

Buchbesprechungen

Bösch, Harald / Die liechtensteinische Treuhänderschaft zwischen Trust und Treuhand. Eine rechtsdogmatische und -vergleichende Untersuchung aufgrund der Weisungsbestimmung des Art 918 liecht. PGR, Mauren, 1995. 562 Seiten, CHF 95.–, GMG Juris Verlag

Einleitung

Es scheint, wie wenn Liechtenstein nicht nur politisch, zB durch den Beitritt zum EWR-Abkommen, in ein neues Zeitalter eingetreten ist, auch die in letzter Zeit zum liechtensteinischen Privatrecht, vorab zum Gesellschaftsrecht, erschienenen Arbeiten gehören qualitativ einer neuen Generation an. So bemerkt Bösch in seiner Einleitung sinngemäss, dass die meisten Arbeiten zum Gesellschaftsrecht, zumeist von Anwalts- bzw Treuhandbüros verfasst, die teilweise problematischen Institutionen des PGR eher wohlwollend und unkritisch behandeln (5 f). Jedenfalls finden rechtsdogmatische Überlegungen erst seit kurzem Eingang in Arbeiten zum liechtensteinischen Privatrecht.

Ein wesentlicher Beitrag zum liechtensteinischen Recht

Wegen ihrer im kontinentaleuropäischen Privatrecht ziemlich einzigartigen Stellung hat gerade das Recht der Treuhänderschaft, wie es in den Artikeln 897 ff PGR geregelt ist, immer wieder das Interesse der Juristen geweckt. Von IPR-Fragen, wie in Adolf Schnitzers Aufsatz «Die Treuhand (Der Trust) und das Internationale Privatrecht»¹ bis zur Dissertation Frick-Tabarellis² oder der Monographie des Zürcher Universitätsprofessors Dieter Zobl über «Die Aussonderung liechtensteinischen Treuhandgutes im Konkurs»³ widmeten sich in den letzten Jahren immer wieder Autoren Einzelfragen des Rechts der Treuhänderschaft. Die Beschäftigung mit dem Treuhandrecht blieb aber keineswegs auf Liechtenstein beschränkt. Vielmehr ist die Diskussion seit dem Grundlagenstreit zwischen Romanisten und Germanisten im letzten Jahrhundert auch in Deutschland und der Schweiz nie abgerissen. So beschäftigte sich im Jahre 1995 der deutsche Zivilrechtslehrentag mit diesem Thema, ebenso der schweizerische Juristentag⁴. Als für Liechtenstein immer noch wegweisendes Grundlagenwerk stand jedoch seit 1981 die umfangreiche Arbeit Klaus Biedermanns «Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law»⁵ wie ein erraticischer Block in der Landschaft. Nach

knapp fünfzehn Jahren und dem gestiegenen rechtsdogmatischen Anspruch Rechnung tragend, kommt Bösch mit seiner Arbeit einem Bedürfnis nach. Da er verdienstvollerweise auch grundsätzliche Fragen zur Theorie der liechtensteinischen Privatrechtsetzung und -anwendung erörtert, rechtfertigt sich nachstehend auch eine eingehendere Darstellung seiner Thesen. Wie zu zeigen sein wird, halt sich Bösch bei seiner Erarbeitung des Themas – ob bewusst oder unbewusst entzieht sich meiner Kenntnis – an ein hermeneutisches Vorgehen, wie es von Gadamer oder Esser her bekannt ist («Hin- und Herwandern des Blickes»)⁶, vgl «Arbeitsplan» (33 ff). Ganz allgemein kann gesagt werden, dass Bösch das methodische Instrumentarium beherrscht.

