

Zugriff auf Stiftungsvermögen bei Bestehen eines Änderungs- und Widerrufsrechts

Mag. Philip Georg Raich, Wien

A. Einleitung

Der österreichische Gesetzgeber hat, im Gegensatz zu Deutschland und der Schweiz, die Privatstiftung als eine durch den Willen der Gründer veränder- und auflösbare Rechtsform entwickelt¹. Die Veränderbarkeit ergibt sich aus § 33 PSG, der die Änderung der Stiftungserklärung regelt, die Auflösbarkeit ergibt sich aus § 34 PSG, der den Widerruf der Privatstiftung regelt. Der Stifter einer österreichischen Privatstiftung hat dadurch auch nach wirksamer Errichtung der Privatstiftung Einfluss auf die Entwicklung der Privatstiftung und auch auf das Vermögen, letztlich kann er das gestiftete Vermögen durch Widerruf der Privatstiftung zurückerlangen.

Lehre und Rechtsprechung haben auf Basis allgemeiner Rechtsvorschriften und Grundsätze Lösungen für Gläubiger des Stifters entwickelt, um bei Bestehen eines Widerrufs- und Änderungsrechts auf das der Privatstiftung gewidmete Vermögen zu greifen. Der gegenständliche Beitrag setzt sich mit den geäußerten Lehrmeinungen und Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs kritisch auseinander und zeigt aufbauend auf der herrschenden Auffassung Lösungen für die Praxis auf.

B. Abänderung der Stiftungserklärung nach § 33 PSG

B.I. Abänderung der Stiftungsurkunde vor Entstehen der Privatstiftung

Nach § 33 PSG kann die Stiftungserklärung vor dem Entstehen der Privatstiftung jederzeit widerrufen oder abgeändert werden. Unter Stiftungserklärung sind die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde, falls vorhanden, gemeinsam zu verstehen². Bei Wegfall eines von mehreren Stiftern kann die Stiftungserklärung jedoch nicht mehr widerrufen und nur unter Wahrung des Stiftungszwecks geändert werden. Der Stiftungsvorstand kann bei Wegfall des einzigen oder letzten Stifters unter Wahrung des Stiftungszwecks Änderungen zur Berücksichtigung mittlerweile hervorgekommener oder geänderter Verhältnisse vornehmen.

Im Falle des Wegfalls des Stifters vor Eintragung der Privatstiftung ist der Begriff „Wahrung des Stiftungszwecks“ weit auszulegen. „Stiftungszweck“ ist, in diesem Fall nicht nur der in der Stiftungsurkunde festgelegte eigentliche Stiftungszweck, sondern beispielsweise auch die Begünstigtenregelung³. Erfolgt die Änderung der Stiftungsur-

¹ K. Berger, Der Widerruf der Privatstiftung durch Privatgläubiger des letztbegünstigten Stifters, RdW 1995, 334; K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, Privatstiftungsgesetz, § 33 Rz 1; A. Hofmann, ZfS 2007/266 (39ff); A. Hofmann, NZ 2007/37 (134)

² § 10 Abs 1 Privatstiftungsgesetz.

³ Arnold, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 25; K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, Privatstiftungsgesetz § 33 Rz 13.

kunde nicht unter Wahrung des Stiftungszwecks, so liegt ein Eintragungshindernis vor. Bei einer Änderung der Stiftungszusatzurkunde liegt bei Überschreiten des Stiftungszwecks zwar kein Eintragungshindernis vor, weil die Stiftungszusatzurkunde dem Firmenbuchgericht nicht vorgelegt wird. Die unzulässige Änderung der Stiftungszusatzurkunde ist jedoch unwirksam und wird auch durch die Eintragung im Firmenbuch nicht geheilt⁴.

B.II. Abänderung der Stiftungserklärung nach Entstehen der Privatstiftung

Nach Entstehen der Privatstiftung kann der Stifter gemäß § 33 Abs 2 PSG die Stiftungserklärung nur ändern, wenn er sich eine Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten hat. § 3 Abs 3 PSG legt allgemein fest, dass die Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten, nicht auf Rechtsnachfolger übergehen. Die Gestaltungsrechte des Stifters sind daher einseitig und höchstpersönlich⁵. Auch das Änderungsrecht geht nicht auf Rechtsnachfolger über⁶. Der Vorbehalt muss in der Stiftungserklärung ausdrücklich erklärt werden, die Aufnahme des Vorbehalts in die Stiftungszusatzurkunde ist unwirksam. Dies gilt auch für den Vorbehalt auf Änderung der Stiftungszusatzurkunde⁷. Bei Änderungsbeschlüssen, insbesondere bei einer Neufassung der Stiftungserklärung, ist zu beachten, dass das Änderungsrecht erhalten bleibt, weil nach Eintragung der Privatstiftung das Änderungsrecht des Stifters auch nachträglich beseitigt werden kann. Das Änderungsrecht kann zeitlich oder inhaltlich beschränkt werden, also nur für einen bestimmten Zeitraum oder bis zu einem bestimmten Ereignis (Volljährigkeit eines Begünstigten etc) vorbehalten werden⁸.

Auch nach Entstehen kann der Stiftungsvorstand gemäß § 33 Abs 3 PSG bei Fehlen eines Vorbehalts des Stifters, bei Wegfall eines Stifters oder mangels Einigkeit bei mehreren Stiftern unter Wahrung des Stiftungszwecks Änderungen der Stiftungserklärung zur Anpassung an geänderte Verhältnisse vornehmen. Diese Änderung bedarf der Genehmigung des Gerichts (§ 33 Abs 3 PSG).

C. Widerruf der Privatstiftung nach § 34 PSG

Vor Entstehen der Privatstiftung hat der Stifter gemäß § 33 Abs 1 PSG das einseitige und höchstpersönliche Recht auf Widerruf der Privatstiftung. Nach Entstehen der Privatstiftung kann sich der Stifter gemäß § 34 PSG einen Widerruf vorbehalten. Eine juristische Person als Stifter kann sich einen Widerruf jedoch nicht vorbehalten. Gleich wie das Änderungsrecht ist das Widerrufsrecht gemäß § 3 Abs 3 PSG ein einseitiges höchstpersönliches, nicht übertragbares Gestaltungsrecht des Stifters⁹.

⁴ Arnold, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 26.

⁵ Arnold Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 35; K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, Privatstiftungsgesetz § 33 Rz 17; zur Frage, ob es der Vertretung durch Dritte zugänglich ist, siehe unten.

⁶ Arnold, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 35; K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, Privatstiftungsgesetz § 33 Rz 18.

⁷ Arnold, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 36.

⁸ Arnold, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 40.

⁹ Zur Frage, ob es der Vertretung durch Dritte zugänglich ist, siehe unten.

Wie auch beim Änderungsvorbehalt ist die Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts in die Stiftungszusatzurkunde unwirksam, ein in der Stiftungszusatzurkunde erklärter Vorbehalt gilt als nicht gesetzt. Ein Vorbehalt des Rechtes auf Widerruf der Privatstiftung kann durch nachträgliche Änderung der Stiftungsurkunde wieder beseitigt werden¹⁰.

Der Stifter kann einen Vorbehalt des Widerrufsrechts durch Änderung der Stiftungsurkunde auch nach Entstehen der Privatstiftung beseitigen sowie auf das ihm eingeräumte Widerrufsrecht verzichten.

Auch der Widerrufsvorbehalt kann zeitlich und/oder inhaltlich beschränkt werden. Das Widerrufsrecht kann beispielsweise nur für einen bestimmten Zeitraum, bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder für die Dauer der vollen Geschäftsfähigkeit vorbehalten werden. Nach Ablauf der Befristung oder Eintritt der auflösenden Bedingung liegt kein wirksamer Vorbehalt in der Stiftungsurkunde mehr vor. Ebenso kann die Ausübung dieses Rechts von sonstigen Voraussetzungen, etwa der Zustimmung des Stiftungsvorstands, abhängig gemacht werden¹¹.

Nach der gesetzlichen Grundkonzeption haben Stifter bei Stiftermehrheit einen Widerruf einstimmig zu beschließen. Das Recht auf Widerruf der Privatstiftung kann aber einem von mehreren Stiftern eingeräumt oder etwa auch einem Mehrheitsbeschluss vorbehalten werden¹².

D. Pfändung des Änderungsrechts bzw des Widerrufsrechts

D.I. Pfändung von Vermögensrechten nach den §§ 330 ff EO

Nach den §§ 330 ff EO können Gläubiger auf Vermögensrechte des Verpflichteten, die nicht zu den Forderungen gehören, Exekution führen. Diese Vermögensrechte müssen rechtlich selbständig und so beschaffen sein, dass sie einem Dritten übertragen oder zur Ausübung überlassen werden können. Die Exekutionsobjekte müssen weiters einer Verwertung zugänglich sein¹³. Bei der Pfändung weist das Exekutionsgericht auf Antrag des betreibenden Gläubigers den Verpflichteten an, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten. Die Verwertung des Rechtes wird auf Antrag des betreibenden Gläubigers im Einvernehmen mit dem Verpflichteten und allen Gläubigern bestimmt.

Das Exekutionsgericht hat die Tauglichkeit des Exekutionsobjekts (Übertragbarkeit, Verwertbarkeit) nicht zu prüfen, ist die Verwertung des Vermögensrechts jedoch von vornherein ausgeschlossen, hat das Exekutionsgericht den Antrag abzuweisen. Sollte das Vermögensrecht in Folge nicht verwertbar sein, ist das Exekutionsverfahren einzustellen. Die Pfändung kann auf verschiedene Weise erfolgen. Bei Patentrechten bspw erfolgt die Pfändung durch Eintragung ins Patentregister, in anderen Fällen kann ein Verfügungsverbot erlassen werden¹⁴. Als Verwertungsarten stehen die Überweisung zur Einziehung (ua Teilungsanspruch), Zwangsverwaltung (zB Bestandrechte,

¹⁰ Arnold, Privatstiftungsgesetz² § 34 Rz 4.

¹¹ Arnold, Privatstiftungsgesetz² § 34 Rz 9.

¹² Arnold, Privatstiftungsgesetz² 34 Rz 11.

¹³ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁵, Rz 419.

¹⁴ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht⁵, Rz 422.

Patentrechte), Zwangsverpachtung und Zwangsversteigerung zur Verfügung¹⁵. Die Verwertung von Anwartschaftsrechten erfolgt durch Ermächtigung. Die betreibende Partei tritt in die Rechte der verpflichteten Partei ein. Die betreibende Partei wird ermächtigt, im Namen der verpflichteten Partei wirksam Erklärungen abzugeben, insbesondere Kündigungen vorzunehmen, die Einleitung eines Auseinandersetzungsverfahrens zu begehren, zu klagen oder Ähnliches¹⁶.

D.II. Pfändung des Änderungsrechts

D.II.1. Pfändung des Änderungsrechts des Stifters im Allgemeinen

Seit In-kraft-Treten des Privatstiftungsgesetzes wurde die Frage diskutiert, ob das Änderungsrecht sowie das Widerrufsrecht des Stifters als höchstpersönliche Gestaltungsrechte von Gläubigern des Stifters nach den §§ 331ff EO gepfändet werden können. In einer der ersten Äußerung dazu (auf das Widerrufsrecht eingehend) wurde vertreten, dass das Widerrufsrecht als höchstpersönliches Recht nicht gepfändet werden kann¹⁷. In der Folge hat die herrschende Lehre jedoch die Pfändbarkeit des Änderungsrechts und des Widerrufsrechts bejaht¹⁸.

2003 hatte der Oberste Gerichtshof erstmals die Frage zu beurteilen, ob das Widerrufsrecht durch Dritte ausgeübt werden kann¹⁹. Der Oberste Gerichtshof stellte nach Darstellung der Lehrmeinungen fest, dass das vorbehaltene Widerrufsrecht einer Privatstiftung gemäß § 34 PSG nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Stifters durch einen für alle Angelegenheiten bestellten Sachwalter erklärt werden kann. Das Widerrufsrecht sei zwar ein unübertragbares Recht, könne aber durch den gesetzlichen Vertreter des Stifters ausgeübt werden²⁰. Darauf aufbauend schloss sich der Oberste Gerichtshof²¹ der herrschenden Lehre an, dass das Änderungsrecht des Stifters von Gläubigern gepfändet werden kann. Der Oberste Gerichtshof führte aus, dass das uneingeschränkte Änderungsrecht in der Stiftungserklärung weiter gehe als ein Widerrufsrecht, denn beim Widerrufsrecht bleibe der durch den Widerruf letztlich bewilligte Vermögenszufluss (auch an den Stifter) im Rahmen der Stiftungserklärung, während sich der Stifter beim Änderungsrecht sogar einen klagbaren Anspruch auf Leistung von Zuwendungen an sich als Begünstigten verschaffen könne. Da bei Genossenschaften, Personen- und Handelsgesellschaften das Kündigungsrecht des Gesellschaf-

¹⁵ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵, Rz 453; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht⁵, Rz 423.

¹⁶ *Dworak/Schaumberger/Wachter*, Der fehlerfreie Exekutionsantrag, Rz 194.

¹⁷ *M. Müller*, Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 270.

¹⁸ Ua *K. Berger*, RdW 1995, 334; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz², 33 Rz 74 mwN; *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Privatstiftungsgesetz, § 34 Rz 7; *A. Frauenberger* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung, § 331 Rz 48f; ausführlich über den Meinungsstand *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, 145ff; zuletzt *Arnold*, ZfS 2006/4 (131ff); *Csoklich*, ÖBA 2008, 416; aA *Hofmann*, ZfS 2007/266 (39ff).

¹⁹ OGH 11.09.2003, 6 Ob 106/03 m, SZ 2003/105 = RdW 2004, 89 = GeS 2003, 483.

²⁰ aA mit ausführlicher Darstellung *A. Hofmann*, NZ 2007/37.

²¹ OGH 26.04.2006, 3 Ob 217/05 s; OGH 26.04.2006, 3 Ob 16/06 h.

ters durch Gläubiger direkt verwertbar sei und bei einer Privatstiftung dies nicht ausdrücklich geregelt sei, existiere eine Lücke. Da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne, durch Nichtregelung bewusst eine Lücke geschaffen zu haben, biete sich als tragbare Lösung nur die Heranziehung der §§ 331, 333 EO an.

Zum Vorliegen eines Vermögensrechts gemäß § 330 ff EO verwies der Oberste Gerichtshof auf § 36 Abs 4 PSG, wonach bei Auflösung der Privatstiftung infolge Widerrufs der Stifter immer dann Letztbegünstigter sei, wenn in der Stiftungserklärung nichts anderes geregelt sei. Daher seien diese Rechte des Letztbegünstigten jedenfalls Vermögensrechte iSd § 331 EO. Die Ausübung des Gestaltungsrechts des Stifters im Exekutionsverfahren diene nur der Nutzbarmachung bereits vorhandener Vermögensrechte des Verpflichteten. Änderungen könnten zum Entstehen von Geldforderungen des verpflichteten Stifters führen, eine Verwertung sei damit nicht ausgeschlossen.

Zur Frage der Höchstpersönlichkeit führte der Oberste Gerichtshof aus, dass es in der österreichischen Rechtsordnung auch andere Vermögensrechte gebe, die nicht abtretbar und vererblich seien, wohl aber exekutiv gepfändet und verpfändet werden könnten, etwa das Vorkaufsrecht nach § 1074 ABGB. Andererseits sei durch § 3 Abs 3 PSG nicht gesagt, dass Gläubiger nicht in die Gesamtrechte des Stifters Exekution führen können. Rechtlich übe der Gläubiger nämlich nur die Stellung des Stifters aus. Es gehe somit nicht um die Übertragung von Gestaltungsrechten an Dritte, sondern iSd § 333 Abs 1 EO um die gerichtliche Entscheidung des betreibenden Gläubigers, im Exekutionsverfahren anstelle des verpflichteten Stifters dessen Rechte auszuüben, um in der Folge bei entsprechender Änderung der Stiftungserklärung auf einen denkbaren Erlös und/oder den Liquidationserlös greifen zu können. Eine vom Exekutionsgericht nach § 333 EO erteilte Ermächtigung berechtige nämlich den betreibenden Gläubiger zu all dem, zu dem zuvor der Verpflichtete berechtigt war.

Die zitierten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs wurden im Allgemeinen begrüßt²², dennoch gibt es auch berechtigte kritische Stimmen. Es sei nämlich unmissverständlich die erklärte Absicht des Gesetzgebers gewesen, mit der Regelung des § 3 Abs 3 PSG sicherzustellen, dass die Rechte des Stifters nur vom Stifter und nicht von anderen Personen ausgeübt werden können, fremden Personen somit kein Einfluss auf die Privatstiftung zukommen solle²³. Die Stifterrechte seien ideeller Natur und verbrieften kein vermögenswertes Recht, weil die Stifterrechte denen des Erblassers ähnlicher als denen eines Gesellschafters seien²⁴. Das Übertragungsverbot bezwecke die Bindung der mit den Stifterrechten verbundenen Gestaltungsmacht an die persönliche Entscheidungsmacht des Stifters²⁵. Die Gestaltungsmacht des Stifters sei zwar nicht vertretungsfeindlich, dennoch bedürfe es zur Ausübung eines solchen Vertretungsrechts einer Spezialvollmacht nach § 1008 ABGB²⁶. Die Ausstellung einer Spezialvollmacht stelle sicher, dass der wahre Wille des Stifters umgesetzt werde. Die Ausübung eines Widerrufsrechts durch Sachwalter²⁷ oder durch betreibende Gläubiger

²² Ua RdW 2006/443 (485ff); RWZ 2006/64 (208f); FJ 2006, 215; ZIK 2006/206; ecollex 2006, 641ff; ZfS 2006, 109ff; JBI 2007, 110ff.

²³ A. Hofmann, ZfS 2007/266 (41); Csoklich, ÖBA 2008, 431.

²⁴ A. Hofmann, NZ 2007/37 (136) (zu OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m).

²⁵ A. Hofmann, ZfS 2007/266 (41).

²⁶ Csoklich, ÖBA 2008, 431.

²⁷ Bejahend *Ofner*, NZ 2001, 270ff; ihm folgend OGH 11.09.2003, 6 Ob 106/03 m.

stelle dies gerade nicht sicher, insbesondere weil die Interessen des betreibenden Gläubigers denen des Stifters entgegenstünden²⁸. Der Oberste Gerichtshof wähle auch eine methodisch unzulässige Vorgehensweise wenn er die allfällige Unpfändbarkeit des Änderungs- und Widerrufsrechts dadurch beseitigte, dass er diese nicht näher definierten Gesamtrechten des Stifters hinzuzählt und diese Gesamtrechte dann als pfändbar erkläre. Dies sei eine Umgehung des § 3 Abs 3 PSG²⁹.

Diese Kritik ist meiner Ansicht nach berechtigt. Es wurden aus verständlichen Zwecküberlegungen Interpretationsgesetze und die Intention des Gesetzgebers nicht ausreichend beachtet und „fehlgeleitete Vorstellungen gängiger Rechtspraxis über den Zweck der Stiftung zur Richtschnur für die Lösung einer Grundsatzfrage des Privatstiftungsgesetzes“³⁰ erhoben. § 3 PSG ist eine zentrale Vorschrift des Privatstiftungsgesetzes zur Festsetzung eines wichtigen Prinzips. Dritte sollen nach Errichtung der Privatstiftung keinen Einfluss auf die Privatstiftung nehmen können. Daher sind die Rechte des Stifters nicht vererblich, nicht übertragbar, und der Stiftungsvorstand kann wichtige Änderungen nur mit Zustimmung des Gerichts durchführen.

Der Möglichkeit einer Vermögensgefährdung des Stifters nach Verlust der Geschäftsfähigkeit ist kein Grund, eine Vertretung durch einen bestellten Sachwalter anzunehmen³¹. Zweck der Privatstiftung ist die Verselbstständigung von Vermögen. Ziel ist eine Sicherstellung des Vermögens der Privatstiftung, sodass diese nur dem Stiftungszweck gemäß verwendet werden kann und gerade nicht mehr dem Willen wechselnder Personen unterworfen ist. Nach der Errichtung ist Vermögen der Privatstiftung grundsätzlich von Entwicklungen des Stifters unabhängig. Die einzige Ausnahme bildet die persönliche Ausübung eines entsprechenden Gestaltungsrechts des Stifters, wie des Änderungs- bzw Widerrufsrechts. Dies kann zwar mittels Spezialvollmacht durch Dritte, nicht jedoch durch einen Sachwalter erfolgen.

§ 3 Abs 3 PSG basiert auf dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit der gestaltenden Stifterrechte, wonach nur der Stifter selbst gestaltend auf die Stiftung einwirken können soll³². Der Änderungsvorbehalt ermöglicht es dem Stifter, auf das Vermögen zuzugreifen, das Widerrufsrecht gar, es wiederzuerlangen, wenn er sich als Letztbegünstigten eingesetzt hat. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum diese Rechte dazu benützt werden sollen, das Vermögen der Privatstiftung zu mindern, um Gläubiger zu befriedigen. Vielmehr sollte zur Kenntnis genommen werden, dass der österreichische Gesetzgeber mit der Privatstiftung eine Rechtsperson geschaffen hat, auf deren Vermögen Gläubiger nicht mehr greifen können, weil es sich um eine eigenständige, dem Zugriff Dritter nicht zugängliche Vermögensmasse handelt. Ein fehlendes Problembewusstsein des Gesetzgebers ist nicht zwingend anzunehmen, es könnte daher eine Überschreitung der Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung durch den Obersten Gerichtshof vorliegen³³.

Dennoch können nach herrschender Judikatur Gläubiger des Stifters die Exekution in das dem Stifter vorbehaltene Änderungsrecht nach den §§ 331 ff EO beantragen.

²⁸ A. Hofmann, ZfS 2007/266 (42).

²⁹ A. Hofmann, ZfS 2007/266 (44); Csoklich, ÖBA 2008, 431.

³⁰ A. Hofmann, NZ 2007/37 (134).

³¹ So Ofner, NZ 2001, 270ff.

³² A. Hofmann, ZfS 2007/266 (40).

³³ A. Hofmann, ZfS 2007/266 (45).

Der exekutive Zugriff auf das Änderungsrecht eines Stifters besteht unabhängig davon, ob dieser der Privatstiftung Vermögen gewidmet hat. Insoweit könnten Gläubiger eines Stifters über das ihm vorbehaltene Änderungsrecht auch auf das durch andere Stifter (oder Dritte im Wege der Zustiftung) der Privatstiftung übertragene Vermögen greifen³⁴.

Im Fall der Stattgebung durch das Exekutionsgericht wird der betreibende Gläubiger nach § 333 EO ermächtigt, eine Änderung der Stiftungserklärung namens des Stifters zu erklären. Das Änderungsrecht ist so zu verwerfen, dass die Rechte der Gläubiger wie auch des Stifters gewahrt werden. Ein Gläubiger, der das Änderungsrecht eines Stifters gepfändet hat, kann mit entsprechender Ermächtigung des Gerichts daher eine Begünstigtenstellung des Stifters und Rechtsansprüche des Stifters auf Vornahme von Zuwendungen einführen und exekutiv auf diese Ansprüche greifen. Ein derartiger exekutiver Zugriff ist auch dann möglich, wenn der Stifter, der sich die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten hat, bisher nicht Begünstigter der Privatstiftung war³⁵.

D.II.2. Vermeidung der Pfändungsmöglichkeit des Änderungsrechts

Zur Vermeidung der Pfändung des Änderungsrechts ist die Stiftungserklärung entsprechend zu erstellen bzw zu überarbeiten. Die einfachste Lösung ist, ein bestehendes Änderungsrecht durch Änderung der Stiftungserklärung wieder zu entfernen. Diese Änderung der Stiftungserklärung kann allenfalls im Konkurs des Stifters unter bestimmten Umständen angefochten werden, hierzu weiter unten. Weiters ist das Änderungsrecht nur pfändbar, wenn sich der Stifter selbst durch die Änderung der Stiftungserklärung ein verwertbares Vermögen verschaffen kann³⁶. Ein Änderungsrecht hinsichtlich nicht vermögenswirksamer Bestimmungen der Stiftungserklärung ist daher nicht pfändbar. Dabei ist an ein Recht auf Vorschlag oder Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands sowie an reine Informationsrechte zu denken. Hinsichtlich des Bestellungsrechts besteht in der Lehre Uneinigkeit, ob dieses nicht auch ein vermögenswertes Recht ist³⁷. Dies ist jedoch abzulehnen, weil, wie bereits ausgeführt, die Gestaltungsrechte des Stifters nicht übertragbar und damit auch nicht pfändbar sind. Die Bezeichnung des Änderungsrechts als unpfändbar in der Stiftungserklärung steht einem exekutiven Zugriff nicht entgegen³⁸.

Stifter können festlegen, dass die Ausübung des Änderungsrechts von der Mitwirkung der übrigen Stifter abhängig ist. Dann kann der Gläubiger dieses Recht nicht ohne Zustimmung anderer geltend machen³⁹. Eine weitere Möglichkeit für Stifter, den Zugriff der Gläubiger einzuschränken, ist es, die Begünstigtenregelungen ausdrücklich für unabänderlich zu erklären oder die Änderung der Stiftungserklärung von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen, etwa der Zustimmung des Stiftungsvorstands⁴⁰.

³⁴ *Hochedlinger*, RdW 2006/443 (485ff).

³⁵ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 74.

³⁶ Siehe dazu ua *Csoklich*, ÖBA 2008, 423.

³⁷ *Hochedlinger*, RdW 2006/443 (485); *Arnold*, ZfS 2006, 134.

³⁸ *Hochedlinger*, RdW 2006/443 (487); *Bollenberger*, ZfS 2006, 25f; OLG Wien 29.11.2005, 28 R 189/05 b.

³⁹ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 75; *Csoklich*, ÖBA 2008, 428.

⁴⁰ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 76.

D.III. Pfändbarkeit des Widerrufsrechts

D.III.1. Pfändung des Widerrufsrechts im Allgemeinen

Wie auch beim Änderungsrecht wird in der herrschenden Lehre vertreten, dass der Gläubiger des Stifters ein vorbehaltenes Widerrufsrecht pfänden bzw auf das Liquidationsguthaben des Stifters als Letztbegünstigter, das diesem aufgrund einer entsprechenden Regelung der Stiftungsurkunde oder aufgrund der Zweifelsregelung des § 36 Abs 4 PSG zukommt, nach den §§ 331 ff EO Exekution führen kann. Der Oberste Gerichtshof hatte auf seiner Entscheidung vom 11.09.2003, 6 Ob 106/03m, aufbauend ausgesprochen, dass daher auch bei Bestehen eines Widerrufsrechts Exekution in die Gesamtrechte des Stifters geführt werden kann. Nach herrschender Auffassung ist eine Festsetzung des Widerrufsrechts als unpfändbar in der Stiftungsurkunde unwirksam.

Auch die Ermächtigung des Gläubigers zum Widerruf der Privatstiftung erfolgt ebenfalls nach § 333 EO. Die Exekution auf das Widerrufsrecht eines Stifters ist unabhängig davon möglich, ob gerade dieser Stifter ein bestimmtes Vermögen der Privatstiftung gewidmet hat. Daher können Gläubiger eines Stifters über das vorbehaltene Widerrufsrecht auch auf das durch andere Stifter bzw von Dritten im Zusammenhang mit einer Zustiftung der Privatstiftung übertragene Vermögen greifen⁴¹.

D.III.2. Vermeidung der Pfändungsmöglichkeit des Widerrufsrechts

Der Gläubiger kann das Widerrufsrecht nur ausüben, wenn der Stifter sich die Ausübung des Widerrufs vorbehalten hat und durch die Erklärung des Widerrufs dem Stifter ein verwertbares Vermögen verschafft wird. Der Gläubiger kann nämlich nur solche Rechte ausüben, die er namens des Schuldners ausüben kann. Ein Verzicht eines Stifters auf das Widerrufsrecht kann Gegenstand einer Anfechtung gemäß KO sein.

Gleich wie auch beim Änderungsrecht kann der Stifter die Exekutionsführung auf das Widerrufsrecht verhindern, indem bei Stiftermehrheit das Widerrufsrecht nicht von einem Stifter allein ausgeübt werden kann. Das Widerrufsrecht kann auch dann nicht gepfändet werden, wenn der Stifter sich nicht als Letztbegünstigten der Privatstiftung eingesetzt hat, weil es sich in diesem Fall nicht um ein vermögenswertes Recht handelt. Natürlich kann der Widerruf auch von weiteren Voraussetzungen, etwa der Zustimmung des Stiftungsvorstands abhängig gemacht werden. Derartige Einschränkungen können jedoch unter gewissen Umständen, die nun zu erörtern sind, angefochten werden⁴².

E. Anfechtung des Änderungsrechts und des Widerrufsvorbehalts im Konkurs des Stifters

E.I. Die Anfechtungsbestimmungen der KO

Einschlägig für die Anfechtung des Änderungsrechts sowie des Widerrufsrechts des Stifters sind die Anfechtungsbestimmungen des § 28 KO („Anfechtung wegen Be-

⁴¹ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² 34 Rz 17; *Hochedlinger*, RdW 2006/443 (487).

⁴² *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 34 Rz 18; *K. Berger*, RdW 1995, 334ff.

nachteiligungsabsicht⁴³) und § 29 KO („Anfechtung unentgeltlicher und ihnen gleichgestellter Verfügungen“).

Rechtshandlungen, die vor der Konkursöffnung vorgenommen worden sind und das Vermögen des Gemeinschuldners betreffen, können gemäß § 27 KO angefochten und den Konkursgläubigern gegenüber als unwirksam erklärt werden. Anfechtbar sind gemäß § 28 KO unter anderem (i) alle Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, in den letzten zehn Jahren vor der Konkursöffnung vorgenommen hat, (ii) alle Rechtshandlungen, durch welche die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden und die dieser in den letzten zwei Jahren vor der Konkursöffnung vorgenommen hat, wenn dem Vertragspartner die Benachteiligungsabsicht bekannt sein musste, und (iii) alle Rechtshandlungen, durch welche die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden und die dieser in den letzten zwei Jahren vor der Konkursöffnung gegenüber Ehegatten – vor und während der Ehe – oder gegenüber anderen nahen Angehörigen oder zugunsten der genannten Personen vorgenommen hat, außer die Benachteiligungsabsicht war diesen weder bekannt noch musste sie diesen bekannt sein. Nach § 29 Z1 KO sind vor der Konkursöffnung vorgenommene unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners innerhalb der letzten zwei Jahre anfechtbar, soweit nicht durch gesetzliche Verpflichtung oder sittliche Pflicht sowie als gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk gerechtfertigt.

E.II. Die Anfechtung der Widmung an die Privatstiftung bei Bestehen eines Widerrufs- und Änderungsverbahalts

Bei Anwendung der §§ 28 ff KO auf die Widmung von Vermögen im Zuge der Gründung der Privatstiftung oder einer Nachstiftung betragen die Anfechtungsfristen für derartige Zuwendungen daher zehn Jahre bzw zwei Jahre nach Vermögenswidmung. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen ist nach spätestens zehn Jahren die Anfechtung der Vermögenswidmungen nicht mehr möglich.

In der Lehre⁴³ wurde jedoch, in Anlehnung an das Erbrecht im Allgemeinen und das Pflichtteilsrecht im Speziellen, eine Interpretation der Anfechtungsfristen entwickelt, wonach im Fall des Bestehens eines Änderungs- oder Widerrufsverbahalts des Stifters in der Stiftungsurkunde die Zweijahres- bzw Zehnjahresfrist erst mit Wegfall dieser Vorbehalte zu laufen beginnt. Beim Widerrufsrecht gilt dies nur dann, wenn der Stifter, gemäß Stiftungserklärung oder § 36 Abs 4 PSG, Letztbegünstigter der Privatstiftung ist. In Erweiterung dieses Verständnisses wird vertreten, dass bei Vorbehalt der Änderung der Festsetzung der Begünstigten der Lauf der Frist verschoben werden kann⁴⁴. Diese herrschende Ansicht führt dazu, dass, solange ein Widerrufs- oder ein Änderungsverbahalt besteht, Gläubiger des Stifters unbefristet auf das Vermögen der Privatstiftung greifen können.

Diese sehr weitgreifende Einflussmöglichkeit der Gläubiger auf das Stiftungsvermögen wird damit begründet, dass der Stifter bei Ausübung des Widerrufsverbahalts das Vermögen der Privatstiftung als Letztbegünstigter erhält, sofern nicht ein anderer als Letztbegünstigter eingesetzt ist. Daher sei der Stifter während Bestehen eines Wi-

⁴³ *Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, Privatstiftungsgesetz (1995) § 34 Rz 7; Hochedlinger/Hasch, RdW 2002/190 (194) mwN; zuletzt Csoklich, ÖBA 2008, 421.*

⁴⁴ *Csoklich, ÖBA 2008, 422.*

derrufsrechts wirtschaftlich betrachtet Eigentümer des Stiftungsvermögens, während diese das Stiftungsvermögen nur treuhändig hält. Der Stifter habe bei Bestehen eines Widerrufsrechts eine eigentümerähnliche Stellung, sodass erst bei Wegfall des Widerrufsrechts die Zuwendung der Privatstiftung wirksam zugewendet wird. Entsprechendes gelte auch für den Änderungsvorbehalt gemäß § 33 Abs 2 PSG. Denn auch dadurch könne der Stifter über das Stiftungsvermögen verfügen, als wäre es sein eigenes Vermögen⁴⁵.

Diese Ansicht wird richtigerweise in der Literatur kritisiert⁴⁶, der Oberste Gerichtshof hat zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen⁴⁷. Die Anfechtung von Rechtshandlungen gemäß §§ 28 f KO ist dann zulässig, wenn die Rechtshandlungen in den letzten zwei bzw zehn Jahren vor der Konkurseröffnung „vorgenommen“ wurden. Der Wortlaut der Bestimmungen sieht einen Fristbeginn mit Vornahme der Rechtshandlung selbst vor. Vornahme wird von der herrschenden Lehre im Fall der Errichtung der Privatstiftung sowie bei Nachstiftungen jedoch ausdrücklich so verstanden, dass die Rechtshandlung nicht bereits mit Abschluss des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts vorgenommen wurde, sondern erst, wenn das Vermögen auch wirtschaftlich in das Eigentum der Privatstiftung gelangt ist⁴⁸. Eine Widmung eines Vermögens an die Privatstiftung ist nach diesem Verständnis erst dann vorgenommen, wenn der Stifter auf jede weitere Möglichkeit zur Einflussnahme durch Widerruf oder Änderung der Privatstiftung verzichtet hat bzw wenn etwaige Widerrufs- und Änderungsvorbehalte auf sonstige Weise weggefallen sind⁴⁹.

