

liechtensteinjournal

Recht in Liechtenstein

37. Ausgabe, 10. Jahrgang
redaktion@li-journal.li, www.li-journal.li

2/2018

- 37 **editorial**
Jürgen Wagner

- 38 **beiträge**
RA Sophie Winkler, LL.M. und Dr. Klaus Feurstein, LL.M.
Die IDD und das neue liechtensteinische Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG) – Fluch oder Segen?

- 47 **Prof. Dr. Klaus von Brocke, Rechtsanwalt, EY, München**
Die unendliche Geschichte der finalen Verluste: ein neuer Akt durch die Rechtssache C-650/16 Bevola

- 52 **Jürgen Wagner LL.M., Rechtsanwalt, Konstanz/Zürich/Vaduz**
Vereinsrecht 2018 (2. Quartal)

- 60 **veranstaltungen**

- 62 **aktuelles**

- 68 **gesetzgebung**

- 72 **rechtsprechung**

„Hat Ihre
Schweizer Bank
damals mit-
genascht?“



retroback™

Holen Sie sich
jetzt zu Unrecht
einbehaltene
Provisionen zurück.
Einfach online.

Viele Schweizer Banken und Vermögensverwalter haben in der Vergangenheit unrechtmäßig Vermittlungsprovisionen in Milliardenhöhe einbehalten. Diese Provisionen können laut Schweizer Bundesgericht (Urteil: 4 A 127/2012) von Kunden zurückgefordert werden. Als (ehemaliger) Anleger können Sie auf www.litilink.com mögliche Ansprüche selbst schnell ermitteln. Hier können Sie auch online die Durchsetzung Ihrer Ansprüche auf dem Rechtsweg beauftragen – ohne hohe Anwaltskosten und ganz ohne Kostenrisiko.



www.litilink.com

editorial

I.

«Das Problem Italiens ist Italien.»

Lars Feld (klar und deutlich) über Italien und den Euro.

II.

«Die Ironie ist, daß der liberale Individualismus von einem Totalitarismus besiegt worden zu sein scheint, der weder faschistisch noch kommunistisch ist, sondern erwachsen ist aus dem Erfolg des liberalen Individualismus, den Einbruch der Markenbildung und Kommodifizierung in unseren privaten Raum zu legitimieren. Diesen Totalitarismus zu besiegen und also die liberale Idee der Freiheit als Eigentum an sich selbst zu retten, erfordert möglicherweise eine umfassende Neuordnung der Eigentumsrechte an den zunehmend digitalisierten Mitteln der Produktion, Distribution, Zusammenarbeit und Kommunikation. Wäre es nicht ein treffliches Paradoxon, wenn wir 200 Jahre nach der Geburt von Karl Marx beschlössen, daß wir, um den Liberalismus zu retten, zu der Vorstellung zurückkehren müssen, daß unsere Freiheit das Ende der zügellosen Kommodifizierung und die Vergesellschaftung der Eigentumsrechte an Investitionsgütern erfordern könnte?»

Yanis Varoufakis (irrlichternd und unklar) über das Leid der Selbstvermarktung

III.

«Wenn ein Prosaschriftsteller genug davon versteht, worüber er schreibt, so soll er aussparen, was ihm klar ist. Wenn der Schriftsteller nur aufrichtig genug schreibt, wird der Leser das Ausgelassene genauso stark empfinden, als hätte der Autor es zu Papier gebracht. Ein Eisberg bewegt sich darum so anmutig, da sich nur ein Achtel von ihm über Wasser befindet.»

Ernest Hemingway (klar und deutlich) über das Schreiben.
Einen schönen Sommer wünscht

Ihr Jürgen Wagner, LL.M.
Redaktion **liechtenstein-journal**



Redaktion **liechtenstein-journal**
redaktion@li-journal.li

Sie können der Redaktion Texte, Anregungen und Kritik zur Zeitschrift **liechtenstein-journal**, insbesondere zur Aufmachung, der Themenauswahl und -vielfalt sowie zum allgemeinen «Niveau» zusenden. Wir schliessen nicht aus, geeignete Kritik auch abzdrukken.

Ausgabe

10. Jahrgang, Ausgabe 2/2018

Redaktion und geschäftsführender Herausgeber

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz / Zürich / Vaduz (JW)
redaktion@li-journal.li

Wissenschaftlicher Beirat

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

Anzeigen und Abonnements

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

Gestaltung

Falk & Partner, Visuelle Kommunikation, 9495 Triesen, Liechtenstein

Satz, Druck

Gutenberg AG, 9494 Schaan, Liechtenstein

Alle Urheber, Nutzungs- und Verlagsrechte vorbehalten.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich. Bezugspreis im Jahresabonnement (vier Ausgaben) CHF 148.–, Bezugspreis Einzelausgabe CHF 55.– (inkl. MwSt.)

Die nächste Ausgabe der Zeitschrift **liechtenstein-journal** erscheint **Ende September/Anfang Oktober 2018**.

Die sommerbedingte Verspätung dieser Ausgabe bitten wir zu entschuldigen. Im nächsten Heft wieder wie gewohnt u.a. Themen aus der Gesetzgebung, der Rechtsprechung, Gesetzgebung und zu Veranstaltungen und zur rechtlichen Entwicklung innerhalb und ausserhalb Liechtensteins.

beiträge

Die IDD und das neue liechtensteinische Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG) – Fluch oder Segen?

RA Sophie Winkler, LL.M.¹ und Dr. Klaus Feurstein, LL.M.²

1. Entstehungsgeschichte und allgemeine Bemerkungen

In Umsetzung der europäischen Richtlinie über Versicherungsvertrieb³ hat der liechtensteinische Gesetzgeber das Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG)⁴ sowie die Versicherungsvertriebsverordnung (VersVertV)⁵ erlassen.

Als primäres Regelungsziel strebt die IDD eine Harmonisierung des Versicherungs- und Rückversicherungsvertriebs an.⁶ Zudem steht eine Stärkung des Verbraucher-, des Kunden- sowie des Anlegerschutzes,⁷ eine Gleichbehandlung der verschiedenen Vertriebskanäle bzw. gleiche Wettbewerbsbedingungen für diese⁸ sowie eine Stärkung des Binnenmarktes⁹ im Fokus. Erreicht werden sollen diese Ziele durch eine Konkretisierung der beruflichen und organisatorischen Anforderungen, durch die Einführung eines unternehmensinternen Produktgenehmigungsverfahrens, durch allgemeine Wohlverhaltenspflichten und Beratung, durch eine Verbesserung der Produktinformation sowie durch erhöhte Anforderungen an den Vertrieb von Versicherungs(anlage)produkten.

Das Erreichen der Ziele wird teilweise bereits durch die Richtlinie selbst erschwert: Einerseits wird eine Mindestharmonisierung der nationalen Vorschriften angestrebt, sodass die Mitglied-

staaten strengere Regeln beibehalten oder einführen dürfen¹⁰, andererseits bestehen viele Mitgliedstaatenwahlrechte.¹¹

Die Entstehungsgeschichte und der Prozess des tatsächlichen Inkrafttretens der IDD können nur als abenteuerlich bezeichnet werden. Vom ersten Entwurf der Kommission im Juli 2012 bis zur Veröffentlichung der IDD im EU-Amtsblatt im Februar 2016 sind beinahe vier Jahre vergangen. Die IDD wäre ursprünglich bis zum 23.02.2018 in nationales Recht umzusetzen gewesen. Um sowohl den Mitgliedstaaten als auch der Branche mehr Zeit für den Erlass bzw. die Implementierung der neuen Bestimmungen zu geben, beschloss die EU-Kommission, den Erlass der nationalen Umsetzungsvorschriften auf den 01.07.2018 und den Anwendungsbereich (rückwirkend!) auf den 01.10.2018 zu verschieben.¹² Entsprechend werden das VersVertG sowie die VersVertV am 1. Oktober 2018 in Kraft treten.¹³

Viele Regeln der IDD – obwohl als Rahmenrichtlinie¹⁴ konzipiert, welche durch delegierte Rechtsakte der Kommission und

1 Rechtsanwältin und CEO der Valucor Legal AG, Zürich.

2 Managing Director der IWS Ltd., einem Versicherungsmaklerunternehmen, welches auf die Vermittlung fondsgebundener Lebensversicherungen gegen Einmalprämien für internationale Kunden spezialisiert ist.

3 Richtlinie (EU) 2016/97 vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb (Insurance Distribution Directive – IDD).

4 LGBl. 2018 Nr. 9.

5 LGBl. 2018 Nr. 69.

6 IDD Erwägungsgrund (EW) Nr. 2.

7 EW Nr. 6, 7, 16, 19, 21, 34, 43 und 68 (Verbraucherschutz), EW 5, 10 und 12 (Kundenschutz), EW 56 und 61 (Anlegerschutz). Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Schutzbestimmungen der IDD überwiegend für Kunden gelten, unabhängig davon, ob es sich dabei um Verbraucher oder um Unternehmer handelt.

8 EW Nr. 5, 6, 8 und 16.

9 EW Nr. 2, 9, 19 und 34.

10 EW Nr. 3, 6, 7, 10, 15, 16, 19, 21, 34, 37, 43, 52 und 68.

11 Z.B. bezüglich der Einführung einer Beratungspflicht; insb. Art. 38 f. IDD.

12 Richtlinie (EU) 2018/411.

13 Verordnung vom 10. April 2018 über das Inkrafttreten des Versicherungsvertriebsgesetzes, LGBl. 2018 Nr. 68 sowie Art. 17 Abs. 1 VersVertV.

14 Nach dem sog. Lamfalussy-Gesetzgebungsprozess werden auf Level 1 Rahmenrichtlinien erlassen, die auf Level 2 durch Rechtsakte der Kommission als delegierte Rechtsakte in Form einer unmittelbar anwendbaren Verordnung (Durchführungsverordnung (EU) 2017/1469 der Kommission vom 11. August 2017 zur Festlegung eines Standardformats für das Informationsblatt zu Versicherungsprodukten; Anpassung der Mindestdeckungssummen für die Haftpflichtabsicherung/Prämien an den Verbraucherpreisindex – derzeit kein Entwurf; Informationsblatt zu Versicherungsprodukten (IPID) – Durchführungsverordnung der Kommission (EU 2017/1469) vom 11.8.2018), Aufsichts- und Lenkungsmaßnahmen (POG) – derzeit Entwurf; Interessenskonflikte – derzeit Entwurf; Vergütungssysteme/Fehlanreize – derzeit Entwurf; Einzelheiten Angemessenheits- und Geeignetheitstest bei Versicherungsanlageprodukten – derzeit Entwurf, und auf Level 3 durch unverbindliche Leitlinien, jedoch durch grosse praktische Relevanz gekennzeichnete Leitlinien und Empfehlungen der EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority) ergänzt werden – Komplexe Versicherungsanlageprodukte; Bewertung nicht-komplexer Versicherungsanlageprodukte.

Die IDD und das neue liechtensteinische Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG) – Fluch oder Segen? RA Sophie Winkler, LL.M. und Dr. Klaus Feurstein, LL.M.

durch Leitlinien der EIOPA konkretisiert werden - sind von einer geradezu ängstlichen Detailverliebtheit, von einem unnötigen Ausufernden, von sprachlichen Defiziten von erheblicher Intensität und von einer schlechten legislativen Qualität (redundante Regelungen, unbestimmte Rechtsbegriffe, fehlende Begriffsbestimmungen, Übersetzungsfehler) geprägt. Dies spiegelt sich auch in der nationalen Umsetzung wieder. Der liechtensteinische Gesetzgeber wäre gut beraten gewesen, nicht einfach den Richtlinien text im Sinne der europarechtlich geforderten richtlinienkonformen Umsetzung zu übernehmen, sondern verständliche, praxisorientierte und rechtssichere Rahmenbedingungen für den Versicherungsvertrieb zu schaffen.

Gleichsam eines regulatorischen Quantensprunges hat sich die Versicherungsvermittlung in Liechtenstein innert eines guten Jahrzehnts von einem bloss anmeldepflichtigen Gewerbe nach dem Gewerbegesetz (keinerlei Nachweis von Fachkenntnissen erforderlich), über eine (über-)regulierte Tätigkeit nach dem Versicherungsvermittlungsgesetz¹⁵ zu einer an Komplexität kaum mehr zu überbietenden und vielleicht auch nicht mehr überschaubaren Spezialmaterie entwickelt.

Als sehr wahrscheinliche Konsequenzen aus der IDD bzw. den nationalen Umsetzungsnormen drohen eine verstärkte Rechtsunsicherheit sowie eine ständig wechselnde Rechtslage, welche möglicherweise erst durch Urteile des EuGH sowie der nationalen Gerichte geklärt werden. In Verbindung mit den ruinösen Sanktionen¹⁶ eine unzumutbare Situation für den Versicherungsvertrieb. Insgesamt ist eine Förderung der Geschäftstätigkeit nicht zu erwarten und die durch die IDD angestrebte Stärkung des Kundenschutzes wird nur unvollkommen erreicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Kunden die Flut an Informationen weder wahrnehmen noch verarbeiten können («Desinformation durch Überinformation») und das System des «Versicherungsvertriebs neu» viel zu komplex und zu aufwändig ausgestaltet ist. Zunehmender Ärger über die Brüsseler Bürokratie bzw. die «Eurokratie» sind vorprogrammiert. Die Frage, ob die Vielzahl an Regularien dem eigentlichen Beratungsziel dienen oder vielmehr einen gegenteiligen Effekt bewirken, wird in naher Zukunft beantwortet werden.

2. Aufbau und Anwendungsbereich

Im Vergleich zur aktuell gültigen Rechtslage nach dem VersVermG sticht die enorme Fülle an nationalen gesetzlichen Normen nach dem VersVertG ins Auge: 13 Kapitel, 91 Artikel so-

wie einen Anhang über Mindestanforderungen an berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten.

Der erweiterte sachliche Anwendungsbereich der IDD ist grundlegend neu und hat auf europäischer Ebene und in Liechtenstein zur Umbenennung der Versicherungsvermittlungsrichtlinie bzw. des Versicherungsvermittlungsgesetzes in Versicherungsvertriebsrichtlinie bzw. Versicherungsvertriebsgesetz geführt. Das VersVertG findet auf jede Form des Erst- und des Rückversicherungsvertriebs, insbesondere auch auf den Direktvertrieb durch Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen sowie den Internetvertrieb Anwendung.¹⁷

3. Wohlverhaltensregeln und Informationspflichten

Eines der Kernelemente der neuen Regulierungen ist die ausdrückliche Vorgabe sogenannter Wohlverhaltensregeln. Das Gesetz äussert sich dazu im Grundsatz wie folgt: Versicherungsvertrieber haben ihren Kunden gegenüber stets ehrlich, redlich und professionell in deren bestmöglichem Interesse zu handeln.¹⁸ Dies klingt banal, doch mit der gesetzlichen Verankerung dieser Verhaltensregel wird diesen Elementen mehr Gewicht zugemessen. Es kann davon ausgegangen werden, dass die ausdrückliche Erwähnung des Anspruchsverhaltens und das (Klage-)Bewusstsein der Kunden verstärkt - aber auch möglichen finanziellen Fehlanreizen seitens Vertrieber ein Riegel vorgeschoben werden kann.

Ein weiteres Kernelement der IDD wie auch des VersVertG sind die ausführlichen Informationspflichten. Das VersVertG auferlegt, mittels Umsetzung der Richtlinie, den Versicherungsvermittler und Versicherungsunternehmen, im Verhältnis zu den bislang bestehenden Informations- und Beratungspflichten nach Art. 13 ff. VersVermG, verschärfte und detaillierte Pflichten betreffend der zu erteilenden Informationen.

Im Wesentlichen sind dem (potentiellen) Kunden rechtzeitig vor Abschluss eines Versicherungsvertrags die Identität und Adresse des Versicherungsvermittlers bzw. des Versicherungsunternehmens offenzulegen, der Kunde muss über allfällige wechselseitige Beteiligungen zwischen Vermittler und Versicherer informiert werden (es gilt ein Schwellenwert von 10%) und der Kunde muss darüber aufgeklärt werden, ob er eine Beratung zu den angebotenen Versicherungsprodukten erhält. Unabhängig davon, ob der Versicherungsvertrieber dem Kunden eine Beratung anbietet, hat er dem Kunden vor Vertragsschluss dem Kunden in verständlicher Sprache die relevanten Informatio-

15 VersVermG, LGBl. 2006 Nr. 125 (Insurance Mediation Directive – IMD).

16 Art. 82 ff. VersVertG.

17 Art. 2 VersVertG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Zi. 21 und 22 VersVertG.

18 Art. 36 Abs. 1 VersVertG.

nen über das Versicherungsprodukt erteilen, damit dieser eine wohlinformierte Entscheidung treffen kann¹⁹. Eine Beratungspflicht wurde in der nationalen Umsetzung nicht eingeführt. Der Versicherungsvertreiber kann somit darauf verzichten bzw. eine solche nicht anbieten, die Informationspflichten gelten jedoch in jedem Fall.

Bietet der Versicherungsvertreiber eine Beratung an, so hat jeder angebotene Vertrag den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden zu entsprechen, und eine persönliche Empfehlung an den Kunden ist dahingehend zu erläutern, warum ein bestimmtes Produkt den Wünschen und Bedürfnissen des Kunden am besten entspricht.²⁰ Teilt ein Versicherungsvermittler (Versicherungsunternehmen sind von dieser Regelung nicht erfasst!) dem Kunden mit, dass er auf der Grundlage einer ausgewogenen und persönlichen Untersuchung berät, so muss er seinen Rat auf eine Untersuchung einer hinreichenden Zahl von auf dem Markt²¹ angebotenen Versicherungsverträgen stützen.²² Eine Konkretisierung der ausgewogenen Untersuchung und der hinreichenden Zahl der auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträge sucht man im Gesetz vergebens. Gemäss dem Bericht der Regierung sollte jedoch unter anderem den Bedürfnissen des Kunden, der Anzahl von Anbietern im Markt, dem Marktanteil dieser Anbieter, der Anzahl einschlägiger Versicherungsprodukte, die von jedem Anbieter verfügbar sind, und den Merkmalen dieser Produkte gebührend Rechnung getragen werden.²³ Eine eher schwammige Erläuterung – auch hier werden erst allfällige Rechtsfälle Klarheit verschaffen können.

4. Schulung und Weiterbildung

Schon nach bisherigem Recht mussten in Rahmen des Verfahrens zur Bewilligungserteilung durch die FMA entsprechende Fachkenntnisse nachgewiesen werden²⁴. Auch nach dem VersVertG²⁵ muss eine erforderlich berufliche Qualifikation gegeben sein, damit eine Bewilligung zur Aufnahme des Versicherungs- und des Rückversicherungsvertriebes erteilt wird.

Versicherungs- und Rückversicherungsvertreiber sowie deren Leitungsorgane, die für den Versicherungs- oder Rückversiche-

rungsvertrieb verantwortlich sind und Angestellte, die direkt am Versicherungs- oder Rückversicherungsvertrieb mitwirken, haben neu den Anforderungen ständiger beruflicher Schulung und Weiterbildung zu genügen, um ein angemessenes Leistungsniveau aufrechtzuerhalten, das den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben und dem jeweiligen Markt entspricht.²⁶ Nach dem Wortlaut der relevanten Bestimmungen²⁷ dürften auch solche Leitungsorgane zur Schulung und Weiterbildung verpflichtet sein, wenn sie an der Kundenberatung oder am Abschluss von Versicherungsverträgen nicht beteiligt sind. Aufgrund der sehr weiten Definition des Versicherungsvertriebes²⁸ stellt sich bei Angestellten, die direkt am Versicherungs- oder Rückversicherungsvertrieb mitwirken, die Frage, welche Angestellten konkret von der Schulungs- und Weiterbildungspflicht erfasst sind. Wie werden etwa Angestellte behandelt, die – ohne Kundenkontakt – blosse Vorbereitungsarbeiten für den Vertragsabschluss durchführen oder bei der blossen Verwaltung oder Erfüllung des Versicherungsvertrages mitwirken? Nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Interpretation müsste diese Norm teleologisch einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass Personen, die ausschliesslich Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, von der Schulungs- und Weiterbildungspflicht ausgenommen sind.²⁹

Auch der Begriff des «jeweiligen Marktes» ist auslegungsbedürftig. Handelt es sich dabei um den Heimatmarkt des Versicherungs- und Rückversicherungsvertreibers, vom dem aus die konkrete Tätigkeit ausgeübt wird, um das Tätigkeitsland, in dem Kunden ansässig sind oder nicht um ein geographisches Element, sondern um ein Geschäftsfeld, z.B. das Geschäftsfeld der fondsgebundenen Lebensversicherung?³⁰

Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler müssen nachweisen, dass sie die einschlägigen Anforderungen an die beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten nach dem Anhang des VersVertG erfüllen.³¹ Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen müssen zur Sicherstellung der beruflichen Qualifikation erforderliche interne Leitlinien und Verfahren erlassen,

19 Art. 42 VersVertrG.

20 Art. 44 Abs. 1 VersVertG.

21 Aus dem Gesetzestext geht nicht hervor, was darunter konkret zu verstehen ist.

22 Art. 44 Abs. 2 VersVertrG

23 Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Gesetzes über die Versicherungsvermittlung, Nr. 53/2017 S. 65.

24 Art. 6 Abs. 1 lit. a VersVermG, Art. 1 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 2 VersVermV.

25 Art. 6 lit. a i.V.m. Art. 14.

26 Art. 14 Abs. 4 VersVertG.

27 Art. 14 Abs. 2 VersVertG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 VersVertV.

28 Art. 4 Abs. 1 Zi. 22 VersVertG.

29 So explizit EW Nr. 32. Für die Angestellten von Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen wird dies im Bericht und Antrag a.a.O. S. 43 ausdrücklich festgeschrieben.

30 In diesem Sinne wohl der Bericht und Antrag a.a.O. S. 41.

31 Art. 14 Abs. 5 VersVertG i.V.m. dessen Anhang. Dieser umschreibt die «Mindestanforderungen» an berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten, wobei zwischen allgemeinen Kenntnissen und Fähigkeiten, besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten in einzelnen Versicherungssparten sowie in Bezug auf Versicherungsanlageprodukte differenziert wird.

