

Wie kann die Schweiz das Haager Trust-Übereinkommen umsetzen?

von Martin Romann,
lic.iur., LL.M.
Rechtsanwalt, Zürich

- I. Einleitung
- II. Was ist ein Trust?
 1. Der angelsächsische Trust
 2. Die Regelung des Haager Trust-Übereinkommens
 3. Besonderheiten des Trust aus schweizerischer Sicht
- III. Eckpunkte des schweizerischen Rechts
 1. Absolute Rechte
 2. Publizität
 3. Typenbeschränkung
- IV. Lösungsansatz
 1. Grundsatz
 2. Zu zwei Einzelaspekten des Publizität
 - a) Nicht-zwingende Erfüllung des Publizitätserfordernisses
 - b) Zur Problematik des Besitzes als Publizitätsmittel
 3. Gesetzgebungsvarianten
 - a) Anpassung ausländischer Trusts
 - b) Schaffung eines Trust-Instituts im schweizerischen Recht
- V. Umsetzung des Lösungsansatzes in einzelnen Rechtsgebieten: Beispiele
 1. Immobiliarsachenrecht
 - a) Eintragung des Trustee als Eigentümer
 - b) Publikation des Trustverhältnisses
 - c) Folgerecht
 2. Erbrecht
- VI. Schluss

I. Einleitung

Nicht erst der Beitritt zum Haager Trust-Übereinkommen würde die Schweiz dazu verpflichten, einen ausländischen Trust zu "anerkennen", also ihm in der Schweiz jene Wirkungen zu verleihen, die er nach dem anwendbaren ausländischen Recht hat. Diese Verpflichtung kennt unser Recht bereits seit der bundesgerichtlichen Harrison-Rechtsprechung.

Nachdem das schweizerische Sachrecht die Figur des Trust nicht kennt, hat es uns bisher Mühe bereitet und entsprechende Rechtsunsicherheit geschaffen, einem ausländischen Trust hier seine typischen Wirkungen zu verleihen. Nach geltendem Recht ist unklar, welche Wirkungen ein Trust in seiner jeweiligen Ausprägung in der Schweiz hat. So wird u.a. darüber spekuliert, ob man einen Trust im Einzelfall nun gesellschaftsrechtlich oder aber vertragsrechtlich anknüpfen muss und ob OR 401 zur Umsetzung des Folgerechts der Beneficiaries genügt oder nicht.

1985 schuf die Haager Konferenz für internationales Privatrecht ein Übereinkommen über das auf Trusts anwendbare Recht und deren Anerkennung mit dem Ziel, die "Anerkennung" - kollisionsrechtlich zutreffend wäre von Anpassung zu sprechen - von Trusts in den Vertragsstaaten zu erleichtern. Allerdings belässt auch das Trust-Übereinkommen den Vertragsstaaten einen grossen Spielraum, wie sie das Konventionsrecht umsetzen wollen.

Die Schweiz hat die Frage, ob das Übereinkommen ratifiziert werden soll, vor mehr als 10 Jahren zurückgestellt. Es hiess, wir könnten das Übereinkommen nur dann ratifizieren, wenn wir gleichzeitig ein eigenes materielles Trustrecht schüfen; das wollte man aber nicht. Vor einiger Zeit hat das Bundesamt für Justiz die Frage einer Ratifikation erneut aufgeworfen und ich habe mir als damaligem Mitarbeiter dieses Amtes darüber Gedanken gemacht, wie der Trust am besten in das System der schweizerischen Privatrechtsordnung eingefügt werden könnte. Dabei ging es darum, eine Lösung zu finden, welche die Grundstrukturen unserer Rechtsordnung so weit als immer möglich respektiert. Ich bin schliesslich zur Auffassung gelangt, dass dieses Vorhaben mit einigen gesetzgeberischen Massnahmen ohne dogmatische Schwierigkeiten verwirklicht werden kann.

Zum Einstieg in die Materie werde ich im folgenden die wesentlichen Merkmale des Trust aus der Sicht des angelsächsischen Rechts und des Haager Trust-Übereinkommens Revue passieren lassen und die Eckpunkte unserer Privatrechtsordnung zusammenfassen, um sodann den Lösungsansatz zu skizzieren. An den Beispielen des Immobiliarsachenrechts und des Erbrechts sei die Umsetzung des Lösungsansatzes in den einzelnen Rechtsgebieten schliesslich verdeutlicht.

