

*Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ):*

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

Druck: Gutenberg AG, FL-9494 Schaan  
ISSN 1029-1776

*Bezugsbedingungen:*

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

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

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

**LJZ****LIECHTENSTEINISCHE  
JURISTEN-ZEITUNG**

Offizielles Mitteilungsorgan  
der Vereinigung  
Liechtensteinischer Richter (VLR)

**2017**

38. Jahrgang

**Abhandlungen**

## **Acht Antithesen zum oberstgerichtlichen Beschluss vom 03.03.2017, 07 HG.2016.212**

Harald Bösch\*

**I. Einleitung**

Vor 500 Jahren hat Martin Luther seine 95 Thesen gegen den päpstlichen Ablasshandel verfasst. Er wollte damit eine Diskussion über die missbräuchliche Verwendung des Ablasswesens bewirken und erlangte durch die öffentliche Verbreitung seiner Thesen schnell ungeahnte Berühmtheit.<sup>1</sup> Dem Verfasser dieser Zeilen liegt es fern, mit diesem Beitrag berühmt werden zu wollen. Dafür dürfte das Einzugsgebiet der LJZ auch wohl ein wenig zu gering sein. Natürlich muss an dieser Stelle auch gleich eingeräumt werden, dass Martin Luther mit seinen 95 Thesen viel mehr und auch Entscheidenderes zu sagen hatte als der Verfasser, der es in diesem Aufsatz ja nur auf 8 Thesen bringt.

Ganz im Luther'schen Sinne beabsichtigt ist hier allerdings die Fortführung einer Diskussion über den

Rechtsschutz der Ermessensbegünstigten einer Treuhänderschaft, die mit dem obergerichtlichen Beschluss vom 12.03.2015<sup>2</sup> und dessen Rezension durch den Verfasser<sup>3</sup> ihren Ausgang nahm. Noch sind nicht alle massgeblichen Argumente ausgetauscht.<sup>4</sup> Daher könnte zum gegenwärtigen Stand ein Thesenpapier vielleicht das angemessenste Mittel sein, um die argumentative Auseinandersetzung mit den relevanten Streitfragen auf den Punkt und die Rechtsentwicklung der Treuhänderschaft auf diese Weise weiter zu bringen. Die im Beitrag aufgestellten Thesen wurden bewusst als Antithesen zu Positionen entwickelt, die vom OGH im rezenten Beschluss<sup>5</sup> ent-

<sup>2</sup> Publiziert in LES 2016, 73; PSR 2016/48; ZStV 2017, 63.

<sup>3</sup> Bösch, Richterlich missverstandene trust governance in Liechtenstein, PSR 2016, 183 ff.

<sup>4</sup> Siehe zwischenzeitlich auch Bösch, Wenn die Auslegung beim Wortlaut stecken bleibt – Kritisches zu einer vermeidbaren Rechtsschutzverweigerung bei liechtensteinischen discretionary trusts, ZStV 2017, 55 ff; ausserdem demnächst ders., Leidgeplagte liechtensteinische Treuhänderschaft: nun auch Rechtsschutzverweigerung durch FL OGH, PSR 2017/13 (in Druck) sowie Bösch/Pauer, No beneficiary principle for Liechtenstein's discretionary trusts? Trusts & Trustees 2017 ttx043. doi: 10.1093/tandt/ttx043 (Online-Version, die Printausgabe befindet sich ebenfalls in Druck).

<sup>5</sup> OGH 03.03.2017, 07 HG.2016.212 – ON 34, abgedruckt in diesem Heft als LES 2017, Seite 66 ff.

\* Dr. Harald Bösch, Rechtsanwalt in Bregenz, niedergelassen in Vaduz, Kontakt: [www.kanzleiboesch.com](http://www.kanzleiboesch.com)

<sup>1</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/95\\_Thesen](https://de.wikipedia.org/wiki/95_Thesen).

weder ausdrücklich oder zumindest schlüssig vertreten worden sind. Manche Facette aus der oberstgerichtlichen Begründung musste hier schon allein deshalb ausgeklammert bleiben, um den Umfang dieses Thesepapiers nicht überzustrapazieren. Der Schwerpunkt der Antithesen liegt auf Auslegungsfragen sowie auf dem Begünstigtenrechtsschutz bei der Treuhänderschaft.

## II. Die acht Antithesen

### 1. Dem Anwendungsbereich des PGR unterliegende Rechtsfragen sind nicht nach den §§ 6 u. 7 ABGB, sondern nach der Methode der Art 1 ff PGR auszulegen

Gemäss Art 1 Abs 1 PGR findet das Gesetz (gemeint: das PGR) auf alle Fragen des Privatrechts Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. In der Schlussabteilung zum PGR hat der liechtensteinische Gesetzgeber Einführungs- und Übergangsbestimmungen erlassen. § 155 Abs 1 SchlAbtPGR bestimmt, dass mit dem Tag des Inkrafttretens des PGR «alle widersprechenden Bestimmungen von Gesetzen und Verordnungen ausser Kraft» treten. Sodann folgt eine demonstrative Aufzählung aller jener Normen, die «aufgehoben sind». Dazu zählen gleich zu Beginn der Zi 1 leg cit *alle einschlägigen Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, eingeführt mit Erlass vom 18. Februar 1812, vor allem die §§ 15 bis 43, *soweit sie hier geregelte Rechtsgebiete betreffen*. Sodann fährt die Zi 1 mit weiteren spezifischen Paragraphen des ABGB fort, die insbesondere als aufgehoben gelten.

Obwohl dies vom historischen PGR-Gesetzgeber alles andere als beabsichtigt war, sind die Aufhebungsbestimmungen in § 155 PGR zu einem dauerhaften Provisorium geworden. Zur vollständigen Umsetzung des ursprünglich geplanten neuen liechtensteinischen Zivilgesetzbuchs, das in fünf getrennten Teilen hätte erscheinen sollen,<sup>6</sup> ist es nämlich nicht mehr gekommen.<sup>7</sup> In Kraft getreten sind nur das SR und das PGR. Mit der Erlassung des PGR hat der liechtensteinische Gesetzgeber in Art 1 bis 6 PGR aber jedenfalls die Einleitungsartikel des schweizerischen ZGB rezipiert. Damit hat er gesetzliche Bestimmungen in Kraft gesetzt, die *«hier (also im PGR neu) geregelt»* sind. Folglich sind die Interpretationsregeln der §§ 6, 7 ABGB in Ansehung des PGR gem. § 155 Zi 1 SchlAbtPGR aufgehoben, denn Art 1 PGR enthält wie die §§ 6, 7 ABGB einschlägige Vorschriften über die Gesetzesanwendung. Art 1 PGR verdrängt diese daher.