Die IDD und das neue liechtensteinische Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG) – Fluch oder Segen? RA Sophie Winkler, LL.M. und Dr. Klaus Feurstein, LL.M.

umsetzen und regelmässig überprüfen.³² Zudem haben sie eine Funktion, also eine verantwortliche Person, zu bestimmen, und den Prozess bezüglich der beruflichen Qualifikation dokumentarisch zu belegen, aufzubewahren und zu aktualisieren.³³

In Kapitel III der VersVertV («berufliche Anforderungen») wird ersichtlich, dass zwischen der beruflichen Qualifikation (für die Erteilung der Bewilligung)³⁴ sowie der (laufenden) Schulung und Weiterbildung³⁵ unterschieden wird. Zur Aufrechterhaltung der beruflichen Qualifikation wird eine Schulungs- und Weiterbildungspflicht von 15 Stunden im Kalenderjahr vorgeschrieben.³⁶ Nachdem das VersVertG am 01.10.2018 in Kraft tritt, ist davon auszugehen, dass die Schulungs- und Weiterbildungspflicht entsprechend gekürzt wird und sich für das letzte Quartal in 2018 auf 3 Stunden und 45 Minuten belaufen wird. Die fachspezifische Schulung oder Weiterbildung hat sich an den vertriebenen Produkten, den jeweiligen Märkten, der Kategorie und den wahrgenommenen Aufgaben des Versicherungsvertreibers zu orientieren.³⁷ Überdies muss eine ausgeglichene Streuung zwischen verschiedenen versicherungs- und versicherungsvertriebsspezifischen Themen vorliegen.³⁸

Schulungen und Weiterbildungen können insbesondere im Rahmen von Kursen, Fachseminaren, Tagungen oder E-Learning-Angeboten absolviert werden.³⁹ Aus der demonstrativen Aufzählung («insbesondere») kann geschlossen werden, dass auch andere Angebote für die Schulung und Weiterbildung in Frage kommen, wobei die Akzeptanz einer Schulungs- und Weiterbildungsmaßnahme im Zweifel bei der FMA abzuklären ist.

In diesem Zusammenhang werden die Anforderungen an den Ausbildungsmarkt in Liechtenstein weiter zunehmen. Schon bisher war ein zielgerichtetes Schulungs- und Weiterbildungsangebot nur in einem überschaubaren Rahmen erhältlich. Ein weiteres Problem stellt sich für Personen, die selbst im Versicherungs- oder Rückversicherungsvertrieb verantwortlich sind und gleichzeitig Schulungen und Weiterbildungen anbieten. Unterliegen auch diese Experten der Schulungs- und Weiterbildungspflicht?

Personen, die ausschliesslich für ein Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen in Form eines Agenten tätig sind, sowie Leitungsorgane und Angestellte von Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen können auch unternehmensin-

terne Schulungen oder Weiterbildungen absolvieren, sofern die Anforderungen nach Art. 9 VersVertV erfüllt sind.⁴⁰ Vom klaren Wortlaut dieser Bestimmungen sollen von der Möglichkeit einer unternehmensinternen Schulung oder Weiterbildung nur Einfachagenten («ausschliesslich für ein Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen in Form des Agenten tätig») und Angestellte von Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen, nicht jedoch Mehrfachagenten und Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler profitieren können. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich und wohl als eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gebotenen Gleichheitsgrundsatzes zu werten. Auch entstehen für Mehrfachagenten, Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler jedenfalls Mehrkosten, da diese zwingend auf externe Schulungs- und Weiterbildungsangebote zurückgreifen müssen. Die schon durch die IDD vorgegebene Gleichbehandlung aller Vertriebskanäle wird dadurch ebenfalls verletzt.

Nicht als Schulung oder Weiterbildung anerkannt werden Veranstaltungen über die Einführung neuer Produkte und Tarife.⁴¹ Die Beweggründe für diese Norm sind nicht bekannt, jedoch ist diese Nichtanerkennung geradezu praxisfremd. Gerade durch diese Art von Schulung werden der bedarfsgerechte Vertrieb von Versicherungsprodukten und der Kundenschutz insgesamt gefördert. Wie werden z.B. Veranstaltungen über bereits bestehende Produkte und Tarife bewertet?

Die Schulung und Weiterbildung muss durch eine Teilnahmebestätigung des Veranstalters nachgewiesen werden und einen Mindestinhalt aufweisen: die teilnehmende Person, die durchführende Institution, den Lerninhalt, die Stundenzahl sowie das Datum der Veranstaltung.⁴²

Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen haben sicherzustellen, dass die für den Vertrieb verantwortlichen Leitungsorgane und die direkt am Vertrieb mitwirkenden Angestellten den Anforderungen nach Art. 6 und 8 VersVertV genügen.⁴³

5. Das Produktgenehmigungsverfahren / Product and Oversight Governance (POG)

Eine wesentliche Neuerung für die Versicherungsunternehmen und -vermittler ist die Einführung des Produktgenehmigungsverfahrens. Bevor (komplexe) Produkte auf dem Markt angeboten werden dürfen, müssen diese anhand festgelegter

32 Art. 14 Abs. 5 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 VersVertG.

33 Art. 14 Abs. 5 i.V.m. Art. 16 Abs. 2 VersVertG.

34 Art. 6 f. VersVertV.

35 Art. 8 ff. VersVertV.

36 Art. 8 Abs. 1 VersVertV.

37 Art. 9 Abs. 1 lit. a – d VersVertV.

38 Art. 9 Abs. 2 VersVertV.

39 Art. 10 Abs. 1 VersVertV.

40 Art. 10 Abs. 2 VersVertV.

41 Art. 10 Abs. 3 VersVertV.

42 Art. 11 VersVertV.

43 Art. 12 VersVertV.

Prozesse konzipiert und getestet werden. Hersteller von Versicherungsprodukten haben «ein Verfahren für die Genehmigung jedes einzelnen Versicherungsprodukts oder jeder wesentlichen Anpassung bestehender Versicherungsprodukte zu unterhalten, zu betreiben und zu überprüfen, bevor das Produkt an Kunden vermarktet oder vertrieben wird». ⁴⁴ Nebst den Versicherungsunternehmen gelten Versicherungsvermittler als Hersteller, wenn sie bei der Konzeption und Entwicklung eines Versicherungsprodukts für den Markt über Entscheidungsbefugnisse verfügen ⁴⁵. Eine allgemeine aufsichtsrechtliche Bewilligungspflicht der Produkte wird mit dieser Bestimmung nicht eingeführt, die Hersteller müssen gegenüber der Aufsicht jedoch nachweisen können, dass sie über ein Produktgenehmigungsverfahren verfügen und dies dokumentieren.

Versicherungsproduktehersteller haben entsprechend interne Produktentwicklungs-Rahmenbedingungen zu entwickeln, welche die Anforderungen an das Produktgenehmigungsverfahren für jedes neu zu entwickelnde Versicherungsprodukt aber auch für wesentlichen Änderung eines bestehenden Produkts, definieren. Das Verfahren soll in einer internen Richtlinie festgelegt werden. ⁴⁶ Diese ist neu zu erlassen – oder bestehende Richtlinien müssen dahingehend ergänzt werden. Die interne Richtlinie hat mindestens folgende Inhalte zu umfassen:

- Definition der Methoden zur Identifizierung des Zielmarkts bzw. der Kundengruppe für das Versicherungsprodukt;
- Definition des Nicht-Zielmarkts, d.h. an welche Kundengruppe das Produkt nicht verkauft werden soll;
- Definition der Methoden zur Sicherstellung, dass die Versicherungsprodukte an den identifizierten Zielmarkt vertrieben werden;
- Definition der strategischen Umsetzung im Vertrieb, inkl. Sicherstellung der Geeignetheit der Vertriebspartner und der Informationen, welche den Vertriebspartnern zur Verfügung zu stellen sind; und
- Definition der Methoden, in welcher Weise die Versicherungsprodukte überwacht und regelmässig geprüft werden.

Das Produktgenehmigungsverfahren hat letztendlich das Ziel, dass die Versicherungsprodukte so konzipiert sind, dass (i) sie den Zielen, Interessen und Merkmalen der Kunden Rechnung tragen, (ii) negativen Auswirkungen auf die Kunden vorge-

beugt werden und (iii) eine Benachteiligung der Kunden vermieden beziehungsweise gemindert werden soll. ⁴⁷

Fraglich ist, in welchem Zeitpunkt ein Produkt das neue Produktgenehmigungsverfahren zu durchlaufen hat. Klar ist dies für neu zu entwickelnde Produkte, diese haben stets dem Produktgenehmigungsverfahren zu entsprechen. Der Gesetzgeber sieht die Pflicht aber auch bei «einer wesentlichen Anpassung eines bestehenden Produkts» vor. Ob eine Anpassung wesentlich ist, ist immer aus Sicht der Kunden im Zielmarkt zu beurteilen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine Kombi-Versicherung, die verschiedene Risiken abdeckt, um ein weiteres Risiko ergänzt wird. ⁴⁸ Die Anpassung bestehender Versicherungsprodukte für einzelne Kunden sowie die Konzeption individueller Verträge auf Anfrage gelten gemäss Art. 3 Abs. 3 DVO POG hingegen nicht als Herstellung bzw. Anpassung von Versicherungsprodukten.

Die Konzeption bzw. die Weiterentwicklung von Versicherungsprodukten bedarf zudem einer (schriftlichen) Absprache zwischen den Versicherungsunternehmen und dem entscheidungsbefugten Versicherungsvermittler, welche insbesondere den Zielmarkt festlegt. ⁴⁹

Im Folgenden wird auf einzelne Teilaspekte des Produktgenehmigungsverfahrens eingegangen.

a) Zielmarkt / Nicht-Zielmarkt

Ein Kernelement des Produktgenehmigungsverfahrens ist die Festlegung des Zielmarkts. Für jedes Produkt ist der Zielmarkt, d.h. die Gruppe der geeigneten Kunden zu ermitteln ⁵⁰. Dies ermöglicht es, die Eigenschaften des Produkts an die Bedürfnisse, Merkmale und Ziele der Kundengruppe anzupassen. Die Beschreibung des Zielmarkts hat insbesondere die charakteristischen Merkmale, das Risikoprofil und die Komplexität des Produkts zu berücksichtigen. Bei Versicherungsanlageprodukten sind beispielsweise folgende Kriterien denkbar: Lebenssituation des Zielmarkts (dient das Produkt als Vorsorge oder als reine Anlage?), Finanzwissen und- erfahrung des Zielmarkts, Risikotoleranz sowie Komplexität des Produkts. Je nach Produkt sind die entsprechenden Kriterien festzulegen. Die Produkthersteller können explizit auch einen Nicht-Zielmarkt definieren und damit Kundengruppen als nicht geeignet für das Produkt festlegen – dies ist ausdrücklich für Versicherungsanlageprodukte vorgesehen. ⁵¹

44 Art. 57 VersVertG.

45 Art. 3 Abs. 1 Delegierte Verordnung (EU) 2017/2358 der Kommission vom 21. September 2017 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Aufsichts- und Lenkungsanforderungen für Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler (nachfolgend DVO POG).

46 Art. 4 Abs. 1 DVO POG.

47 Art. 4 Abs. 3 lit. a DVO POG.

48 Siehe den BaFin Fachartikel betreffend das Produktfreigabeverfahren: Anforderungen an Produkthersteller und Vertrieber vom 15.02.2018, S. 3.

49 Art. 15 Abs. 1 IDD i.V.m. Art. 3 Abs. 4 DVO POG.

50 Art. 5 Abs. 1 DVO POG.

51 Art. 2 Abs. 2 DVO POG.

Die IDD und das neue liechtensteinische Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG) – Fluch oder Segen? RA Sophie Winkler, LL.M. und Dr. Klaus Feurstein, LL.M.

Primär ist das Produkt an die Kunden des Zielmarkts zu verkaufen. Es ist jedoch auch zulässig, das Produkt unter Umständen an einzelne Kunden ausserhalb des Zielmarkts zu vertreiben.

b) Vertriebskanäle

Der Hersteller des Versicherungsprodukts hat die Vertriebskanäle so zu wählen, dass sichergestellt ist, dass diese für das Produkt und den Zielmarkt geeignet sind.⁵² Es ist darauf zu achten, dass die Vertrieber die Merkmale wie auch den Zielmarkt des Produkts verstehen sowie den Kunden die notwendigen Informationen bereitstellen.⁵³ In der internen Richtlinie ist festzulegen, welche Arten von Informationen der Vertrieb erhalten muss, damit er seine Beratungs- und Informationspflichten gegenüber den Kunden erfüllen kann.⁵⁴ Aufgrund dieser gesetzgeberischen Vorgaben können die Hersteller für die sorgfältige Auswahl der Vertriebskanäle und das zur Verfügungstellen der notwendigen sowie sachgerechten Informationen künftig ausdrücklich haftbar gemacht werden.

c) Produktüberwachung

Aus dem VersVertG, der IDD und der DVO POG ergibt sich die allgemeine Pflicht zur Produktüberwachung⁵⁵, aus welcher sich weitere Anforderungen an die interne Richtlinie ergeben. Die Hersteller haben ihre Versicherungsprodukte regelmässig darauf zu überprüfen, ob sie noch mit den Interessen, Zielen und Merkmalen des jeweiligen ermittelten Zielmarkts stehen. Dies gilt insbesondere für Art. 7 Abs. 3 DVO POG, der den Umgang mit Umständen regelt, die nachteilige Auswirkungen auf den Kunden eines Produkts haben können. Die Unternehmen sind aufsichtsrechtlich verpflichtet, ein Verfahren bzw. eine regelmässige Überprüfung in geeigneten Abständen zur Feststellung solcher nachteiliger Auswirkungen zu entwickeln und einzurichten. Sollte ein solches Verfahren nachteilige Auswirkungen auf den Kunden offenbaren, so ist der Kunde unverzüglich darüber zu informieren.

Was eine regelmässige Überprüfung der Versicherungsprodukte in geeigneten Abständen bedeutet, gibt der Gesetzgeber nicht vor. Der Zeitabstand sollte aber im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Versicherungsprodukts angemessen sein. Dabei sind Ereignisse zu berücksichtigen, welche einen wesentlichen Einfluss auf das potentielle Risiko für den bestimmten Zielmarkt haben können sowie auf Grösse, den

Umfang, die Vertragslaufzeit und die Komplexität des Produkts abzustellen.⁵⁶ Auch hier lässt die Gesetzgebung viel Interpretationsspielraum.

Mit der regelmässigen Produkteüberwachung durch den Hersteller einher geht die Pflicht der Versicherungsvertrieber, dass diese den Produkthersteller informieren müssen, sollte ein Versicherungsprodukt nicht (mehr) im Einklang mit den Interessen, Zielen und Merkmalen des jeweiligen ermittelten Zielmarkts stehen, oder werden ihm sonstige produktbezogene Umstände bekannt, die nachteilige Auswirkungen auf den Kunden haben können.⁵⁷

6. Versicherungsanlageprodukte

Der Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten erfordert zusätzlichen Aufwand. Art. 50-59 VersVertG regeln den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten auf nationaler Ebene. Darunter werden Versicherungsprodukte verstanden, die einen Fälligkeitwert oder Rückkaufswert haben, der vollständig oder teilweise direkt oder indirekt Marktschwankungen ausgesetzt ist.⁵⁸ Auf EU-Ebene wurde nebst der IDD eine spezifische delegierte Verordnung Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln⁵⁹ erlassen und die EIOPA führt in ihrer Leitlinie⁶⁰ die Vorgaben zum Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten weiter aus. Zusätzlich sind die Bestimmungen zu den Versicherungsanlageprodukten stets im Lichte von MIFID 2⁶¹ und PRIIPs⁶² zu betrachten. Erweiterte Pflichten sind vor allem im Zusammenhang mit der Vermeidung von Interessenkonflikten, den Informationspflichten, der Vergütung, der Eignungs- und Angemessenheitsprüfung und Dokumentationspflichten vorgesehen.

56 Art. 57 Abs. 4 VerVertG.

57 Art. 11 DVO POG.

58 Art. 4 Abs. 1 Zi. 17 VersVertG.

59 Delegierte Verordnung zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln.

60 EIOPA Leitlinien gemäss der Versicherungsvertriebsrichtlinie für Versicherungsanlageprodukte, die eine Struktur aufweisen, die es dem Kunden erschwert, die mit der Anlage einhergehenden Risiken zu verstehen vom 04.10.2017.

61 Richtlinie 2014/65/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU.

62 Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIPs).

52 Art. 8 Abs. 1 DVO POG.

53 Art. 8 Abs. 2 DVO POG.

54 Art. 8 Abs. 2 und 3 DVO POG enthalten weitergehende Angaben zu den Informationen, welche den Vertriebern zur Verfügung gestellt werden müssen.

55 Art. 57 Abs. 4 VerVertG.

Art. 51 bis 56 VerVertG sieht insbesondere strengere Kundeninformationen und Aufklärungs- sowie Beurteilungspflichten vor – eine Ausnahme bilden, wie bei MIFID 2 und PRIIPs, die professionellen Kunden.⁶³ Im Hinblick auf die Beurteilung der Eignung und Angemessenheit des Versicherungsprodukts, sind durch den Versicherungsvertreiber

- die Kenntnisse und Erfahrung des Kunden oder potenziellen Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Produkttyp oder den speziellen Typ der Dienstleistung;
- die finanziellen Verhältnisse des Kunden, einschliesslich dessen Fähigkeit, Verluste zu tragen; und
- die Anlageziele, einschliesslich der Risikotoleranz des Kunden

abzuklären. Diese gilt unbeschadet dessen, dass das Versicherungsprodukt den Bedürfnissen des Kunden gemäss Art. 44 Abs. 1 VersVertG entsprechen muss. Kommt der Versicherungsvertreiber zum Schluss, dass das Versicherungsprodukt für den Kunden ungeeignet ist oder macht der Kunde gegenüber dem Versicherungsvertreiber keine oder unzureichende Angaben zu den obgenannten Punkten, so muss der Versicherungsbetreiber den Kunde ausdrücklich davor warnen, dass das Produkt für ihn nicht geeignet oder angemessen ist.⁶⁴ Aus (prozess-) beweistechnischen Gründen empfiehlt sich diese Warnung schriftlich abzugeben bzw. gilt auch hier die allgemeine Dokumentationspflicht.

Auch im Zusammenhang mit potentiellen Interessenkonflikten muss der Versicherungsvermittler oder das Versicherungsunternehmen weitgehende, organisatorische Vorkehrungen treffen. Es muss verhindert werden, dass Interessenkonflikte den Kundeninteressen schaden. Die Umstände und Situationen, die bei der Ermittlung der Arten von Interessenkonflikten, die den Interessen eines Kunden bzw. potenziellen Kunden abträglich sein können, zu berücksichtigen sind, sollten sich auf Fälle erstrecken, in denen es wahrscheinlich ist, dass der Versicherungsvertreiber zu Lasten des Kunden einen finanziellen Vorteil erzielen oder einen finanziellen Verlust vermeiden wird.⁶⁵ Es sind aber auch nicht-finanzielle Interessenskonflikte denkbar. Die Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenskonflikten und der Umgang mit Interessenskonflikten müssen hinsichtlich der ausgeübten Tätigkeiten, der verkauften Versicherungsprodukte und der Kategorie des Vertreibers angemessen sein – auch hier werden die Versicherer und Vermittler in der Um-

setzung sich selbst überlassen und die »Angemessenheit« ist selbst auszulegen. Die Grundsätze für den Umgang mit Interessenkonflikten sind schriftlich festzuhalten und müssen über den Inhalt gemäss der Delegierten Verordnung⁶⁶ (Massnahmen betreffend Informationsaustausch, Überwachung relevanter Personen und Zahlungen an Dritte, Grundsätze für den Umgang mit Geschenken und Zuwendungen, etc.) verfügen.

Reichen die getroffenen Massnahmen und Vorkehrungen zur Regelung von Interessenkonflikten nicht aus, um zu gewährleisten, dass keine Beeinträchtigung der Kundeninteressen riskiert wird, muss dem Kunden der Interessenkonflikten rechtzeitig vor Abschluss eines Versicherungsvertrages offengelegt werden – der Kunde muss in voller Kenntnis der Sachlage (Art und Umstand des Interessenskonflikts und die damit verbundenen Risiken) den Entscheid über den Abschluss- oder auch Nichtabschluss des Versicherungsvertrags fällen können.⁶⁷

7. Vergütung / Inducements

Einer der am intensivsten diskutierten Punkte während der schier unendlichen Entstehungsgeschichte der IDD war die Frage der Vergütung. Ein Provisionsverbot oder eine «hard-disclosure-Lösung» werden durch die IDD nicht eingeführt. Vielmehr ist es den Mitgliedstaaten freigestellt, ein solches Verbot einzuführen bzw. beizubehalten (z.B. in Grossbritannien oder den Niederlanden) oder eben nicht⁶⁸. Die IDD lässt unterschiedliche Vergütungssysteme zu und setzt dabei auf Transparenz.

Der Begriff der «Vergütung» wird sehr weit definiert, fallen doch darunter alle Arten von Provisionen, Gebühren, Entgelten oder sonstigen Zahlungen, einschliesslich wirtschaftlicher Vorteile jeglicher Art, oder finanzielle oder nichtfinanzielle Vorteile oder Anreize, die in Bezug auf Versicherungsvertriebstätigkeiten angeboten oder gewährt werden.⁶⁹

Kapitel V des VersVertG⁷⁰ normiert als Kernelement wie oben beschrieben Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln. Im Sinne einer übergeordneten Grundregel haben Versicherungsvertreiber bei ihrer Tätigkeit gegenüber ihren Kunden stets ehrlich, redlich und professionell sowie in deren bestmöglichem Interesse zu handeln.⁷¹ Zur Vergütung wird der allge-

63 Art. 49 Abs. 2 VersVertG.

64 Art. 53 Abs. 4 und 5 VersVertG.

65 Art. RZ 3 Erwägungen der delegierten Verordnung vom 21.09.2017 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln.

66 Art. 5 Delegierte Verordnung vom 21.9.2017 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln.

67 Vgl. Art. 50 Abs. 4 VerVertG.

68 Art. 22 Abs. 3 IDD.

69 Art. 4 Abs. 1 Zi. 16 VersVertG.

70 Art. 36 ff. VersVertG.

71 Art. 36 Abs. 1 VersVertG.

Die IDD und das neue liechtensteinische Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG) – Fluch oder Segen? RA Sophie Winkler, LL.M. und Dr. Klaus Feurstein, LL.M.

meine Grundsatz⁷² aufgestellt, wonach Versicherungsvertrieber nicht in einer Weise vergütet werden oder die Leistungen ihrer Angestellten nicht in einer Weise vergüten oder bewerten dürfen, die mit ihrer Pflicht, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, kollidiert. Insbesondere darf ein Versicherungsvertrieber keine Vorkehrungen mittels Vergütung, Verkaufszielen oder in anderer Weise treffen, durch die Anreize für ihn selbst oder seine Angestellten geschaffen werden könnten, einem Kunden ein bestimmtes Versicherungsprodukt zu empfehlen, obwohl der Versicherungsvertrieber ein anderes, den Bedürfnissen des Kunden besser entsprechendes Versicherungsprodukt anbieten könnte.

