

05.088

**Botschaft
zur Genehmigung und Umsetzung
des Haager Übereinkommens über das auf Trusts
anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung**

vom 2. Dezember 2005

Sehr geehrte Herren Präsidenten,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft einen Entwurf betreffend die Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung mit dem Antrag auf Zustimmung.

Ferner beantragen wir Ihnen, den folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

2003 P 03.3233 Rasche Anerkennung des Trusts für den Finanzplatz
Schweiz notwendig
(N 19.12.03, [Suter]-Pelli)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

2. Dezember 2005

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates
Der Bundespräsident: Samuel Schmid
Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Unter Trust versteht man ein Rechtsverhältnis, bei dem bestimmte Vermögenswerte treuhänderisch auf eine oder mehrere Personen (Trustees) übertragen werden, welche diese zu verwalten und für einen vom Treugeber vorgegebenen Zweck zu verwenden haben. Letzterer kann allgemeiner Natur sein oder die Begünstigung bestimmter Personen beinhalten. Der Trust ist ein Rechtsinstitut vorwiegend der Staaten des Common Law. Trotzdem ist er in der Schweiz wirtschaftliche und rechtliche Realität. Da seine wirtschaftliche Bedeutung weiterhin zunimmt und gleichzeitig die bestehende rechtliche Situation als unbefriedigend empfunden wird, ist die Schweizerische Bankiervereinigung mit dem Wunsch an die Bundesverwaltung herangetreten, die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens, welches das auf Trusts anwendbare Recht regelt, an die Hand zu nehmen.

Mit der Umwandlung einer vom damaligen Nationalrat Marc Suter (FDP) eingebrachten und (in der Folge von Nationalrat Fulvio Pelli übernommenen) Motion «Rasche Anerkennung des Trusts für den Finanzplatz Schweiz notwendig» (03.3233) in ein Postulat hat das Parlament zudem den Bundesrat zur Prüfung folgender Schritte beauftragt: «rasch das Nötige zur baldigen Ratifikation des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung von 1985 einzuleiten» und «möglichst rasch eine Botschaft zur Anpassung des schweizerischen Rechts, namentlich betreffend des Insolvenzrechtes und der Familienstiftungen (Art. 335 ZGB), vorzulegen, um das Rechtsinstitut des Trusts auch für die Schweiz praxistauglich zu machen».

Von Mitte Dezember 2003 bis Ende März 2004 hatte die Bundesverwaltung ein informelles Vorkonsultationsverfahren durchgeführt. Dabei war den interessierten Wirtschaftsverbänden, ausgewählten Behörden sowie den schweizerischen Rechtsfakultäten ein, von der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens ausgehender, erster Vorentwurf für eine Anpassungsgesetzgebung im schweizerischen Zivilrecht (bzw. internationalen Privatrecht) vorgelegt worden. Der daraus hervorgehende Vorentwurf eines Bundesbeschlusses «über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung» hat vom 1. Oktober 2004 bis zum 31. Januar 2005 das Vernehmlassungsverfahren durchlaufen.

Der vorliegende Entwurf hat sich gegenüber dem Vernehmlassungsentwurf in seiner Grundkonzeption nicht verändert. Er sieht einerseits die Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens und andererseits einige Anpassungen im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)¹ und im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)² vor. Die neuen IPRG-Bestimmungen sollen zum einen das nötige Zusammenspiel zwischen dem Übereinkommen und dem IPRG ermöglichen.

¹ SR 291

² SR 281.1

Zum anderen soll mit ihnen das kraft Übereinkommen geltende Regime um Bestimmungen zu Themenbereichen ergänzt werden, die vom Übereinkommen nicht geregelt sind. Es betrifft dies die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen. Der IPRG-Teil enthält zudem eine Bestimmung über die Anmerkung von Trusts im Grundbuch bzw. deren Eintragung in bestehende Immaterialgüterrechtsregister. Zweck der SchKG-Bestimmungen ist die Umsetzung der im Trustrecht vorgesehenen Trennung von Trust- und Trustee-Vermögen im schweizerischen Zwangsvollstreckungsrecht sowie die Regelung des Verfahrens für eine Vollstreckung in das Trustvermögen.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	552
1 Grundzüge der Vorlage	556
1.1 Ausgangslage	556
1.2 Wirtschaftliche Bedeutung des Trusts in der Schweiz	557
1.3 Der Trust als Rechtsinstitut	557
1.3.1 Begriff, Arten und Verbreitung des Trusts	557
1.3.2 Verwendungszwecke des Trusts	558
1.3.3 Wirkungen und Rechtsnatur des Trusts	559
1.3.3.1 Unterschiede zur Treuhand	559
1.3.3.2 Unterschiede zur Stiftung	559
1.3.3.3 Aussonderbarkeit im Konkurs	560
1.3.3.4 Stellung des Begünstigten	560
1.3.3.5 Tracing	560
1.3.3.6 Kein dingliches Recht des Begünstigten	561
1.4 Die Behandlung des Trusts in der Schweiz nach geltendem Recht	562
1.4.1 Anerkennung des Trusts nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)	562
1.4.1.1 Qualifikation des Trusts	562
1.4.1.2 Constructive Trusts	562
1.4.1.3 Artikel 154 Absatz 1 IPRG	562
1.4.1.4 Artikel 154 Absatz 2 IPRG	563
1.4.1.5 Testamentarische Trusts	563
1.4.1.6 Trusts mit Sicherungsfunktion	564
1.4.1.7 Artikel 335 Absatz 2 ZGB	564
1.4.2 Umfang der Anerkennung nach IPRG	565
1.4.2.1 Grundsatz	565
1.4.2.2 Aussonderbarkeit und Ordre public	566
1.4.2.3 Keine Anerkennung des Tracing im Verhältnis zu Dritten	567
1.5 Überblick über den Inhalt des Haager Trust-Übereinkommens	568
1.6 Rechtszustand bei Ratifikation des Haager Übereinkommens	570
1.6.1 Anerkennung	570
1.6.1.1 Qualifikation	570
1.6.1.2 Constructive Trusts	570
1.6.1.3 Anwendbares Recht	570
1.6.1.4 Testamentarische Trusts	571
1.6.1.5 Dingliche Sicherungsrechte	571
1.6.2 Umfang der Anerkennung nach dem Übereinkommen	571
1.6.2.1 Grundsätzlich keine weiter gehende Anerkennung	571
1.6.2.2 Zur Sonderfrage des Tracings	572
1.6.2.3 Ehegüter- und Erbrecht	572
1.6.2.4 Ordre public	572
1.6.2.5 Lois d'application immédiate	573
1.7 Würdigung	573
1.7.1 Vorteile des Abkommens gegenüber dem aktuellen IPRG	573

1.7.2	Verträglichkeit des Übereinkommens mit dem System der schweizerischen Rechtsordnung	575
1.7.2.1	Zivilrechtliches Publizitätsprinzip	575
1.7.2.2	Numerus clausus der dinglichen Rechte	576
1.7.3	Mögliche Bedenken rechtspolitischer Natur	577
1.7.3.1	Geldwäscherei	577
1.7.3.2	Steuerrecht	579
1.7.3.3	Umgehung des schweizerischen Zivilrechts	579
1.7.3.4	Schädigung der Erben oder der Gläubiger	579
1.7.3.5	Lex Koller	580
1.7.4	Revision des IPRG als Alternative zu einer Ratifikation des Übereinkommens	580
1.7.5	Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens	580
1.8	Umsetzung	581
1.8.1	Vorzunehmende Gesetzesanpassungen	581
1.8.2	Für eine Umsetzung nicht erforderliche Anpassungen	581
1.8.2.1	Anpassungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB)	581
1.8.2.2	Anpassungen im Obligationenrecht (OR)	582
1.8.2.3	Aufsichtsrechtliche Bestimmungen	583
1.8.2.4	Anpassungen im Steuerrecht	584
1.8.3	Erklärungen und Vorbehalte zum Übereinkommen	584
1.9	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	585
2	Erläuterungen zu den vorgesehenen Gesetzesanpassungen	586
2.1	Vorbemerkung	586
2.2	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)	586
2.3	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)	597
3	Rechtsvergleichung	601
4	Auswirkungen der Vorlage	605
4.1	Finanzielle und personelle Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden	605
4.2	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	606
5	Verhältnis zur Legislaturplanung	606
6	Rechtliche Aspekte	606
6.1	Verfassungsmässigkeit der Vorlage	606
6.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	607
7	Verhältnis zum europäischen Recht	608
	Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (Entwurf)	609
	Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung	613

Botschaft

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

Im Jahr 1985 hat die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht das *Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung* verabschiedet. Die Schweiz war an den Beratungen durch Alfred von Overbeck, damals Professor an der Universität Freiburg i. Ue. und Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne, vertreten. Von ihm stammen der Bericht der Spezialkommission zum Vorentwurf sowie der Begleitbericht zur definitiven Fassung der Konvention.

Das Übereinkommen ist seit dem 1. Januar 1992 in Kraft und gilt zurzeit für Grossbritannien, Italien, Australien, Hong Kong, Kanada, die Niederlande, Malta und Luxemburg. Im April bzw. August 2006 tritt es auch in Liechtenstein und San Marino in Kraft.

Die Bundesverwaltung prüfte bereits Anfang der 90er-Jahre die Frage einer Ratifikation des Übereinkommens durch die Schweiz. Nach einer eher negativen Rückmeldung von Seiten der Banken wurde die Frage dann aber zurückgestellt. Gegen Ende des Jahrzehnts wurde die Frage der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens auf eine Initiative aus Genfer Vermögensverwalterkreisen hin wieder aufgegriffen, und 1999 wurde Prof. Luc Thévenoz, Universität Genf, von der Bundesverwaltung beauftragt, eine Studie zum Thema zu verfassen. Diese Studie liegt seit dem Jahr 2001 in Buchform vor. Die Bundesverwaltung hat sich seither eingehend mit der Frage befasst.

Am 8. Mai 2003 reichte der damalige Nationalrat Marc Suter eine (später von Nationalrat Fulvio Pelli übernommene) Motion (03.3233) mit folgendem Antrag ein: «Der Bundesrat wird ersucht,

- rasch das Nötige zur baldigen Ratifikation des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung von 1985 einzuleiten;
- möglichst rasch eine Botschaft zur Anpassung des schweizerischen Rechts, namentlich betreffend des Insolvenzrechtes und der Familienstiftungen (Art. 335 ZGB), vorzulegen, um das Rechtsinstitut des Trusts auch für die Schweiz praxistauglich zu machen.»

Der Bundesrat war bereit, den zweiten Motionsantrag entgegenzunehmen, und beantragte die Umwandlung des ersten Motionsantrags in ein Postulat.

Der Nationalrat nahm den zweiten Motionsantrag am 19. Dezember 2003 an und überwies den ersten als Postulat. Der Ständerat überwies am 23. September 2004 den zweiten Antrag in Form eines Postulats beider Räte.

Von Mitte Dezember 2003 bis Ende März 2004 führte die Bundesverwaltung ein informelles Vorkonsultationsverfahren durch. Dabei wurde den interessierten Wirtschaftsverbänden, ausgewählten Behörden sowie den schweizerischen Rechtsfakultäten ein erster Vorentwurf für eine Anpassungsgesetzgebung im schweizerischen Zivilrecht vorgelegt. Der daraus hervorgegangene Vorentwurf eines Bundesbe-

vom Treugeber (*settlor*, nachfolgend «Begründer» genannt) vorgegebenen Zweck zu verwenden haben. Letzterer kann allgemeiner Natur sein oder die Begünstigung bestimmter Personen (*beneficiaries*, nachfolgend «Begünstigte» genannt) beinhalten. Der Begründer hat die Möglichkeit, sich selber zu begünstigen. Er kann sich darüber hinaus das Recht vorbehalten, den Trust zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzulösen und das verbleibende Vermögen an sich zu ziehen.

Der Trust kann entweder durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch ein Testament errichtet werden. Das Trustrecht unterscheidet zwischen *express* und *implied trusts*, je nachdem ob die Errichtung durch ausdrückliche Willensäußerung oder durch konkludentes Handeln erfolgt ist. An gewisse Verhaltensweisen knüpft das Trustrecht eine widerlegbare Absichtsvermutung. Trusts, die aufgrund einer solchen Vermutung entstehen, nennt man *resulting trusts*.

Von *implied* und *resulting trusts* zu unterscheiden sind die sog. *constructive trusts*. Bei diesen geht es nicht mehr um rechtsgeschäftlich errichtete Trusts, sondern um die analoge Anwendung von Trustrecht auf andere Rechtsverhältnisse. Die Rechtsordnungen des Common Law sehen bei der Regelung gewisser Rechtsverhältnisse Wirkungen vor, die dem Trustrecht entnommen sind. Einer der wichtigsten Anwendungsfälle sind die sog. *fiduciary relationships*, d.h. Rechtsbeziehungen, die durch ein besonderes Treueverhältnis geprägt sind. Hier gilt, dass der «Fiduziar» Gewinne aus Geschäften, die er für sich selbst geführt hat, die aber ihrer Natur nach dem «Fiduzianten» zukommen, an diesen herauszugeben hat und bezüglich seiner Herausgabepflicht wie ein Trustee behandelt wird, mit der Konsequenz, dass seine Haftung nach trustrechtlichen Grundsätzen ausgestaltet ist und dass die betreffenden Vermögenswerte samt Erträgen und Surrogaten dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen sind (s. Ziff. 1.3.3.3 und 1.3.3.5). Als «Fiduziare» gelten hier v.a. Personen, die vertraglich oder gesetzlich mit der Verwaltung eines Vermögens betraut sind.

Der Trust ist wie gesagt primär ein Rechtsinstitut der Common-Law-Staaten. Er existiert indes auch in Rechtsordnungen ausserhalb dieses Rechtskreises. Hierzu gehören einerseits Rechtsordnungen, die in irgendeiner Weise mit dem Common-Law-System verbunden sind wie diejenigen von Schottland, Südafrika, Québec, Louisiana, die Kanalinselfn, Malta und Sri Lanka, daneben aber auch Rechtsordnungen wie diejenigen von Japan, Südkorea, China, Taiwan, Israel, Liechtenstein und neuerdings auch San Marino. Eine ganze Reihe von lateinamerikanischen Staaten hat den Trust ebenfalls eingeführt oder zumindest ein ähnliches Institut geschaffen. (S. die rechtsvergleichenden Hinweise zu einzelnen dieser Staaten in Ziff. 3.)

1.3.2 **Verwendungszwecke des Trusts**

Das Rechtsinstitut des Trusts erfüllt in seinen Heimatrechtsordnungen eine Vielzahl von Funktionen und spielt dadurch im Rechtsleben der betreffenden Staaten eine bedeutende Rolle. Er kann u.a. die Funktion folgender Institute des Schweizer Rechts übernehmen: Verwaltungstreuhand, Sicherungsübereignung, Stiftung, Familienstiftung, Verein, Genossenschaft, Auflage bei Schenkung oder bei Verfügung von Todes wegen, Vermächtnis, Nacherbeneinsetzung oder Nachvermächtnis, Stockwerkeigentum, Aktionärbindungsvertrag sowie Vermögensverwaltung oder -liquidation im Rahmen eines Nachlassvertrags im Zwangsvollstreckungsverfahren. Gewisse Sonderformen des Trusts erfüllen zudem die Funktion von Personalvorsorgeeinrichtungen oder Gläubigergemeinschaften bei Anleiheobligationen. Ein Trust

von Gesetzes wegen besteht bei der Nachlassverwaltung, der Willensvollstreckung, der Vormundschaft sowie der Verwaltung der Konkursmasse.

Der Trust wird oder wurde zumindest früher auch als Organisationsform für Kartelle herangezogen. Dieser Umstand erklärt, weshalb im Kartellrecht von «Antitrust-Gesetzgebung» gesprochen wird, und ist ein wichtiger Grund für die Tatsache, dass das Wort «Trust» für viele Personen negativ besetzt ist.

1.3.3 Wirkungen und Rechtsnatur des Trusts

1.3.3.1 Unterschiede zur Treuhand

Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, stellt der Trust ein Treuhandverhältnis dar. Dieses unterscheidet sich jedoch von der schweizerischen Treuhand (*fiducia*) in zwei wesentlichen Punkten: Zum einen beruht der Trust nicht auf einem Vertrag, sondern einem einseitigen Rechtsgeschäft, das wie gesagt auch Gegenstand eines Testaments sein kann. Eine Zustimmung des designierten Trustees ist für die Entstehung des Trusts nicht erforderlich. Nimmt der designierte Trustee sein Amt nicht an, so wird durch eine dazu ermächtigte Person oder eine Behörde ein anderer Trustee bestimmt. Der andere wesentliche Unterschied zur Treuhand besteht darin, dass der Trust, von Sonderfällen abgesehen, als Rechtsverhältnis nicht an die jeweilige Person von Treugeber und Treuhänder gebunden ist, sondern ein verselbständigtes Sondervermögen bildet. Er ist ein eigenständiges Rechtsgebilde, das in Bestand und Identität von den an ihm beteiligten Personen unabhängig ist. Der Treugeber (Begründer) hat, von den Sonderfällen abgesehen, wo er sich eine Weisungsbefugnis oder gar ein Widerrufsrecht vorbehält, auf den einmal entstandenen Trust keinen Einfluss mehr, und der Treuhänder (Trustee) kann wie ein Organ einer juristischen Person ausgewechselt werden, ohne dass der Trust dadurch in seinem Bestand oder seiner Identität berührt würde.

1.3.3.2 Unterschiede zur Stiftung

Die genannten Unterschiede zur Treuhand lassen starke Parallelen des Trusts zur Stiftung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)³ erkennen. Wie bei dieser geht es beim Trust um eine Widmung von Vermögenswerten, die in der Folge ein verselbständigtes Zweckvermögen bilden. Der eigentliche Wesensunterschied zur Stiftung besteht darin, dass der Trust nicht selber das formelle Subjekt des durch die Widmung entstandenen Zweckvermögens bildet, sondern das Eigentum hieran vielmehr bei den Trustees liegt. Dem Trust wird vom anglo-amerikanischen Recht grundsätzlich keinerlei Rechtsfähigkeit und damit auch keine Vermögensfähigkeit zugestanden. Er kann das Eigentum an seinem Vermögen nur indirekt, über die Trustees, ausüben, welche diesbezüglich so etwas wie stellvertretende Vermögenssubjekte darstellen. Beim Trust beruht also im Unterschied zur Stiftung nicht nur die Handlungsfähigkeit, sondern auch die Rechtsfähigkeit auf Organen.

Aufgrund seiner mangelnden Rechtsfähigkeit hat der Trust auch keine formellen Verpflichtungen. Formeller Adressat für Verbindlichkeiten in Zusammenhang mit

³ SR 210

einem Trust sind die Trustees. Dennoch können dem Trust, genauso wie die Rechte am Treugut, auch gewisse Pflichten zugeordnet werden. Dies gilt z.B. für die Verpflichtungen, die sich aus dem Trustzweck ergeben, insbesondere die Leistungspflichten gegenüber den Begünstigten. Diese Verpflichtungen treffen den Trustee nur, solange er eine Art Organ des betreffenden Trusts ist. Scheidet er aus, wird er von ihnen befreit. Die Verpflichtungen hängen also letztlich am Trustvermögen. Bei Verbindlichkeiten, die nicht unmittelbar aus dem Trustzweck resultieren, sondern für den Trust eingegangen werden, handelt der Trustee in der Regel in indirekter Stellvertretung und verpflichtet sich somit persönlich. Er hat in diesen Fällen jedoch einen Anspruch auf Schadloshaltung, der sich wieder an den jeweiligen Inhaber des Treuguts richtet. Auch hier kann von einer Verpflichtung des Trusts gesprochen werden. Die Trustbestimmungen können darüber hinaus vorsehen, dass der Trustee, quasi in direkter Vertretung, das Treugut unmittelbar verpflichten kann. In gewissen Rechtsordnungen (z.B. Québec) verpflichtet der Trustee ausschliesslich das Trustvermögen.