Aufbau

Über eine grundsätzliche Betrachtung der liechtensteinischen Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Personen- und Gesellschaftsrechtes (I. Kapitel) und einer ersten Bestandsaufnahme des liechtensteinischen Treuhandrechts (II.) gelangt Bösch zum Trust des Common Law (III. Kapitel). Im IV. Kapitel kommt Bösch im Sinne der hermeneutischen Spirale auf einer anderen Ebene wieder auf das Recht der liechtensteinischen Treuhänderschaft zurück. Der im Kapitel II. gelegte rote Faden wird wieder aufgenommen und mancher Knoten der herrschenden Lehre meisterlich entwirrt. Mit einer methodisch wie dogmatisch sauberen Argumentation nähert er sich den Rezeptionsproblemen. Dies führt direkt zur Feststellung, dass die Typenvermischung ein Grundproblem des liechtensteinischen Treuhandrechtes darstelle. Bösch erläutert dies eingehend in seinem V. Kapitel. Von der Feststellung ausgehend, dass die Interessenlage von Auftragsrecht und Common Law-Institut divergieren, führt die Betrachtung über den status quo in Liechtenstein zu dessen Kritik. Bösch legt diese seinem Revisionspostulat zugrunde. Apropos: In einem 6seitigen Nachtrag setzt sich Bösch kritisch mit der Dissertation Marion Frick-Tabarellis auseinander und verleiht ihr im wesentlichen das Prädikat der von ihm kritisierten herrschenden Lehre. Die folgenden beiden Kapitel sind dem eigentlichen Gegenstand, nämlich einer Betrachtung von Art 918 PGR, gewidmet, der in der liechtensteinischen Treuhandpraxis von einiger Bedeutung ist. Das VI. Kapitel behandelt die fortlaufende Weisung per se, während im VII. Kapitel die Rechtsfolgen der Weisungsgebundenheit des Treuhänders abgehandelt werden. Ergänzt werden diese Bemerkungen im VIII. Kapitel durch eine Betrachtung der Weisungen in § 49 TruG.

Bezugnehmend auf ein Wort von Franz Gschnitzer⁷, der dem OGH lange Jahre als dessen Präsident vorstand, und der die Wissenschaft als demokratisch im edlen Sinn des Wortes, nämlich nicht als Herrschaft der Mehrheit

¹ In: GS Ludwig Marxer, Zürich 1963, 53-113.

² Die besondere Bedeutung der Treuhänderschaft gemäss Art 897 ff PGR für die privatrechtliche Stiftung nach liechtensteinischem Recht, Schaan 1993 (SLR Bd 1).

³ Zürich 1994

⁴ Vgl nur die Beiträge von Henssler: Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit, in: AcP (1996) 38 sowie Rolf Watter: Die Treuhand im Schweizer Recht, in: ZSR NF 114 (1995) 179-252 bzw von Luc Thévenoz: La fiducie, cendrillon du droit suisse, in: ZSR 114 (1995) 253-363.

⁵ Bern 1981

⁶ Josef Esser: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, I.A., Frankfurt/M. 1970, passim; Hans-Georg Gadamer: Wahrheit und Methode, 6.A., Tübingen 1990, 270 ff

⁷ Lebensrecht und Rechtsleben des Kleinstaates, 26, in: GS Ludwig Marxer (Fn 1).

und des Unverstandes, sondern als Obsiegen der stärkeren Argumente bezeichnet hatte, fordert auch der Autor der vorliegenden Arbeit kritische Auseinandersetzung im Hinblick auf die Treuhandbestimmungen des PGR. Gerade im 70. Geburtstagjahr dieses für Liechtenstein doch so massgeblichen Gesetzes rechtfertigt sich eine eingehende Besprechung dieses Werkes.

Inhaltliches: Roter Faden

Obwohl die Dissertation (angereichert durch den Länderbericht über den angelsächsischen Trust) alles in allem 541 Seiten beschlägt, bleibt der rote Faden immer sichtbar. Der Leser verfügt nach der Lektüre des Werkes nicht über einen Steinbruch unterschiedlichster Erkenntnisse, sondern konnte einer Gedankenlinie folgen, deren Abfolge nachstehend aufzuzeigen ist.

Die ersten beiden Kapitel bieten Bekanntes, aber zum Verständnis des Nachfolgenden Unerlässliches, gerade auch zur Erklärung diverser dogmatischer Unstimmigkeiten («Rezeptionsbruch»). Bösch stellt fest, dass zwar trotz des in zwei (drei?) Blöcken geschiedenen liechtensteinischen Rechtsbestandes in der Rechtspraxis keine allzu grossen Probleme aufgetaucht seien, jedoch dogmatisch «unsaubere Nahtstellen» bestünden (S 42). Dies wurde erst kürzlich im Rahmen der Vorträge am Liechtenstein Institut durchwegs festgestellt⁸.

