

Teil II: Beiträge



Whistleblowing¹ – zwischen Denunziantentum und Zivilcourage

Dr. Jörg Ascher, LL.M., Konstanz

Aufgrund von „Skandalen“ der näheren Vergangenheit und der zuletzt nicht abreißen Flut von Nachrichten über Rechtsverstöße von großen deutschen Unternehmen, sowohl im Bereich Korruption und Korruptionsbekämpfung als auch zum Thema Missbrauch von Mitarbeiterdaten, ist Compliance Management im Allgemeinen und der Umgang mit Insiderinformationen (Whistleblowing) im Speziellen wieder verstärkt in den Fokus der politischen und rechtlichen Diskussion gelangt. Folgerichtig und Anlass bei den Gammelfleischskandalen der letzten Jahre nehmend, hat die Bundesregierung einen Entwurf zur Neufassung des § 612a BGB² vorgelegt und den beteiligten Kreisen zur Stellungnahme übersandt. Die darauf folgende Anhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 4. Juni 2008 hat die Schwierigkeiten jedoch erneut deutlich gemacht, denen sich der Gesetzgeber bei der Regelung des Informantenschutzes gegenübersteht. Obwohl grundsätzlich

¹ Der Terminus stammt aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und beschreibt dort die Informationsweitergabe eines Mitarbeiters bezüglich etwaiger von ihm tatsächlich oder vermeintlich festgestellter Verstöße gegen Normen im Unternehmen, wobei der Begriff zunächst offen lässt, wem gegenüber diese Informationen zur Kenntnis gegeben werden.

² § 612a BGB-E

- (1) Ist ein Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden, kann er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden und Abhilfe verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe nicht oder nicht ausreichend nach, hat der Arbeitnehmer das Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden.
- (2) Ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe ist nicht erforderlich, wenn dies dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Unzumutbar ist ein solches Verlangen stets, wenn der Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass
 1. aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht,
 2. der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat,
 3. eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde,
 4. eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird.
- (3) Beschwerderechte des Arbeitnehmers nach anderen Rechtsvorschriften und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.

Konsens über die Notwendigkeit einer Neuregelung im Bereich des arbeitsrechtlichen Informantenschutzes bestand³, wurden gleichzeitig politische Differenzen deutlich, die eine kurzfristige Einigung auf einen Neuentwurf des § 612a BGB unwahrscheinlich werden ließen⁴. Die der Stellungnahme des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 21. Januar 2009⁵ zu entnehmende Nachricht, dass es zu der in der laufenden Legislaturperiode angestrebten Neuregelung des § 612a BGB nicht mehr kommen wird, bestätigte daher nur noch den Eindruck aus dem Anhörungsverfahren.

Dabei wäre es nach Ansicht des Verfassers dringend notwendig, sowohl die Fragen des arbeitsrechtlichen Informantenschutzes als auch die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen des Whistleblowing auf klare und sichere Grundlagen zu stellen⁶. Und das nicht nur, weil für an US-amerikanischen Börsen notierte deutsche Unternehmen ein Konflikt zwischen der im Sarbanes Oxley Act normierten Pflicht, Whistleblowing als Ressource zur Korruptionsbekämpfung zu institutionalisieren, und den deutschen rechtlichen Rahmenbedingungen entstehen kann⁷. Fehlende Rechtsklarheit und Rechtsunsicherheit führen darüber hinaus dazu, dass die Nutzung von Insiderinformationen zur Haftungsvermeidung im Unternehmen, beispielsweise durch die Etablierung einer Whistleblowing-Hotline, gemeinhin als rechtlich „problematisch“ angesehen wird und die in der Nutzung von Insiderinformationen liegenden Chancen zur Schadensprävention damit ungenutzt bleiben.

Auf der Grundlage der Darstellung von *lex lata* und *lex ferenda* soll daher mit dem vorliegenden Beitrag ein Entwurf zur Neuregelung des § 612a BGB in die Diskussion eingebracht werden, der versucht, die unterschiedlichen Interessen der Stakeholder zu berücksichtigen und ins Gleichgewicht zu setzen.

³ So die wohl einheitliche Meinung der Stellungnahmen zu der geplanten Einfügung eines § 612a n.F. BGB, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

⁴ So der sich dem Verfasser aufdrängende Eindruck aus dem Protokoll der Anhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 04.06.2008, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

⁵ Abrufbar unter <http://www.bundestag.de/wissen/analysen/2009/whistleblower.pdf>.

⁶ So auch *Rinck*, Anmerkungen zu der geplanten Einfügung eines § 612a n.F. BGB, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

⁷ *Wisskirchen/Körber/Bissels*, Whistleblowing und Ethikhotlines – Probleme des deutschen Arbeits- und Datenschutzrechts, BB 2006, 1567ff.

A. Unterschiedliche Interessen der Stakeholder

Die gegenwärtige Diskussion zum Thema Whistleblowing ist von den sich scheinbar diametral entgegenstehenden unterschiedlichen Stakeholderinteressen bestimmt⁸. Dabei werden argumentative Grenzlinien gezogen und Ausschlusskriterien formuliert, deren Nichtbeachtung bei der Neuregelung des § 612a BGB derart negative Entwicklungen für den jeweiligen Stakeholder zur Folge haben würde, dass eine entsprechende Regelung schlechthin für unzumutbar gehalten wird. Insbesondere an der Frage, ob ein Informant zunächst immer unternehmensinterne Abhilfe zu suchen hat oder ob er unter bestimmten Umständen auch sanktionslos sogenanntes externes Whistleblowing⁹ betreiben kann, scheiden sich die Geister. Aus Sicht des Verfassers stellt sich daher die Frage, ob die scheinbar miteinander unvereinbar konfligierenden Interessen von Öffentlichkeit, Unternehmen, Informanten und Arbeitnehmern beim Thema Whistleblowing durch eine Regelung des § 612a BGB tatsächlich keine gleichzeitige Berücksichtigung finden können. Um dieser Frage nachzugehen, sollen in der Folge zunächst die unterschiedlichen Interessen herausgearbeitet und das für die jeweilige Stakeholdersicht formulierte Ausschlusskriterium dargestellt werden. Auf dieser Basis werden dann sowohl die gegenwärtige Rechtslage als auch der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf zur Neufassung des § 612a BGB daran gemessen, welche der formulierten Interessen und Ausschlusskriterien jeweils erfüllt werden.

A.I. Gemeinwohl

Ausgehend von der Annahme, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, das Gemeinwohl zu definieren und entsprechend rechtliche Rahmenbedingungen zu setzen, kann festgehalten werden, dass die Einhaltung dieser rechtlichen Rahmenbedingungen durch die Teilnehmer am Wirtschaftsleben das Gemeinwohl fördert. Durch das Setzen rechtlicher Rahmenbedingungen für verschiedenste Bereiche des Wirtschaftslebens, vom Kartell- über das Verbraucherschutz- bis zum Umweltrechtstrafrecht, hat der Gesetzgeber eine Wirtschaftsordnung geschaffen, deren Aufrechterhaltung daher mit der Annahme der Förderung des Gemeinwohls gleichzusetzen ist. Die Verletzung der Legalitätspflicht entspricht daher einer Beeinträchtigung des Gemeinwohls. Insiderinformationen von Arbeitnehmern kann bei der Aufdeckung von Verletzungen der Legalitätspflicht erhebliche Bedeutung zukommen. Es dürfte unstrittig sein, dass durch Insiderinformationen unzumutbare Zustände in Pflegeeinrichtungen, Gammelfleischskandale, Kartellrechtsverstöße, Korruption oder Subventionsbetrug leichter aufgedeckt und verfolgt werden konnten und können. Die Nutzung von Insiderinformationen zur Schadensprävention und Strafverfolgung im Rahmen der hierzu gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen fördert somit das Gemeinwohl. Bei der Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Informantenschutzes defi-

⁸ Siehe dafür beispielhaft Stellungnahmen des Arbeitgeberverband Nahrung und Genuß e.V. ANG sowie der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände einerseits und des DGB andererseits, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

⁹ Hierunter wird gemeinhin die Informationsweitergabe an Staatsanwaltschaft und Medien durch Mitarbeiter verstanden.

niert der Gesetzgeber insoweit das Gemeinwohl neu. Wenngleich ihm diesbezüglich weitgehende Entscheidungsfreiheit zugestanden werden muss, hat er dabei verschiedene öffentliche Interessen zu berücksichtigen und im Rahmen des Grundgesetzes zu handeln. Wesentliches öffentliches Interesse dürfte dabei der Aufgabe zukommen, die rechtlichen Rahmenbedingungen für Unternehmen einerseits so zu setzen, dass die Prosperität der Volkswirtschaft gewährleistet wird. Eine Regelung, die leichtfertige Falschinformationen gegenüber unternehmensexternen Stellen oder gar Denunziantentum erleichtert oder fördert, wäre daher abzulehnen. Andererseits dürfte angesichts der gegenwärtigen Häufung von schwerwiegenden Rechtsverletzungen durch Unternehmen und deren Mitarbeiter der Überwachung der Legalitätspflicht durch Verbesserung der Möglichkeiten zur Nutzung von Insiderinformationen wesentliche Bedeutung zukommen. Darüber hinaus ist es angesichts des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung evident, dass die Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Nutzung von Insiderinformationen nicht die diesbezüglich unabdingbaren grundrechtlichen Grenzen des Arbeitnehmerdatenschutzes verletzen darf. In Bezug auf die Neufassung des arbeitsrechtlichen Informantenschutzes, insbesondere im Hinblick auf die wesentliche Streitfrage, ob Informanten zunächst immer unternehmensinterne Abhilfe zu suchen haben oder sofort an externe Stellen Meldung geben dürfen, lässt sich aus dem Gemeinwohlinteresse heraus daher keine eindeutige Präferenz bezüglich internen oder externen Whistleblowings herleiten.

A.II. Interessen der Unternehmen

Die Interessen der Unternehmen in Bezug auf die Nutzung von Insiderinformationen sind vielfältig. Im Vordergrund dürfte das Interesse an der Erwirtschaftung größtmöglichen Ertrags bei nachhaltiger Wirtschaftsweise stehen. Dabei sind Aufrechterhaltung des Betriebsfriedens und Vermeidung einer Denunziantenkultur im Unternehmen für die Erreichung dieses Ziels wesentliche Grundvoraussetzungen. Insoweit scheint aus der Sicht der Unternehmen eine Erleichterung oder gar eine Förderung des Whistleblowing an sich zunächst nicht erstrebenswert. Andererseits kann der Betriebsfrieden gerade dadurch gefährdet werden, dass Mitarbeiter Kenntnis von Missständen im Unternehmen erlangen, diese Kenntnis jedoch nicht mit relevanten Ansprechpartnern teilen können, ohne Nachteile befürchten zu müssen. Darüber hinaus hat jedes Unternehmen Interesse an der wirtschaftlichsten Nutzung der vorhandenen Ressourcen. Insiderinformationen, die zur Vereitelung von Ressourcenverschwendung führen, – einerseits – und institutionalisiertes Whistleblowing als kosteneffizientes Mittel des Compliance Management – andererseits – sind zwei Aspekte, wie Insiderinformationen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen für Unternehmen haben können. Aus Sicht der Unternehmensleitung wiederum kann institutionalisiertes Whistleblowing eigene Haftungsrisiken minimieren helfen, indem das Risiko von durch Organisationsverschulden vermittelten Schadensfällen für das Unternehmen verringert werden kann. Unternehmen haben also ein originäres Interesse an der Nutzung von Insiderinformation¹⁰. Dabei darf allerdings unterstellt werden, dass es für ein Unternehmen immer vorzugswürdig ist, von Rechtsverletzungen im Unternehmen zu

¹⁰ So auch *Rodhe-Liebenau*, Eine Hotline ist noch kein Whistleblowing-System, BB 46/2208.

erfahren, bevor die Öffentlichkeit Kenntnis erlangt. Ziel ist es dabei nicht, eine etwaige Strafverfolgung zu vereiteln, sondern einerseits schnelle Abhilfe gewährleisten zu können und andererseits einen das Unternehmen, häufig in seinem Bestand gefährdenden Imageverlust durch entsprechende Vorkehrungen der Unternehmenskommunikation wenn nicht verhindern, dann aber mindern zu können. Hinzu kommt, dass die Kenntniserlangung von Insiderinformationen durch das Unternehmen bevor staatliche Stellen damit befasst werden, bestmöglichen Schutz vor unberechtigter Inanspruchnahme durch staatliche Stellen gewährleistet. Daraus wird deutlich, dass internes Whistleblowing unter Vermeidung des Denunziantentums die Risikokontrolle fördert und damit durchaus unmittelbar im Interesse der Unternehmen liegt. Externes Whistleblowing geht demgegenüber mit unkontrollier- und unkalkulierbaren Risiken für das Unternehmen einher. Aus Sicht der Unternehmen stellt daher eine Bevorzugung oder Erleichterung des externen Whistleblowing unter Außerachtlassung der grundsätzlichen Regel, dass Insiderinformationen zunächst auch nur intern zu kommunizieren sind, das Ausschlusskriterium für die Akzeptanz einer gesetzlichen Neuregelung dar¹¹. Letztlich und für den Fall, dass externes Whistleblowing dennoch erfolgt, ist es für die Unternehmen notwendig, anhand klarer Rechtslage rechtssichere Entscheidungen in Bezug auf den arbeitsrechtlichen Umgang mit Informanten treffen zu können.

A.III. Interessen der Whistleblower

Der Arbeitnehmer, der Kenntnis von Missständen oder Straftaten im Unternehmen erlangt, befindet sich jedenfalls dann in einer Dilemmasituation, wenn er nicht sicher sein kann, wie der Arbeitgeber mit einer entsprechenden Information umgehen wird. Einerseits hat er das Bedürfnis, dass den Missständen abgeholfen wird, unabhängig davon, ob dieses Bedürfnis eher auf einem eigenen Moral- und Ethikkodex basiert oder der Erkenntnis geschuldet ist, dass Regelverstöße im Unternehmen im Ergebnis immer nur zu Gunsten Einzelner, aber zu Lasten aller gehen. Andererseits haben Überbringer schlechter Nachrichten schon immer mit der Gefahr gelebt, als Teil des Problems und nicht als Teil der Problemlösung angesehen zu werden. Dem Arbeitnehmer muss daher sicherer Schutz vor Benachteiligungen durch den Arbeitgeber, aber auch durch Mitarbeiter und Vorgesetzte gewährt sein, um diese Dilemmasituation aufzulösen. Der Arbeitnehmer, der Missstände im Unternehmen an relevante Ansprechpartner mit dem Ziel der Behebung des Missstandes kommuniziert, ist Informant, nicht Denunziant, denn er handelt aus Interesse am Wohlergehen des Unternehmens und dem Erhalt seines eigenen und anderer Arbeitsplätze und nicht mit Schädigungsabsicht. Für den Informanten sind im Ergebnis also zwei Dinge wesentlich. Einerseits braucht er einen Ansprechpartner, bei dem er sicher sein kann, dass den Missständen nachgegangen wird. Andererseits muss sichergestellt sein, dass keine Nachteile für gutwilliges Handeln zu befürchten sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist es für den Informanten zunächst unerheblich, ob er sich an unternehmensinterne oder -exter-

¹¹ Stellungnahme des Arbeitgeberverband Nahrung und Genuß e.V. ANG sowie der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

ne Stellen wenden muss. Erheblich ist nur Rechtsklar- und Rechtssicherheit, damit er seine Entscheidung für oder wider das Whistleblowing mit für ihn vorhersehbaren und kalkulierbaren Folgen treffen kann.

A.IV. Interessen der Arbeitnehmer

In Bezug auf die Frage einer gesetzlichen Neuregelung des Informantenschutzes ist es primäres Interesse jedes Arbeitnehmers, als Folge einer solchen Regelung nicht permanenter Kontrolle und Ausspähung ausgesetzt zu sein. Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von persönlichen Daten durch den Arbeitgeber müssen für den Arbeitnehmer daher zu jeder Zeit transparent sein. Diese Transparenz ist wesentlicher Aspekt beim Erhalt des Betriebsfriedens. Darüber hinaus muss eine gesetzliche Regelung des Informantenschutzes der Gefahr der Ausspähung und Denunziation durch Mitarbeiter jedenfalls insoweit entgegenwirken, als keine zusätzlichen diesbezüglichen Anreize geschaffen werden. Neben dem Erhalt seiner Rechte auf informationelle Selbstbestimmung hat der Arbeitnehmer selbstredend auch ein originäres Interesse am Erhalt seines Arbeitsplatzes. Maßnahmen, die dieses Interesse fördern, indem Missstände behoben und Schäden vom Unternehmen abgewendet werden, entsprechen daher auch den unmittelbaren Interessen aller Arbeitnehmer.

A.V. Zwischenergebnis

Musste man aufgrund der bisher geführten Diskussion über das Für und Wider einer Verbesserung des Informantenschutzes von stark konfligierenden Interessen der unterschiedlichen Stakeholder ausgehen, macht schon diese kurze Darstellung die tatsächliche Interessendeckung in vielerlei Hinsicht deutlich. Sicher wäre es zu einfach, alle bezeichneten Interessen über einen Kamm zu scheren und dabei zu übersehen, dass sie in ihrer Bedeutung für die Beteiligten unterschiedliche Prioritäten genießen. So kann die durch ein unberechtigtes Ermittlungsverfahren und der dadurch gegebenenfalls vermittelten öffentlichen Rufschädigung für einige Unternehmen schnell existenzbedrohende Wirkung zeitigen, sodass die Verhinderung von negativer öffentlicher Presse für sie einen höheren Stellenwert haben kann als die jederzeitige Einhaltung etwaiger selbst gesetzter Ethikrichtlinien. Gleichwohl lässt sich festhalten, dass es im Interesse aller Stakeholder liegt, Insiderinformationen einerseits zur Verhinderung von Schadensfällen im Unternehmen und andererseits zur Verfolgung von Wirtschaftskriminalität zu nutzen. Voraussetzung dafür ist, die rechtlichen Rahmenbedingungen des Informantenschutzes für alle Beteiligten klar und rechtssicher zu formulieren¹². Darüber hinaus muss dem Informanten ein Ausweg aus seiner Dilemmasituation aufgezeigt werden, indem ausreichend Schutz vor Benachteiligungen gewährt und Ansprechpartner zur Informationsübermittlung definiert werden. Letztere sind vorzugsweise im Unternehmen selbst zu finden. Das entspricht sowohl den Interessen des Arbeitgebers als auch jenen der anderen Stakeholder, da Rechtsverletzungen von

¹² So auch der Tenor des Gemeinsamen Vorschlags des BMAS, BMELV, BMJ für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

Arbeitnehmern am effizientesten durch den Arbeitgeber selbst verhindert werden können. Ein Konflikt zwischen den Interessen der Arbeitgeber und den Informanten entsteht somit nur da, wo der Arbeitgeber selbst nicht ausreichend Gewähr dafür bietet, dass Informationen genutzt und Missständen abgeholfen wird. Für diese Fälle muss eine Regelung zum Informantenschutz klarstellen, unter welchen Voraussetzungen externes Whistleblowing ohne negative Folgen für den Informanten möglich sein soll. In der Folge soll überprüft werden, inwieweit sowohl die gegenwärtige Rechtslage als auch der Regierungsentwurf zur Neufassung des § 612a BGB diesen Interessen gerecht wird.

B. Gegenwärtige arbeitsrechtliche Rechtslage

Die gegenwärtige Rechtslage in Bezug auf die Frage, in welchen Fällen ein Arbeitnehmer sich an außerbetriebliche Stellen, namentlich die Staatsanwaltschaft, wenden darf, ohne aufgrund seines Whistleblowing arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zur Kündigung zu erleiden, beruht im Wesentlichen auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001¹³ sowie des Bundesarbeitsgerichts aus den Jahren 2003¹⁴ und 2006¹⁵.

B.I. Rechtsprechung des BVerfG

In seinem Beschluss vom 2. Juli 2001 hat das Bundesverfassungsgericht¹⁶ zu der Frage Stellung genommen, ob die Aussage eines Arbeitnehmers als Zeuge im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren gegen den Geschäftsführer des Arbeitgebers sowie die Aushändigung von belastenden Unterlagen an die Staatsanwaltschaft einen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses darstellen kann. Dabei hat das Gericht klargestellt, dass „die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren [...] soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige Angaben gemacht werden – im Regelfall aus rechtstaatlichen Gründen nicht dazu führen“ kann, „daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten“, so dass im Ergebnis eine zivilrechtliche Entscheidung, die unter Missachtung dieses Grundsatzes ergeht, aufgrund eines Verstoßes gegen Art 2 Abs 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rechtsfehlerhaft sein muss.

Wenngleich also auf den ersten Blick mit der Entscheidung die Weichen für die arbeitsrechtliche Beurteilung des externen, an die Staatsanwaltschaft gerichteten Whistleblowing gestellt zu sein schienen, wirft der zweite Blick zweierlei Fragestellungen auf. Erstens ist unklar, welche Bedeutung der Formulierung „soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige Angaben gemacht werden“, zukommt. Fraglich bleibt nämlich, worauf sich der Zwischensatz konkret beziehen soll. Wenn es um die Wahrnehmung von staatsbürgerlichen Rechten im Strafverfahren geht, hätte es eines solchen Zusatzes nicht bedurft. Es existiert kein staatsbürgerliches Recht im staatsan-

¹³ BverfG, Beschluss vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474ff.

¹⁴ BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547ff.

¹⁵ BAG, Urteil vom 7.12.2006 – 2 AZR 400/05, NJW 2007, 2204ff.

¹⁶ BVerfG Beschluss vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474ff., abrufbar unter www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010702_1bvr204900.html.

waltschaftlichen Verfahren, unwahre oder leichtfertige Erklärungen abzugeben. Andererseits erscheint auch eine Bezugnahme auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis, welches das Gericht aufstellt, nicht sinnvoll. Wesentlich unwahre oder leichtfertige Angaben können den Ausnahmefall, in dem die Wahrnehmung der staatsbürgerlichen Rechte im Strafverfahren gleichwohl zur fristlosen Kündigung führen kann, nicht darstellen, da ein solches Verhalten gerade nicht von der Wahrnehmung der staatsbürgerlichen Rechte umfasst ist. Es liegt daher nahe, dem Zwischensatz lediglich klarstellenden Charakter ohne erweiternde oder beschränkende Funktion für den aufgestellten Grundsatz, dass die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte zu keinem zivilrechtlichen Nachteil führen darf, beizumessen.

Die zweite Unsicherheit erwächst aus der Aufstellung des bezeichneten Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Liest man den Regelsatz ohne Ausnahme, so wird klargestellt, dass die „Mitwirkung“ in einem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren durch einen Arbeitnehmer keinen wichtigen Kündigungsgrund in Bezug auf das Arbeitsverhältnis darstellen kann. Insoweit wird Rechtssicherheit und Rechtsklarheit durch den Richterspruch geschaffen. Und das nicht nur in Bezug auf diese Kernaussage, sondern auch in Bezug auf die Frage, wie in dem zivilrechtlichen Verfahren die Beweislast bezüglich des Vorliegens eines Ausnahmefalles zu verteilen ist. Die Mitwirkung in dem Ermittlungsverfahren ist grundsätzlich Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und daher arbeitsrechtlich unbeachtlich. Sieht der Arbeitgeber gleichwohl einen durch diese Mitwirkung vermittelten außerordentlichen Kündigungsgrund, so hat er die besonderen Umstände, die die konkrete Wahrnehmung der staatsbürgerlichen Rechte durch den Arbeitnehmer für den Arbeitgeber in diesem Fall unzumutbar machen, ausdrücklich vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen.

Unklar bleibt indessen, welche Umstände den Regelfall und die Ausnahme voneinander abgrenzen. Ob bei der Ausnahme auf das konkrete Verhalten oder auf eine besondere Vertrauensstellung des Arbeitnehmers, auf die besondere wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers, auf die Motivation des Arbeitnehmers oder auf sonstige besondere Umstände abzustellen ist, bleibt in dieser Entscheidung unbeantwortet. Wie *Strack* in seiner Stellungnahme als Sachverständiger anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz¹⁷ zur Neufassung des § 612a BGB anmerkt, verweist das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang jedoch auf eine eigene Entscheidung aus dem Jahr 1987¹⁸, in der es zu der Frage der zivilrechtlichen Haftung für Strafanzeigen Stellung nimmt. In dieser stellt es ebenfalls klar, dass eine Strafanzeige lediglich die Wahrnehmung einer von der Rechtsordnung erlaubten und gebilligten Handlungsmöglichkeit darstellt und es daher für die Vermeidung eines Schadensersatzanspruchs auf die Erbringung des Wahrheitsbeweises der im Strafverfahren abgegebenen Behauptungen für den Anzeigenerstatter jedenfalls dann nicht ankommen darf, wenn der Anzeigenerstatter in gutem Glauben gehandelt hat. Das Bundesverfassungsgericht stellt somit ausdrücklich

¹⁷ *Strack*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

¹⁸ BVerfGE 74, 257, 261ff.

auf den guten Glauben des Anzeigenerstatters ab und macht damit im Umkehrschluss deutlich, dass es auf darüber hinausgehende Erfordernisse, wie etwa die Umstände des Einzelfalles, das konkrete Verhalten des Anzeigenerstatters oder gar dessen innere Motivation, nicht ankomme. Dem Schutzbedürfnis des Beschuldigten würden das vom Gesetzgeber geregelte Erfordernis der Wissentlichkeit in § 164 StGB sowie die Kostenregelung in § 469 StPO ausreichend Rechnung tragen, indem sowohl Schutz vor vorsätzlich falschen als auch vor leichtfertigen, ohne ersichtlichen (objektiven) Grund geäußerten Verdächtigungen gewährt würde¹⁹. Im Ergebnis stellt das Bundesverfassungsgericht damit einen Grundsatz auf, ohne dabei eine Einschränkung dieses Grundsatzes auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis wie in der Entscheidung aus dem Jahre 2001 zu etablieren. Daraus folgt nach Auffassung des Verfassers jedoch nicht, dass somit der gute Wille des Anzeigenerstatters als die Regel sowie die wissentlich oder leichtfertig falsche Angabe im Strafverfahren als der Ausnahmefall im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001 zu verstehen ist. Wie oben gezeigt und auch aus der Entscheidung aus dem Jahr 1987 deutlich herauszulesen, stellt nur die im guten Glauben gestellte Anzeige die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte dar, sodass wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben nicht als Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Sinne der Entscheidung aus dem Jahr 2001 und in logischer Konsequenz auch nicht als Ausnahme dieser Wahrnehmung gelten können²⁰.

Es bleibt also fraglich, in welchem Verhältnis die beiden Entscheidungen zueinander stehen. Einerseits könnte man die Entscheidung aus dem Jahr 2001 so lesen, dass eine Abkehr von dem noch durch die Entscheidung vom 25.2.1987 aufgestellten Grundsatz dahingehend beabsichtigt war, dass nunmehr nicht ausschließlich auf den guten Glauben des Anzeigenerstatters abzustellen sei, sondern darüber hinaus besondere Umstände Ausnahmefälle begründen könnten, die eine negative zivilrechtliche Folge für den Anzeigenerstatter, trotz dessen guten Glaubens, möglich machen sollen. Angesichts des Umstandes, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2001 auf die Entscheidung aus dem Jahr 1987 verweist, um die eigene Argumentation zu stützen, dürfte eine entsprechende Auslegung aber nicht haltbar sein. Gleichwohl unterscheiden sich die beiden Entscheidungen darin, dass einerseits allein der gute Glaube des Anzeigenerstatters maßgeblich und andererseits dies „nur“ der Regelfall sei. Ohne diesen „Widerspruch“ vollumfänglich auflösen zu können, liegt das Verständnis des Verhältnisses der beiden Entscheidungen zueinander wohl darin verborgen, dass das Bundesverfassungsgericht, jedenfalls mittelbar, einerseits über einen Schadensersatzanspruch und andererseits über die Rechtmäßigkeit der außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden hatte: zunächst also über die Frage der widerrechtlichen Verletzung von Rechtsgütern Dritter durch Anzeigenerstattung und dann über die Unzumutbarkeit der Fortführung eines durch besondere Loyalitätspflichten gekennzeichneten Dauerschuldverhältnisses, des

¹⁹ Ebenda.

²⁰ So aber wohl *Strack*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informationsschutz für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

Arbeitsverhältnisses. Die besondere Natur dieses Dauerschuldverhältnisses könnte für das Bundesverfassungsgericht also Anlass gewesen sein, die eigene grundsätzliche Feststellung mit der dieser besonderen Natur Rechnung tragenden Öffnungsklausel für Ausnahmefälle zu versehen.

Im Ergebnis bleibt zu konstatieren, dass die oben bezeichnete Rechtssicherheit für den Whistleblower somit schon nach den zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nur eingeschränkt gilt, steht sie doch unter dem Vorbehalt der Auslegung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses durch die Instanzgerichte.

B.II. Rechtsprechung des BAG

In seiner Entscheidung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine verhaltensbedingte Kündigung aufgrund der vom Arbeitnehmer veranlassten Strafanzeige gegen einen Vorgesetzten berechtigt sein kann, stellt das BAG²¹ zunächst fest, dass der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Rechtssatz ein Regel-Ausnahme-Verhältnis umschreibt. Zwar geht das BAG nach Meinung des Verfassers fälschlicherweise davon aus, dass mit dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, wissentlich oder leichtfertig falsch abgegebene Aussagen im Ermittlungsverfahren könnten nicht als ein Fall der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren gewertet werden, vom Bundesverfassungsgericht bereits ein Ausnahmefall benannt und inhaltlich umrissen sei. Im Ergebnis stellt es jedoch fest, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001 in Ausnahmefällen auch die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren hinreichenden Grund für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses geben kann, woran es angesichts des Wortlauts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts keinen Zweifel geben kann.

In der Folge stellt das BAG in seiner Entscheidung zur Frage des Vorliegens eines solchen Ausnahmefalles darauf ab, ob die Strafanzeige des Arbeitnehmers eine unverhältnismäßige Reaktion auf Handlungen des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten darstelle. „Dabei können als Indizien für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden Arbeitnehmers sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen. Dies gilt umso mehr, als auch die vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers im Raum steht, den Arbeitgeber vor drohenden Schäden durch andere Arbeitnehmer zu bewahren.“²²

Fasst man die Ausführungen des BAG hinsichtlich der Zulässigkeit einer Strafanzeige durch den Arbeitnehmer zusammen, so ergeben sich folgende Beurteilungskriterien für die Verhältnismäßigkeit einer Arbeitnehmerstrafanzeige.

B.II.1. Berechtigung der Strafanzeige

Zunächst sei zu berücksichtigen, ob die Strafanzeige berechtigt war. Die Frage der Berechtigung kann allerdings angesichts der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass die im guten Glauben gestellte Strafanzeige lediglich Wahrnehmung

²¹ BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547ff.

²² Ebenda.

staatsbürgerlicher Rechte ist, nicht am Ergebnis des Ermittlungs- bzw Strafverfahrens gemessen werden. Dies stellt das BAG in seiner Entscheidung vom 7.12.2006²³ selbst ausdrücklich klar. Offen bleibt, wann eine etwaige Strafanzeige unberechtigt und somit als unverhältnismäßige Reaktion des Arbeitnehmers zu bewerten ist. Im Ergebnis kann unter das Kriterium „Berechtigung“ nichts anderes subsumiert werden als der „gute Glauben“ des Anzeigenstellers. Denn seine grundsätzliche Berechtigung zur Stellung einer Strafanzeige verliert der Anzeigende nur, wenn er vorsätzlich oder leichtfertig falsche Angaben macht²⁴. Als Indiz für die Frage der Unverhältnismäßigkeit einer Arbeitnehmerstrafanzeige scheint das Kriterium der „Berechtigung“ somit ungeeignet.

B.II.2. Drohende Schädigung/Existenzgefährdung des Arbeitgebers

Das BAG will des Weiteren die dem Arbeitgeber drohende Schädigung bzw Existenzgefährdung durch die mit der Einleitung eines Strafverfahrens verbundene negative öffentliche Publizität als Indiz für die Unverhältnismäßigkeit einer Strafanzeige heranziehen. In Bezug auf dieses Beurteilungskriterium für eine etwaige Unverhältnismäßigkeit der Strafanzeige stellt sich einerseits die Abgrenzungsfrage, ab welcher Schädigungsintensität oder Schadenshöhe die Strafanzeige unverhältnismäßig sein soll. Andererseits ist zu fragen, warum der Arbeitnehmer das Risiko des „Durchsickerns“ von Informationen aus einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren tragen soll. In Bezug auf Ersteres bleibt vor allem unklar, wie der Arbeitnehmer in einer Prognoseentscheidung über potentielle Schadensverläufe die Abwägung für und wider die Verhältnismäßigkeit der Strafanzeige vorzunehmen hat. Sind Schäden in Höhe von EUR 100.000,--, die gleichwohl für den Arbeitgeber existenzgefährdend sind, eine unverhältnismäßige Folge der Strafanzeige, und wie steht es mit einem Schaden in Höhe von EUR 100 Mio, den der Arbeitgeber aber aus der „Portokasse“ zahlen kann? Aus Sicht des Verfassers ist die Frage der Schädigung des Arbeitgebers aufgrund des Fehlens jeglicher Bestimmtheit gänzlich ungeeignet, ein sinnvolles Beurteilungskriterium für die Frage der Verhältnismäßigkeit einer Arbeitnehmerstrafanzeige abzugeben.

B.II.3. Motivation des Anzeigenden

Des Weiteren stellt die Motivation des Anzeigenden für das BAG ein maßgebliches Kriterium für die Frage der Verhältnismäßigkeit einer Strafanzeige dar. Erfolge die Erstattung der Anzeige ausschließlich, um den Arbeitgeber zu schädigen, könne – unter Berücksichtigung des der Anzeige zugrunde liegenden Vorwurfs – eine unverhältnismäßige Reaktion vorliegen²⁵. Aus Sicht arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung ist die Berücksichtigung der inneren Motivation bei der Beurteilung über die Rechtmäßigkeit der strafanzeigenbedingten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses konsequent. Den Arbeitnehmer treffen nach allgemeiner Meinung vielfältige Loyalitätspflichten gegenüber dem Arbeitgeber. Zeigt der Arbeitnehmer durch seine Schädigungsabsicht, dass er jede Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber verloren hat,

²³ BAG, Urteil vom 7.12.2006 – 2 AZR 400/05, NJW 2007, 2204ff.

²⁴ BVerfGE 74, 257, 261ff.

²⁵ BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547ff.

so erscheint ein Vortrag des Arbeitgebers, dass ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses aufgrund endgültiger Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses nicht mehr zumutbar ist, jedenfalls nachvollziehbar. Warum nach Meinung des BAG allerdings eine konkrete Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers nicht direkt den vom Bundesverfassungsgericht angedeuteten Ausnahmefall darstellen, sondern lediglich als Indiz bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Strafanzeige gelten soll, ist nicht nachvollziehbar.

Wie unten darzulegen sein wird, stellt sich für den Verfasser die rechtspolitische Frage, ob es unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Vermeidung und effizienten Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten sinnvoll ist, den Informantenschutz von der Motivation des Anzeigenerstatters abhängig zu machen, oder ob eine gesetzgeberische Initiative hier andere Grundsatzentscheidungen treffen sollte. Für die gegenwärtige Rechtslage aber und ausgehend davon, dass das Bundesverfassungsgericht tatsächlich auch rechtmäßig gestellte Strafanzeigen im Ausnahmefall als Kündigungsgrund berücksichtigt sehen wollte, könnte eine etwaige Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers diesen jedenfalls nicht systemwidrigen Ausnahmefall darstellen.

B.II.4. Vorrang des innerbetrieblichen Hinweises

Aus der Informationspflicht des Arbeitnehmers sowie aus dem Klärungsinteresse des Arbeitgebers folgt für das BAG der Grundsatz, dass regelmäßig zunächst ein innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände erfolgen muss, der nur ausnahmsweise unzumutbar sein kann. Eine solche Unzumutbarkeit sei dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde, bei schwerwiegenden Straftaten sowie bei vom Arbeitgeber und dessen Organen selbst begangenen Straftaten. Vorrangige Information des Arbeitgebers sei dem Arbeitnehmer jedoch bei Straftaten durch andere Mitarbeiter und einfache Vorgesetzte immer zumutbar²⁶.

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Aufstellung von Beurteilungskriterien für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Arbeitnehmerstrafanzeige durch das BAG begegnet durchgreifenden Bedenken. Grundsätzlich soll laut BAG zunächst eine interne Klärung angestrebt werden. Unterbleibe selbige, so sei grundsätzlich von der Unverhältnismäßigkeit der Strafanzeige auszugehen. Nur in den bezeichneten Ausnahmefällen der Unzumutbarkeit wäre die Strafanzeige demnach ausnahmsweise nicht unverhältnismäßig und könnte damit die außerordentliche Kündigung nicht rechtmäßig begründen. Damit kehrt das BAG das vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis um und dürfte somit im Ergebnis die verfassungsmäßigen Grenzen der Auslegung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001 überschreiten²⁷.

²⁶ BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547ff.

²⁷ So auch *Waas*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

B.II.5. Zwischenergebnis

Die gegenwärtige Rechtslage in Bezug auf die Frage, ob Strafanzeigen von Arbeitnehmern gegen den Arbeitgeber oder dessen Repräsentanten einen außerordentlichen Kündigungsgrund hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses begründen, ist für alle Seiten unbefriedigend.

Aus Sicht des Arbeitnehmers, der die Frage beantwortet haben möchte, ob er aufgrund einer im guten Glauben gestellten Strafanzeige mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat, bildet weder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch die des BAG eine kalkulierbare Entscheidungsgrundlage dafür, wie er sich zu verhalten hat. Wenngleich laut Bundesverfassungsgericht in der Regel die im guten Glauben gestellte Strafanzeige keine negativen zivilrechtlichen Folgen nach sich ziehen darf, sind die Ausnahmefälle, in denen diese Regel nicht gilt, von einer gerichtlichen Ex-ante-Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig, deren Ausgang nur schwer vorhersehbar ist. Einzig der mit Schädigungsabsicht handelnde Arbeitnehmer kann sich arbeitsrechtlicher Konsequenzen, soweit ihm seine Schädigungsabsicht nachgewiesen werden kann, sicher sein. Für alle anderen Arbeitnehmer besteht derzeit weder Rechtsklarheit noch Rechtssicherheit.

Aus Sicht des Arbeitgebers gilt im Ergebnis das Gleiche, muss er doch weiterhin und trotz der Rechtsprechung des BAG die Störung des Betriebsfriedens sowie durch negative Publizität vermittelte Schäden aufgrund von Mitarbeiterstrafanzeigen fürchten. Wenngleich die Rechtsprechung des BAG dem Arbeitnehmer grundsätzlich zunächst auferlegt, ihm bekannte Missstände innerbetrieblich bekanntzugeben, so stellen die Ausnahmefälle, in denen dieser Grundsatz nicht gilt, auch für den Arbeitgeber ein nicht kalkulierbares Risiko dar. Wann dem Arbeitnehmer die innerbetriebliche Bekanntgabe seines Wissens unzumutbar ist, kann der Arbeitgeber jedenfalls solange nicht allein beeinflussen, so lange das Kriterium der Unverhältnismäßigkeit für die „Rechtmäßigkeit“ einer Strafanzeige durch den Arbeitnehmer maßgeblich ist. Im Ergebnis kann deshalb selbst für den Fall, dass der Arbeitgeber innerbetriebliche Vorkehrungen getroffen hat, um den Arbeitnehmern internes Whistleblowing zu ermöglichen, nicht mit Sicherheit von der vorrangigen Pflicht des Arbeitnehmers ausgegangen werden, dass diese Möglichkeit in jedem Falle vorrangig zu nutzen ist. Geht es dem Arbeitgeber um die Mitwirkung seiner Arbeitnehmer bei der Aufdeckung von Missständen im Unternehmen, wird er Maßnahmen ergreifen, die dem einzelnen Mitarbeiter die Sicherheit geben, dass er ohne den Betriebsfrieden zu stören oder negative arbeitsrechtliche Folgen zu befürchten seinem Wissen oder seinen begründeten Verdacht gegenüber einem Ansprechpartner artikulieren kann, der gewährleistet, dass sein Anliegen nicht unter den Tisch gekehrt wird, der ausreichend Vertrauen hinsichtlich seiner Unabhängigkeit genießt und dem Arbeitnehmer im besten Fall auch die Möglichkeit bietet, anonym zu bleiben. Innerbetriebliche Anlaufstellen werden häufig in Bezug auf diese Kriterien in Zweifel gezogen²⁸. Diese Zweifel dürften regelmäßig bei Arbeitsrechtsstreitigkeiten über die Zulässigkeit von Strafanzeigen im Rahmen der

²⁸ *Strack*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

Zumutbarkeit vorrangig innerbetrieblicher Information thematisiert und der Ex-ante-Beurteilung der Arbeitsgerichte unterworfen werden. Rechtssicherheit kann die gegenwärtige Rechtslage dem Arbeitgeber also selbst dann nicht vermitteln, wenn dieser interne Vorkehrungen zum Whistleblowing geschaffen hat.

Letztlich konterkariert die gegenwärtige Rechtslage aufgrund der ungeklärten Fragen und Rechtsunsicherheiten sämtliche Gemeinwohlinteressen in Bezug auf das Whistleblowing. Das öffentliche Interesse an einer effizienten Strafverfolgung und Vorbeugung in Bezug auf Wirtschaftsstraftaten kann nur durch eine klare, für die beteiligten Kreise eindeutige Rechtslage gefördert werden. Auch die Stärkung der Volkswirtschaft durch Förderung von nachhaltiger Unternehmensführung setzt einen klaren Regelungsrahmen als Planungssicherheit voraus. Es ist weder im Interesse des Gemeinwohls, dass ein erhöhtes Risiko von Schadensfällen durch unberechtigte Arbeitnehmerstrafanzeigen besteht, noch, dass Wirtschaftskriminalität zugunsten des Betriebsfriedens unbeachtet bleibt. Beide Extreme werden durch die gegenwärtige Rechtslage eher gefördert als verhindert.