Bei dieser Auslegung wird eine Theorie von Univ.-Prof. Dr. *Wilfried Kralik* herangezogen⁵⁰. Im Zusammenhang mit der Anrechnung des Schenkungspflichtteils gemäß § 785 ABGB hat *Wilfried Kralik* ausgeführt, dass bei der Frage, wann unentgeltliche Zuwendungen iSd § 785 ABGB gemacht sind, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden ist. Es komme auf das tatsächliche „Vermögensopfer“ an⁵¹. Darauf aufbauend wurde in der Lehre ein Vermögensopfer des Stifters erst dann als erbracht angesehen, wenn das Änderungs- und Widerrufsrecht weggefallen sind. Vor diesem Zeitpunkt seien diese Zuwendungen noch nicht „vorgenommen“ in Anlehnung an „gemacht“ im Sinne von § 785 ABGB⁵².

Dabei wird jedoch die tatsächliche Konsequenz dieses Verständnisses auf § 27 ff KO übersehen. Das Anfechtungsrecht der KO bezieht sich, wie bereits in der Überschrift des entsprechenden Abschnittes angedeutet, auf vor der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen. Wendet man die Vermögensopfertheorie auf

⁴⁵ *Grave* in Jakobljevich-FS, 20.

⁴⁶ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (48ff); *Vollmaier*, JBl 2007, 110ff; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz, § 4 Rz 46.

⁴⁷ Zur Ausübung des Widerrufsrechts durch den Masseverwalter siehe OGH 15.01.2009, 6 Ob 235/08 i.

⁴⁸ *Grave*, in Jakobljevich-FS, 20.

⁴⁹ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (50).

⁵⁰ *Kralik* in *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³, Band IV Erbrecht (1983).

⁵¹ *Kralik* in *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³, Band IV Erbrecht, 304.

⁵² Siehe *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (50) mwN; siehe auch *Vollmaier*, JBl 2007, 113.

das Anfechtungsrecht an, so sind Widmungen an eine Privatstiftung erst „vorgenommen“, wenn das Vermögensopfer tatsächlich erfolgt ist, also kein Widerrufsverzicht oder Änderungsvorbehalt mehr besteht. Wenn jedoch eine Widmung noch nicht vorgenommen wurde, so sind auch die §§ 27 ff KO nicht mehr anwendbar. Die erfolgte Widmung an die Privatstiftung ist bei Anwendung der Vermögensopfertheorie keine vollständige Rechtshandlung und daher auch nicht anfechtbar, solange ein Widerrufs- bzw Änderungsrecht des Stifters besteht.

Im Erbrecht dient die Vermögensopfertheorie dem Zweck, eine Schenkung, die den Pflichtteil schmälert, dem Pflichtteilsberechtigten dadurch zu erhalten, dass gewisse Schenkungen als noch nicht „gemacht“ gelten und daher das entsprechende Vermögen noch dem Vermögen des Erblassers zugerechnet wird. Im Konkursrecht sind im Gegensatz dazu Vermögensübertragungen vor Konkurseröffnung unter bestimmten Bedingungen anfechtbar, und übertragenes Vermögen kann von den Gläubigern zurückerlangt werden. Bei Anwendung der Vermögensopfertheorie auf das Privatstiftungsrecht ist die Widmung von Vermögen noch nicht erfolgt, solange ein Änderungs- und Widerrufsrecht vorbehalten wurde. Eine Anfechtung der Widmung nach den §§ 27 ff KO ist dann jedoch nicht möglich, weil noch keine „vorgenommene Rechtshandlung“ vorliegt⁵³ und das Vermögen dem Stifter noch zuzurechnen ist. Die richtig verstandene Anwendung der Vermögensopfertheorie führt daher nicht zu dem gewünschten Ergebnis des Zugriffs auf das Vermögen des Stifters.

Die Anfechtungsbestimmungen könnten auch teleologisch reduziert werden, um eine Anfechtung auch nach zwei Jahren zuzulassen. Die Fristen in den §§ 27 ff KO wären so auszulegen, dass die Frist in gewissen Fällen später zu laufen beginnt, es läge aufgrund des Zwecks der Regelung durch die fehlende Einschränkung eine „verdeckte Lücke“ vor, die durch teleologische Reduktion zu schließen wäre⁵⁴.

Die Zweijahres-Frist des § 785 ABGB hängt mit dem Ziel der Schenkungsanfechtung im Allgemeinen zusammen, nämlich eine Verkürzung der Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich des erhaltenen Vermögens zu verhindern. Der Erblasser soll nicht vor seinem Ableben sein Vermögen an Dritte übertragen können, sodass nach seinem Ableben nur noch ein geringfügiges oder gar kein Vermögen mehr vorhanden ist. Diese Frist dient daher dem Schutz des Pflichtteils⁵⁵ und ist ein bewusst abgewogener Maßstab für die mögliche Benachteiligung. Verfügungen des Erblassers, die länger zurückliegen, werden nicht als Beeinträchtigung des Pflichtteils verstanden, weil sich der Erblasser dadurch auch selbst eingeschränkt hat. Die Zweijahres- bzw Zehnjahres-Frist des § 28 KO unterliegt jedoch anderen Voraussetzungen. Zu den wesentlichen Tatbestandselementen des § 28 KO gehört nämlich eine Benachteiligungsabsicht seitens des Schuldners einerseits und die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis dieser Benachteiligungsabsicht auf Seiten des Dritten. Diese Fristen sind kein Maßstab für die Interpretation des Verhaltens, sondern dienen als zeitliche Begrenzung, um nicht sämtliche Rechtshandlungen vor Konkurseröffnung zu erfassen. Während daher die zeitliche Einschränkung im § 785 ABGB einen Maßstab für einen Benachteiligungsverdacht selbst enthält, dient die zeitliche Einschränkung in § 28 KO der Verkehrs-

⁵³ Siehe *Csoklich*, ÖBA 2008, 421.

⁵⁴ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (51).

⁵⁵ *Kralik* in *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³, Band IV Erbrecht (1983), 304.

cherheit⁵⁶. Anfechtbare Verfügungen des Schuldners sollen in die Vergangenheit hin begrenzt werden, um das Vertrauen des Verkehrs in wirksame Geschäfte zu sichern.

Es kann zwar argumentiert werden, dass die Frist in § 785 ABGB auch der Verkehrssicherheit dient⁵⁷, weil Schenkungen unabhängig von der Intention des Erblassers innerhalb von zwei Jahren jedenfalls zu berücksichtigen sind, sodass die Zweijahres-Frist auch eine Begrenzungsfunktion zur Verkehrssicherheit hat. Dennoch dient die Frist des § 785 ABGB hauptsächlich als Maßstab für die Absicht des Erblassers, die Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen, während die zeitliche Frist in § 28 KO eine ausschließlich der Rechtssicherheit dienende Funktion hat, die Benachteiligungsabsicht ist hier zusätzliches Tatbestandsmerkmal⁵⁸.

Die Zwecke der Anfechtung gemäß § 29 KO wegen unentgeltlicher und ihnen gleichgestellter Verfügungen entsprechen im Wesentlichen den Zwecken des § 785 ABGB. Dennoch ist auch hier eine einschränkende Auslegung nicht geboten. § 29 KO wird als Ausfluss des allgemeinen Rechtsgrundsatzes verstanden, wonach unentgeltlicher Erwerb nicht den Vertrauensschutz des entgeltlichen Erwerbs genießt⁵⁹. Die Rechte von Gläubigern entgeltlicher Geschäfte sollen Vorrang vor den Rechten von Vertragspartnern unentgeltlicher Geschäfte haben. Daher gibt es in § 29 KO auch keine Tatbestandselemente einer Benachteiligungsabsicht. Im Gegensatz zu § 785 ABGB besteht auch kein abstrakter Verdacht auf Verkürzung des Vermögens des Schuldners. Die zweijährige Anfechtungsfrist hat hier ebenfalls die Funktion, die Verkehrssicherheit zu erhalten, es sollen nicht sämtliche Schenkungen von Schuldner, die später in Konkurs geraten, anfechtbar sein. Es besteht daher keine Lücke, weil der Gesetzgeber die Frist von zwei Jahren zweckentsprechend festgelegt hat und kein Bedarf für eine teleologische Reduktion besteht⁶⁰.

Im Ergebnis ist daher die teleologische Reduktion der Anfechtungsvorschriften nicht richtig, weil die Anfechtungsbestimmungen der Konkursordnung nicht denselben Zweck wie § 785 ABGB verfolgen. Die eindeutige gesetzgeberische Wertung, eine Anfechtung nach § 28 und § 29 KO aus Verkehrsschutzabwägungen zeitlich zu begrenzen, muss respektiert werden⁶¹. Der Lauf der Anfechtungsfrist kann mangels Lücke nicht verschoben werden, weshalb jede Rechtshandlung des Stifters nach Ablauf der jeweiligen Fristen in den §§ 28 f KO anfechtungsfest ist.

Die Anfechtung der Vermögenswidmung bei Gründung der Privatstiftung und bei Nachstiftungen greift auch bei einer Widmung von Vermögen an die Privatstiftung durch Dritte, einer sogenannten Zustiftung. Eine Zustiftung kann angefochten werden, wenn der Zustifter, beispielsweise ein Begünstigter, der jedoch nicht Stifter ist, mit Benachteiligungsabsicht Vermögen gestiftet hat, um den Gläubigern Vermögen zu entziehen. Meiner Ansicht nach sollte in diesem Fall unzweifelhaft eine Anfechtung nach zwei bzw zehn Jahren nach Zustiftung durch Dritte ausgeschlossen sein.

⁵⁶ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (52); *Vollmaier*, JBl 2007, 113.

⁵⁷ *Csoklich*, ÖBA 2008, 422.

⁵⁸ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (52).

⁵⁹ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (52) mwN.

⁶⁰ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (53).

⁶¹ *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (53).

E.III. Ausübung des Änderungs- und Widerrufsrechts im Konkurs durch den Masseverwalter

Die Anfechtung der Widmung von Vermögen ist daher richtigerweise nur innerhalb von zwei bzw zehn Jahren nach Vornahme durch Gründung der Privatstiftung bzw nach der Nachstiftung möglich. Ein Zugriff auf das Vermögen der Privatstiftung im Konkurs des Stifters wird dennoch im Allgemeinen bejaht.

Bei Bestehen eines Änderungs- oder Widerrufsrechts wird, in Anlehnung an die Lehre und Judikatur zur Pfändbarkeit dieser Rechte, von der herrschenden Lehre vertreten, dass der Masseverwalter durch Ausübung des Änderungsrechts Ausschüttungen erlangen und als Letztbegünstigter bei Widerruf der Privatstiftung das gesamte Vermögen zurückerhalten kann⁶². Der Oberste Gerichtshof hat die Ausübung des Widerrufsrechts durch den Masseverwalter im Konkurs des Stifters zuletzt insoweit eingeschränkt, als der Masseverwalter die Rechte des Stifters nur dann ausüben kann, wenn mit der Ausübung des Widerrufsrechts ein Vermögenszufluss bewirkt werden kann⁶³.

Im Fall eines Verzichts des Stifters auf das Änderungs- bzw Widerrufsrecht sind die Gläubiger berechtigt, diese Rechtshandlung gemäß § 28 KO anzufechten⁶⁴, unter der Voraussetzung einer Benachteiligungsabsicht, zB wenn ein Stifter zur Vereitelung des Zugriffs seiner Gläubiger auf das Änderungsrecht verzichtet hat, und der Einhaltung der Fristen.

Wie bereits ausgeführt, bestehen ernsthafte Zweifel, ob die Rechte des Stifters exekutierbar sind. Daher ist auch zu bezweifeln, dass ein Masseverwalter das Änderungs- oder Widerrufsrecht des Stifters im Konkurs ausüben kann. Geht man von der Möglichkeit der Ausübung des Änderungs- bzw Widerrufsrechts durch den Masseverwalter aus, so ist der Verzicht auf das Änderungs- bzw Widerrufsrecht durch den Stifter anfechtbar.

F. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

Das Recht des Stifters auf Änderung der Stiftungserklärung gemäß § 33 PSG und das Recht des Stifters auf Widerruf der Privatstiftung gemäß § 34 PSG sind nach § 3 PSG höchstpersönliche, nicht übertragbare Rechte. Nach herrschender Lehre und Judikatur können diese Rechte sowohl von einem Sachwalter in der Vertretung des Stifters ausgeübt als auch im Exekutionsverfahren nach den §§ 330 f EO gepfändet werden. Nach dem Obersten Gerichtshof liegt bei Privatstiftungen, in Anlehnung an das Kündigungsrecht bei Genossenschaften, Personen- sowie Kapitalgesellschaften, eine Gesetzeslücke vor, die durch Heranziehung der §§ 330 ff EO zu schließen ist. Das Änderungsrecht sei ein vermögenswertes Gestaltungsrecht. Es liege auch keine Übertragung des Gestaltungsrechts vor, sondern die betreibenden Gläubiger üben die Rechte des Stifters an dessen Stelle aus. Diese Judikatur wird von der herrschenden Lehre begrüßt, ist jedoch zunehmend in, aus meiner Sicht berechtigte Kritik geraten.

⁶² *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44 (53); *Arnold*, Privatstiftungsgesetz § 34 Rz 18a.

⁶³ Einschränkung OGH 15.01.2009, 6 Ob 235/08 i.

⁶⁴ Zum Widerrufsrecht *Bollenberger*, ZfS 2006, 25.

Der Zugriff auf das Vermögen der Privatstiftung kann durch Verzicht auf die jeweiligen Rechte verhindert werden. Weiters kann die Ausübung der Rechte von der Zustimmung der Mitstifter oder des Stiftungsvorstands abhängig gemacht werden. Ein Zugriff ist dann ausgeschlossen, wenn die Gläubiger sich durch Ausübung der Rechte kein Vermögen verschaffen können, beispielsweise weil die Begünstigtenregelung nicht änderbar ist oder ein vom Stifter zu unterscheidender Letztbegünstigter eingesetzt ist. Die Bezeichnung eines Rechts als unpfändbar in der Stiftungserklärung steht dem Zugriff der Gläubiger nicht entgegen.

Im Konkursverfahren über das Vermögen des Stifters gemäß den §§ 27 ff KO kann die Widmung von Vermögen im Zuge der Gründung der Privatstiftung oder im Rahmen einer Nachstiftung angefochten werden. Nach herrschender Auffassung beginnen die Fristen für die Anfechtung erst mit Wegfall des Änderungs- bzw Widerrufsrechts zu laufen, sodass bei Bestehen eines dieser Rechte Vermögenswidmungen unbegrenzt angefochten werden können. Der Oberste Gerichtshof hat bisher zu dieser Frage nicht Stellung genommen. Diese Auffassung ist meiner Ansicht nach durch Anwendung der Auslegungsregeln nicht zufriedenstellend begründbar und im Ergebnis überschießend.

Aufbauend auf dem Verständnis der Exekutierbarkeit des Änderungs- und Widerrufsrechts des Stifters wird in der Lehre vertreten, dass im Konkursverfahren über das Vermögen des Stifters der Masseverwalter das Änderungs- bzw Widerrufsrecht des Stifters ausüben und so auf das gewidmete Vermögen Zugriff nehmen kann, beispielsweise durch Ausschüttungen an sich als Begünstigten. Ein Verzicht des Stifters auf das Änderungs- und Widerrufsrecht vor Konkurseröffnung ist nach den §§ 27 ff KO anfechtbar.

Die Rechte des Stifters auf Änderung der Stiftungsurkunde sowie auf Widerruf der Privatstiftung nach Errichtung sind ein österreichisches Spezifikum. Es ist durchaus gerechtfertigt, wenn Lehre und Judikatur in der Auslegung der bestehenden Rechtsvorschriften Wege gesucht haben, den Gläubigern des Stifters den Zugriff auf das Vermögen der Privatstiftung zu ermöglichen. Dabei wurden jedoch die Prinzipien der Bestimmungen nicht ausreichend berücksichtigt und die Grenzen der Interpretationsmöglichkeiten überschritten. Tatsächlich wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, die Exekutierbarkeit des Änderungs- und Widerrufsrechts in der Privatstiftung wie bei Gesellschaften ausdrücklich festzusetzen oder klarzustellen, dass Vermögen der Privatstiftung dem Zugriff von Gläubigern des Stifters entzogen ist. Es bleibt abzuwarten, wie sich der Oberste Gerichtshof zur Frage des Fristenlaufs bei Anfechtung einer Vermögenswidmung in die Privatstiftung gemäß § 27 ff KO äußert.

G. Literaturverzeichnis

Nikolaus Arnold, Privatstiftungsgesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2007

Nikolaus Arnold, Umfang und Grenzen des Gläubigerzugriffs bei Privatstiftungen, ZfS 2006, 131

Kurt Berger, Der Widerruf der Privatstiftung durch den Privatgläubiger des letztbegünstigten Stifters, RdW 1995, 334

Raimund Bollenberger, Anmerkung zu OLG Wien 28 R 189/05 b, ZfS 2006, 25

Raimund Bollenberger, Rechtsgeschäftliche Vorsorgeklauseln für den Insolvenzfall, ÖBA 2006, 879

Zugriff auf Stiftungsvermögen bei Bestehen eines Änderungs- und Widerrufsrechts

- Raimund Bollenberger*, Zugriff auf Stiftungsvermögen durch Gläubiger des Stifters, *ecolex* 2006, 641
- Peter Csoklich*, Zugriff auf Vermögen der Privatstiftung durch Gläubiger der Stifter und Begünstigten, *ÖBA* 2008, 416
- Peter Csoklich/Michael Müller/Bernhard Gröhs/Franz Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungs-Gesetz, Wien 1994
- Astrid Deixler-Hübner/Thomas Klicka*, Zivilverfahren, 5. Auflage, 2007
- Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung – Kommentar, 2004
- Johann Dworak/Michael Schaumberger/Heinz-Peter Wachter*, Der fehlerfreie Exekutionsantrag, 2006
- Wolfgang Gassner/Philip Göth/Bernhard Gröhs/Michael Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, Wien 2000
- Christian Grave*, Die Privatstiftung aus rechtlicher Sicht – ein Erfahrungsbericht in Sorgfalt und Verantwortung, Festschrift für Walter Jakobljevič zum 70. Geburtstag: *Grave*, FS Jakobljevič
- Gerhard Hochedlinger*, OGH: Stifterrechte sind pfändbar!, *RdW* 2006/443
- Alexander Hofmann*, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters, *NZ* 2007/37
- Alexander Hofmann*, Sind Stiftungsrechte wirklich pfändbar? *ZfS* 2007, 39ff
- Alexander Isola/Peter Vollmaier*, Der Zugriff auf das Stiftungsvermögen im Konkurs des Stifters, *ZIK* 2006/44
- Ernst Maschner*, Privatstiftungen: Aktuelle Entscheidungen des OGH zur Pfändbarkeit von Stifterrechten, zur wechselseitigen Treuepflicht von Mitstiftern sowie zum Verzicht auf Stifterrechte, *FJ* 2006, 465
- Paul Oberhammer* in *Peter Angst (Hrsg)*, Exekutionsrecht – Kommentar, 2. Auflage, 2008
- Helmut Ofner*, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter der Stiftung, *NZ* 2001, 270ff
- Helmut Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, 2003 (Dissertation)
- Peter Vollmaier*, Pfändbarkeit der Rechte des Stifters auf Änderung der Stiftungserklärung, *Anm. zu OGH 3 Ob 217/05s*, *JB1* 2007, 110

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider

Mag. Maximilian Raschhofer, Wien

A. Einleitung

Vor kurzem wurde die Diskussion rund um Auskunftsansprüche gegen Internet Service Provider zur Ausforschung von Personen, die illegales¹ File-Sharing betreiben, erneut belebt. Grund dafür ist die am 19.2.2009 ergangene Vorabentscheidung des EuGH² im Rechtsstreit *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH* (fortan: LSG) gegen *Tele 2 Telecommunication GmbH* (fortan: Tele 2). Erstere beantragte bei Gericht, dass Letzterer aufgetragen werde, Name und Anschrift von Personen bekanntzugeben, deren IP-Adresse (iVm dem Zeitpunkt ihrer Internetverbindung) bekannt waren. Von den Endgeräten aus, denen diese IP-Adressen zugeordnet waren, wurden Urheberrechtsverletzungen begangen, welche die LSG betrafen. Die LSG benötigte Name und Anschrift der hinter den IP-Adressen stehenden Personen, um ihre Ansprüche auf zivilgerichtlichem Wege verfolgen zu können. Sie stützte ihren Anspruch auf § 87b Abs 3 UrhG, der bestimmt, dass Vermittler iSd § 81 Abs 1a UrhG dem Verletzten auf dessen schriftliches und ausreichend begründetes Verlangen Auskunft über die Identität des Verletzers (Name und Anschrift) beziehungsweise die zur Feststellung des Verletzers erforderlichen Auskünfte zu geben haben. Die Klägerin obsiegte in den ersten beiden Instanzen³. Eine Entscheidung des OGH, der gemäß Art 234 EGV an den EuGH mit noch näher zu behandelnden Vorlagenfragen herantrat, steht bis zum Redaktionsschluss aus.

Die grundlegenden in diesem wie in allen gleich gelagerten Fällen entgegengesetzten Interessen sind das Interesse am Schutz personenbezogener Daten auf der einen sowie das Interesse an der Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche auf der anderen Seite. Der Ausgleich zwischen diesen auch grundrechtlich geschützten Positionen ist äußerst schwierig, da sich beide Seiten auf nachvollziehbare Argumente stützen können. So ist es freilich leicht einzusehen, dass in ihren Rechten verletzte Urheber sich zur Wehr setzen und zivilgerichtlich gegen die mutmaßlichen Verletzer vorgehen möchten. Die Funktionsweise von über das Internet erfolgendem File-Sharing kommt diesem Bedürfnis sehr entgegen. Die sogenannten „Raubkopierer“ verwenden idR Geräte, deren Netzwerkschnittstelle durch eine weltweit einzigartige IP-Adresse identifizierbar ist. Dies erleichtert die Ausforschung der hinter den IP-Adressen stehenden Personen. Andererseits ist es aber auch gut verständlich, dass Access Provider, die ihren Kunden gegenüber zur Erfüllung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten verpflichtet sind, die Daten ihrer Kunden so vertraulich wie möglich behandeln möchten.

¹ Auf die Frage, inwieweit File-Sharing als illegal einzustufen ist, kann hier aus Platzgründen nicht weiter eingegangen werden; vgl dazu etwa *Philapitsch*, Zum Erfordernis einer legalen Quelle für die Digitale Privatkopie gemäß § 42 UrhG, MR 2004, 111ff; Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass die fraglichen Handlungen jedenfalls Urheberrechtsverletzungen darstellen.

² EuGH 19.2.2009, C 557/07.

³ HG Wien 21.6.2006, 18 Cg 67/05z-20; OLG Wien 12.4.2007, 5 R 193/06y-26.

Der österreichische Gesetzgeber gab den Rechteinhabern in § 87b Abs 3 UrhG einen direkten Auskunftsanspruch, der, wie nunmehr nach der Entscheidung des EuGH endgültig feststeht, auch gegen Access Provider gerichtet werden kann.

B. Europarechtlicher Rahmen

B.I. Die Richtlinie 2002/58/EG⁴

Gemäß Art 3 gilt diese Richtlinie (fortan: Telekom-Datenschutzrichtlinie) für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste⁵ in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Gemeinschaft. Sie dient einer Ergänzung und Detaillierung des Schutzes personenbezogener Daten durch die allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (fortan: Datenschutzrichtlinie)⁶. Will der Provider ein Auskunftsbegehren erfüllen, muss er zweifellos personenbezogene Daten verarbeiten. Soweit er speichert, wem er wann welche IP-Adresse zuwies, ist er in der Lage, zu den IP-Adressen einen Personenbezug herzustellen. An der Anwendbarkeit der Telekom-Datenschutzrichtlinie besteht sohin kein Zweifel. Art 5 der Telekom-Datenschutzrichtlinie enthält Vorgaben hinsichtlich der Vertraulichkeit von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten⁷. Insbesondere wird bestimmt, dass die Mitgliedstaaten das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer zu untersagen haben, wenn keine Einwilligung der Nutzer vorliegt. Art 6 leg cit bestimmt, dass Verkehrsdaten⁸, die sich auf Teilnehmer und Nutzer beziehen und vom Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder eines öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienstes verarbeitet und gespeichert werden, zu löschen oder

⁴ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. L 201 vom 31.7.2002, 37-47.

⁵ „Elektronische Kommunikationsdienste“ sind gemäß Art 2 lit c der Richtlinie 2002/21/EG „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen.“ Die Tätigkeit von Internet Access Providern stellt zweifellos einen elektronischen Kommunikationsdienst dar.

⁶ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, 31-50.

⁷ Zumindest dynamische IP-Adressen sind Verkehrsdaten, siehe dazu noch weiter unten.

⁸ Da sind gemäß Art 2 lit d „Daten, die zum Zwecke der Weiterleitung einer Nachricht an ein elektronisches Kommunikationsnetz oder zum Zwecke der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden“. Diese Definition übernahm der österreichische Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie wortgleich in § 92 Abs 3 Z 4 TKG 2003.

zu anonymisieren sind, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden. Art 15 der Telekom-Datenschutzrichtlinie sieht schließlich vor, dass die in Art 5 und 6 vorgesehenen Rechte und Pflichten von den Mitgliedstaaten beschränkt werden können, sofern eine solche Beschränkung gemäß Art 13 Abs 1 der Datenschutzrichtlinie für die nationale Sicherheit (dh die Sicherheit des Staates), die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit sowie die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig ist. Vom Gebot der Vertraulichkeit von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten kann somit in Ausnahmefällen abgegangen werden, und es können Regelungen geschaffen werden, die in die Vertraulichkeit von Verkehrsdaten eingreifen. Allerdings ist fraglich, ob derartige Regelungen auch zum Schutz von urheberrechtlichen Positionen geschaffen werden dürfen. Eine Auskunftspflicht, wie sie vom österreichischen Gesetzgeber in § 87b Abs 3 UrhG geschaffen wurde, dient dem Interesse der Verfolgung urheberrechtlicher Ansprüche. Dieses Interesse lässt sich keinem der in Art 15 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie aufgelisteten Zwecke zuordnen. Art 15 Abs 1 verweist allerdings auf Art 13 Abs 1 der allgemeinen Datenschutzrichtlinie. Auch diese Vorschrift ermöglicht Ausnahmebestimmungen, die eine Einschränkung des Datenschutzes zulassen. Art 13 Abs 1 lit g der Telekom-Datenschutzrichtlinie eröffnet die Möglichkeit, den Datenschutz einschränkende Rechtsvorschriften zu erlassen, sofern eine solche Beschränkung für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen notwendig ist. Würde man also diese Bestimmung vom Verweis des Art 15 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie erfasst sehen, könnte eine Auskunftspflicht, wie sie in § 87b Abs 3 UrhG normiert ist, problemlos auf Art 15 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie iVm Art 13 Abs 1 lit g der Datenschutzrichtlinie gestützt werden. Dass der Verweis in Art 15 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie auch die Gründe in Art 13 Abs 1 der Datenschutzrichtlinie umfasst, ist jedoch zweifelhaft⁹. Dies vor allem deshalb, da die Gründe, deretwegen die Mitgliedstaaten einschränkende Vorschriften erlassen können, in Art 15 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie abschließend aufgelistet werden und dabei bestimmte Gründe, die in Art 13 Abs 1 der Datenschutzrichtlinie angeführt werden, eben nicht enthalten sind. Wie die Generalanwältin *Kokott* in ihrem Schlussantrag vor dem EuGH in der Rechtssache C 275/06 (*Promusicae*) ausführte, sei dies aufgrund einer bewussten Entscheidung des Richtliniengabers geschehen¹⁰. Folgerichtig schloss sie daraus, dass der Verweis in Art 15 der Telekom-Datenschutzrichtlinie sich nicht auch auf die in Art 13 der Datenschutzrichtlinie angeführten Gründe beziehen könne. Der EuGH setzte sich jedoch überraschenderweise¹¹ nicht mit dieser differenzierten Argumentation auseinander, sondern hielt vereinfachend fest, dass der verwiesene Art 13 der Datenschutzrichtlinie Vorschriften zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen erlaube¹². Bestimmungen, die wie § 87b Abs 3 UrhG Auskunftsansprüche zum

⁹ Dagegen etwa: *Spindler* „Die Tür ist auf“ - Europarechtliche Zulässigkeit von Auskunftsansprüchen gegenüber Providern - Urteilsanmerkung zu EuGH „Promusicae/Telefónica“, GRUR 2008, 574 (575).

¹⁰ Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 87.

¹¹ Die Argumentation der Generalanwältin ebenfalls bevorzugend: *Zerdick*, Europäisches Datenschutzrecht – neuere Rechtsprechung des EuGH, RDV 2009, 56 (59).

¹² EuGH 29.1.2008, C 275/06, Rz 53.

Zwecke der Verfolgung urheberrechtlicher Interessen vorsehen, können daher nunmehr auf Art 15 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie gestützt werden.

B.II. Die Richtlinien 2000/31/EG, 2001/29/EG und 2004/48/EG

Diese Richtlinien, insbesondere die Richtlinie 2001/29/EG¹³ (fortan: Info-Richtlinie) und die Richtlinie 2004/48/EG¹⁴ (fortan: Enforcement-Richtlinie), enthalten Bestimmungen, die dem Schutz des geistigen Eigentums, insbesondere des Urheberrechts dienen¹⁵.

B.II.1. Die Richtlinie 2000/31/EG

Die Richtlinie 2000/31/EG¹⁶ (fortan: E-Commerce-Richtlinie) soll gemäß Art 1 Abs 1 einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt. Gemäß Art 18 Abs 1 der E-Commerce-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft es ermöglichen, dass rasch Maßnahmen, einschließlich vorläufiger Maßnahmen, getroffen werden können, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht. Diese Bestimmungen lassen den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung einen erheblichen Spielraum und verpflichten diese nicht dazu, einen Auskunftsanspruch im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens in deren Rechtsordnungen zu implementieren¹⁷.

B.II.2. Die Info-Richtlinie

Art 8 Abs 1 dieser Richtlinie ordnet an, dass die Mitgliedstaaten bei Verletzungen der in dieser Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe vorzusehen und alle notwendigen Maßnahmen zu deren Abwendung zu treffen haben. Die betreffenden Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Nach Abs 2 leg cit hat jeder Mitgliedstaat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass Rechtsinhaber, deren Interessen durch Rechtsverletzungen auf dem jeweiligen Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates beeinträchtigt werden, Klage auf Schadenersatz erheben und/oder eine gerichtliche Anordnung beantragen können. Gemäß Abs 3 leg cit haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden. Manche leiteten daraus ab, dass die Mit-

¹³ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl 167 vom 22.6.2001, 10-19.

¹⁴ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 157, 45-86.

¹⁵ EuGH 29.1.2008, C 275/06, Rz 43.

¹⁶ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178, 1-16.

¹⁷ EuGH 29.1.2008, C 275/06, Rz 59.

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider

gliedstaaten verpflichtet seien, Auskunftsansprüche zu normieren¹⁸. Die Richtlinie konkretisiert allerdings nicht näher, wie derartige Maßnahmen beschaffen sein müssen. Daher kann auch aus den Bestimmungen der Info-Richtlinie nicht abgeleitet werden, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, eine Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens vorzusehen¹⁹.

Zudem sieht Art 9 Abs 1 der Info-Richtlinie vor, dass die Richtlinie Rechtsvorschriften im Bereich Datenschutz und Schutz der Privatsphäre unberührt lässt.

B.II.3. Die Enforcement-Richtlinie

Gemäß Art 1 der Enforcement-Richtlinie betrifft diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe, die erforderlich sind, um die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums sicherzustellen. Art 3 der Enforcement-Richtlinie bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vorsehen, die zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, auf die diese Richtlinie abstellt, erforderlich sind. Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen fair und gerecht sein, außerdem dürfen sie nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen. Art 8 Abs 1 lit d der Enforcement-Richtlinie schreibt weiters vor, dass sichergestellt sein muss, dass die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums auf einen begründeten und die Verhältnismäßigkeit wahren Antrag des Klägers hin anordnen können, dass Auskünfte über den Ursprung und die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, von dem Verletzer und/oder jeder anderen Person erteilt werden, die nachweislich für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbracht. Nach Abs 3 lit e leg cit gilt diese Bestimmung unbeschadet anderer gesetzlicher Bestimmungen, die den Schutz der Vertraulichkeit von Informationsquellen oder die Verarbeitung personenbezogener Daten regeln²⁰. Unter den Wortlaut der Bestimmung des Art 8 Abs 1 der Enforcement-Richtlinie könnte die Offenlegung der Identität von Internetnutzern gefasst werden²¹. Jedoch lässt sich nach Auffassung des EuGH auch aus der Bestimmung des Art 8 Abs 1 Enforcement-Richtlinie vor dem Hintergrund der erwähnten Bestimmung des Abs 3 lit e leg cit letztlich nicht zwingend ableiten, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet wä-

¹⁸ Nachweise etwa bei: *Spindler*, „Die Tür ist auf“ - Europarechtliche Zulässigkeit von Auskunftsansprüchen gegenüber Providern - Urteilsanmerkung zu EuGH „Promusicae/Telefónica“, GRUR 2008 574 (576).

¹⁹ EuGH 29.1.2008, C 275/06, Rz 59; Die Auffassung, Art 8 Abs 3 der Info-Richtlinie normiere einen Auskunftsanspruch – zu finden etwa bei *Schanda*, Auskunftspflicht über Inhaber dynamischer IP-Adressen contra Verpflichtung zur Löschung von Verkehrsdaten, MR 2007, 213 (215) –, ist damit überholt.

²⁰ Im Übrigen wird das Verhältnis der Enforcement-Richtlinie zu den Bestimmungen des Datenschutzes in Art 2 Abs 3 geregelt, wonach die Datenschutzrichtlinie unberührt bleibt. Aus teleologischen Gründen hat dies auch im Verhältnis zur Telekom-Datenschutzrichtlinie zur gelten, vgl dazu Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 45-47.

²¹ So Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 110.

ren, eine Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens vorzusehen²².