Genau genommen sind die §§ 6 und 7 ABGB in Liechtenstein doppelt aufgehoben worden. In dieser Zeitschrift ist schon vor geraumer Zeit dargelegt worden, dass die Einleitungsartikel des Sachenrechts – somit die Art 1 bis 7 SR – bereits mit Art 101 Zi 1 SchlTSR in das liechtensteinische Recht inkorporiert worden sind und damit die §§ 6 und 7 ABGB verdrängt haben.<sup>8</sup> Dem lässt sich nicht entgegen-

halten, die «Derogationsfrage» betreffe nur die aus dem schweizerischen Recht übernommenen Lückenfüllungsregeln, nicht aber die Auslegungsregeln.<sup>9</sup> Denn zum einen handelt es sich auch bei der Lückenfüllung um einen Interpretationsvorgang und zum anderen geben Art 1 Abs 1 SR bzw. Art 1 Abs 1 PGR auch eine Auslegungsregel vor.<sup>10</sup>

Ob die Auslegungsregeln des ABGB oder jene des SR bzw. PGR zur Anwendung gelangen, ist auch nicht gleichgültig. Die Rechtsfolgenanordnungen der ABGB-Bestimmungen weichen nämlich teilweise erheblich von jenen des SR bzw. PGR ab.<sup>11</sup> Ein augenscheinliches Beispiel für die Verschiedenheit der Art 1 bis 4 PGR und der §§ 6 u. 7 ABGB bildet die dem Richter durch Art 1 Abs 3 PGR auferlegte Aufgabe, nach jener Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wenn dem Gesetz eine Vorschrift nicht entnommen werden kann und auch entsprechendes Gewohnheitsrecht fehlt. Eine solche nicht einzelfallbezogene, sondern vielmehr generalisierbare Regelbildung durch den Richter<sup>12</sup> ist dem ABGB fremd.

Schliesslich geht es hier auch um die Wahrung der Auslegungskohärenz. Die Einleitungsartikel von PGR und SR bilden nämlich ein in sich stimmiges und dementsprechend abgestuftes System der «Rechtsfindung», an dessen erster Stelle jeweils Art 1 und an dessen letzter Stelle jeweils die Billigkeitsnorm des jeweiligen Art 4 stehen.<sup>13</sup> Gewissermassen durchwoben werden diese gesetzlichen Rechtsanwendungs- und Rechtsfindungsregeln jeweils durch das zentrale Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gem. Art 2 PGR respektive Art 2 SR.<sup>14</sup>

Weder dem Gesetzgeber des Sachenrechts noch dem PGR-Gesetzgeber kann ernsthaft unterstellt werden, er habe die Einleitungsartikel des ZGB in Liechtenstein mit der Absicht eingeführt, dass Art 1 Abs 1 SR bzw. Art 1 Abs 1 PGR in Liechtenstein weiterhin nicht in Kraft gesetzt sein sollen, weil stattdessen § 6 ABGB in Geltung bleibt, während demgegenüber Art 1 Abs 2 und 3 SR hingegen sehr wohl zur Anwendung gelangen soll. Derart bruchstückartige Auslegungsleitlinien ergeben nicht nur keinen Sinn, sondern sie wären auch nicht praktikabel. Damit würde vor allem die Auslegungsharmonie der Art 1 bis 4 SR bzw. Art 1 bis 4 PGR ohne erkennbare Notwendigkeit gestört und dem Rechtsanwender die gerade in diesem wichtigen Bereich besonders gebotene Rechtssicherheit genommen.

Aus den einschlägigen Materialien<sup>15</sup> geht ausdrücklich die Absicht des historischen Gesetzgebers hervor, dass durch das PGR insbesondere ein Teil des allgemeinen

<sup>9</sup> So aber Berger, Rezeption im liechtensteinischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des ABGB (2008) 211.

<sup>10</sup> Vgl. statt aller hier nur Kramer, Methodenlehre<sup>5</sup>, 42; Hausheer/Jaun, Handkommentar zum ZGB, Vorbem. zu Art 1-10 Art N 8; Art 1 N 1 ff.

<sup>11</sup> Georges S. Baur, LJZ 1998, 20 ff; Legerer, Der Grundsatz von Treu und Glauben im liechtensteinischen Privatrecht (2006) 72 u. 86 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Kramer, Methodenlehre, 260 f; umfassend zur Gesetzesergänzung modo legislatoris: BK-Emmenegger/Tschentscher, Art 1 N 435 ff.

<sup>13</sup> Dazu Hausheer/Jaun, ZGB, Vorbem. zu Art 1-10 N 8; vgl. auch ZK-Dürr, Vorbem. Art 1 und 4 N 71 ff, Art 1 N 4; BK-Emmenegger/Tschentscher, Art 1 N 464 ff.

<sup>14</sup> Zu diesem Gebot weiterführend Legerer, Treu und Glauben, 118 ff.

<sup>15</sup> Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, S. 1.

<sup>6</sup> Siehe Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts (1925), S. 2.

<sup>7</sup> Zu den diesbezüglichen Gründen vgl. Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, 27 f.

<sup>8</sup> Georges S. Baur, Normenvielfalt bei der richterlichen Lückenfüllung in Liechtenstein?, LJZ 1998, 12 ff.

bürgerlichen Gesetzbuches und ein Grossteil des Handelsgesetzbuchs *ersetzt* werden soll und bezüglich der Einleitung (Art 1 bis 8 PGR) bemerkt der «Kurze Bericht», die darin enthaltenen Vorschriften stimmten grösstenteils mit den einleitenden Bestimmungen des Sachenrechts überein.<sup>16</sup> Sodann folgt der Hinweis des historischen Gesetzgebers, die Vorschriften der Einleitung seien neu aufgenommen und in der Erwägung ergänzt worden, dass «dieses Gesetz auch in Zukunft selbstständig bleibe.»<sup>17</sup>

In der bisherigen Rechtsprechung ist mit fast regelmässiger Beliebigkeit methodisch einmal auf die §§ 6 und 7 ABGB, ein ander Mal auf Art 1 PGR, bisweilen auch auf beide Interpretationsgrundlagen verwiesen worden.<sup>18</sup> Der OGH geht in seinen beiden Beschlüssen vom 01.02.2017<sup>19</sup> und vom 03.03.2017 nun aber noch weiter. Er räumt § 6 ABGB gegenüber Art 1 Abs 3 und 4 PGR sogar einen Anwendungsvorrang ein. Damit wird im Ergebnis genau jene Spaltung der liechtensteinischen Auslegungsnormen bewirkt, die es nach den obigen Ausführungen zu vermeiden gilt und die weder vom Gesetzgeber des SR noch vom Gesetzgeber des PGR intendiert war. Nachdem § 6 ABGB wie auch § 7 ABGB durch die Einführung der Einleitungsartikel aufgehoben wurden, bleibt für diese beiden Bestimmungen bezüglich aller dem PGR unterliegender Rechtsfragen kein Anwendungsbereich mehr. Hier ist vielmehr allein ein methodisches Vorgehen nach Art 1 bis 4 PGR angezeigt und statthaft.

## **2. Bei der Lückenfüllung nach Art 1 Abs 3 und 4 PGR hat das Gericht mangels einschlägigen Gewohnheitsrechts bewährte Lehre und Überlieferung zu berücksichtigen**

Die überwiegende schweizerische Ansicht zur Rezeptionsvorlage des Art 1 Abs 3 und 4 PGR geht dahin, dass eine Lückenfüllung nach der Art des Gesetzgebers nur dann in Betracht kommt, wenn eine Lückenschliessung auch nicht mittels der herkömmlichen Auslegungsmittel möglich ist.<sup>20</sup> Das bedeutet, dass eine Lückenfüllung «modo legislatoris» beispielsweise dann entbehrlich ist, wenn eine Gesetzeslücke bereits mittels einer Gesetzes- oder Rechtsanalogie geschlossen werden kann. Auf das liechtensteinische Recht umgelegt liegt in diesem Fall keine Rechtsfindung nach Art 1 Abs 3 und 4 PGR vor, sondern ein Fall des Art 1 Abs 1 PGR, der sich mittels Auslegung lösen lässt.