II. Was ist ein Trust?

1. Der angelsächsische Trust

Der angelsächsische Trust weist die folgenden wesentlichen Merkmale auf:

- a) Der Trust hat *keine eigene Rechtspersönlichkeit* und ist *nicht ein organisiertes Vermögen*.
- b) *Zivilrechtlicher Eigentümer* des Trustvermögens ist der *Trustee*. Das Trustvermögen gehört jedoch nicht zu seinem Privatvermögen. Der Trustee muss das Trustvermögen getrennt von seinem Privatvermögen *als Sondervermögen halten* und darf es nicht mit Forderungen seiner privaten Gläubiger belasten. In bezug auf das Trustvermögen ist der Trustee prozessfähig.
- c) Der Trustee verwaltet das Trustvermögen nach den Bestimmungen, die der Settlor in der Trusturkunde festgelegt hat; subsidiär gelten die Kasuistik (*case law*) und - wo vorhanden - gesetzliche Bestimmungen. Sämtliche dieser Regeln verpflichten den Trustee gegenüber den Beneficiaries, d.h. die Beneficiaries können gegen den Trustee auf Beachtung dieser Regeln klagen.
- d) Die Beneficiaries haben eine Reihe von Rechten gegen den Trustee und auf das Trustvermögen:
 - aa) Die Beneficiaries haben folgende Ansprüche gegen den Trustee:
 - _) Anspruch auf Erfüllung der Pflichten des Trustee (*specific performance*);
 - _) Anspruch auf den Erlass einstweiliger Massnahmen und Verbote zur Abwendung eines *breach of trust*, einer Pflichtverletzung des Trustee;
 - _) Anspruch auf Wiederherstellung des Trustvermögens (*restitution*), das durch eine Pflichtverletzung des Trustee (*breach of trust*) vermindert wurde; und

-) Anspruch auf Ersatz des durch eine Pflichtverletzung des Trustee (*breach of trust*) entstandenen Schadens.
- bb) Die Beneficiaries können beim zuständigen Gericht klagen auf:
-) Absetzung des Trustee (*removal of trustee*); und
 -) Bestellung eines gerichtlichen Verwalters oder Beistandes (*appointment of a receiver*).
- cc) Die Beneficiaries haben *equitable rights* am in den Trust eingebrachten Vermögen, dessen Erträgen und an Ersatzanschaffungen. Diese Rechte umfassen namentlich den Anspruch gegen Dritte auf Herausgabe von Trustvermögen an den Trustee und auf die Abwehr von Belastungen dieses Vermögens, wenn der Trustee das Vermögen durch eine Pflichtverletzung (*in breach of trust*) veräußert oder belastet hat (*tracing*: Folgerecht). Zusätzlich haben die Beneficiaries Anspruch auf einstweilige Massnahmen, Verbote und - unter gewissen Voraussetzungen - Schadenersatzansprüche gegen Dritte.

Der Dritte ist in seinem Rechtserwerb nur geschützt, wenn er die Erfüllung der folgenden drei Voraussetzungen nachweisen kann:

-) Er muss *bona fide* erworben haben, beim Erwerb also in gutem Glauben darüber gewesen sein, dass der veräußernde Trustee berechtigt sei, den Vermögenswert zu veräußern oder zu belasten.
-) Er muss *for value* erworben haben: Danach muss der Erwerber einen angemessenen Gegenwert für sein Recht auf den Vermögenswert bezahlt hat; hat er schenkungshalber erworben, kann er den Herausgabeanspruch der Beneficiaries nicht abwehren.
-) Er muss *without notice* erworben haben: Der Erwerber durfte keine Möglichkeit gehabt haben, bei üblicher Vorsicht zu erkennen, dass der Vermögenswert durch eine Pflichtverletzung des Trustee *in breach of trust* veräußert wird (vgl. dazu ZGB 3).

Haben die Beneficiaries das Vorliegen der Voraussetzungen des Folgerechts nachgewiesen, muss der Dritte grundsätzlich den Vermögenswert herausgeben oder auf die Belastung verzichten, eine allfällige Ersatzanschaffung oder den Verwertungserlös und die natürlichen und zivilen Früchte herausgeben. Was im Einzelfall herauszugeben ist, wird von einer äusserst reichhaltigen - unübersichtlichen - und teilweise widersprüchlichen Kasuistik geregelt.

Diese Rechte der Beneficiaries können auch der Settlor, ein Protektor und ein Mit- oder Ersatztrustee geltend machen.

- e) Gerichte oder Verwaltungsbehörden haben *supportive and supervisory jurisdiction* über Trusts (z.B. *removal of trustee, appointment of a receiver*).

2. Der Trust nach dem Haager Trust-Übereinkommen

Das Übereinkommen fasst eingangs die charakteristischen Elemente des Trust folgendermassen zusammen:

Art. 2 II:

A trust has the following characteristics –

- a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;
- b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

Diese Liste erfasst die unter Ziff. II.1.a) - c) genannten Merkmale des angelsächsischen Trust.

HTÜ 3 schränkt den Geltungsbereich des Übereinkommens ein. Es will nur auf freiwillig errichtete Trusts angewandt werden, welche schriftlich bestätigt wurden. Grundsätzlich sollen nur die von einem Settlor zur planenden Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse errichteten Trusts vom Übereinkommen profitieren.

Im folgenden Kapitel II enthält das Übereinkommen Regeln über die Bestimmung des auf Trusts anwendbaren Rechts:

Art. 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply.