B.III. Berührte Grundrechte

Wie bereits in der Einleitung angedeutet, sind die sich hier gegenüberstehenden Positionen zum Teil auch grundrechtlich geschützt. Die hier in Betracht kommenden Grundrechte zählen auch zum Primärrecht des Gemeinschaftsrechts²³. In ihren Rechten verletzte Urheber können sich vor allem auf das Grundrecht auf Eigentum und das Grundrecht auf eine wirksame Beschwerde berufen. Unter das Eigentumsrecht fällt auch das Recht am geistigen Eigentum²⁴. Aus dem Recht auf eine wirksame Beschwerde (vgl Art 13 EMRK), das ebenfalls zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählt, kann mE kein Recht auf Auskunft der Identität der hinter einer bestimmten IP-Adresse stehenden Person abgeleitet werden. Art 13 EMRK gibt jedem das Recht auf eine Beschwerde bei einer nationalen Instanz, wenn er die Verletzung seiner Rechte in vertretbarer Weise behauptet²⁵. Wird einem in seinen Rechten verletzten Urheber von der Rechtsordnung kein Recht auf Auskunft über die Identität der hinter einer IP-Adresse stehenden Person zuerkannt, berührt dies seine prinzipiell vorhandene Möglichkeit einer Klageeinbringung noch nicht. Nur Letztere wird durch das Recht auf eine wirksame Beschwerde verbrieft²⁶.

Gegen eine zu weitreichende Beauskunftung durch Provider spricht vor allem das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre bzw das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten. Eine Auskunftspflicht greift jedenfalls in diese Grundrechte ein²⁷. Eingriffe in diese Grundrechte sind prinzipiell möglich, müssen aber auf Grund eines hinreichend bestimmten Gesetzes erfolgen und zudem verhältnismäßig sein.

Der EuGH meinte zum Ausgleich zwischen den betroffenen Grundrechten in der Entscheidung *Promusicae*, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, die betroffenen Positionen abzuwägen und einen angemessenen Ausgleich herzustellen. Die Mitgliedstaaten haben daher „bei der Umsetzung der genannten Richtlinien darauf zu achten, dass sie sich auf eine Auslegung derselben stützen, die es ihnen erlaubt, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen. Bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinien haben die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit diesen Richtlinien auszulegen, sondern

²² EuGH 29.1.2008, C 275/06, Rz 58.

²³ EuGH 29.1.2008, C 275/06, Rz 61ff.

²⁴ Vgl EuGH 12.9.2006, C-479/04, Rz 65.

²⁵ EGMR 12.9.1978, *Klass and Others vs Germany*, Rz 64.

²⁶ Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 120.

²⁷ Vgl auch Art 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl vom 18.12.2000, C-364; Im Falle *Österreichischer Rundfunk* stellte der EuGH klar, dass eine Weitergabe personenbezogener Daten einen Eingriff in das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre darstellt: EuGH 20.5.2003, C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Rz 74; zweifelnd im Hinblick auf des Recht auf informationelle Selbstbestimmung: *Ladeur*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion? DÖV 2009, 45 (50).

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider

auch darauf zu achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinien stützen, die mit diesen Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert.²⁸ Diese Prinzipien wiederholte er im Verfahren *LSG gegen Tele 2*²⁹. Mit diesen Entscheidungen gab der EuGH prinzipiell grünes Licht für nationale Rechtsvorschriften, die eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverstößen aufstellen. Dazu seien die Mitgliedstaaten aber nach dem Gemeinschaftsrecht nicht verpflichtet, vielmehr betonte der EuGH den Spielraum bei der Umsetzung der oben angeführten Richtlinien.

Da nach richtiger Auffassung³⁰ Verkehrsdaten nicht vom Schutzbereich des Art 10a StGG umfasst sind, sondern nur Kommunikationsinhalte geschützt werden, stellt § 87b Abs 3 UrhG keinesfalls einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar³¹.

B.IV. Richtervorbehalt aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben?

Eine vieldiskutierte Frage war zumindest bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *LSG gegen Tele 2*, ob eine gegen Access Provider gerichtete Auskunftspflicht unter dem Vorbehalt einer richterlichen Genehmigung stehen sollte oder nicht³². Auch die Ausführungen der Generalanwältin *Kokott* in der Rechtssache *Promusicae* ließen Zweifel daran aufkommen, ob eine Auskunftspflicht gegenüber einem Privaten ohne Zwischenschaltung eines Gerichts mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist³³. Sie betonte, dass Gerichte an Grundrechte und Verfahrensgarantien gebunden seien. Zudem hätten sie im Gegensatz zu den Inhabern von Urheberrechten auch ein Interesse daran, Umstände zu erheben, welche die beschuldigten Nutzer entlasten. Die Ausführungen der Generalanwältin ließen den OGH an der Gemeinschaftsrechtskonformität des § 87b Abs 3 UrhG zweifeln. Diese Bestimmung sieht dem Wortlaut nach eine direkte Auskunft an den Verletzten vor. Deshalb richtete der OGH, noch bevor der EuGH in der Rechtssache *Promusicae* entschied, an diesen die Vorlagefrage, ob

²⁸ EuGH 29.1.2008, C-275/06, Rz 68.

²⁹ EuGH 19.2.2009, C-557/07, Rz 29.

³⁰ Vgl. *Wiederin*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band III, Grundrechte, Art 10a StGG Rz 12, mit zahlreichen Nachweisen zur Gegenmeinung.

³¹ AA *Einzinger/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan*, Wer ist 217.204.27.214? Access-Provider im Spannungsfeld zwischen Auskunftsbegeh(lich)keit(en) der Rechteinhaber und Datenschutz, MR 2005, 113 (116).

³² Vgl. etwa: *Barbist*, Auskunftspflicht: Streit Provider vs Musikindustrie Reloaded – Das EuGH-Urteil in Sachen *Promusicae*, MR 2007, 415 (417); *Daum*, EuGH zur Auskunftspflicht von Internetservice Providern, *ecolex* 2008, 200; *Haidinger/Schachter*, Urheberrechtlicher Auskunftsanspruch im Spannungsverhältnis zum Datenschutz – Anlassfälle *Promusicae* und *MediaSentry*, *jusIT* 2008, 59 (61); *Neubauer*, Zur Haftung und Auskunftsverpflichtung von Providern Aktuelles zu Unterlassungs- und Auskunftspflichten in Österreich mit einem Vergleich zur aktuellen Rechtslage in Deutschland im Zivil- und Strafrecht, MR-Int 2008, 25 (28).

³³ Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 113ff.

Art 8 Abs 3 der Enforcement-Richtlinie unter Bedachtnahme auf die Art 6 und 15 der Telekom-Datenschutzrichtlinie dahingehend auszulegen sei, dass er die Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung bescheinigter Verletzungen urheberrechtlicher Ausschussrechte (Verwertungs- und Werknutzungsrechte) nicht zulasse³⁴. Darauf antwortete der EuGH wie erwähnt, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverstößen aufzustellen.

Fraglich ist, ob diese Antwort nun die erhoffte Klarheit schafft. Nach dem Urteil *Promusicae* wurden in Bezug auf die Frage des Richtervorbehalts unter Berufung auf diese Entscheidung unterschiedliche Auffassungen vertreten³⁵. Dies hat sich jedoch auch nach der Entscheidung in der Rechtssache *LSG gegen Tele 2* nicht geändert. So wird etwa vertreten, dass der Hinweis des EuGH in beiden Entscheidungen auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit nur so gedeutet werden könne, dass die Bestimmungen zum Datenschutz die Weitergabe von personengebundenen Verkehrsdaten nur an die zuständigen staatlichen Stellen erlauben, nicht aber eine unmittelbare Weitergabe an Urheber, die ihre Rechte verfolgen möchten³⁶. Völlig gegenteilig wird aus der Entscheidung in der Rechtssache *LSG gegen Tele 2* aber auch gefolgert, dass der EuGH keine Bedenken gegen § 87b Abs 3 UrhG habe³⁷. Folgt man letzterer Auffassung, gelangt man zum Ergebnis, dass aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht kein Richtervorbehalt geboten ist. Dass diese Frage auch nach der Entscheidung *LSG gegen Tele 2* noch nicht als eindeutig beantwortet betrachtet werden kann, ist unbefriedigend und vor allem auf die nicht völlig exakte Wortwahl der beteiligten Gerichte zurückzuführen. Die Intention des OGH, auch diesbezüglich Klarheit zu schaffen, erhellt aus der Begründung zu seiner Vorlageentscheidung. So schreibt er: „Die zweite Vorlagefrage ist daher darauf gerichtet, ob die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Datenschutz eine Verarbeitung (Speicherung) und *direkte* Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten über die Benutzung des Internets an die Inhaber geistigen Eigentums zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung ihrer Ausschussrechte (Verwertungs- und Werknutzungsrechte) hindern und Art 8 Abs 3 der Richtlinie 2004/48/EG sowie die in Umsetzung dieser Richtlinie ergangene nationale Bestimmung dementsprechend einschränkend auszulegen sind.“³⁸ Insbesondere aus dem Wort „direkt“ lässt sich schließen, dass auch gefragt werden wollte, ob das Gemeinschaftsrecht „direkte“ Auskunftsansprüche, dh solche ohne Zwischenschaltung eines Gerichtes zulasse. In der letztlich dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage fehlt jedoch das Wort „direkt“. Dementsprechend antwortete der EuGH auch nur, dass das Gemeinschaftsrecht die Aufstellung von Verpflichtungen zur Weitergabe personenbe-

³⁴ OGH 13.11.2007, 4Ob141/07z.

³⁵ Vgl Neubauer, Zur Haftung und Auskunftspflicht von Providern Aktuelles zu Unterlassungs- und Auskunftspflichten in Österreich mit einem Vergleich zur aktuellen Rechtslage in Deutschland im Zivil- und Strafrecht, MR-Int 2008, 25 (28) mwN.

³⁶ So Zerdick, Europäisches Datenschutzrecht – neuere Rechtssprechung des EuGH, RDV 2009, 56 (59).

³⁷ Daum, Auskunftsanspruch gegenüber Providern – Verpflichtung zur Weitergabe von Nutzerdaten an Dritte, MR 2009, 40 (43).

³⁸ OGH 13.11.2007, 4Ob141/07z; Hervorhebung durch den Verfasser.

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider

zogener Daten an private Dritte nicht verhindere. Damit blieb die Frage offen, ob es aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht geboten ist, dass die „privaten Dritten“ vor ein Gericht ziehen müssen, oder ob es ausreicht, wenn sie sich direkt an den Provider wenden. Dies erklärt auch die gegenteiligen Ableitungen aus der Entscheidung.

Aus der Tatsache, dass der EuGH die Bestimmung des § 87b Abs 3 UrhG kannte und nicht ausdrücklich als gemeinschaftsrechtswidrig qualifizierte, können in Bezug auf die Frage des Richtervorbehaltes keine zwingenden Schlüsse gezogen werden. In einem Vorabentscheidungsverfahren hat der EuGH nicht wie bei einem Vertragsverletzungsverfahren über die Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit dem EU/EG-Recht zu entscheiden, sondern sich auf die abstrakte Auslegung der unions- bzw gemeinschaftsrechtlichen Norm zu beschränken³⁹. Über die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem durch den EuGH ausgelegten Gemeinschaftsrecht hat somit der nationale Richter zu entscheiden⁴⁰.

Wünschenswert wäre eine Klarstellung des EuGH gewesen, dass er es wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für gemeinschaftsrechtlich geboten hält, dass Auskunftsansprüche von einer richterlichen Genehmigung abhängig gemacht werden. Dazu hätte er nur die oben erwähnten schlüssigen Argumente der Generalanwältin aufgreifen müssen. Ein Gericht wäre auch besser in der Lage, die zum Nachweis der Urheberrechtsverletzung vorgelegten Beweise zu würdigen. Zudem darf nicht übersehen werden, dass die Rechtslage in diesem Bereich, wie die Entscheidungen des EuGH deutlich aufzeigen, äußerst komplex und vielschichtig ist. Bei der Auslegung der Normen müssen nach den Vorgaben des EuGH stets auch die Grundrechte und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Die Erfüllung eines Auskunftsbegehrens durch einen Provider kann somit im Einzelfall von der Lösung sehr schwieriger Rechtsfragen abhängen. Die Beantwortung dieser Fragen dem Provider zu überlassen und ihm nicht die Sicherheit einer gerichtlichen Entscheidung zu geben, scheint nicht besonders sinnvoll.

Dennoch spricht einiges dafür, die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *LSG gegen Tele 2* dahingehend zu verstehen, dass er eine gerichtliche Genehmigung für die Auskunftserteilung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht für entbehrlich hält. Dies kann insbesondere aus dem Umstand geschlossen werden, dass er die Weitergabe personenbezogener Daten an „private“ Dritte für zulässig erachtet. Diese auf die Fragestellung des OGH zurückzuführende Formulierung hat wohl den Sinn, klarzustellen, dass „private“ Dritte unmittelbar an die Provider herantreten dürfen und nicht auf ein „öffentliches“ Gericht angewiesen sind. Zudem hätte der EuGH, obwohl er wie erwähnt nichts zur Vereinbarkeit von § 87b Abs 3 UrhG mit dem Gemeinschaftsrecht sagen konnte, die Notwendigkeit einer richterlichen Genehmigung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht in abstracto klarstellen können. Stattdessen hat er sich jedoch auf die Wiederholung der Grundsätze aus der Entscheidung *Promusicae* beschränkt. Daher ist im Ergebnis wohl anzunehmen, dass aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ein Auskunftsanspruch eines in seinen Rechten verletzten Urhebers gegenüber einem Provider nicht an eine gerichtliche Genehmigung zu binden ist.

³⁹ EuGH 15.7. 1964, Rechtssache 6/64 (*Flaminio Costa v E.N.E.L*), Rz 3.

⁴⁰ *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht⁴ (2002) Rz 1433.

C. Die österreichische Rechtslage

C.I. Die Speicherung von IP-Adressen

Um einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der Identität einer durch eine IP-Adresse identifizierten Person erfüllen zu können, muss der Provider in der Lage sein, einen Bezug zwischen der IP-Adresse und einem seiner Kunden herzustellen. Dazu muss er speichern, wem er wann welche IP-Adresse zugeordnet hat. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit dies zulässig ist.

Dazu muss zunächst die Rechtsnatur von IP-Adressen näher durchleuchtet werden, da etwa nur Verkehrsdaten gemäß § 99 Abs 1 TKG 2003 zu löschen sind und das Kommunikationsgeheimnis gemäß § 93 Abs 1 TKG 2003 nur für Inhalts-, Verkehrs- und Standortdaten gilt.

C.I.1. Rechtsnatur von IP-Adressen

IP-Adressen individualisieren Computer und andere Endgeräte wie etwa Router im Internet⁴¹. Die als Abfolge von vier Zahlen erscheinenden IP-Adressen dienen der korrekten Übermittlung von Datenpaketen im Internet. Die IP-Adressen werden den Kunden durch ihre Internet Access Provider zugeordnet. Dabei muss zwischen sogenannten statischen und dynamischen IP-Adressen unterschieden werden. Von einer statischen IP-Adresse spricht man, wenn dem Kunden eine ganz bestimmte IP-Adresse vertraglich zugesichert wurde⁴². Statische IP-Adressen führen beim Access Provider zu einem höheren Aufwand und sind nur für wenige Kunden sinnvoll und daher in der Praxis eher selten. In vielen Fällen können die Inhaber einer statischen IP-Adresse durch Abfrage in der WHOIS-Datenbank ermittelt werden. In den meisten Fällen erhalten Kunden sogenannte dynamische IP-Adressen zugewiesen. Im Falle dynamischer IP-Adressen besteht kein vertraglicher Anspruch auf eine bestimmte IP-Adresse, weshalb dem Kunden bei jeder Verbindungsherstellung vom Access Provider eine andere IP-Adresse aus seinem Pool zugewiesen werden kann.

Gemäß § 92 Abs 3 Z 4 TKG 2003 gelten als „Verkehrsdaten“ jene Daten, die zum Zwecke der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz oder zum Zwecke der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden. Als besondere Unterkategorie von Verkehrsdaten kennt das TKG zudem die sogenannten Zugangsdaten. Das sind gemäß § 92 Abs 3 Z 4a TKG 2003 jene Verkehrsdaten, die beim Zugang eines Teilnehmers zu einem öffentlichen Kommunikationsnetz beim Betreiber entstehen und für die Zuordnung der zu einem bestimmten Zeitpunkt für eine Kommunikation verwendeten Netzwerkadressierungen zum Teilnehmer notwendig sind.

Als Stammdaten gelten gemäß § 92 Abs 3 Z 3 TKG 2003 alle personenbezogenen Daten, die für die Begründung, die Abwicklung, Änderung oder Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Benutzer und dem Anbieter oder zur Erstellung und

⁴¹ Zur Funktionsweise vgl etwa: *Einzinger/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan*, Wer ist 217.204.27.214? Access-Provider im Spannungsfeld zwischen Auskunftsbegehrl(ichkeit)en der Rechteinhaber und Datenschutz, MR 2005, 113 (113).

⁴² *Einzinger/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan*, Wer ist 217.204.27.214? Access-Provider im Spannungsfeld zwischen Auskunftsbegehrl(ichkeit)en der Rechteinhaber und Datenschutz, MR 2005, 113 (116); vgl auch OGH, 26.07.2005, 11 Os 57/05z.

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider

Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen erforderlich sind. Das TKG zählt diese taxativ⁴³ auf: Es handelt sich um den Familien- und Vornamen, den akademischen Grad, die Wohnadresse, die Teilnehmernummer und sonstige Kontaktinformationen für die Nachricht, Informationen über die Art und den Inhalt des Vertragsverhältnisses sowie die Bonität.

Da IP-Adressen wie oben beschrieben zur Weiterleitung von Datenpaketen im Internet benötigt werden, fallen sie prinzipiell in die Kategorie der Verkehrsdaten, zudem können sie unter den Begriff „Zugangsdaten“ subsumiert werden⁴⁴. Statische IP-Adressen sind zusätzlich auch als Stammdaten zu werten, da sie aufgrund ihrer vertraglichen Zusicherung zur Abwicklung der Rechtsbeziehung zwischen dem Benutzer und dem Anbieter erforderlich sind⁴⁵.

C.I.2. Telekommunikationsrechtlicher Datenschutz

Gemäß § 99 Abs 1 TKG 2003 dürfen Verkehrsdaten außer in den gesetzlich geregelten Fällen nicht gespeichert werden und sind vom Betreiber nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren. Die Bestimmung des § 99 Abs 1 TKG 2003 basiert auf Art 6 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie. Ausnahmsweise dürfen Verkehrsdaten gemäß Abs 2 leg cit jedoch bis zum Ablauf der Frist, binnen derer die Rechnung rechtlich angefochten werden kann, für Zwecke der Verrechnung von Entgelten, einschließlich Entgelte für Zusammenschaltungen, gespeichert werden. Im Falle von Flatrate-Tarifen kommt dieser Ausnahmetatbestand von vorneherein nicht in Betracht⁴⁶. Aber auch bei sonstigen Tarifmodellen ist fraglich, ob der Provider die IP-Adressen wirklich zu Verrechnungszwecken benötigt und nicht die Speicherung der Log-in-Daten ausreicht⁴⁷. Werden dynamische IP-Adressen, die ausschließlich als Verkehrs- bzw Zugangsdaten zu werten sind, nach dem Ende der Verbindung nicht unverzüglich gelöscht, ist dies als Verstoß gegen § 93 Abs 2 und § 99 Abs 1 TKG 2003 zu werten⁴⁸. Sie müssen daher gelöscht werden, was insofern zu einem faktischen Hindernis der Erfüllung des Auskunftsbegehrens führen wird. Statische IP-Adressen hingegen müssen gespeichert werden, damit der Provider seine vertragliche Verpflichtung, dem Kunden stets dieselbe IP-Adresse zuzuweisen, erfüllen kann.

⁴³ *Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbanitsch*, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 247.

⁴⁴ Einzinger/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan, Wer ist 217.204.27.214? Access-Provider im Spannungsfeld zwischen Auskunftsbegeh(lich)keit(en) der Rechteinhaber und Datenschutz, MR 2005, 113 (116); auch die Generalanwältin bejaht, dass es sich bei IP-Adressen um Verkehrsdaten handelt: *Kokott*, Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 63.

⁴⁵ DSK 29.09.2006, K213.000/0005-DSK/2006; Zweifelnd *Wiebe*, Auskunftspflichtung der Access Provider, MR 2005, Beilage 4/05, 14.

⁴⁶ Zur Kontrolle, ob ein vereinbartes „Fair-Use-Limit“ eingehalten wurde, ist nach der DSK die Speicherung des pro Verbindung verbrauchten Datenvolumens ausreichend: DSK 29.09.2006, K213.000/0005-DSK/2006.

⁴⁷ *Wiebe*, Auskunftspflichtung der Access Provider, MR 2005, Beilage 4/05, 12 mwN.

⁴⁸ So unmissverständlich die DSK 29.09.2006, K213.000/0005-DSK/2006.

C.I.3. Speicherpflicht zur Erfüllung von Auskunftspflichten?

Gelegentlich wird die Auffassung vertreten, dass aus gesetzlich normierten Auskunftspflichten wie § 87b Abs 3 UrhG eine Speicherpflicht resultiere, da die Auskunftspflicht nicht leerlaufen dürfe.⁴⁹ Dies vermag jedoch insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des EuGH nicht zu überzeugen. So wird argumentiert, dass nach § 99 TKG 2003 die Verkehrsdaten „außer in den gesetzlich besonders geregelten Fällen“ nicht gespeichert werden dürfen. Auskunftsansprüche wie § 87b Abs 3 UrhG würden genau so einen gesetzlich besonders geregelten Fall betreffen. Daher seien die Verkehrsdaten zu speichern. Dies ist mE jedoch unzutreffend. Durch diese Formulierung wollte sich der Gesetzgeber die Möglichkeit offenhalten, an anderen Stellen eine gesetzliche Speicherpflicht zu implementieren. Diese Bestimmung stellt also ein grundsätzliches Speicherverbot auf und lässt eine besondere gesetzliche Speicherpflicht dennoch zu. Eine derartige Sonderbestimmung wird jedoch angesichts des Gewichts, das der Gesetzgeber dem Datenschutz einräumt, so beschaffen sein müssen, dass sie die Speicherung von Verkehrsdaten ausdrücklich vorschreibt. Nur dann kann von einem im Verhältnis zum allgemeinen Speicherverbot „gesetzlich besonders geregelten Fall“ die Rede sein. § 87b Abs 3 UrhG wurde in seiner ursprünglichen Fassung durch die Urheberrechtsgesetznovelle 2003⁵⁰ eingeführt. Aus der RV geht hervor, dass es sich dabei um eine ergänzende Maßnahme zur Umsetzung von Art 8 Abs 3 der Info-Richtlinie in § 81 Abs 1a UrhG handelt. Die letztere Bestimmung sieht vor, dass auch Vermittler auf Unterlassung geklagt werden können. Da auch ein Anspruch auf die Offenlegung der Identität von Rechtsverletzern letztlich der Verhinderung künftiger Rechtsverletzungen dient, sollen die in § 81 Abs 1a UrhG geschaffenen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche durch einen Anspruch auf Information über die Identität des Verletzers ergänzt werden⁵¹. Der EuGH stellte im Fall *LSG gegen Tele 2* klar, dass die Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinien ihr nationales Recht im Einklang mit den Richtlinien auslegen müssen. Die Info-Richtlinie stellt in Art 9 klar, dass sie Vorschriften im Bereich Datenschutz und Schutz der Privatsphäre unberührt lässt. Art 6 Abs 1 der Telekom-Datenschutzrichtlinie bzw § 99 Abs 1 TKG 2003 stellen solche Vorschriften dar. Der davon ausgehende Schutz darf durch Bestimmungen, die in Umsetzung der Info-Richtlinie bzw der Enforcement-Richtlinie ergangen sind, nicht beeinträchtigt werden⁵². Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass aus der Auskunftspflicht gemäß § 87b Abs 3 UrhG keine Speicherpflicht abgeleitet werden kann⁵³.

⁴⁹ *Schanda*, Auskunftspflicht über Inhaber dynamischer IP-Adressen contra Verpflichtung zur Löschung von Verkehrsdaten, MR 2007, 213 (215); *derselbe*, Auskunftsanspruch gegen Access-Provider über die IP-Adressen von Urheberrechtsverletzern, MR 2005 18 (20); OLG Wien 12. 4. 2007, 5 R 193/06y.

⁵⁰ BGBl I 32/2003.

⁵¹ 40 RV BlgNR XXII. GP, 44.

⁵² Vgl auch EuGH 29.1.2008, C 275/06, Rz 57.

⁵³ Vgl auch *Neubauer*, Zur Haftung und Auskunftspflicht von Providern Aktuelles zu Unterlassungs- und Auskunftspflichten in Österreich mit einem Vergleich zur aktuellen Rechtslage in Deutschland im Zivil- und Strafrecht, MR-Int 2008, 25 (30); *Schmidbauer*, Die Metamorphose der Auskunftspflicht – für die Tauschbörsen könnte

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider

Fraglich ist, wie sich die Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG⁵⁴ (fortan: Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie) auf den Auskunftsanspruch auswirken wird. Art 5 Abs 1 lit c Z 2 i dieser Richtlinie bestimmt, dass Datum und Uhrzeit der An- und Abmeldung beim Internetzugangsdienst auf der Grundlage einer bestimmten Zeitzone, zusammen mit der vom Internetzugangsanbieter einer Verbindung zugewiesenen dynamischen oder statischen IP-Adresse, und die Benutzerkennung des Teilnehmers oder des registrierten Benutzers auf Vorrat gespeichert werden müssen. Es ist allerdings zu bezweifeln, dass die auf Grundlage der Umsetzung der Richtlinie gespeicherten Daten ohne Weiteres zur Verfolgung urheberrechtlicher Ansprüche zur Verfügung stehen werden. Art 1 der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie bestimmt, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen müssen. Daraus lässt sich die Wertung des Richtliniengebers ableiten, dass diese Daten nur zur Bekämpfung und Verfolgung schwerer Kriminalität zu speichern sind, wobei es allerdings ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen wird, zu definieren, was unter schweren Straftaten zu verstehen ist. Allerdings ist ein Privatanklagedelikt (vgl § 91 Abs 3 UrhG), das für den Fall der nicht gewerbsmäßigen Begehung mit einer Strafdrohung von maximal sechs Monaten belegt ist, wohl kaum als „schwere Straftat“ zu qualifizieren. Der Umsetzungsentwurf des BMVIT⁵⁵ sieht vor, dass die Speicherung zum Zweck der „Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von mit beträchtlicher Strafe bedrohten Handlungen (§ 17 SPG), einschließlich der Tatbestände der §§ 107 und 107a StGB“ zu erfolgen hat. Nach § 17 SPG sind mit beträchtlicher Strafe bedrohte Handlungen solche, die mit mehr als einjähriger Haftstrafe bedroht sind. Die – vorläufige⁵⁶ – österreichische Definition des Begriffes „schwere Straftaten“ umfasst daher keinesfalls das Delikt des § 91 Abs 1 UrhG⁵⁷. Hinzu kommt, dass gemäß Art 4 der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die gemäß dieser Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten nur in bestimmten Fällen und in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht an die zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden. Auch im 17. Erwägungsgrund heißt es, dass sichergestellt sein muss, dass die Daten nur unter Wahrung der Grundrechte der Betroffenen an die zuständigen Behörden weitergegeben werden. Daraus lässt sich ableiten, dass die Vorratsdaten nur an Behörden, nicht jedoch an Privatpersonen weitergegeben werden dürfen. Dagegen könnte man freilich einwenden, dass Gegenstand des Auskunftsanspruches ja nicht die auf Vorrat gespeicherte IP-Adresse ist,

ein goldenes Zeitalter anbrechen, MR 2007, 239 (239); *Sofokleous/Mosing*, Urheberrechtlicher Auskunftsanspruch gegen Access-Provider: ein "Pyrrhus-Anspruch"?! ÖBl 2008/55, 268 (272).

⁵⁴ Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. L 105 vom 13.4.2006, 54-63.

⁵⁵ ME 61 BlgNR XXIII. GP.

⁵⁶ Derzeit ist das Boltzmann-Institut für Menschenrechte mit der Erarbeitung eines neuen Umsetzungsentwurfes beauftragt.

⁵⁷ Vgl auch die Stellungnahme des Österreichischen Verbands der Musikindustrie (ifpi) zum ME, wonach der Entwurf, da er die Musikindustrie de facto um ihren Auskunftsanspruch bringe, verfassungswidrig sei: 13/SN-61/ME XXIII. GP.

sondern die auch jetzt schon zu speichernden Stammdaten, dh Name und Anschrift⁵⁸. Allerdings bedarf es zur Erfüllung dieses Auskunftsbegehrens eines Zugriffs auf die nach der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie künftig zu speichernden Verkehrsdaten. Auf die Notwendigkeit eines Zugriffs auf Verkehrsdaten wies die DSK in einer Empfehlung hin⁵⁹, nachdem der OGH entschieden hatte, dass Stammdaten nicht dem besonderen Regime gem § 149a StPO unterlägen, sondern gem § 103 Abs 4 StPO formlos bekanntgegeben werden könnten. Nach der damaligen Auffassung des OGH war die Ansicht des OLG⁶⁰ verfehlt, wonach die weitere Zuordnung der von der Privatanklägerin bekanntgegebenen IP-Adresse dem Regime des § 149a StPO unterliege, weil dadurch zwangsläufig auf Verkehrsdaten gegriffen werden müsse⁶¹. Mittlerweile anerkennt der OGH unter ausdrücklicher Berufung auf die erwähnte Entscheidung der DSK, dass derartige Auskunftsbegehren zur Verarbeitung von Verkehrsdaten führen⁶². Ohne die Verarbeitung von Verkehrsdaten ist die Erfüllung des Auskunftsbegehrens unmöglich. Daher wird häufig vertreten, dass Stammdaten diesbezüglich wie Verkehrsdaten zu behandeln seien⁶³. Diese Position ist im Ergebnis mE überzeugender. Sie wird auch von der Generalanwältin *Kokott* geteilt, die im Fall *Promusicae* meinte, dass „personenbezogene Verkehrsdaten“ gemäß Art 4 der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie nur an die zuständigen Behörden weitergegeben werden dürfen⁶⁴. Damit meinte sie die von *Promusicae* gewünschte Offenlegung der Identität mutmaßlicher Urheberrechtsverletzer. Wenn der Gesetzgeber also nicht entweder den Begriff „schwere Straftaten“ anders als im bisherigen Umsetzungsentwurf definiert oder den Strafraum für das Delikt des § 91 Abs 1 UrhG verändert, besteht auch nach Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie mE keine Zugriffsmöglichkeit auf die IP-Adressen zur Erfüllung von Auskunftsbegehren gemäß § 87b Abs 3 UrhG⁶⁵.

C.II. Die Auslegung von § 87b Abs 3 UrhG

Gemäß § 87b Abs 3 UrhG haben Vermittler im Sinne des § 81 Abs 1a UrhG dem Verletzten auf dessen schriftliches und ausreichend begründetes Verlangen Auskunft über die Identität des Verletzers (Name und Anschrift) beziehungsweise die zur Feststellung des Verletzers erforderlichen Auskünfte zu geben. In die Begründung sind insbesondere hinreichend konkretisierte Angaben über die den Verdacht der Rechtsverletzung begründenden Tatsachen aufzunehmen. Der Verletzte hat dem Vermittler die angemessenen Kosten der Auskunftserteilung zu ersetzen. Aus den EB ergibt sich

⁵⁸ So etwa *Schanda*, Auskunftspflicht über Inhaber dynamischer IP-Adressen contra Verpflichtung zur Löschung von Verkehrsdaten, MR 2007, 213 (214).

⁵⁹ DSK 29.09.2006, K213.000/0005-DSK/2006.

⁶⁰ OLG Wien 8.2.2005, 22 Bs 23/05a.

⁶¹ OGH, 26.7.2005, 11 Os 57/05z.

⁶² OGH 13.11.2007, 4 Ob 141/07z.

⁶³ *Kindt*, Grundrechtsschutz für Raubkopierer und Musikpiraten? MMR 2009 147 (149) mwN.

⁶⁴ Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag vom 18.7.2007 zu Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 123.

⁶⁵ So auch *Schmidbauer*, Die Metamorphose der Auskunftspflicht – für die Tauschbörsen könnte ein goldenes Zeitalter anbrechen, MR 2007, 239 (240).

Der urheberrechtliche Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider

wie schon oben erwähnt, dass dieser Auskunftsanspruch den Unterlassungsanspruch in § 81 Abs 1a UrhG ergänzen soll⁶⁶.

Nach § 81 Abs 1a UrhG, der der Umsetzung des Art 8 Abs 3 der Info-Richtlinie dient, können auch Vermittler auf Unterlassung geklagt werden, wenn sich derjenige, der die Verletzung begangen hat oder von dem eine solche droht, ihrer Dienste bedient hat. Der Begriff des Vermittlers richtet sich nach dem Verständnis des Vermittlerbegriffs in Art 5 Abs 1 lit a bzw Art 8 Abs 3 der Info-Richtlinie. Vermittler sind Betreiber von Diensten der Informationsgesellschaft, die Inhalte in einem Datennetz zwischen Dritten übertragen⁶⁷. Gemäß dem 59. Erwägungsgrund der Info-Richtlinie sollen die Rechtsinhaber die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler zu beantragen, der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt.

Seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *LSG gegen Tele 2* steht nunmehr eindeutig fest, dass Access Provider, die den Nutzern nur den Zugang zum Internet verschaffen, ohne weitere Dienste wie File-Sharing anzubieten oder eine rechtliche oder faktische Kontrolle über den genutzten Dienst auszuüben, als Vermittler iSd §§ 87b Abs 3 bzw 81 Abs 1a UrhG gelten. Der EuGH hat die diesbezügliche Vorlagefrage des OGH eindeutig beantwortet. Damit steht fest, dass der Auskunftsanspruch gemäß § 87b Abs 3 UrhG gegen Access Provider gerichtet werden kann.

Darüber hinaus können auch Suchmaschinenbetreiber, Linksetzer und Host Provider vermittelnd tätig sein und somit unter den Vermittlerbegriff fallen⁶⁸. Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf die §§ 13 bis 17 ECG in § 81 Abs 1a UrhG, welche die Voraussetzungen des Ausschlusses der Verantwortlichkeit von Suchmaschinenbetreibern, Linksetzern und Host Providern regeln. Das bedeutet, dass sich der Verletzte auch an diese Personengruppen wenden kann, um Auskünfte zur Feststellung der Identität des Verletzers zu erlangen. Stellt etwa die Veröffentlichung eines Videos auf einer Website eine Verletzung urheberrechtlich geschützter Positionen dar, kann sich der Verletzte an den Betreiber der Website (Host Provider) wenden, um die erforderlichen Auskünfte zur Feststellung der Identität desjenigen zu erlangen, der das Video veröffentlicht hat. Erhält er daraufhin eine IP-Adresse, kann er sich mit dieser an den Access Provider (ersichtlich aus der WHOIS-Datenbank) wenden, um Name und Anschrift des Nutzers in Erfahrung zu bringen. In manchen Fällen ist der Inhaber der IP-Adresse auch unmittelbar aus dem WHOIS-Register ersichtlich.