In weiterer Folge wird die Transparenz hinsichtlich der Vergütung gesetzlich festgeschrieben.⁷³ Der Versicherungsvermittler⁷⁴ hat demnach rechtzeitig vor Abschluss eines Versicherungsvertrages das Folgende mitzuteilen: Die Art der im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag erhaltenen Vergütung; ob die Vergütung auf Basis einer Entschädigung (direkte Bezahlung durch den Kunden), einer Provision (die Vergütung ist in der Versicherungsprämie enthalten), einer anderen Art von Vergütung, einschliesslich wirtschaftlicher Vorteile jeglicher Art, die im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag angeboten oder gewährt werden, oder auf Basis einer Kombination dieser Vergütungsarten erfolgt. Daraus ergibt sich, dass eine Informationspflicht über die Höhe der Provision nicht besteht.

Wird die Entschädigung (das Honorar, die Gebühr) direkt vom Kunden bezahlt, muss der Versicherungsvermittler den Kunden über den betreffenden Betrag oder, falls dies nicht möglich ist, über die Methode zur Berechnung desselben informieren.⁷⁵ Versicherungsunternehmen haben dem Kunden rechtzeitig vor Abschluss eines Versicherungsvertrages die Art der Vergütung mitzuteilen, die seine Angestellten im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag erhalten.⁷⁶

Hinsichtlich des Informationszeitpunktes müssen die Informationen «rechtzeitig vor Vertragsabschluss» erteilt werden. Damit die Informationen die ihnen zugeordnete Funktion, nämlich eine Entscheidungsfindung des Kunden im Vollbesitz der relevanten Informationen, erfüllen können, müsste eigentlich auf den Zeitpunkt «vor Abgabe der Vertragserklärung des Kunden» abgestellt werden⁷⁷. Nach dem in der Praxis häufig anzutreffenden Modell des Vertragszustandekommens stellt der Kunde (auf vom

Versicherer erstellten Formblättern) den Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages. Erfolgt nun die Information über die Vergütung nach Antragsstellung durch den Kunden, jedoch rechtzeitig vor Vertragsabschluss, wäre dem Gesetz Genüge getan. Hinzuweisen ist, dass in der Praxis die Informationserteilung über die Vergütung i.d.R. im Rahmen der Antragsstellung erfolgt, und dem gesetzlich geforderten Informationszeitpunkt vor allem bei der Vergütung mittels Honorar oder Provision in der Praxis weniger Bedeutung zukommen dürfte.

Zusätzliche gesetzliche Anforderungen bestehen im Zusammenhang mit Versicherungsanlageprodukten.⁷⁸ Bei Versicherungsanlageprodukten wird der Vermeidung von Interessenskonflikten noch stärkere Bedeutung beigemessen.⁷⁹ Ferner besteht eine Verpflichtung für eine erweiterte Kundeninformation,⁸⁰ so auch hinsichtlich der Vergütung: Die Informationen über die Vergütung müssen Angaben über den Vertrieb des Versicherungsanlageproduktes, einschliesslich gegebenenfalls der Beratungskosten, der Kosten des dem Kunden empfohlenen oder vertriebenen Versicherungsanlageproduktes und wie der Kunde Zahlungen leisten kann, einschliesslich etwaiger Zahlungen Dritter.⁸¹

Die Informationen über alle Kosten und Entschädigungen, einschliesslich Kosten und Entschädigungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb des Versicherungsanlageproduktes, die nicht durch das zugrundeliegende Marktrisiko verursacht werden, sind in aggregierter Form zu erteilen, um es dem Kunden zu ermöglichen, die Gesamtkosten sowie die kumulative Wirkung auf die Anlagerendite zu verstehen. Falls der Kunde es verlangt, ist zudem eine Aufstellung der Entschädigung nach Posten zur Verfügung zu stellen. Gegebenenfalls werden diese Informationen dem Kunden regelmässig, mindestens aber jährlich, während der Laufzeit der Anlage zur Verfügung gestellt.⁸² Diese Anforderungen gelten grundsätzlich bereits schon seit dem 01.01.2018 mit dem Inkrafttreten der PRIIPs-Verordnung. Sodann darf sich eine Vergütung nicht nachteilig auf die Qualität einer Dienstleistung für den Kunden auswirken und nicht die Verpflichtung des Versicherungsvermittlers oder des Versicherungsunternehmens beeinträchtigen, im bestmöglichen Interesse der Kunden ehrlich, redlich und professionell zu handeln.⁸³

Das VersVertG regelt die Rechtsfolgen einer verspäteten, einer unvollständigen, einer inkorrekten oder überhaupt nicht erteil-

72 Art. 36 Abs. 3 VersVertG.

73 Art. 39 Abs. 1 lit. a und b VersVertG.

74 Art. 4 Abs. 1 Zi. 19 VersVertG.

75 Art. 39 Abs. 2 VersVertG.

76 Art. 39 Abs. 4 VersVertG.

77 Vgl. dazu schon den Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Gesetzes über die Versicherungsvermittlung, Nr. 53/ 2017 S. 16 f..

78 Art. 49 ff. VersVertG.

79 Art. 50 VersVertG.

80 Art. 51 ff. VersVertG.

81 Art. 51 Abs. 1 lit. c VersVertG.

82 Art. 51 Abs. 2 VersVertG.

83 Art. 52 VersVertG.

Die IDD und das neue liechtensteinische Versicherungsvertriebsgesetz (VersVertG) – Fluch oder Segen? RA Sophie Winkler, LL.M. und Dr. Klaus Feurstein, LL.M.

ten Information über die Vergütung nicht, sodass die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze anwendbar sind. Dasselbe gilt für Vergütungen, die nach IDD/VersVertG unzulässig sind, weil sie etwa gegen den Grundsatz, im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln, verstossen.

8. Fazit

Die IDD bzw. deren liechtensteinische Umsetzung bedeuten gewaltige Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen sowie wesentliche Neuerungen der zentralen Abläufe aller Versicherungsvertriebswege. Die kaum überschaubare Komplexität führt zwangsläufig zu zunehmender Rechtsunsicherheit und grösseren Haftungsrisiken. Kompetente rechtliche Beratung bei der Umsetzung der neuen Vorgaben ist dringend geboten. Besonderes Augenmerk ist dabei auf strukturierte Prozesse, vollständige und richtige Dokumentation, auf eine Überprüfung der Vergütungsstruktur sowie von Vereinbarungen mit Vermittlern und Mitarbeitern zu legen.

Die Antwort auf die Frage, ob die IDD sowie das VersVertG Fluch oder Segen darstellen, liegt ungewiss in der Zukunft. Schon aus heutiger Sicht lässt sich jedoch sagen, dass aus Sicht der Versicherungs- und Rückversicherungsvertreiber der Fluch bzw. der administrative und finanzielle Mehraufwand sowie die Risiken überwiegen werden und der Segen für die Kunden sich in einem überschaubaren Rahmen bewegen dürfte. Es bleibt zu hoffen, dass Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Praxis Berücksichtigung findet und diesem nicht nur die Bedeutung eines zahnlosen Papiertigers zukommen wird.⁸⁴

84 EW Nr. 72: «Die Richtlinie sollte keine zu grosse Belastung für kleine und mittlere Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler darstellen. Eines der Instrumente zur Erreichung des Ziels ist die ordnungsgemässe Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Dieser Grundsatz sollte sowohl für die Anforderungen an Versicherungs- und Rückversicherungsvertreiber als auch für die Wahrnehmung der Aufsichtsbefugnisse gelten».

Anzeige

WAGNER  JOOS
RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE FÜR HANDELS-
UND GESELLSCHAFTSRECHT

Jürgen Wagner, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Peter Joos, Dipl. Betriebswirt (FH), Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Rüdiger Bock, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht
Christian Merz, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bankkaufmann
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Konstanz / Zürich / Vaduz

www.wagner-joos.de

beiträge

Die unendliche Geschichte der finalen Verluste: ein neuer Akt durch die Rechtssache C-650/16 Bevola

Prof. Dr. Klaus von Brocke, Rechtsanwalt, EY, München

Einleitung

Der Begriff der finalen Verluste ist eine Schöpfung der deutschen Rechtsprechung und Literatur im Anschluss an die EuGH-Urteile in den Rechtssachen Marks & Spencer und Lidl. Er bezeichnet diejenigen Verluste EU-ausländischer Tochtergesellschaften bzw. Betriebsstätten die im Staat ihrer Entstehung nicht mehr steuerlich wirksam berücksichtigt werden können, nämlich weder durch Verwertung bzw. Verrechnung im Wege eines Verlustvor- oder rücktrags. Während im Rahmen der Organschaft die Frage einer Verlustberücksichtigung über die Grenze noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, gibt es zu dem Thema der Verrechnung EU-ausländischer Betriebsstättenverluste eine Fülle von Urteilen. Zuletzt galt mit dem EuGH-Urteil in der deutschen Rechtssache TimacAgro die Frage insoweit als geklärt, als EU-Verluste einer Freistellungsbetriebsstätte nicht in Deutschland verrechnet werden konnten. Diese Sichtweise könnte sich mit dem Urteil in der dänischen Rechtssache Bevola erneut ändern.

Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BFH zu ausländischen Betriebsstättenverlusten basiert auf der sogenannten Symmetriethese, wonach die Anwendung der Freistellungsmethode auf Grundlage eines DBA nicht nur die in der Betriebsstätte erwirtschafteten Gewinne, sondern auch deren Verluste erfasst. Das hat zur Folge, dass Verluste aus Freistellungsbetriebsstätten bei der inländischen Besteuerung nicht zum Abzug kommen.¹

Hiergegen wurden in der Literatur aus der Sicht einer autonomen Interpretation der DBA-Bestimmungen und aus der Perspektive einer an den Grundfreiheiten der EU gemessenen Auslegung der DBA Zweifel angemeldet, da der Ausschluss der steuerlichen Berücksichtigung von Verlusten aus Betriebsstät-

ten in DBA-Staaten europarechtlich bedenklich ist, weil er die Niederlassungsfreiheit i.S.d. Art. 49 AEUV bzw. die Kapitalverkehrsfreiheit i.S.d. Art. 63 AEUV beeinträchtigt, denn inländische Verluste sind im Gegensatz zu ausländischen Verlusten grundsätzlich abzugsfähig.

Der EuGH hatte sich dieser Sichtweise zunächst im Hinblick auf sog. «finale Verluste» angeschlossen, diese Sichtweise aber zwischenzeitlich revidiert. In der Rs. Lidl Belgium² vom 15.05.2008 befasste sich der EuGH mit der Möglichkeit, Verluste ausländischer Betriebsstätten im Sitzstaat der Muttergesellschaft geltend zu machen. Er kam zu dem Ergebnis, dass die Versagung des Verlustabzugs bei der inländischen Muttergesellschaft zwar grundsätzlich einen Verstoss gegen die Niederlassungsfreiheit darstellt, dieser jedoch immer dann gerechtfertigt ist, wenn eine Besteuerung nach einem DBA im Quellenstaat erfolgt und die Verluste dort zukünftig genutzt werden können. Auf diese Weise sollen die willkürliche Verlagerung der Besteuerungszuständigkeit sowie die doppelte Verlustnutzung unterbunden werden können. Dies hat zur Konsequenz dass eine Berücksichtigung von Verlusten aus einer EU-Betriebsstätte beim inländischen Stammhaus auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit nur dann gefordert werden kann, wenn im Betriebsstättenstaat keine Möglichkeit zur weiteren Nutzung der Verluste mehr besteht (sog. «finale Verluste»).

Der BFH nahm das ausgesetzte Verfahren wieder auf und urteilte, dass die Verluste einer ausländischen Betriebsstätte im Inland nicht abzugsfähig seien, wenn nach einem DBA die Einkünfte im Inland steuerfrei gestellt sind.³ Ein phasenweiser Verlustabzug komme aber dann in Frage, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass die Verluste im Betriebsstättenstaat unter keinen Umständen verwertbar sind. Auf dieses BFH-Urteil reagierte die Finanzverwaltung umgehend mit einem Nichtanwendungserlass.⁴ Die ausnahmsweise Gewährung des Verlustabzugs sei auf den Einzelfall beschränkt.

1 St. Rspr. des BFH, zuletzt BFH 05.02.2014, I R 48/11, IStR 2014, 377 m. Anm. Mitschke; Müller ISR 2014, 204. Siehe auch von Brocke. in steueranwaltsmagazin 2018,

2 EuGH 15.05.2008 - Rs. C-414/06, Lidl Belgium.

3 BFH 28.06.2006 - I R 8/04, BStBl 2006 II 861.

4 BMF 13.07.2009, BStBl 2009 I 771.

Die unendliche Geschichte der finalen Verluste: ein neuer Akt durch die Rechtssache C-650/16 Bevola Prof. Dr. Klaus von Brocke, Rechtsanwalt, EY, München

Mit der in Rechtsprechung strittig ausgelegten Frage, wann im Ausland definitiv gewordene Verluste als final zu betrachten sind, setzte der BFH sich in zwei am 09.06.2010 veröffentlichten Urteilen auseinander. Keine finalen Betriebsstättenverluste liegen nach Auffassung des BFH vor, wenn der Betriebsstättenstaat nur einen zeitlich begrenzten Vortrag von Verlusten zulässt.⁵ Finale Betriebsstättenverluste seien allerdings – entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung – gegeben, wenn Betriebsstättenverluste aus tatsächlichen Gründen im Betriebsstättenstaat nicht mehr berücksichtigt werden können. Als Beispiele führt der BFH die Umwandlung der Auslandsbetriebsstätte in eine Kapitalgesellschaft, die entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung einer Auslandsbetriebsstätte oder deren endgültige Aufgabe an. Liegen danach finale Betriebsstättenverluste vor, seien diese nicht im Veranlagungszeitraum des Entstehens der Verluste, sondern in dem Veranlagungszeitraum abzugsfähig, in dem sie final geworden sind.

Als solche Gründe sah der BFH Fälle der Umwandlung der Auslandsbetriebsstätte in eine (Tochter-) Kapitalgesellschaft, der entgeltlichen bzw. unentgeltlichen Übertragung der Betriebsstätte oder der Aufgabe der Betriebsstätte an. Können die Verluste im Betriebsstättenstaat letztlich doch noch in Folgejahren berücksichtigt werden, sollte eine Korrektur der Verlustberücksichtigung über §175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO möglich sein. Allerdings schien der EuGH bei der Frage des Zeitpunkts der Finalität sehr strenge Massstäbe anzulegen. Die Mitgliedstaaten können einen Nachweis verlangen, dass alle im Tätigkeitsstaat vorgesehenen Möglichkeiten der Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft wurden.⁶

Darüber hinaus konkretisierte der BFH in seinen beiden Urteilen aus dem Jahre 2010 auch die Frage, in welchem Veranlagungszeitraum finale Verluste zu berücksichtigen sind. Finale Verluste sind danach (erst) in dem Veranlagungs- oder Erhebungszeitraum zu berücksichtigen, in dem die «Finalität» eintritt. Ein Abzug der Verluste ist im Inland sollte sowohl von der einkommens- bzw. körperschaftsteuerlichen als auch von der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage möglich sein.⁷

Bundestag und Bundesrat reagierten auf die EuGH-Rechtsprechung mit der Verabschiedung des neuen § 2a EStG im Rahmen des JStG 2009. Demnach soll das Abzugsverbot innerhalb der EU/des EWR dann nicht mehr gelten, wenn das DBA die Anrechnungsmethode vorsieht. Dann können ausländische Verluste mit inländischen Einkünften verrechnet werden. Sieht das DBA die Freistellungsmethode vor, so ist das Abzugsverbot weiterhin zulässig, wenn es aus der Aufteilung der Besteuerungsrechte

zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Mitgliedstaaten folgt. Jedoch auch nach der Entscheidung Lidl Belgium⁸ ist die Abzugsfähigkeit von ausländischen Verlusten alles andere als geklärt. Insbesondere liess der EuGH offen, ob ein Abzugsverbot auch dann gerechtfertigt ist, wenn die Verluste definitiv werden. So kennen einige Mitgliedstaaten die Möglichkeit des Verlustrücktrags, nicht aber die des Verlustvortrags. Oder der Verlustrücktrag ist an bestimmte Fristen gebunden. In derartigen Fällen drohen Verluste ausländischer Betriebsstätten immer noch definitiv zu werden. Gleiches gilt für die Verluste von Betriebsstätten, wenn deren Tätigkeit eingestellt wird. Ob Verluste der Betriebsstätte danach durch eine eventuelle Wiederaufnahme der Tätigkeit nochmals aufleben oder endgültig werden, richtet sich allein nach dem Recht des Quellenstaates. In Deutschland gehen die Finanzämter beispielsweise von einem Wiederaufleben aus, während die Verluste in anderen Mitgliedstaaten unterzugehen drohen. Die Nachweispflicht, ob die Bedingungen hierfür erfüllt sind, obliegt alleine dem Stammhaus. Die Höhe der Verluste ist ausschliesslich nach deutschen steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften zu bestimmen. Die Voraussetzung des Vorliegens endgültiger Verluste für die Möglichkeit der Verrechnung mit Gewinnen des Stammhauses birgt in der Folge jedoch auch die Gefahr, dass einzelne Mitgliedstaaten ihre Verlustvor- und -rücktragsmöglichkeiten reduzieren, damit endgültige Verluste möglichst schnell entstehen und eine Verrechnung mit Gewinnen der Betriebsstätte unwahrscheinlich wird und damit schneller zu Lasten anderer Mitgliedstaaten verrechnet werden können. Aus dem nachfolgenden EuGH-Urteil vom 23.10.2008 in der Rs. Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee⁹ schlussfolgerten denn auch Teile in der Literatur, dass zeitliche Begrenzungen in der Verlustnutzung nicht zu Lasten des Staates des Stammhauses gelten.¹⁰ Somit kann derzeit nur anhand der Rechtsprechung des EuGH mit Sicherheit festgestellt werden, dass endgültige Verluste nur in dem Fall der Liquidation bzw. der Aufgabe der Betriebsstätte vorliegen.

Grundsätzlich kann bei einer Betriebsstätte nicht von einer Liquidation gesprochen werden, da sie keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, sondern mit dem Stammhaus eine Einheit bildet und eine getrennte Betrachtung nicht erfolgen kann. Es kann jedoch die Tätigkeit der Betriebsstätte aus betriebswirtschaftlichen Gründen eingestellt werden, so dass angenommen werden kann, dass die vorhandenen Verluste damit endgültig nicht mehr genutzt werden können. Ein «Wiederaufleben» der Betriebsstätte zu einem späteren Zeitpunkt im gleichen

5 BFH 09.06.2010 - I R 100/09, BStBl 2010 II 1065.

6 EuGH 21.02.2013, Rs. C-123/11 (A Oy), IStR 2013, 239, Rz. 54.

7 BFH 09.06.2010, I R 107/09, IStR 2010, 663, Rz. 26 ff.

8 EuGH, a.a.O., Rs. Lidl Belgium.

9 EuGH 23.10.2008 - Rs. C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee.

10 Vgl. Lamprecht, IStR 2008, 766–769.

Die unendliche Geschichte der finalen Verluste: ein neuer Akt durch die Rechtssache C-650/16 Bevola Prof. Dr. Klaus von Brocke, Rechtsanwalt, EY, München

Mitgliedstaat ist jedoch denkbar. Dann könnten die Verluste erneut genutzt werden und wären demnach nicht endgültig. Allerdings ist auch hier das Recht des Quellenstaates alleiniger Massstab.

Das Einstellen der Tätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen muss klar abgegrenzt werden von missbräuchlichen Gestaltungen, die lediglich dazu dienen, den bei der Betriebsstätte vorhandenen Verlust beim Stammhaus zum Abzug zu bringen. Bei einer Liquidation einer Betriebsstätte müsste ein Nachweis dafür, dass für das Einstellen der Tätigkeit wirtschaftliche Gründe vorlagen und eine Wiederaufnahme der Tätigkeit in gleicher Form nicht geplant ist, genügen, damit die Verluste als endgültig anerkannt werden. Bei einem Verkauf der Betriebsstätte an Dritte oder ihrer Umwandlung können die bei der Betriebsstätte vorhandenen Verluste ebenfalls endgültig nicht mehr genutzt werden. In vielen Mitgliedstaaten verfallen die Verluste der Betriebsstätte nicht, wenn ihre Tätigkeit eingestellt wird und später in demselben Mitgliedstaat eine neue Betriebsstätte gegründet wird. Auch besteht das Risiko, dass die stillen Reserven der Betriebsstätte bei Einstellen der Tätigkeit besteuert werden. Insoweit läge aber auch eine Verlustnutzungsmöglichkeit i.S.d. EuGH-Rechtsprechung vor.

Lange Zeit hatte der EuGH seine Rechtsprechung zu finalen Verlusten in jüngerer Vergangenheit trotz offen vorgetragener Kritik von Generalanwälten in den Schlussanträgen in den Verfahren A Oy (zu eine grenzüberschreitenden upstream-merger), K (Verluste aus privaten Veräusserungsgeschäften) und in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Grossbritannien (zur Umsetzung des Marks & Spencer-Urteils des EuGH aus dem Jahre 2005)¹¹ aufrecht erhalten. Der Gerichtshof signalisierte in seinen Urteilen vom 21.02.2013¹² und vom 03.02.2015¹³, dass nicht mehr nutzbare Verluste grundsätzlich final und damit im Stammhausstaat bzw. im Staat der Muttergesellschaft zu berücksichtigen sein sollten. Der BFH folgte dieser Rechtsprechung.¹⁴

11 Schlussanträge der GA'in Kokott v. 19.07.2012, Rs. C-123/11, (A Oy), IStR 2012, 618, m. Anm. *Schnitger/Mitschke; Müller* ISR 2012, 25); Schlussanträge des GA Mengozzi v. 21.03.2013, Rs. C-322/11 (K), IStR 2013, 312, m. Anm. *Mitschke; Müller* ISR 2013, 193; Schlussanträge der GA'in Kokott v. 23.10.2014, Rs. C-172/13, Kommission ./. Vereinigtes Königreich; IStR 2014, 855, m. Anm. *Benecke/Staats; Müller* ISR 2014, 415.