Art. 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.

In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

- a) the place of administration of the trust designated by the settlor;
- b) the situs of the assets of the trust;
- c) the place of residence or business of the trustee;
- d) the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

Kapitel III regelt die "Anerkennung" ausländischer Trusts. Zunächst heisst es in HTÜ 11 I:

Art. 11 I

A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust.

Die Besonderheit dieser Bestimmung ist, dass damit nicht eine Anerkennung im dem Sinn gemeint ist, wie wir sie bei Gerichtsurteilen etc. kennen. Gemeint ist vielmehr, dass der Trust unmittelbar und ohne weitere Annerkennungsverfahren seine spezifischen Wirkungen in den Vertragsstaaten entfalten kann. Bei Vertrag und Gesellschaft im internationalen Verhältnis ist das eine Selbstverständlichkeit; da der Trust jedoch namentlich in den kontinentalen Rechtsordnungen nicht bekannt

ist, hielten die Autoren der Konvention es für notwendig, die minimalen Wirkungen zu umschreiben, die dem Trust in jedem Vertragsstaat verliehen werden müssen. Kollisionsrechtlich wird das als Anpassung bezeichnet. Die Minimalwirkungen nach dem Haager Trust-Übereinkommen umfassen folgendes:

Art. 11 II und III

Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

- a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
- b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;
- c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;
- d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets.

Damit umschreibt das Übereinkommen die Rechtsfolgen aus der Konstruktion des Trust, wonach das Trustvermögen ein Sondervermögen im zivilrechtlichen Eigentum des Trustee ist (s. Ziff. II.1.b). Ausserdem wird das Folgerecht statuiert (s. Ziff. II.1.d.cc).

Das Übereinkommen will eine Brücke zwischen dem angelsächsischen und dem kontinentalen Rechtssystemen schlagen. Weil die in HTÜ 11 II und III aufgelisteten Wirkungen den kontinentalen Rechtsordnungen fremd sind, werden sie im folgenden eingeschränkt. Internationalprivatrechtlich zutreffend erfährt zunächst HTÜ 11 III d eine Präzisierung:

Art. 11 III d Satz 2

However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

Die staatsvertragliche Grundlage für bedeutende Einschränkungen der Mindestwirkungen ausländischer Trusts schafft HTÜ 15:

Art. 15

The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters –

- a) the protection of minors and incapable parties;
- b) the personal and proprietary effects of marriage;
- c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;
- d) the transfer of title to property and security interests in property;
- e) the protection of creditors in matters of insolvency;
- f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

3. Besonderheiten des Trust aus schweizerischer Sicht

Wenn man die Merkmale des angelsächsischen Trust und die Regelung des Haager Trust-Übereinkommens Revue passieren lässt, stellt man fest, dass vieles auch aus schweizerischer Sicht keine grundsätzlichen Fragen aufwirft. So stellt uns die Umsetzung der eigentumsrechtlichen Stellung des Trustee, seiner Prozessfähigkeit in Trust-Sachen, der meisten Ansprüche der Beneficiaries und die unterstützende Tätigkeit von Gerichten vor keine nennenswerten Schwierigkeiten.

Neu bleibt für uns indes, dass der Trust Nicht-Eigentümern, namentlich dem Beneficiary, aber auch dem Settlor, einem Protektor sowie einem Mit- und Ersatztrustee bestimmte Rechte am Trustvermögen gibt, die sich auch gegenüber

Dritten durchsetzen lassen. In diesem Zusammenhang bleibt nach der Lektüre der Konvention jedoch zweierlei ungelöst:

- a) Einerseits will das Übereinkommen das Trustvermögen entsprechend der angelsächsischen Konstruktion als Sondervermögen mit den entsprechenden Rechtsfolgen behandelt wissen (HTÜ 11). HTÜ 15 I e enthält dagegen Einschränkungsmöglichkeiten, welche die Grundsätze von HTÜ 11 vollständig ausser Kraft setzen können. Welche Wirkungen entfaltet demnach ein Trust in der Schweiz, wenn wir das Übereinkommen ratifizieren? Bleibt separat gehaltenes Trustvermögen dem Zugriff der Privatgläubiger des Trustee entzogen (HTÜ 11 II a-c) oder nicht (HTÜ 15 I e)?
- b) Mit dem in HTÜ 11 III d enthaltenen Folgerecht verpflichtet das Übereinkommen die Vertragsstaaten, unter Vorbehalt des Gutgläubensschutzes (HTÜ 15 I f) ein gegenüber jedem Erwerber - jedermann - wirksames Recht anzuerkennen, das unserer Rechtsordnung nicht bekannt ist. Zudem geht unsere Rechtsordnung davon aus, dass Rechte, die gegenüber jedermann gelten, in Bestand und Inhalt auch für jedermann erkennbar sein müssen. Wie kann ein Erwerber das Trustverhältnis an zu erwerbenden Vermögenswerten jedoch erkennen?