Gegenstand des Auskunftsbegehrens sind die Identität des Verletzers oder die zur Feststellung der Identität erforderlichen Auskünfte. Würde die Wendung „oder die zur Feststellung der Identität erforderlichen Auskünfte“ fehlen, könnte der Provider dem Verletzten entgegenhalten, dass nicht sicher sei, ob der Inhaber einer IP-Adresse die Verletzung auch tatsächlich begangen habe, die Auskunft jedoch nur über die Identität des feststehenden Verletzers zu erteilen sei⁶⁹.

⁶⁶ 40 RV BlgNR XXII. GP, 44.

⁶⁷ *Ofner in Kucsko*, urheber.recht (2008) 1162; vgl auch den 33. Erwägungsgrund der Info-Richtlinie.

⁶⁸ *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht² (2004) § 81 Rz 21.

⁶⁹ RV 1324 der Beilagen XXII. GP, 4.

Um dem Vermittler die Prüfung der Plausibilität des Auskunftsbegehens zu ermöglichen, ist für das Auskunftsverlangen die Schriftform vorgesehen. Das Auskunftsverlangen ist zudem ausreichend zu begründen. Durch die Unterlagen soll es dem Vermittler erleichtert werden, die Erfüllung des Auskunftsbegehens seinem Kunden gegenüber zu rechtfertigen⁷⁰. Bedenkt man, dass es sich hierbei um einen schwerwiegenden Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis handelt, wird man an die Qualität der Begründung des Auskunftsbegehens hohe Maßstäbe anlegen müssen. Insbesondere werden die Berechtigung zur Stellung des Auskunftsbegehens und die Gründe, aus denen sich die Verletzung des Ausschließungsrechts ergibt, detailliert darzulegen sein. Der Vermittler muss sich bezüglich der Berechtigung des Auskunftsverlangens sicher sein können, da er sich sonst möglicherweise selbst Haftungsrisiken aussetzt. Daher werden wohl auch geeignete Mittel zur Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Auskunftsanspruches vorzulegen sein. Diese Auslegung ist vom Wortlaut der Bestimmung („ausreichend begründetes Verlangen“) gedeckt und berücksichtigt die Interessen des Vermittlers in angemessener Weise. Er kann sich nicht auf die Sicherheit einer gerichtlichen Entscheidung verlassen, sondern er muss selbst die Zulässigkeit des Auskunftsverlangens beurteilen. Dies wird jedoch ohne entsprechende Mittel zum Nachweis der Voraussetzungen unmöglich sein.

Bei der Auslegung des § 87b Abs 3 UrhG sind die vom EuGH in den Entscheidungen *Promusicae* und *LSG gegen Tele 2* formulierten Prinzipien zu berücksichtigen. Der Auskunftsanspruch stellt zweifellos einen Eingriff in das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre (Art 8 EMRK) und das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSGVO) dar⁷¹. Gesetzliche Eingriffe in diese Grundrechte sind zum Schutz der Rechte anderer möglich, müssen jedoch verhältnismäßig sein.

Fraglich ist, ob § 87b Abs 3 UrhG diesen Vorgaben entspricht. Der österreichische Gesetzgeber ist innerhalb des Spielraums, der ihm bei der Umsetzung von Richtlinien bleibt, an die österreichischen Grundrechte gebunden, insbesondere dann, wenn diese strengere Kriterien enthalten als die Grundrechte oder Rechtsprinzipien des Gemeinschaftsrechts, an die er ebenfalls gebunden ist⁷². Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass § 87b Abs 3 UrhG im Einzelfall auch zur Offenlegung der Identität von Personen führen kann, die keinerlei Urheberrechtsverletzungen begangen haben. Insbesondere bei ungesicherten lokalen Funknetzen (WLAN) ist es möglich, dass jemand Urheberrechtsverletzungen unter Verwendung einer IP-Adresse begeht, die nicht ihm, sondern dem völlig ahnungslosen Inhaber des Funknetzes zugeordnet ist⁷³. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird auch in keiner Weise auf die Schwere der Urheberrechtsverletzung abgestellt. Die urheberrechtswidrige Verwendung eines einzigen Fotos kann daher genauso zur Offenlegung der Identität einer Person führen wie der Upload hunderter Filme in einem File-Sharing-Netzwerk. Diese Undifferenziertheit lässt Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Auskunftspflicht gemäß § 87b Abs 3 UrhG aufkommen. Auch der EuGH meinte, dass Vorschriften, welche eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen

⁷⁰ JAB 1508 BlgNR XXII. GP, 1.

⁷¹ EuGH 29.1.2008, C-275/06, Rz 61ff; 20.05.2003, C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Rz 74.

⁷² Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 201.

⁷³ Generalanwältin Kokott, Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 115 mwN.

Verfolgung von Urheberrechtsverstößen normieren, grundsätzlich möglich seien, bei der Auslegung jedoch insbesondere der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sei. Fraglich ist, was aus diesen Vorgaben im Hinblick auf die Auslegung der Auskunftspflicht gemäß § 87b Abs 3 UrhG abzuleiten ist. Wenn der EuGH jede Regelung, die eine Auskunftspflichtung auch bei geringsten Urheberrechtsverletzungen vorsieht, für verhältnismäßig hielte, stellt sich die Frage, warum er die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausdrücklich betonte. Zu erwägen wäre daher eine einschränkende Auslegung des § 87b Abs 3 UrhG dahingehend, dass nur gewerbsmäßig begangene Rechtsverletzungen zur Auskunftspflicht führen können⁷⁴. Dagegen ließe sich wiederum das systematische Argument einwenden, dass der Gesetzgeber an anderen Stellen im UrhG ausdrücklich auf die Gewerbsmäßigkeit der Rechtsverletzung abstellt (vgl § 87c Abs 2 UrhG) und er darauf in § 87b Abs 3 UrhG verzichtete. Dennoch kann den gezeigten Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit dieser Bestimmung nur durch eine einschränkende Auslegung Rechnung getragen werden, will man die Bestimmung nicht als unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Eingriff in Art 8 EMRK bzw § 1 DSGVO verstehen. Die Einschränkung auf gewerbsmäßige Urheberrechtsverletzungen entspräche auch der Systematik des UrhG. So bestimmt auch § 87b Abs 2 UrhG, dass der in seinem Ausschließungsrecht Verletzte nur dann Auskunft über den Ursprung und die Vertriebswege der rechtsverletzenden Waren und Dienstleistungen verlangen kann, wenn dies nicht unverhältnismäßig im Vergleich zur Schwere der Verletzung wäre. Nach den Materialien können sich die Anwendungsbereiche der Abs 2 und 3 des § 87b UrhG teilweise überschneiden⁷⁵. Es wäre daher inkonsequent, die Schwere des Eingriffs bei der Auslegung des Auskunftsanspruchs in § 87b Abs 3 UrhG völlig unberücksichtigt zu lassen. Letztlich wird der OGH nun im Verfahren *LSG gegen Tele 2* zu entscheiden haben, was die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Auslegung von § 87b Abs 3 UrhG bedeutet.

D. Resümee

§ 87b Abs 3 UrhG gibt den in ihren urheberrechtlichen Ausschließungsrechten Verletzten einen Anspruch auf Auskunft über die Identität des Verletzers bzw auf Auskünfte, die zur Feststellung der Identität erforderlich sind. Dieser Anspruch besteht gegenüber Vermittlern, dh insbesondere Access und Host Providern. Das Auskunftsverlangen kann direkt gegen den Vermittler gerichtet werden und muss von diesem ohne richterliche Genehmigung erfüllt werden.

In der Praxis zielt die Mehrzahl der gegen Access Provider gerichteten Auskunftsbegehren auf die Identität der hinter einer IP-Adresse stehenden Person ab. Um Auskunftsbegehren erfüllen zu können, muss der Provider in diesen Fällen gespeichert haben, wem er wann welche IP-Adresse zuwies. Bei statischen IP-Adressen hat der Kunde des Providers einen vertraglichen Anspruch auf die Zuweisung einer bestimmten IP-Adresse. Daher muss der Provider, um seinen vertraglichen Verpflichtungen nachkommen zu können, speichern, wem er welche IP-Adresse vertraglich zugesichert hat. Dynamische IP-Adressen, auf deren Zuweisung kein vertraglicher Anspruch besteht,

⁷⁴ Vgl auch die Argumentation der Generalanwältin *Kokott* in ihrem Schlussantrag vom 18.7.2007 zur Rechtssache C 275/06 vor dem EuGH, Rz 118.

⁷⁵ RV 1324 BlgNR XXII. GP, 4.

sind als Verkehrsdaten zu beurteilen und gemäß den im Bereich der elektronischen Kommunikation geltenden besonderen Datenschutzvorschriften nach Beendigung der Verbindung grds unverzüglich zu löschen. Aus dem Auskunftsrecht gemäß § 87b Abs 3 UrhG kann keine Speicherverpflichtung abgeleitet werden. In diesen Fällen stößt der urheberrechtliche Auskunftsanspruch bei Befolgung der Datenschutzvorschriften somit an eine faktische Grenze. Ob sich daran durch die Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie etwas ändert, hängt von der Gestaltung der Umsetzungsvorschriften ab. Nach dem derzeitigen Umsetzungsentwurf wären IP-Adressen nur zur Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von mit beträchtlicher Strafe bedrohten Handlungen (§ 17 SPG), einschließlich der Tatbestände der §§ 107 und 107a StGB, zu speichern. Das bedeutet, dass nicht gewerbsmäßig begangene Urheberrechtsverletzungen (§ 91 Abs 1 UrhG) nicht erfasst wären.

Das Gemeinschaftsrecht steht Auskunftsansprüchen wie jenem gemäß § 87b Abs 3 UrhG nicht entgegen, es verpflichtet jedoch auch nicht zur Aufstellung derartiger Auskunftspflichten. Bei der Auslegung derartiger Bestimmungen ist jedoch auf die tangierten Grundrechte sowie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bedacht zu nehmen. Die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes legt mE eine einschränkende Auslegung dahingehend nahe, dass nur bei Urheberrechtsverletzungen, die ein gewisses Maß an Schwere erreichen, Auskunft zu erteilen ist. Endgültig wird diese Frage jedoch von der Rechtsprechung geklärt werden müssen.

Die Aktionärsrichtlinie – Online-Hauptversammlung?

Mag. Lukas Rendl, LL.M., St. Pölten

A. Einleitung

Dass die Problematik um sinkende Präsenzen bei Hauptversammlungen nicht nur rein theoretischer Natur, sondern auch von enormer praktischer Bedeutung ist, soll anhand eines Beispiels aus dem Jahre 2005 aufgezeigt werden. Im Zuge einer Auseinandersetzung um eine neue strategische Ausrichtung der deutschen Börse AG konnte der britische Hedgefonds TCI¹ mit einem Anteilsbesitz von ca 8 % den Rücktritt der Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzenden erzwingen. Ein wesentlicher Grund dafür war die niedrige Beteiligung der Aktionäre an dem entsprechenden Entscheidungsprozess². Die immer niedriger werdende Beteiligung von Aktionären an den Entscheidungsprozessen in Gesellschaften macht Abstimmungsergebnisse quasi unvorhersehbar.

Mit diesem Beitrag soll ein kurzer Überblick über die Entstehungsgeschichte und den wesentlichsten Inhalt der sogenannten Aktionärsrichtlinie, deren Zielsetzung und vor allem deren Notwendigkeit in Hinblick auf die geltende Rechtslage geboten werden.

B. Die geltende Rechtslage

B.I. Die Teilnahme des Aktionärs an der Hauptversammlung

Nach der geltenden Rechtslage ist es einem Aktionär auf drei Arten möglich, an einer Hauptversammlung teilzunehmen und in dieser sein Stimmrecht auszuüben:

B.I.1. Die persönliche Teilnahme

Damit ein Aktionär selbst an der Hauptversammlung teilnehmen kann, muss er rechtzeitig seine Aktien bei einem Notar oder einem inländischen Kreditinstitut hinterlegen³. Aufgrund dieser Hinterlegung erhält der Aktionär sodann eine Hinterlegungsbestätigung, die sogenannte „Stimmkarte“, die als Nachweis der Berechtigung zur Teilnahme an der Hauptversammlung der Gesellschaft vor der Hauptversammlung

¹ Der „*The Children's Investment Fund*“ ist ein britischer Hedgefonds aus London. Gegründet wurde er von einem ehemaligen Perry-Capital Mitarbeiter (Christopher Hohn) im Jänner 2004. In den Jahren 2004 und 2005 konnte der Fonds den Euro-Hedge Award für den erfolgreichsten Hedgefonds gewinnen. Der Name des Fonds resultiert daraus, dass jährlich etwa 0,5 bis 1 Prozent des Anlagevermögens des Fonds an die „*Children's Investment Fund Foundation*“ gespendet werden; siehe dazu <http://stockpickr.com/port/The-Children-s-Investment-Fund/>.

² Vgl. dazu <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,351389,00.html>; mwN <http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2005/1010/wirtschaft/0033/index.html>.

³ Vgl. § 107 Abs 2 AktG.

vorzulegen ist. Dieser Aktionär wird sodann namentlich im Teilnehmerverzeichnis, dies mit dem Zusatz „Eigenbesitz“, angeführt.

B.I.2. Die Teilnahme durch einen Bevollmächtigten

Da es für viele Aktionäre des Öfteren mit erheblichen Umständen verbunden ist, an einer Hauptversammlung persönlich teilzunehmen, sind diese berechtigt, zu der Hauptversammlung einen Bevollmächtigten zu entsenden, der schließlich für den Aktionär dessen Rechte in der Hauptversammlung wahrnimmt. Dem Bevollmächtigten muss dafür schriftlich Vollmacht erteilt worden sein, und die Verwahrung der Vollmacht bleibt der Gesellschaft vorbehalten⁴. Damit der Bevollmächtigte nicht nur für den Aktionär an der Hauptversammlung teilnehmen kann, sondern auch dessen Stimmrecht in dieser ausüben kann, sollte die Vollmacht auch ausdrücklich auf die Stimmrechtsausübung lauten. Damit der Bevollmächtigte an der Hauptversammlung teilnehmen kann, muss er vom Aktionär angemeldet werden. Neben der Anmeldung muss der Aktionär, wie auch bei seiner persönlichen Teilnahme, die Aktie fristgerecht vor der Hauptversammlung hinterlegen. Der Bevollmächtigte nimmt schließlich mit der erteilten Vollmacht an der Hauptversammlung teil und vertritt den Aktionär auf dieser direkt. Sowohl der Aktionär als auch der ihn vertretende Bevollmächtigte scheinen dann namentlich im Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung auf.

B.I.3. Übergabe der Aktie zur Stimmrechtsausübung

Als eine dritte Variante hat ein Aktionär, der nicht selbst an der Hauptversammlung teilnehmen will, die Möglichkeit, die Aktie einem anderen zu übergeben, der die Aktie sodann fristgerecht vor der Hauptversammlung, wohlgermerkt im eigenen Namen, hinterlegt und schließlich an der Hauptversammlung teilnimmt. Diese dritte Variante ergibt sich aus § 110 Satz 2 AktG, der wie folgt lautet: „Wenn jemand in eigenem Namen das Stimmrecht für Aktien ausüben will, die ihm nicht gehören, so hat er den Betrag und die Gattung dieser Aktien zur Aufnahme in das Verzeichnis gesondert anzugeben.“

B.II. Die bisherige „Online-Hauptversammlung“

Bereits nach der geltenden Rechtslage ist es möglich, dass Aktionäre die Hauptversammlung von einem entfernten Ort aus mitverfolgen und mittelbar an den Geschehnissen in dieser teilnehmen. Voraussetzung dafür ist, dass die Hauptversammlung öffentlich übertragen wird. Bezüglich der Zulässigkeit solcher sogenannten „Webcastings“ muss zwischen börsen- und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften unterschieden werden. Auch in Hinblick auf die Möglichkeit, eine Hauptversammlung aufzuzeichnen, muss prinzipiell zwischen den oben genannten Gesellschaftsformen unterschieden werden.

B.II.1. Börsennotierte Aktiengesellschaften

Börsennotierten Aktiengesellschaften ist es bereits nach der geltenden Rechtsordnung gestattet, Hauptversammlungen öffentlich zu übertragen⁵. Börsennotierten Aktiengesellschaften ist es des Weiteren auch möglich, die Hauptversammlung in Bild und Ton aufzuzeichnen. Für die Zulässigkeit einer solchen Aufzeichnung ist erforderlich,

⁴ Vgl § 114 Abs 3 AktG.

⁵ Vgl § 102 Abs 3 AktG.

dass dies entweder in der Satzung vorgesehen ist oder sämtliche Aktionäre in der Hauptversammlung derselben zustimmen, dies allenfalls auch in konkludenter Art und Weise. Die Übertragung kann somit auch gegen den Willen der Aktionäre erfolgen, sofern die Übertragung in der Satzung ihre Berechtigung findet. Obgleich die Übertragung der Hauptversammlung der Ermächtigung durch die Satzung nicht zwingend bedarf, ist eine solche freiwillige Satzungsermächtigung jedenfalls empfehlenswert. Die Berechtigung der Aufzeichnung steht jedoch stets nur der Gesellschaft zu und niemals dem einzelnen Aktionär. Dadurch, dass eine Satzungsermächtigung, obwohl sinnvoll, nicht erforderlich ist, um eine Hauptversammlung übertragen zu dürfen, unterscheidet sich die österreichische Rechtslage doch deutlich von der deutschen, die für die Übertragung jedenfalls eine Satzungsermächtigung voraussetzt. Ein weiterer Unterschied der deutschen Rechtslage zu der unsrigen liegt darin, dass die Zulässigkeit der Aufzeichnung nicht explizit geregelt ist. Abhilfe schafft man sich jedoch durch einen Größenschluss, da in der Ermächtigung zur Übertragung jedenfalls auch die Ermächtigung zur Aufzeichnung zu sehen ist, da die Übertragung in Bild und Ton ja die vorherige Aufzeichnung voraussetzt.

Bis zur Einfügung des § 102 Abs 3 AktG⁶ hatte jeder Aktionär gegen die Aufzeichnung der Hauptversammlung ein Widerspruchsrecht, welchem jedoch bei einer Satzungsermächtigung die Anwendbarkeit genommen wurde. Der österreichische Gesetzgeber ist mit der Einführung dieses Abs 3 der Absicht des deutschen Gesetzgebers gefolgt, Übertragungen von Hauptversammlungen im Internet zu ermöglichen⁷. Deutschland hat diese Absicht bereits zwei Jahre früher in die Realität umgesetzt, indem durch das Transparenz- und Publikationsgesetz (TransPubG)⁸ ein neuer Abs 3 in § 118 dAktG⁹ eingefügt wurde, der von nun an die Übertragung von Hauptversammlungen ermöglichte.

B.II.2. Nicht börsennotierte Aktiengesellschaften

Bezüglich der nicht börsennotierten Aktiengesellschaften gilt grundsätzlich das zu den börsennotierten bereits ausgeführte, jedoch mit der Ausnahme, dass diesen keine gesetzliche Grundlage für die Übertragung der Hauptversammlung eingeräumt ist. Die Grundlage für die Zulässigkeit der Aufzeichnung ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 102 Abs 3 Satz 2 AktG, da dieser nur börsennotierte Aktiengesellschaften zur öffentlichen Übertragung legitimiert. Da sich jedoch in Satz 1, der die Zulässigkeit der Aufzeichnung regelt, eine solche Einschränkung nicht findet, muss es auch nicht börsennotierten Aktiengesellschaften möglich sein, Hauptversammlungen aufzuzeichnen. Eine Übertragung dieser muss jedoch bei Zustimmung sämtlicher Aktionäre zu einer solchen auch bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften zulässig sein. Für den Fall einer Übertragung ohne die vorherige Genehmigung durch die Ak-

⁶ Durch das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (GesRÄG) 2004; BGBl I 2004/67; vgl http://ris1.bka.gv.at/App1/findBGBl.aspx?name=entwurf&format=pdf&docid=COO_2026_100_2_62683.

⁷ Vgl ErlRV 466 BlgNR 22. GP,35.

⁸ BGBl I 2002, 2681, in Kraft getreten am 19.07.2002; <http://dip.bundestag.de/btd/14/087/1408769.pdf>.

⁹ „Die Satzung oder die Geschäftsordnung gemäß § 129 Abs 1 kann bestimmen, dass die Hauptversammlung in Bild und Ton übertragen werden darf.“

tionäre würde man Gefahr laufen, in deren Persönlichkeitsrechte einzugreifen¹⁰. Insgesamt kann jedoch gesagt werden, dass die praktische Relevanz der Übertragung der Hauptversammlung bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften weitaus geringer ist, als dies bei jenen, die an der Börse notiert sind, der Fall ist.

Man kann daher bereits nach der geltenden Rechtslage von einer gewissen Form von „Online-Hauptversammlung“ sprechen, da dem Aktionär unter Umständen bereits jetzt die Möglichkeit geboten wird, die Geschehnisse in der Hauptversammlung mit der Hilfe von „Videostreaming“ in Echtzeit zu verfolgen. Jedoch ist es nach der geltenden Rechtslage nur physisch anwesenden Personen möglich, in der Hauptversammlung eine Stimme abzugeben, sodass zumindest ein Stimmrechtsvertreter unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung des Stimmrechts ist, womit der Nutzen der bisherigen Online-Hauptversammlung in Hinblick auf die Ausübung des Stimmrechtes bedeutend eingeschränkt ist. Der die Hauptversammlung online mitverfolgende Aktionär hat jedoch unter Umständen die Möglichkeit, seinem Stimmrechtsvertreter bis zum Beginn der Abstimmung eine Weisung zur Stimmrechtsausübung über das Internet zu erteilen. Deutsche Unternehmen wie die Deutsche Bank AG oder die Siemens AG ermöglichten eine automatisierte Variante einer internetunterstützten Stimmrechtsvertretung, indem die Weisungen des Aktionärs an den Stimmrechtsvertreter elektronisch erfasst, gesammelt und sodann direkt in die Abstimmungssoftware eingespeist wurden. Auf diese Art und Weise kann der Aktionär noch während der Hauptversammlung auf Geschehnisse und Veränderungen reagieren und seinem Stimmrechtsvertreter dementsprechende Weisungen erteilen und verfügt somit über einen besseren Durchgriff auf diesen¹¹. Jedoch gehen Risiken, wie zB Kommunikationsprobleme zwischen dem Aktionär und seinem Stimmrechtsvertreter aufgrund von Übertragungsausfällen, grundsätzlich zu Lasten des Aktionärs und sind daher auch von diesem zu tragen¹².

B.II.3. Zusammenfassung

Wie man anhand der eben angeführten Punkte sieht, ist die elektronische Teilnahme an einer Hauptversammlung auch nach der bisherigen Rechtslage grundsätzlich möglich. Als besonders störend muss jedoch die Tatsache angesehen werden, dass auch bei der elektronischen Teilnahme ein physisch anwesender Stimmrechtsvertreter entsandt werden muss, um an einer Abstimmung teilnehmen zu können. Diese Tatsache schränkt den praktischen Nutzen der bisherigen Online-Hauptversammlung doch in bedeutender Weise ein. Durch die neue Aktionärsrichtlinie soll unter anderem diese Einschränkung beseitigt werden, um va dem in Punkt A. erwähnten stetigen Sinken der Präsenzen auf Hauptversammlungen Einhalt zu gebieten¹³.

¹⁰ Vgl *Weber*, Internet und Hauptversammlung – ist das AktG reif für die technische Zukunft? *ecolex* 2004, 378f; *Högler-Pracher*, Die Übertragung der Hauptversammlung im Internet, *GesRZ* 2003, 261.

¹¹ Vgl *Högler-Pracher*, *ibidem*; mwN *Mazelle*, NZ 2005, 84f.

¹² Vgl *Eigner/Winner*, Die elektronische Hauptversammlung – Eine Bestandaufnahme nach geltendem Recht und der neuen Aktionärsrechte-Richtlinie, *ÖBA* 2008, 43f; mwN *Mazelle*, NZ 2005, 85f.

¹³ Eine Studie der Übernahmekommission hat ergeben, dass nur etwa 12 bis 18 % des Streubesitzes an den Hauptversammlungen börsennotierter Gesellschaften teilnehmen, vgl Stellungnahme 1/SN-363/ME (22.GP) S 9.

C. Die Richtlinie 2007/36/EG¹⁴

C.I. Die Entstehungsgeschichte der „Aktionärsrichtlinie“

Ihren Ursprung findet die Richtlinie im Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union¹⁵ vom 21.05.2003, der wiederum auf einem Bericht einer Expertengruppe¹⁶ unter der Leitung von *Jaap Winter* beruhte. Am 05.01.2006 legte die Kommission einen Vorschlag für eine „Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Stimmrechte durch Aktionäre von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG“ vor¹⁷, der schlussendlich in der genannten Richtlinie 2007/36/EG gipfelte.

C.II. Hintergrund und Ziele der Richtlinie

C.II.1. Einleitung

Die Reaktionen auf die beiden öffentlichen Konsultationen von September 2004¹⁸ und Mai 2005¹⁹ haben in eindeutiger Art und Weise aufgezeigt, dass von den Marktteiligen eine Vereinfachung der Ausübung des Stimmrechts im Ausland und gleichzeitig eine Reduzierung des damit verbundenen Verwaltungsaufwandes gewünscht wird. Durch die Richtlinie soll sichergestellt werden, dass gebietsfremde Aktionäre ihre Rechte in Bezug auf die Hauptversammlung ebenso einfach ausüben können, wie dies gebietsansässige Aktionäre tun. Dieser Zielsetzung kommt vor allem aus dem Grunde maßgebliche Bedeutung zu, dass laut der europäischen Kommission durchschnittlich ein Drittel der Aktien von börsennotierten EU-Unternehmen von gebietsfremden Aktionären gehalten werden²⁰. Die Beseitigung der Hindernisse, die gebietsfremden Aktionären beim Zugang zu Informationen zur Hauptversammlung und bei der Ausübung ihrer Stimmrechte durch das Erfordernis der physischen Präsenz auferlegt werden, ist somit ein wesentliches Ziel der genannten Richtlinie. Die gegenständliche Richtlinie wurde schlussendlich am 15.2.2007 im Europäischen Parlament beschlossen, am 11.7.2007 verabschiedet und ist nunmehr von den Mitgliedstaaten gemäß Art 15 bis zum 3.8.2009 umzusetzen. Hinsichtlich der Umsetzung wird jedoch eine Ausnahme zugelassen. Mitgliedstaaten, in denen am 1.7.2006 bereits nationale Bestimmungen galten, die Interessenkonflikte zwischen dem Aktionär und dem Vertreter gemäß Art 10 Abs 3 der RL vermeiden, haben die RL erst bis zum 3.8.2012 um-

¹⁴ ABl. L 184 vom 14.07.2007.

¹⁵ KOM (2003) 284 endgültig; Vgl <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:DE:PDF>.

¹⁶ Vgl IP/02/1600.

¹⁷ KOM (2005) 685 endgültig, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0685de01.pdf.

¹⁸ Vgl IP/04/1107; Konsultationspapier abrufbar unter: http://ec.europa/internal_market/company/shareholders/index_en.htm.

¹⁹ Vgl IP/05/561; Konsultationspapier abrufbar unter: http://ec.europa/internal_market/company/shareholders/index_en.htm.

²⁰ Vgl <http://www.zinseszins.net/infopool/dowjones/index2.php?x=-.y-20070119184108056hdcc>.

zusetzen. § 114 Abs 3 iVm Abs 5 und Abs 6 AktG sieht zwar derzeit bereits Regelungen zur Vermeidung von Interessenskonflikten vor, doch sind diese nicht so weitreichend, wie dies in der RL angedacht ist²¹. Österreich kommt daher nicht in den Genuss der Ausnahmefrist zur Umsetzung gemäß Art 15 Abs 2 und hat daher die RL bis zum 3.8.2009 umzusetzen.

C.II.2. Aufbau der RL

Die Aktionärsrichtlinie ist äußerst einfach aufgebaut und besteht aus den drei Kapiteln „Allgemeine Bestimmungen“, „Hauptversammlungen“ und „Schlussbestimmungen“.

C.II.3. Die wesentlichsten Punkte

Um den Rahmen dieses Beitrages nicht zu sprengen, werden im Folgenden nur einige wenige Punkte der Richtlinie etwas näher betrachtet. Besonderes Hauptaugenmerk soll auf den Anwendungsbereich der Richtlinie (Artikel 1) und va auf Artikel 8 gerichtet werden, der die Teilnahme an der Hauptversammlung sowie die Ausübung des Stimmrechts auf elektronischem Wege regelt.

C.II.3.a. Art 1, Gegenstand und Anwendungsbereich

Gemäß Art 1 ist die genannte Richtlinie nur für börsennotierte Unternehmen umzusetzen. Dies hindert den nationalen Gesetzgeber jedoch nicht, die Regelungen auch auf nicht börsennotierte Gesellschaften zu erstrecken. *Eigner* und *Winner* haben vollkommen zu Recht angemerkt, dass dies vor allem aus praktischen Gründen äußerst sinnvoll erscheint²². Die Umsetzung einer Echtzeit-Zweiweg-Verbindung, die einem Aktionär die Möglichkeit bietet, sich von einem entfernten Ort an die Hauptversammlung zu wenden, wird sich wohl für eine Aktiengesellschaft mit einigen hundert bis hin zu tausenden Aktionären wohl um einiges schwieriger gestalten als für eine Aktiengesellschaft mit lediglich einer Hand voll an Aktionären. In diesem Zusammenhang muss schließlich auch bedacht werden, dass die Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Wege nur dann wirklich Sinn hat, wenn mit dieser auch das Frage- und Rederecht, das Auskunftsrecht, das Antragsrecht, das Stimmrecht und schlussendlich auch das Widerspruchsrecht des Aktionärs gewährleistet werden. Gerade das Frage- und Rederecht und das Auskunftsrecht könnten bei großen Aktiengesellschaften mit einer Vielzahl von Aktionären den Versammlungsleiter in große Schwierigkeiten bringen. Sollte dieser nicht sämtlichen Gesuchen nachkommen können, wovon ausgegangen werden muss, wird vermutlich die Anfechtung von Beschlüssen ein großes praktisches Problem darstellen.

C.II.3.b. Art 8, Teilnahme an der HV auf elektronischem Wege

Laut diesem Artikel muss es den Gesellschaften nach den nationalen Bestimmungen gestattet sein, ihren Aktionären jedwede Form der Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Wege anzubieten. Durch diese Richtlinie werden die Mitgliedstaaten somit verpflichtet, die dafür notwendigen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu schaffen. Den Gesellschaften bleibt es somit jedoch selbst überlassen, ob sie nun von diesen technischen Möglichkeiten Gebrauch machen wollen oder nicht. Aus der genannten Richtlinie ergibt sich somit keinerlei Verpflichtung der Gesell-

²¹ Siehe dazu *Putzer*, Die EU-Richtlinie über Aktionärsrechte, *ecolx* 2007,861f.

²² Vgl *Eigner/Winner*, *ÖBA* 2008, 43f.

schaften, vom Konzept der Präsenzhauptversammlung abzugehen. Die nationalen Gesetze dürfen die Emittenten daher nicht daran hindern, moderne Technologien zum Einsatz zu bringen, jedoch verbleibt die endgültige Entscheidung darüber bei den Gesellschaften selbst.

Die Richtlinie sieht vor, dass die Emittenten ihren Aktionären folgende Möglichkeiten der Teilnahme anbieten können:

- eine Direktübertragung der Hauptversammlung²³:
Bei dieser sollen die Aktionäre, allenfalls auch sonstige Interessierte, die Hauptversammlung mitverfolgen können, ohne jedoch selbst aktiv in diese einzugreifen.
- eine Zweiweg-Direktverbindung:
Hier wird dem Aktionär die Möglichkeit geboten, sich von einem entfernten Ort aus an die Hauptversammlung zu wenden. Er soll auf diese Art und Weise vor allem Redebeiträge geben können und Fragen bzw Anträge stellen können.
- ein System zur elektronischen Stimmausübung:
Auf diese Art und Weise kann der Aktionär vor oder während der Hauptversammlung abstimmen, ohne dass er dabei einen Stimmrechtsvertreter ernennen muss, der für ihn bei der Hauptversammlung körperlich anwesend sein müsste. Die Regelung der Teilnahme der Aktionäre an der Hauptversammlung auf elektronischem Wege darf von dem nationalen Gesetzgeber gemäß Art 8 Abs 2 nur derart beschränkt werden, dass solche Anforderungen bzw Beschränkungen der Feststellung der Identität der Aktionäre und der Gewährleistung der Sicherheit der elektronischen Kommunikation dienen. Darüber hinaus müssen solche Maßnahmen sowohl erforderlich als auch angemessen sein und unterliegen daher insoweit der Nachprüfung durch den EuGH.

Die Aufzählung der Möglichkeiten der Teilnahme ist jedoch einzig und allein von beispielhafter Natur und ist darüber hinaus vollkommen bewusst ohne Bezugnahme auf eine konkrete Technologie formuliert. Dass diese Aufzählungsliste in den Text der Richtlinie aufgenommen wurde, hat lediglich legislative Gründe. Denn dadurch wurde es möglich, die ausdrückliche Regelung für die elektronische Stimmabgabe, für die ursprünglich im Kommissionsvorschlag ein eigener gesonderter Absatz in Art 12 vorgesehen war, in den Art 8 zu verlagern. Auf diese Art und Weise konnte eine kompakte Regelung für sämtliche Formen der elektronischen Mitwirkung geschaffen werden²⁴.

²³ Vgl *Högler-Pracher*, GesRZ 2003, 259; *C. Rechberger*, Aufzeichnung und Übertragung der Hauptversammlung (§ 102 Abs 3 AktG), RdW 2005, 410.

²⁴ Vgl *Bachner/Dokalik*, Die neue EU-Richtlinie über Aktionärsrechte und ihre Auswirkungen auf das österreichische Aktienrecht, GesRZ 2007, 104.

D. Die Umsetzung in das österreichische Recht

Das Justizministerium hat zur Umsetzung der Richtlinie am 1.10.2008 einen Gesetzesentwurf zur Begutachtung verschickt und um Stellungnahmen bis zum 28.11.2008 gebeten²⁵.

Die in der genannten Richtlinie angeführte Direktübertragung der Hauptversammlung ist auch bereits durch § 102 Abs 3 Satz 2 AktG ermöglicht. Hinsichtlich der beiden anderen beispielhaft aufgezählten Übertragungsformen war die bisherige Regelung jedoch nicht ausreichend. Bei einer Zweiweg-Verbindung darf jedoch die Problematik nicht außer Acht gelassen werden, dass, falls eine solche in Echtzeit abgehalten werden sollte und gleichzeitig, wie von der RL auch beabsichtigt, die Präsenzzahlen durch die elektronische Teilnahmeform tatsächlich gesteigert werden, börsennotierte Aktiengesellschaften aller Voraussicht nach vor nicht unbeträchtlichen technischen, organisatorischen, aber auch finanziellen Herausforderungen stehen werden. Ob sie diesen auch tatsächlich gerecht werden können, wird sich jedoch erst in der Praxis zeigen.

