulässigkeitsentscheidung begründet worden. Demgegenüber dürfe aber eine Unzulässigkeitsentscheidung bzw zumindest eine Wegweisungsentscheidung nicht gefällt werden, wenn die Wegweisung als unzumutbar anzusehen sei. Eine solche Unzumutbarkeit könne sich vor allem auch aus schwerwiegenden gesundheitlichen Problemen ergeben, welche der Vorinstanz bekannt gewesen seien oder für welche sie entsprechende Anhaltspunkte gehabt habe. Sie wäre dementsprechend gehalten gewesen, dies näher abzuklären und die entsprechend angebotenen Beweise einzuholen.

4.3 Zu diesem Beschwerdevorbringen ist zunächst auf die Erwägungen 2.3 ff und 3.3 zu verweisen, wonach der VGH die Suizidalität des Beschwerdeführers nicht infrage gestellt hat. Auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des StGH, des EGMR und des EuGH zieht der VGH zu Recht den Schluss, dass die Wegweisungsentscheidung für den Beschwerdeführer trotz dessen schweren psychischen Problemen zumutbar ist. Wie in Erwägung 2.3 ff erwähnt, ist sichergestellt, dass der Beschwerdeführer auch in Österreich umgehend angemessen medikamentös und therapeutisch weiterbehandelt

wird und dass hinsichtlich des genauen Zeitpunkts und der Modalitäten der Überstellung an die österreichischen Behörden unter möglicher Schonung der psychischen Gesundheit des Beschwerdeführers vorgegangen wird. Es besteht kein Grund, an den diesbezüglichen Zusagen des Ausländer- und Passamtes und der österreichischen Behörden zu zweifeln (vgl StGH 2011/102, Erw. 2.3 [www.gerichtsentscheide.li]).

4.4 Da der VGH die Suizidalität des Beschwerdeführers nicht infrage gestellt und auch bei dieser Faktenlage die Wegweisung des Beschwerdeführers als zulässig erachtet hat, war es nicht erforderlich, die vom Beschwerdeführer angebotenen Beweise aufzunehmen (vgl auch zu einem ähnlich gelagerten Fall StGH 2017/197, Erw. 3.3 [www.gerichtsentscheide.li]). Eine Verletzung des betreffenden Teilgehalts des Gehörsanspruchs ist deshalb nicht ersichtlich.

[...]

## Staatsgerichtshof

U 30.08.2021, StGH 2021/042

Art 26 Abs 3 StPO

Art 6 Abs 1 iVm Abs 3 Bst c EMRK

Art 14 Abs 3 Bst d UNO-Pakt II

**Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte fällt es zwar grundsätzlich in den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, die adäquate Verteidigung eines Beschuldigten, welcher sich selbst verteidigen möchte, festzulegen. Gleichzeitig bestehen jedoch Grenzen dieses Ermessensspielraumes. Es ist zu prüfen, ob erstens relevante und ausreichende Gründe für die im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangte Wahl des Gesetzgebers vorgebracht wurden. Selbst wenn dies der Fall ist, ist es zweitens immer noch geboten, im Kontext der Gesamteinschätzung der Fairness des Strafverfahrens zu prüfen, ob einem Angeklagten in der Praxis die Möglichkeit eingeräumt wird, sich effektiv an seinem Verfahren zu beteiligen (EGMR, Correia de Matos gg. Portugal [Grosse Kammer], Nr. 56402/12, Urteil vom 4. April 2018, §§ 125 u. 143).**

**Staatliche Verpflichtungen in unterschiedlichen internationalen Rechtsquellen sind – sofern möglich – harmonisch zu interpretieren, so dass das Ergebnis nicht im Konflikt mit einer internationalen Rechtsquelle steht. Dasselbe gilt im Übrigen auch für unterschiedliche Bestimmungen aus derselben internationalen Rechtsquelle.**

**Die «relevanten und ausreichenden Gründe» des Gesetzgebers wie auch der angefochtenen Entscheidung, welche der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für die Anwendung eines Verteidigerzwangs vorschreibt, sind im Einklang mit der Entscheidung des UN-Menschenrechtsausschusses, Carlos Correia de Matos gg. Portugal,**

zu interpretieren. Dort heisst es (§ 7.4): «[G]erechtigkeitsinteressen können die Beordnung eines Rechtsanwalts gegen den Willen des Beschuldigten erfordern. Die Einschränkung des Wunsches des Angeklagten, sich selbst zu verteidigen, muss jedoch einen objektiven und hinreichend schwerwiegenden Grund haben und darf nicht über das hinausgehen, was zur Wahrung der Gerechtigkeitsinteressen erforderlich ist.»

Solche schwerwiegenden Gründe sind beispielhaft dann gegeben, wenn die Autonomie des Beschuldigten aufgrund von Krankheit, Behinderung oder Alter faktisch beeinträchtigt ist. Der Beschuldigte kann sich auch in einer besonders schutzbedürftigen Situation befinden, z. B. in Fällen von Freiheitsentzug in Verbindung mit einem ersten Erscheinen oder einer Vernehmung, wenn die Aussage in der Vernehmung vor Gericht verwendet werden soll, oder bei der Aushandlung von Schuldbekennnissen. Ebenso kann die rechtliche und faktische Komplexität eines Falles den Beistand eines Rechtsanwalts zwingend erforderlich machen. Darüber hinaus kann das Gericht feststellen, dass der Angeklagte seine Verteidigung in offensichtlich unvernünftiger Weise führt. Schliesslich kann es erforderlich sein, dass das Gericht eingreift, wenn der Angeklagte sein Recht auf Selbstvertretung missbraucht, um die Autorität des Gerichts zu untergraben, oder wenn er das Interesse seiner Mitangeklagten an einer zügigen Durchführung des Verfahrens beeinträchtigt.

### Sachverhalt

Die StA erhob am 9. Juni 2020 beim Land- als Kriminalgericht gemäss § 15 Abs 2 StPO Anklage (ON 126) gegen A (Beschwerdeführer) wegen §§ 12, 146, 147 Abs 3, 133 Abs 1 und 2, 165 Abs 1–3 StGB sowie Art 30 Abs 1 Bst g SPG.

Gegen diese Anklageschrift erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 30. Juni 2020 (ON 136) Einspruch.

Mit Beschluss vom 29. September 2020 (ON 148) gab das OG dem Einspruch gegen die Anklageschrift keine Folge, sondern liess die Anklage vollumfänglich zu.

Mit Beschluss vom 6. Oktober 2020 (ON 151) entschied das LG wie folgt:

*«Dem Angeklagten A [Beschwerdeführer] wird aufgetragen, dem Fürstlichen Land- als Kriminalgericht in Vaduz binnen 14 Tagen nachzuweisen, dass er mit seiner Verteidigung in gegenständlicher Strafsache zu 03 KG.2020.20 einen in die Rechtsanwaltsliste eingetragenen oder sonst gesetzlicher oder mittels Bewilligung der Regierung zur Berufsausübung im Fürstentum Liechtenstein zulässigen Rechtsanwalt mandatiert hat, der sich von seiner eigenen Person unterscheidet, widrigenfalls als ihm ein solcher Rechtsanwalt als Verteidiger, dessen Kosten er selbst zu tragen hat, von Amtes wegen nach § 26 Abs 3 StPO beigegeben wird.»*

Mit Schriftsatz vom 29. Oktober 2020 erhob der Beschwerdeführer eine Individualbeschwerde gegen den Beschluss des OG vom 29. September 2020 (ON 148).

Mit Urteil vom 30. November 2020, StGH 2020/101, gab der StGH der Individualbeschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss des OG vom 29. September 2020 (ON 148) keine Folge.

Mit Beschluss vom 28. Januar 2021 (ON 166) entschied das LG wie folgt:

*«1. Nachdem der StGH der Individualbeschwerde des A zu StGH 2020/101 mit dem am 20.01.2021 beim LG eingegangenen Urteil vom 30.11.2020 (ON 165) keine Folge gegeben hat, wird das in analoger Anwendung von § 296 Abs 2 StPO abgebrochene Verfahren gegen den Genannten zu 03 Kg.2020.20 neu zur Aktenzahl 03 KG.2021.1 fortgesetzt.*

*2. Dem Angeklagten A wird neuerlich aufgetragen, dem Fürstlichen Land- als Kriminalgericht in Vaduz binnen 14 Tagen nachzuweisen, dass er mit seiner Verteidigung in gegenständlicher Strafsache zu 03 KG.2021.1 (vormals 03 KG.2020.20) einen in die Rechtsanwaltsliste eingetragenen oder sonst gesetzlicher oder mittels Bewilligung der Regierung zur Berufsausübung im Fürstentum Liechtenstein zulässigen Rechtsanwalt mandatiert hat, der sich von seiner eigenen Person unterscheidet, widrigenfalls als ihm ein solcher Rechtsanwalt als Verteidiger, dessen Kosten er selbst zu tragen hat, von Amtes wegen nach § 26 Abs 3 StPO beigegeben wird.»*

Mit Beschluss vom 13. April 2021 (ON 192) gab das OG der Beschwerde des Beschwerdeführers gegen diesen Beschluss des LG vom 28. Januar 2021 (ON 166) keine Folge. Das OG begründete dies im Wesentlichen wie folgt:

Aus § 24 StPO ergebe sich die Definition des Verteidigers. Der Verteidiger stehe dem Beschuldigten nach dem Wortlaut des Gesetzes beratend und unterstützend zur Seite. Bereits aus einer einfachen Wortinterpretation (arg. der Verteidiger stehe dem Beschuldigten «zur Seite») ergebe sich, dass der Verteidiger eine vom Beschuldigten verschiedene Person zu sein habe. Auch bei einer systematischen Betrachtung des Gesetzes ergebe sich für den vorliegenden Fall nichts Abweichendes. Die StPO spreche ganz allgemein vom Beschuldigten, der sich eines Verteidigers bedienen könne. Eine ausdrückliche Ausnahme vom Verteidigerzwang finde sich für Rechtsanwälte nicht. Nach der Rechtstechnik zu vergleichbaren Vorschriften (vgl § 28 öZPO) wäre zu erwarten, dass eine Ausnahme in der Verfahrensvorschrift ausdrücklich geregelt werde. Es fehle aber nicht nur in der StPO eine Ausnahmeregelung, sondern fänden sich auch in anderen Teilen der liechtensteinischen Rechtsordnung keine abweichenden Regelungen, insbesondere nicht im RAG. Es sei daher keine Regelung ersichtlich, aus der sich ergebe, dass ein eingetragener Rechtsanwalt in jedem Fall berechtigt sei, sich selbst zu vertreten. Nach § 24 Abs 1 StPO solle der Verteidiger dem Beschuldigten lediglich beratend und unterstützend zur Seite stehen. Der Verteidiger sei demnach also Beistand, nicht aber Stellvertreter des Beschuldigten (Fabrizy, StPO<sup>13</sup> § 57 Rz. 4). Der Angeklagte, der sich allenfalls in einer Frage der Verteidigung schlecht beraten fühle, könne trotz der notwendigen Verteidigung die Richtung der Verteidigung selbst bestimmen. Nach

§ 24 Abs 1a StPO über der Verteidiger grundsätzlich die Verfahrensrechte des Angeklagten aus. Der Angeklagte könne aber immer selbst Erklärungen abgeben, wobei im Falle einander widersprechender Erklärungen seine eigene gelte. Daraus folge, dass der Angeklagte durch die Beibehaltung eines Verteidigers – abgesehen von allfälligen Kostenfolgen – nicht belastet sei, sondern in der gesetzlichen Regelung ausschliesslich eine Begünstigung des Angeklagten zu sehen sei. Eine Interpretation nach dem Wortsinn und dem systematischen Gesetzeszusammenhang ergebe daher, dass ein Verteidiger eine vom Angeklagten verschiedene Person zu sein habe. Aber auch bei einer teleologischen Auslegung des Gesetzes ergebe sich kein für den Beschwerdeführer günstigeres Auslegungsergebnis. § 24 Abs 1 StPO sei aus der österreichischen StPO rezipiert worden. Die vergleichbare Regelung des österreichischen Rechts finde sich derzeit in § 57 öStPO. Nach dieser Bestimmung stehe der Verteidiger dem Beschuldigten beratend und unterstützend zur Seite, er sei berechtigt und verpflichtet, jedes Verteidigungsmittel zu gebrauchen und alles, was der Verteidigung des Beschuldigten diene, unumwunden vorzubringen, soweit dies dem Gesetz, seinem Auftrag und seinem Gewissen nicht widerspreche. Angesichts des übereinstimmenden Wortlauts dieser Regelung mit § 24 Abs 1 StPO sei das Vorbringen des Angeklagten, wonach sich die liechtensteinische Regelung der Verteidigungsrechte grundsätzlich von der österreichischen unterscheide, für das OG nicht nachvollziehbar. Dem Verteidiger sei es damit nicht gelungen aufzuzeigen, warum von der «Law in Action»-Rechtsprechung abgegangen werden solle. Danach (vgl z.B. OGH 01.07.2011, LES 2011, 156) sei zur Auslegung rezipierten Rechts auf Lehre und Rechtsprechung zur Rezeptionsgrundlage abzustellen, weil übernommenes Recht in Liechtenstein vorbehaltlich der Abweichung aus triftigen Gründen so zu gelten habe, wie es die Höchstgerichte im Ursprungsland, anwenden (Law in Action). § 24 StPO bilde die Grundnorm der Aufgaben- und Befugniszuweisung an den Verteidiger. Diese Norm sei eine einfachgesetzliche spiegelbildliche Ausformung der im Verfassungsrang stehenden Gewährleistung des Verfahrensgrundrechts des Beschuldigten auf Verteidigerbeistand gemäss Art 6 Abs 3 lit c EMRK. Die Rechte des Verteidigers dienten der Effektivierung der Beschuldigtenrechte (Soyer/Schumann, in: Fuchs/Ratz, WK StPO § 57 Rz. 1). In Art 6 EMRK sei grundlegend verankert, was die Voraussetzungen eines fairen Verfahrens seien. Nach Art 6 Abs 3 lit c EMRK habe der Beschuldigte das Recht, sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen oder falls ihm die Mittel zur Bezahlung fehlten, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich sei. Das Recht auf Verteidigung diene also der Gewährleistung eines fairen Verfahrens und der Verteidiger sei unverzichtbarer Teil eines fairen Verfahrens. Das Recht auf anwaltlichen Beistand sei eine Teilgewährung des Rechts auf Verteidigung schlechthin, es stehe in unmittelbarem Konnex zum Recht auf Selbstverteidigung und werde ergänzt durch das Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, letzteres jedoch eingeschränkt auf jene Fälle, in denen dies im Interesse der Rechtspflege, nämlich zur Gewährleistung

eines fairen Verfahrens und im Angesicht der Bedeutung der Rechtssache erforderlich sei (Soyer/Schumann, aaO, § 57 Rz. 13 f.). Wie eingangs schon erwähnt worden sei, werde auch vom Angeklagten (Beschwerdeführer) nicht bestritten, dass in der vorliegenden Sache angesichts ihrer Bedeutung Verteidigerzwang herrsche. Art 6 Abs 3 lit c EMRK gewähre grundsätzlich jedem Angeklagten das Recht, sich selbst zu verteidigen, doch besage die erwähnte Konventionsbestimmung keineswegs, dass der Angeklagte unter allen Umständen berechtigt sei, auf einen Verteidiger zu verzichten (Fabrizy, StPO<sup>13</sup> § 61 Rz. 1). § 24 Abs 1 StPO umschreibe die Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren. Danach solle der Verteidiger den Beschuldigten beraten und unterstützen und sich daher in erster Linie mit allen ihm zur Verfügung stehenden erlaubten Mitteln um die Interessen des Mandanten kümmern. Der Verteidiger sei als Rechtsbeistand berufen, eine wirksame und lückenlose Verteidigung zu führen, die insoweit der Rechtspflege gesetzlich verpflichtet sei (Fabrizy, StPO<sup>13</sup> § 57 Rz. 1). Insbesondere in schweren Fällen bestehe ein Interesse der Rechtspflege an der Bestellung eines Verteidigers. Da die gesetzliche Verpflichtung der Vertretung durch einen Verteidiger in bestimmten Verfahren grundsätzlich als solche auch nicht Art 6 Abs 3 lit c EMRK verletze, könne ein Staat die Bestimmungen regeln, unter welchen Voraussetzungen der Angeklagte berechtigt sei, das Recht sich selbst zu vertreten, auszuüben. Die Interessen der Rechtspflege können die Vertretung eines Angeklagten auch dann verlangen, wenn er ein erfahrener Jurist sei (vgl RIS Justiz RS0074875). Bei der gesetzlichen Regelung zum «Verteidigerzwang» gehe es also um den Schutz des Angeklagten, egal, ob er einschlägige Rechtskenntnisse habe oder nicht. Auch wenn in der vorliegenden Sache kein Fall einer Interessenskollision vorliege, wolle der Gesetzgeber jedoch im Interesse der Rechtspflege verhindern, dass der persönlich und direkt betroffene und damit befangene Angeklagte mangels Vertretung Schaden leide. Auch eine teleologische Auslegung komme daher zum Ergebnis, dass in bestimmten – nämlich schweren Fällen, welche der Gesetzgeber typisiere – eine dritte Person Verteidiger sein solle. Noch einmal sei an dieser Stelle betont, dass dem Angeklagten – auch wenn ihm ein Verteidiger zur Seite zu stehen habe – in gleicher Weise alle Möglichkeiten verblieben, um das Verfahren zu beeinflussen, wie wenn er unvertreten wäre.

Mit am 14. Mai 2021 zur Post gegebenen Schriftsatz erhob der Beschwerdeführer eine Individualbeschwerde gegen diesen Beschluss des OG vom 13. April 2021 (ON 192) wegen Verletzung verfassungsmässiger und durch internationale Übereinkommen garantierter Rechte. Mit seiner Beschwerde beantragte er einerseits die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und andererseits der StGH möge der Beschwerde Folge geben und erkennen, dass der Beschwerdeführer durch den Beschluss des OG in seinen verfassungsmässig und durch internationale Übereinkommen gewährleisteten Rechten verletzt wurde, sowie daher den Beschluss des OG aufheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung unter Bindung an die Rechtsansicht an das OG zurückverweisen sowie das Land Liechtenstein verpflichten möge, dem Beschwerdeführer die Kosten seiner Vertretung zu ersetzen.

Auf die Ausführungen in der Individualbeschwerde wird, soweit relevant, im Rahmen der Urteilsbegründung eingegangen.

Das OG verzichtete mit Schreiben vom 20. Mai 2021 auf eine Gegenäusserung zur Individualbeschwerde.

Die StA verzichtete mit Schreiben vom 21. Mai 2021 auf eine Gegenäusserung zur Individualbeschwerde.

Mit Präsidialbeschluss vom 31. Mai 2021 gab der Präsident des StGH dem Antrag des Beschwerdeführers, seiner Individualbeschwerde gegen den Beschluss des OG vom 13. April 2021, 03 KG.2021.1–192, die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, dahingehend Folge, dass dem LG im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art 53 Abs 1 StGHG untersagt wurde, eine Schlussverhandlung zu 03 KG.2021.1 betreffend den Beschwerdeführer durchzuführen.

Der StGH zog die Vorakten, soweit erforderlich, bei und beschloss in Folge Spruchreife, auf die Durchführung einer öffentlichen Schlussverhandlung zu verzichten. Nach Durchführung einer nicht-öffentlichen Schlussverhandlung wurde wie aus dem Spruch ersichtlich entschieden.

Der StGH gab der Individualbeschwerde Folge.

### Aus den Entscheidungsgründen

1. Der im Beschwerdefall angefochtene Beschluss des OG vom 13. April 2021, 03 KG.2021.1–192, ist gemäss der Rechtsprechung des StGH als sowohl letztinstanzlich als auch enderledigend im Sinne von Art 15 Abs 1 StGHG zu qualifizieren (StGH 2018/128, Erw. 1; StGH 2018/091, Erw. 1; StGH 2018/063, Erw. 1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Da die Beschwerde auch frist- und formgerecht eingebracht wurde, hat der StGH materiell darauf einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine Verletzung der Begründungspflicht gemäss Art 43 LV.

2.1 In seinen Ausführungen dazu legt er dar, dass nicht fallspezifisch begründet werde, warum die eigene Verteidigung einer fachlich zugelassenen Person in allen Instanzen nicht möglich sein und dies der liechtensteinischen Rechtsgrundlage widersprechen solle. Der Gesetzgeber habe dies nicht vorgesehen und es lasse sich auch nicht aus dem Bericht und Antrag oder anderen Materialien ableiten.

2.2 Der Beschwerdeführer rügt damit im Ergebnis die materielle Richtigkeit der Begründung des OG, welches auf fünf Seiten eingehend darlegte, warum eine Auslegung von § 24 StPO und Art 6 Abs 3 Bst c EMRK dazu führt, dass der Beschwerdeführer gegenständlich dem Verteidigerzwang unterliegt (siehe auch vorne Ziff. 8.1 ff des Sachverhalts). Die materielle Richtigkeit einer Begründung wird allerdings im Lichte des jeweiligen spezifischen Grundrechtes bzw des Willkürverbots und nicht der Begründungspflicht gemäss Art 43 LV geprüft (siehe statt vieler: StGH 2018/068, Erw. 3.1; StGH 2018/041, Erw. 3.1 [beide [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]).

2.3 Der angefochtene Beschluss des OG verletzt daher die verfassungsmässig gewährleistete Begründungspflicht gemäss Art 43 LV nicht.

3. Weiter rügt der Beschwerdeführer unter diversen Grundrechten (fares Verfahren gemäss Art 6 Abs 1 iVm

Abs 3 Bst c EMRK; Recht auf Privatsphäre bzw Berufsausübung gemäss Art 8 EMRK; Gleichheitsgebot gemäss Art 31 Abs 1 LV; Willkürverbot), dass es ihm verunmöglich werde, sich selbst zu verteidigen.

3.1 Auf die Willkürüge ist wegen des lediglich subsidiären Charakters des Willkürverbots nicht weiter einzugehen (vgl statt vieler: StGH 2018/101, LES 2019, 85 [87, Erw. 2.3.2]; StGH 2018/091, Erw. 4.1; StGH 2018/064, Erw. 3.3 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Denn der Beschwerdeführer erstattet unter dieser Grundrechtsrüge das gleiche Vorbringen wie unter der im Folgenden zu prüfenden spezifischen Grundrechtsrüge der Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren.

3.2 Im Hinblick auf die Gleichheitsrüge bringt der Beschwerdeführer vor, dass eine gleichheitswidrige Unterscheidung zwischen dem Kriminalgericht und anderen Gerichten gemacht wird, da er sich bei Letzteren selbst vertreten bzw verteidigen kann. Eine weitere Ungleichbehandlung sei darin zu erkennen, dass hier einer fachlich zugelassenen Person eine andere fachlich zugelassene Person zwangsweise beigelegt werde.

3.2.1 Bei der zweiten geltend gemachten Rüge (Beistellung einer fachlich zugelassenen für eine andere fachlich zugelassene Person) ist für den StGH nicht zu erkennen, gegenüber wem der Beschwerdeführer ungleich behandelt wird. Somit ist auf diese Rüge nicht weiter einzugehen.

3.2.2 Bei der ersten geltend gemachten Rüge (Unterscheidung zwischen dem Kriminalgericht und anderen Gerichten) ist zu betonen, dass bei der Rechtssetzung im Gegensatz zur Rechtsanwendung der Schutzbereich des Gleichheitsgebots weitgehend mit demjenigen des Willkürverbots zusammenfällt, da die Prüfung eines allfälligen Verstosses gegen das Gleichheitsgebot in der Regel darauf zu beschränken ist, ob durch die entsprechende Norm gleich zu behandelnde Sachverhalte bzw Personengruppen ohne einen vertretbaren Grund ungleich behandelt werden (StGH 2020/008, LES 2020, 188 [189, Erw. 4.1]; StGH 2017/087, Erw. 4.1.2; StGH 2016/024, Erw. 2.2 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; siehe auch Hugo Vogt, Das Willkürverbot und der Gleichheitsgrundsatz in der Rechtsprechung des liechtensteinischen StGH, LPS Bd. 44, Schaan 2008, 75 ff). Nachdem der Gleichheitssatz folglich im Vergleich zum fairen Verfahren gemäss Art 6 Abs 1 iVm Abs 3 Bst c EMRK keinen weitergehenden Schutz bietet, ist darauf im Lichte der untenstehenden Ausführungen nicht weiter einzugehen.

3.3 Schliesslich ist auf die Rüge des Beschwerdeführers unter dem fairen Verfahren gemäss Art 6 Abs 1 iVm Abs 3 Bst c EMRK einzutreten.

3.4 Der Beschwerdeführer rügt hier, dass er in der Beschwerde an das OG ausgeführt habe, warum im Einzelnen die eigenständige Verteidigung eines Anwaltes als Beschuldiger im liechtensteinischen Recht zugelassen sei. Insbesondere würde die Aufoktroierung ein grundsätzliches Verbot der Eigenverteidigung einer fachlich zugelassenen Person darstellen und zum anderen gegen das Recht der Wahl des eigenen Rechtsvertreters gemäss Art 6 EMRK verstossen. Insbesondere wäre dies auch ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit, sodass es nicht begründbar sei, warum die eigene Verteidigung einer fachlich zugelassenen Person in allen Instanzen nicht mög-

lich sein und der liechtensteinischen Rechtsgrundlage widersprechen solle. Das OG argumentiere mit der Rezeptionsgrundlage aus Österreich, was jedoch ins Leere gehe. Warum sollte in Liechtenstein, wo ein exzessives Verteidigungsrecht gelte, und dies in allen Instanzen und Gerichtshöfen, plötzlich ein so eingeschränktes Verteidigungsrecht wie in Österreich gelten? Dies habe der Gesetzgeber nicht vorgesehen und es lasse sich auch nicht aus dem BuA oder anderen Materialien ableiten. Hier mit dem angeblichen Schutz des Angeklagten zu argumentieren, gehe ins Leere. Wovor sollte der Anwalt geschützt werden, vor welchem Schaden? Insbesondere widerspreche dies der exzessiven Auslegung der Verteidigungsrechte, die im Gegensatz zu Österreich fixer Bestandteil und anerkanntes Recht in Liechtenstein seien. Dies alles werde vom OG nicht begründet und lasse sich auch nicht sachlich begründen.

3.5 Art 26 Abs 3 StPO, idF v. LGBl. 2011 Nr. 593, lautet wie folgt:

*«Für die Dauer der Untersuchungshaft und für die Schlussverhandlung vor dem Kriminalgericht bedarf der Beschuldigte (Angeklagte) eines Verteidigers. Wählt für diese Fälle weder der Beschuldigte (Angeklagte) selbst noch sein gesetzlicher Vertreter für ihn einen Verteidiger und wird ihm auch kein Verteidiger nach Abs 2 beigegeben, so ist von Amts wegen, im Haftfall spätestens vor Durchführung der ersten Haftverhandlung, ein Verteidiger beizugeben, dessen Kosten der Angeklagte zu tragen hat, es sei denn, dass die Voraussetzungen für die Begebung eines Verteidigers nach Abs 2 vorliegen. Abs 2 letzter Satz gilt entsprechend.»*

3.6 Zunächst besteht für den StGH kein Anlass, im Sinne einer Normenkontrolle generell zu überprüfen, ob ein Verteidigerzwang vor dem Kriminalgericht verfassungs- bzw EMRK-widrig sein kann. Denn es ist mit der Konvention und damit auch mit der in diesem Lichte ausgelegten Verfassungsbestimmung grundsätzlich vereinbar, wenn die Strafprozessordnung für bestimmte Verfahren die zwingende Vertretung durch einen Anwalt vorsieht (Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021, § 24. Rz. 124). Vielmehr hat der StGH in der konkreten Fallkonstellation eines vor dem Kriminalgericht angeklagten Rechtsanwalts zu überprüfen, ob auch hier ein Verteidigerzwang besteht oder ob es dem Beschwerdeführer ermöglicht werden muss, sich selbst zu verteidigen.

3.6.1 Hierbei ist zu beachten, dass eine grundrechtskonforme Auslegung sowohl entgegen dem klaren Wortlaut als auch entgegen dem Willen des Gesetzgebers nicht möglich und damit nicht zulässig ist (StGH 2016/144, LES 2017, 131 [133]; StGH 2012/176, Erw. 9.2 [www.gerichtsentscheide.li]; siehe auch Tobias Michael Wille, Verfassungs- und Grundrechtsauslegung in der Rechtsprechung des StGH, 131 [171] mwN, in: Liechtenstein-Institut [Hrsg.], Beiträge zum liechtensteinischen Recht aus nationaler und internationaler Perspektive: Festschrift zum 70. Geburtstag von Herbert Wille, Schaan 2014).

Der Wortlaut von § 26 Abs 3 StPO ist insofern klar und als Muss-Bestimmung zu interpretieren: «[F]ür die Schlussverhandlung vor dem Kriminalgericht bedarf der Beschuldigte (Angeklagte) eines Verteidigers.» Allerdings

lässt sich den Materialien kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers entnehmen. So war der Verteidigerzwang bereits vor deren Neufassung in der Strafprozessordnung vom 18. Oktober 1988 verankert (vgl BuA Nr. 22/1988). Zur Einführung des Verteidigerzwangs heisst es in BuA Nr. 15/1981 knapp: «Die §§ 16 c Absätze 2 und 3 [heute § 26 Abs 2 und 3], 16 d Absätze 1 bis 6 und insbesondere § 16 e Absätze 1 bis 4 tragen im Vergleich zum geltenden Recht wesentlich zur Verbesserung der Verteidigerstellung im Sinne einer formellen Verteidigung bei.» Dementsprechend lässt sich aus den Materialien nicht schliessen, dass der Wille des Gesetzgebers darauf gerichtet war, keine Ausnahmen zum Verteidigerzwang zuzulassen. Aus diesen Gründen besteht Raum für eine grundrechtskonforme Auslegung von § 26 Abs 3 StPO, wie in der Folge dargelegt wird.

3.6.2 Das OG führt hierzu unter anderem aus, ein Staat könne die Voraussetzungen selbst regeln, unter welchen der Angeklagte berechtigt sei, sich selbst zu vertreten. Denn die gesetzliche Verpflichtung der Vertretung durch einen Verteidiger in bestimmten Verfahren sei grundsätzlich im Einklang mit Art 6 Abs 3 Bst c EMRK. Die Interessen der Rechtspflege könnten die Vertretung eines Angeklagten auch dann verlangen, wenn er ein erfahrener Jurist sei (vgl RIS Justiz RS0074875).

3.6.3 In diesem Zusammenhang geht das OG nicht auf die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte wie auch des UN-Menschenrechtsausschusses ein. Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte fällt es zwar grundsätzlich in den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, die adäquate Verteidigung eines Beschuldigten, welcher sich selbst verteidigen möchte, festzulegen. Gleichzeitig bestehen jedoch Grenzen dieses Ermessensspielraumes (EGMR, Correia de Matos gg. Portugal [Grosse Kammer], Nr. 56402/12, Urteil vom 4. April 2018, § 125). Es ist zu prüfen, ob erstens relevante und ausreichende Gründe für die im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangte Wahl des Gesetzgebers vorgebracht wurden. Selbst wenn dies der Fall ist, ist es zweitens immer noch geboten, im Kontext der Gesamteinschätzung der Fairness des Strafverfahrens zu prüfen, ob die innerstaatlichen Gerichte bei Anwendung der umstrittenen Regel ebenfalls relevante und ausreichende Gründe für ihre Entscheidungen vorgebracht haben. In diesem Zusammenhang wird es relevant sein, einzuschätzen, ob einem Angeklagten in der Praxis die Möglichkeit eingeräumt wird, sich effektiv an seinem Verfahren zu beteiligen (EGMR, Correia de Matos gg. Portugal [Grosse Kammer], aaO, § 143).

3.6.4 Staatliche Verpflichtungen in unterschiedlichen internationalen Rechtsquellen sind – sofern möglich – harmonisch zu interpretieren, so dass das Ergebnis nicht im Konflikt mit einer internationalen Rechtsquelle steht (EGMR, S.M. gg. Kroatien [Grosse Kammer], Nr. 60561/14, Urteil vom 25. Juni 2020, § 290; EGMR, X. gg. Lettland [Grosse Kammer], Nr. 27853/09, Urteil vom 26. November 2013, § 106). Dasselbe gilt im Übrigen auch für unterschiedliche Bestimmungen aus derselben internationalen Rechtsquelle (EGMR, Reinprecht gg. Österreich, Nr. 67175/01, Urteil vom 15. November 2005, § 54).

3.6.5 Der Präzedenzfall des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, *Correia de Matos gg. Portugal* [Grosse Kammer], ist nach Auffassung des StGH im Lichte des den gleichen Beschwerdeführer betreffenden Falles vor dem UN-Menschenrechtsausschuss, *Carlos Correia de Matos gg. Portugal*, CCPR/C/86/D/1123/2002, 28. März 2006, zu lesen. So besteht, auch wenn die Entscheidungen des UN-Menschenrechtsausschusses nicht bindend sind, doch eine «gerechtfertigte Erwartung», dass diese befolgt werden. Es ist weiter zu beachten, dass der UNO-Pakt II anders als etwa in Österreich in Liechtenstein direkt anwendbar ist – gleiches gilt für die Schweiz. Art 15 Abs 2 Bst b StGHG sieht zudem ausdrücklich vor, dass die im UNO-Pakt II verankerten Grundrechte auch vor dem StGH wie verfassungsmässig gewährleistete Rechte geltend gemacht werden können (StGH 2016/073, Erw. 2.5 [www.gerichtsentscheide.li]; siehe hierzu auch Tobias Michael Wille, *Liechtensteinisches Verfassungsprozessrecht*, LPS Bd. 43, Schaan 2007, 67 f).

3.6.6 In diesem Sinne sind die «relevanten und ausreichenden Gründe» des Gesetzgebers wie auch der angefochtenen Entscheidung, welche der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für die Anwendung eines Verteidigerzwangs vorschreibt, im Einklang mit der Entscheidung des UN-Menschenrechtsausschusses, *Carlos Correia de Matos gg. Portugal*, zu interpretieren. Dort heisst es (*Carlos Correia de Matos gg. Portugal*, CCPR/C/86/D/1123/2002, § 7.4; Übersetzung durch den StGH): «[G]erechtigkeitsinteressen können die Beiordnung eines Rechtsanwalts gegen den Willen des Beschuldigten erfordern, insbesondere wenn dieser die ordnungsgemässe Durchführung des Verfahrens erheblich und nachhaltig behindert, wenn er mit einer schweren Beschuldigung konfrontiert ist, aber nicht in der Lage ist, in seinem eigenen Interesse zu handeln, oder wenn es erforderlich ist, gefährdete Zeugen vor weiteren Belastungen zu schützen, wenn der Beschuldigte sie selbst befragt. Die Einschränkung des Wunsches des Angeklagten, sich selbst zu verteidigen, muss jedoch einen objektiven und hinreichend schwerwiegenden Grund haben und darf nicht über das hinausgehen, was zur Wahrung der Gerechtigkeitsinteressen erforderlich ist.»

3.6.7 Aus all dem ergibt sich die Rechtsfrage, ob die ordentlichen Gerichtsinstanzen im konkreten Fall relevante und ausreichende Gründe angegeben haben, die Gerechtigkeitsinteressen von einer solchen Schwere widerspiegeln, dass der Verteidigerzwang einen objektiven und hinreichend schwerwiegenden Grund hat und nicht über das hinausgeht, was zur Wahrung der Gerechtigkeitsinteressen erforderlich ist.

3.7 Zunächst ist auf die vom OG vorgebrachten Gründe einzugehen.

3.7.1 Das OG legte dar, dass die Interessen der Rechtspflege die Vertretung eines Angeklagten auch dann verlangen können, wenn er ein erfahrener Jurist ist, und bezog sich dabei auf eine Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 1994 (RS0074875 = 15 Os 37/93). Es führte weiter aus, dass der Verteidigerzwang dem Schutz des Angeklagten unabhängig von dessen Rechtskenntnissen dient. Auch wenn in der vorliegenden Sache kein Fall einer Interessens-

kollision vorliege, wolle der Gesetzgeber jedoch im Interesse der Rechtspflege verhindern, dass der persönlich und direkt betroffene und damit befangene Angeklagte mangels Vertretung Schaden leide.

Ebenfalls machte das OG geltend, dass nach § 24 Abs 1a StPO der Verteidiger grundsätzlich die Verfahrensrechte des Angeklagten ausübe. Der Angeklagte könne aber immer selbst Erklärungen abgeben, wobei im Falle einander widersprechender Erklärungen seine eigene gelte. Daraus folge, dass der Angeklagte durch die Beigebung eines Verteidigers – abgesehen von allfälligen Kostenfolgen – nicht belastet sei, sondern in der gesetzlichen Regelung ausschliesslich eine Begünstigung des Angeklagten zu sehen sei.

3.7.2 Das OG bringt damit durchaus gute Gründe vor, warum dem Beschwerdeführer ein Verteidiger beizugeben ist. Zunächst ist es dem Beschwerdeführer effektiv möglich, am Verfahren teilzunehmen, da er immer selbst Erklärungen abgeben kann, wobei bei einem Widerspruch mit dem Verteidiger seine eigene Erklärung gilt. Überdies bezweckt die Bestimmung, Schaden vom Beschwerdeführer abzuwenden, wobei das OG nicht weiter ausführt, welcher Schaden dies sein könnte und inwiefern es im konkreten Fall einen Schaden durch die mangelnde Vertretung des Beschwerdeführers befürchtet. Schliesslich erwachsen dem Beschwerdeführer aus Sicht des OG abgesehen von Kostenfolgen nur Vorteile durch die Zwangsverteidigung, da der Beschwerdeführer alle seine Verteidigungsrechte auch nach Beigebung eines Verteidigers ausüben kann.

3.7.3 Allerdings sind nach Ansicht des StGH diese guten Gründe nicht auch hinreichend schwerwiegende Gründe, die nicht über das hinausgehen, was zur Wahrung der Gerechtigkeitsinteressen erforderlich ist.

3.7.4 Solche schwerwiegenden Gründe sind beispielhaft dann gegeben, wenn die Autonomie des Beschuldigten aufgrund von Krankheit, Behinderung oder Alter faktisch beeinträchtigt ist. Der Beschuldigte kann sich auch in einer besonders schutzbedürftigen Situation befinden, zB in Fällen von Freiheitsentzug in Verbindung mit einem ersten Erscheinen oder einer Vernehmung, wenn die Aussage in der Vernehmung vor Gericht verwendet werden soll, oder bei der Aushandlung von Schuldbekennnissen. Die Gefährdung ist umso offensichtlicher, wenn dem Beschuldigten eine langjährige Freiheitsstrafe oder eine andere schwere Strafe droht. Ebenso kann die rechtliche und faktische Komplexität eines Falles den Beistand eines Rechtsanwalts zwingend erforderlich machen. Darüber hinaus kann das Gericht feststellen, dass der Angeklagte seine Verteidigung in offensichtlich unvernünftiger Weise führt. Schliesslich kann es erforderlich sein, dass das Gericht eingreift, wenn der Angeklagte sein Recht auf Selbstvertretung missbraucht, um die Autorität des Gerichts zu untergraben, oder wenn er das Interesse seiner Mitangeklagten an einer zügigen Durchführung des Verfahrens beeinträchtigt (EGMR, *Correia de Matos gg. Portugal*, aaO, Abweichende Meinung von Richter Bošnjak, § 6).

3.7.5 Der Beschwerdeführer ist ein bei der liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer eingetragener Anwalt. Es handelt sich somit nicht um einen rechtsunkundigen Laien, sondern um eine rechtskundige Person,

welche berufsmässig Parteien vor Gericht vertritt. Auch ist aus den Ausführungen des OG nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer daran gehindert wäre, seine eigene Verteidigung adäquat auszuführen. Dies geht damit einher, dass sich das OG begnügt, allgemein auszuführen, dass durch die mangelnde Zwangsverteidigung ein Schaden entstehen könnte, ohne darzulegen, worin der potentielle Schaden im konkreten Fall besteht.

3.7.6 Schwerwiegende Gründe, die nicht über das hinausgehen, was zur Wahrung der Gerechtigkeitsinteressen erforderlich ist, sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Zwar wird der Beschwerdeführer beschuldigt, mehrere Verbrechen begangen zu haben, wodurch ihm eine langjährige Freiheitsstrafe droht. Allerdings ist für den StGH weder eine Beeinträchtigung der Autonomie des Beschwerdeführers noch eine besonders schutzbedürftige Situation ersichtlich. Auch ergibt sich aus der angefochtenen Entscheidung (ON 192) weder ein offensichtlich unvernünftiges Vorgehen des Beschwerdeführers noch ein Missbrauch des Rechts auf Selbstvertretung. Selbst wenn eine rechtliche und faktische Komplexität des Falles angenommen wird, so steht dem entgegen, dass der Beschwerdeführer ein bei der liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer eingetragener Anwalt ist und somit über die nötigen Rechtskenntnisse zu seiner Verteidigung verfügen sollte; dies im Gegensatz zu Laien, bei denen grundsätzlich die rechtliche und/oder faktische Komplexität von Fällen vor dem Kriminalgericht im Sinne einer grundrechtskonformen Auslegung schlagend ist, nachdem diese üblicherweise kein vertieftes rechtliches Wissen besitzen.

Zudem wird ein konkreter Schaden ohne Verteidigerzwang vom Beschwerdeführer selbst bestritten und wurde vom OG nicht geltend gemacht. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Schutzpflichten des Staates keine «Vernunftthoheit» staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt eröffnen, dass dessen Wille allein deshalb beiseitegesetzt werden dürfte, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Aussensicht unvernünftig erscheint (Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1866/17 und 2 BvR 1314/18, Beschluss des Zweiten Senats vom 8. Juni 2021, § 72).

3.7.7 Aus diesen Gründen wurde der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Beschluss des OG in seinem Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art 6 Abs 1 iVm Abs 3 Bst c EMRK und Art 14 Abs 3 Bst d UNO-Pakt II verletzt.

3.8 Ob das Privatleben des Beschwerdeführers aufgrund des Eingriffs in seine beruflichen Aktivitäten betroffen ist (vgl EGMR, B rbulescu Rumänien [Grosse Kammer], Nr. 61496/08, Urteil vom 5. September 2017, § 71), kann aufgrund des obigen Ergebnisses offenbleiben.

4. Aufgrund all dieser Erwägungen ist der vorliegenden Individualbeschwerde spruchgemäss Folge zu geben, der angefochtene Beschluss des OG (ON 192) als EMRK- und UNO-Pakt-II-widrig aufzuheben und die Rechtssache unter Bindung an die Rechtsansicht des StGH zur neuerlichen Entscheidung an das OG zurückzuverweisen.

5. [...]

## Staatsgerichtshof

U 31.08.2021, StGH 2020/102

**Art 182 Abs 2, 222 und 223 PGR**

**Art 31 IV**

**Art 43 IV**

**Ein von Gesetz und etablierter Rechtsprechung vorgegebener Weg kann nur ganz ausnahmsweise im Lichte des Verbots des überspitzten Formalismus bzw von Treu und Glauben verlassen werden.**

**Der OGH verweist nur darauf, dass hier die Voraussetzungen für den Regelfall nicht gegeben seien und erachtet schon deshalb die Frage der Zumutbarkeit (also, ob in der besonderen Konstellation des Beschwerdefalles eine Ausnahme von der Beschreitung des Wegs über eine Beistandsbestellung zu machen wäre), ohne Weiteres als irrelevant. Demgegenüber hätte die Beschwerdeführerin aber einen Anspruch darauf gehabt, dass sich der OGH wenigstens kurz auseinandergesetzt hätte, weshalb eine Ausnahme (entgegen der Auffassung des Obergerichts) generell oder jedenfalls im Beschwerdefall nicht in Betracht komme.**

### Sachverhalt

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites ist eine Verantwortlichkeitsklage der Beschwerdeführerin als Klägerin und Begünstigte der A Stiftung gegen die Verlassenschaft nach B, der Stiftungsrat der A Stiftung war. B habe seine Pflichten als Stiftungsrat der A Stiftung verletzt und der Klägerin schuldhaft einen Schaden verursacht, der zuletzt mit CHF 315'000.00 s.A. beziffert wurde.

B war seit Gründung der A Stiftung am 17.06.1966 bis zu deren Löschung aufgrund des Beschlusses des LG als Konkursgericht vom 13.04.2012 Stiftungsrat. Mit diesem Beschluss wurde der Antrag des Stiftungsrates B, über das Vermögen der Stiftung das Konkursverfahren zu eröffnen, mangels voraussichtlich hinreichenden Vermögens zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens abgewiesen und zugleich die Aufhebung und Löschung der Stiftung angeordnet. Der Sitz der Stiftung war Vaduz, die Repräsentanz übte die Fundationsanstalt in Vaduz aus. Ab Januar 1985 waren C, Wirtschaftsjurist in Zürich, mit Einzelzeichnungsrecht, und B mit Kollektivzeichnungsrecht zu zwei Stiftungsräte, und zwar bis zum Tod von C am 06.06.2011. Danach war B alleiniger Stiftungsrat.

Die A Stiftung wurde im Auftrag vom Stifter D, dem Adoptivvater der Klägerin, gegründet, der am 09.05.1994 verstorben ist. Es konnte vom Erstgericht nicht festgestellt werden, welche genauen Vermögenswerte vom Stifter in die A Stiftung eingebracht wurden. Zum Zeitpunkt der Übernahme des Stiftungsratsmandats durch C im Januar 1985 betrug das Vermögen jedenfalls ca. 3,1 Mio. Im Zeitraum 1984 bis 1993 hat der Stifter Privatbezüge in der Höhe von CHF 2'097'149.99 getätigt. Zwischen CHF 1 Mio. und CHF 1'080'000.00 des Stiftungsvermögens wurden vom Stiftungsrat C in das Immobilienprojekt E S.A. in Bressago investiert. Dies zunächst in Form eines

nicht besicherten Darlehens, wobei ein Darlehensvertrag des sowohl die Stiftung als auch die E.S.A. mehrheitlich vertretenden C nicht erstellt wurde und damit in der Buchhaltung der E.S.A. auch nicht aufgeschienen ist. Im Jahr 1986 oder 1987 wurde das Darlehen durch C in eine Beteiligung an der E.S.A. umgewandelt. Es wurden dafür aber keine Aktien an die Stiftung ausgehändigt oder für diese gehalten, obwohl an sich Inhaberaktien an Aktionäre ausgestellt worden sind. Die Beteiligung der A Stiftung an der E.S.A. betrug rund 10%. Allerdings ist – wie erwähnt nach dem festgestellten Sachverhalt – in der Buchhaltung der E.S.A. die Beteiligung der A Stiftung zu keinem Zeitpunkt und in keiner Weise – weder als Darlehen der Stiftung noch als Beteiligung – jemals aufgeschienen.

Nach den weiteren Feststellungen ist der A Stiftung durch das Investment in die E.S.A. ein Schaden in Höhe dieses Investments entstanden, zusätzlich ein Schaden für entgangene Zinsen seit Tätigkeit des Investments in nicht feststellbarer Höhe. Der Klägerin sei demnach ein Schaden in der Höhe des an sie gemäss Beistatut Ziffer 7 iVm Ziffer 10 auszurichtenden und verhältnismässig zu kürzenden Legats von CHF 150'000.00 zzgl. Zinsen seit Fälligkeit des Vermächtnisses sowie ein der Höhe nach nicht bestimmbarer anteilmässiger Schaden als Ermessensbegünstigte in Bezug auf das Vermögen der Stiftung entstanden.

Des Weiteren beantragte die Klägerin bereits mit ihrem Antrag vom 21.10.2008 in einem Ausserstreitverfahren zu 10 HG.2008.28 vergeblich die Abberufung der Stiftungsräte C und B sowie die Neubestellung von Stiftungsräten zu dem Zweck, die Geschäftsgebarung und die Erfüllung des Stiftungszwecks durch die abzuberaufenden Organe zu prüfen sowie allfällige Haftungsansprüche im Interesse der Stiftung zu verfolgen. Auch in diesem Ausserstreitverfahren hatte die Klägerin nach den Urteilsfeststellungen schon die Verletzung der den Stiftungsräten obliegenden Pflichten – im Wesentlichen gleich wie mit dem Klagsvorbringen – geltend gemacht. Letztlich hat der OGH mit seiner Entscheidung vom 05.02.2010, 10 HG.2008.28–34, diesen Anträgen keine Folge gegeben.

Mit Urteil vom 10.12.2019 (ON 126) hat das Erstgericht das Klagebegehren zur Gänze unter Kostenfolgen abgewiesen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht ua aus wie folgt:

[...] Letztlich erweise sich aber der Einwand der beklagten Partei wonach der Klägerin die aktive Klagslegitimation fehle, aus folgenden Gründen als berechtigt: Durch eine nicht ordnungsgemässe Geschäftsführung oder Pflichtwidrigkeit der Stiftungsverwaltung erleide primär die Stiftung Nachteile. Der hinter der Verbandsperson stehende wirtschaftlich Berechtigte und/oder Begünstigte werde nur mittelbar geschädigt. Der nur mittelbar geschädigte Begünstigte sei deshalb zur Geltendmachung solcher Schadenersatzansprüche gemäss Art 182 f. PGR gegenüber den Stiftungsräten in der Regel nicht legitimiert (unter Verweis auf LES 2008, 354; Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Praxiskommentar, Art 552 § 5 PGR, Rz. 36 und Art 552 § 24 Rz. 66). Solange noch Vermögenswerte vorhanden seien – hier in Form von Verantwortlichkeitsansprüchen der Stiftung

gegenüber ihren Organen –, sei die gelöschte Stiftung nach wie vor rechtsfähig. Einer gelöschten Stiftung sei erforderlichenfalls vom Gericht ein Kurator bzw. Beistand zu bestellen, der diese Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen könne. Aus den Art 218 f. PGR ergebe sich bezüglich der Geltendmachung der Organverantwortlichkeit ein Vorrang zu Gunsten der geschädigten Gesellschaft. Gemäss Art 228 PGR seien die Verantwortlichkeitsbestimmungen der Art 218 f. PGR auch bei der Stiftung anzuwenden. In Zusammenschau von Art 222 Abs 2 PGR iVm Art 218 PGR könnten Mitglieder einer Verbandsperson bei absichtlicher bzw. böswilliger Schädigung auch dann einen selbständigen Verfolgungsanspruch haben, wenn es sich dabei bloss um einen mittelbaren Schaden handle. Einen unmittelbaren Schaden könne ein Mitglied ohne weitere Miteinbeziehung der Gesellschaft mit Klage gegen die ihn schädigenden Organe geltend machen. Handle es sich indessen um einen mittelbaren Schaden, so könne ein von den Organen böswillig geschädigtes Mitglied verlangen, dass sie den hinzugefügten Schaden direkt vergüten. Bei mittelbar zugefügten Schäden könne demnach das Mitglied einer Verbandsperson stets nur bei absichtlich zugefügten Schäden Klage erheben. Die klageweise Geltendmachung mittelbarer Schäden durch Gesellschaftsmitglieder sei nämlich vom Gesetz an das Vorliegen mehrerer Voraussetzungen geknüpft, und zwar an die Grundvoraussetzung, dass die Gesellschaft auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet hat oder denselben binnen drei Monaten nach Aufforderung durch ein Mitglied nicht geltend gemacht hat. Bei Vorliegen dieser Voraussetzung könne ein Mitglied auf Ersatz des der Gesellschaft absichtlich zugefügten Schadens zu Gunsten der Gesellschaft klagen. Soweit ersichtlich, liege zu stiftungsrechtlichen Schadenersatzfragen bisher keine einschlägige liechtensteinische Judikatur vor. Gemäss Schrifttum verfüge der Destinatär gegenüber den schuldhaften Stiftungsorganen nur dann über einen selbständigen Schadenersatzanspruch, wenn der Schaden nur im Vermögen des Destinatärs, nicht aber im Vermögen der Stiftung eingetreten ist (wenn der Destinatär somit einen unmittelbaren Schaden erleide), wobei gegebenenfalls fahrlässige Schadenverursachung für die Haftbarkeit der Organe genüge. Bei mittelbarer Schädigung eines Destinatärs bleiben die Leistungen der Stiftung zwar aus, jedoch könne nicht behauptet und nicht festgestellt werden, dass beim Destinatär ein konkreter Schaden erwachsen sei, zumal keiner der Destinatäre über einen subjektiven Anspruch auf Auskehrung von Stiftungsleistungen verfüge. Im Ergebnis folge daraus: Der gesetzlichen Verantwortlichkeitsregelung entsprechend müsse bei mittelbaren Schäden der Begünstigten – um solche handle es sich vorliegend – die Stiftung vom geschädigten Destinatär zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs aufgefordert werden, gegenständlich durch Bestellung eines entsprechenden Beistands zur Vertretung der Stiftung. Mache die Stiftung diesen Schadenersatzanspruch nicht innert der gesetzlichen drei Monatsfrist geltend, könne der Destinatär den von der Verwaltung böswillig verursachten Schaden zu Gunsten der Stiftung einklagen. Alternierend dazu könne der Destinatär den ihm persönlich erwachsenen Schaden auch im eigenen Namen direkt gegen die Stiftungsver-

waltung geltend machen. Beide Fälle der Schadensgeltendmachung durch den Destinatär setzten aber eine absichtliche Schädigung voraus, welche gegenständlich weder in Bezug auf den Stiftungsrat C, viel weniger noch in Bezug auf den Stiftungsrat B gegeben sei. Somit hätte vorliegend ein Beistand zur Geltendmachung dieser Ansprüche im Namen der Stiftung bestellt werden müssen. Dies führe zur Klagsabweisung.

Das OG hat mit Urteil vom 14.05.2020 (ON 134) der Berufung der Beschwerdeführerin keine Folge gegeben. Im Wesentlichen und zusammengefasst führt das OG aus:

Eine Mangelhaftigkeit liege nicht vor, insbesondere auch keine Überraschungsentscheidung. Die Klägerin hätte zahlreiche Gelegenheiten gehabt, sich zu der von der beklagten Partei mehrfach vertretenen Rechtsauffassung (sie habe lediglich eine sogenannten mittelbaren Schaden erlitten) zu äussern, weshalb es für die Berufungswerberin nicht überraschend habe sein können, dass sich das Erstgericht im Rahmen seines Urteils mit dieser Rechtsfrage befassen werde. 7.2 Sowohl nach altem wie auch nach neuem Stiftungsrecht sei oberste Richtschnur der Geschäftsführung des Stiftungsrates, die dem Stiftungszweck entsprechende Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens und damit auch die Verpflichtung des Stiftungsrates, einen zweckwidrigen Abfluss des Stiftungsvermögens hintanzuhalten. Der Stiftungsrat B sei daher insbesondere verpflichtet gewesen, den geschäftsführenden Stiftungsrat C effizient zu überwachen, um damit einen zweckwidrigen Abfluss von Stiftungsmitteln zu verhindern. Er hätte daher für zu Lasten des Stiftungsvermögens vorgenommene Dispositionen bzw Investitionen aussagekräftige Bescheinigungen über deren Grund und Zweck sowie über die widmungsgemässe Verwendung der Stiftungsmittel, insbesondere auch über die Werthaltigkeit der Veranlagung und die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft E S.A. verlangen und bei allfälligen Unklarheiten sich durch Rückfragen auch bei den Verwaltungsräten der erwähnten Gesellschaft Klarheit verschaffen müssen. Gerade deswegen, weil im konkreten Fall C zu 90% Aktionär an der erwähnten Gesellschaft E S.A. gewesen sei und die Investitionsentscheide offenbar ausschliesslich von ihm getroffen worden seien, Stiftungsratsbeschlüsse dazu nicht vorgelegen und für die Investition an sich keine Besicherungen gegeben gewesen seien, sei für den vormaligen Stiftungsrat B gerade deswegen ein besonderer Anlass für solche Abklärungen vorgelegen gewesen. Es habe sich um das einzige Stiftungsvermögen gehandelt, wobei nach den Feststellungen die Schadenträchtigkeit der Investition bereits im Jahre 2005 absehbar gewesen sei. Nach den Feststellungen habe B keine weiteren Überprüfungen vorgenommen. Eine vorsätzliche bzw böswillige Schädigung der Gesellschaft durch den Stiftungsrat B lasse sich auch dann nicht herleiten, wenn berücksichtigt werde, dass nach den Feststellungen des Erstgerichts B sich selbst nach Abschluss des Stiftungsaufsichtsverfahrens nicht weiter um die Investition der Stiftung in die erwähnte Gesellschaft E S.A. gekümmert habe. Bewusstsein, Wille und Absichten würden zu den «inneren Tatsachen» zählen und seien daher Beweisgegenstand. Die Frage, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt ein bestimmtes Bewusstsein bzw eine bestimmte Absicht

bestanden habe oder nicht, sei Gegenstand der Tatsachenfeststellungen und nicht der rechtlichen Beurteilung. Das Erstgericht habe gerade kein Schädigungsvorsatz des Beklagten festgestellt. Einen direkten Anspruch wegen einer vorsätzlichen Herbeiführung des Schadens im Stiftungsvermögen durch die behauptete unzulässige Fehlinvestition in das erwähnte Immobilienprojekt könne die Klägerin, sei es als Legatarin oder als Begünstigte der Stiftung nicht geltend machen. Der Schaden der Klägerin ergebe sich lediglich dadurch, dass die Stiftung infolge Verlustes des Stiftungsvermögens die in den Beistatuten an sie vorgesehene Ausschüttung nicht mehr durchführen könne. Ihr Schaden erweise sich damit als ein Reflexschaden zum Untergang des Stiftungsvermögens, der nach ihren Behauptungen vom Stiftungsrat B infolge von dessen Pflichtverletzungen herbeigeführt worden sei. Mit den Art 218 f, 222, 223 PGR sollten nach LES 2006, 475 nur jene Bestimmungen geschaffen werden, die regelten, wann und unter welchen Voraussetzungen Mitglieder der Gesellschaft und Gesellschaftsgläubiger selbst die Organe auf Schadenersatz belangen könnten. Demnach habe der Gläubiger der Gesellschaft gemäss Art 223 Abs 1 PGR nur Anspruch auf Ersatz des Schadens, den ihm ein Verantwortlicher unmittelbar (direkt) zugefügt habe, ohne dass die Gesellschaft dabei geschädigt worden sei. Der bloss mittelbar Geschädigte könne einen Verantwortlichkeitsanspruch nicht geltend machen. Nur in diesem Sinne könne Art 223 Abs 1 PGR nach seinem eindeutigen Wortlaut unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte verstanden werden. Der OGH habe in LES 2005, 321 ausgesprochen, dass Art 182 Abs 2 PGR primär den Schutz der Verbandsperson bezwecke und nur mittelbar den Schutz ihrer Gläubiger. Die aus Art 182 Abs 2 PGR abgeleiteten Verantwortlichkeitsansprüche würden ausschliesslich der Verbandsperson zustehen. Es zeige sich anhand der Judikatur des OGH, dass der Schutzzweck der Haftungsnorm des Art 182 PGR auf den Schutz der Verbandsperson gerichtet sei. Demnach könne die Berufungswerberin, soweit sie als Gläubigerin der Verbandsperson zu betrachten sein sollte, den aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung entstandenen Schaden nicht direkt gegen das Organ geltend machen, weil die auf Gläubiger der Verbandsperson anzuwendende Bestimmung des Art 223 Abs 1 PGR lediglich einem unmittelbar geschädigten Gläubiger den Anspruch auf Ersatz dieses ihm vom Organ direkt zugefügten Schadens einräume. Vorliegend sei der – aufgrund des Verlustes der Investition in die Gesellschaft E S.A. – entstandene Schaden im Vermögen der Stiftung eingetreten. Es hätte für einen direkten Anspruch gegen B eines Nachweises einer vorsätzlichen Schadenszufügung durch diesen bedurft. Dieser liege aber nicht vor. Demnach sei der Berufung keine Folge zu geben.