Diese Fragen stellen sich für Vermögenswerte eines Trust, auf die für den Erwerb und den Inhalt absoluter Rechte schweizerisches Recht anwendbar ist (z.B. nach IPRG 99ff., 110). Bei einer Ratifikation des Übereinkommens scheint es im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit notwendig, dass sie angemessen beantwortet werden. Wie noch zu zeigen ist, ist dazu ein Einführungsgesetz erforderlich, welches das Staatsvertragsrecht konkretisiert.

III. Eckpunkte des schweizerischen Rechts

Rechte an Vermögenswerten, die ein Eigentümer, aber auch ein Nicht-Eigentümer gegenüber jedermann durchsetzen kann, kennt auch das schweizerische Recht. Das in der Form von absoluten Rechten:

1. Absolute Rechte

Dem schweizerischen Recht sind eine ganze Reihe von absoluten Rechten bekannt, die ein Nicht-Eigentümer an bestimmten Vermögenswerten haben kann.

Im Sachenrecht sind es die beschränkten dinglichen Recht (Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundlasten).

2. Publizität

Weil absolute Rechte gegenüber jedermann durchsetzbar sind, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit wichtig, dass sie jedermann in Bestand und Inhalt erkennen kann. Dazu müssen sie in der dafür vorgesehenen Publizitätsform zum Ausdruck gebracht werden. Unser Recht kennt folgende Publizitätsformen:

a) *Grundstücke*

Dinglichen Rechten an Grundstücken verhilft das *Grundbuch* zur Publizität. Ein dingliches Recht an einem Grundstück besteht nur dann, wenn es im Grundbuch eingetragen ist (ZGB 971). Wer sich in gutem Glauben auf den Eintrag im Grundbuch verlässt, ist in seinem Recht geschützt (ZGB 973); wer dagegen bösgläubig ist, kann sich nicht auf den Eintrag im Grundbuch berufen (ZGB 974).

b) *Fahrnis und Inhaberpapiere*

Dingliche Rechte an Fahrnis und Inhaberpapieren werden durch den *Besitz* gegenüber Dritten zum Ausdruck gebracht (Eigentumsvermutung, ZGB 930/931). Der gutgläubige Erwerber von Fahrnis ist dagegen weniger weitgehend geschützt als bei Grundstücken: Ein voller Schutz besteht nur dann, wenn die Sache dem Veräußerer anvertraut wurde (ZGB 933) oder wenn es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt (ZGB 935). Der bösgläubige Erwerber muss die Sache dem Eigentümer (oder richtigerweise dem früheren Besitzer) jederzeit herausgeben.

c) *Forderungen und andere Rechte*

Bei absoluten Rechten an Forderungen und anderen Rechten gibt es *keine Publizität*. Die Übertragung von Forderungen und anderen Rechten ist abstrakt und *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* gilt uneingeschränkt. Durch die zwingende Schriftlichkeit wird der Rechtsübergang allein im Sinn eines Gültigkeitserfordernisses beweisbar gemacht (OR 165 I). Die Übergabe eines allenfalls vorhandenen Schuldscheins (OR 170 II) ist keine Voraussetzung für die Gültigkeit der Zession, sondern ein blosser Auslieferungsanspruch des Abtretungsempfängers.

d) *Ordrepapiere*

Bei Odrepapieren ist Publizitätsmittel der *Besitz* zusammen mit dem *Indossament* (OR 967). ZGB 933f. gilt und es muss eine lückenlose Indossamentenkette vorliegen. Gleich dem Pfandindossament wäre ein Trustindossament denkbar, mit dem auf das Bestehen eines Trustverhältnisses hingewiesen würde.

3. Typenbeschränkung

Art und Inhalt der absoluten Rechte sind im schweizerischen Recht beschränkt. Nur jene Rechte, aber auch alle jene Rechte können begründet werden, die das Gesetz vorsieht (numerus clausus).

IV. Lösungsansatz

1. Grundsatz

Will man in der Schweiz die vom Haager Trust-Übereinkommen nicht gelösten Fragen regeln und einem Trust die einschlägigen Rechtswirkungen mit der wünschbaren Rechtssicherheit verschaffen, ist an folgenden Stellen anzusetzen:

- Erstens muss der Katalog absoluter Rechte an Vermögenswerten um die absoluten Rechte der Beneficiaries, des Settlers und der Mit- oder Ersatz-Trustees erweitert werden, und zwar um das Folgerecht einerseits und die Stellung des Trustvermögens als Sondervermögen andererseits. Völlig neu ist die Anerkennung eines Sondervermögens für unsere Rechtsordnung nicht: Im Bankenbereich schafft BankenG 37b bereits seit 1. Januar 1997 die Grundlage für die Aussonderung von Depotwerten.
- Zweitens muss das Trust-Verhältnis am Vermögenswert in der zuständigen Publizitätsform des schweizerischen Rechts zum Ausdruck gebracht werden. Ist das der Fall, kann Dritten das Trust-Verhältnis mit all seinen Wirkungen entgegengehalten werden.