12 Rs. C-123/11 – A Oy, IStR 2013, 239, m. Anm. *Ditz/Quilitzsch; Müller* ISR 2013, 103.

13 Rs. C-172/13 – Kommission ./. Vereinigtes Königreich, IStR 2015, 137, m. Anm. *Benecke/Staats; Müller* ISR 2015, 139; *Linn/Oumar* IWB 2015, 259.

14 Vgl. BFH 05.02.2014, I R 48/11, IStR 2014, 377 m. Anm. *Mitschke; Müller* ISR 2014, 204.

Das Ende finaler Verluste durch die Rs. TimacAgro?

Eine Kehrtwende vollzog der EuGH allerdings in seinem Urteil TimacAgro Deutschland.¹⁵ Im Sachverhalt des Ausgangsverfahrens hatte die TimacAgro Deutschland GmbH eine Betriebsstätte in Österreich unterhalten, welche in der Mehrzahl der Jahre 1997 – 2005 Verluste erzielte. Die Verluste in den Jahren 1997 und 1998 wurden nach § 2a Abs. 3 EStG a.F. in Deutschland berücksichtigt. In den Folgejahren war dies wegen der Abschaffung dieser Regelung zum VZ 1999 nicht mehr möglich. Nach der vom BFH vertretenen Symmetriethese kommt eine Verlustberücksichtigung in Freistellungsfällen grundsätzlich nicht in Betracht. Im Jahre 2005 übertrug die TimacAgro Deutschland GmbH ihre österreichische Betriebsstätte entgeltlich auf eine andere Konzerngesellschaft, so dass eine weitere Verlustnutzung durch Einkünfte aus dieser Betriebsstätte nicht mehr möglich war. Die Übertragung löste gem. § 52 Abs. 3 Satz 3 und 5 EStG eine Nachversteuerung der zuvor nach § 2a EStG a.F. abgezogenen Verluste aus. Eine Beschränkung der Nachversteuerung auf tatsächlich angefallene Veräusserungsgewinne war nach dem Wortlaut der Regelung nicht möglich, so dass die Nachversteuerung auch Verluste erfasste, die nach bisherigem Verständnis als final anzusehen waren.

Das zur Entscheidung berufene FG Köln legte dem EuGH daraufhin zwei Vorlagefragen vor. Zum einen wollte das FG Aufschluss darüber, ob eine Nachversteuerung aus Anlass der entgeltlichen Übertragung einer Betriebsstätte, der jedoch keine Gewinnerzielung zugrundeliegt, unionsrechtlich zulässig ist (Vorlagefrage 1). Das FG Köln sah diese Frage als nicht durch das EuGH-Urteil in der Rs. Krankenhaus Ruhesitz Wannsee geklärt an, da dort die Nachversteuerung durch tatsächlich erzielte Gewinne ausgelöst wurde. Zum anderen wollte das FG Köln wissen, ob finale Verluste auch dann vorliegen, wenn der Wegfall der Möglichkeit zur weiteren Verlustnutzung durch eine Übertragung innerhalb eines Konzerns ausgelöst wurde (Vorlagefrage 2). Beide Vorlagefragen hätten an sich auf Grundlage des EuGH-Urteils Lidl Belgium bzw. der bereits ergangenen BFH-Rechtsprechung zu finalen Betriebsstättenverlusten entschieden werden können. Die grundsätzliche Berücksichtigungspflicht finaler Verluste ergab sich aus dem Lidl Belgium-Urteil. In seinem Urteil I R 48/11¹⁶ hatte der BFH darauf aufbauend in einem obiter dictum festgestellt, dass auch Verluste aus einer konzerninternen Übertragung als final i.S.d. Lidl Belgium-Rechtsprechung anzusehen sind. Das FG Köln hatte in seinem Vorlagebeschluss v. 19.02.2014 insbesondere letztgenannte Annahme bezweifelt und sich darüber hinaus die in

15 EuGH 17.12.2015 – Rs. C-388/14 – TimacAgro Deutschland.

16 BFH 05.02.2014 - I R 48/11, DB 2014, 931.

jüngerer Zeit geäußerte Kritik der Generalanwälte *Kokott* und *Mengozzi* zu eigen gemacht.

In seiner Entscheidung vom 17.12.2015 bestätigt der EuGH in seinen Ausführungen zu ersten Vorlagefrage, dass in der Nachversteuerung der zuvor abgezogenen Verluste der Jahre 1997 und 1998 eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liege, denn bei einer inländischen Betriebsstätte wäre aus diesem Anlass keine Nachversteuerung vorgenommen worden (Rn. 24 des Urteils). Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit konstatiert der Gerichtshof, dass eine Gesellschaft mit einer ausländischen Betriebsstätte sich im Hinblick auf Massnahmen zur Vermeidung oder Abschwächung einer Doppelbesteuerung grundsätzlich nicht in einer vergleichbaren Situation zu einer Gesellschaft mit einer inländischen Betriebsstätte befinde, allerdings führe im konkreten Fall die Zulässigkeit der Verlustberücksichtigung nach § 2a Abs. 3 EStG a.F. insoweit zu einer Gleichstellung von ausländischer und inländischer Betriebsstätte, so dass die Vergleichbarkeit zu bejahen sei (Rn. 27 f. des Urteils).

Der EuGH verweist zur Begründung auf Rn. 25 seines *Nordea Bank*-Urteils. Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit der Beschränkung stellt der EuGH zunächst fest, dass die Nachversteuerung zu den Zielen der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungshoheit sowie der Kohärenz des Steuersystems in angemessenem Verhältnis stehe (Rn. 51 des Urteils), dass aber dennoch entsprechend den *Marks & Spencer*-Grundsätzen endgültig gewordene Verluste zu berücksichtigen sind. Sodann verweist der Gerichtshof auf die aus dem Urteil *A Oy*¹⁷ bekannten Grundsätze, wonach ein Verlust nur dann endgültig ist, wenn die betreffende Betriebsstätte keine Einnahmen mehr hat. Erziele die Betriebsstätte auch nur minimale weitere Einnahmen, so liege kein endgültiger Verlust vor, der zur Berücksichtigung im Stammhausstaat verpflichtet (Rn. 54 f. des Urteils). Sodann verweist der EuGH auf den Vortrag Österreichs, wonach nicht alle Möglichkeiten zur Verlustberücksichtigung in Österreich genutzt wurden. Insgesamt stehe die Regelung des Art. 49 AEUV einer Nachversteuerungsregelung wie der im Ausgangsverfahren nicht entgegen, welche im Fall der Veräusserung der Betriebsstätte eine Nachversteuerung zuvor abgezogener Verluste vorsieht, wenn nach dem anwendbaren DBA der Stammhausstaat eine Freistellung der Betriebsstättengewinne vorsieht.

Der kürzere – jedoch umso bedeutsamere – Teil des Urteils betrifft die zweite Vorlagefrage zur Nichtberücksichtigung der Verluste unter Geltung der Freistellungsmethode. Dies betrifft den Grossteil der in der Praxis vorkommenden Fälle finaler Verluste. Der EuGH stellt einleitend kurz fest, dass die Nichtberücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. In einem zweiten

Schritt wiederholt der EuGH die bereits zur ersten Vorlagefrage genutzte Formel zur Vergleichbarkeit der Situation bei der Besteuerung von Auslandsbetriebsstätten. Die Subsumtion führt sodann zwanglos zum Ergebnis, dass bei Freistellungsbetriebsstätten die Vergleichbarkeit nicht gegeben ist. Eine weitere Prüfung der Rechtfertigungsgründe sowie der Angemessenheit erübrigte sich deshalb. In seinem Tenor kommt der EuGH dann zum Ergebnis, dass eine Regelung unionsrechtlich nicht zu beanstanden ist, die im Fall der konzerninternen Veräusserung einer EU-Betriebsstätte die Berücksichtigung der Betriebsstättenverluste bei der Bemessungsgrundlage des Stammhauses nicht zulässt.

Das Urteil hatte für die Rechtsprechung der nationalen Gerichte, insbesondere der des BFH, zur grenzüberschreitenden Verlustberücksichtigung bei Freistellungsbetriebsstätten weitreichende Auswirkungen.¹⁸ Der EuGH beschränkte seine Ausführungen zwar auf Verluste, welche infolge einer konzerninternen Übertragung nicht mehr nutzbar wurden, die Reichweite der Feststellungen des EuGH dürften jedoch Freistellungsbetriebsstätten insgesamt betreffen. Während die Gerichte bislang, in Übereinstimmung mit der h.M. in der Literatur und wohl auch der Finanzverwaltung, davon ausgegangen waren, dass auch bei Freistellungsbetriebsstätten die Vergleichbarkeit als gegeben anzusehen war, und vielmehr die Frage nach der Finalität der Verluste problematisiert hatten, schied nach den Ausführungen des EuGH in seinem *Timac Agro*-Urteil eine weitere unionsrechtliche Prüfung bei Freistellungsbetriebsstätten nunmehr aus. Die Frage nach der Finalität hatte aber weiterhin Relevanz in EU- bzw. EWR -Fällen, in denen die Anrechnungsmethode zur Anwendung kommt. Dies kann bei Betriebsstätten mit passiven niedrig besteuerten Einkünften der Fall sein oder aber auch in Fällen, in denen das anwendbare DBA einen Übergang zur Anrechnungsmethode vorsieht.

Verfahren anhängig beim BFH

Seit 2017 sind mehrere Verfahren, welche sich mit der Berücksichtigung von finalen ausländischen Betriebsstättenverlusten befassen, beim BFH anhängig, u. a. im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von finalen ausländischen Betriebsstättenverlusten aus der Beteiligung an einer niederländischen (Art. 5 DBA Niederlande) und einer österreichischen (Art. 7 DBA Österreich) Personengesellschaft. In diesem Zusammenhang richtete das FG Münster im Jahr 2017 die folgenden Fragen an den BFH:¹⁹

18 Vgl. Anschlussurteil des BFH v. 22.02. 2017 - I R 2/15 , BStBl 2017 II 709.

19 FG Münster v. 28.03.2017 - Rs. 12 K 3541/14; FG Münster v. 28.03.2017 12 K 3545/14.

17 EuGH 21.02.2013 - Rs. C-123/11.

Die unendliche Geschichte der finalen Verluste: ein neuer Akt durch die Rechtssache C-650/16 Bevola Prof. Dr. Klaus von Brocke, Rechtsanwalt, EY, München

- Sind mit den Betriebsstättengewinnen nach Art. 5 DBA-Niederlande auch die Betriebsstättenverluste aus der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen?
- Befinden sich ausländische Betriebsstätten im Bezug auf Massnahmen, die der Ansässigkeitsstaat der (Mutter-)Gesellschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung derer Gewinne ergreift, grundsätzlich nicht in einer mit der Situation einer inländischen Betriebsstätte vergleichbaren Situation?
- Besteht im Fall einer Freistellungsbetriebsstätte keine unionsrechtliche Verpflichtung zur grenzüberschreitenden Berücksichtigung von finalen Verlusten?

Beide Verfahren sind aktuell beim BFH anhängig.²⁰

Die Entscheidung vom 12.06.2018 in der Rs. C-650/16 BevolaTrock

Schon die Schlussanträge des Generalanwalts *Sanchez-Bordona* in der Rs. *BevolaTrock* zur Berücksichtigung finaler Betriebsstättenverluste vom 17.01.2018 haben erneut die Hoffnung genährt, dass auch trotz Freistellung der Einkünfte einer Betriebsstätte finale Verluste zu berücksichtigen seien. Bemerkenswert ist hierbei, dass die Verluste auch dann zu berücksichtigen seien, wenn das nationale Steuersystem eine Option zu einer Gruppenbesteuerung vergibt, mit Hilfe derer ein Abzug der ausländischen Verluste erreicht werden könnte. Der Sachverhalt stellte sich wie folgt dar.

Die A/S *Bevola* ist eine Gesellschaft mit Sitz in Dänemark und war im Steuerjahr 2009 im Besitz einer finnischen Betriebsstätte. Diese stellte im selbigen Jahr ihren Betrieb ein. Die aus der Betriebsstätte resultierenden Verluste konnten in Finnland nicht angerechnet werden. In Dänemark wurde dem Stammhaus selbst der beantragte Abzug der Verluste von der dänischen Bemessungsgrundlage von seitens der dänischen Finanzverwaltung verwehrt, da sie zuvor nicht zur sogenannten «internationalen gemeinsamen Besteuerung» optiert hatte. An eine dementsprechend gewählte Option sind sämtliche im Ausland belegenen Betriebsstätten und die Muttergesellschaft auf zehn Jahre gebunden. *Bevola* legte gegen diese Entscheidung Rechtsmittel beim Berufungsgericht ein und brachte vor, der Abzug wäre möglich gewesen, wenn es sich um Verluste einer dänischen Betriebsstätte gehandelt hätte. Diese Ungleichbehandlung stelle eine Beschränkung der durch Artikel 49 AEUV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit dar.

Der EuGH ist in überraschend deutlicher Art und Weise den Schlussanträgen in seinem Urteil am 12.06.2018 gefolgt und

lässt die Verrechnung ausländischer finaler Betriebsstättenverluste zu. In einer etwas verwirrenden Argumentation grenzt er zwar die Rs. *Bevola* von der Rs. *TimacAgro* ab. Dabei geht der Gerichtshof davon aus, dass bei Anwendung einer Freistellungsmethode zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung und der doppelten Verlustberücksichtigung inländische und ausländische Betriebsstätten nicht in einer vergleichbaren Situation sind. Dies träfe aber nicht mehr zu, wenn es sich um finale Verluste handelte, also die Gefahr einer doppelten Verlustberücksichtigung nicht gegeben sei. In diesem Szenario wäre die Vergleichbarkeit gegeben und der Verlustabzug zuzulassen. Somit ist, ohne dass es der EuGH explizit feststellt, unterm Strich wieder die Uhr zurück auf die Rs. *Lidl* gestellt. Und dass mit dem vollen Gewicht der Grossen Kammer des EuGH (also 13! Richtern) während *TimacAgro* «nur» in der Besetzung mit fünf Richtern entschieden wurde. Damit erhält erneut der BFH die wenig beneidenswerte Aufgabe mit geschickter Argumentation die ursprüngliche Rechtslage von 2010 wieder herzustellen.

Fazit

Man könnte fast geneigt sein zu sagen, «Gehen sie zurück auf Los». Die Rs. *BevolaTrock* ist eine klare Bestätigung der Prinzipien aus der Rs. *Marks & Spencer* und damit der Rs. *Lidl*. Wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass er seine im Ausland durch die Betriebsstätte generierten Verluste nicht mehr verrechnen kann, sind diese finalen Verluste im Rahmen der deutschen Bemessungsgrundlage des Stammhauses abziehbar. Die Rs. *TimacAgro* war, wie viele Kommentatoren kritisiert haben, also doch ein Ausrutscher.

20 BFH I R 49/17; BFH I R 48/17.

beiträge

Vereinsrecht 2018 (2. Quartal)

Jürgen Wagner LL.M., Rechtsanwalt, Konstanz/Zürich/Vaduz

I. Grundsätzliches zum Vereinsrecht

a) Vereinswesen in Deutschland

Das Vereinswesen ist gerade in vielen kleineren bayerischen Gemeinden zentrales und verbindendes Element der örtlichen Gemeinschaft, so das VG *München*.¹

b) Compliance Management System im Verein

Compliance ist ein zunehmend aktuelles Thema für Stiftungen, Vereine und Verbände.² Tax Compliance ist für gemeinnützige Vereine umso wichtiger, als sie steuerbefreit sind und dies bei Einhaltung gewisser Regeln auch bleiben wollen. Die Risiken bei der Gefährdung oder dem Verlust der Gemeinnützigkeit gehen von der Steuermehrbelastung, die auch die Existenz gefährden kann bis hin zu Imageschäden und Reputationsverlusten. Corporate Compliance ist jedenfalls keine einmalige, punktuelle oder gar untergeordnete Aufgabe.³

c) Ausstrahlung des allgemeinen Gleichheitsgebots in das Zivilrecht

Das BVerfG hat in einem Beschluss vom 11.04.2018 zur sog. Drittwirkung von Grundrechten (hier: Bundesweites Stadionverbot)⁴ noch einmal klargestellt, dass (zwar) die Grundrechte die Privaten nicht grundsätzlich untereinander selbst verpflichten, sie aber (jedoch) auch auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen Ausstrahlungswirkungen haben. Sie sind auch von den Fachgerichten über Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe bei der Auslegung zur Geltung zu bringen. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu

bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.⁵

d) Reichsbürger (Widerruf von waffenrechtlichen Erlaubnissen)

Der Verfassungsschutzbericht 2016 des Bundes (S. 90) definiert «Reichsbürger» als eine organisatorisch wie ideologisch äusserst heterogene Szene, der jedoch die fundamentale Ablehnung des Staates, seiner Repräsentanten sowie der gesamten Rechtsordnung gemein ist.⁶ Nach dem Verfassungsschutzbericht Bayern 2016 (S. 180 ff.) sind «Reichsbürger» Gruppierungen und Einzelpersonen, die aus unterschiedlichen Motiven mit unterschiedlichen Begründungen die Existenz der Bundesrepublik Deutschland und deren Rechtssystem ablehnen. Den Vertretern des Staates sprechen sie die Legitimation ab oder definieren sich gar in Gänze als ausserhalb der Rechtsordnung stehend. Sie berufen sich in unterschiedlichster Form auf den Fortbestand des Deutschen Reiches. Reichsbürger behaupten, Deutschland habe keine gültige Verfassung und sei damit als Staat nicht existent, oder das Grundgesetz habe mit der Wiedervereinigung seine Gültigkeit verloren. Daher fühlen sich Reichsbürger auch nicht verpflichtet, den in der Bundesrepublik geltenden Gesetzen Folge zu leisten. Die sog. «Reichsbürgerbewegung» wird als sicherheitsgefährdende Bestrebung eingestuft. Die Reichsbürgerideologie insgesamt ist geeignet, Personen in ein geschlossenes verschwörungstheoretisches Weltbild zu verstricken, in dem aus Staatsverdrossenheit Staatshass werden kann. Dies kann Grundlage für Radikalisierungsprozesse sein (Verfassungsschutzbericht Bayern 2016, S. 185).

2. Mitgliedschaft/Mitgliederrechte

a) Welche Rechte haben passive Mitglieder?

Das Stimmrecht ist das herausragende Mitverwaltungsrecht des aktiven Vereinsmitglieds. Durch die Ausübung dieses Rechts ist jedes Mitglied in der Lage, die Angelegenheiten des Vereins

1 VG *München* 27.02.2018 – M 7 S 17.6126, juris. Spezialliteratur: *Bornemann*, Kein Schadenersatzanspruch gegen ehemaligen Vereinsvorstand wegen Nichtverlängerung eines Sponsoringvertrages, npoR 2018, 113; *div.*, Bericht zum 3. Vereinsrechtstag, npoR 2018, 133. Spezialliteratur: *Wagner*, Verein und Verband, 1. Aufl. 2018; *Reichert/Wagner*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 14. Aufl. 2018.

2 Spezialliteratur: *Wagner*, NZG 2018, 330 (Zusammenfassung); *Schumacher/Schumacher*; spuRt 2018, 51.

3 *Fuchs/Erkens*, NJW-Spezial 2017, 207.

4 BVerfG 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667.

5 Verweis auf BVerfG 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, NJW 2011, 3428.

6 Bayer. Verwaltungsgerichtshof 25.04.2018 – 21 CS 17.2458, juris.

mitzugestalten.⁷ Zivilrechtlich sind eingetragene Vereine verpflichtet, Mitgliederversammlungen abzuhalten, § 32 BGB. Dies ist nur möglich, wenn ein Verein auch eine Liste seiner Mitglieder führt. Folglich ist jeder Verein grundsätzlich in der Lage, Auskunft über die Anzahl seiner Mitglieder zu geben.⁸ Das Landgericht Braunschweig hat in einer Berufungssache darüber zu befinden gehabt, dass den Klägern und Berufungsklägern (im Folgenden: Kläger) nicht als ordentlichen Mitgliedern ein Stimmrecht in der Mitgliederversammlung des Beklagten und Berufungsbeklagten (im Folgenden: Beklagter) zusteht.⁹ Zwar sei (allein) massgeblich für die Frage des Bestehens eines Stimmrechts die Auslegung der Satzung des Vereins. Zu Recht führen die Kläger zudem in ihrer Berufungsbegründung aus, dass die Satzung dabei auf Grund ihrer Bindungswirkung auch gegenüber zukünftigen Mitgliedern grundsätzlich nur einheitlich und aus sich heraus ausgelegt werden darf. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Satzung eines Vereines dementsprechend als Einheit und nur aus sich heraus auszulegen. Sie soll sich (allein) am Vereinszweck und den satzungsmässigen Mitgliederbelangen ausrichten.¹⁰ Dies führt dazu, dass ausserhalb der Satzung liegende (objektive) Umstände für die Auslegung grundsätzlich unerheblich sind. Etwas anderes kann nur ausnahmsweise dann gelten, wenn es sich um solche Umstände handelt, die allgemein bekannt sind, demnach auch (potentiellen) Neumitgliedern gegenüber als bekannt vorausgesetzt werden können. An diesen Auslegungsmassstäben gemessen, ist die Auslegung des Amtsgerichts hier jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden. Denn auch, wenn man die Beitragsordnung als ergänzenden Auslegungsmassstab hier ausser Acht lässt, rechtfertigt sich keine abweichende Auslegung der Satzung der Beklagten. Die Kläger sind auch ohne ergänzende Hinzuziehung der Beitragsordnung(en) des Beklagten jedenfalls nicht ordentliche, stimmberechtigte Mitglieder.