Es besteht wohl Konsens, dass dieser Missstand eine entsprechende gesetzgeberische Reaktion erfordert²⁹. Der erste diesbezügliche Versuch ist die zunächst geplante, zurzeit jedoch auf Eis gelegte Neufassung des § 612a BGB. Ob der vorgelegte Entwurf die aufgezeigten Unsicherheiten der gegenwärtigen Rechtslage zu beheben in der Lage ist und die Interessen der Stakeholder besser berücksichtigt, soll in der Folge kurz untersucht werden.

B.III. Entwurf des § 612a BGB

Der Entwurf der Neufassung des § 612a BGB bewegt sich in wesentlichen Punkten nahe an der dargestellten Rechtsprechung des BAG. Zunächst stellt § 612a Abs 1 S. 1 BGB-E klar, dass sich der Arbeitnehmer mit seinem Verlangen nach Abhilfe unter bestimmten Voraussetzungen an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden kann. Wenngleich insoweit zunächst nur eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck kommt, erteilt der Entwurf jedoch denjenigen Stimmen eine Absage, die ein uneingeschränktes Anzeigerecht, verknüpft mit der Verpflichtung des Arbeitgebers, sich mit dem Abhilfeverlangen qualifiziert auseinanderzusetzen, verlangt haben³⁰. Angesichts der weiter in § 612a Abs 1 S. 2 BGB-E geregelten Möglichkeit des Arbeitnehmers, sich im Falle unterbliebener innerbetrieblicher Abhilfe an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden, liegt es jedoch im eigenen Interesse des Arbeitgebers, etwaigen Hinweisen aus der Arbeitnehmerschaft angemessen nachzugehen.

Geht man, wie der Verfasser, davon aus, dass die Rechtsprechung des BAG die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze in Bezug auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Zulässigkeit von Arbeitnehmerstrafanzeigen jedenfalls bis an

²⁹ So zumindest der wohl einhellige Tenor der Anhörung zur Regelung des Informantenschutzes in der Neufassung des § 612a BGB, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

³⁰ *Waas*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen ausgedehnt oder gar überschritten hat, enthält § 612a Abs 1 S. 2 BGB-E mit der Normierung des grundsätzlichen Vorrangs der innerbetrieblichen Klärung zwar einerseits eine Abkehr von den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätzen. Andererseits würden nunmehr der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsprechung des BAG keine Bedenken mehr begegnen, sodass insoweit Rechtssicherheit geschaffen würde.

§ 612a Abs 2 S. 2 Nr 1–4 BGB-E enthalten eine Aufzählung von Missständen, bei deren Vorliegen eine innerbetriebliche Klärung stets als unzumutbar zu bewerten wäre. Gemäß § 612a Abs 2 S. 2 Nr 1 BGB-E soll dies der Fall sein, wenn eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht. Wenn gleich diese Regelung im Wesentlichen der Rechtsprechung des BAG entspricht, das eine Strafanzeige dann für eine verhältnismäßige Reaktion des Arbeitnehmers auf Missstände hält, wenn „schwerwiegende Straftaten“ zur Rede stehen, also besonders wichtige Rechtsgüter betroffen sind, stellt sie doch eine wünschenswerte Klarstellung dar. Der durchschnittliche Arbeitnehmer wird mit der Gesetzesformulierung einen klareren Hinweis bekommen, wann ihm eine innerbetriebliche Klärung nicht zumutbar ist, als mit dem Verweis auf „schwerwiegende Straftaten“.

Gemäß § 612a Abs 2 S. 2 Nr 2 BGB-E ist es dem Arbeitnehmer darüber hinaus nicht zumutbar, zunächst eine innerbetriebliche Klärung anzustreben, wenn der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat. Die Feststellung, dass es dem Arbeitnehmer unzumutbar sei, zunächst innerbetriebliche Abhilfe zu suchen, wenn der Arbeitgeber selbst die Straftat begeht, ist nicht nur evident, sondern entspricht auch der Rechtsprechung des BAG. Selbiges hatte das BAG in Bezug auf eine etwaige Straftat eines anderen Arbeitnehmers in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 jedoch nur dann bejaht, wenn es um eine „schwerwiegende“ Straftat ginge. Im Übrigen sei es dem Arbeitnehmer zumutbar, zunächst die innerbetriebliche Abhilfe zu suchen, auch wenn es sich um eine Straftat eines Vorgesetzten handle. Die Klarstellung, dass die „Rechtmäßigkeit“ einer Strafanzeige nicht mehr von dem Kriterium der „schwerwiegenden Straftat“ abhängig gemacht werden soll, ist aus Sicht des Verfassers zu begrüßen. Einerseits wird dem Arbeitnehmer dadurch nicht mehr aufgebürdet, zu entscheiden, ob es sich um eine „normale“ oder um eine „schwere“ Straftat handelt. Wichtiger jedoch erscheint, dass die Gefahr von Benachteiligungen aufgrund eines innerbetrieblichen Abhilfesuchens bei Straftaten von Vorgesetzten und anderen Mitarbeitern bei gleichzeitiger Unsicherheit über die Motivation des Arbeitgebers, ernsthafte Abhilfebemühungen zu unternehmen, verringert wird. In der Folge wird diese Regelung nach Überzeugung des Verfassers nicht dazu führen, dass zukünftig jede Straftat von jedem Arbeitnehmer immer ohne internes Abhilfebegehren extern angezeigt wird. Am Regelfall, dass sich der Arbeitnehmer aus Loyalität zum Arbeitgeber und aus eigenem Interesse am Wohl des Unternehmens bei Straftaten von Mitarbeitern zunächst an seine innerbetrieblichen Ansprechpartner wenden wird, dürfte diese „Erweiterung“ der Rechte des Arbeitnehmers nichts ändern.

Gemäß § 612a Abs 2 S. 2 Nr 3 BGB-E ist von einer Unzumutbarkeit der vorherigen innerbetrieblichen Klärung ferner dann auszugehen, wenn eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige sich der anzeigende Arbeitnehmer selbst der Strafverfolgung aussetzen würde. Insoweit reflektiert die Neuregelung lediglich das vom BAG herausgearbeitete Unzumutbarkeitskriterium, sodass eine Änderung der Rechtslage nicht erfolgen würde.

Gemäß § 612a Abs 2 S. 2 Nr 4 BGB-E soll die vorherige innerbetriebliche Klärung schließlich auch dann unzumutbar sein, wenn der Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird. Insbesondere an dieser Öffnungsklausel scheiden sich die Geister³¹. Das BAG formulierte noch, dass von einer Unzumutbarkeit auszugehen sei, wenn „Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten“ wäre, und stellte damit auf den Maßstab der objektivierenden Betrachtung eines „verständigen“ Arbeitnehmers ab³². *Waas* weist auf die Vorzugswürdigkeit dieser Formulierung und darauf hin, dass „es problematisch wäre, wenn die Beantwortung der Frage nach den voraussichtlichen Aussichten eines Abhilfeverlangens ausschließlich von Evidenzerlebnissen des Arbeitnehmers abhängig gemacht würde.“³³ Wenngleich aufgrund der Begründung zum Entwurf erläutert wird, dass unter der Formulierung „aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung“ die objektive Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Missstands zu verstehen sei und bloße Mutmaßungen oder theoretische Überlegungen des Arbeitnehmers nicht ausreichend seien³⁴, würde die Übernahme der Formulierung des BAG diesbezüglich auch aus dem Gesetzeswortlaut selbst Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schaffen. Es erscheint daher auch nach Meinung des Verfassers vorzugswürdig, bei einer etwaigen Neufassung des § 612a BGB den objektivierten Maßstab deutlicher zu Grunde zu legen und den Wortlaut entsprechend zu verändern³⁵.

Der wohl auffälligste mit dem Entwurf verbundene Unterschied zur Rechtsprechung des BAG liegt in der fehlenden Berücksichtigung der inneren Motivation des Arbeitnehmers. Während selbige nach Auffassung des BAG ein wesentliches Indiz bei der Beantwortung der Frage der Unverhältnismäßigkeit einer Strafanzeige darstelle³⁶, lässt der Entwurf dieses Thema gänzlich unberührt. Wie oben aufgezeigt, ist es in Bezug auf die Rechtsprechung des BAG unklar, warum die Motivationslage für die Frage der Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielen soll – passt doch die Berücksichtigung innerer Beweggründe weder terminologisch noch systematisch in eine die Objektivierung versuchende Beantwortung der Frage nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Konsequenterweise hätte dann die Motivationslage und damit die Frage der Loyalität des Anzeigenerstatters gegenüber seinem Arbeitgeber für die Frage der Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unmittelbare Relevanz, ohne dass es dazu weiterer Verhältnismäßigkeitsabwägungen in Bezug auf die Unzumutbarkeit innerbetrieblicher Abhilfebemühungen bedürfte. Damit, dass die Motivation des Whistleblowers nach dem vorliegenden Entwurf zu-

³¹ „Anhörung zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer“, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

³² So auch *Rinck*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

³³ *Waas*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

³⁴ Ebenda.

³⁵ Ebenda.

³⁶ BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547ff.

künftig keine Rolle mehr spielen soll, würde der Gesetzgeber eine rechtspolitisch motivierte, nach Meinung des Verfassers begrüßenswerte Änderung der Rechtslage bewirken.

B.IV. Zwischenergebnis

Wenngleich der Gesetzentwurf in wesentlichen Bereichen die durch die oben dargestellten Entscheidungen richterlich geprägte *lex lata* lediglich perpetuiert, so schafft er doch aufgrund von Klarstellungen die wünschenswerte Rechtssicherheit in einigen wichtigen Fragen. Das folgt zum einen aus einer leichteren Zugänglichkeit der für die betroffenen Arbeitnehmer notwendigen Information. Ohne eine Neuregelung des § 612a BGB ist der Arbeitnehmer auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen, die darüber hinaus in ihren Aussagen wohl nur von Juristen qualifiziert zu deuten ist und angesichts der aufgezeigten Unklarheiten im Verhältnis der Bundesverfassungsgerichtsbeschlüsse zur Rechtsprechung des BAG selbst für diese keine Grundlage für eine sichere Rechtsauskunft oder Handlungsempfehlung bildet³⁷. Insbesondere die Frage, inwieweit die Rechtsprechung des BAG das vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis in verfassungsrechtlich bedenklichem Maß umkehrt, wäre mit der vorgelegten Neufassung des § 612a BGB nicht mehr relevant.

Für die zwischen den Beteiligten am heftigsten umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer von einer vorab anzustrebenden innerbetrieblichen Klärung absehen und sich direkt an externe Stellen wenden darf, ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen, schafft jedoch auch der vorgelegte Entwurf zur Neufassung des § 612a BGB keine für alle Seiten befriedigende Gesamtlösung. Auch wenn wie oben angeregt, die Entscheidung darüber, ob der Arbeitnehmer Abhilfe berechtigterweise nicht erwarten kann, nicht ausschließlich von Evidenzerlebnissen des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden dürfte und anstattdessen der Maßstab der objektivierenden Betrachtung eines „verständigen“ Arbeitnehmers in den Wortlaut der Regelung aufgenommen würde, verbliebe eine diesbezügliche Rechtsunsicherheit. Denn die objektivierte Sicht des verständigen Mitarbeiters wird im Zweifel auch zukünftig von der arbeitsgerichtlichen Rechtssprechung konkretisiert und im Einzelfall aus Ex-ante-Sicht beurteilt werden müssen.

Der Arbeitgeber müsste also auch weiterhin die Störung des Betriebsfriedens sowie durch negative Publizität vermittelte Schäden aufgrund von Mitarbeiterstrafanzeigen fürchten. Wann dem Arbeitnehmer die innerbetriebliche Bekanntgabe seines Wissens unzumutbar ist, könnte der Arbeitgeber auch zukünftig nur bedingt durch eigene Maßnahmen beeinflussen. Denn selbst für den Fall, dass der Arbeitgeber innerbetriebliche Vorkehrungen getroffen hat, um den Arbeitnehmern internes Whistleblowing zu ermöglichen, könnte auch nach § 612a BGB-E nicht mit Sicherheit von der vorrangigen Pflicht des Arbeitnehmers ausgegangen werden, dass diese Möglichkeit in jedem Falle vorrangig zu nutzen wäre. Das zur Verfügungstellen von internen Ansprechpartnern wird einen generellen Ausschluss der Zulässigkeit externen Whistleblowing nur zur Folge haben können, wenn die internen Ansprechpartner ausrei-

³⁷ So auch *Waas*, Stellungnahme zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoe-rungen/a10_81/index.html.

chende Unabhängigkeit gegenüber der Einflussnahme des Geschäftsherrn gewährleisten können. Es stellt sich daher die Frage, ob dem zentralen Anliegen des Arbeitgebers, nämlich vor externem Whistleblowing in Verdachtsfällen jedenfalls dann uneingeschränkt geschützt zu sein, wenn er die Möglichkeit zum Whistleblowing institutionalisiert hat, nicht durch eine Ergänzung des Gesetzesentwurfs entsprochen werden kann.

C. Ombudsmann / Whistleblowing-Hotline

Wie gezeigt, fokussiert sich die Diskussion über die Neuregelung des arbeitsrechtlichen Informantenschutzes auf das Für und Wider externen und internen Whistleblowings. Externes Whistleblowing wird dabei mit der Weitergabe von Informationen an Staatsanwaltschaft oder Medien, internes Whistleblowing dagegen mit der unternehmensinternen Weitergabe von Informationen gleichgesetzt. Während die arbeitgeberseitigen Interessenvertreter zu Recht darauf hinweisen, welche erheblichen Schäden durch externes Whistleblowing entstehen können³⁸, stellen die Interessenvertreter der Arbeitnehmerseite ebenfalls zu Recht darauf ab, dass eine Beschränkung auf internes Whistleblowing den Schutzbedürfnissen der Arbeitnehmer in vielen Konstellationen nicht gerecht wird³⁹. Der Gesetzgeber versucht mit seinem Neuentwurf zum § 612a BGB ein möglichst ausgewogenes Verhältnis zwischen wünschenswertem internen und notwendigem externen Whistleblowing zu finden und dabei die Interessen der Beteiligten weitestgehend zu berücksichtigen. Dabei verwundert, dass eine dritte Alternative, die die Vorteile des internen mit denen des externen Whistleblowings kombiniert, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand tiefergehender Auseinandersetzung war. Ausgehend von der Annahme, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer Interesse daran haben, die Nutzung von Insiderinformationen zur Schadensprävention im Unternehmen zu optimieren, läge es nach Auffassung des Verfassers nahe, den Einsatz von externen Ansprechpartnern, die vom Unternehmen als zur Klärung zuständige Stelle benannt sind, in der Neufassung des § 612a BGB zu berücksichtigen.

Für den Arbeitnehmer ist es unerheblich, auf welche Weise er seiner oben beschriebenen Dilemmasituation entrinnen kann. Er will auf Missstände im Unternehmen aufmerksam machen, ohne Nachteile aus seiner Informationsweitergabe fürchten zu müssen. Eine Präferenz, dies gegenüber externen, unternehmensfremden Stellen zu tun, kann dabei nicht unterstellt werden. Im Regelfall wird es vielmehr auch für den Arbeitnehmer vorzugswürdig sein, seine Informationen mit internen, jedenfalls unternehmensnahen Stellen zu teilen. Unabdingbare Voraussetzung dafür ist jedoch, dass er ausreichend Sicherheit vor Benachteiligungen erhält. Sind keine expliziten internen Ansprechpartner als zuständige Stelle vom Arbeitgeber definiert, so werden Zweifel an ausreichender Sicherheit beim Arbeitnehmer häufiger entstehen als in Unternehmen, in denen interne, ausreichend unabhängige Stellen ausgewiesen sind und als An-

³⁸ Stellungnahme Arbeitgeberverband Nahrung und Genuß e.V. ANG zur Regelung des Informantenschutzes in der Neufassung des § 612a BGB, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

³⁹ Stellungnahme des DGB zur Regelung des Informantenschutzes in der Neufassung des § 612a BGB, abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html.

sprechpartner zur Verfügung stehen. Jedoch können bei Interessenkonflikten an der Unabhängigkeit interner Ansprechpartner begründete Zweifel entstehen, die den Arbeitnehmer vom internen Whistleblowing abhalten. Werden externe, beispielsweise zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Berufsträger der rechtsberatenden Berufe, als zur Klärung zuständige Stelle vom Arbeitgeber benannt, dürfte die Gefahr von Interessenkonflikten trotz der Vergütung des externen Ansprechpartners durch den Arbeitgeber jedenfalls auf ein Maß reduziert sein, welches objektive Zweifel des Arbeitnehmers an deren Unabhängigkeit in der Regel ausschließen dürfte. Würde man diese Alternative in den Tenor des § 612a BGB aufnehmen, stünde dem Arbeitgeber damit ein Mittel zur Verfügung, durch dessen Einsatz er der sich aus der Öffnungsklausel des § 612a Abs 2 Nr 4 BGB-E ergebenden Unsicherheit im Hinblick auf externes Whistleblowing, begegnen könnte. Der Entwurf, der diese Möglichkeit aufnimmt, könnte wie folgt lauten:

§ 612a Anzeigerecht

(1) Ist ein Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden, kann er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden und Abhilfe verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe nicht oder nicht ausreichend nach, hat der Arbeitnehmer das Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden.

(2) Ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe ist nicht erforderlich, wenn dies dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Unzumutbar ist ein solches Verlangen stets, wenn der Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass

1. aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht,
2. der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat,
3. eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde,
4. eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird.

Hat der Arbeitgeber einen zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Berufsträger der rechtsberatenden Berufe als außerbetriebliche, zur Klärung zuständige Stelle benannt, so gilt Nr 4 dieses Absatzes nicht. Absatz 1 Satz 2 bleibt hiervon unberührt.

(3) Beschwerderechte des Arbeitnehmers nach anderen Rechtsvorschriften und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.

Durch das Einfügen des dritten Satzes in Absatz 2 der Regelung würde dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, durch eigene Vorsorgemaßnahmen externes Whistleblowing weitestgehend zu verhindern. Definiert er einen externen Ansprechpartner als zur Klärung zuständige Stelle, so entstünde daraus der Rechtsschein, dass der Arbeitnehmer keinen objektiven Anlass haben kann, dass eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird. Dieser Schluss ist nach Auffassung des Verfassers zulässig. Ein unternehmensexterner rechtskundiger Ansprechpartner, der als zur Klärung zuständige Stelle benannt ist, bietet zumindest in der Regel ausreichend Gewähr dafür, dass dem Anliegen des Arbeitnehmers angemessen nachgegangen wird. Einerseits weil der Arbeitgeber dadurch sein unbedingtes Interesse an der Nutzung von Insiderinformationen zum Ausdruck bringt, andererseits weil der mit dieser Aufgabe betraute Dritte nicht, einem unternehmensinternen Ansprechpartner

gleich, in das Tagesgeschäft des Unternehmens eingebunden ist, was wiederum die Gefahr von Interessenkonflikten minimiert. Die Bezeichnung einer externen zur Klärung zuständigen Stelle dürfte somit einerseits das Vertrauen der Arbeitnehmer stärken, durch die Kundgabe von Informationen nicht Opfer von Benachteiligungen zu werden. Andererseits minimiert sie die Gefahr unternehmensschädigenden externen Whistleblowings, ohne dabei, wie internes Whistleblowing, einen Anreiz für Denunzianten zu bieten. Störungen des Betriebsfriedens, Gefahr des Denunziantentums – für den Arbeitgeber – Zweifel am Schutz vor Benachteiligungen, verbunden mit der Unsicherheit, dass Hinweisen angemessen nachgegangen wird, – für den Arbeitnehmer – könnten mit der vorgeschlagenen Regelung weitestgehend verhindert werden.

Positiver Nebeneffekt der Etablierung eines unternehmensexternen Ansprechpartners, mag man es nun Whistleblowing-Hotline oder Ombudsman nennen, dürfte darüber hinaus sein, dass Arbeitnehmer, die Kenntnis von Straftaten von Mitarbeitern erlangen, auch in diesen Fällen die unternehmensexterne rechtskundige Vertrauensperson und nicht die Staatsanwaltschaft als Ansprechpartner in Anspruch nehmen, sodass der Regelungsvorschlag in der Praxis die Anwendungsfälle des § 612a Abs 2 Nr 1 BGB-E reduzieren könnte.

Auch in Bezug auf die gegenwärtige rechtspolitische Diskussion über die Frage, wie angesichts der immer wiederkehrenden, zuletzt häufig den Arbeitnehmerdatenschutz betreffenden Skandale die Organisations- und Überwachungspflichten der Unternehmensleitung konkretisiert werden können, ohne dabei aber ungemessene Compliance-Pflichten unter Außerachtlassung von Größe, Finanzkraft und Inhalt der unternehmerischen Tätigkeit der Unternehmen zu etablieren, bietet die vorgeschlagene Regelung einen sinnvollen Weg, nachhaltiges unternehmerisches Handeln mittelbar zu fördern. Die vorgeschlagene „Bevorzugung“ von denjenigen Unternehmen, die externe Stellen zur Entgegennahme von Insiderinformationen freiwillig vorhalten, bewirkt eine Stärkung der Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung durch Konkretisierung der in § 93 AktG sowie § 43 GmbHG normativ angebundenen Organisations- und Überwachungspflichten, ohne dabei die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in unangemessener Weise zu begrenzen.

Zwar läge im Falle einer entsprechenden Regelung das Argument nahe, dass die Etablierung einer Whistleblowing-Hotline nicht unerhebliche Kosten verursachen würde und somit kleine und mittlere Unternehmen aufgrund ihrer limitierten Ressourcen für Maßnahmen der Haftungsvermeidung mittelbar gegenüber großen Unternehmen benachteiligt würden, weil für sie die durch Strafanzeigen vermittelte negative Publizität ohnehin häufiger existenzbedrohend ist als für große Unternehmen und sie somit im Ergebnis ohne sachlichen Grund mit einem größeren Schadensrisiko leben müssten. Dieses Argument greift jedoch nach Meinung des Verfassers aus zweierlei Gründen nicht durch. Erstens weil das Risiko in Bezug auf Regelverstöße in Unternehmen durch Mitarbeiter proportional mit der Größe eines Unternehmens wächst. Je weiter die Unternehmensleitung mit ihren Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen aufgrund der Unternehmensgröße, der Diversifikation des Unternehmens und der fortgeschrittenen Arbeitsteilung vom einzelnen Mitarbeiter entfernt ist, desto größer die Gefahr von Regelverstößen. Gelegenheit macht Diebe – so schlicht diese Binsenweisheit auch sein mag, so gesichert ist ihr Wahrheitsgehalt. Zweitens weil angesichts von über 150.000 zur Zeit in Deutschland zugelassenen Anwälten die begründete Hoffnung besteht, dass auf Seiten der Anbieter einer entsprechenden Dienstleistung ausreichender

Wettbewerb herrscht, um angemessene Angebote für jedes Unternehmen in Ansehung seiner Leistungsfähigkeit hervorzubringen. Dass der Einsatz eines Ombudsmannes oder der Betrieb einer Whistleblowing-Hotline unter Inanspruchnahme der Dienstleistung Dritter gleichwohl nicht kostenlos ist, ist dabei genauso evident wie die Erkenntnis, dass Risikominimierung und Maßnahmen zur Schadensprävention immer betrieblichen Aufwand bedeuten, also ebenfalls nicht kostenlos zu haben sind. Letztlich ist und bleibt es eine unternehmerische Entscheidung, bis zu welchem Grad Schadensrisiken vermindert werden und welche Mittel dafür zur Verfügung gestellt werden sollen. Mit der Nutzung von Insiderinformationen durch Vorhaltung von dazu notwendigen Ressourcen kann das Risiko schon heute ohne übertriebenen Aufwand sehr effizient verringert werden. Mit der vorgeschlagenen Neuregelung des § 612a BGB wäre nunmehr bei der entsprechenden Kosten-Nutzen-Analyse die Sicherheit für die Unternehmen einzubeziehen, zukünftig nicht mehr dem Risiko zu unterliegen, Opfer „unverhältnismäßigen“ externen Whistleblowings zu werden. Soweit ersichtlich, gibt es keine gesetzgeberische Alternative, die diese Sicherheit bei gleicher Förderung des Gemeinwohls auf anderem Wege gewährleisten könnte.

Grundlagen des Islamic Finance

Julius Beck, LL.M., München

A. Die Rechtsquellen im Überblick

Der kontinentaleuropäisch geprägte Jurist ist es gewohnt, seiner Arbeit geschriebenes Recht zugrunde zu legen, das in seinem Wortlaut regelmäßig nicht älter als 100 Jahre ist. Die Gerichte können in den oberen Instanzen verbindlich rechtsfortbildend tätig werden. Ob dieses Richterrecht kodifiziert wird, ist legislative Aufgabe. Jedenfalls genießt auch das durch die Richterschaft geschaffene Recht Bindungswirkung.

A.I. Das islamische Recht

Die Quellen des islamischen Rechts¹, der sogenannten Scharia, sind vor allem der Koran und die Sunna. Der Koran wurde dem Propheten Mohammed im Laufe seines Lebens offenbart und beinhaltet unmittelbar göttliches Wort. Anders als die Bibel, die nach christlicher Auffassung ein menschliches Zeugnis ist, stammt der Wortlaut des Korans direkt von Gott (Allah), rezitiert durch den Propheten. Er besteht aus 114 Suren, die sich wiederum in insgesamt 6.236 Verse unterteilen. Als juristisches Fundament gelten im Koran ca. 500 Verse (etwa 8 %). Als zweite islamische Rechtsquelle existiert die Sunna, die eine Sammlung von Handlungsgrundsätzen darstellt, die der Prophet Mohammed durch sein vorbildliches Leben aufgestellt hat. Ihre Verbindlichkeit als allgemeingültige Quelle des Rechts erfährt die Sunna an unterschiedlichen Stellen direkt durch den Koran. Sie umfasst viele Bereiche des gesellschaftlichen Miteinanders und gliedert sich in sogenannte Hadithen. Den dritten Pfeiler der islamischen Rechtswissenschaft (Fiqh) stellt der Idschma dar. Unter diesem Begriff wird ein Konsens der islamischen Rechtsgelehrten zu einem auslegungsbedürftigen Sachverhalt verstanden, der allgemeine Gültigkeit erfahren kann. Das islamische Recht ist aber durch eine breite Streuung unterschiedlicher Rechtsschulen gekennzeichnet, die eine allgemeingültige Schariakompatibilität in Detailspekten schwierig macht. Ich will an dieser Stelle verdeutlichen, dass vor allem die Grundlagen der Scharia aus dem Wortlaut von Versen und Suren sowie Hadithen bestehen, die in der zweiten Hälfte des ersten Jahrtausends nach christlicher Zeitrechnung ihre maßgeblichen Niederschriften erfahren haben.

A.II. Nationales Recht

In vielen islamisch geprägten Ländern haben sich in den letzten Jahrzehnten praxisgerechte kodifizierte Rechtsordnungen etabliert. Die Abgrenzung zur Scharia ist schwierig, jedoch ist die Beachtung der Grundsätze der Scharia oft verfassungsrechtlich garantiert. Den tatsächlichen Einfluss bestimmen die nationalen Gesetzgeber, sodass die Reichweite des religiösen Rechts teilweise erheblich differiert. Nur wenige Staaten, wie zB Pakistan und Iran, haben der Scharia als national geltendes Recht eine omnipräsente Rechtsposition eingeräumt. Regelmäßig wird ihre Gültigkeit auf Bereiche wie das Erb- und Familienrecht beschränkt. Starken Einfluss haben die

¹ Dazu ausführlich *Nagel*, S. 3ff., 2001.

Grundsätze der drei Rechtsquellen oft auch im Bereich des sogenannten Islamic Finance, einer Disziplin, die sich im Lauf der letzten 35 Jahre mit dem Wohlstand im arabischen und asiatischen Raum entwickelte. In unserem Kulturkreis fällt diesbezüglich regelmäßig das Stichwort „Zinsverbot“. Die Disziplin des Islamic Banking blickt auf eine vergleichsweise kurze Tradition zurück. Die Mehrzahl der islamisch geprägten Länder prosperiert erst seit wenigen Jahrzehnten. Die sich daraus entwickelnde Nachfrage hat das besondere Bedürfnis nach einem schariakonformen Finanzsystem gebildet.

B. Grundzüge des Islamic Finance

B.I. Historische Entwicklung

Der Expansionsdrang europäischer Nationen hat über Jahrhunderte dazu geführt, dass große Teile unserer Welt lange Zeit ein Kolonialdasein führten. Die westlichen Eroberer suchten und fanden Möglichkeiten, ihren Lebensstil aufzuwerten, und drangen dabei in alle geographischen Teile der Erde vor. Dabei verteilten sie, mehr oder weniger erfolgreich, ihre eigene Lebensweise und Wirtschaftssysteme quer über den gesamten Erdball. So ist es nicht verwunderlich, dass auch das zinsgebundene Finanzsystem die einzige offizielle und somit dominante Möglichkeit zur Geldverwendung wurde.

Die sukzessive Neuordnung der Welt nach dem Zweiten Weltkrieg und die aufblühende Phase wirtschaftlicher Entwicklung in den Kerngebieten der islamischen Religion ermöglichten die intensive Entwicklung zinsloser Finanzierungsinstrumente. Wurde teilweise sogar in muslimisch geprägten Ländern ein eigenes schariakonformes Banking für undurchführbar eingestuft², zeigten sich erste nachhaltige Erfolge³ auf diesem Gebiet mit der Gründung der Dubai Islamic Bank im Jahr 1975. Sie ist die erste zinsfrei operierende Bank, die aus privater Initiative gegründet wurde. Die Regierungen der Vereinigten Arabischen Emirate (VAE) und Kuwait gaben Starthilfe und beteiligten sich insgesamt mit 30 Prozent am Grundkapital⁴. Im gleichen Jahr wurde in Riyadh (Saudi Arabien) die Islamische Entwicklungsbank (Islamic Development Bank) gegründet, auf deren nachhaltigem Engagement die Entwicklung eines zeitgemäßen Islamic Finance im arabischen Raum zurückzuführen ist. Die folgenden beiden Jahrzehnte wurden genutzt, um ein zinsfreies Banksystem zu etablieren. In diese Zeit fallen auch die ersten Berührungspunkte des Internationalen Währungsfonds, der Weltbank und westlicher Banken mit diesem System. Seit den 1990er Jahren wird neben der kontinuierlichen Weiterentwicklung des schariakonformen Bankensektors auch an der Etablierung von anderen Finanzdienstleistern gearbeitet.

Es haben sich Scharia-Boards gebildet. Das sind Kollegialorgane, die mit Experten besetzt sind, die innerhalb eines Unternehmens die Firmenpolitik auf ihre Scharia-verträglichkeit überprüfen. Im Finanzsektor spielen sie eine besondere Rolle bei der Produktstrukturierung.

² DeLoreno/McMillen, Law and Islamic Finance, S. 138, 2006.

³ Eine auch mit deutschem Kapital im ägyptischen Mit Ghamr in den 1960er Jahren gegründete zinsfrei operierende Bank existierte nur wenige Jahre.

⁴ Molyneux/Iqbal, S.148, 2005.

B.II. Schlüsselprinzipien

Die Beachtung der Ge- und Verbote von religiösen Vorschriften in sämtlichen Lebensbereichen führt zwangsläufig dazu, dass auch finanzielle Transaktionen aller Art direkt davon betroffen sind. Dabei stellen insbesondere Riba (Zinsverbot), Gharar (Spekulationsverbot) und die Unzulässigkeit von Investitionen in bestimmten Bereichen (Haram) Herausforderungen an den Finanzmarkt.

B.II.1. Der Begriff „Geld“

Nach islamischem Verständnis hat Geld keinen eigenen intrinsischen Nutzen, sondern dient lediglich als Tauschmittel und stellt einen unveränderlichen Maßstab dar, an dem der Wert aller Güter abgelesen werden kann. Es ist selbst aber kein eigenes Gut⁵. Damit kann Geld auch nicht ohne weiteres, zB durch Verleihen, vermehrt werden. Die im traditionellen Finanzsystem als relevante Bezugsgröße genutzte zeitliche Komponente existiert im islamischen System nicht als reines wertsteigerndes Motiv. Das bedeutet, dass eine bestimmte Menge Geld nicht ausschließlich durch den Zeitablauf vermehrt werden kann. Eine Bankeinlage auf einem Konto kann sich nicht erhöhen, sofern diese nur, bildlich gesprochen, nutzlos herumliegt. Legt man dieses Verständnis zugrunde, ist eine risikolose Geldvermehrung nicht zu erreichen.

B.II.2. Riba – Zinsverbot

Weit bekannt ist das im Koran verwurzelte Zinsverbot, aus dessen Existenz die Neubegründung des Islamic Banking in seiner heutigen Form notwendig erschien. Riba soll seinem Sinn und Zweck nach Überschuldung vermeiden sowie ungerechtfertigte Kompensationszahlungen verbieten⁶. Der Wohlstand soll nicht innerhalb einzelner Individuen und Gruppen der Gemeinschaft gebündelt werden, sondern allen Gesellschaftsschichten zugänglich sein. Verboten ist Riba immer dann, wenn ausschließlich der Zeitfaktor zu einer Geldvermehrung führen soll. Wird dagegen ein Risiko mitgetragen, so ist eine diesbezügliche Kompensation wünschenswert⁷. Regelmäßige Dividendenzahlungen sind damit beispielsweise zulässig. Das Verbot dieses „Geld-Zinses“ bezieht sich somit auf alle Zinszahlungen, denen keine warenwirtschaftliche Transaktion zugrunde liegt.

B.II.3. Gharar, Maisir und Qimar – Spekulations- und Glücksspielverbot

Ein zweites für den Finanzbereich relevantes Verbot ist das sogenannte Verbot von Gharar. Es verbietet unsichere Gestaltungen, die sich durch ein erhebliches Risiko auszeichnen. Der Sinn von Gharar im gesamten Kontext der Scharia ist sehr weitläufig. Er besteht darin, Geschäften, die auf unvollständigen Informationen und Ungewissheit hinsichtlich des wirklichen Vertragsobjektes (Erfüllungsrisiko) beruhen und damit ein nicht kalkulierbares Risiko darstellen, zu untersagen⁸. Im Gegensatz zum vollständigen Ribaverbot ist Gharar aber innerhalb bestimmter Grenzen zulässig. Es spielt im Hinblick auf spekulative Finanztransaktionen und Verträge mit einem Leistungsaustausch in der Zukunft eine besondere Rolle.

⁵ Nagel, S. 76, 2001.

⁶ Lesenswert dazu *Yousefi/McCormick/Abizadeh*, S. 65-85, 1995.

⁷ *Abdulkader*, S. 126, 2005.

⁸ *El-Gamal*, S. 58, 2006.S

Als eine Ausprägung von Gharar sind glücksspielartige Tätigkeiten explizit untersagt. Sie unterfallen dem Maisir- bzw Qimar-Verbot. Darunter wird eine Transaktion verstanden, deren Ergebnis von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängt, mithin zufällig ist⁹. Eine große Herausforderung stellt die Entwicklung eines gharar-konformen islamischen Versicherungswesens dar.

B.II.4. Haram – Verbotene Güter

Das dritte entscheidende Prinzip mit großem Bezug zum Finanzmarkt ist das Investitionsverbot in unerlaubte Bereiche. Haram untersagt ein finanzielles Engagement in den Bereichen Glücksspiel, Pornographie, Waffen, Alkohol, Schweinefleisch und Zinsen. Letzteres verbietet zum Beispiel Investitionen in Banken, deren Hauptgeschäfte Kreditvergaben nach konventionellen Methoden sind. Da aber fast alle Unternehmen (noch) auf das westliche Finanzsystem angewiesen sind und deshalb zumindest mittelbar in Zinsgeschäfte involviert sind, wird in der Praxis ein dreiteiliges Screening zur Bewertung der finanziellen Kennzahlen verwendet¹⁰. Maßgeblich sind diesbezüglich insbesondere der Verschuldungsgrad (Untergrenzen für die Eigenkapitalquote) sowie der Anteil von Zinsgewinnen am Unternehmensgewinn. Die genaue Selektion wird von den Scharia-Boards der Unternehmen festgelegt.

B.III. Die sechs klassischen Finanzinstrumente

Im Bereich des klassischen Islamic Finance haben sich sechs Finanzinstrumente etabliert, die allgemein als schariakonform angesehen werden. Moderne Erscheinungsformen bauen in fast allen Spielarten auf den folgenden Grundstrukturen auf.

B.III.1 Mudarabah

Mudarabah ist eine Methode zur gemeinsamen Projektrealisierung, die mit der Beteiligung eines stillen Gesellschafters verglichen werden kann. In der Grundform sind an einer Mudarabah-Transaktion zwei unterschiedliche Personen beteiligt, der aktiv handelnde Unternehmer (Mudarib) und ein Kapitalsponsor (Rabb al-Mal). Die Besonderheit des Mudarabah liegt darin, dass ausschließlich der Mudarib an der Geschäftsführung beteiligt ist. Er bringt sein Know-how in die Unternehmung ein und führt allein die Geschäfte. Dabei kann er je nach Ausgestaltung des konkreten Vertragsverhältnisses entweder vollständig frei investieren oder im Rahmen fester Vorgaben, die im Konsens mit dem Rabb al-Mal festgelegt worden sind. Die Aufgabe des Kapitalgebers beschränkt sich auf die Bereitstellung von Liquidität. Er hat keine Mitspracherechte bezüglich der Geschäftstätigkeit, wird aber am Gewinn beteiligt und muss den Verlust tragen. Ein zentraler Bestandteil eines wirksamen Mudarabah-Vertrags liegt in dieser ungewöhnlichen Gewinnverteilungs- und Verlusttragsregelung. Der jeweilige Gewinnanteil muss von Anfang an feststehen und sich auf einen Anteil am erzielten Ertrag beziehen. Eine Orientierung des individuellen Gewinnanteils am eingesetzten Kapital ist unzulässig, da eine solche Vereinbarung zu einer Benachteiligung des Mudarib führen würde. Denn diesem steht neben seinem eigenen Gewinnanteil kein „absolutes Geschäftsführergehalt“ zu. Er profitiert von seinem unternehmerischen Geschick nur, sofern positive Erträge erwirtschaftet werden. Diese variable Vergütungskomponente korreliert mit der alleinigen Haftung des Kapitalgebers im Verlustfall.

⁹ *Mahlknecht*, S. 27, 2009.

¹⁰ Vgl. *Altundag/Haldi*, S. 67ff., 2005.

Der Mudarib erleidet in Zeiten negativer Geschäftsführung keinen Anteil am Verlust, erhält aber auch keine Vergütung. Vielmehr trägt er die Bürde des gesellschaftlichen Gesichtsverlustes¹¹. Er bleibt nur haftbar für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz im Rahmen seiner unternehmerischen Initiative.

B.III.2. Musharakah

Hinter dem Begriff Musharakah verbirgt sich ein Kontrakt für ein Gemeinschaftsunternehmen, bei dem alle Beteiligten den Gewinn oder Verlust untereinander teilen. Es ist eine Unterform des allgemeinen, vor allem partnerschaftliche Beteiligungen und Miteigentum umfassenden Shirkas¹². In Abgrenzung zu Mudarabah beteiligen sich hier alle Partner am einzubringenden Kapital und können im Gegenzug an der Geschäftsführung partizipieren. Auch in diesem Fall muss der individuelle Gewinnanteil der Beteiligten am Unternehmensertrag bemessen werden. Pauschalierte Zahlungen sowie prozentuale Anteile entsprechend dem investierten Kapital sind nicht zulässig¹³. Es stellt sich damit allerdings die Frage, ob der Gewinnanteil dem Anteil am investierten Kapital entsprechen muss. Darüber herrscht noch Uneinigkeit zwischen den juristischen Schulen, es werden drei Ansichten vertreten¹⁴. Zum einen, dass das Gewinnverhältnis exakt das Kapitalverhältnis widerspiegelt. Hat Person P 30 Prozent der Investitionen getragen, so stehen ihr auch 30% des Ertrags zu. Dem gegenüber wird auch vertreten, dass die beiden Größen Kapital und Ertrag in keinem Zusammenhang stehen. Es ist deshalb individualvertraglich vereinbar, dass P bei 30-prozentigem Investitionsanteil 60 Prozent der Erträge zustehen. Die vermittelnde Ansicht lässt eine abweichende Vereinbarung vergleichbar mit Ansicht zwei zu, sofern alle Beteiligten auch tatsächlich aktiv den Unternehmenserfolg fördern. Liegt eine stille Beteiligung vor, so darf der Gewinnanteil dieses Beteiligten nicht größer sein als sein Kapitalanteil. Auch wenn Ansicht zwei im Hinblick auf die Vertragsfreiheit wünschenswert ist, überzeugt die dritte Variante mit Hinblick auf ein faires Verhältnis von Leistung und Entlohnung. Nur einer Person, die neben der ursprünglichen Investition auch eigene Fähigkeiten in das Joint Venture einbringt, steht ein erhöhter Ausgleich zu. Bei der Verlustverteilung gilt dagegen der allgemeine Grundsatz: Abhängigkeit vom Anteil am investierten Kapital. Eine Besonderheit ist die unbeschränkte Haftung der Kapitalgeber auch mit dem Privatvermögen. Natürlich werden in der Praxis haftungsbeschränkende Gesellschaften als Vehikel eingesetzt.

B.III.3. Murabahah

Das auch unter Cost-Plus-Financing bekannte Murabahah greift im Gegensatz zu den bisher erläuterten Modellen auf Fremdkapital zurück. Es stellt einen doppelten Verkauf einer Sache unter Aufschlag eines Gewinnanteils dar¹⁵. Zunächst muss der Finanzier, also beispielsweise eine Bank, so in den Herrschaftsbereich der zu erwerbenden Sache gelangen, dass der Gefahrübergang stattfindet. Das Risiko des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Sache muss bei der Bank liegen. Eigentumsübertragung nach westlichem Verständnis stellt den Idealfall dar, Besitz und Ge-

¹¹ Usmani, S. 212, 1999.

¹² Ebd. S. 205f.

¹³ Ebd., S. 206.

¹⁴ Ebd., S. 207.