Nachdem sich zu Materien, bezüglich derer das PGR lückenhaft ist, wohl kaum entsprechendes Gewohnheitsrecht etabliert haben dürfte – dem in diesen Fällen aber der Anwendungsvorrang zukäme – soll die zur Entscheidung anstehende Rechtsfrage durch den Richter abstrakt mittels Aufstellung einer entsprechenden gesetzlichen

Regel geklärt werden. Dabei soll er «bewährter Lehre und Überlieferung» folgen. Diese gesetzliche Vorgabe wird in der Literatur dahingehend interpretiert, dass damit eine kritische Auseinandersetzung des Richters mit den doktrinen Lösungen vorgeschlagen eingefordert ist.<sup>21</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von einer richterlichen Berücksichtigungspflicht.<sup>22</sup> Diese ist allerdings nicht nur auf die Lückenfüllung gem. Art 1 Abs 3 u. 4 PGR beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Auslegung gem. Art 1 Abs 1 PGR.<sup>23</sup>

An einer kritischen Auseinandersetzung mit in der Literatur aufgezeigten Lösungsansätzen lässt es der oberstgerichtliche Beschluss vom 03.03.2017 in gleich zwei zentralen Punkten vermissen: Bezüglich des angeblichen Auslegungsvorrangs des § 6 ABGB wird auf einschlägiges Schrifttum<sup>24</sup> erst gar nicht hingewiesen, geschweige denn findet eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den dort vertretenen Meinungen statt. Unerörtert sind im oberstgerichtlichen Beschluss vom 03.03.2017 auch jene in der Literatur<sup>25</sup> aufgezeigten Argumente geblieben, mit denen die Widersprüchlichkeiten zwischen dem Wortlaut des Art 927 Abs 2 PGR einerseits und den aus Art 927 Abs 1, 912 Abs 3, 915 Abs 5, 929 Abs 5, Art 552 §§ 5, 7, 29 Abs 4 PGR ableitbaren Wertungen andererseits aufgezeigt worden sind.

Die Liste der sich im Verhältnis zum Wortlaut des Art 927 Abs 2 PGR offenbaren gesetzlichen Wertungswidersprüche lässt sich verlängern, wenn auch noch Art 929 Abs 3 PGR in die Auslegung miteinbezogen wird. Diese gesetzliche Bestimmung gewährt jedem Begünstigten (somit auch jedem Ermessensbegünstigten) zwecks Abberufung eines Treuhänders aus wichtigem Grund ein Anzeige- und Anhörungsrecht. Daraus ist insbesondere im Hinblick auf den hier ergänzend anwendbaren § 54 Abs 2 TrUG eine entsprechende Antragslegitimation eines Begünstigten einer Treuhänderschaft zur Abberufung des Treuhänders aus wichtigem Grund abzuleiten.<sup>26</sup> Die gesetzliche Regelung gewährt einem Ermessensbegünstigten mit dem Abberufungsrecht somit sogar die Legitimation zur Beantragung eines derart schwerwiegenden gerichtlichen Eingriffs in die Geschäftsführung des Treuhänders. Umso mehr muss eine entsprechende Antragslegitimation des Ermessensbegünstigten doch für alle jene Fälle befürwortet werden, wo im Wege einer Missstandsaufsicht vom Gericht im ausserstreitigen Rechtsweg dort ein Einschreiten beantragt wird, wo die Verletzung subjektiver Rechte eines Ermessensbegünstigten behauptet wird.

Zu all diesen systematisch schwerwiegenden Unvereinbarkeiten mit dem Wortlaut des Art 927 Abs 2 PGR enthält sich der oberstgerichtliche Beschluss vom 03.03.2017

<sup>16</sup> Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, S. 7.

<sup>17</sup> Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, S. 7.

<sup>18</sup> Dazu siehe Legerer, Treu und Glauben, 73 ff sowie Berger, Rezeption, 216 ff beide mit entsprechenden Judikaturnachweisen.

<sup>19</sup> LES 2017, 31 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Hausheer/Jaun, ZGB, Art 1 N 202 ff; ZK-Dürri, Art 1 N 232; BK-Emmenegger/Tschentscher Art 1 N 164 u. N 377 f; a.M. Kramer, Methodenlehre<sup>5</sup>, 211.

<sup>21</sup> BK-Emmenegger/Tschentscher Art 1 N 479; ähnlich Hausheer/Jaun, ZGB Art 1 N 270 («Auseinandersetzungspflicht»).

<sup>22</sup> BK-Emmenegger/Tschentscher Art 1 N 480.

<sup>23</sup> Siehe zu Art 1 ZGB aus der schweizerischen Lehre etwa ZK-Dürri, Art 1 N 543; BK-Emmenegger/Tschentscher Art 1 N 32.

<sup>24</sup> Georges S. Baur, LJZ 1998, 12 ff; ders. in FS 25 Jahre Liechtenstein-Institut, 57 ff; Legerer, Treu und Glauben, 69 ff; Berger, Rezeption, 202 ff.

<sup>25</sup> Bösch, PSR 2016, 186 ff.

<sup>26</sup> So im Ergebnis auch OG 26.07.2007, 10 HG.2004.55-202; verfassungsrechtlich bestätigt durch StGH 2007/137.

einer inhaltlichen Stellungnahme. Ohne eine argumentative Befassung mit all diesen Widersprüchlichkeiten ist es in methodischer Hinsicht einfach nicht vertretbar, aus Art 927 Abs 2 PGR jenen Umkehrschluss zu ziehen, zu dem sich nun auch der OGH berufen erachtet. Denn dadurch wird jene systematische Auslegung der gesetzlichen Regelung der Treuhänderschaft unterlassen, die hier in ganz besonderem Masse gefragt gewesen wäre.

### 3. Ein Wortlautvorrang findet in der durch Art 1 PGR vorgegebenen Methode keine Deckung

Gemäss oberstgerichtlichem Beschluss vom 03.03.2017 stellt bei der Auslegung von Gesetzesbestimmungen der Wortlaut im Allgemeinen der Ausgangspunkt dar und in diesem Sinn sei auch vom Vorrang des Wortlauts auszugehen, während bei verbleibenden Zweifeln bzw. Unklarheiten die weiteren – wie erwähnt grundsätzlich gleichberechtigten – Auslegungsmethoden heranzuziehen seien.