1.3.3.3 Aussonderbarkeit im Konkurs

Als verselbständigtes Zweckvermögen muss das Treugut getrennt vom Privatvermögen der Trustees verwaltet werden und umfasst auch allfällige Surrogate der ursprünglich gewidmeten Vermögenswerte sowie sämtliche Erträge. Es ist darüber hinaus dem Zugriff der Gläubiger des Trustees entzogen und kann im Konkurs des Letzteren ausgesondert werden.

1.3.3.4 Stellung des Begünstigten

Ein Merkmal, das den Trust zwar nicht vom Wesen, jedoch von der üblichen Erscheinungsform der Stiftung des ZGB unterscheidet, ist, dass ein Begünstigter sowohl allfällige Ansprüche auf Leistungen aus dem Treugut als auch die pflichtgemässe Verwaltung des Trusts durch die Trustees gerichtlich einklagen kann. Der Begünstigte verfügt also nebst einem klagbaren Anspruch bezüglich seiner Begünstigung über gewisse Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse, was ihn ebenfalls zu einer Art Organ macht. Die Begünstigten teilen diese organähnliche Stellung mit den Co-Trustees des zu beaufsichtigenden Trustees, denen dieselben Befugnisse zustehen.

1.3.3.5 Tracing

Die Aufsichtsbefugnisse der einzelnen Begünstigten und Co-Trustees beinhalten auch ein Klagerecht auf Herausgabe von Treugut oder dessen Surrogaten bei pflichtwidriger Vermengung mit dem Privatvermögen des Trustees oder pflichtwidriger Veräusserung (sog. *tracing*). Im letztgenannten Fall besteht zusätzlich ein klagbarer Herausgabeanspruch gegen den Erwerber, sofern dieser die betreffenden Vermögenswerte bösgläubig oder unentgeltlich erworben hat. Der Trustee hat zwar, wie der Treuhänder nach Schweizer Recht, die volle Verfügungsmacht über das Treugut, so dass auch bei treuwidriger Veräusserung das Eigentum auf den Erwerber übergeht. Der bösgläubige Erwerb von treuwidrig veräussertem Treugut wird jedoch

als deliktische Handlung angesehen, weshalb den einzelnen Trustees und Begünstigten stellvertretend für den selber nicht rechtsfähigen Trust ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe an das Trustvermögen gewährt wird. Der zwar gutgläubig, aber unentgeltlich Erwerbende hat das betreffende Gut deshalb herauszugeben, weil er als ungerechtfertigt bereichert angesehen wird. Ein analoger delikts- oder bereicherungsrechtlicher Anspruch besteht bei Weiterveräusserung auch gegenüber neuen Erwerbem des veruntreuten Treuguts, sofern der Betreffende die Anspruchsvoraussetzung der Bösgläubigkeit oder des unentgeltlichen Erwerbs selber auch wieder erfüllt.

Treuwidrig veräussertes Treugut, das im Sinne des vorangehenden Absatzes Gegenstand eines Herausgabeanspruchs bildet, wird innerhalb des Vermögens des Herausgabepflichtigen erneut zu Sondervermögen und ist dem Zugriff der Gläubiger des Pflichtigen entzogen. Das anglo-amerikanische Recht führt diese Rechtswirkung herbei, indem es den an und für sich bloss obligatorischen Herausgabeanspruch durch einen *constructive trust* (s. Ziff. 1.3.1) verstärkt.

1.3.3.6 Kein dingliches Recht des Begünstigten

Im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch wird die wirtschaftliche Berechtigung des Begünstigten am Treugut als *equitable interest*, *equitable title* oder dergleichen bezeichnet, im Gegensatz zum *legal interest* oder *title* des Trustees. In der kontinentaleuropäischen Literatur wird daraus gerne abgeleitet, dass der Begünstigte über ein dingliches Recht am Treugut verfüge oder dass das Eigentum an diesem gar gespalten sei. Diese Auffassung mag sich zwar zum Teil mit dem stark von Pragmatismus und Anschaulichkeit geprägten Sprachgebrauch der Angelsachsen decken; sie entspricht jedoch nicht der wirklichen Konzeption des Trusts. Die formelle Rechtszuständigkeit liegt auch aus der Common-Law-Optik vollumfänglich bei den Trustees. Ein gespaltenes formelles Eigentum ist den Heimatrechtsordnungen des Trusts ebenso unbekannt wie der unseren. Der *legal title* des Trustees muss daher nach unseren Kategorien als Volleigentum betrachtet werden, womit dem Begünstigten höchstens ein beschränktes dingliches Recht am Treugut zuzuerkennen ist. Auch ein solches ist indes zu verneinen. Der Begünstigte hat in eigener Person lediglich einen Anspruch auf die ihm gemäss Trustbestimmungen zustehenden Leistungen. Dieser Anspruch ist rein obligatorischer Natur, besteht er doch ausschliesslich gegenüber dem Trust (vertreten durch die für ihn besitzenden und handelnden Trustees). Gegenüber Drittpersonen, die Treugut erwerben, besteht kein Anspruch auf Ausrichtung der Begünstigung, sondern allenfalls ein Anspruch auf Herausgabe des Erworbenen an den Trust. Bei diesem Herausgabeanspruch handelt es sich nicht mehr um einen persönlichen Anspruch des Begünstigten, sondern quasi um einen Anspruch des Trusts selber. Der Begünstigte fungiert hier, wie bereits weiter oben erwähnt, lediglich als Aufsichts- oder Kontrollorgan, was sich schon aus dem Umstand ergibt, dass die Co- und Nachfolge-Trustees des Veruntreuers und sogar dieser selber den gleichen Herausgabeanspruch haben. Der Anspruch besteht selbst bei Trusts, die einem allgemeinen Zweck dienen und gar keine im Voraus feststehenden Begünstigten aufweisen.⁴

⁴ Siehe zum Ganzen Ziff. 156 des Begleitberichts zum informellen Vorkonsultationsverfahren vom 15. Dezember 2003.

1.4 Die Behandlung des Trusts in der Schweiz nach geltendem Recht

1.4.1 Anerkennung des Trusts nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

1.4.1.1 Qualifikation des Trusts

Rechtsgeschäftliche Trusts im Sinne des anglo-amerikanischen Rechts fallen in der Regel unter den Begriff *organisierte Vermögenseinheit* nach Artikel 150 Absatz 1 IPRG und sind im Rahmen des IPRG als Gesellschaften zu betrachten, da es sich um mit Organen ausgestattete verselbständigte Zweckvermögen handelt. Auszunehmen sind hier aber nach gewissen Lehrmeinungen solche Sonderfälle von Trusts, bei denen das Element der Verselbständigung faktisch weitgehend aufgehoben worden ist und die dadurch grössere Gemeinsamkeiten mit einem fiduziarischen Vertrag (zugunsten Dritter) aufweisen. Eher als Vertragsverhältnis zu behandeln wäre so gesehen beispielsweise ein Trust, bei dem das Amt des Trustees an eine spezifische Person gebunden ist, so dass er nur entsteht, wenn die betreffende Person das Amt annimmt, und untergeht, sobald diese als Trustee ausscheidet. Dies gilt besonders dann, wenn der Begründer zusätzlich selber einziger Begünstigter ist oder sich ein umfassendes Weisungsrecht oder eine Widerrufsbefugnis vorbehalten hat.

In der Lehre wird z.T. gefordert, dass der Trust einen gewissen Organisationsgrad aufweisen muss, um als organisierte Vermögenseinheit qualifiziert werden zu können. Widrigenfalls sei er als Vertrag zu behandeln. Vereinzelte Autoren befürworten gar ganz generell eine Unterstellung des Trusts unter das IPRG-Vertragsrecht.

1.4.1.2 Constructive Trusts

Nicht anwendbar sind die Artikel 150 ff. IPRG auf *constructive trusts*. Bei diesen handelt es sich wie gesagt um eine von der betreffenden Rechtsordnung vorgesehene analoge Anwendung von Trustrecht auf andere Rechtsverhältnisse und nicht um eigenständige Rechtsgebilde im Sinne von Artikel 150 IPRG (s. Ziff. 1.3.1). Der *constructive trust* ist im Regelfall demjenigen Recht zu unterstellen, das auf das von ihm überlagerte Rechtsverhältnis anwendbar ist.

1.4.1.3 Artikel 154 Absatz 1 IPRG

Als «organisierte Vermögenseinheit» untersteht der Trust gemäss Artikel 154 Absatz 1 IPRG primär dem Recht des Inkorporationsortes, d.h. dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften er sich organisiert hat. Dies kommt im Ergebnis einer Anerkennung ausländischer Trusts gleich, sofern der einzelne Trust nach den Vorschriften des Inkorporationsortes gültig entstanden ist. Beim Trust ist allerdings nicht immer klar ersichtlich, nach welchem Recht er organisiert wurde, da die meisten seiner Heimatrechtsordnungen kaum Form- oder gar Publizitätsvorschriften vorsehen und seine Organisation sehr rudimentär sein kann.

1.4.1.4

Artikel 154 Absatz 2 IPRG

Lässt sich Artikel 154 Absatz 1 IPRG auf einen Trust nicht anwenden oder ist der betroffene Trust nach der Rechtsordnung des Inkorporationsortes ungültig, so kommt gemäss Absatz 2 das Recht des tatsächlichen Verwaltungsortes zum Zug. Dies wird in vielen Fällen zu einer weitgehenden Nichtanerkennung des Trusts führen, etwa wenn der Trust von der Schweiz aus verwaltet wird. Folgt man dem berühmten Präjudiz des Bundesgerichts i.S. *Harrison Trust* (BGE 96 II 79 ff.), so muss man in einem solchen Fall wohl die meistens Trusts in fiduziarische Verträge zugunsten Dritter umdeuten.

1.4.1.5

Testamentarische Trusts

Bei testamentarischen Trusts bleiben für die Frage der Gültigkeit des Testaments die Artikel 90 ff. IPRG vorbehalten. Ein testamentarischer Trust wird somit nur anerkannt, wenn das ihn vorsehende Testament nach dem massgebenden Erbrecht wirksam ist. Er unterliegt sodann dem nach den Artikeln 90 und 91 IPRG zu bestimmenden Pflichtteilsrecht. Ansonsten unterstehen auch testamentarische Trusts dem gemäss Artikel 154 IPRG anwendbaren Recht. Dies zumindest, wenn sie wie eine Stiftung der Erfüllung eines besonderen Zwecks und nicht einfach der Nachlassabwicklung dienen. Erfüllt der Trustee lediglich die Funktion eines Willensvollstreckers oder eines Vorerben, dürfte der Trust den Artikeln 90 ff. IPRG zu unterstellen sein.

Untersteht das Testament dem schweizerischen Recht, dürfte diese Unterscheidung zwischen Trusts mit Stiftungs- und solchen mit blosser Nachlassabwicklungsfunktion keine Rolle spielen, da die herrschende Lehre davon auszugehen scheint, dass bezüglich der möglichen Inhalte von letztwilligen Verfügungen ein *Numerus clausus* besteht. Eine testamentarische Errichtung eines Trusts wäre somit gar nicht erst möglich. Die betreffende Verfügung wäre ungültig. Bestenfalls könnte der Trust in einen der gesetzlich vorgesehenen Verfügungsinhalte umgedeutet werden, d.h. in eine Stiftung, Willensvollstreckung, Nacherbeneinsetzung etc.

Diese Auffassung erscheint allerdings nicht zwingend. Man kann sich nämlich fragen, ob Artikel 493 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)⁵, der die Errichtung einer Stiftung als möglichen Testamentsinhalt vorsieht, nicht extensiv auszulegen und auch auf äquivalente Institute des ausländischen Rechts zu beziehen ist. Eine Lehrmeinung geht noch einen Schritt weiter und beschränkt den *Numerus clausus* der Verfügungsinhalte auf solche erbrechtlichen Charakters wie die erwähnte Einsetzung eines Willensvollstreckers oder eines Vorerben. Im Bereich der nicht-erbrechtlichen Verfügungsinhalte – die auch Gegenstand eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden sein können, wie z.B. die Errichtung einer Stiftung – möchte die betreffende Lehrmeinung auch gesetzlich nicht erwähnte Verfügungen zulassen. Nach dieser Auffassung könnte man nach schweizerischem Recht auch die testamentarische Errichtung eines (einer ausländischen Rechtsordnung unterstellten) Trusts als zulässig betrachten, sofern der betreffende Trust keine erbrechtliche Funktion wie Willensvollstreckung oder Nacherbeneinsetzung erfüllt bzw. nicht bloss der Nachlassabwicklung dient.

1.4.1.6 Trusts mit Sicherungsfunktion

Bei rechtsgeschäftlich errichteten Trusts, die lediglich die Funktion eines dinglichen Sicherungsrechts (Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt etc.) erfüllen, stellt sich die Frage, ob sie nicht eher dem IPRG-Sachenrecht als den Artikeln 150 ff. IPRG zu unterstellen sind.

1.4.1.7 Artikel 335 Absatz 2 ZGB

Offen ist auch die Frage, inwieweit die Anerkennung nach IPRG auch Trusts erfasst, die den Zweck einer Unterhaltsstiftung erfüllen.

Artikel 335 Absatz 2 ZGB verbietet die Errichtung von «Familienfideikommissen». Darunter versteht man ein einer bestimmten Familie gewidmetes Sondervermögen, das vom jeweiligen nutzungsberechtigten Familienmitglied in seiner Substanz erhalten werden muss und zu einem bestimmten Zeitpunkt, etwa beim Tod des Nutzungsberechtigten, an ein anderes Familienmitglied übergeht. Die sich daraus ergebende Vermögensbindung zugunsten einer einzelnen Familie wurde vom damaligen Gesetzgeber missbilligt. Erlaubt ist gemäss Artikel 335 Absatz 1 die Errichtung von Familienstiftungen «zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken». Familienstiftungen, die nicht einem dieser Zwecke dienen, gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Unterhaltsstiftungen und fallen unter das in Absatz 2 statuierte Verbot. Der relevante Unterschied zwischen erlaubten und verbotenen Einrichtungen ergibt sich nach herrschender Auffassung nicht aus ihrer rechtlichen Konstruktion, sondern aus ihrem Zweck. Verpönt sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Einrichtungen, die den Begünstigten Vorteile aus ihrem Vermögen ohne besondere, an eine bestimmte Lebenslage anknüpfende Voraussetzungen einfach deshalb zukommen lassen, um ihnen eine höhere oder angenehmere Lebenshaltung zu gestatten (BGE 108 II 393).

Ein Familienfideikommiss kann sich auch aus der Einsetzung von mehreren aufeinander folgenden Nacherben ergeben. Das ZGB enthält zu diesem Fall eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Belastung eines Nacherben mit einer weiteren Nacherbschaft ausschliesst (Art. 488 Abs. 2).

Das Bundesgericht hat in einem früheren Entscheid (BGE 108 II 398 ff.) einer nach liechtensteinischem Recht errichteten Unterhaltsstiftung mit faktischem Sitz in der Schweiz mit Blick auf Artikel 335 ZGB noch die Anerkennung versagt. Die diesbezügliche Rechtslage hat sich nun allerdings mit dem IPRG geändert. Das Bundesgericht hatte damals unter Berufung auf Rechtsmissbrauch das Recht des Inkorporationsstaates beiseite geschoben und die Stiftung stattdessen dem Schweizer Privatrecht als Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wurde, unterstellt. Artikel 335 ZGB wurde dadurch direkt anwendbar. Seit Inkrafttreten des IPRG besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 117 II 494 ff.) der Vorbehalt der missbräuchlichen Umgehung (*fraus legis*-Vorbehalt) in Zusammenhang mit der Anknüpfung an den Inkorporationsort nicht mehr. Artikel 335 ZGB kann daher bei ausländischem Recht unterstehenden Rechtsgebilden nur noch als zwingend anwendbares Recht (*loi d'application immédiate*) im Sinne von Artikel 18 IPRG eine Rolle spielen. Hier ist zu beachten, dass es für eine Anwendung inländi-

scher Normen über Artikel 18 IPRG nicht genügt, dass die betreffende Norm von ihrem selbstdefinierten Geltungsbereich her auch auf ausländische Rechtsverhältnisse angewendet werden will, was im vorliegenden Fall wohl gegeben ist, wenn ein genügender Bezug des betreffenden Trust zur Schweiz besteht. Sie muss darüber hinaus (nach den Worten der bundesrätlichen Botschaft zum IPRG vom 10. November 1982⁶, Ziff. 214.53) von fundamentaler Bedeutung sein und wegen ihrer Zielsetzung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gebieterisch Geltung verlangen. Ob diese Voraussetzung beim Verbot von Unterhaltstiftungen, das zu einem guten Teil auf aus heutiger Sicht eher überholten sittlichen (Verhinderung von Müssiggang) und ideologischen (Beseitigung feudalistischer Strukturen) Erwägungen beruht, noch erfüllt ist, erscheint fraglich. In der Doktrin sind die Auffassungen dazu geteilt.

Zum Teil wird die Meinung vertreten, dass Trusts mit Artikel 335 Absatz 2 ZGB gar nicht in Konflikt geraten können, da das anglo-amerikanische Recht Beschränkungen hinsichtlich der möglichen Dauer eines Trusts und der damit verbundenen Vermögensbindung vorsieht (*rule against perpetuities*).

1.4.2 Umfang der Anerkennung nach IPRG

1.4.2.1 Grundsatz

Führt die Unterstellung eines Trusts unter die Artikel 150 ff. IPRG zu dessen Anerkennung, so erstreckt sich Letztere grundsätzlich auf die gesamte organisatorische Ausgestaltung (interne Beziehungen, Verwaltung etc.) des fraglichen Trusts. Sie erfasst zudem die vom auf den Trust anwendbaren Recht (Truststatut) vorgesehene Regelung betreffend Haftung des Treuguts. Ist vorgesehen, dass das Treugut für die persönlichen Schulden des Trustees nicht haftet, so hat dies somit grundsätzlich auch vor den schweizerischen Behörden Bestand. Die Frage, wie ein solcher Haftungsausschluss in einem schweizerischen Zwangsvollstreckungsverfahren umzusetzen ist, beurteilt sich allerdings nach Schweizer Recht. In Frage kommen hier etwa ein Aussonderungsverfahren nach Artikel 242 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)⁷ in Analogie zu Artikel 401 Absatz 3 des Obligationenrechts (OR)⁸ oder eine Absonderung in Analogie zu Artikel 16 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds (AFG)⁹.

Nicht vom Truststatut erfasst werden Vorfragen wie die der allgemeinen Handlungsfähigkeit oder des Güterrechts der Trustparteien, der Gültigkeit eines Testaments (s. Ziff. 1.4.1.5), der Übertragung eines dinglichen, Immaterialgüter- oder anderen Rechts in Zusammenhang mit einem Trust und der Anfechtung eines Trusts im Zwangsvollstreckungsverfahren.