¹⁵ Dazu Gassner/Wackerbeck, S. 52ff., 2007.

fährübergang sind aber ausreichend. Dies folgt daraus, dass im Rahmen des Murabahah-Konzeptes die Übertragung der Sachherrschaft im Verhältnis Bank zu Käufer (zweites Teilgeschäft) eine gefestigte Rechtsposition der Bank hinsichtlich der zu verkaufenden Sache voraussetzt. Grundprinzip ist die sofortige Lieferung der Ware und die unmittelbare Bezahlung des Kaufpreises. Die Auswahl und Identifikation des Kaufgegenstandes obliegt dabei selbstverständlich dem Letztkauf. Dieser informiert die Bank über die zu erwerbende Sache und den Verkäufer. Dabei ist darauf zu achten, dass der Gegenstand bereits existiert und nicht erst hergestellt werden muss. Ein vergleichbarer Vertrag ist zwischen der Bank als Zwischenfinanzierer und dem Käufer notwendig. Der Käufer erlangt das Eigentum an dem Verkaufsobjekt und zahlt dafür den Kaufpreis sowie eine Gewinnmarge an die Bank. Dieser Aufschlag muss von Anfang an feststehen und auch dem Käufer bekannt sein. Es handelt sich dabei in der Regel entweder um einen Pauschalbetrag abhängig vom Wert der zu erwerbenden Ware oder um einen Betrag, der sich an gängigen Benchmarks orientiert. Aus Kundensicht ergibt sich dadurch die Möglichkeit, schariakonforme und konventionelle Produkte zu vergleichen.

Als praktische Umsetzung eines Murabahah-Vertrags dient sinnvollerweise ein Rahmenvertrag mit einseitig bindenden Versprechen. Um das Vertragsziel zu erreichen, muss der Käufer der Bank versprechen, die Ware aus ihrem vorübergehenden Eigentum tatsächlich zu erwerben. Aus Käuferperspektive ist es notwendig, dass die Bank verspricht, die Ware auch wirklich weiterzuverkaufen. Diese bindenden Versprechen nehmen eine herausragende Stellung ein. Sie tragen der Tatsache Rechnung, dass die Bank die Kaufsache nicht verbindlich weiterverkaufen kann, bevor diese in ihrem Eigentum steht.

Der Zahlungsstrom vom Käufer zur Bank erfolgt in festen, unveränderlichen Raten. Ein Zahlungsaufschub darf vereinbart werden. Die prozessuale Durchsetzbarkeit dieses Vertrags ist in der Lehre umstritten. Wird das eine Versprechen um des anderen Versprechens willensgegeben (*do ut des*), sodass ein synallagmatisches Verhältnis vorliegt, wird von den meisten Ansichten eine erfolgreiche Einklagbarkeit konstatiert. Führt der Verstoß gegen diese Pflichten (zB verzögerte Zahlung) zu einem „Schaden“ bei einer der Parteien, so ist es nach islamischem Recht nicht möglich, einen Ersatz dafür zu erhalten. Die verstoßende Partei muss vielmehr bei Vertragsverletzung einen der Höhe nach bestimmten Betrag an eine karitative Einrichtung leisten. In der Praxis haben islamische Banken dazu gesonderte Rechnungsposten und eigene gemeinnützige Organisationen. Eine Besonderheit in diesem Bereich besteht darin, dass dem „Schädiger“ keine zusätzliche Bürde in Form einer Zwangsabgabe auferlegt werden darf, sofern er sich in einer besonderen Notlage befindet. Dies reflektiert die dem Islamic Banking zugrunde gelegte soziale Gemeinschaftskomponente. Der sich auf die Notlage Berufende ist beweispflichtig.

In der Praxis dienen Murabahah-Verträge traditionell als zinslose Alternative zu konventionellen Darlehen. Im europäischen Raum gibt es mit der Islamic Bank of Britain einen Anbieter, der Privatpersonen die schariakonforme Kreditaufnahme durch die Verwendung der Murabahah-Struktur ermöglicht¹⁶. Daneben existieren auch Murabahah-Fonds, die zur Einlagenvermehrung von Bankguthaben genutzt werden. Vergleichbar einem Sparkonto investiert der Kunde einen Betrag in ein solches Produkt

¹⁶ Ennew/Waite, S. 195, 2006.

und erhält dann einen Anteil der erzielten Erlöse. Auch als Grundlage von Kreditkartenkontrakten wird Mubarahah als Basis eingesetzt.

B.III.4. Ijarah

Unter Ijarah ist die islamische Version von Leasing zu verstehen. Wie im konventionellen Leasing erwirbt der Leasinggeber (Mujir) den Leasinggegenstand und überträgt das Nutzungsrecht auf den Leasingnehmer (Mustajir). Dieser zahlt die fälligen Leasingraten. Das Grundmodell entspricht dem operativen Leasing. Der Leasinggeber bleibt während der gesamten Vertragslaufzeit wirtschaftlicher Eigentümer der Sache und trägt damit das volle Investitionsrisiko. Die zweite Variante des Finanzierungsleasings zeichnet sich dadurch aus, dass nach Ablauf einer festen Leasingperiode das Eigentum auf den Mustajir übergeht. Dabei ist in der Praxis darauf zu achten, dass mit einem bindenden Versprechen gearbeitet wird, um nicht islamische Vertragsgrundsätze zu verletzen. Hauptunterschiede zu Murabahah sind zum einen, dass die Leasingraten flexibel an die Marktsituation angepasst werden können, und zum anderen, dass während der Laufzeit der Mujir Eigentümer der Leasingsache bleibt. Die vertragliche Konstruktion ist für den Leasinggeber sicherer, da die Möglichkeit besteht, die Leasingperiode zeitlich nach dem Abschluss des Vertrages beginnen zu lassen, und damit erst nach Vertragsschluss die Verpflichtung entsteht, den Leasinggegenstand erwerben zu müssen¹⁷.

B.III.5. Salam

Ein Hauptanliegen von Gharar ist es, Verkäufe zu untersagen, deren Objekt (noch) nicht physisch existiert, um eine vertragliche Disparität zu verhindern. Aus wirtschaftlicher Notwendigkeit wurde für landwirtschaftliche Investitionen eine Ausnahme geschaffen. Den Landwirten sollte eine Kapitalausstattung und Lebenserhaltung möglich sein, um Nahrung anzubauen. Aus diesem Grund wurde ihnen erlaubt, ihre Erzeugnisse zu verkaufen, bevor sie gewachsen bzw mit deren Anbau begonnen wurde. Es wird damit das zeitliche Auseinanderfallen von Leistungs- und Gegenleistungsaustausch in einem vertraglichen Verhältnis erlaubt. Der Salam-Käufer muss bei Abschluss des Geschäfts den Kaufpreis sofort entrichten. Damit ergeben sich Konfliktpotentiale mit den Schlüsselprinzipien. Der Salam-Käufer wird begünstigt, sofern der Marktpreis für die gekaufte Ware im Zeitpunkt der Warenlieferung unter dem von ihm gekauften Preis liegt. Für den Salam-Verkäufer gilt dies umgekehrt. Einer von beiden profitiert jedenfalls mehr als bei sofortigem Leistungsaustausch. Da die Marktpreise regelmäßig nicht vorhersehbar sind, liegt dem Geschäft eine spekulative Komponente zugrunde (Gharar). Das Riba-Verbot ist insofern betroffen, als eine solche Transaktion eine Diskontierung beinhaltet. Der im Voraus zu zahlende Salam-Preis ist in der Regel niedriger als der Kassapreis im Lieferzeitpunkt¹⁸. Aus beiden Gründen wurden strenge Voraussetzungen an die Zulässigkeit von Salam-Kontrakten geknüpft, die hauptsächlich den Vertragsgegenstand betreffen. Dieser muss eine vertretbare Sache sein, die hinsichtlich Qualität und Quantität detailliert beschrieben ist. Kann der Verkäufer zum vereinbarten Liefertermin seiner Verpflichtung nicht nachkommen, dann muss er sich am Markt mit der Ware eindecken. Salam stellt deshalb das Einfallstor für moderne Terminkontrakte dar. Sofern ein tatsächlicher Warenaustausch stattfindet, wird dies nach allen juristischen Schulen als zulässig angesehen.

¹⁷ *El-Gamal*, S. 98, 2006.

¹⁸ *Ebd.*, S. 81f.

B.III.6. Istisnaa

Das letzte der sechs klassischen Finanzinstrumente verfolgt auch den Ansatz des Erwerbs einer noch nicht existenten Sache. Das als Istisnaa bezeichnete Verhältnis ermöglicht den Verkauf einer noch herzustellenden Sache. In Abgrenzung zu Salam ist es auch in Bezug auf unvertretbare Sachen erlaubt, sodass es in der Praxis oft als Werklieferungsvertrag im Rahmen von Infrastrukturprojekten anzutreffen ist. Der Istisnaa-Vertrag bezieht sich vollständig auf die Zukunft. Bei Vertragsschluss findet kein Leistungsaustausch statt¹⁹. Die Gegenleistung muss nicht sofort bei Vertragsschluss vollständig beglichen werden, sondern kann in einzelnen Raten beglichen werden. Eine zeitlich präzise Vereinbarung der separaten Raten ist nicht notwendig. Die Teilraten können vom Entwicklungsfortschritt der Istisnaa-Sache abhängig gemacht werden. Als Finanzierungsform existiert das Parallel-Istisnaa, das aus unterschiedlichen Verträgen besteht. Wendet sich zum Beispiel ein Kunde an seine Bank, um einen Hausbau zu finanzieren, so schließt die Bank als finanzierender Mittler zwei Istisnaa-Verträge zeitnah hintereinander ab. Zuerst wird der Vertrag mit dem Käufer abgeschlossen, unter besonderer Beachtung des Kaufpreises und des endgültigen Fertigstellungstermins. Dabei kalkuliert die Bank inklusive ihres Gewinnzuschlags. In einem zweiten Schritt wird mit einem Bauträger der Parallel-Istisnaa abgeschlossen, der die Fertigstellung des Hauses zu dem im ersten Vertrag vereinbarten Zeitpunkt garantiert. Um Risiken zu minimieren, kommt es in der Praxis zu einer engen Abstimmung zwischen allen Beteiligten, sodass der Käufer etwa erst selbst den Bauträger aufsucht und auch die Bauüberwachung in Eigenregie vornimmt.

C. Islamic Bonds – Sukuk

Anleihen erweisen sich seit einigen Jahren als Wachstumsmotor im Islamic Banking. Die Strukturierung dieser als Sukuk bezeichneten Finanzierungsform ist vielfältig und basiert in der Regel auf einem der klassischen Kapitalmarktinstrumente. Es existiert regelmäßig eine Zweckgesellschaft (Special Purpose Vehicle = SPV), die verbrieft Anteile an die Investoren ausgibt. Sukuk-Strukturen lassen sich in drei Phasen unterteilen²⁰: das schariakonforme Grundgeschäft, welches grundsätzlich aus einem der oben dargestellten Modelle besteht, die Umwandlung des Risikos sowie die Verbriefung der Ansprüche.

C.I. Marktüberblick

Das nach Scharia-Grundsätzen ausgegebene Anleihevolumen ist im Jahr 2007 um 73 Prozent im Vergleich zu 2006 gestiegen, auf insgesamt über 50 Milliarden US-Dollar²¹. Bis zu Beginn der Wirtschaftskrise existierte die Erwartung, dass bis zum Ende dieser Dekade Sukuks im Wert von über 100 Milliarden US Dollar emittiert werden. Im Zuge der weltweiten Krise reduzierten sich die Sukuk-Emissionen im Jahr 2008 um mehr als 50 Prozent. Von dem angekündigten Gesamtvolumen von etwa 45 Milliarden US-Dollar wurden tatsächlich nur 15,1 Milliarden realisiert²².

¹⁹ *Mahlknecht*, S. 139ff., 2009.

²⁰ *Müller*, S. 103ff., 2008.

²¹ *Khalaf*, 07.02.2008.

²² *Hijazi*, 28.01.2009.

C.II. Ijarah-Sukuk: Stichting-Sachsen-Anhalt-Trust

Als abschließendes Beispiel führe ich an dieser Stelle den ersten Sukuk an, der OECD-weit realisiert wurde²³. Interessanterweise erfolgte dies in Deutschland. Im August 2004 hat das deutsche Bundesland Sachsen-Anhalt eine Ijarah-Anleihe in Höhe von 100 Millionen US-Dollar über ein SPV als Treuhandzertifikate²⁴ emittiert. Diese Sukuk-Anleihe war an den Börsen Luxemburg und Bahrain gelistet, wurde mit einem S&P Credit Rating von „AA-“ und einem AAA-Fitch-Rating bewertet (Besicherung durch die Bundesrepublik Deutschland), hatte eine 5-Jahres-Laufzeit bis zur Endfälligkeit am 13. August 2009 und war mit einem variablen Zinssatz (6-Monats-EURIBOR plus 1 Basispunkt) ausgestattet²⁵. Vergleichen lässt sich die folgende Struktur mit einer Sell-And-Lease-Back-Transaktion²⁶.

Das Bundesland Sachsen-Anhalt schließt einen Hauptleasingvertrag mit einem speziell dafür gegründeten SPV (in der Form eines niederländischen Trusts) ab. In diesem Vertrag tritt das Land als Leasinggeber auf. Es verleast die Nutzungsmöglichkeit an den Immobilien langfristig (100 Jahre) an den Leasingnehmer. Diese lange Laufzeit macht es möglich, Schariakonformität herzustellen, weil das SPV dadurch eine eigentumsähnliche Position erlangt und deshalb selbst Anteile ausgeben kann. Der Trust zahlt dafür eine Hauptleasingrate in Höhe von 100 Millionen US-Dollar an das Land Sachsen-Anhalt.

Weil die tatsächliche Nutzung aber beim Land liegen soll, wird ein kurzfristiger, von der Laufzeit der Anleihe abhängiger zweiter Leasingvertrag abgeschlossen. In diesem ist das SPV der Leasinggeber und Sachsen-Anhalt der Leasingnehmer. Das Land zahlt regelmäßige Unter-Leasingraten für die Nutzung, die in diesem Fall an den 6-Monats-EURIBOR gekoppelt sind und einen Aufschlag beinhalten.

Nach Abschluss dieser Verträge gibt das SPV Anleihezertifikate in Höhe von 100 Millionen US-Dollar aus. Zu diesem Zeitpunkt steht, durch die vorherigen Leasingverträge, das Investitionsobjekt genau fest. Im Rahmen des Hauptleasings zahlt das SPV den Emissionserlös an das Bundesland. Den für die Nutzung der Immobilien an das SPV gezahlte Betrag gibt dieses an die Investoren in Form von Couponzahlungen weiter. Es handelt sich dabei nicht um verbotenen Geldzins, sondern um Kompensation für das durch die Anteilsübertragung übernommene „Eigentumsrisiko“. Nach Ablauf der 5-jährigen Laufzeit wird das Land Sachsen-Anhalt im August 2009 100 Millionen an das SPV zurückzahlen und dafür das Volleigentum am Immobilienpool erhalten. Dieses kauft wiederum die im Jahr 2004 ausgegebenen Anteilsscheine zum Nennwert zurück.

Im Rahmen dieser Transaktion hat sich das Land einen gänzlich neuen Investorenkreis erschlossen. 60 % der ausgegebenen Anteile wurden von Investoren aus Bahrain und den Vereinigten Arabischen Emiraten gezeichnet²⁷.

²³ Gassner/Wackerbeck, S. 104ff., 2007.

²⁴ Die Begriffe Anteile und Zertifikat werden im Folgenden synonym verwendet.

²⁵ Landtag von Sachsen-Anhalt, Drucksache 4/1787, 2004.

²⁶ Müller, S. 104, 2008.

²⁷ El-Gamal, S. 113, 2006.

D. Literaturverzeichnis

- Abdulkader*, Thomas; Interest in Islamic Economic; Taylor & Francis, 2005
- Altundag* Paolo, *Haldi* Nadia; Handbuch Islamic Banking; Luna Verlag/Pfäffikon SZ, 2005
- El-Gamal* Mahmoud A.; Islamic Finance; Cambridge University Press, 2006
- Faisal* Hijazi; Global Sukuk issuance and the 2008 slowdown; CPI Financial, vom 28.01.2009
<http://www.cpifinancial.net/v2/fa.aspx?v=0&aid=181&sec=Islamic%20Finance>
- Gassner* Michael, *Wackerbeck* Philipp; Islamic Finance; Bank-Verlag Medien, 2007
- Khalaf* Roula; Islamic bonds hit by growing religious concerns; Financial Times Online, vom 07.02.2008
<http://www.ft.com/cms/s/0/c6bd9d74-d51f-11dc-9af1-0000779fd2ac.html>
- Mahlknecht* Michael; Islamic Finance; Wiley-Vch Verlag, 2009
- Molyneux* Philip, *Iqbal* Munawar; Banking and Financial Systems in the Arab World; Palgrave MacMillan, 2005
- Müller* Robert; Grundlagen, Dokumentation und rechtliche Einordnung islamischer Zertifikate (Sukuk); in Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Ausgabe 3, 2008, S. 102-109, C.H. Beck Verlag
- Nagel* Tilman; Das islamische Recht; WVA-Verlag, 2001
- Usmani* Taqi Muhammad; The concept of Musharakah and its application as an Islamic method of financing; in: Arab Law Quarterly, 1999, S. 203-220, Brill Academic Publishers
- Yousefi* Mahmood, *McCormick* Ken, *Abizadeh*, Sohrab; Islamic Banking and Friedman's Rule; in: Review of Social Economy, Jahrgang 53, Ausgabe 1, 1.Quartal 1995, S.65-87, Taylor & Francis

Die vorweggenommene Erbfolge aus notarieller Sicht

Dr. Christoph Beer, Wien

A. Die Vermögensübertragung

Das Thema dieses Beitrages, „**Die vorweggenommene Erbfolge**“ bedeutet, dass die Erbfolge durch ein **Rechtsgeschäft unter Lebenden** vorweggenommen wird. Der Übergeber überträgt sein Vermögen (insbesondere Immobilien, Unternehmen) zu Lebzeiten an den Übernehmer, der häufig ein Kind des Übergebers ist.

Es findet also zivilrechtlich betrachtet ein **Eigentümerwechsel** statt, und wie für jeden Eigentümerwechsel benötigt man auch hier **Titel** und **Modus**, also einen **Übertragungsvertrag** und einen **Übertragungsakt**.

In der Praxis gewinnt die vorweggenommene Erbfolge genauso wie das gesamte Erbrecht ständig an Bedeutung. Der Grund hierfür ist, dass der Wert der zu vererbenden Vermögen größer wird und damit erfahrungsgemäß auch die Streitbereitschaft der Erben steigt. Mit einer klugen vorweggenommenen Erbfolge kann man viele potentielle Rechtsstreite verhindern und erfahrungsgemäß sind die Erben zu Lebzeiten der Eltern-generation bereiter, die Lösungsvorschläge der Eltern zu akzeptieren.

Im Hinblick darauf, dass es sich bei diesem Beitrag um einen solchen aus der Praxis und nicht um eine wissenschaftliche Arbeit handelt, muss der gesamte Fußnotenapparat mit Zitaten aus der Literatur und Rechtsprechung entfallen.

B. Der Übertragungsvertrag

Als Titel für die Eigentumsübertragung kommen insbesondere **Kauf, Schenkung** und die dazwischenliegenden „**gemischten Verträge**“ in Frage. Gegenstand dieses Beitrages sind nur solche Verträge, die zumindest teilweise **unentgeltlich** sind.

Bei den „gemischten Verträgen“ spricht man auch von „**gemischten Schenkungen**“ oder „**Übergabsverträgen**“. Die Bezeichnung eines derartigen Vertrages ist aber irrelevant. Die gemischte Schenkung ist nicht auf bestimmte Geschäftstypen beschränkt, sie kann bei allen Arten von Verträgen, so auch bei Gesellschaftsverträgen und Leibrentenverträgen, vorliegen. Für die zivilrechtliche Beurteilung kommt es immer darauf an, ob die Vertragsparteien einen Teil der Leistung als geschenkt ansehen wollen. Der Schenkungswille ist allerdings zu vermuten, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein so erhebliches **Missverhältnis** besteht, dass den Vertragsparteien bewusst gewesen sein muss, dass zumindest teilweise unentgeltlich zugewendet wurde. Es kommt also im Ergebnis darauf an, in welchem Verhältnis **Leistung** und **Gegenleistung** stehen.

Hierbei ist die **Leistung**, also zB die Liegenschaft oder das Unternehmen, nicht mit steuerlichen Werten, wie zB dem Einheitswert, sondern mit dem **Verkehrswert** zu bemessen.

Als **Gegenleistung** kommt grundsätzlich jeder Vermögenswert in Betracht, so zum Beispiel **Geld** – als Einmalzahlung, in Raten oder verschiedensten Formen von **Renten** (Kaufpreisrenten, Versorgungsrenten). Als Gegenleistung kann auch verein-

bart werden, dass der Geschenknehmer dem Geschenkgeber bestimmte **Nutzungsrechte** am übertragenen Vermögen einräumt. Hier ist in erster Linie das weitest gehende Nutzungsrecht, der **Fruchtgenuss**, in Betracht zu ziehen. Bei einer Vermögensübertragung gegen Einräumung des Fruchtgenussrechtes („Vorbehaltsfruchtgenuss“) bleibt der Geschenkgeber „wirtschaftlicher Eigentümer“ des Vermögens, er kann die Immobilie vermieten und damit auch weiterhin die Früchte aus dem Vermögen ziehen. Bei Immobilien wird auch häufig ein **Wohnungsgebrauchsrecht** eingeräumt, bei dem der Geschenkgeber die Immobilie lebenslang unentgeltlich benutzen kann. Er kann allerdings das Nutzungsrecht nicht an Dritte übertragen.

C. Die zivilrechtlichen Folgen von unentgeltlichen Zuwendungen

C.I. Der Ausgangsfall

Bei jeder zumindest teilweise unentgeltlichen Vermögensübertragung stellt sich das Problem der **Schenkungsanrechnung**. Diese Thematik betrifft den gesamten Bereich der Unentgeltlichkeit und spielt damit auch bei **allen gemischten Verträgen** eine entscheidende Rolle.

Lassen Sie mich dieses im Detail sehr komplizierte Problem anhand eines einfachen Sachverhaltes erläutern:

Ein Unternehmer besitzt ein gut gehendes mittelständisches Unternehmen, der Einfachheit halber keine Frau und zwei Söhne. Der Sohn *Frank* hat gerade eine erstklassige Ausbildung absolviert und auch schon gelegentlich im Unternehmen mitgearbeitet. Der andere Sohn *Gunther* studiert seit vielen Jahren, zum Beispiel Soziologie. Der Vater möchte in Pension gehen und das Unternehmen, das einen Wert von € 1.000.000,-- hat, an den Sohn *Frank* schenken. Der Vater besitzt sonst kein nennenswertes Vermögen.

Die Schenkung ist natürlich kein Problem, aber ein in seinem Pflichtteil verletzter Pflichtteilsberechtigter hat das Recht, die sog **Schenkungsanrechnung** zu verlangen, und das noch dazu **unbefristet**. Worum geht es?

C.II. Das Pflichtteilsrecht

Dazu vorweg in aller Kürze ein paar Worte zum **Pflichtteilsrecht**: Das Pflichtteilsrecht sichert gewissen nahen Angehörigen einen **Mindestanteil** am Wert des Nachlasses. Pflichtteilsberechtigt sind die **Nachkommen** (Kinder, Enkelkinder), wenn es solche nicht gibt auch die **Vorfahren** (Eltern) sowie der **Ehegatte** (§ 762 ABGB). Der Umfang des Pflichtteilsanspruches der Kinder und des Ehegatten beträgt die **Hälfte** des gesetzlichen Erbteils (§ 765 ABGB).

Wichtig ist, dass der Pflichtteilsanspruch ein **Geldanspruch** und kein Sachanspruch ist. Der Pflichtteilsberechtigte kann daher nicht etwa die Übertragung des Unternehmens oder von Teilen desselben in natura verlangen.

Zur Ermittlung der Höhe des Pflichtteils ist der Nachlass auf den Stichtag des Todes zu schätzen (§ 784 ABGB). Die Schätzung besteht in einer Aufzeichnung und Bewertung aller Aktiven und Passiven. Die **Aktiven** sind zum gemeinen Wert zu bewerten, wobei es darauf ankommt, ob nach der Verkehrsauffassung der Wert einer Sa-

che vom Ertrag bzw Nutzen (Ertragswert) oder von der Veräußerung (Verkehrswert) abhängig ist. Von der Summe der Aktiven werden die **Passiven** abgezogen: Das sind die Schulden des Erblassers und die Erbfallsschulden (wie zB Begräbniskosten, Kosten der Inventarisierung und der Verlassenschaftsabhandlung, nicht aber die Kosten der Vertretung der Erben im Verlassenschaftsverfahren). Vermächtnisse, Vorausvermächtnis, Schenkung auf den Todesfall und aus dem letzten Willen entspringende Lasten sind nicht abzuziehen (§ 786 ABGB). Der so ermittelte **reine Nachlass** ist die Basis für die Berechnung der Höhe des Pflichtteilsanspruches.

C.III. Die Schenkungsanrechnung

Nun könnte der Erblasser Pflichtteilsansprüche dadurch **vereiteln**, dass er vor seinem Tod sein gesamtes Vermögen verschenkt. Der Pflichtteilsanspruch ginge ins Leere, wenn zum Todeszeitpunkt kein Nachlass vorhanden ist. Dies verhindert das Institut der **Schenkungsanrechnung** (§ 785 ABGB): Jeder Pflichtteilsberechtigte kann nämlich verlangen, dass die Schenkung dem Nachlass rechnerisch hinzugeschlagen wird und von diesem höheren Betrag der Pflichtteil berechnet wird. Reicht der Nachlass zur Deckung des so errechneten Pflichtteilsanspruches nicht aus, so kann der Pflichtteilsberechtigte vom Beschenkten die **Herausgabe des Geschenkes** verlangen, soweit dies zur Deckung des Fehlbetrages notwendig ist (sog **Schenkungsanfechtung**, § 951 ABGB).

Auf unseren Fall umgelegt heißt das: Der Vater hinterlässt zwei Kinder, deren gesetzlicher Erbteil beträgt je die Hälfte des Nachlasses. Der Pflichtteil jedes Kindes beträgt daher ein Viertel. Der Vater hat zu Lebzeiten sein gesamtes Vermögen an *Frank* verschenkt. Der Nachlass beträgt „null“. *Gunther* ist daher in seinem Pflichtteil verletzt und kann **nach dem Tod** des Vaters verlangen, dass der Wert der Schenkung zum Nachlass dazugerechnet wird, also „null“ + € 1 Mio, und von dem so errechneten Wert sein Pflichtteil berechnet wird, also $\frac{1}{4}$ von € 1 Mio = € 250.000,--. Da der Nachlass zur Deckung dieses Anspruches nicht ausreicht, kann *Gunther* von *Frank* die Zahlung von € 250.000,-- bei sonstiger Exekution in die geschenkte Sache verlangen. Und dies ab dem Tod des Vaters, da der Pflichtteilsanspruch sofort fällig ist. Wenn sich nun im Unternehmen keine liquiden Mittel befinden und auch *Frank* über derartige nicht verfügt, müsste er im Ernstfall das Unternehmen verkaufen, um den Pflichtteil bezahlen zu können. Aus diesem Grund fordern die Notare schon seit längerem die Einführung einer Stundungsmöglichkeit für den Pflichtteil.

C.IV. Die Bewertung

Ein weiteres Problem besteht in der im Pflichtteilsrecht sehr unbefriedigend geregelten **Bewertung des Schenkungsgegenstandes**. Das Gesetz ist klar: **Unbewegliche** Sachen werden mit dem Wert zur Zeit des Empfanges (= **Schenkungszeitpunkt**), bewegliche Sachen mit dem Wert zur Zeit des Erbanfalls (= **Todeszeitpunkt**) veranschlagt (§ 794 ABGB). Der OGH hat jedoch die an sich klare gesetzliche Regelung korrigierend ausgelegt: Entscheidend sei nämlich, welchen Wert die Verlassenschaft hätte, wenn die Schenkung unterblieben wäre. Damit ist im Ergebnis des OGH der Wert im Todeszeitpunkt maßgeblich.

Bei einem Unternehmen besteht zusätzlich das Problem, dass es aus beweglichen und unbeweglichen Teilen bestehen kann. Der OGH sprach sich in JBl 1975, 208 dafür aus, dass entsprechend der gesetzlichen Bestimmung auch eine **getrennte Bewertung**

erfolgen soll. Dies wurde von der Lehre einhellig abgelehnt und die Auffassung vertreten, dass der Wert des gesamten Unternehmens unter Berücksichtigungen des „good will“ **einheitlich** zu ermitteln ist, wobei die Bewertung wie bei unbeweglichen Sachen im Schenkungszeitpunkt zu erfolgen habe.

Zurück zum Ausgangsfall: Auch im Bereich der Bewertung gibt es für *Frank* einige Unsicherheiten, auf die er sich nicht einlassen möchte. Er hat aufgrund seiner guten Ausbildung auch verschiedene Angebote von anderen Unternehmen. Was kann man *Frank* empfehlen?

D. Der Erb- und Pflichtteilsverzicht

D.I. Allgemeines

Absolute Sicherheit hat *Frank* nur, wenn sein Bruder *Gunther* einen **Erb- oder Pflichtteilsverzichtungsvertrag** mit dem *Vater* abschließt: Dabei handelt es sich um einen Vertrag zwischen dem **Pflichtteilsberechtigten** und dem potentiellen **Erblasser** (im konkreten Fall also zwischen *Gunther* und dem *Vater*), in dem der Pflichtteilsberechtigte auf seinen Pflichtteilsanspruch am Nachlass des Erblassers verzichtet (§ 551 ABGB analog).

Achtung: Ein Vertrag zwischen *Frank* und *Gunther*, in dem dieser auf seinen Pflichtteil verzichtet, ist **unwirksam** (§ 879 Abs 2 Z 3 ABGB). Wenn also die beiden Kinder vereinbaren, dass *Frank* *Gunther* eine Abschlagszahlung gibt, und *Gunther* verzichtet dafür auf den Pflichtteil oder die Schenkungsanrechnung, so ist diese Vereinbarung nichtig.

Noch weitergehend als der Pflichtteilsverzicht ist der **Erbverzicht**, bei dem *Gunther* nicht nur auf seinen Pflichtteil, sondern auf seinen künftigen Erbteil verzichtet. Im Zweifel umfasst ein Erbverzicht den gesetzlichen Erbteil und den Pflichtteil, ein Pflichtteilsverzicht aber nur den Pflichtteil.

Ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht kann **unentgeltlich** erfolgen oder **entgeltlich**, also gegen Zahlung einer **Abfindung**. Als Abfindung kann Geld oder auch jeder andere Vermögenswert vereinbart werden.

Mit einem **Pflichtteilsverzicht gegen Zahlung eines Entgeltes** „kauft“ sich der Erblasser gewissermaßen jenen **Gestaltungsspielraum**, der durch das Pflichtteilsrecht eingeschränkt wird. Um diesen Gestaltungsspielraum in der Folge auch auszunützen, ist es notwendig, dass der Erblasser eine letztwillige Verfügung errichtet, in der der auf den Pflichtteil Verzichtende auch wirklich auf den Pflichtteil gesetzt wird. Sonst kann es nämlich passieren, dass der auf den Pflichtteil Verzichtende gesetzlicher Erbe wird und über die sog „Anrechnung auf den gesetzlichen Erbteil“ mehr erhält, als der Erblasser eigentlich vorgesehen hat.

Der Erb- oder Pflichtteilsverzicht wirkt im Zweifel auch **zu Lasten der Nachkommen** des Verzichtenden (§ 551 ABGB). Wenn also *Gunther* vor dem *Vater* verstirbt, so wären *Gunthers* Kinder an sich erb- und pflichtteilsberechtigt, aber der Verzicht wirkt auch für sie. Das ist insbesondere dann logisch, wenn für den Verzicht eine Abfindung bezahlt wurde.

Wichtig ist, dass sowohl der Erb- und Pflichtteilsverzicht (und auch alle weiteren Verzichte, die in diesem Kapitel besprochen werden, also Verzicht auf Schenkungsan-

rechnung usw) nur in Form eines **Notariatsaktes** oder **gerichtlichen Protokolls** abgeschlossen werden können (§ 551 ABGB). **Ein Formmangel bewirkt Nichtigkeit!** Wenn also bei einem Pflichtteilsverzichtsvertrag nur die Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt werden, ist dieser formungültig und damit nichtig.

D.II. Der Verzicht auf die Schenkungsanrechnung

Der Pflichtteilsverzicht muss sich nicht auf den gesamten Pflichtteil beziehen, sondern kann auch nur eine bestimmte Schenkung umfassen. Dabei wird auf den Anspruch verzichtet, dass eine bestimmte Schenkung bei der Berechnung des Pflichtteils in Anschlag gebracht wird. Ein solcher Verzicht auf die Schenkungsanrechnung muss ebenfalls zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten abgeschlossen werden und bedarf der Notariatsaktsform.

Der Verzicht auf die Schenkungsanrechnung kommt in der Praxis zur Anwendung, wenn der Erblasser einzelne Vermögenswerte zu Lebzeiten verschenken möchte und weiteres Vermögen bis zu seinem Tod behält.

D.III. Der bedingte Pflichtteilsverzicht

Es besteht natürlich auch die Möglichkeit, einen Pflichtteilsverzicht oder einen Verzicht auf die Schenkungsanrechnung unter bestimmten **Bedingungen** abzuschließen, zB: *Gunther* verzichtet auf seinen Anspruch auf Schenkungsanrechnung unter der Bedingung, dass er bis spätestens ein Jahr nach dem Tod des Vaters 25 % am gegenständlichen Unternehmen erhält. Auch im Bereich der Bedingungen gibt es einen sehr breiten Spielraum zur Vertragsgestaltung.

E. Sonstige flankierende Maßnahmen

E.I. Hinterlassung des Pflichtteils als Legat

Wenn es unmöglich ist, mit *Gunther* eine Vereinbarung zu schließen, so gibt es noch zwei weitere Möglichkeiten, das Problem der Schenkungsanrechnung zu entschärfen:

Nach § 774 ABGB kann der Pflichtteil in Gestalt eines Erbteils oder Vermächtnisses auch ohne Bezeichnung als Pflichtteil hinterlassen werden. Er muss aber dem Pflichtteilsberechtigten ganz frei bleiben. Jede einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig.

Dazu möchte ich auf den Ausgangssachverhalt Bezug nehmend einen praktischen Vorschlag unterbreiten: Der Vater schenkt 75 % des Unternehmens an *Frank* und gründet mit diesem eine Kommanditgesellschaft, an der er zu 25 % als Kommanditist beteiligt bleibt. Diesen Kommanditanteil vermachte er mit einer letztwilligen Verfügung als Legat an den Sohn *Gunther* zur Abgeltung des Pflichtteilsanspruches.

Genauso ist es natürlich möglich, einen der Pflichtteilsquote entsprechenden **GmbH-Geschäftsanteil** oder eine **Unterbeteiligung** (OGH in NZ 2000,44) an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft zur Abgeltung des Pflichtteilsanspruches zu hinterlassen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die hinterlassenen Anteile bzw die hinterlassene Unterbeteiligung wertmäßig dem rechnerisch nach den Verlassenschaftsaktiva zu ermittelnden Pflichtteilsanspruch entsprechen.

Wird der Pflichtteil als Legat hinterlassen, ist der Pflichtteilsberechtigte nicht berechtigt, das Legat auszuschlagen und stattdessen den Pflichtteil in Geld zu fordern.

E.II. Pflichtteilsverzicht des Beschenkten

Es besteht auch die Möglichkeit, dass der Beschenkte – also *Frank* – auf seinen Pflichtteil verzichtet (bisher wurde nur den Pflichtteilsverzicht von *Gunther* erörtert). Der **Pflichtteilsverzicht des Beschenkten** kommt in der Praxis häufig vor, wenn der Erblasser einzelne Pflichtteilsberechtigte zu Lebzeiten abfinden möchte.

Beispiel: Der Erblasser schenkt seinen beiden Kindern je eine Eigentumswohnung, und beide Kinder geben einen Pflichtteilsverzicht ab. Damit hat der Erblasser zwei Ziele gleichzeitig erreicht: Er verhindert einerseits, dass seine Kinder nach seinem Tod wegen etwaiger Pflichtteilsverletzungen streiten. Andererseits hat er über sein restliches Vermögen vollkommene Dispositionsfreiheit gewonnen und kann zum Beispiel seiner zweiten Frau das Haus und das Aktiendepot vererben, ohne dass die Witwe den Kindern Pflichtteile auszahlen muss.

Wenn nun der Beschenkte auf seinen Pflichtteil verzichtet, kann dies folgenden „Nebeneffekt“ haben: Von der Schenkungsanrechnung ausgenommen sind nämlich Schenkungen, die **früher als 2 Jahre** vor dem Tod des Erblassers an **nicht pflichtteilsberechtigten Personen** gemacht wurden (**befristete Anrechnung**, § 785 Abs 3 ABGB). Dagegen sind Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen **unbefristet** anzurechnen – also auch wenn sie zum Beispiel 20 Jahre zurückliegen. Dass diese konträren Rechtsfolgen von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte und solchen an nicht pflichtteilsberechtigte zu schwankender Judikatur und heftigen Meinungsstreitigkeiten geführt haben, verwundert nicht. Ohne auf die dabei verwendeten Begriffe wie abstrakte und konkrete Pflichtteilsberechtigung, familia suspecta und Reziprozität näher eingehen zu wollen, besteht folgende Möglichkeit: Wenn *Frank* einen notariellen Pflichtteilsverzicht abgibt und ihm erst danach das Unternehmen geschenkt wird, so liegt eine Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person vor. Wenn dann der Vater nach Ablauf von mindestens zwei Jahren nach der Schenkung verstirbt, entfällt die Schenkungsanrechnung zur Gänze und *Gunther* geht leer aus.

Die Gefahr dieser Vorgangsweise besteht jedoch darin, dass der geschilderte Nebeneffekt des Pflichtteilsverzichts des Beschenkten kein Nebeneffekt ist, sondern der Pflichtteilsverzicht nur abgegeben wird, um in den Genuss der befristeten Anrechnung zu kommen. In diesem Fall qualifiziert der OGH den Pflichtteilsverzicht als **Rechtsmissbrauch**, womit es wiederum zur unbefristeten Anrechnung kommt.

E.III. Schenkung oder Vorschuss

Stand bei der bisherigen Betrachtung die absichtliche **Bevorzugung** eines Kindes gegenüber den anderen im Vordergrund, so möchte ich nunmehr den Aspekt betrachten, dass der Geschenkgeber seine Kinder möglichst **gleich** behandeln möchte.

Vereinfacht gesagt geht es um die Frage, ob eine Zuwendung unter Lebenden beim Tod des Erblassers „ausgeglichen“ werden soll und der Zuwendungsempfänger sich die Zuwendung auf den gesamten Pflichtteil (gesetzlichen Erbteil) anrechnen lassen muss und somit entsprechend weniger aus dem Nachlass erhält. Ob ein solcher Ausgleich gewünscht ist, sollte eigentlich eine standardmäßige Frage jedes Errichters eines Schenkungsvertrages an den Geschenkgeber sein. Wünscht der Geschenkgeber

den Ausgleich, so muss **im Schenkungsvertrag die Verrechnung der Schenkung mit dem Pflichtteil** (gesetzlichen Erbteil) vereinbart werden (§ 789 ABGB). Wichtig ist, dass eine einseitige nachträgliche Anordnung der Verrechnung, wie sie sich in selbst verfassten Testamenten immer wieder findet, ungültig ist.

Aus meiner Kanzleipraxis kann ich berichten, dass fast alle Eltern, die Vermögensgegenstände an eines ihrer Kinder schenken, eine derartige Verrechnung mit dem Pflichtteil (gesetzlichen Erbteil) wünschen, weil damit ein gerechterer Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten und gesetzlichen Erben herbeigeführt wird und andererseits der Dispositionsspielraum des Erblassers über sein Vermögen deutlich erweitert wird. Diesem Wunsch wird in der Praxis nicht genügend Rechnung getragen. Es wird daher bei der derzeit laufenden Diskussion über eine Reform des Anrechnungsrechts erwogen, grundsätzlich alle Zuwendungen anzurechnen, die der Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden einem Pflichtteilsberechtigten zugewendet hat. Die Anrechnung hat nur zu unterbleiben, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde oder der Erblasser die Anrechnung letztwillig erlässt. Diese Neuregelung würde dem üblichen Willen der Vertragsparteien wesentlich besser entsprechen und ist daher zu befürworten.

Zur Abrundung des Themas sei noch auf eine weitere wichtige Unterscheidung zwischen Schenkung und Vorschuss hingewiesen: § 951 ABGB, der die Herausgabepflicht bei Schenkungen regelt, ist auf Vorschüsse nicht anzuwenden. Vorschüsse unterliegen daher nur insoweit der Herausgabepflicht, als sie die Höhe des Pflichtteiles übersteigen.

E.IV. Die Schenkung unter auflösender Bedingung

Ein in der Praxis von den Geschenkgebern häufig geäußelter Wunsch besteht darin, dass die geschenkte Sache wieder an den Geschenkgeber zurückfällt, wenn der Geschenknehmer vorzeitig, also vor dem Geschenkgeber, verstirbt. Für diesen Fall kann man im Übertragungsvertrag Vorsorge treffen, indem man den Vertrag unter folgender **auflösender Bedingung** schließt: Sollte der Geschenknehmer vor dem Geschenkgeber versterben, so soll der Vertrag aufgelöst sein und das Vermögen wiederum an den Geschenkgeber zurückfallen. Dieser hat dann wieder alle Dispositionsmöglichkeiten.

Die Schenkung unter auflösender Bedingung ist vor allem bei vorweggenommenen Liegenschaftsschenkungen äußerst beliebt und kann auch als Anmerkung im Grundbuch eingetragen werden.