Bösch geht vom status quo des liechtensteinischen Treuhandrechts aus. Dabei weist er auf das schlechte Zusammenpassen von PGR und TruG (75 ff) oder auf «ungeregelte Regelfälle» innerhalb des Gesetzes, wie zB die sogenannte Ermessenstreuhanderschaft (discretionary trust) oder die Stellung des Protektors. Aufgrund einiger Unstimmigkeiten kommt Bösch schon frühzeitig zur Frage, ob es sich bei der Treuhänderschaft wirklich um eine Übernahme des angelsächsischen Trusts handle, wie dies die herrschende Lehre und der OGH, meist unkritisch gestützt auf Biedermann, behaupten oder ob es allenfalls andere Einflüsse gibt und, wenn ja, welches die Folgen daraus wären. Demgegenüber nimmt Bösch gegen die herrschende Lehre die Konzeption der Treuhänderstellung als «dingliches Verwaltungsrecht» gemäss Art 910 Abs 3 PGR in Schutz.

Im III. Kapitel findet sich eine vollständige Darstellung des anglo-amerikanischen Trusts, die schon für sich eine eigene Arbeit darstellt. Nicht nur gibt Bösch dem Leser, Praktiker, Richter, kurz Kontinentaljuristen, welcher im Common Law ungeübt ist, ein konzises und verständliches Instrument zum Erfassen des Trust in die Hand, er legt auch in beispielhafter wissenschaftlicher Redlichkeit seine Motive und die von ihm gewählte Methode offen. Schon daraus gehen einige der bereits angedeuteten Unstimmigkeiten mit der liechtensteinischen Konzeption der Treuhänderschaft klar hervor. Anschliessend folgt eine eingehende Darstellung der deutsch-rechtlichen Treuhanddogmatik, dh der im letzten Jahrhundert aus dem Schulenstreit zwischen Romanisten und Germanisten entwickelten Diskussion um ein deutsches Treu-

handrecht, welches in der Forderung nach einem Rückgriff auf den altdeutschen Salmann gipfelte (aber nie kodifiziert wurde). Aus letzterem ergibt sich ein sehr starker Einfluss der vor 1926 erfolgten deutsch-rechtlichen Treuhanddiskussion auf die liechtensteinische Kodifikation. Bei einer genaueren Analyse der liechtensteinischen Treuhänderschaft zeigt sich der grosse Unterschied zum angelsächsischen Trustrecht, welches im Gegensatz zum deutschen Treuhandrecht nicht die auftragsrechtliche Ausrichtung auf das Verhältnis Treugeber/Treuhänder kennt, sondern die Treugeberrechte viel stärker beschränkt und dafür den Begünstigten wesentlich mehr Rechte als die deutsche Treuhandlehre einräumt. Es ergibt sich aus dieser Analyse eine klare Typenvermischung, welche zwangsläufig zu Kollisionen innerhalb der Kodifikation führen muss. Überdies weist Bösch nach, dass die Umsetzung der dem anglo-amerikanischen Trustrecht eigenen Spaltung zwischen legal ownership und equitable ownership im Sinne einer «funktionalen Umsetzung» eines Rechtsinstituts, welches in der rezipierenden Rechtsordnung keine Entsprechung findet, als «dingliches Verwaltungsrecht» des Treuhänders übernommen wurde. Dieses passt wiederum durchaus in das aus der Schweiz rezipierte Sachenrechtssystem. Allerdings ist zu bemerken, dass sich Bösch sehr vorsichtig um das Sachenrecht herumtastet und die Problematik des Eigentums am Treu(hand)gut im wesentlichen negativ umschreibt, indem er jeweils sehr ausführlich begründet, wem das Eigentum letztlich eben *nicht* zusteht.

Der Konflikt zwischen Prinzipien des angelsächsischen Trustrechts und der deutschrechtlichen Treuhanddogmatik zeigt sich am deutlichsten beim Weisungsrecht des Treugebers. Das Verbot, sich an dauernde Weisungen zu halten (Art 918 Abs 1 PGR) stammt aus dem angelsächsischen Trustrecht und ist eines seiner tragenden Prinzipien. Allerdings führt die starke Stellung des Treugebers im PGR, welcher die deutsch-rechtliche Konzeption der Treugeberausrichtung und Einflüsse aus dem Auftragsrecht zugrundeliegen, dazu, dass Weisungen in der liechtensteinischen Praxis regelmässig vorkommen. Aus diesem Grund sieht Art 918 Abs 2 PGR vor, dass in solchen Fällen Auftragsrecht oder ein anderer Vertragstypus zur Anwendung gelangt. Hier setzt Bösch ein mit seiner sehr profund durchgeführten Untersuchung, die zum Resultat führt, dass die Festlegung auf den Auftrag im Falle, dass eine Treuhänderschaft mangels Weisungsfreiheit nicht zustandekommt, im Gegensatz zu Biedermann und der herrschenden Lehre keineswegs in einen Auftrag umgedeutet wird, sondern dies nur eine von mehreren Möglichkeiten darstellt. Näher liegt eben, dass es sich in einem solchen Fall um eine fiduziarische Verwaltungstreuhand (Fiduzia) handelt. Drei Gründe führt er hierfür an:

1. Die gesonderte Erwähnung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte in § 34 Abs 3 der Schlussabteilung PGR und
2. die klare und zweifelsfreie gesetzliche Anordnung von Art 898 PGR, wonach die Vorschriften über das stillschweigende Treuhandverhältnis nur ergänzend zur Anwendung gelangen (S 367) und schliesslich
3. ist es ein Problem der Typizität: Bösch denkt das von Biedermann erkannte Problem zu Ende, indem er sich weigert, auch das aus Art 918 Abs 2 PGR resultierende Verhältnis als Treuhänderschaft zu sehen (S 366). Da-

⁸ Vgl dazu statt aller: Paul Meier: Die Kontrollstelle im Personen- und Gesellschaftsrecht, Beiträge des Liechtenstein Instituts Nr 7, BERN 1996, 5.

durch würde nämlich nur das Problem der Typenvermischung, welche für das liechtensteinische Recht so problematisch ist, einzementiert.

Hier zeigt sich wieder einmal, dass methodisches Denken in der Jurisprudenz keineswegs überflüssiger Ballast ist und durchaus, wenn auch erst nach 70 Jahren, zu befriedigenden Erkenntnissen führen kann. Der Methodenlehre bedient er sich gleich wieder, wenn sich die Frage stellt, welches Institut denn dem Trust am nächsten kommt, wenn es ein solcher aber aus rechtlichen Gründen nicht sein kann. Hier sind doch wohl die Interessen gefragt. Wenn denn eine Umdeutung, wie vom Gesetz angeregt, zu erfolgen hat, dann doch wohl so, wie es der hypothetische Parteiwille verlangt. Um es noch einfacher zu sagen: Wenn das Typuselement der Treuhänderschaft die Weisungsfreiheit des Treuhänders und die Vermögensübertragung ist, es aber an der Weisungsfreiheit gebricht, so liegt die Fiduzia der Treuhänderschaft deswegen näher als beispielsweise ein Auftrag, weil es bei letzterem nicht einmal zu einer Vermögensübertragung kommt.

Anhand der in der Praxis oft vorkommenden «Firmengründungsaufträge» zeigt Bösch die Abgrenzungen auf und erklärt auch, warum es sich weder bei der sog. treuhänderischen Gründung, noch beim treuhänderischen Halten von Gründerrechten, noch bei der treuhänderischen Verwaltung einer Gesellschaft um eine Treuhänderschaft nach § 897 PGR handeln kann. Bei der treuhänderischen Gründung beispielsweise ist die zeitliche Dimension eine ganz andere, beim sog. Mandatsvertrag ist eindeutig eine Weisungsbindung des Treuhänders gewollt, weshalb es sich eben nicht um eine Treuhänderschaft handeln kann.

Demgemäss sind auch die Folgen andere: Nach liechtensteinischem Recht erlischt die Fiduzia, falls dies nicht anders vereinbart wurde. Auch die erbrechtliche Anfechtung ist eine andere: Sollten Pflichtteile verletzt sein, so ist die Trusterrichtung anfechtbar gleich einer Schenkung und zwar nach dem aufgrund des – meist ausländischen – Erbstatuts anwendbaren Erbrecht⁹. Bei einer Verwaltungstreuhand hat aber eine Schenkung nie stattgefunden, weil sie nicht beabsichtigt war. Die Güteraussetzung (nicht die blosse Übergabe!) ist ein Typusmerkmal der Treuhänderschaft, nicht aber der fiduziarischen Verwaltungstreuhand. Die Aussonderung im Konkurs des vom Treuhänder für den Prinzipal gehaltenen Vermögens ist in Liechtenstein aufgrund der Bestimmung in § 34 Schlussabteilung PGR und im Gegensatz zu den Nachbarrechtsordnungen¹⁰ möglich.