⁶ BBl 1983 I 263–519

⁷ SR 281.1

⁸ SR 220

⁹ SR 951.31

1.4.2.2 Aussonderbarkeit und Ordre public

Die Anerkennung des Trusts, insbesondere des vom anwendbaren Recht vorgesehenen Haftungsausschlusses, steht unter dem Vorbehalt des Ordre public (Art. 17 IPRG). Zu diesem zählt das Bundesgericht auch die Artikel 715 (Unwirksamkeit von nicht registrierten Eigentumsvorbehalten) und 717 ZGB (eine übertragene Sache darf nicht beim Veräusserer bleiben) und damit möglicherweise ganz generell das im schweizerischen Sachenrecht geltende Publizitätsprinzip. Dieses schützt u.a. die potenziellen Gläubiger des Besitzers einer Sache in ihrem Vertrauen, dass die betreffende Person auch die Berechtigung an der Sache innehat. In Zusammenhang mit dem Trust stellt sich damit die Frage, ob das Vertrauen der Gläubiger des Trustees in den Anschein, dass das Trustgut in seinem Eigentum Teil seines persönlichen Vermögens bildet und damit im Fall einer Zwangsvollstreckung ihrem Zugriff unterliegt, unter dem Titel des Ordre public geschützt wird.

Der erwähnte Publizitätsgrundsatz kann dem im Trustrecht vorgesehenen Haftungsausschluss nur so weit entgegenstehen, als er nicht in unserem eigenen Privatrecht eingeschränkt wird. Die Aussonderbarkeit von Trustvermögen muss demnach mindestens im Umfang von Artikel 401 OR anerkannt werden. Gemäss Bundesgericht gilt diese Bestimmung zwar nur für Vermögenswerte, die für eine Person in indirekter Stellvertretung erworben werden, und nicht für fiduziarisch anvertraute Sachen. Die herrschende Lehre wie auch das Bundesgericht selber erachten jedoch diese Ungleichbehandlung von in indirekter Stellvertretung erworbenen Werten auf der einen und anvertrauten Werten auf der andern Seite als im Ergebnis fragwürdig und befürworten z.T. *de lege ferenda* oder gar schon nach geltendem Recht eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Artikel 401 OR. Dementsprechend kann auch bei einer von einem ausländischen Recht vorgesehenen Aussonderung von anvertrauten Sachen nicht mehr von einer Ordre-public-Widrigkeit die Rede sein.

Dies muss umso mehr gelten, als nach einem alten Bundesgerichtsentscheid auch anvertrautes Gut dem Schutz von Artikel 401 OR unterstellt werden kann, indem es auf ein Bankkonto transferiert und damit in eine Forderung gegen eine Drittperson umgewandelt wird (BGE 78 II 445 ff.). Der Entscheid ist zwar nie ausdrücklich bestätigt worden. Es existieren aber verschiedene Entscheide späteren Datums, die in dieselbe Richtung gehen.

Als weitere Einschränkung des Publizitätsprinzips müssen Artikel 16 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds (AFG)¹⁰ und Artikel 37b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG)¹¹ betrachtet werden. Gemäss der Doktrin rechtfertigt sich die in Artikel 16 AFG vorgesehene Absonderung damit, dass der Anlagefonds ein öffentlich bekanntes und getrennt verwaltetes Sondervermögen darstellt. Folgt man dieser Argumentation, muss man konsequenterweise auch die Anerkennung einer vom Truststatut vorgesehenen Aussonderbarkeit von Trustvermögen befürworten, wenn dieses getrennt verwaltet wird (was das anglo-amerikanische Recht vorschreibt) und der Trust öffentlich bekannt ist. Artikel 16 AFG kommt allerdings im vorliegenden Zusammenhang neben Artikel 401 OR nur dort selbständige Bedeutung zu, wo es um Grundstücke geht, welche von Artikel 401 OR bekanntlich nicht erfasst werden. Hier ist eine analoge Behandlung von Trusts wohl nur dort gerechtfertigt, wo das betreffende Trustverhältnis analog zu Artikel 36

¹⁰ SR 951.31

¹¹ SR 952.0

Absatz 2 Buchstabe a AFG im Grundbuch angemerkt ist. Ob das (bei Immobilien in der Schweiz zur Anwendung gelangende) schweizerische Grundbuchrecht *de lege lata* die Anmerkung von Trusts in Analogie zu Artikel 36 Absatz 2 Buchstabe a AFG zulässt, ist unklar. Einige Lehrmeinungen verlangen für Anmerkungen im Grundbuch eine ausdrückliche rechtliche Grundlage. Andere lassen bei Bestehen eines hinreichenden Interesses auch die Anmerkung weiterer Rechtsverhältnisse zu. Das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht vertritt die erstgenannte Auffassung.

Selbst bei nicht angemerktem Immobilieneigentum von Trusts ist allerdings nicht sicher, ob eine vom Truststatut vorgesehene Aussonderbarkeit im Konkurs heutzutage noch als Verstoss gegen den *Ordre public* betrachtet werden könnte. Zum einen wird in der Lehre schon die Ausdehnung von Artikel 401 Absatz 3 OR auf Grundstücke gefordert, wobei allerdings unklar scheint, ob die Aussonderbarkeit von einer Anmerkung im Grundbuch abhängen soll. Zum anderen hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2001¹² die Aussonderbarkeit von Trustvermögen ganz generell als anerkanntermassen nicht *ordre-public-widrig* bezeichnet. Allerdings ging es im konkreten Fall nicht um Immobilien.

Für Wertpapiere ist neben den erwähnten Artikeln 401 Absatz 3 OR, 16 AFG und 37b BankG auf Artikel 201 SchKG hinzuweisen, wonach in gewissen Sonderfällen von treuhänderischer Übertragung von Inhaber- oder Ordrepapieren diese im Konkurs des Empfängers ausgesondert werden können. Bei Ordrepapieren wird die Publizität zusätzlich durch die Möglichkeit eines verdeckten Pfandindossaments eingeschränkt, welches den Indossatar, der das Papier nur zum Pfand übertragen erhält, als Vollberechtigten erscheinen lässt.

Die Frage der *Ordre-public-Widrigkeit* der Aussonderbarkeit von Trustvermögen verliert zusätzlich an Bedeutung, wenn man sich vor Augen hält, dass auch die anglo-amerikanischen Rechtsordnungen gewisse Vorbehalte zugunsten des Publizitätsgrundsatzes kennen. Treugut muss wie gesagt getrennt vom übrigen Trusteevermögen verwaltet werden. Wird dies nicht befolgt, so wird in gewissen Fällen eine Aussonderung von Treugut verwehrt. Gewisse amerikanische Bundesstaaten setzen gar eine Registrierung von Trusts voraus.

1.4.2.3 Keine Anerkennung des Tracing im Verhältnis zu Dritten

Von der Anerkennung eines Trusts über Artikel 154 IPRG nicht miterfasst werden die Rechte der für den Trust handelnden Personen (Trustees/Begünstigte) gegenüber Drittpersonen (Herausgabe von veruntreutem Treugut an den Trust; s. Ziff. 1.3.3.5). Diese sind wie gesagt delikts- oder bereicherungsrechtlicher Natur und unterstehen somit nicht den Artikeln 150 ff., sondern den Artikeln 129 ff. und 127 f. IPRG. Folgt man einem Grossteil der Lehre und qualifiziert die betreffenden Ansprüche als dingliche Rechte, so gelangt man ebenfalls nicht zu einer Unterstellung unter das Truststatut. Hier gilt dann vielmehr das IPRG-Sachenrecht.

¹² 5C.169/2001

Wie sein Name sagt, regelt das Übereinkommen das auf Trusts anwendbare Recht. Die betreffenden Regeln gelten nicht nur im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten, sondern auch im Verhältnis zu den übrigen Staaten (Erga-omnes-Wirkung). Bestimmungen über behördliche Zuständigkeiten oder die Anerkennung ausländischer Entscheidungen sind im Übereinkommen nicht enthalten.

Der Trustsbegriff des Übereinkommens erfasst nach herrschender Auffassung nicht nur den anglo-amerikanischen Trust, sondern auch gewisse verwandte Institute anderer Länder. Umstritten ist, wieweit unter das Übereinkommen auch Treuhandbeziehungen auf Vertragsbasis fallen (s. Ziff. 1.6.1.1).

Der sachliche Anwendungsbereich der Konvention beschränkt sich auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts, die schriftlich belegt sind (Art. 3). Nicht erfasst werden somit u.a. die erwähnten *constructive trusts*. Vom Geltungsbereich ebenfalls ausgeklammert werden Vorfragen, welche die Gültigkeit des den Trust vorsehenden Testamentes oder anderer Verfügungen betreffen, mit denen Vermögen auf den Trustee übertragen wird (Art. 4). Nach vorherrschender Auffassung sind auch andere Vorfragen ausgenommen.

Der Trust untersteht primär dem vom Begründer gewählten Recht (Art. 6). Fehlt eine gültige Rechtswahl, so gilt das Recht, zu dem der betroffene Trust die engsten Verbindungen aufweist (Art. 7 Abs. 1). Bei der Ermittlung dieses Rechts müssen u.a. folgende, in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufgelisteten, Kriterien berücksichtigt werden (Art. 7 Abs. 2):

- a) der vom Begründer bezeichnete Ort der Verwaltung des Trusts,
- b) die Belegenheit des Trustvermögens,
- c) der gewöhnliche Aufenthalt oder die Niederlassung des Trustees und
- d) der Trustzweck und der Ort, an dem er erfüllt werden soll.

Die Rechtsordnung mit der engsten Verbindung kommt auch dann zur Anwendung, wenn dem vom Begründer gewählten Recht das Institut des Trusts unbekannt ist (Art. 6 Abs. 2). Kennt auch sie den Trust nicht, so ist das Übereinkommen nicht anwendbar (Art. 5). Die Vertragsstaaten haben auch in anderen Fällen die Möglichkeit, ein anderes Recht als das vom Übereinkommen bezeichnete anzuwenden, wenn dieses für die Wirksamkeit des betroffenen Trusts günstiger ist (Art. 14).

Dem im Einzelfall auf den Trust anwendbaren Recht (Truststatut) unterstehen grundsätzlich alle Rechtsfragen, die Bestand und Wirkungen des zu beurteilenden Trusts betreffen (Art. 8). Der Begründer hat die Möglichkeit, durch eine Teilrechtswahl bestimmte Rechtsfragen vom Geltungsbereich des Truststatuts auszunehmen und einem anderen Recht zu unterstellen. Auch bei Ermittlung des anwendbaren Rechts nach Artikel 7 kann ein abtrennbarer Teilbereich von Rechtsfragen einem separaten Recht zugewiesen werden (Art. 9).

Kapitel III des Übereinkommens regelt die «Anerkennung» von Trusts. Dabei geht es, anders als beispielsweise beim Anerkennungsbegriff des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)¹³, nicht um eine Anerkennung von behörd-

¹³ SR 291

lichen Entscheidungen, sondern vielmehr um Sonderregeln zur Frage des anwendbaren Rechts. Die betreffenden Bestimmungen sollen gewährleisten, dass das Truststatut auf die für den Trust wesentlichen Rechtswirkungen angewendet wird. Zu diesen Wirkungen gehört einerseits der Status des Trustguts als Sondervermögen, welcher beinhaltet, dass das Trustgut weder in die eherechtlichen Gütermassen noch in den Nachlass des Trustees fällt und in der Zwangsvollstreckung gegen den Letzteren ausgenommen werden kann (Art. 11 Abs. 2 und 3 Bst. a–c), und andererseits der Umstand, dass Treugut, das treuwidrig mit dem Privatvermögen des Trustees vermischt oder an einen Dritten veräußert worden ist, zugunsten des Trusts herausverlangt werden kann (Art. 11 Abs. 3 Bst. d). Hinsichtlich dieses Herausgabeanspruchs wird die Anerkennung allerdings dahin gehend eingeschränkt, dass für die Rechtsstellung von Dritten, die sich im Besitz von Trustgut befinden, das internationale Privatrecht der einzelnen Vertragsstaaten vorbehalten bleibt (ausführlicher dazu: Ziff. 1.6.2.2).

Den Vertragsstaaten wird das Recht eingeräumt, einem Trust die Anerkennung zu versagen, wenn sich bei Ausserachtlassung der Anknüpfungskriterien Rechtswahl, Ort der Verwaltung und gewöhnlicher Aufenthalt des Trustees ein stärkerer Bezug zu einer anderen Rechtsordnung als dem nach Kapitel II ermittelten anwendbaren Recht ergibt und die betreffende Rechtsordnung das Institut des Trusts oder die spezifische Art von Trust nicht kennt (Art. 13). Artikel 13 enthält eine unmittelbare Ermächtigung der Vertragsstaaten. Die Erklärung eines Vorbehaltes ist nicht vorgesehen.

Artikel 15 des Übereinkommens enthält einen Vorbehalt zugunsten der zwingenden Bestimmungen desjenigen Rechts, auf welches das internationale Privatrecht der einzelnen Vertragsstaaten verweist. Die Tragweite dieser Bestimmung gilt es noch zu klären. Es wird von gewichtigen Stimmen die Meinung vertreten, dass der Vorbehalt sich nur auf das internationale Privatrecht in anderen Rechtsgebieten und nicht auf das Truststatut des jeweiligen Staates bezieht. Der Vorbehalt hätte damit nur einen beschränkten Anwendungsbereich, da ein grosser Teil der in den Buchstaben a-f angesprochenen Fragen als Vorfragen betrachtet werden kann, die vom Geltungsbereich des Truststatuts des Übereinkommens gar nicht erst erfasst werden. Dies gilt beispielsweise für Fragen der allgemeinen Handlungsfähigkeit der Parteien, des Eherechts, des Erbrechts (insbesondere Pflichtteilsrechts), der Übertragung von Eigentum in Zusammenhang mit einem Trust und der Anfechtung eines Trusts im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Artikel 16 statuiert einen weiteren Vorbehalt zugunsten derjenigen Rechtsnormen der einzelnen Vertragsstaaten, die ohne Rücksicht auf das im Einzelfall anwendbare Recht auch für internationale Sachverhalte Geltung beanspruchen. Er gilt auch für entsprechende Normen von Drittstaaten. Es handelt sich hier um die auch in unserem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Art. 18 und 19) vorbehaltenen zwingend anwendbaren Normen (*lois d'application immédiate*). Das Übereinkommen enthält zudem einen Ordre-public-Vorbehalt (Art. 18). Dieser erlaubt den schweizerischen Behörden, dem Truststatut im Einzelfall die Anwendung zu versagen, wenn diese zu einem Ergebnis führen würde, das in einem schwerwiegenden Widerspruch zu unserer Rechts- und Sittenauffassung stünde.

1.6 Rechtszustand bei Ratifikation des Haager Übereinkommens

1.6.1 Anerkennung

1.6.1.1 Qualifikation

Abgesehen davon, dass das Haager Übereinkommen nur auf schriftlich belegte Trusts anwendbar ist, dürfte der Anwendungsbereich seines Truststatuts weiter gefasst sein als derjenige des Truststatuts des IPRG. Es kann davon ausgegangen werden, dass jeder (schriftlich belegte) rechtsgeschäftliche Trust dem Übereinkommen untersteht, unabhängig von seinem Verselbständigungs- oder Organisationsgrad (s. dazu Ziff. 1.4.1.1 hier vor). Es wird sogar die Meinung vertreten, dass der Trustbegriff des Übereinkommens auch rein vertragliche Treuhandverhältnisse wie die kontinental-europäische *fiducia* erfasst, d.h. Rechtsverhältnisse, die durch eine Vereinbarung zwischen Treugeber und Treunehmer entstehen und danach weiterhin der Verfügungsgewalt dieser Parteien unterworfen sind.

Gestützt auf seine französische Fassung (*«les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du Trustee»*) kann Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a des Übereinkommens dahin gehend ausgelegt werden, dass es sich bei den vom Übereinkommen anvisierten Trusts um verselbständigte Sondervermögen im Sinne eines eigenständigen, in Bestand und Identität von dem an ihm beteiligten Personen unabhängigen Rechtsgebildes handeln muss, womit vertragliche Treuhandverhältnisse ausscheiden würden.

Kein vertragliches Treuhandverhältnis im eigentlichen Sinn liegt vor, wenn das betreffende Rechtsverhältnis zwar durch einen Vertrag zwischen Treugeber und Treunehmer errichtet wird, danach aber der Verfügungsgewalt der Parteien entzogen ist, wie dies beispielsweise bei der liechtensteinischen Treuhänderschaft der Fall sein kann (siehe auch den Vorschlag für eine Kodifizierung des Treuhandrechts im Entwurf Thévenoz). Hier ist vielmehr von einem Trust auszugehen, der statt auf einem unilateralen auf einem zweiseitigen Errichtungsakt beruht.

1.6.1.2 Constructive Trusts

Hinsichtlich der *constructive trusts* bringt eine Ratifikation des Haager Übereinkommens nichts Neues. Das besagte Rechtsgebilde fällt nach beiden Regimen nicht unter das Truststatut (s. Ziff. 1.4.1.2 und 1.5).

1.6.1.3 Anwendbares Recht

Gemäss dem Haager Übereinkommen untersteht der Trust wie gesagt primär dem vom Begründer gewählten Recht (Art. 6). Bei Fehlen einer Rechtswahl gilt dasjenige Recht, zu dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist (Art. 7). Das Übereinkommen ist damit grundsätzlich anerkennungsfreundlicher als das IPRG. In Bezug auf Artikel 154 Absatz 1 IPRG gilt dies insofern, als nach dem Übereinkommen eine blosser Rechtswahl genügt und keine Inkorporation im Sinne einer nach aussen hin erkennbaren Organisation nach einem bestimmten Recht verlangt wird. Hinsichtlich der subsidiären objektiven Anknüpfung ist das Übereinkommen weni-

ger rigide, indem es eine Abwägung mehrerer Gesichtspunkte zulässt. Das Übereinkommen will zudem nur angewendet werden, soweit das von ihm bestimmte anwendbare Recht das Institut des Trusts überhaupt kennt.

1.6.1.4 Testamentarische Trusts

In Bezug auf testamentarische Trusts dürfte sich bei einer Ratifikation des Haager Übereinkommens nichts Neues ergeben. Hinsichtlich Gültigkeit von Testamenten und Pflichtteilsrecht bleibt nach wie vor das IPRG-Erbrecht vorbehalten (Art. 4 und 15 Abs. 1 Bst. c). Auch das Übereinkommen erlaubt zudem den Gerichten, den Trust selber dem IPRG-Erbrecht zu unterstellen, wenn er lediglich der Nachlassabwicklung (Willensvollstreckung, Nacherbeneinsetzung etc.) dient (Art. 15 Abs. 1 Bst. c).

1.6.1.5 Dingliche Sicherungsrechte

Unter dem geltenden Recht sind Trusts, die lediglich die Funktion eines dinglichen Sicherungsrechtes erfüllen, möglicherweise nicht dem Truststatut, sondern dem jeweiligen Sachstatut (Art. 99 oder 100 IPRG) zu unterstellen. Nach Ratifikation des Übereinkommens besteht hier weiterhin die Möglichkeit, das Sachstatut anzuwenden (Art. 15 Abs. 1 Bst. d des Übereinkommens).