Die Satzung des Beklagten an sich unterscheidet nicht zwischen «aktiven» und «passiven» Mitgliedern. Eine Unterteilung findet vielmehr in «ordentliche Mitglieder», «fördernde Mitglieder» und «Ehrenmitglieder» statt (§ 3 Nr. 4 der Satzung). Stimm-berechtigt sind nach § 3 Nr. 5 Satz 3 der Satzung alle ordent-

lichen Mitglieder über 18 Jahre und Ehrenmitglieder. Im Umkehrschluss ergibt sich demnach, dass fördernde Mitglieder i. S. d. § 3 Nr. 4 Satz 1 lit. b) der Satzung gerade kein Stimmrecht haben. Eine solche Differenzierung zwischen verschiedenen «Mitglieder-Klassen» ist jedenfalls bei nichtwirtschaftlichen Idealvereinen auch ohne weiteres zulässig.¹¹ Allein massgeblich ist demnach, ob die Kläger hier als «ordentliche» oder als «fördernde» Mitglieder im Sinne der Satzung anzusehen sind. Anders als die Kläger meinen, ist allerdings schon aus diesem satzungsmässigen Zweck heraus davon auszugehen, dass hier ordentliche Mitglieder allein solche sein sollen, die den Sport auch aktiv betreiben. Denn § 2 der Satzung macht gerade deutlich, dass Zweck des Vereines die aktive Betreibung des Reitsportes sein soll. Dies wird insbesondere durch § 2 Nr. 1.1 der Satzung deutlich. Denn dort heisst es gerade «durch Reiten [...]». Schon hieraus wird demnach ersichtlich, dass das massgebliche Ziel des Beklagten gerade nicht die blosse (passive) Förderung der vorgenannten Ziele sein soll, sondern dass es dem Verein wesentlich darauf ankommt, diese durch ein aktives Betreiben des Sportes zu erreichen. Auch § 2 Nr. 1.2. der Satzung hebt dies noch einmal hervor, wenn ausdrücklich als Zweck des Vereines die (aktive) Ausbildung von Reiter und Pferd genannt wird.

Schliesslich wäre auch die in der Satzung selbst vorgenommene Differenzierung zwischen «ordentlichen» und «fördernden» Mitgliedern vor dem Hintergrund des vorstehenden Satzungszweckes kaum verständlich. Denn diese Aufteilung macht unter Berücksichtigung des vorstehenden Ziels des Vereines allein dann Sinn, wenn hierdurch zwischen denjenigen Mitgliedern unterschieden werden soll, die den Satzungszweck selbst aktiv, d.h. durch Betreibung des Sportes, unterstützen und denjenigen, die den Zweck bloss fördern, d.h. den Reitsport selbst gerade nicht (mehr) aktiv betreiben. Eine andere Auslegung schon aus der Satzung selbst, ist kaum denkbar.

Dieser Auslegung steht auch nicht die jahrelange entgegengesetzte Übung des Beklagten entgegen.¹² Zwar kann bei der Auslegung der Satzung eines Vereines unter besonderen Umständen ausnahmsweise auch eine ständige Übung (ergänzend) berücksichtigt werden. Eine solche Übung kann – wegen der Allgemeingültigkeit der Satzung und der Bindungswirkung auch künftiger Mitglieder (s.o.) – aber grundsätzlich nur dann berücksichtigt werden, wenn sie zum einen als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann, zum anderen auch nicht dem ausdrücklichen bzw. eindeutigen Satzungszweck und Wortlaut entgegensteht. Auch eine (allgemein bekannte) stän-

7 BGH 11.11.1986 – V ZB 1/86, BGHZ 99, 90, 94, NJW 1987, 650; BGH 01.12.1988 – V ZB 6/88, BGHZ 106, 113, 119, NJW 1989, 1087; BGH 19.09.2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 57, NJW 2002, 3704; Spezialliteratur: *Armbrüster/Witsch*, NZG 2018, 361 ff. (betr. Ausschluss und Missbrauch des Stimmrechts).

8 Bayer. Verfassungsgerichtshof 19.02.2018 – Vf. 5-VII-17, juris.

9 LG Braunschweig 16.05.2017 - 6 S 66/17.

10 Verweis auf BGH 09.06.1954 – II ZR 70/53, BGHZ 14, 25 (36), NJW 1954, 1401; BGH 06.07.1967 – II ZR 231/67, BGHZ 47, 172 (180), NJW 1967, 1268; auch MüKo/Reuter BGB, 7. Auflage 2015, § 25 Rn. 23.

11 Verweis auf MüKo/Arnold, BGB, 7. Aufl. 2015, § 32 Rn. 29, m.w.N.

12 Zum Vereinsgewohnheitsrecht, dessen Voraussetzungen und Grenzen s. *Wagner*, Verein und Verband, Rn. 207 ff.

dige Übung kann demnach jedenfalls dann nicht entgegenstehen, wenn sie offensichtlich dem insoweit eindeutigen jedenfalls durch Auslegung eindeutig ermittelbaren - Wortlaut bzw. satzungsmässigen Zweck entgegensteht.

Selbst wenn die Kläger also hier jahrelang als stimmberechtigte ordentliche Mitglieder behandelt wurden, sogar in satzungsmässige Ämter berufen worden sein sollten, so kann diese offensichtlich der Satzung widersprechende Übung jedenfalls keine Änderung der eindeutigen Satzung bzw. deren Auslegung begründen. Anders als die Kläger meinen, konnte demnach hier die jahrelange (rechts- bzw. satzungswidrige) Praxis nicht allein durch eine Satzungsänderung begründet werden. Vielmehr würde gerade die Einräumung eines Stimmrechts auch für die Kläger eine Änderung der Satzung erforderlich machen.

b) Sondermitgliedsbeitrag durch Satzungsänderung zulässig

Der klägerische Verein hat sich die Rechte der Selbstbestimmung des einzelnen Menschen «bis zum letzten Atemzug» als Vereinszweck (§ 2 der Satzung) zum Ziel gesetzt.¹³ Die Beklagte ist der Klägerin beigetreten. Sie hat dafür einmalig Euro 1.000.– für eine lebenslange Mitgliedschaft gezahlt.

Im neuen § 5b «einmaliger zusätzlicher Mitgliederbeitrag» heisst es in dessen Abs. 1: «Zur Durchsetzung unserer Verfassungsrechte gemäss § 2a Abs.3 der Satzung leisten alle Mitglieder am 1.10.2015 einen einmaligen zusätzlichen Mitgliederbeitrag, ... bei lebenslanger Mitgliedschaft in Höhe von einmalig 1.000.– Euro ...».

Der Sondermitgliedsbeitrag sollte dazu verwendet werden, die Rechtsverfolgungskosten zur Durchführung einer Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe abzudecken, um den neu geschaffenen § 217 StGB für verfassungswidrig erklären zu lassen. Nach § 217 StGB ist derzeit eine Suizidbegleitung nicht mehr möglich, sondern strafbar. Die Klägerin hat eine Verfassungsbeschwerde zum Aktenzeichen 2 BvR 651/16 beim Bundesverfassungsgericht anhängig gemacht. Laut Internetrecherche ist die BVR in Dr. K.- W... Berichterstatterin im Verfahren der hiesigen Klägerin zusammen mit weiteren Verfassungsbeschwerden u.a. von Privatpersonen, Sterbehilfeorganisationen, Sterbebegleitern, Ärzten, Pflegepersonen und Rechtsanwälten gegen § 217 StGB. Mit dem als Anlage 2 vorgelegten Schreiben vom 4.8.2015 hatte die Klägerin die Beklagte zur ausserordentlichen Mitgliederversammlung auf den 30.8.2015 eingeladen (...).

Die zulässige Klage ist begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin nach § 5b Abs.1 (dritter Unterpunkt) der Sat-

zung in der Fassung vom 30.8.2015 den Sonderbeitrag in Höhe von 1.000.– Euro zu zahlen. Die Beklagte ist seit 7.9.2010 Mitglied der Klägerin. Sie wurde auch wirksam zur Mitgliederversammlung am 30.8.2015 in Hamburg eingeladen. Die Satzung wurde wirksam (vgl. dazu *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. S. 565; Das Registergericht hat ein materielles Prüfungsrecht; a.a.O., S. 576 zu den Wirkungen der Registereintragung) dahingehend geändert, dass zur Durchsetzung der Verfassungsrechte der Klägerin und ihrer Mitglieder gemäss § 2a der Satzung alle Mitglieder einen einmaligen zusätzlichen Mitgliederbeitrag leisten müssen. Bei einer lebenslangen Mitgliedschaft – wie bei der Beklagten – beträgt dieser einmalige Sondermitgliedsbeitrag Euro 1.000.–.

Die Mitgliederversammlung als oberstes Organ des eingetragenen klägerischen Vereins ist nach § 25, 32 BGB berechtigt, die Satzung unter Berücksichtigung des Vereinszwecks (vgl. dazu *Stöber/Otto*; Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. S. 34 ff.) nach § 33 BGB und der Einhaltung der in der Satzung festgelegten 2/3-Mehrheit zu ändern. (...)

Mit der Erhebung des Sondermitgliedsbeitrags werden auch keine vereinsfremden Zwecke verfolgt. Der Sondermitgliedsbeitrag dient vielmehr zur Finanzierung des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgerichts zum Aktenzeichen 2 BvR 651/16. Vor dem Bundesverfassungsgericht soll erreicht werden, dass der § 217 StGB in der heutigen Fassung für verfassungswidrig erklärt wird. Durch die jetzige Regelung des § 217 StGB ist eine Suizidbegleitung, die nach § 2 der Satzung der Klägerin von ihr vorgesehen ist, derzeit rechtlich nicht möglich bzw. strafbar.

Der Mitgliederversammlung war die Beitragserhöhung trotz des im Aufnahmeantrag erwähnten einmaligen Beitrags von 1.000.– Euro für eine lebenslange Mitgliedschaft möglich. Die Beklagte konnte insbesondere nicht darauf vertrauen, dass es niemals zu einer Satzungsänderung kommen würde, auch wenn sich die Gesetze im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Vereinszweck ändern sollten.

Die Mitgliederversammlung als oberstes Vereinsorgan konnte den Sonderbeitrag schon deshalb festlegen, weil bei Vereinsbeitritt der Klägerin die jetzige Neufassung des § 217 StGB jedenfalls nicht sicher vorhersehbar war.

Eine Inhaltskontrolle der Vereinssatzung über das Gericht findet nur engen Grenzen statt (§§ 315, 242,134,138 BGB), insbesondere wenn ein faktischer Aufnahmezwang besteht: Die Rechtsstellung der Mitglieder regelnde interne Normen eines Vereins oder Verbandes unterliegen jedenfalls dann richterlicher Inhaltskontrolle auf ihre Vereinbarkeit mit Treu und Glauben (BGB § 242), wenn die Vereinigung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich eine überragende Machtstellung innehat und das Mitglied auf die Mitgliedschaft angewiesen ist so BGH, 24.10.1988, II ZR 311/87.

¹³ AG Hamburg-Blankenese 03.05.2017 - 531 C 132/16, hierzu *Krüger/Sarberzadeh*, npoR 2018, 110.

Im vorliegenden Fall kann von einer solchen «Machtstellung» der Klägerin nicht ausgegangen werden.

Die gerichtliche Kontrolle ist im Übrigen stärker eingeschränkt. Zu prüfen ist nur, ob der Verein vom richtigen Sachverhalt ausgegangen ist und ob alles verfahrensrechtlich korrekt herbeigeführt wurde. Nur wenn die Massnahme willkürlich erscheint bzw. grob unbillig, kommt eine gerichtliche Korrektur der Entscheidung des Vereins in Betracht vgl. OLG Koblenz, 26.06.2003, 5 U 1621/02.

Zur Wirksamkeit der Satzungsänderungen des Landesverbandes der Bestattungsbranche vgl. LG Düsseldorf, 12.08.2014, 1 O 307/13. Das Transparenzgebot des § 307 BGB gilt auch für Satzungs Vorschriften im Verhältnis zu seinen Mitgliedern. Lässt sich etwa der Satzung nicht eindeutig entnehmen, welche Massstäbe für die Berechnung der anlässlich des Ausscheidens eines Mitglieds zu zahlenden Umlage heranzuziehen sind, ist die zugrundeliegende Satzungsregelung unwirksam; vgl. OLG Dresden, 19.02.2009, 4 U 1721/08.

Die klägerische Satzung verstösst, soweit sie Rechtsverfolgungskosten des Verfahrens vor dem BVerfG in Karlsruhe finanzieren will, nicht gegen gesetzliche Verbote, gute Sitten oder dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die Beklagte hat auch nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, aufgrund der geänderten Satzung ihren Vereinsaustritt zu erklären.

c) Besonderes Vollzugsinteresse an der satzungsmässigen Besetzung des Stiftungskuratoriums

In der Entscheidung¹⁴ heisst es u.a.: «Eine Gesamtbetrachtung der geschilderten Vorgänge zeigt, dass der Antragsteller die seit Dezember 2016 erforderliche Zuwahl weiterer Mitglieder und damit die Wiederherstellung der uneingeschränkten Handlungsfähigkeit des Kuratoriums schuldhaft und in einem zeitlich nicht mehr hinnehmbaren Masse verzögert hat. Der dargelegten Pflichtverletzung kommt aufgrund der zeitlichen Dauer der Verzögerung und der Beharrlichkeit, mit der die Einberufung einer Sitzung beziehungsweise die Durchführung der Kooptation verhindert worden ist, ein erhebliches Gewicht zu, sodass eine grobe Pflichtverletzung vorliegt. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass ohne die Mitwirkung des Antragstellers für die anderen Kuratoriumsmitglieder keine Möglichkeit bestand, die Zuwahl weiterer Kuratoriumsmitglieder zu bewerkstelligen. Die seinem Amt zukommende Machtstellung hat er genutzt, um sich ein ihm nach der Satzung nicht zustehendes Vetorecht bei der Zuwahl der neuen Kuratoren anzumassen. Dadurch hat er eine ordnungsgemässe Stiftungsarbeit, insbesondere eine auf demokratischen Prozessen basierende Willensbildung verhindert (...)»

14 VG Karlsruhe 18.01.2018 – 7 K 14854/17, npoR 2018, 114.

«Die Stiftungsbehörde hat zu Recht ein besonderes Vollzugsinteresse angenommen. Es findet seine Rechtfertigung darin, das Kuratorium wieder satzungsmässig zu besetzen und somit die vollständige Handlungsfähigkeit der Stiftung und eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Stiftungsverwaltung wiederherzustellen (...)».

3. Pflichten des Vorstands

a) Ordnungsgemässe vs. fehlerhafte Anlage

Gerade bei Stiftungen (weniger bei Vereinen) zeigt sich bei der Pflicht, Erträge zu erzielen, ein Zielkonflikt, in dem sich Stiftungsorgane befinden. Einerseits sollen sie den Bestand erhalten, was Anlageklassen mit hohen Risiken regelmässig ausschliessen dürfte; andererseits müssen Renditen erzielt werden, die mit «risikofreien» Anlagen im derzeitigen Marktumfeld regelmässig nicht zu erzielen sind. Organmitglieder müssen deshalb auch nach Anlageklassen Umschau halten, die bei einem angemessenen Risiko genügend Erträge abwerfen, um die Erfüllung des Stiftungszwecks zu ermöglichen.¹⁵

Daraus wird eine Pflicht zur rentierlichen Vermögensanlage abgeleitet.¹⁶ Die reine nominelle Erhaltung des Stiftungsvermögens ist jedenfalls keine adäquate Vermögensbetreuung, denn der Vermögenserhalt als solcher wäre als Selbstzweck kein zulässiger Stiftungszweck. Die Pflicht zur «mündelsicheren Anlage» ist zwischenzeitlich aus allen Stiftungsgesetzen der Länder gestrichen worden und fehlt im Übrigen auch im BGB. Es besteht deshalb nicht die Pflicht «den sichersten Weg zu gehen», sondern es besteht die Pflicht, die Ertragskraft und nicht den Nominalwert des Stiftungsvermögens zu erhalten.¹⁷

b) Vorstand

Der Vorstand eines Vereins kann zwar nach diesseitiger Auffassung auf Lebenszeit gewählt werden. Er muss letztlich aber von der Mitgliederversammlung – nötigenfalls auf dem Weg der Satzungsänderung – wieder «abwählbar» sein. Eine Bestimmung in der Satzung dergestalt, «unabwählbar» zu sein, dürfte unwirksam sein.¹⁸

15 Wagner, Verein und Verband, Rn. 388.

16 Spezialliteratur: Stürner, Die Haftung des Stiftungsvorstands bei der Vermögensverwaltung, DStR 2015, 1628; Hoffmann-Steudner, Aktuelle Umfrage zur Haftung von Stiftungsvorständen, ZStV 2017, 154.

17 Spezialliteratur: Hüttemann, Stiftungs- und gemeinnützigkeitsrechtliche Rahmenbedingungen der Vermögensanlage steuerbegünstigter Stiftungen, WM 2016, 625 ff. und 673 ff.; Stürner, Fehlerhafte Anlageberatung von Stiftungen, BKR 2018, 15 (Anm. zu OLG Frankfurt 26.07.2017 – 17 U 160/16, BKR 2017, 380).

18 Beispiel aus BGH 26.03.2018 – 4 StR 408/17, NZG 2018, 590.

4. Kompetenzordnung

a) Inkompatibilitäten

Seit jeher anerkannt: Der Rechnungsprüfer kann dem Vorstand nicht angehören, da er sich nicht selbst kontrollieren kann. Die Prüfung ist mit Geschäftsführungsaufgaben nicht kompatibel.¹⁹ Nicht ganz so klar ist dies im monistischen Geschäftsleitungs- und Aufsichtssystem: Das EuG hat mit Urteilen vom 24.04.2018 entschieden, dass ein und dieselbe Person nicht zugleich die Stelle des Vorsitzenden des Verwaltungsrats und des «verantwortlichen Geschäftsleiters» in beaufsichtigten Kreditinstituten innehaben kann.²⁰ Der Begriff «verantwortlicher Geschäftsleiter» beziehe sich auf die Mitglieder der Geschäftsleitung, eine Funktion, die nicht mit einer Aufsichtsfunktion kumuliert werden dürfe.

b) Besondere Vertreter, § 30 BGB

Nach § 30 Abs. 1 BGB kann zwar unter anderem durch Satzung bestimmt werden, dass neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind.²¹ Die besonderen Vertreter sind – wie der Vorstand – satzungsmässige Organe des Vereins. Ihre Bestellung erfolgt aber nur, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, durch die Mitgliederversammlung. Die Stellung als besonderer Vertreter im Sinne des § 30 BGB hat die Rechtswirkung, dass der Verein für den Schaden, den ein «verfassungsmässig» berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangene zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zufügt, verantwortlich ist. In dem Bestreben, den bei rechtsgeschäftlichen Vertretern nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB möglichen Entlastungsbeweis auszuschliessen und zu einer möglichst umfassenden Haftung des Vereins nach § 31 BGB zu gelangen, hat zwar die zivilrechtliche Rechtsprechung teilweise den Begriff des besonderen Vertreters im Sinne des § 31 BGB weit ausgelegt und dabei auch darauf verzichtet, dass die Bestellung von besonderen Vertretern eine Grundlage in der Satzung haben muss.

Diese über den Wortlaut des § 30 BGB hinausgehende weite Auslegung ist jedoch nicht möglich, wenn es sich um die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Fiktionsregelung des § 5 Abs. 1 Satz 3 BGB handelt. Vielmehr kann im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei der Anwendung der Fiktionsregelung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG – anders als im Rahmen des § 31 BGB – auf das Erfordernis der Vertretungsmacht kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertra-

ges nicht verzichtet werden. Anderenfalls wäre im Streit um die Rechtswegzuständigkeit in vielen Einzelfällen zu prüfen, ob die von der Rechtsprechung für die Anwendung der §§ 30, 31 BGB aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Dies würde aber eine Prüfung der Vertretungsmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse erfordern, auf die es aber nach der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gerade nicht ankommen soll. Daraus folgt, dass besondere Vertreter eines Vereins im Sinne des § 30 BGB nur dann nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Fiktionsregelung des § 5 Abs. 1 Satz 3 BGB gelten, wenn die Satzung die Bestellung ausdrücklich und damit gestattet.²²

5. Diverses

a) Arbeitsrecht

Bei dienstrechtlichen Beurteilungen oder Bewerbungen führen die Bewerber häufig ihr ehrenamtliches Engagement ins Felde. Dies ist jedoch nicht immer geeignet, auch Pluspunkte zu sammeln: Der VGH Baden-Württemberg hielt u.a. fest, soweit der Antragsteller beanstandete, dass sein ehrenamtliches Engagement als 1. Vizepräsident eines Fussballverbandes mit ca. 730 Vereinen und über 250.000 Mitgliedern nicht hinreichend berücksichtigt worden sei, sei zutreffend auf den Senatsbeschluss²³ vom 09.02.2016 verwiesen, in dem der Senat bereits entschieden hat, dass grundsätzlich nur amtsrelevantes ausserdienstliches Verhalten Gegenstand einer Personalauswahlentscheidung sein kann, zumal weder der Beurteiler noch der Auswählende die Qualität der Wahrnehmung ausserdienstlicher Aufgaben hinreichend zu bewerten vermag. Die dienstliche Beurteilung orientiert sich daher am Statusamt und nicht an der konkreten Aufgabenwahrnehmung.

Das Erfordernis, dass ein Bewerber auf eine bei einer Kirche zu besetzende Stelle einer bestimmten Religion anzugehören hat, muss nach dem Urteil des EuGH vom 17.04.2018 der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.²⁴ Zudem muss das Zugehörigkeitserfordernis notwendig und angesichts des Ethos der Kirche aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten sein und mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Einklang stehen.

19 Wagner, Verein und Verband, Rn. 363.

20 EuG 24.04.2018 – T-133/16 bis 136/16 (Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence / EZB), juris.

21 LAG Hamm 05.03.2018 – 2 Ta 451/17, juris.

22 Verweis auf BAG 05.05.1997 - 5 AZB 35/96, NJW 1997, 3261; LAG Hessen 19.01.2007 - 18 Ta 593/06, NZA-RR 2007, 262; Bittner AuA 1997, 411.

23 VGH Baden-Württemberg 15.03.2018 – 4 S 277/18, juris m. Verweis auf VGH Baden-Württemberg 09.02.2016 – 4 S 2578, 2578/15, NVwZ-RR 2017, 49; so auch OVG Berlin-Brandenburg 26.03.2018 – 4 S 19/18 (Vor-bildliches Engagement des Polizeibewerbers im Judoverein).