Damit wird die zentrale Bedeutung des Publizitätsprinzips deutlich: Unser Recht erlaubt es, beliebige absolute Recht anzuerkennen; wesentlich ist allein, dass der Bestand und der Inhalt solcher Rechte gegenüber jedermann erkennbar, mithin die Publizität gewährleistet ist.

2. Zu zwei Einzelaspekten der Publizität

a) *Nicht-zwingende Erfüllung des Publizitätserfordernisses*

Von den für den Trust handelnden Personen muss die Erfüllung des Publizitätserfordernisses allerdings nicht zwingend verlangt werden. Denkbar ist, dass der Settlor in der Trusturkunde vorgesehen hat, dass sein Trust nicht publik gemacht werden soll; oder er könnte z.B. einen Protektor einsetzen, der über die Beachtung des Publizitätserfordernisses entscheidet. Entscheiden sich Settlor, Protektor oder Trustee, das Trustverhältnis nicht offenzulegen, treffen die Rechtsfolgen allein den Intimus: Gestützt auf HTÜ 15 I f kann in einem solchen Fall am Trustvermögen weder das Folgerecht noch das Aussonderungsrecht in der Zwangsvollstreckung gegen den Trustee geltend gemacht werden.

b) *Zur Problematik des Besitzes als Publizitätsmittel*

Der Besitz erscheint heute zunehmend weniger geeignet, die vielen denkbaren Formen dinglicher Rechte an Fahrnis und Inhaberpapieren publik zu machen. So wäre das Trustverhältnis und die damit verbundenen Rechte von Beneficiaries nicht erkennbar, wenn der Trustee als zivilrechtlicher Eigentümer das bewegliches Trustvermögen im Besitz hat; die Beneficiaries hingegen könnten keinen Besitz an der Sache *in trust* haben, da das Sinn und Zweck des Trust zuwiderlaufen würde. Wohl könnte beispielsweise ein Trustregister ähnlich dem Eigentumsvorbehaltsregister Klarheit schaffen. Das wäre jedoch Symptombekämpfung; da sich die gleiche Problematik auch in anderem Zusammenhang stellt (z.B. Mobiliarhypothek), lässt sich eine kohärente Lösung nur mit einer umfassenden Revision des Publizitätsrechts bei Fahrnis erreichen.

3. Gesetzgebungsvarianten

Der dargestellte Lösungsansatz ermöglicht es, für die Anpassung ausländischer Trusts in der Schweiz die wünschbare Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu schaffen. Über diese Regelung für internationale Sachverhalte hinaus kann man - falls gewünscht - auf dieser Grundlage auch ein materielles Trust-Institut schweizerischen Rechts schaffen.

a) *Anpassung ausländischer Trusts*

Der Anpassung ausländischer Trusts dient zunächst das Haager Trust-Übereinkommen. Das zur Klärung der in Ziff. III.3 dargestellten Punkte erforderliche Einführungsgesetz kann methodisch folgendermassen vorgehen:

- aa) Es kann unmittelbar auf das ausländische Recht verweisen, das auf den Trust anwendbar ist, und dessen Wirkungen *tel quel* übernehmen. Voraussetzung für diese Wirkungserstreckung ist, dass das Trustverhältnis in der einschlägigen Publizitätsform des schweizerischen Rechts offengelegt wurde. Verankert werden kann das in einer IPR-Norm.¹
- bb) Das Einführungsgesetz kann dagegen auch eine nur auf internationale Fälle anwendbare Sachnorm (IPR-Sachnorm) schaffen, welche die Voraussetzungen für die Haltung des Trustvermögens als Separatvermögen und das Folgerecht für Vermögenswerte ausländischer Trusts materiell umschreibt.

Variante aa) ist die konzeptionell konsequente Lösung. Das Einführungsgesetz kann jedoch auch eine Mischform von aa) und bb) vorsehen. Bei Fahrnis,

¹ Diese Variante könnte gesetzgeberisch wie nachfolgend vorgeschlagen formuliert werden. Zu lesen ist dieser Vorschlag im Kontext des Entwurfs für eine Änderung des IPRG, den Prof. Thévenoz in seiner Studie *Trusts en Suisse / Trusts in Switzerland* (Zürich 2001, S. 248f.) gemacht hat:

Art. 149c (neu)

¹ Bei Vermögenswerten des Trust, auf die nach diesem Gesetz schweizerisches Recht anwendbar ist, regelt das nach Kapitel II des Übereinkommens auf den Trust anwendbare Recht nur dann die Voraussetzungen, unter denen die Begünstigten des Trust das Folgerecht geltend machen können oder unter denen das Trustvermögen in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Trustee nicht für dessen Schulden haftet, wenn das Bestehen des Trust-Verhältnisses in den Publizitätsformen des schweizerischen Rechts angezeigt wurde.