1.6.2 Umfang der Anerkennung nach dem Übereinkommen

1.6.2.1 Grundsätzlich keine weiter gehende Anerkennung

Wie schon bei Anwendung der Artikel 150 ff. IPRG wird der Trust auch nach dem Übereinkommen grundsätzlich mit all seinen Rechtswirkungen anerkannt, einschliesslich der Aussonderbarkeit des Trustguts in der Zwangsvollstreckung gegen den Trustee (Art. 11 Abs. 3 Bst. b). Die Anerkennung erfasst auch die Herausgabepflicht des Trustees bei pflichtwidriger Veräusserung von Trustvermögen oder Vermischung mit dem eigenen Vermögen. Ausdrücklich ausgenommen sind hier indes Ansprüche gegen Dritte, die sich im Besitz von Trustvermögen befinden, und damit auch der Herausgabeanpruch gegen den Erwerber von pflichtwidrig veräusertem Trustgut. Hier gilt das internationale Privatrecht des jeweils zuständigen Vertragsstaates (Art. 11 Abs. 3 Bst. d, s. Ziff. 1.6.2.2). Die Anerkennung gemäss Übereinkommen geht also diesbezüglich nicht weiter als diejenige gemäss IPRG. Der Herausgabeanpruch gegen den Erwerber von Trustgut untersteht wie im aktuellen IPRG nicht dem Truststatut, sondern dem jeweiligen Delikts- oder Bereicherungsstatut und wird damit nur anerkannt, soweit er vom anwendbaren Delikts- oder Bereicherungsrecht anerkannt wird. Ob, im Fall von Sachen, der Erwerber des Treuguts überhaupt Eigentum erwirbt, bestimmt sowohl nach dem IPRG als auch nach dem Übereinkommen das Sachstatut nach Artikel 99 oder 100 IPRG (Art. 4 und 15 Abs. 1 Bst. d des Übereinkommens). Auch andere Vorfragen, die sich in Zusammenhang mit einem Trust stellen, unterstehen, wie schon unter dem heutigen Regime, ihrem eigenen anwendbaren Recht.

1.6.2.2 Zur Sonderfrage des Tracings

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass der letzte Satz von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe d des Übereinkommens, wonach die Frage der Rechtsstellung eines Drittbesitzers von Trustgut von der Anerkennung ausgenommen ist, nicht den Erwerb von pflichtwidrig veräussertem Treugut durch Drittpersonen betrifft, sondern lediglich diejenigen Fälle, in denen der Trustee das Treugut durch eine Drittperson wie beispielsweise eine Bank verwalten lässt. Dem Wortlaut des letzten Satzes von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe d lässt sich indes keine derartige Einschränkung entnehmen. Ebenso wenig den Materialien: Aus dem erläuternden Bericht zum Übereinkommen¹⁴ ergibt sich lediglich, dass die ursprüngliche Variante der fraglichen Klausel auf eine Intervention der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich zurückging und den Schutz der Banken vor Herausgabeansprüchen in Zusammenhang mit Trusts im Auge hatte. Aus den Verhandlungsprotokollen ist demgegenüber ersichtlich, dass der aktuelle Text der Klausel nicht nur die Rechtsstellung von Banken, sondern ganz allgemein von Drittpersonen erfassen soll.¹⁵ Gemäss dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge¹⁶ sind die Materialien aber ohnehin nur dann beizuziehen, wenn die auf den Wortlaut gestützte Auslegung die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder zu einem offensichtlich sittenwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt (Art. 32), was vorliegend alles nicht gegeben ist.

Selbst wenn man zum Ergebnis gelangt, dass die sich aus Artikel 11 ergebende obligatorische Anerkennung grundsätzlich auch den Herausgabeanspruch gegen Dritte erfasst, bewirkt Artikel 15 des Übereinkommens, dass Letzterer vom IPRG als nicht-trustrechtliche Frage (siehe dazu die Bemerkungen zu Artikel 149c in Ziffer 2.2) dem Truststatut entzogen und dem eigenen Delikts- oder Bereicherungsrecht (Art. 132 ff. bzw. Art. 128 IPRG) unterstellt wird.

1.6.2.3 Ehegüter- und Erbrecht

Die Anerkennung eines Trusts nach Haager Übereinkommen beinhaltet auch seine Anerkennung als Sondervermögen im Rahmen des Ehegüter- und Erbrechts. Der Trust fällt mit anderen Worten weder in eine der eherechtlichen Gütermassen noch in den Nachlass des Trustees (Art. 11 Abs. 2 Bst. c). Bei einer Anerkennung als «Gesellschaft» im Sinne des IPRG dürfte bereits dasselbe gelten.

1.6.2.4 Ordre public

Wie bereits erwähnt, bleibt auch nach dem Haager Übereinkommen der schweizerische Ordre public vorbehalten (Art. 18). Hier ist zwar davon auszugehen, dass mit einer Anrufung des Ordre-public-Vorbehalts der in Artikel 11 des Übereinkommens vorgesehene Mindestumfang der Anerkennung nicht grundsätzlich in Frage gestellt

¹⁴ Haager Konferenz, Actes et documents de la Quinzième session, Bd. II, S. 370 ff.

¹⁵ Haager Konferenz, Actes et documents de la Quinzième session, Bd. II, S. 279 ff., insbes. S. 283.

¹⁶ SR 0.111

werden kann. Dies gilt insbesondere für Absatz 3 Buchstaben a und b, welche vorschreiben, dass die Anerkennung eines Trusts sich auch auf die Aussonderbarkeit des Treuguts beziehen muss. Eine Aussonderung könnte möglicherweise nur in besonderen Fällen verweigert werden, beispielsweise bei Vermischung des Treuguts mit dem Privatvermögen des Trustees oder bei unterlassener Anmerkung eines Trustverhältnisses im Grundbuch. In derartigen Fällen wird aber regelmässig schon das anwendbare Recht selber eine Aussonderung ausschliessen. Die Frage dürfte sich zudem kaum je stellen, da, wie bereits ausgeführt, der mögliche Anwendungsbereich des Ordre-public-Vorbehalts in der Frage der Aussonderbarkeit von Trustvermögen schon aus der innerstaatlichen Perspektive sehr beschränkt ist (s. Ziff. 1.4.2.2).

1.6.2.5 Lois d'application immédiate

Ebenfalls unbenommen bleibt den Vertragsstaaten die Anwendung ihrer zwingend anwendbaren Normen (*lois d'application immédiate*, Artikel 16 Absatz 1 des Übereinkommens). Ob Artikel 335 Absatz 2 ZGB hiervon erfasst wird, hängt davon ab, ob dieser Bestimmung im Sinne von Artikel 18 IPRG internationale Wirkung zukommt (s. Ziff. 1.4.1.7). Falls ja, ist davon auszugehen, dass das Verbot von Familienfideikommissen auch im Rahmen des Haager Trust-Übereinkommens gilt, mit der Konsequenz, dass Trusts, die den Zweck einer Unterhaltsstiftung erfüllen, ungültig sind, sofern sie einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweisen. Die Motion Suter/Pelli sowie einzelne Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren verlangen angesichts dieser möglichen Konsequenz eine Anpassung von Artikel 335 ZGB. Die Haltung des Bundesrates hierzu ergibt sich aus Ziffer 1.8.2.1.

1.7 Würdigung

1.7.1 Vorteile des Abkommens gegenüber dem aktuellen IPRG

Bei einer Abwägung von Für und Wider einer Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens ist im Auge zu behalten, dass der momentane Status quo nicht etwa eine generelle Nichtanerkennung von Trusts ist, sondern vielmehr eine weitgehende Anerkennung im Rahmen der Artikel 150 ff. IPRG. Selbst ein Teil derjenigen Trusts, die nicht als Gesellschaft, sondern als Vertrag qualifiziert werden, dürfte weitgehend anerkannt werden; dies z.B. beim häufigen Fall des Vorliegens einer Rechtswahl zugunsten eines Trust-Staates. Die sich stellende Frage ist daher nicht, ob ausländische Trusts bei uns anerkannt werden sollen, sondern welcher Weg der Anerkennung der vorteilhaftere ist, derjenige des IPRG oder derjenige des Haager Übereinkommens.

Bei einer Gegenüberstellung der beiden Regelwerke muss berücksichtigt werden, dass der Trust in der schweizerischen Rechtswirklichkeit bereits eine grosse Verbreitung gefunden hat (s. Ziff. 1.2) und dass ein entsprechendes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. Sowohl die beteiligten Parteien als auch die involvierten Behörden (insbesondere auch die Steuer- oder die mit Geldwäscherei befassten Behörden) haben ein Interesse daran, dass sich möglichst sicher bestimmen lässt, welchen Rechtsbestimmungen ein Trust im Einzelfall untersteht.

Die Schweiz hat insbesondere auch ein wirtschaftliches Interesse an vermehrter Rechtssicherheit. Wie in Ziffer 1.2 ausgeführt wurde, gewinnt das Trustsgeschäft in der Schweiz zunehmend an Bedeutung. Die Schaffung einer sicheren rechtlichen Basis würde die Attraktivität des Standorts Schweiz steigern und zu deren längerfristigen Erhaltung beitragen, mit den entsprechenden positiven Konsequenzen für das Geschäftsvolumen.

Das Haager Übereinkommen bietet unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit gewichtige Vorteile:

1. Dem Trust wird ein eigenes anwendbares Recht zugeordnet. Damit entfällt die Frage, ob er als Gesellschaft oder als Vertragsverhältnis zu qualifizieren ist und inwieweit im Fall einer grundsätzlichen Klassifizierung als Gesellschaft für gewisse Sonderfälle (z.B. Trusts mit ungenügendem Verselbständigungs- oder Organisationsgrad) Ausnahmen zugunsten der vertragsrechtlichen Regeln zu machen sind. Es stellt sich nun zwar neu die Frage der Abgrenzung zu den rein vertraglichen Treuhandverhältnissen. Hier lassen sich jedoch gestützt auf Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a des Übereinkommens klare Regeln setzen, etwa in dem Sinne, dass rein vertragliche Gebilde gar nicht unter das Übereinkommen fallen (s. Ziff. 1.6.1.1).
2. Die Anknüpfung an die Rechtswahl des Begründers nach Artikel 6 des Übereinkommens ist im Einzelfall einfacher zu handhaben und berechenbarer als diejenige an die Inkorporation des Trusts nach Artikel 154 Absatz 1 IPRG. Trusts verfügen in der Regel über keine formelle Inkorporation. Fehlt eine Rechtswahl, kann es daher nach bestehendem Recht schwierig sein zu eruieren, nach welchem Recht sich der Trust organisiert hat. Liegt eine Rechtswahl vor, so bleibt immer noch die Frage, ob das gewählte Recht auch dasjenige ist, nach dem der Trust tatsächlich organisiert wurde. In beiden Fällen muss zudem geprüft werden, ob die Organisation nach einem bestimmten Recht nach aussen hin genügend erkennbar ist.
3. Das Haager Übereinkommen ist, wie bereits ausgeführt, für Trusts anerkennungsfreundlicher als die Artikel 150 ff. IPRG. Dies hat den Vorteil, dass im Einzelfall ein Trust viel öfter nach einer Rechtsordnung beurteilt werden kann, die das Institut des Trusts kennt. Die Transposition eines Trusts in eine Rechtsordnung, der das Institut fremd ist, kann äusserst komplex sein, was auf der einen Seite zu einer Überforderung der rechtsanwendenden Behörden führt und auf der anderen Seite für die betroffenen Privaten die rechtliche Beurteilung ihres Falls weitgehend unvorhersehbar macht.
4. Die Beurteilung eines einzelnen Trusts nach der für ihn von den Parteien vorgesehenen Rechtsordnung wird zusätzlich dadurch erleichtert, dass gemäss dem Übereinkommen (Art. 9) für abtrennbare Regelungsbereiche auch eine Teilrechtswahl akzeptiert wird. Nach Artikel 154 IPRG ist eine Teilrechtswahl, wenn überhaupt, nur sehr beschränkt möglich.
5. Das Hauptziel des Übereinkommens besteht nebst der Anerkennung ausländischer Trusts in der Herbeiführung einer Rechtsvereinheitlichung. Das Übereinkommen trägt in diesem Sinne dazu bei, zu verhindern, dass ein Trust, der mit Behörden verschiedener Staaten in Kontakt kommt, in jedem Land einer anderen Rechtsordnung unterstellt wird. Auch dies führt zu mehr Rechtssicherheit.

Eine Ratifikation des Übereinkommens hat im Übrigen den Vorteil, dass im internationalen Verhältnis ein Signal gesetzt wird. Die in der Schweiz in Bezug auf die Behandlung ausländischer Trusts geschaffene Rechtssicherheit wird international kommuniziert.

Das Übereinkommen bietet natürlich nicht für jede Frage eine ausdrückliche Antwort. Nebst der bereits erwähnten Behandlung vertraglicher Treuhandverhältnisse bleibt beispielsweise durch die Gerichte klarzustellen, wo im Einzelfall die Grenzlinie zwischen dem Geltungsbereich des Truststatuts und demjenigen des anwendbaren Rechts anderer Rechtsgebiete (Erbrecht-, Sachenrecht etc.) verläuft. Eine Verschlechterung gegenüber dem Status quo ergibt sich jedoch hieraus nicht. Da der Trust im aktuellen IPRG nicht ausdrücklich geregelt ist, stellt sich auch nach dem geltenden Recht die Frage, welche Formen von Trusts dem Truststatut zu unterstellen sind und welche Fragenbereiche von diesem geregelt werden.

1.7.2 Verträglichkeit des Übereinkommens mit dem System der schweizerischen Rechtsordnung

1.7.2.1 Zivilrechtliches Publizitätsprinzip

Selbst wenn man davon absieht, dass die Schweiz über das IPRG bereits heute Trusts anerkennt, ergibt sich aus der Ratifikation des Haager Übereinkommens kein nennenswerter Konflikt mit fundamentalen Rechtsgrundsätzen unserer Rechtsordnung. Dies schon deshalb, weil das Übereinkommen unseren Ordre public sowie die zwingend anwendbaren Normen (*lois d'application immédiate*) vorbehält. Was unser Publizitätsprinzip betrifft, so ist zwar offen, inwieweit der Ordre-public-Vorbehalt auch gegenüber der Aussonderbarkeit von Trustgut in der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden könnte. Die Aussonderbarkeit von Treugut wird indes, wie bereits ausgeführt, auch in Zusammenhang mit unserer eigenen Rechtsordnung mehrheitlich als wünschbar angesehen, soweit sie nicht bereits Realität ist, so dass hier nicht mehr von einer Unverträglichkeit von Trust und Publizitätsprinzip ausgegangen werden kann. Das Problem stellt sich allenfalls noch bei Grundstücken. Dort lässt es sich jedoch durch eine Bestimmung wie diejenige von Artikel 149d IPRG des vorliegenden Entwurfs leicht beheben. Der erwähnte Artikel sieht vor, dass Trustverhältnisse im Grundbuch anzumerken und im Unterlassungsfall gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam sind. Entsprechendes gilt auch für Immaterialgüterrechte (Art. 149d Abs. 2 IPRG). Der Herausgabeanspruch gegen den Erwerber von pflichtwidrig veräussertem Treugut und das damit verbundene Aussonderungsrecht fallen wie gesagt nicht unter das Truststatut (s. Ziff. 1.6.2.2).

Auch wenn gemäss vorherrschender Meinung das Publizitätsprinzip bei mobilem Treugut hinter das Interesse des wirtschaftlich Berechtigten zurückzutreten hat, bleibt Publizität natürlich grundsätzlich weiterhin erstrebenswert. Das Bundesamt für Justiz hatte daher in seinem ersten Vorentwurf vorgeschlagen, in Analogie zum Eigentumsvorbehalt nach Artikel 715 ZGB die Eintragung von Trustverhältnissen in ein Register vorzuschreiben. Dieser Vorschlag war jedoch in den eingegangenen Stellungnahmen fast einhellig abgelehnt worden. Im Vernehmlassungsentwurf war die betreffende Bestimmung daher nicht mehr vorgesehen, was von etlichen Vernehmlassungsteilnehmern begrüsst wurde. Im gleichen Zuge war eine weitere Publizitätsvorschrift fallen gelassen worden, welche für Trustverhältnisse bei Ordrepapieren einen Vermerk auf dem Papier verlangte und im Vorkonsultationsverfahren

ebenfalls auf Kritik gestossen war. Gegen das Register war vorgebracht worden, es führe zu einem unverhältnismässigen administrativen Aufwand und einer Verkomplizierung des Trustgeschäfts. Viele handelsübliche Transaktionen würden stark erschwert, v.a. in Zusammenhang mit Wertpapieren. Das Register hätte damit eine abschreckende Wirkung auf potenzielle Trust-Kunden, v.a. aus Common-Law-Staaten. Abschreckend auswirken würde sich auch der mit einer Eintragung verbundene Mangel an Diskretion. Aus dem Besitz an einer Sache könne heutzutage ohnehin nicht mehr auf eine tatsächliche Berechtigung des Inhabers geschlossen werden. Das vorgeschlagene Regime stelle zudem einen Rückschritt gegenüber dem Status quo dar.

In einer der Stellungnahmen wurde als Alternative ein Trustee-Register vorgeschlagen. Nach diesem Konzept hätte sich jeder Trustee in ein Register einzutragen. Ist eine solche Eintragung erfolgt, müssen Dritte damit rechnen, dass Vermögenswerte, die sich im Eigentum der betreffenden Person befinden, mit einem Trust beschwert sein könnten.

Bei gewöhnlichen Forderungen gibt es grundsätzlich keine Publizität. Dies gilt insbesondere auch für Bankguthaben. Allein schon dieser Umstand lässt die Anerkennung ausländischer Trusts unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der schweizerischen Publizitätsstandards unbedenklich erscheinen, ist doch davon auszugehen, dass Bankguthaben einen Grossteil des in der Schweiz gelegenen Trustvermögens ausmachen.

1.7.2.2 Numerus clausus der dinglichen Rechte

Der Grundsatz des *Numerus clausus* der dinglichen Rechte wird durch eine Anerkennung des Trusts nicht berührt. Das Institut des fiduziarischen Eigentums existiert auch im schweizerischen Recht. Die trustrechtliche Besonderheit, dass das Treugut dem Zugriff der persönlichen Gläubiger des Treuhänders entzogen ist, stellt keinen Eingriff in das System unseres Sachenrechts dar. Zum einen existiert sie auch im deutschen Recht, das grundsätzlich dieselben dinglichen Rechte kennt wie das unsrige. Zum anderen sind Ansätze für eine zwangsvollstreckungsrechtliche Sonderbehandlung von fiduziarischem Eigentum auch bei uns vorhanden. Es sei hier wieder auf Artikel 16 AFG, Artikel 37b BankG und Artikel 401 Absatz 3 OR verwiesen.

Als dinglich Berechtigter am Treugut ist ausschliesslich der Trustee zu betrachten, sofern die einzelnen Vermögensrechte gültig auf ihn übertragen worden sind. Ob Letzteres der Fall ist, bestimmt wie schon im Rahmen des IPRG das Übertragungsstatut der einzelnen Vermögensrechte, d.h. also bei Sachen das Sachstatut (Art. 99 ff. IPRG). Dass der Herausgabeanspruch des Begünstigten gegen den bösgläubigen und den unentgeltlichen Erwerber von pflichtwidrig veräussertem Treugut nicht dinglicher Natur ist, wurde bereits ausgeführt. Der Anspruch hat zwar insofern eine dingliche Komponente, als er durch einen *constructive trust* verstärkt wird und als Folge davon auch gegenüber den Gläubigern des Erwerbers geltend gemacht werden kann. Dadurch wird er aber noch nicht zum dinglichen Recht im Sinne unserer Rechtsordnung. Es besteht hier vielmehr eine Analogie zu der in Zusammenhang mit dem Herausgabeanspruch des Auftraggebers geltenden Regelung nach Artikel 401 Absatz 3 OR. Im Übrigen wurde bereits ausgeführt, dass der Herausgabeanspruch gegen den Erwerber von pflichtwidrig veräussertem Trustgut und das damit

verbundene Aussonderungsrecht von der vom Übereinkommen vorgeschriebenen Anerkennung ohnehin nicht erfasst werden (s. Ziff. 1.6.2.2).