Dem OGH ist darin zuzustimmen, dass der Wortlaut stets der Ausgangspunkt der Auslegung ist. Ein Wortlautvorrang ist demgegenüber aber entschieden abzulehnen. Wie sein Rezeptionsvorbild Art 1 ZGB wendet sich auch Art 1 PGR gegen eine blosser Wortlautinterpretation, indem dem Wortlaut das Begriffsmerkmal «Auslegung» gegenübergestellt ist.<sup>27</sup> Mit der Auslegung sind die weiteren klassischen Elemente des Auslegungskanon, somit systematische, historische und teleologische Interpretation gemeint.<sup>28</sup>

Gegen einen Vorrang der Wortlautauslegung hat sich auch bereits wiederholt der liechtensteinische StGH ausgesprochen. In StGH 2014/72, Erw. 3.2 wird auf jene ständige Rechtsprechung hingewiesen, wonach die Wortlautauslegung keinen Vorrang beim Auslegungsvorgang hat und es sich bei der Erkenntnis, dass ein Wortlaut im Sinne der Beschwerdeausführungen «klar» sei, auch schon um das Ergebnis eines Auslegungsvorgangs handelt, bei dem – bewusst oder unbewusst – zumindest ein weiteres Auslegungskriterium berücksichtigt wurde. Das deckt sich durchaus mit jenem in der Methodenlehre vertretenen Standpunkt, wonach die Festlegung, der Regelungsinhalt einer Norm sei «klar» oder «eindeutig» immer das Ergebnis einer Auslegung sein müsse, die sich gerade nicht auf den Wortlaut beschränken dürfe.<sup>29</sup>

### 4. Aus Art 927 Abs 2 PGR ist der Normzweck ableitbar, dass anspruchsberechtigte Begünstigte einer Treuhänderschaft selbst befugt sein sollen, bei Beeinträchtigung ihrer Rechte und Interessen den ausserstreitigen gerichtlichen Rechtsschutz zu instrumentalisieren

Im oberstgerichtlichen Beschluss vom 03.03.2017 wird ausgeführt, die Stellung des Ermessensbegünstigten gegenüber dem Treuhänder sei im Gegensatz zu jener anspruchsberechtigter Begünstigter verhältnismässig «lose».

Ähnliches hat bereits Schurr vertreten<sup>30</sup> und daraus gefolgert, es seien daher «auch Einflussrechte der Ermessensbegünstigten gegenüber dem Trustee, die ein reines Kontrollrecht übersteigen, in der Regel ausgeschlossen». Obwohl im rezenten Beschluss auf Schurrs entsprechende Ausführungen nicht Bezug genommen wird, scheint der OGH auf den Pfaden dieser Lehrmeinung zu wandeln. Denn auch im rezenten Beschluss wird die Meinung vertreten, es sei daher auch sachlich gerechtfertigt, den Ermessensbegünstigten von der aktiven Einflussnahme auf Verfügungen und Verwaltungshandlungen auszuschliessen. Hieraus will der OGH sodann eine offenbar aus der gesetzlichen Regelung ableitbare «Tendenz» erkennen, einerseits dem Treuhänder die Ausübung seiner Pflichten nicht übermässig zu erschweren und andererseits aber allen Beteiligten ihrer jeweiligen Rechtsposition angepasst hinreichend Rechtsgrundlagen zu bieten, um ihre Ansprüche zu wahren.

Das klingt auf den ersten Blick recht schön nach einer ausgewogenen Balance, die nach Ansicht des OGH letztlich auch «Telos und Systematik innerhalb des aufgezeigten Rechtsgefüges» entspreche. Bei näherem Hinsehen offenbaren sich jedoch grundlegende Zweifel an der Überzeugungskraft dieser Argumentation. Denn als «Telos» des Art 927 Abs 2 PGR lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht keinesfalls eine «verhältnismässig lose» Stellung der Ermessensbegünstigten gegenüber dem Treuhänder ausmachen. Von den Ermessensbegünstigten ist in Art 927 Abs 2 PGR nämlich überhaupt keine Rede, sodass es mehr als kühn erscheint, aus einer gesetzlichen Regelung einen Normzweck ableiten zu wollen, der in deren Tatbestand nicht einmal vorkommt. Das Bemühen des OGH mit dieser Argumentation den Umkehrschluss der bisherigen «Judikaturlinie» retten zu wollen, ist offenkundig. Doch ein derartiger Umkehrschluss wäre nur dann statthaft, wenn der Nachweis erbracht würde, dass ihn die gesetzlichen Wertungen der Art 897 ff PGR tragen. Ein solcher Nachweis ist von der Rechtsprechung bisher aber nicht einmal ansatzweise erbracht worden.

Nach Ansicht des Verfassers besteht der Normzweck des Art 927 Abs 2 PGR vielmehr darin, dass anspruchsberechtigte Begünstigte einer Treuhänderschaft selbst befugt sein sollen, bei Beeinträchtigung ihrer Ansprüche bzw. Interessen den gerichtlichen Rechtsschutz zu instrumentalisieren. Insofern bildet diese Bestimmung – neben dem dieser Rechtsausübung zwangsläufig vorgeschalteten Informations- und Rechnungslegungsanspruch<sup>31</sup> – einen zentralen Baustein trustrechtlicher governance bei privatnützigen Treuhänderschaften.<sup>32</sup>

Entgegen dem OGH beansprucht dieser Normzweck nicht nur für Treuhänderschaften mit anspruchsberech-

<sup>27</sup> Aus der schweizerischen Lehre siehe Hausheer/Jaun, ZGB, Art 1 N 6; ZK-Dürri, Art 1 N 64, 67 u. 75; Kramer, Methodenlehre, 42.

<sup>28</sup> BK-Emmenegger/Tschentscher, Art 1 N 133 ff.

<sup>29</sup> Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre<sup>9</sup>, 446.

<sup>30</sup> Schurr, Beneficiary Principle als zentrales Element für die Wirksamkeit von Trusts, FS Delle Karth (2013) 941, wonach den discretionary beneficiaries «grundsätzlich eine eher schwache Rechtsposition» zukomme. Nachdem Schurr, aaO, 940 eine Aktivlegitimation des trust beneficiary's für ein gerichtliches Vorgehen aus dem Sachenrecht ableiten will, muss es freilich nicht weiter wundern, dass dieser Standpunkt bezüglich der Geltung der beneficiary principle für discretionary trusts kontraproduktiv ist.

<sup>31</sup> Dazu bereits Bösch, PSR 2016, 90.

<sup>32</sup> Wie hier nun auch Bösch, PSR 2017/13 (in Druck).

tigten Begünstigten, sondern auch für solche mit Ermessensbegünstigten entsprechende Geltung. Begünstigungen, die mit einer Anspruchsberechtigung verbunden sind, unterscheiden sich nämlich von Ermessensbegünstigungen grundsätzlich nur dadurch, dass bei Letzteren im Gegensatz zu Ersteren keine gerichtlich einklagbaren Ansprüche auf das Treugut und/oder dessen Erträge bestehen. Was die Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung, auf bestimmungsgemässe Verwaltung und Veranlagung des Treuguts sowie den Anspruch auf ein treuepflichtiges Verhalten des Treuhänders oder den Anspruch auf pflichtgemässe Ermessensausübung anlangt, stehen Ermessensbegünstigte mit anspruchsberechtigten Begünstigten demgegenüber auf derselben (Anspruchs-) Stufe.