Der gegen dieses Urteil von der Beschwerdeführerin aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen Revision (ON 135) gab der OGH mit Urteil vom 02.10.2020 (ON 141) keine Folge und begründete dies im Wesentlichen wie folgt:

Die aus Art 182 Abs 2 PGR resultierenden Verantwortlichkeitsansprüche seien gesetzlich nach einem differenzierten System zugeordnet. In erster Linie sei die Verbandsperson (Stiftung) bzw deren Insolvenzmasse

anspruchsberechtigt (Art 218 Abs 1, Art 222 Abs 1 PGR; vgl. OGH 03 C 69/96–88 LES 2001, 41) und nur unter bestimmten Voraussetzungen stehe ein Ersatzanspruch auch einzelnen Personen, einerseits den «Mitgliedern» einer Verbandsperson und andererseits den Gläubigern der Verbandsperson zu. Damit würden die Interessen der auf die Vermögensmasse der Verbandsperson gewiesenen Beteiligten, wie Begünstigte einer Stiftung oder «Mitglieder» einer Gesellschaft, mittelbar über eine verbesserte Befriedigungsaussicht aus der Vermögensmasse der Verbandsperson berücksichtigt. Dementsprechend erblicke die Judikatur des OGHs im Schaden des Gläubigers bei Schädigungen des Vermögens der Verbandsperson (hier der Stiftung) nur einen mittelbaren Schaden (vgl. 3 C 69/96, LES 2001, 41 LES 2001, 41; StGH 2011/141; näher im Folgenden). Zum anderen werde damit dem auch auf diese Personen ausgerichteten Schutzzweck der Bestimmung des Art 182 PGR hinlänglich Genüge getan. Für «Direktansprüche» dieser Personen gegen die Organe der Verbandsperson normiere das Gesetz zusätzliche Haftungsvoraussetzungen, die einerseits die primäre Anspruchsposition der Verbandsperson berücksichtigen und andererseits zusätzliche bzw verschärfte subjektive Tatbestandsmerkmale bei den schädigenden Organen der Verbandsperson verlangen würden: Dann, wenn die «Gesellschaft» einen Anspruch nicht besitze sowie bei böswilliger Schädigung, könne jedes einzelne «Mitglied» verlangen, dass der ihm zugefügte Schade ihm direkt vergütet werde (Art 222 Abs 2 PGR). Bei geschädigten Gläubigern sei die Regelung hierzu parallel verlaufend: Gemäss Art 223 Abs 1 PGR könnten «die geschädigten Gläubiger der Gesellschaft, wenn die Gesellschaft keinen Anspruch besitzt, verlangen, dass der ihnen zugefügte Schade ihnen direkt ersetzt werde». Das gesetzlich normierte prävalierende Interesse der Verbandsperson bzw ihrer Masse an der unmittelbaren Entschädigung komme i. d. Z. auch in der Regelung des Art 223 Abs 2 PGR zum Ausdruck, da im Falle der absichtlichen Schädigung der Gesellschaft (durch das Organ) die einzelnen Gläubiger Ersatz des der Gesellschaft zugefügten Schadens zugunsten der Gesellschaft verlangen könnten, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden sei und die Konkursmasse auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichte oder denselben trotz Aufforderung binnen Monatsfrist nicht geltend mache (Art 223 Abs 2 PGR). Zum vorliegenden Fall im Einzelnen: Die Rsp des OGH zur Haftung von Organen von Verbandspersonen gehe auf die eingehend begründete Leitentscheidung 10.01.2001, 3 C 69/96, LES 2001, 41 zurück. Die darauffolgende Verantwortlichkeitsjudikatur habe auf dieser Entscheidung aufgebaut und sei mittlerweile als gefestigt zu bezeichnen (Verweis auf StGH 2003/035). An den Grundsätzen dieser Rechtsprechung sei festzuhalten. Die Verantwortlichkeitsbestimmungen des PGR würden zwischen dem der Verbandsperson einerseits und dem einem Gläubiger der Verbandsperson andererseits unmittelbar (direkt, primär) zugefügten Schaden unterscheiden. Der OGH habe in der Leitentscheidung LES 2001, 41 ausgesprochen, dass der Gläubiger der Gesellschaft gemäss Art 223 Abs 1 PGR nur Anspruch auf Ersatz des Schadens habe, den ihm ein Verantwortlicher «unmittelbar (direkt) zugefügt hat, ohne dass die Gesellschaft dabei geschädigt worden

ist» (Verweis auf OGH 01 CG.2012.379 GE 2016, 85 Erw 8.2.3.). Diese Entscheidungslinie sei in der Folge weitergeführt worden: In der Entscheidung vom 06.05.2004, 9 CG.2001.74, LES 2005, 321, habe der Senat ausgesprochen, dass gemäss Art 223 Abs 1 PGR Gläubiger der Gesellschaft dann ihren Schaden vom Organ verlangen könnten, wenn sie unmittelbar geschädigt seien und die Gesellschaft keinen Anspruch besitze. Die Bestimmung des Art 223 Abs 1 PGR räume den Gläubigern nur einen Anspruch auf Ersatz der ihnen unmittelbar (direkt) zugefügten Schäden ein. Auch in der Entscheidung vom 09.05.2014, 03 CG.2012.429, GE 2015, 55, habe der OGH zwischen dem einer Verbandsperson einerseits und dem einem Gläubiger andererseits unmittelbar (direkt, primär) zugefügten Schaden differenziert. Zwischen diesen Schäden sei zu unterscheiden und der Gläubiger einer Verbandsperson habe gemäss Art 223 Abs 1 PGR nur Anspruch auf Ersatz jenes Schadens, den ihm der Schädiger unmittelbar (direkt) zugefügt habe, ohne dass die Gesellschaft dabei geschädigt worden sei. Gemäss der Judikatur des OGH stehe fest, dass ein Direktanspruch des Gläubigers gegen ein Organ der Verbandsperson unter zwei kumulativen Voraussetzungen stehe: Einerseits müsse es sich um einen unmittelbaren, (direkt) beim Gläubiger eingetretenen Schaden handeln und andererseits dürfe der Verbandsperson ein «Anspruch» gegen das Organ nicht zustehen. Liege eine dieser Voraussetzungen nicht vor, stehe dem Gläubiger ein direkter Anspruch gegen das Organ nicht zu. Durch den Verlust der Investition in die Gesellschaft E S.A. sei unmittelbar im Vermögen der Stiftung ein Schaden eingetreten. Die Beschwerdeführerin stütze sich darauf, dass die Stiftung infolge Verlustes des Stiftungsvermögens die in den Beistatuten an die Beschwerdeführerin vorgesehene Ausschüttung an sie nicht mehr ausführen könne. Allein aus diesem Vorbringen ergebe sich bereits, dass von der Beschwerdeführerin hiermit ein «mittelbarer» Schaden angesprochen werde, der allerdings nicht Gegenstand des Ersatzes sei (näher im Folgenden). Soweit die Beschwerdeführerin in der Revision mit einem ihr eingeräumten, «exakt bestimmten» Legat argumentiere, ändere auch dies nichts daran, dass ihr unmittelbar kein Schaden erwachsen sei. Denn der Vermächtnisnehmer leite seinen Anspruch aufgrund einer letztwilligen Verfügung vom Erblasser ab, diese Berufung gebe ihm aber nur ein obligatorisches Forderungsrecht gegen den beschwerten Erben (öOGH 6 Ob 2280/96d u. a.). Der Erbe müsse also die vermachte Sache erst durch eine Erfüllungshandlung auf den Vermächtnisnehmer übertragen. Daher komme der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Legat nur eine Gläubigerposition zu, nicht aber sei die Beschwerdeführerin etwa, wie ihren Ausführungen entnommen werden könnte, unmittelbar, etwa an einem entsprechenden Vermögensteil der belasteten Stiftung, beteiligt. Daher bleibe es auch im Hinblick auf einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erfüllung des Legats allemal bei einem nur mittelbaren Schaden der Beschwerdeführerin. Die weitwendigen Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu, dass die «allgemeinen Verantwortlichkeitsbestimmungen des PGR» nicht auf privatrechtliche Stiftungen anwendbar seien, gingen völlig daran vorbei, dass das Verantwortlichkeitsrecht der Art 218 ff PGR auch für die Stiftungen,

freilich nur «entsprechend» im Sinne von «sinngemäss», zur Anwendung gelange (09 CG.2011.236 GE 2014, 322; 09 CG.2006.312 LES 2010, 73; LES 2011, 76; 05 CG.2008, 194 LES 2011, 76 [GE 2011, 50] u. a.; Gasser, Stiftungsrecht<sup>2</sup> Art 552 § 24 Rz. 49). In der Rechtsprechung des OGH seien einzelne Bestimmungen des PGR-Verantwortlichkeitsrechts wiederholt als Rechtsgrundlage zur Beurteilung der Sorgfalt des Stiftungsrats und der Folgen aus Sorgfaltsverstössen herangezogen worden (Verweis auf OGH 01 CG.2006.276 LES 2008, 363; 09 CG.2006.312 LES 2010, 73 u. a.). Daran sei festzuhalten. Ein weiteres Eingehen auf diese Ausführungen der Revision erübrige sich. Soweit die Revision eine Differenzierung zwischen einer absichtlichen einerseits und einer böswilligen Schädigung andererseits darzulegen versuche, seien diese Ausführungen rechtlich irrelevant: Auf die von ihr herangezogene «Böswilligkeit» des Art 222 Abs 2 PGR komme es im gegenständlichen Fall nicht an, weil die Beschwerdeführerin kein «Mitglied» der Stiftung ist dieser Bestimmung («Anspruch der Gesellschaft und der einzelnen Mitglieder»), sondern Gläubiger der Stiftung sei. Auf sie komme daher nicht Art 222 Abs 2 PGR, sondern Art 223 Abs 1 PGR zur Anwendung, der – wie ausgeführt – einen unmittelbar zugefügten Schaden voraussetze. Ein solcher sei der Beschwerdeführerin aber – wie bereits ausgeführt – nicht erwachsen. Der OGH folge daher nicht der in der Literatur vertretenen Meinung, dass «als Mitglieder ... bei der Stiftung die Stiftungsbeteiligten im Sinne von § 3 angesehen werden (können)» (so Heiss in Schauer [Hrsg], Kurzkomentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht [2009] Art 552 § 24 Rz. 18) und vertrete nach wie vor eine bloss «entsprechende» im Sinne einer bloss «sinngemässen» Anwendung der Haftungsbestimmungen der Art 218 ff. PGR auf die Stiftung. Die Beschwerdeführerin als Begünstigte sei daher nicht «Mitglied» der Stiftung, zumal es «Mitglieder» der Stiftung nicht gebe. Der OGH habe jüngst in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass «Mitglieder» einer juristischen Person immer Personen seien, die sich zu diesem Gebilde zusammengeschlossen hätten und/oder ihm beigetreten seien, daraus gewisse Beteiligungsrechte hätten, in einem obersten Organ mitwirken könnten, also willensbildend tätig sein könnten. Von alledem könne bei Begünstigten einer Stiftung auch im weitesten Sinn keine Rede sein (OGH 06.03.2020, 03 CG.2017.571). Daraus verbiete sich eine Ausdehnung von Bestimmungen, die auf «Mitglieder» zugeschnitten seien, auf Begünstigte einer Stiftung. Folglich sei die Bestimmung des Art 222 Abs 2 PGR auf sie nicht anwendbar. Auf die Ausführungen der Revision zur Unterscheidung zwischen «absichtlicher» und «böswilliger» Schadenzufügung müsse daher nicht eingegangen werden. Ein Feststellungsmangel liege entgegen den Revisionsausführungen nicht vor. Die von der Revision schliesslich aufgeworfene Frage der «Zumutbarkeit» anderer Wege der Rechtsverfolgung bzw. -durchsetzung sei hier nicht entscheidungsrelevant. Die Beschwerdeführerin habe die gesetzliche Voraussetzung einer Haftung der Beschwerdegegnerin bzw. seiner Verlassenschaft mangels eines unmittelbar bei ihr eingetretenen Schadens nicht bewiesen, sodass ihr Klagebegehren abzuweisen gewesen sei. Der Revision sei daher keine Folge zu geben gewesen.

Die Beschwerdeführerin stellte beim StGH mit Eingabe vom 05.11.2020 zunächst einen Antrag auf Gewährung der Verfahrenshilfe. Diesem Antrag gab der Präsident des StGH mit Beschluss vom 12.02.2021 Folge und bewilligte der Beschwerdeführerin für das gegenständliche Individualbeschwerdeverfahren vor dem StGH die Verfahrenshilfe in vollem Umfang. Der Beschwerdeführerin wurde aufgetragen, binnen vier Wochen ab Zustellung des Beschlusses der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer über die Bestellung des Verfahrenshelfers eine Individualbeschwerde gegen das Urteil des OGH vom 2. Oktober 2020, 04 CG.2013.430–141, beim StGH einzureichen.

Gegen das Urteil des OGH vom 02.10.2020 (ON 141) erhob die Beschwerdeführerin sodann mit Schriftsatz vom 24.03.2021 Individualbeschwerde an den StGH, wobei eine Verletzung der Begründungspflicht, des Verbots des überspitzten Formalismus sowie des Willkürverbots geltend gemacht wird. Beantragt wird, der StGH wolle der vorliegenden Individualbeschwerde Folge geben und feststellen, dass die Beschwerdeführerin durch das Urteil des OGH in ihren verfassungsmässig gewährleisteten und durch die EMRK garantierten Rechte verletzt worden sei; er wolle das Urteil vollumfänglich aufheben und zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an den OGH zurückverweisen sowie die Beschwerdegegnerin zum Ersatz der der Beschwerdeführerin entstandenen Kosten zuhanden ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreterin binnen 4 Wochen bei sonstiger Exekution verpflichten.

Auf die Ausführungen in dieser Individualbeschwerde wird, soweit relevant, im Rahmen der Urteilsbegründung eingegangen.

Während der OGH auf eine Stellungnahme verzichtete, erstattete die Beschwerdegegnerin mit Schriftsatz vom 23.04.2021 eine Gegenäusserung zur vorliegenden Individualbeschwerde und beantragte darin deren kostenpflichtige Abweisung.

Auf die Ausführungen in dieser Gegenäusserung wird, soweit relevant, im Rahmen der Urteilsbegründung eingegangen.

[...]

Der StGH gab der Individualbeschwerde und verzichtete auf die Aufhebung des angefochtenen Urteils des OGH.

### Aus den Entscheidungsgründen

1. Das im Beschwerdefall angefochtene Urteil des OGH vom 2. Oktober 2020, 04 CG.2013.430–141, ist gemäss der Rsp des StGH als sowohl letztinstanzlich als auch enderledigend im Sinne von Art 15 Abs 1 StGHG zu qualifizieren (StGH 2018/128, Erw. 1; StGH 2018/091, Erw. 1; StGH 2018/063, Erw. 1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]). Da die Beschwerde auch frist- und formgerecht eingebracht wurde, hat der StGH materiell darauf einzutreten.

2. Zunächst ist auf die Rüge des Verbots des überspitzten Formalismus einzugehen.

2.1 Das Verbot des überspitzten Formalismus als Teilgehalt des Willkürverbots beinhaltet den Grundsatz, dass Formvorschriften immer dem Inhalt zu dienen haben und nicht zum Selbstzweck werden dürfen. Wenn Formvorschriften entsprechend verabsolutiert werden,

ist dies unhaltbar und verstösst gegen das Willkürverbot. Die Durchsetzung des materiellen Rechts darf nicht durch einen überspitzten, mit keinem schutzwürdigen Interesse zu rechtfertigenden Formalismus auf unhaltbare Weise erschwert werden (StGH 2019/036, Erw. 6.3; StGH 2017/141, Erw. 3.1; StGH 2017/096, Erw. 5.1 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; vgl. auch Hugo Vogt, Verbot der formellen Rechtsverweigerung, Verbot der Rechtsverzögerung, Verbot des überspitzten Formalismus, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 614 ff., Rz. 38 ff.).

2.2 Die Beschwerdeführerin bringt zu dieser Grundrechtsrüge sowie zur hier zum besseren Verständnis ebenfalls schon zu berücksichtigenden Begründungsrüge Folgendes vor:

Sie habe schon in ihrer Revision ON 135 dargetan, dass in der vorliegenden speziellen Konstellation die Bestellung eines Beistandes für die A-Stiftung zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in deren Namen weder tunlich noch zumutbar gewesen wäre. Denn bereits in den Jahren 2008 bis 2010 zu 10 HG.2008.28 sei ein langwieriges Beistandsverfahren vergeblich geführt worden.

Bereits damals habe die Beschwerdeführerin vergeblich versucht, eine Prozesskuratorin für die A-Stiftung zu bestellen sowie die Stiftungsräte (B sel. und C) gerichtlich abzuberufen und neue Stiftungsräte zu bestellen mit dem Auftrag, uaallfällige Haftungsansprüche der vormaligen Organe zu prüfen bzw im Interesse der Stiftung zu verfolgen. Das Erstgericht habe damals den Anträgen der Beschwerdeführerin stattgegeben, jedoch hätten sich die beiden Stiftungsräte mit Händen und Füssen – und dies schliesslich erfolgreich – bis zum OGH gegen ihre Abarerufung sowie gegen eine Beistandsbestellung gewehrt, sodass der Beschwerdeführerin nichts anderes übrig geblieben sei, als ihre Ansprüche direkt gegen die Organe der zwischenzeitlich gelöschten Stiftung geltend zu machen. Wie damals hätten sich die Stiftungsräte auch in einem neuerlichen Beistandsverfahren zweifellos wieder mit Händen und Füssen gegen eine allfällige Beistandsbestellung gewehrt, um zu versuchen, die Beschwerdeführerin an der Durchsetzung ihrer letztlich berechtigten Schadenersatzansprüche zu hindern. Dies habe sich dann auch im nunmehrigen Zivilverfahren abgezeichnet, als B bzw seine Verlassenschaft mit allen Mitteln versucht hätten, der Beschwerdeführerin die gewährte Verfahrenshilfe wieder zu entziehen.

In der vorliegenden speziellen Konstellation wäre die Geltendmachung der Schadenersatzansprüche im Namen der Stiftung durch einen Beistand geradezu widersinnig. Denn der gerichtlich zu bestellende Beistand hätte eben dieses Verfahren – welches nunmehr von der Beschwerdeführerin geführt worden sei – gegen den Beschwerdegegner bzw dessen Verlassenschaft geführt. Der Verfahrensgegenstand wäre exakt derselbe gewesen, nämlich die pflichtwidrige und schuldhaftige Unterlassung der Überwachung seines Mitstiftungsrates (C) durch B sel. und der dadurch verursachte Totalverlust des Stiftungsvermögens. Nach den gerichtlichen Feststellungen – es sei nicht davon auszugehen, dass das Beweisverfahren in einem vom Beistand geführten Verfahren etwas anderes ergeben hätte – lägen sowohl Scha-

den, Rechtswidrigkeit, Kausalität als auch Verschulden auf der Hand. Einzig die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin werde von den Gerichten in Frage gestellt. Somit ergäbe ein solches Verfahren aber eindeutig eine Haftung des Beschwerdegegners bzw seiner Verlassenschaft. In weiterer Folge hätten der Beschwerdegegner bzw seine Verlassenschaft den Schaden an die Stiftung zu bezahlen, diese müsste wieder ins Leben gerufen werden, um ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Beschwerdeführerin (anspruchsberechtigte Begünstigte und Legatarin) zu begleichen. Somit würde durch eine Beistandsbestellung zum Zwecke der Geltendmachung der Schadenersatzansprüche gegen die vormaligen Stiftungsorgane dasselbe Ergebnis erreicht, wie wenn der Beschwerdeführerin die direkte Geltendmachung ihrer Ansprüche zugebilligt würde, nur eben auf eine viel kompliziertere, kostspieligere und aufwändigere Art und Weise. Genau diese Rechtsansicht stelle einen rechtlich verpönten, überspitzten Formalismus dar. Diese Problematik habe im Übrigen auch das OG bereits in seinem Beschluss vom 1. September 2016 (ON 70) thematisiert. Das OG habe dort darüber zu befinden gehabt, ob die von der Beschwerdeführerin beantragte und dieser ordnungsgemäss bewilligte Verfahrenshilfe ihr auf Antrag der Verlassenschaft nach B wieder zu entziehen sei. Zum Vorbringen des dortigen Rekursgegners, wonach die Beschwerdeführerin nicht aktiv legitimiert sei, weil sie zur Geltendmachung der Ansprüche einen Beistand für die gelöschte Stiftung bestellen lassen hätte müssen und die Prozessführung daher offenbar aussichtslos sei, halte das OG Folgendes fest:

«Ausserdem ist fraglich, ob in der hier vorliegenden speziellen Konstellation allenfalls geschädigte Ermessensbegünstigte den Umweg über ein Beistandsbestellungsverfahren für die gelöschte A Stiftung beschreiten müssen, welcher seinerseits (bei Vorliegen der Voraussetzungen) für die gelöschte Stiftung Verantwortlichkeitsansprüche zur Verfolgung durchzusetzen hat, um sodann nach pflichtgemäßem Ermessen Ausschüttungen gemäss Statut an die Ermessensbegünstigten vorzunehmen (ungeachtet des Umstandes, dass diese lt. Statuten möglicherweise keinen klagbaren Anspruch wider die Stiftung hatten).»

Bemerkenswert sei, dass das OG zum damaligen Zeitpunkt noch von einer schwächeren Rechtsposition der Beschwerdeführerin ausgegangen sei, als sie sich im weiteren Verfahrensverlauf dann tatsächlich ergeben habe: Das OG sei damals nämlich noch davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin sei bloss Ermessensbegünstigte. Tatsächlich handle es sich bei der Beschwerdeführerin jedoch festgestelltermassen um eine anspruchsberechtigte Begünstigte.

2.3 Zu diesem Beschwerdevorbringen ist Folgendes zu erwägen:

2.3.1 Wie unten zur Willkürüge noch detailliert ausgeführt wird (siehe Erw. 3.4), ist die Rechtsauffassung des OGH jedenfalls vertretbar, wonach dem Klagebegehren bei strikter Berücksichtigung der einschlägigen Gesetzeslage und Rechtsprechung nicht entsprochen werden konnte. Bei der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage der Zumutbarkeit geht es dagegen um ein ausserordentliches Regulativ, um besonderen

Einzelfallkonstellationen gerecht zu werden. Gerade im Lichte des Verbots des überspitzten Formalismus kann die allzu strikte Anwendung insbesondere von Verfahrensvorschriften zu stossenden Ergebnissen führen (eine solche Abweichung vom Regelfall kann im Übrigen neben dem Grundsatz von Treu und Glauben [siehe dazu sogleich] auch das mit diesen beiden Grundrechten verwandte Rechtsmissbrauchsverbot erforderlich machen; vgl. BGE 142 I 10, E. 2.4.2). Somit ist hier (nur) zu prüfen, ob im Beschwerdefall solche besondere Umstände zur Rechtfertigung einer Ausnahme vom Regelfall vorliegen.

2.3.2 Der StGH hatte in einem in verschiedener Hinsicht vergleichbaren Fall folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Dort vertrat der OGH die – verfassungskonforme – Rechtsauffassung, dass ein Begehren auf Bestellung eines Prozesskurators iVm dem Begehren, Einsicht in die Geschäftsbücher und Papiere der beklagten Partei zu erhalten, im Rechtsfürsorgeverfahren geltend gemacht werden müsse und erklärte das gesamte bisherige streitige Verfahren von Amtes wegen für nichtig. Dies geschah aber erst im zweiten Verfahrensgang, nachdem das OG im ersten Verfahrensgang die Anwendbarkeit des streitigen Verfahrens ausdrücklich bejaht und der OGH diese Nichtigkeit damals unbeachtet gelassen hatte. Da das Verfahren im Zeitpunkt der OGH-Entscheidung im zweiten Verfahrensgang schon sechseinhalb Jahre gedauert hatte und bei Fällung seiner eigenen Entscheidung sogar achteinhalb Jahre, erachtete der StGH das Verbot des überspitzten Formalismus bzw den Grundsatz von Treu und Glauben und damit das Willkürverbot als verletzt. Das Willkürverbot in den erwähnten massgeblichen Ausprägungen gebiete in diesem Fall ausnahmsweise eine umgehende materielle Entscheidung im bisher auch von den Gerichten nicht infrage gestellten Weg des streitigen Verfahrens. In der besonderen Konstellation des Beschwerdefalls habe die rasche Klarstellung des materiellen Rechts Vorrang vor dem formellen Recht; denn Formvorschriften hätten dem Inhalt zu dienen und dürften nicht verabsolutiert werden. Es sei der Beschwerdeführerin auch im Lichte des von ihr ergänzend ebenfalls geltend gemachten Verfassungsgrundsatzes von Treu und Glauben schlicht unzumutbar, nach einer derart langen Verfahrensdauer wegen eines die materielle Richtigkeit der bisherigen Verfahrensergebnisse keineswegs in Frage stellenden Formmangels ein gänzlich neues Verfahren anzustrengen (StGH 2007/084 Erw. 2.4 [nicht publiziert]). Dieser Fall zeigt, dass es durchaus auf eine Grundrechtsverletzung hinauslaufen kann, wenn die Gerichte erst in einem späten Verfahrensstadium einen Verfahrensmangel feststellen, der das ganze bisherige Verfahren leerlaufen lässt.

2.3.3 Ein solcher Leerlauf ergibt sich auch im Beschwerdefall, doch zeigen sich wesentliche Unterschiede zum Vergleichsfall StGH 2007/084. Der wichtigste Unterschied besteht darin, dass es sich im Vergleichsfall um ein einziges Verfahren handelte, während im Beschwerdefall vor dem gegenständlichen Hauptverfahren mehrere gesonderte bzw Zwischenverfahren durchgeführt und abgeschlossen wurden, welche von der Beschwerdeführerin nun ex post in einer Gesamtsicht zusammengeführt werden. Im Vergleichsfall war der OGH dagegen zweimal mit dem identischen Verfahren konfrontiert und erst

das zweite Mal stellte er die Nichtigkeit dieses Verfahrens fest. In dieser Konstellation durften die Verfahrensparteien darauf vertrauen, dass eine allfällige Nichtigkeit vom OGH schon im ersten Verfahrensgang von Amtes wegen festgestellt worden wäre. Dass dies dann erst im zweiten Verfahrensgang geschah, ohne dass sich irgendetwas Wesentliches gegenüber dem ersten Verfahrensgang geändert hätte, war für die Verfahrensparteien in Anbetracht der langen Verfahrensdauer tatsächlich nicht zumutbar.

2.3.4 Im Beschwerdefall beruft sich die Beschwerdeführerin insbesondere auf eine Erwägung des OG, wonach es fraglich sei, ob die Beschwerdeführerin in der vorliegenden speziellen Konstellation tatsächlich den Weg über eine Beistandsbestellung gehen müsse. Diese Erwägung stellte das OG in seinem Beschluss ON 70 zu einem gegnerischen Antrag auf Entzug der der Beschwerdeführerin bewilligten Verfahrenshilfe an. Das OG widersprach damit, wie oben erwähnt, der Argumentation des dortigen Rekursgegners, wonach die Klagsführung wegen fehlender Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen offenbar aussichtslos sei. In diesem Verfahrenshilfeverfahren genügte es allerdings für eine Verneinung einer manifesten Aussichtslosigkeit der Klagsführung, dass das OG es als «fraglich» erachtete, ob im vorliegenden Fall tatsächlich auch der Umweg über einen Beistand zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen genommen werden müsse. Damit konnte und durfte die Beschwerdeführerin zwar durchaus hoffen, dass sich diese Einschätzung des OG auch im Hauptverfahren niederschlagen werde – sicher sein konnte sie sich darüber aber keineswegs. Nicht von ungefähr gilt ein Richter in der Regel selbst dann nicht für das Hauptverfahren als befangen, wenn er einen Verfahrenshilfeantrag wegen Aussichtslosigkeit der Klagsführung abgewiesen hat (siehe anstatt vieler StGH 2020/025, Erw. 6 [www.gerichtsentscheide.li] mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen sowie einem rechtsvergleichenden Hinweis auf BGE 131 I 113, insbesondere Erw. 3.7.3). Vor diesem Hintergrund kann dann auch umgekehrt die in einer Verfahrenshilfeentscheidung geäußerte Rechtsmeinung über die fehlende Aussichtslosigkeit der Klagsführung keine Bindungswirkung für das Hauptverfahren haben. An diesem Befund ändert auch nichts Wesentliches, dass für das OG im damaligen Zeitpunkt noch offen war, ob die Beschwerdeführerin nur Ermessensbegünstigte war oder ob sie eine Anspruchsberechtigung hatte. Es ist nämlich nicht anzunehmen, dass der Befund des OG anders ausgefallen wäre, wenn die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin damals schon erstellt gewesen wäre. Denn es war weder erforderlich noch auch nur angezeigt, dass das OG bei der Beurteilung eines Verfahrenshilfeanspruchs mehr sagte, als dass in der besonderen Konstellation des Beschwerdefalles eine Ausnahme von der von Gesetz und Rechtsprechung vorgegebenen Regel nicht auszuschliessen war.

2.3.5 Die Beschwerdeführerin argumentiert weiter, dass sie schon einmal vergeblich versucht habe, die beiden Stiftungsräte abzurufen und einen Beistand zu installieren, damit dieser Verantwortlichkeitsansprüche

gegen Erstere prüfe. Die erneute Beschreitung dieses Weges sei ihr deshalb nicht zuzumuten gewesen. Hierzu weist schon das OG im gegenständlichen Instanzenzug zu Recht darauf hin, dass damals für das Gericht der Totalverlust der Investition in das Tessiner Immobilienprojekt noch nicht ersichtlich war. Insoweit wäre ein erneuter Antrag auf Beistandsbestellung sehr wohl erfolgsträchtig gewesen. Auf die Beschreitung dieses gemäss Gesetz und publizierter Rechtsprechung angezeigten Weges zu verzichten, stellte – insbesondere wegen der Verjährungsproblematik – ein erhebliches Prozessrisiko dar. Hieran ändert die aufgrund des bisherigen Verfahrensverlaufs wohl durchaus berechnete Vermutung der Beschwerdeführerin nichts Wesentliches, dass sich die Gegenpartei auch in diesem Verfahren «wieder mit Händen und Füßen gegen eine allfällige Beistandsbestellung gewehrt» hätte (siehe hierzu auch Erw. 4.3 unten). Die für den Beschwerdefall von Gesetz und Rechtsprechung von Anfang an an sich klar vorgegebene prozessuale Vorgehensweise stellt einen weiteren wesentlichen Unterschied zum Vergleichsfall dar: Dort war die Frage, ob das Verfahren in der falschen Verfahrensart durchgeführt wurde, vom OG negativ beschieden und dieser Befund vom OGH im ersten Verfahrensgang noch implizit bestätigt worden. Erst im zweiten Verfahrensgang erklärte der OGH das Verfahren dann für nichtig.

Ein wesentlicher Unterschied besteht schliesslich darin, dass im Vergleichsfall ein nach zwei Rechtsgängen praktisch abgeschlossenes Verfahren in einer anderen Verfahrensart neu durchgeführt werden sollte. Demgegenüber hat das Erstgericht im gegenständlichen Hauptverfahren zwar ein vollständiges Beweisverfahren durchgeführt, doch hat es von vornherein die Klagslegitimation der Beschwerdeführerin – somit schon in der ersten Entscheidung in der Hauptsache – verneint.

2.3.6 Trotz alledem ist die Frustration der Beschwerdeführerin ob der ihr in diesem Verfahrenskomplex von der Gegenpartei in mehreren Verfahren in den Weg gelegten prozessualen Hindernisse und der daraus resultierenden langen Verfahrensdauer nachvollziehbar. Dies ändert aber nichts daran, dass ein von Gesetz und etablierter Rechtsprechung vorgegebener Weg, wie eingangs erwähnt, nur ganz ausnahmsweise im Lichte des Verbots des überspitzten Formalismus bzw von Treu und Glauben verlassen werden kann. Im Beschwerdefall scheinen dem StGH die entsprechend restriktiv zu handhabenden Anforderungen für eine solche Ausnahme gerade auch im Lichte des Vergleichsfalls zu StGH 2007/084 nicht gegeben.

2.3.7 Aufgrund dieser Erwägungen ist im Beschwerdefall das Verbot des überspitzten Formalismus nicht verletzt.

3. Zur Rüge der Verletzung des (allgemeinen) Willkürverbotes ist Folgendes zu erwägen:

3.1 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.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)] sowie Hugo Vogt, Willkürverbot, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, a. aO, 317 f, Rz. 26 mwN).

3.2 Zunächst rügt die Beschwerdeführerin unter Verweis auf ihr bisheriges Vorbringen die von den Gerichtsinstanzen vertretene Rechtsauffassung auch als Verletzung des (allgemeinen) Willkürverbots, wonach sie in der vorliegenden Konstellation ein Beistandsverfahren einleiten hätte müssen, damit ein allenfalls bestellter Beistand in weiterer Folge die nunmehr von ihr selbst geltend gemachten Ansprüche gegenüber den vormaligen Organen im Namen der Stiftung durchgesetzt hätte. Aufgrund des subsidiären Charakters des Willkürverbots (siehe statt vieler: StGH 2018/101, LES 2019, 85 [87, Erw. 2.3.2]; StGH 2018/091, Erw. 4.1; StGH 2018/064, Erw. 3.3 [beide [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]) ist auf dieses Vorbringen nicht weiter einzugehen und es kann insbesondere auf die obige Erwägung 2.3.5 verwiesen werden.

3.3 Weiter betont die Beschwerdeführerin zunächst erneut, dass sie schon einmal erfolglos ein Beistandsverfahren (10 HG.2008.28) über drei Instanzen bestritten habe. Bereits im damaligen Verfahren habe sich die Haltung des dann im weiteren Verfahren beklagten B abgezeichnet, sich mit Händen und Füßen gegen die Rechtsdurchsetzung der Beschwerdeführerin zu wehren und dies wäre auch in einem neuerlichen Beistandsverfahren so gewesen. Obwohl die Frage der Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin immer wieder durch B bzw dessen Verlassenschaft bereits im Verfahrenshilfverfahren aufgebracht worden sei, sei im Verfahrenshilfverfahren von keiner einzigen Instanz jemals die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin in Frage gestellt worden. Erst nach gesamthaft sechs Jahren Prozessführung erhalte die Beschwerdeführerin ein erstinstanzliches Urteil, in welchem das Fehlverhalten des B augenscheinlich dargelegt werde, wie auch sämtliche weiteren Haftungsvoraussetzungen, um ihr dann aber am Ende des Urteils mitzuteilen, dass es ihr bedauerlicherweise an der Aktivlegitimation fehle und sie den beanspruchten Schaden nicht selbst geltend machen könne, sondern dass sie hierfür ein neuerliches Beistandsverfahren initiieren hätte müssen. Dies sei mehr als nur stossend.

Auch zu diesem Vorbringen kann auf die bisherigen Erwägungen, insbesondere auf die Erwägungen 2.3.4 ff. verwiesen werden. Immerhin ist ergänzend die Bemerkung der Beschwerdeführerin zu korrigieren, wonach im Verfahrenshilfverfahren «von keiner einzigen Instanz jemals die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin in Frage gestellt worden» sei: Wie in Erwägung 2.3.4 ausgeführt, hat es das OG nur als «fraglich» (Synonym: «nicht gesichert») erachtet, dass die Beschwerdeführerin gemäss der Rechtsauffassung der Gegenpartei keine Aktivlegitimation habe. Wie ebenfalls schon ausgeführt, sagte das OG damit eben nicht, dass die Beschwerdeführerin tatsächlich eine Aktivlegitimation habe. Diese vage Aussage des OG genüge aber, um den von der Gegenpartei infrage gestellten Anspruch der Beschwerdeführerin auf Verfahrenshilfe weiterhin zu bejahen.

3.4 Schliesslich erweise sich, so die Beschwerdeführerin weiter, auch die Rechtsansicht des OGH, wonach der Beschwerdeführerin kein unmittelbarer Schaden entstanden sei, als willkürlich. Die Beschwerdeführerin sei anspruchsberechtigte Begünstigte der A-Stiftung. Ihr komme ein Rechtsanspruch auf Auskehrung bereits im Voraus bestimmter Vermögenswerte aus dem Stiftungs-

vermögen zu. Es erscheine geradezu stossend, wenn der OGH hierzu ausführe, dies mache die Beschwerdeführerin noch lange nicht zu einem «Mitglied» im Sinne des PGR, sondern sie habe lediglich eine Gläubigerstellung inne. Gerade bei Stiftungen wie der vorliegenden, so die Beschwerdeführerin, deren Zweck ausschliesslich in der Versorgung ihrer Begünstigten liege, müsse diesen die Stellung eines solchen «Mitgliedes» zugebilligt werden. Wenn die ihnen bereits in den Stiftungsdokumenten (Beistatuten) festgesetzten vermögenswerten Rechtsansprüche nicht an die Begünstigten ausgekehrt werden könnten, müsse dies einen unmittelbaren Schaden bei den Begünstigten darstellen.

Dieses Beschwerdevorbringen hat zwar durchaus etwas für sich. Das genügt aber keineswegs, um die Rechtsauffassung des OGH als willkürlich zu qualifizieren. Denn wie von allen Instanzen im vorliegenden Verfahren und auch in den bisherigen Erwägungen betont worden ist, besteht insoweit eine langjährige Rechtsprechung des OGH. Wie dieser ausführt, ergibt sich nach dieser Rechtsprechung ein Direktanspruch des Gläubigers gegen ein Organ der Verbandsperson nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen: Einerseits muss es sich um einen unmittelbaren, (direkt) beim Gläubiger eingetretenen Schaden handeln und andererseits darf die Verbandsperson keinen eigenen Anspruch gegen das Organ haben. Der Schaden des Gläubigers bei Schädigungen des Vermögens der Verbandsperson ist nach dieser Rechtsprechung nur ein mittelbarer Schaden. Wie der OGH ebenfalls ausgeführt hat, gilt diese Rechtsprechung für sämtliche Verbandspersonen einschliesslich Stiftungen. Ständige Rechtsprechung ist auch, dass eine Stiftung keine «Mitglieder» hat und dass deshalb auch anspruchsberechtigte Begünstigte wie die Beschwerdeführerin nur Gläubiger der Stiftung sind (siehe zu alledem die vom OGH in Ziff. 8.3 ff. des Sachverhalts angeführten Rechtsprechungsnachweise sowie auch StGH 2011/141, Erw. 4.1 f. [www.gerichtsentscheide.li]). Unter dem Willkürgesichtspunkt ist jedenfalls nichts daran auszusetzen, dass der OGH keinen Anlass sieht, von dieser Rechtsprechung ganz oder teilweise abzuweichen.

3.5 Demnach ist im Beschwerdefall auch das Willkürverbot nicht verletzt.

4. Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich eine Verletzung der grundrechtlichen Begründungspflicht.

4.1 Wesentlicher Zweck der Begründungspflicht gemäss Art 43 LV ist, dass der oder die 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, Begrün-

dungspflicht, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, aaO, 554 ff, Rz. 16). 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, aaO, 560, Rz. 19 mwN).

4.2 Das Vorbringen zu dieser Grundrechtsrüge ist teilweise schon in Erwägung 2.2 wiedergegeben worden. Als Verletzung der Begründungspflicht rügt die Beschwerdeführerin konkret, dass sich der OGH mit der Frage der Zumutbarkeit der Einleitung eines weiteren Beistandsbestellungsverfahrens für die Beschwerdeführerin überhaupt nicht auseinandergesetzt und dazu lediglich lapidar Folgendes ausgeführt habe:

«Die von der Revisionswerberin [Beschwerdeführerin] schliesslich aufgeworfene Frage der ‚Zumutbarkeit‘ anderer Wege der Rechtsverfolgung bzw -durchsetzung ist hier nicht entscheidungsrelevant. Die Klägerin konnte die gesetzliche Voraussetzung einer Haftung des Beklagten bzw seiner Verlassenschaft mangels eines unmittelbar bei ihr eingetretenen Schadens nicht beweisen, sodass ihr Klagebegehren abzuweisen war.»

Die Beschwerdeführerin begründet in ihrer Revision ON 135 in den Rz. 53 bis 60 ausführlich, weshalb sie in der besonderen Konstellation des Beschwerdefalles die Beschreitung des Wegs über eine Beistandsbestellung als unzumutbar erachtet. Dabei zitiert sie auch die OGliche Erwägung im Beschluss ON 70. In dieser in Erwägung 2.2 ebenfalls schon zitierten Entscheidung liess das OG bei der Beurteilung des Verfahrenshilfsanspruchs der Beschwerdeführerin immerhin offen, ob für die besondere Konstellation des Beschwerdefalles eine Ausnahme von der von Gesetz und Rechtsprechung vorgegebenen Regel zu machen sei, wonach Begünstigte bei Schädigung einer Stiftung keine Aktivlegitimation zur Geltendmachung ihres daraus entstandenen eigenen Schadens haben.

Auch wenn das OG dabei nur die Frage des Verfahrenshilfsanspruchs der Beschwerdeführerin zu beurteilen hatte und diese Erwägung entsprechend vage halten konnte, so hat es doch die Möglichkeit von Ausnahmen von der von Gesetz und Rechtsprechung vorgegebenen Vorgehensweise nicht ausgeschlossen. Dadurch wurde immerhin die Begründungsanforderung für das Hauptverfahren erhöht. Nach Auffassung des StGH konnte im Hauptverfahren nun nicht mehr einfach mit dem Regelfall argumentiert werden, sondern es musste zumindest kurz begründet werden, weshalb entgegen der Auffassung des OG Ausnahmen gar nicht zuzulassen – oder aber warum im Beschwerdefall jedenfalls die Voraussetzungen für eine solche Ausnahme nicht gegeben seien.

Diesen Anforderungen wird die vom OGH gegebene Begründung nicht gerecht. Denn er verweist nur darauf, dass hier die Voraussetzungen für den Regelfall nicht gegeben seien und erachtet schon deshalb die Frage der Zumutbarkeit (also, ob in der besonderen Konstellation des Beschwerdefalles eine Ausnahme zu machen wäre), ohne Weiteres als irrelevant. Demgegenüber hätte die Beschwerdeführerin aber einen Anspruch darauf gehabt, dass sich der OGH wenigstens kurz damit auseinandergesetzt hätte, weshalb eine Ausnahme (entgegen der

Auffassung des OG in ON 70) generell oder jedenfalls im Beschwerdefall nicht in Betracht komme.

4.3 Damit wurde die Entscheidung in einem nach Auffassung des StGH wesentlichen Punkt nicht begründet, weshalb der grundrechtliche Begründungsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt wurde.

Da aber auch der StGH zum Schluss kommt, dass im Beschwerdefall die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der von Gesetz und Rechtsprechung vorgegebenen Regel nicht gegeben sind, wäre es ein verfahrensökonomischer Leerlauf, die hier angefochtene Entscheidung trotzdem aufzuheben. Gemäss der Rechtsprechung des StGH muss es in einem solchen Fall mit der Feststellung der Grundrechtsverletzung und dem Zuspruch der Kosten zugunsten der beschwerdeführenden Partei sein Bewenden haben (StGH 2013/156, Erw. 3.8; StGH 2009/143, Erw. 3; StGH 2001/022, Erw. 2.5 [alle [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; siehe auch StGH 2020/076, Erw. 3.2 und 5.2 [[www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)] und Tobias Michael Wille, Begründungspflicht, aaO, 551 f, Rz. 13 mwN).

[...]

## VERWALTUNGSGERICHTSHOF

### Verwaltungsgerichtshof

U 22.07.2020, VGH 2019/107, VGH 2019/120

#### Art 139 Abs 5 LVG

**In Verwaltungsstrafsachen richtet sich die Verfolgungsverjährung nach den Bestimmungen des StGB von 1987 nicht des Strafgesetzes von 1852 (Bestätigung der Rechtsprechung).**

#### Art 139 ff LVG, Art 100 Abs 1 LV

**In Verwaltungsstrafsachen gilt das Anklageprinzip nicht (Bestätigung der Rechtsprechung).**

#### Art 139 Abs 2 LVG, § 42 StGB, Art 141 LVG

**Zum Schutz des Finanzplatzes und der Versicherungsnehmer ist sicherzustellen, dass den Verfügungen der FMA in diesem sensiblen Rechtsbereich effektiv nachgekommen wird. Dieser generalpräventive Aspekt spricht – von besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen – gegen die Anwendung von § 42 StGB und eine bedingte Bestrafung nach Art 141 LVG.**

#### Sachverhalt

Die Beschwerdeführer waren Organe der E AG (im Folgenden: Versicherungsunternehmen; Gesellschaft), einer im Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaft nach liechtensteinischem Recht. Dem Versicherungsunternehmen war von der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA) die Bewilligung für die Tätigkeit der Schadenversicherung in den Zweigen 1, 2, 3, 7 bis 10, 13 und 15 bis 17 nach Anhang 1 VersAG erteilt worden. Mit Verfügung der FMA vom 07.09.2016 untersagte die FMA der Gesellschaft den Abschluss neuer Versicherungsverträge (Einstellung des Neugeschäfts) bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss Art 182 Abs 5 Bst b VersAG in sämtlichen Versicherungszweigen und sämtlichen Ländern, bis die Gesellschaft eine Bestätigung der Revisionsstelle einreicht, wonach die Gesellschaft allen aussichtsrechtlichen Anforderungen genügt und damit der rechtmässige Zustand wiederhergestellt ist. Einer Anfechtung der Verfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Diese Verfügung erwuchs vorbehaltlos in Rechtskraft.

Nach Gewährung von Akteneinsicht, der Durchführung von Parteieneinvernahmen und einer Schlussverhandlung am 10.05.2019 hat die FMA mit Verfügung vom 16.05.2019 entschieden:

1. *C und A haben als für das Versicherungsunternehmen E AG i.K. verantwortliche Organe dadurch, dass sie den Berichterstattungspflichten gemäss Art 314 Abs 1 Bst a iVm Art 314 Abs 2 der Delegierten Verordnung (EU) 2015/35 der Kommission vom 10. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (DelVO) und gemäss Art 99 iVm Art 266 Abs 3 VersAG vorgeschriebenen nicht rechtzei-*

*tig nachgekommen sind, die Übertretung nach Art 257 Abs 3 Bst d VersAG zu verantworten.*

2. *[...]*

3. *C und A haben als für das Versicherungsunternehmen E AG i.K. verantwortliche Organe dadurch, dass sie der Verfügung der FMA vom 7. September 2016 betreffend die Untersagung des Abschlusses neuer Versicherungsverträge (Einstellung des Neugeschäfts) bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss Art 182 Abs 5 Bst b VersAG sowie die Anordnung von Massnahmen zur Vermeidung von Missständen gemäss Art 182 Abs 2 VersAG durch den Abschluss neuer Versicherungsverträge nicht nachgekommen sind, die Übertretung nach Art 257 Abs 3 Bst g VersAG zu verantworten.*

4. *C wird daher zur Zahlung einer Busse in Höhe von CHF 30 000 verpflichtet.*

5. *A wird daher zur Zahlung einer Busse in Höhe von CHF 30 000 verpflichtet. [...]*

Gegen diese den Beschwerdeführern am 17.05.2019 zugestellte Verfügung erhoben diese am 27. bzw. 29.05.2019 jeweils eine zulässige Beschwerde an die Beschwerdekommission der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA-BK). Die FMA-BK führte am 03.10.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch und entschied mit (nunmehr an den VGH angefochtener) Entscheidung wie folgt:

«1. *Die Beschwerdeverfahren FMA-BK 2019/7 und FMA-BK 2019/8 werden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.*

2. *Den Beschwerden wird teilweise Folge gegeben.*

2.1 *Spruchpunkt 2 der angefochtenen Verfügung wird ersatzlos aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren insoweit eingestellt.*

2.2 *Die Spruchpunkte 1 und 3 bis 8 der angefochtenen Verfügung werden aufgehoben und es wird in der Sache selbst erkannt:*

*A und C sind als verantwortliche Organe der E AG (Art 258 VersAG) in Vaduz und anderen Orten, wenn auch nur fabrlässig,*

1. *den Berichterstattungspflichten nicht rechtzeitig nachgekommen, indem sie es unterliessen, das Day One Reporting spätestens am 20.05.2016 und die Quartalsberichte spätestens am 26.05.2016 (1. Quartal) und 25.08.2016 (2. Quartal) bei der Finanzmarktaufsicht einzureichen, und*

2. *einer Verfügung der Finanzmarktaufsicht nicht nachgekommen, indem sie es unterliessen, den mit Verfügung vom 07.09.2016 untersagten Abschluss neuer Versicherungsverträge in sämtlichen Versicherungszweigen und sämtlichen Ländern durch ausreichende Instruktion von Mitarbeitern und Brokern umzusetzen.*

*A und C haben hiedurchzu 1. die Übertretungen nach Art 257 Abs 3 lit d VersAG und zu 2. die Übertretung nach Art 257 Abs 3 lit b VersAG begangen und es wird hiefür über sie in Anwendung des § 28 StGB nach Art 257 Abs 3 und 4 VersAG jeweils unter solidarischer Mithaftung der E AG i.K. eine Busse in Höhe von jeweils CHF 5'000.00 verhängt.*

*Die Gebühren werden mit CHF 3'000.00 bestimmt und den Verdächtigen zur Zahlung je zur Hälfte auferlegt.*

*Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Finanzmarktaufsicht.“*

Mit Schriftsatz vom 25.10.2019 erhob der Beschwerdeführer zu 1. Beschwerde an den VGH.

Der VGH zog die Vorakten der FMA und der FMA-BK bei, erörterte in seiner nicht-öffentlichen Sitzung vom 22.07.2020 die Sach- und Rechtslage und entschied [die Beschwerde abzuweisen].

### Aus den Entscheidungsgründen

1. Mit 01.01.2016 trat in Liechtenstein das revidierte Gesetz vom 12.06.2015 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; VersAG), LGBl. 2015 Nr. 231, in Kraft, welches die Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (ABl. L 335/1 vom 17.12.2009; Solvabilität II-Richtlinie; Solvency II) ebenso in innerstaatliches Recht umsetzte wie die Richtlinie 2014/51/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinien 2003/71/EG und 2009/138/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 1094/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung; EIOPA) und der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde) (ABl. L 153/1 vom 22.05.2014).

Gemäss Art 177 Abs 1 VersAG obliegt der FMA die Aufsicht über Versicherungsunternehmen.

Gemäss Art 177 Abs 2 VersAG beaufsichtigt die FMA die gesamte Geschäftstätigkeit der Versicherungsunternehmen; sie wacht darüber, dass die Gesetzgebung eingehalten und die Interessen der Versicherten gewahrt werden.

Gestützt auf die Solvabilität II-Richtlinie trat mit 18.01.2015 die DelVO (Delegierte Verordnung [EU] 2015/35 der Kommission vom 10. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit [Solvabilität II], ABl. L 12/1 vom 17.01.2015) in Kraft, die laut Anhang 5 Punkt 1 zu Art 99 VersAV, LGBl. 2015 Nr. 340, seit 01.01.2016 in Liechtenstein direkt anwendbar ist (s. LES 2016, 86).

Ebenfalls von Relevanz ist die Durchführungsverordnung (EU) 2015/2450 der Kommission vom 2. Dezember 2015 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards hinsichtlich der Meldebögen für die Übermittlung von Informationen an die Aufsichtsbehörde gemäss der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 347/1 vom 31.12.2015) unter Verwendung der dieser Durchführungsverordnung in deren Anhang 1 beigeschlossenen, knapp 200 Seiten umfassenden Meldebögen, die zwar erst seit 17.06.2016 (Anhang 5 Z 1 zu Art 99 VersAV, LGBl. 2016 Nr. 204) als nationales Recht gültig ist (LES 2016, 86). Letzteres schadet jedoch nicht,

wie von der FMA-BK dargelegt und von den Beschwerdeführern nicht bestritten, weil die Art 304 bis 311 der DelVO ohnedies schon eine umfangreiche Berichterstattung verlangen, während die Meldebögen lediglich eine vereinfachte Auswertung/Verwendung der Daten durch die Aufsichtsbehörden bzw EIOPA ermöglichen sollen.

Die beiden letztangeführten Rechtsakte wurden gleichzeitig auch in das EWRA übernommen (Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses Nr. 62/2018).

2. Der VGH verweist auf die Feststellungen der Unterinstanzen in der Verfügung der FMA vom 16.05.2019 sowie der Entscheidung der FMA-BK vom 03.10.2019 (Art 101 Abs 4 LVG) sowie auf den oben dargelegten unstrittigen Verfahrensgang. [...]

3. Zur Frage der Verfolgungsverjährung

Der Beschwerdeführer zu 1. bringt in seiner Beschwerde vor, dass er die Rechtsauffassung des VGH zum Thema der Verjährung zwar kenne, diese jedoch nicht teile.

4. Auch der Beschwerdeführer zu 2. bringt in seiner Beschwerde vor, die rechtliche Beurteilung der Verjährungsfrage sei falsch gelöst worden, indem die FMA-BK das falsche Gesetz, nämlich § 57 StGB anstelle von Art 139 Abs 5 Satz 2 LVG, angewandt habe.

5. [...] Insbesondere hatte der VGH [mit Urteil vom 24.11.2017, VGH 2017/111] klargestellt, dass gemäss Art 36 FMAG die Bestimmungen des LVG über das Verwaltungsstrafverfahren (Art 139 - 165 LVG) anwendbar sind. Damit kommen gemäss Art 139 Abs 5 LVG die allgemeinen Bestimmungen des StGB zur Verfolgungsverjährung (VGH 2017/111 in LES 2018, 32) und folglich auch die Bestimmungen über die Verlängerung der Verjährungsfrist nach § 58 Abs 1, 2 und 3 Ziff 2 StGB zur Anwendung.

6. In ihrer (verfahrensgegenständlichen) Verfügung vom 16.05.2019 nahm die FMA bereits umfassend Stellung zum Einwand der Verfolgungsverjährung [...]. Wie dem Urteil des VGH vom 18.09.2015, VGH 2014/119, GE 2017, 187, Erw. 15, zu entnehmen sei, vertrete dieser die Auffassung, dass in Bezug auf die Verjährung in Verwaltungsstrafsachen Art 131 Abs 5 LVG eine nicht mehr bestehende Strafnorm, nämlich § 532 StG, erwähne, weshalb mangels anderslautender spezialgesetzlicher Bestimmungen die allgemeinen Bestimmungen, nämlich die §§ 57ff StGB, zur Beurteilung der Verjährungsfrage relevant seien. [...]

7. Wie die Unterinstanzen verweist auch der VGH auf seine ständige Judikatur, wonach in derartigen Fällen, wie dem vorliegenden, die Bestimmungen des § 57 StGB zur Anwendung kommen. Bereits mit VGH 2017/111, Erw. 1 (LES 2018, 32), hat der VGH für die vorliegende Rechtssache entschieden, dass gemäss Art 36 FMAG die Bestimmungen des LVG über das Verwaltungsstrafverfahren (Art 139 bis 165 LVG) anwendbar sind: «So bestimmt denn auch Art 139 Abs 1 LVG, dass die Bestimmungen des LVG über das Verwaltungsstrafverfahren immer dann auf Verwaltungsstrafverfahren Anwendung finden, wenn nicht besondere Vorschriften bestehen. Solche besonderen Vorschriften können insbesondere in Materiengesetzen, wie dem Versicherungsaufsichtsgesetz, enthalten sein, was gegenständlich jedoch nicht der Fall ist. Das Kapitel des LVG über das Verwaltungsstrafverfahren ent-

hält nicht nur, wenn auch vor allem, verfahrensrechtliche Bestimmungen, sondern auch materiell-rechtliche Bestimmungen des Strafrechts, die im gemeinen Strafrecht zum allgemeinen Teil gezählt werden. So enthält das LVG u.a. Bestimmungen zur Verjährung (Art 139 Abs 5, 6 LVG), zur bedingten Bestrafung (Art 141ff LVG) und zur Strafbemessung (Art 139 Abs 8, Art 140, Art 145, Art 146 LVG). Darüberhinaus verweist das LVG ergänzend auf das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung. So bestimmt Art 139 Abs 2 LVG, dass die vom Strafgesetze und der Strafprozessordnung und ihren Nachtragsgesetzen für Übertretungen aufgestellten Grundsätze bei Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden über Strafsachen (Verwaltungsstrafsachen) entsprechend anzuwenden sind. Art 154 Abs 1 LVG bestimmt, dass auf das Verwaltungsstrafverfahren in erster Linie ergänzend die Vorschriften der Strafprozessordnung und ihrer allfälligen Nachtragsgesetze über das Verfahren bei Übertretungen in allen Fällen und die übrigen Vorschriften der Strafprozessordnung in allen hier nicht erwähnten Punkten sinngemäss anzuwenden sind.» Die Verweise des LVG auf das Strafgesetz bzw das Strafgesetzbuch und auf die Strafprozessordnung seien dabei als Verweise auf die heute gültigen Gesetze zu verstehen. Insbesondere seien Verfahrensgesetze - mit in der vorliegenden Rechtsache nicht weiter relevanten Ausnahmen - immer in ihrer aktuell geltenden Fassung anwendbar (Verweis auf StGH 2013/11).

Auch bereits in seinem Urteil zu VGH 2014/119 vom 18.09.2015 (bestätigt durch StGH 2015/110 vom 14.03.2016) hat der VGH für eine vergleichbare verwaltungsstrafrechtliche Rechtssache auf Art V Strafrechtsanpassungsgesetz vom 20.05.1987 verwiesen und festgehalten, dass die Verjährungsfrist gemäss § 57 Abs 2 StGB ein Jahr beträgt, wenn die maximale Strafandrohung des Materiangesetzes Bussen sind, da Bussen eine besondere Art der Geldstrafe darstellten. Die Verjährungsfrist beginne, sobald die mit Strafe bedrohte Tätigkeit abgeschlossen sei oder das mit Strafe bedrohte Verhalten aufhöre.

Dem Beschwerdevorbringen, dass § 57 StGB nicht anwendbar sei, sondern § 532 StG noch in Geltung stehe, ist folglich nicht zu folgen. Auch das Argument des Beschwerdeführers zu 1., dass eine Totalrevision des LVG geplant sei, ist nicht geeignet, darzulegen, dass der Gesetzgeber einen statischen Verweis auf eine von ihm längst in einer umfassenden Strafrechtsreform aufgehobene Bestimmung intendierte. § 359 Abs 5 StPO stellt zudem ohne Relevanz für die vorliegende Rechtssache lediglich klar, dass das Günstigkeitsprinzip in jenen Verfahren (ausnahmsweise) auch auf die strafverfahrensrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen soll, auf die noch jenes materielle Recht anzuwenden ist, das vor dem Inkrafttreten der neuen materiellen Bestimmungen in Geltung gestanden hatte. Folglich hat sie keine Relevanz für das vorliegende sich auf Dauerdelikte aus dem Jahr 2016 beziehende Verwaltungsstrafverfahren nach dem VersAG, das seit 01.01.2016 in Kraft ist. Insbesondere ist festzuhalten, dass ein allgemeines, die Verjährungsbestimmung umfassendes Günstigkeitsprinzip sich aus Art 7 Abs 1 EMRK gerade nicht ableiten lässt (vgl. dazu auch öVwGH 13.09.2016, Ra 2016/03/0083, VwSlg 19453 A/2016, mwH).

Wenn der Gesetzgeber die frühere Bestimmung des VersAG nicht in das revidierte VersAG übernahm, wonach eine Verjährung erst binnen zwei Jahren eintritt, so ist dies nicht als Argument dafür zu sehen, dass der Gesetzgeber lediglich eine dreimonatige Frist für derartige Verwaltungsstrafverfahren nach dem VersAG übernehmen wollte. Vielmehr zeigt sich mit Verweis auf die Judikatur der liechtensteinischen Höchstgerichte, dass der Gesetzgeber es als ausreichend erachtete, von einer einjährigen Verjährungsfrist auszugehen.

8. Dem Vorbringen des Beschwerdeführers zu 2., dass die Straftat der Busse im StGB nicht enthalten sei und deshalb als «besondere Strafe» der Art 139 Abs 5 Satz 2 LVG mit einer verkürzten Frist zur Anwendung kommen müsse, ist mit Verweis auf die obigen Ausführungen ebenfalls nicht zu folgen. Auch die Meinung des Beschwerdeführers zu 2., der Begriff «Strafe» in Art 139 Abs 5 LVG meine nach dem klaren Wortlaut überhaupt den Straftatbestand selbst und der Straftatbestand von Art 257 Abs 3 VersAG sei im StGB nicht enthalten, weshalb auch deshalb Art 139 Abs 5 zweiter Satz LVG zur Anwendung kommen müsse, wird durch den VGH nicht geteilt. Vielmehr bedeutet «Strafe» hier die gesetzlich vorgesehene Sanktion für ein bestimmtes, als Verwaltungsübertretung erklärtes Verhalten (Straftatbestand), vorliegend also die verhängte Busse. Unter Strafe ist dabei ein mit Tadel (Unwerturteil) verbundenes Übel zu verstehen, das wegen Verletzung von Ver- oder Geboten der Rechtsordnung aufgrund und nach Massgabe der Schuld des Täters verhängt wird (s. Raschauer/Wessely, Kommentar zum österreichischen Verwaltungsstrafrecht<sup>2</sup>, 2016, § 1, Rz 2 mwH; s. öVfSlg 11.506/1987; 15.200/1998); ihr kommt daher repressiver und präventiver Charakter zu (EGMR EuGRZ 1985, 67, Öztürk/Deutschland; öVfSlg 11.315/1987).

Da vorliegend die vorgeworfenen Handlungen bzw das vorgeworfene Unterlassen unstrittig lediglich mit einer Geldstrafe bedroht ist, kommt die einjährige Verjährungsfrist des § 57 Abs 3 StGB zur Anwendung.

Ebenfalls in seinem Urteil zu VGH 2014/119 (Erw. 16) hielt der VGH fest, dass für den Eintritt der Verjährung der Strafverfolgung relevant ist, wann die Verjährungsfrist zu laufen begann und ob eine Hemmung oder Unterbrechung eintrat. Auch die Beschwerdeführer gehen vorliegend von einem Dauerdelikt aus, wenn sie darlegen, dass mit der jeweils erfolgten Erfüllung der Berichterstattungspflicht bzw mit dem Nachkommen der Verfügung der FMA vom 07.09.2016 jedenfalls die Herstellung des rechtmässigen Zustands abgeschlossen sei. Dauerdelikte sind solche, die nicht nur die Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes pönalisieren, sondern auch dessen Aufrechterhaltung. In einem solchen Fall beginnt die Verjährung ab dem Aufhören (Beseitigen) des rechtswidrigen Zustandes zu laufen. Abhängig vom Tatbild kann das strafbare Verhalten auch erst dann enden, wenn der Verpflichtete seiner Pflicht zu Handeln nachkommt. Das Dauerdelikt weist im Tatbild daher sowohl Merkmale des Begehungs- als auch des Unterlassungsdeliktes auf, weil einerseits die Herbeiführung eines bestimmten Zustandes, andererseits aber auch die anschliessende Unterlassung des Beseitigens des geschaffenen rechtswidrigen Zustandes kriminali-

siert wird (vgl. VGH 2014/119 mit Verweis auf öVwGH 21.05.2008, 2007/02/0165). Unter Heranziehung der Verjährungsfrist von einem Jahr lag daher Verfolgungsverjährung in Bezug auf die vorgeworfenen Tathandlungen zum Zeitpunkt des Schreibens der FMA vom 19.05.2017 als erster Verfolgungshandlung gerade nicht vor, wie die FMA somit bereits richtig dargelegt hat.