Eine ähnliche – in der Praxis durchaus gebräuchliche – Vorgangsweise liegt vor, wenn gleichzeitig mit der Schenkung eine **Schenkungen auf den Todesfall** abgeschlossen wurde, mit der der Geschenknehmer die geschenkte Sache dem Geschenkgeber auf den Todesfall zurückschenkt. Der Unterschied dieses Modells zur Schenkung unter auflösender Bedingung besteht meines Erachtens darin, dass die auf den Todesfall geschenkte Sache wie ein Legat zu behandeln ist und somit im Nachlass vorhanden ist. Unter Umständen kann es daher zu einer Kürzung zu Gunsten von Nachlassgläubigern oder Pflichtteilsberechtigten kommen.

Im Falle der Schenkung unter auflösender Bedingung ist dies meines Erachtens nicht der Fall. Die unter auflösender Bedingung geschenkte Sache ist bei Bedingungseintritt dem Zugriff allfälliger Gläubiger oder Pflichtteilsberechtigter entzogen.

Wer nun meint, dass darin eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung der Gläubiger und Pflichtteilsberechtigten zu sehen sei, liegt meines Erachtens falsch: Wirtschaftlich betrachtet, wird nämlich bei der Schenkung unter auflösender Bedingung vorerst nur ein dem **Fruchtgenussrecht ähnliches Anwartschaftsrecht** übertragen. Der Beschenkte kann die geschenkte Liegenschaft ohne jede Einschränkung nutzen, kann aber wiederum nur auflösend bedingtes Eigentum übertragen. Erst wenn der Bedingungseintritt unmöglich wird (also bei Tod des Geschenkgebers vor dem Geschenknnehmer), entfaltet sich die volle Wirkung des Eigentumsrechts.

So wie das Fruchtgenussrecht bei Tod des Berechtigten idR nicht in den Nachlass fällt (§ 529 ABGB), wird auch die unter auflösender Bedingung geschenkte Sache nicht nachlassgegenständlich.

Anlegerschaden

Dr. Dieter Böhmendorfer, Wien

A. Charakteristik des Anlegerschadens

Die Schädigung eines Anlegers tritt regelmäßig infolge unvollständiger oder unrichtiger Informationen und Aufklärungen im Zusammenhang mit dem Kauf bzw dem Verkauf von Wertpapieren ein.

Der Schaden manifestiert sich dabei im bloßen Vermögen des Geschädigten, so dass eine Ersatzfähigkeit des Schadens nach der Rechtsprechung nur dann gegeben ist, wenn sich die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens aus der Rechtsordnung ableiten lässt, wie dies bei Verletzung von Schutzgesetzen, bei sittenwidrigem absichtlichen Verhalten des Schädigers (§ 1295 Abs 2 ABGB) sowie bei der Verletzung von vertraglichen und vorvertraglichen Pflichten der Fall ist¹.

B. Mögliche Anspruchsgrundlagen

B.I. Vertragliche Anspruchsgrundlagen

B.I.1. Irrtum/Arglist

Nach den allgemeinen Regeln kann der Kläger nach § 871 Abs 1 ABGB dann, wenn er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einem wesentlichen Geschäftsirrtum im weiteren Sinn befangen ist – nach § 871 Abs 2 ABGB handelt es sich bei einem Irrtum über Tatsachen, über die der Vertragspartner nach den geltenden Rechtsvorschriften hätte aufklären müssen, immer um einen Geschäftsirrtum –, der vom Geschäftspartner veranlasst wurde, diesem aus den Umständen hätte auffallen müssen, oder wenn der Irrtum vom Irrenden rechtzeitig aufgeklärt wurde, den Vertrag ex tunc anfechten, was Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere zu einem Anspruch auf Rückzahlung des zum Erwerb der Wertpapiere gezahlten Kaufpreises abzüglich der erhaltenen Zinszahlungen führt.

Nach der Rechtsprechung muss ein Irrtum dem Partner dann offenbar auffallen, wenn er bei verkehrüblicher Sorgfalt erkennbar gewesen wäre oder der Partner wenigstens Verdacht hätte schöpfen müssen².

Ist der Irrtum vom Geschäftspartner arglistig verursacht worden – das arglistige Verhalten kann dann, wenn ein Teil in einem Irrtum befangen ist und der andere zur Aufklärung verpflichtet wäre, stattdessen aber den Irrtum bewusst ausnützt, auch in einem Unterlassen liegen³ –, können auch Motivirrtümer angefochten werden. Zudem wird der listig Irreführende dem Vertragspartner nach § 874 ABGB schadenersatzpflichtig (volle Genugtuung).

¹ Vgl RIS-Justiz RS0023122 T 2.

² RIS-Justiz RS 0053188.

³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht ¹³I (2006), 167.

Die Frist zur Anfechtung des Vertrages beträgt nach § 1487 ABGB bei Irrtum 3 Jahre, bei arglistiger Irreführung 30 Jahre ab Vertragsabschluss.

B.I.2. Vertragsverletzungen

Besteht das schädigende Verhalten in der Verletzung eines bestehenden Vertrages (zB Depotverwahrungs- und Kontoführungsvertrag, Anlagevermittlungsvertrag, Anlageberatungsvertrag, Portfolioverwaltungsvertrag, Effektenkommissionsvertrag, Vermögensverwaltungsvertrag) bzw der vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltpflichten, so ergibt sich daraus unter Anwendung des Sorgfaltsmaßstabes der Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB eine Haftung bereits für leichte Fahrlässigkeit⁴.

Der haftende Vertragspartner hat dabei auch für das Fehlverhalten seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen, nach herrschender Rechtsprechung sogar für vorsätzlich rechtswidrige Handlungen der Erfüllungsgehilfen, solange ein innerer Sachzusammenhang der schädigenden Handlungen und der Vertragserfüllung besteht.

Diese Grundsätze der Gehilfenhaftung gelten auch für Vertragsgehilfen und Vermittler im vorvertraglichen Bereich, also bei Verletzung von Schutz- und Sorgfaltpflichten⁵.

B.I.3. Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten

Der Schaden entsteht meist durch das ungerechtfertigte Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der erhaltenen Informationen bzw in Hinblick auf die Risikoaufklärung⁶.

B.I.3.a. Umfang und Inhalt der Aufklärungspflicht

Der Umfang der Aufklärungspflicht hängt dabei immer von den Umständen des Einzelfalls ab. Nach der Rechtsprechung sind entscheidend für den Umfang der Beratungs- und Aufklärungspflicht, die die Bank bei Effektengeschäften trifft, einerseits die erkennbare Unerfahrenheit und Informationsbedürftigkeit des konkreten Kunden und andererseits die Art des beabsichtigten Geschäftes. Als *Grundsatz* kann dabei gelten: ***Je spekulativer die Anlage und je unerfahrener der Kunde, desto weiter reichen die Aufklärungspflichten***⁷.

B.I.3.b. Verpflichtung zur Erstellung eines Anlegerprofils

Das US-amerikanische Recht hat für die Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung den Grundsatz „*Know your Customer*“ geprägt. Diesen Grundsatz hat auch die deutsche Rechtsprechung übernommen⁸.

Sinngemäß Gleiches gilt für den österreichischen Rechtsbereich. Um dem Kunden eine anlage- und anlegergerechte Information erteilen zu können, muss die Bank zuerst die zur Beurteilung der Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden notwendigen Informationen einholen.

⁴ RIS-Justiz RS 0026135.

⁵ Vgl OGH vom 31.01.2007, 3 Ob 283/06y.

⁶ *Winternitz/Aigner*, Die Haftung des Anlageberaters für fehlerhafte Beratung.

⁷ OGH vom 20.01.2005, 2 Ob 236/04a.

⁸ BGH NJW RR 1992, 531; siehe „Erfolgreiche Anlageberatung“ *Dieter Krimphove/Dirk M. Regel*, 2002, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart.

In Bezug auf die Verträge im Zusammenhang mit dem Erwerb und Verkauf von Finanzinstrumenten, die dem Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) unterliegen, waren die Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis bis zum 01.11.2007 in den Wohlverhaltensregeln der §§ 11 ff WAG näher ausgestaltet⁹, seit Inkrafttreten der Novelle 2007 (BGBl I 2007/60) nunmehr in den §§ 38–52 WAG 2007. Aus den letztzitierten Bestimmungen ergibt sich insbesondere die Verpflichtung eines Rechtsträgers¹⁰ nach diesem Gesetz, die Interessen seiner Kunden bestmöglich zu wahren (§§ 38, 52 WAG 2007) und im Vorfeld der Vermittlung bzw der Erbringung von Geschäften zum Erwerb oder zur Veräußerung von Finanzinstrumenten oder Veranlassungen von seinen Kunden Angaben über ihre Erfahrungen und Kenntnisse in Geschäften, die Gegenstand der Wertpapierdienstleistungen sein sollen, über ihre mit den Geschäften verfolgten Ziele und über ihre finanziellen Verhältnisse zu verlangen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist (§§ 43–45 WAG 2007).

B.I.3.c. Verpflichtung zur Kundeninformation

Die Bank hat ihren Kunden in diesem Zusammenhang sodann alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, wobei die Informationserteilung nach der Rechtsprechung dem Gebot vollständiger, richtiger, rechtzeitiger und verständlicher Beratung genügen muss, durch die der Kunde in den Stand versetzt werden muss, die Auswirkungen einer Anlageentscheidung zu erkennen¹¹.

B.I.3.d. Nachberatungspflicht

Am Rande sei noch bemerkt, dass der OGH bei einem Anlageberater, ebenso wie bei einem echten Vermögensverwaltungsvertrag, während der Laufzeit der Anlage eine Nachberatungspflicht und eine Pflicht zu zusätzlichen Informationen annimmt. Wird im Zuge dieser Nachberatungspflicht ein künftiger Ausfallsschaden als unwahrscheinlich dargestellt und damit der Anleger von einer Klage abgehalten, so verstößt die Erhebung der Einrede der Verjährung gegen Treu und Glauben, da die Fristversäumnis auf ein Verhalten des Anspruchsgegners zurückzuführen wäre¹².

B.II. Deliktische Anspruchsgrundlagen

B.II.1. Allgemeines

Als reine Vermögensschädigungen kann der geschädigte Anleger seinen Schaden von einem Schädiger, mit dem er in keinem unmittelbaren Vertragsverhältnis steht, nach § 1295 Abs 2 ABGB grundsätzlich nur dann fordern, wenn der Schaden in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich zugefügt wurde.

⁹ RIS-Justiz RS0120998.

¹⁰ Nach der Legaldefinition des § 15 WAG 2007 sind darunter Kreditinstitute (§ 1 BWG), Wertpapierfirmen (§ 3 WAG 2007), Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 4 WAG 2007) sowie Versicherungsunternehmen (§ 2 Abs 2 WAG 2007) sowie Zweigstellen von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten aus Mitgliedstaaten zu verstehen.

¹¹ Vgl RIS-Justiz RS 0108073 T6.

¹² OGH vom 29.03.2007, 3Ob 40/07i.

Anders gestaltet sich der Fall jedoch dann, wenn der Schädiger bei Zufügung des Schadens ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB verletzt hat, dessen Schutzzweck auch den Zweck verfolgte, den eingetretenen Schaden bei den Anlegern zu verhüten. Dies ist jeweils anhand des Inhaltes der einzelnen Norm zu prüfen, wobei das Gericht das anzuwendende Schutzgesetz teleologisch zu interpretieren hat, um herauszufinden, ob die jeweilige Vorschrift, die übertreten wurde, den im konkreten Fall eingetretenen Schaden hätte verhüten sollen. Wie weit der Normzweck reicht, ist Auslegungsfrage im Einzelfall¹³.

Als Schutzgesetz kommt nach der Rechtsprechung nicht nur ein Gesetz im staatsrechtlichen Sinn, sondern jede Rechtsnorm in Betracht, die bestimmte Personen oder Personengruppen vor der Verletzung ihrer Rechtsgüter schützen soll. Schutzgesetze können generelle und individuelle hoheitliche Anordnungen sein¹⁴. Es handelt sich dabei um abstrakte Gefährdungsverbote, dh konkrete Verhaltensvorschriften, die ein Verhalten schon wegen seiner abstrakten Gefährlichkeit verbieten. Bei der Beurteilung des dabei anzuwendenden objektiven Sorgfaltsmaßstabs ist gemäß § 1297 ABGB davon auszugehen, dass jener Fleiß und jene Aufmerksamkeit geboten sind, die ein wertverbundener Mensch aufwenden würde. Es ist ein Vergleich mit einem „Durchschnittsmenschen“ in der konkreten Lage des Schädigers anzustellen. Bei dieser Beurteilung ist auch das Wissen einzubeziehen, das der Täter um die konkreten Umstände hatte bzw bei gehöriger Aufmerksamkeit haben sollte. Steht das zu beurteilende Verhalten mit dem Verkehrskreis des Täters (zB mit dessen Berufspflichten) in einem engen sachlichen Zusammenhang, so sind – soweit keine ausdrücklichen gesetzlichen Verhaltenspflichten bestehen – die in diesem Verkehrskreis üblichen Anforderungen maßgebend.

Aus diesen Überlegungen scheint es – nicht zuletzt wegen der Sensibilität bzw der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Branche – gerechtfertigt, im Finanzmarktrecht im Allgemeinen (nicht nur im Bereich der Vertragshaftung) den gesteigerten Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB anzuwenden, sodass bei kapitalmarktrechtlichen Schutzgesetzen bereits die leicht fahrlässige Übertretung zu einer Haftung des Schädigers gegenüber den geschädigten Anlegern führen müsste.

Die Rechtsprechung lehnt allerdings außerhalb (vor)vertraglicher Beziehungen die Rechtswidrigkeit und damit die Ersatzfähigkeit nur fahrlässig zugefügter reiner Vermögensschäden grundsätzlich ab¹⁵, wendet den Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB aber im vertraglichen Bereich gegenüber Banken bei Effektengeschäften mit Kunden an¹⁶.

B.II.2. Im Zusammenhang mit Anlegerschäden in Frage kommende Schutzgesetze

Der in Frage kommende Kreis der Schutzgesetze ist im Bereich des Kapitalmarktrechts naturgemäß sehr weit, weshalb hier nur die nach Ansicht des Verfassers wichtigsten, zum Ersatz von Schäden, die im Vermögen von Anlegern eintreten, ge-

¹³ ZVR 1988/94.

¹⁴ Vgl RIS-Justiz RS0027500.

¹⁵ RIS-Justiz RS0023122.

¹⁶ RIS-Justiz RS0026135.

eignet scheinenden Schutzgesetze dargestellt werden können, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

B.II.2.a. Das Vergehen nach § 15 Abs 1 KMG

Das Kapitalmarktgesetz (KMG) und seine sekundärrechtliche Grundlage, die Prospektrichtlinie 2003/71/EG, verfolgen zwei Schutzziele, nämlich den Funktionsschutz des Kapitalmarkts und den Individualschutz des Anlegers¹⁷ (vgl auch Erwägungsgrund 10 der Prospektrichtlinie: „Ziel dieser Richtlinie ... ist es ... den Anlegerschutz und die Markteffizienz sicherzustellen“). Die Prospektfunktion liegt daher auf der Hand: Der Prospekt ist das Medium, mit dessen Hilfe der Informationsschutz des Anlegers bewerkstelligt und die als gegeben vermutete Informationsasymmetrie zwischen Emittent und Anlegerpublikum beseitigt werden soll. Die Prospektpflicht stellt daher im Hinblick auf Anlegerschäden zweifelsfrei ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB dar.

Eng im Zusammenhang mit dem Gebot richtiger und vollständiger Information durch den Prospekt steht § 4 KMG. Kern dieser Bestimmung ist, dass die in einer Werbung für ein Wertpapier enthaltenen Angaben nicht unrichtig oder irreführend sein und darüber hinaus nicht in Widerspruch zu den Angaben des Prospekts stehen dürfen. § 16 Z 3 KMG stellt Werbung entgegen der Vorschrift des § 4 KMG unter (verwaltungs-)strafrechtliche Sanktion.

B.II.2.b. Verbot des Missbrauchs von Insiderinformationen nach § 48b BörseG bzw der Marktmanipulation nach § 48c BörseG

Als nächstes sich unmittelbar auf den Kapitalmarkt beziehendes in Frage kommendes Schutzgesetz ist auf das Verbrechen des Missbrauchs von Insiderinformationen nach § 48b BörseG bzw auf den Verwaltungsstraftatbestand der Marktmanipulation nach § 48c BörseG hinzuweisen. Diese Straftatbestände verfolgen zwar primär den Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (als öffentliches Interesse), darüber hinaus dienen sie aber auch dem individuellen Anlegerschutz, da der mit Insiderinformationsvorsprung auf dem Kapitalmarkt Agierende andere Anleger einem spezifischen Marktrisiko aussetzt¹⁸. Eine „Insiderinformation“ ist nach der Legaldefinition des § 48a BörseG eine öffentlich nicht bekannte, genaue Information, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten von Finanzinstrumenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft und die, wenn sie öffentlich bekannt würde, geeignet wäre, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs sich darauf beziehender derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen, weil sie ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde.

B.II.2.c. Ad-hoc-Publizitätspflicht im Sinne des § 48d BörseG

Mit den oben genannten Verpflichtungen verbunden ist auch die Verpflichtung zur Einhaltung der Ad-hoc-Publizität des § 48d BörseG. Emittenten von Finanzinstrumenten haben danach Insiderinformationen, die sie unmittelbar betreffen, unverzüglich der Öffentlichkeit bekanntzugeben, soweit sie nicht aus aner kennenswerten Gründen den Aufschub der Veröffentlichung beschließen (§ 48d Abs 2 BörseG). Auch diese Bestimmung dient einerseits der Funktionsfähigkeit und Effizienz des Kapital-

¹⁷ Vgl Gruber, ZFR 2007, 22 f; ders, ÖBA 1994, 759 f; ders, WBl 1992.

¹⁸ Vgl dazu Hinterhofer, § 48b BörseG RZ 11.

marktes, soll doch dadurch ein Präventivschutz gegen Insidermissbrauch geschaffen werden und der Zeitraum zur Ausnützung von Insiderinformationen möglichst kurz bzw der Kreis potentieller Insider möglichst klein gehalten werden, in dem kursrelevante vertrauliche Informationen möglichst schnell veröffentlicht werden müssen und so allgemein bekannt werden¹⁹. Zum anderen ist die Ad-hoc-Publizität aber auch Teil der börserechtlichen Publizität zur Information des Anlegers und dient damit dessen (individuellem) Informationsschutz.

B.II.2.d. Vergehen nach § 255 AktG

Weiters kommt kapitalmarktspezifisch das Vergehen nach § 255 AktG als Schutzgesetz in Frage, welches Fehlverhalten von Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates bzw eines Beauftragten (zB eines Abschlussprüfers) sowie eines Abwicklers eines Unternehmens, auf welches das Aktiengesetz anzuwenden ist, bezüglich ihrer Berichte und Darstellungen, die an die Öffentlichkeit oder an die Gesellschafter gerichtet sind, wie insbesondere Jahresabschlüsse (Konzernabschlüsse) und Lageberichte (Konzernlageberichte), bezüglich einer öffentlichen Aufforderung zur Beteiligung an der Gesellschaft, in Vorträgen und Auskünften in der Hauptversammlung, in Auskünften, die einem Abschlussprüfer oder sonstigen Prüfer der Gesellschaft zu geben sind, oder in Berichten, Darstellungen und Übersichten an den Aufsichtsrat oder seinen Vorsitzenden, sanktioniert. Dabei wird die unrichtige Wiedergabe, Verschleierung oder Verschweigung von Verhältnissen der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen oder von erheblichen Umständen, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, verboten.

§ 255 AktG dient nach herrschender Ansicht dazu, die Sicherheit des mit der Gesellschaft in Geschäftsverkehr stehenden Publikums zu gewährleisten sowie das Funktionieren gesellschaftsrechtlicher Mechanismen und Handlungsabläufe (externer Prüfungen) sicherzustellen. Dabei sollen einerseits die Gläubiger der Gesellschaft sowie andererseits auch ihre Aktionäre geschützt werden²⁰.

B.II.2.e. Wohlverhaltensregeln der §§ 38 ff WAG 2007

Während die Wohlverhaltensregeln des WAG alt von der Rechtsprechung – vornehmlich wegen des eigenen Haftungstatbestandes des § 15 WAG alt – nicht als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB angesehen wurden, dürfte den Wohlverhaltensregeln der §§ 38 ff WAG 2007 Schutzgesetzcharakter iSd § 1311 ABGB zukommen²¹.

B.II.2.f. Strafbestimmungen des StGB

Neben diesen speziell auf den Kapitalmarkt abzielenden Tatbeständen kommen selbstverständlich die allgemeinen Straftatbestände des StGB als Schutzgesetze in Betracht, wie vor allem die in diesem Zusammenhang wohl naheliegenden Tatbestände des Betruges nach § 146 ff StGB bzw der Untreue nach dem § 153 StGB. Insbesondere den Bestimmungen der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 StGB und des Betruges nach § 146 StGB, der Täuschung nach § 108

¹⁹ Vgl UVS Wien vom 26.08.2003 zur damals noch in § 82 Abs 6 BörseG geregelten Ad-hoc-Publizitätspflicht.

²⁰ Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Aktiengesetz, § 255 RZ 1f.

²¹ Vgl *Winternitz/Aigner* Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, 18 mwN.

StGB²², aber auch der Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung nach § 286 StGB (diesfalls Solidarhaftung des Schädigers und des Unterlassenden) wurde von der Rechtsprechung bereits Schutzzweckcharakter zuerkannt²³.

C. Potentiell haftender Personenkreis

C.I. Bei vertraglicher Haftung

C.I.1. Vertragspartner

Bei den in Frage kommenden Vertragspartnern von Anlegern handelt es sich regelmäßig um einen oder mehrere der im WAG 2007 genannten Rechtsträger.

Im Normalfall ist davon auszugehen, dass zwischen einem oder mehreren Rechtsträgern und dem Anleger (Kunden) entweder eine vertragliche Bindung oder ein vorvertragliches Schuldverhältnis besteht. In diesem Fall hat der Rechtsträger nicht nur für eigenes rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten, sondern auch für die Verhaltensweisen seiner Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB einzustehen, und zwar unter Anwendung des Sorgfaltsmaßstabes der Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB schon für leichte Fahrlässigkeit.

Als Erfüllungsgehilfen kommen dabei neben den eigenen Mitarbeitern des Rechtsträgers vor allem sogenannte „vertraglich gebundene Vermittler“ (§§ 25 ff WAG 2007) oder „Finanzdienstleistungsassistenten“ (§ 2 Z 15 WAG 2007; WAG alt: „selbständiger Vermittler“) in Betracht.

Nach § 28 Abs 2 WAG 2007 haftet ein Rechtsträger, der einen vertraglich gebundenen Vermittler heranzieht, gemäß § 1313a ABGB für jede Handlung oder Unterlassung des vertraglich gebundenen Vermittlers, wenn dieser in seinem Namen tätig wird.

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Einholung von Kundeninformationen ist umgekehrt aber in § 27 Abs 1 WAG ausdrücklich festgehalten, dass sich ein Rechtsträger, der von einem anderen Rechtsträger den Auftrag erhält, Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen im Namen eines Kunden zu erbringen, auf die Kundeninformationen stützen darf, die von einem anderen Rechtsträger weitergeleitet wurden. Die Verantwortung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der weitergeleiteten Kundeninformation trägt der Rechtsträger, der den Auftrag erteilt hat.

C.I.2. Persönliche Haftung von Erfüllungsgehilfen

Eine persönliche Haftung der Erfüllungsgehilfen scheitert grundsätzlich daran, dass die Rechtsprechung eine Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschäftsherrn und dem Erfüllungsgehilfen als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten eines Dritten, mit der Konsequenz der persönlichen Haftung nach vertraglichen Grundsätzen des Erfüllungsgehilfen gegenüber dem Vertragspartner des Geschäftsherrn, ablehnt. Der eigene Anspruch gegen den Geschäftsherrn hindert die Geltendmachung der Vertragshaftung gegen den Gehilfen²⁴.

²² OGH vom 17.11.2004, 7 Ob 128/04f.

²³ RIS-Justiz RS0112533.

²⁴ ZB: JBl 205, 255; JBl 2007, 102; Evidenzblatt 2008/117.

Der Geschäftsgehilfe wird jedoch dann in eigener Person verantwortlich, wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann, wenn er im Verhältnis zum Dritten ein ausgeprägtes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hat oder bei den Vertragsverhandlungen im besonderen Maß persönliches Vertrauen in Anspruch nahm und dadurch den Verhandlungsverlauf beeinflusste²⁵.

Überdies nimmt die Rechtsprechung eine Haftung eines Anlageberaters wie auch eines (mit geringeren Informationspflichten als ein Anlageberater behafteten) Anlagevermittlers bei Verletzung eines mit Auskunftserteilung schlüssig geschlossenen Auskunftsvertrages an, der den Vermittler entweder zu richtiger und vollständiger Information oder zur Offenlegung seiner fehlenden Sachkunde über jene tatsächlichen Umstände verpflichtet, die für den Anlageentschluss des Interessenten letztendlich von Bedeutung sind²⁶.

C.II. Bei deliktischer Haftung

C.II.1. Unmittelbarer Schädiger

Die deliktische Haftung trifft in erster Linie naturgemäß jene natürliche Person, die durch ihr rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten den Schaden herbeiführt. Da diese jedoch nur selten in der Lage sein wird, den (zumeist einer Vielzahl von Anlegern) verursachten Schaden zu ersetzen, stellt sich die Frage, wann die Verletzung von Schutzgesetzen auch anderen natürlichen wie juristischen Personen zugerechnet, diese also zu einer Haftung für die infolge einer Verletzung von Schutzgesetzen eingetretenen Schäden herangezogen werden können.

C.II.2. Verbandsverantwortlichkeit²⁷

Wird eine Straftat²⁸ zu Gunsten eines Verbandes²⁹ nach diesem Gesetz begangen oder werden durch die Tatbegehung den Verband treffende Pflichten verletzt, so wird nach § 3 Abs 1 VbVG der Verband dann zur Verantwortung gezogen, wenn die Straftat entweder von einem Entscheidungsträger rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde (§ 3 Abs 2 VbVG) oder aber sonstige Mitarbeiter die Straftat verübten und die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische

²⁵ OGH vom 15.07.2007, 1 Ob 182/97i.

²⁶ OGH vom 14.06.1999, 7 Ob 166/99h.

²⁷ Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ist mit 01.01.2006 in Kraft getreten, wird von den Gerichten bisher aber keiner Anwendung zugeführt. So ist bis dato, soweit ersichtlich, keine einzige Entscheidung veröffentlicht.

²⁸ Straftat im Sinne dieses Gesetzes ist eine nach einem Bundes- oder Landesgesetz mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung, weiters Finanzvergehen, soweit dies im FinStrG vorgesehen ist (§ 1 Abs 1 VbVG).

²⁹ Verbände im Sinne dieses Gesetzes sind juristische Personen sowie eingetragene Personengesellschaften und Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen (§ 1 Abs 2 VbVG), ausdrücklich ausgenommen sind aber Verlassenschaften, Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln, darüber hinaus anerkannte Kirchen, Religionsgesellschaften und religiöse Bekenntnisgemeinschaften, soweit sie seelsorgerisch tätig sind.

oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben (§ 3 Abs 3 VbVG).

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz schafft danach keine eigenen Tatbestände, sondern stellt vielmehr Zurechnungsregeln auf, die festlegen, wann die Verwirklichung eines in einem anderen Gesetz umschriebenen Tatbestandes durch Verbandsangehörige die Verantwortlichkeit des Verbandes auslösen kann und zur Verhängung einer Sanktion berechtigt³⁰. Soweit dabei das Anlegervermögen schützende Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB verletzt werden, kommt es dadurch auch zu einer Haftungserweiterung für die verursachten Schäden auf Verbände nach diesem Gesetz.

C.II.3. Organ- bzw Repräsentantenhaftung

Eine deliktische Haftung trifft eine juristische Person darüber hinaus ganz allgemein dann, wenn entweder ihre Organe oder ihre Repräsentanten ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten gesetzt haben.

Bei juristischen Personen sind deren Organe vertretungsberechtigt. Bei Aktiengesellschaften ist dies der Vorstand (§ 71 Abs 1 AktG), bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Geschäftsführer (§§ 18 Abs 1, 19 GmbHG).

Repräsentant ist dagegen jeder, der eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich innehat, demnach alle Personen, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für eine juristische Person ausüben. Auf das Erfordernis eines Wirkungsbereiches, der jenem eines Organs annähernd entspricht, kommt es dabei nicht an. Lediglich Personen, die untergeordnete Tätigkeiten ausüben, kommen nicht in Betracht.

Die juristische Person kann sich aber ihrer Haftung nicht dadurch entziehen, dass sie die ihr obliegenden Aufgaben einem in untergeordneter Stellung Tätigen ohne jegliche weitere Kontrolle überträgt; in einem solchen Fall haftet sie nämlich für das Versäumnis ihrer Organe. Unter Anwendung dieser Kriterien ist der Filialleiter einer Bank als ihr Repräsentant anzusehen³¹.

C.II.4. Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften³²

C.II.4.a. Das Prinzip

Unter Durchgriffshaftung wird die private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson verstanden. Aus Anlass der Haftungserstreckung wird der mit der selbständigen Rechtsperson verbundene Schutzschild der Haftungsbeschränkung zur Seite geschoben, sodass Gesellschaftsgläubiger zusätzlich die Mitglieder der Gesellschaft persönlich mit deren Privatvermögen in Anspruch nehmen können³³.

Der Grund für die Anwendung einer Durchgriffshaftung besteht darin, dass sich niemand der Rechtsform einer juristischen Person zu dem Zweck bedienen darf, Dritte zu schädigen oder Gesetze zu umgehen.

³⁰ Vgl *Boller*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG, 94.

³¹ OGH vom 17.11.2004, 7 Ob 128/04f.

³² Die §§ 1 und 48 AktG normieren wie § 61 Abs 2 GmbHG den Haftungsausschluss.

³³ RIS-Justiz RS0009107.

Auch hier bleibt der Rechtsgrund der Haftung gleich und wird lediglich die Frage, wem das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten zuzurechnen ist, erweiternd geklärt³⁴.

C.II.4.b. Durchgriffshaftung auf Organe einer juristischen Person

Nach der Rechtsprechung kann es zu einer Durchgriffshaftung auf die Organe und zu persönlichen Haftungen von Organwaltern kommen, wenn diese in Ausübung ihrer Funktion gegenüber Dritten ein deliktisches Verhalten setzten³⁵.

C.II.4.c. Durchgriffshaftung im (faktischen) Konzern

Ein Haftungsdurchgriff im (faktischen) Konzern auf die Muttergesellschaft kommt dann in Betracht, wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat.

Bei dieser Haftung handelt es sich nach der Rechtsprechung allerdings um eine Innenhaftung, sodass Gläubigern außer im Fall einer masselosen Insolvenz keine unmittelbaren Ansprüche zustehen³⁶.

D. Inhalt und Umfang des Schadenersatzes

Bei pflichtwidriger Anlageberatung kann der Geschädigte verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Anlageberater pflichtgemäß gehandelt hätte, ihn also vollständig und richtig beraten hätte. Er kann den Vertrauensschaden verlangen³⁷.

Nach der zur Berechnung des rechnerischen Schadens anzuwendenden Differenzmethode besteht das zu leistende Interesse in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie sich im Beurteilungszeitpunkt ohne schädigendes Ereignis darstellen würde, und dem nach dem schädigenden Ereignis nun tatsächlich vorhandenen Vermögensstand, wobei alle Auswirkungen im Vermögen des Geschädigten festzustellen sind; man darf nicht nur auf den Zeitpunkt der Schädigung abstellen, sondern muss die tatsächliche Entwicklung des gesamten Vermögens nach dem schädigenden Ereignis und die vermutliche künftige Entwicklung ohne dieses in die Betrachtung einbeziehen. Die Schadensfeststellung darf daher bei der Differenzmethode nicht im Zeitpunkt der Schädigung abgeschlossen werden³⁸.

E. Solidarische Haftung mehrerer Schädiger

Gemäß § 1302 ABGB haften mehrere Schädiger, die vorsätzlich im bewussten und gewollten Zusammenwirken gemeinsam eine schädigende Handlung setzen, dem Geschädigten gegenüber solidarisch. Handeln sie hingegen fahrlässig, so haften sie nur dann für den Erfolg solidarisch, wenn nicht ein bestimmter unterscheidbarer Teil des Schadens auf das Verhalten eines einzigen Täters zurückgeführt werden kann. Ist

³⁴ OGH vom 29.04.2004, 6 Ob 313/03b.

³⁵ RIS-Justiz RS0120155 T1.

³⁶ OGH vom 12.04.2001, 8 ObA 98/00w.

³⁷ OGH vom 29.03.2007, 3 Ob 40/07i.

³⁸ OGH vom 23.02.2006, 8 Ob 123/05d.

also bezüglich einzelner von mehreren fahrlässig handelnden Tätern bestimmbar, welchen Schaden sie anteilig verursacht haben, so haftet jeder nur für seinen Anteil³⁹.

Diese Ausführungen gelten nicht nur für die Haftung von Mittätern, sondern auch von Nebentätern. Es kommt daher nicht auf ein einverständliches Handeln der Täter an, sondern es genügt die Beteiligung an der Kausalkette⁴⁰.

Gemeinschaftlichkeit im Sinne des § 1301 ABGB kann aber auch dann vorliegen, wenn zwischen den Tätern zwar kein Einvernehmen über die Schädigung gegeben war, wohl aber über die gemeinsame Durchführung eines bestimmten Vorhabens, bei dessen Verwirklichung eine nicht beabsichtigte Schädigung erfolgte. Demnach ist eine Solidarhaftung auch dann schon gerechtfertigt, wenn zwar kein gemeinschaftlicher Schädigungsvorsatz bestand, aber zwischen mehreren Personen Einvernehmen über die Begehung einer rechtswidrigen Handlung herrschte und diese Handlung für den eingetretenen Schaden konkret gefährlich war⁴¹.

Nach einer jüngeren Judikatur kommt es bei Vorliegen der anderen Zurechnungsmomente gleichfalls zu einer Solidarverpflichtung, wenn für den Eintritt eines Schadens mehrere Umstände ursächlich sind, wobei jeder einzelne von ihnen für sich allein denselben Erfolg nicht nach sich gezogen hätte, sondern dieser nur auf dem Zusammenwirken aller Umstände beruht, also sogenannte „summierte Einwirkungen“ vorliegen⁴².

F. Mitverschulden des Anlegers

F.I. Mitverschulden beim Wertpapierkauf

Bei einer unrichtigen Anlageberatung kann ein Mitverschulden des Kunden, welches die Schadenersatzpflicht der Bank mindert, dann in Frage kommen, wenn dem Kunden die Unrichtigkeit der Anlageberatung hätte auffallen müssen. Als gravierende Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten wurde es beispielsweise angesehen, wenn die uneingeschränkte Verwaltung von wesentlichen Teilen des Vermögens einem praktisch unbekannten Menschen anvertraut wird oder wenn ohne nähere Information über die Qualifikation (im konkreten Fall handelte es sich um einen nicht als Anlageberater „konzessionierten“ Versicherungsberater) und Sachkunde des Beraters blind auf dessen Zusagen vertraut wird⁴³. Ein Mitverschulden trifft den Kunden auch dann, wenn er den Angaben des Anlageberaters blind vertraute, obwohl er die Risiken bereits vor Vertragsabschluss kannte oder aus dem ausgehändigten Informationsmaterial in Erfahrung hätte bringen können. Für die Annahme eines Mitverschuldens ist es nicht notwendig, dass der Kunde hervorragende Kenntnisse auf dem Anlagesektor besitzt⁴⁴.

³⁹ ZVR 1996/87.

⁴⁰ OGH vom 30.01.2008, 3Ob 256/07d.

⁴¹ OGH vom 14.10.2003, 1Ob 200/03.

⁴² LG St. Pölten vom 06.04.2006, 21R124/06b.

⁴³ OGH vom 22.02.2005, 1 Ob 231/04h; OGH vom 04.11.2005, 5 Ob 106/05g.

⁴⁴ OGH vom 15.11.2006, 9 Ob 128/06y.

F.II. Schadenminderungspflicht des Geschädigten

Es stellt grundsätzlich einen Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht dar, wenn der Geschädigte Handlungen unterlassen hat, die geeignet wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern, und die von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen Vermögens hintanzuhalten. Dasselbe gilt, wenn er Handlungen gesetzt hat, die geeignet waren, den Schaden zu vergrößern, und von einem verständigen Durchschnittsmenschen nicht gesetzt worden wären, dies der Geschädigte bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen und dieser Einsicht nach hätte handeln können. Dabei handelt es sich um eine Sorglosigkeit im Umgang mit eigenen Rechtsgütern und bestimmt sich nach den Interessen beider Teile im Einzelfall und nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs, was hiebei zugemutet werden kann⁴⁵.

Der OGH hat sich in der Entscheidung 3 Ob 289/05d ausführlich mit der in der Lehre vertretenen Meinungen zu Schadensminderungsobliegenheiten im Zusammenhang mit dem rechtzeitigen Verkauf von Wertpapieren auseinandergesetzt, ohne diese abschließend zu beantworten. Die herrschende Lehre vertritt dabei die Ansicht, dass der zukünftige Kursverlauf für einen Laien nicht einschätzbar ist, durch nicht rechtzeitigen Verkauf von Wertpapieren eine Schadensminderungsobliegenheit daher nicht verletzt werden kann.

G. Prozessuales

G.I. Leistungsbegehren – Naturalrestitution – Feststellungsbegehren

Wenn Anleger die Aktien nach wie vor halten, unterliegen diese in ihrem Wert den ständigen Kursschwankungen eines börsennotierten Wertpapiers. Somit ist der Schaden – anders als bei einem erfolgten Verkauf – nicht konkret berechenbar. Nach der Rechtsprechung ist mangels Bezifferbarkeit des dem Kläger endgültig entstandenen Schadens, sofern der Kläger nicht Naturalrestitution begehrt, eine auf Geldleistung gerichtete Schadenersatzklage nicht möglich. Der Kläger ist auf ein Feststellungsbegehren zu verweisen⁴⁶.

Wie bereits ausgeführt, kann der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung stünde. Hätte der Kläger bei richtiger Beratung die Wertpapiere nicht erworben, hat er einen Anspruch auf Naturalrestitution (§ 1323 ABGB), in dessen Rahmen ihm – Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere – der Anspruch auf Rückzahlung des zum Erwerb der Wertpapiere gezahlten Kaufpreises abzüglich der erhaltenen Zinszahlungen zusteht⁴⁷.

⁴⁵ Evidenzblatt 2006/11.

⁴⁶ OGH vom 23.02.2006, 8 Ob 123/05d.

⁴⁷ OGH vom 10.03.2008, 10 Ob 11/07a.

G.II. Beweislastverteilung

G.II.1. bei vertraglichen Ansprüchen

Bei einer Verletzung von Aufklärungspflichten ist hinsichtlich der Beweislastverteilung auszuführen, dass der geschädigte Anleger zu beweisen hat, dass der Schaden ohne den Verstoß nicht eingetreten wäre und damit das Verhalten des Schädigers kausal für den eingetreten Schaden war. Eine analoge Anwendung der Rechtsprechung über die „Prima-facie-Kausalität“ beschlossen bei ärztlichen Kunstfehlern, auf die Verletzung von Aufklärungspflichten einer Bank kommt nicht in Betracht⁴⁸.

Jedem der Beklagten steht jedoch der Beweis offen, dass sich das Ereignis auch bei rechtmäßigem Verhalten in gleicher Weise und mit gleich schweren Folgen ereignet hätte. Dies bezeichnet man als sogenanntes „alternatives rechtmäßiges Verhalten“. Unklarheiten in dieser Richtung gehen zu Lasten des Schädigers⁴⁹.

G.II.2. bei deliktischen Ansprüchen

Steht die Verletzung eines Schutzgesetzes fest, so fordert die ständige Rechtsprechung keinen strengen Beweis des Kausalzusammenhangs, weil doch in diesen Fällen der Beweis des Anscheins dafür spricht, dass der von der Norm zu verhindernde Schaden durch das verbotene Verhalten verursacht wurde⁵⁰.

Den Geschädigten trifft lediglich die Beweislast für den Schadenseintritt und die objektive rechtsbegründende Verletzung des Schutzgesetzes, den Schädiger hingegen dafür, dass ihm diese objektive Übertretung nicht als schutzbezogenes Verhalten anzulasten ist und ihn an der Übertretung des Schutzgesetzes keine subjektive Sorgfaltswidrigkeit, also kein Verschulden trifft⁵¹.

Zusammenfassend gilt: Nach der Rechtsprechung hat der Geschädigte zu beweisen, dass das Schutzgesetz objektiv übertreten wurde, der Schädiger dagegen, dass ihm die objektive Übertretung nicht als schutzgesetzbezogenes Verhaltensunrecht anzulasten ist⁵².

⁴⁸ OGH vom 04.11.2005, 5Ob 106/05g.

⁴⁹ ZVR 1990/1119.

⁵⁰ JBl 2000/113.

⁵¹ ZB ZVR 2006/154.

⁵² ZVR 1999/99.

Die elektronische Auktion

Dr. Michael Breitenfeld, Wien

A. Einleitung

Die Entwicklungen des Vergaberechts im Zusammenhang mit der elektronischen Beschaffung sollen nach der Intention des Gesetzgebers insbesondere Einsparungseffekte bringen und zu einer Ausweitung des konkreten Bewerber- bzw Bieterkreises führen.

Der Einsatz neuer Medien bedarf eigener Regelungen, die vor allem auf die Gewährleistung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und Vergabegrundsätze, wie insbesondere das Diskriminierungsgebot, die Einhaltung eines freien und lauten (fairen) Wettbewerbs, die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter und das Transparenzgebot, abzielen.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der elektronischen Auktion, deren Schaffung die Möglichkeit bieten soll, ein Vergabeverfahren rasch und zugleich auch kostengünstig durchzuführen.