24 EuGH 17.04.2018 – C-414/16.

b) Freimaurer und Genderfragen

Beschränkungen der Mitgliedschaft, die gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 3 GG) verstossen, können ebenfalls einer Förderung der Allgemeinheit und damit der Gemeinnützigkeit entgegenstehen. So hat der BFH mit Urteil vom 17.05.2017 einer Freimaurerloge, die Frauen von der Mitgliedschaft ausschliesst, die Gemeinnützigkeit versagt. Gegen dieses Urteil wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.²⁵

c) Vereinsrecht in der Schweiz

«Mir hei e Verein, i ghöre derzue. Und d Lüt säge: Lueg dä ghört o derzue» (Mani Matter; zu deutsch: «Wir haben einen Verein, ich gehöre dazu. Und die Leute sagen: Schau, der gehört auch dazu»). Beim *Obergericht des Kantons Zürich*²⁶ ist ein Barbetreiber allerdings abgeblitzt, der seine Shisha-Bar als Verein betreiben wollte. Er scheiterte am Merkmal der «freien Zugänglichkeit», da er keine Hürden für Laufkundschaft errichten wollte.

6. Steuerrecht

a) Gemeinnützigkeit

Ein als gemeinnützig anerkannter Verein muss seine gemeinnützigen Zwecke ausschliesslich und unmittelbar i.S.d. § 51 Abs. 1 Satz 1 AO erfüllen.²⁷ Ausschliesslichkeit liegt vor, wenn eine Körperschaft gemäss § 56 AO nur ihre steuerbegünstigten satzungsmässigen Zwecke verfolgt. Gemäss § 57 Abs. 1 Satz 1 AO verfolgt eine Körperschaft unmittelbar ihre steuerbegünstigten satzungsmässigen Zwecke, wenn sie selbst diese Zwecke verwirklicht. Das kann gem. § 57 Abs. 1 Satz 2 AO auch durch Hilfspersonen geschehen, wenn nach den Umständen des Falls, insbesondere nach den rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen, die zwischen der Körperschaft und der Hilfsperson bestehen, das Wirken der Hilfsperson wie eigenes Wirken der Körperschaft anzusehen ist.

§ 57 Abs. 1 AO ist im Kern eine Zurechnungsnorm; sie beantwortet die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Körperschaft eine Tätigkeit zugerechnet werden kann (Jachmann/Unger in: Beermann/Gosch, AO/FGO, § 57 Rz. 8). Entscheidend ist, ob die der Körperschaft nach § 57 Abs. 1 AO zuzurechnende Tätigkeit inhaltlich noch als Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke i. S. d. §§ 52 bis 54 AO zu beurteilen ist. Das

ist (vorbehaltlich der Ausnahmeregelungen in § 58 Nr. 2 bis 4 AO) nicht der Fall, wenn sich die Tätigkeit einer Körperschaft in der inhaltlich neutralen – z.B. lediglich finanziellen, sachlichen oder organisatorischen – Unterstützung einer anderen steuerbegünstigten Person oder Körperschaft erschöpft, ohne dass diese Unterstützung ihrerseits eine Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke i. S. d. §§ 52 bis 54 AO ist.²⁸ Aus diesem Grund hat der BFH etwa entschieden, dass eine GmbH, die in einem Sportverband gehörenden Sportschule die Trainingsräume und -anlagen reinigt und instand hält sowie den Lehrgangsteilnehmern und Gästen Unterkunft und Verpflegung gewährt, nicht unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dient.²⁹ Es reicht nicht aus, dass der Verein die Zwecke vielmehr mittelbar verwirklicht, indem er die für die Ausübung (des gemeinnützigen Zwecks) erforderlichen Wirtschaftsgüter anderen Personen zur Verfügung stellt und unterhält und die anderen Personen dadurch unterstützt. Diese blosser Unterstützung kann aber nicht als Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke i. S. d. §§ 52 bis 54 AO angesehen werden.

Ein islamischer Verein, der im Verfassungsschutzbericht des Bundes oder eines Bundeslandes ausdrücklich als extremistisch bezeichnet wird, ist nicht gemeinnützig.³⁰ Die Widerlegung dieser Vermutung erfordert den vollen Beweis des Gegenteils; eine Erschütterung ist nicht ausreichend. Im Rahmen des § 51 Abs. 3 Satz 1 AO sind die Leistungen des Vereins für das Gemeinwohl nicht im Wege einer Gesamtschau gegen Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche tatsächliche Geschäftsführung abzuwägen.

b) Gemeinnützigkeit II

Die in neuer Rechtsprechung des BFH³¹ indirekt aufgeworfene Rechtsfrage, ob «die satzungsmässigen Voraussetzungen zur Feststellung der Gemeinnützigkeit eines Vereins nicht erfüllt sind, wenn die Festlegungen der Mustersatzung (Anlage zu § 60 Abs. 1 Satz 2 AO) in Form einer Verweisung auf die §§ 55 – 57 AO zum Satzungsinhalt gemacht werden», stellt sich im Streitfall nicht. Denn das FG ist auf S. 6 seines Urteils gerade davon ausgegangen, dass sich weder dem Gesetz noch der Mustersatzung entnehmen lässt, dass die Körperschaft in ihrer Satzung nicht auch auf die einschlägigen Vorschriften der Abgabenordnung (AO) verweisen darf. Die AO sei im Gegensatz zu anderen Satzungen und Vereinbarungen eine jederzeit leicht zugängliche «Erkenntnisquelle», die verbindlich regelt,

25 *BFH* 17.05.2017 - V R 52/15, nPoR 2018, 31 und 55 (Anm. Theuffel-Werhahn); BVerfG, 2 BvR 1966/17 (anhängig); Spezialliteratur: *Weitemeyer/Wrede*, Genderfragen in Non-Profit-Organisationen, nPoR 2018, 3 ff.

26 *Obergericht Zürich* 31.01.2018 – SU170040; s.a. NZZ vom 16.04.2018.

27 *FG Münster* 19.02.2018 – 13 K 3313/15 F, juris (Friedhofsverein).

28 *Jachmann/Unger* in *Beermann/Gosch*, AO/FGO, § 57 Rz. 8; *Seer* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 57 Rz. 2.

29 *BFH* 25.02.1981 – II R 110/77, BFHE 133, 87, BStBl. II 1981, 87.

30 *BFH* 14.03.2018 – V R 36/16, juris.

31 *BFH* 07.02.2018- V B 119/17, nPoR 2018, 118 BFH/NV 2018, 337.

unter welchen Voraussetzungen eine Körperschaft gemeinnützig sei. Es werde daher nicht gefordert, dass die Satzung einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck bzw. Muster entsprechen müsse. Satzungen genügten schon dann den Anforderungen des § 60 Abs. 1 Satz 1 AO, wenn sie unabhängig vom Aufbau und vom genauen Wortlaut der Mustersatzung die bezeichneten Festlegungen, nämlich die Verpflichtung zur ausschliesslichen und unmittelbaren Verfolgung förderungswürdiger Zwecke sowie die Verwendung des Begriffs «selbstlos» enthalten. Nach § 60 Abs. 1 Satz 1 AO müssen die Satzungszwecke und die Art ihrer Verwirklichung so genau bestimmt sein, dass aufgrund der Satzung geprüft werden kann, ob die satzungsmässigen Voraussetzungen für die Steuerbefreiung gegeben sind (formelle Satzungsmässigkeit). Somit ist in der Satzung nicht nur zu regeln, welchen Zweck die Körperschaft verfolgt und dass dieser Zweck den Anforderungen der §§ 52 bis 55 AO entspricht, sondern auch, dass dieser Zweck *ausschliesslich* (und unmittelbar) verfolgt wird. Ausschliesslichkeit liegt nach § 56 AO vor, wenn die Körperschaft *nur* ihre steuerbegünstigten satzungsmässigen Zwecke verfolgt. Der Kläger hat jedoch in § 8 seiner Satzung unter der Überschrift «Gemeinnützigkeit» lediglich geregelt, dass er *unmittelbar* Zwecke des Hochwasserschutzes und des Küstenschutzes fördere. Damit ergibt sich aus dieser Satzungsbestimmung keine *ausschliessliche* Förderung. Aus dem pauschalen Hinweis in § 8 der Satzung, wonach der Kläger seine Mittel ausschliesslich nach Massgabe der §§ 55 bis 57 AO verwende, lässt sich – wie das FG zu Recht entschieden hat – auch nicht im Auslegungswege mit hinreichender Bestimmtheit entnehmen, dass er *ausschliesslich* Zwecke des Hochwasserschutzes und des Küstenschutzes fördern wolle. Denn nach der – seit dem Jahressteuergesetz 2009 (BGBl I 2008, 2794) mit Gesetzeskraft ausgestatteten – Mustersatzung (Anlage 1 zu § 60 AO) ist zwischen der Zweckverfolgung in § 3 und der Mittelverwendung in § 5 zu unterscheiden. Soweit die Satzung – wie im Streitfall – nicht zweifelsfrei erkennen lässt, dass der Steuerpflichtige ausschliesslich gemeinnützige Zwecke verfolgt, gehen etwaige Unklarheiten zu Lasten dessen, der sich auf die Steuervergünstigung beruft (BFH-Urteil vom 26. Februar 1992 I R 47/89, BFH/NV 1992, 695, Rz 20) (...).»

«Sofern – wie im Streitfall – die Satzung lediglich bestimmt, dass das Vermögen einer bestimmten juristischen Person des öffentlichen Rechts (Bundesrepublik Deutschland) zur Verwendung für steuerbegünstigte Zwecke übertragen wird, ist dies nicht ausreichend, da nach der Rechtsprechung des Senats die Regelungen über die Vermögensbindung in der Satzung selbst getroffen werden müssen (BFH-Urteil vom 23. Juli 2009 V R 20/08, BFHE 226, 445, BStBl II 2010, 719, Rz 15). Daran fehlt es, wie das FG zutreffend entschieden hat, wenn die Satzung nicht regelt, dass das Vermögen bei einer Auflö-

sung des Vereins «unmittelbar und ausschliesslich» für steuerbegünstigte Zwecke verwendet werden soll. Im Übrigen ist durch die bisherige Rechtsprechung bereits geklärt, dass die blosse Benennung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als Destinatär den satzungsmässigen Anforderungen nicht genügt (BFH-Urteil vom 12. Januar 2011 I R 91/09, BFH/NV 2011, 1111, Rz 11) (...).»

c) Ehrenamtliche Nebentätigkeit

Zur ehrenamtlichen Tätigkeit hat der BFH festgestellt, dass eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 26 EstG nicht gewährt werden kann, wenn ein schädlicher Zusammenhang mit einer nicht-selbständigen Haupttätigkeit besteht.³²

1. NV: Eine weitere Beschäftigung für denselben Arbeitgeber ist nach der Rechtsprechung des BFH als Teil einer nichtselbständigen Haupttätigkeit anzusehen, wenn zwischen beiden Tätigkeiten ein unmittelbarer Zusammenhang besteht.

2. NV: Ein solcher Zusammenhang mit einem bestehenden Dienstverhältnis ist anzunehmen, wenn beide Tätigkeiten gleichartig sind oder der Steuerpflichtige mit der Nebentätigkeit eine ihm aus seinem Dienstverhältnis – faktisch oder rechtlich – obliegende Nebenpflicht erfüllt oder auch in der zusätzlichen Tätigkeit der Weisung und Kontrolle des Dienstherrn unterliegt.

Orientierungssatz

NV: Der «nebentätigkeitsschädliche» unmittelbare Zusammenhang mit dem bestehenden Dienstverhältnis liegt schon dann vor, wenn beide Tätigkeiten für den nämlichen Dienstherrn gleichartig sind. Die Nebentätigkeit muss darüber hinaus nicht auch eine Nebenpflicht aus dem (Haupt-)Arbeitsverhältnis darstellen, deren Erfüllung der Arbeitgeber nach der tatsächlichen Gestaltung dieses Dienstverhältnisses und nach der Verkehrsauffassung – weisungs- und kontrollbefugt – erwarten darf, um der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 26 EstG verlustig zu gehen.

7. Öffentliches Recht: Vereinsregister

Ob ein wichtiger Grund für die Aussetzung des Eintragungsverfahrens gemäss § 21 FamFG vorliegt, hat das Registergericht in eigener Zuständigkeit zu prüfen.³³ Insbesondere bei Eintragungen, die keinen Aufschub dulden, ist eine Aussetzung nur angezeigt, wenn eine Entscheidung nicht ohne schwierige, zeitraubende und umfangreiche Ermittlungen getroffen werden kann oder sie von zweifelhaften, in Rechtsprechung und Rechtslehre unterschiedlich beantworteten Rechtsfragen

³² BFH 11.12.2017 – VI B 75/17, npoR 2018, 120.

³³ OLG München 10.04.2018 – u.a. 31 Wx 72/18, NZG 2018, 588.

abhängt. Dabei hat das Registergericht im Einzelnen darzulegen, welche Ermittlungen erforderlich bzw. welche Rechtsfragen entscheidungserheblich sind. Der bloße Hinweis auf eine schwierige und komplexe Rechtslage genügt diesen Anforderungen nicht.³⁴

nun, der rechtswidrig verhängte Zwangsabstieg könne allerdings nicht beweisen, dass der Verein auch ohne den Beschluss auch sportlich abgestiegen wäre.³⁶ Dem Siebtliga-Verein ist der Wiederaufstieg in die vierte Liga daher vorerst verbaut.

8. Nachruf

Gerade das Urteil des *BGH* zur Angelegenheit des SV Wilhelmshaven hat den Sportverbänden in Bezug auf die Durchsetzung ihrer Regeln Grenzen aufgezeigt, aber auch ein Instrument in die Hand gegeben, durch vertragliche Regelungen und eindeutige Formulierungen in den Lizenz-, Lizenzulassungs- oder sonstigen Regelerstreckungsverträgen mit überschaubarem Aufwand das gleiche Ziel zu erreichen.³⁵ Sportlich hat es dem SV Wilhelmshaven wenig genützt: Das *LG Bremen* entschied

³⁴ Verweis auf *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 170a.

³⁵ *Wagner*, Verein und Verband, Rn. 499; *Orth*, SpuRt 2017, 9, 13.; s.a. ZStV 2017, 66, 71 m. Anm. *Morgenroth*; das Thema ist nicht neu; s. hierzu bereits *BGH* 28.11.1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 93, NJW 1995, 583; hierzu *Haas/Adolphsen* NJW 1995, 2146; *Walker* NZG 2017, 1241.

³⁶ *LG Bremen* 25.04.2018 – 9 O 664/17, juris.

Anzeige

WAGNER  **JOOS**
RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE FÜR HANDELS-
UND GESELLSCHAFTSRECHT

Konstanz / Zürich / Vaduz

Jürgen Wagner, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Peter Joos, Dipl. Betriebswirt (FH), Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Rüdiger Bock, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht
Christian Merz, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bankkaufmann
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

www.wagner-joos.de

veranstaltungen

Schweiz

«Quo Vadis - Finanzplatz Schweiz? 10 Jahre nach der Finanzkrise: Wo stehen die Betroffenen heute?»

Termin

Donnerstag, 23. August 2018

Leitung: Prof. Dr. Peter Nobel, Prof. Dr. Rolf H. Weber
Ihre Anmeldung nehmen wir gerne unter folgendem Link entgegen:

<http://www.eiz.uzh.ch/weiterbildung/seminare/>

Wir würden uns freuen, Sie bei uns begrüßen zu dürfen.

Mit freundlichen Grüßen
Prof. Dr. Andreas Kellerhals / Direktor

Europa Institut an der Universität Zürich
Hirschengraben 56, CH-8001 Zürich
Tel.: +41 44 634 48 91, Fax: +41 44 634 43 59
E-Mail: eiz@eiz.uzh.ch
Website: www.eiz.uzh.ch

Redaktion

ooOoo



Vereinspraxis optimal gestalten.

WWW.BOORBERG.DE

Verein und Verband Praktikerhandbuch

von Jürgen Wagner LL.M., Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Handels- und Gesellschafts-
recht, Konstanz/Zürich/Vaduz

2018, 724 Seiten, € 98,-

ISBN 978-3-415-06224-5



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415062245

Wie kein anderes berücksichtigt das Werk die Gestaltungsanforderungen der Vereinspraxis, wobei ein Schwerpunkt auf zivilrechtlichen Fragestellungen und Problemen liegt. Die steuerlichen Konsequenzen sind präzise und praxisnah aufbereitet.

Zahlreiche praktische Beispiele und Lösungen, Tipps und Empfehlungen machen die Thematik transparent. Trotzdem erfüllt das Werk wissenschaftliche Anforderungen. Die Themen sind knapp und auch für Nichtjuristen nachvollziehbar aufbereitet.

Die Themen umfassen z.B. die Gebiete

- Vereinsschiedsgerichte,
- Sportverbände,
- Vereinskonzernrecht,
- Corporate Compliance und
- Organisationsrecht.

Zentral ist immer wieder die Frage, ob sich die Vereinspraxis der Rechtslage oder diese sich der gelebten Praxis anzupassen hat. Viele Theorien haben mit der gelebten Praxis nichts zu tun. Diesem Zwiespalt unterliegt die Diskussion zwischen Wissenschaft und Rechtsprechung. Das Werk vollzieht diese Diskussion nach und bereitet sie problem- und vor allem lösungsorientiert auf.

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG FAX 0711/7385-100 · 089/4361564 TEL 0711/7385-343 · 089/436000-20 BESTELLUNG@BOORBERG.DE SZ0518

lichtenstein-journal 2/2018

aktuelles

Schweiz

Update zur Steuervorlage 17

Ausgangslage

Die Steuervorlage 17 («SV 17») ist das Nachfolgeprojekt der an der Urne gescheiterten Unternehmenssteuerreform III («USR III»; siehe GHR TaxPages vom Februar 2017 und August 2017).

Der Bundesrat hat am 21. März 2018 die Botschaft zur SV 17 veröffentlicht. Die parlamentarische Beratung im National- und Ständerat erfolgt in der Herbstsession 2018. Wird kein Referendum ergriffen, werden erste Massnahmen der SV 17 per 1. Januar 2019 und der Hauptteil per 1. Januar 2020 in Kraft treten. Wird jedoch, wie bei der USR III, das Referendum ergriffen (wovon wir ausgehen), verzögert sich die Umsetzung der Reform entsprechend und die heutigen Planungsunsicherheiten dauern an.

Abschaffung der kantonalen Steuerregimes

Zentraler Punkt der SV 17 ist nach wie vor die Abschaffung der international nicht mehr akzeptierten kantonalen Steuerprivilegien für Holding- und Domizilgesellschaften.

Zudem wird die schweizerische Praxis zur internationalen Gewinnausscheidung bei Prinzipalgesellschaften und die steuerliche Behandlung von Schweizer Finanzbetriebsstätten (Swiss Finance Branches) aufgegeben.

Wichtigste (Gegen)Massnahmen

Um die Attraktivität der Schweiz als Steuerstandort zu bewahren, sind folgenden Massnahmen vorgesehen:

1. Obligatorische Einführung einer Patentbox auf kantonalter Ebene.

Gewinne aus Patenten und vergleichbaren Rechten (nicht aber urheberrechtlich geschützte Software) sollen mit einer Ermässigung von maximal 90% besteuert werden. Bei der direkten Bundessteuer erfolgt keine Ermässigung;

2. Förderung der Forschung und Entwicklung

(«F&E»). Die Kantone können einen zusätzlichen Abzug für F&E-Kosten von maximal 50% auf eigenen F&E-Kosten sowie von 80% auf in der Schweiz zugekauften F&E-Leistungen vor-

sehen. Die Berechnung der F&E-Abzüge erfolgt aufgrund des Personalaufwandes;

3. Maximale Steuerentlastung.

Die kantonalen Entlastungsmassnahmen (Ziff. 1 und 2 hiervor) dürfen 70 % des steuerbaren Gewinns nicht überschreiten. Die Kantone müssen damit mind. 30% des steuerbaren Gewinns eines Unternehmens besteuern. Zudem dürfen aus der Anwendung der Sonderregelungen keine Verluste resultieren.

4. Steuerfreier Step-up.

Im Rahmen der Abschaffung der Steuerprivilegien können die Gesellschaften ihre bisherigen stillen Reserven auf kantonaler Ebene steuerfrei auflösen («Step-up»). Dazu ist eine Übergangsfrist von 5 Jahren vorgesehen.

5. Reduktion Steuerentlastung auf Dividenden.

Die Reduktion der Besteuerung von Dividenden auf qualifizierten Beteiligungen natürlicher Personen von mindestens 10% wird von heute maximal 50% auf neu maximal 30% gesenkt. Es sind somit mindestens 70% der Dividende zu versteuern.

6. Reduktion Gewinnsteuersätze.

Um die Steuerattraktivität trotz Abschaffung der kantonalen Steuerregimes zu erhalten, können die Kantone im Rahmen ihrer Möglichkeiten die Gewinnsteuersätze reduzieren. Davon werden sämtliche Unternehmen profitieren. Weiter ist eine Erhöhung des Kantonsanteils der Bundessteuer von 17% auf 21.2% zu Kompensationszwecken vorgesehen. Damit können die Kantone einen Teil ihrer Steuerausfälle kompensieren.

7. Erhöhung Kinder- und Ausbildungszulagen.

Neben der Standortattraktivität für Unternehmen ist in der SV 17 auch eine familienpolitische Massnahme vorgesehen. Die heute geltenden Minimalbeträge für Kinder- und Ausbildungszulagen sollen um je CHF 30 erhöht werden. Damit soll bei einem breiteren Publikum Akzeptanz für die Vorlage geschaffen werden.

Allerdings liegen bereits heute die meisten Kantone über dem neuen Mindestbetrag. Für die Stimmberechtigten aus solchen Kantonen wird sich somit nichts ändern.

Die Auswirkungen der SV 17 sind von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlich. Eine vorausschauende Planung ist wichtig. Insbesondere der Step-up sollte frühzeitig geplant werden.

aus: GHR TaxPage April 2018

ooOoo

Grundstückgewinnsteuern – Stolperfallen und Planungspotential

Ausgangslage

Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken können der Einkommens-, der Gewinn-, oder der Grundstückgewinnsteuer unterliegen. Massgebend ist dabei der konkrete Sachverhalt, sowie das anwendbare Steuerrecht am Ort, wo sich die Liegenschaft befindet. Die vorliegende TaxPage beleuchtet die wichtigsten Aspekte des Aufschubs der kantonalen Grundstückgewinnsteuern bei der Veräusserung von Wohneigentum im Privatvermögen.

Steueraufschub

Das Bundesrecht schreibt vor, dass die kantonale Grundstückgewinnsteuer u.a. aufzuschieben ist, wenn eine dauernd und ausschliesslich selbstgenutzte Wohnliegenschaft veräussert wird und der Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder Bau einer gleichgenutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. «Aufgeschoben» bedeutet jedoch nicht «aufgehoben». Der Besteuerungszeitpunkt für den Grundstückgewinn wird bloss in die Zukunft verlagert. In interkantonalen Verhältnissen stellt sich dabei im Falle eines Umzugs die Frage, welchem Kanton denn das Besteuerungsrecht zusteht: dem bisherigen Kanton oder dem neuen Zuzugskanton.