² Das Folgerecht ist das Recht des Begünstigten [gemäss Truststatut], das Vermögen des Trust vom Erwerber herauszuverlangen oder das auf Vermögen des Trust errichtete Recht abzuwehren, wenn der Trustee unter Verletzung der sich aus dem Trust ergebenden Verpflichtungen Trustvermögen veräussert oder mit Rechten beschwert hat.

³ Im übrigen findet das auf den Vermögenswert anwendbare Recht Anwendung. Dieses Recht regelt auch Gegenstand und Ausmass der Herausgabe der Früchte und sonstigen Erträge der veräusserten Sache, ihres Verwertungserlöses, einer Ersatzschaffung oder ihres Wertes. Dieses Recht regelt ferner allfällige Gebrauchs- und Nutzungsentschädigungen sowie Verwendungsersatz.]

Forderungen und anderen Rechten und Ordrepapieren scheint Variante aa) angesichts der Mobilität dieser Vermögenswerte angemessen. Das Grundbuch hat dagegen einen höheren Anspruch daran, den Inhalt von absoluten Rechten an Grundstücken deutlich zu machen. Verwies man bei Grundstücken, an denen ein Trustverhältnis besteht, auf ein nicht weiter bekanntes ausländisches Trustrecht, wird die erwünschte Klarheit nicht geschaffen. Variante bb) könnte sich deshalb für Grundstücke als angemessene Lösung erweisen. Soweit Variante bb) zu einer Einschränkung des Status von Trustvermögen als Separatvermögen oder des Folgerechts führt, lässt das HTÜ 15 I d zu.

b) *Schaffung eines Trust-Instituts im schweizerischen Recht*

Einen Entwurf für ein schweizerisches Trust-Institut hat bereits Prof. Thévenoz gemacht (Trusts en Suisse / Trusts in Switzerland, Zürich 2001) auf einer rein obligationenrechtlichen Grundlage gemacht.

Ein Trust-Recht nach dem hier dargestellten Konzept ist dagegen sachenrechtlicher Natur. Ergänzend wäre zu prüfen, ob und wie die Rechtsstellung des Trustee obligationenrechtlich normiert zu werden braucht, ferner die Anpassungen des Gerichtsstandsgesetzes (Gerichtsstand am Sitz des Trustee) und des IPRG. Eine Ergänzung erbrechtlicher Bestimmungen und des Schuldbetriebs- und Konkursrechts dürfte dagegen nicht erforderlich sein.

V. **Umsetzung des Lösungsansatzes in einzelnen Rechtsgebieten:**
Beispiele

1. Immobiliarsachenrecht

a) *Eintragung des Trustee als Eigentümer*

Im Bereich des Immobiliarsachenrechts stellt sich vor allem die Frage, wie der Trust im Grundbuch zu behandeln sei. De lege lata kann ein Trust nicht als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden, weil ihm keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Nach dem angelsächsischen Verständnis des Trust ist das auch richtig: Nur der Trustee kann als Eigentümer eines zum Trustvermögen gehörenden Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden; ihm steht das volle zivilrechtliche Eigentum zu, und er kann ohne Zustimmung weiterer Personen über die Vermögenswerte des Trust umfassend verfügen.

Wird ein Trustee unfreiwillig abberufen (gerichtliche Abberufung, Tod etc.) und ersetzt, ist der neue Trustee an seiner Stelle als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen. Als Belege müssen dazu die nach dem auf den Trust anwendbaren Recht zu diesem Zweck ausgestellten Dokumente genügen (ZGB 965). In allen Fällen der freiwilligen Übertragung, sei es auf einen nachfolgenden Trustee, sei es auf einen Dritterwerber, kann und soll die Form des schweizerischen Rechts (ZGB 657 I) dagegen ohne weiteres beachtet werden.

Die Rechtsstellung mehrerer Trustees ergibt sich aus dem auf den Trust anwendbaren Recht. Es handelt sich dabei in der Regel um ein Rechtsverhältnis im Sinne des Gesamteigentums (ZGB 652). Wenn die Trusturkunde nichts anderes vorsieht, können mehrere Trustees nur gemeinsam über das Grundstück verfügen (ZGB 653 II). Mehrere Trustees sind also grundsätzlich als Gesamteigentümer einzutragen.

b) *Publikation des Trustverhältnisses*

De lege ferenda zu klären bleibt, wie das Trustverhältnis am Grundstück im Grundbuch offengelegt wird. Verschiedentlich wurde die Form der Vor- oder der Anmerkung diskutiert. Für eine Eintragung als Anmerkung wird argumentiert, dass in dieser Rubrik Rechte vermerkt werden, die auch ohne Hinweis im Grundbuch gelten² und der Hinweis nur deklaratorischen Charakter hat; das sei auch beim Trust der Fall. Nachdem m.E. die Offenlegung des Trustverhältnisses durch das zuständige Publizitätsmittel notwendige Voraussetzung für die Entfaltung seiner Wirkungen an Vermögenswerten sein soll, auf die schweizerisches Recht anwendbar ist (s. oben Ziff. IV.1 und IV.2.a), kommt die Anmerkung nicht in Frage.