B. Elektronische Auktion

B.I. Definition

Die Definition der elektronischen Auktion findet sich in § 31 BVergG 2006. Darin heißt es:

„Eine elektronische Auktion ist ein iteratives Verfahren zur Ermittlung des Angebotes, dem der Zuschlag erteilt werden soll, bei dem mittels einer elektronischen Vorrichtung nach einer ersten vollständigen Bewertung der Angebote jeweils neue, nach unten korrigierte Preise und/oder neue, auf bestimmte Komponenten der Angebote abstellende Werte vorgelegt werden, und das eine automatische Klassifikation dieser Angebote ermöglicht.“

Demnach ist die elektronische Auktion ein iteratives Verfahren zur Ermittlung des Angebots, dem der Zuschlag erteilt werden soll. Während in § 23 Abs 8 BVergG 2002 die elektronische Auktion noch als „eigenes“ Vergabeverfahren aufgezählt war, fehlt sie in der nunmehrigen Aufzählung der Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen des § 25 BVergG 2006. Sie wird heute nicht mehr zu den eigenständigen Vergabeverfahren gezählt, sondern stellt den vollelektronischen Teil eines Verfahrens dar, der mit einem Vergabeverfahren verbunden werden muss. Durch die elektronische Auktion soll das Bestangebot ermittelt werden.

Diese Ermittlung erfolgt nach einer vollständigen Bewertung der Angebote. Dabei wird bei der einfachen elektronischen Auktion, wo es um den Bestpreis geht, den Bietern mittels elektronischer Vorrichtung die Möglichkeit geboten, ihre Preise jeweils neu nach unten zu korrigieren. Bei der sonstigen elektronischen Auktion werden neue, auf bestimmte Komponenten des Angebots abstellende Werte vorgelegt und dadurch eine automatische Klassifikation dieser Angebote ermöglicht.

B.II. Arten der elektronischen Auktion

Wie bereits oben erwähnt, sieht das Gesetz in § 31 Abs 3 und 4 BVergG 2006 zwei Arten der elektronischen Auktion vor. Der Auftraggeber kann gemäß § 31 Abs 5 BVergG 2006 frei zwischen diesen Arten wählen.

Bei der einfachen elektronischen Auktion erfolgt der Zuschlag gemäß Abs 3 leg cit *„auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis“* (Billigstangebotsprinzip).

Bei der sonstigen elektronischen Auktion gemäß Abs 4 leg cit *„hat der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen“* (Bestangebotsprinzip). Dabei sind neben dem Preis noch weitere Kriterien heranzuziehen, die für die Bewertung des Angebots von Bedeutung sind. Da die Auktion vollelektronisch mit Hilfe einer Auktionssoftware abgewickelt wird, müssen die Kriterien in einer Weise qualifizierbar sein, dass sie zahlenmäßig oder prozentuell darstellbar sind. Es ist demnach unabdingbare Voraussetzung, nicht preisliche Elemente zu kategorisieren. Dies erfolgt durch Messung und Zuordnung von numerischen Werten bzw einer Monetarisierung. § 149 Abs 1 BVergG 2006 normiert, dass in der Aufforderung zur Teilnahme an der automatischen Auktion jene mathematische Formel anzugeben ist, nach welcher die automatische Neureihung entsprechend den vorgelegten neuen Werten vorgenommen wird. Würden sie nicht im Wege einer mathematischen Formel in numerischen Beträgen ausgedrückt, wäre die automatische Klassifikation der Angebote nicht möglich, was auch dem Grundsatz der Transparenz widersprechen würde. Daraus ergibt sich, dass jene Aspekte von Angeboten, die nach nichtquantifizierbaren Komponenten zu beurteilen sind, nicht Gegenstand von elektronischen Auktionen sein können. Aufgrund der strikten Anwendung der mathematischen Formel ist es dem Auftraggeber nicht möglich, in den Auktionsprozess einzugreifen.

B.III. Wahl der elektronischen Auktion

Aus der Systematik des BVergG 2006 ergibt sich, dass die Durchführung einer elektronischen Auktion nunmehr (anders als noch bei Anwendung des BVergG 2002) sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich zulässig ist.

Gemäß § 146 Abs 1 BVergG 2006 kann im Fall der Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, eines Verhandlungsverfahrens gemäß §§ 28 Abs 1 Z 1, 29 Abs 1 Z 1 oder 30 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 bzw bei der Vergabe von Aufträgen auf Grund einer Rahmenvereinbarung gemäß dem Verfahren des § 152 Abs 5 und 6 BVergG 2006 oder bei der Vergabe von Aufträgen auf Grund eines dynamischen Beschaffungssystems nach einer gesonderten Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß dem Verfahren des § 158 BVergG 2006 das Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden soll, mit Hilfe einer elektronischen Auktion ermittelt werden. Voraussetzung dafür ist, wie in B.II. erwähnt, dass die Spezifikationen des Auftragsgegenstands eindeutig und vollständig beschrieben werden können.

Bau- oder Dienstleistungsaufträge, die geistige Leistungen zum Gegenstand haben, können nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein. Dabei ist etwa an die Konzeption von Bauleistungen zu denken.

Zusammenfassend liegen die Voraussetzungen für die Möglichkeit der Durchführung einer elektronischen Auktion vor, wenn

- ein offenes Verfahren,
- ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder
- ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß den §§ 28 Abs 1 Z 1, 29 Abs 1 Z 1 oder 30 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 (dh eines, bei dem nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines durchgeführten wettbewerblichen Dialogs keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den Vorschriften dieses Bundesgesetzes unannehmbar sind, und die ursprünglichen Bedingungen für den Bauauftrag nicht grundlegend geändert werden)

durchgeführt wird oder Aufträge

- auf Grund einer Rahmenvereinbarung nach einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb gemäß dem Verfahren des § 152 Abs 5 und 6 BVergG 2006 oder
- auf Grund eines dynamischen Beschaffungssystems nach einer gesonderten Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß dem Verfahren des § 158 BVergG 2006

vergeben werden sollen.

Letztlich ist für die Durchführung einer elektronischen Auktion weiters erforderlich,

- dass die Spezifikationen der zu auktionierenden Angebotsteile (dh nicht der gesamte Auftragsgegenstand) eindeutig und vollständig beschrieben werden können (standardisierte Leistungen) und
- die zu vergebenden Bau- oder Dienstleistungsaufträge keine geistigen Leistungen zum Gegenstand haben.

B.IV. Standardisierte Leistungen

Neben den bisher genannten Voraussetzungen ist die Durchführung einer elektronischen Auktion nur im Zusammenhang mit „standardisierten“ Leistungen möglich. Nach den EBRV zum BVergG 2006 sind darunter „*einheitliche Leistungen*“ zu verstehen, „*bei denen der Auftragsgegenstand so exakt festgelegt wird, dass die angebotenen Leistungen im Wesentlichen idente Charakteristika aufweisen.*“ Als Beispiele nennen die EBRV Büroartikel wie Papier, Schreibgeräte, aber auch PCs.

B.V. Geistige Leistungen

Wie in B.III. dargelegt, können Bau- oder Dienstleistungsaufträge, die geistige Leistungen zum Gegenstand haben, nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein. Für die Interpretation des Begriffs „*geistige Leistung*“ ist § 2 Z 18 BVergG 2006 analog heranzuziehen. Demnach handelt es sich um Leistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen. Dies deshalb, weil ihren wesentlichen Inhalt die Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit darstellt. Charakteristisch für diese Leistungen ist, dass zwar die Beschreibung des Ziels oder der Aufgabe erfolgt, nicht aber eine vorherige eindeutige und vollständige Beschrei-

bung der Leistung. Letzteres stellt das Charakteristikum für die konstruktive Leistungsbeschreibung dar.

Nach den EBRV 2006 ist ein „wesentlicher Leistungsinhalt nicht die Herstellung oder Lieferung einer körperlichen Sache oder die Verrichtung von Arbeiten an einer solchen [...], ebenso wenig das Setzen eines standardisierten Verhaltens. Leistungsinhalt ist vielmehr eine gedanklich konzeptive Tätigkeit, ungeachtet ob sie der geistig Schaffende in Form eines körperlichen Werkes zugänglich macht (zB in einem Plan, einem Forschungsbericht oder einem schriftlichen Gutachten). Als geistige Dienstleistungen können daher gelten: Planungs- und Forschungsleistungen, Softwareentwicklung (IT-Lösungen), Werbekonzepte usw.“

B.VI. Ablauf eines Vergabeverfahrens mit elektronischer Auktion

B.VI.1. Bekanntmachung

Da die elektronische Auktion nicht mehr als eigenständiges Vergabeverfahren anzusehen ist, ist ihre Durchführung nicht mehr eigens bekanntzumachen.

Ist beabsichtigt, das Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden soll, nach Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege einer elektronischen Auktion zu ermitteln, so ist dieser Umstand nach § 46 Abs 4 BVergG 2006 in der Bekanntmachung aufzunehmen. Gemäß § 146 Abs 2 BVergG 2006 ist diese Bekanntmachung auch im Internet zu veröffentlichen.

B.VI.2. Ausschreibungsunterlagen

Die Frage des Mindestinhalts von Ausschreibungsunterlagen ist von der Wahl des Vergabeverfahrens abhängig und richtet sich nach den jeweils einschlägigen Bestimmungen.

Im Zusammenhang mit der Durchführung einer elektronischen Auktion ist zu beachten, dass eine Auktionsordnung als Teil der Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen ist. Diese stellt die Basis für die Durchführung der Auktion dar.

In Entsprechung des § 146 Abs 3 BVergG 2006 hat die Auktionsordnung zumindest folgenden Inhalt aufzuweisen:

- Registrierungs- und Identifizierungserfordernisse;
- alle relevanten Angaben zur verwendeten elektronischen Vorrichtung, mit der die Auktion durchgeführt werden soll, zu den technischen Modalitäten und zu den Merkmalen der Anschlussverbindung;
- Komponenten (Preis, sonstige Angebotsteile), deren Wert Gegenstand der Auktion ist;
- die sich aus den Spezifikationen des Auftragsgegenstands ergebenden Obergrenzen der zu auktionierenden Werte;
- alle Angaben zum Ablauf der Auktion (insbesondere ein gegebenenfalls einzuhaltendes Minimum der Angebotsstufen bei der Angebotsabgabe);
- Zeitpunkt des Beginns und der Modalität der Beendigung der Auktion;
- Ausscheidensgründe (insbesondere Verletzung der gegebenenfalls festgelegten Obergrenzen);
- Termine;

- Internetadresse, auf der das aktuell niedrigste Angebot bzw bei der Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot die aktuelle Reihung der Teilnehmer während der Auktion veröffentlicht wird;
- Informationen, die den Bietern während oder nach Durchführung der Auktion übermittelt oder zur Verfügung gestellt werden, sowie der Zeitpunkt bzw die Phase der Auktion, zu der diese Informationen ihnen gegebenenfalls zur Verfügung gestellt werden; elektronische Adresse, unter der diese Informationen bekanntgegeben werden;
- gegebenenfalls Vadium.

B.VI.3. Angebotsöffnung und Angebotsprüfung

Die Bieter müssen sodann ein ausschreibungskonformes verbindliches (Erst-)Angebot legen, das geprüft und gegebenenfalls auch ausgeschieden wird. Außerdem ist die Eignung der Bieter zu prüfen.

Festzuhalten ist, dass diese Angebote wohl nicht wegen fehlender Preisangemessenheit ausgeschieden werden können, da mE erst nach Durchführung der Auktion angemessene Preise vorliegen müssen.

Als Besonderheit der Zuschlagserteilung im Wege einer elektronischen Auktion ist den Bietern die Teilnahme an der Angebotsöffnung auch bei einem offenen oder nicht offenen Verfahren nicht gestattet. Das Ergebnis der Öffnung ist jedenfalls geheimzuhalten.

Die eingehenden (Erst-)Angebote sind sodann anhand des bekanntgegebenen Zuschlagskriteriums oder der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien zu bewerten.

Alle geeigneten Bieter, die in dem vorangehenden Vergabeverfahren zulässige Angebote gelegt haben, sind gleichzeitig auf elektronischem Weg aufzufordern, gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen neue Preise und/oder neue Werte für die sonstigen Komponenten vorzulegen.

Der Auftraggeber hat alle zur Auktion zugelassenen Bieter ab dem Zeitpunkt der Versendung der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion unmittelbaren, uneingeschränkten und unentgeltlichen elektronischen Zugang zu allen die Auktion betreffenden Unterlagen zu gewähren. Eine elektronische Auktion darf frühestens zwei Arbeitstage nach Versendung einer Aufforderung zur Teilnahme an einer Auktion beginnen.

B.VI.4. Eigentliche elektronische Auktion

B.VI.4.a. Pflichten des Auftraggebers

Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass während der Auktion die Identität der Bieter geheimgehalten wird. Diese Geheimhaltungspflicht dient dem Schutz des Auftraggebers vor wettbewerbswidrigen Absprachen.

Weiters sind der Ablauf der Auktion sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Datenübertragungen vom Auftraggeber lückenlos zu dokumentieren. Diese Dokumentationspflicht dient insbesondere zur Beweissicherung für ein allfälliges Nachprüfungsverfahren.

B.VI.4.b. Einfache elektronische Auktion

Bei einfachen elektronischen Auktionen sind nur Angebote betreffend den Preis zulässig.

Während der Auktion ist vom Auftraggeber unverzüglich jedenfalls der aktuell niedrigste Preis unter der in der Auktionsordnung bekanntgegebenen Internetadresse zu veröffentlichen.

Sofern in der Auktionsordnung festgelegt wird, dass die Auktion in Phasen unterteilt wird, kann neben dem aktuellen niedrigsten Preis insbesondere auch die Anzahl der Teilnehmer an der jeweiligen Auktionsphase bekanntgegeben werden. Die Information ist deshalb sinnvoll, da der Auftraggeber berechtigt ist, nach jeder Auktionsphase die Angebote jener Teilnehmer auszuschneiden, die keine neuen Angebote oder nur Angebote abgegeben haben, die das gegebenenfalls festgelegte Minimum der Angebotsstufen nicht erreicht oder überstiegen haben. In diesem Fall sind die Teilnehmer, deren Angebote ausgeschieden wurden, unverzüglich elektronisch zu verständigen. Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass diese an der weiteren Auktion nicht mehr teilnehmen können.

Der Zuschlag ist dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

B.VI.4.c. Sonstige elektronische Auktion

Bei sonstigen elektronischen Auktionen hat der Auftraggeber der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion das Ergebnis der ersten Angebotsbewertung des betreffenden Bieters anzuschließen.

In der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion hat der Auftraggeber jene mathematische Formel anzugeben, nach der bei der elektronischen Auktion die automatische Neureihungen entsprechend den vorgelegten neuen Werten (betreffend Preis oder sonstige Angebotsteile) vorgenommen werden.

Aus dieser Formel geht auch die Gewichtung aller in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien für die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots hervor.

Die Zuschlagskriterien sind in fixen Werten vorab festzulegen, die Angabe von Zuschlagskriterien im Wege der Festlegung einer Marge, innerhalb der sich das Kriterium befindet, ist ebenso wie die bloße Reihung der Bedeutung der Zuschlagskriterien unzulässig.

Wurden zulässigerweise Alternativangebote eingereicht, muss für jedes dieser Angebote eine mathematische Formel getrennt angegeben werden.

Während der Auktion ist jedem Bieter vom Auftraggeber unverzüglich und ständig die aktuelle Positionierung seines Angebots im Verhältnis zu den anderen eingelangten Angeboten der übrigen Bieter unter der in der Auktionsordnung bekanntgegebenen Internetadresse anonymisiert bekanntzugeben.

Sofern in der Auktionsordnung festgelegt wird, dass die Auktion in Phasen unterteilt wird, kann neben dem aktuellen niedrigsten Preis insbesondere auch die Anzahl der Teilnehmer an der jeweiligen Auktionsphase bekanntgegeben werden. Die Information ist deshalb sinnvoll, da der Auftraggeber berechtigt ist, nach jeder Auktionsphase die Angebote jener Teilnehmer auszuschneiden, die keine neuen Angebote oder

nur Angebote abgegeben haben, die das gegebenenfalls festgelegte Minimum der Angebotsstufen nicht erreicht oder überstiegen haben. In diesem Fall sind die Teilnehmer, deren Angebote ausgeschieden wurden, unverzüglich elektronisch zu verständigen. Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass diese an der weiteren Auktion nicht mehr teilnehmen können.

Der Zuschlag ist unter Berücksichtigung der zuletzt abgegebenen Angebote der an der Auktion noch beteiligten Bieter dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen.

B.VI.5. Ende der elektronischen Auktion

Eine elektronische Auktion endet

- zu einem in der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion fixierten Zeitpunkt (Angabe des Datums und der Uhrzeit);
- wenn nach Erhalt der letzten Vorlage binnen einer bestimmten, in der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion festgelegten Zeitspanne keine neuen Angebote, die das Minimum der Angebotsstufen erreichen oder übersteigen, abgegeben werden;
- nach Abschluss der letzten in der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion festgelegten Auktionsphase oder
- wenn sachliche Gründe den Abbruch der Auktion rechtfertigen.

Der Auftraggeber hat grundsätzlich die freie Wahl bezüglich der Beendigung der Auktion und kann die einzelnen Beendigungsarten auch beliebig kombinieren.

Nach Beendigung einer Auktion ist unverzüglich der Name des erfolgreichen Bieters samt Vergabesumme im Internet bekanntzugeben. Hat der Auftraggeber eine sonstige elektronische Auktion durchgeführt, sind den nicht erfolgreichen Bietern elektronisch unverzüglich, gleichzeitig und nachweislich zusätzlich die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots mitzuteilen, außer diese sind aus den Informationen im Verfahren ohnedies unmittelbar ersichtlich. Diese Bekanntgabe gilt als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung im Sinne des § 131 BVergG 2006. Als Zeitpunkt der Absendung im Sinne des § 132 BVergG 2006 gilt der Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der Information im Internet oder der Zeitpunkt der tatsächlichen Absendung der Mitteilung. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die siebentägige Stillhaltefrist zu laufen.

Lediglich der Abbruch einer Auktion ist nicht frei wählbar. Dieser ist auf das Vorliegen sachlicher Gründe beschränkt. Der Abbruch ist ein Widerruf im Sinne des § 139 BVergG 2006. Dementsprechend sind die für den Abbruch ausschlaggebenden Gründe den Bietern im Internet bekanntzugeben. Die Bekanntgabe gilt als Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung gemäß § 140 BVergG 2006.

B.VI.6. Rechtsschutz

Abhängig vom Verfahren, das der elektronischen Auktion vorgeschaltet ist, gelten die jeweiligen Bestimmungen bezüglich der gesondert anfechtbaren Entscheidungen.

Die Nachprüfungsfrist im Anwendungsbereich des BVergG 2006 beträgt gemäß § 321 BVergG 2006 bezüglich der Zuschlagsentscheidung bei der Vergabe von Aufträgen im Wege der elektronischen Auktion sieben Tage, für die sonstigen gesondert anfechtbaren Entscheidungen vierzehn Tage.

B.VII. Zusammenfassung

Die elektronische Auktion ist ein iteratives Verfahren zur Ermittlung des Angebots, dem der Zuschlag erteilt werden soll.

Anders als noch im BVergG 2002 wird die elektronische Auktion nicht mehr als eigenständiges Vergabeverfahren gezählt. Vielmehr stellt sie den vollelektronischen Teil eines Verfahrens dar.

Für die Möglichkeit der Durchführung einer elektronischen Auktion stehen zwei Arten zur Verfügung. Die einfache elektronische Auktion erfolgt auf Grundlage des Billigstangebotsprinzips. Der sonstigen elektronischen Auktion liegt das Bestangebotsprinzip zugrunde.

Wesentlich ist, dass die elektronische Auktion nur dann durchgeführt werden kann, wenn der Auftragsgegenstand so exakt festgelegt werden kann, dass die anzubietenden Leistungen mehr oder weniger idente Charakteristika aufweisen. Daraus folgt, dass die Beschaffung von geistigen Leistungen, die eine gedanklich konzeptive Tätigkeit erfordern, nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein kann.

Bei der Durchführung einer elektronischen Auktion ist insbesondere zu beachten, dass eine Auktionsordnung in den Ausschreibungsunterlagen aufgenommen wird. Diese stellt die Grundlage der Auktionsdurchführung dar.

In der Praxis kommt die elektronische Auktion in Vergabeverfahren sehr selten zur Anwendung. Öffentlichen Auftraggebern ist zu empfehlen, von dieser innovativen Möglichkeit, die durchaus auch Einsparungspotentiale gewährt, vermehrt Gebrauch zu machen.

Computer, Juristen und die Wirtschaftskrise

Interview mit Ing. Andreas Bruckner, London

Herr Bruckner, Sie sind Software Consultant einer großen Investmentbank in London und haben zuvor zwei Jahre als Software Engineer in Sydney gearbeitet. Begonnen hat Ihre Karriere in Wien. Worin bestehen denn aus Ihrer Sicht die Unterschiede zwischen diesen drei Standorten, was das Arbeitsumfeld im Allgemeinen und die Anforderungen an Ihre Branche im Besonderen betrifft?

London ist gut zum Arbeiten, in Sydney ist man wegen dem Lifestyle, und in Wien hat man einen Mix aus beidem und es hat zusätzlich kulturell sehr viel zu bieten. In London hat man berufliche Möglichkeiten, die man kaum in einer anderen Stadt der Welt findet. Mit fast acht Millionen Einwohnern geht das natürlich auf Kosten der Lebensqualität. „City-Workers“, die drei Stunden pro Tag pendeln, sind keine Ausnahme, sondern eher die Regel und mit den nicht immer zuverlässigen öffentlichen Verkehrsmitteln auch oft eine Qual. Obwohl man es vielleicht nicht glauben mag, ist Sydney, was den Arbeitsmarkt betrifft, gar nicht mal so schlecht und hat sich insbesondere seit den Olympischen Sommerspielen in 2000 sehr verändert. Für mich persönlich ist es eine der schönsten Städte der Welt und ist insbesondere durch den Hafen und unzählige Buchten geprägt. Man kann von der geschäftigsten Straße Sydneys, George Street, innerhalb von zehn Gehminuten einen ruhigen Platz im Grünen finden, wo man keine Menschenseele um sich hat und von dem aus man auch noch den Hafen überblicken kann. Der Nachteil ist, dass es kulturell nicht sehr viel zu bieten hat und aufgrund der geographischen Lage vom Rest der Welt etwas isoliert ist. Wien ist einfach zu beschreiben, überschaubar, aber dennoch groß genug, damit einem nicht langweilig wird. Viel Kultur und kulinarisch schwer zu übertreffen. Wien ist nicht umsonst im Jahr 2009 zur Stadt mit der besten Lebensqualität gekürt worden.

Im Übrigen, also was meine Branche im Besonderen betrifft, sind die fachlichen Anforderungen eigentlich weltweit ähnlich, weil es ja im Prinzip um ähnliche Probleme und Fragestellungen geht. Unterschiede ergeben sich nicht so sehr geographisch, sondern eher wirtschaftlich. So werden in Zeiten boomender Wirtschaft auch viele Softwarespezialisten gebraucht, und manchmal ist die Nachfrage so stark, dass das Angebot darunter leidet. Das hat man zuletzt bei der Internetblase und anlässlich der Y2K-Diskussion bei der Jahrtausendwende erlebt. Ich habe zB persönlich einen Programmierer gekannt, der von einem großen Unternehmen engagiert wurde und davor als Portier in einem Kloster gearbeitet hat. Wenn der Boom dann wieder zu Ende ist, wird auf die fachlichen Qualifikationen natürlich wieder mehr geachtet.

Die Wirtschaftskrise soll sich am Finanzplatz London ja besonders auswirken. Wie erleben Sie das als Mitarbeiter einer Bank?

Natürlich bekommt man das sehr stark mit. Glücklicherweise bin ich selbst nicht unmittelbar davon betroffen, aber doch einige Leute in meinem näheren Umfeld. Auch wenn eine sehr große Bank gleich um die Ecke zusperrt, spürt man natürlich die Auswirkungen, nicht nur weil plötzlich die U-Bahn nicht mehr so überfüllt ist. Auch habe ich – als der G20-Gipfel in London war – von meiner Bank eine E-Mail bekommen, in der alle Mitarbeiter aufgefordert wurden, in Freizeitkleidung zu erscheinen, um in der Öffentlichkeit nicht als Banker erkannt zu werden. Mir persönlich sind zwar keine Zwischenfälle bekannt, aber ich finde es schon bedenklich, wenn sich der Volkszorn

womöglich an einfachen Mitarbeitern entlädt, die für die Krise sicher nicht verantwortlich sind. Auch in meiner Bank werden Einsparungen im Softwarebereich überlegt und teilweise auch schon durchgeführt; einfach um für eventuell noch härtere Zeiten gerüstet zu sein. Denn hier besteht ein gewisses Sparpotential.

Worin sehen Sie denn dieses Potential?

Vielleicht wird man überlegen, ob man mit der bestehenden IT-Infrastruktur, die sonst regelmäßig erneuert wird, nicht doch noch eine Weile auskommt, wobei ich hier nicht nur an Hardware denke, deren Neuanschaffung womöglich verschoben wird. Regelmäßige Upgrades bei Software sind oft kostenintensiver als Hardware, weil man hier auch die Arbeitsleistung der Techniker berücksichtigen muss, und der Lernaufwand der Nutzer wird ebenfalls sehr oft vernachlässigt. Die erwünschte Zeit- und Kostenersparnis, die man sich dadurch erhofft, lässt sich dann auch oft nicht erreichen. Damit stellt sich ganz generell die Frage, was man sich durch den Einsatz von Computern überhaupt erspart. Zeit? Ja, natürlich, alles geht schneller, aber man muss ja auch die Zeit berücksichtigen, die man aufwendet, um den Computer zu installieren, zu programmieren, zu warten, zu erneuern, Mitarbeiter zu schulen usw. Geld? Wieder ja, natürlich, denn Zeitersparnis bedeutet in der Regel auch Kostenersparnis, aber wie wir alle wissen, kann am und mit dem Computer auch sehr viel Zeit verloren oder verschwendet werden. Stürzt er ab oder vernichtet gar Daten, ist der Zeit- (und Geld-)Verlust immens, aber auch die kleineren „Zeitfresser“ dürfen nicht übersehen werden: Wer wäre früher auf die Idee gekommen, im Büro zu spielen? Heute macht das so gut wie jeder, indem er Computerspiele verwendet oder Zeit durch andere Möglichkeiten des privaten Internetsurfens liegen lässt.

Wollen Sie damit sagen, dass die Informationstechnologie eigentlich gar keine Ersparnis gebracht hat und damit letztlich nutzlos ist? Das ist eine für einen Software Consultant sehr erstaunliche These.

Die Informationstechnologie ist natürlich nicht nutzlos. Sie hat im Berufsalltag so viele Vorteile mit sich gebracht, dass man sie gar nicht mehr alle aufzählen kann. Trotzdem kann man sich die Frage stellen, ob die Zeitersparnis wirklich so groß ist, wie gemeinhin angenommen wird. Die Sekretärin kann zwar mit dem PC schneller die Post erledigen, weil sie zB Vorlagen verwenden kann, Mails verschickt und nicht mehr zur Post gehen muss uvm. Die Frage ist nur, was sie mit der gewonnenen Zeit macht. Oft kann sie diese Zeit gar nicht nützen, weil niemand da ist, der ihr neue Aufgaben gibt. Ihr Chef hat keine Zeit, weil er seine Mails auch selbst checkt und nicht mehr ausschließlich über sein Sekretariat, sondern immer öfter direkt per Handy angerufen wird oder selbst anruft. Die Zeit, die sich die Sekretärin spart, braucht also ihr Chef auf einmal mehr. Was macht also die Sekretärin mit der Zeitersparnis? Diese Frage ist nicht wirklich geklärt. Klar ist nur, dass es zu Rechtsproblemen kommen kann, wenn sie die gewonnene Zeit nützt, um privat im Internet zu surfen, weil sich dann die Frage stellt, ob und in welchem Umfang sie das in ihrer Arbeitszeit darf. Und überhaupt darf man auch das Umfeld des Computerseinsatzes nicht außer Acht lassen. Das Gerät und vor allem ein Gerätenetzwerk in einem Unternehmen funktioniert ja nicht von allein, sondern muss aufgesetzt, gewartet, repariert, upgedatet werden uvm. Stürzt ein Computer ab, können Szenarien eintreten, die es früher in der Papierwelt nicht gegeben hat, nämlich der komplette Datenverlust, das Worst Case Szenario in der Geschäftswelt. Dagegen kann man sich zwar durch Backups und andere Maßnahmen schützen, auch das kostet aber wieder Zeit und Geld. Mit anderen Worten: Die Informationstechnologie

spart sehr viel Zeit und Geld, kostet aber auch Zeit und Geld. Und wenn die Zeitersparnis so beträchtlich wäre, dann müssten wir doch alle viel mehr Zeit haben als vor dem Computerzeitalter. Das Gegenteil dürfte aber der Fall sein, weil überall und ständig über Zeitknappheit geklagt wird. Also irgendwas stimmt hier nicht. Aber noch mal: Die Informationstechnologie hat eine Eigendynamik entwickelt und ist unverzichtbar geworden, und das ist gut so, denn sonst gäbe es für mich und auch für Juristen, die sich wie Prof. Zankl mit IT-Recht beschäftigen, viel weniger Arbeit.

Apropos Juristen, Sie vergleichen Computer mit Ehen. Juristisch gibt es allerdings kaum Rechtsgebiete, die weiter auseinander liegen als das Eherecht und das IT-Recht. Worauf gründet sich Ihr Vergleich?

Ich habe vor kurzem eine Hochzeitseinladung mit folgendem Text bekommen: „Wir haben uns entschlossen, Probleme gemeinsam zu lösen, die wir alleine gar nicht gehabt hätten“. Damit sind wir wieder genau bei der Kosten-Nutzen-Frage, die ich vorhin angeschnitten habe: Wir sparen uns durch den Einsatz von Computern Zeit und Geld, müssen aber Zeit und Geld dafür aufwenden, dass wir Computer einsetzen können. Im Übrigen – und auch das habe ich ja schon gesagt – will eben ein Computer genauso umsorgt werden und braucht genauso Aufmerksamkeit wie ein Ehepartner, damit beide klaglos „funktionieren“: Virens Scanner, Zubehör, Upgrades, Service usw, Maßnahmen, die Zeit und Geld kosten, womit wir neuerlich beim Thema wären.

Sehen Sie eine Lösung dieses Dilemmas?

Ich glaube, es ist kein Dilemma, sondern sollte einfach bei betriebswirtschaftlichen Kalkulationen und Geschäftsprozessen mehr Berücksichtigung finden.

Sie haben vorhin davon gesprochen, dass Softwarespezialisten und Juristen gleichermaßen von den Entwicklungen der Informationstechnologie profitieren. Im Allgemeinen werden diese Berufsgruppen aber recht unterschiedlich wahrgenommen. Wie sehen Sie das?

Im Prinzip genauso. Juristen und Softwaremenschen arbeiten ganz unterschiedlich, eines haben sie aber gemeinsam: Beide scheinen eine Sprache zu sprechen, die keiner versteht („die Ursache für den Bluescreen liegt im IRQ-Overlap des LPP-Port mit COM-Port“). Böse Zungen behaupten, dass wir deswegen so sprechen, damit einfache Dinge kompliziert erscheinen, um damit unsere Existenz und unsere Preise zu rechtfertigen. Ob das bei Juristen auch so ist, weiß ich natürlich nicht.

Aufbruch in das elektronische Zeitalter nun auch bei Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften

Dr. Angelika Bruckner, LL.M. (King's College), Wien

A. Vorwort

Die Präsenz der Unternehmen im Internet hat in den letzten Jahren immens zugenommen, da erkannt wurde, dass sich mit dem Internet ein Kommunikationsmedium entwickelt hat, mit dem rasch und kostengünstig eine Vielzahl von Personen angesprochen und mit Informationen versorgt werden kann. Die Unternehmen nützen daher das Internet gezielt als Plattform für Marketing und Informationsverbreitung. Mit der steigenden Nutzung des *World Wide Web* musste auch in einigen Bereichen die Rechtslage den neuen Gegebenheiten angepasst werden. Der österreichische Gesetzgeber hat in den letzten Jahren eine Reihe von Gesetzen erlassen – oftmals im Rahmen der Umsetzung von EU-Richtlinien – die vorrangig Transparenz für den Internetnutzer schaffen und somit dem Schutz der Konsumenten dienen sollen¹. Mit der Einführung von neuen Kommunikationsmedien wie dem Internet ist es zugleich auch zu neuen rechtlichen Unsicherheiten gekommen², die eine Anpassung der Gesetze erforderten. Dies ist nur verständlich, wenn man bedenkt, dass viele Rechtsvorschriften zu Zeiten erlassen wurden, als es lediglich die Kommunikation in Papierform oder via Telefon gab. Der Jubilar hat sich bereits früh der Rechtsprobleme rund um das und im Zusammenhang mit dem Internet und des Erfordernisses der Rechtssicherheit angenommen³. Es ist daher anzunehmen, dass der Jubilar die im folgenden Beitrag dargestellten aktuellen rechtlichen Entwicklungen im Zusammenhang mit den modernen Informationstechnologien, die Aktiengesellschaften im Rahmen des zu erlassenden Aktienrechts-Änderungsgesetzes 2009 (AktRÄG 2009)⁴ bei Hauptversammlungen (im Folgenden HV) künftig nützen können, mit Interesse verfolgen wird⁵.

B. Überblick

Der europäische Gesetzgeber hat sich zum Ziel gesetzt, das Gesellschaftsrecht zu

¹ Vgl dazu Zankl, E-Commerce-Gesetz, Kommentar und Handbuch (2002); Zankl, Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, eclex 2004, 601.

² Dazu Zankl, „Das Internet ist ein rechtsunsicherer Raum“, vom 10.09.2008 (abrufbar unter <http://presstext.at/news/080910027/das-internet-ist-ein-rechtsunsicherer-raum/>); Zankl, Bürgerliches Recht⁴ (2008), 170.

³ Vgl www.e-center.eu.

⁴ Ministerialentwurf 233/ME XXIII.GP (abrufbar unter www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/ME/ME_00233/pmh.shtml).

⁵ Der Beitrag beschränkt sich auf die Formen der elektronischen Teilnahme an der HV und behandelt nicht die sonstigen Neuerungen, die durch das AktRÄG 2009 eingeführt werden (wie zB die elektronische Übermittlung von Vollmachten, Wegfall der Aktiensperre).

modernisieren⁶ und ua den Aktionären die Teilnahme an der HV auf elektronischem Weg und damit die Ausübung der Stimmrechte ohne persönliche Anwesenheit einzuräumen. Diese Vorgaben wurden in der Aktionärsrechte-Richtlinie⁷ (im Folgenden RL) umgesetzt⁸. Die RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, es den Aktiengesellschaften zu erlauben, die Teilnahme an der HV auf elektronischem Weg vorzusehen, wobei die RL eine demonstrative Aufzählung möglicher Teilnahmeformen enthält⁹. Durch diese Regelung soll ein Anreiz für Aktionäre zur Teilnahme an der HV geschaffen¹⁰ und damit die Präsenz der (Klein-)Aktionäre erhöht werden¹¹. Die RL zielt demgemäß darauf ab, die – grenzüberschreitende – Ausübung des Stimmrechts zu erleichtern und damit eine Verbesserung der Unternehmenskontrolle zu erreichen¹².

In Österreich besteht Umsetzungsbedarf, da nach bisheriger Gesetzeslage eine Teilnahme an der HV einer Aktiengesellschaft (im Folgenden AG) nur durch physische Anwesenheit des Aktionärs oder seines bevollmächtigten Vertreters¹³ möglich ist¹⁴. In Deutschland wurde bereits vor Erlass der RL der Einsatz neuer Medien – wenn

⁶ Vgl Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 21. Mai 2003, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM (2003) 284 endgültig (abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm).

⁷ Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften ABl L 184 vom 14. Juli 2007, 17.

⁸ Erwägungsgründe 5, 6 und 9 der RL.

⁹ Die RL sieht vor: eine Direktübertragung der HV, eine Zweiweg-Direktverbindung sowie ein Verfahren, das die Ausübung des Stimmrechts vor oder während der HV ermöglicht, ohne dass ein Vertreter ernannt werden muss.

¹⁰ In diesem Zusammenhang wird oftmals auf die „rationale Apathie des Kleinanlegers“ hingewiesen; Analysen zeigen, dass Streubesitzaktionäre ihre Kontrollrechte aufgrund ihres unverhältnismäßig geringen finanziellen Anteils und der mit der Überwachung verbundenen hohen Kosten nicht oder kaum ausüben. *Oberhofer/Prechtl/Schuster*, Professionelle Stimmrechtsvertretung und Werben um Stimmrechte bei börsennotierten Aktiengesellschaften, GeS 2008, 392; *Kalss*, Gesellschaftsrecht und Internet, in *Internet und Recht* (Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht Hrsg) 2002, 281 mN.

¹¹ Vgl zur geringen HV-Präsenz: *Schrank/Stadler*, ARÄG 2009 – Die neue Hauptversammlung, GeS 2008, 384; *Weber*, Neuerungen bei der Stimmrechtsvertretung, *ecollex* 2008, 639; *Rauter*, Aktionärsrechte-Richtlinie: Änderungen im Recht der Hauptversammlung, JAP 2007/2008/6, 45; zur Frage, ob Präsenzboni die HV-Präsenz erhöhen *Hahn/Reif*, Erhöhung der Hauptversammlungspräsenz durch Dividendenbonus? *GesRZ* 2007, 44 ff.

¹² Vgl dazu die Erwägungsgründe 2, 3, 5 und 6 der RL.

¹³ § 114 Abs 3 AktG; vgl auch *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, Band I §§ 1–124, § 102 Rz 37.

¹⁴ Nach der bisherigen Rechtslage ist zwar die Aufzeichnung der HV und Übertragung vorgesehen (§ 102 Abs 3 AktG), doch die Ausübung der Stimm-, Frage- und Rede-rechte bedarf der Anwesenheit (persönlich oder durch Vertreter) des Aktionärs in der HV.

Aufbruch in das elektronische Zeitalter nun auch bei Hauptversammlungen von AG

auch nicht in dem Umfang, wie es die RL nun vorsieht – in Bezug auf die HV-Teilnahme durch die Gesetzesnovellen des dAktG 2001 und 2002 zugelassen¹⁵.

Die Umsetzung der RL erfolgt in Österreich durch das AktRÄG 2009¹⁶. Obwohl die RL bis spätestens 3. August 2009 umzusetzen ist¹⁷, befand sich zum Zeitpunkt der Abgabe des vorliegenden Beitrags der Ministerialentwurf noch in Begutachtung¹⁸.

B.I. Wahlmöglichkeit für AGs in Österreich

Das AktRÄG 2009 räumt den – börsennotierten¹⁹ und nicht börsennotierten – Gesellschaften ein Wahlrecht ein²⁰, von den modernen Technologien bei der HV-Teilnahme Gebrauch zu machen. Es bleibt der AG aber unbenommen, weiterhin die traditionelle Präsenz-HV durchzuführen. Entscheidet sich eine Gesellschaft, ihren Aktionären die elektronische Teilnahme anzubieten, bedeutet das aber nicht, dass die HV ausschließlich im „virtuellen Raum“ stattfinden kann. Das AktRÄG 2009 legt nämlich fest, dass die HV an einem Ort im Inland²¹ stattfinden muss, den die Satzung bestimmt²². Durch diese Bestimmung wird zum Ausdruck gebracht, dass es trotz der möglichen Teilnahme an der HV auf elektronischem Weg zumindest einen physischen Ort im Inland geben muss, an dem die HV abgehalten wird²³. Damit ist eine Präsenz-HV weiterhin erforderlich, eine ausschließlich im virtuellen Raum stattfindende HV bei gänzlichem Verzicht auf eine Präsenzversammlung („virtuelle HV“), wie dies bereits in der Litera-

¹⁵ Dies erfolgte durch das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG) 2001 und Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) 2002: Damit wurden in Deutschland die Möglichkeit der elektronischen Erteilung der Vollmacht und Weisungen an den Bevollmächtigten, die Möglichkeit elektronischer Mitteilungen an die Aktionäre und die Übertragung der HV gesetzlich statuiert. Siehe dazu zB *Noack*, Neuerungen im Recht der Hauptversammlung durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz und den Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2002, 620; *Habersack*, Aktienrecht und Internet, ZHR 2001, 172; *Seitz*, Der Einsatz von world wide web und Internet im Bereich der AG-Hauptversammlung, 15 ff mwN.

¹⁶ Das AktRÄG 2009 soll mit 1.8.2009 in Kraft treten. Die Bestimmungen über die HV sollen auf solche Versammlungen angewendet werden, die nach dem 31.7.2009 einberufen werden.

¹⁷ Art 15 der RL (siehe auch abweichende Regelung für Art 10 Abs 3).

¹⁸ Im Zuge des Begutachtungsverfahrens wurde der Ministerialentwurf überarbeitet. Im vorliegenden Beitrag werden die gegenüber dem MinEntw vorgenommenen Änderungen – soweit möglich – berücksichtigt.

¹⁹ Die durch das AktRÄG 2009 eingeführte Definition einer börsennotierten AG verweist auf § 2 Z 32 BWG. Vgl auch 233/ME XXIII. GP Materialien, Besonderer Teil, 6.

²⁰ Damit geht das AktRÄG 2009 über die Anforderungen der RL hinaus, die die elektronische Teilnahme nur für börsennotierte Gesellschaften vorsieht.

²¹ Vgl zur bisherigen Rechtslage *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 105 Rz 36, wonach die HV in bestimmten Fällen auch im Ausland zulässig sein soll.

²² § 102 Abs 2 AktG-E.

²³ Vgl 233/ME XXIII. GP Materialien, Besonderer Teil, 12.

tur diskutiert wurde²⁴, ist nicht zulässig²⁵; auch in Zukunft soll nach den Materialien eine solche nicht möglich sein. Das Recht der Aktionäre, zur HV zu erscheinen, soll ihnen nicht genommen werden²⁶.

Hierzu legt § 102 Abs 3 AktG-E fest, dass die Satzung bestimmen oder den Vorstand ermächtigen kann, vorzusehen, dass die Aktionäre an der HV im Weg elektronischer Kommunikation teilnehmen und auf diese Weise einzelne oder alle Rechte ausüben können²⁷. Es findet sich im Gesetz eine demonstrative Aufzählung der Formen der elektronischen Teilnahme an der HV²⁸. Im Folgenden sollen diese dargestellt und aus Sicht der Aktionäre und der AG bewertet werden.