Das schottische Recht, das wie das unsere streng zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten unterscheidet, kein gespaltenes Eigentum kennt und von einem *Numerus clausus* der dinglichen Rechte ausgeht, hat den Trust problemlos in sein System eingefügt. Es behandelt den Trustee ganz einfach als fiduziarischen Eigentümer und das Treugut als dem Zugriff der Privatgläubiger des Trustees entzogenes Sondervermögen. Eine dingliche Berechtigung des Begünstigten sieht es nicht vor. Allfällige Ansprüche gegen einen Erwerber von Treugut werden nicht mit einer dinglichen Berechtigung, sondern vielmehr schuldrechtlich begründet (Deliktsanspruch bei bösgläubigem Erwerb, anfechtbare Schenkung bei unentgeltlichem Erwerb).

1.7.3 Mögliche Bedenken rechtspolitischer Natur

Dem Trust wird in der Schweiz z.T. mit Skepsis begegnet. Er wird gerne als Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse und als Instrument zur Steuerhinterziehung, Geldwäsche, Verletzung von Pflichtteilen u.ä. gesehen. Hierzu ist Folgendes zu sagen:

1.7.3.1 Geldwäscherei

Im Rahmen der Beratungen der *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI) hat die Schweiz bisher eine kritische Haltung gegenüber dem Trust eingenommen, nicht zuletzt als Reaktion auf den v.a. von angelsächsischer Seite kommenden Druck auf die Schweizer Inhaberaktie. Im Rahmen der Überarbeitung ihrer Empfehlungen hat sich die GAFI nun aber auf folgenden, auf eine Initiative der Schweiz zurückgehenden, Text zum Trust geeinigt (Empfehlung 34):

Les pays devraient prendre des mesures pour empêcher l'utilisation illicite de constructions juridiques par les blanchisseurs de capitaux. Les pays devraient notamment s'assurer que des informations adéquates, pertinentes et à jour sur les trusts exprès, notamment des informations sur les personnes ayant constitué ces trusts exprès, les administrateurs et les bénéficiaires, peuvent être obtenues ou consultées en temps voulu par les autorités compétentes. Les pays pourraient envisager de prendre des mesures pour faciliter l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des constructions juridiques, nécessaires aux institutions financières pour se conformer aux obligations découlant de la Recommandation 5.

Diese Anforderungen sind in der Schweiz mit dem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (GwG)¹⁷ bereits erfüllt. Der Trustee ist als Finanzintermediär verpflichtet, sowohl den Begründer (als «Vertragspartei» im Sinne von Artikel 3 GwG und als Gründer im Sinne von Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre [GwV Kst]¹⁸) als auch die Begünstigten als wirtschaftlich Berechtigte (Art. 4 Abs. 1 Bst. a GwG) zu identi-

¹⁷ SR 955.0

¹⁸ SR 955.16

fizieren. Sind die wirtschaftlich Berechtigten nicht bestimmt, hat sich der Trustee von der «Vertragspartei» den Kreis der in Frage kommenden Personen nennen zu lassen (Art. 20 Abs. 1 Bst. c GwV Kst). Die Verpflichtung zur Identifikation von Begründer und Begünstigtem gilt nicht nur bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung, sondern während deren ganzen Dauer (Art. 5 Abs. 1 GwG), womit auch der Möglichkeit eines Wechsels des Begünstigten Rechnung getragen wird. Ist der Trustee selber nicht berufsmässig tätig und damit nicht Finanzintermediär im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 GwG, so wird er in aller Regel mit einem solchen, beispielsweise einer Bank oder einem professionellen Vermögensverwalter, zusammenarbeiten, welcher dann seinerseits verpflichtet ist, eine schriftliche Erklärung über die wirtschaftlich berechtigte Person einzuholen. Diese Pflicht besteht sowohl aufgrund von Buchstabe a als auch von Buchstabe b von Artikel 4 Absatz 1 GwG, da Trusts hier als Sitzgesellschaften gelten (Art. 3 GwV Kst). Banken sind schon aufgrund der Artikel 3 und 4 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken zur Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten verpflichtet.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich einerseits, dass die zur Verhinderung von Geldwäscherei erforderliche Transparenz bei in der Schweiz verwalteten Trusts gewährleistet ist, und andererseits, dass sich die Schweiz mit einer Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens nicht in Widerspruch zu ihrer Haltung im Rahmen der GAFI setzt. Letzteres gilt umso mehr, als, wie bereits ausgeführt, der Trust mit der Ratifikation des Übereinkommens nicht neu in die Schweiz eingeführt wird. Die Ratifikation hat lediglich zur Folge, dass der Trust auf eine solidere rechtliche Basis gestellt wird, was der Bekämpfung der Geldwäscherei letztlich dienlich ist. Ein Trust lässt sich wirksamer überwachen, wenn Klarheit bezüglich seiner zivilrechtlichen Wirkungen besteht. Die Schweizer Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei ist in diesem Sinne einer Ratifikation gegenüber positiv eingestellt.

Im Übrigen sei noch darauf hingewiesen, dass die Transparenzprobleme, die sich beim Trust stellen, bereits bei unserer Treuhand gegeben sind. Die unter dem Gesichtspunkt der Transparenz wesentlichen Merkmale des Trusts sind auch bei dieser gegeben. Auch die Treuhand beruht auf einer Spaltung zwischen formellem Eigentum und wirtschaftlicher Berechtigung. Sie kann genauso formlos errichtet werden wie ein Trust, und selbst die Begünstigung kann gleich ausgestaltet werden. Der Treuhänder kann sich selber oder einen Dritten als Begünstigten einsetzen oder die Bestimmung des Begünstigten dem Treuhänder oder einer anderen Person überlassen. Er kann sich zudem das Recht ausbedingen, während der Dauer der Geschäftsbeziehung die Begünstigung neu zu regeln. Die Treuhand ist insofern sogar bedenklicher als der Trust, als der Treugeber sich ein vollumfängliches Weisungsrecht vorbehalten kann, was im anglo-amerikanischen Recht nicht möglich ist.

Was den Trust für unlautere Machenschaften möglicherweise attraktiver macht als die Treuhand, ist der Umstand, dass die Gläubiger des Trustees nicht auf das Treugut greifen können. Hier ist allerdings zu bedenken, dass nach der bereits erwähnten Praxis des Bundesgerichts dasselbe kraft Artikel 401 Absatz 1 OR auch bei der Treuhand zu gelten scheint, sobald der Treuhänder das Treugut auf ein Bankkonto transferiert. Die Forderung gegen die Bank verbleibt zwar vorerst im fiduziarischen Eigentum des Treuhänders. Mit Konkurs des Letzteren geht sie indes durch Legalzession auf den Treugeber über.

1.7.3.2 Steuerrecht

Die schweizerischen Steuerbehörden haben sich bereits heute mit der steuerlichen Behandlung von Trusts zu befassen. Diese werden in die Kategorien des jeweiligen Steuerrechts umgedeutet, wobei primär nicht auf die juristische Konstruktion, sondern auf die wirtschaftliche Berechtigung abgestellt wird. Die zivilrechtlichen Wirkungen eines Trusts müssen aber natürlich mitberücksichtigt werden, weshalb auch von Seiten der Steuerbehörden ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit auf diesem Gebiet besteht. Diese sind denn auch einer Ratifikation gegenüber positiv eingestellt.

Die steuerliche Behandlung von Trusts in der Schweiz beurteilt sich auch bei einer Ratifikation des Übereinkommens ausschliesslich nach schweizerischem Recht. Artikel 19 des Übereinkommens stellt klar, dass die Befugnisse der Staaten in Steuersachen unberührt bleiben.

1.7.3.3 Umgehung des schweizerischen Zivilrechts

Zum Teil wird befürchtet, dass der Trust dazu missbraucht werden könnte, zwingende Bestimmungen des schweizerischen Zivilrechts zu umgehen. Dem kann entgegengehalten werden, dass ein grosser Teil derjenigen Bereiche unseres Rechts, die von zwingenden Normen geprägt sind, vom Übereinkommen nicht berührt wird (Art. 4, 8 und 15 des Übereinkommens). Dies gilt beispielsweise für das Personenrecht (Handlungsfähigkeit), das Ehegüterrecht, das Erbrecht (Form und Arten der Verfügungen, Pflichtteilsrecht) und das Sachenrecht (Inhalt und Übertragung von dinglichen Rechten). Was Letzteres betrifft, besteht insbesondere auch die Möglichkeit, Trusts, die die Funktion von dinglichen Sicherungsrechten wie Pfandrecht oder Eigentumsvorbehalt erfüllen, als sachenrechtlichen Tatbestand zu qualifizieren und in Anwendung des 7. Kapitels des IPRG (Sachenrecht) dem Recht am Ort der gelegenen Sache zu unterstellen. Umgehungsmöglichkeiten ergeben sich allenfalls im Bereich des Rechts der juristischen Personen. Diese Regeln können indes auch ohne Trust umgangen werden, etwa durch Errichtung einer liechtensteinischen Anstalt oder einer liechtensteinischen Stiftung. Das für juristische Personen massgebende 10. Kapitel des IPRG beruht auf dem liberalen Inkorporationsprinzip, wonach juristische Personen nach einem beliebigen Recht errichtet werden können, sofern sie nach dem betreffenden Recht gültig sind.

A priori nicht umgangen werden können sämtliche zwingenden Normen, die aufgrund ihres besonderen Gewichts den Status einer zwingend anwendbaren Norm (*loi d'application immédiate*) im Sinne von Artikel 18 IPRG haben. Sie sind gemäss Artikel 16 des Übereinkommens vorbehalten, ebenso wie der *Ordre public* der einzelnen Vertragsstaaten (Art. 18).

1.7.3.4 Schädigung der Erben oder der Gläubiger

Was die mögliche Schädigung von Erben durch die Errichtung eines Trusts betrifft, wurde bereits ausgeführt, dass allfällige Pflichtteilsrechte durch das Übereinkommen nicht berührt werden. Ist schweizerisches Erbrecht anwendbar, so steht den Berechtigten auch gegen einen Trust die Herabsetzungsklage zur Verfügung. Ähnlich

verhält es sich, wenn mit der Errichtung eines Trusts die Gläubiger des Begründers geschädigt werden sollen. Hier bleibt die im zehnten Titel des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)¹⁹ vorgesehene paulianische Anfechtung vorbehalten. Auch die Frage der Pfändbarkeit der Ansprüche des Begünstigten kann in der schweizerischen Zwangsvollstreckung dem SchKG unterstellt werden.

1.7.3.5 Lex Koller

Vom Übereinkommen unberührt bleibt auch das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland²⁰, dies sowohl aufgrund von Artikel 4 als auch von Artikel 16 Absatz 1 des Übereinkommens.

1.7.4 Revision des IPRG als Alternative zu einer Ratifikation des Übereinkommens

Als Alternative zu einer Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens wäre auch die blosser Einfügung eines Kapitels zum Trust im IPRG denkbar. Eine Ratifikation des Übereinkommens bringt indes gegenüber einer reinen Anpassung des IPRG zwei gewichtige Vorteile mit sich. Der eine besteht darin, dass die Schweiz auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts des Trusts an einer internationalen Rechtsvereinheitlichung teilhaben kann. Der andere Vorteil besteht in der internationalen Signalwirkung, welche sich aus einer Ratifikation des Übereinkommens ergibt. Die in der Schweiz in Bezug auf die Behandlung ausländischer Trusts geschaffene Rechtssicherheit wird bei einer Ratifikation des Übereinkommens international kommuniziert. Eine reine IPRG-Lösung wäre daher sinnvollerweise nur dann vorzuziehen, wenn die Regeln des Übereinkommens aus Schweizer Sicht keine befriedigende Lösung anbieten. Im Begleitbericht zum informellen Vorkonsultationsverfahren wurde aufgezeigt, dass dies nicht der Fall ist, dass im Gegenteil die sich aus dem Übereinkommen ergebenden Anknüpfungsregeln sich gut mit den Grundprinzipien des IPRG vertragen.

1.7.5 Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

Sämtliche Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren begrüßten die im Vorentwurf vorgesehene Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens. Zahlreiche Eingaben wandten sich ausdrücklich gegen eine blosser Revision des IPRG als Alternative zu einer Ratifikation des Übereinkommens. (Zu den weiteren Ergebnissen s. Ziff. 1.8.1 und 2).

¹⁹ SR 281.1

²⁰ SR 211.412.41

1.8 Umsetzung

1.8.1 Vorzunehmende Gesetzesanpassungen

Mit der Ratifikation des Haager Übereinkommens übernimmt die Schweiz eine internationalprivatrechtliche Regelung zum Thema Trust. Mit diesem Schritt drängt sich eine gleichzeitige Anpassung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)²¹ auf, das noch keine Spezialbestimmungen zum Trust enthält. Die neuen IPRG-Bestimmungen im Entwurf sollen zum einen das nötige Zusammenspiel zwischen dem Übereinkommen und dem IPRG ermöglichen. Zum anderen soll mit ihnen das kraft Übereinkommen geltende Regime um Bestimmungen zu den vom Übereinkommen nicht geregelten Themenbereichen Zuständigkeit und Anerkennung ausländischer Entscheidungen ergänzt werden. Der IPRG-Teil enthält zudem eine Bestimmung über die Anmerkung von Trusts im Grundbuch bzw. deren Eintragung in bestehende Immaterialgüterrechtsregister.

Die Vorlage sieht daneben einen aus zwei Artikeln bestehenden neuen Titel im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)²² vor. Zweck dieser Bestimmungen ist es, der im Trustrecht vorgesehenen Trennung zwischen dem persönlichen Vermögen des Trustees und dem Trustvermögen im schweizerischen Zwangsvollstreckungsverfahren Rechnung zu tragen und das Verfahren für eine Vollstreckung in das Trustvermögen festzulegen.

Dass im IPRG und im SchKG Anpassungen vorzunehmen sind, war im Vernehmlassungsverfahren unbestritten; ebenso die allgemeine Stossrichtung der im Vorentwurf vorgesehenen Anpassungen. Die geäußerte Kritik betraf vorwiegend juristische Details. Auf die einzelnen Kritikpunkte wird in der Kommentierung der einzelnen Gesetzesbestimmungen (Ziff. 2) eingegangen.

1.8.2 Für eine Umsetzung nicht erforderliche Anpassungen

1.8.2.1 Anpassungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB)²³

Der im Vorkonsultationsverfahren vorgelegte Entwurf enthielt als Variante zwei Ergänzungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch betreffend die Behandlung des Trusts im erbrechtlichen Herabsetzungsverfahren. Die beiden Bestimmungen sind nun als überflüssig gestrichen worden. In den eingegangenen Stellungnahmen war die Frage allerdings nicht unumstritten. Im Vernehmlassungsverfahren beantragten einzelne Stellungnahmen die Wiederaufnahme der besagten Bestimmungen sowie die Ergänzung um zwei weitere ZGB-Artikel aus dem Entwurf Thévenoz.

Bei zwei der insgesamt vier kontroversen Artikel ging es darum, dass die Errichtung eines Trusts ohne Gegenleistung im Sinne des Ehe- und Erbrechts eine unentgeltliche Zuwendung bzw. Schenkung darstellt. Der Bundesrat hält die beiden Bestimmungen im Ergebnis für überflüssig, da er der Auffassung ist, dass sich die besagte Feststellung bereits aus dem geltenden Recht ergibt.

²¹ SR 291

²² SR 281.1

²³ SR 210

Der dritte Artikel, wonach eine erbrechtliche Herabsetzungsklage in Zusammenhang mit einem Trust gegen den Trustee zu erheben ist, erhielt Unterstützung von zusätzlichen Vernehmlassungsteilnehmern. Auch hier ergibt sich die gewünschte Regelung jedoch schon aus dem bestehenden Recht.

Der letzte Artikel statuierte eine Auskunftspflicht der Trustees und der Begünstigten gegenüber den pflichtteilsberechtigten Erben. Auf diese Bestimmung wurde aus der Überlegung verzichtet, dass es sich hier um ein allgemeines Problem des erbrechtlichen Herabsetzungsverfahrens handelt, das nicht isoliert für den Trust angegangen werden sollte.

Einzelne Vernehmlassungsteilnehmer sprachen, wie zuvor schon die erwähnte Motion Suter/Pelli (s. Ziff. 1.1), das in Artikel 335 Absatz 2 ZGB geregelte Verbot von Familienfideikommissen an. Es wurde bereits ausgeführt, dass diese Bestimmung, soweit sie im internationalen Verhältnis Geltung beansprucht, auch für die dem Haager Übereinkommen unterstellten Trusts gilt. Das Verhältnis zwischen Artikel 335 Absatz 2 und dem Übereinkommen bedarf daher keiner ausdrücklichen Regelung. Man kann sich höchstens fragen, ob die Bestimmung nicht gestrichen werden sollte, wie dies in einer der Stellungnahmen vertreten wird. Es handelt sich hier jedoch um ein allgemeines Problem, das sich nicht nur in Zusammenhang mit dem Trust stellt und daher an anderer Stelle diskutiert werden sollte, zumal die Frage kontrovers ist und die vom Finanzplatz dringend gewünschte Ratifikation des Übereinkommens nicht unnötig verzögert werden sollte. Für die Implementierung des Übereinkommens im schweizerischen Rechtssystem ist eine Entscheidung in Sachen Artikel 335 Absatz 2 ZGB nicht erforderlich. Die Frage des Verhältnisses ausländischer Trusts zum Fideikommisssverbot stellt sich bereits unter dem geltenden Recht und steht so gesehen mit der Ratifikation des Übereinkommens, bei dem es wie gesagt nicht um eine Einführung des Trusts, sondern nur um eine Verbesserung der Rechtssicherheit hinsichtlich seiner zivilrechtlichen Behandlung geht, in keinem unmittelbaren Zusammenhang.

1.8.2.2 Anpassungen im Obligationenrecht (OR)²⁴

Der Entwurf Thévenoz sieht eine Kodifikation des schweizerischen Treuhandrechts im Obligationenrecht mit starken Angleichungen an das Trustrecht vor. Im vorliegenden Entwurf ist, wie schon bei den vorausgehenden Vorentwürfen, auf entsprechende Bestimmungen verzichtet worden, da zum einen die Wünschbarkeit einer Kodifizierung des Treuhandrechts umstritten ist und zum anderen ein solcher Schritt für die Implementierung des Übereinkommens in der Schweiz nicht notwendig erscheint. Auch hier sollte eine unnötige Verzögerung der Ratifikation vermieden werden. Längerfristig wäre eine Prüfung der Frage einer Kodifikation des schweizerischen Treuhandrechts durchaus erwägenswert. Eine solche Kodifikation hätte unter anderem den Vorteil, dass für Interessenten in der Schweiz eine schweizerische Alternative zum ausländischen Trusts geschaffen werden könnte und dass überdies, je nach Ausgestaltung des neuen Treuhandrechts, das schweizerische Zivilrecht ein Institut vorzuweisen hätte, das von der im Übereinkommen vorgesehenen internationalen Anerkennung profitieren könnte.