Werden diese Ansprüche vom Treuhänder nun pflichtwidrig verletzt, dann gebietet es der Normzweck des Art 927 Abs 2 PGR, auch Ermessensbegünstigten die Legitimation zuzuerkennen, das Ausserstreitgericht anzurufen, damit dieses die notwendigen Verfügungen zur Mängel- und Missstandsbehebung trifft. Denn bezüglich dieser Materien ist die Stellung der Ermessensbegünstigten in gleichem Masse anspruchsbefugten wie jene der Begünstigungsberechtigten. Folglich korrespondiert mit dieser Anspruchslage gleichermaßen eine entsprechende Treuepflicht des Treuhänders gegenüber den Ermessensbegünstigten. Daher muss auch deren pflichtwidrige Missachtung dem Normzweck des Art 927 Abs 2 PGR entsprechend von den Ermessensbegünstigten durch Anrufung des Gerichts sanktionierbar sein.

### **5. Eine aktive Einflussnahme auf die Verwaltung und Verwendung des Treuguts und seiner Erträge steht weder anspruchsberechtigten Begünstigten noch Ermessensbegünstigten zu**

Dass der Art 927 Abs 2 PGR vom OGH unterstellte Telos nicht überzeugen kann, zeigt sich schliesslich auch noch daran, dass nach der gesetzlichen Regelung weder anspruchsberechtigten Begünstigten noch Ermessensbegünstigten eine «aktive Einflussnahme» auf die Geschäftsführung des Treuhänders zukommt.<sup>33</sup> Nach Ansicht des Verfassers ist es insgesamt verfehlt, von einer «aktiven Einflussnahme» eines Begünstigten zu sprechen, wenn dieser im ausserstreitigen Rechtsweg das Gericht anruft, damit dieses im Rahmen der Missstandsaufsicht erforderlichenfalls dort einschreitet, wo die Beeinträchtigung subjektiver Rechte oder Interessen des Begünstigten behauptet wird. Hier geht es nicht um «Einflussnahme» auf die Geschäftsführung, sondern um richterliches Einschreiten zur Missstandsbehebung, wo die Verletzung eines subjektiven Rechts oder Interesses behauptet wird.

Und schliesslich: Haben etwa – um hier nur ein Beispiel ins Treffen zu führen – Ermessensbegünstigte nicht in gleichem Masse ein rechtlich schützenswertes Interesse daran, dass der Treuhänder das Treugut nicht durch waghalsige Anlagen verspekuliert, wie anspruchsberechtigte Begünstigte? Damit angesprochen ist der Anspruch auf pflichtgemässe und sorgfältige Geschäftsführung,

der nach bisher einheitlicher Literaturmeinung jedem Begünstigten einer Treuhänderschaft zusteht.<sup>34</sup> Dieser Anspruch lässt sich mittels einer Rechtsanalogie aus den Art 912 Abs 3, Art 915 Abs 5, Art 925 Abs 5 sowie auch aus Art 929 Abs 3 PGR iVm § 54 Abs 2 TrUG erschliessen.<sup>35</sup> Er ist aufgrund der gesetzlichen Regelung, die hier stets «vom Begünstigten» spricht, nicht auf anspruchsberechtigte Begünstigte beschränkt, sondern er erstreckt sich aufgrund des der jeweiligen Norm immanenten Zwecks auch auf Ermessensbegünstigte.<sup>36</sup>

### **6. Eine Norm darf bei der Gesetzesauslegung nicht isoliert interpretiert werden, sondern ihr Sinn muss stets im systematischen Zusammenhang der gesetzlichen Gesamterregung erfasst werden**

Art 912 Abs 3 PGR berechtigt u.a. auch einen Begünstigten das Recht zur Spurfolge zugunsten des Treuhandvermögens geltend zu machen und in der bisherigen Rechtsprechung ist bereits ausdrücklich anerkannt worden, dass dieses Recht auch Ermessensbegünstigten zusteht.<sup>37</sup> Art 915 Abs 5 PGR lässt im Konkurs des Treuhänders u.a. auch die Begünstigten Aussonderungsansprüche geltend machen und gewährt ihnen ein Einsichtnahmerecht in die Geschäftsbücher und Geschäftspapiere des konkurssiten Treuhänders. Auch hier nimmt das Gesetz keinerlei Beschränkung auf «anspruchsberechtigte» Begünstigte vor. Auch bei pflichtwidriger Vermischung von Geldern des Treuguts mit eigenen Geldern des Treuhänders kann der Anspruch auf Rechnungslegung und Auskunft sowie auf Herausgabe des entsprechenden Gewinnanteils zu Gunsten des Treuhandguts «vom Begünstigten» geltend gemacht werden. Schliesslich eröffnet auch Art 929 Abs 3 iVm § 54 Abs 2 PGR jedem Begünstigten bei Vorliegen wichtiger Gründe ein Abberufungsrecht zugunsten des Treuhänders.

Gemäss all diesen Bestimmungen ist somit jeder Begünstigte einer Treuhänderschaft dazu befugt, das Gericht anzurufen, damit dieses bei pflichtwidrigem Verhalten des Treuhänders einschreitet. Keine dieser Bestimmungen enthält eine Beschränkung der Anspruchslegitimation auf «anspruchsberechtigte» Begünstigte. Eine solche Beschränkung will die jüngere Rechtsprechung nun aber mittels eines aus Art 927 Abs 2 PGR gezogenen Umkehrschlusses ableiten und auch OGH sah sich nun veranlasst, dem zu folgen.

Einem solchen Umkehrschluss stehen aber die angeführten gesetzlichen Bestimmungen diametral entgegen, enthalten sie doch gerade keine Beschränkung der Anspruchslegitimation auf anspruchsberechtigte Begünstigte. Zudem berechtigt auch Art 927 Abs 1 PGR den Begünstigten die Ausführung der Treuhandbestimmungen zu verlangen, und in der Literatur wird gemeinhin die Meinung vertreten, dass sich der Begriff der «Treu-

<sup>33</sup> So schon Biedermann, Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law (1981) 98.

<sup>34</sup> Biedermann, Treuhänderschaft, 97 f; Bösch, Die liechtensteinische Treuhänderschaft zwischen trust und Treuhand, 107 f; Moosmann, Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten (1999) 263.

<sup>35</sup> So nun Bösch, PSR 2016, 189.

<sup>36</sup> Dazu bereits Bösch, PSR 2016, 188 f.

<sup>37</sup> OGH 13.04.2012, LES 2012, 102.

handbestimmungen» nicht nur auf die Anordnungen der Treuhandurkunde beschränkt, sondern sich auch auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen erstreckt.<sup>38</sup> Weil im rezenten Beschluss Art 927 Abs 2 PGR nicht in Beziehung mit Art 912 Abs 3, Art 915 Abs 5, Art 925 Abs 5 sowie mit Art 929 Abs 3 PGR iVm § 54 Abs 2 TrUG gesetzt wird, konnte von vornherein keine methodologisch tragfähige systematische Auslegung zustande kommen. Hinzu kommt, dass auch andere gesetzliche Schlüsselbestimmungen wie namentlich Art 906 Abs 4 und 927 Abs 7 PGR vom OGH nicht in den Auslegungsvorgang miteinbezogen worden sind.