B.I.1. Teilnahme an der HV im elektronischen Weg

Als zulässige elektronische Mittel sind in § 102 Abs 3 AktG-E ausdrücklich die Satellitenversammlung, die Fernteilnahme und die Fernabstimmung erwähnt. Bei der Satellitenversammlung ist die Teilnahme an einer zeitgleich mit der HV an einem anderen Ort im Inland oder Ausland stattfindenden Versammlung vorgesehen, die entsprechend den Vorschriften für die HV einberufen und durchgeführt wird und für die gesamte Dauer der HV mit dieser durch eine optische und akustische Zweiweg-Verbindung in Echtzeit verbunden ist. Bei der Satellitenversammlung wird damit zumindest ein weiterer physischer Ort im In- oder Ausland bestimmt, an dem sich die Aktionäre versammeln und ihr Stimmrecht ausüben können. Die einzelnen Versammlungsorte können durch elektronische Standleitungen oder sonstige elektronische Kommunikationswege, die eine Audio/Video-Übertragung ermöglichen, miteinander verbunden werden.

²⁴ Grünwald, Gesellschaften im Cyberspace – Status quo und Visionen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in FS-Krejci (2001), 643; Högler-Pracher, Die Übertragung der Hauptversammlung im Internet, GesRZ 2003, 263; Seitz, 148 ff.

²⁵ Vgl auch Bachner/Dokalik, Die neue EU-Richtlinie über Aktionärsrechte und ihre Auswirkungen auf das österreichische Aktienrecht, GesRZ 2007, 112, wonach die RL unzweifelhaft davon ausgeht, dass mit der HV weiterhin eine Versammlung von Menschen an einem physischen Ort gemeint ist.

²⁶ Weitere Bedenken des Gesetzgebers, eine virtuelle HV zuzulassen, dürften auch in der fehlenden Möglichkeit der notariellen Beurkundung begründet sein.

²⁷ Die in Art 8 Abs 2 der RL enthaltene und ursprünglich im MinEntw aufgenommene Einschränkung, dass nur eine elektronische Teilnahme angeboten werden darf, sofern die nach dem jeweiligen Stand der Technik möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen sind, damit die Person des Erklärenden und der Inhalt der Erklärung verlässlich festgestellt werden können, dürfte nun doch nicht im Gesetz verankert werden. Eine solche Verpflichtung wird aber nach den Materialien aus den Sorgfaltspflichten eines Vorstands nach § 84 Abs 1 AktG abzuleiten sein.

²⁸ Dazu Schrank/Stadler, GeS 2008, 388 f; Bachner/Brix, Das neue Recht der Hauptversammlung, RdW 2008/586, 633; Reich-Rohrwig/Moser, MinEntw zum Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009, eolex 2009, 42; Rauter, JAP 2007/2008/6, 48; Eigner/Winzer, Die elektronische Hauptversammlung – Eine Bestandaufnahme nach geltendem Recht und der neuen Aktionärsrechte-Richtlinie, ÖBA 2008, 44 ff; Bachner/Dokalik, GesRZ 2007, 111 f.

Bei der bloßen Fernteilnahme gemäß § 102 Abs 3 Z 2 AktG-E wird auf einen zusätzlichen Versammlungsort verzichtet. Nach dieser Bestimmung können die Gesellschaften die Fernteilnahme an der HV während ihrer gesamten Dauer von jedem Ort mittels einer akustischen und allenfalls auch optischen Zweiweg-Verbindung in Echtzeit vorsehen; eine solche Fernteilnahme soll es den Aktionären ermöglichen, dem Verlauf der Verhandlungen zu folgen und sich, sofern ihnen der Vorsitzende das Wort erteilt, selbst an die HV zu wenden²⁹. Das AktRÄG 2009 legt darüber hinaus keine Vorgaben in Bezug auf die Abwicklung solcher elektronischen Teilnahmeverfahren fest. Denkbar ist hier die Abhaltung einer Videokonferenz³⁰ oder Teilnahme via Webcam. Die Fernteilnahme kann auch mit einer elektronischen Stimmabgabe, auf die sogleich eingegangen wird, verbunden werden.

Ausdrückliche Erwähnung als eine Form der elektronischen Teilnahme findet auch die Abgabe der Stimme auf elektronischem Weg von jedem Ort aus (Fernabstimmung)³¹. Die Gesellschaft kann den Zeitpunkt, bis zu dem die Stimmabgabe möglich ist, so festlegen, dass diese vor oder während der HV oder auch nur während der HV möglich ist³². Ist die Stimmabgabe nur vor der HV möglich, kommt dies einer Briefwahl sehr nahe. Um Beeinflussungen zu vermeiden, sieht § 126 Abs 3 AktG-E vor, dass die Anzahl der abgegebenen Stimmen und das Ergebnis dem Vorstand und Aufsichtsrat sowie den Aktionären vor Abstimmung in der HV nicht bekanntgegeben werden dürfen. Eine Stimmabgabe könnte bspw über eine Eingabemaske im Internet oder durch die Versendung eines zuvor zur Verfügung gestellten Formulars per E-Mail oder per Telefax erfolgen. Die Eingabemaske oder das Formular muss derart gegliedert sein, dass der Aktionär zu jedem Tagesordnungspunkt und Beschlussvorschlag abstimmen kann. Denkbar ist auch die Abstimmung über Anträge und Wahlvorschläge per Telefonkonferenz, sofern die Identifizierung der Aktionäre sichergestellt werden kann³³.

Die RL führt ferner explizit die Direktübertragung der HV als eine Form der Teilnahme an³⁴; dieser Einordnung folgt der österreichische Gesetzgeber nicht. Der Gesetzesentwurf sieht zwar vor, dass die HV akustisch und allenfalls auch optisch in Echtzeit übertragen und bei einer börsennotierten Gesellschaft auch öffentlich übertragen werden kann³⁵, die erläuternden Materialien stellen aber klar, dass dies keine echte Teilnahme darstellt, da die die Übertragung verfolgenden Aktionäre nicht aktiv, zB durch Ausübung des Fragerechts oder Stimmabgabe, teilnehmen können. Demgemäß sollen bei bloßer Übertragung der HV auch nur die allgemeinen Bestimmungen über den Nachweis der Aktionärseigenschaft zur Anwendung kommen, wonach der Nachweis durch Vorlage einer durch das depotführende Kreditinstitut ausgestellten Bestätigung des Anteilsbesitzes (Depotbestätigung) bei Inhaberaktien erfolgt; es sollen nicht die für die Teilnahme an der HV geltenden Bestimmungen über die Teilnahmeberech-

²⁹ § 102 Abs 3 Z 2 AktG-E, der Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB statuiert.

³⁰ *Schrank/Stadler*, GeS 2008, 388.

³¹ § 102 Abs 3 Z 3 AktG-E (in der Literatur auch oftmals als „E-Voting“ bezeichnet).

³² § 126 Abs 1 AktG-E.

³³ Vgl *Fleischhauer*, Hauptversammlung und neue Medien, ZIP 2001, 1136.

³⁴ Art 8 Abs 1 lit a der RL, der nach Literaturmeinungen nicht unbedingt auf die öffentliche Übertragung abstellt: *Bachner/Dokalik*, GesRZ 2007, 111 (FN 58).

³⁵ § 102 Abs 4 AktG-E.

tigung und ihren Nachweis bei Inhaberaktien³⁶, sofern die Übertragung nicht mit einer der oben dargestellten Teilnahmeformen kombiniert wird, anwendbar sein³⁷. Die Übertragung der HV war bereits vor dem AktRÄG 2009 zulässig³⁸ und stellt insofern keine Neuerung dar.

Ferner regelt das AktRÄG 2009 die Abstimmung per Brief³⁹, die aber keine Form der elektronischen Teilnahme darstellt. Diese Art der Abstimmung bietet den Aktionären keine Möglichkeit, aktuelle Informationen kurz vor oder in der HV oder Gegenanträge in ihrer Abstimmung zu berücksichtigen⁴⁰.

B.I.2. Bewertung der elektronischen Teilnahme aus Sicht der Aktionäre

Wie bereits oben dargelegt, bezweckt die RL eine Erleichterung bei der Teilnahme von – nicht am Ort der HV ansässigen – Aktionären. Da bereits nach bisherigem Recht eine Übertragung der HV online, via Internet, Fernsehen oder Radio⁴¹ zulässig ist, könnte man meinen, dass den Aktionären damit im ausreichenden Maß die Möglichkeit gewährt wird, trotz Abwesenheit bei einer Präsenz-HV an der Stimmabgabe teilzunehmen. Der nicht anwesende Online-Aktionär kann der Übertragung folgen und dem vor Ort befindlichen Stimmrechtsvertreter die entsprechende Stimmrechtsweisung zur Stimmabgabe übermitteln. Die Abstimmung per (elektronischer) Weisung an den anwesenden Vertreter ist jedoch mittelbar und umständlich⁴², und es besteht auch das Risiko von Kommunikationsproblemen⁴³. Zudem wird größtenteils bei börsennotierten Gesellschaften – wohl auch als Folge der vor dem GesRÄG 2004 bestehenden Rechtsunsicherheit in Bezug auf die allfällige Verletzung von Persönlichkeitsrechten der anwesenden Aktionäre und des Widerspruchsrechts des einzelnen Aktionärs zur Übertragung seines Redebeitrages⁴⁴ – nicht die gesamte HV, sondern nur die Ein-

³⁶ §§ 111 und 112 AktG-E.

³⁷ Vgl. 233/ME XXIII. GP Materialien, Besonderer Teil, 12. Bei einer öffentlichen Übertragung der HV einer börsennotierten AG kann selbst auf die Vorlage der Depotbestätigung verzichtet werden.

³⁸ Die Bestimmung des § 102 Abs 3 AktG aF wurde durch das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2004, BGBl I 2004/67, eingefügt. Vgl. zur Rechtslage vor dem GesRÄG 2004: *Nowotny*, Neue Medien und Gesellschaftsrecht, in FS-Krejci (2001), 781 f; *Högler-Pracher*, GesRZ 2003, 259 ff.

³⁹ § 127 AktG-E.

⁴⁰ So aber auch bei der Fernabstimmung, wenn dieses Verfahren der Abstimmung per Brief nahekommt, wie zB bei Abstimmung per E-Mail, Telefax, die vor der HV erfolgen muss. Dazu legt § 126 Abs 4 AktG-E fest, dass abgegebene Stimmen nichtig sind, wenn der Beschluss in der HV mit einem anderen Inhalt gefasst wird als im Formular oder in der Eingabemaske vorgesehen.

⁴¹ Vgl. dazu *C. Rechberger*, Aufzeichnung und Übertragung der Hauptversammlung (§ 102 Abs 3 AktG), RdW 2005, 410 ff.

⁴² Nach der bisherigen Rechtslage bedarf es einer schriftlichen Vollmachtserteilung; eine Bevollmächtigung zB per E-Mail, Telefax ist nicht ausreichend.

⁴³ Siehe dazu *Eigner/Winner*, ÖBA 2008, 49.

⁴⁴ Dazu ausführlich *Oberlechner/Stelzel*, Die Aufzeichnung und Übertragung von Hauptversammlungen, GesRZ 2008, 57 ff; *Gurmann/Thaler*, Aufzeichnung und öffentliche Übertragung der Hauptversammlung, GeS 2009, 52.

gangsreden des AR-Vorsitzenden und des Vorstands öffentlich übertragen⁴⁵. Damit ist einem nicht anwesenden Aktionär verwehrt, dem weiteren Verlauf der HV und damit wesentlichen Wortmeldungen zu folgen.

Die letzten Jahre haben ein großes Interesse ausländischer Investoren an den an der Wiener Börse notierten Unternehmen – ua wegen des Engagements österreichischer Unternehmen in Ost- und Südosteuropa – gezeigt⁴⁶. Dies brachte eine Verbreiterung und Internationalisierung der Aktionärsstruktur österreichischer börsennotierter AGs mit sich. Aus Sicht der Aktionäre ist es daher längst an der Zeit, dass die AGs ihren Aktionären einen erleichterten Zugang zur HV anbieten. Da die Gesellschaften bereits seit Jahren das Internet als internen und externen Informationskanal nutzen und damit Öffentlichkeitsarbeit betreiben, wäre es für einen Aktionär wohl nicht verständlich, wenn vor allem börsennotierte AGs den Schritt nicht wagen, eine elektronische Teilnahme an der HV anzubieten. Selbst für Aktionäre, die den modernen Kommunikationstechnologien in Bezug auf die HV-Teilnahme kritisch gegenüberstehen oder die Vorteile einer herkömmlichen HV-Präsenz nicht missen möchten, bringt der Einsatz elektronischer Mittel keine Einschränkung mit sich, da die Nutzung moderner Kommunikationstechnologien im Belieben des einzelnen Aktionärs steht. Mit anderen Worten: Für ihn besteht kein Zwang, diese zu nutzen. Er kann weiterhin die traditionelle Präsenz-HV besuchen. Anzunehmen ist aber, dass die im Zusammenhang mit der Aufzeichnung und öffentlichen Übertragung der HV bisher geführte Diskussion über einen allfälligen Eingriff in Persönlichkeitsrechte der Aktionäre nicht gänzlich enden wird⁴⁷.

B.I.3. Bewertung der elektronischen Teilnahme aus Sicht der AG

Eine AG wird nicht nur die Vorteile, die die Einführung von solchen modernen Teilnahme- und Abstimmungstechniken mit sich bringt, sondern auch die damit einhergehenden Risiken abwägen. Da das Internet für Unternehmen mittlerweile eines der wichtigsten Präsentationsforen und für *Investor Relations* nahezu unverzichtbar ist, würde man auf den ersten Blick meinen, dass die Ermöglichung der elektronischen Teilnahme an der HV ein selbstverständlicher Schritt zur Nutzung moderner Technologien für die AGs ist. Die Teilnahme an der HV im Rahmen einer Satellitenversammlung bspw gestattet es der AG, parallel zur HV eine oder mehrere zusätzliche Versammlungen, die über elektronische Kommunikationswege mit der HV verbunden sind, abzuhalten. Damit kann eine AG, die an verschiedenen Börsen notiert, ihren Aktionären die Möglichkeit der Teilnahme ohne kosten- und zeitintensive Anreise zur HV einräumen⁴⁸.

Ob den offensichtlichen Vorteilen, nämlich allen Aktionären – unabhängig von ihrem Aufenthaltsort – die Möglichkeit zu bieten, dem Verlauf der HV zu folgen und

⁴⁵ Vgl dazu *Eigner/Winner*, ÖBA 2008, 48 f; *Nowotny* in FS-Krejci (2001), 781, der auch die Vertraulichkeit der HV thematisiert.

⁴⁶ Vgl dazu den Geschäftsbericht der Wiener Börse AG 2007 (abrufbar unter www.wienerborse.at/about/reports/), wonach Ende November 2007 – laut einer Erhebung von Capital Bridge – die Top 200 globalen institutionellen Investoren 28,5 Mrd EUR in ATX Prime Unternehmen investiert hatten.

⁴⁷ Vgl *Gurmann/Thaler*, GeS 2009, 56 f.

⁴⁸ *Bachner/Dokalik*, GesRZ 2007, 111.

vom Frage- und Stimmrecht Gebrauch machen zu können, nicht einige doch gravierende Nachteile gegenüberstehen, soll im Folgenden untersucht werden.

B.I.3.a. Prüfung der Identität der Aktionäre

Die Identitätsprüfung der teilnehmenden Aktionäre erfolgt bei der traditionellen HV meist durch Eintrittskontrollen⁴⁹ und Führung eines Teilnehmerverzeichnisses. Bei den elektronischen Teilnahmeformen müssen mangels physischer Anwesenheit andere zuverlässige und sichere Kontrollschranken eingerichtet werden. Bei Satellitenversammlungen ist davon auszugehen, dass die gleichen Kontrollmöglichkeiten wie bei einer traditionellen HV bestehen. Nachdem die Satellitenversammlung an einem weiteren physischen Ort stattfindet, kann auch eine physische Überprüfung der Identität der Aktionäre durch Eintrittskontrollen und damit eine dem bisherigen Standard entsprechende Identitätsprüfung vorgenommen werden. Wie bei der Präsenz-HV kann auch bei der Satellitenversammlung ein eigenes Teilnehmerverzeichnis geführt werden⁵⁰.

Bei der Fernteilnahme besteht eine solche Möglichkeit nicht. Hier gilt es für die AG eine Authentifizierung auf dem sichersten Weg zu gewährleisten. Zumeist erfolgt im Internet die Identifizierung von Personen über Zugangscodes oder Passwörter. Diese Technik könnte auch bei der Fernteilnahme angewendet werden. Die Aktionäre erhalten bspw. nach Anmeldung zur Teilnahme an der HV⁵¹ und Nachweis der Aktionärs-eigenschaft einen Zugangscodes in Form von PIN-Codes, mit dem sie sich über das Internet in die HV einloggen können. Hier ist jedoch auf das Missbrauchsrisiko hinzuweisen, da die unerlaubte Weitergabe von Zugangscodes nicht verhindert werden kann. Es könnten sich auch Dritte unberechtigt, zB durch Phishing Attacken, Zugriff auf PIN-Codes oder vergleichbare Passwörter verschaffen und dann an Stelle des Aktionärs an der HV und der Stimmabgabe teilnehmen. Es ist aber zuzugestehen, dass ein Missbrauch auch bei der traditionellen HV nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann⁵².

Zusätzlich zu einem allfälligen Sicherheitsrisiko bringt insbesondere bei einer börsennotierten AG mit einem hohen Anteil an Streubesitz die Vornahme einer ordnungsgemäß durchgeführten Identifizierung einen nicht zu unterschätzenden organisatorischen und technischen Aufwand mit sich. Dies trifft auch auf die Fernabstimmung zu, bei der die Identifizierung mit ähnlichen Techniken erfolgen wird. Zusätzlich ist zu bedenken, dass Sicherheitsprobleme entstehen können, wenn bei der Abstimmung per E-Mail die elektronische Übermittlung des Abstimmungsformulars (welche nicht eine fortgeschrittene elektronische Signatur aufweist) zugelassen wird. Denkbar ist hier, zusätzlich zu der per E-Mail oder Fax abgegebenen Stimme, die Zusendung eines PIN/TAN- oder sonstigen Identifizierungscodes, der dem Aktionär vorab übermittelt wurde, vorzusehen.

⁴⁹ Die Aktionäre müssen zB ihre Eintrittskarten und die Hinterlegungsbestätigung vorweisen.

⁵⁰ Siehe dazu 233/ME XXIII. GP Materialien, Besonderer Teil, 13.

⁵¹ Vgl §§ 111 (insb Abs 4) und 112 AktG-E.

⁵² Dazu *Fleischhauer*, ZIP 2001, 1137, wonach das Problem der Weitergabe von Zugangscodes an Unberechtigte alle bekannten Systeme der Identifizierung einschließlich des herkömmlichen Systems der Versendung von Eintrittskarten betrifft.

B.I.3.b. Sichere Technik und technische Störungen bei der HV

Mit den modernen Technologien geht unweigerlich einher, dass technische Störungen nicht ausgeschlossen werden können. Für diesen Fall sieht § 102 Abs 5 AktG-E vor, dass bei einer Satellitenversammlung der Vorsitzende die HV zu unterbrechen hat, wenn die Kommunikation zwischen den Versammlungsorten gestört ist. Die Unterbrechung hat für die Dauer der Störung zu erfolgen, was bei einer schwer behebbaren Störung zu erheblichen Zeitverzögerungen führen könnte. Diese Bestimmung birgt auch vor allem das Risiko der Anfechtbarkeit von Beschlüssen in sich, da ein Verstoß gegen diese Bestimmung einen Verfahrensmangel darstellt⁵³. Bedenklich ist das vor allem, wenn (kurzzeitige) Ausfälle oder Störungen von dem Vorsitzenden oder den Organisatoren nicht bemerkt werden, sodass keine ordnungsgemäße Unterbrechung erfolgt. Für die Anfechtbarkeit ist es zwar erforderlich, dass die Unterbrechung kausal für das Abstimmungsergebnis ist, die AG ist aber dennoch nicht vor – wenn auch unbegründeten – Anfechtungsklagen geschützt⁵⁴. Ferner stellt sich die Frage, wie mit einer Störung, die nicht innerhalb einer angemessenen Zeit behoben werden kann, umgegangen wird. In diesem Fall wird die HV zu vertagen sein. Die HV kann aber nur dann am nächsten Tag fortgesetzt werden, wenn dies schon in der ursprünglichen Einberufung angekündigt worden ist – was natürlich kaum der Fall sein wird – oder die HV dies beschließt; ein solcher Beschluss kann aber aufgrund der technischen Störung nicht gefasst werden. Das bedeutet daher, dass die HV unter Wahrung der gesetzlichen Fristen erneut einzuberufen ist⁵⁵. Die dadurch verursachten Kosten und der administrative Aufwand sind immens; zusätzlich ist auch – zumindest bei einer großen Publikumsgesellschaft – an den Reputationsschaden zu denken, wenn eine HV aufgrund technischer Gebrechen vertagt werden musste.

Ähnlich wie bei der Satellitenversammlung besteht auch bei der Fernteilnahme das Risiko, dass es bei der Nutzung der akustischen und/oder der Zweigweg-Verbindung zu einer technischen Störung kommt. In einem solchen Fall soll nach dem Ministerialentwurf dem Aktionär ein „Anspruch“ gegen die Gesellschaft zustehen, wenn die Störung in der Sphäre der Gesellschaft aufgetreten ist⁵⁶. Zu denken ist hier wohl vorrangig an Anfechtungsklagen. Wie auch bereits in der Literatur erwähnt, ist mit dieser Bestimmung ein erhöhtes Anfechtungsrisiko von Aktionären, die trotz Teilnahmeberechtigung keine Stimme abgeben konnten, verbunden⁵⁷. In solchen Anfechtungspro-

⁵³ 233/ME XXIII. GP Materialien, Besonderer Teil, 13.

⁵⁴ Siehe aber zum Mißbrauch des Anfechtungsrechts: § 198 Abs 2 AktG, wonach für einen Schaden aus unbegründeter Anfechtung die Kläger, denen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, der AG verantwortlich sind. Vgl auch zum Kostenrisiko § 197 Abs 6 AktG.

⁵⁵ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 105 Rz 40 und § 108 Rz 66.

⁵⁶ § 102 Abs 5 AktG-E.

⁵⁷ Vgl § 196 Abs 1 Z 2 lit a AktG-E; *Schrank/Stadler*, GeS 2008, 389; *Reich-Rohrwig/Moser*, *ecolex* 2009, 42; Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages zum Gesetzesentwurf des ARÄG 2009, 18 f (abrufbar unter www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/ME/ME_00233/pmh.shtml). Der Kritik der Literatur folgend wurde § 102 Abs 5 AktG-E (vgl RV 208 dB XXIV. GP) dahingehend geändert, dass im Fall einer Kommunikationsstörung der Aktionär nur dann einen Anspruch gegen die AG geltend machen kann, wenn diese ein Verschulden trifft.

zessen wird – wohl mittels Gutachten – zu klären sein, in wessen Sphäre die Störung aufgetreten ist.

Überdies ist eine AG nicht davor geschützt, dass Aktionäre unerlaubterweise die HV aufzeichnen⁵⁸ und danach im Internet außerhalb des Aktionärskreises öffentlich übertragen. Die AG hat – anders als bei der Satellitenversammlung – keine Kontrolle über die vom Aktionär verwendete Infrastruktur. Zugegebenermaßen wird ein solches Risiko wohl eher nur bei einer großen Publikumsgesellschaft als bei einer AG mit überschaubarem Aktionärskreis gegeben sein. Um einer solchen unrechtmäßigen Vorgehensweise zuvorzukommen, könnte eine börsennotierte AG eine Fernteilnahme mit einer öffentlichen Übertragung der HV nach § 102 Abs 4 AktG-E verbinden.

Die Fernabstimmung stellt wohl eine Form der elektronischen Teilnahme dar, die an die AG geringere technische Herausforderungen – im Vergleich zu den vorhin dargestellten Varianten – stellt. Zwar überträgt das Gesetz auch hier das Risiko einer Störung, die in der Sphäre der Gesellschaft aufgetreten ist, der AG, jedoch können Störungen bei Medien, die gewöhnlich bei einer Fernabstimmung verwendet werden, wie E-Mail, Online-Eingabemaske oder Fax, eher vermieden oder im Falle des Auftretens leichter behoben werden. Ferner sollte es hier einfacher beurteilbar sein, in welcher Sphäre die Störung liegt.

Zu bedenken ist auch, dass der korrekten Stimmzählung bei elektronischen Stimmabgaben große Bedeutung zukommt. Es gilt Manipulationen zu verhindern. Die AG hat daher technische Vorkehrungen zu treffen, dass Organe der AG und Aktionäre keinen Zugriff auf Stimmkarten haben, die vor den Abstimmungen in der HV per E-Mail oder Brief eingelangt sind (idealerweise sollte nur der Notar Zugriff haben). Ferner sollte der Abstimmungsvorgang dokumentiert und ex post überprüfbar sein⁵⁹.

B.I.3.c. Administrativer Aufwand und Kosten

Die Einrichtung und Durchführung einer Satellitenversammlung verursacht für die AG hohe Kosten, da neben der Organisation der HV im Inland auch noch Räumlichkeiten zumindest an einem weiteren Ort – wohl zumeist im Ausland – für eine Versammlung angemietet und für Aktionäre bereitgestellt werden müssen. Überdies bringt dies – vor allem bei breiter internationaler Aktionärsstruktur – einen großen organisatorischen Aufwand mit sich, da womöglich an verschiedenen Orten eine Zweiweg-Direktverbindung eingerichtet werden muss. Bei Publikumsgesellschaften kann eine solche Zweiweg-Verbindung die HV durchaus verzögern, wenn Aktionäre von den unterschiedlichsten Orten ihr Rede- und Fragerecht ausüben⁶⁰.

Die in § 102 Abs 3 Z 2 AktG-E normierte Fernteilnahme stellt eine für die AG kostengünstigere Variante dar, da die Aktionäre selbst vorrangig für das Bereitstellen der Infrastruktur Sorge tragen müssen, wie bspw Zugang zum Internet oder zu einer

⁵⁸ Vgl zur Frage, ob einzelne Aktionäre Aufnahmen von der HV machen dürfen: *Eigner/Winner*, ÖBA 2008, 47.

⁵⁹ Vgl dazu *Bachner/Dokalik*, GesRZ 2007, 112; *Eigner/Winner*, ÖBA 2008, 51. Vgl dazu auch § 128 Abs 4 AktG-E, wonach es der börsennotierten AG gestattet ist, das individuelle Stimmverhalten der Aktionäre zu veröffentlichen; dies soll nach den Materialien der Transparenz und Überprüfbarkeit des Abstimmungsvorgangs dienen.

⁶⁰ Vgl *Eigner/Winner*, ÖBA 2008, 49.

Videokonferenzanlage. Die AG kann zudem davon ausgehen, dass die Fernteilnahme eine höhere Partizipationsquote als die Satellitenversammlung mit sich bringt, da die Aktionäre sich beliebig an jedem Ort dazuschalten können. Sind die im Rahmen der Fernteilnahme teilnehmenden Aktionäre berechtigt, das Frage- und Rederecht auszuüben, könnte freilich – ähnlich wie bei der Satellitenversammlung – die Sitzungsleitung aufgrund einer erhöhten Teilnehmeranzahl aus verschiedensten Ländern erschwert und die HV erheblich verzögert werden⁶¹. Dem kann in gewissem Ausmaß entgegengewirkt werden, indem Informationen in Form von Frage und Antwort auf der Internetseite vorab den Aktionären zugänglich gemacht werden, da der Vorstand Auskünfte in Bezug auf diese Vorabinformationen in der HV verweigern darf⁶².

Die Gegenüberstellung der vom Gesetz angebotenen Möglichkeiten der elektronischen Teilnahme an der HV zeigt, dass die Satellitenversammlung die – in Bezug auf die Identifizierung von Aktionären – sicherste, aber auch teuerste und wahrscheinlich auch administrativ aufwendigste Variante darstellt. Eine Satellitenversammlung erfordert auch nicht zwingend die Verwendung des Übertragungsmediums Internet, sodass von der Installation von sicheren Verschlüsselungstechniken Abstand genommen werden kann. Bei den anderen Varianten ist eine AG gefordert, verlässliche Methoden zur Authentifizierung zu implementieren, wobei mE die Identifizierung mittels Zugangscodes als ausreichend anzusehen ist⁶³. Es ist davon auszugehen, dass sich bei der Fernteilnahme und Fernabstimmung die Kosten – und bei der Fernabstimmung auch die Störungsanfälligkeit – in Grenzen halten werden.

C. Ausblick

Die Zulassung elektronischer Teilnahmeformen stellt einen weiteren Schritt dar, das Aktienrecht der digitalen Welt näherzubringen, und ist jedenfalls zu begrüßen. Die Darstellung der einzelnen Teilnahmeformen hat gezeigt, dass jede einzelne dieser Möglichkeiten der Teilnahme an der HV auf elektronischem Weg für die Aktionäre einen gegenüber der bisherigen reinen Präsenzhauptversammlung erleichterten Zugang zur HV darstellt. Durch den Einsatz von Internet und anderen modernen Kommunikationsmedien kann die Kontroll- und Mitwirkungsmöglichkeit der Shareholder der AG gestärkt und verbreitert werden⁶⁴. Da in Zeiten fallender Aktienkurse und fortdauernder Wirtschaftskrise zu erwarten ist, dass mehr Aktionäre den Wunsch haben, an der Willensbildung der Gesellschaft teilzunehmen und ihre Mitbestimmungsrechte zu stärken, sollte dies – neben Neuerungen bei den Vorschriften zur Einberufung der HV⁶⁵ sowie bei der Stimmrechtsvertretung⁶⁶ – dazu beitragen, die bislang uner-

⁶¹ So auch *Habersack*, ZHR 2001, 198. Vgl. auch zur Anfechtbarkeit von Beschlüssen, die nach Mitternacht gefasst wurden: *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 105 Rz 40 mN.

⁶² § 118 Abs 4 AktG-E.

⁶³ Eine sichere (fortgeschrittene) elektronische Signatur iSd SigG zu fordern, wäre den Aktionären aufgrund der geringen Verbreitung nicht zumutbar. So auch *Eigner/Win-ner*, ÖBA 2008, 51.

⁶⁴ Zur verbreiterten und vereinfachten Unternehmenskontrolle durch das Internet *Kalss*, Internet und Recht, 282 f und 287 f.

⁶⁵ Dazu zB *Reich-Rohrwig/Moser*, *ecolex* 2009, 40.

⁶⁶ §§ 113 ff AktG-E.

wünschte Situation geringer Präsenz in HVs zu verbessern. Diese Neuerungen dürften vor allem in Zeiten des Rufs nach erhöhter Transparenz und Kontrolle börsenotierter Gesellschaften von den Aktionären positiv aufgenommen werden. Ob die Zulassung neuer Technologien ausreichen wird, der geringen Teilnahmequote bei Streubesitzaktionären entgegenzuwirken, wird aber auch von anderen Faktoren abhängen, wie zB der Bereitschaft des Einzelnen, diese Medien zu nutzen.

Es zeigt sich auch, dass die HV, die den Aktionären Kontroll- und Einwirkungsrechte gegenüber dem Management geben soll, vor unberechtigten Zugriffen, Einflussnahmen bei der Stimmabgabe usw geschützt werden muss. Unzweifelhaft bergen die modernen Technologien eine höhere Anfälligkeit für Störungen; Schutz vor Hackern und sonstigen missbräuchlichen Eingriffen kann nicht vollständig garantiert werden. Daher wird jede AG genau abwägen, ob sie den Schritt ins „elektronische Zeitalter“ in Bezug auf die HV wagt und damit auch einem erhöhten Aufwand an Kosten und Administration entgegensieht sowie womöglich einer erhöhten Anzahl von Anfechtungsklagen ausgesetzt ist. Sollte eine AG diese Bedenken aber ausräumen können, kann sie diese Medien nutzen, um gezielt die Kommunikation mit ihren Aktionären (*investor relations*) zu fördern.

Die nächsten Jahre werden zeigen, wie die neuen Medien sowohl von den AGs als auch ihren Aktionären angenommen werden. Sollte die Praxis eine durchwegs positive Resonanz zeigen, bleibt abzuwarten, ob nicht doch eines Tages eine rein „virtuelle HV“ Wirklichkeit wird.

Legal Business in Hong Kong, Singapore and Rio de Janeiro

Interview mit Camilla Donati, Rio de Janeiro / Petra Kalt, lic.iur., Singapore / Michael Olesnick, LL.M. (New York), Hong Kong

Mrs. Donati, you are a jurist at UBS in Rio de Janeiro. What is special about legal business in Brazil?

The major population of lawyers works at law firms.

Which legal system do you have in Brazil?

Statutory Law.

What are presently the major legal issues in Brazil?

Although they are not purely legal issues, any discussion on these topics depends on the discussion of laws and regulations: Corruption, Agrarian Reform, Reform of Labour and Tax Systems.

Do you think that South American jurists are different from European Jurists?

No, although legal systems may be different, common sense prevails.

Have you ever met – aside from Wolfgang Zankl – European law professors?

No, just lawyers.

Mrs. Kalt, where are you from and when and why did you go to Singapore?

I am from Switzerland. I went to Singapore to gain international experience, to broaden my horizon and to gain insight into the Asian ascent.

Which legal system do you have in Singapore?

Singapore law has its roots in English common law. Some areas of law are statutory, others are still judge-made.

Why did you return from Singapore?

My International Assignment contract was terminated by the bank due to cost cutting reasons.

Where do you know Wolfgang Zankl from?

From the visit of Prof. Zankl's Executive LL.M. class with UBS Singapore & Hong Kong.

Mr. Olesnick, you are an attorney at law in Hong Kong. What is special about legal business in Hong Kong?

Hong Kong is a very dynamic and important financial centre, as well as a major hub for trading business. The issues that arise in Hong Kong can be very sophisticated, and yet we deal with them by applying very old-fashioned tax legislation. This is quite challenging. On the China side, the laws and regulations tend to be very brief, and after the 2008 tax reform, there is little available in the way of guidance from the Chinese authorities. All in all, both jurisdictions present significant challenges for tax advisors.

Camilla Donati, Petra Kalt, Michael Olesnick

What is your law firm, Baker & McKenzie, dealing with in particular?

In our practice, we advise multi-national corporations, as well as Hong Kong and Chinese companies, on tax planning around the world. A large part of our practice also includes tax dispute and litigation work. In addition, there is a significant component of private banking/wealth management work, as well as work involving indirect taxes such as VAT/GST and stamp duty.

Where are you from, when and why did you go to Hong Kong?

I am from Adelaide, Australia. I came to Hong Kong to take up a teaching position at the Hong Kong University and intended to stay here for only two years. 26 years later, I could not conceive of living in another place.

Is it difficult for a European lawyer in Hong Kong?

For a person who was trained under common law, Hong Kong offers many opportunities. For a civil lawyer, greater opportunities would probably lie in Mainland China, because the legal system there is primarily based on the old German civil code.

Which legal system do you have in Hong Kong?

It is a common law system which is inherited from England. The basic law of Hong Kong, which is effectively its mini-constitution, guarantees that the English system of law will apply in Hong Kong, at least until 2047.

Are you planning to ever work or live in Europe?

I really have no idea where I will end up after I retire. But I will work here until then. I will probably stay in Hong Kong afterwards.

Where do you know Wolfgang Zankl from?

Wolfgang was introduced to me by Philip Marcovici, a very dear friend in Zurich who actually recruited me to join the Hong Kong office of Baker & McKenzie. Wolfgang has of course made visits to Hong Kong from time to time.

Private Banking and Wealth Management in Asia – A Survey

Gunter Dufey, M.A., D.B.A., Singapore

A. Introduction

Private Banking and Wealth Management are business models that continue to be attractive to financial institutions worldwide, in spite of a temporary setback during the global financial crisis of 2008/09. The business is relatively ‘low risk’ when compared to activities, such as investment banking (IPOs, M&A, securitization) or extending credit to businesses and consumers, although private banking is not totally independent of an institution’s failure in these other areas due to perceived credit and reputational risks.

When reviewing this business on a global basis, one recognizes quickly that various parts of the world have developed distinctly different ‘models’ of private banking and wealth management. The prevailing modus operandi in the United States is the ‘broker model’ – with possible exception of comprehensive services offered to very high net-worth clients (VHNWCs). Culturally and legally people in the United States enjoy strong property rights and thus, very little financial confidentiality is required – or provided. Individuals flaunt their wealth, speak about their investments freely – and government agencies have ready access to individuals’ financial information.

This is in sharp contrast to the traditional private banking model in Europe, where a long history of authoritarian regimes, political persecutions and concomitant weak property rights, as well as confiscatory tax regimes, have prompted wealthy individuals, including members of the upper middle class, to keep a portion of their savings in a few neighboring jurisdictions that offer a high degree of confidentiality and freedom from taxation (Switzerland, Liechtenstein, Monaco etc). And while this model is currently under attack vigorously from both the United States as well as some of the larger European countries, the practice has a long tradition. The essential features of the European private banking model are well known: comprehensive services, often extending beyond narrowly defined financial products, offered by high cost, high service financial institutions, executed by well trained relationship managers (RMs), who in Europe tend to be overwhelmingly male.

B. Unique Aspects Of Private Banking In Asia

Private banking and wealth management in Asia exhibit some interesting different features. Relative to Europe and the United States, the volume of assets under management (AUM) is smaller, but characterized by rapid growth. According to the “Asia-Pacific Wealth Report 2008” issued by Capgemini and Merrill Lynch, wealth of High NetWorth Clients (HNWC) in Asia expanded by 12.5 percent in 2007, exceeding both the 10.5 percent rate posted a year earlier and total world wealth growth in 2007 of 9.4 percent. Asia is home to approximately 30 percent of the world’s HNWC population and 23 percent of global HNWC wealth. Among Asian countries, India, China and

South Korea particularly experienced the highest HNWC population growth, gaining 22.7 percent, 20.3 percent and 18.9 percent respectively during 2007.

The high growth rates in Asia exist because of the relatively recent origins of economic growth in that part of the world, which occurred much later than in the United States and Europe, due to historical and political reasons. Essentially, except for Japan, a market that will be largely excluded from this report, Asian wealth originates from the 1960's onwards, when the colonial period had ended, local wars began to die down, and countries started to change from a socialist model of development to an economic growth-path based on private ownership and free enterprise, although with much government meddling remaining.

The nature of economic growth in Asia has been frequently commented upon. It is based on the fact that by adopting technology from Japan and the West, countries could leapfrog technological development, rapidly moving large parts of their populations from low productivity employment in agriculture onto assembly lines of modern factories. Many of these countries also invested aggressively in technical education for their rapidly growing populations.

These factors of 'catching-up' are still at work in most Asian countries, except the economically mature city-states of Singapore and Hong Kong, South Korea (and Japan), and it does not take an economic genius to predict that the prospects for economic growth rates in Asia in general will continue to exceed those in most parts of the rest of the world for a significant number of years.

It is not surprising, therefore, to observe that rapid economic growth continues to generate an even faster increase of wealth in private hands. Accordingly, private banking assets have been growing rapidly in the years prior to the crisis of 08/09. In addition, it is worth keeping in mind that these growth rates are accompanied by much higher savings rates than in the United States (low single digits) or Europe (mid teens). Asian savings rates range between 20 (Indonesia), 30 (India) to 50 (China) percent, largely driven by a long history of hardship that has become ingrained in the consciousness of people (culture), the absence of comprehensive health and pension systems as well as the uncertainties associated with rapid socio-economic change in societies moving from socialist to free enterprise systems.

C. Investor Characteristics

At this point one encounters already one of the significant differences with respect to private banking and wealth management: As indicated above, there is relatively little 'old money' in Asia (except Japan) and what exists has long been moved to Europe or the United States. The bulk of current wealth is held by first and second generations of successful entrepreneurs who demand different types of services that are not only focused on wealth preservation. Effective services must take account of their needs for credit and related transaction services to assist in supporting their growing business operations that are more often than not international in scope. Obviously, institutions that offer efficiently linked global networks have an inherent advantage to serve the needs of such customers. By the same token, such investors are also willing to take a bit more risk and they are less tolerant of paying high cost for services.

Another unique feature of private banking in Asia is based on the fact that almost all is ‘offshore’ i.e. of a trans-border nature. While one can notice attempts of major financial institutions to establish private banking operations domestically in the larger Asian markets, a history of precarious property rights, combined with the fact that in many Asian countries a disproportionately large part of entrepreneurial activity is in the hands of minority groups (Oversea Chinese), explain the fact that origin of wealth and management of the assets are in different jurisdictions. As is well known also in other parts of the world, the property rights of minority groups that are wealthier than their host populations are always precarious! Thus, to hold a proportion of savings outside of their respective country of residence is part of the accepted survival strategy by minority-group entrepreneurs in many countries.

Of course, tax burdens play a role also in Asia. While income taxes tend to be relatively low, inheritance taxes are high and in conjunction with high bequest motives in Asian societies, they provide strong incentives to keep financial heirlooms abroad. Last but not least, it must be noted in this context that practices of corruption and influence peddling as well as shifting standards of probity and politicized legal systems contribute to trans-border investment by many members of the political ruling classes also. Finally, almost all Asian countries practice exchange controls, effectively inducing people with money to always keep a portion of their liquid assets safely outside their home countries, to be spent without restrictions when need arises.

D. Location Of Asset Administration

Some jurisdictions have aggressively taken advantage of this demand for offshore financial services in the Asian time zone and have morphed themselves into international financial centers, where private banking and wealth management have become to represent a major component of overall activities in that sector. Beginning with a flexible, common law system and efficient institutions inherited from their former British colonial masters, Singapore and Hong Kong have occupied that competitive space, promoted by first mover advantage and deliberate government policies. Such policies comprised the adoption of legal systems that aggressively promote safety of contracts among private parties, reasonable protection of customer rights as well as confidentiality. Due to geographic location, it turns out that Hong Kong has an advantage in developing business with North Asia, especially the Peoples of Republic of China (PRC) and South Korea. Because of rapid economic growth in both countries with high investment rates in infrastructure as well as business assets, it is not surprising that Hong Kong’s strength lies in the generation of banking assets, such as loans, securities, equity listings and trading. In contrast, Singapore has developed strength in administering liabilities. Over the years, its original advantage has been as the center of the “Asian currency market” (which is really a market for offshore time deposits in convertible currencies of which there are few in Asia!). In the 1980s then, the Singapore Government has begun to actively promote that city-state’s role as a center for asset management, comprising fund management, later hedge fund activities and of course the private banking business of both local and foreign banks.