²⁴ SR 220

1.8.2.3

Aufsichtsrechtliche Bestimmungen

Bei den im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen bleibt es dem schweizerischen Gesetzgeber nach Ratifikation des Übereinkommens unbenommen, in Zusammenhang mit Trusts aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu erlassen. Er kann beispielsweise gewisse Trusts einer Art Stiftungsaufsicht unterstellen oder die gewerbliche Ausübung einer Trustee-Tätigkeit von einer amtlichen Zulassung abhängig machen.

Die im Vorkonsultations- und Vernehmlassungsverfahren eingegangenen Stellungnahmen lehnen die Schaffung besonderer aufsichtsrechtlicher Bestimmungen für Trusts im Sinne einer Begleitgesetzgebung zur Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens grossmehrheitlich ab. Zum Teil wird jedoch die Auffassung vertreten, dass mit der Ratifikation des Übereinkommens eine Bewilligungspflicht für Trustees in der Schweiz vorgesehen werden sollte. Im vorliegenden Entwurf wird, wie schon in den Vorentwürfen, auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet.

Von November 2001 bis Februar 2005 hat sich eine vom Bundesrat eingesetzte Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. Ulrich Zimmerli mit einem neu zu schaffenden «Bundesgesetz über die Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FinmaG)» befasst. Diese Expertenkommission Zimmerli präsentierte im Juli 2003 einen ersten Teilbericht zusammen mit einem Gesetzesentwurf. Gemäss den Vorschlägen der Expertenkommission soll die neu zu schaffende integrierte Finanzmarktaufsichtsbehörde («Eidg. Finanzmarktaufsicht, Finma») die Aufgaben der Eidgenössischen Bankenkommission sowie des Bundesamts für Privatversicherungen übernehmen. Der Bundesrat beauftragte am 24. November 2004 das Eidgenössische Finanzdepartement, bis Ende 2005 eine Botschaft auszuarbeiten. Dabei wurde beschlossen, dass die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei ebenfalls in die Finma zu integrieren sei. Im Februar 2005 reichte die Expertenkommission einen dritten und letzten Teilbericht ein, diesmal zur Frage der Erweiterung der Aufsicht auf die unabhängigen Vermögensverwalter, Introducing Broker und Devisenhändler. In diesem Bericht wird dem Bundesrat empfohlen, einen Grundsatzentscheid zu fällen und danach gegebenenfalls wieder eine Expertengruppe einzusetzen, in welcher auch Wirtschaftsvertreter mitwirken sollten. Eine solche Expertengruppe wäre unabhängig von den Arbeiten zum FinmaG tätig. Der Bundesrat hat am 19. Oktober 2005 beschlossen, vorderhand auf die Einführung einer prudentiellen Aufsicht für unabhängige Vermögensverwalter zu verzichten.

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass aufsichtsrechtliche Fragen in Zusammenhang mit Trustees im Rahmen einer allfälligen späteren Erweiterung der prudentiellen Aufsicht über die Vermögensverwalter angegangen werden sollten. Es macht keinen Sinn, die Frage der Trustee-Aufsicht in einem völlig anderen Rahmen zu diskutieren als die Frage der Aufsicht über andere unabhängige Finanzintermediäre, insbesondere treuhänderische Vermögensverwalter, die aus aufsichtsrechtlicher Sicht dieselbe Funktion erfüllen wie Trustees. Die ganze Aufsichtsthematik ist aus einer Gesamtschau heraus anzugehen. Die Frage der Aufsicht über Trustees stellt sich ohnehin unabhängig von der Ratifikation des Haager Trustübereinkommens, da es bereits heute Trusts und Trustees in der Schweiz gibt und der Zweck der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens lediglich darin besteht, die Rechtssicherheit hinsichtlich seiner zivilrechtlichen Behandlung zu verbessern.

1.8.2.4 Anpassungen im Steuerrecht

Die Steuerbehörden befassen sich bereits heute mit Trusts. Die Praxis ist allerdings uneinheitlich. Im Vorkonsultationsverfahren wurde daher von Seite der Banken die Einsetzung einer Arbeitsgruppe durch die Eidgenössische Steuerverwaltung empfohlen. Es wurde indes klargestellt, dass die Ratifikation des Übereinkommens dadurch nicht verzögert werden sollte.

In der Zwischenzeit ist eine Arbeitsgruppe der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) daran, ein Kreisschreiben zur Besteuerung von Trusts auszuarbeiten, das voraussichtlich in den kommenden Monaten publiziert werden wird. Es besteht kein Anlass, im Rahmen des vorliegenden Projekts mit den Arbeiten der SSK zu interferieren, umso weniger als sich die Frage der Besteuerung von Trusts unabhängig von der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens stellt und eine grosse Zahl von Vernehmlassungsteilnehmern das Tätigwerden der SSK begrüsst hat.

1.8.3 Erklärungen und Vorbehalte zum Übereinkommen

Art. 16 Abs. 3

Diese Bestimmung ermächtigt die einzelnen Vertragsstaaten, durch Vorbehalt zu erklären, dass sie Absatz 2 desselben Artikels, welcher die zwingend anwendbaren Normen (*lois d'application immédiate*) von Drittstaaten vorbehält, nicht anwenden werden.

Die Schweiz hat keinerlei Anlass für einen Vorbehalt nach Artikel 16 Absatz 3 des Übereinkommens. Schon das IPRG kennt mit Artikel 19 IPRG eine Bestimmung, welche die Berücksichtigung ausländischer *lois d'application immédiate* zulässt.

Das Vereinigte Königreich, China (für Hong Kong), Kanada (für Alberta) und Luxemburg haben als einzige Mitgliedstaaten einen Vorbehalt nach Artikel 16 Absatz 3 erklärt.

Art. 20 Abs. 1

Gemäss dieser Bestimmung kann jeder Vertragsstaat erklären, dass das Übereinkommen auch auf Trusts Anwendung findet, die durch gerichtliche Entscheidung errichtet wurden.

Für eine solche Erklärung besteht aus Schweizer Sicht kein Bedarf. Zudem ist unklar, was mit «durch gerichtliche Entscheidung errichtete Trusts» überhaupt gemeint ist, besonders da der englische und der französische Text nicht übereinstimmen («*declared by judicial decisions*») und «*créés par une décision de justice*»), und die Erklärung daher unnötigerweise Verwirrung stiften würde.

Implied trusts und *resulting trusts* (s. Ziff. 1.3.1) werden vom Übereinkommen auch ohne besondere Erklärung erfasst, da es sich um rechtsgeschäftliche Gebilde handelt. Zu Recht nicht erfasst werden *constructive trusts*, die, wie bereits ausgeführt, keine eigentlichen Trusts darstellen und dem Statut des ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zu unterstellen sind. Sinn machen würde eine Ausdehnungserklärung allenfalls für Trusts, die durch Gestaltungsurteil eines Gerichts entstehen, sofern es sich um einen eigentlichen Trust im Sinne eines stiftungsähnlichen Gebil-

des und nicht wie beim *constructive trust* um eine analoge Anwendung trustrechtlicher Wirkungen auf ein anderes Rechtsverhältnis handelt. Die praktische Bedeutung dieser Fälle ist indes fraglich.

Lediglich folgende Mitgliedstaaten haben von der Ausdehnungserklärung Gebrauch gemacht: das Vereinigte Königreich, Kanada, China (für Hong Kong) und, als einziger Staat mit einer kontinentaleuropäischen Rechtsordnung, Luxemburg.

Art. 21

Gemäss Artikel 21 kann jeder Vertragsstaat sich das Recht vorbehalten, Kapitel III nur auf Trusts anzuwenden, deren Gültigkeit dem Recht eines Vertragsstaats unterliegt.

Von einem solchen Vorbehalt ist aus folgender Überlegung abzusehen: Einerseits wirft die Norm Fragen auf, da sie sich nur auf Kapitel III des Übereinkommens bezieht und nicht auch auf Kapitel II, mit welchem Kapitel III logisch untrennbar verknüpft ist. Andererseits zielt sie auf eine Relativierung der Erga-omnes-Wirkung des Übereinkommens ab, was insofern unerwünscht ist, als mit der Ratifikation des Übereinkommens eine möglichst klare und einheitliche Regelung der Frage des auf Trusts anwendbaren Rechts erreicht werden soll.

Kein Mitgliedsstaat hat bis jetzt von dieser Vorbehalts-Option Gebrauch gemacht.

Art. 22 Abs. 2

Diese Bestimmung sieht vor, dass ein Vertragsstaat sich das Recht vorbehalten kann, das Übereinkommen nicht auf Trusts anzuwenden, die errichtet wurden, bevor das Übereinkommen für ihn in Kraft getreten ist.

Auch ein Vorbehalt nach Artikel 22 würde eine unnötige Einschränkung des Geltungsbereichs des Übereinkommens und damit einen unnötigen Verlust an Rechtsvereinheitlichung und Rechtssicherheit bedeuten.

Auch von dieser Option hat bisher kein Mitgliedsstaat Gebrauch gemacht.

1.9 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Mit der Umwandlung der im einführenden Kapitel dieser Botschaft erwähnten Motion Suter/Pelli «Rasche Anerkennung des Trusts für den Finanzplatz Schweiz notwendig» (03.3233) hat das Parlament den Bundesrat zur Prüfung folgender Schritte beauftragt: «rasch das Nötige zur baldigen Ratifikation des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung von 1985 einzuleiten» und «möglichst rasch eine Botschaft zur Anpassung des schweizerischen Rechts, namentlich betreffend des Insolvenzrechtes und der Familienstiftungen (Art. 335 ZGB), vorzulegen, um das Rechtsinstitut des Trusts auch für die Schweiz praxistauglich zu machen». Mit der vorliegenden Botschaft und dem beigefügten Entwurf hat der Bundesrat diesen Auftrag erfüllt. Gleichzeitig wird den Anträgen der Motion weitgehend entsprochen. Einzig auf eine Anpassung von Artikel 335 Absatz 2 ZGB wird, aus den bereits dargelegten Gründen (Ziff. 1.8.2.1), verzichtet.

2 Erläuterungen zu den vorgesehenen Gesetzesanpassungen

2.1 Vorbemerkung

Angesichts der Tatsache, dass der Trust ein dem schweizerischen Rechtssystem unbekanntes Rechtsinstitut darstellt und dass es sich beim internationalen Privatrecht schlechthin und speziell bei der Frage des Zusammenspiels des Haager Trust-Übereinkommens und des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht um eine äusserst komplexe Materie handelt, erscheint es angezeigt, die einzelnen Gesetzesbestimmungen etwas ausführlicher zu kommentieren. Damit wird gleichzeitig der nötige Rahmen geschaffen, um auf die grösstenteils von juristischen Argumenten geprägten Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren einzugehen. Eine ausführliche Kommentierung hat den positiven Nebeneffekt, dass sie die spätere Anwendung der neuen Bestimmungen erleichtert und damit zu der mit der Vorlage angestrebten Verbesserung der Rechtssicherheit beiträgt.

2.2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)²⁵

Vorbemerkungen

Die Kapitel des besonderen Teils des IPRG sind in der Regel dreigeteilt. Sie enthalten jeweils einen Teil über die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden im betroffenen Sachgebiet, einen Teil über das von den im Einzelfall zuständigen schweizerischen Behörden anzuwendende Recht und einen Teil über die Anerkennung ausländischer Entscheide. Diese Dreiteilung wird, mit gewissen Ergänzungen, vorliegend auch für das Kapitel über den Trust übernommen.

Da der Trust von seiner Rechtsnatur her zwischen Treuhandverhältnis und Stiftung einzuordnen ist, wurde das neue Kapitel zwischen demjenigen über das Obligationenrecht und demjenigen über das Gesellschaftsrecht eingefügt. Da ohne Spezialbestimmungen ein grosser Teil der Trusts unter des IPRG-Gesellschaftsrecht fallen würden, orientieren sich die Bestimmungen des vorgeschlagenen Kapitels 9a primär an denjenigen der Artikel 150 ff. IPRG. Berücksichtigt wurden jedoch auch die IPRG-Bestimmungen über Verträge sowie das Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen)²⁶. Letzteres geht dem IPRG vor und wird die Zuständigkeits- und Anerkennungsnormen des neuen Kapitels 9a, Artikel 149b und 149e, in vielen Fällen verdrängen. Dementsprechend erscheint es sinnvoll, eine weit gehende Parallelität zwischen den besagten Artikeln und dem Lugano-Übereinkommen zu gewährleisten.

Art. 21 IPRG

Die nachfolgend kommentierten Artikel 149b und 149e IPRG erwähnen den «Sitz» des Trustees. Der im Entwurf vorgesehene neue Artikel 21 Absatz 3 IPRG liefert die nötige Definition zu diesem Begriff. Er lehnt sich dabei an die für den Sitz von

²⁵ SR 291

²⁶ SR 0.275.11

Gesellschaften massgebende Begriffsumschreibung in Artikel 21 IPRG an. Der Sitz eines Trusts ist dementsprechend der in den Trustbestimmungen bezeichnete Ort oder, bei Fehlen eines solchen, der Ort, an dem der Trust tatsächlich verwaltet wird. Der Wortlaut des neuen Absatzes 3, der vom bezeichneten Ort der Verwaltung und nicht vom bezeichneten Sitz spricht, trägt indes der Tatsache Rechnung, dass in der Praxis der Heimatstaaten des Trusts nicht von der Designierung eines «*seat*», «*domicile*», «*registered office*» oder dergleichen, sondern von der Festlegung eines «*place of administration of the trust*» gesprochen wird (s. auch Art. 7 Abs. 2 Bst. a des Übereinkommens). Der Vorentwurf hatte sich darauf beschränkt, die analoge Anwendbarkeit von Artikel 21 Absatz 2 IPRG für Trusts vorzusehen, was im Vernehmlassungsverfahren auf Kritik gestossen war.

Wie die Bezeichnung eines Gerichtsstands (s. hierzu die nachfolgenden Bemerkungen zu Artikel 149b IPRG) ist auch die Bezeichnung eines Verwaltungsortes nur zu beachten, wenn sie schriftlich oder in einer äquivalenten Form erfolgt ist. Andernfalls ist der tatsächliche Ort der Verwaltung massgebend.

Mit der neuen Fassung von Artikel 21 Absatz 1 wird klargestellt, dass, analog zu den Gesellschaften, der Sitz des Trusts dem Wohnsitz einer natürlichen Person entspricht. Diese Regel ist wichtig für die Bestimmung des Gerichtsstands in denjenigen Fällen, in denen in einer nicht-trustrechtlichen Streitigkeit gegen den Trust geklagt wird. Ob in einer bestimmten Streitsache die Klage gegen den Trust selber oder gegen einen oder mehrere Trustees zu richten ist, bestimmt das Truststatut. Denkbar ist eine Klage gegen den Trust beispielsweise in Fällen, in denen ein Trustee in einem Vertrag mit einem Dritten das Trustvermögen verpflichtet.

Der neue Artikel 21 Absatz 4 enthält die Bestimmung des bisherigen Absatzes 3 mit einer Ausdehnung auf Trusts. Auch hier geht es um den Fall, dass das Truststatut vorsieht, dass gegen den Trust selber geklagt werden kann bzw. muss.

Art. 149a IPRG

In Anlehnung an das 10. Kapitel «Gesellschaftsrecht» beginnt das neue Kapitel 9a mit einer Bestimmung unter dem Titel «Begriff». Im Unterschied zu Artikel 150 IPRG verzichtet indes der betreffende Artikel 149a auf eine Definition des Trusts und beschränkt sich stattdessen darauf, auf den Trustbegriff des Übereinkommens zu verweisen.

Die Verweisung auf den Trustbegriff des Übereinkommens bedeutet nicht, dass von Artikel 149a nur Trusts erfasst würden, die unter den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen. Das neue Kapitel 9a des IPRG soll Regeln für alle Trusts im Sinne des Übereinkommens enthalten, auch für diejenigen, die nicht schriftlich nachgewiesen sind und dadurch gemäss Artikel 3 des Übereinkommens von diesem nicht erfasst werden. Im Rahmen des IPRG macht es wenig Sinn, zwei unterschiedliche Regimes für schriftlich belegte auf der einen und nicht schriftlich belegte Trusts auf der anderen Seite zu schaffen. Es wäre insbesondere wenig sinnvoll, für nicht schriftlich belegte Trusts das bisherige Regime mit all seinen Unsicherheiten weiter gelten zu lassen, umso mehr, als damit ein Teil dieser Trusts als Gesellschaften zu behandeln wären. Ein einheitliches Regime entspricht auch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, da damit eine ganze Reihe von schwierigen Auslegungsfragen vermieden werden kann wie beispielsweise die Frage, welche Elemente des Trusts vom Beleg erfasst werden müssen, oder die Frage, ob mit «schriftlich» auch elektronische Datenträger wie E-Mails gemeint sind. Das Problem der Behand-

lung rein mündlicher Trusts dürfte sich in der Praxis allerdings selten stellen, da die Bedeutung schriftlich nicht fixierter Trusts in der Schweiz gering sein dürfte.

Im Sinne einer Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass Artikel 3 des Übereinkommens grundsätzlich auch mündlich errichtete Trusts erfasst. Die Bestimmung verlangt keine schriftliche Errichtung des jeweiligen Trust, sondern lediglich das Vorhandensein eines schriftlichen Belegs für diesen. Auch eine rechtsgeschäftliche Bestätigung des Trusts ist somit nicht erforderlich. Der Wortlaut der bisher im deutschen Sprachraum verwendeten Übersetzung des Übereinkommens («Trusts, die schriftlich bestätigt worden sind») ist diesbezüglich etwas missverständlich.²⁷

Artikel 3 beschränkt den sachlichen Geltungsbereich des Übereinkommens nicht nur auf schriftlich belegte, sondern gleichzeitig auch auf rechtsgeschäftlich («freiwillig») errichtete Trusts. Eine Beschränkung dieses Inhalts ist ausdrücklich auch in Artikel 149a vorgesehen. Rechtsverhältnisse wie *constructive trusts* werden somit nicht erfasst. Bei diesen handelt es sich, wie bereits mehrfach ausgeführt, nicht um rechtsgeschäftliche Gebilde in der Art einer Gesellschaft oder eines Vertragsverhältnisses, sondern um das Produkt einer analogen Anwendung von Trustregeln auf ein vorbestehendes Rechtsverhältnis. Es erscheint daher nicht sinnvoll, *constructive trusts* als Trusts im Sinne des neuen Kapitels 9a zu behandeln. Sie sollten vielmehr, wie bisher, demselben Recht unterstellt werden wie das ihnen zugrunde liegende Rechtsverhältnis.

Im Vorkonsultations- und im Vernehmlassungsverfahren wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, dass die Nichtgeltung des Kapitels 9a für *constructive trusts* im Gesetzestext ausdrücklich erwähnt werden sollte. Mit dem Passus «rechtsgeschäftlich errichtete» wird indes hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass *constructive trusts* vom Kapitel 9a nicht erfasst werden.