Interkantonaler Steueraufschub

Ein Fall aus der Praxis: A verkaufte im April 2008 eine bisher selbst bewohnte Liegenschaft im Kanton Bern und investierte den Erlös in eine ebenfalls selbstgenutzte Ersatzliegenschaft im Kanton Genf. Im Juni 2010 veräusserte A auch diese Ersatzliegenschaft im Kanton Genf, ohne eine erneute Ersatzliegenschaft zu erwerben. Der Kanton Bern besteuerte in der Folge den bisher aufgeschobenen Gewinnanteil aus dem Verkauf im April 2008.

Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass bei einer interkantonalen Ersatzbeschaffung von Betriebsliegenschaften im Geschäftsvermögen der bisherige Kanton die stillen Reserven nicht besteuern kann, wenn später die Ersatzliegenschaft in einem anderen Kanton verkauft wird. Analoges gelte auch bei einer interkantonalen Ersatzbeschaffung von dauernd selbstgenutztem Wohneigentum (sog. Einheitsmethode). Dies gilt unter Vorbehalt einer Steuerumgehung auch dann, wenn zwischen dem Aufschub und dem endgültigen Verkauf der Ersatzliegenschaft nur eine kurze Zeitspanne liegt. In der Folge durfte der Kanton Genf als Zuzugskanton den gesamten Grundstückgewinn besteuern. Der Kanton Bern ging leer aus.

Aufschub vom Aufschub

Ein weiteres Beispiel : Die Ehegatten X haben im Jahr 2002 in einer Zürcher Gemeinde Wohneigentum erworben, welches sie als eheliche Wohnung nutzten. Im Dezember 2003 haben sie in einer anderen Zürcher Gemeinde ein weiteres Grundstück erworben. Darauf haben sie später fünf Stockwerkeinheiten erstellt, von denen sie drei veräussert und zwei ab Januar 2007 selbst bewohnt haben. Ihr im Jahr 2002 erworbenes Grundstück haben sie in der Folge veräussert. Das Steueramt bestätigte das Vorliegen einer steueraufschiebenden Ersatzbeschaffung, da der Veräusserungsgewinn geringer war, als die Baukosten der zwei selbstgenutzten Stockwerkeinheiten.

Diese Qualifikation wurde jedoch widerrufen, als die Eheleute die beiden Stockwerkeinheiten Ende 2011 an die gemeinsame Tochter übertrugen (Erbvorbezug) und sich ein lebenslanges Nutzniessungsrecht vorbehielten.

Das Bundesgericht hielt fest, dass auch eine vorweggenommene Ersatzbeschaffung (Kauf oder Bau einer Ersatzliegenschaft vor Verkauf) einen Steueraufschub begründen kann. Zudem kann ein Aufschubsgrund (Ersatzbeschaffung) durch einen andern (z.B. Erbvorbezug, Scheidung) abgelöst und damit die Besteuerung weiter hinausgezögert werden, bis es zur steuerbaren Veräusserung kommt.

Fazit

Der Aufschub bei der Grundstückgewinnsteuer ist zwar steuerlich sehr attraktiv, in der konkreten Handhabung jedoch komplex. Mit vorausschauender Planung können die bestehenden Fallstricke vermieden werden. Die Einholung eines Steuerrulings schafft zusätzliche Planungssicherheit.

aus: GHR TaxPage – Mai 2018

ooOoo

Förderung erneuerbarer Energien mit Hilfe des Steuerrechts

Ausgangslage

Photovoltaikanlagen gehören heute bereits zum Erscheinungsbild vieler Städte und Dörfer. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der Bund gewisse steuerrechtliche Anreize für deren Betrieb geschaffen hat. Bis auf die Kantone Graubünden und Luzern sehen zudem auch alle Kantone solche Unterstützungen vor. In dieser GHR TaxPage informieren wir Sie über die jüngsten Entwicklungen auf diesem Gebiet. Dabei fokussieren wir uns einerseits auf Photovoltaikanlagen («Anlagen») und anderer-

seits auf die Regelungen bei der Direkten Bundessteuer. Eine Analyse sämtlicher kantonaler Variationen würde das vorliegende Format sprengen.

Anlagen als Bestandteil des Grundstücks

Photovoltaikanlagen sind grundsätzlich mit einem Grundstück verbunden und gelten als dessen Bestandteil. Vor Bundesgericht ist derzeit jedoch die Frage hängig, ob sogenannte Aufdachanlagen allenfalls als Fahrnisbauten zu qualifizieren sind. Diesfalls würde sich deren Besteuerung nach den Regeln über das bewegliche Vermögen und nicht nach den nachfolgenden Ausführungen richten.

Anlagen auf Liegenschaften im Privatvermögen

Investitionen, welche bei bestehenden Gebäuden für die Nutzung erneuerbarer Energien getätigt werden, sind als Unterhaltskosten bei der Einkommenssteuer absetzbar, sofern das Gebäude älter als 5 Jahre ist. Bei jüngeren Bauten oder Neubauten gelten die Kosten als wertvermehrend bzw. als Gesteigungskosten und können erst beim Verkauf im Rahmen der Ermittlung der Grundstückgewinnsteuer in Anrechnung gebracht werden.

Vergütungen, welche dem Eigentümer für die Stromproduktion entrichtet werden, gelten als Einkommen aus unbeweglichem Vermögen. Bei der Direkten Bundessteuer gilt dabei das sogenannte Nettoprinzip. Danach ist die Differenz zwischen Gesamtvergütung und Eigengebrauch steuerpflichtig. In einigen Kantonen – unter anderem im Kanton Bern – wird jedoch die Bruttomethode angewandt, wonach der gesamte Bruttoertrag der Einspeisevergütung als Ertrag besteuert wird.

Werden Förderbeiträge entrichtet, mindern diese die abzugsfähigen Unterhaltskosten. In den Kantonen ist die Praxis dazu uneinheitlich. Sie gelten entweder als Einkommen aus unbeweglichem Vermögen oder als Investitionsminderung. Diesfalls entfalten sie ihre steuerliche Wirkung erst bei einer allfälligen Veräusserung des Grundstücks.

Sowohl bei Anlagen auf Liegenschaften im Privat- als auch bei solchen im Geschäftsvermögen erhöht sich zudem der amtliche Wert der Liegenschaft.

Anlagen auf Liegenschaften im Geschäftsvermögen

Eine zu einer Liegenschaft im Geschäftsvermögen gehörende Anlage bildet ebenfalls Geschäftsvermögen. Die entsprechenden Investitionskosten sind somit als Anlagekosten zu aktivieren. Entsprechend können sie gemäss den Vorgaben der Steuerverwaltung abgeschrieben werden. Unterhaltskosten sind der Erfolgsrechnung als Aufwand zu belasten.

Vergütungen, Subventionen und der Eigenverbrauch sind steuerbar. Der Eigenverbrauch für private Zwecke stellt eine Privata-

nahmen dar. Im Kanton Bern wirken sich Subventionen und Investitionshilfen als Anlagekosten erst bei der Veräusserung im Rahmen der Grundstückgewinnsteuer aus.

Ausblick

Per 1. Januar 2018 trat das neue Energiegesetz in Kraft. Dieses zieht bedingt Änderungen beim Bundesgesetz über die Direkte Bundessteuer nach sich. Namentlich sollen zukünftig auch Rückbaukosten für Ersatzneubauten steuerlich abziehbar und die Übertragbarkeit solcher Kosten auf mehrere Steuerperioden möglich sein. Die Änderungen treten per 1. Januar 2020 in Kraft.

GHR TaxTeam

Gerhard Roth (gerhardroth@ghr.ch)

Michael Walther (michaelwalther@ghr.ch)

Regina Schlup Guignard, LL.M. (reginaschlup@ghr.ch)

T +41 (0)58 356 5050 F +41 (0)58 356 5059

GHR Rechtsanwälte AG, Bern Muri und Zürich, www.ghr.ch

ooOoo

Digitale Wirtschaft verändert das Steuersystem

Die bekannten Fiskalgrundsätze werden der fortschreitenden Digitalisierung der Wirtschaft nicht mehr gerecht. Die Schweiz muss die Standortattraktivität sichern.

Mangels spezifischer Besteuerungs- und Bewertungskriterien werden die geltenden internationalen Fiskalgrundsätze einer digitalen, global vernetzten Wirtschaft nicht mehr gerecht. Während erste Länder neue Besteuerungsmodelle anwenden, arbeiten OECD und EU an den Regeln für die Zukunft. Diese Entwicklungen sind auch für die Schweiz von grosser Bedeutung. Vor dem Zeitalter der Digitalisierung war es für Unternehmen nur möglich, Umsatz mit Kunden eines Landes zu erwirtschaften, wenn eine physische Präsenz im jeweiligen Land gegeben war. Dies erforderte entweder die Gründung einer eigenen Gesellschaft bzw. Betriebsstätte oder die Zusammenarbeit mit einem unabhängigen Geschäftspartner im jeweiligen Land. Diese lokale Präsenz erlaubte die Besteuerung des entsprechenden Anteils an der gesamten Wertschöpfung (und somit am Gewinn) durch das jeweilige Land.

Neue Geschäftsmodelle

Im Zuge der Digitalisierung gewannen in den letzten Jahren Unternehmen an Bedeutung, deren Geschäftsmodell sich von

den traditionellen Wirtschaftsbereichen fundamental unterscheidet. So erfordern die Entwicklung und die Verwertung ihrer digitalen Produkte und Dienstleistungen keine unmittelbare physische Präsenz in den jeweiligen Märkten mehr. Die Funktionen und somit auch der Ertrag einer digitalen Wertschöpfungskette können flexibel gebündelt und an Standorten angesiedelt werden, die für die Wertschöpfung die optimalen Voraussetzungen bieten.

Gemäss internationalen Vereinbarungen wird der Gewinn von Unternehmen dort besteuert, wo die Wertschöpfung durch eine physische Präsenz generiert wird. In der digitalen Wirtschaft führen diese Besteuerungsmodalitäten zu einer Verteilung von Fiskaleinnahmen, deren Angemessenheit zunehmend durch diejenigen Länder beanstandet wird, die im Standortwettbewerb der digitalen Wirtschaft nicht mithalten können und auf die Erschliessung zusätzlicher Fiskalquellen angewiesen sind.

Neue Formen der Besteuerung der digitalen Wirtschaft sind bereits Realität. In den vergangenen Jahren haben verschiedene Länder begonnen, Unternehmen der digitalen Wirtschaft mit unilateralen Massnahmen ungeachtet der physischen Präsenz zu besteuern. Typischerweise geschieht dies über die Besteuerung des lokal erzielten Umsatzes (mit einem Steuersatz von bis zu 10%) oder über eine Gewinnbesteuerung (gestützt auf eine «virtuelle Betriebsstätte»).

Problematisch bei diesen neuen Ansätzen ist, dass sie in der Regel durch die bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen nicht abgedeckt sind. Zudem wird im Fall der Besteuerung des lokal erzielten Umsatzes die tatsächliche Profitabilität des Unternehmens ausser Acht gelassen. Damit sind Konflikte und Aufwand für die besteuerten Gesellschaften programmiert. Ohne ein koordiniertes Vorgehen und einen internationalen Konsens über die Besteuerung der digitalen Wirtschaft sind handelspolitische Konflikte zwischen Ländern sowie die Doppelbesteuerung von Unternehmen mit entsprechenden Risiken für die internationale Wirtschaft unausweichlich. Eine umfassendere und einheitliche Lösung ist somit dringend nötig.

Die OECD erarbeitet zurzeit Vorschläge für die multilaterale Besteuerung der digitalen Wirtschaft. Sie umfassen mitunter neue Massnahmen wie die Besteuerung virtueller Betriebsstätten oder die Erhebung einer Ausgleichsabgabe auf dem Umsatz von digitalen Unternehmen. Abschliessende Empfehlungen werden bereits für 2019 erwartet.

In Anlehnung an den OECD-Entwurf hat die EU-Kommission erst kürzlich, am 21. März, einen Entwurf zu «Richtlinien zur Besteuerung einer digitalen Wirtschaft» publiziert. Nach Auffassung der EU-Kommission findet die Wertschöpfung von digitalen Unternehmen dort statt, wo die Interaktion mit Kunden vorstättengeht und wo diese die Daten zur Verfügung stellen. Sie stützt die Besteuerung damit stark auf die Tatsache, dass

viele der betroffenen Unternehmen ihren Umsatz unter Verwendung der Daten ihrer Kunden erzielen.

Der Gewinn, den eine Gesellschaft im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erwirtschaftet, soll in Zukunft daher auch ohne physische Präsenz bei Vorliegen einer virtuellen Betriebsstätte besteuert werden können. Dieser Vorschlag wird begleitet von einer Empfehlung an die EU-Mitgliedstaaten, ihre mit Drittländern wie beispielsweise der Schweiz geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen dergestalt anzupassen, dass für Unternehmen aus der EU wie auch solche aus Drittländern dieselben Vorschriften gelten.

Im Sinne einer Übergangslösung strebt die EU-Kommission ungeachtet der erwirtschafteten Gewinne eine Besteuerung des Umsatzes aus digitalen Tätigkeiten zu einem Steuersatz von 3% an. Einzelne Mitgliedstaaten wie Frankreich, Spanien oder Italien prüfen bereits die Einführung einer solchen Steuer über unilaterale Massnahmen.

Diese Dynamik wird dadurch verstärkt, dass sich digitale und reale Wirtschaft immer weniger unterscheiden lassen. Man denke nur an Trends wie das Internet der Dinge oder an Produktionsmaschinen, deren Betriebsdaten durch den Hersteller laufend gesammelt werden, um dem gesamten Kundenstamm einen gezielteren und verlässlicheren Unterhalt ermöglichen zu können.

Proaktives Vorgehen

Die Schweiz ist ein attraktiver Standort für internationale Unternehmen mit international zentralisierten Geschäftsmodellen. Zudem sind viele Schweizer Gesellschaften exportorientiert. Die laufenden Entwicklungen hinsichtlich der Besteuerung einer zunehmend digitalen Wirtschaft sind aufgrund ihrer globalen Verflechtung somit auch für die Schweiz von grosser Bedeutung. Standortfaktoren wie Datensicherheit, massvolle Regulierung, sichere und leistungsfähige Datenleitungen, aber auch der Arbeitsmarkt werden weiter an Bedeutung gewinnen. Unternehmen müssen die internationalen Entwicklungen im Steuerrecht im Rahmen der strategischen Planung berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund wäre ein proaktives Vorgehen der Schweiz zu begrüssen, das ihre Standortattraktivität in der digitalen Wirtschaft weiter stärkt und sicherstellt, dass digitale Unternehmen auch in der Schweiz einen ihrer Wertschöpfung angemessenen Beitrag zu den öffentlichen Einnahmen leisten.

Peter Uebelhart, Leiter Steuern und Mitglied der Geschäftsleitung von KPMG Schweiz, KPMGnews 07.06.2018



AIA-Umgehungen: Neue OECD-Regeln gegen Scheindomizile

Nachdem sich der Automatische Informationsaustausch (AIA) als globaler Standard durchgesetzt hat, beabsichtigt nun die OECD die Schliessung möglicher Schlupflöcher. Im März 2018 hat die OECD bereits die «Bindenden Offenlegungsregeln für den Umgang mit AIA-Vermeidungsvereinbarungen und Offshore-Strukturen» (Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures) angenommen. Parallel zur Finalisierung dieser Regeln, lancierte die OECD eine weitere Initiative (Preventing abuse of residence by investment schemes to circumvent the CRS) zur Vermeidung der Umgehung des AIA. Diese zielt auf Scheindomizile ab, insbesondere auf Steuerdomizile, welche durch Investitionen begründet werden.

Hintergrund der neuen Regeln zur Vermeidung von AIA-Umgehungen mittels Scheindomizilen

Unter dem AIA müssen die Kontoinhaber bzw. beherrschenden Personen von passiven NFEs in ihr jeweiliges Steuerdomizil gemeldet werden. Dementsprechend ist es für einen wirksamen AIA entscheidend, dass die meldepflichtigen Personen in den Staat gemeldet werden, in welchem sich ihr effektives Steuerdomizil befindet.

In einigen Staaten ist es mittlerweile möglich, eine Aufenthaltsbewilligung (und somit ein Steuerdomizil) oder auch die Staatsbürgerschaft mittels Investitionen zu erhalten. Da der AIA nicht auf die Staatsbürgerschaft abstellt, stellt letzteres kein Risiko der Umgehung des AIA dar.

Hingegen kann mit einem Steuerdomizil, welches durch Investitionen begründet wurde, der AIA umgangen werden. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn es für die Begründung des Steuerdomizils nicht erforderlich ist, einen effektiven Wohnsitz zu begründen. Zieht die entsprechende Person tatsächlich in diesen Staat, ist der Hintergrund (Investitionen) nicht mehr relevant.

Welche konkreten Regeln stehen unter Druck?

Gemäss der OECD Vernehmlassung zu dieser Initiative stehen folgende Regeln zum Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung unter Druck:

- Zum Erhalt der Aufenthaltsbewilligung ist keine physische Präsenz erforderlich bzw. wird eine solche nicht kontrolliert.
- Die Aufenthaltsbewilligungen werden von Staaten angeboten, welche:
 - keine oder nur sehr tiefe Steuern erheben,
 - ausländische Einkünfte von der Besteuerung ausnehmen,
 - spezielle Besteuerungsgrundsätze für Personen anwen-

den, welche im Land investiert haben und/oder

- keine Daten unter dem AIA erhalten.

Zurzeit erstellt die OECD eine Liste der Staaten, welche solche Regeln kennen. Demgegenüber wären Staaten ausgenommen, welche auf der jeweiligen steuerlichen Ansässigkeitsbescheinigung festhalten, dass die Aufenthaltsbewilligung basierend auf Investitionen gewährt wurde.

Auswirkungen dieser Regeln

Diese Regeln dürften einerseits Auswirkungen auf die Finanzinstitute und andererseits aber auch Auswirkungen auf insbesondere diejenigen Staaten haben, welche Aufenthaltsbewilligungen basierend auf Investitionen anbieten.

- Für die Finanzinstitute dürfte diese Initiative dazu führen, dass diese künftig genauer prüfen müssen, ob das in der Selbstauskunft angegebene Steuerdomizil korrekt ist. Dies dürfte insbesondere dann gelten, wenn der Kunde in einem Staat ansässig ist, welcher Aufenthaltsbewilligungen basierend auf Investitionen gewährt.
- Die Staaten dürften unter Druck geraten, auf der Ansässigkeitsbescheinigung festzuhalten, wenn die Aufenthaltsbewilligung basierend auf Investitionen gewährt wurde. Für die Schweiz könnte dies bedeuten, dass diese festhalten müsste, wenn die Aufenthaltsbewilligung basierend auf dem fiskalischen Interesse gewährt wurde oder allenfalls auch, wenn eine Person nach dem Aufwand besteuert wird. Sodann könnte die OECD erwarten, dass die Staaten vor Ausstellung der Ansässigkeitsbescheinigung kontrollieren, ob eine Person effektiv Wohnsitz im entsprechenden Staat genommen hat.

Fazit

Jeder Staat kann frei festlegen, unter welchen Bedingungen er eine Person als in diesem Staat steuerlich ansässig behandelt und welcher Besteuerung diese Person unterliegt. Dabei kann ein Staat z.B. festlegen, dass dafür nur wenige Aufenthaltstage vorausgesetzt sind.

Beispiel: Staat X legt fest, dass für die steuerliche Ansässigkeit nur wenige Aufenthaltstage vorausgesetzt sind. Wenn eine im Staat X ansässige Person gleichzeitig viele Tage im Staat Y verbringt, könnte diese Person ebenfalls gemäss den Regeln des Staats Y in diesem Staat unbeschränkt steuerpflichtig sein.

Betreffend solche Fälle liegt es unseres Erachtens am Staat Y Regeln und Kontrollen zu haben, um festzustellen, wer unbeschränkt steuerpflichtig ist. Diese Aufgabe den kontoführenden Finanzinstituten zu überbürden, ginge unseres Erachtens etwas weit.

Insbesondere haben die Staaten die Möglichkeit, direkt diejenigen Personen anzugehen, welche wegziehen. In der Praxis

haben wir z.B. auch schon Fälle gesehen, in welchen der Wegzugsstaat mittels Amtshilfe Daten betreffend den weggezogenen Steuerpflichtigen vom Zuzugsstaat verlangt hat.

Dennoch dürfte auch dieser OECD Initiative schliesslich der Durchbruch gelingen und sowohl für die Finanzinstitute wie auch insbesondere die Staaten, welche Aufenthaltsbewilligungen basierend auf Investitionen vergeben, neue Pflichten auferlegen.

Philipp Zünd, KPMGnews

Redaktion

Anzeige

WAGNER & JOOS
RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE FÜR HANDELS-
UND GESELLSCHAFTSRECHT

Konstanz / Zürich / Vaduz

Jürgen Wagner, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Peter Joos, Dipl. Betriebswirt (FH), Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Rüdiger Bock, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht
Christian Merz, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bankkaufmann
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

www.wagner-joos.de

gesetzgebung

Europa

Gesellschaftsrechtspaket der Europäischen Kommission

Am 25. April 2018 hat die Europäische Kommission ein neues Paket zum Gesellschaftsrecht vorgelegt. Ziel ist es, neue Regeln für Unternehmen für grenzüberschreitende Sitzverlegungen, Zusammenschlüsse oder Spaltungen zu erstellen sowie Online-Unternehmensgründungen zu ermöglichen. Hierfür hat die Kommission zwei Richtlinienvorschläge vorgelegt.