#### 9. Zur Frage der Verletzung des Anklageprinzips

Der Beschwerdeführer zu 1. bringt in seiner Beschwerde vor, [...] [er] halte an seiner Rechtsauffassung fest, dass das in Art 100 Abs 1 zweiter Satz LV niedergelegte und auch Art 6 Abs 1 EMRK zugrundeliegende Anklageprinzip nicht nur im Bereich der gerichtlich strafbaren Handlungen zur Geltung zu kommen habe (d.h. im Bereich des Kriminalstrafrechts), sondern auch im Bereich des Verwaltungsstrafrechts. Dies setze eine strafrechtliche Anklage voraus, also ein Schriftstück, das dem Beschuldigten erläutere, welche strafbaren Handlungen ihm auf der objektiven Tatseite zeitlich, örtlich und inhaltlich vorgeworfen würden (Informationsfunktion) und warum er sich der Straftaten schuldig gemacht habe (subjektive Tatseite). Die Anklageerhebung müsse von einem Ankläger ausgehen, der vom «Richter» unabhängig sei (Funktionstrennung Staatsanwalt-Gericht). Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren erfülle keines dieser beiden Kriterien, obwohl materiell die beiden vorgeworfenen Übertretungstatbestände eine «Strafsache» i.S. Art 100 Abs 1 zweiter Satz LV bzw eine strafbare Handlung i.S.v. Art 6 Abs 1 und 2 EMRK (EGMR vom 21.02.1984, 8544/79, Öztürk/Deutschland; VGH 2009/113a; GE 2013, 60 u.a.m.) darstellten, was sich nicht zuletzt aus der Art und Schwere jener Sanktion ergebe, mit der sie verbunden würden (Strafobergrenze CHF 100'000.00). [...]

10. Mit diesen Fragestellungen gelangte der Beschwerdeführer zu 1. im Wesentlichen bereits am 25.10.2017 an den VGH, der vorliegend keinen Anlass sieht, von seiner Judikatur abzugehen, auf die sich auch die Unterinstanzen zu Recht stützen. Auch der VGH beruft sich erneut auf seine damaligen, nach wie vor aktuellen Ausführungen in seinem Urteil zu VGH 2017/111:

«Wer bestimmte Pflichten gemäss dem Gesetz vom 12. Juni 2015 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; VersAG; LGBL 2015 Nr. 231) verletzt, wird entweder vom Landgericht wegen Vergehens mit Freiheits- oder Geldstrafe (Art 257 Abs 1 und 2 VersAG) oder von der Finanzmarktaufsicht Liechtenstein (FMA) wegen Übertretung mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft (Art 257 Abs 3 VersAG). [...] Verfahrensrechtlich bestimmt das Versicherungsaufsichtsgesetz in diesem Zusammenhang lediglich, dass der Täter ‚von der FMA bestraft wird‘ (Art 257 Abs 3 Ingress VersAG), also dass die FMA für die Bestrafung zuständig ist. Das Gesetz vom 18. Juni 2004 über die Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FMAG; LGBL 2004 Nr. 175) bestimmt ganz generell, dass der FMA die Aufsicht und der Vollzug aller finanzmarktrelevanter Gesetze, namentlich auch des Versicherungsaufsichtsgesetzes obliegt (Art 5 Abs 1 Bst o FMAG). Verfahrensrechtlich bestimmt Art 36 FMAG, dass das Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege (vom 21. April 1922, LGBL 1922 Nr. 24; LVG) Anwendung fin-

det, soweit das FMAG und die in Art 5 Abs 1 genannten Gesetze (u.a. das VersAG) nichts Anderes bestimmen. Im vorliegenden Zusammenhang bestimmen weder das FMAG noch das VersAG ‚etwas anderes‘, sodass das LVG zur Anwendung kommt. Nicht in Frage gestellt ist, dass es sich beim gegenständlichen Verfahren um ein Verwaltungsstrafverfahren handelt. [...] Auf Verwaltungsstrafverfahren sind vornehmlich die Bestimmungen von Art 139 ff LVG anwendbar (Art 139 Abs 1 LVG). Für das Verfahren ist erstinstanzlich entweder die Regierung oder die gemäss Spezialgesetz zuständige (öffentliche) Behörde, wie vorliegendenfalls die FMA, zuständig. Die zuständige Behörde führt das Vorverfahren (Art 152 Abs 3 LVG), nimmt die notwendigen Untersuchungshandlungen vor, gewährt dem Beschuldigten rechtliches Gehör (Art 154 Abs 2 LVG) und entscheidet in der Verwaltungsstrafsache (Art 147 Abs 1, 2, Art 152 Abs 3, Art 158 Abs 1 und 2 LVG). Die Beteiligung eines öffentlichen Anklägers (Staatsanwaltes) ist im Verwaltungsstrafverfahren grundsätzlich nicht vorgesehen (Art 154 Abs 6 LVG). Es gilt also die Inquisitionsmaxime: Anders als der (dem Anklageprinzip im formellen Sinn verpflichtete) gerichtliche Strafprozess ist das Verwaltungsstrafverfahren dadurch gekennzeichnet, dass die Verfolgungs- und Entscheidungskompetenz nicht auf verschiedene Organe aufgeteilt ist (Wolfgang Wessely, Verwaltungsstrafverfahren in der Praxis, Wien 2011, S. 25). Das Anklageprinzip, von welchem Art 100 Abs 1 LV spricht, gilt im Verwaltungsstrafverfahren nicht (StGH 2007/055, www.gerichtsentscheidungen.li; auch OGH in LES 2013, 21). Dies bedeutet auch, dass innerhalb einer für das Verwaltungsstrafverfahren zuständigen Behörde nicht, wie der Beschwerdeführer vermeint, zwischen verschiedenen Abteilungen und Organen, die unterschiedliche Aufgaben wie Ermittlung, Stellung eines Strafantrages und Beurteilung eines Strafantrages, wahrzunehmen hätten, unterschrieben werden kann und muss.» Die Anwendung der StPO erfolge analog und habe nach den Grundsätzen des Verwaltungsstrafverfahrens zu erfolgen. Dies bedeute u.a., dass dessen Bestimmungen nur insoweit im Verwaltungsstrafverfahren angewandt werden könnten, als sie auch dem im Verwaltungsstrafverfahren geltenden Inquisitionsprinzip entsprechen. Im Verwaltungsstrafverfahren gebe es keinen Staatsanwalt und damit keinen Bestrafungsantrag eines Staatsanwaltes und somit auch keinen «Richter», der den Bestrafungsantrag beurteile.

Die FMA-BK hebt folglich zu Recht hervor, dass das Anklageprinzip [mittels Anklägers] im Verwaltungsstrafverfahren nicht gilt, was im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegt und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. So hat der Staatsgerichtshof zwar festgehalten, dass der Anwendungsbereich des Art 6 EMRK sich im Sinne der «Engelkriterien» (s. EGMR 08.06.1971, Engel ua/Niederlande, 5100/71; bestätigt in EGMR 09.06.2005, Dannemann/Deutschland, 62512/00, und EGMR 23.11.2006, Jussila/Finnland, 73053/01) in aller Regel auch auf Verwaltungsstrafverfahren bezieht. Der Begriff der strafrechtlichen Anklage setzt jedoch keine formelle Anklageerhebung voraus. Es genügen nach aussen in Erscheinung tretende Ermittlungshandlungen (StGH 2005/30 vom 03.07.2006, Erw. 2.1). Insbesondere hielt der Staatsgerichtshof auch

fest, dass ein derartiges vom Beschwerdeführer zu 1. gefordertes Einspruchsverfahren gegen die Anklageschrift gemäss EMRK nicht erforderlich sei und daran geringere verfahrensrechtliche Anforderungen zu stellen seien als an das Hauptverfahren (s. Tobias Michael Wille, Recht auf wirksame Verteidigung, in: Kley /Vallender, Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, S 446, mit Verweis auf StGH 2009/100 vom 02.03.2010, nicht öffentlich abrufbar).

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hebt im vom Beschwerdeführer zitierten Urteil hervor (EGMR 21.02.1984, Öztürk/Deutschland, 8544/79, Rz 55), dass eine Anklage im Sinne des Art 6 EMRK allgemein definiert lediglich «als die amtliche, von der zuständigen Behörde ausgehende Bekanntgabe des Vorwurfs, eine Straftat begangen zu haben» anzusehen sei, was vorliegend mit dem verfahrenseinleitenden Schreiben der FMA vom 19.05.2017 an die Beschwerdeführer jedenfalls erfüllt ist. Folglich muss das Vorbringen, dass das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren auf keiner strafrechtlichen Anklage beruht habe, was Art 6 EMRK verletze, weil es einen Ankläger in Form des Staatsanwaltes benötige, ins Leere gehen.

11. Die Einordnung der vorliegenden Rechtssache durch den Gesetzgeber in das Verwaltungsstrafrecht, obwohl teils hohe Bussen verhängt werden können, ist mit Verweis auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht zu beanstanden. Dies entspricht auch der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der insbesondere in der vom Beschwerdeführer zu 1. zitierten Entscheidung (EGMR 21.02.1984, Öztürk / Deutschland, 8544/79) die Gründe hierfür anerkennt, wonach die ordentlichen Gerichte von der Verfolgung und Ahndung von Verstössen entlastet werden sollen und den Verwaltungsbehörden derartige Aufgaben übertragen werden können. Dies umso mehr, wenn in weiterer Folge ein Gericht, das die Garantien des Art 6 EMRK bietet - vorliegend die FMA-BK als Tribunal und in weiterer Folge der VGH -, angerufen werden kann (Rz 56).

Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof hegte bei vergleichbarer Rechtslage keine Bedenken gegen die Einordnung in ein Verwaltungsstrafverfahren (vgl. öVfGH 28.06.2013, G10/2013 ua, V4/2013 ua, VfSlg 19771) bzw entschied, dass selbst bei massiv höherem Strafrahmen (hier unter Berücksichtigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit) eine Grenzziehung nach der Strenge der strafrechtlichen Sanktion zwischen dem gerichtlichen Strafrecht und dem Verwaltungsstrafrecht der Vielfalt an möglichen Sachverhalten nicht (mehr) gerecht werde, weil es die unterschiedliche Funktion der Geldstrafe im gerichtlichen und im Verwaltungsstrafrecht sowie die mit ihrer Verhängung jeweils einhergehenden Folgen ausser Acht lasse und die Unterschiede zwischen juristischen und natürlichen sowie zwischen vermögenden und weniger vermögenden Personen nicht erfassen und damit letztlich nur ein unzureichendes Urteil über die «Schwere» einer Strafe bieten könne. Den Zielsetzungen – allen voran jene der Stigmatisierung und der Entkriminalisierung – werde dies nicht ausreichend gerecht (öVfGH 13.12.2017, G408/2016 ua, öVfSlg 20.231; vgl. auch öVwGH 12.05.2020, Ro 2019/04/0229).

Folglich sieht der VGH die Rechte der Beschwerdeführer auch dadurch nicht verletzt, dass der Gesetzgeber – wie im übrigen auch der deutsche und der österreichische Gesetzgeber – die hier gegenständlichen Übertretungen dem Verwaltungsstrafverfahren (in dem es im Regelfall gerade keinen Ankläger gibt) und damit der Finanzmarktaufsicht zugewiesen hat. [...]

12.–23. (...)

24. Zur Frage der Strafbemessung

Der Beschwerdeführer zu 1. bringt vor, dass die von der FMA-BK verhängte Strafe zu revidieren sei. So sei der Verschuldensgrad, wenn überhaupt, dann in Bezug auf die Berichtspflichtverletzung nur äusserst gering und liege in Bezug auf das Neugeschäft der objektive Tatbestand nicht vor. Jedenfalls sei aufgrund des besonders gelagerten Ausnahmefalls mit einer bedingten Strafnachsicht vorzugehen. Auch der Beschwerdeführer zu 2. hebt hervor, dass die FMA-BK zu Unrecht § 42 StGB nicht angewandt habe, weil die Schuld gering sei und es sich um eine geringe Verwaltungsstrafsache ohne bedeutende Folgen gehandelt habe sowie keine spezial- oder generalpräventive Gründe erkennbar seien, weshalb auf eine mangelnde Strafwürdigkeit der Tat erkannt werden müsse und der Beschwerdeführer freizusprechen sei.

Hervorzuheben ist, dass es sich vorliegend beim Schutz der Versicherungsnehmer und dem Finanzplatz Liechtenstein um ein hohes Gut handelt und die Beschwerdeführer als Fachleute in diesem beaufsichtigten, geschützten und sensiblen Bereich tätig waren. Sie haben die ihnen zukommenden Verpflichtungen und Fristen auch nicht marginal, sondern wie oben dargelegt, durchaus bedeutsam überschritten, weshalb bereits von keiner lediglich geringen Verwaltungsstrafsache auszugehen ist. Dass die FMA zumindest teilweise finanzielle Daten und Unterlagen erhalten hat, ist für die Frage der fristgerechten Einreichung der vorgeschriebenen Berichte nicht relevant. Generalpräventiven Gründen kommt vorliegend entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer eine besondere Bedeutung zu. So ist die Einhaltung von derartigen Berichtspflichten nicht nur bedeutsam für Aufsichtszwecke in Liechtenstein, sondern auch auf EWR-Ebene. Zum Schutz des Finanzplatzes wie auch der Kunden bzw Versicherungsnehmer ist sicherzustellen, dass Verfügungen gerade in derart sensiblen Rechtsbereichen effektiv sind und diesen entsprechend nachgekommen wird. Auch zeigen die Beschwerdeführer sich nicht einsichtig, wonach – gerade bei einem unterdeckten Versicherungsunternehmen – für eine EWR-weite Risikoeinschätzung und -minimierung die rechtzeitige Übermittlung derartiger Berichte und Informationen unabdingbar ist sowie bei Untersagung von NeuAbschlüssen durch die FMA zum Schutz der Versicherungsnehmer sicherzustellen ist, dass keine NeuAbschlüsse mehr stattfinden, was insbesondere einer entsprechend klaren Kommunikation wie auch eines entsprechenden Kontrollsystems im Versicherungsunternehmen bedarf. Liechtenstein ist im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes nicht zuletzt verpflichtet, den einschlägigen EWR-Rechtsbestimmungen zur Durchsetzung zu verhelfen (vgl. EuGH Rs. 14/83 – Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; EuGH Rs. 68/88 – Kommission/Griechenland, Slg. 1989, 2965, Rn. 23 f.; EuGH Rs. C-213/89 – Factortame, Slg. 1990,

I-2433, Rn. 18–20). Da sich im Verfahren zeigt bzw. zumindest anzunehmen ist, dass die Beschwerdeführer sich auch weiterhin beruflich in ihrem Fachgebiet bewegen werden, liegen entgegen deren Ausführungen auch spezialpräventive Gründe vor.

Bereits das Vorliegen von spezial- wie auch generalpräventiven Gründen steht aber der beantragten Anwendung des § 42 StGB entgegen (siehe zur kumulativen Anwendung der in § 42 StGB genannten Voraussetzungen ua StGH 2009/50 vom 08.02.2011). Im Übrigen ist die für beide Vorwürfe festgestellte Fahrlässigkeit kein Anhaltspunkt, auf eine mangelnde Strafwürdigkeit der Tat zu erkennen, weil der Gesetzgeber hier gemäss dem klaren Wortlaut des Art 257 Abs 4 VersAG lediglich festlegt, dass bei Fahrlässigkeit die Strafobergrenzen auf die Hälfte herabgesetzt sind, was die FMA-BK unbestritten berücksichtigt hat.

Zum Antrag der bedingten Strafnachsicht nach § 43 StGB ist hervorzuheben, dass auch diesem die angeführten spezial- wie generalpräventiven Gründe und die Bedeutung des Rechtsgutes entgegenstehen würden. Insbesondere kommt dieser jedoch vorliegend nicht zur Anwendung, weil bereits die Art 141 f LVG den Bereich einer bedingten Bestrafung regeln. Hierzu hat die FMA-BK zu Recht ausgeführt, dass die Anwendung des Art 141 LVG nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht komme, weil die Bestrafung wegen einer derartigen Übertretung nicht in ein Strafregister eingetragen werde und damit keine weitergehende Tadelswirkung entfalte. Den Beschwerdeführern lägen mehrere Übertretungen zur Last und ein glaubwürdiges Aufsichtsregime erfordere in derartigen Fällen unbedingte Bussen; ebenso komme eine Verwarnung (Art 146 LVG) nicht in Betracht. Auch der VGH sieht vorliegend mit Verweis auf seine obigen Ausführungen die Voraussetzungen des Art 141 Abs 3 Bst c LVG für die Beschwerdeführer nicht gegeben, weshalb dem Eventualantrag auf eine bedingte Strafnachsicht nicht zu folgen war.

Da die Abwägung der FMA-BK durch den VGH nicht beanstandet wird und die Höhe der für das festgestellte Unrecht ausgesprochenen Strafen – insbesondere nach der massiven Verminderung der Strafe durch die FMA-BK – bei den nicht bestrittenen Vermögensverhältnissen der Beschwerdeführer angemessen erscheint, war auch dem Beschwerdevorbringen nach Erlass oder Verringerung der Strafe nicht zu folgen.

25. Zum Antrag auf Zeugenbefragung [...]

26. Zum Entfall der beantragten Beschwerdeverhandlung

Eine mündliche und öffentliche Verhandlung stellt ein Grundprinzip dar, das in Art 6 Abs 1 EMRK verankert ist. Dieses Prinzip ist besonders im strafrechtlichen Kontext wichtig, in dem es im Allgemeinen in erster Instanz ein Gericht geben muss, das die Anforderungen des Art 6 EMRK voll und ganz erfüllt, und in dem ein Antragsteller das Recht hat, seinen Fall «anhören» zu lassen; dies mit der Möglichkeit, unter anderem zu seiner eigenen Verteidigung auszusagen, die gegen ihn erhobenen Beweise zu hören sowie die Zeugen zu vernehmen und ins Kreuzverhör zu nehmen. Die Verpflichtung zur Durchführung einer Anhörung ist jedoch nicht Absolut. In der Rechtssache Jussila (EGMR 23.11.2006, Jussila / Finn-

land, 73053/01) stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass in Anbetracht der Erweiterung des Begriffs der «strafrechtlichen Anklage» auf Fälle, die nicht zu den traditionellen Kategorien des Strafrechts (wie Verwaltungsstrafen, Zollrecht und Steuerzuschläge) gehören, eindeutig «strafrechtliche Anklagen» von unterschiedlichem Gewicht vorliegen. Während die Anforderungen an ein faires Verfahren in Bezug auf den harten Kern des Strafrechts am strengsten sind, gelten die Garantien des für das Strafrecht geltenden Teils von Art 6 EMRK nicht notwendigerweise mit ihrer vollen Strenge auch für andere Kategorien von Fällen, die in diesen Bereich fallen und die nicht in erheblichem Masse stigmatisiert sind. Das Gericht akzeptierte daher, dass eine mündliche Verhandlung möglicherweise nicht in allen Fällen im strafrechtlichen Bereich erforderlich ist.

Vorliegend ist hervorzuheben, dass das Verwaltungsstrafverfahren von der FMA, der als unabhängiger Aufsichtsbehörde bereits ein Sonderstatus zukommt, geführt wurde. Diese räumte den Beschwerdeführern in mehreren Befragungen und Parteiengehören die Möglichkeit ein, sich zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen zu äussern. Die FMA hielt überdies eine Schlussverhandlung ab, an der die Beschwerdeführer nicht persönlich teilnahmen, sondern sich rechtsfreundlich vertreten liessen.

Die FMA-BK – unstrittig als Tribunal ein Gericht im Sinne des Art 6 EMRK – kam dem Antrag der Beschwerdeführer auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung nach, wobei die Beschwerdeführer erneut nicht persönlich erschienen, sondern sich von ihren Rechtsvertretern vertreten liessen, die auf die Beschwerdeschriften verwiesen.

Hervorzuheben ist, dass damit die Öffentlichkeit vor der FMA-BK als einem Gericht im Sinne der EMRK, welches über die Tat- und Rechtsfragen entscheidet, gewahrt worden ist (s. EGMR 22.05.1990, Weber / Schweiz, 11034/84). Deshalb konnte eine mündliche Verhandlung vor dem VGH in höherer Instanz unter den Umständen des vorliegenden Einzelfalls auch gemäss der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte entfallen (s. EGMR 29.10.1991, Helmers / Schweden, 1182685). Wenn die Tat- und Rechtsfragen völlig klar sind, kann die mündliche Verhandlung überhaupt unterbleiben, wenn hierauf kein Antrag vorliegt (EGMR 29.10.1991, Andersson / Schweden, 11274/84; EGMR 29.10.1991, Fejde / Schweden, 12631/87).

Auch in seiner jüngsten Judikatur bekräftigt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR 28.05.2020, EVERS / Deutschland, 17895/14, Rz 94ff), dass in Verfahren vor zwei Instanzen in der Regel mindestens eine Instanz eine mündliche Verhandlung vorsehen muss, es sei denn, es liegen aussergewöhnliche Umstände vor, aufgrund deren von einer solchen überhaupt abgesehen werden kann (mit Verweis auf EGMR 16.03.2017, Fröbrich/Deutschland, 23621/11; 16.03.2017, Salomonsson/Schweden, 23621/11; 12.11.2002, Salomonsson/Schweden, 38978/97), wenn es beispielsweise keine Fragen der Glaubwürdigkeit oder strittige Tatsachen gab und in Fällen, die rein rechtliche oder hochtechnische Fragen aufwerfen. Demgegenüber erachtet der Gerichtshof die Durchführung einer Anhörung in Fällen für notwendig, in denen zu beurteilen war, ob die

Tatsachen von den Behörden korrekt festgestellt wurden, in denen die Umstände erforderten, dass sich das Gericht ein eigenes Bild von den Prozessparteien machen musste, indem es ihnen das Recht einräumte, ihre persönliche Situation zu erläutern, oder in denen die Gerichte unter anderem durch eine Anhörung Klarheit über bestimmte Punkte erlangen mussten.

Da vorliegend der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinreichend geklärt ist, sich im Wesentlichen auf für echt und richtig befundene E-Mails und Dokumente stützt und die Rechtsfragen bereits vor der FMA vorgetragen wurden und von dieser, der FMA-BK und nun auch dem VGH im Wesentlichen gleichlautend gelöst wurden, konnte auf die – lediglich vom Beschwerdeführer zu 2. und nicht auch vom Beschwerdeführer zu 1. beantragte – öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung vor dem VGH verzichtet werden (vgl. auch Art 162 Abs 2 LVG). Bereits die FMA-BK hat kein weiteres Ermittlungsverfahren durchgeführt, die mündliche Verhandlung diente lediglich dem Vortragen der bereits vorliegenden und im Akt befindlichen Schriftstücke.

Der VGH stellt überdies die als Beilage zur Beschwerde des Beschwerdeführers zu 1. übermittelten Schreiben der FMA vom 07.09.2016, gerichtet an EIOPA und andere Aufsichtsbehörden, nicht in Frage, weshalb auch hierzu der Sachverhalt geklärt ist. Da diese im Übrigen keine entscheidungsrelevant sind, bestand auch hierzu keine Verhandlungspflicht (vgl. StGH 2010/28, Erw. 11; StGH 2008/90, Erw. 7 sowie StGH 2007/112, Erw. 2.5.1, und StGH 2004/58, Erw. 3.3.1, jeweils im Internet abrufbar unter [www.stgh.li](http://www.stgh.li) mit Verweis auf StGH 1996/6, LES 1997, 148 [152, Erw. 3.3]). Folglich konnte eine neuerliche Anhörung der Beschwerdeführer entfallen.

#### **Anmerkung:**

*Einer gegen das Urteil des Verwaltungsgerichtshofes erhobenen Individualbeschwerde gab der Staatsgerichtshof keine Folge. Mit seinem Urteil vom 28. Juni 2021 zu StGH 2020/083 bestätigte er ua die Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes zur Verfolgungsverjährung und dazu, dass in Verwaltungsstrafsachen das Anklageprinzip nicht gilt. In Bezug auf das Anklageprinzip lasse sich aus Art 100 Abs 1 LV kein verfassungsmässiges Individualrecht ableiten. Der Staatsgerichtshof verwarf auch das Argument, Art 257 Abs 3 Bst b VersAG genüge dem Legalitätsprinzip in Strafsachen (Bestimmtheitsgebot) gem. Art 33 Abs 2 LV und Art 7 EMRK nicht. Abschliessend führte der Staatsgerichtshof wörtlich aus: «Im Übrigen ist exemplarisch zu betonen, dass es nicht ausreicht, organisatorische Vorkleben gegen Mängel in der Geschäftsführung zu treffen. Ebenso wichtig ist es, dass für die effektive Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Verpflichtungen gesorgt wird. (...) Massnahmen der Governance sind nicht nur vorzusehen, sondern diese sind auch durchzusetzen.»*

Andreas Batliner

## **Verwaltungsgerichtshof**

U 30.07.2021, VGH 2021/006a

### **Art 7 Abs 1 Ziff 20 ÖAWG**

**Als Offertsteller gilt die natürliche oder juristische Person, die eine Offerte stellt. Diese Begriffsdefinition sieht keine konzerninterne Zurechnung im Sinne eines Durchgriffs auf die Mutter- oder Tochtergesellschaft vor. Der Offertsteller untersteht sodann der Eignungsprüfung. Will sich der Offertsteller auf Tatsachen und Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss er die Konzerngesellschaft als Subunternehmerin konkret in die Offerte einbinden.**

### **Art 49 ÖAWG, Art 37 Abs 4 ÖAWV**

**Bei der Nichtangabe des Bezugs eines notwendigen Subunternehmers in der Offerte handelt es sich – von Ausnahmefällen abgesehen – um einen nicht behebbaren Mangel.**

### **Art 35b Abs 1 ÖAWG**

**Offertsteller werden vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, wenn ihnen die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Eignung fehlt oder wenn diese nicht nachgewiesen wird.**

### **Art 51 ÖAWG, Art 36 Abs 1, Art 41 Abs 1 LVG**

**Bemessungsgrundlage für die Bestimmung der Gerichtsgebühren und des Parteikostensatzes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens ist nicht der Auftragswert, sondern der Interessenswert der beschwerdeführenden Partei, also im Wesentlichen der entgangene Gewinn, der praxismässig mit 10 % des Auftragsvolumens angenommen wird.**

#### **Sachverhalt**

Die Einladung zur Offertstellung wurde im Amtsblatt veröffentlicht. Auftraggeber für die Arbeiten sind B, C und D.

Innerhalb der offenen Frist gingen beim Amt für Bau und Infrastruktur (ABI) Offerten der F AG, der A AG, der G AG, der H AG und der I AG ein.

Mit Beschluss der Regierung vom 12. Januar 2021 wurde der Auftrag zum Nettobetrag von CHF 558'006 inkl. MwSt. (Anteil Land) an die F AG, vergeben. Das gesamte Angebot der F AG beläuft sich auf CHF 874'158.15. Gemäss dem Grundsatzbeschluss «Vergaberegulation bei einem gemeinsamen Tiefbauprojekt» der Regierung vom 21. April 1999 zu RA 99/709–3531 werden Tiefbauprojekte, bei denen mehrere Bauherrschaften beteiligt sind, federführend von derjenigen Bauherrschaft übernommen, die aus dem gesamthaft günstigsten Angebot die grössten Kosten zu tragen hat. Unter den beteiligten Bauherrschaften erfolgt eine gegenseitige Ausgleichzahlung. B ist somit der federführende und C und D die beteiligten Auftraggeber. Am 18. Januar 2021 stellte das ABI den Offertstellern den Vergabevermerk zu.

Mit Schreiben vom 29. Januar 2021 stellte der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer A AG den Antrag an die Regierung auf Erlass einer Vergabeverfügung.

Am 9. Februar 2021 erliess die Regierung die Vergabeverfügung. Der Auftrag wird an die F AG vergeben (Spruchpunkt 1.). Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Entscheidung kommt keine aufschiebende Wirkung zu (Spruchpunkt 2.).

Mit Schriftsatz vom 26. Februar 2021 erhob der Beschwerdeführer gegen die Vergabeverfügung vom 9. Februar 2021 Beschwerde an den VGH. Mit der Beschwerde stellte er zudem einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Mit Schreiben vom 4. März 2021 wurde den Auftraggebern und nunmehrigen Beschwerdegegnern (B, C und D) die Möglichkeit zur Äusserung sowohl zur Beschwerde vom 26. Februar 2021 wie auch zum Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingeräumt. Ebenfalls mit Schreiben vom 4. März 2021 wurde die F AG über die Möglichkeit des Anschlusses an das Beschwerdeverfahren vor dem VGH als interessierte Partei orientiert und ihr die Möglichkeit eingeräumt, sich zur Beschwerde und dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu äussern.

Mit Beschluss vom 11. März 2021 zu VGH 2021/006 wurde dem Antrag des Beschwerdeführers vom 26. Februar 2021 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Das Vergabeverfahren wurde bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Beschwerde vom 26. Februar 2021 ausgesetzt. Den Beschwerdegegnern wurde bis zur rechtskräftigen Entscheidung untersagt, mit der F AG den Werkvertrag abzuschliessen.

Die F AG hat sich dem Beschwerdeverfahren vor dem VGH nicht angeschlossen.

Der VGHf zog die Vorakten des ABI und der Regierung bei, führte am 29. April 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, erörterte in seiner nicht-öffentlichen Sitzung vom 30. Juli 2021 die Sach- und Rechtslage und entschied wie aus dem Spruch ersichtlich.

### Aus den Entscheidungsgründen

1. Gestützt auf die Aktenlage und die Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Verhandlung stellt der VGH folgenden entscheidungsrelevanten Sachverhalt fest:

Als Eignungskriterium wird unter anderem verlangt, dass der Offertsteller zwei Referenzaufträge angibt, welche bezüglich der ausgeschriebenen Leistung aussagekräftig sind, innerhalb der letzten fünf Jahre ausgeführt wurden und die Mindestsumme von [...] erreichen. Die F AG gab in ihrer Offerte als Referenzauftrag 1 das Projekt \*\*\* und als Referenzauftrag 2 zunächst das Projekt \*\*\* an. Da der Referenzauftrag 2 unter der von den Beschwerdegegnern geforderten Mindestsumme lag, forderte die Beauftragte der Beschwerdegegner einen weiteren Referenzauftrag an. Die F AG reichte das Projekt \*\*\* als Referenzauftrag 2 nach. Beide Referenzaufträge wurden nicht von der F AG, sondern von der M AG ausgeführt. Die F AG und die M AG sind verbundene Unternehmen. Bei der F AG handelt es sich um eine liechtensteinische Aktiengesellschaft. Die F AG hat kein angestelltes Personal. Sie ist auch nicht Eigentümerin von

eigenen Maschinen oder Fahrzeugen. Die F AG verfügt über einen Büroraum und über einen angemieteten, asphaltierten Platz in der Grösse eines Bürocontainers. Ziff 14 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen [...] bestimmt unter der Überschrift «Weitergabe eines Auftrags an einen Subunternehmer» wie folgt: *Die ganze oder teilweise Weitergabe eines Auftrags oder der Beizug von Subunternehmern bedarf einer Bewilligung durch den Auftraggeber. Beabsichtigt der Bewerber bzw Offertsteller Subunternehmer beizuziehen, so hat er in der Bewerbung bzw Offerte die Namen der Subunternehmer anzugeben. Er kann sich auf die wirtschaftliche, finanzielle, berufliche oder technische Leistungsfähigkeit von Subunternehmern stützen, unabhängig von dem Rechtsverhältnis, in dem er zu diesen steht. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, insbesondere durch eine schriftliche Zusage dieser Unternehmen, dass sie ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Die schriftliche Zusage ist der Bewerbung bzw Offerte beizulegen. Der Auftraggeber ist von einem Beizug von Subunternehmern in der Offerte oder zu dem Zeitpunkt zu unterrichten, in dem dessen Notwendigkeit bekannt wird. Ein Beizug von Subunternehmern nach der Offertstellung ist nur aus Gründen zulässig, die zum Zeitpunkt der Offertstellung nicht vorgelegen haben. Bei Nichteinhaltung der Meldepflicht hat der Auftraggeber das Recht, den Auftrag zu widerrufen und anderweitig zu vergeben (Art 49 ÖAWG/Art 37 ÖAWV).*

In der Offerte gab die F AG an, ausschliesslicher Offertsteller und somit Leistungserbringer zu sein, keine Subunternehmer beizuziehen und keine Arbeitsgemeinschaft zu bilden. Die F AG erbrachte keinen Nachweis, dass sie sich auf die Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers stützen kann.

2. In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob die F AG das Eignungskriterium des Nachweises der geforderten Referenzen dadurch erfüllen kann, dass sie Referenzen einer mit ihr verbundenen Unternehmung angibt.

Die Auftraggeber bringen hierzu vor, dass es sich um eine Gruppengesellschaft bzw ein Mutter-Tochter-Verhältnis handle und daher auf die Referenzen der ausländischen Muttergesellschaft abgestellt werden dürfe. Wie diese Gruppengesellschaften sich rechtlich intern organisieren, könne offenbleiben.

3. Für den VGH stellt sich als erstes die Frage, ob es sich bei der Weitergabe des inländischen Auftrags durch die F AG an die entsprechende Muttergesellschaft um den Beizug eines Subunternehmers handelt oder ob Leistungen und Fähigkeiten von Konzerngesellschaften als anbieterintern zu betrachten sind.

In Österreich erfasst der Begriff des Subunternehmers auch verbundene Unternehmen, die den Auftrag zur Ausführung übernehmen (Gölles, in: ders (Hrsg.), BVergG 2018, Kommentar, Wien 2019, § 98 Rz 3). Offertstellern ist es gestattet, den gesamten Auftrag an verbundene Unternehmen weiterzugeben. Das entbindet sie aber nicht, das betreffende Unternehmen und die gänzliche Weitergabe des Auftrags dem Auftraggeber bekanntzugeben. Die Weitergabe des gesamten Auftrags an ein verbundenes Unternehmen und damit an einen Subunternehmer ist nur dann zulässig, wenn dieses die

für die Ausführung des Auftrags erforderliche Eignung besitzt (Hörmandinger, in: Gast (Hrsg.), Bundesvergabe-gesetz, 2. Auflage, Wien 2019, § 98 Rz 35). Bei der Weitergabe eines Auftrags an ein verbundenes Unternehmen handelt es sich somit um einen Beizug eines Subunternehmers. Dabei wird zwischen dem erforderlichen und dem nicht erforderlichen Subunternehmer unterschieden. Erforderlicher Subunternehmer ist jener Subunternehmer, den der Offertsteller zum Nachweis seiner Eignung benötigt. Ein nicht erforderlicher Subunternehmer liegt dann vor, wenn sich der Offertsteller zum Nachweis seiner Eignung nicht auf dessen Kapazitäten stützen muss, sondern selbst die erforderliche Eignung besitzt, den Auftrag aber dennoch an einen Subunternehmer weitergeben will. Verfügt der Offertsteller nicht über das notwendige Personal und über die Geräte zur Durchführung des Auftrags, handelt es sich beim beizuziehenden Subunternehmer jedenfalls um einen notwendigen Subunternehmer (Hörmandinger, aaO, § 98 Rz 31 ff). Die Unterlassung der Bekanntgabe von notwendigen Subunternehmern hat das Ausscheiden des betroffenen Angebots zur Folge. Die fehlende oder verspätete Bekanntgabe von notwendigen und somit eignungsrelevanten Subunternehmern ist zwingend als unbehebbarer Mangel anzusehen. Eine Verbesserung des Mangels durch Nennung eines notwendigen Subunternehmers nach der Offertöffnung scheidet aus. Die nachträgliche Namhaftmachung eines Subunternehmens würde eine Änderung des Angebots bedeuten und die Wettbewerbsstellung des Offertstellers materiell verbessern (Hörmandinger, aaO, § 98 Rz 41 und 44).

Gemäss der Rsp des ch Bundesverwaltungsgerichts gibt es einen Unterschied zwischen dem Naheverhältnis einer Konzerngesellschaft einerseits und der Anbieterorganisation unter Beteiligung von Stammhaus und Niederlassung andererseits. Die Muttergesellschaft ist gegenüber der Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit Dritte im vergaberechtlichen Sinn, welche als Subunternehmerin einzubinden und nicht schon aufgrund des besonderen Naheverhältnisses Teil der Anbietersphäre ist (Zwischenentscheid zu B-1600/2014 vom 2. Juni 2014). Im Vergaberecht ist mit Blick auf die Rechtssicherheit strikt und ausschliesslich auf die Rechtsform abzustellen. Eine konzerninterne Zurechnung im Sinne eines Durchgriffs gibt es nicht (Zwischenentscheid zu B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 mit Verweis auf Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz 1374 ff.).

Sowohl nach der ö wie auch nach der ch Rechtslage sind Leistungen und Fähigkeiten von Konzerngesellschaften nicht als anbieterintern zu betrachten. Das Gesetz über das Öffentliche Auftragswesen (ÖAWG) enthält keine Bestimmung, die auf ein Abweichen des liechtensteinischen Gesetzgebers von dieser Rechtslage hindeutet. Gemäss Art 7 Abs 1 Ziff 20 ÖAWG gilt als Offertsteller die natürliche oder juristische Person, die eine Offerte stellt. Diese Begriffsdefinition sieht keine konzerninterne Zurechnung im Sinne eines Durchgriffs auf die Mutter- oder Tochtergesellschaft vor, sondern legt nahe, dass eine konkrete natürliche oder juristische Person Offertsteller ist. Diese konkrete Person untersteht sodann der Eignungsprüfung nach Art 35a ff ÖAWG. Ebenso bestimmt

Art 32 Abs 1 ÖAWG, dass Kollektivofferten zulässig sind, sofern die Offertsteller eine Arbeitsgemeinschaft bilden. Kollektivofferten haben die beteiligten Unternehmen zu bezeichnen. Es ist anzugeben, welchem Unternehmen die Federführung bei der Ausführung des öffentlichen Auftrages obliegt. Für die Ausführung des öffentlichen Auftrages haften die die Arbeitsgemeinschaft bildenden Offertsteller in jedem Fall zur ungeteilten Hand (Art 32 Abs 2 ÖAWG). Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Arbeitsgemeinschaften, die eine bestimmte Rechtsform haben, eine Offerte einreichen können (Art 32 Abs 3 ÖAWG). Somit sind auch bei einer Kollektivofferte die einzelnen Offertsteller ersichtlich. Erst nach Erteilung des Zuschlags hat die Arbeitsgemeinschaft eine bestimmte Rechtsform anzunehmen, sofern dies für die ordnungsgemässe Durchführung des Auftrags erforderlich ist (Art 32 Abs 3 ÖAWG). Somit stellt auch das ÖAWG auf den konkreten Offertsteller ab und sieht keine konzerninterne Zurechnung im Sinne eines Durchgriffs vor. Will sich ein Offertsteller auf Tatsachen und Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss er die Konzerngesellschaft als Subunternehmerin konkret in die Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft nicht auf diese Art in rechtlicher Nähe eines konkreten Vergabeverfahrens, bleibt sie gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im Verfahren.

4. Somit stellt sich als nächstes die Frage, ob die F AG ein mit ihr verbundenes Unternehmen in ihre Offerte eingebunden hat.

Gemäss Art 49 Abs 1 (ÖAWG) bedarf die ganze oder teilweise Weitergabe öffentlicher Aufträge an Dritte und der Beizug von Subunternehmern einer Bewilligung durch den Auftraggeber. Der Auftraggeber ist von einem Beizug von Subunternehmern in der Offerte oder zu dem Zeitpunkt zu unterrichten, in dem dessen Notwendigkeit bekannt wird. Ein Beizug von Subunternehmern nach der Offertstellung ist grundsätzlich nur aus Gründen zulässig, die im Zeitpunkt der Offertstellung nicht vorgelegen haben (Art 49 Abs 2 ÖAWG).

Gegenständlich war die F AG verpflichtet, bereits in der Offerte die Beschwerdegegner von einem Beizug eines Subunternehmers zu unterrichten. Die Notwendigkeit des Beizugs einer ausländischen Muttergesellschaft zur Ausführung des Auftrages war der F AG bereits zum Zeitpunkt der Offertstellung bekannt. Die F AG verfügt weder über Personal, Maschinen und Geräte für die eigenständige Ausführung des öffentlichen Auftrags noch über die geforderten Referenznachweise. Sie gab in der mündlichen Verhandlung vor dem VGH selbst an, Aufträge öffentlicher Auftraggeber jeweils im Unterakkord an die entsprechende Muttergesellschaft zu vergeben. Da diese Gründe für den notwendigen Beizug eines Subunternehmers bereits im Zeitpunkt der Offerstellung vorlagen, handelt es sich bei der Nichtangabe des Beizugs eines notwendigen Subunternehmers in der Offerte um einen nicht behebbaren Mangel (Art 49 Abs 2 ÖAWG). Ein Ausnahmefall nach Art 49 Abs 5 oder 6 ÖAWG liegt gegenständlich nicht vor.

Da die F AG in der Offerte den Beizug eines Subunternehmers nicht angab und diese Angabe nach der Offertstellung nicht nachholen kann, darf sich die F AG nicht auf Referenzen der M AG berufen. Durch die Nicht-

angabe des Subunternehmers wird es dem Auftraggeber verunmöglicht zu überprüfen, ob die Subunternehmer die Eignungskriterien erfüllen und ob Ausschlussgründe vorliegen (Art 37 Abs 4 ÖAWV).

5. Selbst wenn die F AG die ausländische Muttergesellschaft als Subunternehmerin konkret in ihre Offerte eingebunden hätte, wäre weiter zu prüfen, ob ein Berufen auf die angegebenen Referenzen der Gesellschaft im gegenständlichen Fall zulässig ist.

Nach der Rsp des EuGH hat der Offertsteller, der im Hinblick auf seine Zulassung zu einem Vergabeverfahren auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweisen will, zu denen er unmittelbare oder mittelbare Verbindungen hat, nachzuweisen, dass er tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (Urteil des EuGH vom 18. März 2004 zu C-314/01 Rn 44 mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 2. Dezember 1999 zu C-176/98).

Der Auftraggeber kann zum Nachweis der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit vom Offertsteller unter anderem eine Liste der wesentlichen in den letzten fünf Jahren ausgeführten Leistungen verlangen (Art 36 Abs 1 Bst. c ÖAWV). Art 37 ÖAWV regelt die Leistungsfähigkeit von Subunternehmen. Beabsichtigt der Offertsteller, Subunternehmer beizuziehen, so hat er in der Offerte die Namen der Subunternehmer anzugeben. Er kann sich auf die wirtschaftliche, finanzielle, berufliche und technische Leistungsfähigkeit von Subunternehmen stützen, unabhängig von dem Rechtsverhältnis, in dem er zu diesen steht. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, insbesondere durch eine Zusage dieser Unternehmen, dass sie dem Offertsteller die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen (Art 37 Abs 1 ÖAWV).

Selbst wenn die F AG den Beizug von Subunternehmern in der Offerte angegeben hätte, könnte sie sich nicht auf die berufliche und technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers stützen, da sie keinen Nachweis erbrachte, dass ihr die erforderlichen Mittel für die Ausführung des Auftrages durch den Subunternehmer zur Verfügung gestellt werden. Gegenständlich müsste dieser Nachweis darin bestehen, dass die M AG den Auftrag ausführt.

6. Zusammengefasst hat die F AG weder in der Offerte die Beschwerdegegner über den Beizug eines Subunternehmers unterrichtet noch den Nachweis dafür erbracht, dass sie sich auf die Leistungsfähigkeit des Subunternehmers stützen kann. Bei der Muttergesellschaft handelt es sich somit im Verhältnis zur F AG um eine Dritte und kann sich diese nicht auf deren Leistungsfähigkeit und somit deren Referenzaufträge stützen.

7. Es stellt sich sodann die Frage nach den Rechtsfolgen.

Der Widerruf ist in Art 48 ÖAWG geregelt und betrifft den öffentlichen Auftrag. Unter einem öffentlichen Auftrag ist der schriftliche, entgeltliche Vertrag zwischen einem oder mehreren Unternehmen und einem oder mehreren Auftraggebern über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung

von Dienstleistungen zu verstehen (Art 7 Abs 1 Ziff 21 ÖAWG). Da gegenständlich noch kein Vertragsabschluss nach Art 47a ÖAWG erfolgte, findet Art 48 ÖAWG über den Widerruf keine Anwendung.

Ebenso keine Anwendung auf den gegenständlichen Fall findet Art 37 Abs 4 zweiter Satz ÖAWV, wonach ein Subunternehmer, welcher die Eignungskriterien nicht erfüllt oder bei dem Ausschlussgründe vorliegen, zu ersetzen ist. Da gegenständlich kein Subunternehmer wirksam beigezogen wurde, kann die Frage offen bleiben, ob diese Bestimmung nur auf nicht notwendige Subunternehmer Anwendung findet.

Gegenständlich wurde eine Vergabeverfügung nach Art 47 iVm Art 53a Bst c ÖAWG angefochten. In der Beschwerde kann die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden (Art 55 Bst. e ÖAWG). Da die gegenständlich angefochtene Vergabeverfügung der Regierung auch eine Feststellung zur Erfüllung der Eignungskriterien enthält, war der Beschwerdeführer berechtigt, diese Feststellung mit Beschwerde zu bekämpfen. Der VGH hat somit zu überprüfen, ob die F AG die Eignungskriterien erfüllt. Anwendbar sind somit Art 35a ff ÖAWG über die Eignungsprüfung.

Gemäss Art 35b Abs 1 ÖAWG werden Offertsteller vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, wenn ihnen die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Eignung fehlt oder wenn diese nicht nachgewiesen wird. Da sich die F AG nicht auf die Referenzen der M AG stützen kann, erfüllt sie das zwingende Eignungskriterium des Nachweises der geforderten Referenzen nicht und ist somit vom weiteren Verfahren auszuschliessen. Da dieser Ausschluss jedoch nicht erfolgte, widerspricht die angefochtene Vergabeverfügung der Regierung dem ÖAWG und der ÖAWV im Sinne des Art 60 Abs 1 ÖAWG.

Der VGH hat bereits in seinem Urteil vom 3. Dezember 2003 zu VBI 2002/129 ausgeführt, dass Eignungskriterien Ausschlusskriterien sind, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Das Vorliegen der geforderten Eignung führt grundsätzlich zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium gestellten Anforderungen nicht, muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden. Den Vergabebehörden steht grundsätzlich kein Ermessen zu.

Hieran ändert nichts, wenn sich B auf eine langjährige Praxis in Bezug auf die F AG stützt. Anlässlich der mündlichen Verhandlung brachte B vor, es sei bekannt und seit den letzten 15 oder 20 Jahren unverändert, dass die F AG keine Mitarbeiter, Maschinen und Fahrzeuge habe. Es besteht jedoch kein Anspruch darauf, eine rechtswidrige Praxis weiterzuführen. Aus einer langjährigen, aber falschen Praxis können die Beschwerdegegner nichts für sich gewinnen.

Die angefochtene Vergabeverfügung der Regierung ist somit für nichtig und damit aufgehoben zu erklären (Art 60 Abs 1 ÖAWG). Bei diesem Verfahrensausgang musste auf die weiteren Beschwerdeausführungen nicht weiter eingegangen werden.

Dem Antrag des Beschwerdeführers, der VGH wolle aussprechen, dass die Vergabe des Auftrags an den Beschwerdeführer erfolgt, kann nicht entsprochen werden. Die Rechtsmittelbehörde, wie vorliegend der VGH, kann

nicht reformatorisch entscheiden, sondern - im Regelfall, dass der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist - nur die Nichtigerklärung der dem ÖAWG widersprechenden und für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Entscheidungen oder Verfügungen des Auftraggebers aussprechen (VGH 2009/144 Erw. 5).

8. Die Bemessungsgrundlage des gegenständlichen Verfahrens beträgt CHF 50'000.00. Bereits in seinem Urteil vom 10. Juni 2010 zu VGH 2009/144 Erw. 13 hat der VGH Zweifel an seiner bisherigen Rsp, wonach sich die Bemessungsgrundlage für die Gerichtsgebühren und die Parteikosten nach der gesamten Offert- bzw Auftragssumme richte, angebracht. Das wahre Interesse eines nicht berücksichtigten Offertstellers an der Beschwerdeführung belaufe sich offensichtlich nicht auf die volle Offertsumme.

In seinem Urteil vom 1. April 2011 zu B-4717/2010 Erw. 11 führte das ch Bundesverwaltungsgericht aus, dass sich der Streitwert bei Beschwerdeverfahren über den Zuschlag praxisgemäss auf 10% des Auftragsvolumens belaufe. Diese Praxis wenden auch kantonale Verwaltungsgerichte an. Beispielsweise geht das Aargauer Verwaltungsgericht in seiner steten Praxis von einem Streitwert entsprechend 10% des Auftragswerts aus (Urteil vom 16. November 2011 zu WBE.2011.215). Auch gemäss der Literatur ist nicht der Auftragswert als Streitwert zugrunde zu legen; vielmehr sei vom Interessenswert der beschwerdeführenden Partei auszugehen (Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, S. 736).

Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens wird somit nicht (mehr) die Auftragssumme als Bemessungsgrundlage für Gebühren und Parteikosten herangezogen, sondern im Wesentlichen der entgangene Gewinn. In seiner Beschwerde vom 26. Februar 2021 macht der Beschwerdeführer einen Gewinnentgang in Höhe von CHF 30'000.00 und einen weiteren Schaden, der unter anderem aus der Offertstellung resultiert, geltend.

Die Verfahrenskosten verbleiben beim Land, da die Beschwerdegegner gebührenbefreit sind (Art 16 Abs 1 Bst. b GGG).

Da sich der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegner im gegenständlichen Beschwerdeverfahren kontradiktorisch gegenüberstehen, gebührt dem obsiegenden Beschwerdeführer Parteikostenersatz (Art 51 ÖAWG iVm Art 41 Abs 1 und Art 36 Abs 1 LVG iVm. § 41 Abs 1 ZPO). Der Beschwerdeführer verzeichnet Parteikosten in Höhe von CHF 46'792.75.

Der VGH bestimmt die Höhe der Parteikosten wie folgt:

Zu ersetzen sind die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Parteikosten (§ 41 Abs 1 ZPO). Soweit das Mass der Entlohnung des Rechtsanwalts oder sonst die Höhe der Kosten durch Tarife geregelt ist, hat die Feststellung des Kostenbetrages nach diesen Tarifen zu geschehen (§ 41 Abs 2 ZPO).

Zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung waren der Antrag an die Regierung auf Erlass einer Vergabeverfügung, der Schriftsatz «Beschwerde/Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung» an den VGH, die Gegenäusserung zur Stellungnahme des B sowie die Teilnahme

an der öffentlichen mündlichen Verhandlung notwendig. Hierfür gebühren dem Beschwerdeführer Parteikosten, deren Höhe nach dem Gesetz über den Tarif für Rechtsanwälte und Rechtsagenten und der Verordnung über die Tarifsätze der Entlohnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten bestimmt wird. Im Einzelnen:

Antrag an die Regierung auf Erlass einer Vergabeverfügung: TP 1 I Bst. b inkl. ES 40% und 7.7% MwSt.: CHF 120.62

Beschwerde/Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung: TP 3B I inkl. ES 40% und 7.7% MwSt.: CHF 1'492.72

Gegenäusserung zur Stellungnahme des B: TP 2 inkl. ES 40% und 7.7% MwSt.: CHF 597.09

Mündliche Verhandlung: TP 3B II inkl. ES 40% und 7.7% MwSt.: CHF 2'985.44

Total Parteikosten: CHF 5'195.87

## Verwaltungsgerichtshof

U 03.09.2021, VGH 2021/014

### Art 77, 78, 79 DSGVO

**Das Beschwerderecht nach Art 77 DSGVO ist nicht ein blosses Anrufungsrecht der betroffenen Person an die Datenschutz-Aufsichtsbehörde, sondern ein effektives Instrument des Grundrechtsschutzes.**

**Die Art 77, 78 und 79 DSGVO formen zusammen ein Dreieck des Rechtsschutzes, das zwingend ein duales Rechtsschutzsystem vorsieht. Eine betroffene Person kann dadurch mehrgleisig Rechtsschutz suchen. Sie kann bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde einreichen und diesen Weg im Rechtsmittelverfahren weiterverfolgen. Unabhängig davon kann sie sich in derselben Sache gerichtlich unmittelbar gegen den Verantwortlichen oder den Datenverarbeiter wenden.**

**Art 77 DSGVO räumt betroffenen Personen das Recht ein, sich mit Anliegen an die Aufsichtsbehörden zu wenden, ohne dabei besonderen Formvorgaben zu unterliegen. Ist eine Beschwerde nach Art 77 DSGVO zulässig, ist die Aufsichtsbehörde verpflichtet, das Beschwerdeverfahren durchzuführen. Es sind sowohl die betroffene Person (Beschwerdeführerin) als auch die Verantwortlichen und Datenverarbeiter zu beteiligen. Das Verfahren ist mit einer rechtsmittelfähigen Entscheidung der Aufsichtsbehörde abzuschliessen. Verfügt die Behörde eine Abhilfemassnahme gegen den Verantwortlichen oder Datenverarbeiter, steht diesem ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung zu. Die betroffene Person hat das Recht, sich am Rechtsmittelverfahren als interessierte Drittpartei zu beteiligen. Die Aufsichtsbehörde ist Rechtsmittelgegner.**

### Sachverhalt

Mit E-Mail vom 14. April 2020 übermittelte der Beschwerdeführer (betroffene Person) ein Beschwerdeformular an die Datenschutzstelle. Als Beschwerdegrund wird ausgeführt: *Ich habe am 13. März Auskunft einer Amtsstelle der Landesverwaltung erbeten, da ich einen Newsletter erhalten habe. Ich habe mich für keinen Newsletter angemeldet. Die Herkunft meiner Daten wurde mir nicht erklärt. Die Amtsleiterin schreibt, dass ich den Newsletter beantragt bzw. eingewilligt habe. Das stimmt nicht. Ich möchte wissen, woher das Amt meinen Namen und meine private E-Mail Adresse hat.*

Die Datenschutzstelle führte aufgrund der Beschwerde vom 14. April 2020 ein Beschwerdeverfahren unter Einbezug des Beschwerdeführers als betroffene Person und des Verantwortlichen [Amt für Statistik] durch.

Mit Verfügung vom 29. Mai 2020 entschied die Datenschutzstelle wie folgt:

1. *Der Beschwerde vom 14. April 2020 gegen das Amt (BG) betreffend die Verletzung von Art 5 Abs 1 Bst. a i.V.m. Art 6 Abs 1 DSGVO wird insofern stattgegeben und festgestellt, als zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinbringung durch den BF die Verarbeitung personenbezogener Daten des BF durch den BG aufgrund des Fehlens einer Rechtfertigung gemäss Art 5 Abs 1 Bst a DSGVO i.V.m. Art 6 Abs 1 DSGVO aufgrund mangelhafter Einwilligung unrechtmässig war.*

2. *Es wird festgestellt, dass das Amt für Informatik im laufenden Verfahren die im Spruchpunkt 1. genannte Rechtsverletzung der mangelhaften Einwilligung durch Implementierung eines zweistufigen Einwilligungsprozesses (Double-Opt-in-Verfahren) in der Zwischenzeit vollumfänglich behoben hat. Damit ist die Erfolgsvoraussetzung der Beschwer weggefallen und die Beschwerde demgemäss abzuweisen.*

3. *Es wurde ebenso festgestellt, dass zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung eine Verletzung von Art 5 Abs 1 Bst f iVm Art 32 DSGVO vorlag, die im Laufe des Verfahrens durch Implementierung des Double-Opt-in-Verfahrens gleichfalls beseitigt wurde.*

Mit Schreiben vom 21. Juli 2020 stellte die Datenschutzstelle dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Verfügung vom 29. Mai 2020 zu. Zudem führte die Datenschutzstelle aus wie folgt:

*Im Rahmen der Vorstellung können Sie Anträge bei der erlassenden Behörde einbringen, in diesem Fall direkt bei der DSS. Im Zuge einer solchen Vorstellung können dann Ihre Fragen in einem gesetzlich vorgesehenen Rahmen besprochen bzw. beantwortet werden und es kann, wenn angebracht, von der DSS ihren Anträgen besprochen werden.*

Mit Schriftsatz vom 7. September 2020 erhob der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Vorstellung gegen die Verfügung vom 29. Mai 2020.

Aufgrund der Vorstellung vom 7. September 2020 entschied die Datenschutzstelle mit Verfügung vom 15. Oktober 2020 wie folgt:

1. *Die Verfügung der Datenschutzstelle vom 29. Mai 2020 wird dahingehend geändert, dass das Amt als Beschwerdegegner (BG) zu qualifizieren ist.*

2. *Die Verfügung der Datenschutzstelle vom 29. Mai 2020 wird dahingehend geändert, dass Spruchpunkt 2.*

*neu lautet: Es wird festgestellt, dass das Amt für Informatik im laufenden Verfahren die im Spruchpunkt 1. genannte Rechtsverletzung der mangelhaften Einwilligung durch Implementierung eines zweistufigen Einwilligungsprozesses (Double-Opt-in-Verfahren) in der Zwischenzeit vollumfänglich behoben hat.*

3. *Die Verfügung der Datenschutzstelle vom 29. Mai bleibt in den Spruchpunkten 1. und 3. gleichlautend.*

4. *Die Gebühren für die Ausfertigung der Verfügung verbleiben beim Land Liechtenstein.*

5. *Das Land Liechtenstein ist schuldig, dem Vorstellungswerber Parteikosten in Höhe von CHF 1'279.48 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.*

Mit Schriftsatz vom 13. November 2020 erhob der Beschwerdeführer (betroffene Person) durch seinen Rechtsvertreter Beschwerde gegen die Verfügung der Datenschutzstelle vom 15. Oktober 2020 an die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten.

Mit Entscheidung vom 24. Februar 2021 zu VBK 2020/67 wies die Beschwerdekommision die Beschwerde vom 13. November 2020 ab.

Mit Schriftsatz vom 26. März 2021 erhob der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer Beschwerde gegen die Entscheidung vom 24. Februar 2021 zu VBK 2020/67 an den VGH.

Der VGH zog die Vorakten der Datenschutzstelle und der Beschwerdekommision bei, erörterte in seiner nicht-öffentlichen Sitzung vom 3. September 2021 die Sach- und Rechtslage und entschied [die Beschwerde abzuweisen].

### Aus den Entscheidungsgründen

1. Das gegenständliche Verfahren wurde durch eine Beschwerde des nunmehrigen Beschwerdeführers nach Art 77 DSGVO und Art 15 Abs 1 Bst. f DSG eingeleitet.

Art 77 DSGVO bestimmt unter der Überschrift «Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde» wie folgt:

1) *Jede betroffene Person hat unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfs das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde (...), wenn die betroffene Person der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen diese Verordnung verstösst.*

2) *Die Aufsichtsbehörde, bei der die Beschwerde eingereicht wurde, unterrichtet den Beschwerdeführer über den Stand und die Ergebnisse der Beschwerde einschliesslich der Möglichkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs nach Artikel 78.*

Soweit es gegenständlich interessiert, bestimmt Art 78 DSGVO unter der Überschrift «Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen eine Aufsichtsbehörde» wie folgt:

1) *Jede natürliche oder juristische Person hat unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder aussergerichtlichen Rechtsbehelfs das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen einen sie betreffenden rechtsverbindlichen Beschluss einer Aufsichtsbehörde.*

2) *Jede betroffene Person hat unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder aussergerichtlichen Rechtsbehelfs das Recht auf einen wirksamen ge-*

richtlichen Rechtsbehelf, wenn die nach den Artikeln 55 und 56 zuständige Aufsichtsbehörde sich nicht mit einer Beschwerde befasst oder die betroffene Person nicht innerhalb von drei Monaten über den Stand oder das Ergebnis der gemäß Artikel 77 erhobenen Beschwerde in Kenntnis gesetzt hat.

3) [...]

4) [...]

Art 79 DSGVO regelt sodann das „Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter:

1) *Jede betroffene Person hat unbeschadet eines verfügbaren verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen Rechtsbehelfs einschließlich des Rechts auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde gemäß Artikel 77 das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn sie der Ansicht ist, dass die ihr aufgrund dieser Verordnung zustehenden Rechte infolge einer nicht im Einklang mit dieser Verordnung stehenden Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten verletzt wurden.*

2) [...]

Für den VGH stellt sich als erstes die Frage, in welchem Verhältnis die Art 77, 78 und 79 DSGVO zueinander stehen.

1.1. Das dritte Kapitel der DSGVO regelt die Rechte der betroffenen Person gegen den Verantwortlichen und Datenverarbeiter. Art 79 DSGVO sieht eine unmittelbare gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeit dieser Betroffenenrechte vor. Durch Art 79 DSGVO werden die materiellen Datenschutzregeln wirksam prozessual durchsetzbar gemacht. Diese Möglichkeit, hinreichend durchgreifenden gerichtlichen Rechtsschutz gegen eine nicht verordnungskonforme Verarbeitung zu erlangen, ist einer der zentralen Sicherheitsbausteine der DSGVO. Art 79 Abs 1 DSGVO ermöglicht es dem Betroffenen, unmittelbar gegen den Verantwortlichen und gegen den Auftragsverarbeiter gerichtlich vorzugehen (Martini Mario, in: Boris Paal/Daniel Pauly (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz*, 3. Auflage, München 2021, Art 79 Rz 1 ff).

Dient Art 79 DSGVO der Durchsetzung der Betroffenenrechte, stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde nach Art 77 DSGVO zukommt.