Da Trusts nach dem heute geltenden IPRG grundsätzlich entweder als Gesellschaften oder als Vertragsverhältnisse zu qualifizieren sind, stellt sich die Frage der Abgrenzung des Kapitels 9a zu den Kapiteln 10 und 9, «Gesellschaftsrecht» und «Obligationenrecht». Hierzu lässt sich Folgendes sagen: Wo ein Rechtsgebilde sowohl den Trustbegriff von Artikel 149a als auch den Gesellschafts- oder den Vertragsbegriff erfüllt, geht Kapitel 9a als *lex specialis* vor. Nicht mehr erfüllt sein dürfte der Trustbegriff bei vermögensfähigen und damit in aller Regel auch mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gebilden, da Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b des Übereinkommens für das Vorliegen eines Trusts folgende Eigenschaft voraussetzt: «die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts lauten auf den Namen des Trustees oder auf den einer anderen Person in Vertretung des Trustees.» Hier dürfte ausschliesslich das Gesellschaftsrecht zum Zuge kommen. Was die Abgrenzung zum Vertragsrecht betrifft, wurde bereits in Ziffer 1.6.1.1 ausgeführt, dass der Wortlaut von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a des Übereinkommens eine Auslegung zulässt, wonach es sich beim Trust um ein verselbständigtes, in Bestand und Identität von der jeweiligen Person der beteiligten Parteien unabhängiges Rechtsgebilde oder zumindest um ein vom persönlichen Trustee-Vermögen klar getrenntes Sondervermögen handeln muss.

Die Frage der Abgrenzung stellt sich auch im Verhältnis zu den IPRG-Kapiteln 6 und 7, «Erbrecht» und «Sachenrecht». Trusts, die eine erbrechtliche Funktion wie

²⁷ Die deutsche Übersetzung ist zwischenzeitlich in Absprache mit den Justizministerien von Deutschland und Österreich überarbeitet worden.

die einer Willensvollstreckung oder einer Nacherbeneinsetzung erfüllen, sind nach dem in Ziffer 1.4.1.5 Ausgeführten im Rahmen des geltenden IPRG eher dem Kapitel zum Erbrecht als dem Truststatut zu unterstellen, da die erbrechtlichen Bestimmungen des IPRG im Verhältnis zu den trustrechtlichen für den besonderen Fall der erbrechtlichen Trusts als *lex specialis* angesehen werden können. Dasselbe gilt möglicherweise für Trusts mit der Funktion eines dinglichen Sicherungsrechts (Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt etc.; s. Ziff. 1.4.1.6). Ob das Übereinkommen eine Einschränkung hinsichtlich erb- oder sachenrechtlicher Trusts enthält, ist fraglich. Das Gericht hat indes die Möglichkeit, den erbrechtlichen- bzw. sachenrechtlichen Regeln über Artikel 15 des Übereinkommens zum Durchbruch zu verhelfen. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung bleibt das internationale Privatrecht der Vertragsstaaten in Sachen «Erbrecht» (Bst. c; im französischen Text: «*dévolution des successions*») und «dingliche Sicherungsrechte» (Bst. d) ausdrücklich vorbehalten.

Der Vorentwurf enthielt keine Bestimmung in der Art von Artikel 149a. Mit der Einfügung des Letzteren wird verschiedenen Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren Rechnung getragen, die eine verständlichere Regelung hinsichtlich des in Kapitel 9a verwendeten Trustbegriffs gefordert hatten.

Art. 149b IPRG

Dieser Artikel regelt die Zuständigkeit in «trustrechtlichen Angelegenheiten». In der entsprechenden Bestimmung des Vorentwurfs (Art. 149a) war noch von «Klagen betreffend Gültigkeit, Wirkungen, Verwaltung, Änderung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlich errichteten Trust» die Rede. Eine inhaltliche Änderung ist indes nur mit der Ersetzung von «Klagen» durch «Angelegenheiten» beabsichtigt. Ansonsten handelt es sich hier lediglich um eine sprachliche Anpassung an Artikel 151 IPRG, wo von «gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten» die Rede ist. Diese Anpassung wurde möglich durch die Einführung des Begriffs «Trust» im neuen Artikel 149a.

Dass Artikel 149b von «Angelegenheiten» und nicht von «Streitigkeiten» spricht, hängt damit zusammen, dass die Zuständigkeitsregeln von Artikel 149b auch für Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten sollen. Damit soll sichergestellt werden, dass auch die so genannten *construction* oder *direction summonses* des anglo-amerikanischen Trustrechts erfasst werden. Bei diesen geht es um eine richterliche Feststellung des Inhalts der Trustbestimmungen in einem nicht-streitigen Verfahren auf Begehren des Trustees. Mit der Wahl von «Angelegenheiten» anstelle von «Streitigkeiten» kann die Frage offen gelassen werden, ob solche Feststellungsentscheidungen in der Schweiz im streitigen oder nicht-streitigen Verfahren zu ergehen haben.

Die in Artikel 149b vorgesehene Regelung geht von der Wahlfreiheit des Begründers aus. Hier besteht ein Unterschied zum Gesellschaftsrecht des IPRG, das, im Gegensatz zum Vertragsrecht, eine Gerichtsstandswahl nicht zulässt. Diese abweichende Behandlung ist trotz der Parallelitäten des Trusts zu den Gesellschaften des IPRG gerechtfertigt. Zum einen entspricht eine solche Lösung dem Lugano-Übereinkommen (Art. 17 Abs. 2). Zum anderen anerkennt die Schweiz mit dem Trust ein Institut, das sich durch eine sehr weit gehende Autonomie seines Errichters auszeichnet, der auch das auf den Trust anwendbare Recht und dessen Verwaltungs-

sitz (*place of administration*) frei bestimmen kann. Eine restriktive Haltung bei der Frage der Prorogationsmöglichkeit erschiene hier inkonsequent.

Zuständig ist nicht das «in», sondern das «gemäss» den Trustbestimmungen bezeichnete Gericht. Damit wird auch denjenigen Fällen Rechnung getragen, in denen die Trustbestimmungen nicht selber einen Gerichtsstand vorsehen, sondern den Begründer oder eine andere Person zur nachträglichen Bezeichnung eines solchen ermächtigen. Im Vorkonsultationsverfahren wurde mehrfach vorgebracht, dass auch diese Fälle erfasst werden sollten. Allfälligen Missbrauchsmöglichkeiten in diesem Zusammenhang wird mit der Verweisung auf Artikel 5 Absatz 2 IPRG am Ende von Artikel 149b Absatz 1 begegnet.

Absatz 1 erfasst wie gesagt auch mündliche Trusts. Eine Gerichtsstandswahl ist indes nur beachtlich, wenn sie schriftlich erfolgt ist. Dasselbe gilt für die erwähnte Ermächtigung zur nachträglichen Bezeichnung eines Gerichtsstands. Die Parallelität zu Artikel 5 Absatz 1 IPRG, der für Gerichtsstandsvereinbarungen die Schriftform vorschreibt, muss gewahrt bleiben. Es erscheint nicht gerechtfertigt, Trusts gegenüber vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarungen zu privilegieren. Das Rechtssicherheitsbedürfnis, das Artikel 5 Absatz 1 IPRG zugrunde liegt, besteht auch hier.

Die Parallelität zu Artikel 5 Absatz 1 ist auch insofern gegeben, als anderen Formen der Übermittlung, die einen Nachweis der Gerichtsstandswahl durch Text ermöglichen, der Schriftform gleichgesetzt werden (vgl. auch Art. 23 Abs. 2 der europäischen Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen).

Geht aus dem betreffenden Text nichts anderes hervor, so ist das gewählte Gericht ausschliesslich zuständig (Abs. 1 dritter Satz). Der betreffende Passus in Absatz 1 lehnt sich an Artikel 5 Absatz 1 dritter Satz IPRG an. Im Vernehmlassungsverfahren war eine Klausel dieser Art mehrfach angeregt worden.

Artikel 149b Absatz 2 ist Artikel 5 Absatz 3 IPRG nachempfunden worden. Artikel 149b Absatz 2 Buchstabe a geht jedoch weiter als Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a, indem er nicht nur auf den Sitz (Wohnsitz/gewöhnlicher Aufenthalt/Niederlassung) der Prozessparteien, sondern auch auf denjenigen der Trustees (die nicht zwingend Prozessparteien sind) und des Trusts selber abstellt. Dies aus der Überlegung, dass ein Trust als verselbständigtes Rechtsgebilde auch dann eine enge Verbindung zum betreffenden Kanton aufweist, wenn er selber oder einer seiner Verwalter dort seinen Sitz hat (s. Art. 7 Abs. 2 Bst. a und c des Übereinkommens). Eine enge Beziehung zur Schweiz besteht auch dann, wenn ein Grossteil des Trustvermögens sich auf ihrem Territorium befindet (s. Art. 7 Abs. 2 Bst. b des Übereinkommens). Artikel 149b Absatz 2 Buchstabe b sieht daher vor, dass das Gericht auch in diesen Fällen seine Zuständigkeit nicht ablehnen darf.

Für den Fall, dass keine gültige Gerichtsstandswahl getroffen wurde, sieht der Entwurf in Absatz 3 eine Regelung vor, die derjenigen von Artikel 151 Absätze 1 und 2 IPRG entspricht. Es gilt alternativ der Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. gewöhnlichen Aufenthalts der beklagten Partei, der Gerichtsstand des Sitzes des Trusts oder der Gerichtsstand der Niederlassung der beklagten Partei oder des Trusts. Diese Lösung stimmt weitgehend mit derjenigen des Lugano-Übereinkommens überein, das ebenfalls eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Wohnsitz der beklagten Partei, der involvierten Niederlassung und dem Sitz des Trusts vorsieht (Art. 2 und Art. 5 Abs. 5 und 6).

Der Gerichtsstand der Niederlassung war im Vorentwurf noch nicht enthalten. Er lehnt sich hinsichtlich des Trustees an Artikel 112 Absatz 2 des geltenden IPRG betreffend die Zuständigkeit bei Verträgen an. Was die Niederlassung des Trusts selber betrifft, besteht nach herrschender Lehre ein entsprechender Gerichtsstand (für Gesellschaften) auch nach Artikel 151 IPRG. Gerade beim Trustee ist der Mit-einbezug der Niederlassung sinnvoll, übt er doch in vielen Fällen seine Tätigkeit gewerblich aus. Im Vernehmlassungsverfahren war die Aufnahme der Niederlassung als möglicher Gerichtsstand ausdrücklich gewünscht worden.

Da der Sitz des Trusts in vielen Fällen der Niederlassung bzw. dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt des Trustees entsprechen dürfte, könnte man sich überlegen, als Gerichtsstand anstelle des Sitzes des Trusts die Niederlassung, den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt des Trustees vorzusehen, wie dies ebenfalls gefordert wurde. Hier stösst man allerdings auf Schwierigkeiten, sobald es um Trusts mit mehr als einem Trustee geht. Zudem wäre die Parallelität zum Lugano-Übereinkommen nicht mehr gegeben.

In den eingegangenen Stellungnahmen im Vorkonsultations- und im Vernehmlassungsverfahren wurde z.T. die Ersetzung von «der beklagten Partei» durch «des Trustees» gefordert. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes der beklagten Partei sollte jedoch für alle trustrechtlichen Streitigkeiten gelten, also auch für Klagen des Trustees gegen einen Begünstigten (beispielsweise wegen eines behaupteten Regressanspruchs des Trustees für Aufwendungen zugunsten des Trusts). Gegen wen in einer trustrechtlichen Streitigkeit Klage einzureichen ist, ergibt sich aus dem Truststatut.

Mit der Ersetzung der beklagten Partei durch den Trustee sollte u.a. verhindert werden, dass Klagen betreffend den Bestand oder die Gültigkeit eines Trusts am Wohnsitz eines Begünstigten eingereicht werden können. Schliesst man für solche Fälle den Gerichtsstand von Absatz 3 Buchstabe a aus, geht aber die Parallelität zum Lugano-Übereinkommen verloren, welches für Streitigkeiten, die den Status eines Trusts betreffen, eine Klage am Wohnsitz der beklagten Partei zulässt; anders als bei Gesellschaften und juristischen Personen, wo es für Statusfragen den Sitzstaat als ausschliesslichen Gerichtsstand vorsieht (Art. 16 Ziff. 2).

Nicht unter Artikel 149b fallen die externen Beziehungen eines Trusts. Dies gilt insbesondere für Klagen aus Geschäften, die der Trustee für den Trust mit Dritten getätigt hat. Auch andere Streitigkeiten, die zwar einen Trust betreffen, jedoch nicht trustrechtlicher Natur sind, sind nicht unter Artikel 149b zu subsumieren. Dies betrifft vor allem Klagen in Zusammenhang mit einer Vorfrage wie Handlungsfähigkeit des Begründers, Gültigkeit des Testaments, Pflichtteilsverletzung, Gültigkeit der Eigentumsübertragung auf den Trustee etc.

Für die Auslegung des Begriffs «trustrechtlich» kann Artikel 155 IPRG (vom anwendbaren Recht erfasste Fragen bei Gesellschaften) als Orientierungshilfe dienen. Trustrechtlicher Natur sind somit insbesondere folgende Fragenbereiche: Entstehung und Untergang des Trusts (Art. 155 Bst. b IPRG), die Organisation des Trusts (Bst. e), die internen Beziehungen beim Trust (Bst. f), die Haftung aus Verletzung trustrechtlicher Vorschriften (Bst. g), die Haftung für Trustschulden (Bst. h) und die Vertretungsbefugnisse der für den Trust handelnden Personen (Bst. i). Auch die Fragenbereiche Rechts- und Handlungsfähigkeit (Bst. c) und Name oder Firma des Trusts (Bst. d) gehören hierher. Sobald jedoch das anwendbare Recht vorsieht, dass der betreffende Trust vermögensfähig und damit selber Eigentümer seines

Vermögens ist, dürfte gemäss dem oben zu Artikel 149a Ausgeführten gar kein Trust im Sinne des Übereinkommens mehr vorliegen, so z.B. im Fall des Treuunternehmens nach liechtensteinischem Recht.

Mit der Verwendung des Begriffs «trustrechtlich» erübrigt es sich, den Geltungsbereich von Artikel 149b ausdrücklich auf Klagen gegen einen Begründer, Trustee oder Begünstigten zu beschränken, wie dies im Vernehmlassungsverfahren z.T. gefordert wurde. Auch dem Problem der Abgrenzung zu anderen Zuständigkeitsnormen des IPRG, ein weiteres Anliegen im Vernehmlassungsverfahren, wird Rechnung getragen. Hinsichtlich des Sonderfalls derjenigen Rechtsfragen, die zwar als trustrechtlich anzusehen wären, aber einen Trust mit Nachlassabwicklungs- oder dinglicher Sicherungsfunktion betreffen, kann die Abgrenzungsfrage dahin gehend gelöst werden, dass man das Erb- oder Sachenrecht des IPRG als *lex specialis* betrachtet (s. die Bemerkungen zu Art. 149a). Für das Verhältnis des Begriffs «trustrechtlich» zum Haager Trust-Übereinkommen sei auf die nachfolgenden Bemerkungen zu Artikel 149c verwiesen.

Artikel 149b Absatz 4 entspricht inhaltlich Artikel 151 Absatz 3 IPRG, ausser dass «Gerichtsstandsvereinbarung» durch «Gerichtsstandswahl» ersetzt wurde. Für Emissionen von Beteiligungspapieren oder Anleihen werden z.T. Trusts verwendet. Zudem ist auch denkbar, dass der Trust selber Emittent ist. Die Regel des Artikels 151 Absatz 3 ist daher auch für das neue Kapitel 9a relevant.

Art. 149c IPRG

Dieser Artikel regelt das auf Trusts anwendbare Recht, indem er das vom Übereinkommen bezeichnete Recht für massgebend erklärt. Diese Verweisung auf das Übereinkommen ist grundsätzlich rein deklaratorisch, da Letzteres unmittelbar anwendbar ist und keiner Bestimmung im nationalen Recht bedarf, die es für anwendbar erklärt. Zum Teil hat die Verweisung aber auch konstitutive Wirkung, indem sie gewisse Trusts einschliesst, die nicht unter den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen. Dies betrifft zum einen die bereits erwähnten Trusts ohne schriftlichen Beleg. Zum andern sind hier diejenigen Trusts angesprochen, die nach Artikel 5 des Übereinkommens von dessen Geltungsbereich ausgenommen sind, weil sie nach Artikel 7 des Übereinkommens einer Rechtsordnung unterstünden, welche die betreffende Kategorie von Trusts nicht kennt. Artikel 149c Absatz 2 lässt das von Absatz 1 bezeichnete anwendbare Recht auch für diese Trusts gelten. Dies aus folgenden Überlegungen: Die von Artikel 5 des Übereinkommens betroffenen Trusts unterstehen dem internationalen Privatrecht des Forumsstaates. Den einzelnen Vertragsstaaten bleibt es dabei unbenommen, diese Trusts demselben Regime zu unterstellen wie die vom Übereinkommen erfassten. Die Idee von Artikel 5 besteht lediglich darin, dass kein Vertragsstaat durch das Übereinkommen gezwungen werden soll, einen Trust einer Rechtsordnung zu unterstellen, nach welcher er nicht anerkannt würde. Aus Schweizer Sicht besteht kein Anlass, Trusts im Sinne von Artikel 5 des Übereinkommens einem Sonderregime zu unterstellen. Das IPRG sieht in anderen Bereichen kein Abweichen vom anwendbaren Recht vor, nur weil dieses die Kategorie des betroffenen Rechtsverhältnisses nicht kennt.

Das Übereinkommen bestimmt nach Artikel 149c Absatz 1 nicht nur das anwendbare Recht (Truststatut), sondern grundsätzlich auch, welche Fragen diesem Recht unterstehen sollen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass auch das Übereinkommen nur trustrechtliche Fragen regeln möchte. Was im Rahmen des Überein-

kommens als trustrechtliche Frage angesehen werden wird, wird sich zwar nicht notwendigerweise mit dem in Artikel 149b verwendeten Begriff «trustrechtliche Angelegenheiten» decken; doch ist davon auszugehen, dass keine nennenswerte Differenz besteht.

Aus dem Wortlaut des Übereinkommens und aus der Literatur zu diesem ist keine Differenz zwischen dem Geltungsbereich seines Truststatuts und dem in den Bemerkungen zu Artikel 149b erwähnten Artikel 155 IPRG zu ersehen. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 des Übereinkommens regelt das Truststatut «die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung». Der den ersten Absatz konkretisierende Absatz 2 nennt u.a. die «Änderung oder Beendigung des Trusts» (Bst. h), «die Beziehungen zwischen den Trustees und den Begünstigten, einschliesslich der persönlichen Haftung der Trustees gegenüber den Begünstigten» (Bst. g) und die «Rechte und Pflichten der Trustees untereinander» (Bst. b). Artikel 4 des Übereinkommens schliesst die Gültigkeit von Testamenten oder anderen Rechtsgeschäften, mit denen dem Trustee Vermögen übertragen wird, als Vorfragen vom Anwendungsbereich des Truststatuts aus. Die Bestimmung wird dahin gehend ausgelegt, dass auch die Frage der allgemeinen Handlungsfähigkeit des Begründers darunter fällt. Es darf davon ausgegangen werden, dass auch andere Vorfragen vom Truststatut nicht erfasst werden.