Eine Frage von besonderer Wichtigkeit, der sich der nationale Gesetzgeber in besonderer Art und Weise annehmen sollte, ist jene nach dem Risiko eines Ausfalls der Kommunikationswege während der Hauptversammlung. Insbesondere die Frage, ob ein solcher Ausfall zur Unterbrechung der Hauptversammlung führen muss bzw ob dennoch gefasste Beschlüsse, die nicht von sämtlichen Aktionären mitverfolgt bzw durch Abgabe ihrer Stimme mitgestaltet werden konnten, deshalb anfechtbar werden.

Der Gesetzgeber hat sich dieser Frage derart angenommen, dass der überarbeitete § 102 AktG Abs 5 nun vorsieht, dass, falls bei einer Satellitenversammlung gem Abs 3 Z 1 die einwandfreie Kommunikation zwischen den Versammlungsorten nicht gegeben ist, der Vorsitzende die Versammlung für die Dauer der Störung zu unterbrechen hat.

Für die Fälle einer Fernteilnahme, einer Fernabstimmung und der Übertragung der Hauptversammlung kann ein Aktionär aus einer Störung der Kommunikation nur dann einen Anspruch gegen die Gesellschaft ableiten, wenn die Störung in der Sphäre der Gesellschaft aufgetreten ist.

Diesem Lösungsansatz des Gesetzgebers kann man nur zustimmen, da man einer Gesellschaft bei der Verwendung einer Satellitenverbindung eher zumuten kann, die Verantwortung bei einem Ausfall ebendieser zu übernehmen. Jedenfalls ist der Ausfall einer Satellitenverbindung für die Gesellschaft sofort erkennbar, und diese kann daher unverzüglich entsprechend auf diesen Ausfall reagieren. Ebendies ist nicht möglich, wenn die Aktionäre über individuelle Internetverbindungen²⁶ der Hauptversammlung

²⁵ Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 – ARÄG 2009; vgl http://www.palaisepstein.at/PG/DE/XXIII/ME/ME_00233/fname_142989.pdf; siehe unter anderem die Stellungnahme der Notariatskammer: <http://www.notar.at/blueline/upload/arg2009.pdf>; der Industriellenvereinigung: http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/ME/ME_00233_13/imfname_144974.pdf; des BMF: http://www.epstein.at/PG/DE/XXIII/ME/ME_00233_14/imfname_144977.pdf.

²⁶ Vgl *Bachner/Dokalik*, GesRZ 2007, 104; mwN *Grünwald* in FS Krejci, 643.

zugeschaltet sind. Die Gesellschaften können und sollen nicht die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des gesamten Internets tragen.

In einem bestimmten Punkt waren sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber dem EU-Richtlinienverfasser deutlich voraus. Die genannte RL will lediglich die multimediale Übertragung an die Aktionäre einer börsennotierten Aktiengesellschaft sicherstellen. § 102 Abs 3 AktG aF und auch der entsprechenden deutschen Regelung, § 118 Abs 3 dAktG, war jedoch eine derartige Beschränkung des Empfängerkreises fremd, sie gingen daher von einer weit umfangreicheren Übertragung aus. Hinsichtlich börsennotierter Aktiengesellschaften wird dies auch durch den neuen § 102 Abs 4 AktG aufrechterhalten, da dieser aufgrund einer Satzungsermächtigung²⁷ die öffentliche Übertragung einer Hauptversammlung zulässt. Aus dem genannten Abs 4 lässt sich meiner Ansicht nach nunmehr eindeutig herauslesen, dass die Übertragung der HV auch hinsichtlich nicht börsennotierter Aktiengesellschaften zulässig ist, sofern diese nur an Aktionäre erfolgt. Die alte Rechtslage hat sich zwar diesbezüglich ausgesprochen, doch war dies mE auch bereits vorher möglich, da sich die Übertragung lediglich an Aktionäre inhaltlich nicht von einer Präsenzhauptversammlung unterscheidet und hinsichtlich der Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten keinen Unterschied machen kann²⁸. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die nunmehrige Klarstellung aber jedenfalls zu begrüßen.

Abschließend ist zu erwähnen, dass Österreich sämtlichen Aktiengesellschaften, somit auch den nicht an der Börse notierten, die Möglichkeit einräumt, dass den Aktionären jede Form der Teilnahme an der Hauptversammlung angeboten wird. Diese Erweiterung der RL ist aus den bereits oben ausgeführten praktischen Gründen²⁹ jedenfalls sinnvoll und zu begrüßen.

E. Conclusio

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich in Art 8 mit Abstand das größte Zukunftspotential der genannten Richtlinie befindet. Da jedoch die Gesetze der Mitgliedstaaten lediglich die Gesellschaften an der Verwendung moderner Technologien nicht hindern dürfen, die endgültige Entscheidung aber im Endeffekt bei den Gesellschaften verbleibt, wird abzuwarten sein, inwieweit die Gesellschaften dieses Potential tatsächlich ausschöpfen werden. Besonders interessant dürften die technischen Umsetzungen im Detail durch die Gesellschaften werden, da durch die neuen gebotenen technischen Teilnahmemöglichkeiten, neben dem praktischen Nutzen, auch einiges an Gefahrenpotential enthalten ist.

Abschließend ist zu sagen, dass trotz der genannten Richtlinie die Hauptversammlung zu keiner rein „virtuellen Angelegenheit“ werden wird und dies von der Aktionärsrichtlinie auch keinesfalls beabsichtigt ist. Eine gewisse Abkehr vom klassischen Idealbild der Präsenzversammlung bewirkt die Aktionärsrichtlinie jedoch allemal.

²⁷ Für die eine Kapitalmehrheit gemäß § 146 Abs 1 AktG erforderlich ist.

²⁸ Siehe auch *Oberlechner/Stelzer* – Die Aufzeichnung und Übertragung von Hauptversammlungen, *GesRZ* 2008, 57.

²⁹ Siehe oben unter C.II.3.a.

Islamic Finance

Mag. Philipp Renninger, Wien

A. Vorwort

Der Islam ist die sich am schnellsten ausbreitende Religion weltweit, die sich weder auf bestimmte Schichten, Gruppen oder Personen noch auf Länder oder Regionen beschränkt. Das weltweite finanzielle Potential der muslimischen Gemeinde ist enorm. Aufgrund seiner sehr umfassenden und teilweise sehr strengen Regularien stellt der Islam eine völlig neue Basis für finanzielle Dienstleistungen her. Finanzdienste im konventionellen Sinn sind für Muslime kaum nutzbar. Aus dieser Beschränkung hat sich ein System islamischer Finanzierungstechniken entwickelt beziehungsweise weiterentwickelt. Ein hervorzuhebender Umstand ist, dass dieses System sich weltweit beinahe gleich anwenden lässt. Einzig durch landesspezifische und religionsgruppen-eigene Vorgaben erfährt es eine Einschränkung oder Veränderung. Aufgrund der religiösen Grundlagen dieser Lehre unterwirft es sich auch nicht der moralischen Diskussion, der sich in Zeiten der Finanzkrise konventionelle Finanzprodukte gegenübersehen. Dieser Beitrag soll einen kurzen Überblick über Islamic Finance bieten. Es werden nacheinander die Grundlagen des islamischen Rechts und des Islamic Finance, die gebräuchlichsten Finanzierungstechniken, die islamische Bank und zuletzt Anleihen, Fonds und Versicherungen in ihrer Anwendung nach islamischem Recht dargestellt.

B. Das islamische Recht

Das islamische Recht gründet sich auf den Koran, das heilige Buch der Muslime, und die Sunna. Letztere ist die Aufzeichnung der Worte und Taten des Propheten *Mohammed*. Teilweise werden dieser auch die Aussagen seiner Prophetengenossen zugerechnet. Die islamische Rechtswissenschaft hat zusätzlich dazu eine Anzahl weiterer Rechtsquellen entwickelt. So dienen der Konsens der Rechtsgelehrten, die Vernunft, Analogien, das öffentliche Interesse, das Fortbestehen von Rechtsverhältnissen, das persönliche „Für besser halten“, die Einzelmeinungen von Prophetengenossen und Gewohnheitsrecht beziehungsweise Bräuche als Grundlagen für die Rechtsfindung. Zusätzlich werden teilweise das „Versperren von Wegen“, daher das Verbot, mit legalen Mitteln einen verbotenen Zweck zu erreichen, und die „Normen derer vor uns“, also Regelungen aus Bibel und Thora, als weitere Rechtsfindungsmöglichkeiten angeführt. Rechtsgutachten, bekannt als Fatwas, haben keinen verbindlichen Charakter. Ihre Geltung hängt rein von der Autorität des Verfassers ab. Grundsätzlich ist das islamische Recht in die Bereiche der gottesdienstlichen Handlungen und der zwischenmenschlichen Handlungen unterteilt. Diese Handlungen werden in ihrer Gesamtheit in die Kategorien verpflichtend, empfohlen, erlaubt, geduldet und verboten eingeteilt. Je nach Bereich sind Strafen oder Belohnungen im Diesseits oder Jenseits vorgesehen, wobei sich zahlreiche Überschneidungen ergeben. Allgemein gelten zwei Grundsätze als die wichtigsten: „Was nicht verboten ist, ist erlaubt“ und „Ohne besondere Anordnung besteht keine Verpflichtung“.

Da ihre ausführliche Darstellung den Rahmen dieses Beitrages sprengen würde, sei hier nur kurz auf die zwei Hauptrichtungen des Islam, Sunniten und Schiiten, sowie

auf die verschiedenen Hauptrechtsschulen hingewiesen. Die beiden Richtungen unterscheiden sich hinsichtlich der Anerkennung der Anzahl der Nachfolger des Propheten, wobei die Schiiten die Personenzahl einschränken. Innerhalb der Sunniten haben sich die malikitische, shafitische, hanbalitische und hanafitische Rechtsschule gebildet. Innerhalb der Schiiten existieren die Schulen der Imamiya, Zaidiya und Ismailiya. Die Schulen sind regional relativ deutlich positioniert und vertreten Rechtsansichten von liberal bis orthodox. Bei Anwendung des Islamic Finance führt der starke Einfluss der Rechtsschulen zum Teil zu einer erheblichen Einschränkung der nutzbaren Techniken.

C. Islamic Finance

Islamic Finance, wie das gesamte System der islamgerechten Finanztätigkeit oft genannt wird, basiert auf dem Verbot von Zinsen, Spekulation, Glücksspiel und von bestimmten Warengruppen oder Dienstleistungen. Diese Charakteristika finden sich in klassischen sowie in zeitgenössischen Interpretationen.

Das Zinsverbot, Riba, wird klassisch unterteilt in das Verbot von Darlehenszinsen und das Verbot von Zinsertrag im Handel. Der Zinsertrag im Handel ist als Überschuss aus dem Tausch zweier Warenwerte zu verstehen, der unredlich oder übermäßig ist. Es besteht Uneinigkeit, ob jegliche Zinsnahme oder nur Wucherzins unter das Verbot fällt. Vorherrschende Meinung ist die klassische Bedeutung als Verbot jeglicher Zinsnahme.

Garar, in seiner Bedeutung als Spekulation oder Risiko, ist gemeinhin nicht verboten. Das Eingehen von Risiken wird im handelsfreudigen Islam sogar begrüßt. Das Verbot betrifft Geschäfte, bei denen eine Partei ihren Nutzen auf Kosten der anderen Partei zieht. Heutzutage herrschen zwei Ansichten vor, nämlich dass Garar Risiken erfasst, die sich auf das Vorhandensein eines Vertragsgegenstandes beziehen, oder dass es Risiken aus Verträgen mit einem stark aleatorischen Charakter erfasst. So ist Garar Grundlage für das Verbot konventioneller Versicherungen, bei denen der Eintritt des Schadensfalles nicht gesichert ist.

Glücksspiel, Maysir/Qimar, bezeichnet das Verbot von Verträgen, bei denen ein sicherer Gewinn auf der einen Seite und ein sicherer Verlust auf der anderen Seite feststehen. Wer Belasteter beziehungsweise Begünstigter sein wird, steht bei Vertragsabschluss noch nicht fest und ist für die Parteien daher nicht vorhersehbar.

Das Verbot der Produktion und des Handels verschiedener Warengruppen und Dienstleistungen erfasst heutzutage auch die Beteiligung an Unternehmen, deren Geschäftstätigkeit diese Felder beinhaltet. Allerdings ist hier nach einigen Ansichten eine Ausnahme zu machen, sofern der sich Beteiligende keinen Einfluss auf das Geschäftsverhalten der verantwortlichen Organe hat. Die verbotenen Waren und Dienstleistungen umfassen Schweinefleisch, Waffen, Alkohol, Prostitution, Pornographie, Glücksspiel und konventionelle Finanzdienstleistungen. Einige Gelehrte rechnen auch Tabak dazu.

Bedeutsam für diesen Beitrag ist auch die Almosensteuer Zakat. Sie stellt eine der fünf Säulen des Islam dar und besteht aus einer gemeinnützigen Abgabe, berechnet aus dem Vermögen einer natürlichen oder juristischen Person. Auf die Kombination aus Verbot von Zinsen und Pflicht zur Abgabe von Zakat stützt sich die Einrichtung des Strafgeldes für fehlende oder verspätete Ratenzahlung. Dieses wird für einen gemein-

nützigen Zweck gependet und soll aufgrund der Höhe, die meist enorm ist, die Zahlungsmoral heben. Allerdings ist dieses Strafgeld beim Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit nicht einforderbar.

D. Techniken des Islamic Finance

Grundsätzlich besteht im islamischen Recht Vertragsfreiheit. Aufgrund der beschriebenen Vorschriften hat sich allerdings eine Einschränkung der möglichen Vertragstypen ergeben. Im Folgenden werden die allgemein angewandten Techniken des Islamic Finance beleuchtet, die diese erlaubten Vertragstypen abdecken. Die drei letzten Techniken, Mudarabah, Musharakah und Ijarah, dienen der Finanzierung mit Hilfe von Eigenkapital. Bei diesen ist besonders auf eine Ausgewogenheit des Risikos für beide Parteien zu achten, um die Verbote von Riba, Garar und Qimar/Maysir nicht zu verletzen.

D.I. Murabahah

Eine der wohl wichtigsten Techniken ist Murabahah. Hierbei handelt es sich um einen fremdfinanzierten Sachmittelkauf. Beim Standardmodell, bei dem die Bank als Finanzier auftritt, werden im Grunde zwei getrennte Kaufverträge abgeschlossen. Der Kunde als Endabnehmer beauftragt eine Bank, ihm einen bestimmten Vermögensgegenstand zu finanzieren. Die Murabahah-Technik sieht nun vor, dass die Bank diesen bei einem vom Kunden benannten Händler kauft und ihn dann an den Kunden weiterverkauft. Der Kunde wird hierzu in den meisten Fällen als Agent der Bank zum Ankauf der Ware tätig. Durch diese Stellung als Agent der Bank wird neben einer Vereinfachung des Geschäftes ein Hauptteil des Haftungsrisikos auf den Kunden abgewälzt. Die Bank verkauft den Gegenstand an den Kunden weiter, wobei im Vertrag eine Abzahlung in festen Raten, eine sofortige Zahlung oder eine Zahlung zu einem bestimmten Termin vereinbart wird. Da im islamischen Recht der Verkauf einer Sache, die sich nicht in der Verfügungsbefugnis des Verkäufers befindet, verboten ist, wird der zweite Kaufvertrag erst nach erfolgtem Ankauf abgeschlossen, damit die Bank Eigentümer der Ware werden kann. Diese Eigentümerstellung hat sie im Normalfall nur für eine juristische Sekunde inne, der Gegenstand wird meist direkt dem Kunden übergeben. Die Gewinnspanne der Bank, die sie offenlegen muss, ergibt sich aus dem Unterschied zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis der Ware. Eine Absicherung erfolgt mittels einseitiger Kaufverpflichtung des Kunden und mittels eines Eigentumsvorbehalts oder der Bereitstellung von Sicherheiten für die Dauer der Abzahlung. Die Murabahah-Technik ist eine von der gesamten islamischen Welt akzeptierte Finanzierungslösung.

D.II. Bay Inah und Tawarruq

Bei einem Bay Inah wird ein Rohstoff, vor allem Metall, auf Kredit vom Kunden gekauft und sofort wieder auf Kassa an den Verkäufer zurückverkauft. Bei Tawarruq wird der auf Kredit gekaufte Rohstoff an einen Dritten auf Kassa verkauft, oftmals mittels der Rohstoffbörsen, wie des London Metal Exchange. Aufgrund der Konstruktion des Zurückverkaufes wird Bay Inah von beinahe allen Rechtsschulen abgelehnt, welche dieses Verhalten als Entkräftung eines normalen Handelsgeschäftes ansehen. Tawarruq wird aufgrund des Fehlverhaltens zahlreicher islamischer Banken inzwischen als umstritten angesehen und bedarf einer Einzelfallgenehmigung eines Aufsichtsgremiums (Sharia Board, siehe unten). Die Genehmigung wird nur in Fällen erteilt, in de-

nen die unbedingte Notwendigkeit der Anwendung dieser Technik gegeben ist. Allerdings steht fest, dass diese Technik nie Haupttechnik einer islamischen Finanzierung sein darf.

D.III. Bay Salam

Zur Finanzierung von Vermögensgegenständen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht existieren, wird die Bay Salam-Technik angewandt. Bei dieser wird eine Ware im Vertrag bezüglich Quantität und Qualität genau spezifiziert und ein Termin zur Lieferung vereinbart. Der Kaufpreis ist bei Vertragsabschluss fällig. Wichtig ist, dass die Ware am Markt frei zu kaufen ist, damit dem Warenschuldner die Möglichkeit gegeben wird, diese im Notfall einkaufen zu können. Der Gewinn der Bank ergibt sich aus dem Weiterverkauf der Ware nach dem Liefertermin zu einem höheren Preis, als bei Vertragsabschluss gezahlt. Oft wird hierzu ein paralleler Salam-Vertrag ausgehandelt, der die Abnahme der Ware zum Liefertermin des ersten Vertrages für einen entsprechend höheren Betrag vereinbart. Der Abnehmer ist in einem solchen Fall meist einer der Kunden des ursprünglichen Warenschuldners, der diese Technik zur Zwischenfinanzierung nutzt. Hauptsächlich wird sie im Agrarbereich angewandt, zum Beispiel beim Verkauf einer Ernte durch den Bauern an die Bank, die diese dann an einen Verarbeiter weiterverkauft. Allerdings darf Gegenstand des Vertrages dabei nicht eine bestimmte Ernte, sondern nur eine bestimmte Menge von Waren bestimmter Qualität sein. Aufgrund der Voraussetzung, dass die Ware frei am Markt gehandelt wird, fallen Spezialanfertigungen und Immobilien als möglicher Vertragsgegenstand grundsätzlich aus.

D.IV. Arbun

Arbun ist eine Technik, die der Option ähnelt. Hierbei wird eine Anzahlung geleistet, die es dem Gläubiger entweder im Sinne einer US-Option erlaubt, die Ware innerhalb eines bestimmten Zeitraumes abzunehmen, oder – im Sinne einer europäischen Option – die Zahlung und Abnahme zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzunehmen. Die Anzahlung ist stets Teil des Gesamtpreises. Diese Technik ist umstritten, findet aber zunehmend Anerkennung bei den Aufsichtsgremien (Sharia Board, siehe unten). Eine der Bedingungen dafür ist die Rückzahlung der Anzahlung, wenn die Option nicht wahrgenommen wird und dem Verkäufer kein Schaden entstanden ist. Eine Variante ist das einseitige Kaufversprechen mit Sicherheitsleistung. Bei Nichterfüllung ist der Schaden, also die Differenz zwischen Sicherheitsleistung und Marktpreis, zu zahlen. Sollte kein Schaden entstanden sein, wird die Sicherheitsleistung zur Gänze zurückerstattet.

D.V. Istisnaa

Um der Anforderung der Wirtschaft zur Finanzierung von Waren, die nach spezifischen Kriterien in Auftrag gefertigt werden, zu genügen, wurde die Istisnaa-Technik entwickelt. Bei dieser Technik finden im eigentlichen Sinne zwei parallele Istisnaa-Transaktionen statt. Ein Kunde beauftragt eine Bank, eine bestimmte Ware zu beschaffen. Im Gegensatz zu Murabahah existiert diese Ware noch nicht. Im Gegensatz zu Bay Salam ist diese nicht frei am Markt verfügbar, sondern wird auf spezifische Anweisung des Kunden gefertigt. Im ersten Istisnaa-Vertrag zwischen Bank und Kunden wird die Ware genau spezifiziert und ein fester Kaufpreis sowie ein Liefertermin ver-

einbart. Die Bank zieht von diesem Kaufpreis ihren beabsichtigten Gewinn ab und beauftragt ihrerseits einen Produzenten mit der Herstellung der Ware zum errechneten Preis. Der dafür abgeschlossene Vertrag entspricht inhaltlich dem ersten Istisnaa-Vertrag. Die Zahlung erfolgt durch die Bank in Form einer Anzahlung und fortlaufender Raten, gemessen am Produktionsfortschritt. Der Einfachheit halber bedient sich die Bank im Normalfall des Kunden als Agenten, der die Ware bestellt und den Produktionsvorgang beaufsichtigt. Wie bei der Murabahah-Technik dient dies zusätzlich dem Risikotransfer von der Bank zum Kunden. Der Kunde zahlt nach Übergabe der Ware den kreditierten Kaufpreis in monatlichen Raten zurück. Im Gegensatz zur Bank leistet er keine Anzahlung. Es charakterisiert die Besonderheit dieser Technik, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses grundsätzlich weder Waren noch Geld ausgetauscht werden. Aufgrund ihrer hauptsächlich auf Verhandlung basierenden Vertragsbedingungen zählt diese Technik zu den flexibelsten im gesamten Bereich des Islamic Finance.

D.VI. Quard Hassan

Gemäß den Regeln des islamischen Rechts ist die beste und reinste Form des Geldverleihs das zinslose Darlehen. Diese Technik wird als Quard Hassan bezeichnet. Hauptsächlich wird sie innerhalb von Familien in Form von gemeinschaftlichen Sozialkassen angewandt. Banken nutzen diese Technik für Konten als Methode der kurzfristigen Zwischenfinanzierung, unter der Auflage der Stellung von Sicherheiten oder zur Einrichtung eines Punktebonussystems. Diese Punkte ergeben sich aus Anlage-summe und Laufzeit der Einlagen des Kunden. Der Punktstand berechtigt jeweils zur Aufnahme eines entsprechend hohen zinslosen Darlehens. Die Bank erlangt ihren Gewinn bei dieser Technik entweder aus der Anlage der Kontoeinlagen, der Verwahrungsgebühr für Sicherheiten oder im letzten Fall, dem Punktekonto, aus Kreditgebühr, Einlageerträgen und einem hohen Mitgliedschaftsbeitrag.

D.VII. Mudarabah

Die Mudarabah-Technik ist eine Partnerschaft zwischen einer Bank, die Kapital einbringt, und einem Kunden, der seine eigenen besonderen Fähigkeiten einbringt. Dieser nutzt das eingebrachte Kapital zur Ausführung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, wobei er alleiniger Geschäftsführer ist. Die Bank hat im Vorfeld die Möglichkeit, ihm bestimmte Vorgaben bezüglich des Tätigkeitsfeldes aufzuerlegen. Der Gewinn basiert auf dem erreichten Ertrag, der nach einem vorher festgelegten Verhältnis aufgeteilt wird. Allerdings kommt es aufgrund der einseitigen Kapitalbeigabe nicht auf die Höhe des eingebrachten Anteils an. Die Bank haftet für anfallende Verluste bis zur Höhe ihrer Einlage. Der Kunde haftet nur in Fällen der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes und darf weder zur Stellung von Sicherheiten noch zur Abgabe von Garantien verpflichtet werden. Die Entlohnung des Kunden erfolgt abhängig vom Ertrag und dem vereinbarten Aufteilungsverhältnis. Da der gesamte Ertrag im Normalfall erst bei Beendigung der Partnerschaft feststeht und dann erst ausgezahlt wird, ist es Standard, ein monatliches Gehalt für den Geschäftsführer vertraglich festzulegen, das am Ende mit dem auszuzahlenden Anteil am Ertrag verrechnet wird. Aufgrund des hohen Risikos für die Bank wird diese Technik nur bei sehr genauer Kenntnis der finanziellen Historie des beteiligten Kunden angewandt.

D.VIII. Musharakah

Eine Form der beiderseitigen Kapitaleinlage in eine Partnerschaft ist die Musharakah-Technik. Bei dieser bringen beide Partner Eigenkapital ein. Der Ertrag wird auf Basis eines vorher vereinbarten Verhältnisses verteilt; die Bindung an die Höhe des Kapitaleinsatzes ist hierbei nicht nötig. Entstehende Verluste werden im Gegensatz dazu streng nach eingebrachtem Kapitalanteil verteilt. Die Haftung ist nicht auf die Höhe der Kapitaleinlage begrenzt, wie bei der Mudarabah-Technik, da beide Seiten an der Geschäftsführung direkt beteiligt sind. Die Abgabe von Garantien oder das Stellen von Sicherheiten ist verboten.

Eine Sonderform ist die sogenannte Diminishing-Musharakah, bei welcher der Kapitalanteil eines Partners durch regelmäßige Teilrückzahlungen kontinuierlich abgebaut wird. Entsprechend des sinkenden Kapitalanteils sinken auch die Anteile am Ertrag. Ziel ist es, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Beteiligung eines Partners vollständig erlöschen zu lassen. Diese Technik wird vor allem zur Immobilienfinanzierung angewandt.

D.IX. Ijarah

Leasing wird auf Grundlage von Miete oder eines Verkaufs des Nießbrauchs durchgeführt. Hierzu entwickelte man die Ijarah-Technik. Beim normalen Ijarah kauft die Bank einen Vermögensgegenstand am Markt und überträgt das Nutzungsrecht an den Kunden, der oft bereits als Kaufagent auftritt. Das Eigentum verbleibt bei der Bank. Der Kunde zahlt vorher vereinbarte Leasingraten, die allerdings im gegenseitigen Einverständnis verändert werden können. Am Ende der Laufzeit fällt das Nutzungsrecht automatisch an die Bank zurück. Diese Art des Ijarah entspricht im Wesentlichen dem konventionellen Typus des Operating Leasing.

Zur Durchführung eines Finanzierungsleasing bedient man sich des Ijarah wa Iqtina. Im Unterschied zum reinen Ijarah gibt es am Ende der Laufzeit eine Anzahl von Möglichkeiten, wie das Eigentum am Leasinggegenstand übertragen wird. So existiert die Möglichkeit einer Verkaufsverpflichtung zu einem symbolischen Preis beziehungsweise zum Restwert oder die Möglichkeit einer Schenkungsverpflichtung, unter Umständen eingeschränkt durch noch ausstehende Raten.

Es finden die Regeln des jeweiligen Grundlagengeschäftes, also Miete oder Kauf, Anwendung. Der Leasinggeber hat alle Rechte und Pflichten aus dem Eigentum am Gegenstand, der Leasingnehmer alle Rechte und Pflichten aus dem Nutzungsrecht. So obliegt die Reparatur des Leasinggegenstandes allein dem Leasinggeber. Zusätzlich haftet dieser allein für den zufälligen Untergang des Gegenstandes. Der Leasingnehmer ist in einem solchen Fall weder zu Wertersatz noch zur weiteren Zahlung von Leasingraten verpflichtet. Die Ausnahme bilden grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz seitens des Leasingnehmers. Zur Absicherung werden meist islamische Versicherungen abgeschlossen. Konventionelle Versicherungen sind vom islamischen Recht verboten.

E. Die islamische Bank

Die besonderen Vorschriften des Islamic Finance bedingen die Existenz besonderer Finanzinstitute, der islamischen Banken. Hauptziel der islamischen Bank ist der Dienst an Allah. Entsprechend muss die Geschäftsstruktur eine kollektive Moral und

Spiritualität verkörpern, welche die islamische Art zu leben fördert. In diesem Rahmen ist die gesamte Belegschaft einer islamischen Bank dazu angehalten, sowohl beruflich als auch privat den Regeln des Islam zu folgen.

Die Einhaltung der islamischen Regeln überwacht ein Sharia Board. Diese Kontrollinstanzen setzen sich aus islamischen Rechtsgelehrten zusammen und sind unabhängig vom Rest der Bank. Ihre Aufgaben umfassen sowohl die Vorprüfung der gesamten Produktpalette einer Bank auf ihre Konformität mit dem islamischen Recht als auch die Einzelfallprüfung. In einer solchen werden neue Produkte der Bank oder einzelne Geschäfte vor Einführung oder Abschluss dem Sharia Board vorgelegt, welches diese nach Prüfung zertifiziert oder zur Überarbeitung zurückverweist. Die Fatwas des Sharia Boards sind für die Banken bindend, entweder aufgrund von internen Verträgen oder der Notwendigkeit der Zertifizierung als islamische Bank. Aufgrund der derzeit niedrigen Zahl an geeigneten Mitgliedern für Sharia Boards arbeiten diese bisher zu meist als autonome Institutionen. Allerdings existieren keine Kontrollorgane für diese Sharia Boards, weshalb die Auslegung der Regeln des islamischen Rechts sehr differieren kann.

Der Forderung nach Standardisierung der geltenden Vorschriften haben sich verschiedene internationale Organisationen angenommen. Diese versuchen die verschiedenen Regelungen und Ansichten weitestgehend zu vereinheitlichen und die geltenden internationalen Finanzstandards an die Anforderungen für islamische Banken anzupassen. Die beiden bedeutendsten sind die Accounting and Auditing Organisation of Islamic Financial Institutions in Bahrain und das Islamic Financial Services Board in Kuala Lumpur.

E.I. Islamgerechte Konten

Am islamischen Finanzmarkt existieren grundsätzlich die gleichen Kontotypen wie im konventionellen Bankgeschäft. In der konkreten Ausführung gibt es allerdings große Unterschiede zu ihren konventionellen Pendanten. So werden Girokonten entweder im Sinne des bereits erwähnten Quard-Hassan-Prinzips als zinslose Darlehen an die Bank betrachtet oder gemäß dem Wadiah-Prinzip als Treuhandeinlagen behandelt. Die Einlagen können von der Bank zur Bestreitung des Aktivgeschäftes genutzt werden, im Falle eines Wadiah-Kontos bedarf es dazu allerdings der Zustimmung des Kunden. Die Bank ist in jedem Fall für die Einlagen in voller Höhe haftbar. Aufgrund des Zinsverbotes ist es den Banken nicht erlaubt, Habenzinsen auszusahlen. Allerdings ist es bei einem Wadiah-Konto möglich, je nach Maßgabe der Bank, dem Kunden ein kleines Geschenk zu machen. Dieses besteht meist aus einer Gutschrift auf das Konto des Kunden. Dieses Vorgehen ist beim Quard-Hassan-Prinzip streng verboten. Dennoch bringt auch das Quard-Hassan-Konto bestimmte Vorteile, die bei der Erläuterung der Quard-Hassan-Technik bereits beschrieben wurden. Eine Kontoüberziehung wird, da keine Zinsen erhoben werden dürfen, mit einer Strafgeldgebühr belegt. Diese fällt jedes Mal an, wenn das Konto für eine Transaktion genutzt wird, während es im Soll-Saldo ist. Die Höhe bewegt sich allgemein bei 50 Euro pro Transaktion, unabhängig von der realen Überziehungshöhe.

Sparkonten können entweder im Stile des beschriebenen Wadiah-Konzepts oder im Sinne einer Mudarabah-Technik angelegt werden. In beiden Fällen muss der Kunde der Verwendung des Geldes im Aktivgeschäft zustimmen. Im Wadiah-Prinzip sind die Einlagen garantiert, und als Gegenleistung erhält der Kunde ein kleines Geschenk

nach Maßgabe der Bank. Das Mudarabah-Konto ist entsprechend der bereits oben erläuterten Technik aufgebaut. Der Anleger ist am Ertrag aus der Verwendung seines Geldes beteiligt, muss den Verlust desselben aber auch alleine tragen. Dies stellt sich als Problem in westlichen Ländern dar, da dort die Banken für die Einlagen zu garantieren haben. Eine Garantie der Bank allerdings würde bei Inanspruchnahme derselben bedeuten, dass das Konto nicht mehr mit dem islamischen Recht konform ist, da Garantien und Sicherheiten beim Mudarabah-Vertrag verboten sind.

Investmentkonten werden gemäß dem Mudarabah-Prinzip eingerichtet. Bei ihnen wird nochmals zwischen beschränkten und unbeschränkten Konten unterschieden. Im Gegensatz zum Mudarabah-Sparkonto kann der Kunde demnach bestimmen, in welche Geschäfte sein Geld investiert wird, oder diese Entscheidung der Bank überlassen. In beiden Fällen gelten die Grundregeln dieser Technik, dass der Kunde in einem vorher festgelegten Verhältnis an den Erträgen beteiligt ist und Verluste alleine zu tragen hat.

E.II. Islamgerechte Geldkarten

Im Bereich der Debitcards oder EC-Karten stellt sich nach islamischer Sicht kein Problem, solange es dem Kunden nicht möglich ist, sein Konto zu überziehen.

Bei Kreditkarten muss zuerst zwischen der richtigen Kreditkarte und der Charge Card unterschieden werden. Während bei der Charge Card der Kunde monatlich den verbrauchten Geldbetrag bei Rechnungsstellung sofort begleichen muss, wird ihm bei der Kreditkarte die Möglichkeit zur Ratenzahlung geboten.

Bei der islamischen Charge Card hat sich die Regel herausgebildet, dass der Kunde der Bank im Voraus einen Betrag als Sicherheit hinterlegt. Der Betrag muss von der Bank zugunsten des Kunden angelegt werden und kann bei fehlender Zahlung von der Bank eingezogen werden. Weiters hat die Bank den Kunden aufzufordern, seine Karte nicht für Zwecke zu nutzen, die nach dem islamischen Recht verboten sind. Bei Verstoß wäre die Karte sofort einzuziehen.

Bei der islamischen Kreditkarte hat sich neben der bereits oben erläuterten Bay-Inah- oder Tawarruq-Konstruktion die Methode entwickelt, eine Jahresgebühr in beträchtlicher Höhe einzuziehen, für deren Zahlung das Recht zur Aufnahme eines zinslosen Darlehens gewährt wird.