E. Institutional Framework

Within these geographic and legal ‘spaces’, both domestic, but primarily international banks have moved aggressively to offer private banking and wealth management services. While the market for such services is highly competitive and quite fragmented – nobody has more than 4 percent market share -- dominant players in both Singapore and Hong Kong tend to be European institutions headquartered in Switzerland, but also from the United Kingdom, the Netherlands, France and Germany, with American institutions playing important but secondary roles and probably losing market share long-term as the US Government energetically tries to combat bank secrecy at home and abroad, driven by ‘wars’ on drugs, terrorism, but also on tax avoidance.

F. Delivering Private Banking Services

Private banking services are labor intensive. What is required everywhere is well-educated, knowledgeable relationship managers that are able to focus keenly on the different needs and risk preferences of their clients. In this respect, another intriguing difference is based on the fact that, when compared to Europe, the proportion of relationship managers in Asian private banking is virtually the reverse of Europe: approx. 80 percent is female! The author of this article, conducting a limited survey among industry participants, has found solid confirmation of the observation, but no satisfactory explanation. As to the latter, reasons given ranged from historical developments where smart female bank clerks advanced to the position of relationship managers, all the way to speculative conjectures about the superiority of the Asian female! Today females with similar educational backgrounds, i.e. university graduates -- often with relevant masters’ degrees in business and/or finance, frequently with experience in other parts of a bank, for example corporate banking, dominate the delivery of private banking services in Asia.

For the management of financial institutions that offer private banking and wealth management services, the “care and feeding” of a large staff of professional relationship managers is a challenge. The rapid growth of the industry has at times resulted in a mad scramble for competent staff, who will bring along their clients. In this regard, it is worth remembering that long-term relationships are particularly important in Asia. Market surveys report that experienced RMs take along 60 to 80 percent of their clients, along with the assets, when changing employers.

G. Investor Behavior

There are other interesting differences between private banking in Asia and other parts of the world. One refers to portfolio compositions. Asian portfolios in general contain relatively few Asian bonds and fixed income securities. This is probably due to the weak bankruptcy and foreclosure laws in Asian countries that are not kind to holders of corporate bonds, again with Singapore and Hong Kong being notable exceptions. Investors’ portfolios then tend to be bifurcated in term of risk: ultra-safe bank deposits are held together with lots of risky equities, often from the home countries of the investors. For example data for 2007 from “Asia-Pacific Wealth Report 2008” show HNWCs from different countries allocating financial assets in different ranges as follows: equities from 17 to 36 percent, fixed income securities from 14 to 22 percent,

cash/deposits from 19 to 34 percent, and alternative investments from 6 to 12 percent. Note however, that 2007 followed several years of extraordinary returns in equity markets and a fad in ‘alternative’ assets such as hedge funds, private equity and commodities.

Not surprising, given bad corporate governance practices and poorly regulated securities markets, Asians love real estate and the proportion of real estate in private banking portfolios in the region ranges from 20 to 40 percent (Figure 2 from “Asia-Pacific Wealth Report 2008”).

H. Conclusions And Outlook

This survey focused on some unique aspects of private banking and wealth management in Asia. Obviously there are a number of commonalities with other areas of the world. For example, there are ongoing, never ending attempts to segment the market into (a) priority banking for emerging HNWCs (below roughly USD 1 million), (b) traditional private banking clients with a net worth of say, USD 3 to 15 million, and (c) ultra high net worth clients with investible funds of USD around 30 million and above. Of course, different institutions will set brackets of wealth somewhat differently, focusing on those segments where they believe their competitive strength lies to deliver services effectively and profitably.

Beyond those general aspects, there are a number of unique features that distinguish private banking in Asia from that business in the rest of the world. The business tends to be more of a “trans-border” nature, that is, the origin of the assets and the administration are in different jurisdictions. A disproportionately-large share of clients represent active entrepreneurs of the first or second generation, who are often members of minority groups in their economies. Indeed, anecdotal evidence suggests that after the adoption of the EU Savings Directive that instigated tax withholding from EU residents in some European ‘havens’, Private Banks operating in Asia experienced an inflow of funds from Europe.

Among the service providers, there is keen competition among European based banks, North American banks and brokerages and domestic institutions in Hong Kong and Singapore; yet there is little evidence of consolidation and the market remains highly fragmented. We also note differences in asset compositions of investment portfolios as well as the predominance of females among the important relationship manager population.

As to any lasting effects of the financial crisis of 2008/09 on the private banking business in Asia, hard facts have yet to emerge. The fiscal problems of major and minor countries in the world have prompted a renewed push for lessening bank secrecy, not only in cases of criminal activity but also ‘ordinary’ tax avoidance. Off-shore jurisdictions around the world are under pressure to agree on providing information to foreign fiscal authorities. Singapore and Hong Kong have not escaped such pressures and have signaled cooperation – to a certain extent.

As to products and services, it is likely that there will be less emphasis on complex structured products, more focus on credit worthiness of the institutions offering private banking services, and in general less competition in terms of innovative products due to the demise of the Anglo-Saxon investment banks in global markets. However, eco-

Gunter Dufey

nomie growth rates in the Region, in combination with high savings rates, will make Asia a region of alluring opportunity for financial institutions offering competitive private banking and wealth management services.

I. References

Capgemini and Merrill Lynch, “Asia-Pacific Wealth Report 2008”

Citi Private Bank and Knight Frank, “Annual Wealth Report 08”

Hans Tjio, editor, *The Regulation of Wealth Management*, Published by the Center for Commercial Law Studies, National University of Singapore, 2008

Markus Rudolf (Hg.), *Private Banking*, Frankfurt School Verlag, 2008

David Maude, *Private Banking and Wealth Management: The New Realities*, Wiley Finance, 2006

“Private Banking in Asia – Striking it Rich”, *The Economist*, June 10, 2004

Chen Hiufen, “Private Banking Industry Booming”, *Business Times*, Singapore 17 March 2008

Die Besteuerung nach dem Aufwand im Schweizer Recht

Fredy Eggenschwiler, LL.M., Sissach

A. Einleitung

Die Besteuerung nach dem Aufwand ist ein seit Jahrzehnten fest verankertes Institut des schweizerischen Steuersystems¹. Sie gibt aber trotzdem immer wieder zu politischen Diskussionen Anlass. In regelmässigen Abständen wird auch in den Medien die Frage aufgeworfen, ob die Aufwandbesteuerung, von der insbesondere Ausländer profitieren, volkswirtschaftlich sinnvoll ist².

Eine Motion von Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer zur Aufhebung der Besteuerung nach dem Aufwand hat der Nationalrat am 1. Oktober 2007 mit 66 zu 112 Stimmen abgelehnt³. Diese Motion ist im Übrigen deckungsgleich mit der parlamentarischen Initiative von Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer, welche der Nationalrat in der Herbstsession 2005 mit 87 zu 67 Stimmen abgelehnt hatte⁴.

Hingegen ist zu erwähnen, dass die Stimmbürger des Kantons Zürich in der Volksabstimmung vom 8. Februar 2009 beschlossen haben, die Zürcher Pauschalbesteuerung abzuschaffen. Die Gesetzesänderung wird gemäss Regierungsratsbeschluss vom 5. März 2009 auf das Steuerjahr 2010 wirksam. Nicht betroffen vom Zürcher Entscheid sind die Pauschalbesteuerung der direkten Bundessteuer sowie jene aller übrigen Kantone.

Die Besteuerung nach dem Aufwand führt auch zu Kritik aus dem europäischen Ausland. Dies, obwohl verschiedene Länder in Europa – so zB Grossbritannien⁵, Irland, Monaco, Belgien, Luxemburg und Liechtenstein – vergleichbare steuerliche Ausnahmeregelungen für Ausländer kennen⁶.

Angesichts der politischen Brisanz des Themas stellt sich die Frage, wie gross die Bedeutung der Aufwandbesteuerung in der Schweiz zahlenmässig ist. Im Vergleich zum Jahre 2003, aus dem die letzten verfügbaren Daten der Eidgenössischen Steuerverwaltung stammen, ist die Zahl der Pauschalbesteuerung stark angestiegen. Wurden

¹ *Marco Bernasconi*, Die Pauschalbesteuerung, Übersetzung aus dem Italienischen, Zürich 1983, 2.

² Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 17.2.2006, 41: „Unbeantwortete Fragen zu Steuerabkommen“.

³ Amtliches Bulletin des Nationalrates (AB) 2007 N 1512 (Geschäft Nr 07.3491).

⁴ AB 2005 N 1483 ff. (Geschäft Nr 03.458).

⁵ Siehe aber *Christian Lyk* in *Private* 6/2007, 64 f.: „Der britische Steuerstatus resident but not domiciled im Wandel der Zeit“. So werden Steuerpflichtige, welche vom Steuerstatus „resident but not domiciled“ profitieren, künftig eine Einheitssteuer von £ 30'000 zu entrichten haben, wenn sie diesen Status weiterhin beibehalten wollen.

⁶ *Maja Bauer-Balmelli/Sanna Maas*, Aufwandbesteuerung und englisches Konzept des Steuerstatus "Resident but not domiciled" – ein Vergleich, zsis Monatsflash 6/2006 (abrufbar unter www.zsis.ch).

2003 schweizweit knapp 2.400 Ausländer anhand eines Pauschalbetrags besteuert, waren es im Jahre 2006 ca 4.200⁷. Dies entspricht einer Zunahme von 76%. Von den nach dem Aufwand besteuerten Personen leben 80% in den Kantonen Genf, Graubünden, Tessin, Waadt und Wallis⁸. Mit Ausnahme des Kantons Glarus hatten 2006 sämtliche Kantone mindestens eine steuerpflichtige Person, welche pauschal besteuert wurde⁹. Gemessen an der Gesamtbevölkerung von rund 7,4 Millionen macht der Anteil der in der Schweiz nach dem Aufwand Besteuerten rund 0,067% an der Gesamtbevölkerung aus. Sie bezahlen jährlich etwa 92 Millionen Franken direkte Bundessteuer sowie 500 bis 600 Millionen Franken Staats- und Gemeindesteuern¹⁰.

B. Zum Wesen der Aufwandbesteuerung

B.I. Vorbemerkungen

Das Schweizer Steuerrecht bietet unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, dass eine steuerpflichtige Person anstelle der ordentlichen Einkommens- bzw Vermögensbesteuerung die sogenannte Besteuerung nach dem Aufwand, auch bezeichnet als Aufwand- oder Pauschalbesteuerung¹¹, wählen kann¹². Bei der Aufwandbesteuerung wird eine Person nicht nach ihrem Einkommen und Vermögen, sondern auf der Grundlage des Aufwandes¹³, den sie für ihre Lebenshaltung in der Schweiz betreibt, besteuert. Der hauptsächliche Vorteil dieser Besteuerungsart besteht darin, dass sich die Steuerbemessungsgrundlage reduziert, weil der ordentliche Steuersatz nur auf einen Teil des weltweiten Einkommens und Vermögens angewendet wird¹⁴. Daraus ergibt sich regelmässig eine beträchtliche Verringerung der individuellen Steuerbelastung. Es handelt sich dabei um ein vereinfachtes Veranlagungsverfahren. Die Steuerbehörden stützen sich auf bestimmte, noch näher zu erläuternde Faktoren und nehmen anschliessend eine Kontrollrechnung mit Elementen der Einkünfte und des Vermögens aus inländischen Quellen vor¹⁵.

⁷ Studie der KPMG vom 30.3.2007 (KPMG Studie), Pauschalbesteuerung und ihre Bedeutung für den (Steuer-) Standort Schweiz, von *Jörg Walker* und *Patrick Burgy*.

⁸ KPMG Studie; NZZ vom 20.4.2007.

⁹ KPMG Studie.

¹⁰ KPMG Studie; NZZ vom 20.4.2007.

¹¹ Die Bezeichnung „Besteuerung nach dem Aufwand“ oder „Aufwandbesteuerung“ trifft den Kern dieser Besteuerungsart am besten. Allerdings wird auch der Begriff der „Pauschalbesteuerung“ seit jeher verwendet.

¹² Eidgenössische Steuerverwaltung, Informationsstelle für Steuerfragen, Steuerinformationen, Teil E, Steuerbegriffe, Die Besteuerung nach dem Aufwand, Bern 2003 (ESTV-Aufwandbesteuerung), 1; *Felix Richner*, Pauschalbesteuerung, ZStP 1/2000, 1 ff.

¹³ *Bernasconi*, aaO, 1; *Peter Locher*, Kommentar zum DBG, Therwil 2001, N 1 zu Art 14 DBG.

¹⁴ *Xavier Oberson*, Droit fiscal Suisse, Basel/Genf/München, 2007, § 6 N 62; *Richner*, aaO, 1.

¹⁵ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 1.

B.II. Abgrenzung

B.II.1. Steuerabkommen

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁶ besteht ein Steuerabkommen in der Regelung eines konkreten, einmaligen oder sich wiederholenden Tatbestandes, welcher von den gesetzlichen Bestimmungen abweicht und Bestand, Umfang oder Art der Erfüllung der Steuerpflicht beinhaltet. Solche Steuerabkommen trifft die zuständige Behörde im Einverständnis mit dem Steuerpflichtigen mittels Verfügung¹⁷. Charakteristisch ist dabei, dass ein Steuerpflichtiger nicht mehr nach den allgemein geltenden Rechtsgrundlagen veranlagt und besteuert wird, sondern dass Behörde und Steuerpflichtiger gemeinsam eine spezielle, nur für den Einzelfall geltende Ordnung vereinbaren¹⁸. Steuerabkommen sind hinsichtlich der Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Gleichheit der Besteuerung problematisch¹⁹. Entsprechend sind sie im Bereich der direkten Bundessteuer mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht zulässig. Auf kantonaler Ebene sind sie gemäss dem interkantonalen Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen ebenfalls unzulässig.

Die Besteuerung nach dem Aufwand ist demgegenüber sowohl auf Stufe Bund wie auch auf Stufe Kanton gesetzlich vorgesehen²⁰.

B.II.2. Steuererleichterungen und/oder Steuerbefreiungen

Keine Steuerabkommen im oben erwähnten Sinn sind Steuererleichterungen und/oder Steuerbefreiungen, deren Ausmass und Begünstigtenkreis im Steuergesetz eingehend geregelt sind. So stellen insbesondere allgemeine, im Gesetz enthaltene Steuererleichterungen zugunsten ganzer Gruppen von Steuerpflichtigen selbstverständlich keine Steuerabkommen dar²¹. Hinsichtlich der rechtsgleichen Behandlung aller Steuerpflichtigen sind sie unproblematisch, da sie stets auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.

B.II.3. Blosser Vereinbarungen

Ebenso wenig zu den unzulässigen Steuerabkommen gehören auch blosser Vereinbarungen, die im Verlaufe des ordentlichen Veranlagungsverfahrens zwischen Steuerpflichtigen und der zuständigen Behörde über streitige Gegenstände getroffen werden. Hierbei handelt es sich nicht um Abweichungen von der gesetzlichen Ordnung, son-

¹⁶ BGE 101 Ia 92 ff, 98.

¹⁷ Eidgenössische Steuerverwaltung, Informationsstelle für Steuerfragen, Steuerinformationen, Teil A, Allgemeine Angaben, Das interkantonale Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen vom 10.12.1948 (ESTV-Konkordat), 6.

¹⁸ ESTV-Konkordat, aaO, 6.

¹⁹ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 2.

²⁰ *Locher*, aaO, N 5 zu Art 14 DBG, mwH, weist darauf hin, dass dennoch gewisse Berührungspunkte zwischen (zulässiger) Aufwandbesteuerung und (unzulässigem) Steuerabkommen bestehen; dies namentlich dann, wenn über Elemente der Bemessungsgrundlage verhandelt wird oder wenn eine Einigung gleich für mehrere Jahre getroffen wird.

²¹ ESTV-Konkordat, aaO, 6 f.

dern lediglich um verfahrensmässige Verständigung zwischen Behörden und Steuerpflichtigen²².

B.III. Kritik und Rechtfertigung der Aufwandbesteuerung

Die Aufwandbesteuerung ist politisch nicht unumstritten. Oft wird darin eine Privilegierung wohlhabender Steuerpflichtiger gesehen²³. Aus juristischer Sicht wird vorgebracht, dass die Aufwandbesteuerung zu den Grundsätzen der Rechtsgleichheit²⁴, der Allgemeinheit der Steuer sowie der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Widerspruch stehe.

Ein Blick in die Medien zeigt: Die Frage der Pauschalbesteuerung wirft immer höhere Wellen. Die Diskussion um die Beibehaltung oder Abschaffung der Besteuerung nach dem Aufwand werden aber primär auf politischer Ebene geführt. Den Bedenken, die unter dem Gesichtspunkt der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geäussert werden, können in rechtlicher Hinsicht eine gewisse Bedeutung nicht abgesprochen werden²⁵.

Es ist letztlich eine steuerpolitische Güterabwägung vorzunehmen. Zentral ist dabei der Aspekt der Wirtschaftsförderung. Die Möglichkeit, nach dem Lebensaufwand und nicht nach den weltweiten Einkommens- und Vermögensverhältnissen besteuert zu werden, ist für eine nicht unerhebliche Anzahl wohlhabender Ausländer Grund genug, ihren Wohnsitz in die Schweiz zu verlegen²⁶. Die Wohnsitznahme dieser Personen in der Schweiz ist bedeutsam für die Banken, bei denen bedeutende Vermögenswerte verwaltet werden, für das lokale Gewerbe, wie etwa den Bausektor, Handwerksbetriebe oder den Detailhandel, für den Tourismus, für die Anwälte und Dienstleistungsbetriebe²⁷. Ausserdem nimmt der Steuerertrag von Bund, Kantonen und Gemeinden zu: dies sowohl durch die nach dem Aufwand erhobene Steuer selbst als auch – je nach kantonaler Regelung – im Erbfall²⁸ eines vermögenden Ausländers mit Wohnsitz in der Schweiz oder bei Schenkungen²⁹.

Der Bundesrat hält hingegen – auch nach der Abschaffung der Pauschalbesteuerung vom 8. Februar 2009 im Kanton Zürich – an der Besteuerung nicht erwerbstätiger Ausländer nach dem Aufwand fest³⁰. Er ist nicht bereit, die Abschaffung der Pauschalsteuer in internationale Verhandlungen zur Trockenlegung der Steueroasen einzubringen.

²² ESTV-Konkordat, aaO, 7.

²³ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 1; vgl auch *Bernasconi*, aaO, 1.

²⁴ Art 8 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999; in Kraft seit dem 1.1.2000 (SR 101).

²⁵ *Bernasconi*, aaO, 1.

²⁶ *Bernasconi*, aaO, 1; *Ernst Höhn, Robert Waldburger: Steuerrecht*, Bd I, 9. Aufl, Bern/Stuttgart/Wien 2001, § 14 N 172.

²⁷ Ausführlich, *Bernasconi*, aaO, 1 f.

²⁸ In der Praxis allerdings eher selten.

²⁹ *Bernasconi*, aaO, 2.

³⁰ NZZ vom 7.5.2009.

Laut Bundesrat haben Bund und Kantone im internationalen Steuerwettbewerb ein berechtigtes Interesse an dieser Besteuerung hochmobiler ausländischer Personen. Es bestehe kein Anlass, das Thema in ein internationales Paket im Zusammenhang mit den Verhandlungen über die Doppelbesteuerungsabkommen und die Amtshilfe aufzunehmen.

C. Rechtsgrundlagen

C.I. Entwicklung der kantonalen und eidgenössischen Gesetzgebung

Innerhalb der durch die Bundesverfassung gesetzten Grenzen sind die Kantone in der Ausgestaltung ihres Steuerwesens frei³¹. Entsprechend unterschiedlich sind die kantonalen Steuergesetze gestaltet worden. Diese Vielfalt führte in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts auch zu sehr unterschiedlichen gesetzlichen Bestimmungen über den Ausschluss von Steuerabkommen zwischen Steuerpflichtigen und Behörden. Etliche Kantone kannten diesbezüglich grosszügige Regelungen, indem sie den zuständigen Behörden – ohne nähere Eingrenzung – eine generelle Befugnis zum Abschluss solcher Abkommen einräumten³². Da diese Situation insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit grosse Bedenken weckte, wurde am 10. Dezember 1948 das Interkantonale Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen abgeschlossen³³.

Mit ihrem Beitritt zum Konkordat verpflichteten sich die Kantone einerseits, ua keine Steuerabkommen mit Steuerzahlern abzuschliessen. Andererseits wurden in diesem Konkordat auch eine Reihe von zulässigen Steuererleichterungen vorgesehen, ua die Aufwandbesteuerung³⁴. Um sodann auch die Bundesgesetzgebung an die Bestimmungen des Konkordats über die Steuerpauschalierung anzupassen, wurde am 11. Oktober 1949 vom Bundesrat eine Verordnung erlassen, mit welcher in den damals noch geltenden Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer ein neuer Art 18^{bis} eingefügt³⁵ wurde.

Das Interkantonale Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen und Art 18^{bis} BdBSt dienten somit als Vorbilder für die heute geltenden Regelungen.

³¹ ESTV-Konkordat, aaO, 1.

³² ESTV-Konkordat, aaO, 1.

³³ *Georges Wilhelm*, L'imposition des étrangers d'après la dépense, StR 1998, 74.

³⁴ Art 1 Abs 3 lit. a des ESTV-Konkordats, aaO.

³⁵ Art 18^{bis} BdBSt¹: Die nach Art 3 Ziff 1 lit a oder c steuerpflichtigen Personen, die nicht Schweizerbürger sind und in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit weder ausüben noch je ausgeübt haben, können an Stelle der Steuer vom Einkommen eine Pauschalsteuer entrichten. Das nämliche Recht steht bis zum Ablauf des auf ihre Einreise folgenden Kalenderjahres den Schweizer Bürgern zu, die wegen Landesabwesenheit in den letzten Jahren nicht nach Art 3 Ziff 1 steuerpflichtig waren und in der Schweiz Wohnsitz oder Aufenthalt nehmen, ohne hier eine Erwerbstätigkeit auszuüben. (...).

C.II. Geltendes Gesetz auf Stufe Kanton

Viele Kantone führten im Anschluss an den Beitritt zum Konkordat in ihren Gesetzgebungen Bestimmungen über diese Besteuerungsart ein. Es bestanden aber weiterhin beträchtliche Unterschiede zwischen den Kantonen, insbesondere in Bezug auf Bemessung und der Maximaldauer³⁶. Im Rahmen der Steuerharmonisierung sollte dieser gesetzlichen Vielfalt an kantonalen Regelungen entgegen getreten werden.

Art 6 Abs 1 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14, StHG) schreibt den Kantonen nun zwingend vor, dass natürliche Personen unter gewissen Voraussetzungen³⁷ das Recht haben, bis zum Ende der laufenden Steuerperiode anstelle der Einkommens- und Vermögenssteuer eine Steuer nach dem Aufwand zu entrichten. Die entsprechende Frist für die Anpassung der kantonalen Steuergesetze ist per 1. Januar 2001 abgelaufen³⁸.

Den Kantonen ist es dagegen ausdrücklich freigestellt, ob sie Ausländern dieses Recht zeitlich unbeschränkt weiterhin gewähren wollen³⁹. Die Voraussetzungen für eine Besteuerung nach dem Aufwand werden aber durch das StHG zwingend vorgegeben.

C.III. Geltendes Gesetz auf Stufe Bund

In allen wesentlichen Punkten identisch⁴⁰ ist der Wortlaut der entsprechenden Bestimmung auf Bundesebene im Gesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11, DBG), dessen Art 14 ebenfalls die Möglichkeit der Steuerpauschalierung unter gewissen Voraussetzungen vorsieht. Art 14 Abs 2 DBG schreibt – im Gegensatz zur Regelung des StHG – zwingend vor, dass Ausländern das Recht auf pauschale Besteuerung bei Einhaltung aller Voraussetzungen auch „weiterhin“ zusteht⁴¹.

D. Voraussetzungen für die Besteuerung nach dem Aufwand

D.I. Allgemeine Bemerkungen

Erfüllt eine Person die gesetzlichen Voraussetzungen für die Besteuerung nach dem Aufwand, besitzt sie den Rechtsanspruch, entsprechend besteuert zu werden. Es liegt somit nicht im Belieben der zuständigen Steuerbehörde, einer Person die Pauschalbemessung zu gewähren oder nicht. Auf der anderen Seite ist es nicht zwingend, dass eine Person – trotz Erfüllung aller Voraussetzungen – nach dem Lebensaufwand

³⁶ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 2; *Richner*, aaO, 3.

³⁷ Dazu unten unter D.

³⁸ *Oliver Arter*, Die Aufwandbesteuerung, AJP/PJA 2/2007, 160.

³⁹ Art 6 Abs 2 StHG; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 3; *Richner*, aaO, 3.

⁴⁰ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 3.

⁴¹ Art 14 Abs 2 DBG: Sind diese Personen nicht Schweizer Bürger, so steht ihnen das Recht auf Entrichtung der Steuer nach dem Aufwand auch weiterhin zu; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 3.

besteuert werden muss⁴². Die steuerpflichtige Person kann darauf verzichten, womit eine ordentliche Besteuerung erfolgt. Dieses Recht auf den Verzicht besteht im Grundsatz anlässlich jeder Veranlagungsperiode. Hingegen ist die freiwillige Entrichtung einer Steuer nach dem Aufwand ohne Erfüllung der erforderlichen Voraussetzungen unzulässig⁴³.

Nachfolgend werden die Voraussetzungen, welche eine steuerpflichtige Person zu erfüllen hat, um die Besteuerung nach dem Aufwand zu beanspruchen, im Detail erläutert.

D.II. Subjektive Voraussetzungen

D.II.1. Mögliche berechnete Personen

Gemäss ausdrücklichem Wortlaut von Art 6 StHG und Art 14 DBG kann die Aufwandbesteuerung nur natürlichen Personen zukommen⁴⁴. Die pauschale Besteuerung juristischer Personen bleibt damit ausgeschlossen. Der Kontext und die systematische Einbettung der Normen über die Aufwandbesteuerung zeigen, dass auch eine Besteuerung nach dem Aufwand von Personengesellschaften unzulässig ist. Demzufolge bleiben die besonderen Bestimmungen der Aufwandbesteuerung nur privaten natürlichen Personen offen.

D.II.2. Schweizer Bürger und Ausländer; Doppelbürger

Grundsätzlich können sowohl Schweizer Bürger als auch Ausländer bei entsprechenden Voraussetzungen die Besteuerung nach dem Aufwand wählen. Nur die Dauer, für welche diese Besteuerungsart gewählt werden kann, wird unterschiedlich behandelt⁴⁵.

Schweizer Bürger können – sofern sie die übrigen Voraussetzungen erfüllen – nur, aber immerhin beim Zuzug in die Schweiz bis zum Ende der laufenden Steuerperiode für die Aufwandbesteuerung optieren. Für ausländische Staatsangehörige gilt Folgendes: Bei der direkten Bundessteuer sieht Art 14 Abs 2 DBG zwingend vor, dass die Steuer nach dem Aufwand nicht nur für die laufende Periode, sondern auch weiterhin – zeitlich grundsätzlich unbeschränkt – möglich ist. In diesem Punkt unterscheidet sich die Regelung des StHG von derjenigen des DBG: Art 6 Abs 2 StHG ist als „Kann-Vorschrift“ formuliert⁴⁶. Dies bedeutet, dass es den Kantonen offengelassen ist, ob sie die Aufwandbesteuerung ausländischen Staatsangehörigen auch über die erste Steuerperi-

⁴² ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 5; *Wilhelm*, aaO, 75. Zu beachten ist, dass der Aufwandbesteuerte trotzdem der AHV-Pflicht (für Nichterwerbstätige) untersteht. Der Minimalbetrag beträgt CHF 460,- pro Jahr, der Maximalbetrag CHF 10.100,- pro Jahr.

⁴³ *Bernasconi*, aaO, 9; Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 3.12.1993 zur Verordnung über die Besteuerung nach dem Aufwand bei der direkten Bundessteuer (KS Aufwandbesteuerung), 1.

⁴⁴ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 4; *Richner*, aaO, 7.

⁴⁵ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 1; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 4 f.

⁴⁶ Art 6 Abs 2 StHG: „Sind diese Personen nicht Schweizer Bürger, so kann ihnen das Recht auf Entrichtung der Steuer nach dem Aufwand auch weiterhin zugestanden werden.“

ode hinaus zugestehen wollen⁴⁷. Allerdings ist dies insofern nicht von Belang, als mittlerweile alle Kantone in ihren Steuergesetzen die zeitlich unbeschränkte Möglichkeit der Aufwandbesteuerung für ausländische Staatsangehörige vorsehen⁴⁸.

Personen, die neben der schweizerischen noch zusätzlich eine weitere Staatsbürgerschaft besitzen, gelten nach der Formulierung von Art 14 DBG und Art 6 StHG nicht als Ausländer. Diese können die Besteuerung nach dem Aufwand lediglich wie in die Schweiz zurückgekehrte Schweizer Bürger in Anspruch nehmen⁴⁹.

D.II.3. Ehepaare und Kinder

Es stellt sich vorerst die Frage, ob bei Ehepaaren beide Ehegatten die Voraussetzungen für die Besteuerung nach dem Aufwand erfüllen müssen, um für diese Besteuerungsart optieren zu können⁵⁰. Festzuhalten ist, dass aufgrund der heute in der Schweiz geltenden Normen jede natürliche Person selbst die Voraussetzungen für die subjektive Steuerpflicht erfüllen muss⁵¹. Wenn ein Ehegatte die subjektiven Voraussetzungen für die Unterwerfung unter das DBG nicht erfüllt, so geht es nicht an, beide Ehegatten der Aufwandbesteuerung zu unterwerfen.

Interessanter ist die Frage, ob bei einem Ehepaar, bei welchem nur ein Ehegatte sämtliche Voraussetzungen für die Aufwandbesteuerung erfüllt, der andere Ehegatte trotzdem die Besteuerung nach dem Aufwand wählen kann⁵². Es muss davon ausgegangen werden, dass die Familienbesteuerung im Rahmen der geltenden Steuergesetze lediglich eine Faktorenaddition darstellt⁵³. Trotz der gemeinsamen Veranlagung beider Ehegatten bleiben sie „selbständige“ Steuerpflichtige, die gleichermassen am Veranlagungsverfahren beteiligt sind. Folglich dürfen nicht beide Ehegatten nach dem Lebensaufwand eingeschätzt werden, wenn nur einer sämtliche Voraussetzungen erfüllt.

Das gleiche Ergebnis gilt auch für ein Kind, dessen Ertragseinkommen nach Art 3 Abs 3 StHG bzw Art 9 Abs 2 DBG unter gewissen Voraussetzungen dem Inhaber der elterlichen Gewalt zugerechnet wird⁵⁴. Wenn das Kind alle Voraussetzungen für die Aufwandbesteuerung erfüllt, kann es für deren Anwendung votieren, was bewirkt, dass dieses Element der Bemessungsgrundlage zum übrigen Bemessungsobjekt der Eltern hinzugerechnet wird⁵⁵.

⁴⁷ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 6; Richner, aaO, 3.

⁴⁸ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 6.

⁴⁹ Bernasconi, aaO, 10.

⁵⁰ Bernhard Zwahlen, Kommentar von Art 6 StHG, in *Martin Zweifel/Peter Athanas* (Hrsg), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2. Aufl, Basel/Frankfurt am Main 2002, N 8 zu Art 6 StHG.

⁵¹ Vgl Art 3 DBG.

⁵² Zwahlen, aaO, N 9 zu Art 6 StHG.

⁵³ Art 3 StHG, Art 9 DBG.

⁵⁴ Zwahlen, aaO, N 11 zu Art 6 StHG.

⁵⁵ Zwahlen, aaO, N 11 zu Art 6 StHG.

Gemäss Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Besteuerung nach dem Aufwand⁵⁶ ist aber nachfolgende Konstellation als Ausnahme von den eben genannten, für Ehepaare geltenden Grundsätzen zu beachten:

Sofern nur einer der Ehegatten oder bloss die Kinder das Schweizer Bürgerrecht besitzen, so haben beide Ehegatten bei entsprechender Erfüllung aller übrigen Voraussetzungen Anspruch auf Aufwandbesteuerung⁵⁷. Diese Ausnahme ist meines Erachtens nur schwer nachvollziehbar⁵⁸.

D.II.4. Steuerrechtlicher Wohnsitz resp Aufenthalt

Um überhaupt unter die schweizerische Steuerhoheit zu fallen, müssen Personen, welche für die Aufwandbesteuerung optieren wollen, die ordentlichen Voraussetzungen der Steuersubjektivität erfüllen. Es ist ein steuerrechtlicher Wohnsitz oder Aufenthalt zu begründen⁵⁹.

D.II.5. Aufnahme des Wohnsitzes oder Aufenthaltes

Eine Person kann nur dann der Besteuerung nach dem Aufwand unterstellt werden, wenn sie ihren Wohnsitz erstmals oder nach mindestens zehnjähriger Landesabwesenheit in der Schweiz nimmt⁶⁰.

Unbeachtlich ist nach den Normierungen des StHG und DBG, ob die Person vor den beiden oben erwähnten Bedingungen in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. Es ist folglich denkbar, dass Personen nach dem Lebensaufwand besteuert werden, wenn sie vorher weder einen Wohnsitz noch einen steuerlichen Aufenthalt während 10 Jahren hatten, auch wenn sie vor den 10 Jahren in der Schweiz erwerbstätig waren.

D.II.6. Erwerbstätigkeit

Eine der zentralen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Aufwandbesteuerung ist das Fehlen der Erwerbstätigkeit. Dabei ist von Bedeutung, dass die steuerpflichtige Person in der Schweiz physisch keine Erwerbstätigkeit ausüben darf⁶¹. Unter Erwerbstätigkeit ist jede haupt- oder nebenberufliche Tätigkeit zu verstehen, welcher zur Erzielung von Einkommen ausgeübt wird, ob in selbständiger oder unselbständiger Stellung.

⁵⁶ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 2. Eine entsprechende Regelung kennen auch verschiedene Kantone, so etwa Basel-Stadt oder Schwyz; diverse andere Kantone erwähnen in ihren Steuerordnungen oder Wegleitungen das KS Aufwandbesteuerung als „sinngemäss anwendbar“.

⁵⁷ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 2.

⁵⁸ Gl. M. *Arter*, aaO, 165.

⁵⁹ Vgl Art 3 Abs 1 DBG

⁶⁰ Art 6 Abs 1 StHG; Art 14 Abs 1 DBG; KS Aufwandbesteuerung, aaO, 1.

⁶¹ Art 6 Abs 1 StHG; Art 14 Abs 1 DBG; BGE 87 I 376 ff.

Zwingend für die Begriffsbestimmung ist die entgeltliche Ausübung⁶² der Tätigkeit. Folglich muss der Erwerbszweck erfüllt sein. Dieser fehlt, wenn eine Tätigkeit ehrenhalber durchgeführt wird oder die Entschädigung nur als Unkostenersatz zu qualifizieren ist. Für die Annahme einer Erwerbstätigkeit ist zudem ein gewisser quantitativer Umfang erforderlich – einige geschäftliche Telefonate vom privaten schweizerischen Domizil aus genügen in der Regel für eine Berufsausübung in der Schweiz nicht⁶³. Hingegen ist eine Verschärfung dieser Praxis festzustellen.

Schwieriger gestaltet sich die Frage, wie die Formulierung des StHG und DBG zu verstehen ist, es dürfe „hier“ keine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden⁶⁴. Nach Bundesgerichtspraxis darf keine Berufsausübung auf schweizerischem Boden, dh im geographischen Gebiet der Schweiz vorliegen. Die Beweislast für das Vorliegen einer schweizerischen Erwerbstätigkeit liegt bei der zuständigen Veranlagungsbehörde⁶⁵. Die steuerpflichtige Person, welche nach dem Lebensaufwand eingeschätzt werden will, darf somit physisch in der Schweiz keine Erwerbstätigkeit ausüben⁶⁶, andernfalls die Aufwandbesteuerung ausgeschlossen ist. Dabei schliesst jede Erwerbstätigkeit auf dem Gebiete der Schweiz die Pauschalbesteuerung aus, selbst wenn sie in keinem Zusammenhang mit der schweizerischen Wirtschaft steht⁶⁷. Unbeachtlich ist auch der Wohnsitz resp Sitz des Arbeitgebers und die Art und Weise, wie die Arbeit „verwertet“ wird. Entscheidend ist die persönliche Anwesenheit. Demgegenüber steht eine Erwerbstätigkeit im Ausland einer Besteuerung nach dem Aufwand nicht entgegen, unabhängig davon, ob sie für einen ausländischen oder Schweizer Arbeitgeber erbracht wird⁶⁸.

D.III. Objektive Voraussetzungen

D.III.1 Vorbemerkungen

Im DBG und StHG sind nicht nur die subjektiven Voraussetzungen für die Besteuerung nach dem Aufwand geregelt, sondern auch das zulässige Mass der Steuererleichterung. Die Aufwandbesteuerung muss gewissen Mindestanforderungen genügen⁶⁹. So darf die Steuerleistung einer Person, die nach dem Lebensaufwand besteuert wird, nicht geringer sein als der Betrag, den sie für ihre in der Schweiz gelegenen be-

⁶² Dazu ein Urteil des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1948, in dem entschieden wurde, dass ein ausländisches Verwaltungsratsmitglied, welches eine feste Entschädigung, Tantiemen sowie Taggelder bezieht, eine Erwerbstätigkeit ausübt und somit kein Recht auf Besteuerung nach dem Aufwand hat, ASA Nr 17, 391 ff.

⁶³ BGer, Urteil vom 15.5.2000, StE 2001, B 29.1 Nr 6, b.

⁶⁴ *Zwahlen*, aaO, N 19 zu Art 6 StHG.

⁶⁵ BGer, Urteil vom 15.5.2000, StE 2001 B 29.1 Nr 6, b; BGE 121 II 257 ff.

⁶⁶ *Zwahlen*, aaO, N 19 zu Art 6 StHG, mwH.

⁶⁷ BGer, Urteil vom 15.9.1961, ASA Nr 30, 366 ff, 368 f (BGE 87 I 376 ff).

⁶⁸ *Bernasconi*, aaO, 10; BGer, Urteil vom 15.5.2000, StE 2001 B 29.1 Nr 6. So kann etwa ein Handelsreisender, der ausschliesslich das Ausland bereist, zu seinem Wohnsitz in der Schweiz hingegen nur persönliche Beziehungen aufweist, nach dem Aufwand besteuert werden; AA, jedoch ohne Begründung, ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 5; ebenso *Bernasconi*, aaO, 10.

⁶⁹ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 8.

weglichen⁷⁰ und unbeweglichen Vermögenswerte⁷¹ und die darauf fliessenden Einkünfte als ordentliche Steuer entrichten müsste⁷².

D.III.2. Bemessungsgrundlagen

Die Bemessungsgrundlage für die Besteuerung nach dem Aufwand setzt sich aus dem Aufwand des Steuerpflichtigen und seiner Familie zusammen⁷³. Für die Zugehörigkeit zur Familie sind im Hinblick auf die Aufwandbesteuerung nicht die verwandtschaftlichen Beziehungen ausschlaggebend. Entscheidend ist, dass eine Person vom Steuerpflichtigen unterhalten wird und in der Schweiz lebt⁷⁴. Zur Familie gehören somit nicht nur Ehegatten und Kinder, sondern alle Personen, die sich im Familienkreis des Steuerpflichtigen aufhalten.

Als steuerbarer Aufwand gilt der Gesamtbetrag der jährlichen Kosten der Lebenshaltung, welche der Steuerpflichtige für sich und die von ihm unterhaltenen, in der Schweiz lebenden Personen einsetzt. Nicht unumstritten ist, ob dazu lediglich die in der Schweiz aufgewendeten finanziellen Mittel zählen oder ob auch Aufwendungen im Ausland hinzuzurechnen sind. Weder das DBG, das StHG noch die Verordnung des Bundesrates über die Besteuerung nach dem Aufwand (SR 642.123) geben hierauf eine Antwort. Das Bundesgericht hat in einem Urteil aus dem Jahre 1971 entschieden, dass sich der Aufwand aus sämtlichen Ausgaben in der Schweiz und im Ausland zusammensetzt⁷⁵.

Die Verordnung des Bundesrates über die Besteuerung nach dem Aufwand verlangt im Bereich der direkten Bundessteuer eine weitere Voraussetzung: Das Ergebnis der Aufwandbesteuerung muss einem Mindestaufwand entsprechen⁷⁶. Nach Art 1 Abs 1 dieser Verordnung muss der Betrag für die Lebenshaltungskosten mindestens dem Fünffachen des Mietzinses oder des Mietwertes der Wohnung im eigenen Haus entsprechen, sofern der Steuerpflichtige einen eigenen Haushalt führt. In allen übrigen Fällen müssen die Lebenshaltungskosten mindestens das Doppelte des Pensionspreises für Unterkunft und Verpflegung betragen.

Im Ergebnis sind für jede Steuerperiode zwecks Erstellung der Bemessungsgrundlage zwei Beträge zu ermitteln⁷⁷: der tatsächliche jährliche Lebensaufwand sowie der Mietzins, Mietwert oder Pensionspreis für ein Jahr, multipliziert mit dem massgeb-

⁷⁰ ZB Wertschriften (Aktien, Obligationen und übrige Anteilscheine), Bankguthaben und Hypothekarforderungen.

⁷¹ Vermögenswerte sind nur für die Kontrollrechnung im Hinblick auf die kantonalen Steuern von Bedeutung, da der Bund keine Vermögenssteuer kennt.

⁷² ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 8.