Der Richtlinienvorschlag für grenzüberschreitende Sitzverlegungen, Zusammenschlüsse oder Spaltungen soll Unternehmen die Niederlassungsfreiheit erleichtern. Diese Richtlinie basiert auf einem Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2017 (Rs. C-106/16), in der der EuGH entschieden hat, dass die Niederlassungsfreiheit für die Verlegung des satzungsmässigen Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat gilt, durch die diese unter Einhaltung der dort geltenden Bestimmungen ohne Verlegungen ihres tatsächlichen Sitzes in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden soll. Nationale Regelungen, die vorsehen, dass die Umwandlung von der Auflösung der ersten Gesellschaft abhängig gemacht wird, widersprechen dabei der Niederlassungsfreiheit. Die Richtlinie sieht vor, dass Sitzverlegungen, Zusammenschlüsse und Spaltungen im Sinne dieses Urteils vereinfacht werden und zudem Arbeitnehmer, Gläubiger und Aktionäre einen grösseren Schutz erfahren. Der zweite Richtlinienvorschlag bezüglich Online-Unternehmensgründung soll die Unternehmensgründung effizienter und kostengünstiger machen. Die Unternehmensregistrierung, die Errichtung einer neuen Zweigniederlassung sowie die Einreichung der notwendigen Dokumente für das Unternehmensregister sollen online bei einer einzigen Anlaufstelle möglich sein. Ebenso sollen Informationen über Unternehmen in diesem Unternehmensregister kostenlos einsehbar sein.

Des Weiteren sollen Behörden, um Betrug oder Missbräuche zu verhindern, in Zukunft Informationen über Personen, die von Geschäftsführungs- oder Vorstandsfunktionen ausgeschlossen sind, abrufen können. Ebenso sind Behörden dazu berechtigt, zu verlangen, dass bestimmte Einrichtungen, wie beispielsweise Notare, an dem Verfahren beteiligt werden.

ooOoo

Neue Vorschriften für Online-Plattformen

Am 26. April 2018 legte die Europäische Kommission einen Verordnungsvorschlag für neue Standards für Transparenz und Fairness für Online-Plattformen vor. Ziel ist es, kleinen Unternehmen ein Sicherheitsnetz in der digitalen Wirtschaft zu bieten. Der Vorschlag soll für mehr Transparenz und eine wirksamere Streitbeilegung sorgen sowie zur Einrichtung einer EU-Beobachtungsstelle zur Überwachung der Auswirkungen der neuen Vorschriften führen. Die Transparenz soll insbesondere dadurch erreicht werden, dass Online-Vermittlungsdienste sicherstellen müssen, dass ihre Geschäftsbedingungen für gewerbliche Nutzer leicht verständlich und zugänglich sind.

Ausserdem müssen Anbieter dieser Plattformen allgemeine Strategien veröffentlichen, in denen sie darlegen, welche der über ihre Dienste generierten Daten zugänglich sind und wer unter welchen Voraussetzungen darauf zugreifen kann, wie sie ihre eigenen Waren oder Dienstleistungen im Vergleich zu den von ihren gewerblichen Nutzern angebotenen Waren oder Dienstleistungen behandeln und wie sie Vertragsklauseln einsetzen.

Ausserdem fordert der Verordnungsvorschlag, dass sowohl Vermittlungsdienste als auch Online-Suchmaschinen allgemeine Kriterien festlegen müssen, nach denen das Ranking von Produkten und Dienstleistungen in Suchergebnissen erfolgt.

Für eine wirksamere und bessere Streitbeilegung müssen Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten ein System zur Bearbeitung von Beschwerden einrichten. Dafür müssen Online-Vermittlungsdienste in ihren Geschäftsbedingungen die unabhängigen und qualifizierten Mediatoren aufführen, mit denen sie bereit sind, bei der Beilegung von aussergerichtlichen Streitigkeiten zusammenzuarbeiten.

Zudem soll eine EU-Beobachtungsstelle eingerichtet werden, die sowohl aktuelle als auch neu entstehende Probleme und Möglichkeiten in der digitalen Wirtschaft beobachten soll, um gegebenenfalls Anpassungen der Verordnung vornehmen zu können.

ooOoo

Mehr Schutz für Hinweisgeber

Am 23. April 2018 hat die Europäische Kommission ein Massnahmenpaket zum Schutz von Hinweisgebern bestehend aus einer Mitteilung und einem Richtlinienvorschlag veröffentlicht. Der Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die über Verstösse gegen bestimmte Regelungen des Unionsrechts berichten, soll für einen besseren Schutz für Hinweisgeber sorgen.

Das Massnahmenpaket ist eine Antwort auf die im Oktober 2017 vorgelegte Resolution des EP, in der dieses die Kommission dazu aufforderte, einen besseren Schutz für Hinweisgeber europaweit zu etablieren.

Der Richtlinienvorschlag sieht ein dreistufiges Verfahren für die Hinweisgebung vor, wonach sich zunächst der Hinweisgeber an eine interne Stelle wenden muss. Sollte eine solche interne Stelle nicht zur Verfügung stehen, soll sich der Hinweisgeber an eine hierfür einzurichtende öffentliche Stelle wenden können. Als ultima ratio soll der Hinweisgeber sich an die Öffentlichkeit wenden dürfen. Ebenso sieht der Verordnungsvorschlag arbeitsrechtliche Schutzmassnahmen vor, nach denen dem Hinweisgeber weder mit Gehaltskürzungen, noch Kündigung, noch Beurlaubungen gedroht werden kann.

BRAK-Mitteilungen, 03.05.2018

ooOoo

Norwegen

Stammkapitalerhöhung

Hintergrund

Die meisten norwegischen Gesellschaften sind als Aksjeselskap (AS), die sich mit der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) vergleichen lässt, organisiert.

Nach der Gründung der AS kann sich die Notwendigkeit einer weiteren Kapitalisierung ergeben. In der Regel werden Gesellschaften in Norwegen nicht durch Zuzahlungen in das Eigenkapital entsprechend § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, sondern durch Stammkapitalerhöhungen finanziert. Im Rahmen der Stammkapitalerhöhung werden entweder neue Geschäftsanteile mit geringem Nennbetrag ausgegeben oder der Nennbetrag existierender Geschäftsanteile wird geringfügig erhöht. In beiden Fällen wird die Erhöhung mit einem hohen Aufgeld kombiniert, das seit einigen Jahren nicht mehr den Charakter von gebundenem Eigenkapital hat. Letztlich geht es also um die Zuführung von Kapital in Form des Aufgelds.

Die Kapitalerhöhung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Anmeldung ist innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der Frist für die Zeichnung der neuen Geschäftsanteile vorzunehmen. Nach Ablauf der dreimonatigen Frist kann die Eintragung nicht mehr erfolgen, und die Zeichnung der neuen oder in ihrem Nennbetrag erhöhten Geschäftsanteile ist kraft Gesetzes nicht mehr «bindend».

Fraglich ist, ob der Wegfall dieser – gesellschaftsrechtlichen – Bindungswirkung auch für einen Vertrag zwischen der Gesell-

schaft und einem Zeichner gilt, den sie vor der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung abgeschlossen haben und in dem sich der Zeichner verpflichtet hat, die neuen Geschäftsanteile zu zeichnen und den Ausgabebetrag (Nennbetrag und Aufgeld) an die Gesellschaft zu zahlen. Es stellt sich also die Frage, ob die Gesellschaft – nach der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung und nach dem Ablauf der dreimonatigen Frist – den Zeichner noch auf Zahlung des Ausgabebetrags aus dem Vertrag in Anspruch nehmen kann. Hierzu hat der norwegische Oberste Gerichtshof (Høyesterett) durch eine jüngere Entscheidung (HR-2018-111-A) Stellung genommen.

Sachverhalt

Der Entscheidung lag eine Stammkapitalerhöhung zugrunde, in deren Rahmen neue Geschäftsanteile an nur einen Zeichner ausgegeben werden sollten. Die Gesellschaft und der Zeichner schlossen im Hinblick auf diese Kapitalerhöhung einen Vertrag ab, durch den sich der Zeichner dazu verpflichtete, eine bestimmte Anzahl von Geschäftsanteilen zu zeichnen und hierfür einen bestimmten Ausgabebetrag an die Gesellschaft zu zahlen. Anschliessend wurde die Kapitalerhöhung beschlossen und die neuen Geschäftsanteile gezeichnet. Gleichwohl zahlte der Zeichner den Ausgabebetrag nicht an die Gesellschaft. Daraufhin verklagte die Gesellschaft den Zeichner nach dem Ablauf der dreimonatigen Frist auf Zahlung. Sowohl das erstinstanzlich zuständige Amtsgericht (Tingrett) Oslo als auch das für die Berufung zuständige Landgericht (Lagmannsrett) Borgarting, Oslo, gaben der Klage nicht statt. Nach dem Ablauf der dreimonatigen Frist bestehe nämlich kein Zahlungsanspruch mehr, da insoweit die Bindungswirkung gemäss den ausdrücklichen Bestimmungen des norwegischen GmbH-Gesetzes weggefallen sei. Dieser Ansicht schloss sich der Gerichtshof – jedenfalls für den vorliegenden Fall – nicht an.

Zahlungsanspruch

Der Gerichtshof führte zunächst aus, dass zwischen den gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen und den vertraglichen Rechtsfolgen aus dem Wegfall der Bindungswirkung unterschieden werden müsse. Zwar würden diese regelmässig zusammenfallen, doch sei dies nicht in jedem Fall zwingend. Vielmehr könnten die vertraglichen Rechtsfolgen im Einzelfall von den gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen abweichen. Der Wegfall der gesellschaftsrechtlichen Zahlungspflicht bedeute daher nicht automatisch, dass auch vertragliche Ansprüche der Gesellschaft gegen den Zeichner auf Zahlung des Ausgabebetrags wegfallen würden. Ein solcher Automatismus ergebe sich weder aus dem Gesetz noch aus den Gesetzesmaterialien. Vielmehr komme es auf die konkreten Umstände im einzelnen Fall an.

Für den vorliegenden Fall wies der Gerichtshof darauf hin, dass bei der Kapitalerhöhung nur ein Zeichner teilnehmen sollte, so dass die Interessen anderer Zeichner an einer – fristgerechten – Durchführung der Kapitalerhöhung nicht betroffen seien. Entscheidend war nach Ansicht des Gerichtshofs aber, dass sich eine Vertragspartei (der Zeichner) nicht durch eigene Vertragsverletzung ihren vertraglichen Pflichten entziehen könne und dass keine Gründe dafür ersichtlich seien, dass dieser Grundsatz nicht auch in gesellschaftsrechtlich geprägten Verhältnissen gelten solle. Die Verpflichtung des Zeichners aus dem Vertrag mit der Gesellschaft zur Zahlung des Ausgabebetrags bleibe daher dann bestehen, wenn die dreimonatige Frist aufgrund der Nichtzahlung des Ausgabebetrags durch den Zeichner ablaufe und die Zeichnung der neuen Geschäftsanteile deshalb gesellschaftsrechtlich nicht mehr «bindend» ist.

Der Gerichtshof bestätigt damit auch die gesellschaftsrechtliche Konsequenz aus der Überschreitung der dreimonatigen Frist, so dass die ursprünglich beschlossene Kapitalerhöhung nicht mehr durchgeführt werden kann. Die Geltendmachung des vertraglichen Zahlungsanspruches durch die Gesellschaft setze daher voraus, dass die Gesellschaft eine neue Kapitalerhöhung über die gleichen Geschäftsanteile und Beträge (Nennbetrag und Aufgeld) beschliesst, auf welche die Zahlung durch den – alten und neuen – Zeichner erfolgen kann.

ooOoo

Norwegisches Vergaberecht

Neue Schwellenwerte

Hintergrund

Im norwegischen Vergaberecht sind neue Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Kraft getreten. Dabei ist zwischen dem nationalen Schwellenwert und den EWR-Schwellenwerten zu unterscheiden. Der nationale Schwellenwert bestimmt u.a., wann der Auftraggeber eine Bekanntmachung auf nationaler – norwegischer – Ebene vornehmen muss, während die EWR-Schwellenwerte festlegen, wann der Auftraggeber die Vergabe europaweit veröffentlichen muss.

Die EWR-Schwellenwerte werden jedes zweite Jahr durch die Europäische Kommission aktualisiert. Das norwegische Wirtschafts- und Fischereiministerium ändert anschliessend die neuen EWR-Schwellenwerte im norwegischen Vergaberecht entsprechend. Gleichzeitig wurde dieses Jahr aber auch der nationale Schwellenwert erhöht. Der Hintergrund für diese Erhöhung bestand darin, dass der EWR-Schwellenwert für zentrale Regierungsbehörden für die Vergabe von Liefer- und Dienstleis-

tungsaufträgen auf NOK 1,3 Millionen angepasst wurde. Dies nahm das Ministerium zum Anlass, auch den nationalen Schwellenwert auf diesen Betrag zu ändern.

Nationaler Schwellenwert

Eine der wesentlichen Änderungen im norwegischen Vergaberecht im Zuge der letzten – grossen – Reform, die am 1. Januar 2017 in Kraft getreten war, lag in der Anhebung des nationalen Schwellenwerts. Nachdem der nationale Schwellenwert nämlich seit dem Jahre 2005 nicht mehr erhöht worden war, wurde er zum 1. Januar 2017 von NOK 500.000 auf NOK 1,1 Millionen angehoben. Seit April dieses Jahres liegt der nationale Schwellenwert – nach der jüngsten Erhöhung – nunmehr bei NOK 1,3 Millionen.

Bekanntmachungspflicht

Eine jede Vergabe von Aufträgen mit einem Auftragswert von über NOK 1,3 Millionen muss veröffentlicht werden. Alle Aufträge mit einem Auftragswert von unter – jetzt – NOK 1,3 Millionen müssen demnach nicht bekannt gemacht werden. Die Erhöhung des nationalen Schwellenwerts verschärft daher die Entwicklung, die sich bereits seit dem 1. Januar 2017 nach der damaligen Anhebung des nationalen Schwellenwerts abgezeichnet und die dazu geführt hat, dass sich Informationen über Vergabeverfahren mit geringerem Auftragswert – mangels Bekanntmachung – nur noch erschwert in Erfahrung bringen lassen.

Neue Schwellenwerte

Die neuen Schwellenwerte sind – auszugsweise – folgende Beträge:

- Nationaler Schwellenwert: NOK 1,3 Millionen
- EWR-Schwellenwerte der Vergabeverordnung:
 - Zentrale Regierungsbehörden (Liefer- und Dienstleistungsaufträge): NOK 1,3 Millionen
 - Andere Auftraggeber (Liefer- und Dienstleistungsaufträge): NOK 2 Millionen
 - Alle Auftraggeber (Bauaufträge): NOK 51 Millionen
- EWR-Schwellenwerte der Sektorenverordnung:
 - Alle Auftraggeber (Liefer- und Dienstleistungsaufträge): NOK 4,1 Millionen
 - Alle Auftraggeber (Bauaufträge): NOK 51 Millionen

ooOoo

Verträge mit Gesellschaften

Hintergrund

Die meisten norwegischen Gesellschaften sind als Aksjeselskap (AS), die sich mit der deutschen Gesellschaft mit beschränkter

Haftung (GmbH) vergleichen lässt, organisiert. Jede AS hat mindestens zwei Gesellschaftsorgane, nämlich die Gesellschafterversammlung und – als Geschäftsführungsorgan – den Verwaltungsrat. Neben dem Verwaltungsrat kann ein Geschäftsleiter bestellt werden, der dann für die Aufgaben der täglichen Geschäftsführung zuständig ist und insoweit Vertretungsbefugnis hat.

Gemäss dem norwegischen GmbH-Gesetz (Aksjeloven) bedürfen Verträge zwischen der AS und einem Gesellschafter zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Der Gesellschafterversammlung ist vorab ein Werthaltigkeitsbericht des Verwaltungsrats darüber vorzulegen, dass die vertraglichen Leistungen und Gegenleistungen gleichwertig sind. Dieser Bericht ist durch einen Wirtschaftsprüfer zu bestätigen.

Von dem Grundsatz dieses Zustimmungserfordernisses gibt es verschiedene gesetzliche Ausnahmen. Die wichtigste Ausnahme sind Verträge, die im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der AS zu den allgemein üblichen Bedingungen abgeschlossen werden. Darüber hinaus wurde in den letzten Jahren die Gewährung von Darlehen durch die AS an Konzerngesellschaften erleichtert. Gleichwohl führt das Zustimmungserfordernis in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten, weil die Abgrenzung zu zustimmungsfreien Verträgen nicht immer eindeutig ist. Ausserdem wird das Zustimmungserfordernis regelmässig übersehen.

Für die jüngsten Änderungen des norwegischen GmbH-Gesetzes, die im Wesentlichen zum 1. Juli 2017 in Kraft getreten sind, wurde daher vorgeschlagen, das Zustimmungserfordernis durch eine reine Informationspflicht zu ersetzen, deren Verletzung keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Verträge haben sollte. Der Gesetzgeber hatte diesen Vorschlag aber nicht umgesetzt und auch in seinen jüngsten Änderungsvorschlägen vom vergangenen Freitag nicht aufgegriffen. Allerdings hatte das Landgericht Gulating (Gulating lagmannsrett), Bergen, eines der sechs norwegischen Berufungsgerichte, durch eine neue Entscheidung (LG-2017-122024) für eine gewisse Erleichterung in formeller Hinsicht gesorgt. Die Entscheidung ist inzwischen rechtskräftig.

Zustimmung

Die Zustimmung zu einem zustimmungspflichtigen Vertrag ist durch die Gesellschafterversammlung zu erteilen. Für die Gesellschafterversammlung gelten bestimmte gesetzliche Einberufungs- und Durchführungsregelungen. Ausserdem müssen der Vorsitzende des Verwaltungsrats und, soweit vorhanden, der Geschäftsleiter an der Gesellschafterversammlung teilnehmen. Nur dann kann die Gesellschafterversammlung einen Beschluss über die Erteilung der Zustimmung zu dem Vertrag fassen. Al-

lerdings kann durch Einverständnis aller Gesellschafter auf diese Voraussetzungen verzichtet werden.

In der Fallkonstellation, über den das Landgericht Gulating zu entscheiden hatte, lag aber – formell – gar kein, also auch kein fehlerhafter Beschluss der Gesellschafterversammlung vor. Eine formelle Gesellschafterversammlung, auf welcher der Zustimmungsbeschluss hätte gefasst werden können, wurde nämlich gar nicht abgehalten. Vielmehr wurde der Vertrag nur durch den Verwaltungsrat unter Teilnahme des Geschäftsleiters behandelt und einstimmig dessen Abschluss beschlossen. In formeller Hinsicht lag demnach zwar ein Zustimmungsbeschluss des Verwaltungsrats, nicht aber der zuständigen Gesellschafterversammlung, vor.

Das Besondere in der vorliegenden Fallkonstellation war, dass die Verwaltungsratsmitglieder der AS gleichzeitig – offensichtlich alleinvertretungsberechtigte – Vertreter der Gesellschafter der AS waren. «De facto» nahmen also an der Beschlussfassung sämtliche Gesellschafter teil. Ausserdem waren der Verwaltungsratsvorsitzende und der Geschäftsleiter der AS bei der Beschlussfassung anwesend. «Tatsächlich» wurde mit der Sitzung des Verwaltungsrats demnach eine Gesellschafterversammlung abgehalten. Schliesslich bestanden auch keine Ansatzpunkte dafür, dass eine formelle Gesellschafterversammlung nicht den Zustimmungsbeschluss gefasst hätte. Daher bestehe nach Ansicht des Landgerichts Gulating in der Zustimmung des Verwaltungsrats «implizit» eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu dem Vertrag.

Werthaltigkeitsbericht

Der Gesellschafterversammlung, die über die Zustimmung zu dem Vertrag beschliessen soll, ist vorab – mit der Einberufung – der Werthaltigkeitsbericht des Verwaltungsrats vorzulegen. Mangels einer formellen Gesellschafterversammlung wurde ein solcher Bericht im vorliegenden Fall nicht erstellt und damit auch nicht der Gesellschafterversammlung vorgelegt.

Gemäss der Gesetzesbegründung und der überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur sind aber die Erstellung des Werthaltigkeitsberichts und die Vorlage des Berichts bei der Gesellschafterversammlung keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrags. Allerdings wird ein Zustimmungsbeschluss, der durch eine Gesellschafterversammlung gefasst worden ist, zu der – mangels Beifügung eines bestätigten Werthaltigkeitsberichts – fehlerhaft einberufen worden war, angefochten werden können, so dass der Zustimmungsbeschluss und damit der Vertrag im Falle einer erfolgreichen Anfechtung ungültig werden. Andererseits wird dieser Fehler, wenn er nicht innerhalb der dreimonatigen Anfechtungsfrist angefochten wird, mit Ablauf der Anfechtungsfrist geheilt.

Im vorliegenden Fall war diese Thematik zwischen den Parteien unstreitig und wurde durch das Landgericht Gulating nicht diskutiert.

Dr. Roland Mörsdorf, Grette's German Desk, Oslo

Redaktion

rechtsprechung

Liechtenstein

Auf Bitte der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR) wird von der Verwendung in der LJZ/LES veröffentlichter Rechtsprechung Abstand genommen.

Redaktion



Global vernetzt, lokal verankert, mit dem **Gespür für Wachstum.**

Ihr kompetenter Partner für Wirtschaftsprüfung,
Beratung, Steuerberatung und Outsourcing.

grantthornton.ch



©2018 Grant Thornton Schweiz/Liechtenstein – Alle Rechte vorbehalten. Grant Thornton Schweiz/Liechtenstein gehört zu Grant Thornton International Ltd (nachstehend «Grant Thornton International» genannt). Wird auf «Grant Thornton» Bezug genommen, ist darunter die Marke zu verstehen, unter der jede einzelne Gesellschaft tätig ist. Grant Thornton International und die Einzelgesellschaften sind jeweils rechtlich selbständige Unternehmen. Leistungen werden von den einzelnen Gesellschaften unabhängig voneinander erbracht, d.h. keine Einzelgesellschaft haftet für Leistungen oder Tätigkeiten einer anderen Einzelgesellschaft.



INTERMEDIÄR – NICHT NUR EIN WORT, SONDERN EINE EINSTELLUNG.

Finanzprofis aus allen Segmenten sind bei uns bestens aufgehoben. Ob Vermögensverwalter, Vermögensberater oder Treuhänder: Wir wickeln die Geschäfte für Sie als Intermediär – egal aus welchem Bereich – kompetent, effizient, flexibel und mit einem grossen Leistungsspektrum ab. Ob aus der Umgebung oder aus entfernteren Destinationen, durch uns erhalten Sie Zugang zum Finanzplatz Liechtenstein und zur gesamten Finanzwelt.

Die beste Wahl in Sachen Erfolg – Volksbank Liechtenstein

Private Banking
Thomas Fitz
thomas.fitz@volksbank.li
+423 239 04 28

Privat- und Geschäftskunden
Ludwig Zanker
ludwig.zanker@volksbank.li
+423 239 04 26