E.III. Kredite

Das Kreditgeschäft lässt sich auf drei Hauptbereiche einschränken: Konsum-, Bau- und Investment- oder Projektfinanzierung. Konsumkredite werden nach dem Murabahah-Prinzip oder dem Ijarah-Prinzip gewährt. Zur Absicherung dient die oben bereits erwähnte Strafgebühr zu wohltätigen Zwecken. Bei Baukrediten wird neben Murabahah und Ijarah auch die Diminishing-Form der Musharakah-Technik angewandt. Allerdings ergeben sich aus der Anforderung, dass die Bank Eigentum erwerben muss, bevor sie dieses an den Kunden weitergeben kann, regelmäßig versicherungstechnische und steuerliche Probleme, vor allem bei der Grunderwerbssteuer. Bei der Investment- oder Projektfinanzierung werden vor allem Murabahah- und Diminishing-Musharakah-Techniken angewandt. Bei der Projektfinanzierung ergibt sich aus der Tatsache, dass das konkrete Projekt zum Vertragsschlusszeitpunkt meist nicht existiert, die Notwendigkeit, die Istisnaa-Technik anzuwenden.

E.IV. Weitere Dienstleistungen

Grundsätzlich bieten islamische Banken auch jene Dienstleistungen an, die man bei konventionellen Banken gewohnt ist. Der Hawalah-Service bietet die Möglichkeit, Geld international zu versenden. Das Grundmodell sieht vor, dass die Bank dem Einzahlender einen Betrag schuldet. Die Forderung geht mittels eines Gläubigerwechsels an den Empfänger über und wird diesem ausgezahlt. Kafalah ist der Service, Bankgarantien auszustellen. Rahn ist die Bereitstellung von Sicherheiten zur Kreditsicherung. Sarf ist der Devisenhandel.

Die meisten der Dienstleistungen werden kostenlos als Ausgleich für den fehlenden Zinsertrag der Einlagen zur Verfügung gestellt. Trotzdem anfallende Gebühren sind in den meisten Fällen auf die tatsächlichen Kosten der Dienstleistung begrenzt. So dürfen für Garantieerklärungen der Bank nur die Kosten für die Ausstellung der Erklärung verlangt werden. Bei der Leistung von Sicherheiten dürfen zusätzlich zu den Verbriefungsgebühren auch die Verwahrungskosten in Rechnung gestellt werden.

F. Anleihen, Aktien und Versicherungen

F.I. Sukuk

Besondere Bedeutung hat der Markt für Anleihen, im islamischen Recht „Sukuk“ genannt, gewonnen. Sukuk beschreibt Zertifikate, die für einen Anteil an einem bestimmten Vermögensgegenstand ausgestellt werden. Entsprechend ihrem Anteil erhalten die Zertifikateinhaber einen Teil des Ertrages. Das islamische Recht bedingt, dass Anteile nur an einem Underlying Asset oder aufgrund einer Master-Leasing-Vereinbarung ausgestellt werden können.

Die häufigsten Formen des Sukuk sind Sukuk al Ijarah und Sukuk al Musharakah. Dem Sukuk al Ijarah liegt eine Leasingvereinbarung zugrunde. Im ersten Schritt transferiert der Anleiheausgeber einen physischen Vermögensgegenstand an eine spezielle Gesellschaft oder ein sogenanntes Special Purpose Vehicle (SPV). Die Finanzierung des Gegenstandes wird durch das SPV mittels der Ausgabe von Sukuk-Zertifikaten aufgebracht. Durch das anschließende Verleasen des Gegenstandes, normalerweise an die Muttergesellschaft, erhält das SPV Leasingraten, mit denen es die Auszahlung der Ertragsanteile aus den Zertifikaten finanziert. Aufgrund der umstrittenen Struktur des Rückleasings an die Muttergesellschaft wird diese Technik oft mit Bay Inah verglichen. Entsprechend hoch ist das Risiko der Ablehnung durch das Sharia Board. Dies wird zumeist mit einer langen Leasingdauer verhindert, die den Rückkaufcharakter der Transaktion in einen Mietcharakter verändert. Die Anwendung dieser Technik ist stets auf den Wert des Underlying Assets begrenzt.

Bei Sukuk al Musharakah wird genau diese Begrenzung aufgehoben, indem eine Musharakah-Partnerschaft zwischen SPV und Muttergesellschaft aufgebaut wird. Die Finanzierung des Anteils des SPV erfolgt durch Emission der Zertifikate. Die Erträge aus der Partnerschaft werden dann entsprechend für die Auszahlung der Ertragsanteile aus den Zertifikaten aufgewandt. Alternativ haben sich auch weitere Sukuk-Formen auf Basis von Murabahah-, Bay Salam-, Mudarabah- und Istisnaa-Technik herausgebildet.

F.II. Aktien und Investmentfonds

Bei Aktienanlagen hat das islamische Recht eine Anzahl von Einschränkungen vorgenommen. Allerdings beschränken sich diese rein auf die erlaubten Anlageobjekte. Daher bestehen keine technischen Unterschiede zwischen islamischen und konventionellen Aktien. Gemäß den Beschränkungen ist die Beteiligung an den eingangs erwähnten verbotenen Waren und Dienstleistungsgruppen nicht erlaubt. Diese Gruppe erweiternd, haben internationale Organisationen zur Überwachung der Konformität islamischer Finanzanlagen mit dem islamischen Recht Auflistungen unzulässiger Branchen für Investments aufgelegt. Auf diesen finden sich zusätzlich zu den bereits erwähnten verbotenen Beteiligungsfeldern auch Gastronomie sowie Lebensmittelhandel und -produktion.

Allerdings wird eine Investition in ein Unternehmen, das maximal 5 % seines Gesamtumsatzes in diesen verbotenen Feldern erwirtschaftet, als zulässig angesehen. Diese Ausnahme gilt nicht für Zinserträge im Sinne von Riba. Zusätzlich zu diesen Einschränkungen wurden zwingende Finanzkennzahlen festgelegt. So darf der Fremdkapitalanteil des Unternehmens maximal 33 % betragen. Cash und zinstragende Verbindlichkeiten sind ebenfalls mit 33 % des Eigenkapitals beschränkt. Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistung dürfen nicht mehr als 49 % des Eigenkapitals ausmachen. Diese Kennzahlen dienen zur Vermeidung von Garar und Qimar/Maysir.

Islamische Fonds werden nach dem Mudarabah-Prinzip aufgebaut, alternativ nach dem Wakalah-Modell. Rentenfonds, die aufgrund ihrer Zinserzielungsabsicht eigentlich verboten sind, lassen sich mit Hilfe der Ijarah-, Murabahah- oder Sukuk-Technik nachbilden. Bei allen Fonds ist aber auf die Zulässigkeit der Investments nach dem islamischen Recht zu achten.

F.III. Takaful

Das islamische Recht verbietet konventionelle Versicherungen, weil diese das Verbot von Garar und Qimar verletzen. Da aber auch unter Muslimen ein eigenes Versicherungswesen erwünscht ist und es bereits ähnliche Modelle in der Form von familieninternen Fonds gibt, wurde Takaful entwickelt. Eine islamische Versicherung behandelt nicht jeden Versicherten einzeln, sondern bündelt alle ihre Kunden. Die Beiträge werden in einen gemeinsamen Fonds eingezahlt, aus welchem dann die Schadenssummen beglichen werden. Die Versicherung verwaltet das Geld treuhänderisch und legt es entsprechend an. Das Verbot von Garar wird auf diese Weise nicht verletzt, da die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts an der Zahl aller Versicherten des jeweiligen Fonds gemessen wird und so nicht übermäßig hoch werden kann. Das Verbot von Qimar wird auf diese Weise nicht verletzt, da nicht die Versicherung selber die Schadenssumme zahlen muss, sondern im Schadensfall der gemeinsame Fonds in Anspruch genommen wird. Da an diesem Fonds alle Versicherten beteiligt sind, hat keiner von ihnen nur Vorteile oder nur Nachteile.

G. Schlusswort

Die Zukunft hält mannigfaltige und große Aufgaben für das System des Islamic Finance bereit. Vordringlich wird eine allgemeine Standardisierung vorzunehmen sein. Diese ist dazu nötig, sich mit den geltenden Standards und Gesetzen konventio-

neller Finanzsysteme auseinanderzusetzen und einen Konsens zwischen diesen Welten zu finden.

Ein besonderes Augenmerk sollte auch auf die zunehmende Verbreitung des E-Commerce und Fernabsatzgeschäfts gelegt werden. Diese Sektoren werden der Entwicklung völlig neuer Regeln für das gesamte islamische Wirtschaftssystem bedürfen.

Solche umfangreichen Aufgaben stellen dennoch keine Hindernisse, sondern weitere Herausforderungen für das System des Islamic Finance dar. Die zunehmende Bedeutung und Verbreitung des Islamic Finance ist angesichts der steigenden Zahl der Muslime weltweit nicht aufzuhalten.

Die Rezeption des Treuhandrechtes und dessen Einfluss auf die Stellung von geschäftsleitenden Organen

Dr. Peter Ritter, Vaduz

A. Gegenwartsanalyse

Ausgehend vom Brüsseler Vertrag – Westeuropäische Union des Jahres 1948 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl des Jahres 1951 sowie schliesslich über den Vertrag zur Gründung der Europäischen (Wirtschafts-)Gemeinschaft des Jahres 1957 und die verschiedenen Beitrittsverträge der Jahre 1979, 1985, 1994, 2003 und 2005 sowie die Verträge von Amsterdam 1997 und Nizza 2001 und letztlich Lissabon vom 13. Dezember 2007 hat sich die Europäische Gemeinschaft von einer zunächst regionalen mit klarer Zielsetzung versehenen Wirtschaftsvereinigung immer mehr zu einem sich entwickelnden europäischen, supranationalen Wirtschafts- und Rechtsraum gewandelt.

Beschlüsse und Deklarationen der Vereinten Nationen haben auf die internationale Zusammenarbeit zwischen den Staaten ein und haben auf die Gesetzgebung derselben wesentlichen Einfluss (zB Deklaration der Menschenrechte, Sondergerichtshöfe).

Damit gewannen bisher wenig bekannte Rechtssysteme Einfluss auf die Gestaltung wirtschaftlicher Handlungen.

Die nunmehr seit annähernd zwei Jahren herrschende Finanz- und Wirtschaftskrise hat gerade infolge der Globalisierung der Wirtschaft weltweite Auswirkungen. An dem Ursprung und den Wirkungen der Finanzkrise zeigt sich, wie sehr die allgemeine Finanz- und Wirtschaftsverflechtung nicht nur das Finanzwesen tangiert, sondern auch die Realwirtschaft und mit ihr die internationale und nationale Politik beeinflusst.

Mit all diesen gleichzeitig auftretenden Phänomenen geht vermehrt auch die Notwendigkeit zur Vereinheitlichung des internationalen Rechtes und insbesondere zu allgemein geltender Kontrollrechte einher. Es kann auch angenommen werden, dass am Ende der herrschenden Krise neu zu schaffende und in Kraft tretende Währungs-, Finanz- und Rechtsregeln globalisiert zur Anwendung kommen werden und müssen.

Ein bis heute nicht allgemein geregelter Rechtsraum, der immer grössere Bedeutung erlangt, ist zB der Kommunikationsbereich. Letzterer bringt die teilweise Auflösung von Zeit- und Raumbegrenzungen mit sich und erhöht so die internationale Kommunikation und Kooperation.

Eine Konsequenz fast unbeschränkter Datenaustauschs¹ ist auch die Forderung nach einem weltweiten Netz für Informationen im Finanz- und Steuerbereich. Dies auch unter dem Prätext der Geldwäscherei und Sorgfaltspflichten. Fragen der Privatheit und des Geheimnisschutzes werden auch im Zusammenhang mit den Persönlichkeits- und Menschenrechten zu prüfen sein.

Wie sehr die notwendige Vereinheitlichung des jeweils anwendbaren Rechts in das Wirtschaftsleben eingreift und damit nationale Grenzen überwindet, lässt sich am

¹ *Friedmann: The World Is Flat, New York 2005.*

besten aus den umfangreichen vertraglichen, rechtsetzenden Vereinbarungen, Privatverträgen und den Tätigkeiten internationaler Schiedsgerichte, wie auch den verschiedenen Verträgen über die gegenseitige Anerkennung von nationalen Gerichtsentscheidungen und deren Exekutierbarkeit ersehen. Im Gegensatz zu den strengen Regeln, die bisher den Begriff des Rechtes erfüllten, sind die so gestalteten Rechtsbeziehungen unter dem Begriff „soft law“ und „soft justice“ bekannt geworden².

B. Erkenntnistheoretische Situation

B.I. Leitwissenschaften

Mit der Entstehung eines supranationalen (zB EWR, NAFTA) oder gar eines globalen Wirtschaftsraumes geht gleichzeitig die Fragestellung nach den rechtshistorischen, rechtsphilosophischen und letztlich erkenntnistheoretischen Grundlagen einer sich bildenden Rechtsordnung einher.

Ausgehend von *Kants* kategorischem Imperativ über die Rechtstheorie *Hegels* und dessen Theorie über die Fortentwicklung des Rechtes hin zu einer objektiven Wahrheit und Richtigkeit³ muss der Übergang zum Rechtspositivismus festgestellt werden, der der philosophischen Strömung seiner Zeit entspricht⁴. Einer Zeit, in der auch in der Physik und Mathematik als Leitwissenschaften noch die Kausalgesetze fast ausschliesslich galten. Der Syllogismus wurde zur einzig zulässigen Deduktionsform zur Urteilsfindung.

Im Pragmatismus des angelsächsischen Rechtsbereiches ist im Gegensatz zu den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen der Begriff der Gerechtigkeit jeweils den Veränderungen des gesellschaftlichen Lebens unterworfen⁵. Die Weiterentwicklung des Rechtes wird wesentlich auch durch rechtsgestaltende Gerichtsentscheide bestimmt.

In der Mitte des abgelaufenen Jahrhunderts tritt an die Stelle der Leitwissenschaften Physik und Mathematik die Biologie und mit ihr die Evolutionstheorie und

² *Höffe*, *Gerechtigkeit*, München 2004, S. 99.

³ *Karl-Ludwig Kunz/Martino Mona*, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Bern 2006, S. 83 ff.

⁴ *Arthur Kaufmann*, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie in Kaufmann/Hassemer/Neumann* (Hrsg.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Frankfurt/Main 2004, S. 110 ff.

⁵ *Höffe*, *Gerechtigkeit*, S. 55: „Die juristischen Kenntnisse allein befähigen aber nicht zum Richteramt. Zusätzlich muss man die vorgelegten Fälle nach Massgabe der Gesetze, also das Besondere im Lichte des Allgemeinen, zu beurteilen verstehen. Nach dem naiven Verständnis richterlicher Urteilskraft reicht dafür eine schlichte Subsumptionsleistung aus, die syllogistische, fast mechanische Ableitung des Urteils aus zwei klaren Vorgaben, der allgemeinen Regel und dem besonderen Fall. In Wahrheit gibt es keinen Justizsyllogismus, da das Gesetz den Richterspruch nicht normativ determinieren kann. [...] Ein Justizsyllogismus ist vielmehr aus dem wissenschaftlichen Grund unmöglich, dass Gesetze auslegungsbedürftig sind, ohne deshalb dem richterlichen Handeln zur Disposition zu stehen.“

Systemtheorie als Leitlinie der Beurteilung des Lebens und der gesellschaftlichen Abläufe in den Mittelpunkt der Überlegungen.

Durch die Einführung von evolutionstheoretischen und systemtheoretischen Prinzipien erhöht sich die Einsicht, dass Wahrheit, und damit absolute Gerechtigkeit, für uns Menschen nicht erreichbar ist. Immer mehr gründen die Gerichte ihre Entscheidungen auf Stellungnahmen von Sachverständigen, da sie sich ausserstande sehen, Tatsachenfeststellungen und darauf basierende Entscheidungen selbständig zu treffen⁶. Die Erforschung der Mikrosystemebenen gewinnt immer mehr an Gewicht.

B.II. Supranationale Rechtsentwicklung

Das nationale Recht stellt sich weitestgehend als ein Subsystem von international gültigen Rechtsregeln dar. Dies bedeutet auch, dass teilweise nationale Gerichte nicht ausschliesslich zu endgültigen Entscheidungen angerufen werden können, sondern dass supranationale Gerichtshöfe (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Europäischer Gerichtshof, Haager Strafgericht etc) entweder als Berufungsinstanzen oder selbständig Recht sprechen können. Besonders die Entscheidungen des EuGH sind häufig nicht überprüfender, sondern rechtsgestaltender Natur. Dies ist eine Entwicklung, die den Staaten mit einer klar definierten und ausgebildeten Verfassungsgerichtsbarkeit, berufen zur abstrakten Normenkontrolle, fremd ist.

C. Situation in der Vereinheitlichungstendenz

Wie oben bereits dargetan, ist die Entwicklung des Rechtes heute von einer Vereinheitlichungstendenz jenseits nationaler Traditionen feststellbar, was am folgenden Beispiel erläutert werden soll.

So haben eine Reihe von kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen das Haager Abkommen über Treuhandschaften ratifiziert und in Kraft gesetzt. Mit diesem Abkommen wurde eine Rechtsstruktur in die nationalen Rechtsordnungen aufgenommen, die der traditionellen Ausformung eben diesernicht entspricht und die daher in verschiedener Hinsicht vollkommen neue Fragestellungen aufwirft:

- a. Dies ist einmal die Rechtsfigur der Treuhandschaft im anglosächsischen Sinne an sich.
- b. Interessenskonflikte des Treuhänders im Rahmen der Treuhandschaft. Diese sind gerade in der derzeitigen Situation der Wirtschaftskrise von Managern von besonderer Bedeutung. Ein Grundprinzip der Treuhänderschaft und des mit ihr verbundenen gespaltenen Eigentums ist, dass der Treuhänder sich nicht am Treugut selbst beteiligen darf bzw auch nur Teile davon in sein unbeschränktes Eigentum überführen kann. Der Treuhänder ist jedoch berechtigt, einen angemessenen Treulohn zu empfangen.
- c. Es wird vom Treuhänder verlangt, dass er in eigener Verantwortung im Rahmen des Treuhandverhältnisses in der Verwaltung und, in neuerer Zeit, auch in der Förderung des Treugutes tätig ist.
Werden diese grundsätzlichen Gedankengänge in das moderne Gesellschaftsrecht übertragen, so ist festzustellen, dass die Organe und das

⁶ Robin Feldman, *The Role of Science in Law*, Oxford 2009.

Management von Gesellschaften nicht in einem herkömmlichen Auftragsverhältnis, sondern viel eher in einem dem Treuhandverhältnis ähnlichen Aufgabenfeld tätig sind. Denn die Weisungsbefugnis bei einer Vielzahl der Aktionäre in und durch die Generalversammlung ist nicht gegeben, sondern dem Management und den übergeordneten Organen ist zu treuen Händen die Führung eines Unternehmens anvertraut. Dies bedeutet aber, dass nicht nur die Zusammensetzung der Organe eine Vielzahl von Fähigkeiten und Kompetenzen erfordert, sondern auch ein ganz besonderes Zusammenwirken gefordert ist, denn der Gruppe von Experten gemeinsam, und nicht Einzelnen, wurde der grundlegende Treuhandauftrag erteilt.

- d. Die erhöhte Treueverpflichtung der Verwaltung einer Unternehmung wird in der Novelle zum PGR LGBl 2008 Nr 220 durch eine Änderung des Abs 2 des Art 182⁷ besonders hervorgehoben.

C.I. Vereinheitlichungstendenz

Wie oben bereits dargetan, ist in der Rechtsentwicklung heute von einer noch nicht vollständig erfassbaren Vereinheitlichungstendenz jenseits nationaler Grenzen und Traditionen auszugehen.

Höffe sieht drei verschiedene Dimensionen der Globalisierungstendenzen.

Einmal sieht er die Dimension einer globalen Gewaltgemeinschaft (Kriege, organisierte Kriminalität und Umweltschäden), zum anderen eine globale Kooperationsgemeinschaft (Wirtschaft und Finanzen, Arbeitsmarkt, Tourismus, Bildung, Wissenschaft und Kultur) und letztlich eine globale Schicksalsgemeinschaft (Wanderbewegungen, Naturkatastrophen und Unterentwicklung grosser Weltregionen)⁸.

Diese Tendenzen müssen sich jeweils mit Grundfragen des Rechtes auseinandersetzen. Es stellen sich auch Fragen der Legitimität von Richtlinien, die von nicht demokratisch gewählten Institutionen erlassen⁹ und daher auch überprüft, geändert und aufgehoben werden können¹⁰. Die als eine der Grundregeln der Demokratie geltende Gewaltentrennung ist zB in der EU bis jetzt noch nicht vollzogen.

Die Politik verlangt als Schlagwort Gerechtigkeit, ohne sich mit dieser als Grundlage der jeweiligen gesellschaftlichen Situation und der Entwicklung des Begriffs auseinanderzusetzen¹¹.

⁷ Art 182 Abs 2 PGR in der Fassung LGBl. 2008 Nr 220:

Sie [die Verwaltung] hat das Unternehmen der Verbandsperson mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer ordentlichen Geschäftsführung und Vertretung. Ein Mitglied der Verwaltung handelt im Einklang mit diesen Grundsätzen, wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten liess und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Verbandsperson zu handeln.

⁸ *Höffe*, Gerechtigkeit, föderale Weltrepublik, München 2004, S. 98ff.

⁹ *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1975, S. 223ff.

¹⁰ *Höffe*, Gerechtigkeit, Verfahrensgerechtigkeit, München 2004, S. 46ff.

¹¹ *Höffe*, Gerechtigkeit, München 2004.

C.II. Haager Übereinkommen 1985

Am 1. Juli 1985 wurde in Den Haag das „Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung“ abgeschlossen.

Der Landtag des Fürstentum Liechtensteins hat diesem Übereinkommen am 20. Oktober 2004 zugestimmt, und es wurde durch LGBl 2006 Nr 62 verlautbart und trat am 1. April 2006 in Kraft.

Das Parlament der Schweizerischen Eidgenossenschaft beschloss die Ratifizierung des Übereinkommens am 20. Dezember 2006, und es trat mit 1. Juli 2007 in Kraft.

Signatarstaaten sind neben der Schweiz und Liechtenstein Australien, China (Hong Kong), Italien, Kanada, Luxemburg, Malta, die Niederlande und das Vereinigte Königreich.

Das Übereinkommen ist in den Signatarstaaten ein Teil des internationalen Privatrechtes, es sind daher im Rahmen der nationalen Regelungen des IPR entsprechende Anpassungen zu beachten und vorzunehmen.

Die Schweiz kennt kein eigenes Trustrecht. Erst wieder im Zuge der jüngsten Auseinandersetzungen zwischen der Schweiz und der internationalen Finanzwelt sind wieder Bestrebungen entstanden, ein eigenes Trustrecht zu schaffen, dies wohl auch aus der Erkenntnis der gerade mit dem Haager Übereinkommen entstehenden und im Folgenden noch zu erläuternden Problemstellungen.

Da Liechtenstein über ein eigenes Trustrecht¹² verfügt, sind eigenständige Grundlagen für die Anwendbarkeit des Haager Übereinkommens gegeben.

C.II.1. Neue Rechtsbegriffe

Mit dem Abschluss des Übereinkommens haben mehrere Begriffe des anglosächsischen Rechtskreises in kontinentaleuropäisches Recht Eingang gefunden haben, die diesem bisher fremd waren. Es sind dies insbesondere die Begriffe des besonders gespaltenen Eigentums (Trustvermögens)¹³, die Pflichten und Verantwortlichkeiten der Treuhänder, hier insbesondere die Begriffe der „Conscience“, „Equity“ und die besonderen Verfahrensrichtlinien der zur Entscheidung von spezifischen Rechtsfragen zuständigen Gerichte. Folgerichtig heisst es im Ingress des Übereinkommens:

„Die Unterzeichnungsstaaten dieses Übereinkommens in der Erwägung, dass der Trust, wie er von den Gerichten des Billigkeitsrechts in den Ländern des Common Law entwickelt und mit einigen Änderungen in andere Länder übernommen wurde, ein einzigartiges Rechtsinstitut ist, in dem Wunsch, gemeinsame Bestimmungen über das auf Trusts anzuwendende Recht aufzustellen und die wichtigsten Fragen bezüglich der Anerkennung von Trusts zu regeln...“¹⁴.

¹² PGR 16. Titel Die Treuhänderschaften (Das Salmannenrecht) Art 897 bis 932.

¹³ *Alastair Hudson*, *Understanding Equity & Trusts*, London 2006, S. 52: „Trusts create property rights in the trust property for the beneficiary and personal rights against the trustees personally.“

¹⁴ Zit gem LGBl. 2006 Nr 62.

Gemäss Art 1 des Übereinkommens bestimmt dieses das auf Trusts anzuwendende Recht. Gemäss Art 6 Abs 2 ist aber eine Rechtswahl dann unwirksam, wenn eine durch den Begründer zu erfolgende Wahl einer Rechtsordnung das Institut des Trusts nicht kennt. Art 7 erwähnt für den Fall, dass keine Rechtswahl getroffen wurde, die anstelle der Wahl sich ergebenden Anknüpfungspunkte. Art 8 verweist hinsichtlich Fragen der Gültigkeit, der Auslegung, der Wirkungen und der Verwaltung des Trusts auf die sich entweder aus der Rechtswahl oder den Anknüpfungspunkten ergebende Rechtsordnung.

Da das Institut des Trusts ein anglosächsisches Rechtsgebilde ist, ist bezüglich seiner Entwicklung und seiner Ausgestaltung auf das englische Recht und seine Tradition zu verweisen.

Hier treten nun Begriffe auf, die der kontinentaleuropäischen Rechtsentwicklung fremd und gerade deswegen besonders zu erläutern und zu beachten sind.

- Equity
- Conscience
- Trustproperty
- Trustee Duties
- Treulohn

C.II.1.a. Equity

Ein besonderes Dilemma einer positivistisch aufgebauten Rechtsordnung besteht¹⁵ darin, dass mit einer unter Umständen gnadenlosen Genauigkeit in der Befolgung von gesetzlichen Bestimmungen Recht sich in höchstes Unrecht verkehren kann. Auch *Cicero* überliefert das römische Sprichwort „*summum ius summa iniuria*“. Dieser möglichen Ungerechtigkeit tritt Billigkeit entgegen. So kann Billigkeit einschliesslich auch einer Verfahrensbilligkeit eine gerechtigkeitsbezogene Korrektur in Sonderfällen bedeuten¹⁶.

¹⁵ *Arthur Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 2004, S. 35

¹⁶ *Alastair Hudson*, Understanding Equity & Trusts, London 2006, S. 6: „There are three different ways of understanding equity's role as part of the English legal system. First, equity can be understood as the means by which English law ensures that the strict application of a common law or a statutory rule does not result in any unfairness. To this extent equity is a form of natural justice which means that it has a moral basis. Equity's particular moral purpose was described by Lord Ellesmere in the Earl of Oxford's Case as being to ‚correct men's‘ consciences for frauds, breach of trusts, wrongs and oppressions ... and to soften and mollify the extremity of the law. Secondly, equity can be considered in its formal sense as constituting the collection of substantive principles developed over the centuries by the Courts of Equity, principally the Court of Chancery, to judge people's consciences. In this sense, equity should be understood as being a code of technical, substantive rules and not simply as a reservoir of general principles. Thirdly, equity can be understood as comprising the procedural rules and forms of action developed by the Courts of Chancery over the centuries under the authority of the Lord Chancellor. ... It should be noted that these second and third aspects of equity differ from the apparent breadth of the first in that they constitute technical rules of law rather than abstract philosophical principles...“

Das anglosächsische Recht, insbesondere das Treuhandrecht, kennt nun zur Behebung dieses Dilemmas den Begriff der „Equity“ und sieht im Law of Equity zwei Elemente, nämlich die Weiterentwicklung von Rechtsvorschriften aus Sonderfällen, damit auch die Möglichkeit, in einem übergeordneten Sinn Gerechtigkeit walten zu lassen, und das besondere Verfahren zur Erreichung von Billigkeit vor.

Denn Equity stützt sich also auf Entscheidungen, die in einer jeweiligen Auseinandersetzung über Rechtsfragen, aber auch für die Weiterentwicklung der gesellschaftlichen Anpassungen massgeblich sind¹⁷.

Equity verlangt ein anderes Verfahren als Common Law. Das Verfahren ist ursprünglich gekennzeichnet durch einen Gnadenakt des Königs und später durch die Courts of Equity prinzipiell durch das Court of Chancery, und, wie bereits erwähnt, sind diese Gerichte zur Prüfung der Gewissenhaftigkeit des Beklagten zuständig.

Billigkeit ist daher eine Ausnahmen beachtende Haltung, um unerwartete Härte in der Anwendung des gesetzten Rechtes zu vermeiden. Da es aber kein Kriterium für die

¹⁷ *Alastair Hudson, Equity & Trust*. London 2006, S. 24: „Equity is based on a series of fundamental principles, which are reproduced here. As drafted they are a collection of vague ethical statements, some more lyrical than others. The 12 propositions set out below are culled, as a list, primarily from Snell's Equity. At first blush, it is obvious that they are too vague to be meaningful in the abstract. They do not assert any particular view of the world other than that people should behave reasonably towards one another - hardly an alarming proposition in itself. They are rather like the Ten Commandments both in that they are capable of many interpretations and in that they constitute moral prescriptions for the values according to which people should behave. But they are not to be dismissed as merely lyrical pronouncements, because they are still applied by the courts.

Those principles are as follows:

- (a) Equity will not suffer a wrong to be without a remedy.
- (b) Equity follows the law.
- (c) Where there is equal equity, the law shall prevail.
- (d) Where the equities are equal, the first in time shall prevail.
- (e) Delay defeats equities.
- (f) He who seeks equity must do equity.
- (g) He who comes to equity must come with clean hands.
- (h) Equality is equity.**
- (i) Equity looks to the intent rather than to the form.**
- (j) Equity looks on as done that which ought to have been done.
- (k) Equity imputes an intention to fulfil an obligation.
- (l) Equity acts in personam.**

I would also add to that list five further principles which cut to the heart of equity:

- (m) Equity will not permit statute or common law to be used as an engine of fraud.
- (n) Equity will not permit a person who is trustee of property to take benefit from that property qua trustee.**
- (o) Equity will not assist a volunteer.“
(Hervorhebung durch den Verfasser)

Ausnahmefälle gibt, kommt der Richter, wie bei den Interpretationen des Gesetzes, an einen Punkt, an dem so gut wie jeder Unterschied in der Betrachtung des Sachverhaltes bedeutsam ist. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass ein Urteil sich ausschliesslich auf ein syllogistisches Verfahren stützen muss, so ist Billigkeit nicht möglich. Immer mehr setzt sich aber die Erkenntnis durch, dass es einen Justizsyllogismus (*Höffe*) nicht geben kann, da das Gesetz nicht in der Lage ist, den Richterspruch normativ zu determinieren.

C.II.1.b. Conscience

Ein besonderes Element des Law in Equity, und damit der entsprechenden Verfahren und Entscheidungen, ist, dass Equity ad personam wirkt und daher die Gewissenhaftigkeit der betroffenen Person einer besonderen Prüfung unterzogen wird.

Dieses Kriterium der Gewissenhaftigkeit kann zwar auch in dem Begriff der besonderen Sorgfaltspflichten erkannt werden, ist aber rechtshistorisch als ethischer und moralischer Begriff ein wesentlicher des Treuhandrechtes. Er geht über Sachfragen hinaus. Er ist eine besondere Dimension der Begriffe „Treu und Glauben“ und „nach bestem Wissen und Gewissen“. Er fordert als ethischer und moralischer Begriff quasi ein Heraustreten aus der blossen „Geschäftsmässigkeit“ und setzt als Entscheidungskriterium Gewissen und einen besonderen Wertekatalog voraus. Gewissenhaftigkeit ist eine Frage an die handelnde Person und nicht an die Handlung selbst.

Dieser Begriff der Gewissenhaftigkeit ist ein besonderer Haftungsgrund, der über das Trustrecht im modernen Gesellschaftsrecht und in jüngster Zeit wohl auch im gesamten Wirtschafts- und Finanzrecht immer mehr Eingang und Beachtung findet. Im engl. Common Law werden die Pflichten der Direktoren (Geschäftsführer) eines Unternehmens als Fiduciary Duties dargestellt¹⁸. Die Empörung über das gierige Handeln von Managern und ihre fast astronomischen „Bezüge“ selbst bei offensichtlichen Fehlleistungen mit unübersehbaren Schadensfolgen ist doch letztlich die Erkenntnis der Pflichtverletzungen gegenüber der anvertrauten Unternehmung und, wie sich zeigt, auch der gesamten Gesellschaft.

C.II.1.c. Trust Property

Art 2 Abs 1 des Übereinkommens bestimmt, dass der Ausdruck „Trust“ die von einer Person, dem Begründer, – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall – geschaffenen Rechtsbeziehungen bezeichnet, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustee unterstellt worden ist.

- a. Mit dem Ausdruck „Sondervermögen“ ergeben sich aber folgende Eigenschaften:

¹⁸ *Paul L. Davies in Gower's and Davies' Principles of modern Company Law*, London 2005, S. 380: „...for it corresponds also to the two basic common law sources of the rules on directors' duties in English law: duties of loyalty based on fiduciary principles, developed initially by courts of equity and duties of skill and care which rest, with some particular twists, on the principles, of the law of negligence. ... The duties of good faith which this fiduciary relationship imposes are virtually identical with those imposed on trustees, and to this extent the description 'trustee' has still validity.”

Gemäss Art 2 Abs 2 a Haager Übereinkommen entsteht ein Sondervermögen, das nicht Bestandteil des persönlichen Vermögens des Treuhänders ist¹⁹.

Gemäss Art 2 Abs 2 b lautet das Vermögen auf den Namen des Trustees oder eines Vertreters desselben.

Gemäss Art 2 Abs 2 c hat der Trustee die Befugnis und die Verpflichtung, über die er Rechenschaft abzulegen hat, das Vermögen in Übereinstimmung mit den Trustbestimmungen und den ihm durch das Recht auferlegten besonderen Verpflichtungen zu verwalten, zu verwenden oder darüber zu verfügen.

Durch die Errichtung des Trust entsteht also ein Sondervermögen (für die gemäss der Trusturkunde zu bestimmenden Begünstigten), dessen Erträge und letztlich auch Vermögensteile, und dies allenfalls über Generationen hinweg, aus dem Vermögen des Begründers (allenfalls Erblassers) ausgeschieden werden. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass durch die Anerkennung des Rechtsinstitutes Trust unter Umständen fideskommissarische sowie stiftungsrechtliche Regelungen ersetzt werden.