1.2. Ein Teil der Lehre sieht in Art 77 DSGVO ein blosses Anrufungsrecht der betroffenen Person (Sydow Gernot, in: ders (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*, Baden-Baden 2017, Art 77 Rz 4). Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten der angerufenen Aufsichtsbehörde gegen den Datenverarbeiter oder den Verantwortlichen gewähre weder Art 57 Abs 1 Bst. f noch Art 77 DSGVO (Sydow, aaO, Art 77 Rz 25). Das durch die Beschwerde nach Art 77 DSGVO eingeleitete Untersuchungsverfahren sei nicht mit einer rechtsmittelfähigen Verfügung der Aufsichtsbehörde abzuschliessen. Halte die Aufsichtsbehörde die Beschwerde für begründet, müsse sie darüber entscheiden, ob und welche Massnahmen sie zur Beendigung des Datenschutzverstosses ergreife. Sie habe den Beschwerdeführer (betroffene Person) über das weitere Vorgehen lediglich zu informieren. Bei dieser Information handle es sich nicht um eine Verfügung. Komme die

Behörde nach abschliessender Prüfung zum Ergebnis, dass kein Datenschutzverstoss vorliege, stelle sie das Beschwerdeverfahren ein und informiere ebenfalls den Beschwerdeführer (betroffene Person) hierüber. Auch bei dieser Information handle es sich nicht um eine rechtsmittelfähige Verfügung (Sydow, aaO, Art 77 Rz 37). Dem Beschwerdeführer stünde nach Art 78 Abs 2 DSGVO nur dann ein Rechtsmittel zu, wenn die nach Art 77 DSGVO angerufene Datenschutzbehörde seiner Beschwerde nicht nachgehe oder ihn nicht fristgemäss über das Ergebnis informiere. Art 78 DSGVO gewähre keine Rechtsmittelmöglichkeit, wenn die Aufsichtsbehörde die vom Beschwerdeführer eingereichte Beschwerde behandle. Da aus Art 77 DSGVO kein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde folge, müsse der Betroffene seine Rechte gegen den Verantwortlichen oder Datenverarbeiter nach Art 79 DSGVO durchsetzen (Sydow, aaO, Art 78 Rz 28). Die ausdrücklich in Art 77 Abs 2 DSGVO normierte Pflicht zur Rechtsbehelfsbelehrung sei bei ordnungsgemässer Sachbehandlung der Beschwerde durch die Aufsichtsbehörde für gegenstandslos zu erachten (Sydow, aaO, Art 77 Rz 41).

Nach dieser Ansicht steht der betroffenen Person gegen eine die Beschwerde nach Art 77 DSGVO abweisende Entscheidung der Aufsichtsbehörde keine Rechtsmittelmöglichkeit nach Art 78 Abs 1 DSGVO zu.

1.3. Auch das neue, noch nicht in Kraft getretene Datenschutzgesetz der Schweiz (chDSG) sieht vor, dass die betroffene Person ihre Rechte direkt gegen den Verantwortlichen oder Datenverarbeiter durchsetzen muss (Art 32 und 41 chDSG). Bei dem eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten kann die betroffene Person lediglich eine Anzeige einreichen (Art 49 Abs 1 chDSG). Eröffnet der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte auf Anzeige hin ein Untersuchungsverfahren gegen den Verantwortlichen und Datenverarbeiter, kommt dem Anzeigersteller als betroffene Person in diesem Untersuchungsverfahren keine Parteistellung zu (Art 52 Abs 2 chDSG). Hat die betroffene Person Anzeige erstattet, so informiert der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte sie lediglich über die gestützt darauf unternommenen Schritte und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung (Art 49 Abs 4 chDSG).

In der Botschaft wird hierzu ausgeführt: *Absatz 2 präzisiert, dass nur das Bundesorgan oder die private Person, gegen das bzw. die eine Untersuchung eröffnet wurde, Verfahrenspartei sein kann. Dementsprechend können lediglich diese gegen Verfügungen und Massnahmen, die der Beauftragte gegen sie ergriffen hat, Beschwerde erheben. Die betroffene Person ist nicht Partei, auch wenn der Beauftragte die Untersuchung auf deren Anzeige hin eröffnet hat (BBI 2017 7093). Die betroffene Person muss ihre Rechte mit den anwendbaren Rechtsmitteln geltend machen, d. h. sie kann bei einem Zivilgericht Klage erheben, wenn der Verantwortliche eine private Person ist, oder sie kann gegen den Entscheid des verantwortlichen Bundesorgans Beschwerde erheben (BBI 2017 7090).*

1.4. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob dieser Ansicht zu folgen ist und die betroffene Person ihre Rechte somit nur über Art 79 DSGVO durchsetzen kann.

1.5. Aus Erwägungsgrund 141 der DSGVO ergibt sich, dass jede betroffene Person das Recht hat, bei einer Aufsichtsbehörde eine Beschwerde einzureichen und einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf einzulegen, wenn die Aufsichtsbehörde auf eine Beschwerde hin nicht tätig wird oder eine Beschwerde ganz oder teilweise abweist bzw. ablehnt. In Erwägungsgrund 143 der DSGVO wird festgehalten, dass jede natürliche oder juristische Person das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen einen Beschluss einer Aufsichtsbehörde hat, der gegenüber dieser Person Rechtswirkung entfaltet. Ein derartiger Beschluss betrifft insbesondere die Ablehnung oder Abweisung von Beschwerden nach Art 77 DSGVO. Wurde eine Beschwerde von einer Aufsichtsbehörde ganz oder teilweise abgelehnt oder abgewiesen, kann der Beschwerdeführer als betroffene Person dagegen mit einem Rechtsmittel vorgehen.

Auch der Wortlaut von Art 77 DSGVO geht von einer Verbindung des Rechts auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde und des Rechts auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen eine Aufsichtsbehörde aus. Abs 1 sieht das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde vor. Abs 2 des Art 77 DSGVO nominiert ausdrücklich die Möglichkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs nach Art 78 DSGVO.

1.6. Die Art 77, 78 und 79 DSGVO formen zusammen ein Dreieck des Datenschutzrechtsschutzes (Martini, aaO, Art 79 Rz 2).

Unter dem Regime der früheren Datenschutz-Richtlinie gab es kein einheitliches System der Rechtsbehelfe in den Mitgliedstaaten. Zum Teil war die Rechtsdurchsetzung auf gerichtliche Rechtsbehelfe begrenzt.

Die Regelungen des Kapitels VIII. der Datenschutzgrundverordnung (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) stellen demgegenüber eine Fortentwicklung dar, die dem europäischen Datenschutzregime erhöhte Durchsetzungsfähigkeit verleiht (Nemitz Paul, in: Eugen Ehmann/Martin Selmayr (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2. Auflage, München 2018, Art 77 Rz 2).

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, ein umfassendes Rechtsschutzsystem für datenschutzrechtliche Rechtsverstöße vorzusehen. Die DSGVO sieht hierfür zwingend ein duales Rechtsschutzsystem vor (Martini, aaO, Art 79 Rz 12). Eine betroffene Person kann dadurch mehrgleisig Rechtsschutz suchen. Sie kann bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde einreichen und diesen Weg gegebenenfalls gerichtlich weiterverfolgen (Art 77 und 78 DSGVO). Unabhängig davon kann sie sich in derselben Sache gerichtlich unmittelbar gegen den Verantwortlichen oder den Datenverarbeiter wenden (Art 79 DSGVO) (Martini, aaO, Art 79 Rz 12).

Die DSGVO räumt dem Betroffenen ein Wahlrecht zwischen der Beschwerde nach Art 77 DSGVO und der Klage nach Art 79 DSGVO ein. Das System der Rechtsdurchsetzung ist nach der DSGVO somit zweigleisig konzipiert. Die DSGVO sieht zur Geltendmachung der Betroffenenrechte zum einen den Verwaltungsrechtsweg in Form einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde mit einem nachfolgenden gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Entscheide der Aufsichtsbehörde vor. Zum anderen gewährt die DSGVO, ausdrücklich unbeschadet des Rechts auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, einen wirk-

samen gerichtlichen Rechtsbehelf unmittelbar gegen Verantwortliche und Datenverarbeiter (Jahnel, *Zum Zusammenspiel zwischen dem verwaltungsrechtlichen Weg und dem Zivilrechtsweg und die Schnittstellen zum Verfassungsrecht und zum Europarecht*. in: Bettina Nunner-Krautgasser et al. (Hrsg.), *Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018*. Verwaltungsbehördliche und gerichtliche Verfahren aus Verbraucher- und Unternehmenssicht, Wien 2019, S. 69 f).

1.7. Aufgrund der durch die DSGVO zwingend vorgesehenen parallelen Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung muss auch das Beschwerdeverfahren nach Art 77 DSGVO dem effektiven Schutz der Rechte von betroffenen Personen dienen und einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten (Becker, in: Kai-Uwe Plath (Hrsg.), *BDSG/DSGVO*. Kommentar zum BDSG und zur DSGVO sowie den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 2. Auflage, Köln 2016, Art 77 Rz 3). Mit dem Beschwerdeverfahren soll jeder betroffenen Person die Möglichkeit gewährt werden, sich gegen Verletzungen ihrer Rechte aus der Datenschutzgrundverordnung zur Wehr zu setzen. Es handelt sich bei der Beschwerde folglich um mehr als ein Petitionsrecht, nämlich um einen echten Rechtsbehelf der betroffenen Person zur Durchsetzung ihrer Betroffenenrechte (siehe Nemitz, aaO, Art 77 Rz 1 f; Bergt Matthias, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*. Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 3. Auflage, München 2020, Art 77 Rz 17 mwH.). *Pötters/Werkmeister* bezeichnen das Beschwerderecht nach Art 77 DSGVO als mit dem Petitionsrecht nach Art 17 des deutschen Grundgesetzes wesensgleich. Diese Wesensgleichheit beziehen sie darauf, dass betroffenen Personen durch die Beschwerde nach Art 77 DSGVO jenseits formaler Verwaltungs-, Rechtsbehelfs- und Gerichtsverfahren das Recht eingeräumt werden solle, sich mit Anliegen an die Aufsichtsbehörden zu wenden, ohne dabei besonderen Formvorgaben zu unterliegen (Pötters Stephan/Werkmeister Christoph, in: Peter Gola (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*. Kommentar, 2. Auflage, München 2018, Art 77 Rz 2). Auch diese Autoren verneinen somit nicht die Bedeutung der Beschwerde nach Art 77 DSGVO als effektives Mittel durch Durchsetzung der Betroffenenrechte. *Schwartzmann/Keppeler* führen aus, dass der Kategorie nach ein Petitionsrecht des Betroffenen vorliege. Der Regelungsgehalt von Art 77 iVm. Art 78 DSGVO gehe aber deutlich über das allgemeine Petitionsrecht aus Art 17 des deutschen Grundgesetzes hinaus (Schwartzmann Rolf/Keppeler Lutz Martin, in: Rolf Schwartzmann et al. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*. Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage, Heidelberg 2020, Art 77 Rz 1).

Die Mitgliedstaaten sind somit verpflichtet, die Beschwerde nach Art 77 DSGVO im Rahmen der Vorgaben der DSGVO als effektives Mittel zur Durchsetzung der Betroffenenrechte auszugestalten.

Art 77 Abs 1 DSGVO regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde. Sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt, ist die Aufsichtsbehörde verpflichtet, das Beschwerdeverfahren durchzuführen. Die Durchführung dieses Beschwerdeverfahrens und dessen Erledigung mit rechtmittelfähiger Entscheidung ist Voraussetzung für einen später gegebene-

nenfalls einzulegenden Rechtsbehelf nach Art 78 DSGVO (siehe Nemitz, aaO, Art 77 Rz 3).

Art 57 Abs 1 Bst. f DSGVO verpflichtet die Aufsichtsbehörde, im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Beschwerde mit aller gebotenen Sorgfalt und in angemessenem Umfang zu prüfen. Dabei gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, sodass die Aufsichtsbehörde auch weiteren Verstössen nachgehen muss, für die im Rahmen der Beschwerde Anhaltspunkte ersichtlich werden (Bergt, aaO, Art 77 Rz 16). Das Beschwerderecht begründet jedoch grundsätzlich keinen Anspruch der betroffenen Person auf den Erlass einer konkreten Massnahme durch die Aufsichtsbehörde (Pötters/Werkmeister, aaO, Art 77 Rz 7; Schwartmann/Keppeler, aaO, Art 77 Rz 13). Ein Entschliessungsermessen der Aufsichtsbehörde hinsichtlich der Einleitung des Beschwerdeverfahrens besteht dennoch nicht (Nemitz, aaO, Art 77 Rz 12; Schwartmann/Keppeler, aaO, Art 77 Rz 13).

Die Verantwortlichen und Datenverarbeiter sind im Beschwerdeverfahren zu beteiligen, um ihre Rechte wahrnehmen zu können und mit ihrem Vorbringen gehört zu werden. Die Beteiligung der Verantwortlichen und Datenverarbeiter im Beschwerdeverfahren ist notwendig, um eine vollständige Ermittlung des Sachverhalts zu gewährleisten. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ist der Sachverhalt in einem angemessenen Umfang unter Einbezug der betroffenen Person und des Verantwortlichen und Datenverarbeiters zu ermitteln. Zudem ist die Beteiligung der Verantwortlichen und Datenverarbeiter deshalb nötig, um ihnen gegenüber gegebenenfalls eine Abhilfemassnahme nach Art 58 Abs 2 DSGVO treffen zu können. Vor Erlass einer derartigen Aufsichts-massnahme sind sie gesondert anzuhören (Nemitz, aaO, Art 77 Rz 10).

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach Art 77 DSGVO hat die Aufsichtsbehörde somit die betroffene Person wie auch den Verantwortlichen und Datenverarbeiter zu hören, ihre Vorbringen zu würdigen, den rechtserheblichen Sachverhalt feststellen und diesen rechtlich zu würdigen.

Das Beschwerdeverfahren nach Art 77 DSGVO ist mit einer rechtsmittelfähigen Entscheidung der Aufsichtsbehörde erstinstanzlich abzuschliessen (Souhrada-Kirchmayer, Rechtsschutz bei der Datenschutzbehörde und beim Verwaltungsgericht, in: Bettina Nunner-Krautgasser et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018. Verwaltungsbehördliche und gerichtliche Verfahren aus Verbraucher- und Unternehmenssicht, Wien 2019, S. 18 f.; Eisenberger, Verwaltungsverfahren im Datenschutzrecht aus Sicht der Unternehmer, in: Bettina Nunner-Krautgasser et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018. Verwaltungsbehördliche und gerichtliche Verfahren aus Verbraucher- und Unternehmenssicht, Wien 2019, S. 31; Körfner Barbara, in: Boris Paal/Daniel Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, München 2021, Art 77 Rz 5).

Die DSGVO geht davon aus, dass die Aufsichtsbehörden auf jede Beschwerde nach Art 77 DSGVO hin tätig werden, in eine Sachprüfung eintreten und gegenüber der betroffenen Person eine formelle Sachentschei-

dung, die auch in der Zurückweisung der Beschwerde bestehen kann, treffen müssen. Jeder Beschwerdeführer hat einen Anspruch auf sachgemässe Nachforschung und einen rechtsmittelfähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde (Nemitz, aaO, Art 77 Rz 12).

Der Zweck des Art 77 DSGVO besteht darin, das Beschwerdeverfahren zu einem effektiven Instrument des Grundrechtsschutzes auszugestalten. Das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren nach Art 77 DSGVO soll somit bereits für sich eine Möglichkeit zur effektiven Durchsetzung der subjektiven Rechte der Betroffenen darstellen (Nemitz, aaO, Art 77 Rz 11).

Mit dem Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf nach Art 78 DSGVO wird das Beschwerderecht gemäss Art 77 DSGVO effektuiert und zum «scharfen Schwert» der betroffenen Personen, mit dem sie sich gegen Verstösse gegen die DSGVO zur Wehr setzen können. Wird die Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde hin nicht tätig, weist sie die Beschwerde ab oder weist sie die Beschwerde zurück, hat die betroffene Person das Recht, vor Gericht gegen die Aufsichtsbehörde vorzugehen und hierdurch eine Massnahme der Aufsichtsbehörde zu erzwingen (Nemitz, aaO, Art 78 Rz 1).

Kein Anwendungsfall nach Art 78 Abs 2, sondern nach Art 78 Abs 1 DSGVO liegt vor, wenn die Aufsichtsbehörde die Beschwerde bearbeitet, die Abweisung bzw die Zurückweisung der Beschwerde jedoch lediglich in Form einer formlosen Mitteilung, nicht aber als rechtsmittelfähige Entscheidung ergeht. Die DSGVO sieht vor, dass die Abweisung bzw die Zurückweisung einer Beschwerde in Form einer rechtsmittelfähigen Entscheidung ergehen muss. Die Rechtsschutzmöglichkeiten richten sich nach Art 78 Abs 1 DSGVO (Pötters/Werkmeister, aaO, Art 78 Rz 12; Schneider Adrian, in: Rolf Schwartmann et al. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage, Heidelberg 2020, Art 78 Rz 50).

1.8. Von der Beschwerde nach Art 77 DSGVO ist die blosser Anzeige zu unterscheiden. Anzeigen, etwa von Whistleblowern, werden durch die DSGVO nicht eingeschränkt. Sie sind allerdings nicht als Beschwerden einzuordnen, sondern als allgemeine Hinweise, sodass das Recht auf Prüfung durch die Aufsichtsbehörde, das Recht auf Unterrichtung und die Rechtsschutzmöglichkeit insoweit nicht bestehen (Bergt, aaO, Art 77 Rz 8; Pötters/Werkmeister, aaO, Art 77 Rz 10).

1.9. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die DSGVO zur Durchsetzung der Betroffenenrechte ein duales Rechtsschutzsystem vorsieht. Somit scheidet eine Orientierung am schweizerischen monistischen Modell aus.

Auch die Regierung führte im Bericht und Antrag (BuA) Nr. 36/2018 betreffend die Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) aus, dass die Regelungen aus der Schweiz nicht mehr als Rezeptionsvorlage für die Totalrevision des DSG geeignet seien, da die DSGVO in der Schweiz nicht zur Anwendung gelange und mit der Totalrevision des schweizerischen Datenschutzgesetzes nur eine Annäherung an den europäischen Rechtsbestand erfolge (BuA Nr. 36/2018, S. 28).

Für die Totalrevision des Datenschutzgesetzes wurde das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) als Re-

zeptionsvorlage herangezogen (BuA Nr. 36/2018, S. 27). Mit der Nutzung des deutschen BDSG als Rezeptionsvorlage solle eine Abstützung auf die fundierten Kenntnisse und die Erfahrung Deutschlands im Bereich des Datenschutzes ermöglicht werden. Zudem gestatte die Rezeptionsvorlage das Referenzieren auf unzählige deutsche Entscheide und Materialien (BuA Nr. 36/2018, S. 28).

2. Das Verfahren nach Art 77 und Art 78 DSGVO gestaltet sich somit wie folgt: Geht eine Beschwerde nach Art 77 DSGVO bei der zuständigen Aufsichtsbehörde ein, hat diese zu prüfen, ob die Beschwerde die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Ist dies der Fall, hat die Aufsichtsbehörde sowohl den Beschwerdeführer (betroffene Person) wie auch den Beschwerdegegner (Verantwortlicher) zu hören, eine Beweiswürdigung vorzunehmen, die massgeblichen Sachverhaltsfeststellungen zu treffen und diese rechtlich zu würdigen (siehe beispielsweise Erkenntnis des öBVwG zu W 211 2229296–1/12E vom 5. Februar 2021; Bescheid zu GZ: 2020–0.816.665 vom 7. Januar 2021; Bescheid zu GZ: 2020–0.743.659 vom 19. November 2020; Bescheid zu GZ: 2020–0.204.456 vom 10. August 2020; alle abrufbar auf [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)). Sowohl der betroffenen Person als Beschwerdeführer wie auch dem Verantwortlichen und Datenverarbeiter als Beschwerdegegner kommen im Beschwerdeverfahren nach Art 77 DSGVO Parteistellung zu (siehe Erkenntnis des öBVwG zu W 211 222 3243–1 vom 28. Juli 2020; Becker, aaO, Art 77 Rz 10). Das Beschwerdeverfahren hat erstinstanzlich mit einer rechtsmittelfähigen Verfügung der Aufsichtsbehörde zu enden.

Erkennt die Aufsichtsbehörde keinen Verstoss gegen Datenschutzbestimmungen, hat sie die Beschwerde mit formeller Verfügung abzuweisen.

Gegen den rechtsverbindlichen Beschluss der Aufsichtsbehörde als Abschluss des Beschwerdeverfahrens ist gemäss Art 78 Abs 1 DSGVO ein Rechtsbehelf bei Gericht vorgesehen, wenn der Beschluss für die betroffene Person nachteilig ist; das heisst, wenn die Beschwerde abgewiesen wird (Becker, aaO, Art 77 Rz 12; Bergt, aaO, Art 78 Rz 7). Nimmt die betroffene Person das Recht auf den gerichtlichen Rechtsbehelf wahr, kann der Verantwortliche und Datenverarbeiter sich an dem Rechtsstreit als interessierte Drittpartei beteiligen (siehe Nemitz, aaO, Art 77 Rz 21 f.). Aus Art 78 Abs 3 DSGVO ergibt sich, dass im Rechtsmittelverfahren der Aufsichtsbehörde die Rolle des Beschwerdegegners zukommt (Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 10. Dezember 2020 zu E-11/19 und E-12/19 Rz 59; Bergt, aaO, Art 78 Rz 26; Pötters/Werkmeister, aaO, Art 78 Rz 14).

Stellt die Aufsichtsbehörde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach Art 77 DSGVO Datenschutzverletzungen fest, gibt sie der Beschwerde statt und verfügt in der gleichen formellen Entscheidung allenfalls Abhilfemassnahmen gegen den Verantwortlichen und Datenverarbeiter (exemplarisch Bescheid einer österreichischen Datenschutzbehörde zu GZ: 2020–0.204.456 vom 10. August 2020, abrufbar unter [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)).

Ergeht seitens der Aufsichtsbehörde auf ein erfolgreiches Beschwerdeverfahren hin eine Abhilfemassnahme gegen den Verantwortlichen oder Datenverarbeiter, steht diesem nach Massgabe des mitgliedstaatlichen Verwaltungsprozessrechts ein Rechtsmittel gegen die Entschei-

dung der Aufsichtsbehörde zu. Die betroffene Person muss nach Massgabe des Prozessrechts der Mitgliedstaaten das Recht haben, sich an diesem Rechtsstreit als interessierte Drittpartei zu beteiligen (siehe Nemitz, aaO, Art 77 Rz 23). Ein Rechtsmittel gegen den die Beschwerde stattgebenden Entscheid der Aufsichtsbehörde steht der betroffenen Person hingegen nicht zu, da sie dieses zur wirksamen Durchsetzung ihrer Rechte aus der DSGVO nicht braucht (siehe Becker, aaO, Art 77 Rz 10 und 12; Bergt, aaO, Art 78 Rz 7; Körffer, aaO, Art 78 Rz 5; Nemitz, aaO, Art 78 Rz 1). Erhebt der Verantwortliche und Datenverarbeiter kein Rechtsmittel gegen den Entscheid der Aufsichtsbehörde, erwächst dieser in Rechtskraft. Erhebt der Verantwortliche ein Rechtsmittel, kann sich die betroffene Person als interessierte Drittpartei am Rechtsmittelverfahren beteiligen. In diesem Rechtsstreit kommt der Aufsichtsbehörde die Rolle des Beschwerdegegners zu (Art 78 Abs 3 DSGVO).

Erachtet die Aufsichtsbehörde die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde als nicht gegeben, weist sie die Beschwerde mit rechtsmittelfähigem Entscheid zurück (siehe Körffer, aaO, Art 78 Rz 5; Bergt, aaO, Art 78 Rz 7). Der betroffenen Person steht gegen diese negative Zulässigkeitsentscheidung ein Rechtsmittel zur Verfügung (Bergt, aaO, Art 78 Rz 7).

Befasst sich die Aufsichtsbehörde nicht mit der Beschwerde, kann die betroffene Person nach Art 78 Abs 2 DSGVO vorgehen.

3. Für Liechtenstein ist die Datenschutzstelle die nationale Aufsichtsbehörde (Art 9 Abs 1 DSGVO). Die Datenschutzstelle hat unter anderem die Aufgabe, sich mit Beschwerden einer betroffenen Person zu befassen, den Gegenstand der Beschwerde in angemessenem Umfang zu untersuchen und den Beschwerdeführer innerhalb einer angemessenen Frist über den Fortgang und das Ergebnis der Untersuchung zu unterrichten (Art 15 Abs 1 Bst. f DSGVO). Die Erfüllung der Aufgaben der Datenschutzstelle ist für die betroffene Person in der Regel unentgeltlich (Art 15 Abs 5 DSGVO).

Gegen Entscheidungen und Verfügungen der Datenschutzstelle kann Beschwerde bei der Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten erhoben werden. Gegen Entscheidungen und Verfügungen der Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten kann Beschwerde beim VGH erhoben werden (Art 20 Abs 1 und 2 DSGVO).

4. Die Datenschutzstelle hat im vorliegenden Fall die Beschwerde nach Art 77 DSGVO vom 14. April 2020 für zulässig befunden und ein Beschwerdeverfahren eröffnet, in welches sie sowohl den Beschwerdeführer (betroffene Person) wie auch den Verantwortlichen als Parteien einbezog. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Datenschutzstelle die Unrechtmässigkeit der Datenverarbeitung festgestellt und der Beschwerde des Beschwerdeführers nach Art 77 DSGVO vom 14. April 2020 in der Folge mit Verfügung vom 29. Mai 2020 stattgeben.

Die Verfügung vom 29. Mai 2020 hat die Datenschutzstelle richtigerweise mit Zustellverfügung an den Verantwortlichen und lediglich in Kopie zur Kenntnisnahme an den Beschwerdeführer adressiert. Dieser war über das Ergebnis des Beschwerdeverfahrens lediglich zu informieren. Ein Rechtsmittel gegen den die Beschwerde

stattgebenden Entscheid der Datenschutzstelle steht dem Beschwerdeführer nicht zu, da er bereits im Verfahren vor der Datenschutzstelle durchgedrungen ist und die Unrechtmässigkeit der Datenverarbeitung sowie ihre Behebung festgestellt wurden. Ein Rechtsmittel steht nur dem Verantwortlichen zu; im Rahmen des allfälligen Rechtsmittelverfahrens hat die betroffene Person die Möglichkeit, sich am Rechtsmittelverfahren als interessierte Drittpartei zu beteiligen. Ergreift, wie gegenständlich, der Verantwortliche kein Rechtsmittel, erwächst die Verfügung der Datenschutzstelle in Rechtskraft und der Verantwortliche hat die allenfalls angeordnete Abhilfemassnahme gegenüber der betroffenen Person zu erfüllen.

Im gegenständlichen Fall hat die Datenschutzstelle mit der Verfügung vom 29. Mai 2020 keine Abhilfemassnahme gegen den Verantwortlichen und Datenverarbeiter angeordnet, da die festgestellten Rechtsverletzungen während des Beschwerdeverfahrens vor der Datenschutzstelle behoben wurden.

Das mit der Beschwerde vom 14. April 2020 eingeleitete Verfahren hätte somit mit der Verfügung der Datenschutzstelle vom 29. Mai 2020 seinen Abschluss finden müssen, da der Verantwortliche kein Rechtsmittel an die Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten erhob.

5. Die Datenschutzstelle hat jedoch mit Schreiben vom 21. Juli 2020 dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Verfügung vom 29. Mai 2020 mit Zustellverfügung zugestellt und ist auf die innerhalb der Rechtsmittelfrist eingereichte Vorstellung vom 7. September 2020 eingetreten und hat am 15. Oktober 2020 die gegenständlich angefochtene Verfügung erlassen. Diese Verfügung wurde mit Zustellverfügung sowohl an den Rechtsvertreter der betroffenen Person wie auch an den Verantwortlichen zugestellt.

Richtigerweise wäre dem Rechtsvertreter der betroffenen Person die Verfügung vom 29. Mai 2020 lediglich zur Kenntnis zu bringen und nicht mittels Zustellverfügung zuzustellen gewesen. Da gegen eine die Beschwerde stattgebende Entscheidung der Datenschutzstelle der betroffenen Person keine Rechtsmittelmöglichkeit zusteht, wird durch die Übermittlung dieser Entscheidung an die betroffene Person zur Kenntnisnahme auch keine Rechtsmittelfrist ausgelöst.

Somit erweisen sich die formelle Zustellung der Verfügung vom 29. Mai 2020 an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, die Vorstellung vom 7. September 2020 sowie die Verfügung vom 15. Oktober 2020 als rechtswidrig. Die anschliessenden Rechtsmittelverfahren vor der Beschwerdekommission und dem VGH müssten sich als gegenstandslos erweisen.

Da jedoch die Datenschutzstelle die Verfügung vom 29. Mai 2020 an den Rechtsvertreter der betroffenen Person zustellte, auf die Vorstellung vom 7. September 2020 eintrat und die Verfügung vom 15. Oktober 2020 an den Beschwerdeführer adressiert hat, hatte sich die Beschwerdekommission mit der Beschwerde vom 13. November 2020 und hat sich der VGH mit der Beschwerde vom 26. März 2021 zumindest formell zu befassen.

6. Die Beschwerdekommission hat mit Entscheidung vom 24. Februar 2021 zu VBK 2020/67 die Beschwerde

der betroffenen Person vom 13. November 2020 gegen die Verfügung der Datenschutzstelle vom 15. Oktober 2020 abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

Die Beschwerdekommission erachtete den Beschwerdeführer durch die Verfügung der Datenschutzstelle vom 15. Oktober 2020 dadurch beschwert, als diese dem Beschwerdeführer die Parteikosten für die Vorstellung vom 7. September 2020 nicht in der beantragten Höhe zusprach.

Dieser Ansicht folgt der VGH nicht.

Die Datenschutzstelle hat mit Verfügung vom 29. Mai 2020 der Beschwerde der betroffenen Person nach Art 77 DSGVO vom 14. April 2020 stattgegeben. Somit war dem Beschwerdeführer als betroffener Person die Verfügung vom 29. Mai 2020 lediglich zur Kenntnis zu bringen. Da ihr keine Rechtsmittelmöglichkeit gegen die Verfügung der Datenschutzstelle zusteht, hätte die Datenschutzstelle auf die Vorstellung vom 7. September 2020 nicht eintreten und die Verfügung vom 15. Oktober 2020 nicht erlassen dürfen. Dem Beschwerdeführer stehen keine Parteikosten zu, weshalb er durch die Verfügung vom 15. Oktober 2020 nicht benachteiligt, sondern unrechtmässig im Umfang der zugesprochenen Parteikosten besser gestellt ist.

Die Beschwerde vom 13. November 2020 war somit nicht ab-, sondern zurückzuweisen, weshalb Spruchpunkt 1. der angefochtenen Entscheidung zu korrigieren war.

7. Der Beschwerdeführer bekämpft die Kostenentscheidung (Ziff 6 der Beschwerde). In Spruchpunkt 2. der angefochtenen Entscheidung zu VBK 2020/67 hat die Beschwerdekommission ausgesprochen, dass die Kosten des Verfahrens beim Land Liechtenstein verbleiben. Zur Begründung wird auf Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 10. Dezember 2020 zu E-11/19 und E-12/19 verwiesen.

Hierzu erwägt der VGH wie folgt:

Da der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde vom 13. November 2020 an die Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten nicht durchgedrungen ist, hat er die Verfahrenskosten zu tragen und sind ihm keine Parteikosten zuzusprechen (Art 41 Abs 1 iVm. Art 36 Abs 1 LVG). Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 10. Dezember 2020 zu E-11/19 und E-12/19.

In seinem Urteil vom 10. Dezember 2020 zu E-11/19 und E-12/19 geht der EFTA-Gerichtshof davon aus, dass der betroffenen Person in einem Rechtsmittelverfahren automatisch die Rolle des Beschwerdegegners zukommt, wenn der Verantwortliche und Datenverarbeiter gegen eine die Beschwerde nach Art 77 DSGVO stattgebende Verfügung der Datenschutzstelle das Rechtsmittel der Beschwerde an die Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten erhebt (Rz 59, 61 und 64 des Urteils vom 10. Dezember 2020 zu E-11/19 und E-12/19).

Entgegen der Annahme des EFTA-Gerichtshofs kommt in einem Rechtsmittelverfahren gegen eine die Beschwerde nach Art 77 DSGVO stattgebende Verfügung der Datenschutzstelle nur der Datenschutzstelle automatisch die Rolle des Beschwerdegegners zu. Die betroffene Person kann sich diesem Rechtsmittelverfahren als interessierte Drittpartei anschliessen.

Die Frage, ob die betroffene Person von dem Kostenrisiko befreit ist, wenn sie sich dem Rechtsmittelverfahren als interessierte Drittpartei anschliesst, kann gegenständiglich offen bleiben, da die betroffene Person selbst Beschwerde an die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten erhob und somit ein Rechtsmittelverfahren einleitete.

Spruchpunkt 2. der angefochtenen Entscheidung ist somit zu Unrecht zugunsten des Beschwerdeführers ausgefallen. Bei dieser Erwähnung hat es sein Bewenden und ist der Spruchpunkt 2. der angefochtenen Entscheidung nicht zu korrigieren (keine *reformatio in peius*; Art 102 Abs 2 LVG).

**Anmerkung:**

*Der VGH entschied am 03.09.2021 in fünf verschiedenen Fällen über Beschwerden einer betroffenen Person (VGH 2021/014), des Verantwortlichen und Datenverarbeiters (VGH 2020/050, VGH 2020/051, VGH 2021/029, VGH 2019/030) und der Datenschutzstelle (VGH 2021/031, VGH 2021/032) erstmals über verschiedenste verfahrensrechtliche Fragen nach der am 20.07.2018 in Liechtenstein in Kraft getretenen DSGVO. Die Urteile sind auf [www.gerichtsentscheidungen.li](http://www.gerichtsentscheidungen.li) veröffentlicht, jenes zu VGH 2021/014 auszugsweise auch hier.*

*In zwei dieser Fällen ersuchte die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten den EFTA-Gerichtshof um Erstattung eines Gutachtens insbesondere zur Frage, welche verfahrensrechtliche Stellung betroffenen Personen zukommt, die ihre Identität dem Verantwortlichen und Datenverarbeiter nicht offenlegen wollen. Die Urteile des VGH bauen auf den Erkenntnissen des EFTA-Gerichtshofes in seinem Urteil vom 10.12.2020 zu E-11/19 und E-12/19 auf.*

*In den nur auf [www.gerichtsentscheidungen.li](http://www.gerichtsentscheidungen.li) publizierten Fällen beschäftigte sich der VGH unter anderem mit Fragen des zeitlichen und räumlichen Anwendungsbereiches der DSGVO, der internationalen Zuständigkeit der Datenschutzstelle, der Parteistellung der Datenschutzstelle in Rechtsmittelverfahren und der gegenseitigen Kostenersatzpflicht der beteiligten Verfahrensparteien.*

*Andreas Batliner*

## FÜRSTLICHER OBERSTER GERICHTSHOF

### Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 05.03.2021, 13 UR.2017.167

§§ 235 Abs 4, 238 Abs 3, 240 Abs 1 Z 4 und 241 Abs 1 StPO

**Soweit die angefochtene Entscheidung das Recht auf Beteiligung am Strafverfahren als Privatbeteiligter betrifft, ist die Anrufbarkeit des Obersten Gerichtshofes mit Revisionsbeschwerde zu bejahen.**

§§ 32 Abs 1 und 258 Abs 2 zweiter Satz StPO

**Als offensichtlich unberechtigt zurückzuweisen ist die Erklärung, sich dem Strafverfahren als Privatbeteiligter anzuschliessen, nur in solchen Fällen, in denen evident ist, dass selbst dann, wenn der dem Strafverfahren zugrundeliegende Tatvorwurf zutrifft, aus dem Sachverhalt kein zivilrechtlicher Anspruch des Geschädigten abgeleitet werden kann. Dass die Beurteilung, ob ein Anspruch des Privatbeteiligten tatsächlich besteht, allenfalls mit Schwierigkeiten verbunden ist, ist kein Zurückweisungsgrund.**

**Ob privatrechtliche Ansprüche, die nicht offensichtlich unberechtigt sind, wirklich bestehen, ist erst im Urteil zu entscheiden. Dies gilt nicht nur für die Entscheidung über die Tatfrage, sondern regelmässig auch für die (strittige) rechtliche Beurteilung des geltend gemachten privatrechtlichen Anspruchs.**

**Unzulässige Privatbeteiligtenansprüche sind möglichst frühzeitig zurückzuweisen.**

**Ein blosser Beteiligungsanspruch des Privatbeteiligten unabhängig von der Möglichkeit eines Privatbeteiligtenanspruchs im Urteil besteht nach der geltenden Rechtslage nicht mehr.**

§ 165 StGB

§ 1311 ABGB

**Der Tatbestand der Geldwäscherei stellt ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB zu Gunsten der durch die Vortat Geschädigten dar, das zum Schadenersatz verpflichtet, wobei der Rechtswidrigkeitszusammenhang mit dem eingetretenen Schaden bereits dann zu bejahen ist, wenn die übertretene Norm die Verhinderung eines Schadens lediglich mitbezweckt.**

Art 4 Abs 1 und Art 52 Abs 1 IPRG

**Das zur Beurteilung von Ansprüchen mit Auslandsbezug im Adhäsionsverfahren anwendbare materielle Recht ist nach den Vorschriften des internationalen Privatrechtes zu ermitteln.**

**Rechtsfragen sind kein Gegenstand der Beweisaufnahme und des Inhaltes von Tatsachenfeststellungen.**

(Rechtssätze des OGH)

### Sachverhalt

Das LG entschied im Verfahren gegen A wegen des Verdachtes des Verbrechens der Geldwäscherei nach § 165 Abs 1–3 StGB mit B vom 14.08.2020, dass die X als Privatbeteiligte gemäss § 32 Abs 1 StPO im gegenständlichen Verfahren zugelassen (Punkt 1) und ihrem Antrag auf vollumfängliche Akteneinsicht stattgegeben werde (Punkt 2.). Diese Entscheidung wurde wie folgt begründet: *«Aus dem Analysebericht ergibt sich, dass A von den Behörden von Z wegen des Verdachts der Beteiligung an der Unterschlagung/Veruntreuung von Vermögenswerten von der juristischen Person Y gesucht wird und gegen ihn sowie weitere ehemals leitende Angestellte in Z ein Strafverfahren behängt. A habe demnach als Hauptaktionär und leitender Angestellter der Y mit weiteren Beteiligten in den Jahren 2012 bis 2015 Vermögenswerte in erheblicher Höhe von Y in Z veruntreut und ins Ausland befördert. Es sollen dabei Vermögenswerte in grossem Umfang über verschiedene Gesellschaften [...] nach Liechtenstein transferiert worden sein. [...] Mit Schriftsatz 11.05.2020 erklärte die X den Anschluss als Privatbeteiligte zum gegenständlichen Verfahren und beantragte mit Schriftsatz vom 12.05.2020 vollumfänglich Einsicht in die Akten. [...] Die X sei eine nach dem Recht von Z gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung. [...] Die Y sei in Z für zahlungsunfähig und unter Zwangsverwaltung gestellt worden. Die Zwangsverwalterin habe die X als Gläubigerin der Y mit einer Forderung von XXX anerkannt. [...] Aus der bekannten Chronologie ergebe sich, dass die Untreuehandlungen des A bis kurz vor der Insolvenzeröffnung der Y angedauert und folglich Auswirkungen auf den Vermögensstand gehabt hätten. Schon deshalb sei ein Schaden der Privatbeteiligten verursacht worden. Der Verdächtige A soll über XXX auf ein Konto bei der Bank in Liechtenstein überwiesen haben, die aus Untreuehandlungen von ihm stammen sollen. Dadurch habe er Vermögen rechtswidrig dem Zugriff der Gläubiger der Y entzogen und ihre Befriedigung verunmöglicht. Aufgrund des bekannten Sachverhalts sei nicht nur von der Untreue nach § 153 StGB, begangen durch den Verdächtigen A, auszugehen, sondern er habe auch einen betrügerischen Konkurs nach § 156 zu verantworten. Es bestehe der Verdacht, dass A nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens inkriminierte Vermögenswerte, die dem Zugriff der Gläubiger der Y offen nach Liechtenstein verbracht habe. Der Tatbestand des betrügerischen Konkurses könne zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des handelnden Organs führen und somit könne die Privatbeteiligte durch die gegenständlich zu untersuchende Straftat unmittelbar rechtswidrig und kausal geschädigt worden sein, da die Insolvenzmasse für die Befriedigung der Forderung nicht ausreiche und sie in der Folge auf*

eine Insolvenzquote verwiesen werde (§§ 1295 iVm 1311 ABGB und § 156 StGB). Bestätige sich der Geldwäscherei verdacht, so könnten neben Schadenersatzansprüchen noch andere zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden. Die X sei daher durch den betrügerischen Konkurs und die darauffolgende Geldwäscherei verletzt und berechtigt, am Verfahren als Privatbeteiligte teilzunehmen. [...]

Hierzu hat das LG erwogen: [...] Nach der neueren Rechtsprechung des OG können entgegen der bisher bekannten Judikatur des StGH (etwa StGH 2015/58 ua.) gegen den Geldwäscher Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden, was auch für sogenannte Kettengeldwäscherei gilt. Dementsprechend können sich in Verfahren, die ausschliesslich wegen des Verdachts der Geldwäscherei nach § 165 StGB geführt werden, Privatbeteiligte anschliessen und einen unmittelbaren Schaden aus der Geldwäschereibehandlung geltend machen, da der aus der Vortat Geschädigte durch die geldwäschereiträchtige Handlung insoweit unmittelbar geschädigt wird, als es ihm verunmöglicht bzw erschwert wird, auf die ihm malversiv entzogenen Vermögenswerte zu greifen (vgl. dazu B des OG vom 24.09.2019 zu 11 UR.2019.282). A wird vorgeworfen, dass er in Z zum Nachteil der Y Vermögenswerte in grossem Umfang im Rahmen einer kriminellen Organisation veruntreut hat und diese Vermögenswerte über Scheingeschäfte und Briefkastenfirmen in ihm zurechenbare Gesellschaften einbrachte und so seiner Verfügungsmacht zuführte. Es besteht der Verdacht, dass es sich [dabei] um solche Gesellschaften handelt, die inkriminierte Vermögenswerte auf ihren Konten bei der Bank in Liechtenstein erhalten haben. Demnach besteht in Liechtenstein gegen A der Tatverdacht der Geldwäscherei nach § 165 Abs 1 bis 3 aF-StGB, was Gegenstand der vorliegenden Ermittlungen bildet.(...) Nach dem Vorbringen der X reicht die Masse der Y allerdings nicht aus, um ihre Forderung vollständig zu befriedigen. Gegenständlich liegen genügend Verdachtsmomente gegen A vor, dass dieser durch strafbare Handlungen erlangte Vermögenswerte der Y nach Liechtenstein verbrachte, andernfalls die gegenständlichen Vorerhebungen nicht eingeleitet bzw in der Zwischenzeit eingestellt worden wären. [...] Der mutmasslich widerrechtliche Entzug von Vermögenswerten der Y bedeutet letztlich auch den Entzug von Vermögenswerten der Gläubiger der Y und einen Schaden von ebendiesen, sofern mangels Masse deren Forderungen nicht vollständig befriedigt werden können. [...] Durch die Verbringung der deliktisch erlangten Vermögenswerte nach Liechtenstein wurden diese Vermögenswerte dem Zugriff der X entzogen. Im Zivilrechtsweg kann dieser Schaden (aus deliktischer Haftung gemäss § 1311 ABGB) im Inland aufgrund einer Schutznormverletzung geltend gemacht werden, zumal nach der aufgezeigten geltenden Rechtsprechung das Vergeben bzw Verbrechen der Geldwäscherei ein Schutzgesetz zugunsten der durch die Vortat Geschädigten darstellt und zum Schadenersatz verpflichtet. Es besteht daher ein ausreichender und schlüssig dargelegter Zusammenhang zwischen dem behaupteten Schaden der X und den A vorgeworfenen Straftaten in Liechtenstein und auch in Z. Nach der vorab aufgezeigten Rechtsprechung des OG hat die X vorliegend einen unmittelbaren Schaden dadurch

erlitten, als dass es ihr durch die hier gegenständlich vorgeworfene Geldwäschereibehandlung erschwert bzw verunmöglicht wurde, auf die mutmasslich in Z der Y und ihr malversiv entzogenen Vermögenswerte zu greifen. Dabei ist weiter unbeachtlich, ob die Vortat in Z – umgelegt auf die liechtensteinische Rechtslage – eine Untreue oder ein betrügerischer Konkurs darstellt. Es handelt es sich jedenfalls um eine strafbare Handlung und um Vortaten zur Geldwäscherei. Weiter kommt es auch nicht darauf an, ob der einzelne Gläubiger im Rahmen des Konkursverfahrens in Z gemäss dem dortigen Gesetz Ansprüche direkt gegen den mutmasslichen Schädiger A geltend machen kann oder nicht. Beachtlich ist, ob im Inland ein Schaden durch die dem Verdächtigen A vorgeworfene Geldwäschereibehandlung entstanden sein und auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden kann, was vorliegend – wie ausgeführt – zu bejahen ist.[...] Die X war daher als Privatbeteiligte zuzulassen.»

Mit B vom 12.11.2020 gab das OG der dagegen von A erhobenen Beschwerde Folge und änderte den angefochtenen B dahingehend ab, dass das Erklären der X, sich dem Strafverfahren als Privatbeteiligte anzuschliessen, zurückgewiesen wurde. Das Beschwerdegericht verwies zudem die X mit ihrem Akteneinsichtsantrag und den Verdächtigen mit seinem Aufschiebungsantrag auf diese Entscheidung: Es begründete seine Entscheidung wie folgt:

«3.1 Gemäss § 32 Abs 1 StPO kann jeder durch ein Verbrechen oder ein von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen in seinen Rechten Verletzte bis zum Beginn der Schlussverhandlung erklären, sich seiner privatrechtlichen Ansprüche wegen dem Strafverfahren als Privatbeteiligter anzuschliessen. Die Erklärung ist vom Gericht zurückzuweisen, wenn sie offensichtlich unberechtigt ist.

Offensichtlich unberechtigt ist das Anschlussklären dann, wenn die mangelnde Berechtigung «offensichtlich» ist, d.h. etwa dann, wenn aus dem Sachverhalt kein zivilrechtlicher Anspruch abgeleitet werden kann, wenn öffentlich-rechtliche Ansprüche geltend gemacht werden oder wenn ein Privatbeteiligtenanschluss wegen einer Insolvenzforderung erfolgt (Korn/Zöchbauer WK StPO § 67 Rz 14 1. Bulletpoint). Unzulässig ist eine Privatbeteiligung auch dann, wenn im Strafverfahren ein Zuspruch der behaupteten Ansprüche deshalb nicht erfolgen kann, weil es sich um ein Amtsdelikt handelt, da Schadenersatz im Rahmen des Amtshaftungsgesetzes nur gegenüber dem öffentlichen Rechtsträger geltend gemacht werden kann (LES 2019, 167).

Auch im vorliegenden Fall ist das Anschlussklären offensichtlich unberechtigt.

Denn die Beantwortung der Frage, ob der Privatbeteiligten gegen den Verdächtigen überhaupt ein zivilrechtlicher Anspruch zusteht, hängt von der Beurteilung komplexer zivilrechtlicher (auch: international-privatrechtlicher) Fragen ab, die aufgrund der Ergebnisse des Strafverfahrens nicht geklärt werden können und die Ermittlung ausländischen Rechts erfordern würden. [...]

3.2 Die Privatbeteiligte macht zusammengefasst Folgendes geltend: Sie habe zur Y eine Geschäftsbeziehung unterhalten. Der Verdächtige sei Hauptaktionär und leitender Angestellter der Y gewesen. Er habe gemeinsam mit anderen in den Jahren 2012 bis 2015 Vermögens-

werte der Y in Z veruntreut und diese ins Ausland, darunter auch nach Liechtenstein, befördert. Die Y sei in Z für zahlungsunfähig erklärt und unter Zwangsverwaltung gestellt worden. Von der Zwangsverwaltung sei die Privatbeteiligte als Gläubigerin mit einer Forderung von XXX anerkannt worden. Die Untreuehandlungen des Verdächtigen hätten bis kurz vor Insolvenzeröffnung andauert und folglich Auswirkungen auf den Vermögensstand gehabt. Es sei somit nicht nur – bei sinngemässer Umstellung auf liechtensteinisches Recht – vom Verbrechen der Untreue nach § 153 Abs 1 und 2 StGB auszugehen, sondern auch von einem von diesem – ebenfalls bei sinngemässer Umstellung – zu verantwortenden Verbrechen des betrügerischen Konkurses nach § 156 Abs 1 und 2 StGB. Beides seien Vortaten zur Geldwäscherei. Der Tatbestand des betrügerischen Konkurses könne zur zivilrechtlichen Haftung des handelnden Organs führen. Die Privatbeteiligte sei durch den betrügerischen Konkurs und die darauffolgende Geldwäscherei verletzt und damit berechtigt, am Verfahren als Privatbeteiligte teilzunehmen.

3.3 Voraussetzung für den Privatbeteiligtenanschluss ist es, dass ein privatrechtlicher Anspruch des den Anschluss Erklärenden vorliegt (§ 32 Abs 1 StPO). Diese Frage ist in einem Fall mit Auslandsbezug – wie hier – nach international-privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (Spenling in WK StPO Vor §§ 366 bis 379 Rz 90; in diesem Sinne auch Kodek in Kodek/Kert, HB Wirtschaftsstrafrecht Rz 20.23). Das heisst, es ist zunächst zu ermitteln, nach welchem Recht (Sachrecht) zu beurteilen ist, ob dem Gläubiger einer im Ausland (hier: in Z) domizilierten, nunmehr insolventen und unter Zwangsverwaltung stehenden juristischen Person (Y) ein direktes Forderungsrecht gegen das – nach der Verdachtslage – fehlbare Organ (hier: den Verdächtigen) zusteht, welches die Insolvenz (strafrechtlich) zu verantworten hat und in Bezug auf Vermögenswerte, die es der juristischen Person durch – bei sinngemässer Umstellung auf liechtensteinisches Recht – Kridahandlungen entzog, in Liechtenstein tatbestandsmässig im Sinne des § 165 StGB handelte, diese also hier «aushub».

Massgeblich sind hier die Art 52 Abs 1 IPRG («ausservertragliche Schadenersatzansprüche») und, da sich die Y offensichtlich im Insolvenzstadium befindet, die Art 232 und 235 Abs 2 PGR.

Von Art 52 Abs 1 IPRG (Art 48 öIPRG) werden ausservertragliche Schadenersatzansprüche, d.h. alle Schadenersatzansprüche umfasst, die nicht auf der Verletzung von Pflichten aus Schuldverhältnissen beruhen, so alle Haftungsarten, gleichgültig ob es sich um Verschuldens-, Gefährdungs-, Risiko- oder Erfolgshaftung handelt (Verschraegen in Rummeß § 48 Rz 21). Nach dieser Bestimmung wäre das Recht des Staates anzuwenden, in dem das den Schaden verursachende Verhalten gesetzt worden ist. Die Geldwäschereibehandlung wurde nach der Verdachtslage in Liechtenstein gesetzt, sodass liechtensteinisches Recht anzuwenden wäre. Allerdings gilt das dann nicht, wenn für die Beteiligten eine stärkere Beziehung zum Recht ein und desselben anderen Staates besteht. Dann ist nämlich dieses Recht massgebend. Das wäre hier der Fall, handelt es sich doch sowohl beim Verdächtigen als ehemaligem Hauptaktionär und leiten-

den Angestellten der Y, der in Z seine Tätigkeit ausübte, als auch bei der Y und bei der Privatbeteiligten jeweils um natürliche bzw juristische Personen, die durchwegs eine stärkere Beziehung nach Z bzw zum dortigen Recht aufweisen (Verschraegen aaO Rz 30 1. Punkt). Auch konkurrieren gesetzliche mit vertraglichen Schadenersatzansprüchen (Verschraegen aaO Rz 30 3. Punkt). Es liegt somit eine eindeutige Schwerpunktverlagerung (Verschraegen aaO Rz 29) vor, sodass die genannte «Ausweichklausel» greift und das Recht von Z anzuwenden wäre. Auch die Frage, welche Rechtswirkungen die Insolvenz der Y zeitigt und ob dem Gläubiger (und nicht nur der Masse bzw dem Zwangsverwalter) ein direkter Anspruch gegen das Organ zusteht, ist gemäss Art 235 Abs 2 PGR nach dem Recht von Z zu beurteilen. Insgesamt ist somit auf die Frage, ob der Privatbeteiligten ein direkter Forderungsanspruch gegenüber dem Verdächtigen zukommt, materielles Zivilrecht und Insolvenzrecht jeweils von Z anzuwenden.

3.4 Fragen des ausländischen Rechts sind im Strafverfahren weder Gegenstand von Beweisaufnahmen noch von Feststellungen (RIS Justiz RS0099342 [T 15]; Ratz in WK StPO § 281 Rz 343), wozu teilweise jedoch auch die Auffassung vertreten wird, dass zum ausländischen Recht Feststellungen zu treffen sind (RIS Justiz RS0092377). Wie dem auch immer sei, ob blosser Ermittlung oder Feststellung ausländischen Rechts: Unzweifelhaft ist in einem Fall wie hier ausländisches Recht zu ermitteln (Kirchbacher/Sadoghi in WK StPO § 246 Rz 48; Ratz aaO). Ratz (aaO) ist der Auffassung, dass das ausländische Recht formlos ermittelt werden kann. Kirchbacher/Sadoghi (aaO) vertreten dazu explizit, dass Sachverständigengutachten – anders als nach dem IPRG – keine Erkenntnisquelle für fremdes Recht darstellen.

Nach Auffassung des OG kann dem nicht gefolgt werden.

Das Adhäsionserkenntnis muss, um einer Nachprüfung zugänglich zu sein, auch begründet werden; die blosser Verweisung auf Gesetzesstellen genügt (im Allgemeinen) nicht (RIS Justiz RS0101290).

Es kann keinen Unterschied machen, ob die Verurteilung (zur Zahlung) in einem Zivilurteil oder im Wege eines Adhäsionserkenntnisses erfolgt. Sowohl die Sachverhaltsfeststellungen als auch die rechtliche Beurteilung müssen in beiden Fällen gleichwertig sein (vgl. Schmoller in WK StPO § 14 Rz 72 zur Beweislastverteilung «wie in einem entsprechenden Zivilprozess»). Alles andere (etwa ein herabgesetztes Begründungserfordernis im Adhäsionserkenntnis) wäre gleichheitswidrig.

Voraussetzung für einen Privatbeteiligtenanspruch wäre es vorliegend, dass – genauso wie in einem Zivilurteil – die hier massgeblichen ausländischen Normen ermittelt werden.

Die Ermittlung fremden Rechts nach § 4 öIPRG (Art 4 Abs 1 IPRG), worauf auch Kirchbacher/Sadoghi (aaO) Bezug nehmen, erfolgt entsprechend dem Grundsatz «iura novit curia» amtswegig. Die entsprechenden Kenntnisse muss sich der Rechtsanwender (Richter) von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens selbst verschaffen, wobei die Ermittlungspflicht von Parteibehauptungen über den Inhalt des fremden Rechts oder über die aus ihm abgeleiteten Ansprüche unabhängig ist (Verschrae-

gen aaO § 4 Rz 1). Zu den verfahrensrechtlichen Erhebungsmassnahmen zählen neben der Mitwirkung der Beteiligten und Auskünften der Regierung auch Sachverständigengutachten. Letzteres stellt die umfassendste, aber teuerste Lösung dar (Verschraegen aaO Rz 2). In diesem Sinne sieht § 271 Abs 1 ZPO vor, dass das in einem anderen Staatsgebiet geltende Recht des Beweises nur insofern bedarf, als es dem Gericht unbekannt ist, und das Gericht bei Ermittlung dieser Rechtsnormen auf die von den Parteien angebotenen Beweise nicht beschränkt ist, sondern alle zu diesem Zweck ihm nötig erscheinenden Erhebungen von Amts wegen einzuleiten hat.

Es handelt sich dabei aber nicht um eine Beweisaufnahme im technischen Sinn, sondern um ein Erhebungsverfahren eigener Art (Rechberger in Fasching/Konecny § 271 Rz 1). Bei der Einholung von Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht ist im Zivilprozess die Erläuterung des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung im Regelfall geboten (Rechberger aaO Rz 3).

Nach älteren Entscheidungen gilt § 271 ZPO auch für die Strafrechtspflege (RIS Justiz RS0040039).

Die verlässliche (§ 258 Abs 2 StPO) Ermittlung ausländischen Rechts kann, wie es gerichtsnotorisch den Regelfall im Zivilprozess darstellt, somit nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zum ausländischen Recht (analog zu Art 4 Abs 1 IPRG) erfolgen.

3.5 Die Einholung eines Gutachtens zum ausländischen (materiellen) Recht von Z zur Klärung der Berechtigung der von der Privatbeteiligten geltend gemachten zivilrechtlichen Forderung stellt keinen Teil des auf die Beurteilung der Schuld- und Straffrage abzielenden Strafverfahrens und auch keinen Teil der auf Aufklärung von strafbaren Handlungen, Verfolgung der Verdächtigen und Veranlassung des Erforderlichen wegen der Untersuchung und Bestrafung durch das Gericht (§ 21 Abs 1 StPO) abzielenden Vorerhebungen dar. Die Amtswegigkeit ist jedoch auf das spezifisch strafrechtliche Anliegen beschränkt und bezieht sich nicht auf privatrechtliche Ansprüche (Schmoller in WK StPO § 2 Rz 4).

§ 258 Abs 2 StPO entspricht der Stammfassung des § 366 Abs 2 öStPO (Wiederverlautbarung mit BGBl 631/1975). Damit ist nach liechtensteinischem Strafrecht schon dann mit einer Verweisung auf den Zivilrechtsweg vorzugehen, wenn die Ergebnisse des Strafverfahrens nicht ausreichen, um aufgrund derselben über die Ersatzansprüche verlässlich urteilen zu können. Zur damaligen Rechtslage in Österreich, die mit der aktuellen Rechtslage in Liechtenstein übereinstimmt, wurde auch in der Literatur keine vom Wortlaut abweichende Meinung vertreten. So verweisen Roeder (Handbuch des österreichischen Strafrechts<sup>2</sup> 77) und Lohsing/Serini (Österreichisches Strafrecht<sup>3</sup> 500) jeweils darauf, dass die Verweisung auf den Zivilrechtsweg zu erfolgen hat, wenn im Falle einer Verurteilung die Ergebnisse des Strafverfahrens zu einer verlässlichen Entscheidung über die privatrechtlichen Ansprüche nicht ausreichen.

Aber auch nach der nicht übernommenen Rechtslage im Herkunftsland der Norm (intertemporal und aktuell) würde nichts anderes gelten.

§ 366 öStPO wurde mit BGBl 169/1978 abgeändert und erhielt – soweit hier massgeblich – die Textierung, wonach zur Beurteilung des geltend gemachten zivil-

rechtlichen Anspruchs auch noch einfache zusätzliche Erhebungen durchzuführen sind. Im Einführungserslass des BMJ vom 31.03.1978, JABl. 13/1978 (Mayerhofer, Das österreichische Strafrecht, Viertes Teil, Verordnungen und Erlässe<sup>4</sup> 825 ff), ist dazu festgehalten, dass keineswegs verkannt wird, dass in manchen Fällen triftige Gründe vorliegen können, die eine Verweisung auf den Zivilrechtsweg geboten erscheinen lassen. Ebenso wenig werde der Umstand ausser Acht gelassen, dass eine Befassung mit den Ansprüchen des Geschädigten eine gewisse Mehrbelastung für den Strafrichter mit sich bringe. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass dem Strafrichter schon durch die Bestimmung des § 365 Abs 1 öStPO die Verpflichtung auferlegt sei, von Amts wegen die Umstände zu erheben, die für eine Entscheidung über die privatrechtlichen Folgen der Tat erheblich seien. Im Falle des Anschlusses eines Privatbeteiligten bestehe nach § 365 Abs 2 öStPO die zusätzliche Verpflichtung, den Beschuldigten darüber zu vernehmen und die zur Erforschung des Schadens nötigen Erhebungen zu pflegen. Sodann wörtlich: «Gewiss wird das Ergebnis dieser amtswegigen Erhebungen in manchen Fällen keine ausreichende Grundlage für eine Entscheidung im Anschlussverfahren darstellen. Eine Verweisung auf den Zivilrechtsweg ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn weitere Beweisaufnahmen erforderlich wären, die eine ernstliche Behinderung oder nicht nur geringfügige Verzögerung des Strafverfahrens nach sich ziehen würden.»

Letzteres («ernstliche Behinderung»; «nicht nur geringfügige Verzögerung des Strafverfahrens») wurde der Sache nach zum Gegenstand der mit BGBl I Nr 93/2007 erfolgten neuerlichen Novellierung des § 366 Abs 2 öStPO gemacht. Diese Bestimmung lautet nunmehr wie folgt:

«Bieten die Ergebnisse des Strafverfahrens keine ausreichende Grundlage für eine auch nur teilweise Beurteilung des geltend gemachten privatrechtlichen Anspruchs (§ 69 Abs 1), so ist der Privatbeteiligte auch in diesem Fall auf den Zivilrechtsweg zu verweisen, es sei denn, dass die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen durch eine die Entscheidung in der Schuld- und Straffrage nicht erheblich verzögernde Beweisaufnahme ermittelt werden können.»

Damit ist gemeint, dass dann, wenn zur Klärung der privatrechtlichen Ansprüche zusätzliche Beweisaufnahmen notwendig sind, diese durchzuführen sind, soweit sie die Entscheidung über die Anklage «nicht erheblich» verzögern (Spenling aaO § 366 Rz 4).