⁷³ Art 14 Abs 3 DBG; Art 6 Abs 3 StHG; *Bernasconi*, aaO, 13; *Richner*, aaO, 10; *Wilhelm*, aaO, 77; *Zwahlen*, aaO, N 24 zu Art 6 StHG.

⁷⁴ Art 1 der Verordnung vom 15.3.1993 über die Besteuerung nach dem Aufwand bei der direkten Bundessteuer (SR 642.123, VO Aufwandbesteuerung).

⁷⁵ BGer, un veröffentlichtes Urteil vom 15.10.1971 (A 117/71) zit. nach *Bernasconi*, aaO, 14.

⁷⁶ *Richner*, aaO, 11; *Zwahlen*, aaO, N 27 zu Art 6 StHG.

⁷⁷ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 4.

lichen Faktor. Der so ermittelte Betrag gilt als Bemessungsgrundlage unter dem Vorbehalt, dass die sog Kontrollrechnung nicht zu einem höheren Betrag führt.

D.III.3. Die Kontrollrechnung

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage⁷⁸ muss die nach der oben dargelegten Methode errechnete Bemessungsgrundlage – ob als Addition aller Lebensaufwendungen oder als Multiplikation von Mietzins, Eigenmietwert oder Pensionspreis – mittels einer Kontrollrechnung⁷⁹ überprüft werden. Dabei wird die nach dem Aufwand berechnete Steuer anschliessend demjenigen Steuerbetrag gegenübergestellt, der sich bei ordentlicher Besteuerung der inländischen Einkommens- und (in den Kantonen) Vermögenswerte ergeben würde. Bei Inanspruchnahme der Vorteile aus Doppelbesteuerungsabkommen werden auch die entsprechenden ausländischen Einkünfte und Vermögen in diese Rechnung miteinbezogen⁸⁰. Im Ergebnis darf die Steuer nach dem Aufwand berechnet nicht geringer sein als die nach dem ordentlichen Tarif errechneten Steuern vom gesamten Bruttobetrag dieser Elemente⁸¹, andernfalls wird die Besteuerung nach dem Aufwand gestützt auf die Ergebnisse dieser Kontrollrechnung vorgenommen⁸².

D.III.4. Abzüge

Bei der direkten Bundessteuer⁸³ und – aller Regel nach – auch im Rahmen der kantonalen Besteuerung können keine Sozialabzüge vorgenommen werden⁸⁴. Bei der Kontrollrechnung können nur Kosten für den Unterhalt von Liegenschaften⁸⁵ gemäss Art 32 DBG und zugehöriger Verordnung⁸⁶ sowie die Kosten für die allgemein übliche Verwaltung von Wertschriften und Guthaben, deren Erträge besteuert werden⁸⁷, als Abzüge geltend gemacht werden. Ausgeschlossen ist der Abzug übriger Gewinnungskosten sowie anderer Abzüge, insbesondere solche für Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten⁸⁸.

⁷⁸ Art 14 Abs 3 DBG, Art 6 Abs 3 StHG.

⁷⁹ Zum Ganzen *Bernasconi*, aaO, 19 ff; KS Aufwandbesteuerung, aaO, 4 f; ESTV-Aufwandbesteuerung, 10 f.

⁸⁰ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 10.

⁸¹ Dies bedeutet, dass lediglich die übrigen im Ausland gelegenen Vermögenswerte und die darauf fliessenden Einkünfte eine Vorzugsbehandlung geniessen; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 10.

⁸² Art 14 Abs 3 DBG, Art 6 Abs 3 StHG; *Zwahlen*, N 32 zu Art 6 StHG.

⁸³ Für diese sind die zulässigen Abzüge in Art 2 der VO Aufwandbesteuerung, aaO, geregelt.

⁸⁴ Art 3 VO Aufwandbesteuerung, aaO.

⁸⁵ Siehe Art 2 Abs 1 lit a VO Aufwandbesteuerung, aaO.

⁸⁶ Verordnung vom 24.8.1992 über den Abzug der Kosten von Liegenschaften des Privatvermögens bei der direkten Bundessteuer (SR 642.116; VO Liegenschaften).

⁸⁷ Siehe Art 2 Abs 1 lit b VO Aufwandbesteuerung, aaO.

⁸⁸ *Locher*, aaO, N 23 f zu Art 14 DBG. Siehe auch Art 2 Abs 2 VO Aufwandbesteuerung, aaO.

D.III.5. Die modifizierte Aufwandbesteuerung als Sonderproblem

Gewisse schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen werfen bezüglich Aufwandbesteuerung Sonderprobleme⁸⁹ auf. Seit Beginn der siebziger Jahre anerkennen gewisse Abkommenspartner keine „Ansässigkeit“ in der Schweiz mehr, wenn ein Steuerpflichtiger nach dem Aufwand besteuert wird⁹⁰. Unter den Abkommen mit Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Norwegen, Österreich, Kanada und den USA können somit in der Schweiz ansässige Personen die Vorteile des jeweiligen Abkommens nur beanspruchen, wenn sie für alle nach schweizerischem Recht steuerbaren Einkünfte aus diesen Vertragsstaaten den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden unterstehen.

Andernfalls gelten diese Personen nicht als in der Schweiz ansässig⁹¹. Damit entfielen bei einer Aufwandbesteuerung grundsätzlich die DBA-Schutzwirkungen; der in der Schweiz Steuerpflichtige könnte weder ganz noch teilweise Entlastung von den ausländischen Quellensteuern beanspruchen⁹².

Im Ergebnis muss daher ein Steuerpflichtiger, der nach seinem Lebensaufwand besteuert wird und aufgrund der erwähnten Doppelbesteuerungsabkommen einen Entlastungsanspruch geltend macht, bezüglich aller aus diesen Staaten stammenden Einkünfte so behandelt werden, als würde er ordentlich besteuert⁹³.

E. Beginn und Dauer des Rechts auf Aufwandbesteuerung

E.I. Beginn des Rechts auf Aufwandbesteuerung

Das Recht auf Besteuerung nach dem Lebensaufwand entsteht, sofern die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, mit dem Beginn der unbeschränkten Steuerpflicht, dh mit der Begründung eines steuerrechtlichen Wohnsitzes oder Aufenthaltes in der Schweiz⁹⁴. Die der Steuerperiode vorangehende Aufenthaltsdauer zählt bei der Berechnung der Frist mit. Ein Aufenthalt an verschiedenen Orten wird überdies zusammengerechnet, und ein vorübergehendes Verlassen des Landes wird nicht als Unterbrechung des Aufenthaltes gewertet⁹⁵.

⁸⁹ Art 14 Abs 4 DBG resp Art 5 VO Aufwandbesteuerung; zum Ganzen KS Aufwandbesteuerung, aaO, 7 f.

⁹⁰ *Wilhelm*, aaO, 76.

⁹¹ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 7; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 12; *Richner*, aaO, 15.

⁹² *Richner*, aaO, 15.

⁹³ Modifiziert ist die Aufwandbesteuerung insofern, als einerseits eine Aufwandbemessung vorgenommen wird, andererseits eine Einkommenserzielungsbemessung, welche teilweise den ordentlichen Bemessungsregeln untersteht; KS Aufwandbesteuerung, aaO, 7; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 12.

⁹⁴ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 2.

⁹⁵ Vgl Art 3 Abs 3 DBG; KS Aufwandbesteuerung, aaO, 2.

E.II. Erlöschen des Rechts auf Aufwandbesteuerung

Zunächst erlischt das Recht auf Besteuerung nach dem Aufwand, wenn ein ausländischer Staatsangehöriger das Schweizer Bürgerrecht erwirbt⁹⁶. Schweizerische Rückwanderer und neu Eingebürgerte verlieren das Recht auf die Aufwandbesteuerung spätestens am Ende der bei ihrer Einreise bzw. Einbürgerung laufenden Steuerperiode⁹⁷.

Das Recht auf Besteuerung nach dem Aufwand erlischt zudem auch bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit⁹⁸ oder bei der Aufgabe von Wohnsitz oder Aufenthalt. Diplomaten oder Konsularbeamte sowie die Beamten internationaler Organisationen, die nach ihrer Pensionierung in der Schweiz verbleiben, können die Besteuerung nach dem Aufwand nicht beanspruchen, wenn sie in den letzten zehn Jahren ihres Verbleibens in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben, selbst wenn das daraus entspringende Erwerbseinkommen aufgrund völkerrechtlicher Verträge von der direkten Bundessteuer befreit war⁹⁹.

F. Verfahren der Aufwandbesteuerung

Grundsätzlich richtet sich das eigentliche Veranlagungsverfahren nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften¹⁰⁰. Regelmässig ist jedoch ein spezielles Steuererklärungsformular auszufüllen¹⁰¹, wobei der Pflichtige auch ein Wertschriftenverzeichnis formeller Natur einzureichen hat, um allenfalls die Rückerstattung der Verrechnungssteuer sicherzustellen¹⁰². In diesem Formular müssen grundsätzlich nur die Lebenshaltungskosten und für die Kontrollrechnung die Einkünfte aus schweizerischen Quellen sowie das Vermögen in der Schweiz deklariert werden¹⁰³. Die ausländischen Einkünfte sind nur in den oben aufgeführten Fällen anzugeben. Schliesslich ist vom Steuerpflichtigen der Nachweis zu erbringen, dass er sämtliche Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Aufwandbesteuerung erfüllt¹⁰⁴.

Die Veranlagungsbehörde muss sich bei der Aufwandbesteuerung vor jeder Veranlagung davon überzeugen, dass der Steuerpflichtige die Voraussetzungen hierfür erfüllt und zudem die von ihm verlangten Angaben und Nachweise vollständig erbringt¹⁰⁵. Erforderlich ist in jedem Fall, dass die Angaben sowohl betreffend Lebensaufwand als auch für die Kontrollrechnung gemacht werden. Insbesondere Einkünfte aus ausländischen Quellen müssen, sofern sie anzugeben sind, mit ergänzenden Be-

⁹⁶ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 2.

⁹⁷ Vgl Art 14 Abs 1 DBG; KS Aufwandbesteuerung, aaO, 2.

⁹⁸ In diesen Fällen erlischt das Recht auf Pauschalbesteuerung mit Beginn der Steuerperiode, in der die Erwerbstätigkeit aufgenommen wird.

⁹⁹ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 3.

¹⁰⁰ Vgl für die direkte Bundessteuer Art 102 ff DBG.

¹⁰¹ ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 13.

¹⁰² KS Aufwandbesteuerung, aaO, 6.

¹⁰³ *Arter*, aaO, 174; *Wilhelm*, aaO, 75.

¹⁰⁴ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 6; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 13.

¹⁰⁵ Eine unvollständig ausgefüllte oder nicht unterzeichnete Steuererklärung ist zur Ergänzung zurückzusenden, vgl Art 124 Abs 3 DBG; KS Aufwandbesteuerung, aaO, 6; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 13.

gen nachgewiesen werden, sofern diese Informationen nicht bereits aus den Entlastungsanträgen hervorgehen¹⁰⁶. Bis zur rechtskräftigen Einschätzung ist zu klären, ob und in welchem Umfang Vorteile aus Doppelbesteuerungsabkommen geltend gemacht werden bzw werden wollen¹⁰⁷.

G. Zusammenfassung

Die Besteuerung nach dem Aufwand ist ein seit Jahrzehnten fest verankertes Institut des schweizerischen Steuersystems. Sie bietet Personen, die erstmals oder nach mindestens zehnjähriger Landesabwesenheit in der Schweiz steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt nehmen, die Möglichkeit, eine Steuer nach dem Aufwand zu entrichten, wenn sie vom Zeitpunkt der Rückkehr an keine Erwerbstätigkeit ausüben. Die Aufwandbesteuerung können unter gewissen Voraussetzungen Ausländer und Schweizer beanspruchen. Sie stellt kein Steuerabkommen, sondern die gesetzliche vorgesehene Bestimmung der Bemessungsgrundlage aufgrund einer Hilfsmethode dar.

Die Aufwandbesteuerung wird nach den jährlichen Lebenshaltungskosten des Steuerpflichtigen und der von ihm unterhaltenen, in der Schweiz lebenden Personen berechnet. Als steuerbarer Aufwand gilt der Gesamtbetrag der jährlichen im In- und Ausland aufgewendeten Lebenshaltungskosten. Die Summe dieser Lebenshaltungskosten muss für die einen eigenen Haushalt führenden Steuerpflichtigen mindestens das Fünffache des Mietzinses oder des Mietwertes der Wohnung im eigenen Haus und für die übrigen Steuerpflichtigen das Doppelte des Pensionspreises für Unterkunft und Verpflegung betragen.

Hingegen ist zu erwähnen, dass sich aus der Praxis der einzelnen Steuerverwaltungen noch bestimmte betragsmässige Mindestanforderungen ergeben können, welche sich aus den jeweiligen Steuerordnungen nicht eruieren lassen.

Die errechneten Lebenshaltungskosten werden im Rahmen der sogenannten Kontrollrechnung den Einkünften aus schweizerischer Quelle und aus in der Schweiz gelegenen Vermögen gegenübergestellt. Der jeweils höhere Betrag stellt dann die massgebliche Berechnungsgrundlage dar. Besonderheiten ergeben sich, wenn ein Steuerpflichtiger für Einkommen aus ausländischen Quellen eine Entlastung nach einem Doppelbesteuerungsabkommen beansprucht.

¹⁰⁶ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 6; ESTV-Aufwandbesteuerung, aaO, 13.

¹⁰⁷ KS Aufwandbesteuerung, aaO, 7.

Metamorphosen einer Generalklausel insbesondere beim Tatbestand des Rechtsbruchs

Ao. Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger, Wien

A. Einleitung

Wer seine wissenschaftliche Laufbahn früh und zielstrebig plant, darf sich nicht darüber wundern, dass er bereits in jungen Jahren eine Festschrift erhält. Solche freudigen Ereignisse sind Anlass für einen Rückblick auf das wissenschaftliche Schaffen. Zu Zankls Verdienst zählt zweifellos die Aufbereitung der Rechtsgrundlagen der Nutzung des Internets im Allgemeinen und des E-Commerce für das österreichische Recht. Das betrifft einerseits zahlreiche privatrechtlich dominierte Fragestellungen und andererseits Berührungspunkte zum Wettbewerbsrecht, weil zahlreiche Sachverhalte durch die Tatbestände des UWG erfasst werden, was etwa durch die umfangreiche Rechtsprechung zum Domain Grabbing belegt ist. Die Verletzung der einschlägigen Vorschriften hat deswegen lauterkeitsrechtliche Relevanz, weil eine Fallgruppe der Generalklausel den Tatbestand des Rechtsbruchs erfasst. Das hat bereits vor der Novelle 2007 zu zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen, etwa wegen Verletzung des TKG, geführt¹. Da die Generalklausel mit der Novelle 2007² bedingt durch die Richtlinie über Unlautere Geschäftspraktiken³ tiefgreifend geändert wurde, gibt es einen hinreichenden Anlass für eine Neubeurteilung dieser Fallgruppe.

B. Die Struktur der neuen Generalklausel

Der Leidensweg der Auslegung der Generalklausel hat bereits bei ihrer Geburt begonnen. Dem Vorbild des dUWG 1909 folgend wurde mit dem UWG 1923 erstmals an die Spitze des Gesetzes eine Generalklausel gestellt. Der dort zugrunde gelegte Begriff der „guten Sitten“ wurde in den Materialien dahingehend definiert, dass darunter solche Handlungen zu verstehen seien, „die das sittliche Empfinden der rechtlich und billig Denkenden“ verletzen⁴. Die in der Rechtsprechung und Lehre jahrzehntelang dominierende Anstandsformel geht im Übrigen auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1901 zurück⁵, in welcher der Maßstab für den Begriff der guten Sitten mit dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ definiert wurde. Von der Anstandsformel haben die Lehre und Rechtsprechung Schritt für Schritt Abstand genommen und sich einem teleologischen Ansatz zugewandt. Die Unlauterkeit (früher: Sittenwidrigkeit) einer Wettbewerbshandlung ist nach heute gefestigter Mei-

¹ OGH 18.5.1999 ecolex 1999, 622 = EvBl 1999/186 = ÖBl 2000, 68; OGH 24.10.2000 ÖBl 2001, 107 = MR 2001, 42; OGH 29.4.2003 4 Ob 24/03p; siehe auch OGH 8.11.1983 SZ 56/156 = ÖBl 1984, 13 = GRUR Int 1984, 311; OGH 18.10.1994 ÖBl 1995, 12 = ecolex 1995, 113 = GRUR Int 1996, 68; UVS Stmk 29.3.2002 MR 2002, 420.

² BGBl I 2007 Nr 79; EB: 144 der Beil. XXIII. GP, AB: 236 der Beil. XXIII. GP.

³ RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005.

⁴ Erl RV zu 464 BlgNR I. GP 4.

⁵ RGZ 48, 124.

nung danach zu beurteilen, ob die Funktion des Wettbewerbs beeinträchtigt wird, was primär von den Auswirkungen der Wettbewerbshandlung auf den Markt abhängt. Unlauter sind demnach alle Geschäftspraktiken, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein Unternehmer nicht mit Preis oder Qualität seines Angebots operiert, sondern Methoden einsetzt, die mit diesen Kernelementen eines leistungsbezogenen Wettbewerbs nichts zu tun haben, die also leistungsfremd sind⁶.

An diesem Verständnis hat sich durch die Novelle 2007 nichts geändert, was mit der Entstehungsgeschichte und dem Entstehungshintergrund der UGP-RL zusammenhängt. Die lauterkeitsrechtlich relevanten Tatbestände wurden in den Generalklauseln der Mitgliedstaaten auf sehr unterschiedliche Weise umschrieben: Eine Reihe von Staaten haben an die „anständigen Gepflogenheiten“ (Portugal, Finnland, Spanien), andere an „Treu und Glauben“ (Spanien, Liechtenstein, Schweiz), die „gute Marketingpraxis“ (Dänemark, Schweden), die „Rechtswidrigkeit“ (Niederlande), oder die „berufliche Korrektheit“ (Italien) angeknüpft. Die in Art 5 der UGP-RL gewählte Konkretisierungsformel, in deren Zentrum der Begriff der beruflichen Sorgfalt steht, sollte ausweislich der Erwägungsgründe zu einer einheitlichen Beurteilung der Unlauterkeit einer Verhaltensweise in allen Mitgliedstaaten führen. Hintergrund war daher eine Begriffs- und Rechtsvereinheitlichung und weniger eine inhaltliche Änderung.

Neben der terminologischen Adaptierung hat die Novelle 2007 aber auch eine wesentliche materielle Änderung der Generalklausel herbeigeführt. Sie wurde zweigeteilt, nämlich in einen verbraucherschützenden Bereich (Z 2) und einen, der dem Mitbewerberschutz dient (Z 1). Mit dieser Zweiteilung unmittelbar zusammen hängt der Entfall des Tatbestandserfordernisses des „Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs“. Dies war weniger die Folge der in der Lehre zunehmend geäußerten Kritik an der Sinnhaftigkeit dieses der Abgrenzung dienenden Tatbestandsmerkmals insgesamt⁷, sondern hängt hauptsächlich damit zusammen, dass im verbraucherschützenden Bereich natürlich nicht auf das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses oder gar auf eine Wettbewerbsabsicht abgestellt werden kann. Das Tatbestandsmerkmal „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ ist allerdings in einigen Sondertatbeständen erhalten geblieben, etwa im Zusammenhang mit dem Zugabenverbot. Dadurch wird eine Inkonsistenz des Gesetzes hervorgerufen, die sachlich nicht begründbar ist: Einer der Hauptgründe für das Zugabenverbot ist der Aspekt der Preisverschleierung und der Anlockeffekt, der von Zugaben ausgehen kann. Beides hat, worauf auch *Artmann* in ihrem jüngsten Beitrag zur europäischen Zulässigkeit des Zugabenverbots verweist⁸, gerade im Verkehr zu Verbrauchern schon bisher besondere Bedeutung. Nach Inkrafttreten der Richtlinie gilt dies noch umso mehr: Ein wesentliches Anliegen der Richtlinie liegt nämlich gerade darin, dem Verbraucher eine informierte und unbeeinflusste Kaufentscheidung sicherzustellen. Wenn aber das Zugabenverbot davon abhängig gemacht wird, dass (wie bisher) „ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ vorliegen muss, entsteht ein Wertungswiderspruch zur Generalklausel. Es ist äußerst fraglich, ob das Tatbestandsmerkmal wegen dieses Wertungswiderspruches einfach auf interpretativem Weg, etwa im Wege der richtlinienkonformen Interpretation, gewissermaßen

⁶ Deutlich OGH 20.8.2002 ÖBl 2003, 171 – Igel-Real.

⁷ Siehe *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³, § 23 RdZ 21.

⁸ RdW 2009, 67.

wegargumentiert werden kann. Ein schwaches Argument in diese Richtung findet sich in den Materialien: Der Gesetzgeber der Novelle wollte einen einheitlichen Begriff der unlauteren Geschäftspraktik sowohl im Verbraucherschützenden als auch im Mitunternehmensschützenden Anwendungsbereich des Gesetzes haben. Wegen dieses Anliegens und der klaren Richtlinienvorgabe könnte man daher argumentieren, dass der Begriff der unlauteren Geschäftspraktiken generell, also auch bei allen Sondertatbeständen, unabhängig vom Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses oder einer Wettbewerbsabsicht festgemacht wurde. Wer dies für zu gewagt hält, wird nicht umhinkommen, die *lege ferenda* Hand anzulegen. Letzteres wäre die sicherere Methode. Man könnte natürlich auch zuwarten. Vielleicht löst sich das Problem von selbst, denn es sind bereits einige Fälle an den EuGH vorgelegt worden, die sich mit der prinzipiellen Frage der Vereinbarkeit des Zugabeverbots mit der Richtlinie bzw dem Primärrecht beschäftigen, insbesondere ob ein unzulässiges Per-se-Verbot vorliegt.

Im Verbraucherschützenden Bereich wurde erstmals als Kriterium der Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht herangezogen. Nach zwischenzeitlich schon gesicherter Meinung ist damit kein Außer-Acht-Lassen der gebotenen Sorgfalt im Sinne eines Fahrlässigkeits- oder Vorsatzvorwurfes zu verstehen. Es geht also nicht um individuelle Kenntnisse eines Unternehmers oder auch nicht um die Üblichkeit eines Marktverhaltens, sondern um berufsspezifische lauterkeitsrechtliche Verhaltenspflichten, also um einen Normativbegriff, der sich einer rein empirischen oder an den persönlichen Fähigkeiten des Unternehmers orientierten Betrachtungsweise entzieht⁹. Auf diesen Aspekt wird im Zusammenhang mit dem Problem subjektiver Voraussetzungen beim Tatbestand des Rechtsbruchs noch zurückzukommen sein.

C. Das Verhältnis der Generalklausel zu den Sondertatbeständen

§ 2 UWG wird im Schrifttum gerne als kleine Generalklausel bezeichnet, was angesichts der praktischen Bedeutung sicher gerechtfertigt ist. Die Novelle 2007 hat nicht nur die kleine Generalklausel bzw die darunter zu subsumierenden Irreführungssachverhalte einschließlich der vergleichenden Werbung neu strukturiert, sondern nebenher auch einen weiteren Sondertatbestand geschaffen, nämlich aggressive Geschäftspraktiken. Eine Geschäftspraktik gilt nach § 1a UWG als aggressiv, „wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers im Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte“ (Abs 1).

Der Tatbestand soll die Entscheidungsfreiheit von Marktteilnehmern schützen und gilt sowohl im Verbraucherschützenden als auch im Mitunternehmensschützenden Anwendungsbereich des Gesetzes. Sie erfasst auch nachvertragliche Praktiken, etwa solche, mit denen ein Unternehmer seinen Vertragspartner an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte, zB seiner Kündigungsrechte, zu hindern versucht oder auf sonstige Weise seinem Vertragspartner einen Wechsel zu einem Mitbewerber erschwert.

Die Tatbestände der Belästigung, der Nötigung und der sonstigen unzulässigen Beeinflussung entsprechen der bisherigen Rechtsprechung zum unlauteren „Anrei-

⁹ Deutlich *Koppensteiner*, WBl 2006, 553 f und WBl 2009, 3.

Ben“ und „psychologischem Kaufzwang“ im Sinne der einschlägigen *Hefermehl*’schen Fallgruppe. Daraus ergibt sich zunächst, dass zahlreiche, bisher unter § 1 UWG alt zu subsumierende Sachverhalte nunmehr unter § 1a UWG fallen. In inhaltlicher Hinsicht werden sich durch diese Verselbstständigung des Sondertatbestandes aus der Generalklausel kaum Unterschiede ergeben.

Angesichts der neustrukturierten Generalklausel und der neuen Sondertatbestände fragt sich allerdings, ob das Verhältnis der Generalklausel zu den Sondertatbeständen neu zu überdenken ist. Überwiegend, wenn auch mit geringfügigen Unterschieden im Detail, wird angenommen, dass die Sondertatbestände gegenüber der Generalklausel als *leges speciales* anzusehen sind¹⁰. Ein Sachverhalt, bei dem alle Tatbestandsvoraussetzungen eines Sondertatbestandes vorliegen, darf daher ausschließlich unter den Sondertatbestand subsumiert werden. Umgekehrt darf ein Sachverhalt nicht ohne Weiteres unter die Generalklausel subsumiert werden, wenn nämlich ein Verstoß gegen einen Sondertatbestand mangels Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale auszuschließen ist. Letzteres ist nach völlig herrschender Auffassung nur dann zulässig, wenn an Stelle eines fehlenden Tatbestandsmerkmals ein weiterer Umstand hinzutritt, der als solcher den Vorwurf der Unlauterkeit nach sich zieht¹¹. Erste Schwierigkeiten könnten sich nach der Novelle 2007 nunmehr daraus ergeben, dass bei der Generalklausel durchgängig nicht mehr ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs vorausgesetzt wird. Es gibt allerdings weiterhin Tatbestände im UWG, die zumindest de lege lata noch ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs voraussetzen, insbesondere der bereits genannte § 9a UWG. Ist ein Verstoß gegen § 9a UWG deswegen auszuschließen, weil kein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs vorliegt, kann das Verhalten nach bisherigem Verständnis nur dann unter die Generalklausel subsumiert werden, wenn besondere Unlauterkeitskriterien hinzutreten. Das würde dazu führen, dass über die normalen Anforderungen des § 1 Abs 1 Z 2 UWG hinausgehende Kriterien erfüllt sein müssten. Das wäre mit der Richtlinie aber wohl nicht vereinbar.

Das erotische Verhältnis der Generalklausel zu den Sondertatbeständen ist auch noch für eine weitere Frage von Interesse. Es war ein mühsamer Weg zur Erkenntnis, dass die Wertungsgesichtspunkte für die Auslegung der Generalklausel induktiv aus den Sondertatbeständen ermittelt werden müssen, weil das Gesetz auf insgesamt einheitlichen Wertungsgerichtspunkten beruht. Es fragt sich, ob dieser Ansatz nach der Novelle 2007 neu bewertet werden muss. Das ist nicht notwendig¹². Dies ergibt sich direkt aus der Richtlinie selbst. Diese definiert autonom zwei verpönte Verhaltensweisen, nämlich irreführende und aggressive Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern. Daneben wurden unlautere Geschäftspraktiken generell in Art 5 Abs 4 der RL verboten, nämlich über einen Verweis auf die „insbesondere“ umschriebenen Verhaltensweisen. Daraus folgt, dass der Begriff der Unlauterkeit, so wie er in der Generalklausel verwendet wird, aus den Wertungen der insbesondere umschriebenen beiden Sondertatbestände heraus abzuleiten ist.

¹⁰ ZB OGH ÖBI 1955, 12.

¹¹ ZB OGH ÖBI 1965, 41; OGH ÖBI 1973, 84 – Maresi Etiketten-Wetten.

¹² *Koppensteiner*, WBI 2009, 1 ff (2).

D. Zur Fallgruppe des Rechtsbruchs

Diese Tatbestandsgruppe hat in den letzten Jahren sowohl dogmatisch als auch in der täglichen Praxis besonders hohe Aufmerksamkeit erweckt. Es verwundert nicht, dass die ersten Entscheidungen zur Novelle 2007 der Fallgruppe des Rechtsbruchs zuzuordnen waren. Dies ist zunächst deswegen bemerkenswert, weil sich die Judikatur sowohl in Österreich als auch in Deutschland erst recht spät mit der Frage zu beschäftigen hatte, unter welchen Bedingungen und Voraussetzungen ein Gesetzesverstoß zugleich sittenwidrig iSd § 1 UWG ist. Sieht man von vereinzelt Entscheidungen aus den 60er Jahren ab, beginnt die Judikaturkette und damit diese Fallgruppe erst Anfang der 80er Jahre. Hinter uns liegt trotz dieses kurzen Zeitraums eine sehr wechselhafte Geschichte, also im wahrsten Sinn des Wortes eine Metamorphose. Es geht insgesamt um mehrere Themenkreise. Erstens geht es um die Frage, ob zwischen den übertretenen Normen zu differenzieren ist. Zweitens geht es darum, ob der Unterlassungsanspruch auf Seiten des Beklagten vom Vorliegen subjektiver Voraussetzungen abhängt, mit anderen Worten, welche Umstände ihn gegebenenfalls exkulpieren. Da sich der Oberste Gerichtshof in der allerersten nach der Novelle 2007 ergangenen einschlägigen Entscheidung „Stadtrundfahrten“ dafür ausgesprochen hat, dass den Beklagten eine vertretbare Rechtsauffassung exkulpieren könne, und dies in mehreren Folgeentscheidungen¹³ und zuletzt in der Entscheidung „Alarmanlagen“ bestätigt hat¹⁴, ist neuer Nährstoff für die alte Streitfrage gegeben. Ob der OGH damit der Suggestion der quasi amtlichen, von *Wiltschek* herrührenden Auslegungshilfe zur Novelle gefolgt ist, wonach sich aus der Anwendbarkeit der bisherigen Rechtsprechung auch nach der Umsetzung der Richtlinie nichts ändern müsse¹⁵, bleibt in Wahrheit fraglich. *Koppens-teiner* hat dem OGH im vergangenen Herbst attestiert, dass er sich von den Materialien nicht dazu habe verleiten lassen, die bisherige Rechtsprechungslinie einfach fortzusetzen, aber zugleich darauf verwiesen, dass sich die Grundlagen dieser Judikatur entscheidend geändert hätten¹⁶.

Die Rechtsprechung der 70er Jahre differenzierte zwischen sittlich fundierten und wertneutralen Verbotsnormen, was sich relativ schlüssig aus der Anstandsformel ergeben hat. Die Abgrenzung der übertretenen Rechtsnormen wurde in weiterer Folge aufgrund der Kritik an der sittenbezogenen Betrachtungsweise später danach vorgenommen, ob eine Vorschrift wettbewerbsregelnden Charakter hat. Bejahendenfalls war von den Rechtsfolgen her gesehen schon ein einmaliger Gesetzesverstoß sittenwidrig. Bei sonstigen wettbewerbsneutralen Vorschriften war dies nur bei planmäßiger Übertretung angenommen worden. Die Folge dieses Ansatzes war zum einen eine ausge-dehnte Judikatur zur lauterkeitsrechtlichen Qualifikation verschiedenster Rechtsmaterien, insbesondere des Verwaltungsrechts und der Standesregeln, und zum anderen die Hinwendung zum Erfordernis subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen bei der Fallgruppe des Rechtsbruchs als korrektiv ausufernder Klagsführungen: Bei wettbewerbsneutralen Vorschriften wurde in weiterer Folge ein Normverstoß nur dann als

¹³ MuR 2008, 166 – Trennungsgebot; WBl 2008, 553 – Betriebsstätten; WBl 2008, 505 – Fahrschulgruppe.

¹⁴ WBl 2009, 103.

¹⁵ *Wiltschek*, MAS UWG², 6 f.

¹⁶ WBl 2009, 7.

sittenwidrig eingestuft, wenn sich der Verletzer vorsätzlich über das Verbot/Gebot hinwegsetzt, um dadurch einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung gegenüber Mitbewerbern zu erlangen. Mit dem Erfordernis der Vorsätzlichkeit bzw der Absicht, einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, wurde somit eine Tatbestandsgruppe geschaffen, bei der Unterlassungsansprüche – gänzlich anders als sonst im UWG – verschuldensabhängig gemacht wurden.

Ein Hauptargument gegen die Differenzierung dürfte auf *Schönherr* zurückgehen. Für ihn steht fest, dass sich ein Kaufmann eben an alle Gesetze hält, egal welchen Charakter sie haben. Zumindest für den österreichischen Bereich wurde die Abgrenzung zwischen wettbewerbsregelnden und wettbewerbsneutralen Vorschriften zwischenzeitig aufgegeben: Die Rechtsprechung hat unter ausdrücklicher Abstandnahme von ihrer bisherigen Position generell jeden Gesetzesverstoß nach § 1 UWG geahndet, nämlich wenn er in der Absicht begangen wurde, damit einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Auch wenn den Entscheidungen nicht wirklich zu entnehmen ist, nach welchen Kriterien die Absichtslage zu beurteilen ist, haben sich gegen diese Ubiquität des Lauterkeitsrechtes bereits früh Kritiker zu Wort gemeldet, weil aus Rechtsverletzungen, welcher Art auch immer, in der Regel eine Ersparnis des Rechtsbrechers und damit objektiv gesehen ein Wettbewerbersvorgang resultiert. Damit wird also praktisch jede Gesetzesverletzung hin bis zur Steuerhinterziehung mit den Mitteln des UWG pönalisierbar, was nicht Zweck des Lauterkeitsrechtes ist, nie war und auch nicht sein kann¹⁷. Da zu den Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten des UWG auch das Instrument der Verbandsklage zählt, die entstehungsgeschichtlich ein wesentlicher Baustein des Verbraucherschutzes ist, stehen wir vor der Situation, dass die Ahndung von Verstößen bei beliebigen Rechtsmaterien plötzlich verbraucher-schützende Züge erhält. Ob dies im Sinne des Gesetzgebers des UWG war oder ist, mag mit Recht bezweifelt werden.

Was die zweite Frage nach der subjektiven Tatseite betrifft, hat die Rechtsprechung zur Eingrenzung der Ubiquität lange Zeit gefordert, dass der Beklagte die verletzte Norm zumindest gekannt und er sich bewusst über diese hinweggesetzt haben müsse. Später wurde, was die subjektive Vorwerfbarkeit betrifft, aus dem Sittenwidrigkeitsbegriff heraus abgeleitet, dass sich der Beklagte dadurch exkulpieren könne, dass das beanstandete Verhalten mit gutem Grund aus dem Gesetz heraus vertretbar war. Solche Wettbewerbshandlungen, die auf einer vertretbaren Rechtsauffassung beruhten, blieben daher folgenlos, ebenso wie versehentliche Gesetzesverstöße, die nicht auf einem Organisationsmangel beruhen.

Die Beurteilung, ob eine der beanstandeten Wettbewerbshandlung zugrunde liegende Rechtsauffassung „vertretbar“ ist, hat natürlich neue Herausforderungen für den OGH gebracht. In der „Alarmanlagen“-Entscheidung hat das Höchstgericht der Versuchung widerstanden, in Ermangelung einschlägiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung oder Behördenpraxis neue Rechtsprechungsakzente im Verwaltungsrecht zu setzen. Er meinte nämlich völlig richtig, dass damit keine reversible, nämlich erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 ZPO angesprochen werde. Er musste dann allerdings dem vermeintlichen Rechtsbrecher mit dem Argument unter die Arme greifen, dass die Entwicklung der entsprechenden gesetzlichen Regelungen – hier ging es um die gewerberechtliche Frage der Reichweite des sogenannten Nebenprivilegs – für

¹⁷ Koppenssteiner, Wettbewerbsrecht, § 23, RdZ 2 ff.

einen Gewerbetreibenden ohne einschlägige juristische Vorkenntnisse schwierig nachzuvollziehen sei. Dieses Schicksal wird der einfache Gewerbetreibende mit einer großen Zahl von einschlägig gebildeten Juristen teilen¹⁸.

Damit ist die Rechtsprechung mehr oder weniger wieder an ihrem Ausgangspunkt angelangt. Allerdings hat sich das Verständnis des Lauterkeitsrechts zwischenzeitlich in entscheidenden Aspekten weiterentwickelt. Einerseits in Ansehung der anerkannten Schutzzwecke und andererseits in Ansehung der marktwirkungsbezogenen Betrachtungsweise. In der „Stadtrundfahrten“-Entscheidung hat der OGH ausgeführt, dass der lauterkeitsrechtlich relevante Normverstoß wie nach der jüngeren Rechtsprechung nicht von der Qualifikation der Norm als wertneutral oder wettbewerbsregelnd abhängt, sondern von ihrer tatsächlichen Auswirkung auf den Markt. Es wird daher nicht auf den Regelungszweck einer Norm als Abgrenzungskriterium abgestellt, sondern auf die Spürbarkeit der Auswirkung eines Gesetzesverstoßes. Das entspricht dem heute als herrschend anzusehenden wirkungsbezogenen Ansatz, der auch sonst bei den Tatbeständen des UWG herangezogen wird, und ist daher grundsätzlich richtig.

Die Frage der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung hat seit der „Stadtrundfahrten“-Entscheidung weiterhin entscheidende Bedeutung. Es fragt sich allerdings, ob dieser Ansatz nicht zu einer grundlegenden Neubewertung der Fallgruppe des Rechtsbruchs führen müssen: Es ist zwar an sich nicht zweifelhaft, dass die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung nicht von subjektiven Fähigkeiten des Gesetzesbrechers abhängt, sondern von der normativ zu ermittelnden Mehrdeutigkeit einer Norm. Das ist wohl auch die Sichtweise des OGH in der „Stadtrundfahrten“- und der „Alarmanlagen“-Entscheidung. Er führt in der Leitentscheidung „Stadtrundfahrten“ aus, dass ein Handeln auf der Grundlage einer vertretbaren Rechtsauffassung nicht gegen die berufliche Sorgfalt verstoßen könne. Das ist argumentativ sicher folgerichtig, aber vom Ansatz her in Frage zu stellen: Dass das Kriterium der Vertretbarkeit der Rechtsauffassung überhaupt als Verteidigungsmittel des Beklagten zuzulassen ist, folgt für den OGH nämlich daraus, dass die Handlungsfähigkeit der Marktteilnehmer zu sehr beschränkt würde, wenn sie ihr Handeln immer an der jeweils strengsten Auslegung orientieren müssten. Diese Begründung trägt das Ergebnis nicht. Bei den Irreführungstatbeständen muss sich der Unternehmer nach völlig einhelliger Meinung immer an der strengstmöglichen Auslegung orientieren. Dies wurde noch nie als den Wettbewerb zu sehr beschränkendes Auslegungsprinzip angesehen. Wenn man dieses Verteidigungsmittel bei der Fallgruppe des Rechtsbruchs partiell zulässt, ergibt sich folglich ein Wertungswiderspruch zu sonstigen lauterkeitsrechtlichen Tatbeständen des UWG: *Koppensteiner* hat als markantes Beispiel die aufgrund des § 32 UWG erlassenen Kennzeichnungsverordnungen genannt¹⁹. Diese haben ihren Ursprung unzweifelhaft im UWG selbst, werden aber traditionellerweise über die Fallgruppe des Rechtsbruchs abgewickelt. Dies vor dem Hintergrund, dass im Anwendungsbereich der Sondertatbestände die Berufung auf die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung bislang – soweit ersichtlich – nie zugelassen wurde. Wenn man daher nicht auf die eher zufällige Einordnung einer Regelung in das UWG selbst abstellen will, ist nach *Koppensteiner*

¹⁸ Ua kritisch *Korn*, Die vertretbare Rechtsauffassung als wettbewerbliche Dimension, 135, 141 (FN 35), in: Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (Hrsg), Aktuelle Fragen des Lauterkeitsrechts.

¹⁹ WBl 2009, 9.

ausschlaggebend, ob eine Bestimmung von ihrer Zweckrichtung her dazu da ist, einen funktionsfähigen Leistungswettbewerb zu sichern. Damit sind wir aber wiederum bei der bereits überwundenen Abgrenzung zwischen wettbewerbsneutralen und wettbewerbsregelnden Vorschriften angelangt. Dies ist zwar nicht per se verwerflich, trägt aber zur Frage der Zulässigkeit des Einwandes der Vertretbarkeit der Rechtsauffassung nichts bei. Zur Vermeidung des bereits diagnostizierten Wertungswiderspruches zu den sonstigen Tatbeständen im UWG, wenn man eben den Einwand der Vertretbarkeit der Rechtsauffassung partiell beim Rechtsbruch zulässt, schlägt *Koppensteiner* vor, dem Beklagten auch bei der Verletzung von sonstigen UWG-Normen die Berufung darauf zu gestatten, seine Rechtsansicht sei mit guten Gründen vertretbar. Dieser Ansatz würde zu einer Beeinträchtigung der primären Funktion des Lauterkeitsrechts, nämlich des Institutionenschutzes, führen und ist daher abzulehnen. Die Funktionsbedingungen für Wettbewerb werden nämlich gerade auch dann gestört, wenn dem Marktteilnehmer kein subjektiver Verhaltensvorwurf gemacht werden kann: Die verpönte Umlenkung der Marktkräfte findet auch dann statt, wenn der Rechtsbrecher bona fide ist. Dieser Ansatz lässt sich aber auch mit dem Verbraucherschützenden Aspekt nicht gut vereinen, denn auch dort hängt die Tatbestandsmäßigkeit nicht davon ab, ob die unlautere Geschäftspraxis dem Unternehmer subjektiv zum Vorwurf gemacht werden kann.

Dieser Befund lässt daher nur zwei Schlussfolgerungen zu. Entweder man betrachtet den Einwand der Vertretbarkeit der Rechtsauffassung als generell unbeachtlich, was zur echten Ubiquität des Lauterkeitsrechts führt und dieses zum universellen Sanktionsvehikel für alle Arten von Gesetzesverstößen macht. Wer dies als zu weitgehende Einschränkung des Wettbewerbs empfindet, und was in Wahrheit durch die Schutzzwecktrias des Gesetzes nicht mehr gedeckt ist, sollte dann freilich darüber nachdenken, ob die sehr spät geschaffene Fallgruppe des Rechtsbruchs nicht insgesamt eine Miszelle ist.