¹⁹ *Alastair Hudson*, *Equity & Trusts*, London 2006, S. 52 (Hervorh. d. Verf.): „**Trusts create proprietary rights in the trust property for the beneficiary and personal rights against the trustees personally.** (Hervorhebungen durch den Verfasser)

The trust is built on a combination of property law rules and personal obligations. First let us consider the proprietary aspects of the trust. As Lord Browne-Wilkinson held in *Westdeutsche Landesbank v Islington LBC* that '... in order to establish a trust there must be identifiable trust property'. Thus, if a settlor purported to create a trust without having any rights in the trust property at the time of purporting to create that trust, there would be no valid trust created. Once a trust is created, the trustee is required to hold the identified trust property on trust for the identified beneficiaries. **The trustee may not take any beneficial interest in the trust property**, unless the trustee is also a part of the class of beneficiaries in that particular trust, and must obey the terms of the trust. The beneficiaries in their turn have proprietary rights in the trust property, as is considered in detail in Chapter 4. Furthermore, if there is no beneficiary for whose benefit the property is held on trust, then the purported trust will simply not be valid. Therefore, property law will deal with the manner in which the trust fund is treated.

Secondly, however, the manner in which the trustee is required to behave in relation to the beneficiaries in the exercise of her **fiduciary duties** is a matter concerning a system of personal, equitable obligations. The obligations are equitable in that it is equity which recognises the rights of the beneficiaries. These obligations will stem from the proprietary rights of the beneficiaries in the trust property but go further than simply imposing proprietary obligations on the trustees. If the beneficiaries' rights were simply attached to the trust property, then if the trust fund were lost, the beneficiaries would similarly lose all of their rights. Therefore, to protect the beneficiaries' rights, the trustees are also taken to owe personal obligations to the beneficiaries to account to the beneficiaries for the value of the trust property in the event that the trustees commit some breach of trust. This has the effect that the trustees are personally liable to pay into the trust fund an amount equal to any loss suffered by the trust, ... This obligation is over and above any rights of the trustees to specific recovery of the trust property or to trace its value into the hands of third parties.“

Festzustellen ist, dass durch Bundesgerichtsentscheid in der Schweiz die Familienstiftung²⁰ nicht anerkannt und der Fideikommiss als Rechtsinstitut unbekannt ist.

Dem österreichischen ABGB war bis zum Gesetz des DRGBL 1938 I der Familienfideikommiss bekannt, wurde aber mit 1.1.1939 aufgehoben, und durch dieses Gesetz sind auch alle Anwartschafts- und Anfallsrechte ohne gesetzlichen Anspruch auf Entschädigung erloschen.

Durch das österreichische Bundesgesetz über die Privatstiftung (PSG) BGBl 1993/694 wurde in anderer Form als im Erbrecht vorgesehen, eine besondere „Vermögensnachfolgeordnung“ wieder eingeführt.

Das liechtensteinische Recht kennt seit der Einführung des Personen- und Gesellschaftsrechtes (PGR) vom 20. Januar 1926, LGBL 1926 4, sowohl die Rechtsinstitute des Fideikommisses (Art 829–833 PGR) sowie die Stiftung auch als Familienstiftung (Art 552 ff PGR in der Fassung LGBL 2008 Nr 220) sowie die Treuhänderschaften, das Salmannenrecht als Trust, (Art 897–932 PGR) ergänzt durch die Bestimmungen des Gesetzes über das Treuunternehmen (Geschäftstreuhand); LGBL. 1928 Nr 6 unter Art 932 a PGR die §§ 1–170).

Dieses Trustvermögen kann auch nicht in den Kategorien „Eigentum“, „Besitz“ und „Innehabung“ behandelt werden. Es fehlen wesentliche Begriffsmerkmale, insbesondere der Wille „rem sibi habendi“. Die Haltung von Trustvermögen ist daher eine obligatorische persönliche Verpflichtung, über eine Sache oder ein Recht, wie ein „Eigentümer“ gemäss dem Treuhandauftrag (Trust) zu verfügen. Dieser obligatorische Anspruch wird auch durch den Anspruch auf einen Treulohn²¹ dokumentiert²². Denn dieser ist wohl die einzige Teilhabe an dem Ertrag oder Vermögen des Trusts, ohne einen Interessenskonflikt hervorzurufen.

²⁰ Urteil der II Zivilabteilung Schweiz. Bundesgericht vom 8. Mai 1947.

²¹ Art 920 PGR: „Der Treuhänder hat Anspruch auf Ersatz aller notwendig gewordenen Auslagen, der Verwendungen im Interesse des Treugutes, auf Ersatz des ihm aus dem Treugut erwachsenen Schadens, auf Befreiung der im Interesse des Treugutes eingegangenen oder sonst entstandenen Verbindlichkeiten, ferner auf eine angemessene Entschädigung (Treulohn) für seinen Mühewalt, sofern es sich aus der Treuhandurkunde oder aus dem sonstigen Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten nicht anders ergibt.“

²² *Alastair Hudson, Equity & Trusts*, London 2006, S. 293: „In general trusts law, it is assumed that the trustee accepts her office voluntarily and it is assumed equally that she will not permit any conflicts of interest between the beneficiaries' interests and her own personal interests. Consequently, it is assumed by the case law that the trustee will act without regard to payment. It is suggested, however, in the modern context that this duty is of reduced value for two reasons. First, in commercial trusts practice, the trustees will be entitled to remuneration by the terms of the trust instrument. Secondly, as considered above, there are rights to remuneration and reimbursement of expenses in general terms. Therefore, the main context in which this principal might be said to bite - that is, denying the trustees any sort of wage or emolument from their office - is circumscribed in most cases in which the duties are so onerous as to require such remuneration. Therefore, the significance of this principle in modern practice is as a recognition of the trustee's obligations to act loyally in the service of the beneficiaries in the manner required by fiduciary office. In that sense, beyond questions of remuneration, the trustee continues to act gratuitously.“

b. Arten von Trust Property

Ursprünglich war „Trust Property“ Liegenschaftsvermögen, das während der Abwesenheit des bisherigen Eigentümers oder bei dessen Ableben durch Trustees zugunsten von Begünstigten oder zu einem besonderen Zweck (zB Unterhalt, Gemeinnützigkeit) verwendet werden sollte.

Durch die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahrhunderte und insbesondere der letzten Jahrzehnte haben sich die Vermögensarten, die als Treuhandvermögen verwaltet werden sollen, wesentlich verändert. Heute sind Trustvermögen sowohl Liegenschaftsvermögen als auch Unternehmensbeteiligungen, Vermögen in speziellen Verwaltungen sowie Immaterialgüterrechte und der Gemeinnützigkeit dienende Vermögensmassen.

Durch die Veränderung des „anvertrauten Gutes“ haben sich auch die Pflichten und Rechte der Trustees verändert und sind situativ dem jeweiligen Vermögen und den zu dessen Verwaltung und Förderung notwendigen Kenntnissen anzupassen. Aber nicht nur die fachlichen Voraussetzungen sind zu erfüllen. Auch ist in allen Entscheidungen der Treuhänder die langfristige Absicht, die dem Treuhandverhältnis innewohnt, zu beachten. Eine Forderung, die gerade in der Gegenwart, wie noch zu zeigen sein wird, von grösster Bedeutung ist.

Dies ist nicht nur eine sachliche Veränderung. Immer mehr sind die Treuhänder nicht nur zur Bewahrung und Verwaltung des Vermögens berufen, sondern verpflichtet, es nach Möglichkeit zu mehren. Im Rahmen einer Treuhänderschaft, die zB als Trustvermögen Industriebeteiligungen oder ein Anlagevermögen in Wertschriften beinhaltet oder in der Verwertung von Immaterialgüterrechten besteht, trägt der Treuhänder vielschichtige Verantwortlichkeiten, die nur mit den entsprechenden Ausbildungen und beruflichen Qualifikationen zu tragen sind.

C.II.1.d. The Duties of Trustees²³

a. Treuhandschaft

Von besonderem Interesse im Rahmen des Treuhandrechtes sind die Rechte und Pflichten des Treuhänders (Trustee).

Hierzu ist zu bemerken, dass der Begriff „Treuhandschaft“ im Folgenden nur im Rahmen der speziellen anglosächsischen Regelungen oder von diesen inspirierten Gesetzgebungen über Trusts, die auch im Rahmen des Haager Übereinkommens Teil kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen geworden sind, verstanden wird. Österreich kennt zwar den Begriff der Treuhandschaft, aber dieser ist eher eine verdeckte

²³ *Alastair Hudson*, *Understanding Equity & Trusts*, London 2006, S. 67: „The duties of the trustee are built around concepts of loyalty and good faith. The trustee is one example of a more general concept of English law: the fiduciary. Thus it is often said that trustees bear 'fiduciary duties'. For our purposes the terms 'trustee' and 'fiduciary' can be read as being synonymous. It is useful to understand, though, that there are four classic categories of fiduciary relationship: trustee and beneficiary, partners between themselves, company director and shareholder, and agent and principal. The common link is an obligation of loyalty owed by the fiduciary to the beneficiary in each relationship.“

Stellvertretung und in diesem Sinne eher ein Bevollmächtigungsvertrag²⁴. Das Gleiche gilt für das deutsche und das schweizer Recht, soweit es im Letzteren nicht als Trust im Sinne des Haager Abkommens definiert ist.

Durch Kapitel II Art 6 des Haager Übereinkommens wird das auf den Treuhandvertrag anwendbare Recht in der Form bestimmt, dass der Begründer die Rechtswahl hat. Diese Rechtswahl muss ausdrücklich sein und sich aus der Errichtungsurkunde oder einem anderen Schriftstück ergeben.

Sollte die Rechtswahl ein nationales Recht bestimmen, das das Recht des Trusts oder die Art des Trusts nicht vorsieht, so sind die Auslegungsregeln des Art 7 anzuwenden. Das Recht, dem der Trust untersteht, bestimmt sich dann gemäss den Regeln des Art 7, Abs 2:

„Bei der Bestimmung des Rechts, mit dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist, ist insbesondere folgendes zu berücksichtigen:

- a. der vom Begründer bezeichnete Ort der Verwaltung des Trusts;
- b. die Belegenheit des Vermögens des Trusts;
- c. der Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes oder der Niederlassung des Trustees;
- d. die Zwecke des Trusts und die Orte, an denen sie erfüllt werden sollen.“

Art 8 des Übereinkommens betrifft die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegungen, seine Wirkungen und seine Verwaltung.

Dies bedeutet aber auch, dass sowohl materielles als auch formelles Recht zur Anwendung kommen müssen. Denn eine Besonderheit des Treuhandrechtes ist es, dass die Lösung verschiedenster Konflikte im Rahmen der Treuhandschaft besonderen gerichtlichen Verfahren unterworfen sind, die durch besondere Verfahren von zuständigen Richtern entschieden werden können.

Im Gegensatz zu Liechtenstein kennt die Schweiz keine entsprechenden Verfahrensbestimmungen, die die Zuständigkeit sowie das Verfahren im Treuhandbereich regeln. So sind zB im liechtensteinischen Recht, im sogenannten Rechtsfürsorgeverfahren²⁵, liechtensteinische Gerichte zur Bestellung von Treuhändern und Repräsentanten (Art 904 und 905 PGR) sowie bei Beendigung eines Treuhandverhältnisses (Art 906 PGR) und bezüglich der Aufsicht und anderer Massnahmen bei Treuhänderschaften, sofern diese nicht als Familien-Treuhanderschaften zu betrachten sind (Art 929 PGR), zur Entscheidung bzw Aufsicht berufen.

Von grösstem Interesse kann in diesem Zusammenhang im schweizerischen Recht Art 1 ZGB sein. Dieser bestimmt:

„Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

²⁴ *W. und C. Völkl*, Beraterhaftung, Wien 2007, S. 252ff.

²⁵ LGBl. 1922 Nr 19.

Diese Gesetzesbestimmung erlaubt dem Schweizer Richter, auch nach Billigkeitsgesichtspunkten zu urteilen. Interessant in diesem Zusammenhang ist auch, dass rechtshistorisch das ZGB im Gegensatz zum „Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten“, 1794, zum „Österreichischen ABGB“, 1811, und dem französischen „Code Civil“, 1804, ein modernes Recht darstellt, das sich von den Traditionen des Naturrechtes abwendet.

b. Übernahme von Billigkeitsprinzipien in die Verantwortlichkeitskriterien von Gesellschaftsorganen

Im englischen Recht werden die Pflichten der Direktoren (Geschäftsleiter) in Analogie zu den Pflichten der Trustees entwickelt. Sie sind zu unterteilen in „duties of loyalty, good faith and duties of care“. Dabei ist wesentlich, dass die duties of loyalty und good faith sich auf fiduziarische Prinzipien beziehen, die zunächst durch die Courts of Equity entwickelt wurden, und die durch die gesetzlichen Bestimmungen (Common Law) eingeführten Kriterien „duties of skill and care“²⁶.

Gerade dadurch, dass das moderne europäische, sich bildende vereinigende Recht, stark unter dem Einfluss der anglosächsischen Rechtstradition steht, ist es bedeutsam, festzustellen, dass zB das englische Recht wie *Alastair Hudson* (siehe oben) feststellt, die Kategorien der „Fiduciary“ nicht abschliessend definiert. Es sind flexible Kategorien, die englisches Recht jeweils erweitern werden, wann immer es eine Situation gibt, die eine Erweiterung der Kategorien als angemessen erscheinen lässt.

Die kontinentaleuropäischen Rechte umschreiben die Rechte und Pflichten der „Geschäftsleitungen“ mit Versuchen, sie teilweise als Aufträge, als Dienstverträge oder Werkverträge zu definieren, wobei eine allgemeine Unsicherheit gerade durch die Gestaltungsverantwortung und -macht, die der Stellung der Geschäftsleitung zukommt, eintritt. Bestimmt doch § 76 Abs 1 DaktG, dass der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten hat, und § 70 Abs 1 ÖAktG, dass der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten hat, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert.

²⁶ *Gower and Davies*, Principles of Modern Company Law, London 2003, S. 380: „It is common in comparative analysis of company law systems to divide those duties into duties of loyalty and duties of care. Although the line between these two sets of duties is not absolutely clear, they broadly correspond to the two main risks which shareholders run when management of their company is delegated to the board. The board may be active, but not in the direction of promoting the shareholders' interests; or the board may slack. We shall adopt this division here, for it corresponds also to the two basic common law sources of, the rules on directors' duties in English law: duties of loyalty based on fiduciary principles, developed initially by courts of equity, and duties of skill and care which rest, with some particular twists, on the principles of the law of negligence. We shall turn first to directors' fiduciary duties, which constitute the greater part of the law on directors' duties as a whole.

As remarked above, the duties of loyalty which the law requires of directors were developed by the courts by analogy with the duties of trustees. It is easy to see how, historically, this came about.“

Im deutschen Aktiengesetz (fortan: D AktG) wird die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder in § 93²⁷ behandelt. Es wird die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gefordert.

Das österreichische Aktiengesetz (fortan: ÖAktG) bestimmt in § 84 Abs 1 dasselbe wie das D AktG, ergänzt aber den ersten Satz durch die Verpflichtung, über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren.

Das Schweizer Obligationenrecht (fortan: ORCH) bestimmt in Art 717 Abs 1, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung beauftragt sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen²⁸ wahren müssen.

Gemäss § 93 D AktG Abs 1 Satz 2 liegt eine Pflichtverletzung dann nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Business Judgment Rule umfassen auch nach überwiegender Meinung auch die Freiheit von Interessenskonflikten²⁹.

§ 84 ÖAktG entspricht wortgetreu den Bestimmungen des § 93 D AktG.

Die Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten (§ 93 Abs 1 D AktG und § 83 Abs 1 ÖAktG) sind in der Literatur und in den Entscheidungen ein vielfältiges Thema. Als Grundregel darf jedoch angenommen werden, dass ein Vorstand oder ein Mitglied desselben den Anforderungen genügen muss, die an einen Geschäftsleiter zu stellen sind, der nicht eigenes Vermögen, sondern wie ein Treuhänder fremde Vermögensinteressen verwaltet. Masstab ist ein Vergleichsunternehmen der konkreten Art, insbesondere hinsichtlich der Tätigkeit, Grösse und wirtschaftlichen Lage³⁰.

Nicht nur durch das Haager Abkommen über das auf Trusts anwendbare Recht nimmt der Einfluss des anglosächsischen Rechts auf das kontinentaleuropäische immer mehr zu. Dies lässt sich auch im Gesellschaftsrecht, insbesondere im Aktienrecht, feststellen. Dabei ist besonders beachtenswert, dass die Weiterentwicklung der Verantwortlichkeiten der Organe durch Regeln, die sowohl die spezifischen Kenntnisse der einzelnen Organmitglieder, als auch die Organisation der Organe und ihr Zusammenwirken betreffen, die aber im technischen Sinne nicht Gesetze sind, bestimmt werden.

Die Verantwortlichkeiten und Sorgfaltspflichten, bisher in den bürgerlichen Gesetzen oder in den Aktiengesetzen (§ 84 Abs 1 ÖAktG, § 93 Abs 1 D AktG und 717 ORCH) festgehalten, werden durch Vorschriften der Corporate Governance detailliert umfasst.

Die Frage nach der Natur der mit Mitgliedern der Vorstände zu treffenden oder getroffenen Vereinbarungen ist sowohl in der Rechtsprechung wie auch in der Lehre um-

²⁷ § 93 D AktG: Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder.

²⁸ Zu den Treupflichten siehe *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, S. 1626 ff.

²⁹ *Krieger/Sailer* in *Schmidt/Lutter* (Hrsg.) Aktiengesetz, Kommentar, Köln 2008, S. 1061

³⁰ *Krieger/Sailer* in *Schmidt/Lutter* (Hrsg.) Aktiengesetz, Kommentar, Köln 2008, S. 1059/60 und dort angegebene Literatur.

stritten. Dies ist auch verständlich, denn die Auftragstellung der Geschäftsleitungen ist nicht im Rahmen eines Dienstvertrages oder Anstellungsvertrages erfassbar. Sie ist in der Typologie des Vertragsrechtes bestenfalls als Geschäftsbesorgungsvertrag zu verstehen. Aber auch hier sind wesentliche Elemente der Geschäftsführungsaufgabe³¹ nicht erfassbar, da die Aufgabenstellung der Geschäftsleitungen eine langfristige ist und der Erfolg der Unternehmung nicht an kurzfristigen Veränderungen, sondern im Sinne der von Gesetzes wegen festgelegten Zielsetzung auszurichten ist. Wegweisend ist die Bestimmung des § 70 Abs 1 ÖAktG, in der der Vorstand verpflichtet wird, in eigener Verantwortung (also wie der Trustee ad personam) die Gesellschaft so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert.

Betrachtet man diesen Anforderungskatalog, so wird deutlich, dass die geforderte „Interessenwahrung“ gesetzlich nicht klar umrissen ist und durch die sich rasch wandelnden Umstände, unter denen der Vorstand entscheiden und tätig werden muss, ein immer grösseres Risiko beinhaltet, das ebenso nicht durch gesetzliche Regelungen definiert werden kann. Die Umrisse der Verantwortung und der Pflichten können nur durch Einflüsse von der geschäftlichen Umwelt und der in ihr zu entwickelnden Regeln immer wieder neu gefasst werden. Damit kommt aber der alte Begriff des „Handelsbrauches“ als Entscheidungsgrundlage wieder zurück.

Diese Vorstösse betreffend die Corporate Governance wurden zunächst im anglosächsischen Rechtsraum, und hier insbesondere in England (Cadbury Report 1992 mit dem Code of Practice, Turnbull Report 1999 und in den USA der Blue Ribbon Report 1999), entwickelt.

Trotz der heute allgemein anerkannten Governance-Regeln und der damit zusammenhängenden Anstrengungen sind in den letzten Jahren und Monaten durch Fehlleistungen der Organe Firmenzusammenbrüche geschehen, die ohne Vergleich mit der Vergangenheit sind. Die Verantwortungslosigkeit von Managern, ihre Unfähigkeit, die Konsequenzen ihres Tuns auch nur mittelfristig abzuschätzen und zu steuern, haben eine allgemeine Wirtschaftskrise ausgelöst, deren Bewältigung über längere Zeit enorme Opfer der Gemeinschaften wie auch von Einzelpersonen fordern wird.

Es muss jedoch abermals festgestellt werden, dass mehr oder weniger abstrakte oder gar das Detail erfassende Regelwerke nicht imstande waren und sein werden, die Anpassung der jeweiligen Entscheidungen und Handlungen an die sich ständig und schnell verändernden wirtschaftlichen, unternehmerischen und gesellschaftlichen Veränderungen zu erreichen und damit eine der wesentlichen Voraussetzungen des Billigkeitsrechtes zu erfassen oder sogar festzuhalten. Das Risiko des Fehlers ist weiterhin zu tragen, denn es kann nicht verlangt werden, dass die Informationen zur Entscheidungsfindung bei deren Fällung bekannt sind (zB die Umsetzung eines neuen Verfahrens bzw die Voraussicht auf den Markterfolg eines neuen Produktes). Das durch die Geschäftsleitung zu tragende Risiko kann nur teilweise durch die Methodik der Entscheidungsfindung und der Umsetzung derselben gemildert werden, indem der

³¹ *Krieger/Sailer in Schmidt/Lutter (Hrsg.) Aktiengesetz, Kommentar, Köln 2008, S. 1059/60: „Im Übrigen gilt der Massstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, dh der Vorstand muss den Anforderungen genügen, die an einen Geschäftsleiter zu stellen sind, der nicht eigenes Vermögen, sondern wie ein **Treuhand**er fremde Vermögensinteressen verwaltet.“*

Prozess der Entscheidungsfindung überprüfbar gemacht wird. Es ist dies die zu verlangende Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung.

Es ist dies auch die Frage nach dem „Gewissen“, also der ethischen Basis der unternehmerischen Handlung, ihrer Zielsetzung und Wirkung. Diese ethische Grundlage erfordert nicht nur eine andere Einstellung zu der übernommenen Aufgabe, sondern, was noch zu zeigen sein wird, auch eine längerfristige Wirkungsabsicht der einzelnen Handlungen.

Grundsätzlich hat alle Billigkeit, gerade weil sie *ad personam* wirksam ist und sein soll, im Gewissen und damit in der ethischen Einstellung des Handelnden und die darauf aufbauende Gewissenhaftigkeit im Handeln ihren letztlich gültigen Massstab.

Aber nicht nur die „Corporate Governance“-Regelungen wurden zunächst nicht durch gesetzliche Bestimmungen eingeführt. Für den gesamten Wirtschaftszweig der Finanzdienstleistungen wurden durch die Bemühungen der FATF (Financial Action Task Force) zur Bekämpfung der Geldwäscherei, der Terrorismusfinanzierung und der organisierten Kriminalität im Jahre 2001 acht besondere Empfehlungen und am 20. Juni 2003 40 Empfehlungen zu den gleichen Themen veröffentlicht. Diese haben dann auch in der zweiten EG-Geldwäsche-Richtlinie (RL 2001/97/EG) ihren Niederschlag gefunden. Die Umsetzung dieser Richtlinie in den nationalen Rechten ist erfolgt³². Durch sie wird neben den Corporate-Governance-Regeln ebenfalls ein besonderer Code of Conduct eingeführt, der neue Kontroll- und Informationsmassnahmen erfordert, die wiederum eine erhöhte Verantwortung bewirken. Es muss aber festgestellt werden, dass all diese Regeln und auch Gesetze nur in geringem Masse die Ziele, nämlich durch kriminelle Handlungen (Rauschgift, organisiertes Verbrechen, Korruption etc.) erworbenes Geld und Werte festzustellen und aus dem Wirtschaftsleben fernzuhalten, erreicht haben.

C.II.1.e. Treulohn

Wie schon erwähnt, findet gerade durch den Einfluss des anglosächsischen Rechts auch eine immer vertieftere Wirkung auf das Geschäfts- und Rechtsleben im kontinentaleuropäischen Recht statt.

Der liechtensteinische Gesetzgeber hat in die Novellierung des Art 182, Abs. 2 PGR, LGBL 2008, Nr 220, eine allgemeine Bestimmung, die im Übrigen auch für die Treuhänderschaft Gültigkeit hat, aufgenommen, in der die Verwaltung eines Unternehmens für die anzuwendende **Sorgfalt in der Leitung und Förderung** des Unternehmens, unter Beobachtung der Grundsätze einer ordentlichen Geschäftsführung und Vertretung, verantwortlich ist.

Prof. *Peter Bockli* schreibt in seinem Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht³³ von einer Osmose des anglosächsischen Rechtes im Schweizer Aktienrecht.

Art 717 ORCH fordert unter dem Titel Sorgfalts- und Treupflicht, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahrzunehmen haben.

³² Nur als Beispiel: Liechtensteinisches Sorgfaltspflichtgesetz 1996 in der Fassung LGBL 2005/5.

³³ *Peter Bockli*, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005.

Die „fiduciary duties“, also Treupflichten, die sich, wie oben dargetan, direkt von den Pflichten des Trustees ableiten lassen, gewinnen in neuerer Zeit immer mehr an Bedeutung und dies nicht nur im Rahmen der Bestimmungen über Corporate-Governance-Bestrebungen³⁴. Die Auseinandersetzung betrifft auch, und dies vermehrt auch in der Zukunft, die Honorierung von Verwaltungsräten und Geschäftsführungsorganen.

Nur am Rande sei vermerkt, dass zB *Böckli* nicht von Honorierung, sondern von Entschädigung des Managements spricht. In neuerer Zeit darf man gerade auch in der Finanzwirtschaft fragen, wer denn für die Leistungen des Managements entschädigt werden soll. Die jüngste Entwicklung zeigt mit aller Deutlichkeit, dass die Honorarregelungen, die Tantiemen- bzw. Aktienoptionsverfahren zugunsten des Managements dazu führten, dass kurzfristige Interessen des Managements langfristigen Interessen der Unternehmungen und der gesamten Gesellschaft zum Nachteile gereichten.

Die Diskrepanz zwischen den Interessen der Unternehmer, des Unternehmens, der Unternehmensangehörigen und des Managements, ganz zu schweigen von der Interessenswahrung zugunsten der Gemeinschaft, tritt und trat in erschreckendem Ausmass zutage. Diese allgemeine Interessenswahrung erfordert vor allem eine langfristige Erfassung der Aufgabenstellung der einzelnen Organe.

Nicht der kurzfristige Erfolg darf der Massstab sein, an dem die Leitungsorgane gemessen werden, sondern viel eher das langfristige Gedeihen und Überleben der Unternehmung oder Institution.

Es muss also von den Unternehmensleitungen im gleichen Masse wie vom Trustee die Anpassung an die jeweils neuen Verhältnisse und Entwicklungen verlangt werden. Diese Aufgabe ist immer risikobehaftet. Sie erfordert zwei Grundeinstellungen. Einmal die ständige Auseinandersetzung mit dem Umfeld, in dem die einzelne Unternehmung oder Institution tätig ist und sein wird, zum anderen die Bereitschaft zu mittel- und langfristig wirkenden notwendigen Veränderungen der zu erbringenden Leistungen. Diese Risiken können aber nur durch Personen mit entsprechenden Fähigkeiten personeller und fachlicher Art getragen werden. Und diese müssen sich gleichzeitig bewusst sein, dass auch sie in ihrer Tätigkeit das Risiko der Anpassung und des Scheiterns tragen, das nicht auf Dritte abgewälzt werden kann. Sie sind in ihrer Tätigkeit ad personam gefordert und daher auch verantwortlich.

Hier setzt wiederum die Diskussion über den gerechtfertigten Treulohn (trustee remuneration) ein und das Prinzip, dass der Treuhänder sich jedes Interessenskonfliktes in der Verwaltung und Förderung des Treugutes zu enthalten hat.

Gerade im Treuhandrecht ist die Wahrung langfristiger Interessen, zugunsten allenfalls auch ungeborener Begünstigter, eine allseits zu beachtende Maxime.

Nachdem nun aber Treuhandverhältnisse immer weniger nur die Verwaltung, sondern vor allem auch die Förderung eines Vermögens beinhalten, gewinnen die Problemstellungen der Interessenskonflikte und damit indirekt auch die Fragen nach der Gestaltung des Treulohnes immer grössere Bedeutung. Dies gilt insbesondere auch

³⁴ *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005, § 14, S. 1740ff sowie *Sanjay Anand*, Essentials of corporate governance, New Jersey 2008, weiters *Fredmund Malik*, Die neue Corporate Governance, Frankfurt a. M. 2002.

unter Berücksichtigung der Langfristwirkung aller geschäftsleitenden Beschlüsse der Organe.

Die Honorierung der Organe kann daher nicht aufgrund kurzfristiger Faktoren festgestellt werden. Es stellt sich auch die Frage, ob überhaupt eine Relation zwischen den anvertrauten Treuermögen, dessen Ertrag und der Honorierung hergestellt werden soll und darf.

Die Beantwortung dieser letzten Frage wird umso schwieriger, je mehr die Geschäftsleitungen in Unternehmen tätig werden, die mit der Gründung, Geschichte und Entwicklung nicht verbunden waren. Somit wird ihnen eine bereits bestehende Vermögensmasse zur weiteren Verwaltung und Förderung anvertraut, und dies für eine auch diesen Tatsachen Rechnung tragende Honorierung.

Es könnte eine Honorierung vorgesehen werden, die kenntnis-, aufwand- und umstandsbezogen die Stellung der Organe zu erfassen versucht. Entsprechende Honoraranleitungen sind berufsspezifisch und marktüblich als bekannt vorauszusetzen. Es sind dies die Honorare von Anwälten, Revisoren, besonderen Beratern etc. Sie können zwar ebenfalls den Wert des „anvertrauten Gutes“ berücksichtigen, sind aber auf die Dauer des Vertragsverhältnisses und die spezifische Aufgabenstellung bezogen beschränkt. Eine mittel- und langfristige Beteiligung am Beratungs- und Tätigkeitserfolg, wie sie in den verschiedenen Bonus- oder gar Beteiligungsoptionen vorkommt, dürfte gerade unter dem Gesichtspunkte der Langzeitwirkungen der zu treffenden Entscheidungen weder angemessen noch gerecht sein. Kein Interessenkonflikt wird dadurch entstehen, wenn ein Mitglied der Geschäftsleitung sich zB einer Publikums-gesellschaft unter Beachtung der Insiderregelungen mit eigenem Geld und über die allgemein üblichen Institutionen an der von ihm geleiteten Unternehmung beteiligt oder seine Beteiligung wieder veräußert. Eine Bevorzugung durch Optionsrechte aller Art dürfte den zu erwartenden Ehrenkodex der Geschäftsleitungen und ihrer Mitglieder verletzen. Sollte es sich um ein Privatunternehmen handeln, so kann der Wert einer all-fälligen Beteiligung durch die entsprechenden Berechnungen (Unternehmensbewer-tungen) festgestellt werden.

Der durch die wirtschaftliche Vereinheitlichung fortschreitende Einigungsprozess wird zu einer weiteren Rechtsvereinheitlichung führen, die von nationalen Gesetzge-bungen nur unter Schwierigkeiten übernommen werden können. Dies einmal, weil sie der Rechtstradition der einzelnen nationalen Rechte nicht entsprechen (Übernahme von EU-Richtlinien) und daher neues Recht zu schaffen ist, zum anderen aber auch, weil die Bildung von Handlungs- und Entscheidungskriterien nicht durch gesetzgebe-rische Institutionen erfasst oder initiiert und bestimmt werden (zB Gutachtertätig-keiten in Einzelfällen, Güterbewertungen, spezifische Sorgfaltspflichten).

Da aber die gesetzgeberischen Verfahren nicht geeignet sind, sich dem immer mehr beschleunigenden Wandel in der Gesellschaft anzupassen, werden das Richter-recht und damit die Wirkungen der Billigkeit einen immer grösseren Einfluss auf die Rechtsentwicklung und Rechtsfindung haben.

Die elektronischen Urkundenarchive der Körperschaften öffentlichen Rechts – Die rechtliche Qualität der gespeicherten Urkunden

Dr. Stephan Rohringer, Gänserndorf

A. Einleitung

Den Begriff des „elektronischen Urkundenarchivs“ kennt man grundsätzlich schon seit dem Notariats-Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999¹, mit welchem die Österreichische Notariatskammer gesetzlich ermächtigt wurde, das „Urkundenarchiv des österreichischen Notariats“ einzurichten. In dieses Archiv mussten sämtliche notariellen Urkunden (Notariatsakte und notarielle Protokolle) parallel zur herkömmlichen Aufbewahrung gespeichert und konnten auf Ersuchen der Parteien auch vom Notar errichtete oder ihm übergebene Privaturkunden archiviert werden. Auf diese Weise sollte langfristig die herkömmliche Urkundenaufbewahrung in Papierform bei den Notaren und bei den Notariatsarchiven, welche bei den Gerichtshöfen erster Instanz eingerichtet sind (§§ 143 ff NO² aF), ganz oder zumindest teilweise ersetzt werden³. Es sollte also nicht nur eine der technischen Entwicklung entsprechende Modernisierung des notariellen Urkundenwesens erreicht, sondern auch die mit der Urkundenaufbewahrung in Papierform verbundene zunehmende Platzproblematik, sowohl in den Notariaten als auch bei den Notariatsarchiven, einer Lösung zugeführt werden. Außerdem sollte die elektronische Speicherung ganz wesentlich die spätere Auffindbarkeit von notariellen Urkunden und den raschen Zugriff auf diese erleichtern sowie mit wesentlichen Einsparungsmöglichkeiten verbunden sein⁴.

Mit dem BRÄG 2006⁵ wurde der Österreichischen Notariatskammer, dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertag und der Bundes-Architekten- und -Ingenieurkonsulentenkammer schließlich die Möglichkeit eröffnet, im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse elektronische Urkundenarchive einzurichten. Der in diese Archive gespeicherte Dateninhalt soll nach dem Gesetzgeber⁶ als Original der Urkunde gelten, und zwar unabhängig davon, ob die Urkunde ursprünglich elektronisch oder in Papierform errichtet wurde. Die Einstellung in ein solches elektronisches Urkundenarchiv

¹ BGBl I 1999/72.

² Notariatsordnung RGBI 1871/75.

³ Dieses Ziel wurde zum Teil schon umgesetzt. Notarielle Urkunden, die nach dem 31.12.1999 errichtet und gem § 110 Abs 3 NO in der jeweils geltenden Fassung archiviert wurden, sowie notarielle Urkunden, die nachträglich entsprechend § 110 Abs 3 NO archiviert werden, können nach Ablauf von zehn Jahren nach Beendigung des Geschäftsfalles vernichtet (skartiert) werden, wenn nicht der besondere Inhalt, eine gesetzliche Regelung oder eine Vereinbarung eine längere Verwahrung beim Notar erfordern (§ 110a Abs 5 NO).