Nun kann es dahingestellt bleiben, ob auch schon die Rezeptionsvorlage (bis zur Abänderung mit BGBl. 1978/169) den Strafrichter zur Durchführung einfacher zusätzlicher Erhebungen verpflichtete, was dem Einführungserslass entnommen werden könnte, bzw ob § 366 Abs 2 öStPO idgF tatsächlich etwas davon substantiell Abweichendes anordnet (eine die Entscheidung in der Schuldfrage nicht erheblich verzögernde Beweisaufnahme dürfte im Regelfall mit einfachen zusätzlichen Erhebungen gleichzusetzen sein).

Denn die Ermittlung ausländischen Rechts durch die gebotene Einholung eines Rechtsgutachtens stellt in keinem Fall eine «einfache» zusätzliche Erhebung dar und verzögert die Entscheidung in der Schuldfrage – vorliegend: die Vorerhebungen – jedenfalls erheblich. Zwar

würde dies keine Beweisaufnahme (Spending aaO § 366 Rz 4) darstellen, jedoch käme die Einholung eines Gutachtens zum ausländischen Recht einer (verzögernden) Beweisaufnahme gleich.

3.6 Dies alles bedeutet: Zufolge Vorliegens eines Sachverhalts mit Auslandsberührung wäre zur Beurteilung, ob der von der Privatbeteiligten geltend gemachte Anspruch gegenüber dem Verdächtigen besteht, der Sachverhalt nach der Rechtsordnung zu beurteilen, der sich aus dem Internationalen Privatrecht ergibt (Verweisungsnorm; Art 1 Abs 1 IPRG). Dies wäre nach Art 52 Abs 1 IPRG und Art 235 Abs 2 PGR das Recht von Z (vgl. wiederum Spending aaO Vor §§ 366 bis 379 Rz 90). Dieses Recht ist dem Gericht unbekannt (§ 271 Abs 1 ZPO sinngemäss). Zur Ermittlung dieses Rechts wäre es erforderlich, ein Sachverständigengutachten einzuholen, wie es auch im Zivilprozess regelmässig der Fall ist (gerichtsnotorisch). Mit den von den Parteien aufgestellten Behauptungen bzw vorgelegten Unterlagen kann das dortige Recht nicht verlässlich ermittelt werden. Es würde im Übrigen eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellen, würde im Falle, dass die Privatbeteiligte den Verdächtigen vor den ordentlichen Zivilgerichten des Fürstentums Liechtenstein klagt, zur Feststellung ausländischen Rechts ein Sachverständigengutachten eingeholt werden, würde man jedoch für das Adhäsionsverfahren, in welchem es letztlich genauso um den Zuspruch einer geltend gemachten zivilrechtlichen Forderung geht, die Einholung eines Sachverständigengutachtens als Erkenntnisquelle für ausländisches Recht ablehnen (wie es Kirchbacher/Sadoghi aaO Rz 48 vertreten) bzw sich auf die formlose Ermittlung ausländischen Rechts (Ratz aaO Rz 343) beschränken.

Damit steht bereits jetzt fest, dass es, selbst wenn der hier gegenständliche Sachverhalt (Geldwäscherei des Verdächtigen mit der Vortat des – bei sinngemässer Umstellung – Verbrechens des betrügerischen Konkurses nach § 156 Abs 1 und 2 StGB, begangen als Hauptaktionär bzw leitendes Organ der Y) angeklagt und der Verdächtige anklagekonform verurteilt würde, die adhäsionsweise Verurteilung zur Bezahlung der von der Privatbeteiligten geltend gemachten Forderung (und zwar auch die Verurteilung zur Bezahlung auch nur eines Teilbetrages) ausgeschlossen wäre. Denn das dann erkennende Gericht (Kriminalgericht; Einzelrichter) müsste zuvor amtswegig ein Gutachten zum ausländischen Privatrecht einholen und dieses mit den Parteien erörtern. Die Einholung eines derartigen Gutachtens wäre jedoch nicht Teil des Strafverfahrens, nämlich zur Klärung von Schuld oder Unschuld des (dann) Beschuldigten/Angeklagten erforderlich, sodass es gar nicht eingeholt werden dürfte, da die Amtswegigkeit auf das spezifisch strafrechtliche Anliegen beschränkt ist und sich nicht auf privatrechtliche Ansprüche bezieht (Schmoller in WK StPO § 2 Rz 4).

Nun ist es jedoch evident, dass dann, wenn der Zuspruch der vom Privatbeteiligten geltend gemachten Forderung ausgeschlossen ist, auch kein Anschluss als Privatbeteiligter erfolgen kann. Dazu der OGH in LES 2018, 289 (290 li. Sp.): «Die Anschlussklärung ist nur dann zurückzuweisen, wenn sie offensichtlich unberechtigt ist oder verspätet abgegeben wurde. Offensichtlich un-

berechtigt ist sie, wenn schon nach ihrem Inhalt augenscheinlich ist, dass ein rechtliches Interesse an der Privatbeteiligung nicht bzw nicht mehr gegeben ist, weil sie zu keinem Zuspruch im Strafverfahren führen kann.» Als Beispiele dafür werden bei Korn/Zöchbauer (aaO § 67 Rz 14 1. Bulletpoint) folgende Fälle angeführt: Wenn aus dem Sachverhalt kein zivilrechtlicher Anspruch abgeleitet werden kann, wenn ein öffentlich-rechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, wenn die Forderung bereits befriedigt wurde, wenn bereits ein Exekutionstitel vorliegt oder wenn ein Privatbeteiligtenanschluss wegen einer Insolvenzforderung erfolgt. Zu ergänzen ist dies noch um behaupteten, aus einem Amtsdelikt resultierenden Schadenersatz (LES 2019, 167).

Der hier zu beurteilende Sachverhalt ist mit diesen Fällen vergleichbar: Es steht bereits jetzt fest, dass aufgrund der Konzeption des Strafverfahrens kein Gutachten zum ausländischen Recht eingeholt werden kann und somit die Ergebnisse des Strafverfahrens nicht ausreichen und auch nicht ausreichen werden, um verlässlich über die von der Privatbeteiligten geltend gemachten Forderungen entscheiden zu können (§ 258 Abs 2 StPO).

Steht dies jedoch jetzt bereits fest, kann auch schon im Vorverfahren (hier: während der Vorerhebungen) kein Privatbeteiligtenanschluss erfolgen und erweist sich die Erklärung somit offensichtlich als unberechtigt im Sinne von § 32 Abs 1 letzter Satz StPO, weshalb sie zurückzuweisen war.

Dem steht auch nicht § 4 StPO («unerlässlich») entgegen, da, selbst wenn man die Pflicht zur umfassenden Erhebung auch auf privatrechtliche Umstände beziehen würde (Schmoller in WK StPO [47. Lfg] § 4 Rz 8), diese Pflicht nicht so weit gehen kann, dass amtswegig ein Gutachten zum ausländischen Zivilrecht eingeholt werden müsste.

3.7 Dazu kommt: Würde man die gegenteilige Auffassung vertreten, nämlich dass zur Beurteilung der zivilrechtlichen Ansprüche der Privatbeteiligten ein Rechtsgutachten aus dem ausländischen Recht einzuholen wäre, so würden dafür, da es sich ja («iura novit curia») um die amtswegige Einholung eines Gutachtens handelt, im alleinigen Interesse eines Privaten (hier: der Privatbeteiligten) Amtsgelder (öffentliche Gelder) zu verwenden sein und hätte das Strafgericht (auch schon im Vorverfahren) massgebliche Kapazitäten dafür aufzuwenden, um das ausländische Recht festzustellen.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Parteien (Privatbeteiligte bzw Verdächtiger) zur Untermauerung ihrer Standpunkte, wonach die von der Privatbeteiligten geltend gemachte Forderung gegenüber dem Verdächtigen nach ausländischem Recht geltend gemacht werden kann (Standpunkt der Privatbeteiligten) bzw wonach dem eben nicht so ist (Standpunkt des Verdächtigen), mehrere Schriftsätze (auch noch im Beschwerdeverfahren) mit umfangreichen Beilagen vorgelegt haben, die im Falle der Bejahung der Verpflichtung, ein Gutachten zum ausländischen materiellen Recht einzuholen, jeweils zu behandeln und zu erörtern wären. Dies würde dem Grundsatz der Prozessökonomie und insbesondere auch dem aus der EMRK (Art 6 Abs 1) abgeleiteten Anspruch des Verdächtigen auf «zügige Erledigung» (arg. «innerhalb einer angemessenen Frist») dia-

metral zuwiderlaufen (in diesem Sinne, worauf in der Beschwerde zutreffend hingewiesen wird, auch Korn/Zöchbauer aaO § 67 Rz 3 zweiter Absatz).

Dies steht auch mit der vom öOGH aus § 67 Abs 5 öStPO abgeleiteten Verpflichtung (derselben Auffassung: Korn/Zöchbauer in WK StPO § 67 Rz 15 und Kodek aaO Rz 20.55), im Interesse der Verfahrensökonomie und der Vermeidung unnötiger Prozesskosten möglichst frühzeitig über unzulässige Privatbeteiligtenanschlüsse zu entscheiden (12 Os 115/10v), im Einklang, die – bei vergleichbarer Rechtslage (§ 32 Abs 1 letzter Satz StPO) – auch auf den liechtensteinischen Rechtsbereich übertragen werden kann.

Hingegen steht es der Privatbeteiligten jederzeit frei, gegen den Verdächtigen, vor welchem Gericht auch immer, die von ihr geltend gemachten Ansprüche im Rahmen eines Zivilverfahrens einzuklagen.

3.8 Damit war der Privatbeteiligtenanschluss zurückzuweisen.

Mit ihrem Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht gemäss § 32 Abs 2 Z 2 StPO war die Privatbeteiligte auf diese Entscheidung zu verweisen.»

Der OGH gab der von X gegen diesen B erhobenen Revisionsbeschwerde Folge und änderte ihn dahin ab, dass der Beschwerde des A gegen den B des LG gegen die Zulassung der X als Privatbeteiligte keine Folge gegeben wird. Die Verweisung der X mit ihrem Antrag auf Akteneinsicht auf die Entscheidung des OG wurde aufgehoben und die Rechtssache in diesem Umfang unter Bindung an die Rechtsansicht des OGH zur neuerlichen Entscheidung an das OG zurückverwiesen.

### Aus den Entscheidungsgründen

9. Der OGH hat hiezu Folgendes erwogen: Die Revisionsbeschwerde ist rechtzeitig und aus folgenden Gründen auch zulässig:

9.1 Nach § 240 Abs 1 Z 4 StPO kann – neben den Fällen der Z 1 bis Z 3 dieser Gesetzesstelle – gegen Entscheidungen des OG der Entscheid des OGH angerufen werden in allen übrigen Fällen, in denen nicht die Beschwerde an den OGH ausgeschlossen ist und keine gleichlautenden Entscheidungen gemäss § 238 Abs 3 StPO vorliegen.

9.1.1 Nach § 238 Abs 3 StPO findet gegen Entscheidungen des OG, die einer bei diesem Gericht eingereichten Beschwerde keine Folge geben, keine Weiterziehung mehr statt, sofern das Gesetz eine Ausnahme nicht begründet. Eine solche Disformentscheidung zwischen erster und zweiter Instanz, bei welcher das Weiterziehungsverbot des § 238 Abs 3 StPO nicht Platz greift, liegt hier vor.

9.1.2 Gemäss § 241 Abs 1 StPO kann Beschwerde von allen Personen erhoben werden, die berechtigt sind, Berufung einzulegen oder welchen – wie im vorliegenden Fall – durch einen B oder eine Verfügung Rechte verweigert werden oder Pflichten entstehen. § 244 StPO normiert, dass auf die Beschwerde, soweit im Vorstehenden keine Abweichung enthalten ist, die Bestimmungen über die Berufung und die Revision entsprechend Anwendung findet. Privatbeteiligte und Subsidiarankläger haben gemäss § 235 Abs 4 StPO kein Revisionsrecht.

Diese – nach § 244 StPO grundsätzlich auch für das Beschwerdeverfahren geltende – Regelung des § 235 Abs 4 StPO ist auf die vorliegende Fallkonstellation allerdings nicht anzuwenden. Hier geht es im Sinne des § 241 Abs 1 StPO darum, dass das OG als Beschwerdeinstanz der Revisionsbeschwerdeführerin die Stellung einer Privatbeteiligten abgesprochen hat. Bei dieser ihr Recht auf Beteiligung am Strafverfahren als Privatbeteiligte betreffenden Entscheidung ist im Hinblick auf die Disformentscheidungen der Vorinstanzen die Anrufbarkeit des OGH mit Revisionsbeschwerde ausnahmsweise zu bejahen (LES 2004, 117; LES 2017, 135; OGH 11 UR.2015.175 GE 2017, 211; LJZ 2019, 103/2; OGH 09 KG.2018.17, GE 2020, 58). Der Revisionsbeschwerde kommt auch Berechtigung zu.

9.2 Gemäss § 32 Abs 1 StPO kann jeder durch ein Verbrechen oder ein von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen in seinen Rechten Verletzte bis zu Beginn der Schlussverhandlung erklären, sich seiner privatrechtlichen Ansprüche wegen dem Strafverfahren als Privatbeteiligter anzuschliessen. Soweit dies nicht offensichtlich ist, sind die Berechtigung, am Verfahren mitzuwirken, und die Ansprüche auf Schadenersatz oder Entschädigung zu begründen. Die Erklärung ist vom Gericht zurückzuweisen, wenn sie offensichtlich unberechtigt ist oder verspätet abgegeben wurde.

9.2.1 Die Bestimmung des § 32 Abs 1 StPO wurde vom österreichischen Recht rezipiert und entspricht in ihrem ersten Satz § 47 Abs 1 öStPO aF, im zweiten Satz § 67 Abs 2 zweiter Satz öStPO idGF und im letzten Satz § 67 Abs 4 Z 1 und 2 öStPO idGF, sodass zur Auslegung auch die jeweilige österreichische Judikatur und Rechtsprechung heranzuziehen ist.

9.2.2 Mit der Erklärung, sich am Strafverfahren beteiligen zu wollen, um Ersatz für seinen entstandenen Schaden zu erhalten, wird der in seinen Rechten Verletzte zum Privatbeteiligten. Der Privatbeteiligte muss einen vermögensrechtlichen Schaden erlitten haben, der durch die strafbare, von Amts wegen zu verfolgende Handlung entstanden ist. Damit ist zwar nicht nur der «tatbestandsrelevante Schaden», also die aus der Verletzung des von einer in Betracht kommenden Strafnorm unmittelbar geschützten Rechtsguts resultierende Beeinträchtigung gemeint, der (mögliche oder behauptete) Schaden muss jedoch aus einer solchen strafbaren Handlung und dem ihr zugrunde liegenden, im Hauptverfahren als Tat im prozessualen Sinn durch die Anklage definierten historischen Geschehen ableitbar sein (öOGH 11 Os 2/15a). Es genügt, wenn schlüssig das Bestehen eines durch die Straftat entstandenen Anspruchs behauptet wird, den der angeblich Geschädigte seiner Art nach im Zivilrechtsweg (noch) geltend machen könnte, sofern sich aus der Behauptung ein vernünftiger Zusammenhang zwischen Straftat und Anspruch ableiten lässt (Korn/Zöchbauer, WK-öStPO § 67 Rz 8; Spenling, WK-öStPO Vor §§ 366–379 Rz 50; RIS-Justiz RS0095973, RS0096780). Ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Bestimmung und einem eingetretenen Schaden ist bereits dann anzunehmen, wenn die übertretene Norm die Verhinderung des später eingetretenen Schadens mit bezweckt (LES 2008, 32; öOGH 8 Ob 124/17v, 1 Ob 143/07x; StGH 2015/58, Erw 2.2).

9.4 Die Erklärung, sich dem Strafverfahren als Privatbeteiligter anzuschliessen, ist ausschliesslich dann zurückzuweisen, wenn sie offensichtlich unberechtigt ist oder verspätet abgegeben wurde. Offensichtlich unberechtigt ist sie, wenn schon nach ihrem Inhalt augenscheinlich ist, dass ein rechtliches Interesse an der Privatbeteiligung nicht bzw nicht mehr gegeben ist, weil sie zu keinem Zuspruch im Strafverfahren führen kann. Die Zurückweisung des Anschlusses kommt daher nur in solchen Fällen in Betracht, in denen evident ist, dass selbst dann, wenn der dem Strafverfahren zugrundeliegende Tatvorwurf zutrifft, aus dem Sachverhalt kein zivilrechtlicher Anspruch des Geschädigten abgeleitet werden kann (LES 2018, 289/1). Dies schränkt die Möglichkeiten der Zurückweisung auf wenige denkbare Fälle ein, wie zB die bereits erfolgte Befriedigung des Opfers, den Verzicht auf den gesamten Anspruch oder das Bestehen eines Exekutionstitels gegen den Angeklagten zugunsten des Opfers (*Spending* aaO Rz 54; *Korn/Zöchbauer* aaO Rz 14).

9.4.1 Offensichtlich unberechtigt ist eine Anschlussklärung auch dann, wenn der Privatbeteiligtenanschluss wegen einer Insolvenzforderung erfolgt (*Korn/Zöchbauer* aaO Rz 14; RIS-Justiz RS0127125). Allerdings hat die Unzulässigkeit von Beteiligungsansprüchen wegen Insolvenzforderungen nur solche Sachverhalte zum Gegenstand, in denen sich die geltend gemachte Forderung, derentwegen der Anschluss erklärt wird, als Insolvenzforderung gegen den in Insolvenz gefallenen Schädiger darstellt. Nur in diesem Fall ist das Opfer mit seinen sich als Insolvenzforderung darstellenden Ansprüchen auf das Insolvenzverfahren und die dortige Geltendmachung der Forderung mittels Anmeldung beschränkt. Beim Verdächtigen handelt es sich jedoch nicht um den in Insolvenz gefallenen Schädiger, sodass die erwähnte Judikatur auf den gegenständlichen Fall nicht anzuwenden ist.

9.5 Im Interesse der Verfahrensökonomie und der Vermeidung unnötiger Prozesskosten sind unzulässige Privatbeteiligtenansprüche möglichst frühzeitig zurückzuweisen (öOGH 12 Os 115/10; *Spending* aaO Rz 55; *Korn/Zöchbauer* aaO Rz 15).

9.6 Ob privatrechtliche Ansprüche, die nicht offensichtlich unberechtigt sind, wirklich bestehen, ist erst im U zu entscheiden. Dies gilt nicht nur für die Entscheidung über die Tatfrage, sondern regelmässig auch für die (strittige) rechtliche Beurteilung des geltend gemachten privatrechtlichen Anspruchs (*Spending* aaO Rz 54).

9.7 Entgegen der früheren Rechtslage, die sich an § 47 öStPO aF orientierte und einen Beteiligungsanspruch des Privatbeteiligten unabhängig von der Möglichkeit eines Privatbeteiligungszuspruchs im U anerkannte, ist seit Einführung der Bestimmung des § 32a Abs 1 StPO mit LGBI 2012 Nr 26 (als Rezeptionsvorlage diente § 69 Abs 1 öStPO idGF) ein Anschluss als Privatbeteiligter nur mehr in Verknüpfung mit einem (nicht offensichtlich unberechtigten) Anspruch auf Leistung, Feststellung oder Rechtsgestaltung zulässig (siehe dazu auch StGH 2015/58, Erw 2.2).

9.8 Regelungsziel des Tatbestands der Geldwäscherei ist die Verhinderung der wirtschaftlichen Disposition über die durch Begehung bestimmter Delikte erlangten Vermögenszuwächse. Normzweck ist die Unverwertbar-

keit kriminell kontraminierten Vermögens (öOGH 13 Os 4/15k; 15 Os 55/17b). Der Tatbestand der Geldwäscherei stellt ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB zu Gunsten der durch die Vortat Geschädigten dar, das zum Schadenersatz verpflichtet, wobei der Rechtswidrigkeitszusammenhang mit dem eingetretenen Schaden bereits dann zu bejahen ist, wenn die übertretene Norm die Verhinderung eines Schadens lediglich mitbezweckt (LES 2008, 32; öOGH 1 Ob 142/06y).

9.9 Nach der derzeitigen Verdachtslage verbrachte der Verdächtige A durch strafbare Handlungen erlangte Vermögenswerte der Y nach Liechtenstein. Nachvollziehbar hat die Privatbeteiligte vorgebracht, dass durch die Verbringung der deliktisch erlangten Vermögenswerte nach Liechtenstein diese ihrem Zugriff entzogen wurden. Wie das Erstgericht daher zutreffend ausgeführt hat, hat die Revisionsbeschwerdeführerin (nach ihrem schlüssigen Vorbringen) einen unmittelbaren Schaden dadurch erlitten, als es ihr durch die dem Verdächtigen zur Last gelegte Geldwäschereihandlung erschwert bzw verunmöglicht wurde, auf die mutmasslich in Z der Y und ihr malversiv entzogenen Vermögenswerte zu greifen. Dem Erstgericht ist auch darin beizupflichten, dass es unbeachtlich ist, ob die Vortat in Z umgelegt auf die liechtensteinische Rechtslage eine Untreue oder einen betrügerischen Konkurs darstellt, da es sich jedenfalls um eine strafbare Handlung und um Vortaten zur Geldwäscherei handelt.

9.10 Die Bejahung der inländischen Gerichtsbarkeit sagt für die Durchsetzung der privatrechtlichen Ansprüche im Adhäsionsverfahren nichts über das zur Beurteilung der Ansprüche anwendbare materielle Recht aus, vielmehr ist dieses nach den Vorschriften des internationalen Privatrechts zu ermitteln (*Spending* aaO Rz 90; *Kodek* in *Kert/Kodek*, Das grosse Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Rz 20.23).

9.11 Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die Geldwäschereihandlung nach der Verdachtslage in Liechtenstein gesetzt wurde und (auch) für die Beurteilung der Schadenersatzansprüche der Privatbeteiligten liechtensteinisches Recht anzuwenden wäre. Nicht gefolgt werden kann jedoch der Argumentation des Beschwerdegerichtes in Bezug auf die «Ausweisklausel» nach Art 52 Abs 1 IPRG (gleichlautend wie § 48 Abs 1 öIPRG aF), da für die Anwendung der Ausweisklausel die haftungsrelevanten Beziehungen der Parteien zu einem anderen Recht so deutlich überwiegen müssen, dass die Verbindungen zum Handlungsort nur nebensächlich und zufällig erscheinen. Dies ist bei der Geltendmachung blosser Vermögensschäden in der Regel nicht der Fall (RIS-Justiz RS0087551; öOGH 6 Ob 163/06y).

9.12 Auch der Argumentation des Beschwerdegerichtes, dass es «gerichtsnotorisch» sei, dass die verlässliche Ermittlung ausländischen Rechtes nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zum ausländischen Recht möglich wäre, ist nicht zu folgen. Nach ständiger Rechtsprechung scheiden aufgrund des verfahrensrechtlichen Grundsatzes «*iura novit curia*» Rechtsfragen als Gegenstand der Beweisaufnahme und als Inhalt von Tatsachenfeststellungen aus. Sachverständigengutachten bilden im Strafverfahren keine Erkenntnisquelle für fremdes Recht. Vielmehr hat das Gericht das anzuwen-

dende Recht selbständig zu ermitteln (*Lendl*, WK-StPO § 258 Rz 45; RIS-Justiz RS0130194; *Kirchbacher/Sadoghi*, WK-StPO § 246 Rz 48; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 343, 459; öOGH 14 Os 47/20y).

9.12.1 Nach Art 4 Abs 1 IPRG ist fremdes Recht ebenfalls von Amts wegen zu ermitteln, wobei zulässige Hilfsmittel dafür die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte der Regierung, aber auch Sachverständigengutachten sind. Wie sich der Richter die notwendigen Kenntnisse des fremden Rechts verschafft, liegt in seinem Ermessen (RIS-Justiz RS0045163; RS0040189; öOGH 1 Ob 33/19p). Es trifft daher nicht zu, dass die Einholung eines Rechtsgutachtens zur Ermittlung ausländischen Rechts unbedingt erforderlich wäre. Zudem ist der in diesem Zusammenhang vom OG genannte Gleichheitsgrundsatz – weil im Zivilprozess das ausländische Recht nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens verlässlich ermittelt werden könne und es gleichheitswidrig sei, wenn dies im Strafverfahren nicht erfolge – nicht heranzuziehen, weil das Gleichbehandlungsgebot im Sinne von Art 31 Abs 1 LV sich nur auf die gleiche Behörde bezieht (LES 2019, 123; StGH 2013/184, Erw 4.1; StGH 2012/172, Erw 3.1; StGH 2020/033, Erw 6.1).

9.13 Ungeachtet dessen kann dahingestellt bleiben, welches Recht letztlich auf die Ansprüche der Privatbeteiligten anzuwenden ist, zumal diese Frage zum derzeitigen Zeitpunkt auch nicht zu beantworten ist, weil sie für die Entscheidung, ob die Anschlussklärung der Privatbeteiligten zurückzuweisen ist oder nicht, nicht von Relevanz ist. Einen aus der A nach derzeitiger Verdachtslage zur Last gelegten Geldwäschereihandlung abgeleiteten Anspruch der Privatbeteiligten gegen den Verdächtigen hat das OG gar nicht ausgeschlossen, jedoch damit argumentiert, dass die Beurteilung, ob ein solcher Anspruch tatsächlich besteht, von komplexen zivilrechtlichen Fragen abhängt, die auch die Ermittlung ausländischen Rechts erforderten. Der Umstand, dass es möglicherweise schwierig werden würde, verlässlich über die von der Privatbeteiligten geltend gemachten Forderungen entscheiden zu können, macht ihren Anspruch nicht «offensichtlich unberechtigt» und stellt keinen Zurückweisungsgrund dar.

9.14 Wie bereits oben ausgeführt, ist über die materielle Berechtigung der Privatbeteiligtenansprüche erst im U zu entscheiden und hat das Strafgericht den Privatbeteiligten für den Fall, dass die Ergebnisse des Strafverfahrens nicht ausreichen, um aufgrund derselben über die Ersatzansprüche verlässlich urteilen zu können, gemäss § 258 Abs 2 zweiter Satz StPO auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Dafür, dem Privatbeteiligten aufgrund vorausichtlicher Schwierigkeiten bei der Beurteilung seines geltend gemachten Anspruchs von vornherein einen Anspruch auf Verfahrensbeteiligung abzusprechen, besteht hingegen keine gesetzliche Grundlage.

9.15 Es kann daher keine Rede davon sein, dass zum derzeitigen Zeitpunkt bereits evident ist, dass selbst dann, wenn der dem Strafverfahren zugrundeliegende Tatvorwurf zutrifft, aus dem Sachverhalt ein zivilrechtlicher Anspruch der Geschädigten nicht abgeleitet werden könnte. In Stattgebung der Revisionsbeschwerde war daher der angefochtene B des OG in Bezug auf die Zurückweisung des Erklärens der X, sich dem Strafver-

fahren als Privatbeteiligte anzuschliessen, wie im Spruch abzuändern. [...]

## Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 10.09.2021, SV.2020.50

### Art 78bis IVG

#### Wiedererwägung einer bereits rechtskräftig zugesprochenen IV-Rente.

**Abzustellen ist nur auf eine formell rechtskräftige Verfügung oder Entscheidung. Es wird nicht unterschieden, ob schon die erstinstanzliche Verfügung nicht bekämpft wurde oder diese erst nach Durchlaufen des Instanzenzuges formell in Rechtskraft erwachsen ist.**

**Auch eine durch die Gerichte überprüfte Entscheidung der Invalidenversicherung kann auf einer unrichtigen Sachverhaltsgrundlage basieren. Dies kann unter anderem darin gelegen sein, dass nachträglich Beweisergebnisse hervorkommen, die bei der ursprünglichen Entscheidung noch nicht vorgelegen sind.**

**Voraussetzung für die Wiedererwägung ist nicht, dass die Verfügung oder Entscheidung klar fehlerhaft ist.**

**Eine Abwägung der Interessen des Versicherten und der Invalidenversicherung bzw der Allgemeinheit findet nicht statt.**

**Dass die vorzunehmende Berichtigung von erheblicher Bedeutung nach Art 78bis IVG ist, ist jedenfalls bei einer für eine gewisse Dauer ausbezahlten Invalidenrente anzunehmen.**

### [Rechtssätze des OGH]

#### Sachverhalt

1. Dem Antragsteller wurde mit Verfügung der Antragsgegnerin vom 07.05.2013 eine Viertelsrente der Invalidenversicherung zuerkannt. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Mit Verfügung vom 12.03.2014 sprach die Antragsgegnerin aus, dass die bisher zuerkannte Viertelsrente weiterhin ausgerichtet, diese jedoch nicht erhöht werde.

Am 28.10.2016 erliess die Antragsgegnerin eine Verfügung, mit der ein Antrag des Antragstellers auf Erhöhung der IV-Rente abgewiesen und Folgendes ausgesprochen wurde: «Weiterausrichtung der bisherigen Viertelsrente». Begründet wurde dies damit, dass sich bei einem Valideneinkommen von CHF 86'432.00 und einem Invalideneinkommen von CHF 44'095.00 eine invaliditätsbedingte Erwerbseinbusse in Höhe von CHF 42'337.00 errechne,

sodass sich ein Invaliditätsgrad von (aufgerundet) 49% ergebe.

Mit Vorstellung vom 24.11.2016 gegen die Verfügung vom 28.10.2016 beantragte der Antragsteller, ihm eine halbe IV-Rente auszurichten. In der Folge holte die Antragsgegnerin bei der Arbeitgeberin, bei der der Antragsteller zuletzt beschäftigt war, ergänzende Angaben ein. Mit einer handschriftlichen Beantwortung dieser Anfrage gab diese an, dass die Verdienste des Antragstellers in den Jahren 2005 bis 2007 von über CHF 83'000.00 insbesondere auf das Leisten von Überstunden und die Auszahlung von Nachtarbeitszuschlägen zurückzuführen gewesen seien. Diese Möglichkeit auf Erzielung von Überstundenentgelten und von Nachtarbeitszuschlägen habe bis 2008 bestanden. In der Folge seien aber nicht mehr so viele Überstunden abgeholten worden.

Im Fall vollständiger Gesundheit hätte der Antragsteller im Jahre 2012 zu seinem Grundeinkommen nur noch die Schichtzulage von CHF 300.00 beziehen können.

Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller mit Schreiben vom 01.08.2017 mit, dass in der angefochtenen Verfügung vom 28.10.2016 zu Unrecht von einem Valideneinkommen von CHF 84'895.00 ausgegangen worden sei. Richtigerweise sei der Bemessung der IV-Rente für das Jahr 2012 ein Einkommen von CHF 65'415.00 und für das Jahr 2017 ein hypothetisches Valideneinkommen von CHF 66'999.00 zugrunde zu legen. Bei richtiger Beurteilung des Sachverhalts und ausgehend von nunmehr ermittelten hypothetischen Einkommen von CHF 50'812.00 sowie von einem Leidensabzug von 10% liege ein hypothetisches Invalideneinkommen von CHF 45'731.00 für das Jahr 2017 vor. Daraus resultiere ein Invaliditätsgrad von 31,74%. In einer allfälligen Entscheidung werde die bekämpfte Verfügung im Sinn einer reformatio in peius dahingehend abgeändert werden, dass die dem Antragsteller zugesprochene Viertelsrente für die Zeit ab 01.02.2015 aberkannt würde und die zu viel ausbezahlten Rentenbeiträge im Fall einer rechtskräftigen Rentenaberkennung zurückgefordert würden. Der Antragsteller wurde auf die Möglichkeit des Rückzugs der Vorstellung vom 24.11.2016 mit Frist bis 04.09.2017 hingewiesen. Bei einem Rückzug würde die angefochtene IV-Verfügung rechtskräftig und weiterhin eine Viertelsrente ausgerichtet werden.

Diesen Standpunkt bestritt der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 05.09.2017 und machte zusammengefasst geltend, die Sach- und Rechtslage begründe einen Anspruch auf eine halbe IV-Rente.

Mit ihrer Entscheidung vom 11.12.2017 gab die Antragsgegnerin der Vorstellung vom 24.11.2016, mit der ihre Verfügung vom 28.10.2016 angefochten und die Zuerkennung einer halben Invalidenrente beantragt wurde, keine Folge. Die mit der Verfügung vom 28.10.2016 zugesprochene Viertelsrente wurde aberkannt. Zur Begründung wurde unter anderem auf Art 66 IVG verwiesen. Zusätzlich wurde ausgeführt, dass nunmehr auf das hypothetische Einkommen von CHF 65'415.00 (indexiert CHF 66'999.00) abzustellen sei, weil es dem Antragsteller ab dem Jahre 2008 bei seiner letzten Arbeitgeberin nicht mehr möglich gewesen sei, das bisherige hohe Einkommen weiterhin zu erzielen. Dem Individuellen Konto sei zu entnehmen, dass sich der Antragsteller

in den Jahren 2008 und 2009 mit dem niedrigeren Einkommen zufrieden gegeben habe, ohne eine zusätzliche Beschäftigung zu suchen. Unter Berücksichtigung eines angemessenen Leidensabzuges von 10% sei das Invalideneinkommen mit CHF 45'731.00 auszumessen. Es sei daher ein Invaliditätsgrad von 32% festgestellt worden.

Mit Verfügung vom 29.12.2017 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass er aufgrund einer Neuberechnung der Rente infolge einer Gesetzesänderung per 01.01.2017 Anspruch auf eine Viertelsrente habe. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Allerdings brachte der Antragsteller gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 11.12.2017 am 24.01.2018 beim Fürstlichen Obergericht eine Berufung ein. Dieser wurde mit Urteil vom 24.04.2018 dahin Folge gegeben, dass in Abänderung der angefochtenen Entscheidung vom 11.12.2017 diese unter Einbeziehung der rechtskräftigen Verfügung vom 29.12.2017 laute: *«Dem Versicherten wird eine halbe Invalidenrente zuerkannt»*. Der dagegen von der Antragsgegnerin erhobenen Revision gab der Fürstliche Oberste Gerichtshof mit Urteil vom 07.09.2018 zu SV.2018.2 keine Folge. Dies wurde zusammengefasst damit begründet, dass im Zusammenhang mit der handschriftlichen Notiz der ehemaligen Arbeitgeberin des Antragstellers, wonach der Antragsteller ab dem Jahre 2008 nicht mehr Gelegenheit gehabt habe, ein so hohes Einkommen wie früher zu erzielen, sich die ursprüngliche Bestimmung des Valideneinkommens gemäss Verfügung vom 07.05.2013 wie auch gemäss Verfügung vom 28.10.2016 nicht als klar fehlerhaft erweise, weshalb eine reformatio in peius nicht zulässig sei. Diese Entscheidung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs wurde der Antragsgegnerin am 12.09.2018 zugestellt.

Am 24.10.2018 erliess sie eine Verfügung unter Hinweis auf dieses Urteil vom 07.09.2018, womit ein Anspruch des Klägers auf eine halbe Invalidenrente bei einem IV-Grad von 50% ermittelt wurde. Diese Verfügung blieb unangefochten.

Mit Schreiben vom 28.11.2018 ersuchte die Antragsgegnerin die vormalige Arbeitgeberin des Antragstellers um weitere Auskünfte. Zusammengefasst wurde darauf mit Schreiben vom 11.12.2018 geantwortet, dass der Antragsteller früher sehr viele Nacht- und Sonntagsstunden gearbeitet habe, die doppelt abgeholten worden seien. Zusätzlich habe er einen Zuschlag ausbezahlt bekommen. Ab dem Jahre 2018 habe die vormalige Arbeitgeberin «mit dieser Praktik aufgehört und die Stunden mussten kompensiert werden».

Die Antragsgegnerin fasste am 09.06.2020 einen Vorbescheid über die vorgesehene Aberkennung der dem Kläger zuerkannten halben Invalidenrente. In der Folge wurde mit Verfügung vom 08.07.2020 der Antragsgegnerin die mit der Verfügung vom (richtig) 24.10.2018 zugesprochene halbe IV-Rente pro futuro aberkannt.

Soweit ist der Sachverhalt derzeit nicht strittig.

2. Die Antragstellerin erliess am 26.10.2020 die im nunmehrigen Verfahren angefochtene Entscheidung, mit der sie der Vorstellung des Antragstellers gegen ihre Verfügung vom 08.07.2020 keine Folge gab. In dieser Entscheidung, deren Gründe auf den Seiten 19 – 31 des Berufungsurteiles wiedergegeben werden und auf die gemäss §§ 482, 469a ZPO verwiesen wird, stellte die

Antragsgegnerin auf ein jährliches hypothetisches Einkommen von CHF 51'080.00 und einen Leidensabzug von 10% ab, sodass sich ein hypothetisches Invalideneinkommen von CHF 45'972.00 ergebe. Stelle man dieses hypothetische Invalideneinkommen für das Jahr 2018 dem hypothetischen Valideneinkommen für dieses Jahr mit CHF 67'603.00 gegenüber, so ergebe sich «laut LSE-Tabelle 2016, 31,6 Wochenstunden, 10% Abzug, indexiert» eine Erwerbseinbusse von CHF 21'631.00 und damit ein Ausmass der Invalidität von 32%, weshalb kein Anspruch mehr auf eine Invalidenrente bestehe.

3. Das OG gab der Berufung des Antragstellers gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 26.10.2020 mit dem jetzt bekämpften Urteil vom 30.03.2021 (ON 6) Folge und änderte diese dahingehend ab, «dass der vom Versicherten gegen die Verfügung der Invalidenversicherung vom 08.07.2020 erhobenen Vorstellung vom 13.07.2020 (Beilage 104) Folge gegeben und die bekämpfte Verfügung ersatzlos aufgehoben wird, sodass dem Versicherten weiterhin eine halbe Invalidenrente ausgerichtet wird.»

4. Der dagegen von der Antragsgegnerin erhobenen Revision gab der OGH Folge und stellte die Entscheidung der IV vom 26.10.2020 im Ergebnis wieder her.

### Aus den Entscheidungsgründen

[...]

6.3. Wie der Fürstliche Oberste Gerichtshof in seiner ebenfalls den nunmehrigen Antragsteller betreffenden Entscheidung vom 07.09.2018 zu SV.2018.2 (GE 2018,338 LES 2018,285), Erw 6.4., ausgeführt hat, entspricht die liechtensteinische Invalidengesetzgebung inhaltlich *im Wesentlichen* der schweizerischen Invalidengesetzgebung. Nach mehrfach bestätigter Rechtsprechung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs soll übernommenes Recht in Liechtenstein so gelten, wie es im Ursprungsland, hier in der Schweiz, tatsächlich gilt, soweit keine triftigen Gründe vorliegen, davon abzuweichen. Allerdings entspricht es auch der inländischen Judikatur, dass einer unbesehenen Anwendung der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts Grenzen gesetzt sind (OGH SV.2018.2, Erw 7.4. aE unter Hinweis auf StGH 2011/067 [richtig] Erw 4.6.).

6.4. In Art 53 Abs 2 chATSG ist zur Wiedererwägung vorgesehen, dass der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen kann, wenn diese *zweifelloso unrichtig* sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

Art 78bis IVG regelt die Wiedererwägung dahin, dass die Anstalt auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Entscheidungen zurückkommen kann, wenn diese unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Die Regierung kann nach dieser Bestimmung durch Verordnung die rückwirkende Änderung des Anspruchs einschränken oder ausschliessen.

Im Bericht und Antrag 2012/27, Seite 22 ff, wird dazu Folgendes ausgeführt:

#### «3.3 Verfahrensrecht

*Laufende IV-Renten werden regelmässig überprüft. Wenn sich die Verhältnisse in rentenbegründendem Aus-*

*mass geändert haben, werden die Rentenstufen erhöht oder herabgesetzt oder es wird die Rente aufgehoben. Dafür besteht eine klare gesetzliche Grundlage (Art 66 IVG).*

*Die IV hat zudem, gestützt auf Art 90 Abs 2 lit c IVV, Renten auch dann in Wiedererwägung gezogen, wenn sich zwar die Verhältnisse nicht geändert haben, jedoch erkannt wurde, dass die ursprüngliche Rentenentscheidung falsch war. Mit Urteil des Staatsgerichtshofs vom 21. Mai 2010 zu StGH 2009/182 wurde Art 90 Abs 2 lit c IVV als gesetz- und verfassungswidrig aufgehoben. Dies mit der Begründung, dass der Bestimmung die nötige gesetzliche Grundlage fehle.*

*Nach Art 90 Abs 2 lit c IVV wurde immer dann eine Überprüfung der Leistungsberechtigung von Amts wegen durchgeführt, wenn festgestellt wurde, dass der ursprüngliche Beschluss der IV unrichtig war. Die Bestimmung eröffnete der IV die Möglichkeit, auf eine schon zu einem früheren Zeitpunkt ergangene Verfügung oder Entscheidung zurückzukommen, wenn im Nachhinein Tatsachen und Beweismittel neu auftauchten bzw bekannt und/oder erkannt wurden, welche die anfängliche Unrichtigkeit der damaligen Verfügung oder Entscheidung aufzeigten. Die IV konnte somit bereits formell rechtskräftig ergangene Verfügungen berichtigen. Dies war und ist immer dann angezeigt, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Beurteilung der Leistungsberechtigung von Anfang an auf fehlerhaften Tatsachen beruhte und die neuerliche Beurteilung mit dem neuen Kenntnisstand zu einem anderen Ergebnis führt.*

*Das Verfahren zur Korrektur einer anfänglich unrichtigen Verfügung ist die sogenannte Wiedererwägung. Bei der Wiedererwägung von Leistungen der IV mussten dabei keine weiteren Voraussetzungen – wie das Abwiegen der Interessen der versicherten Person an der Aufhebung oder Herabsetzung der Rente einerseits und der Verwaltung an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes andererseits – beachtet werden. Den Interessen der versicherten Person wurde jedoch in der IVV insofern Rechnung getragen, dass eine Korrektur zu deren Ungunsten nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft erfolgte.*

*Derzeit kommen aufgrund einer fehlenden Bestimmung zur Wiedererwägung im IVG die Vorschriften des Gesetzes über die Landesverwaltungspflege (LVG) sinngemäss zur Anwendung. Diese verlangen zusätzlich zur Unrichtigkeit, welche mit hoher Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss, die erwähnte Interessensabwägung. Dies bewirkt gemäss Rechtsprechung der vergangenen zwei Jahre, dass praktisch keine zu Unrecht zugesprochene Rente mehr aberkannt oder herabgesetzt werden kann. Zudem müssen nach den Bestimmungen des LVG allenfalls (eine entsprechend klare Rechtsprechung fehlt noch) zu Unrecht in der Vergangenheit rechtskräftig abgewiesene Rentenansprüche rückwirkend zugesprochen werden.*

*Die Prüfung des Anspruchs auf Leistungen der IV, insbesondere von Renten als Dauerleistungen, ist komplex. Die meisten der Voraussetzungen für einen Rentenanspruch können nicht mit absoluter Sicherheit abgeklärt werden. Vielmehr gilt der im Sozialversicherungsrecht anwendbare Beweisgrad der überwiegenden Wahr-*

scheinlichkeit, wenn über die Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit zu entscheiden ist. Deshalb wird es in Einzelfällen immer wieder vorkommen, dass bei der periodisch vorgeschriebenen Überprüfung eines Anspruchs auf eine Dauerleistung ein in der Vergangenheit gemachter Fehler entdeckt wird. Wurde dieser Fehler jedoch nicht durch eine Meldepflicht der versicherten Person verursacht, so soll er, wenn es sich um eine IV-spezifische Voraussetzung handelt – wie bereits bisher – nur für die Zukunft korrigiert werden.

Aus all diesen Gründen wird vorgeschlagen, eine Bestimmung wie im schweizerischen ATSG ins liechtensteinische IVG aufzunehmen, die eine Wiedererwägung von zu Unrecht erfolgten Leistungszusprachen ohne Interessenabwägung als zulässig normiert. Gleichzeitig soll der Regierung die Kompetenz eingeräumt werden, in der IVV eine rückwirkende Korrektur zu Gunsten und zu Ungunsten der versicherten Person einzuschränken oder auszuschliessen. Eine Korrektur ist allerdings nur dann möglich, wenn die Berechtigung von erheblicher Bedeutung ist. Bei Rentenleistungen ist dies praktisch immer der Fall, da sie kapitalisiert bis zur Erreichung des ordentlichen Rentenalters eine erhebliche Summe ergeben können. Mangels erheblicher Bedeutung eber ausgeschlossen werden kann eine Korrektur bei einer bereits bewilligten oder begonnenen beruflichen Umschulung, die noch wenige Monate dauern wird oder bei der rechtskräftig erfolgte Zusage eines Hilfsmittels. Mit der gesetzlichen Verankerung der Möglichkeit der Wiedererwägung ohne Interessenabwägung im IVG soll im Übrigen den sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung getragen werden.»

Zusätzlich wird im Bericht und Antrag 2012/27 auf den Seiten 51 und 52 zu Art 78bis IVG noch Folgendes teilweise wiederholt und teilweise ergänzt:

«Durch die Normierung der Wiedererwägung im IVG wird den Durchführungsstellen und den Gerichten die gesetzliche Grundlage gegeben, eine zu Unrecht zugesprochene Leistung ohne Interessenabwägung herabzusetzen oder abzuerkennen. Gleichzeitig wird der Regierung die Kompetenz eingeräumt, in der IVV eine rückwirkende Korrektur zu Gunsten und zu Ungunsten der versicherten Person einzuschränken oder auszuschliessen. Eine entsprechende Vorschrift findet sich bereits in Art 92 Abs 1 lit c IVV, gemäss welcher die rückwirkende Korrektur eingeschränkt wird, wenn der ursprüngliche Beschluss zum Nachteil der versicherten Person unrichtig war. Allerdings muss seit dem bereits erwähnten Urteil des Staatsgerichtshofes davon ausgegangen werden, dass dafür eine gesetzliche Grundlage fehlt, welche nun wieder geschaffen werden soll ..... Was die der Regierung eingeräumte Verordnungskompetenz betrifft, so ist – wie weiter oben bereits dargelegt – der bereits geltende Art 92 IVV zu beachten. Dieser entbehrt derzeit aufgrund des Urteils des Staatsgerichtshofes zwar die gesetzliche Grundlage bzw darf davon ausgegangen werden, dass dem so ist, doch zeigt dieser bereits jetzt, was unter der entsprechenden Verordnungskompetenz der Regierung verstanden werden darf.»

Im Bericht und Antrag 2012/140 auf den Seiten 9 und 10 werden diese Ausführungen teilweise wiederholt und teilweise unter Hinweis auf Art 82 AHVG dahin ergänzt,

dass demnach bei einer Aberkennung der Rente in Form einer Wiedererwägung zwischen den dabei bestehenden Interessen der versicherten Person einerseits und der Verwaltung andererseits abzuwägen ist. Das Vertrauen der versicherten Person auf die Richtigkeit der Rentenzusprache ist nach diesen Ausführungen somit stärker zu gewichten als das Interesse der Verwaltungen der Öffentlichkeit an der richtigen Anwendung des Rechts für den Zeitraum der Vergangenheit. Für die Zukunft ist hingegen das Interesse der Verwaltung der Öffentlichkeit stärker zu gewichten als dasjenige der versicherten Person. Allerdings gilt der Grundsatz, dass die Rente nur für die Zukunft aberkannt werden soll, dann nicht, wenn die versicherte Person eine Meldepflicht verletzte oder die Leistung unrechtmässig erwirkte (Art 88bis IVV). Ebenfalls rückwirkend kann eine Rente demnach aberkannt werden, wenn diese aufgrund eines Fehlers zugesprochen wurde, der auch bei einer AHV-Rente möglich wäre. Als Beispiel kann hier laut dem Bericht und Antrag angeführt werden, dass der versicherten Person versehentlich eine zu lange Beitragsdauer angerechnet wurde. Die Anzahl der Versicherungsjahre wirkt sich sowohl auf eine AHV wie auch auf eine IV-Rente in der Höhe der Rente in CHF aus. Diese differenzierte Betrachtung des möglichen Sachverhalts erklärt nach diesem Bericht und Antrag abschliessend, weshalb der Regierung im Gesetz die Kompetenz erteilt wird, in Abwägung der dargelegten Interessen die rückwirkende Änderung des Anspruchs einzuschränken oder auszuschliessen.

6.5. Der Staatsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 24.10.2011 zu StGH 2011/067 (GE 2013, 118), Leitsatz 1a bzw Erw 4.5. und 4.6., ausgesprochen, dass unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes sowie von Treu und Glauben und dem daraus abgeleiteten Vertrauensgrundsatz dem Vertrauen der Betroffenen in die Bestandssicherheit einer einmal gewährten Invalidenrente, sofern sich hinsichtlich des Gesundheitszustands des Betroffenen keine Änderungen ergeben haben, grosse Bedeutung beizumessen ist. Ein Eingriff in eine einmal gewährte Rente bedarf daher einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Die Tatsache, dass es sich um einen absoluten, in unvertretbarer Weise privilegierten Ausnahmefall handelt, welcher einen Eingriff in die bestehende Rentenverfügung rechtfertigt, ist näher zu begründen. Dies gilt umso mehr, wenn sich weder der Gesundheitszustand noch die anzuwendenden Rechtsgrundlagen geändert haben und die seinerzeitige Verfügung völlig rechtskonform war.

Diese Entscheidung ist unter anderem zu Art 90 Abs 2 Bst. b IVV und noch vor dem Inkrafttreten des Art 78bis IVG ergangen. Dennoch lässt sich daraus in verallgemeinernder Weise ableiten, unter welchen Umständen in eine bestehende Rentenverfügung eingegriffen werden kann. Demnach ist dies bei einer entsprechenden Begründung sogar dann zulässig, wenn sich weder der Gesundheitszustand noch die anzuwendenden Rechtsgrundlagen geändert haben und die seinerzeitige Verfügung völlig rechtskonform war.

6.6. Nach den bisherigen Darlegungen ist es unbedenklich, wenn in Art 78bis IVG normiert wird, dass auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Entscheidungen zurückgekommen werden kann, wenn diese un-

richtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, den Gesetzesmaterialien dazu und der zitierten Judikatur des Staatsgerichtshofs ist nicht abzuleiten, dass eine Voraussetzung für die Wiedererwägung darin gelegen sein muss, dass die formell rechtskräftigen Verfügungen oder Entscheidungen *zweifellos unrichtig* sein müssen, wie dies Art 53 Abs 2 chATSG vorsieht. Der Gesetzgeber wollte erkennbar in Abweichung von der schweizerischen Rezeptionsgrundlage das Kriterium *«zweifellos unrichtig»* nicht in den inländischen Rechtsbestand aufnehmen. Auf diese Differenzierung zwischen dem schweizerischen und dem liechtensteinischen Recht hat der Fürstliche Oberste Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung vom 07.11.2008, SV.2007.5 LES 2009, 155, zu Art 90 Abs 2 lit c IVV, der wie erwähnt eine mit Art 78bis IVG, soweit hier von Bedeutung, vergleichbare Rechtslage normierte, hingewiesen und damals bemängelt, dass sowohl die Vorinstanz als auch die damalige Antragstellerin (zu) unbesehen auf das in diesem Punkt abweichende schweizerische Recht abstellten. Im Grunde gelten diese Überlegungen daher auch für die nunmehrige neue Rechtslage, nach der nicht mehr Art 90 Abs 2 lit c IVV, sondern Art 78bis IVG anzuwenden ist.

6.7. Insoweit unterscheidet sich diese Rechtslage auch von jener, die für eine *reformatio in peius* normiert wurde. Wie der Fürstliche Oberste Gerichtshof in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung vom 07.09.2018 zu SV.2018.2 (Erw 7.4.) ausgeführt hat, ist eine Voraussetzung für eine *reformatio in peius*, dass die angefochtene Entscheidung klar fehlerhaft ist.

Dass dieses Kriterium auch bei einer Wiedererwägung zum Tragen kommt, ist im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen bei der Auslegung des Art 78bis IVG auszuschliessen.

6.8. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang noch die neuere Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts zur *reformatio in peius*, wonach Art 61 lit d chATSG *nicht* voraussetzt, dass ein kantonales Versicherungsgericht einen angefochtenen Entscheid nur dann in *peius* reformieren darf, wenn dieser zweifellos unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist. Vielmehr wird die Verwirklichung des materiellen Rechts über das individuelle Rechtsschutzinteresse gestellt (8C\_313/2018 vom 10. August 2018 Erw 8. unter Hinweis auf 8C\_440/2017 vom 25. Juni 2018, vgl insbesondere Erw 4.2.4.).

6.9. Entgegen der Ansicht des Fürstlichen Obergerichts und des Antragstellers ist daher für die hier zu treffende Entscheidung nicht relevant, ob die in Wiedererwägung gezogene Verfügung vom 28.10.2016 als klar fehlerhaft oder aus rechtlicher Sicht vertretbar zu bewerten ist. Erwähnt sei auch, dass das Urteil des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs vom 07.09.2018 zu SV.2018.2 darauf hingewiesen hat, dass die seinerzeitigen Erhebungen und die Verfügung der Antragsgegnerin vom 28.10.2016 im Zusammenhang mit den dem Antragsteller ausbezahlten Überstunden und Zuschlägen auf eine unzureichende Auskunft der damaligen Arbeitgeberin des Antragstellers abstellten (Erw 7.5. am Ende). Inzwischen hat aber die Antragsgegnerin diesen Mangel behoben und eine umfassendere Auskunft dieser Arbeitgeberin eingeholt, die nunmehr erkennen liess, dass die Verfügung vom

28.10.2016 auf einer unvollständig erhobenen Sachverhaltsgrundlage basierte, die erst nachträglich erweitert und in dieser Form der neuen Entscheidung zugrunde gelegt wurde. Die entsprechende Auskunft wurde von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28.11.2018 eingefordert und ist ihr mit Schreiben vom 11.12.2018 zugegangen. Daraus ergibt sich wie erwähnt, dass die ehemalige Arbeitgeberin des Antragstellers ab dem Jahre 2008 faktisch keine Überstunden mehr abgegolten und mit einer Ausnahme keine Zuschläge ausbezahlt hat. Sihin sind die Voraussetzungen für die Berücksichtigung der geleisteten Überstunden und der Zuschläge ab dem Jahr 2008 für die Bemessung des Valideneinkommens, wie sie der Fürstliche Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 07.09.2018 zu SV.2018.2 (Erw 7.5.) referiert hat, nicht mehr gegeben. Das bedeutet, dass die entsprechenden Verfügungen, die auf eine davon abweichende Sachverhaltsgrundlage abstellten, im Sinn des Art 78bis IVG unrichtig sind, wie dies von der Antragsgegnerin in der massgeblichen Entscheidung eingehend dargelegt wurde. Dass die deshalb vorzunehmende Berichtigung von erheblicher Bedeutung nach dieser Gesetzesstelle ist, bedarf bei einer jedenfalls für eine gewisse Dauer ausbezahlten Invalidenrente keiner besonderen Erörterung (vgl dazu BuA 2012/27 S 24 Abs 2; 8C\_18/2017 Erw 3.2.2. mwN aus der schweizerischen Judikatur).

6.10. Sihin erweisen sich die Ausführungen in der Revision der Antragsgegnerin schon aus diesen Erwägungen heraus als berechtigt, sodass ein detaillierteres Eingehen auf das Rechtsmittel nicht mehr erforderlich ist.

Erwähnt sei, dass unabhängig von der ohnehin nicht vorzunehmenden Interessenabwägung der Antragsteller doch über einen nicht unerheblichen Zeitraum eine IV-Rente bezogen hat, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorgelegen sind. Da der Entzug der Leistung nur für die Zukunft erfolgte, ist er also rechtskonform nicht durch einen rückwirkenden Leistungsentzug beschwert. Das allgemeine Interesse und somit auch das Interesse der Antragsgegnerin, auf unrichtiger Basis zuerkannte IV-Renten für die Zukunft nicht mehr auszahlten, ist bei dieser Sach- und Rechtslage hinreichend gewahrt.

[...]

**Anmerkung:**

*In seiner in der LES 2018, 285 publizierten E hatte der OGH judiziert, dass Voraussetzung für eine Schlechterstellung («reformatio in peius») gemäss Art 66 und 78 Abs 1 IVG die klare Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Verfügung sei. Inwieweit in diesem Zusammenhang mit der hier redigierten E eine Praxisänderung einhergeht, muss an dieser Stelle offen bleiben.*

Jürgen Nagel

## Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 10.09.2021, 14 RS.2020.81

### § 108 Abs 1 Z 2 StPO;

**Ein liechtensteinischer Treuhänder hat nach § 157 Abs 2 Z 2 öStPO – anders als ein Wirtschaftstreuhänder nach dem österreichischen Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz 2017 (TBG 2017) – kein Aussageverweigerungsrecht als Zeuge.**

### [Rechtssatz des OGH]

#### Sachverhalt

1. Die WKStA Wien beantragte in ihrem zu AZ 20 St 9/16k gegen A. geführten Ermittlungsverfahren mit Ersuchen vom 21.04.2020 – ergänzend zu ihrem zu 14 RS.2020.41 schon anhängigen Rechtshilfeersuchen vom 18.02.2020 – die Vernehmung des U. als Zeuge unter Beiziehung der Teilnahme des fallführenden Ermittlers des Österreichischen Bundesamtes für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung.

2. Das LG bewilligte am 18.09.2020 die Teilnahme des in Österreich fallführenden Ermittlers an der Vernehmung des Zeugen U. Bei seiner Vernehmung am 05.03.2021 machte U. geltend, dass ihm als Zeuge nach dem gemäss Art 58 RHG zu berücksichtigenden österreichischen Recht das Recht auf Verweigerung der Aussage zukomme. Das LG erachtete diesen Einwand als unzutreffend und verhängte am 05.03.2021 nach Androhung einer Beugestrafe und der weiteren Verweigerung der Aussage über den Zeugen eine Beugestrafe von CHF 1'000.00.

3. Mit der dagegen erhobenen Beschwerde vom 24.03.2021 kritisierte U. die rechtliche Beurteilung des LG, dass ihm als Treuhänder in diesem Rechtshilfeverfahren kein Aussageverweigerungsrecht zustehe. Die Höhe der Beugestrafe wurde nicht beanstandet. Das OG gab der Beschwerde am 02.06.2021 Folge und hob den angefochtenen Beschluss ersatzlos auf. Der dagegen gerichteten Revisionsbeschwerde der StA gab der OGH Folge und stellte im Ergebnis den erstinstanzlichen Beschluss wieder her.

#### Aus den Entscheidungsgründen

[...]

10.1 Die Revisionsbeschwerde ist rechtzeitig und zufolge des vom Beschwerdegericht gesetzten Rechtskraftvorbehaltes gem § 235 Abs 3 iVm § 244 StPO und gem Art 58d lit b RHG iVm Art 9 Abs 1 RHG zulässig.

Die Revisionsbeschwerde ist auch berechtigt.

10.2 Für die Rechtshilfe zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und Österreich sind in erster Linie der Vertrag zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Republik Österreich über Rechtshilfe, Beglaubigung, Urkunden und Vormundschaft vom 01.04.1955, LGBl 1956 Nr 10, das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.04.1959 (ERHÜ), LGBl 1970 Nr 30, samt dem Vertrag zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Republik Österreich über die Er-

gänzung dieses Übereinkommens, LGBl 1983 Nr 41, die einschlägigen Bestimmungen des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ), das Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 08.11.1990, LGBl 2000 Nr 270, und das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (RHG) anzuwenden.

10.3 Nach Art 58 RHG ist die Rechtshilfe nach den im Inland geltenden Vorschriften über das strafgerichtliche Verfahren zu leisten. Einem Ersuchen um Einhaltung eines bestimmten, davon abweichenden Vorganges ist jedoch zu entsprechen, wenn dieser Vorgang mit den Grundsätzen des liechtensteinischen Strafverfahrens vereinbar ist.

Die WKStA Wien ersuchte, dass die Zeugeneinvernahme unter Einhaltung der Bestimmungen der österreichischen Strafprozessordnung durchgeführt werde und schloss hiezu die entsprechenden Bestimmungen an (Seite 5 in ON 1). Klarstellend hiezu teilte sie am 04.03.2021 ihre Rechtsansicht dahin mit, dass (blosse) Treuhänder nicht Wirtschaftstreuhänder iSd § 157 Abs 1 Z 2 öStPO seien und sich nicht auf ein Aussageverweigerungsrecht nach dieser Bestimmung berufen könnten (ON 14).

10.4 Nach § 157 Abs 1 Z 2 öStPO sind zur Verweigerung der Aussage berechtigt Verteidiger, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Verfahrensanwälte in Untersuchungsausschüssen des Nationalrats, Notare und Wirtschaftstreuhänder über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist.

Nach § 108 Abs 1 Z 2 flStPO haben ein Aussageverweigerungsrecht Verteidiger, Rechtsanwälte, Rechtsagenten, Patentanwälte und Notare über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist.

10.5 Das Treuhändergesetz (TrHG) vom 08.11.2013, LGBl 2013 Nr 421, regelt in seinem Art 21 die Geheimhaltungspflicht. Danach sind Treuhänder und Treuhandgesellschaften zur Geheimhaltung über die ihnen anvertrauten Angelegenheiten und die ihnen sonst in ihrer beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse ihrer Kunden gelegen ist, verpflichtet. Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Vorschriften über die Zeugnis- oder Auskunftspflicht gegenüber den Strafgerichten, der Stabstelle FIU und den Aufsichtsorganen. Damit wollte der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass die Geheimhaltungspflicht des Treuhänders dort ihre Grenzen findet, wo aufgrund gesetzlicher Vorschriften eine Zeugnis- oder Auskunftspflicht besteht (BuA 2013/83, 17).

10.5.1 In den wesentlichen Punkten übereinstimmend mit Art 21 TrHG (BuA 2017/38, 59) wurde die Geheimhaltungspflicht in Art 26 des Wirtschaftsprüfergesetzes (WPG) vom 05.12.2018, LGBl 2019 Nr 17, geregelt.