Näher betrachtet erweist sich die vom OGH vorgenommene Auslegung nicht als systematische Interpretation, sondern als Interpretation, bei der Art 927 Abs 2 PGR weitestgehend isoliert wird. Das «Rechtsgefüge», auf dessen Systematik und Telos sich der rezente Beschluss berufen will, ist somit ein bloss fragmentarisches, das den methodologischen Anforderungen an eine erschöpfende systematische Auslegung<sup>39</sup> in keiner Weise gerecht wird. Denn ohne ausreichendes Verständnis vom Gesamtplan eines Regelungswerks lässt sich das funktionale Ineinandergreifen der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen nicht begründen.<sup>40</sup>

Wäre die gesetzliche Regelung der Treuhänderschaft demgegenüber systematisch erschöpfend ausgelegt worden, dann hätte sich überdies offenbart, dass die Art 897 ff PGR bezüglich der Fallkonstellation einer Treuhänderschaft mit reinen Ermessensbegünstigten überhaupt planwidrig unvollständig sind. Die Vernachlässigung der im vorliegenden Fall besonders angezeigten systematischen Auslegung ebnete somit auch den Weg dafür, dass die Lückenhaftigkeit des Art 927 Abs 2 PGR im Verborgenen blieb. Damit gelangen wir nun zur für die Interpretation des Art 927 Abs 2 PGR letztlich entscheidenden Auslegungsfrage, nämlich ob diese gesetzliche Bestimmung lückenhaft ist und wie eine allfällige Lückenfüllung zu erfolgen hätte.

### **7. Bezüglich der Fallkonstellation einer Treuhänderschaft mit Ermessensbegünstigten ist die gesetzliche Regelung in Art 927 Abs 2 PGR lückenhaft und diese Lücke ist gem. Art 1 PGR mittels Analogie zu schliessen**

Art 927 Abs 7 PGR bestimmt Folgendes: «Bei gemeinnützigen oder dergleichen Treuhänderschaften, wo anspruchsberechtigte Begünstigte fehlen und es sich aus der Treuanordnung nicht anders ergibt, können die bei anderen Treuhänderschaften den Genussberechtigten eingeräumten Ansprüche vom Vertreter des öffentlichen Rechts auf Kosten des Treuguts, allenfalls bei Verschul-

den auf Kosten des Schuldigen auf Antrag oder von Amts wegen wahrgenommen werden.»

Diese Bestimmung offenbart eine lückenhafte Typologie der gesetzlichen Regelung der Treuhänderschaft. Denn ihr liegt lediglich das Leitbild einer Treuhänderschaft mit anspruchsberechtigten Begünstigten zugrunde, dem als begriffliches Gegenstück eine gemeinnützige Treuhänderschaft gegenübergestellt wird, bei der «anspruchsberechtigte Begünstigte» fehlen.<sup>41</sup> In der Tat verhält es sich bei gemeinnützigen Treuhänderschaften typischerweise so, dass die Zweckbestimmung lediglich die gemeinnützige Zielvorgabe umschreibt und auf eine entsprechende Individualisierung des Begünstigtenkreises vielfach ganz bewusst verzichtet wird.<sup>42</sup> Eine ausreichend abgestufte gesetzliche Typologie kann sich allerdings nicht allein auf die beiden Kategorien einer Treuhänderschaft mit anspruchsberechtigten Begünstigten einerseits und einer gemeinnützigen Treuhänderschaft andererseits beschränken. Selbst die gesetzliche Umschreibung in Art 927 Abs 7 PGR deutet weitere Erscheinungsformen der Treuhänderschaft an, spricht dabei aber nur reichlich unspezifisch und vage von «dergleichen Treuhänderschaften».

Doch privatnützige Ermessenstreuhanderschaften können mit «dergleichen Treuhänderschaften» nicht gemeint sein, denn anders als bei gemeinnützigen Treuhänderschaften bestünde bei ihnen kein öffentliches Interesse, das ein Einschreiten des «Vertreters des öffentlichen Rechts» rechtfertigen würde. Art 927 Abs 7 PGR ist vielmehr ein schlüssiger Beleg dafür, dass der historische PGR-Gesetzgeber auf der Tatbestands- und Rechtsfolgenebene auf Ermessenstreuhanderschaften insgesamt nicht ausreichend Bedacht genommen hat. Ein besonders augenscheinliches Beispiel dafür bietet Art 906 Abs 4 PGR, der im Zusammenhang mit der Aufhebung einer Treuhänderschaft und der damit verbundenen Zuweisung des Treuguts keine adäquate gesetzliche Regelung für jene Fallkonstellation enthält, bei der eine Treuhänderschaft mit reinen Ermessensbegünstigten zur Aufhebung gelangt.<sup>43</sup> Eine solche Regelung wäre aber erforderlich gewesen und soweit sich Art 906 Abs 4 PGR hier allein mit der Konstellation einer Treuhänderschaft mit anspruchsberechtigten Begünstigten sowie der Konstellation einer Stiftung mit möglichst gleichartiger Zweckbestimmung begnügt, ist diese Bestimmung eindeutig planwidrig unvollkommen.

Die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung betreffend die Fallkonstellation einer Ermessenstreuhanderschaft zieht sich wie ein roter Faden durch die Art 897 ff PGR und setzt sich in den Bestimmungen des TrUG entsprechend fort. Ein Paradebeispiel für diese Lückenhaftigkeit liefern die gesetzlichen Rechnungslegungs- und Auskunftsbestimmungen, in denen lediglich auf Fallkon-

<sup>38</sup> Biedermann, Treuhänderschaft, 93; Bösch, Treuhänderschaft, 106; Hahn, Integrationsstufen des angelsächsischen Trusts innerhalb der Heimatrechtsordnung am Beispiel der Schweiz, Frankreich sowie Liechtenstein und Monaco (2009) 115; siehe jüngst auch Bösch, ZStV 2017, 59 unter ausdrücklicher Ablehnung von LES 2008, 83, wonach Art 927 Abs 2 PGR (jedenfalls) nicht zur Anwendung gelangen soll, wenn ein «Treuhand im Einklang mit den Verpflichtungen der Treuhandurkunde handle».

<sup>39</sup> Zu diesen aus der einschlägigen Lehre etwa ZK-Dür, Art 1 N 151; BK-Emmenegger/Tschentscher, Art 1 N 245 ff.

<sup>40</sup> BK-Emmenegger/Tschentscher, Art 1 N 255.

<sup>41</sup> So schon Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, 386 f.

<sup>42</sup> Vgl. beispielsweise den als gemeinnützigen Trust zu qualifizierenden T. I. S.-Trust, der dem oberstgerichtlichen Beschluss vom 5.2.1998, Hp 26/95-40 zugrunde lag. Dessen Zweck bestand gemäss Trust Agreement darin, «die Wohlfahrt von Seeleuten und anderem Personal der Marine aller Nationen zu fördern».

<sup>43</sup> Dazu ausführlicher (mit entsprechendem Fallbeispiel) Bösch, PSR 2017/13 (in Druck).

stellationen mit anspruchsberechtigten Begünstigten<sup>44</sup> bzw. mit Begünstigungsberechtigten bzw. Anwartschaftsberechtigten<sup>45</sup> Bedacht genommen wurde.<sup>46</sup> Weshalb sollten – um an dieser Stelle neuerlich die systematische Auslegung ins Spiel zu bringen – Ermessensbegünstigte gem. Art 925 Abs 5 PGR nur bezüglich der Herausgabe unberechtigter Gewinnansprüche des Treuhänders einen Rechnungslegungs- und Auskunftsanspruch haben, nicht aber dort, wo es um die ganz gewöhnliche Veranlagung des Treuguts geht?