Nun stellt sich die Frage, wie es sich beim Treuunternehmen verhält. Wiederum weist Bösch überzeugend nach, dass es geistig einfach zu kurz gegriffen ist, wenn man in § 49 Abs 2 TrUG, der eine ähnliche Formulierung wie Art 918 Abs 2 PGR enthält, eine simple Analogie sieht («es sind ja beides Trusts»). Da das Treuunternehmen einen grundsätzlich anderen Charakter als die Treuhänderschaft hat – es handelt sich dabei eher um eine körperschaftliche Struktur – und der Registereintrag dementsprechend konstitutiv ist, verlangt der Verkehrsschutz,

dass auch ein Weisungsrecht beim Treuunternehmen, selbst wenn dies einen Verstoß gegen § 49 Abs 2 TrUG bedeutet, Gültigkeit haben muss. Auch hier legt Bösch wieder einmal den Finger in die Wunde: Das Problem liegt nicht so sehr im unterschiedlichen Wortlaut der beiden Gesetzesstellen, vielmehr liegt es abermals an der Unentschiedenheit des Gesetzgebers. Handelt es sich nämlich beim Treuunternehmen um eine körperschaftliche Ausgestaltung, ist nicht einzusehen, warum Begünstigte (sie entsprechen beim business trust den shareholders und können aktionärsähnliche Stellung haben) nicht Weisungen erteilen sollen. In diesem Fall ist § 49 Abs 2 TrUG sinnlos. Handelt es sich aber um eine stiftungsrechtliche Ausgestaltung, dann könnten die Begünstigten nicht an der Willensbildung teilhaben, weil bei einer Stiftung die Willensbildung grundsätzlich beim Stiftungsrat stattfindet. (Könnte es sein, dass Bösch hier die Gestaltungsmöglichkeiten des Art 559 Abs 4 PGR übersehen hat, welcher dem Stifter bestimmte Rechte vorbehalten?). Wie dem auch sei, eine zweifelsfreie rechtliche Würdigung dieses Problems scheint hier nicht möglich zu sein. Bösch ist denn auch mit seiner Forderung nach einer legistischen Korrektur keineswegs alleine¹¹. Letztlich wird man sich hier im Verhältnis zwischen dem Treuhänder und dem Treugeber am Prinzip des Missbrauchsverbots orientieren und mit Figuren wie «Durchgriff», «faktisches Organ» etc arbeiten müssen.

Moral von der Geschichte?

Neben seiner Forderung nach einer gründlichen Überarbeitung der Treuhänderschaft, wie des Treuunternehmens-Gesetzes, im Interesse des Instituts, des Finanzdienstleistungsplatzes Liechtenstein und dessen Anerkennung und Respektierung im Ausland, schlägt Bösch auch die Ausbildung eines Teils der Richterschaft im Treuhänderrecht vor. Dies wirft, nebst seiner Praktikabilität, eine ganz andere Frage auf: Wenn das Treuhänderrecht in Liechtenstein schon dem angelsächsischen Trust gemäss gestaltet werden soll, hat dann auch die Rechtsprechung sämtliche englischen Präjudizien zu beachten? Müsste dann ein Richter die «All England Law Reports», «Quarterly Law Review», das «Harvard Journal» und wie sie alle heissen mögen, präsent haben? Dies dürfte aus rein faktischen Gründen schwer zu realisieren sein. Oder will man ein eigenständiges Treuhänderrecht haben, welches sich durchaus auch deutsch-rechtlicher Anleihen bedient, das aber zu einer effektiven Funktionstüchtigkeit ebenfalls von Ballast befreit werden muss? Dies stösst wiederum auf Schwierigkeiten, weil dazu umfangreiche Dogmatik kodifiziert werden müsste, was einen wissenschaftlichen Stab auf Jahre hinaus beschäftigen würde.

Das Resultat der Arbeit kann sich sehen lassen: In habilitationsfähiger Tiefe wird ein faszinierendes und schwieriges Thema leicht verständlich und überzeugend abgehandelt. Für manche Probleme werden teilweise unkonventionelle Lösungen aufgezeigt, vieles kritisch beleuchtet. Zum 70. Geburtstag des des PGR ist somit für Diskussionsstoff gesorgt!

Georges S. Baur

⁹ Vgl Art 28 IPRG.

¹⁰ Vgl zB BGE 117 II 429.

¹¹ Vgl Helmut Goig, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973, der die Lösung des TrUG für nicht immer leicht durchschaubar hält (242, 246).