10.6 Der öOGH sprach im Urteil vom 25.06.1990, 11 Os 28/90, JBl 1991,197, mit ausführlicher - unter Pkt 5.3 des hier angefochtenen Beschlusses zitierter - Begründung, auf die zur Vermeidung ihrer Wiederholung verwiesen wird, aus, dass das in § 152 Abs 1 Z 2 Z 2 öStPO (zu ergänzen: der Vorgängerbestimmung des § 157 öStPO idgF) statuierte Entschlagungsrecht der Wirtschaftstreuhänder ausschliesslich auf die in § 3 Abs 1 öWTKG in der damals geltenden Fassung und in § 2 Abs 1 öWTBO,

ebenfalls in der damaligen Fassung, genannten Berufsgruppen abgestellt sei, nämlich 1. auf Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, 2. auf Buchprüfer und Steuerberater und 3. auf Steuerberater. Nicht hingegen stehe das Entschlagungsrecht einem liechtensteinischen Treuhänder zu (RIS-Justiz RS0097709). Dieser Rechtssatz bezieht sich über das Urteil vom 25.06.1990, 11 Os 28/90, hinaus auch auf die – allerdings ohne Bezugnahme auf einen wie der Entscheidung 11 Os 28/90 zugrundeliegenden Sachverhalt ergangenen – Judikate vom 29.01.2003, 13 Os 105/02, und vom 27.08.2013, 14 Os 102/13a.

10.6.1 Auf die Entscheidung des öOGH vom 25.06.1990, 11 Os 28/90, verweist auch der Kurzkommentar Manz der öStPO in der aktuellen Auflage (*Fabrizy/Kirchbacher*, StPO<sup>14</sup> § 157 Rz 12/1). Danach fallen Treuhänder iSd bürgerlichen Rechts nicht unter § 157 Abs 1 Z 2 öStPO. Gleichfalls haben kein Zeugnisverweigerungsrecht nach leg cit die Insolvenzverwalter nach § 80 öIO (Insolvenzverordnung) und Treuhänder nach § 157 öIO (siehe hiezu weiter 13 Os 55/13g vom 23.04.2014 und 14 Os 104/12v vom 09.07.2013).

10.6.2 Diese Rechtsprechung ist nicht nur nach der Beurteilung der um Rechtshilfe ersuchenden WKStA (siehe ON 14) weiterhin verbindlich. Gegenteilige Hinweise ergeben sich auch nicht aus der einschlägigen Literatur (z.B. *Jolik-Fürst*, Berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten der Freiberufler im Abgabenverfahren, RdW 2018, 62; *Urban*, Die Verschwiegenheitspflicht der Wirtschaftstreuhänder: Ein Abriss, ÖStZ 2012, 307; *Urban*, Die Verschwiegenheitspflicht von Rechtsanwälten und Wirtschaftstreuhänder, RdW 2013, 260).

10.7 Der Fürstliche Oberste Gerichtshof sprach zum Aussageverweigerungsrecht der liechtensteinischen Berufstreuhänder am 08.05.1995, 8 Vr 2006/93–101, aus, dass dieses vom liechtensteinischen Gesetzgeber in voller Absicht nicht in den Katalog der durch (damals) § 107 Abs 1 Z 3 StPO, der Vorgängerbestimmung des § 108 StPO idGF, besonders geschützten Vertrauenspersonen aufgenommen worden sei. Daher verbiete sich eine ausdehnende Interpretation dieser gesetzlichen Bestimmung in Richtung einer Einbeziehung der Berufstreuhänder kraft eines Analogieschlusses (LES 1995, 104).

10.7.1 Diese Rechtsprechung wird vom Staatsgerichtshof gestützt. Dieser sprach im Urteil vom 27.09.1999 aus, dass der Gesetzgeber Treuhänder, und damit verbunden auch den ihnen weitgehend vorbehaltenen Geschäftsbereich der Vermögensverwaltung, vom Zeugnisverweigerungsrecht ausgenommen hat (StGH 1998/039).

10.8 Die Kritik der Revisionsbeschwerde an der rechtlichen Beurteilung des Fürstlichen Obergerichtes, wonach (nunmehr) der Treuhänder nach liechtensteinischem Recht iSd § 157 Abs 1 Z 2 öStPO als Wirtschaftstreuhänder zu betrachten und damit mit dem Aussageverweigerungsrecht nach dieser Gesetzesstelle ausgestattet sei, ist berechtigt. Die Erwägungen des Obergerichtes sind nicht von dem Gewicht und der Schlüssigkeit, dass sie rechtfertigten, die – soweit überblickbar – nach wie vor aufrechte Rechtsprechung des österreichischen Höchstgerichtes zum Umfang des Aussageverweigerungsrechtes nach § 157 Abs 1 Z 2 öStPO als überholt zu beurteilen.

10.8.1 Beim Ausspruch darüber, dass die Judikatur des öOGH zu einer Bestimmung der öStPO nicht (mehr)

rechtsrichtig sei, ist nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes eine angemessene Zurückhaltung angebracht. Es ist hierbei zu berücksichtigen, dass grundsätzlich – wenn auch nicht fallaktuell – bei der Auslegung rezipierten Rechts auf Lehre und Rechtsprechung zur Rezeptionsgrundlage abzustellen ist. Übernommenes Recht soll in Liechtenstein – vorbehaltlich der Abweichung aus triftigen Gründen – so gelten, wie es die Höchstgerichte im Ursprungsland anwenden (law-in-action-Prinzip; LES 2011, 156). Wenn eine Abweichung für notwendig erachtet wird, ist dies eingehend zu begründen (StGH 2010/078, Erw. 2.4.2). Dieser Grundsatz ist auch bei der unmittelbaren Anwendung einer Norm des Rezeptionslandes, hier § 157 Abs 1 Z 2 öStPO, zu beachten. Ihm kommt beim Abgehen von der höchstrichterlichen Judikatur des Rezeptionslandes zu einer Norm dieses Landes eine noch grössere Bedeutung als bei der Anwendung rezipierter Rechtsmaterie zu.

10.9 Zutreffend verweist die Revisionsbeschwerde auch darauf, dass der Beruf des Wirtschaftstreuhänders in Österreich legal definiert ist und das Aussageverweigerungsrecht ausschliesslich in Österreich berufsberechtigten Personen zukommt. Die vom Obergericht vorgenommene Subsumtion des liechtensteinischen Treuhänders unter den Wirtschaftstreuhänder nach österreichischem Recht iSd § 157 Abs 1 Z 2 öStPO scheidet somit aus.

10.10 Wesentlich für die Gewährung eines Aussageverweigerungsrechtes nach § 157 Abs 1 Z 2 öStPO ist in erster Linie die berufsmässige rechtliche Beratung des Klienten vor Gericht und in behördlichen Verfahren (*Zerbes*, Anwaltsverschwiegenheit: Überkommenes Privileg oder rechtsstaatliches Erfordernis? AnwBl 2013, 565). Die Aussagebefreiung soll eine vertrauliche Kontaktaufnahme mit dem Parteienvertreter ermöglichen (BuA 2011/64, 112; LES 1993, 116; 11 Os 146/07s; *Fabrizy/Kirchbacher*, StPO<sup>14</sup> § 157 Rz 10). Die Aussagebefreiung im vorliegenden Konnex setzt voraus, dass die Inanspruchnahme solcher Dienste in einem liberalen, die Privatheit anerkennden Staat als unentbehrlich angesehen wird (*Zerbes*, Anwaltsverschwiegenheit: überkommenes Privileg oder rechtsstaatliches Erfordernis, AnwBl 2013, 565; Zugriff auf Beweise zwischen Effizienz und Rechtsschutz, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 108).

10.10.1 Der Treuhänder nach dem Treuhändergesetz (TrHG) vom 08.11.2013, LGBl 2013, Nr 421, kann bezüglich seiner Geheimhaltungspflicht (Art 21 TrHG) keine solche gewichtigen Umstände für ein Recht auf Aussageverweigerung im gerichtlichen Strafverfahren ins Treffen führen. Er vertritt weder Parteien vor Gerichten oder Behörden, noch obliegt ihm die berufsmässige Rechtsberatung. Auch eine andere schützenswerte Funktion im Rahmen der Rechtspflege hat er nicht. Damit steht im Einklang, dass ihm – wie schon ausgeführt – nach der liechtensteinischen Rechtsordnung ein Aussageverweigerungsrecht ähnlich jenem nach § 157 Abs 1 Z 2 öStPO nicht zukommt (OGH 08.05.1995, LES 1995, 104).

Dass – worauf der angefochtene Beschluss hinweist – die Verletzung der Standesregeln des Art 20 TrHG gemäss Art 35 ff TrHG disziplinar geahndet wird, ist für die Beantwortung der Frage nach dem Zeugnisverweigerungsrecht eines Treuhänders gemäss § 157 Abs 1 Z 2

öStPO nicht entscheidend. Dies gilt auch für den Umstand, dass mit dem TrHG vom 08.11.2013, LGBl 2013, Nr 421, das Berufsrecht der Treuhänder neu geregelt wurde und es in seinem IX. Abschnitt eigene Strafbestimmungen enthält.

10.10.2 Nach Art 2 TrHG üben die Treuhänder oder Treuhandgesellschaften, somit natürliche oder juristische Personen, geschäftsmässig folgende Tätigkeiten aus: a) Gründung von Verbandspersonen, Gesellschaften und Treuhänderschaften für Dritte, im eigenem Namen und für fremde Rechnung sowie damit verbundene Interventionen bei Gerichten und Verwaltungsbehörden; b) Übernahme von Verwaltungsmandaten sowie von Treuhänderschaften; c) Finanzberatung und Wirtschaftsberatung; d) Steuerberatung und e) Buchführung und prüferische Durchsicht, soweit dies nicht den Wirtschaftsprüfern und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vorbehalten ist. Dabei handelt es sich, wie von der Revisionsbeschwerde auch aufgezeigt, trotz teilweiser Überschneidung der Tätigkeitsbereiche nicht um berufstypische Tätigkeiten eines Wirtschaftstreuhänders nach dem österreichischen Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz 2017, BGBl I Nr 137/2017 idGF (WTBG 2017). Dieses bestimmt den Berechtigungsumfang der Steuerberater in § 2 und den der Wirtschaftsprüfer in § 3. Die Verschwiegenheitspflicht der nach dem öWTBG Berufsberechtigten regelt § 80 leg cit.

10.11 Für den Standpunkt des Beschwerdegerichtes ist auch mit Blick auf das österreichische Bilanzbuchhaltungsgesetz 2014, BGBl. I Nr. 191/2013 idGF, (BiBuG 2014) – worauf die Revisionsbeschwerde unter Bezugnahme auf das Beschwerdevorbringen (ON 17) ergänzend hinweist - nichts zu gewinnen. Auf diesen Aspekt hat sich zudem weder das Beschwerdegericht gestützt noch die Gegenausführung berufen.

Nach § 1 des BiBuG 2014 sind Bilanzbuchhalter, Buchhalter und Personalverrechner. Im Unterscheid zu den liechtensteinischen Treuhändern sind die Bilanzbuchhalter gemäss Art 2 Abs 1 Z 4 BiBuG, denen nach § 80 leg cit ein Verschwiegenheitsrecht zusteht, immerhin zur Parteienvertretung in Abgaben- und Abgabenstrafverfahren berechtigt und verfügen sie in Abgabeverfahren teilweise über die gleichen Rechte wie Rechtsanwälte, womit sich auch eine sachliche Rechtfertigung für ihr Aussageverweigerungsrecht finden liesse.

10.12 Das zudem nicht weiter ausgeführte Argument des Beschwerdegerichtes, dass sich das Berufsbild des Treuhänders vom Treuhänder als blosser Rechtsfigur des Zivilrechts (Art 897ff PGR) «abgekoppelt» habe, kann ebenfalls nicht die hier kritisierte Rechtsansicht des Beschwerdegerichtes stützen.

10.13 Bei Zusammenschau aller vom Obergericht ins Treffen geführten Argumente, darunter insbesondere jenes der sich teilweise überschneidenden Berufsbilder des Treuhänders nach liechtensteinischem Recht und der österreichischen Wirtschaftstreuhänderberufe, fehlen die für die Entscheidung erforderlichen triftigen Gründe dafür, dass der Treuhänder einem Wirtschaftstreuhänder iSd § 157 öStPO gleichzusetzen und demzufolge der hier interessierende Ausspruch des öOGH vom 25.06.1990, 11 Os 28/90, obsolet sei. Somit erweist sich der angefochtene Beschluss als rechtswidrig und die Revisionsbe-

schwerde als erfolgreich. Daran vermag auch die keine neuen Aspekte aufzeigende Gegenäusserung nichts zu ändern.

Damit können Ausführungen zum Entfall der Verschwiegenheitspflicht (auch) nach dem im erstgerichtlichen Beschluss referierten § 39 Abs 4 des österreichischen Bilanzbuchhaltungsgesetzes (BiBuG 2014) zufolge der Ermittlung auch wegen des Verdachtes der Geldwäsche, worauf auch die Revisionsbeschwerde hinweist, unterbleiben.

[...]

## Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 10.09.2021, 01 CG.2020.246

**Art 31 LV**

**Art 6 Abs 1 EMRK**

**Art 39 PGR**

**Art 270 ff EO**

**§ 446 Abs 1 Z 4 ZPO**

**Das Provisorialverfahren ist grundsätzlich zweiseitig, dh der Gegner der gefährdeten Partei (Sicherungsgegner) ist im Regelfall vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung anzuhören. Eine Anhörung des Gegners der gefährdeten Partei vor Bewilligung der einstweiligen Verfügung darf (und muss) jedoch entfallen, wenn durch eine solche (vorgängige) Anhörung der Zweck der einstweiligen Verfügung vereitelt werden kann, etwa weil eine rasche Entscheidung Voraussetzung für die Effektivität der konkreten einstweiligen Verfügung ist (hier: bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten gemäss Art 39 f PGR). [Rechtssatz des OGH]**

**Ein Gehörverstoss im Provisorialverfahren stellt nicht den Nichtigkeitsgrund des § 446 Abs 1 Z 4 ZPO, sondern lediglich einen rügeflichten Verfahrensmangel dar. [Rechtssatz des OGH]**

### Sachverhalt

Gestützt auf den Standpunkt, die Beklagten und Sicherungsgegner hätten sie durch gegenüber diversen Strafverfolgungs-, Standes- und sonstigen Behörden sowie Medien und sonstigen Dritten wiederholt aufgestellte Behauptungen in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt, beantragten die Kläger und Sicherungswerber gleichzeitig mit ihr Klage beim LG den Erlass eines Amtsbefehls, mit welchem den Sicherungsgegnern die Verbreitung bzw Wiederholung von näher bezeichneten Behauptungen sowie diesen inhaltlich ähnlichen Behauptungen untersagt werden sollte.

Das LG erliess mit B vom 09.09.2020 ohne vorgängige Anhörung der Sicherungsgegner den Amtsbefehl antragsgemäss.

Dem von den Sicherungsgegnern dagegen erhobenen Rekurs gab das OG mit B vom 24.02.2021 dahingehend Folge, dass der angefochtene B aufgehoben und die

Rechtssache an das LG zurückverwiesen wurde. Diese Rekursentscheidung des OG war unter Hinweis auf LES 2018, 265 und LES 2019, 100 von der Erwägung getragen, dass das Erstgericht die Sicherungsgegner in ihrem rechtlichen Gehör dadurch verletzt habe, dass es diesen vor Erlass des Amtsbefehls keine Möglichkeit eingeräumt habe, sich zum Antrag der Sicherungswerber äussern zu können, womit der angefochtene B und das diesem vorausgegangene Verfahren nichtig seien.

Über Revisionsrekurs der Sicherungswerber stellte der OGH den erstinstanzlich ergangenen Amtsbefehl wieder her.

### Aus den Entscheidungsgründen

7. Der Revisionsrekurs ist gemäss § 495 Abs 2 ZPO iVm Art 51 und 297 EO zulässig und rechtzeitig [...]. Er ist auch berechtigt.

#### 7.1 Prozessuales:

Die Beklagten kommen auf die im Rekurs erhobene Kritik, das LG Vaduz sei zum Erlass des Amtsbefehls international gar nicht zuständig gewesen, nicht mehr zurück. Das Rekursgericht hat zutreffend ausgeführt, dass – wie hier – bei Beantragung einer einstweiligen Verfügung zusammen mit der Einleitung des Hauptverfahrens oder während desselben die (internationale) Zuständigkeit des LG gegeben ist (Attraktionszuständigkeit). Die Attraktionszuständigkeit setzt dabei nicht die endgültige Klärung der (internationalen) Zuständigkeit des LG im Hauptverfahren voraus (LES 2018, 138; *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>5</sup> [2017] Rz 6.16; *Zechner*, Sicherungsexekution und einstweilige Verfügungen § 387 Rz 3, *Kodek* in *Angst/Oberhammer*, EO<sup>3</sup> § 387 Rz 1, 19; *Angst/Jakusch/Mohr*, EO<sup>15</sup> [2012] § 387 E 10, 12 und 19).

#### 7.2 Zum anzuwendenden Recht:

Die Vorinstanzen haben zutreffend liechtensteinisches Recht angewandt. Anknüpfungspunkt ist Art 14 Abs 1 IPRG (= § 13 Abs 2 öIPRG) iVm Art 1 Abs 1 IPRG. Gemäss Art 14 Abs 1 IPRG ist der Schutz des Namens einer natürlichen Person nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die Verletzungshandlung gesetzt wird. Der Schutz des Namens in Form von Unterlassungs-, Wiederherstellungs-, Widerrufs- und Schadenersatzansprüchen wird auch auf andere höchstpersönliche Rechtsgüter ausgedehnt, wie etwa den Schutz der Ehre (6 Ob 283/01p SZ 2002/107 = *ecolx* 2003/1, 18 = *ZfRV-LS* 2003/23, 73). Unterlassungsansprüche wegen Verletzung von Persönlichkeitsrechten richten sich entweder gemäss Art 52 Abs 1 IPRG (vgl § 48 Abs 2 öIPRG) oder analog Art 14 Abs 1 IPRG (= § 13 Abs 2 öIPRG) nach der Rechtsordnung jenes Orts, an dem das beanstandete Verhalten gesetzt wurde (vgl OGH 8 Ob 105/05y *ZfRV* 2006/9, 72). Nach dem bescheinigten Sachverhalt sind die Verletzungshandlungen in Liechtenstein gesetzt worden, sodass jedenfalls liechtensteinisches Recht zur Anwendung zu kommen hat.

#### 7.3 Zur Sache:

7.3.1 Die wesentliche, hier zu entscheidende Frage ist, ob das LG dem Amtsbefehl ohne Anhörung der Beklagten erlassen durfte. Dazu ist auszuführen:

7.3.1 a) Mit der Entscheidung vom 15.10.2009, *Micallef* gegen Malta, Nr 17056/06, änderte der EGMR seine

bisherige Rsp. Danach ist Art 6 EMRK unter bestimmten Voraussetzungen auch in einem Sicherungsverfahren zu beachten. Das Verfahren muss zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen (*civil rights or obligations*) betreffen und die Sicherungsmassnahme muss geeignet sein, den zivilrechtlichen Anspruch oder die Verpflichtung zu bestimmen (*can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake*). Im Sinne dieser Entscheidung ist nun herrschende Meinung, dass das Provisorialverfahren grundsätzlich zweiseitig ist, der Gegner der gefährdeten Partei (Sicherungsgegner) also im Regelfall vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung anzuhören ist (*König*, EV<sup>5</sup> Rz 6.42/1; zustimmend *G. Kodek*, Einstweilige Verfügungen nach *Micallef v Malta* – eine Nachlese, in *Schumacher/Zimmermann* [Hrgs], 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof – Festschrift für Gert Delle Karth [2013] 521 [539]; *G. Kodek* Zak 2010/7, 8). Eine Anhörung des Gegners der gefährdeten Partei vor Bewilligung der einstweiligen Verfügung darf (und muss) jedoch entfallen, wenn durch eine solche (vorgängige) Anhörung der Zweck der einstweiligen Verfügung vereitelt werden kann, etwa weil eine rasche Entscheidung Voraussetzung für die Effektivität der konkreten einstweiligen Verfügung ist (1 Ob 156/10p; 2 Ob 140/10t; 4 Ob 119/14z; *König*, EV<sup>5</sup> Rz 6.42/1). In derartigen dringenden Fällen ist das rechtliche Gehör durch den Einspruch (in der öEO: Widerspruch) ausreichend sichergestellt (1 Ob 156/10p; 2 Ob 140/10t; 17 Ob 11/10g; *G. Kodek*, EF-Z 2010, 63).

7.3.1 b) Der Persönlichkeitsschutz wird im liechtensteinischen Privatrecht vor allem durch Art 39ff PGR gewährt. Vorbild waren die Bestimmungen des Schweizerischen Persönlichkeitsrechts (Art 27f ZGB). § 16 öABGB, der nach hL in Österreich den Anknüpfungspunkt für die Persönlichkeitsrechte bildet (*Koch* in *KBB*<sup>6</sup> § 16 Rz 1; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 16 Rz 16–19), hatte bis zur Einführung des PGR 1926 auch in Liechtenstein Geltung (*Marie-Theres Frick*, Persönlichkeitsrechte - Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsrechts in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein [1991] 26). Mit der Formulierung des Art 39 PGR, einer Mischung aus Generalklausel und Rechtsgüteraufzählung, sollte ein möglichst umfassender Rechtsschutz verankert werden. Auch der darin enthaltene Begriff der Ehre ist in weitem Sinn zu verstehen, er umfasst nicht nur die Anerkennung, die einer Person unter dem Gesichtspunkt der Moral zusteht, sondern auch ihr berufliches, wirtschaftliches und gesellschaftliches Ansehen (*M-T. Frick*, Persönlichkeitsrechte 253ff). In der schweizerischen Rezeptionsgrundlage wird unter Ehre im Besonderen die Geltung verstanden, die eine Person genießt, weil sie die von der Gesellschaft für erforderlich erachteten moralischen Qualitäten besitzt oder zu besitzen scheint. Eine Ehrverletzung stellt demzufolge jede Beschuldigung dar, die geeignet ist, das Ansehen einer Person herabzusetzen. Art 28 ZGB schützt die Ehre weiter als im Strafrecht. Der zivilrechtliche Schutz umfasst auch das berufliche und das gesellschaftliche Ansehen einer Person und ist weitgehend abhängig von der sozialen Stellung und Umgebung (*M-T. Frick*, Persönlichkeitsrechte 255; *Hausbeer/Aebi-Müller*, Das Personenrecht des Schweizer Zivilgesetzbuches<sup>5</sup> Rn 630ff).

7.3.1 c) Das Erstgericht hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich bei den hier geltend gemachten Persönlichkeitsrechten um civil rights handelt. Zulässig sind einstweilige Verfügungen zur Sicherung des jedermann angeborenen Persönlichkeitsrechts auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre (*Angst/Jakusch/Mobr*, EO<sup>15</sup> § 381 E 150). Zulässig sind weiters einstweilige Verfügungen zur Sicherung der in Art 39f PGR (vgl § 1330 ABGB) bezeichneten Ansprüche (vgl öOGH 6 Ob 34/95 MR 1996, 104).

7.3.1 d) In Fällen, in denen die Umstände eine besondere Raschheit des Verfahrens und/oder eine Überraschung des Gegners der gefährdeten Partei erfordern, ist es, wie bereits ausgeführt, gerechtfertigt, von der Anhörung des Gegners abzusehen. Ein solcher Fall liegt hier vor. Gerade bei den von den Klägern geltend gemachten Ansprüchen nach Art 39 f PGR hängt die Effektivität der gewünschten Sicherungsmassnahme von einer raschen Rechtsschutzgewährung ab. Nach dem bescheinigt angenommenen Sachverhalt geht es um Äusserungen der Beklagten, in denen sie den Klägern missbräuchliches und strafrechtlich relevantes Verhalten vorwerfen. Diese gegenüber verschiedenen Banken und namhaften Institutionen getätigten Äusserungen beeinträchtigen die Kläger in krasser Weise in ihrem Erwerb, ihrem beruflichen Fortkommen, ihrem beruflichen Ansehen, in ihrem Kredit und in ihrer Ehre. Dass in einem solchen Fall Raschheit der Entscheidung geboten ist, liegt auf der Hand.

Den Einwand der Beklagten, die Kläger hätten in ihrem Antrag auf Erlassung eines Amtsbefehls gar nicht behauptet, dass durch die Anhörung der Zweck der einstweiligen Verfügung vereitelt hätte werden können, ist entgegen zu halten, dass die Kläger ausdrücklich in ihrem Antrag ausführen, das liechtensteinische Recht sehe die Erlassung eines Amtsbefehls einerseits sofort und ohne vorherige Anhörung des Beklagten und andererseits nach vorheriger Anhörung vor und es böte hier nur die Variante 1 hinlänglichen Rechtsschutz für sie (vgl ON 1 S 39 Rz 97). Dieser Behauptung wohnt zweifelsohne das Element gebotener Eile inne, dass es also hier der besonderen Raschheit bedarf. Insoweit sind die Kläger ihrer Behauptungslast ausreichend nachgekommen.

7.3.2 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das Erstgericht den Amtsbefehl sofort, also ohne vorherige Anhörung der Sicherungsgegnerinnen erlassen durfte und musste. Deren rechtliches Gehör ist durch den Einspruch (Art 290 Abs 1 2. Fall EO ~ § 397 Abs 1 öEO) ausreichend sichergestellt (vgl *König*, EV<sup>5</sup> Rz 6.42/1).

7.3.3 Damit liegt die vom Rekursgericht angenommene Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht vor. Entgegen der Ansicht des Rekursgerichtes stellt aber auch der Gehörverstoss keine Nichtigkeit gemäss § 446 Abs 1 Z 4 ZPO (= § 477 Abs 4 Z 4 öZPO), sondern nur eine Mangelhaftigkeit dar. Dazu Folgendes:

7.3.3 a) Die Einordnung der Rechtsfolgen von Gehörverstössen erfolgte in der Vergangenheit nicht einheitlich. Teilweise wurde angenommen, dass eine einseitig erlassene einstweilige Verfügung, ohne dass dies durch entsprechende Dringlichkeit geboten gewesen wäre, einen Gehörverstoss und damit einen Nichtigkeitsgrund darstellt (*König*, EV<sup>5</sup> Rz 6.42/1; OGH 7 Ob 54/11h MR 2011, 189; OGH 17 Ob 11/10g SZ 2010/123 – *Vita Lady*).

Nach Ansicht von *G. Kodek*, in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 8e), ist die Nichtigkeitsanktion auf die Verletzung eines zwingenden (is von ausnahmslosen) Gehörgebots zu beschränken (sa *G. Kodek* in *GedS Koussoulis* 213f; *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek UWG*<sup>2</sup> § 24 Rz 71; *Kodek* in *FS Delle Karth* 542). In der Entscheidung 16 Ok 12/13 hat der öOGH als Kartellobergericht nur eine Mangelhaftigkeit angenommen, wenn das Recht auf Replik verneint wird. Nach mittlerweile hM in Österreich stellt ein Gehörverstoss im Provisorialverfahren nicht den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO, sondern lediglich einen rügeflichten Verfahrensmangel dar (*E. Kodek* in *Angst/Oberhammer*, EO<sup>3</sup> § 389 Rz 20/1; *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör 126ff; *G. Kodek* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 8e; § 402 Rz 30a f).

7.3.3 b) Der OGH schliesst sich der Auffassung von *G. Kodek* und der hM in Österreich an und qualifiziert die Verletzung des rechtlichen Gehörs in einem Provisorialverfahren nicht als Nichtigkeit im Sinn des § 446 Abs 1 Z 4 ZPO (= § 477 Abs 1 Z 4 öZPO), sondern sieht darin nur einen Verfahrensmangel.

7.3.4. a) Nach st Rsp hat ein bestimmtes Begehren zur Voraussetzung, dass ihm der Gegenstand, die Art, der Umfang und die Zeit der geschuldeten Leistung zu entnehmen ist (RIS-Justiz RS0000466). Auch wenn die Ansprüche an die Bestimmtheit nicht überzogen werden dürfen, muss eine stattgebende Entscheidung derart bestimmt sein, dass sie eine zuverlässige Grundlage für die zwangsweise Durchsetzung der ausgesprochenen Verpflichtung bildet, sowie dass der Umfang der materiellen Rechtskraft der Entscheidung zuverlässig und eindeutig festgelegt werden kann (8 Ob 91/16i ua). Dementsprechend ist im Begehren möglichst genau anzugeben, wozu der Gegner verpflichtet ist und worauf dieser in Anspruch genommen werden soll (vgl. RIS-Justiz RS0000878). Die Beurteilung, ob das Begehren ausreichend bestimmt ist, richtet sich letztlich nach den Umständen des Einzelfalls (8 Ob 91/16i ua).

Dies gilt namentlich auch bei Unterlassungsbegehren (*König*, EV<sup>5</sup> Rz 6.5; *Zechner*, EV 102; *G. Kodek* in *Burgstaller/Deixler/Hübner*, EO § 389 Rz 6a). Im Klagebegehren muss nach den Gegebenheiten des besonderen Falls die Verhaltensweise des Beklagten, dem eine Unterlassung aufgetragen werden soll, so bestimmt und genau wie möglich bezeichnet werden, dass ihre Verletzung gemäss Art 258 EO (§ 355 öEO) vollstreckt werden kann. Allgemeine Umschreibungen genügen nicht (RIS-Justiz RS0004864 [T7]; LES 1998, 325; LES 2000, 41; LES 2003, 55).

Der Begriff der Bestimmtheit eines Unterlassungsbegehrens darf jedoch nicht allzu eng ausgelegt werden, weil es praktisch unmöglich ist, alle nur denkbaren Eingriffshandlungen zu beschreiben (*G. Kodek* in *Burgstaller/Deixler/Hübner*, EO § 389 Rz 6b). Nach der Rechtsprechung ist eine gewisse allgemeine Fassung des Unterlassungsbegehrens – im Verein mit konkreten Einzelgebotsen – schon deshalb notwendig, um Umgehungen nicht allzu leicht zu machen (LES 1998, 325; 4 Ob 17/91 ÖBl 1991, 105; 4 Ob 16/91 ÖBl 1991, 108; 4 Ob 90/93 wbl 1993, 367; RIS-Justiz RS0000845; 3 Ob 88/13g).

7.3.4 b) Unter Bedachtnahme auf diese Rechtssätze ist entgegen der Ansicht der Beklagten das Begehren im

hier beantragten Amtsbefehl ausreichend bestimmt. Die Äusserungen, die die Beklagten zu unterlassen haben, sind nach Art und Umfang genau bezeichnet, ebenso die Zeitspanne. Wenn die Beklagten in ihrer Revisionsrekursbeantwortung einwenden, insbesondere das Begehren, die Beklagten hätten die Behauptung, «die Kläger seien für eine ganze Reihe von Missbräuchen und Vergehen verantwortlich» (Punkt 1 lit a des Begehrens) zu unterlassen, sei zu unbestimmt, ist zu entgegnen, dass zum einen nach dem bescheinigt angenommenen Sachverhalt derartige Äusserungen von der Erstbeklagten tatsächlich erfolgt sind. Zum anderen kann dieser Teil des Begehrens gewissermassen auch als allgemeine Fassung des Amtsbefehlsbegehrens aufgefasst werden, das in den nachfolgenden Unterlassungsgeboten (lit b ff) konkretisiert wird.

7.3.5 Schliesslich versagt auch der in der Revisionsrekursbeantwortung der Beklagten erhobene Einwand, dem beantragten Amtsbefehl fehle es am notwendigen Vorbringen und die Behauptungen seien unschlüssig.

7.3.5 a) Für die Erlassung eines Amtsbefehls nach Art 276 EO genügt nach herrschender Auffassung objektive Gefährdung (LES 1984, 55; zur objektiven Gefährdung nach § 381 öEO als Rezeptionsvorlage siehe *Sailer in Burgstaller/Deixler/Hübner*, EO § 381 Rz 8f).

Das Tatbestandsmerkmal des «drohenden unwiederbringlichen Schadens» wird häufiger realisiert als jenes der «drohenden Gewalt». Unwiederbringlichkeit liegt vor, wenn ein Nachteil am Vermögen, an Rechten oder an der Person eintritt, die Zurücksetzungen in den vorigen Stand untunlich ist und ein Ersatz entweder nicht geleistet werden kann oder die Leistung des Geldersatzes dem verursachten Schaden nicht völlig adäquat ist (RIS-Justiz RS0005275 [T2]; zuletzt etwa 1 Ob 176/15m; 8 ObA 50/16k; wN bei *Sailer in Burgstaller/Deixler/Hübner*, EO § 381 Rz 12 und bei *Angst/Jakusch/Mohr*, EO<sup>15</sup> § 381 E 88ff). Ein unwiederbringlicher Schaden (zum Vorschlag, besser vom «nicht wiedergutzumachenden Schaden» zu sprechen, siehe *König*, EV<sup>5</sup> Rz 3.81) liegt unter anderem vor bei der Verletzung eines Persönlichkeitsrechts (zB Namensrecht: OGH 4 Ob 318/71 ÖBl 1971, 152; 17 Ob 23/11y; Ehre: OGH MR 1993, 16f; MR 1993, 221ff (*Korn*); 6 Ob 80/01k; Schutz der Privatsphäre: OGH RdW 1995/61f [*Telefonterror*]).

7.3.5 b) Zweifelsohne stellen die als bescheinigt angenommenen Äusserungen der Beklagten eine schwerwiegende Verletzung der Ehre, des guten Rufs und des Kredits der Kläger dar (vgl *M-T. Frick*, Persönlichkeitsrechte 259 FN 32) und ist insoweit das Tatbestandsmerkmal des unwiederbringlichen Schadens erfüllt. Einer Bescheinigung weiterer Gefahrenmomente ist demnach bei glaubhaft gemachtem Angriff auf die Ehre nicht erforderlich (4 Ob 132/93 MR 1993, 221; 6 Ob 37/95 SZ 69/12; 6 Ob 291/00p, SZ 73/198 = MR 2001, 93 und weitere Entscheidungen zu RIS-Justiz RS0011399; zuletzt etwa 6 Ob 88/15g MR 2015, 235; 4 Ob 224/19y). Die diesbezügliche Argumentation der Beklagten in ihrer Revisionsrekursbeantwortung geht daher ins Leere.

7.3.6 Zusammengefasst ist der Revisionsrekurs im Sinne der Wiederherstellung des erstinstanzlich erlassenen Amtsbefehls erfolgreich (vgl *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup> § 527 ZPO E23).

8. Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Kläger auf Art 286 Abs 1 EO, hinsichtlich der Beklagten auf §§ 49, 50, 52 ZPO iVm Art 51, 297 EO.

## Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 10.09.2021, 01 CG.2020.275

### Art 3, 7 EWRA

#### EWRA Anhang VI «Soziale Sicherheit»

### Art 24, 25 und 26 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit («GVO»)

### Art 7, 13 KVG

### Art 32 KVV

### Art 73 AHVG

**EWR-Recht genießt gegenüber dem nationalen Recht grundsätzlich Vorrang und ist, sofern wie bei Verordnungen nach Art 7 lit a EWRA Durchführungsmassnahmen auf dem Weg der innerstaatlichen Gesetzgebung nicht erforderlich sind, auch unmittelbar anwendbar («self-executing»).**

**Eine in Portugal wohnhafte, vormalig in Liechtenstein unselbständig erwerbstätig gewesene Person, welche lediglich aus Liechtenstein eine Altersrente bezieht, untersteht in Liechtenstein für den Bereich der Krankenpflege weiterhin dem Versicherungsobligatorium.**

### Sachverhalt

Der portugiesische Staatsangehörige V war bis Dezember 2016 in Liechtenstein bei einem Bauunternehmen unselbständig erwerbstätig und bei der X-AG obligatorisch krankenversichert. Im Dezember 2016 verlegte V seinen Wohnsitz dauerhaft nach Portugal, wo er im Gesundheitszentrum Y geführt wird. Seit Januar 2017 ist der Kläger Rentner und bezieht aus Liechtenstein eine vorbezogene Altersrente gemäss Art 73 Abs 1 AHVG.

Im Oktober 2016 übermittelte die X-AG dem V eine ab 01.01.2017 gültige Versicherungspolice für eine «Obligatorische Krankenpflegeversicherung» nach dem Krankenversicherungsgesetz (KVG) samt Zusatzleistungen. V bezahlte in weiterer Folge bis Juni 2020 monatliche Prämien in Höhe von insgesamt CHF 13'619.50 an die X-AG.

Mit der über Antrag des V erlassenen Verfügung vom 29.09.2020 wies die X-AG dessen Begehren auf Rückzahlung der bezahlten Prämien zur Gänze ab und stellte weiter fest, dass V auch in Zukunft in Liechtenstein für den Bereich der Krankenpflege der obligatorischen Versicherungspflicht unterliege.

Mit Klage vom 30.09.2020 begehrte V von der X-AG die Zahlung von CHF 13'619.50 s.A. und die Feststellung, dass für ihn seit Januar 2017 keine Krankenpflegeversicherungspflicht mehr bestehe und er auch ab dem

01.07.2020 keine Versicherungsprämien mehr zu bezahlen habe.

Das LG gab mit U vom 23.02.2021 dem Klagebegehren zur Gänze statt.

Über Berufung der X-AG änderte das OG dieses U mit Entscheidung vom 19.05.2021 im Sinn einer gänzlichen Klagsabweisung ab.

Der von V gegen die Berufungsentscheidung erhobenen Revision gab der OGH keine Folge.

### Aus den Entscheidungsgründen

8.1. Das Revisionsgericht hält die Rechtsmittelausführungen für nicht stichhältig, hingegen die damit bekämpften Entscheidungsgründe des angefochtenen U im Wesentlichen für zutreffend, weshalb gemäss §§ 482, 469a ZPO insoweit auf diese und die nachfolgenden Ausführungen verwiesen wird.

8.2. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit der Entscheidung des VGH vom 08.11.2013 zu VGH 2013/093 (LES 2014, 236) ausgeführt, dass EWR-Recht grundsätzlich der Vorrang gegenüber nationalem Gesetzesrecht zukommt und – soweit hier massgeblich – auch unmittelbar auf konkrete Einzelfälle anwendbar ist. So hat auch der StGH in dem zur zitierten Entscheidung am 27.10.2014 ergangenen Urteil (StGH 2013/196, GE 2015, 107, Erw 2.2.1., 2.2.) festgehalten, dass nach dem in Liechtenstein geltenden System der Adoption ins Landesrecht ein formrichtig vom Landtag genehmigter und im Namen des Landesfürsten ratifizierter internationaler Vertrag automatisch und *ipso iure* zusammen mit der völkerrechtlichen auch landesrechtliche Wirkung erlangt. Somit wird das von Liechtenstein übernommene EWR-Recht bereits durch die Ratifikation der entsprechenden Verträge innerstaatlich in Kraft gesetzt. Es bedarf insbesondere keiner Transformation des EWR-Rechts in Landesrecht. Es trifft daher nicht zu, dass die Vorschriften des EWRA zwingend in innerstaatliches Gesetzesrecht umgesetzt werden müssten, damit sie innerstaatliche Geltung erlangen bzw einer Direktwirkung fähig sind. Zutreffend hat das OG auch die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden kurz «GVO») bejaht. Dies wird in der Revision auch nicht konkret in Zweifel gezogen (vgl ON 22 S 6 Abs 5) und ist damit insoweit nicht weiter erörterungsbedürftig.

8.3. Art 25 GVO trifft eine Sonderregelung für Personen, die Renten aus einem oder mehreren Mitgliedsstaaten beziehen, ohne dort zu wohnen und in deren Wohnstaat ein nationaler Gesundheitsdienst besteht. Ein solcher ist dadurch gekennzeichnet, dass der Anspruch auf Sachleistungen bei Krankheit und Mutterschaft durch den blossen Wohnsitz begründet ist und nicht von Versicherungszeiten oder der Ausübung einer (abhängigen oder selbständigen) Beschäftigung abhängt. Durch diese Regelung sollen übermässige Belastungen von Mitgliedsstaaten mit einem steuerfinanzierten nationalen Gesundheitsdienst verhindert werden, indem kollisionsrechtlich an die Rentenleistung angeknüpft und die primäre Leistungszuständigkeit den Mitgliedsstaaten zugewiesen wird, nach deren Rechtsvorschriften eine Rente gewährt

wird. Zu den Staaten mit einem solchen nationalen Gesundheitsdienst zählt unter anderem Portugal (vgl dazu *Janda* in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht<sup>7</sup>, 350 Rz 1 und 2 zu Art 25 GVO). Das wird in der Revision richtig geltend gemacht und in der Revisionsbeantwortung auch nicht bestritten.

8.4. Der Träger des Wohnstaates erbringt in diesem Fall Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft im Wege der Sachleistungsaushilfe, die jedoch unter folgenden Voraussetzungen steht:

a) Im Wohnstaat besteht ein Anspruch auf Sachleistungen, der nicht von Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten, sondern lediglich vom Wohnsitz abhängig ist.

b) Der Rentner bezieht keine Rente aus dem gesetzlichen Rentensystem des Wohnstaates. Der Belastungsschutz soll demnach ausschliesslich für Personen gelten, die Renten aus einem anderen Mitgliedsstaat beziehen. Der Begriff «Rente» (im Wohnstaat) bezieht sich sowohl auf eine wohnsitzbezogene Rente (wie zum Beispiel die für den Fall der Erwerbsunfähigkeit und des Alters vorgesehene Volksrente nach finnischem Rentenrecht) als auch auf eine nach den Vorschriften des Wohnstaates geschuldete erwerbstätigkeitsbezogene Rente.

c) Erforderlich ist ferner, dass der Rentner nach dem Recht wenigstens eines für die Rentenleistungen zuständigen Mitgliedsstaates als Rentner sachleistungsberechtigt ist, erforderlichenfalls bei unterstelltem Wohnsitz in diesem Mitgliedsstaat. Dies ist Grundvoraussetzung für die kollisionsrechtliche Anknüpfung an das Statut der Rentenleistungen und die Verlagerung der Kostentragungspflicht. Besteht kein Sachleistungsanspruch nach dem Recht des Rentenzahlstaats, ist der Wohnstaat zur Erbringung von Leistungen bei Krankheit auf eigene Kosten verpflichtet (vgl dazu *Janda* Rz 3 mwN).

Es gelten demnach für einen Einfachrentner ohne primären Leistungsanspruch für den Fall der Krankheit im Wohnstaat das Statut der Rentenleistung (arg. Art 24 Abs 1, Abs 2 lit a, b GVO) bzw für einen Einfachrentner mit primärem Leistungsanspruch für den Fall der Krankheit im Wohnstaat, nach dessen Rechtsvorschriften der (Sach-)Leistungsanspruch nicht von Versicherungs- oder Beschäftigungsvoraussetzungen abhängig ist (und nach dessen Rechtsvorschriften keine Rente geschuldet wird), ebenfalls das Statut der Rentenleistung (arg. Art 25 GVO – *Janda* 343 Vorbem Art 23 ff Rz 8).

8.5 Diese Voraussetzungen sind hier beim Kläger gegeben, weil er einerseits ausschliesslich aus Liechtenstein eine Rente bezieht und andererseits in seinem Wohnsitzstaat Portugal einen primären Leistungsanspruch für den Fall der Krankheit hat. Zusätzlich bestünde als weitere genannte Voraussetzung im Zusammenhang mit den zitierten Bestimmungen des EWRA und der GVO *bei unterstelltem Wohnsitz* in Liechtenstein ein Anspruch des Klägers auf Sachleistungen nach Art 7 KVG.

Die Beklagte als zuständiger Träger hat daher für jene Sachleistungen, die dem Kläger in seinem Wohnsitzstaat Portugal erbracht werden, letztlich die Kostentragungspflicht.

8.6. Die Ansicht des Revisionswerbers, dass das EWRA in Bezug auf dessen Anhang VI «Soziale Sicherheit» nur Kollisionsrecht darstelle und Liechtenstein grundsätzlich

nur berechtigte, eine Beitragspflicht auch für solche Personen zu statuieren, die ihren Wohnsitz nicht (mehr) in Liechtenstein hätten, was aber nicht der Fall sei, trifft im Hinblick auf die obigen und die nachfolgenden Ausführungen nicht zu. Andererseits räumt der Revisionswerber aber selbst ein, dass unter anderem die GVO in Liechtenstein unmittelbar anwendbar sei und keiner Umsetzung ins nationale Recht bedürfe. Diese sehe aber seiner Ansicht nach in ihrer Eigenschaft als Kollisionsrecht nur Massnahmen zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten, also zur Koordinierung der einzelstaatlichen Systeme vor, und lege nur allgemein fest, welche Sozialrechtsordnung bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt zur Anwendung komme. Die konkreten, sozialversicherungsrechtlichen Rechte und Pflichten, wie etwa Beitragspflichten, könnten sich aber nur aus dem jeweils anwendbaren nationalen Recht ergeben. Dies entspreche der Judikatur des EuGH, wonach die Bestimmungen der GVO nur dazu dienen, die nationalen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit zu ermitteln, nicht aber selbst unmittelbar anwendbares Sozialrecht bzw Sozialversicherungsrecht zu schaffen.

Der Revisionswerber macht weiter unter Bezugnahme insbesondere auf diverse Berichte und Anträge der Regierung, Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und Literatur (*Eichenbofer*, Sozialrecht der Europäischen Union [2008]) zusammengefasst geltend, dass das EWRA und die GVO keine Versicherungs- und Beitragspflicht für den Kläger als AHV-Rentner mit Wohnsitz im Ausland begründeten, weil er in Portugal wohnhaft sei und als Staatsbürger Portugals dort steuerfinanzierte Sachleistungen erhalte.

8.7. Richtig ist, dass *Eichenbofer*, Sozialrecht der Europäischen Union<sup>7</sup>, 113 Rz 128, 129, ausführt, dass Kollisionsnormen bestimmen, welches Recht eines Mitgliedsstaates auf grenzüberschreitende sozialrechtliche Sachverhalte anzuwenden ist. Die Normen legen demnach das im Einzelfall anzuwendende «Statut» sozialer Sicherung fest. Sie bestimmen damit, dem Sozialrecht welchen Mitgliedsstaates ein grenzüberschreitender Sachverhalt unterliegt. Der Gegenbegriff zum Fachbegriff «Kollisionsnorm» ist jener der «Sachnorm». Während die Kollisionsnorm dem Einzelnen nicht bestimmte Rechte einräumt oder Pflichten auferlegt, folgt diese materiellrechtliche «Sachentscheidung» vielmehr aus einer «Sachnorm». Diese Ausführungen von *Eichenbofer* beziehen sich ausdrücklich allerdings nur auf den Titel II Art 11–16 GVO (vgl dazu auch dort Rz 139).

8.8. Art 11 Abs 1 S 1 GVO bringt ein zentrales Prinzip zum Ausdruck. Personen, für die die GVO gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedsstaates. Ziel dieses Prinzips ist es zu verhindern, dass eine Person ohne sozialen Schutz bleibt, ebenso wie das Zusammentreffen von Leistungen mit gleicher Zielrichtung sowie die Belastung mit doppelten Beiträgen vermieden werden soll (*Fuchs in Fuchs* 41). Mit anderen Worten ist Ziel der GVO die Vermeidung von Mehrfachversicherung wie auch von Schutzlücken durch das Auseinanderfallen von Versicherungs- und Wohnstaat. Es wird zwischen Sach- (Art 23–28 GVO) und Geldleistungen (Art 29 GVO) differenziert. Erstere werden grundsätzlich im Wohnstaat

erbracht, wobei dessen Leistungsrecht für die Leistungserbringung massgeblich ist, letztere werden exportiert. Auch Familienangehörige von Rentnern können Sachleistungen im Wohnstaat in Anspruch nehmen. Darüber hinaus werden Regelungen zur – geplanten oder unbeabsichtigten – Inanspruchnahme von Sachleistungen ausserhalb des Wohnstaats getroffen. Diese Fragen betreffen *nicht* (Hervorhebung durch den Senat) die kollisionsrechtliche Bestimmung des zuständigen Staats, sondern den Modus der Leistungserbringung als *Sachnormen* (Hervorhebung durch den Senat; *Janda* 341 Rz 2).

Die Art 23 ff GVO koordinieren die Absicherung der Rentenbezieher im Krankheits- bzw Pflegefall, indem sie für verschiedene Konstellationen den primär leistungspflichtigen Träger bestimmen, den «aushelfenden» Leistungsträger benennen und *nachteilsausgleichende Äquivalenzregeln* treffen. Die Regelungen sind vom Grundsatz der Meistbegünstigung geprägt, wenn auch nur in einem der in Betracht kommenden Mitgliedsstaaten eine Absicherung für den Fall der Krankheit, Mutterschaft oder Pflegebedürftigkeit besteht bzw (bei Wohnsitz in dem betreffenden Staat) bestünde. Inhaltlich knüpfen die Regelungen an die Koordinierungstechnik der aushilfsweisen Sachleistungserbringung der Art 18 ff GVO an. Die zugrundeliegenden Kollisionsregeln sind vor diesem Hintergrund zu exponieren. Anders als Geldleistungen (Art 7 GVO) werden Sachleistungen während eines vorübergehenden oder dauerhaften Aufenthalts in einem anderen als dem zuständigen Staat nicht exportiert. Vielmehr werden aufgrund der Besonderheiten bei der Leistungserbringung die Träger des Aufenthalts- bzw Wohnstaates in einer Art gemeinschaftsrechtlicher Amtshilfe in die Leistungserbringung eingeschaltet und zur Leistung für Rechnung des zuständigen Trägers verpflichtet. Dadurch entsteht neben dem primären Versicherungs- bzw Leistungsverhältnis ein klar unterscheidbares sekundäres (abgeleitetes) Leistungsverhältnis zum aushelfenden Träger. Vor dem Hintergrund dieses Prinzips der aushilfsweisen Sachleistungserbringung können aus den Sachregelungen der Art 23 ff GVO die zugrundeliegenden «Kollisionsregelungen» abgeleitet und formuliert werden. Diese Vorschriften begründen nämlich primäre und aushelfende (Ver-)Sicherungsverhältnisse und damit inzident auch Regelungen über die «zuständigen» Leistungsträger und Mitgliedsstaaten. Der EuGH hat in der Rechtssache *Rundgren* (C-389/99) der Vorgängerverordnung (EWG) 1408/71 und insbesondere deren Art 33 den Grundsatz entnommen, dass von einem Rentenberechtigten keine Pflichtbeiträge nach den Rechtsvorschriften des Wohnstaates zur Deckung von Leistungen verlangt werden dürfen, für deren Erbringung der Träger eines anderen Mitgliedsstaats zuständig ist. Folglich ist es dem Wohnstaat verwehrt, von einem Rentenberechtigten Sozialversicherungsbeiträge oder gleichwertige Abzüge zu erheben, wenn der Betroffene Leistungen vergleichbarer Art erhält, die zu Lasten des für die Rentenleistung zuständigen Mitgliedstaates gehen. Diese kollisionsrechtliche Sichtweise und Interpretation hat der EuGH in der Rechtssache C-50/05 (*Nikula*) bestätigt, in der er wiederum den Zusammenhang zwischen der endgültigen Kostentragungspflicht und dem Recht zur Erhebung von Beiträgen mit der für Kollisionsnormen typischen

Exklusivität der diesbezüglichen Regelungszuständigkeit betont (*Janda* 342 Rz 4, 5 und 6; vgl 356 Rz 1 zu Art 30 GVO und diese Bestimmung selbst).

In dogmatischer Hinsicht ist festzuhalten, dass die für die Krankenversicherung der Rentner geltenden Kollisionsnormen nicht nur einer abstrakten Verweisungsgerechtigkeit verpflichtet sind, sondern aufgrund der Anknüpfung an die materiell-rechtliche Leistungsberechtigung für den Fall der Krankheit auch dem konkreten (sach- bzw materiell-rechtlichen) Ziel der europaweiten Erhaltung einer (aber auch nur einer) solchen Absicherung nach den Rechtsvorschriften eines der in Betracht kommenden Mitgliedstaaten. Aus der Verknüpfung der Zuständigkeit für die Gewährung der Renten mit der Verpflichtung zur Übernahme der Kosten für Sachleistungen folgert der EuGH, dass Anknüpfungspunkt ein tatsächlicher Rentenbezug (tatsächliche Zuständigkeit für Renten) und nicht die lediglich potentielle Anspruchsberechtigung des Berechtigten ist (*Janda* 344 Rz 9 mit Hinweis auf EuGH C-389/99 *Rundgren*).

8.9. Entgegen den Revisionsausführungen kann sich der Kläger sohin nicht erfolgreich auf die herrschende Literatur stützen.

8.10. Richtig ist, dass im Bericht und Antrag 2011/74 (S 9) zur GVO von einer «Koordinierung anstelle von Harmonisierung des Sozialrechts» die Rede ist und dass es demnach im Rahmen der Koordinierung weiterhin Sache jedes Mitgliedsstaats ist, zu entscheiden, welche Leistungen er unter welchen Voraussetzungen anbieten möchte. Darin wird aber weiter ausgeführt, dass gleichwohl bestimmte gemeinsame Vorschriften und Grundsätze aufgestellt werden, damit gewährleistet ist, dass die Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, durch die Anwendung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Systeme nicht benachteiligt werden. Sinngemäss gleiches wird im BuA 2015/18 S 103 wiedergegeben. Daraus ist also für den Revisionswerber ebenfalls nichts zu gewinnen.

8.11. Auch das schweizerische Bundesgericht vertritt die Meinung, dass sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Bestimmungen der GVO keine Krankenversicherungspflicht (dort in Deutschland) ergibt. Art 24 GVO verpflichtet demnach aber (dort) die Schweiz, Sachleistungen der Krankenversicherung an Rentner und deren Familienangehörige mit Wohnsitz in der (dort) Schweiz zu erbringen, auch wenn diese aufgrund des Bezugs einer Rente aus einem anderen Mitgliedsstaat nicht in der (dort) Schweiz versichert sind. Diese Leistungserbringung erfolgt nur aushilfsweise. Die Kosten werden gemäss Abs 2 des Art 24 GVO nicht durch den aushelfenden schweizerischen Träger, sondern durch die zuständigen Krankenversicherung des die Rente zahlenden Staats übernommen. Auch *ohne ausdrückliche Kollisionsregelung* wird dadurch der leistungszuständige Versicherungsträger bestimmt: Es entsteht infolge der in Art 24 Abs 2 des erwähnten Artikels enthaltenen Kostenzuweisungsnorm im Rente zahlenden Staat eine *Krankenversicherungspflicht* mit den daraus erfolgenden *Beitragspflichten*. Dass die endgültige Pflicht zur Tragung der Kosten im Rente zahlenden Staat mit dem Recht zur Erhebung entsprechender Beiträge verbunden ist, hat demnach auch der EuGH in mehreren Urteilen

festgehalten. So wurde darauf hingewiesen, dass die Art 28 und 28a der Vorgängerverordnung 1408/71 eine «Kollisionsnorm» enthalten, anhand derer für Rentner, die in einem anderen als dem zur Zahlung der Rente verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, bestimmt werden kann, welcher Träger die darin angegebenen Leistungen zu erbringen hat und welche Rechtsvorschriften anwendbar sind. Es besteht mithin eine *Verknüpfung der Zuständigkeit* für die Gewährung der Rente bzw der Verpflichtung zur Übernahme der Kosten für Sachleistungen bei Krankheit *und dem Recht, entsprechende Beiträge zu erheben*. Dies führt dazu, dass eine Person mit Wohnsitz in der beispielsweise Schweiz, welche ausschliesslich eine beispielsweise deutsche Rente bezieht, aufgrund der erwähnten (ungeschriebenen) Kollisionsregel der deutschen Krankenversicherung angehört und durch die (dort) Schweiz aushilfsweise Sachleistungen erhält. Dabei steht es den Sozialversicherten, die vom Geltungsbereich der Normen erfasst werden, aufgrund des zwingenden Charakters der Vorschriften nicht frei, deren Wirkungen auszuhebeln, indem sie sich ihnen – freiwillig – entziehen. Durch die Anordnung der aushilfsweisen Sachleistungserbringung in Art 24 Abs 1 S 2 GVO unter Bestimmung des primär (endgültig) leistungspflichtigen Trägers in dessen Abs 2 werden inzident auch die anzuwendenden Rechtsvorschriften bestimmt. Für einen Einfachrentner ohne primären Leistungsanspruch für den Krankheitsfall im Wohnsitzstaat gelten daher die Rechtsvorschriften für den Fall der Krankheit und Mutterschaft desjenigen Mitgliedsstaats, nach dessen Rechtsvorschriften die Rente gezahlt wird (BGE 144 V 127 Erw 6.3.2.1. und 6.3.2.2. mwN). Nichts anderes gilt im Fall des Art 25 GVO.

Art 36 Abs 2 der GVO verankert das Prinzip der Sachleistungsaushilfe. Dabei handelt es sich um ein Surrogat für den eigentlichen Leistungsexport (der seinerseits namentlich bei Geldleistungen zum Zug kommt), um den damit verbundenen logistischen und bürokratischen Schwierigkeiten, den zeitlichen Verzögerungen sowie der faktischen Unmöglichkeit des Exports stationärer Mittel Rechnung zu tragen. An die Stelle des Leistungsexports tritt die Erbringung der Sachleistung durch den Träger des Wohnorts nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften (BGE 147 V 94 Erw 3.2.2.1.1.).

Damit findet die vom OG vertretene Ansicht entgegen der Revisionsausführungen auch in der schweizerischen Judikatur seine Bestätigung.

8.12. Daraus folgt zusammengefasst, dass das EWRA und die GVO, soweit hier massgeblich, in Liechtenstein unmittelbar anwendbar sind und keiner Umsetzung ins nationale Recht bedürfen (vgl dazu auch den in der Revision zitierten Bericht und Antrag 2011/74 S 7). Schliesslich entspricht es der einhelligen zitierten Judikatur aber auch Literatur, dass diese Rechtsquellen nicht nur rein kollisionsrechtliche Normen enthalten sondern auch sozialversicherungsrechtliche Rechte sowie Pflichten begründen. Den gegenteiligen Revisionsausführungen vermag sich der OGH daher nicht anzuschliessen. Damit muss auf die insoweit zutreffenden Ausführungen in der Revisionsbeantwortung nicht weiter eingegangen werden.

8.13. Soweit der Revisionswerber seinen Anspruch auf den Titel Bereicherung stützt, sei ihm nur abschlies-

send entgegengehalten, dass er als Gegenleistung für seine Versicherungsprämien die Versicherungsdeckung für Krankenversicherungsleistungen erhält.

8.14. Weitere zu erörternde Ausführungen enthält das Rechtsmittel nicht. Damit sind weder das Leistungs- noch das Feststellungsbegehren berechtigt, weshalb der Revision ein Erfolg zu versagen ist.

9. Die Kostenentscheidung ist in §§ 50 Abs 1, 40, 41 ZPO begründet.

**Anmerkung:**

*Gegen die Entscheidung des OGH wurde vom Kläger Individualbeschwerde zum StGH erhoben. Dort behängt das Verfahren zu StGH 2021/088.*

## Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 10.09.2021, 04 CG.2019.279

§ 498 Abs 1 Z 7 ZPO; § 312 Abs 2 ZPO; § 472 Z 2 ZPO

**Der Grundsatz, dass Mängel des Verfahrens erster Instanz, die das Berufungsgericht nicht als gegeben erachtete, im Revisionsverfahren nicht neuerlich gerügt werden können, ist unanwendbar, wenn das Berufungsgericht eine Erledigung der Mängelrüge unterlassen oder mit einer durch Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen oder den Verfahrensmangel erster Instanz infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache nicht wahrgenommen hat (hier: unterlassene Echtheitsprüfung im Aufhebungsverfahren).**

**Im Fall des § 498 Abs 1 Z 7 ZPO reicht die abstrakte Eignung des Vorbringens zur Bewilligung der Wiederaufnahme nicht aus, sondern es muss auch feststehen, dass das Vorbringen der Wiederaufnahmsklage selbst wahr ist.**

[Rechtssätze des OGH]

### Sachverhalt

Mit rk Teilurteil vom 15.04.2016 zu 04 CG.2015.28 hatte das LG die dort beklagte Partei und nunmehrige Wiederaufnahmsklägerin (fortan Wiederaufnahmsklägerin) schuldig erkannt, a) der dort klagenden Partei und nunmehrigen Wiederaufnahmsbeklagten (fortan Wiederaufnahmsbeklagte) zum Rechtsverhältnis zwischen der Wiederaufnahmsklägerin und E. alle Informationen, welche die Begünstigung der Wiederaufnahmsbeklagten an einer Versicherungspolice betreffen, Auskunft zu erteilen bzw in diesem Umfang Rechnung zu legen, insbesondere die Kopie der Versicherungspolice und des Versicherungsvertrags von E. herauszugeben sowie b) einen Eid dahingehend zu leisten, dass die Unterlagen gemäss Ziffer 1 lit a des Klagebegehrens richtig und vollständig sind. Mit rk Endurteil vom 25.04.2017 zu 04 CG.2015.28 erkannte das LG die Wiederaufnahmsklägerin weiters

schuldig, der Wiederaufnahmsbeklagten zu Händen ihres Vertreters binnen vier Wochen den Betrag von EUR 610'191.12 s.A. zu bezahlen.