Die plausibelste Erklärung dafür, weshalb der historische PGR-Gesetzgeber der in der heutigen Praxis so bedeutsamen Fallkonstellation einer Treuhänderschaft mit Ermessensbegünstigten nicht die erforderliche Beachtung schenkte, wird darin liegen, dass dieser Typus einer Treuhänderschaft erst lange nach der Erlassung des PGR eine entsprechende praktische Bedeutung erlangte. Selbst in England – einem Mutterland des discretionary trust – hat diese Erscheinungsform des trust vergleichsweise spät praktische Bedeutung erlangt.<sup>47</sup> Nicht wenige der heute besonders relevanten precedents zum discretionary trust sind überhaupt erst ab den 1980er Jahren ergangen.<sup>48</sup> Im Rahmen einer historischen Auslegung ebenfalls ins Kalkül zu ziehen ist, dass das Rechtsinstitut der Treuhänderschaft – ebenso wie das TrUG – seit ihrer Erlassung in den 1920er Jahren nie Gegenstand einer substanziellen Gesetzesrevision waren.<sup>49</sup>

Anders verhält es sich demgegenüber seit 2008 mit dem gesetzlichen Stiftungsrecht. Hier hat der Gesetzgeber dieser Reform die Regelungsbedürftigkeit des Stiftungstypus mit Ermessensbegünstigten erkannt und zumindest jedem aktuellen Ermessensbegünstigten einen Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch eingeräumt.<sup>50</sup> Darüber hinaus ist jeder aktuelle Ermessensbegünstigte einer aufsichtsbefreiten Stiftung auch berechtigt beim Richter im ausserstreitigen Verfahren Massnahmen gegen eine dem Stiftungszweck widersprechende Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens zu beantragen.<sup>51</sup> Diese gleichermaßen wichtige wie einschlägige gesetzliche Wertung soll indes gemäss dem rezenten Beschluss für die Auslegung des Art 927 Abs 2 PGR keine Rolle spielen. Denn – so der OGH – der Gesetzgeber der Stiftungsrechtsreform 2008 hätte doch ohne weiteres einen Verweis auf die Art 897 ff PGR aufnehmen können, wenn er danach getrachtet hätte, die Rechte der Ermessensbegünstigten bei der Treuhänderschaft in gleicher Weise regeln zu wollen wie jene bei der Stiftung.<sup>52</sup> Tatsächlich hat sich der Gesetzgeber der Stiftungsrechtsreform 2008 mit Rechtsfragen betreffend die Treuhänderschaft gar nicht beschäftigt.<sup>53</sup> Somit ist keine sachliche Rechtfertigung dafür zu erkennen, dem Ge-

setzgeber der Stiftungsrechtsreform im Sinne der oberstgerichtlichen Ausführungen ein beredtes Schweigen zu unterstellen.

Stattdessen sind die entsprechenden Wertvorstellungen des Stiftungsgesetzgebers 2008 vielmehr auch für die Auslegung des Art 927 Abs 2 PGR beachtlich.<sup>54</sup> Denn in inhaltlicher Hinsicht unterscheidet sich eine treuhändrechtliche Ermessensbegünstigung im Wesentlichen nicht von einer stiftungsrechtlichen Ermessensbegünstigung, sodass keinerlei sachliche Differenzierungen geboten sind.

Die Begünstigtenansprüche auf bestimmungsgemässe Verwaltung und Veranlagung des Treuguts und seiner Erträge, auf treuepflichtiges Verhalten des Treuhänders sowie auf pflichtgemässe Ermessensausübung sind bei reinen Ermessensbegünstigten in gleichem Masse vom aus Art 927 Abs 2 PGR abgeleiteten Normzweck erfasst wie bei anspruchsberechtigten Begünstigten. Daher gebietet der Normzweck dieser planwidrig lückenhaften gesetzlichen Bestimmung gem. Art 1 Abs 1 PGR dessen analoge Anwendung auf zumindest alle aktuellen Ermessensbegünstigten einer Treuhänderschaft.

## 8. Bei der Lückenfüllung gesetzlicher Bestimmungen über die Treuhänderschaft ist auf das Recht des common law trust dort zurückzugreifen, wo dies methodisch zulässig ist

Im oberstgerichtlichen Beschluss vom 03.03.2017 wird das im Revisionsrekurs der Antragsteller vorgetragene Argument, die Entscheidung des Rekursgerichts verstosse gegen die Grundsätze des englischen Trustrechts, das als Rezeptionsgrundlage für die Schaffung der Art 897 bis 932 PGR gedient habe, mit dem Hinweis abgelehnt, dies sei nicht «zielführend». Der vom Verfasser in rechtsvergleichender Hinsicht am obergerichtlichen Beschluss vom 12.03.2015 geübten Kritik<sup>55</sup> begegnet der OGH mit dem Hinweis, es sei nicht aufgezeigt worden, dass bei einer Art 927 Abs 2 PGR gleichlautenden ausländischen Gesetzeslage Rechtsansichten vertreten würden, die dem Wortlaut dieser Bestimmung widersprächen. Nämlich man dieses wiederum nur am puren Wortlaut einer Norm ansetzende Argument wirklich beim Wort, dann würde sich bei der Treuhänderschaft praktisch jede rechtsvergleichende Auslegung erübrigen, denn bekanntlich handelt es sich beim englischen trust law überwiegend um richterlich geschaffenes case law und nicht um Gesetzesrecht. Ein derart beschränktes Verständnis rechtsvergleichender Auslegung ist aber gerade für das Rechtsinstitut der Treuhänderschaft abzulehnen. Die vom StGH<sup>56</sup> mit gutem Grund als «fünfte Auslegungsmethode» bezeichnete Methode der rechtsvergleichenden Auslegung hat auch bei der Treuhänderschaft ihren Platz und ihre methodische Berechtigung.<sup>57</sup>

Zustimmung verdient die oberstgerichtliche Begründung aber insofern als das Recht des common law trust im Wege rechtsvergleichender Auslegung nur in jenen Fällen zu berücksichtigen ist, wo das inländische Recht

<sup>44</sup> Vgl. Art 923 PGR (für die Treuhänderschaft).

<sup>45</sup> Vgl. § 68 TrUG (für das Treuunternehmen).

<sup>46</sup> Auch hierzu bereits Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, 386.

<sup>47</sup> So schon Biedermann, Treuhänderschaft, 125.

<sup>48</sup> Nachweise bei Pettit, Equity and the Law of Trusts<sup>10</sup>, 77 Fn 93.

<sup>49</sup> Dazu eingehend Biedermann, Treuhänderschaft, 557 ff.

<sup>50</sup> Art 552 § 5 Abs 2 Zi 3 iVm § 9 PGR.

<sup>51</sup> Art 552 § 29 Abs 4, § 35 Abs 1 PGR.