⁴ Vgl ErläutRV 1633 BlgNR 20. GP 16.

⁵ Berufsrechts-Änderungsgesetz für Notare, Rechtsanwälte und Ziviltechniker BGBl I 2005/164.

⁶ ErläutRV 1169 BlgNR 22. GP 1.

soll auf diese Weise neben einem erhöhten Maß an Rechtssicherheit auch den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten ermöglichen bzw Letzteren erleichtern.

Bei näherer Betrachtung der gesetzlichen Grundlagen ergibt sich allerdings ein differenziertes Bild, was die rechtliche Qualität der in diesen elektronischen Urkundenarchiven gespeicherten Urkunden betrifft. Es kann keineswegs davon ausgegangen werden, dass jeder auf diese Weise archivierte Urkunde eine derartige Originalfiktion zukommt. Zwar bestimmt § 91c Abs 2 fünfter Satz GOG⁷ iVm § 91b Abs 7 GOG, dass der in den Urkundenarchiven der Körperschaften öffentlichen Rechts gespeicherte Inhalt – bis zum Nachweis des Gegenteils – als ein Original der gespeicherten Urkunde gilt, damit sind aber wohl nur jene Urkunden gemeint, die auch tatsächlich für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind. Alle übrigen Urkunden, die ebenfalls in eines dieser Urkundenarchive gespeichert wurden, werden diese Qualität nicht aufweisen können. § 91c Abs 1 GOG ermächtigt die Körperschaften öffentlichen Rechts schließlich nur, im eigenen Wirkungsbereich Urkundenarchive einzurichten, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind. Die entsprechenden Bestimmungen des GOG, insbesondere § 91c Abs 2 fünfter Satz GOG iVm § 91b Abs 7 GOG, gelten somit ausschließlich für ebendiese Urkunden.

Die Archivierung sämtlicher Urkunden in das elektronische Urkundenarchiv der Notare erfolgt unter Verwendung der elektronischen Beurkundungssignatur der Notare, welche dem Notar bei der Erledigung seiner Amtsgeschäfte nach § 1 NO die elektronische Unterfertigung ermöglicht. Die Rechtsanwälte bedienen sich bei der Speicherung von Urkunden in ihr Urkundenarchiv ihrer elektronischen Anwaltssignatur, das ist eine im Rahmen ihrer gesamten anwaltlichen Tätigkeit einsetzbare Berufssignatur. Die Ziviltechniker wiederum verwenden zur Archivierung von elektronisch errichteten öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG⁸ ihre elektronische Beurkundungssignatur und von sonstigen Urkunden die elektronische Ziviltechnikersignatur⁹.

⁷ Gerichtsorganisationsgesetz RGBI 1896/217.

⁸ Ziviltechnikergesetz 1993 BGBl 1994/156.

⁹ Nach § 4 Abs 1 UAR (Richtlinien gemäß § 33b ZTKG über die Führung eines elektronischen Urkundenarchivs der Ziviltechniker-Urkundenarchiv-Verordnung) sollen für die Speicherung von „sonstigen öffentlichen Urkunden Dritter“ im Urkundenarchiv dieselben Regeln und Vorgänge zur Archivierung (etwa die Verwendung der elektronischen Beurkundungssignatur) gelten wie für die elektronisch errichteten öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG. Hier muss es sich wohl um ein Redaktionsversehen (wie auch in § 16 Abs 8 dritter Satz ZTG, der hier die Verwendung der elektronischen Beurkundungssignatur vorschreibt) handeln, da die Archivierung beliebiger öffentlicher Urkunden wohl nur den Zweck und die rechtliche Wirkung haben kann wie die Archivierung von beliebigen Privaturkunden. Die Gesetzesmaterialien zu § 16 Abs 8 dritter Satz ZTG (ErläutRV 287 BlgNR 23. GP 3) bestärken diese Ansicht und widersprechen im Grunde der Regelung, auf die sie sich eigentlich beziehen: „Andere Urkunden als öffentliche Urkunden, die mit Zustimmung des Auftraggebers elektronisch erstellt werden, dürfen nur mit der elektronischen Ziviltechnikersignatur in das elektronische Urkundenarchiv eingebracht werden.“ Die elektronische Beurkundungssignatur soll ausschließlich im hoheitlichen Bereich der Tätigkeit des Ziviltechnikers verwendet werden, für den nichthoheitlichen Teil steht diesem die Verwendung seiner Berufssignatur offen (ErläutRV 1169 BlgNR 22. GP

Die elektronischen Urkundenarchive der Körperschaften öffentlichen Rechts

Auch diese Signaturen wurden mit dem BRÄG 2006 eingeführt. Sie sind allesamt „qualifizierte elektronische Signaturen“ iSd § 2 Z 3a SigG¹⁰.

B. Das elektronische Urkundenarchiv des österreichischen Notariats

B.I. Die archivierten Urkunden

Die in das elektronische Urkundenarchiv der Notare („cyberDOC“) gespeicherten Urkunden werden nach Punkt 1.3 UAR 2007¹¹ eingeteilt in eigene notarielle Urkunden (Notariatsakte, notarielle Protokolle), GOG-Urkunden, das sind Urkunden, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind, und sonstige Urkunden, die gem § 140e Abs 1 NO und Punkt 5.4.1 UAR 2007 nur dann zu archivieren sind, wenn ein diesbezüglicher Antrag einer Partei vorliegt.

Die Errichtung, Betreuung, Führung und Überwachung des elektronischen Urkundenarchivs erfolgt durch die Österreichische Notariatskammer. ME – und entgegen Punkt 1.3.2 UAR 2007, wonach dies (nur) für die Archivierung von GOG-Urkunden gelten soll – wird das gesamte elektronische Urkundenarchiv des österreichischen Notariats von der Österreichischen Notariatskammer hoheitlich geführt und werden die Notare demgemäß bei der Führung desselben stets als Organe der Österreichischen Notariatskammer tätig.

Dies ergibt sich

- aus der Bestimmung des § 140b Abs 6 NO, wonach die Österreichische Notariatskammer „bei der Einstellung von Urkunden in das Urkundenarchiv des österreichischen Notariats“ (ohne Unterscheidung des Urkundentyps) die Träger der Ausweiskarten für die elektronische Beurkundungssignatur als Organe iSd § 91d GOG heranzuziehen hat (auch die UAR 2007 selbst sprechen in ihrem Punkt 5.1.1 vom „einstellenden Organ“, offensichtlich gleichfalls für sämtliche Urkundentypen),
- aus § 140i NO, der eine Grundlage für die Anwendung des AHG hinsichtlich der Schäden bildet, die aus Fehlern bei der Archivierung von sämtlichen Urkunden (dh auch von eigenen notariellen und sonstigen Urkunden) im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats resultieren, sodass die Österreichische Notariatskammer nach dieser Regelung stets für die Fehler ihrer Organe nach dem AHG einzustehen hat, und
- durch die Verwendung der elektronischen Beurkundungssignatur beim Archivierungsvorgang für sämtliche Urkundentypen, die – wie das Amtssie-

4, 43. So auch Punkt 2.4. der Landesregeln der Ziviltechniker, wonach das Siegel bzw die elektronische Beurkundungssignatur nur den im Rahmen der Befugnis errichteten öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG beigesetzt werden darf). Da das Urkundenarchiv aber mE hinsichtlich der Speicherung sonstiger (öffentlicher oder privater) Urkunden Dritter nicht hoheitlich geführt wird, müssten diese somit wohl unter Verwendung der elektronischen Ziviltechnikersignatur gespeichert werden.

¹⁰ Signaturgesetz BGBl I 1999/190.

¹¹ Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer vom 4.6.2007 für das Urkundenarchiv des österreichischen Notariats idF vom 19.10.2007.

gel in der Papierwelt – nur im hoheitlichen Bereich der Tätigkeit des Notars zu verwenden ist.

B.II. Die rechtliche Qualität der gespeicherten Urkunden

Der im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats gespeicherte Dateninhalt von Urkunden, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind, gilt gem § 91c Abs 2 fünfter Satz GOG iVm § 91b Abs 7 GOG bis zum Nachweis des Gegenteils als ein Original der gespeicherten Urkunden. Zu den Urkunden, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind bzw bestimmt sein können, zählen jedenfalls die GOG-Urkunden, mE aber auch eine Vielzahl von eigenen notariellen Urkunden – etwa ein im Grundbuch zu verbüchender und in Notariatsaktsform errichteter Schenkungsvertrag – mit entsprechender Freigabe für die Gerichte.

Da von archivierten Notariatsakten auch Ausfertigungen¹² (§ 99 NO), von archivierten notariellen Protokollen auch Beurkundungen¹³ (§ 97 NO) und von sämtlichen archivierten eigenen notariellen Urkunden beglaubigte Ausdrücke (mit derselben rechtlichen Qualität wie beglaubigte Abschriften¹⁴ von Papierurkunden¹⁵) erteilt werden können und für diese Vorgänge jeweils die „Urschrift“ zum Vergleich bzw zur Wiedergabe benötigt wird, muss jede im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats gespeicherte notarielle Urkunde wohl nicht nur als Original zu gelten haben, sondern sie hat mE auch ein „Original“, eine Art „elektronische Urschrift“, zu sein. Der Notar stellt somit durch Scannen und Archivieren einer notariellen Urkunde in Papierform eine „elektronische Urschrift“ her. Wird ein ursprünglich in elektronischer Form errichteter Notariatsakt im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats gespeichert, müsste es dann zwei „elektronische Urschriften“ der Urkunde geben.

Hiezu sei allerdings angemerkt, dass den Notaren für den Speichervorgang für die vor dem 1.7.2007 im Urkundenarchiv gespeicherten notariellen Urkunden noch keine

¹² Eine Ausfertigung ist eine öffentliche Urkunde (§ 2 NO), die mit der (eigentlichen) Urschrift wortgetreu übereinstimmen muss (§ 98 Abs 1 NO), im Rechtsverkehr das Original des Notariatsaktes vertritt und deren Vorlegung die gleiche Wirkung wie die Vorlegung einer Urschrift hat (*Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 91 Rz 2).

¹³ Das notarielle Protokoll ist die Urschrift, die beim Notar verbleibt, die Beurkundung die darauf beruhende Urschrift, die der Notar herausgibt (*Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 76 Rz 2).

¹⁴ Die Ausdrücke „Abschrift“ oder „Kopie“ umfassen nunmehr jede, auf welche Art immer hergestellte Vervielfältigung einer „Hauptschrift“ (*Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 77 Rz 2).

¹⁵ Die beglaubigte Abschrift ist die Abschrift einer Urkunde, die mit der schriftlichen Versicherung einer öffentlichen Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Person versehen ist, dass die Abschrift mit der Originalurkunde inhaltlich vollständig übereinstimmt. Die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde ist eine öffentliche Urkunde, während die beglaubigte Abschrift einer Privaturkunde eine Privaturkunde bleibt und nur der Beglaubigungsvermerk selbst als öffentliche Urkunde zu werten ist (*Bittner in Fasching/Konecny* [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² III § 292 Rz 38).

elektronische Beurkundungssignatur zur Verfügung gestanden ist. Den vor dem 1.7.2007 archivierten notariellen Urkunden kommt demnach eine derartige rechtliche Qualität eines Originals nicht zu. Dem Notar steht es allerdings frei, früher errichtete notarielle Urkunden (ein weiteres Mal) zu archivieren und sie so mithilfe seiner Beurkundungssignatur mit der Qualität eines Originals auszustatten. Eine solche nachträgliche nochmalige Archivierung von notariellen Urkunden wäre va für jene Urkunden empfehlenswert, die im Zeitraum zwischen 1.1.2000 und 30.6.2007 errichtet wurden und die der verwahrende Notar vorzeitig vernichten will (siehe FN 3).

Allen übrigen Urkunden, die ebenfalls in das Urkundenarchiv gespeichert wurden (etwa einer nicht in Notariatsaktsform errichteten Patientenverfügung), kommt eine derartige Rechtswirkung jedenfalls nicht zu. Dennoch müssen die archivierten sonstigen Urkunden gleichfalls eine sehr hohe Beweiskraft aufweisen. Immerhin bestätigt der Notar mit seiner elektronischen Beurkundungssignatur bei der Archivierung die Übereinstimmung des gescannten Abbilds mit der in Papierform vorliegenden Urkunde oder der in das Archiv übertragenen elektronischen Urkunde mit der elektronisch errichteten Urkunde (Punkt 5.1.5 UAR 2007). Dieser Vorgang ist zwar keine Vidimierung¹⁶ iSd § 77 NO (hier fehlt etwa die Beglaubigungsklausel), aber vom Ablauf her derselbe, der archivierte GOG-Urkunden mit einer Originalfiktion ausstattet und archivierte eigene notarielle Urkunden zu „Urschriften“ macht. Hier handelt es sich wohl um eine neue Form, eine mit einer Vidimierung vergleichbare „notarielle Bestätigung“ unter Verwendung der elektronischen Beurkundungssignatur. Interessant scheint in diesem Zusammenhang, dass § 110 Abs 3 NO idF BGBl I 1999/72 bei der Prüfung der Übereinstimmung einer zu archivierenden Notariatsurkunde mit deren gescannter Form ursprünglich sehr wohl eine Vidimierung iSd § 77 NO vorgesehen hat, diese aber von den Notaren nicht vorgenommen werden konnte, da es zu diesem Zeitpunkt ua noch keine elektronische Beurkundungssignatur und somit auch keine Möglichkeit zur elektronischen Beurkundung gegeben hat¹⁷. Die erhöhte Beweiskraft einer als sonstige Urkunde im Urkundenarchiv des österreichischen Notariats gespeicherten Urkunde findet auch bereits in der Praxis ihren Niederschlag. So vertrauen (so ist es zumindest vorgesehen) beispielsweise Krankenanstalten iSd § 1 KAKuG¹⁸ iVm § 2 Abs 1 Z 1 und 2 KAKuG nach telefonischer Anfrage an das Österreichische Rote Kreuz, welches von der Partei als unmittelbar in die elektronische Urkunde Einsichtsberechtigter bestimmt werden kann und als menschliche Schnittstelle zwischen der anfragenden Krankenanstalt und dem Inhalt der im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats gespeicherten Urkunde fungiert, auf die Richtigkeit und Vollständigkeit einer als sonstige Urkunde gespeicherten Patientenverfügung¹⁹.

¹⁶ Eine Vidimierung ist die öffentliche Beurkundung (nach § 76 Abs 2 NO mit der Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde) durch einen Notar, dass eine Abschrift mit der Urkunde, von der sie genommen ist, übereinstimmt (vgl *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 77 Rz 1).

¹⁷ Vgl *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁵ § 110 Rz 9; ErläutRV 1633 BlgNR 20. GP 16.

¹⁸ Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz BGBl 1957/1.

¹⁹ Seit 10.12.2007 gibt es zwischen der Österreichischen Notariatskammer und dem Österreichischen Roten Kreuz eine Kooperation, durch die österreichischen Krankenanstalten über eine 24-Stunden-Hotline des Österreichischen Roten Kreuzes eine einfache Möglichkeit zur telefonischen Anfrage des Patientenverfügungsregisters des

Von sämtlichen im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats gespeicherten Urkunden kann der Notar auch Ausdrücke herstellen. Ein einfacher Ausdruck hat aber keine besondere rechtliche Qualität. Diesbezüglich ist er der einfachen Abschrift gleichzuhalten²⁰. Der Notar kann aber die Übereinstimmung von Ausdrücken mit dem gespeicherten Inhalt nach § 89a Abs 5 NO beurkunden. Eine Vidimierung im eigentlichen Sinn der NO, also die Beurkundung der Übereinstimmung des „Originals“, also der „Hauptschrift“, die beim erforderlichen Vergleich des Inhalts der Urkunden grundsätzlich vorliegen muss²¹, mit dem jeweiligen Ausdruck und der sich daraus ergebenden Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde nach § 76 Abs 2 NO für diesen Ausdruck würde hier aber nach *Wagner/Knechtel*²² jedenfalls nicht in Frage kommen. Schließlich soll der Notar hier nur den Vorgang, nicht aber eine Übereinstimmung des Ausdrucks mit der eigentlichen Originalurkunde bestätigen können. Die Beglaubigung des Notars soll sich nur auf den zufolge der Abfrage übermittelten Ausdruck und nicht auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der archivierten Urkunde beziehen²³.

Diese Ansicht von *Wagner/Knechtel* kann aber wohl nur auf Ausdrücke von jenen archivierten Urkunden, die nicht als Originale gelten (GOG-Urkunden) bzw selbst Originale sind (sämtliche eigene notarielle Urkunden), also auf die Ausdrücke von sonstigen Urkunden, zutreffen. Von archivierten Notariatsakten (wie auch von bereits in elektronischer Form errichteten Notariatsakten) können nämlich zusätzlich sowohl einfache und beglaubigte²⁴ Ausdrücke als auch zu beglaubigende Ausfertigungen (§ 99 NO), dies jeweils in Papierform oder in elektronischer Form, hergestellt werden²⁵. Von archivierten notariellen Protokollen (wie auch von bereits in elektronischer Form errichteten notariellen Protokollen) können ebenfalls einfache und beglaubigte Ausdrücke sowie auch Beurkundungen, wiederum jeweils in Papierform oder in elektronischer Form, erstellt werden²⁶. Die Möglichkeit der Erstellung von beglaubigten Ausdrücken von GOG-Urkunden müsste sich schon aus deren Originalfiktion ergeben. Die rechtliche Qualität der beglaubigten Ausdrücke ist jeweils die gleiche wie die Qualität beglaubigter Abschriften, welche ja schon rein terminologisch von elektronischen Urkunden nicht hergestellt werden können²⁷.

österreichischen Notariats und im Falle einer Archivierung der Patientenverfügung auch des Inhalts der im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats gespeicherten Urkunde (sofern das Österreichische Rote Kreuz von der Partei als Einsichtsberechtigter bestimmt wurde) zur Verfügung steht.

²⁰ *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 92 Rz 10.

²¹ Vgl *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 77 Rz 9.

²² *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 77 Rz 14.

²³ Vgl auch *Wagner*, Das Notariats-Berufsrechts-ÄnderungsG 1999 – Ein erster Überblick, NZ 1999, 390.

²⁴ Das Recht, einem Ausdruck durch die Bestätigung, dass dieser die im Urkundenarchiv gespeicherte oder auf einem Datenträger befindliche Notariatsurkunde in unveränderter Form wiedergibt, erhöhte rechtliche Qualität zu verleihen, steht jedem Notar nur hinsichtlich „seiner“ notariellen Urkunden zu (siehe § 91 Abs 1 NO).

²⁵ *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 92 Rz 5, 12.

²⁶ *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 92 Rz 12.

²⁷ Vgl *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 92 Rz 12.

Wenn man der obigen Meinung von *Wagner/Knechtel* folgt, nach der die Beurkundung der Übereinstimmung des Ausdrucks mit der „Urschrift“ nicht möglich sein soll, so muss beglaubigten Ausdrucken nach § 89a Abs 5 NO mE aber dennoch eine hohe Beweiskraft hinsichtlich der Übereinstimmung ihres Inhalts mit dem Inhalt der ursprünglichen Urschrift zukommen, da der Notar bereits bei der Archivierung der ursprünglichen Urkunde die Übereinstimmung des gescannten Abbilds mit der in Papierform vorliegenden Originalurkunde oder der kopierten elektronischen Urkunde mit der elektronisch errichteten Originalurkunde durch das Signieren mit der elektronischen Beurkundungssignatur nach Punkt 5.1.5 UAR 2007 bestätigt hat („notarielle Bestätigung“) und archivierte Urkunden sich stets in der ausschließlichen „Verwahrung“ der Österreichischen Notariatskammer (über das elektronische Urkundenarchiv des Österreichischen Notariats) befinden.

C. Das elektronische Urkundenarchiv der Rechtsanwaltschaft

C.I. Die archivierten Urkunden

Es können sowohl Urkunden, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind, als auch – auf Wunsch einer Partei – sonstige Urkunden im elektronischen Urkundenarchiv der Rechtsanwälte („Archivium“) gespeichert werden. Für die das Archiv nutzenden Rechtsanwälte besteht überdies die Möglichkeit, dieses als Datensicherungsmedium für eigenes Datenmaterial zu verwenden.

Es ist aber davon auszugehen, dass nur hinsichtlich solcher Urkunden, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind, eine gesetzliche Grundlage zur Speicherung in dieses Archiv besteht und das elektronische Urkundenarchiv der Rechtsanwälte auch nur im Zuge der Archivierung solcher Urkunden durch den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag (und die Rechtsanwälte als dessen Organe) hoheitlich geführt wird, obgleich die Gesetzesmaterialien auch an die Archivierung von anderen, nicht für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmten Urkunden in das Urkundenarchiv der Rechtsanwälte denken²⁸. Schließlich wird in § 36 Abs 1 Z 4 RAO, mit dem der Österreichische Rechtsanwaltskammertag ermächtigt wird, ein anwaltliches Urkundenarchiv für die Speicherung von öffentlichen und privaten Urkunden zu errichten und zu führen, lediglich auf die §§ 91c und 91d GOG verwiesen.

C.II. Die rechtliche Qualität der gespeicherten Urkunden

Auch die im elektronischen Urkundenarchiv der Rechtsanwälte gespeicherten Urkunden, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind, verfügen gem § 91c Abs 2 fünfter Satz GOG iVm § 91b Abs 7 GOG über eine Originalfiktion.

²⁸ So sei der wesentliche Grund für die Führung des anwaltlichen Urkundenarchivs „auch“ (und somit wohl nicht nur) „die Ermöglichung des elektronischen Urkundenverkehrs mit den Gerichten“ und sollen nur „in erster Linie“ die hiezu bestimmten (und folglich wohl nicht nur diese, sondern auch die anderen, nicht für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmten) Urkunden archiviert werden (ErläutRV 1169 BlgNR 22. GP 5, 33).

Damit wurde den österreichischen Rechtsanwälten – als in Vollziehung der Gesetze handelnden Organen des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages – erstmals eine erhöhte Glaubwürdigkeit beim Scannen von Papierurkunden und beim Kopieren bzw Importieren von elektronischen Urkunden in das anwaltliche Urkundenarchiv zugestanden²⁹. Bemerkenswert ist hier, dass für den archivierenden Rechtsanwalt – im Unterschied zum Notar (Punkt 5.1.5 UAR 2007) und zum Ziviltechniker (§ 4 Abs 4 UAR³⁰ bei öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG) – nicht die Pflicht besteht, vor der Archivierung die Übereinstimmung des elektronischen Abbilds mit dem „Original“ zu überprüfen und mit seiner Anwaltssignatur zu bestätigen. Auch stattet er die zu speichernde Urkunde im Gegensatz zum Notar und zum Ziviltechniker nicht unter Verwendung einer Beurkundungssignatur mit einer Originalfiktion aus, da er eine solche nicht besitzt und auch sonst keine Befugnis hat, hoheitlich zu fertigen und zu beurkunden, sondern lediglich mit seiner elektronischen Berufssignatur. Umso erstaunlicher ist es, dass den Rechtsanwälten diese erhöhte Glaubwürdigkeit zugestanden wird. Vor dem Inkrafttreten des BRÄG 2006 wäre es noch undenkbar gewesen, Rechtsanwälte mit einer solchen Befugnis auszustatten, als es bislang nur den Notaren in ihrer hoheitlichen Tätigkeit als öffentliche Urkundspersonen und den Gerichten vorbehalten war, Vervielfältigungen beliebiger Urkunden mit einer vergleichbaren rechtlichen Qualität auszustatten. Hier lässt sich mE ein klarer und nicht nachvollziehbarer Systembruch in der österreichischen Rechtsordnung erkennen, der es den Rechtsanwälten „durch die Hintertüre“ ermöglicht, eine „Quasi-Vidimierung“ auf elektronischem Wege vorzunehmen.

Alle sonstigen archivierten Urkunden, die nicht für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind, haben hinsichtlich ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit mE keine erhöhte Beweiskraft.

Auch ein vom Rechtsanwalt, von einer Partei oder von einem Dritten hergestellter einfacher Ausdruck einer archivierten Urkunde hat als solcher keine besondere rechtliche Qualität bzw Beweiskraft und ist einer einfachen Abschrift gleichzuhalten³¹.

D. Das elektronische Urkundenarchiv der Ziviltechniker

D.I. Die archivierten Urkunden

Öffentliche Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG, die vom Ziviltechniker elektronisch errichtet werden, sind nach § 16 Abs 1 ZTG verpflichtend im „BAIK³²-Archiv“ zu speichern. Einerseits müssen öffentliche Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG, die Grundlage für die Eintragungen in das Grundbuch oder sonst zur öffentlichen Einsicht bestimmt sind, das sind insbesondere Parifizierungsoperete zur Begründung oder Änderung von Wohnungseigentum, Teilungspläne gem § 1 LiegTeilG³³, Pläne zur Dokumentation

²⁹ Vgl *Heufler*, Archivium ist online, AnwBl 2007, 336.

³⁰ Richtlinien gemäß § 33b ZTKG über die Führung eines elektronischen Urkundenarchivs der Ziviltechniker (Urkundenarchiv-Verordnung).

³¹ Vgl *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 92 Rz 10 zum Urkundenarchiv des österreichischen Notariats.

³² Bundes-Architekten- und -Ingenieurkonsulentenkammer.

³³ Liegenschaftsteilungsgesetz BGBl 1930/3.

Die elektronischen Urkundenarchive der Körperschaften öffentlichen Rechts

örtlich begrenzter Dienstbarkeiten und Pläne gem § 18 VermG³⁴ der Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen, in elektronischer Form errichtet und somit auch gemeinsam mit ihren Beilagen und den mit ihnen im Zusammenhang stehenden Urkunden im Urkundenarchiv gespeichert werden (§ 16 Abs 1 und 8 ZTG, § 2 Abs 3 und 4 UAR)³⁵. Andererseits müssen jene öffentliche Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG samt ihren Beilagen und den mit ihnen im Zusammenhang stehenden Urkunden archiviert werden, die mit Zustimmung des Auftraggebers elektronisch errichtet wurden (§ 16 Abs 1 und 8 ZTG).

Die verpflichtende Archivierung von elektronisch errichteten öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG nach § 16 Abs 1 ZTG stellt – in Abweichung von den für die auf elektronischem Weg errichteten Notariatsurkunden vorgesehenen Regelungen – ein Form- bzw Wirksamkeitserfordernis dafür dar, dass diesen Urkunden öffentlicher Charakter zukommt³⁶.

Neben den vom Ziviltechniker selbst elektronisch errichteten öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG, welche verpflichtend im Urkundenarchiv der Ziviltechniker zu speichern sind, können auch sonstige Urkunden, dies jedoch stets nur mit Zustimmung des Auftraggebers, archiviert werden.

Zusätzlich können auch weitere Daten der einzelnen Ziviltechniker (etwa Datensicherungen von Operaten oder Ähnlichem) im Urkundenarchiv gespeichert werden.

Die Errichtung, Betreibung, Führung und Überwachung des elektronischen Urkundenarchivs der Ziviltechniker erfolgt durch die Bundes-Architekten- und -Ingenieurkonsulentenkammer. Nach § 1 Abs 4 UAR erfolgt die Führung des (gesamten) Urkundenarchivs in Vollziehung der Gesetze. Dies kann mE aber nur hinsichtlich derjenigen öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG gelten, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind (§ 91c Abs 1 GOG), da § 91d Abs 2 GOG, aus dem sich die Hoheitlichkeit der Führung der Urkundenarchive der Körperschaften öffentlichen Rechts ergibt, sich nur auf § 91c GOG bezieht, sowie auch hinsichtlich sämtlicher elektronisch errichteter öffentlicher Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG. Bei der Errichtung öffentlicher Urkunden ist der Ziviltechniker nämlich stets hoheitlich tätig. Dies lässt sich ua daraus ableiten, dass der Gesetzgeber den Ziviltechniker mit einer elektronischen Beurkundungssignatur ausgestattet hat, die er im „Rahmen seiner hoheitlichen Tätigkeit“³⁷ nutzen soll. Der Gesetzgeber geht somit erkennbar davon aus, dass ein Ziviltechniker bei der Erstellung öffentlicher Urkunden im ho-

³⁴ Vermessungsgesetz BGBl 1968/306.

³⁵ Teilungspläne sind seit 1.1.2009 nur noch in automationsunterstützter Form beim Vermessungsamt einzubringen und mit einem elektronischen Zeitstempel gemäß § 10 SigG zu versehen. Pläne von Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen sind direkt aus dem Urkundenarchiv der Ziviltechniker gem § 16 Abs 8 ZTG zu übermitteln (§ 39 Abs 2 VermG idF BGBl I 2008/100), da nur die im elektronischen Urkundenarchiv der Ziviltechniker gespeicherten Planurkunden als öffentliche Urkunden gelten (vgl ErläutRV 542 BlgNR 23. GP 19).

³⁶ ErläutRV 1169 BlgNR 22. GP 5, 43, 44.

³⁷ ErläutRV 1169 BlgNR 22. GP 4, 43.

heitlichen Bereich tätig wird³⁸. Aus dem Umstand, dass die verpflichtende Archivierung von elektronisch errichteten öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG nach § 16 Abs 1 ZTG ein Form – bzw Wirksamkeitserfordernis dafür darstellt, dass diesen Urkunden öffentlicher Charakter zukommt, lässt sich weiters schließen, dass die Archivierung einer solchen Urkunde ein Teil des Vorgangs der Errichtung derselben ist und somit auch hoheitlich erfolgt. Bei der Speicherung aller übrigen Urkunden wird das elektronische Urkundenarchiv der Ziviltechniker mE nicht hoheitlich geführt.

D.II. Die rechtliche Qualität der gespeicherten Urkunden

Gem § 91c Abs 2 fünfter Satz GOG iVm § 91b Abs 7 GOG gilt auch der im elektronischen Urkundenarchiv der Ziviltechniker gespeicherte Dateninhalt von Urkunden, die für den elektronischen Urkundenverkehr mit den Gerichten bestimmt sind, als ein Original der gespeicherten Urkunden.

Nach § 3 Abs 1 UAR sollen allerdings sowohl die im Urkundenarchiv gespeicherten elektronischen öffentlichen Urkunden als auch sämtliche archivierte Privaturkunden als Originale zu gelten haben. Der die Bundes-Architekten- und -Ingenieurkonsultantenkammer zur Erlassung dieser gesetzesergänzenden Verordnung ermächtigende § 33b Abs 1 ZTKG³⁹ stellt allerdings keine Grundlage für die Regelung des Inhalts des § 3 Abs 1 UAR dar. Letzterer ist mE zweifellos gesetzwidrig, da er der wohl abschließend zu interpretierenden Regelung des § 91c Abs 2 fünfter Satz GOG iVm § 91b Abs 7 GOG widerspricht. Eine gesetzesergänzende Verordnung, wie sie die UAR zweifellos ist, darf aber bestehenden Gesetzen nicht widersprechen⁴⁰.

Darüber hinaus wäre eine solche Regelung mit Sicherheit zu weitgreifend. Es kann nicht sein, dass ein Ziviltechniker elektronische Abbilder beliebiger öffentlicher oder privater Urkunden nur durch eine Archivierung im elektronischen Urkundenarchiv der Ziviltechniker mit einer derartigen Beweiskraft auszustatten vermag. Der Ziviltechniker kann schließlich in der „Papierwelt“ – selbst durch Verwendung seines Siegels – auch keine beglaubigten Abschriften von beliebigen privaten oder fremden öffentlichen Urkunden herstellen. Die Urkundsfunktion der Ziviltechniker ist nämlich auf die Erstellung von Beweisurkunden über Tatsachen im Rahmen ihres Berechtigungsumfanges⁴¹ beschränkt. Nur in dieser Hinsicht sind die Ziviltechniker als Personen öffentlichen Glaubens tätig, und nur solche Urkunden gelten auch als öffentliche Urkunden⁴².

Da die verpflichtende Archivierung von elektronisch errichteten öffentlichen Urkunden gem § 4 Abs 3 ZTG nach § 16 Abs 1 ZTG ein Form- bzw Wirksamkeitserfordernis dafür darstellt, dass diesen Urkunden öffentlicher Charakter zukommt⁴³, und es somit niemals eine elektronische öffentliche Urkunde mit Beurkundungssignatur des

³⁸ Vgl auch *Mayer*, Hoheitliche Tätigkeiten der Ziviltechniker im Lichte des Gemeinschaftsrechts, *ecolex* 2008, 98.

³⁹ Ziviltechnikerkammergesetz 1993 BGBl 1994/157.

⁴⁰ Vgl *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁷, 452 Rz 1006.

⁴¹ Vgl *Krejci/Pany/Schwarz*, *Ziviltechnikerrecht*² §§ 1-4 Rz 78.

⁴² *Funk/Marx*, *Ziviltechnikerurkunden im Verwaltungsverfahren*, *ÖJZ* 2002, 535.

⁴³ *ErläutRV* 1169 BlgNR 22. GP 5, 43, 44.

Die elektronischen Urkundenarchive der Körperschaften öffentlichen Rechts

Ziviltechnikers, aber ohne Archivsignatur⁴⁴ geben kann, da dies auf bloße Signierung ohne Speicherung im Urkundenarchiv schließen ließe⁴⁵, hat die gespeicherte elektronisch errichtete öffentliche Urkunde gem § 4 Abs 3 ZTG nicht nur als Original der gespeicherten Urkunde zu gelten, sie ist vielmehr das (einzige) Original.

Alle sonstigen archivierten privaten oder (fremden) öffentlichen Urkunden haben hinsichtlich ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit mE keine erhöhte Beweiskraft (vor allem vermögen sie nicht als „sicherer Beweis des Originals“⁴⁶ zu dienen) und können, wie oben erläutert, entgegen § 3 Abs 1 UAR nicht als Originale gelten.

Auch ein einfacher Ausdruck einer im elektronischen Urkundenarchiv der Ziviltechniker gespeicherten Urkunde ist, was seine rechtliche Qualität und Beweiskraft anbelangt, einer einfachen Abschrift gleichzuhalten⁴⁷.

⁴⁴ Die Archivsignatur ist eine auf einem Server für Massenausfertigungen hinterlegte (ErläutRV 1169 BlgNR 22. GP 39) fortgeschrittene elektronische Signatur einer bestimmten natürlichen Person (zb des Präsidenten der Österreichischen Notariatskammer) und wird zum Abruf einer verkehrsfähigen Version einer elektronischen Urkunde aus einem Urkundenarchiv einer Körperschaft öffentlichen Rechts verwendet.

⁴⁵ Vgl Erläut zur UAV, Ad § 4.

⁴⁶ So und mE falsch die Erläut zur UAV, Ad § 1.

⁴⁷ Vgl *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ § 92 Rz 10 zum Urkundenarchiv des österreichischen Notariats.