Mit ihrer am 22.11.2018 eingebrachten Wiederaufnahmsklage brachte die Wiederaufnahmsklägerin zusammengefasst und im Wesentlichen vor: Sie sei in Kenntnis von neuen Tatsachen und Beweismitteln gelangt, deren Vorbringen und Benützung im früheren Verfahren 04 CG.2015.28 eine der Wiederaufnahmsklägerin günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeigeführt hätte. Es handle sich zum einen um die Kopie des Begleitschreibens zum Widerruf vom 12.05.2011 an die Bank (Beilage A), welche Urkunde an die Bank als vertraglich zwischen Bank/Versicherer und Ing. E. vereinbarte Zustelladresse gegangen sei. Darin sei ausdrücklich angeführt, dass als Begünstigte nunmehr die Erben von Ing. E. geführt werden sollten. Die Vereinbarung der Zustelladresse ergebe sich aus dem Protokoll «Risikoaufklärung/Gesprächsprotokoll» vom 02.08.2001 (Beilage B). Zum anderen handle es sich um ein Legat vom 30.05.2011 (Beilage C), wonach Ing. E. die Übergabe der Police der Versicherung an seine Mutter verfügt und im Ablebensfall seine Erben als Bezugsberechtigte eingesetzt habe. Die Mutter habe die Übernahme der Police unterschriftlich bestätigt. Beilage A beweise, dass der Widerruf der Begünstigung der Wiederaufnahmsbeklagten vom 12.05.2011 bei der Bank tatsächlich eingereicht worden sei, sodass das Gericht festzustellen haben werde, ob damit eine wirksame Zustellung des Widerrufs an die Wiederaufnahmsklägerin erfolgt sei. Selbst wenn das Gericht diese Frage verneinen sollte, enthalte die Beilage C eine rechtsgültige letztwillige Verfügung über die streitgegenständlichen Begünstigtenrechte im Sinn von Art 75 Abs 1 zweiter Fall VVG. Mit den neuen Tatsachen und Beweismitteln stehe der neu festzustellende Sachverhalt im Einklang mit der Judikatur des vom Fürstlichen Landgericht zitierten Präzedenzfalls BGE 131 III 649, was im wiederaufgenommenen Verfahren zur Abweisung der Klage der Wiederaufnahmsbeklagten führen werde. Letztere bestritt dagegen im Stadium des Aufhebungsverfahrens die Echtheit der fraglichen Beilagen A und C.

Das LG bewilligte mit Urteil vom 17.07.2020 die Wiederaufnahme des Verfahrens 04 CG.2015.28 und hob das dortige Teilurteil vom 15.04.2016 sowie das Endurteil vom 25.04.2017 auf. Das OG gab mit Urteil vom 09.03.2021 der Berufung der Wiederaufnahmsbeklagten keine Folge und behielt die Kostenentscheidung der Endentscheidung in der Hauptsache (Erneuerungsverfahren) vor. In Stattgebung der dagegen von der Wiederaufnahmsbeklagten erhobenen Revision hob der OGH das bestätigende Berufungsurteil auf und wies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung an das OG zurück.

### Aus den Entscheidungsgründen

8. Die Revision ist gemäss § 471 Abs 2 ZPO zulässig; sie ist auch – im Sinne des eventualiter gestellten Aufhebungsantrags – berechtigt.

8.1. Die Rechtsmittelausführungen der Wiederaufnahmsbeklagten, die Echtheitsprüfung der Urkunden, auf die sich die Wiederaufnahmsklägerin berufe, habe

bereits im Aufhebungsverfahren stattzufinden, sind zutreffend.

8.1.1.a) Der Grundsatz, dass Mängel des Verfahrens erster Instanz, die das Berufungsgericht nicht als gegeben erachtete, im Revisionsverfahren nicht neuerlich gerügt werden können, ist unanwendbar, wenn das Berufungsgericht eine Erledigung der Mängelrüge unterlassen oder mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen oder den Verfahrensmangel erster Instanz infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache nicht wahrgenommen hat; hier liegt bereits ein Mangel des Berufungsverfahrens selbst vor, der gemäss § 472 Z 2 ZPO (= § 503 Z 2 öZPO) bekämpfbar ist (*Becker in Schumacher*, HB LieZPR Rz 26.20 mwN aus der Judikatur; *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>8</sup> IV/1 § 503 ZPO Rz 82 ff; RIS-Justiz RS0043086; RS0043051).

8.1.1.b) Das Berufungsgericht verneinte die von der Wiederaufnahmsbeklagten geltend gemachte Mangelhaftigkeit im Wesentlichen mit der Begründung, die Vorinstanz hätte die Echtheitsprüfung im gegenwärtigen Stadium des Aufhebungsverfahrens mit Fug dem anschliessenden Erneuerungsprozess vorbehalten, und schloss sich insoweit der vom Erstgericht vertretenen Rechtsansicht an. Es führte weiters aus, eine eingehende Auseinandersetzung mit dem von der Wiederaufnahmsbeklagten angestellten Unterschriftenvergleich erübrige sich deshalb in diesem Verfahrensstadium ebenso wie die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens. Die Wiederaufnahmsklägerin habe im gegenständlichen Aufhebungsverfahren weder die Echtheit noch die Richtigkeit der Beilagen A und C endgültig unter Beweis zu stellen, vielmehr genüge für die Bewilligung der Wiederaufnahme des Vorprozesses 04 CG.2015.28 der Nachweis deren Eignung im Sinn von § 498 Abs 1 Z 7 ZPO.

Diese Rechtsansicht ist nicht richtig.

8.1.2.a) Im Aufhebungsverfahren (*iudicium rescindens*) ist zu prüfen und zu entscheiden, ob der geltend gemachte Wiederaufnahmsgrund besteht und ob und inwieweit aufgrund dessen die vorangegangene Entscheidung oder das vorangegangene Verfahren aufzuheben sind; dabei ist das tatsächliche Vorliegen des behaupteten Grundes zu prüfen, wobei den Kläger die Beweispflicht für die Wahrheit seiner Behauptungen trifft (*Frick in Schumacher*, HB LieZPR Rz 28.34; *A. Kodek in Recheberger/Konecny*, ZPO<sup>5</sup> § 541 Rz 1; *Jelinek in Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 541 ZPO Rz 7 ff). Im Fall des § 498 Abs 1 Z 7 ZPO (vgl § 530 Abs 1 Z 7 öZPO) reicht die abstrakte Eignung des Vorbringens zur Bewilligung der Wiederaufnahme nicht aus, sondern es muss auch feststehen, dass das Vorbringen der Wiederaufnahmsklage selbst wahr ist (RIS-Justiz RS0044478).

8.1.2.b) Nach § 312 Abs 1 ZPO gilt die Echtheit einer Privaturkunde – um eine solche handelt es sich bei den hier vorgelegten Beilagen A und C – dann als unbestritten, wenn der Gegner des Beweisführers es unterlassen hat, sich über die Echtheit der Urkunde zu erklären, und sonst auch keine Hinweise vorliegen, die Echtheit zu bestreiten. Hat der Gegner die Echtheit der (Unterschrift der) Privaturkunde bestritten oder erscheint diese dem Gericht trotz unterlassener Bestreitung zweifelhaft, dann muss diese nach § 312 Abs 2 ZPO der Be-

weisführer, also jene Partei, die sich auf die Urkunde beruft, beweisen (2 Ob 549/95; RIS-Justiz RS0040487; Miet 45.680). So ist etwa die bestrittene Echtheit eines eigenhändigen Testaments im Verfahren über das Erbrecht vom Testamentserben zu beweisen (2 Ob 78/17k; vgl dazu 2 Ob 549/95).

8.1.2.c) Die Wiederaufnahmsbeklagte hat in ihrer Gegenäusserung zur Wiederaufnahmsklage ausdrücklich bestritten, dass die Urkunden Beilagen A und C von Ing. E. verfasst worden sind (ON 19 Punkt D und E). Sie hat also die Echtheit dieser Privaturkunden ausdrücklich bestritten. Im Sinn der gesetzlich normierten Beweislastregel wäre es an der Wiederaufnahmsklägerin gelegen, ihre Behauptung, die Urkunden Beilagen A und C stammten von E., unter Beweis zu stellen. Die Richtigkeit dieser Behauptungen muss also von ihr bewiesen werden (stRsp RIS-Justiz RS0044478; 6 Ob 192/05m; 7 Ob 575/83).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ist diese Beweisführung aber bereits im Aufhebungsverfahren geboten. Die Frage, ob die aufgefundenen Urkunden tatsächlich zu einem für die Wiederaufnahmsklägerin günstigeren Ergebnis geführt hätten, ist hingegen erst im wieder aufgenommenen Verfahren (*iudicium rescisorium*) zu klären.

8.2. Zusammengefasst beruht die unterlassene Wahrnehmung des Verfahrensmangels erster Instanz auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache. Dies hat die Aufhebung der berufsgerichtlichen Entscheidung zur Folge.

8.2.1. Das Berufungsgericht wird sich im fortgesetzten Verfahren mit der Verfahrensrüge in der Berufung der Wiederaufnahmsbeklagten unter Bindung an die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts (§ 480 Abs 1 ZPO = § 511 Abs 1 öZPO) auseinandersetzen haben. Es bedarf angesichts der Bestreitung der Echtheit der Urkunden Beilagen A und C einer Feststellung über die Urheberschaft des verstorbenen E. hinsichtlich der als Wiederaufnahmsgrund gelegten Urkunden. Soweit der erstinstanzlich festgestellte Sachverhalt die Urheberschaft von E. hinsichtlich Beilage A bereits unterstellt, wird darauf hingewiesen, dass als Folge des nicht wahrgenommenen Verfahrensmangels auch die diesbezügliche Beweisrüge der Wiederaufnahmsbeklagten unerledigt geblieben ist. Eine allfällige Negativfeststellung, wie sie von der Wiederaufnahmsbeklagten im Rahmen ihrer Beweisrüge zur Urheberschaft von E. zu Beilage A gewünscht wurde, ginge zu Lasten der Wiederaufnahmsklägerin (vgl 6 Ob 192/05m). Soweit überhaupt eine Feststellung zur Urheberschaft der Urkunde Beilage C fehlt, liegt auch ein sekundärer Feststellungsmangel gemäss § 472 Z 4 ZPO vor, worauf in der Rechtsrüge der Wiederaufnahmsbeklagten zutreffend hingewiesen wird. Letztlich wird wohl in Entsprechung des Beweisansatzes der Wiederaufnahmsklägerin die Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens in Erwägung zu ziehen sein.

8.2.2. Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass dann, wenn sich die Behauptungen über das Vorliegen der als Wiederaufnahmsgrund geltend gemachten Umstände im Aufhebungsverfahren als richtig erweisen und das erkennende Gericht zu einer Än-

derung des ursprünglich angenommenen Sachverhalts gelangt, den im Vorprozess getroffenen Feststellungen nicht einfach, wie hier erfolgt, ein «ergänzender Sachverhalt» angefügt werden kann. Das Stehenlassen der «überholten» Feststellungen neben der geänderten Sachverhaltsgrundlage würde zu widersprüchlichen Feststellungen führen, die eine abschliessende rechtliche Beurteilung nicht ermöglichen (*R. Schneider in Schumacher*, HB LieZPR 24.79; RIS-Justiz RS0042744 ua).

[...]

**Anmerkung:**

*Instruktiv zur Abgrenzung Aufhebungs-/Erneuerungsverfahren der OGH in LES 2010, 107, wonach im Falle der Bewilligung der Wiederaufnahme der Grundsatz der gänzlichen Neudurchführung des Vorprozesses gilt. Dabei stellte der OGH klar, dass das Gericht im Erneuerungsverfahren nicht an die früheren Beweisergebnisse gebunden ist, woran auch in der vorstehend redigierten Entscheidung in Erw. 8.2.2 zumindest sinngemäss und obiter erinnert wird.*

Jürgen Nagel

## Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 04.10.2021, 15 CG.2019.335

**Art 7 Abs 1, 14 Abs 1 und 5, 17 KVG**

**Art 44 KVV**

**Verordnung (EG) Nr 883/2004 vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (GVO)**

**Das Krankengeld ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewöhnlich weiter auszubezahlen, wenn eine bereits zuvor eingetretene Arbeitsunfähigkeit darüber hinaus andauert. Es ist jedoch nicht Sinn und Zweck des vom Krankenversicherungsträger (im FL) ausbezahlten Krankengeldes, die Differenz zu dem (hier: in Österreich) bezogenen niedrigeren Lohn und Krankengeld auszugleichen. In einem solchen Fall ist Art 14 Abs 5 KVG unabhängig von der Arbeitsfähigkeit restriktiv auszulegen, wenn die Arbeitstätigkeit ohne faktische Unterbrechung fortgesetzt und dabei ein Verdienst erzielt wird.**

### Sachverhalt

Der Kläger war mit einem Pensum von 100% als Konzipient bei einer Anstalt in Vaduz angestellt und kündigte dieses Arbeitsverhältnis am 29.10.2018 zum 31.01.2019 auf. Während dieses Beschäftigungsverhältnisses war der Kläger – aufgrund der obligatorisch vom Dienstge-

ber bei der beklagten Partei geschlossenen Kollektivversicherung - für Krankengeld versichert. In der Zeit vom 23.11.2018 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.01.2019 war der Kläger krankgeschrieben. Er erhielt von der beklagten Partei für diese Zeit das gesetzliche Krankengeld ausbezahlt. Der Grund für seine zuvor schon erfolgte Kündigung war, dass er Schlafstörungen hatte, sich nicht mehr wohl und insgesamt psychisch «schlecht» fühlte.

Im Januar 2019 schloss der Kläger mit einer Rechtsanwältin GmbH in Vorarlberg einen neuen Arbeitsvertrag als Rechtsanwältin mit einem Pensum von 100% ab. Die Tätigkeit nahm er am 01.02.2019 auf. Dieses Arbeitsverhältnis mit der Rechtsanwältin GmbH wurde per 31.03.2019 einvernehmlich beendet. Der Kläger war vom 06.03.2019 bis «dato» (gemeint offenbar: bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung am 28.08.2020) von Dr. durchgehend krankgeschrieben worden.

Die beklagte Partei als obligatorische Krankengeldversicherung für die Anstalt in Vaduz hat mit Verfügung vom 26.07.2019 ausgesprochen, dass der Kläger ab 01.02.2019 keinen Anspruch (mehr) auf die Entrichtung von Krankengeldern hat. In ihrer Verfügung verwies die beklagte Partei u.a. auf Art 14 Abs 1 KVG, wonach der Anspruch auf Leistung eines Krankengeldes endet, wenn der Versicherte wieder arbeitsfähig ist. Aufgrund der in dieser Verfügung näher dargestellten Erwägungen, die sich unter anderem auf eine von der Beklagten eingeholte Beurteilung eines Vertrauensarztes der Beklagten stützte, sei beim Kläger zum Zeitpunkt der Aufnahme seiner neuen Tätigkeit bei der Rechtsanwältin GmbH wieder volle Arbeitsfähigkeit vorgelegen.

Der Kläger beehrte von der Beklagten zuletzt noch die Zahlung von CHF 58'104.48 s.A. Dazu erhob er ein Feststellungsbegehren, wonach die Beklagte als obligatorische Krankengeldversicherung für das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Anstalt schuldig sei, aufgrund des entsprechenden Krankengeldversicherungsvertrages die gesetzlichen Krankengeldleistungen an den Kläger auch ab dem 01.08.2020 im gesetzlichen Ausmass weiterhin zu erbringen.

Das LG wies mit Urteil vom 26.11.2020 (ON 32) alle Klagebegehren ab. Das OG gab mit dem nunmehr angefochtenen Urteil vom 29.06.2021 (ON 42) der vom Kläger gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Berufung, soweit sie sich auch gegen die Abweisung eines Zahlungsbegehrens von EUR 1'104.60 s.A. (Behandlungskosten) richtete, keine Folge. Im Übrigen hob das OG das angefochtene Ersturteil in seinen Spruchpunkten 1. (Leistungsbegehren über CHF 58'104.48 s.A. – Krankentaggeld für den Zeitraum 01.02.2019 bis 31.07.2020) und 3. (Feststellungsbegehren) in Stattgebung der Berufung auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Das Berufungsgericht versah den aufhebenden Teil seiner Entscheidung mit einem Rechtskraftvorbehalt.

Der bestätigende Teil der Rechtsmittelentscheidung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Hingegen erhob die Beklagte gegen den aufhebenden Teil der zweitinstanzlichen Entscheidung (Aufhebungsbeschluss) Rekurs, welchem der OGH reformatorisch Folge gab, indem er im Ergebnis das Urteil des LG wiederherstellte.

### Aus den Entscheidungsgründen

8.1. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird die massgebliche Rechtslage, auf die auch die Vorinstanzen Bezug genommen haben, dargelegt:

Gemäss Art 7 Abs 1 lit a und b KVG sind Personen, die in Liechtenstein ihren zivilrechtlichen Wohnsitz haben oder eine Erwerbstätigkeit ausüben, für Krankenpflege und über 15-jährige Arbeitnehmer, die in Liechtenstein für einen Arbeitgeber mit Sitz oder Niederlassung in Liechtenstein tätig sind, für Krankengeld obligatorisch versichert. Personen, die der obligatorischen Versicherung unterstehen, haben sich nach Art 35 Abs 1 KVV innert drei Monaten nach Eintritt der Versicherungspflicht bei einer Kasse zu versichern. Die Versicherung endet nach Abs 3 dieser Bestimmung am Tag des bei der für die Einwohnerkontrolle zuständigen Stelle gemeldeten Wegzugs aus Liechtenstein, in jedem Fall am Tag der tatsächlichen Ausreise aus Liechtenstein oder mit dem Tod der Versicherten. Bei Personen, die aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit der obligatorischen Versicherung unterstehen, endet die Versicherung mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit.

Gemäss Art 14 Abs 1 KVG ist den obligatorisch Versicherten bei ärztlich oder chiropraktisch bescheinigter, mindestens hälftiger Arbeitsunfähigkeit ab dem zweiten Tag nach dem Tag der Erkrankung ein Krankengeld zu gewähren. Der Anspruch auf Ausrichtung eines Krankengeldes endet unter anderem, wenn der Versicherte wieder arbeitsfähig ist (lit a). Nach Abs 5 des Art 14 KVG ist das Krankengeld ohne Rücksicht auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auszuzahlen.

Art 44 KVV trägt die Überschrift *«Beginn und Ende der Versicherung»*. Nach Abs 2 dieser Bestimmung dauert die obligatorische Versicherung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dauert die Auszahlung eines Krankengeldes nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf Art 14 Abs 5 des Gesetzes an, kann demnach die Kasse die Auszahlung nicht vom Abschluss einer freiwilligen Versicherung abhängig machen.

Die Rekurswerberin weist in ihrem Rechtsmittel auf das Verbot der Überversicherung nach Art 17 KVG hin. Dem Versicherten darf laut dieser Bestimmung aus den Leistungen kein Gewinn erwachsen (Abs 1). Als Versicherungsgewinn gelten Leistungen, die den vollen entgehenden Verdienst und anderweitig nicht gedeckte krankheitsbedingte Kosten übersteigen (Abs 2).

8.2. Dem vom Berufungsgericht gegenüber dem Erstgericht erhobenen Vorwurf, es verwechsle die Versicherungspflicht mit der Leistungspflicht der Beklagten als Krankengeldversicherer, ist zunächst entgegen zu halten, dass die Versicherungspflicht mit der Leistungspflicht eng verknüpft ist. Ohne Versicherungspflicht besteht in der Regel auch keine Leistungspflicht. Der vorliegende Sachverhalt lässt auch – soweit hier von Bedeutung – keine für den Kläger günstigen Rückschlüsse aus der zu LES 2008, 66 veröffentlichten Entscheidung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofes, insbesondere über die Anrechnung von neben dem Krankengeld bezogenen Erwerbseinkommen, zu.

Richtig ist aber, dass wie erwähnt die Versicherungspflicht für Krankengeld bei über 15-jährigen Arbeitnehmern mit der Aufnahme der Arbeitstätigkeit für einen Arbeitgeber mit Sitz oder Niederlassung in Liechtenstein

beginnt, während sie – soweit hier von Bedeutung – mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit endet. Der Anspruch auf Krankengeld und damit die Leistungspflicht der Beklagten endet hingegen, wenn der Versicherte wieder arbeitsfähig wird (Art 14 Abs 1 lit a KVG). Unabhängig davon ist aber – worauf das Berufungsgericht grundsätzlich richtig verwiesen hat – nach Abs 5 dieser Gesetzesstelle das Krankengeld ohne Rücksicht auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auszuzahlen. Aus dem Zusammenhang dieser beiden Bestimmungen ergibt sich sohin, dass das Krankengeld bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewöhnlich weiter auszuzahlen ist, wenn eine vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetretene Arbeitsunfähigkeit über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus andauert.

8.3. In seiner Entscheidung vom 05.02.2010 zu 03 CG.2007.57 GE 2010,562 LES 2010,213 Erw 15.2. hat der OGH mit zahlreichen Zitaten ausgeführt, dass nach Lehre und Rechtsprechung zur insoweit vergleichbaren schweizerischen Rechtslage die Arbeitsunfähigkeit in der Regel gegeben ist, wenn eine Person ihre bisherige Tätigkeit infolge des Gesundheitsschadens nicht mehr oder nur noch beschränkt oder nur unter der Gefahr, ihren Gesundheitszustand zu verschlimmern, auszuüben vermag. Der Grad wird nach dem Masse bestimmt, in welchem die Person an ihrem angestammten Arbeitsplatz in zumutbarer Weise nicht mehr nutzbringend tätig sein kann. Nach Art 6 chATSG ist Arbeitsunfähigkeit die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. Als Arbeit im bisherigen Beruf gilt jene, die vor Eintritt der zu beurteilenden Arbeitsunfähigkeit ausgeübt wurde. Der Bezug zum bisherigen Beruf ist entscheidend; entsprechend wird die Arbeitsunfähigkeit auch als Berufsunfähigkeit bezeichnet.

Von diesen Begriffsdefinitionen ausgehend kann der Beklagten nicht darin zugestimmt werden, dass ein neues Arbeitsverhältnis nur begründet werden könne, wenn eine Arbeitsfähigkeit vorliege, und dass der Kläger ab dem 01.02.2019 schon deshalb als arbeitsfähig zu qualifizieren gewesen wäre, weil er ab diesem Zeitpunkt Arbeit gegen Lohn verrichtet habe. Die tatsächlich bestehende Arbeitsunfähigkeit selbst hindert nämlich den Arbeitnehmer nicht, ein neues Arbeitsvertragsverhältnis abzuschliessen, auch wenn er – vom Grad und der Dauer der Arbeitsunfähigkeit abhängig – die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung gar nicht, nur teilweise oder unter der Gefahr, seinen Gesundheitszustand zu verschlimmern, auszuüben vermag. Sollte der Kläger in diesem Sinn seine Tätigkeit für die Rechtsanwälte GmbH infolge eines Gesundheitsschadens nur unter der Gefahr verrichtet haben, seinen Gesundheitszustand zu verschlimmern, so wäre er im fraglichen Zeitraum im Sinn der vorstehenden Begriffsdefinition, die auch vom Fürstlichen Obergericht in der Berufungsentscheidung dargelegt wurde, als arbeitsunfähig einzustufen gewesen.

Unabhängig davon, inwieweit im Berufungsverfahren die erstinstanzlichen Feststellungen in Zweifel gezogen

wurden, lässt sich diesen zwar entnehmen, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum gesundheitlich eingeschränkt war, ohne dass aber feststeht, ob die dennoch ausgeübte Arbeitstätigkeit für ihn mit der Gefahr verbunden war, seinen Gesundheitszustand zu verschlimmern. Allerdings kommt es darauf – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht abschliessend an.

8.4. Den Bestimmungen des KVG und der KVV ist die Intention des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers zu entnehmen, über die Krankengeldversicherung in dem von diesen Normen gezogenen Rahmen jenen Verdienstausschlag, den die Versicherten durch die Arbeitsunfähigkeit bedingt erleiden, weitgehend zu kompensieren.

Es soll aber gleichzeitig vermieden werden, dass die Versicherten auf Kosten des Versicherungsträgers und damit auf jene der Versichertengemeinschaft in den rechtlich nicht geregelten Fällen, sohin ungerechtfertigt Krankengeld beziehen. Besonders deutlich kommt dieser Gedanke im bereits zitierten Art 17 KVG mit dem Verbot der Überversicherung zum Ausdruck. Aus der oben wiedergegebenen Definition des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit lässt sich weiter ableiten, dass die Versicherten durch den Bezug von Krankengeld in die Lage versetzt werden sollen, nicht zur Erzielung eines Verdienstes einer Erwerbstätigkeit nachzugehen müssen, wenn sie dadurch krankheitsbedingt gesundheitliche Nachteile erleiden würden.

Schliesslich sind bei der Auslegung der nationalen Bestimmungen die Zielsetzungen der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (kurz: GVO) zu berücksichtigen. Zentrales Prinzip der Verordnung ist es, Personen, für die jene gilt, den Rechtsvorschriften eines Staates zu unterstellen sowie das Zusammentreffen von Leistungen mit gleicher Zielrichtung sowie die Belastung mit doppelten Beiträgen zu vermeiden (vgl. *Fuchs in Fuchs*, Europäisches Sozialrecht<sup>7</sup>, Einführung 41; OGH 10.09.2021 zu 01 CG.2020.275 ua Erw 8.8.).

In diesem Sinn sollen durch die Bestimmungen über die Krankengeldversicherung der einzelne Versicherte, aber auch der Krankenversicherungsträger sowie die Versichertengemeinschaft geschützt und nicht über Gebühr belastet werden. Diese Zwecke werden aber dann unterlaufen, wenn ein Versicherter trotz gesundheitsbedingter Probleme, die bei einer weiteren Ausübung der Erwerbstätigkeit seinen Gesundheitszustand verschlimmern könnten, einer Verdienstätigkeit nachgeht und ein Einkommen erzielt, gleichzeitig aber auch einen Anspruch auf den Bezug von Krankengeld hätte. Die dem im Ergebnis entsprechende Sichtweise des Klägers und des Berufungsgerichtes verstösst daher zunächst schon in dreifacher Weise gegen die Intentionen der Bestimmungen über die Krankengeldversicherung:

Erstens bestünde die Gefahr, dass sich der Gesundheitszustand des versicherten Arbeitnehmers (hier des Klägers) durch die Ausübung der Erwerbstätigkeit trotz (angenommener) Arbeitsunfähigkeit verschlimmert; zweitens würde der betreffende Versicherte durch den gleichzeitigen Bezug eines Verdienstes aus seiner Arbeitstätigkeit und von Krankengeld gegenüber anderen Versicherten, die während ihrer Arbeitsunfähigkeit tat-

sächlich keiner Erwerbstätigkeit mit Lohneinnahmen nachgehen (können), in einer die anderen Versicherten diskriminierenden Weise bevorzugt werden, was wiederum drittens ungerechtfertigt den Krankenversicherungsträger und damit insgesamt die Versichertengemeinschaft belasten würde.

8.5. Folgte man also dem Standpunkt des Klägers und des OG laut seiner Berufungsentscheidung, so würden diese erkennbaren Intentionen des Gesetzgebers klar unterlaufen werden. Besonders augenscheinlich wird dies beispielsweise dadurch, dass der Kläger unter anderem für Februar 2019 von der Beklagten Krankengeld einfordert, während er für diesen Zeitraum, obwohl krankheitsbedingt eingeschränkt, nach den insoweit nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen bei der Rechtsanwaltschaft GmbH brutto EUR 4'723.46 und netto EUR 3'000.-- bezog. Auch in den daran anschliessenden Zeiträumen erhielt der Kläger entweder von seiner damaligen Arbeitgeberin einen Lohn oder vom zuständigen österreichischen Krankenversicherungsträger Krankengeld. Auch wenn sich der Kläger seinen in Österreich ausgezahlten Lohn und das dort bezogene Krankengeld auf die Klagsforderung anrechnen lässt, ist für ihn daraus nichts zu gewinnen, weil es nicht Sinn und Zweck des vom Krankenversicherungsträger (im Fürstentum Liechtenstein) ausbezahlten Krankengeldes ist, die Differenz zu dem (in Österreich) bezogenen niedrigeren Lohn und Krankengeld auszugleichen. Die gegenteilige Sichtweise berücksichtigt nicht Sinn und Zweck der Regelungen über das Krankengeld.

8.6. Dazu kommt bei dieser Konstellation, dass das von der GVO favorisierte Prinzip, die entsprechenden Personen den Rechtsvorschriften nur eines Staates zu unterwerfen, nicht gewahrt wäre, und andere Krankengeldbezieher in Österreich dem Kläger gegenüber in sachlich nicht gerechtfertigter Weise benachteiligt wären (vgl. dazu beispielsweise Art 3 Abs 1 lit a; Art 4 und Art 11 GVO). Auch in diesem Zusammenhang ist die GVO in Liechtenstein unmittelbar anwendbar (vgl. allgemein OGH 10.09.2021 zu 01 CG.2020.275 Erw 8.2. unter Hinweis auf VGH 2013/093 LES 2014,236). Dem unmittelbar anwendbaren EWR-Recht kommt aber gegenüber entgegenstehendem innerstaatlichem Recht ein Anwendungsvorrang zu, soweit dieses nicht gegen Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung verstösst (StGH 2013/196 GE 2015,107 Erw 2.4.1; StGH 2019/095 GE 2020/225 Erw 1.2.). Diese Grundsätze wären daher, selbst wenn man sich der hier vertretenen Auslegung des Art 14 Abs 5 KVG nicht anschliessen würde, zu beachten, weil die zuvor wiedergegebenen Voraussetzungen dafür vorliegen. Zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und Österreich getroffene Sonderregelungen kommen nicht zum Tragen.

8.7. In jedem Fall wären auch ohne den hier gegebenen Auslandsbezug der im Fürstentum Liechtenstein Krankengeld auszahlende Versicherungsträger und damit die gesamte liechtensteinische Versichertengemeinschaft in unsachlicher Weise belastet, weil dem Kläger Krankengeld ausbezahlt würde, obwohl er gleichzeitig ein Erwerbseinkommen bezieht und damit nicht auf das Krankengeld als Surrogat für dieses angewiesen wäre. Damit wäre jedenfalls der erste Tatbestand des Art 17

Abs 2 KVG erfüllt, weil das geleistete Krankengeld den entgehenden Verdienst (Verdienstaufschlag) übersteigen würde, der beispielsweise im Februar 2019 im Fall des Klägers auch nicht teilweise gegeben war.

8.8. Damit ist aber Art 14 Abs 5 KVG iVm mit den oben zitierten Bestimmungen über Beginn und Ende der Krankenversicherungspflicht bzw des Anspruchs auf Bezug von Krankengeld dahingehend einschränkend auszulegen, dass das Krankengeld, das aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bezahlt wurde, bei einer Beendigung des entsprechenden Arbeitsverhältnisses dann nicht mehr nach Art 14 Abs 5 KVG auszuzahlen ist, wenn und sobald der Versicherte einen neuen Arbeitsvertrag abschliesst, und im Rahmen desselben unabhängig von seiner inzwischen eingetretenen oder nicht eingetretenen Arbeitsfähigkeit ohne faktische Unterbrechung seine Arbeitstätigkeit fortsetzt und einen Verdienst, in der Folge allenfalls auch wieder Krankengeld bezieht. In diesem Fall ist nämlich de facto ein Zustand gegeben, der einem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Möglichkeit zur Erzielung eines entsprechenden Erwerbseinkommens entspricht, weshalb die Voraussetzungen für den Bezug von Krankengeld als Surrogat für dieses nicht gegeben sind.

8.9. Schon in diesem Sinn erweisen sich die Rekursausführungen der Beklagten als berechtigt, so dass sich weitere Erörterungen erübrigen. Aus den vorstehenden Ausführungen wird auch klar, dass es entgegen der Ansicht des OG und des Klägers nicht der Einholung eines medizinischen Gutachtens eines Sachverständigen bedarf, um abzuklären, ob der Kläger ab Beginn seiner Tätigkeit bei der Rechtsanwalt GmbH arbeitsunfähig war oder nicht. Damit war aber auch das erstinstanzliche Verfahren entgegen den Ausführungen in der Berufung des Klägers gegen das Urteil ON 32 nicht mit einem Verfahrensmangel belastet. Ebenso wenig war es erforderlich, die in dieser Berufung ausgeführte Beweistrübe zu behandeln, die sich mit der Frage auseinandersetzt, ob der Kläger im Zeitraum ab 01.02.2019 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Gänze arbeitsunfähig war oder nicht.

Soweit sich das OG und der Kläger zur Untermauerung ihres Rechtsstandpunktes auf frühere Entscheidungen des OGH berufen, sind diese schon mangels vergleichbarer Sachverhaltsgrundlagen und damit nicht identer Rechtsfragen nicht einschlägig.

[...]

## **Fürstlicher Oberster Gerichtshof**

B 04.10.2021, SV.2020.49

### **Art 53 Abs 3 lit b und Abs 4 IVG**

**Weder die Versicherteneigenschaft noch die Erfüllung des Wartejahres hängen von einem gleichzeitigen Wohnsitz in Liechtenstein ab. Bei Geburtsinvaliden entfällt die Mindestbeitragsdauer, wobei die entsprechende Fiktion auch dann gilt, wenn einzelne Beitragsmonate geleistet wurden.**

#### **Sachverhalt**

Die 1988 geborene und in der Schweiz aufgewachsene Antragstellerin ist liechtensteinische Staatsangehörige und Geburtsinvalide mit der Diagnose ICD-10 F. Nach der obligatorischen Schulpflicht und einer abgebrochenen Ausbildung konnte sie in Liechtenstein eine Ausbildung abschliessen. Die Kosten für die erstmalige Ausbildung samt IV-Taggeld übernahm die IV-Stelle St. Gallen, welche der Antragstellerin ab 01.08.2006 eine (ausserordentliche) ganze Invalidenrente zusprach. Gemäss dem individuellen Konto war die Antragstellerin in Liechtenstein ab Januar 2006 bis Juli 2006 und ab August 2006 bis August 2009 beim HPZ AHV/IV-beitragspflichtig, ab Mai 2012 bei einem anderen Verein. Seit dem 25.08.2018 wohnt die Antragstellerin in Liechtenstein. Die schweizerische Invalidenstelle für Versicherte im Ausland (IVSTA) erliess am 31.01.2019 eine Verfügung, wonach aufgrund des Wegzugs aus der Schweiz ab 01.09.2018 kein Anspruch auf die schweizerische ausserordentliche Invalidenrente mehr besteht.

Am 06.03.2019 meldete sich die Antragstellerin bei der Liechtensteinischen IV zum Bezug von Leistungen (Rente) an. Mit Verfügung vom 05.12.2019 lehnte die IV den Antrag auf Ausrichtung einer Invalidenrente ab. Dagegen erhob die Antragstellerin Vorstellung, welcher mit Entscheidung der Anstalt vom 14.10.2020 keine Folge gegeben wurde.

Der dagegen von der Antragstellerin erhobenen Berufung gab das OG mit Beschluss vom 09.03.2021 Folge, hob die angefochtene Entscheidung auf und verwies die Sozialversicherungssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an die Liechtensteinische IV zurück. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Antragstellerin bei Beginn des Rentenanspruchs gem Art 53 Abs 4 iVm Abs 3 lit b IVG bei der Anstalt sehr wohl versichert gewesen sei und dass das Wartejahr jedenfalls 2007 erfüllt gewesen sei, woran der damalige Wohnsitz in der Schweiz nichts geändert habe.

Zwar machte die Antragsgegnerin von dem mit der kassierenden Berufungsentscheidung verbundenen Rechtskraftvorbehalt Gebrauch, doch war ihrem Rekurs beim OGH kein Erfolg beschieden.

#### **Aus den Entscheidungsgründen**

8. Die Liechtensteinische Invalidenversicherungsgesetzgebung entspricht inhaltlich im Wesentlichen der schweizerischen Invalidenversicherungsgesetzgebung. Nach mehrfach bestätigter Rechtsprechung des Fürstli-

chen Obersten Gerichtshofs soll übernommenes Recht in Liechtenstein so gelten, wie es im Ursprungsland, hier: in der Schweiz, tatsächlich gilt, soweit keine triftigen Gründe vorliegen, davon abzuweichen.

Als Invalidität gilt die durch einen körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit (Art 29 Abs 1 IVG).

8.1. Gemäss Art 53 IVG hat eine Person Anspruch auf eine Invalidenrente, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllt: die Versicherungsklausel, die Mindestbeitragsdauer, das Wartejahr, und eine Invalidität im rentenbegründenden Ausmass. Die Versicherungsklausel ist gemäss Art 53 Abs 2 IVG erfüllt, wenn die betreffende Person bei Beginn der Jahresfrist (Wartejahr bzw Wartefrist gemäss Art 53 Abs 4 IVG) versichert ist (Bst a) oder die betreffende Person bei Beginn der Jahresfrist in einem Staat lebt oder arbeitet, mit dem eine zwischenstaatliche Vereinbarung über die soziale Sicherheit besteht (Bst b) oder die betreffende Person bei Beginn der Jahresfrist im Sinne der Rechtsvorschriften über die staatliche Alters-, Hinterlassenen- oder Invalidenversicherung eines Staates, mit dem eine zwischenstaatliche Vereinbarung über die soziale Sicherheit besteht, versichert ist (Bst c) oder die betreffende Person bei Antragstellung während wenigstens einem Viertel der Anzahl von Jahren Beiträge geleistet hat, wie dies angesichts ihres Jahrgangs möglich ist (Bst d).

8.2. Die Mindestbeitragsdauer gilt gemäss Art 53 Abs 3 IVG als erfüllt, wenn: a) die betreffende Person bis zum Beginn des Rentenanspruchs im Sinne von Abs 4 Beiträge während mindestens eines vollen Jahres geleistet hat; oder b) die betreffende Person vor dem 1. Januar des der Vollendung des 20. Altersjahres folgenden Jahres in rentenbegründendem Ausmass arbeitsunfähig wird und bei Beginn des Rentenanspruchs im Sinne von Abs 4 bei der Anstalt versichert ist; oder c) die betreffende Person bei Beginn der rentenbegründenden Arbeitsunfähigkeit bei der Anstalt versichert ist und sie nachträglich innerhalb der Verjährungs- und Verwirkungsfristen von Art 46<sup>bis</sup> des Gesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung Beiträge für die verbleibenden Monate zur Erfüllung der Mindestbeitragsdauer entrichtet.

8.3. Gemäss Art 52 Abs 4 IVG gilt das Wartejahr als erfüllt am ersten Tag des Monats, der auf den Ablauf der Wartefrist folgt. Die Wartefrist ist abgelaufen, nachdem die versicherte Person während mindestens eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich zu mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen ist.

9.1. Vorliegend unbestritten ist die Erfüllung der Versicherungsklausel. Streitig ist, ob die übrigen Voraussetzungen für einen Rentenanspruch gegeben sind. Unstrittig ist dabei, dass die Rekursgegnerin vor dem 1. Januar des der Vollendung des 20. Altersjahrs folgenden Jahres (vorliegend vor 01.01.2009) in rentenbegründendem Ausmass arbeitsunfähig geworden ist, weil bei ihr ein frühkindliches Gebrechen vorliegt. Strittig ist also insbesondere die Frage, ob die Rekursgegnerin bei Beginn des Rentenanspruchs gemäss Art 53 Abs 4 IVG im Sinne von Art 53 Abs 3 Bst b IVG bei der Anstalt versichert gewesen war.

Für den Beginn des Rentenanspruches verweist Art 53 Abs 3 Bst b auf Abs 4 derselben Gesetzesbestimmung und damit auf den Ablauf der Wartefrist.

9.2. Gemäss dem Auszug aus dem individuellen Konto (IK) liegen beitragspflichtige Beschäftigungen in Liechtenstein seit 2006 vor. Die Rekursgegnerin war zwischen Januar 2006 und August 2009 sowie ab Mai 2012 in Liechtenstein erwerbstätig gewesen. In dieser Zeit war die Rekursgegnerin im Sinne des Gesetzes durch ihre Beitragspflicht bei der Rekurswerberin versichert. Die Eigenschaft als Versicherte ist hierbei, wie zutreffend von der Vorinstanz ausgeführt (§ 469a iVm § 482 ZPO), nicht von einem gleichzeitigen Wohnsitz in Liechtenstein abhängig. Gleiches gilt auch für die Erfüllung der Wartefrist; diese kann auch ohne Wohnsitz in Liechtenstein erfüllt werden, massgeblich ist gemäss dem Wortlaut von Art 53 Abs 3 Bst b IVG, dass die betreffende Person bei Beginn des Rentenanspruches bei der Anstalt, mithin bei der Rekurswerberin, versichert ist. Eine solche Versicherung besteht gemäss der massgebenden AHV - Gesetzgebung (Art 36 ff AHVG) entweder durch eine Erwerbstätigkeit oder bei Nichterwerbstätigen durch den zivilrechtlichen Wohnsitz in Liechtenstein.

9.3. Eine Mindestbeitragsdauer entfällt bei Art 53 Abs 3 Bst b IVG. Die Norm geht für Personen, die vor dem 1. Januar nach dem 20. Altersjahr invalid werden, von der Fiktion aus, dass sie die Mindestbeitragsdauer erfüllt haben (vgl BuA 2000/68 S 131). Gemäss dem Bericht der Regierung an den Landtag ist hier in erster Linie an Geburtsinvalide zu denken; wenn sie bei Erreichen des 18. Altersjahres (frühestmöglicher Rentenbeginn) in Liechtenstein versichert sind, sollen sie einen Rentenanspruch haben. Die Versicherteneigenschaft hat die Rekursgegnerin durch ihre beitragspflichtige Erwerbstätigkeit, wie dargelegt, erfüllt. Es ist jedoch nicht schlüssig, dass die Fiktion einer Mindestbeitragsdauer entfallen soll, wenn einzelne Beitragsmonate geleistet wurden.

9.4. Seit dem 25.08.2018 wohnt die Rekursgegnerin in Liechtenstein. Die SVA St. Gallen teilte mit Schreiben vom 29.08.2018 (Übermittlung von Rentendaten) der Rekurswerberin die Wohnsitzverlegung mit. Die Anmeldung der Rekursgegnerin zum Bezug einer IV-Rente der liechtensteinischen Invalidenversicherung erfolgte mit entsprechendem Formular am 12.03.2019. Spätestens mit der Anmeldung und ggf. bereits mit der Übermittlung der Rentendaten durch die SVA war mit der festgestellten Beitragszeit Art 53 Abs 3 Bst a IVG erfüllt und war auch gestützt darauf ein Rentenanspruch zu prüfen. Für die Erfüllung einer hier allfällig notwendigen Mindestbeitragsdauer ergibt sich aus dem Gesetz ebenfalls nicht die Notwendigkeit eines gleichzeitigen zivilrechtlichen Wohnsitzes in Liechtenstein.

9.5. Die Vorinstanz verweist in seiner Begründung noch auf das zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein seit 1989 bestehende bilaterale Abkommen über soziale Sicherheit. Dieses Abkommen ist nur noch insoweit anwendbar, als das Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zwischen Island, Liechtenstein, Norwegen und der Schweiz zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen) den Sachbereich nicht selbst regelt (vgl Art 18 des EFTA-Abkommens, e contrario).

Der Grundsatz, dass die einzelnen Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit inhaltlich selbst ausgestalten, ist von den Abkommen nicht berührt. Der Einfluss der zwischenstaatlichen Bestimmungen auf den vorliegenden Sachverhalt kann nach den vorstehenden Ausführungen unter 9.1 - 9.4 offengelassen werden.

[...]

## Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 05.11.2021, 13 RS.2020.273

### § 243 Abs 5 letzter Satz StPO

Art 14 GwÜ

Art 64 Abs 1 RHG

Art 6 EMRK

**§ 243 Abs 5 letzter Satz StPO regelt ein amtswegiges Vorgehen im Beschwerdeverfahren zugunsten des Beschuldigten und ist grundsätzlich nur auf diesen anzuwenden. Der Haftungsbeteiligte ist allerdings, soweit es um die Entscheidung über ihn betreffende vermögensrechtliche Anordnungen geht, in seinen Rechten dem Beschuldigten gleichgestellt, sodass in diesem Umfang § 243 Abs 5 letzter Satz StPO auch für ihn gilt.**

**Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, wenn der zur Vertretung einer haftungsbeteiligten Verbandsperson nach aussen Befugte Kenntnis davon hatte, dass es in dem gegen ihn geführten Strafverfahren auch um die Einziehung der Vermögenswerte der ihm wirtschaftlich zuzurechnenden Verbandspersonen geht.**

(Rechtssatz des OGH)

### Sachverhalt

Im gegenständlichen Strafrechtshilfeverfahren vollstreckte das LG eine Einziehungsentscheidung des Obergerichtes des Kantons Zürich (Ersatzforderung in Höhe von CHF 1 Mio.) nicht nur hinsichtlich des dortigen Beschuldigten (natürliche Person), sondern auch hinsichtlich der diesem zugerechneten Verbandspersonen B. Ltd. und I. Ltd., indem die bei einer liechtensteinischen Bank deponierten Vermögenswerte der betroffenen natürlichen und juristischen Personen gem § 20 Abs 3 StGB zugunsten des Landes Liechtenstein für verfallen erklärt wurden.

Der dagegen vom Beschuldigten bzw Verfahrensbeteiligten selbst erhobenen Beschwerde gab das OG zwar keine Folge, doch wurde aus Anlass dieses Rechtsmittels die erstinstanzliche Vollstreckbarerklärung hinsichtlich der beiden haftungsbeteiligten Verbandspersonen kassiert und dem LG insoweit eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Gegen Letzteres richtete sich die Revisionsbeschwerde der StA, welcher der OGH Folge gab und den bekämpften Spruchpunkt 1.

der zweitinstanzlichen Rechtsmittelentscheidung ersatzlos aufhob.

### Aus den Entscheidungsgründen

7.1 Die Revisionsbeschwerde ist rechtzeitig und zufolge des vom Beschwerdegericht gesetzten Rechtskraftvorbehaltes gemäss § 235 Abs 3 iVm § 244 StPO und Art 58d lit b RHG iVm Art 9 Abs 1 RHG zulässig. Ihr kommt mit ihrem Vorbringen zur tatsächlich nicht stattgefundenen Gehörsverletzung auch Berechtigung zu.

7.2 Auf das gegenständliche Rechtshilfeersuchen ist in erster Linie das Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 08.11.1990, LGBl 2000 Nr 270 (GwÜ) anzuwenden. Subsidiär gilt das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (RHG).

7.3 Nach Art 9 Abs 1 RHG ist, soweit sich aus den Bestimmungen des RHG nichts anderes ergibt, die Strafprozessordnung sinngemäss anzuwenden. Gemäss § 243 Abs 5 letzter Satz StPO ist das Beschwerdegericht berechtigt, die Beseitigung vorgekommener Gebrechen des Verfahrens zum Vorteil des Beschuldigten auch dann anzuordnen, wenn die Beschwerde gegen dieselben nicht ergriffen werden konnte oder nicht ergriffen wurde. Diese Norm entspricht zwar nicht wortwörtlich jedoch sinngemäss seiner Rezeptionsvorlage, nämlich der Bestimmung des § 114 Abs 4 2. Halbsatz öStPO aF, welches das Beschwerdegericht zur Beseitigung von sich zum Nachteil des Beschuldigten auswirkenden Verfahrensfehlern ermächtigte und dadurch auch die Durchbrechung der Rechtskraft in erstgerichtlichen Entscheidungen ermöglichte (*Mayerhofer*, StPO5, § 114 E 6 und 13; *Tipold*, WK-StPO 31. Lfg. § 114 Rz 29f; *Fabrizy*, StPO9 § 114, Rz 5).

7.3.1 In seiner Entscheidung vom 10.06.2011, 11 RS.2008.202 (LES 2011, 130) hat der Fürstliche Oberste Gerichtshof in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung im Rezeptionsland ausgesprochen, dass diese Bestimmung ein amtswegiges Vorgehen im Beschwerdeverfahren zugunsten des Beschuldigten regelt und nur auf diesen und nicht auf andere Verfahrensbeteiligte anzuwenden ist (siehe dazu auch öOGH 11 Os 49/05y). In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob zu Gunsten eines Zeugen im Rechtshilfeverfahren die Bestimmung des § 243 Abs 5 letzter Satz StPO herangezogen werden kann, was der Oberste Gerichtshof verneinte. Ob die vorliegende Bestimmung allenfalls auch für den Haftungsbeteiligten Geltung hat, wurde in die Prüfung nicht miteinbezogen.

7.3.2 § 30c StPO normiert gleichlautend mit § 64 Abs 1 öStPO, welche Bestimmung als Rezeptionsvorlage diente, dass Haftungsbeteiligte Personen sind, die für Geldstrafen oder Geldbussen haften, oder die, ohne selbst angeklagt zu sein, von der Abschöpfung der Bereicherung, vom Verfall oder von der Einziehung einer Sache bedroht sind. Sie haben in der Schlussverhandlung und im Rechtsmittelverfahren, soweit es sich um die Entscheidung über diese vermögensrechtlichen Anordnungen handelt, die Rechte des Beschuldigten/Angeklagten. Soweit es um die Entscheidung über die den Haftungsbeteiligten betreffenden vermögensrechtlichen

Anordnungen geht, ist dieser somit in seinen Rechten dem Beschuldigten gleichgestellt und kann ihm in diesem Umfang demzufolge auch nicht das Recht auf ein amtswegiges Vorgehen im Sinne des § 243 Abs 5 letzter Satz StPO abgesprochen werden (siehe dazu auch öOGH 12 Os 88/18k, in welcher Entscheidung in einem Rechtshilfeverfahren § 292 letzter Satz StPO, welche Bestimmung auf den Angeklagten anzuwenden ist, unter Hinweis darauf, dass dem Haftungsbeteiligten gemäss § 64 Abs 1 öStPO die Rechte des Beschuldigten zukommen, herangezogen wurde).

7.3.3 Da es sich bei den Verbandspersonen I. Ltd. und B. Ltd. unbestritten um Haftungsbeteiligte im Sinne des § 30c StPO handelt, die durch die zu vollstreckende schweizerische Entscheidung unmittelbar betroffen sind, zumal es um ihre Vermögenswerte in Liechtenstein geht, ist somit auf sie die Bestimmung des § 243 Abs 5 letzter Satz StPO iVm § 9 RHG entgegen den Ausführungen in der Revisionsbeschwerde anwendbar.

7.4 Im Recht ist das Rechtsmittel allerdings mit seiner Argumentation, dass die vom Fürstlichen Obergericht relevierte Gehörsverletzung in Wahrheit nicht vorliegt.

7.4.1 Art 14 Abs 1 GwÜ normiert, dass für Verfahren zur Erwirkung und Vollstreckung der Einziehung nach Art 13 das Recht der ersuchten Vertragspartei massgebend ist, sodass im vorliegenden Fall die Bestimmungen des Art 64f RHG anzuwenden sind. Nach Art 14 Abs 2 GwÜ ist die ersuchte Vertragspartei an die tatsächlichen Feststellungen gebunden, soweit sie in einer Verurteilung oder einer gerichtlichen Entscheidung der ersuchenden Vertragspartei dargelegt sind oder der Verurteilung oder Entscheidung stillschweigend zugrunde liegen.

7.4.2 Gemäss Art 64 Abs 1 RHG ist die Vollstreckung der Entscheidung eines ausländischen Gerichtes, mit der ua eine vermögensrechtliche Anordnung rechtskräftig ausgesprochen wurde, auf Ersuchen eines anderen Staates zulässig, wenn die Entscheidung des ausländischen Gerichtes in einem den Grundsätzen des Art 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten entsprechenden Verfahren (Z 1), wegen einer Handlung, die nach liechtensteinischem Recht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist (Z 2) und nicht wegen einer der in Art 14 und 15 angeführten strafbaren Handlung ergangen ist (Z 3), nach liechtensteinischem Recht noch keine Verjährung der Vollstreckbarkeit eingetreten wäre (Z 4) und der durch die Entscheidung des ausländischen Gerichtes Betroffene nicht wegen der Tat im Inland verfolgt wird, rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen oder sonst ausser Verfolgung gesetzt worden ist (Z 5).

7.4.3 Art 18 Abs 1 GwÜ nennt (neben anderen hier nicht in Betracht kommenden Fällen) als Ablehnungsgründe, dass die erbetene Massnahme den Grundlagen der Rechtsordnung der ersuchten Vertragspartei widerspricht (lit a) oder dass die Erledigung des Ersuchens geeignet ist, die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung (*ordre public*) oder andere wesentliche Interessen der ersuchten Vertragspartei zu beeinträchtigen (lit b).

7.4.4 Auch nach Art 2 RHG darf einem ausländischen Ersuchen nur entsprochen werden, wenn die öffentliche Ordnung oder andere wesentlichen Interessen des Für-

stentums Liechtenstein nicht verletzt werden. Der Begriff der «öffentlichen Ordnung» deckt sich mit dem Begriff «*ordre public*» und umfasst die wesentlichen Grundsätze der liechtensteinischen Rechtsordnung, insbesondere die Grund- und Menschenrechte sowie die Souveränität und Sicherheit des Staates. Die wesentlichen Grundsätze der Rechtsordnung ergeben sich aus den völkerrechtlich als verbindlich eingestuften Mindeststandards und dem nationalen Kernbereich der Grundrechte (siehe dazu *Martetschläger, WK-öARHG* § 2 Rz 2).

7.4.5 Die vom Fürstlichen Obergericht in seiner Begründung herangezogene Bestimmung des Art 64 Abs 5 RHG betrifft die Vollstreckung der Entscheidung des ausländischen Gerichtes im Inland. Die dort ua genannte Voraussetzung, dass der Betroffene gehört worden sein muss, sofern er erreichbar ist, ist nur im inländischen Verfahren betreffend die Übernahme der Vollstreckung relevant. Diese Bestimmung lässt daher keine Rückschlüsse auf eine Zulässigkeit der Einschränkung des rechtlichen Gehörs im ausländischen Verfahren über die Verfallsentscheidung zu. Demgegenüber bezieht sich die Bestimmung des Art 64 Abs 1 Z 1 RHG auf das ausländische Verfahren, welches im Einklang mit den Grundsätzen von Art 6 EMRK geführt worden sein muss, wobei dieses Vollstreckungshindernis dem *ordre public*-Vorbehalt entspricht.

7.4.6 Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist eine besondere Ausprägung des verfahrensrechtlichen *ordre public* und gehört zu den Teilgarantien des Rechtes auf ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 EMRK. Wesentlicher Gehalt des grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ist, dass die Verfahrensbetroffenen eine dem Verfahrensgegenstand und der Schwere der in Frage stehenden Rechtsfolgen angemessene Gelegenheit erhalten, ihren Standpunkt zu vertreten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das elementare Recht, dass der Verfahrensbetroffene am Verfahren persönlich teilnehmen kann. Art 6 Abs 1 und Abs 3 EMRK garantieren deshalb dem Angeklagten das Recht auf persönliche Teilnahme am Prozess (StGH 2015/99 Erw 4.1, GE 2018, 45 mwN; *Hugo Vogt, Anspruch auf rechtliches Gehör in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender* [Hrsg], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Band 52, Schaan 2012, 573f Rz 11, 12 und 17).

7.4.7 Der verfahrensrechtliche *ordre public* soll somit sicherstellen, dass die Parteien die Möglichkeit hatten, sich effektiv am Verfahren zu beteiligen, und soll den von einer Entscheidung Betroffenen davor schützen, dass eine ausländische Entscheidung ohne seine Beteiligung erlassen würde. Nur wenn der von einem Verfahren unmittelbar Betroffene über den Verfahrensgegenstand und den Verfahrensgang informiert wird, versetzt ihn dies in die Lage, von seinem Anspruch auf rechtliches Gehör sinnvoll Gebrauch zu machen und seine Interessen wirksam zu vertreten.

7.4.8 Der Staatsgerichtshof judizierte zu StGH 2017/48, Erw 2.3, LES 2018,2, dass ein Verstoss gegen den *ordre public* nicht nur wegen des materiellen Inhaltes eines Urteiles vorliegen kann, sondern auch wegen des Verfahrens, in welchem es zustande gekommen ist. Sowohl nach der schweizerischen als auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes liegt insbeson-

dere bei unterbliebenem Einbezug des Betroffenen in das Verfahren, in dem die Entscheidung ergeht, ein Verstoss gegen den verfahrensrechtlichen ordre public vor (siehe dazu auch BGE 103 Ia 531).

7.4.9 Der österreichische Oberste Gerichtshof erachtete in seiner Entscheidung OGH 15 Os 143, 144/02 die Durchführung der Hauptverhandlung und die Fällung eines das haftungsbeteiligte Unternehmen verpflichtenden Erkenntnisses als nicht zulässig, wenn diesem Unternehmen bzw der zu seiner Vertretung nach aussen befugten Person keine Ladung zur Hauptverhandlung, in der das haftungsbeteiligte Unternehmen bzw seine Vertreter die Rechte des Beschuldigten haben, zugestellt wurde. Auch das Schweizer Bundesgericht judizierte in einem Verfahren über die Anerkennung der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils, dass die Kenntnis eines Verfahrens eine elementare Voraussetzung für die Ausübung der Beklagtenrechte sei und das Erfordernis der effektiven Ladung es gebiete, dass sich die beklagte Person erst auf einen Prozess einlassen müsse, wenn sie von dieser Einleitung formell Kenntnis erhalten habe (BGE 143 III 225, S 229). In seinem Urteil vom 14.12.2018, BGE 145 IV 99, sprach das Schweizer Bundesgericht aus, dass zu den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen, denen ein ausländisches Einziehungsurteil grundsätzlich entsprechen müsse, insbesondere der Anspruch betroffener Kontoinhaber auf rechtliches Gehör zähle.

7.4.10 Nach der Rechtsprechung des EGMR führt nicht jede Verletzung der von Art 6 EMRK genannten Garantien im Urteilsstaat zur Unzulässigkeit internationaler Zusammenarbeit in Strafsachen. Lediglich offenkundige Verstösse oder solche gegen grundlegende Verfahrensgarantien sollen die Übernahme der Vollstreckung hindern (*Werkusch*, Die Vollstreckung ausländischer Straferkenntnisse, Seite 112). Ein ordre public-Verstoss ist nur zu bejahen, wenn die Vollstreckbarkeitserklärung einer ausländischen Entscheidung mit der inländischen Rechtsordnung völlig unvereinbar wäre. Dazu muss der Verstoss gegen die öffentliche Ordnung offensichtlich sein, was verdeutlicht, dass dieser Versagungsgrund nur in Ausnahmefällen geltend gemacht werden kann. Von dieser Ausnahmeregel ist daher nur sparsamst Gebrauch zu machen, weil er eine systemwidrige Abweichung vom Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen darstellt, wobei der Staatsgerichtshof bei der Beurteilung der Justizsysteme von Nicht-EMRK-Staaten weniger zurückhaltend ist als bei EMRK-Mitgliedsstaaten (StGH 2000/28, Erw 4.3, LES 2003, 243; StGH 2014/37, Erw 6.8, GE 2015, 98; StGH 2014/51, Erw 2.2, GE 2015, 73).

7.4.11 Eine Vollstreckung ist nur zu versagen, wenn dem ausländischen Erkenntnis mit der inländischen Rechtsordnung vollkommen unvereinbare Rechtsgedanken zugrunde liegen und daher die Vollstreckbarkeit des ausländischen Titels mit der inländischen Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen wäre (RIS-Justiz RS0121001; RS0002402). Eine schlichte Unbilligkeit des Ergebnisses genügt ebenso wenig wie der blosser Widerspruch zu zwingenden inländischen Vorschriften. Gegenstand der Verletzung müssen vielmehr Grundwertungen der inländischen Rechtsordnung sein (RIS-Justiz RS0110743).

7.4.12 Bei der Vollstreckung einer ausländischen strafrechtlichen Entscheidung im Inland kommt der Ver-

trauensgrundsatz zur Anwendung. Es darf daher auf die Ausführungen der ersuchenden Behörde vertraut werden. Im Weiteren darf davon ausgegangen werden, dass in der Schweiz ein Verfahren auch nach rechtsstaatlichen Grundsätzen, wie diese auch in Liechtenstein bestehen, geführt wird. Das liechtensteinische Recht hat bei der Vollstreckung einer rechtskräftigen ausländischen strafgerichtlichen Entscheidung lediglich eine dienende Funktion (StGH 2018/013 Erw 4.2.1, GE 2020, 174).

7.4.14 Auszugehen ist von den Feststellungen im rechtskräftigen ausländischen Strafurteil. Im vorliegenden Fall wurde in dem durch das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 04.12.2019 (6 B\_667/2019) bestätigten Urteil der ersten Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 13.12.2018, SB 170180-O, festgestellt, dass das Konto der B. Ltd. und ebenso die drei Konti lautend auf die I. Ltd. dem Beschuldigten zuzurechnen seien. Letztere enthielten zwar Vermögenswerte, die formal der juristischen Person zuzurechnen seien, allerdings sei der Beschuldigte auch bei dieser Gesellschaft allein zeichnungsberechtigt und halte 100% der Aktien, sei damit auch hier alleiniger wirtschaftlicher Berechtigter. In solchen Konstellationen sei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (unter Verweis auf das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes 1B\_300/2013 vom 14.04.2014 E.5.4 iVm E.5.3.2) ein strafprozessualer Durchgriff auf Vermögenswerte zulässig, die formal einer dritten (hier juristischen) Person zuzuordnen seien, wenn es sich um wirtschaftlich dieselbe Person handle (Beilage zu ON 2 S 68).

7.4.15 Die blosser Behauptung des Revisionsbeschwerdegegners in seiner Gegenäusserung, er sei bereits seit dem Jahr 2013 nicht mehr wirtschaftlicher Berechtigter der genannten Verbandspersonen, ist nicht geeignet, die zitierten Urteilsfeststellungen zu widerlegen. Dass er (nach wie vor) der einzige Direktor der I. Ltd. und der B. Ltd. ist, hat er in seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Fürstlichen Landgerichtes vom 27.04.2021 (ON 7) selbst vorgebracht.