<sup>52</sup> OGH 03.03.2017, 07 HG.2016.212, S. 57.

<sup>53</sup> Vgl. BuA Nr. 13/2008 betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts.

<sup>54</sup> Siehe Bösch, PSR 2016, 187 f.

<sup>55</sup> Bösch, PSR 2016, 189 ff.

<sup>56</sup> StGH 2001/1, LES 2003, 71 ff.

<sup>57</sup> Siehe Bösch, FS Delle Karth, 71 und 79.

entsprechend offen – somit lückenhaft – ist und wo das aus dem ausländischen Recht gewonnene Auslegungsergebnis mit dem inländischen Recht entsprechend kompatibel ist.<sup>58</sup> Diese Voraussetzungen einer ergänzenden Berücksichtigung ausländischen Rechts bei der Lückenfüllung liegen bei Art 927 Abs 2 PGR aber vor, wenn hier im Rahmen des Auslegungsvorgangs auch auf die Prämissen der beneficiary principle des englischen Trustrechts Bedacht genommen wird.

Nach der beneficiary principle setzt die rechtswirksame Errichtung eines private express trust voraus, dass Begünstigte vorhanden sind, die den trust gerichtlich durchsetzen können.<sup>59</sup> Wie oben dargelegt wurde, ist Art 927 Abs 2 PGR bezüglich seiner Anwendung auf Ermessensbegünstigte planwidrig lückenhaft. Das hier gewonnene Auslegungsergebnis – die analoge Anwendung des Art 927 Abs 2 PGR auf aktuelle Ermessensbegünstigte – lässt sich somit auch auf eine rechtsvergleichende Auslegung stützen, denn die beneficiary principle schliesst discretionary trusts in ihren Anwendungsbereich mit ein. In der englischen Literatur ist die rechtliche Stellung der discretionary beneficiaries besonders treffend von Pettit<sup>60</sup> auf den Punkt gebracht worden:

*»What he has is a right to be considered as a potential beneficiary, a right to have his interest protected by a court of equity and a right to take and to enjoy whatever part of the income the trustee choose to give him. He could accordingly go to the court if the trustees refused to exercise their discretion at all, or exercised it improperly.<sup>61</sup> He has also, it has been said,<sup>62</sup> a right to have the trust property properly managed and to have the trustee account for his management.»*

Von einer gerichtlich nicht zu schützenden rechtlichen Stellung der beneficiaries eines englischen discretionary trusts kann somit keine Rede sein.

### III. Schluss

Martin Luther wurde nach der Veröffentlichung seiner 95 Thesen der Ketzerprozess gemacht und er fiel dann in den Kirchenbann. All das konnte freilich nicht verhindern, dass es in weiterer Folge zur Abspaltung und Verselbständigung der evangelischen Kirche von Rom kam.

Die hier aufgestellten Thesen sind bei weitem nicht so ketzerisch wie jene Luthers. Aber auch sie lassen sich trotz aller juristischer Methodenbezogenheit letztlich auf

ein Grundbekenntnis, ein Credo, zurückführen. Dies ist vorliegend die gesetzliche Legaldefinition des Treuhänders in Art 897 PGR. Danach erhält dieser ein Vermögen als Treugut mit der *Verpflichtung* zugewendet, dieses im eigenen Namen *zugunsten von Begünstigten* zu verwalten und verwenden. Die Begünstigten einer Treuhänderschaft sind somit die alleinigen Nutzniesser dieser treuhänderischen Verpflichtung. Anspruchsberechtigte Begünstigte sind die aktuellen Nutzniesser dieser Verpflichtung und verfügen über einen bestimmten oder zumindest bestimmbaren Zuwendungsanspruch, Ermessensbegünstigten sind die potenziellen Nutzniesser dieser Verpflichtung. Wo Missstände in der Verwaltung und/oder Verwendung des Treuhandvermögens auftreten, ist das Interesse der Ermessensbegünstigten, diese gerichtlich beseitigen zu lassen in vielen Fallkonstellationen gleichermaßen schützenswert wie jenes anspruchsberechtigter Begünstigter.

Aus diesem Grund, aber auch aus all den anderen Gründen, auf welche sich die oben vertretenen 8 Antithesen stützen lassen, verdient die im oberstgerichtlichen Beschluss vom 03.03.2017 vorgenommene Auslegung des Art 927 Abs 2 PGR keine Zustimmung. Bleibt es bei dieser Auslegung, dann lässt sich ein «discretionary trust» des liechtensteinischen Rechts nach Ansicht des Verfassers auch nicht mehr unter Art 897 PGR subsumieren. Umgemünzt auf das englische Recht bestünde wegen Verletzung der beneficiary principle nach dortigem Recht ohnedies kein wirksamer trust. Der discretionary trust nach liechtensteinischem Recht läuft aufgrund der jüngsten Rechtsprechung somit akut Gefahr, ein Auslaufmodell ohne Zukunftsperspektiven zu werden.

Wird die gesetzliche Regelung der Treuhänderschaft demgegenüber methodisch im Sinne von Art 1 PGR richtig interpretiert, dann ist Art 927 Abs 2 PGR aufgrund seiner Lückenhaftigkeit mittels Analogie zumindest auch auf alle aktuellen Ermessensbegünstigten einer Treuhänderschaft zu erstrecken. Ein derartiges Auslegungsergebnis deckt sich insbesondere auch mit den Wertungen des Gesetzgebers der Stiftungsrechtsreform 2008 und es steht überdies auch im Einklang mit der beneficiary principle des englischen Trustrechts.

Hätte der Papst nach Bekanntwerden der Thesen Martin Luthers selbstkritisch die gebotenen Rückschlüsse gezogen, wäre es wohl kaum zur Glaubensspaltung gekommen. Noch ist es im Fürstentum nicht zu spät, eine Trendwende einzuleiten.

<sup>58</sup> A.M. Biedermann, Treuhänderschaft, 16 f (dazu krit. Bösch, Treuhänderschaft, 249 ff) sowie Schurr, FS Günter Roth (2011) 769; ders., ZStV 2017, 14, die beide eine am trust des common law orientierte rechtsvergleichende Auslegung ohne entsprechende methodische Bindung an Art 1 PGR propagieren.

<sup>59</sup> Vgl. Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, 396 ff; ders., PSR 2016, 189 f; ders., ZStV 2017, 60 f.

<sup>60</sup> Equity and the Law of Trusts<sup>10</sup>, 77.

<sup>61</sup> Hier erfolgt bei Pettit ein Fußnotenverweis (dort Fn. 92) auf: Tempest v Lord Camoys (1882) 21 CH D 571, CA; Martin v Martin (1919) P 283, CA; Gartside v IRS, supra HL. See p 496 et seq, infra. The preceding six lines of the text were quoted with implicit approval in Quinn v Executive Director and Director (Westman Region) of Social Services (1981) 5 WWR 565.

<sup>62</sup> Hier erfolgt bei Pettit ein Fußnotenverweis (dort Fn. 93) auf: Per Powell J in Spellson v George (1987) 11 NSWLR 300 at 316, cited with approval in Schmidt v Rosewood Trust Ltd (2003) UKPC 26, (2003) 3 All ER 76. See p 396 infra.