Der Vormerkung ist damit den Vorzug zu geben, auch wenn es sich beim Statuts des Trustvermögen als Sondervermögen und beim Folgerecht nicht um dinglich verstärkte obligatorische Rechte im Sinn der schweizerischen Doktrin handelt. Die Vormerkung ist ein genügend flexibles Institut, um die Offenlegung von Trustverhältnissen aufzunehmen. Denkbar ist ebenfalls, das Trustverhältnis im Grundbuch zum Ausdruck gebracht wird, indem beim jeweiligen Eigentümer seine Eigenschaft "*als Trustee für den XY-Trust*" vermerkt wird. Mit dieser Variante wird dem Trust als Rechtsinstitut sui generis Rechnung getragen.

Beleg für die Eintragung des Trustverhältnisses ist entweder ein Vertrag über die Eigentumsübertragung zwischen Settlor und Trustee mit einem Hinweis, dass der

² Thévenoz, *Trusts en Suisse / Trusts in Switzerland* Zürich 2001, S. 288-291 m.w.H.

Trustee das Grundstück für den XY-Trust hält, oder die öffentlich beurkundete Trusturkunde zusammen mit der allfälligen Urkunde über die Einsetzung des betreffenden Trustee. Bei einer Eintragung in der Rubrik "Eigentum" wäre das Trustverhältnis bei einer Übertragung auf einen nachfolgenden Trustee gleichermassen zu vermerken.

c) *Status als Sondervermögen und Folgerecht*

Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, im Immobiliarsachenrecht eine IPR-Sachnorm für ausländische Trusts zu schaffen und die Haltung des Trustvermögens als Separatvermögen und das Folgerecht selbständig zu regeln (s. oben Ziff. IV.3.a.bb), kann er sich inhaltlich an den von Prof. Thévenoz entworfenen Bestimmungen für einen OR 529b und 529h³ orientieren (ohne die im vorliegenden Zusammenhang nicht massgebenden Absätze 4). Allein die mit der Beschränkung auf internationale Sachverhalte und auf das Immobiliarsachenrecht verbundenen Änderungen wären dort noch vorzunehmen.

³ Thévenoz, *Trusts en Suisse / Trusts in Switzerland* Zürich 2001, S. 342, 344f. Sein Entwurf lautet folgendermassen:

OR 529b Treuhandvermögen

¹ Das Treugut und seine Passiven bilden ein vom persönlichen Vermögen des Treuhänders getrenntes Sondervermögen und sind weder Bestandteil seines ehelichen Vermögens noch seines Nachlasses.

² Das Treugut umfasst Sachen, Forderungen und andere vermögenswerte Rechte, die zu treuhänderischen Zwecken auf den Treuhänder übertragen wurden, sowie deren Erträge, Zuwachs und Ersatzanschaffungen.

³ Das Treugut haftet Dritten gegenüber ausschliesslich für die im Errichtungsakt festgelegten Verbindlichkeiten sowie für solche, die der Treuhänder in gehöriger Erfüllung seiner treuhänderischen Pflichten eingegangen ist. Bezüglich aller anderen Verbindlichkeiten ist eine Zwangsvollstreckung in das Treugut ausgeschlossen.

OR 529 h Folgerecht

¹ Hat der Treuhänder unberechtigterweise einem Dritten Treugut zu Eigentum übertragen oder ein beschränktes dingliches oder irgend ein anderes Recht an Treugut errichtet, kann der Treugeber, ein anderer Treuhänder oder jeder Begünstigte von jedem Erwerber Herausgabe an das Treuvermögen oder Erlöschen des beschränkten dinglichen oder anderen Rechts verlangen.

² Das Folgerecht erlischt gegenüber dem gutgläubigen Erwerber, der eine angemessene Gegenleistung erbracht hat, sowie gegenüber jedem späteren Erwerber.

³ Vorbehalten bleibt die Ersitzung.

2. Erbrecht

Das angelsächsische Recht kennt die Unterscheidung zwischen *trusts inter vivos* und testamentarischen Trusts. Der Trust - auch der testamentarische - ist jedoch nicht ein Institut des Erbrechts wie etwa die Erbeneinsetzung oder das Vermächtnis. Er ist vielmehr ein Vehikel, das im angelsächsischen Recht ähnlich wie bei uns die Stiftung in Erbschaftssachen verwendet werden kann und auch oft verwendet wird; gleich der Stiftung wird der Trust auf vielseitige Weise auch ausserhalb und unabhängig von erbrechtlichen Vorgängen eingesetzt.