7.4.16 Ausgehend von den Feststellungen des hier massgeblichen Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich war der Beschuldigte das einzige Organ der beiden hier gegenständlichen Verbandspersonen und hatte damit praktisch jede gesellschaftsrechtliche Stellung bei beiden Gesellschaften inne. Bereits aus der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 23.03.2016 (ON 43 S 407f in 13 RS.2015.16) wurde die Einziehung der in Liechtenstein im Verfahren 13 RS.2015.16 gesperrten Vermögenswerte lautend auf B. Ltd. und I. Ltd. beantragt. Dass der im dortigen Verfahren Angeklagte im ausländischen Verfahren nicht ordnungsgemäss geladen worden wäre, wurde weder behauptet, noch ergeben sich aus dem Akt dafür irgendwelche Anhaltspunkte. Da es sich beim Beschuldigten um die zur Vertretung der genannten Verbandspersonen nach aussen befugte Person handelte, die zudem Kenntnis davon hatte, dass es in dem gegen ihn geführten Strafverfahren auch um die Einziehung der Vermögenswerte der ihm wirtschaftlich zuzurechnenden Verbandspersonen geht, kann von einer Verletzung deren rechtlichen Gehörs keine Rede sein. Vielmehr konnten die unmittelbar betroffenen Verbandspersonen durch ihren Vertreter am

Verfahren teilnehmen und hatten auch entsprechende Gelegenheit, ihre Standpunkte zu vertreten und sich effektiv am Verfahren zu beteiligen (siehe dazu BGE 143 III 225; öOGH 15 Os 143/02). Von diesem Recht machte der Beschuldigte im ausländischen Verfahren auch entsprechend Gebrauch und nahm die Rechte der genannten Verbandspersonen ebenso im Rechtsmittelverfahren wahr, indem er die Aufhebung der sie betreffenden Einziehungsentscheidung sowohl vor dem Obergericht des Kantons Zürich als auch vor dem Schweizerischen Bundesgericht beantragte.

7.4.17 In der Entscheidung vom 07.02.2020, LES 2020, 41, auf die sich das Beschwerdegericht bezogen hat, hat der Fürstliche Oberste Gerichtshof die Gehörsverletzung einer von einem ausländischen Verfallserkenntnis unmittelbar betroffenen Partei als einen Verstoß gegen grundlegende Verfahrensgarantien angesehen und damit ein Vollstreckungshindernis im Sinne des Art 64 Abs 1 Z 1 RHG als gegeben erachtet, wobei es dort um eine haftungsbeteiligte Verbandsperson ging, die in das in Kirgisien geführte Strafverfahren nicht einbezogen wurde. Der dort Angeklagte war zwar wirtschaftlich Berechtigter dieser Verbandsperson, aber lediglich faktischer Geschäftsführer. Demgegenüber handelt es sich beim Beschuldigten jedoch nicht bloss um einen faktischen Geschäftsführer der betroffenen Verbandspersonen, sondern um diejenige Person, die zur Vertretung der haftungsbeteiligten Unternehmen nach aussen befugt und zudem deren einziges Organ war, sodass dieser Fall mit dem vorliegenden nicht vergleichbar ist.

7.4.18 Eine Gehörsverletzung im Sinne der obigen grundsätzlichen Darlegungen liegt daher im ausländischen Verfahren entgegen den Ausführungen des Fürstlichen Obergerichtes nicht vor. Damit ist aber ebenso ein *ordre-public*-Verstoß nicht ersichtlich. Auch im inländischen Verfahren wurde das rechtliche Gehör der genannten Verbandspersonen nicht verletzt, zumal - wie die Liechtensteinische Staatsanwaltschaft zutreffend ausführte - das Fürstliche Landgericht dem Beschuldigten mit Schreiben vom 04.02.2020 (ON 4) die Gelegenheit zur Stellungnahme zur geplanten Einziehung der Vermögenswerte der B. Ltd. und der I. Ltd. (sowie auch seiner persönlichen Vermögenswerte) auf Konten bei der liechtensteinischen Bank eingeräumt hat, von der er im Übrigen auch - für sich und im Namen der beiden Verbandspersonen - Gebrauch machte.

[...]

#### **Anmerkung**

*Zum sog Exequaturverfahren liegt mittlerweile eigenständige Literatur vor, nämlich der Beitrag von Mayerhöfer/Mayerhöfer im kürzlich im Manz Verlag erschienenen HB LieStrPR (siehe dortiges 26. Kap.).*

Jürgen Nagel

## FÜRSTLICHES OBERGERICHT

### Fürstliches Obergericht, 1. Senat

B 01.07.2021, 07 HG.2020.123

#### Art 552 §§ 3, 29 Abs 3 und 4, 35 Abs 1 PGR

**Das Aufsichtsgericht kann nur von Stiftungsbeteiligten iSv Art 552 § 3 PGR angerufen werden. Eine Stiftung kann, wie der Wortlaut schon sagt, nicht Stiftungsbeteiligter sein. Damit ist der Stiftung der Weg zum Aufsichtsgericht versagt und die Stiftung nicht antragslegitimiert.**

#### Art 919 Abs 6 PGR § 150 TrUG

**Eine «erbetene Weisung», wie sie Art 919 Abs 6 PGR bzw § 150 TrUG kennt, ist im neuen Stiftungsrecht nicht mehr vorgesehen.**

#### §§ 599 Abs 1 und 3, 624 ZPO

**Ein Feststellungsbegehren kann von einer Stiftung gegenüber den Begünstigten am streitigen Rechtsweg oder bei Bestehen einer gültigen Schiedsklausel in einem schiedsgerichtlichen Verfahren erhoben werden.**

#### § 22a JN

**Eine Überweisung von den ordentlichen Gerichten in ein Schiedsverfahren hat nicht stattzufinden.**

#### Sachverhalt

Die Antragstellerin ist eine privatnützige (hinterlegte) Stiftung nach liechtensteinischem Recht. Nach Art 13 der Statuten («Schiedsgericht») sind Streitigkeiten zwischen der Stiftung und/oder Organen und/oder Organmitgliedern und/oder Stiftungsbegünstigten unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch ein Schiedsgericht am Sitz der Stiftung beizulegen. Gemäss Art 3 («Zweck») ist Zweck der Stiftung die Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens sowie die Zuwendung von Erträgen an die in einem Reglement bezeichneten Begünstigten, wobei Begünstigte der Stiftung in erster Linie Angehörige des Stifters sowohl aus einer oder mehreren Familien sind und die Stiftung überdies natürliche oder juristische Personen, wie beispielsweise Institutionen ausserhalb des Familienverbandes, als Begünstigte bezeichnen kann. Die gestützt auf diese Bestimmung vom Stiftungsrat erlassenen Reglemente vom 21.02.2003, 27.07.2004, 16.06.2005, 06.03.2006 und 05.05.2010 schliessen jeweils mit dem Satz, dass dieses Reglement das zeitlich vorhergehende ersetzt und annulliert.

Die Antragsgegner sind Begünstigte der Antragstellerin, wobei Unterschiede darin bestehen, ob das Reglement vom 05.05.2010 oder ein früheres gültig ist.

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung, dass der B des Stiftungsrates der Antragstellerin auf Erlass des

Reglements vom 05.05.2010, womit das Reglement vom 06.03.2006 ersetzt wurde, rechtsgültig zustande gekommen und dem zufolge das Reglement vom 05.05.2010 das für die Antragstellerin gültige Reglement ist.

Das LG wies die Anträge mit folgender Begründung zurück: «Gemäss § 35 Abs 1 StiftG kann bei nicht der Aufsicht der Stiftungsaufsichtsbehörde unterstehenden Stiftungen der Richter auf Antrag eines Stiftungsbeteiligten sowie in dringenden Fällen, gegebenenfalls aufgrund einer Mitteilung der Stiftungsaufsichtsbehörde oder der Staatsanwaltschaft, auch von Amts wegen im Ausserstreitverfahren die gemäss § 29 Abs 3 StiftG gebotenen Anordnungen treffen. Dabei handelt es sich insbesondere um die Kontrolle und Abberufung der Stiftungsorgane, die Durchführung von Sonderprüfungen oder die Aufhebung von B der Stiftungsorgane. Dem Gericht kommt jedoch keine Befugnis zu, einem Stiftungsrat Leitlinien für sein Handeln zu geben oder Rechtsfragen für ihn vorab zu beurteilen. Wenn der Stiftungsrat nach pflichtgemässen Prüfen der Sach- und Rechtslage frei von Interessenskonflikten zu einem Ergebnis kommt, welches Reglement das gültige ist, dann hat er dementsprechend zu handeln. In diese Entscheidungsbefugnis, die insbesondere in Art 182 Abs 2 PGR verdeutlicht ist, darf vom Gericht nicht eingegriffen werden. Handelt ein Stiftungsrat entsprechend den Leitlinien des Art 182 Abs 2 PGR, kann ihm kein Vorwurf gemacht werden, selbst dann nicht, wenn andere Beurteilungen möglich wären. Die gestellten Anträge waren daher mangels Kompetenz des Gerichts zurückzuweisen. (...) Wie aus dem Vorbringen der Antragstellerin erhellt, liegt dem gegenständlichen Feststellungsbegehren gerade eine derartige (vermögensrechtliche) Streitigkeit zwischen der Stiftung und den Stiftungsbegünstigten im Sinne des Art 13 der Statuten zu Grunde. Nach Auffassung der Antragstellerin greift diese Schiedsklausel jedoch im gegenständlichen Fall nicht, da gemäss Rechtsprechung (LES 2011, 187 und LES 2010, 311) eine zwingende Subsidiarzuständigkeit zu Gunsten des Stiftungsaufsichtsrats besteht, welche die Schiedsvereinbarung aushebelt. Dabei übersieht die Antragstellerin jedoch, dass der OGH in seiner Entscheidung LES 2011, 187 lediglich ausgesprochen hat, dass eine zwingende, subsidiäre Zuständigkeit des Stiftungsaufsichtsrats für die Abberufung eines Stiftungsrates aufgrund von Pflichtverletzungen besteht. Der OGH begründet dies insbesondere damit, dass eine Schiedsvereinbarung gemäss § 599 Abs 1 ZPO über nicht vermögensrechtliche Ansprüche – wie die Abberufung eines Stiftungsrates – nur insoweit rechtliche Wirkung hat, als die Parteien über den Gegenstand des Streits einen Vergleich abschliessen und damit darüber verfahrensrechtlich verfügen können, was bei einem Abberufungsverfahren gerade nicht der Fall ist. Wie bereits ausgeführt, geht es im konkreten Fall aber gerade um einen vermögensrechtlichen Anspruch, der gemäss § 599 Abs 1 ZPO jedenfalls schiedsfähig ist und folglich in den Zuständigkeitsbereich eines Schiedsgerichts fällt, insofern – wie gegenständlich – eine entsprechende Schiedsklausel vorliegt. Aus der zitierten Rechtsprechung kann

folglich keine subsidiäre Zuständigkeit des Stiftungsaufsichtsgerichts für das gegenständliche Verfahren abgeleitet werden. Da der Antrag von der Antragstellerin als Stiftung eingebracht wurde, liegt gegenständlich auch kein Fall des § 599 Abs 3 ZPO vor. § 599 Abs 3 ZPO sieht eine Ungültigkeit der Schiedsklausel nämlich lediglich für Verfahren vor, die von Amts wegen aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften oder auf Antrag bzw Mitteilung der Stiftungsaufsichtsbehörde oder der Staatsanwaltschaft eingeleitet werden. Zudem gelten Schiedsvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten der Novelle der Zivilprozessordnung geschlossen wurden, gemäss den Übergangsbestimmungen ohnehin unabhängig vom neuen Recht (§ 599 Abs 3 ZPO), wenn die natürliche Person sich auf die Schiedsvereinbarung beruft. Das LG ist für die Behandlung des gegenständlichen Antrags somit unzuständig. Wenn die Antragstellerin ausführt, dass es ihr bei Ablehnung der Zuständigkeit seitens des LG letztlich unmöglich sei, die Frage zu klären, welches Reglement gültig ist, so ist darauf hinzuweisen, dass ein Schiedsgericht die begehrte Feststellung gemäss § 624 ZPO genauso, für alle Stiftungsbeteiligten verbindlich, klären kann. Der Schiedsspruch entfaltet dabei im selben inhaltlichen und persönlichen Umfang eine Feststellungswirkung für die Parteien (LES 2010, 311).»

Das OG gab dem dagegen von der Antragstellerin erhobenen Rekurs keine Folge.

#### Aus den Entscheidungsgründen

5. Der Rekurs bleibt erfolglos:

5.1 Das Aufsichtsgericht kann nur von Stiftungsbeteiligten angerufen werden (§§ 35 Abs 1, 29 Abs 4 StiftG). Stiftungsbeteiligte (§ 3 StiftG) sind der Stifter, die Begünstigungsberechtigten, die Anwartschaftsberechtigten, die Ermessensbegünstigten, die Letztbegünstigten, die Organe der Stiftung gemäss den §§ 11, 24, 27 und 28 StiftG sowie die Mitglieder dieser Organe. Eine Stiftung kann, wie der Wortlaut schon sagt, nicht Stiftungsbeteiligter sein. Zudem würde das bedeuten, dass es die Stiftung selbst wäre, die «gegen eine dem Stiftungszweck widersprechende Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens» (Art 29 Abs 4, 35 Abs 1 StiftG) aufsichtsrechtliche Massnahmen beantragen würde. Dies ist ausgeschlossen. Damit ist der Stiftung der Weg zum Aufsichtsgericht versagt und die Stiftung nicht antragslegitimiert.

5.2 Aus dem Gesagten folgt, dass das von der Stiftung gestellte Begehren denkunmöglich auf eine stiftungsaufsichtsrechtliche Massnahme abzielen kann. Jedoch stellt es – vom Wortlaut und vom entsprechenden Vorbringen her – ein Feststellungsbegehren dar, welches folglich am streitigen Rechtsweg und – zufolge Bestehens der (gültigen – vgl. *Walser*, Schiedsfähigkeit im liechtensteinischen Recht 239) Schiedsklausel – in einem schiedsgerichtlichen Verfahren geltend zu machen ist, wobei im Rahmen der gegenständlichen Beschlussfassung nichts darüber ausgesagt wird, ob die (materiellen) Voraussetzungen für eine Feststellungsklage überhaupt vorliegen. Da die ordentlichen Gerichte nicht zuständig sind, kommt eine Überweisung im Sinne von § 22a JN nicht in Betracht (zufolge Vorliegens einer einheitlichen Streitpartei – § 14

Abs 1 JN – auch keine teilweise Überweisung in das streitige Verfahren). Eine Überweisung ins Schiedsverfahren hat ebenfalls nicht stattzufinden (*Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*<sup>5</sup> § 584 Rz 42).

5.3 Zu den Rekursausführungen, soweit damit noch nicht erledigt:

Das Stiftungsaufsichtsgericht hat ausschliesslich in dem vom Gesetz vorgegebenen Rahmen tätig zu werden. Die von der Antragstellerin aufgezeigten Umstände («Pattsituation») können die Zuständigkeit des Aufsichtsgerichts nicht begründen.

Es macht einen Unterschied, ob ein Begünstigter die Aufhebung eines Reglements beantragt – dieser ist ja Stiftungsbeteiligter.

Was der Stiftung vorschwebt, das ist wohl eine Art «erbetene Weisung», wie sie Art 919 Abs 6 PGR bzw § 150 TrUG kennt, jedoch nach dem neuen Stiftungsrecht nicht mehr vorgesehen ist (vgl. *Ungerank*, Rechtsprechung zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, in: *Schurr* [Hrsg.], Der Generationenwechsel in der Stiftungslandschaft – Band des 4. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2011, 27 [39 ff]; krit. allerdings *Gasser*, Praxiskommentar<sup>2</sup> Rz 70).

Dem Argument, es sei den Stiftungsräten nicht zuzumuten, das Stiftungsvermögen (annähernd CHF 30 Mio) gestützt auf das nach Auffassung des Stiftungsrates gültige Reglement auszuschütten, um sich dann von denjenigen Begünstigten, die nach ihrer Auffassung zu wenig oder zu Unrecht nichts erhalten haben, klagen zu lassen, ist entgegen zu halten, dass die Tätigkeit als Stiftungsrat in aller Regel entgeltlich und vor allem freiwillig ist, sodass der Stiftungsrat immer die Möglichkeit des Rücktritts hat (OGH 07 HG.2019.232 LES 2021, 52 [55 liSp]).

Die «subsidiäre Notkompetenz» des Aufsichtsgerichts, welche ein amtswegiges Einschreiten ermöglichen würde, liegt hier nicht vor, da nicht ersichtlich ist, weshalb ein «dringender Fall» im Sinne von § 35 Abs 1 StiftG vorliegen soll. Zudem würde dies, wie erwähnt, ein amtswegiges Einschreiten bedeuten, auf das die Antragstellerin keinen Rechtsanspruch hat, weshalb sie gegen eine abweisliche Entscheidung auch nicht rechtsmittellegitimiert wäre.

#### Fürstliches Obergericht, 1. Senat

B 22.09.2021, 11 UR.2021.350

§§ 92, 96 StPO

§ 219 StGB

Art 53 Abs 1 und 2 KomG

**Die Bekanntgabe von Teilnehmerdaten, nämlich dass über die IP-Adresse der dahinterliegende Teilnehmer bzw Nutzer des Anschlusses ermittelt werden kann, stellt den klassischen Fall des Art 53 KomG dar. Expliziter Wille des Gesetzgebers war es, dass insbesondere bei Ermittlungen im Zusammenhang mit dem Vergehen der pornografischen Darstellung Minderjähriger nach § 219 StGB die in Art 53 KomG genannten Möglichkeiten auszunüt-**

**zen sind, nämlich dass im Wege der IP-Adresse der «dahinterliegende Teilnehmer» ausgeforscht wird, damit weitere Ermittlungshandlungen (Hausdurchsuchungen) vorgenommen werden können.**

**Bei der Landespolizei und insbesondere beim Kommissariat Digitale Kriminalität (einer Abteilung der Kriminalpolizei) handelt es sich um eine spezialisierte Behörde, auf deren plausible Angaben in ihren Berichten seitens der Staatsanwaltschaft bzw des Untersuchungsrichters vertraut werden darf, sodass darauf Zwangsmassnahmen gestützt werden können, dies analog zur Rechtsprechung in Bezug auf Analyseberichten der Stabsstelle FIU.**

### Sachverhalt

Das LG ordnete mit dem nunmehr angefochtenen B gemäss den §§ 92ff StPO die Durchsuchung von Wohnräumlichkeiten der Beschwerdeführer an. Zu suchen sei nach allen für das Strafverfahren zweckdienlichen Unterlagen und sonstigen Gegenständen, die mit dem gegenständlichen Tatverdacht im Zusammenhang stehen bzw zu dessen Aufklärung dienen können; insbesondere Computer, Mobiltelefone, Tablets, Konsolen, Datenträger aller Art, Ausdrucke, Photographien, Zeitschriften, Magazine, und ähnliches. Diese Gegenstände, Unterlagen und Daten würden gemäss § 96 Abs 1 StPO beschlagnahmt. Mit dem Vollzug der Hausdurchsuchung und der Auswertung der Ergebnisse wurde die Landespolizei beauftragt. Dies wurde wie folgt begründet: „Das LG führt ein Strafverfahren gegen [die Beschwerdeführer] wegen des Verdachtes des Vergehens der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 219 Abs 1 und 4 Z 1 und 2 StGB. Seitens der Landespolizei wurde am 08.06.2021 ein Internet-Monitoring in Bezug auf verdächtige Daten bezüglich pornographischen Darstellungen Minderjähriger durchgeführt und wurde dabei bekannt, dass über die IP-Adresse XXX im Zeitraum vom 11.05.2021, 12:54, bis zum 24.05.2021, 02:44, zwei Bittorrent-Container mit insgesamt 44 Dateien (gemäss den Filenamen mit einschlägigen Benennungen von pornografischen Darstellungen Minderjähriger) heruntergeladen wurden. IP-Adressenabklärungen beim zuständigen Provider ergaben, dass die IP-Adresse XXX im gesamten relevanten Zeitraum (17.03.2021 bis zum 02.06.2021) von den Beschwerdeführern als Kunden genutzt wurde. [...] Gemäss § 92 StPO kann eine Hausdurchsuchung, das ist die Durchsuchung der Wohnung oder sonstiger zum Hauswesen gehöriger Räumlichkeiten, unter anderem dann vorgenommen werden, wenn begründeter Verdacht vorliegt, dass sich dort Gegenstände befinden, deren Besitz oder Besichtigung für eine bestimmte Untersuchung von Bedeutung sein könnte. Gemäss § 92 Abs 2 StPO kann eine Personendurchsuchung, das ist die Durchsuchung der Bekleidung einer Person und der Gegenstände, die sie bei sich hat, unter anderem dann vorgenommen werden, wenn sie einer Straftat verdächtig ist und auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie Gegenstände, die der Sicherstellung unterliegen, bei sich haben könnte, deren Feststellung für Zwecke eines Strafverfahrens erforderlich ist. Ein derartig begründeter Ver-

dacht liegt im gegenständlichen Verfahren vor, was die Durchsuchung der im Spruch genannten Räumlichkeiten, die Personendurchsuchung [der Beschwerdeführer] wie auch die Beschlagnahme der gefundenen Gegenstände, Unterlagen und Daten rechtfertigt: Auf Grund der vorliegenden Informationen auf Basis des Internet-Monitorings der Liechtensteinischen Landespolizei ist davon auszugehen, dass über die IP-Adresse XXX, welche gemäss Adressabklärung beim zuständigen Provider im relevanten Zeitraum von [den Beschwerdeführern] genutzt wurde, im Zeitraum vom 11.05.2021, 12:54, bis zum 24.05.2021, 02:44, zwei Bittorrent-Container mit insgesamt 44 Dateien heruntergeladen wurden und es sich gemäss den Dateinamen um einschlägig pornographische Darstellungen Minderjähriger handelt. Somit ist damit zu rechnen, dass sich im Besitz [der Beschwerdeführer] an deren Wohnsitz auf entsprechenden IT-Geräten bzw Datenträgern sowie allenfalls in physischer Form verbotenes pornographisches Material, welches Minderjährige darstellt, findet. Auch eine Personendurchsuchung [der Beschwerdeführer] ist notwendig, um auf deren Mobiltelefonen und allenfalls bei sich getragenen Datenträgern allfällig vorhandenes pornographisches Material sicherzustellen, da nicht auszuschliessen ist, dass sich solches darauf befindet. Es rechtfertigt sich daher die spruchgemässe Anordnung einer Hausdurchsuchung am Wohnsitz der Verdächtigen sowie eine Personendurchsuchung der Verdächtigen. [...] Gemäss § 43 Abs 2 StPO dürfen der Ankläger und der Verteidiger der Hausdurchsuchung und der Durchsuchung von Papieren beiwohnen und die Gegenstände bezeichnen, auf welche diese Untersuchungshandlungen auszudehnen sind, weshalb der Untersuchungsrichter den Ankläger und den Verteidiger deshalb in der Regel von der Vornahme dieser Handlungen vorher benachrichtigen soll; er nimmt sie aber, wenn Gefahr im Verzuge ist, ohne vorausgegangene Verständigung derselben vor. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass bei einer vorgängigen Information der mit einer Hausdurchsuchung bezweckte Überraschungseffekt zunichte gemacht und Beweismittel vernichtet werden könnten (OG B 04.04.2017, 13 UR.2017.40).

Das OG gab der von den Beschwerdeführern dagegen erhobenen Beschwerde keine Folge.

### Aus den Entscheidungsgründen

4. Die Beschwerde bleibt erfolglos.

4.1 Vorauszuschicken ist, dass es Aufgabe der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft ist (§ 21 Abs 1 StPO), alle strafbaren Handlungen, die zu ihrer Kenntnis kommen und die nicht bloss auf Begehren eines Beteiligten zu untersuchen und zu bestrafen sind, von Amts wegen mit Unterstützung der Liechtensteinischen Landespolizei aufzuklären und die ihrer Begehung Verdächtigen zu verfolgen, um das Erforderliche wegen der Untersuchung und Bestrafung durch das Gericht veranlassen zu können. Die Staatsanwaltschaft ist weiters dazu verpflichtet (§ 20 Abs 2 StPO), darauf zu sehen, dass alle zur Erforschung der Wahrheit dienlichen Mittel gehörig benützt werden. Schliesslich ist die Staatsanwaltschaft berechtigt (§ 21a Abs 1 StPO), durch die Landespolizei oder durch den Untersuchungsrichter Vorerhebungen führen zu las-

sen, um die nötigen Anhaltspunkte für die Veranlassung des Strafverfahrens zu erlangen. Schliesslich: Findet die Staatsanwaltschaft nach Prüfung der Anzeige oder des Schlussberichts und der Ergebnisse der gegebenenfalls auf ihre Anordnung ergänzten Vorerhebungen genügend Gründe, gegen eine bestimmte Person das Strafverfahren zu veranlassen, so bringt sie entweder den Antrag auf Einleitung der Untersuchung oder die Anklageschrift (den Strafantrag) ein, während sie im entgegengesetzten Fall die Vorerhebungen mit kurzer Aufzeichnung der sie dazu bestimmenden Erwägungen einstellt (§ 22 Abs 1 StPO).

Auf den gegenständlichen Sachverhalt umgelegt bedeutet dies: Den Strafverfolgungsbehörden (Landespolizei und Staatsanwaltschaft) gelangte im Zuge des sogenannten «Internet-Monitoring» zur Kenntnis, dass über die IP-Adresse XXX im Zeitraum vom 11.05. bis 24.05.2021 Bittorrent-Container mit insgesamt 44 Dateien – gemäss Dateibezeichnungen mit einschlägigen Benennungen von pornografischen Darstellungen Minderjähriger – heruntergeladen wurden, konkret mit der Bezeichnung [...]. Damit konnten die Strafverfolgungsbehörden vom Vorliegen eines Vergehens nach § 219 StGB («Pornografische Darstellungen Minderjähriger») ausgehen. Es lag somit ein konkreter Tatverdacht vor, der die Landespolizei und die Liechtensteinische Staatsanwaltschaft unbedingt zum Handeln verpflichtete, wie sich aus den weiter oben angeführten Bestimmungen der Liechtensteinischen Strafprozessordnung unzweifelhaft ergibt. Als nächster Schritt wurde im Wege der Y AG in Erfahrung gebracht, dass als Kunde zur genannten IP-Adresse (XXX) der Erstverdächtige im tatrelevanten Zeitraum (und auch davor und danach) aufscheint. Es handelt sich hierbei um eine dem Gesetz entsprechende Vorgangsweise, sieht doch Art 53 Abs 1 und 2 KomG («Aufzeichnung von und Auskunft über Teilnehmerdaten») explizit vor, dass Anbieter öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste (hier: die Y AG) sämtliche Teilnehmerdaten im Sinne des Art 3 Abs 1 Z 48 KomG («alle personenbezogenen Daten, die für die Begründung, Abwicklung, Änderung oder Beendigung der vertraglichen Beziehung zwischen dem Nutzer und dem Anbieter oder zur Herstellung und Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen erforderlich sind, insbesondere Name oder Firma und Zustelladresse des Teilnehmers sowie entsprechende Identifikationsmittel») unabhängig von der Art der vertraglichen Beziehung aufzuzeichnen und während der gesamten Dauer der vertraglichen Beziehungen mit dem betreffenden Teilnehmer sowie 6 Monate nach deren Beendigung aufzubewahren haben und verpflichtet sind, hinsichtlich der aufgezeichneten Teilnehmerdaten der Landespolizei über deren schriftliches Ersuchen unverzüglich Auskunft zu erteilen, sofern sie die Daten zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe unbedingt benötigt. Dies war hier unzweifelhaft der Fall, denn ohne Bekanntgabe des Kunden zur genannten IP-Adresse (XXX) hätten die Erhebungen nicht mehr weiter fortgeführt werden können.

Es ist in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Bekanntgabe von Teilnehmerdaten, nämlich dass über die IP-Adresse der dahinterliegende Teilnehmer ermittelt werden kann, um den klassischen Fall des Art 53 KomG handelt

(Stellungnahme der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein, BuA 88/2017, 15). Konkret handelt es sich insoweit beim häufigsten Anwendungsfall in diesem Zusammenhang um Internetkriminalität (zB verbotene Pornografie), wenn über die IP-Adresse der dahinterliegende Teilnehmer bzw Nutzer des Anschlusses ermittelt werden soll (so die Regierung wörtlich in ihrer Stellungnahme an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein, BuA 88/2017, 27). Dem wurde auch in der entsprechenden Sitzung des Hohen Landtages nicht widersprochen, sodass dies als Wille des Gesetzgebers anzusehen ist.

Expliziter Wille des Gesetzgebers war es somit, dass insbesondere bei Ermittlungen im Zusammenhang mit dem Vergehen der pornografischen Darstellung Minderjähriger nach § 219 StGB die in Art 53 KomG genannten Möglichkeiten auszunützen sind, nämlich dass im Wege der IP-Adresse der, wie es die Regierung formulierte, «dahinterliegende Teilnehmer» ausgeforscht wird, damit weitere Ermittlungshandlungen gesetzt werden können. Die Regierung spricht in diesem Zusammenhang, und auch dem wurde in den Sitzungen des Hohen Landtages nicht widersprochen, sodass dies ebenfalls als Wille des Gesetzgebers anzusehen ist, konkret und wörtlich von «Hausdurchsuchungen» (als weiterer Ermittlungsschritt), wenn über die IP-Adresse die Identität einer Person ausgeforscht wurde (BuA 27/2017, 58).

Dem ist vollinhaltlich zuzustimmen: Es bestand ein konkreter Tatverdacht im Sinne von § 219 StGB und der einzige weitere (sinnvolle) Ermittlungsschritt bestand darin, im Wege der ermittelten IP-Adresse den «dahinterliegenden» Teilnehmer, im konkreten Fall die Verdächtigen, auszuforschen.

Nun stehen den Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich verschiedene weitere Möglichkeiten zu Ermittlungsschritten zur Verfügung. Es bedarf jedoch keiner näheren Erläuterung, dass in einer derartigen Situation der einzig zweckmässige Ermittlungsschritt darin besteht, an der solcherart ermittelten Adresse des Teilnehmers eine Hausdurchsuchung (samt Beschlagnahme) durchzuführen. Denn hier geht es, worauf das Erstgericht im angefochtenen B im Übrigen zutreffend unter Bezugnahme auf die einschlägige obergerichtliche Judikatur hinweist, darum, den sogenannten «Überraschungseffekt» im Sinne der Aufklärung strafbarer Handlungen auszunützen. Alternativ (als gelinderes Mittel) könnte nämlich nur der betreffende Teilnehmer von der Landespolizei bzw vom LG vorgeladen werden. Hat nun der entsprechende Teilnehmer tatsächlich das Vergehen nach § 219 StGB begangen, so ist – der forensischen Erfahrung entsprechend – davon auszugehen, dass er vor oder jedenfalls nach durchgeführter Einvernahme alle vorhandenen Spuren beseitigen, d.h. Datenträger vernichten oder Daten löschen würde.

In einer derartigen Situation kann somit nur, wie hier geschehen, vorgegangen werden, nämlich dass die Liechtensteinische Staatsanwaltschaft beim Untersuchungsrichter den Erlass eines Haus- und Personendurchsuchungsbefehls samt entsprechender Beschlagnahme beantragt, was vom Erstgericht zutreffend bewilligt wurde.

Aufgrund der in der Folge durchgeführten Hausdurchsuchung konnten hier zahlreiche Datenträger beschlag-

nahmt werden. Deren Auswertung wird zeigen, ob der Tatverdacht erhärtet oder entkräftet werden kann.

Die Vorgangsweise der erstinstanzlich tätigen Strafverfolgungsbehörden (Landespolizei, Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichter) ist somit nicht zu beanstanden, sondern entspricht dem Gesetz. Der Beschwerde kann sohin kein Erfolg zukommen.

4.2 [...] Im Übrigen ist der Beschwerde insoweit zu widersprechen, als dort ausgeführt wurde, es wäre nur darum gegangen «einige Datenträger zu beschlagnahmen». Immerhin war ein gesamtes Objekt zu durchsuchen, und es ist davon auszugehen, dass Datenträger, auf welchen sich gegebenenfalls Dateien mit pornografischen Darstellungen Minderjähriger befinden, nicht einfach völlig offen «herumliegen», sondern diese allenfalls versteckt wurden, sodass eben danach «zu suchen» ist.

4.3 Dass sich die Beschwerdeführer von den ihnen zur Last gelegten Vorwürfen distanzieren und sie diese vehement bestreiten, ist ihr gutes Recht. Erst nach Durchführung der Erhebungen wird im Sinne der weiter oben zitierten Bestimmungen der Strafprozessordnung zu entscheiden sein, ob gegen sie Anklage erhoben (Strafantrag eingebracht) wird oder das Strafverfahren einzustellen ist.

4.4 Sodann wird in der Beschwerde kritisiert, dass im angefochtenen B lediglich erwähnt werde, dass ein «Internet-Monitoring» durchgeführt worden sei, jedoch nicht darauf eingegangen werde, auf welcher Grundlage und wie dieses Monitoring durchgeführt worden sei, wie wahrscheinlich Fehler oder Verwechslungen seien und vor allem, dass eine eindeutige Identifizierung der betreffenden Torrent-Dateien fehlen würde.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der Landespolizei und insbesondere beim hier massgeblich involvierten Kommissariat Digitale Kriminalität (einer Abteilung der Kriminalpolizei) um eine spezialisierte Behörde handelt, auf deren plausible Angaben in ihren Berichten seitens der Staatsanwaltschaft bzw des Untersuchungsrichters vertraut werden darf, sodass darauf Zwangsmassnahmen gestützt werden können, dies analog zur Rechtsprechung in Bezug auf Analyseberichte der Stabsstelle FIU (OGH 11 UR.2016.135 LES 2016, 252 *Ungerank*). Es ist ja nicht so, dass es sich gegenständlich um eine im Land Liechtenstein einmalige (erstmalige) Vorgangsweise handelt, sondern dass derartige Vorwürfe immer wieder auf die genannte Art und Weise den Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis gelangen und sodann entsprechende Ermittlungsschritte gesetzt (Hausdurchsuchungen angeordnet) werden.

Ob eine «eindeutige Identifizierung» der betreffenden Torrent-Dateien gegeben war oder nicht, dies kann dahingestellt bleiben, denn massgeblich ist, das im Wege der erwähnten Ermittlungen (Art 53 Abs 2 KomG) der hinter der hier massgeblichen IP-Adresse stehende Teilnehmer ausgeforscht werden konnte und sodann bei diesem eine Hausdurchsuchung durchzuführen war. Es ist insbesondere beim Vergehen der pornografischen Darstellung Minderjähriger ja möglich, dass einzelne Bilddateien auf anderen Datenträgern abgespeichert wurden, sodass auch diese aufgefunden werden können, weshalb die von den Beschwerdeführern ins Treffen geführte «eindeutige Identifizierung» bei der Frage

der Bewilligung eines Hausdurchsuchungsbefehls nicht von Bedeutung ist.

Ebenso ist es nicht von Bedeutung, dass es sich hier – nach den Ausführungen in der Beschwerde – um eine «dynamische» IP-Adresse handle. Denn es entspricht ebenfalls dem expliziten Willen des Gesetzgebers, dass auch dynamische IP-Adressen zu den Identifikationsmitteln zählen (BuA 110/2009, 56; auch dem wurde vom Hohen Landtag nicht widersprochen), und es wird in Art 54a Abs 1 lit c Z 2 sublit bb der Verordnung über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (VKND) ausdrücklich festgehalten, dass zu den auf Vorrat zu speichernden Datenkategorien u.a. auch die vom Internetzugangsanbieter einer Verbindung zugewiesene dynamische IP-Adresse zählt. Ebenso wird die IP-Adresse (und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine dynamische oder statische handelt) in Art 2 Abs 1 lit f der Verordnung über Identifikationsmittel und Frequenzen im Bereich der elektronischen Kommunikation (IFV) als numerischer Parameter bezeichnet, der die Identifikation einer insbesondere aus Netzrechnern oder -servern bestehenden Domain sowie die Nutzerrechner, die an den Verbindungen in diesem Netz beteiligt sind, ermöglicht.

Damit steht der Umstand, dass es sich – nach den Beschwerdeausführungen – um eine dynamische IP-Adresse handelt, der Durchführung der Hausdurchsuchung nicht entgegen. (...)

4.6 Dass eine freiwillige Herausgabe vorliegend nicht in Betracht kommt, wurde bereits weiter oben dargelegt («Überraschungseffekt»).

4.7 Im Übrigen ist der angefochtene B sehr wohl hinreichend konkretisiert, es werden nämlich Computer, Mobiltelefone, Tablets, Konsolen, Datenträger aller Art, Ausdrücke, Fotografien, Zeitschriften, Magazine und Ähnliches genannt, und danach war richtigerweise zu suchen.

#### **Anmerkung:**

*Mit dieser Entscheidung überträgt das OG die zum für Zwangsmassnahmen nach der StPO ausreichenden einfachen (konkreten) Tatverdacht in Bezug auf Analyseberichte der Stabsstelle FIU ergangene Judikatur des OGH (11 UR.2016.135 LES 2016, 252) auch auf Berichte des Kommissariats Digitale Kriminalität der Landespolizei. Selbiges war vom OG bereits in Bezug auf (Prüf-)Berichte der Finanzmarktaufsicht mit B vom 04.09.2020, 11 UR.2019.497, auszugsweise publ. in FMA-Praxis 2020, 36, und vom 26.08.2021, 11 UR.2020.374, judiziert worden.*

*Woblgemerkt: Es handelt sich hier um keinen „Automatismus“, denn dann würden die Gerichte der sie treffenden Prüfpflicht nicht nachkommen. Aber wenn keine konkreten Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Berichte sprechen und die Berichte schlüssig sind, dann können sie zur Begründung des einfachen (konkreten) Tatverdachts ausreichen und damit als Grundlage für den Erlass von Zwangsmassnahmen dienen.*

*Wilhelm Ungerank*

## Fürstliches Obergericht, 3. Senat

B 29.09.2021, 05 CG.2021.5

§§ 57 f ZPO

Art 2 Abs 2 SR

Art 2 Abs 2 PGR

§§ 1392 ff ABGB

**Erfolgte die Abtretung der Klageforderung an den nicht kautionspflichtigen Kläger ausschliesslich zum Zwecke der Ausschaltung der Pflicht des Zedenten zum Erlag einer Prozesskostensicherheitsleistung, ist dies für sich alleine genommen noch nicht rechtsmissbräuchlich. Ein Rechtsmissbrauch ist vielmehr erst und nur dann anzunehmen, wenn als weiteres Moment die Überwälzung des Kostenrisikos einseitig auf den Beklagten hinzutritt, va weil der als Kläger auftretende Zessionar vermögenslos ist.**

### Sachverhalt

Der im Inland wohnhafte Kläger begehrt vom Beklagten die Bezahlung eines Betrages von CHF 177'230.16 s.A. Der Beklagte habe die ihm als Treuhänderrat des X Treuunternehmens reg. obliegenden Pflichten in mannigfaltiger Hinsicht verletzt und dem X Treuunternehmen reg. dadurch einen Schaden in Höhe des Klagebetrages zugefügt. Der Beklagte hafte dem X Treuunternehmen reg. daher aus Verantwortlichkeit. Das X Treuunternehmen reg. habe seine Ansprüche an den Kläger abgetreten, weil es aufgrund der Misswirtschaft des Klägers finanziell nicht in der Lage sei, die Kosten des Verantwortlichkeitsprozesses zu tragen.

Der Beklagte stellte rechtzeitig vor Einlassung in die Hauptsache den Antrag, das Erstgericht wolle dem Kläger eine Sicherheitsleistung für seine Prozesskosten in Höhe von CHF 63'298.74 auferlegen. Die Abtretung der Forderung des X Treuunternehmens reg. an den Kläger sei rechtsmissbräuchlich, nämlich zur Umgehung der Kautionspflicht des Ersteren, erfolgt. Dies ergebe sich schon daraus, dass die Abtretung ungültig sei, weil sie zum einen in verschiedener Hinsicht rechtswidrig und zum anderen mangels eines Grundgeschäfts ungültig sei. Die Kautionsregelungen seien so auszulegen, dass bei einer Forderungsabtretung zum Zwecke der Kautionsvermeidung die Kautionsbestimmungen, welche ohne Abtretung gelten würden, zur Anwendung gelangen würden. Im konkreten Fall sei daher der Kläger gemäss § 57a ZPO kautionspflichtig.

Mit Beschluss vom 08.03.2021 wies das Erstgericht den Kautionsantrag des Beklagten ab.

Dem vom Beklagten gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs gab das OG keine Folge.

### Aus den Entscheidungsgründen

5. [...]

5.1 [...]

5.2 Inhaltlich kommt dem Rekurs des Beklagten keine Berechtigung zu.

5.2.1 [...]

5.2.2 Seine Rechtsrüge begründet der Beklagte zusammengefasst wie folgt:

Das Erstgericht habe keine Feststellungen dazu getroffen, dass der Grund für die Abtretung der klagegegenständlichen Forderung durch das X Treuunternehmen reg. an den Kläger alleine der gewesen sei, die Kautionspflicht der Ersteren zu vermeiden. Insofern hafte dem angefochtenen Beschluss ein sekundärer Feststellungsmangel an. Das Rechtsmissbrauchsverbot gem Art 2 Abs 2 PGR, Art 2 Abs 2 SR gelte auch für das Verfahrensrecht («prozessuales Missbrauchsverbot»). Die Abtretung einer Forderung (gemeint: zur klageweisen Geltendmachung) zwecks Vermeidung der Kautionspflicht des Zedenten an eine im Inland wohnhafte natürliche Person sei rechtsmissbräuchlich und müsse daher negiert werden. Dass im gegenständlichen Fall die Abtretung alleine zur Vermeidung der Kautionspflicht des X Treuunternehmens reg. erfolgt sei, ergebe sich bereits aus dem Fehlen eines realen wirtschaftlichen Hintergrundes der Abtretung und weiter daraus, dass die Abtretung nichtig bzw rechtswidrig und für das X Treuunternehmen reg. letztlich schädlich sei («unzulässiges Insichgeschäft»; «fehlendes gültiges kausales Verfügungsgeschäft»; «unzulässiges Eigengeschäft»). Der Kläger als Prozesskostenschuldner biete dem Beklagten zudem, was ebenfalls zu beachten sei, nicht die gleiche Sicherheit wie eine Kautions, an welcher ihm ein vorrangiges Pfandrecht zukomme. Nachdem das X Treuunternehmen reg. gemäss § 57a ZPO kautionspflichtig sei, sei auch der Kläger bei der gebotenen Negierung der Abtretung kautionspflichtig. Rechtlich verfehlt habe das Erstgericht schliesslich angenommen, es fehle dem Beklagten am «Rechtsschutzinteresse». Mit der Novellierung der Insolvenzordnung sei der Privatkonkurs eingeführt worden, welcher die Möglichkeit einer vorzeitigen Entschuldung nach wenigen Jahren biete. Angesichts dessen sei es gleichheitswidrig, hinsichtlich der Kautionspflicht von juristischen Personen und inländischen natürlichen Personen rechtlich eine Unterscheidung zu treffen. Insbesondere sei es auch sachlich nicht gerechtfertigt, dass bezüglich der Gerichtsgebühren des Staates das Prinzip der «Vorauskasse» bestehe, der Staat also bezüglich der Gerichtsgebühren bessergestellt sei als ein Beklagter in Bezug auf seinen Prozesskostenersatzanspruch gegen einen im Inland wohnhaften Kläger.

Hierzu wird vom Rekursgericht erwogen:

Selbst wenn als wahr unterstellt wird, dass das X Treuunternehmen reg. tatsächlich, wie vom Beklagten geltend gemacht, die klagegegenständlichen Verantwortlichkeitsansprüche lediglich deshalb an den Kläger abgetreten hat, weil dieser im Gegensatz zu ihm nicht kautionspflichtig ist – eine Feststellung zum Grunde der Abtretung wurde vom Erstgericht nicht getroffen –, ist daraus für den Rechtsstandpunkt des Beklagten nichts abzuleiten.

Zweck der aktorischen Kautions ist es, dem Beklagten (Rechtsmittelgegner) in bestimmten Fällen einen Deckungsfonds zur Realisierung seiner Prozesskostenersatzansprüche im Falle des Obsiegens gegenüber bestimmten Klägern (Rechtsmittelwerbern) zu verschaffen. Die §§ 57 ff ZPO schützen damit den Beklagten vor kostenverursachender Rechtsanmassung durch bestimmte (nicht privilegierte) Kläger (BuA 2009/048, S. 5 f; LES

2010, 268; *Thiele in Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 57 ZPO Rz 1).

Gemäss § 57 f ZPO sind natürliche Personen als Kläger dann nicht kautionspflichtig, wenn sie ihren Wohnsitz im Inland haben; juristische Personen sind (unabhängig von ihrem Sitz) nach § 57a ZPO dann nicht kautionspflichtig, wenn sie über ausreichendes kostendeckendes und der Vollstreckung zugängliches Vermögen verfügen. Zu den privilegierten, dh nicht kautionspflichtigen, Klägern zählen demnach grundsätzlich alle natürlichen Personen mit (Wohn-)Sitz im Inland sowie unter bestimmten Voraussetzungen («ausreichend kostendeckendes Vermögen») die juristischen Personen unabhängig von ihrem Sitz.

Alleine aus der Tatsache, dass das X Treuunternehmen reg. dem Kläger die klagegegenständliche Forderung abgetreten hat, könnte, auch wenn die Zession ausschliesslich wegen der für den Zedenten nach § 57a ZPO (allenfalls) bestehenden Kautionspflicht erfolgt wäre, *per se* noch nicht auf einen gemäss Art 2 Abs 2 PGR verpönten Rechtsmissbrauch geschlossen werden. Zwar ist der Kostenersatzanspruch eines Beklagten, wenn er sich einer im Inland wohnhaften natürlichen Person als Prozessgegner gegenüberstellt, nicht gleich gut besichert wie in dem Fall, in dem der Prozessgegner gem §§ 57 f ZPO eine aktorische Kautionsleistung erlegt hat, zumal dem Beklagten am Kautionserlag auch ein Pfandrecht zusteht (§ 56 Abs 3 ZPO). Darauf kommt es aber entscheidungswesentlich im Hinblick auf einen allfälligen Rechtsmissbrauch nicht an.

Dem X Treuunternehmen reg. war es nämlich grundsätzlich erlaubt, seine Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber dem Beklagten an den Kläger abzutreten, bestand also maW insofern kein Zessionsverbot. Das X Treuunternehmen reg. und der Kläger übten vielmehr mit dem Abschluss der Zessionsvereinbarung eine ihnen vom Gesetz (§§ 1392 ff ABGB) als Ausfluss der Privatautonomie («Vertragsfreiheit») eingeräumte rechtsgeschäftliche Befugnis aus. Angesichts dessen wäre ein Rechtsmissbrauch nur dann anzunehmen, wenn das X Treuunternehmen reg. und der Kläger mit der Abtretung eine Benachteiligung des Beklagten beabsichtigt hätten (*Baumann in ZK-ZGB I/1* [1998] Art 2 Rz 239), und zwar fallbezogen im Hinblick auf die Einbringlichkeit von dessen allfälligem Prozesskostenersatzanspruch im Falle des Obsiegens im Verfahren. In diesem Sinne gehen auch ö L und Rsp davon aus, dass die Abtretung einer Forderung an einen nicht kautionspflichtigen Zessionar, auch wenn sie ausschliesslich zum Zwecke der Ausschaltung der Pflicht des Zedenten zum Erlag einer Prozesskostensicherheitsleistung («aktorische Kautions») erfolgte, alleine noch nicht rechtsmissbräuchlich ist, sondern ein Rechtsmissbrauch erst und nur dann anzunehmen ist, wenn als weiteres Moment die Überwälzung des Kostenrisikos einseitig auf den Beklagten hinzutritt, va weil der als Kläger auftretende Zessionar vermögenslos ist; maW ist ein Rechtsmissbrauch nicht anzunehmen, wenn für den Beklagten keine Gefahr besteht, dass er im Falle seines Obsiegens die Prozesskosten beim Gegner hereinbringen kann (öOGH 1 Ob 195/64 = SZ 38/4; RIS-Justiz RS0032586; in diesem Sinne auch OGH 12.01.2018, 02 CG.2014.107 = GE 2018 152 [betr die Frage der Zulassung

des Zessionars zum Paupertätseid]; *Mosser in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1 ZPO § 57 Rz 31).

Dass der Kläger, welcher aufgrund seines inländischen Wohnsitzes nach dem ausdrücklichen Willens des Gesetzgebers zu den im Hinblick auf die Kautionspflicht privilegierten Klägern zählt, vermögenslos sei oder andere ähnlich bedenkliche Umstände vorliegen würden, und der Beklagte daher im Falle seines Obsiegens den ihm zustehenden Kostenersatzanspruch deswegen würde nicht einbringlich machen können, wurde vom Beklagten weder behauptet noch wurden von ihm hierzu Beweisanbote erstattet, obwohl er hinsichtlich der einen Rechtsmissbrauch begründenden Tatsachen beweiselastisch ist (LES 2000, 32; *Reischauer in Rummeß*, § 1295 ABGB Rz 82 mwN).

Nachdem der Kläger nicht kautionspflichtig ist und ein Rechtsmissbrauch nicht anzunehmen ist, ist dem Rekurs des Beklagten keine Folge zu geben.

Das Rekursgericht hegt im Übrigen keine Zweifel an der Verfassungskonformität der Kautionsbestimmungen der ZPO, und zwar weder im Hinblick darauf, dass im Inland wohnhafte natürliche Personen, wenn sie als Kläger auftreten, im Gegensatz zu juristischen Personen in keinem Fall kautionspflichtig sind, noch im Hinblick auf die Regelung des staatlichen Gebührenanspruchs, weshalb das Rekursgericht keinen Anlass für ein Vorgehen nach Art 18 Abs 1 Bst b StGHG sieht.

6. Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO.

Für seine verspätete und daher für die Rechtsverteidigung im Rekursverfahren nicht zweckentsprechende Rekursbeantwortung kann der Kläger vom Beklagten keinen Kostenersatz ansprechen. Da es sich beim Streit über die aktorische Kautionsleistung um ein selbständiges Zwischenverfahren handelt (*Ungerank in Schumacher*, HB LieZPR Rz 11.131), ist auszusprechen, dass der mit seinem Rekurs erfolglose Beklagte die Kosten des Rekursverfahrens endgültig, dh unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens, selbst zu tragen hat.

#### **Anmerkung:**

*Gegen die Rekursentscheidung des OG wurde vom Beklagten zu StGH 2021/083 Individualbeschwerde an den StGH erhoben.*

## **Fürstliches Obergericht, 2. Senat**

B 26.10.2021, 13 RS.2021.199

**Art 29 Abs 1 und 2 RHG**

**§§ 133 Abs 2 und 3, 135 Abs 2, 137a Abs 1 StPO**

**Art 6 Abs 2 und 3 EMRK**

**Dient die vom Häftling gewünschte Verwendung eines mobilen Computers der Vorbereitung auf die Auslieferungsverhandlung, so handelt es sich dabei nicht um einen blossen «Bedarfsgegenstand» iSv § 135 Abs 2 StPO, sondern letztlich um ein Instrument zur Verteidigung (§ 133 Abs 3 Z 2 StPO per analogiam). In einem solchen Fall obliegt es dem**

**Gericht darüber zu befinden, ob dies mit dem Haftzweck vereinbar ist.**

**Im Übrigen unterliegt alles, was in einen Kontakt mit der Aussenwelt mündet, der Entscheidung des Untersuchungsrichters (hier: Rechtshilferichters), die Sicherstellung der Ordnung im Landesgefängnis dagegen dem Anstaltsleiter.**

### Sachverhalt

In der gegenständlichen Auslieferungssache wies das LG mit B vom 15.10.2021 den Antrag der auszuliefernden Person vom 08.10.2021 lautend auf Feststellung «dass dem Beschuldigten erlaubt ist, einen eigenen PC bzw ein eigenes Notebook (gegebenenfalls nach Prüfung durch die Forensik der Landespolizei) zum Zweck der Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten und zu verwenden, in eventu dem Landesgefängnis die Weisung zu erteilen, dem Beschuldigten einen PC bzw ein Notebook des Landesgefängnisses zum Zwecke der Vorbereitung der Verteidigung zur Verfügung zu stellen», zurück.

Der dagegen vom Auszuliefernden am 21.10.2021 erhobenen Beschwerde gab das OG mit B vom 26.10.2021 teilweise Folge und stellte in der Sache selbst fest, dass der Zweck der gegenständlichen Auslieferungshaft der Benutzung eines PC bzw Notebooks durch den Betroffenen zur Vorbereitung der Verteidigung nicht entgegensteht.

### Aus den Entscheidungsgründen

3.1 Gemäss Art 29 Abs 1 zweiter Satz RHG sind auf die Auslieferungshaft, soweit sich aus den Bestimmungen dieses Gesetzes nichts anderes ergibt, die Bestimmungen über die Untersuchungshaft sinngemäss anzuwenden. Nach Abs 2 zweiter Satz leg. cit. hat der Landrichter die Abweichungen vom Vollzug der Untersuchungshaft oder der Strafhaft zu verfügen, die für die Zwecke des Auslieferungsverfahrens unentbehrlich sind. Die Auslieferungshaft verfolgt die Sicherung des Auslieferungsverfahrens als solches bzw die Durchführung der Auslieferung und damit auch der Gewährleistung der Strafverfolgung (oder Vollstreckung) im ersuchenden Staat (OGH 13 RS.2018.69, LJZ 2019, 69 = GE 2020, 99; öOGH 24.01.2018, 12 Os 4718g; Nimmervoll, Haftrecht<sup>3</sup> Z 1808).

Gemäss dem auf die Auslieferungshaft sinngemäss anwendbaren § 133 Abs 2 zweiter Satz StPO dürfen Beschränkungen nur insoweit angeordnet oder auferlegt werden, als dies gesetzlich zulässig ist und zur Erreichung des Haftzwecks oder zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung im Landesgefängnis notwendig ist. Nach Abs 3 Z. 2 leg. cit. ist beim Vollzug der Untersuchungshaft (hier: Auslieferungshaft) insbesondere darauf Bedacht zu nehmen, dass Beschuldigte ausreichend Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung haben. Auf den Vollzug der Untersuchungshaft sind die Bestimmungen des Strafvollzugsgesetzes, insoweit sie mit dem Sicherungszweck der Untersuchungshaft vereinbar sind, sinngemäss anzuwenden, es sei denn, dass in der Strafprozessordnung etwas Besonderes bestimmt ist. Die

soeben zitierten Bestimmungen ordnen den Vollzug der Untersuchungshaft (hier: Auslieferungshaft) dem Grundsatz der Unschuldsvermutung (vgl. Art 6 Abs 2 EMRK) unter und berücksichtigen in gleichem Masse, dass die Garantien eines fairen Verfahrens, insbesondere der Anspruch auf ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung und ungehinderten Zugang zur Verteidigung (Art 6 Abs 3 lit. b und c EMRK) auch unter den Bedingungen der Einordnung in den reglementierten Ablauf des Haftalltages zu beachten sind. Die Anwendung von Strafvollzugsbestimmungen auf Beschuldigte in Untersuchungshaft (hier: Auslieferungshaft) steht jedoch mit ihrem Wesen im Allgemeinen und mit Art 6 Abs 2 EMRK im Besonderen nicht im Widerspruch, zumal Zwangsmassnahmen auch gegenüber noch nicht Verurteilten nicht ausgeschlossen sind (BuA 2007/50, 89).

Gemäss § 135 Abs 2 StPO sind Untersuchungsgefängene berechtigt, sich auf eigene Kosten Bedarfsgegenstände und andere Annehmlichkeiten zu verschaffen, soweit dies mit dem Haftzweck vereinbar ist und weder die Sicherheit gefährdet noch die Ordnung in dem Landesgefängnis erheblich beeinträchtigt oder Mithäftlinge belästigt. Nach § 137a Abs 1 StPO stehen die Entscheidung darüber, mit welchen Personen Untersuchungsgefängene verkehren und welche Besuche sie empfangen dürfen, die Überwachung ihres Briefverkehrs und ihrer Besuche sowie alle übrigen Entscheidungen, die sich auf den Verkehr mit der Aussenwelt beziehen, dem Untersuchungsrichter zu, wobei von der Überwachung des Brief- und Telefonverkehrs nur insoweit abgesehen werden darf, als davon keine Beeinträchtigung der Haftzwecke zu befürchten ist. Mit dieser Bestimmung wollte der liechtensteinische Gesetzgeber die gerichtliche Zuständigkeit von jener der Verwaltung des Landesgefängnisses abgrenzen. Alles, was in einen Kontakt mit der Aussenwelt mündet, unterliegt laut den Gesetzesmaterialien der Entscheidung des Untersuchungsrichters, die Sicherstellung der Ordnung im Landesgefängnis jedoch dem Anstaltsleiter (BuA 2007/50, 96). Über Details zum Verkehr mit der Aussenwelt nach den Art 76 ff StVG entscheidet der Anstaltsleiter (Art 9 StVG) mit Beschwerdemöglichkeit an die VBK (Art 10 StVG).

3.2 Im vorliegenden Fall soll die vom Betroffenen gewünschte Zurverfügungstellung bzw Verwendung eines PC resp. Notebooks erklärermassen nicht der Herstellung eines Kontakts zur Aussenwelt dienen, sondern nur - aber immerhin - der Vorbereitung seiner Verteidigung für die auf den 02.11.2021 anberaumte Auslieferungsverhandlung gemäss Art 33 Abs 2 RHG, worauf nach § 133 Abs 3 Z. 2 StPO besonders Rücksicht zu nehmen ist. Dies gilt umso mehr, als das gegenständliche Auslieferungsersuchen der Republik Österreich bzw der Staatsanwaltschaft Graz eine erhebliche Komplexität aufweist (s. ON 25) und für den Betroffenen auch von grosser Tragweite ist, wie dessen Verteidiger zu Recht reklamiert. Daran ändert nichts, dass im Auslieferungsverfahren grundsätzlich das formelle Prüfungsprinzip gilt, zumal dieses einer raschen und ohne weiteres durchführbaren Überprüfung von Entlastungsbeweisen nicht entgegen steht (so der OGH in LES 2021, 207). Im Hinblick darauf würde ein bloss mündlicher Kontakt des Betroffenen mit seinem Verteidiger die Vorbereitung der Auslieferungsverhand-

lung erschweren. Aber auch wenn der Betroffene zwecks «Instruktion» seines Verteidigers handschriftliche Notizen erstellen würde, wäre deren Leserlichkeit für den Verteidiger wohl nicht in gleichem Masse gewährleistet wie im Falle einer elektronischen Maschinenschrift.

Zwar hatte die zuständige Rechtshilferichterin nicht darüber zu entscheiden, ob dem Betroffenen im Landesgefängnis ein Laptop oder dergleichen zur Verfügung zu stellen ist, zumal dies in die Kompetenz der Anstaltsleitung fällt. Doch hätte die Vorinstanz im Sinne von § 133 Abs 2 zweiter Satz StPO darüber befinden müssen, ob die Verweigerung eines PC bzw Notebooks gegenüber dem Betroffenen durch das Landesgefängnis der Erreichung des Haftzwecks dient bzw - negativ ausgedrückt - ob der Zweck der gegenständlichen Auslieferungshaft der Benützung eines PC bzw Notebooks entgegensteht. Dies, zumal es sich dabei nach dem Gesagten nicht um einen blossen «Bedarfsgegenstand» im Sinne von § 135 Abs 2 StPO handelt, sondern letztlich um ein Instrument zur Vorbereitung der Verteidigung (§ 133 Abs 3 Z. 2 StPO per analogiam). Diese Beurteilung war nun vom Obergericht als Beschwerdegericht nachzuholen, wobei eine Gefährdung des Haftzwecks nicht ersichtlich ist, solange mit dem vom Betroffenen allenfalls benützten elektronischen Gerät kein Kontakt zur Aussenwelt im Sinne von § 137a Abs 1 StPO, insbesondere nicht zu den Anhängern der fraglichen Gruppierung, hergestellt werden kann. Denn diesfalls wäre zumindest eine etwaige Verdunkelungsgefahr nicht auszuschliessen.

3.3 Aus den genannten Gründen war mit der aus dem Beschlusstenor ersichtlichen reformatorischen Beschwerdeentscheidung vorzugehen. Anzumerken bleibt der Vollständigkeit halber, dass für die vom Beschwerdeführer eventualiter beantragte Weisung an das Landesgefängnis, ihm einen PC bzw ein Notebook zur Verfügung zu stellen, mangels Zuständigkeit der Gerichte kein Raum blieb, zumal dies in die Kompetenz der Anstaltsleitung fällt.

[...]





**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 <sup>2</sup> )
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	Madrider 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
RGBI	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 Beschwerdekommission für  
 Verwaltungsangelegenheiten  
 VerII Verlassenschaftsinstruktion  
 VersAG Versicherungsaufsichtsgesetz  
 VfG Verfassungsgesetz  
 VfGH Verfassungsgerichtshof  
 VGH Verwaltungsgerichtshof  
 vgl vergleiche  
 VO Verordnung  
 VOG Verwaltungsorganisationsgesetz

VRG Volksrechtsgesetz  
 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



# Präzise Anpassung. Bessere Kommunikation.

Übersetzungen vom Sprachspezialisten.

- ✓ Fachübersetzungen in über 60 Sprachen
- ✓ Akademisch geprüfte Sprachspezialisten
- ✓ 4-Augen-Qualitätskontrolle
- ✓ 44 Jahre Erfahrung
- ✓ ISO-zertifiziert

Unsere Fachgebiete:



Recht



Finanz



Marketing



Technik



Medizin



## Interlingua

Übersetzen · Dolmetschen · Technik

Landstrasse 64 T +423 232 13 74  
Postfach 376 info@interlingua.li  
LI 9490 Vaduz www.interlingua.li