Wenn der Trust zur Nachlassgestaltung verwendet wird, stellen sich folgende erbrechtliche Fragen:

- a) Kollisionsrechtlich nach der Zulässigkeit der Rechtswahl. Auch wenn ein Erblasser das auf den Erbgang anwendbare Recht aus schweizerischer (und auch anderer) Sicht nur sehr beschränkt wählen kann (*professio iuris*, IPRG 90, 91), kann er den Trust einem beliebigen Recht unterstellen (HTÜ 6).
- b) Sachrechtlich nach dem Umfang der Testierfreiheit: Fragen der Testierfreiheit stellen sich im angelsächsischen Recht angesichts der kaum beschränkten Testierfreiheit praktisch nicht. Soweit sich solche erbrechtlichen Fragen aus schweizerischer Sicht beim *testamentary trust* stellen, handelt es sich um Vorfragen. Wenn schweizerisches Recht auf den Nachlass Anwendung findet, darf der Erblasser nur den nach ZGB frei verfügbaren Teil dem Trust übereignen. Wenn er den Pflichtteil verletzt, können die betroffenen Erben eine Herabsetzungsklage nach ZGB 522/527 gegen den Trustee für das Trustvermögen führen. Das hindert die Gültigkeit des Trust indes nicht.

Das Erbrecht kann also im Zusammenhang mit Trusts von Bedeutung sein. Das auf den Trust anwendbare Recht kann indes nicht nach erbrechtlichen Anknüpfungskriterien bestimmt werden.

Für das internationale Verhältnis wird sich der Gesetzgeber dagegen Gedanken machen müssen, ob über die Einsetzung eines Trusts nicht Rechtswirkungen erzielt werden dürfen, die dem verbotenen Familienfideikommiss oder der verbotenen Genuss- oder Unterhaltsfamilienstiftung gleichkommen. Weder das eine noch das andere Institut ist erbrechtlicher Natur und eine entsprechende Vorschrift müsste also auch ausserhalb erbrechtlicher Sachverhalte greifen.

VI. Schluss

Heute ist die frühere Ansicht überholt, wonach der Trust im schweizerischen Recht undenkbar sei, weil es das geteilte Eigentum, die *civil ownership* und die *beneficial ownership*, nicht kenne. In seinem nicht veröffentlichten Entscheid vom 19. November 2001 (X. v. USA, Nr. 5C.169/2001, E. 6.b.dd) hielt das Bundesgericht fest: "*il est admis dans la doctrine suisse récente que le bénéficiaire du 'trust', qui a la 'equitable ownership' sur les biens faisant l'objet du 'trust', a sur ceux-ci un 'right in rem' qui doit être qualifié, selon les conceptions du droit suisse, comme un droit ayant une composante réelle (...).*"

Tatsächlich sind die beiden typischen Wirkungen des Trust, welche das angelsächsische Recht durch eine Konstruktion über das Billigkeitsrecht (*equity*) erreicht - das Aussonderungsrecht im Konkurs des Trustee und das Folgerecht der Beneficiaries - Rechte, die unseren beschränkten dinglichen Rechten vergleichbar sind. Eine Integration des Trust in unsere Rechtsordnung auf sachenrechtlicher Grundlage respektiert mithin einerseits die Natur des Trust und andererseits die dogmatische Grundstruktur unserer Rechtsordnung.

Die Natur eines ausländischen Rechtsinstituts soll bei der Anpassung in unser System unter Vorbehalt unserer wesentlichen Rechtsgrundsätze respektiert werden. Gleichzeitig ist dabei die dogmatische Grundstruktur unserer Rechtsordnung zu wahren, denn sie hat als solche einen Wert: Sie trägt wesentlich zur Rechtssicherheit und zur Effizienz der Rechtsfindung bei. Wenn sich wie im Fall des Trust beide Postulate nicht nur ohne Schwierigkeiten verbinden lassen, sie sich gegenseitig vielmehr ergänzen, handelt es sich um einen Idealfall, den wir nutzen sollten.

Trusts sind in der Schweiz längst Realität - auch dann, wenn der Gesetzgeber wie bisher zu ihrer Regelung nicht tätig wird. Der schweizerische Gesetzgeber hat heute jedoch einerseits die Chance, die mit der Harrison-Rechtsprechung aufgezeigten Schwierigkeiten zu beseitigen und für ausländische Trusts die Rechtssicherheit zu erhöhen; andererseits hat er die Möglichkeit, wenn es politisch und wirtschaftlich als wünschbar erscheint, auch ein schweizerisches Trust-Institut schaffen. Beides ergänzt die schweizerische Rechtsordnung und öffnet sie nach aussen. Auch wenn, wie die Beispiele des Immobiliarsachen- und des Erbrechts zeigen, im Detail noch vieles zu präzisieren ist, kann der Gesetzgeber hier durch eine kohärente Regelung aktiv zur Attraktivität der schweizerischen Rechtsordnung beitragen.