Klar keine Differenz zwischen dem Geltungsbereich des Truststatuts des Übereinkommens und dem in Artikel 149b verwendeten Begriff «trustrechtliche Angelegenheiten» besteht hinsichtlich der Frage der Aussonderbarkeit von Trustgut in der Zwangsvollstreckung gegen den Trustee bzw. der Haftung des Trustguts (Ziff. 1.4.2.1 und 1.6.2.1). Diese Frage ist sowohl im Sinne von Artikel 149b als auch nach dem Übereinkommen zweifellos als trustrechtlich zu qualifizieren. Einzelne Vernehmlassungsteilnehmer wünschten eine ausdrückliche Unterstellung der Frage unter das Truststatut im Rahmen von Artikel 149c (Art. 149b des Vorentwurfs.) Es erscheint jedoch hinreichend klar, dass mit der Verweisung auf das Übereinkommen in Artikel 149c Absatz 1 die Frage der Haftung des Treuguts dem Truststatut untersteht, zumal Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b des Übereinkommens diese Frage implizit dem auf den Trust anwendbaren Recht zuordnet. Die Aufnahme einer Detailbestimmung zum anwendbaren Recht nur für die Frage der Haftung erscheint daher nicht angezeigt.

Soweit das Truststatut auch Rechtsfragen erfasst, die nicht als trustrechtliche Angelegenheiten im Sinne von Artikel 149b anzusehen sind, gibt Artikel 15 des Übereinkommens dem schweizerischen Gericht die Möglichkeit, die betreffenden Fragen vom Truststatut auszunehmen und dem gemäss IPRG massgebenden Statut zu unterstellen. Wie sich aus den Bemerkungen zu Artikel 149a ergibt, gilt dasselbe für Rechtsfragen, die zwar als trustrechtlich anzusehen wären, aber eine besondere Art von Trust betreffen, auf die als *lex specialis* das Erb- oder Sachenrecht des IPRG anzuwenden ist. Mit einer Anwendung von Artikel 15 kann somit ein Auseinanderfallen der sachlichen Anwendungsbereiche des Artikels 149b auf der einen und des für das anwendbare Recht geltenden Regimes auf der anderen Seite verhindert werden.

Dass sich der sachliche Anwendungsbereich des Übereinkommens abgesehen von den in den Artikeln 3 und 5 vorgesehenen Ausnahmen als enger erweisen wird als der Begriff «trustrechtliche Angelegenheiten» in Artikel 149b, ist nicht anzunehmen. Ein solcher Fall wäre aber ohnehin unproblematisch, da das Übereinkommen den Vertragsstaaten nicht verbietet, das von ihm bezeichnete Recht auch für nicht in

seinen Anwendungsbereich fallende Rechtsfragen gelten zu lassen. Das nach den Regeln des Übereinkommens bestimmte Recht würde demnach für sämtliche trustrechtlichen Streitigkeiten im Sinne von Artikel 149*b* gelten.

Nebst dem bereits erwähnten Ausschluss von Artikel 5 des Übereinkommens enthält Absatz 2 von Artikel 149*c* die sinngemässe Erklärung, dass die Schweiz auf eine Anrufung der Ausnahmeklausel von Artikel 13 des Übereinkommens (s. Ziff. 1.5) verzichtet. Ein entsprechender Absatz findet sich bereits im Entwurf Thévenoz. Absatz 2 beruht auf dem Gedanken, dass Artikel 13 die Rechtssicherheit, die mit der Ratifikation geschaffen werden soll, erheblich relativiert. Artikel 13 widerspricht zudem dem Geist des IPRG, das sowohl für Verträge (Art. 116 Abs. 1) als auch für Gesellschaften (Art. 154 Abs. 1) vom Prinzip der Parteiautonomie ausgeht. Thévenoz weist in seinem Bericht (S. 137) zu Recht darauf hin, dass Artikel 13 des Übereinkommens dem altrechtlichen Vorbehalt des fiktiven Sitzes entspricht, welcher gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seit dem Inkrafttreten von Artikel 154 Absatz 1 IPRG keine Gültigkeit mehr besitzt.

Eine Bestimmung in der Art von Artikel 149*c* Absatz 2 wird auch in einem von Prof. Frank Vischer, Basel, für das Bundesamt für Justiz erstellten Gutachten befürwortet. Eine auf Artikel 13 gestützte Nichtanerkennung einzelner Trusts würde nach Auffassung des Gutachters einen Rückschritt hinter das geltende Recht bedeuten. Eine Anwendung von Artikel 13 könnte zudem zum unerwünschten Ergebnis führen, dass beispielsweise einem britischen Staatsangehörigen mit schweizerischem Wohnsitz die Errichtung eines englischen Trusts in der Schweiz verwehrt würde.

Der Vorentwurf sah als Variante einen Absatz 3 vor, der Absatz 2 etwas einschränken würde. Es waren Bedenken dagegen geäussert worden, eine Rechtswahl auch bei solchen Trusts zuzulassen, die keinerlei Bezug zum Ausland aufweisen, zumal nach vorherrschender Auffassung bei Verträgen die kollisionsrechtliche Parteiautonomie nur unter der Voraussetzung gegeben ist, dass ein Bezug zum Ausland vorliegt. Die Einschränkung bestand darin, dass für reine «Binnentrusts» die in Artikel 6 des Übereinkommens vorgesehene Rechtswahlmöglichkeit nicht gelten sollte.

Im Vernehmlassungsverfahren wurde diese Variante von einzelnen Teilnehmern begrüsst. Ihnen ging es darum, bei reinen Binnensachverhalten die Möglichkeit einer Umgehung des schweizerischen Rechts auszuschliessen. Eine ganze Reihe von Vernehmlassungsteilnehmern verlangte demgegenüber die ersatzlose Streichung der Bestimmung. Zur Begründung wurde v.a. angeführt, die fragliche Norm sei restriktiver als das geltende Recht, führe zu Rechtsunsicherheit und sei angesichts des im IPRG bereits vorhandenen Instrumentariums zur Vermeidung von Missbräuchen bzw. der diversen Ausnahmebestimmungen im Übereinkommen überflüssig. Es wurde auch die Befürchtung geäussert, dass gestützt auf Absatz 3 einem englischen Staatsbürger mit Wohnsitz in der Schweiz die Errichtung eines Trusts verwehrt werden könnte.

Nach Auswertung der Vernehmlassungsergebnisse und Abwägung aller Argumente ist nun die Entscheidung zugunsten der liberaleren Variante ausgefallen: Verzicht auf Artikel 13 des Übereinkommens in Artikel 149*c* Absatz 2 ohne einschränkenden Absatz 3. Ausschlaggebend war hier der Umstand, dass die Artikel 4, 15, 16 und 18 des Übereinkommens in Verbindung mit den Artikeln 17 und 18 IPRG einen ausreichenden Schutz vor einer Umgehung schweizerischen Rechts bieten (s. Ziff. 1.7.3.3).

Art. 149d IPRG

Die Absätze 1 und 2 dieser Bestimmung sehen die Publizmachung bestehender Trustverhältnisse zum Schutze gutgläubiger Dritter vor. Betroffen sind nur Trustverhältnisse in Zusammenhang mit Rechten, die mit einem Register verknüpft sind. Der im Vorkonsultationsverfahren vorgelegte erste Vorentwurf enthielt zusätzliche Publizitätsvorschriften für Trustverhältnisse bei Fahrnis und Ordrepapieren. Diese stiessen jedoch bei etlichen Konsultationsteilnehmern auf Kritik und wurden daher bei der Ausarbeitung des zweiten Vorentwurfs fallen gelassen. Im Vernehmlassungsverfahren wurde dies nicht beanstandet. Eine ganze Reihe von Stellungnahmen begrüsst im Gegenteil den Verzicht auf das im ersten Vorentwurf in Analogie zum Eigentumsvorbehaltsregister vorgesehene Register für Trustverhältnisse an Fahrniseigentum.

Im Gegensatz zum Vorentwurf, wo die einzelnen Rechte noch aufgezählt werden, ist in Absatz 2 des vorliegenden Entwurfs ganz allgemein von «Immateriälgüterrechten» die Rede, um die Gefahr einer Unvollständigkeit zu vermeiden. Eine Konkretisierung der betreffenden Regel in den einzelnen Gesetzen oder Verordnungen zum Immateriälgüterrecht wird dadurch nicht ausgeschlossen. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum ist im Begriff, die einschlägigen Verordnungen auf einen allfälligen Anpassungsbedarf hin zu überprüfen.

Ebenfalls im Gegensatz zum Vorentwurf sind die Absätze 1 und 2 nicht mehr als Verpflichtung, sondern als Kann-Vorschrift formuliert. Damit soll in Reaktion auf das Vernehmlassungsverfahren klargestellt werden, dass die Anmerkung bzw. Eintragung im Register keine eigentliche Verpflichtung darstellt, sondern eine reine Obliegenheit, deren Verletzung die Nachteile gemäss Absatz 3 nach sich zieht. Eine inhaltliche Änderung gegenüber dem Vernehmlassungsentwurf ist damit nicht beabsichtigt.

Absatz 3 sieht vor, dass ein nicht publiziertes Trustverhältnis gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist. Diese Regel dient dem Schutz der gutgläubigen Gläubiger des Trustees wie auch der gutgläubigen Erwerber bei Veräusserung des betroffenen Treuguts. Im Fall der Gläubiger des Trustees bewirkt sie, dass diese in der Zwangsvollstreckung gegen den Trustee auch auf den betroffenen Vermögensgegenstand greifen können. Für einen gutgläubigen Erwerber des nicht gekennzeichneten Gegenstands hat Absatz 3 zur Folge, dass jener auch dann nicht zur Rückgabe verpflichtet ist, wenn die Veräusserung pflichtwidrig erfolgt ist. Ob der Erwerber an einem veräusserten Grundstück oder Immateriälgüterrecht das Vollrecht erlangt, bestimmt sich ganz unabhängig von Artikel 149d Absatz 3 nach Schweizer Recht, da für die Übertragung von Immobilien bzw. Immateriälgüterrechten das Recht am Lageort bzw. Registrierungsort massgebend ist (Art. 99 Abs. 1 und 110 Abs. 1 IPRG). Artikel 149d Absatz 3 kommt erst dann zum Zug, wenn der Erwerber nach Schweizer Recht das Vollrecht erworben hat, das Bereicherungsstatut jedoch eine Rückübertragungspflicht des an und für sich vollberechtigten Erwerbers vorsieht, was im anglo-amerikanischen Trustrecht bei unentgeltlichem Erwerb der Fall ist.

Einzelne Teilnehmer des Vernehmlassungsverfahrens vertraten die Ansicht, dass anstelle einer Anmerkung im Grundbuch eine Vormerkung vorzusehen sei. Zu dieser eher technischen Frage ist festzuhalten, dass im bestehenden Recht sowohl den Anmerkungen als auch den Vormerkungen von Fall zu Fall unterschiedliche Wirkungen zukommen. Es kommt sogar vor, dass ein und dieselben Rechtswirkungen in einem Fall mit einer Anmerkung und in einem anderen Fall mit einer Vor-

merkung herbeigeführt werden. Die Vermerkung hat typischerweise konstitutive Wirkung, indem sie vorher nicht existente dingliche Wirkungen begründet. Die Anmerkung wirkt typischerweise rein deklaratorisch, indem sie bereits bestehende dingliche Wirkungen publik macht. Ein Vermerk im Grundbuch, der auf bereits bestehende Verhältnisse hinweist und dessen einzige rechtsgestaltende Wirkung darin besteht, die Gutgläubigkeit einer Drittperson auszuschliessen, die sonst von einem Gutgläubensschutz profitieren würde, sollte nach der hier vertretenen Auffassung in Form einer Anmerkung vorgenommen werden.

Artikel 149d Absatz 3 IPRG des Entwurfs entspricht dem Geist von Artikel 973 ZGB. Gemäss dem Bundesgericht ist nach dieser Bestimmung in seinem Erwerb geschützt, wer sich in gutem Glauben auf einen Grundbucheintrag verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat. Der Eintrag hat als vollständig zu gelten, und eine gutgläubige Drittperson erwirbt ein dingliches Recht ohne die Lasten, die im Grundbuch figurieren sollten, aber daraus nicht hervorgehen (so das Bundesgericht in BGE 109 II 104 E. 2a). Entsprechende Regelungen finden sich auch in den einzelnen Erlassen zum Immaterialgüterrecht.

Artikel 149d Absatz 3 IPRG geht insofern weiter als Artikel 973 ZGB, als er auch die Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren schützt und damit nicht nur Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs, sondern auch solche der gutgläubigen Kreditgewährung erfasst. Auch dort, wo Artikel 149d Absatz 3 IPRG den eigentlichen Erwerber von Trustgut schützt, besteht auf den ersten Blick ein Unterschied zu Artikel 973 ZGB: Nach der in der vorliegenden Botschaft vertretenen Auffassung handelt es sich bei dem am veräusserten Grundstück bestehenden Trustverhältnis nicht um eine dingliche Last, die auch für den Erwerber verbindlich wäre. Der Rückübertragungsanspruch gegenüber dem Erwerber beruht vielmehr auf dem Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung wegen Zuwendung aus wirtschaftlich fremdem Vermögen. Artikel 149d Absatz 3 IPRG bewirkt so gesehen nicht einen gutgläubigen Erwerb im eigentlichen Sinne, sondern einen Schutz vor einem Bereicherungsanspruch. Letztgenannte Wirkung ist nach herrschender Lehre allerdings auch in Artikel 973 ZGB enthalten. Gegen eine Drittperson, die nach dieser Bestimmung unbelastetes Eigentum erwirbt, können nicht nur keine dinglichen, sondern auch keine Bereicherungsansprüche geltend gemacht werden.

Artikel 149d enthält materiellrechtliche Vorschriften, die auch dann zur Anwendung gelangen, wenn der Trust oder der Herausgabeanspruch gegen den Erwerber selber nicht dem materiellen Schweizer Recht unterstehen. Es handelt sich hier um eine zwingend anwendbare Norm (*loi d'application immédiate*) im Sinne von Artikel 16 des Übereinkommens.

Man kann sich fragen, ob es sich bei den Bestimmungen des Artikels 149d überhaupt um eigentliche Normen des internationalen Privatrechts handelt und ob man sie nicht im jeweiligen Sachrecht platzieren müsste, wie z.T. im Vernehmlassungsverfahren vorgebracht wurde. Eine Platzierung in Anschluss an Artikel 149c IPRG erscheint jedoch insofern sinnvoll, als Absatz 3 der Bestimmung eine Einschränkung des Truststatuts bewirkt. Im Fall von Absatz 1 kommt hinzu, dass ein geeigneter Ort im ZGB fehlt, da der grundbuchrechtliche Teil keine eigentliche Regelung der Anmerkungen enthält. Die Rechtsgrundlagen für diese ergeben sich in der Regel aus denjenigen Normen, die die anzumerkenden Rechtsverhältnisse regeln. Dies trifft insbesondere auch auf die Anmerkung bei den im vorliegenden Bericht mehrfach als Vergleich herangezogenen Anlagefonds zu (Art. 16 AFG).

Art. 149e IPRG

Die indirekten Zuständigkeiten gemäss den Buchstaben b, c und e entsprechen denjenigen nach Artikel 165 IPRG. Buchstabe a ist insofern notwendig, als Artikel 26 Buchstabe b IPRG, wonach in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Zuständigkeit einer ausländischen Behörde bei Vorliegen einer gültigen Gerichtsstandswahl grundsätzlich zu anerkennen ist, von seinem Wortlaut her eine bloss einseitige Bezeichnung eines Gerichtsstandes nicht abdeckt. Artikel 26 Buchstabe b IPRG könnte allerdings in gewissen Fällen zur Anwendung kommen, wo die Streitparteien nachträglich eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen.

In Artikel 165 IPRG nur *de facto* vorgesehen ist die in Buchstabe d statuierte indirekte Zuständigkeit des Staates, dessen Recht der betroffene Trust untersteht. Die entsprechende Zuständigkeit ergibt sich in Artikel 165 aus der Zuständigkeit des Sitzstaates, da bei Gesellschaften der Staat, in dem sich der statutarische Sitz befindet, und der Staat, dessen Recht anzuwenden ist, in der Regel zusammenfallen. Die unter Buchstabe d aufgeführte indirekte Zuständigkeit war im Vorentwurf noch nicht enthalten.

Einzelne Vernehmlassungsteilnehmer hatten sich eine noch weiter gehende Erweiterung des in Artikel 149e aufgeführten Katalogs von indirekten Zuständigkeiten gewünscht. Dies würde jedoch zu einer nicht gerechtfertigt erscheinenden Ungleichbehandlung von Trusts und Gesellschaften führen. Aus derselben Überlegung wurde auch davon abgesehen, gemäss dem Wunsch von einzelnen Vernehmlassungsteilnehmern in Buchstabe e den Nebensatz «und die beklagte Partei ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte» wegzulassen, obwohl die neue Bundesverfassung²⁸ einen gesetzlichen Verzicht auf die Wohnsitzgerichtsstandsgarantie zuliesse (Art. 30 Abs. 2).

Wie schon bei Artikel 149b wurde der im Vorentwurf enthaltene Passus «betreffend Gültigkeit, Wirkungen, Verwaltung, Änderung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlich errichteten Trust» durch «in trustrechtlichen Angelegenheiten» ersetzt. Hinsichtlich der im Kommentar zu Artikel 149b erwähnten *construction summonses* bedurfte es keiner Änderung, da diese bereits vom Text des Vorentwurfs miterfasst werden.

2.3 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)²⁹

Art. 284a SchKG

Bei Schuldbetreibungen in Zusammenhang mit Trusts müssen zwei Arten von Schulden unterschieden werden: Schulden, die der Trustee in «indirekter Stellvertretung» des Trusts selber eingeht und für die er daher mit seinem persönlichen Vermögen haftet, und Schulden, für die das Trustvermögen haftet, sei es, weil der Trustee dieses direkt verpflichtet, oder sei es, weil die Schuld von ihrer Natur her an das Trustvermögen gebunden ist (siehe zu diesen «Trustschulden» Ziff. 1.3.3.2). Für die erste Kategorie, d.h. Schulden, für die der Trustee persönlich haftet, ist nach den

²⁸ SR 101

²⁹ SR 281.1

bestehenden Regeln des SchKG vorzugehen. Die Betreuung richtet sich gegen den Trustee und läuft grundsätzlich gleich ab, wie wenn er für private Schulden betrieben würde, mit der einzigen, wenn auch bedeutsamen Besonderheit, dass das Trustvermögen aus- bzw. abgesondert werden kann (siehe den nachstehenden Kommentar zu Art. 284b SchKG). Für eine Betreuung für «Trustschulden», d.h. die zweite Schuldenkategorie, bedarf es indes einer Sonderregelung.

Der im Vorkonsultationsverfahren vorgelegte Vorentwurf sah vor, dass der Trust selbständig betrieben werden kann. Er orientierte sich dabei am Beispiel der unverteilten Erbschaft, die wie der Trust ein verselbständigt Gesamthandvermögen darstellt und nach bestehendem SchKG selbständig betreibbar ist (Art. 49). Dies wurde indes in einem Teil der Stellungnahmen kritisiert, und zwar mit der Begründung, dass dem Trust selber keine Parteistellung gewährt werden dürfe und auch eine Betreuung gegen das Trustvermögen sich formell gegen den Trustee zu richten habe. Andernfalls gerate man in Konflikt mit dem anglo-amerikanischen Trustrecht, wo stets gegen den Trustee vorgegangen werden müsse. Dies könne zu Schwierigkeiten bei der Anerkennung schweizerischer Entscheide im Ausland führen. Im Vernehmlassungsentwurf wurde daher ein Systemwechsel vollzogen: Das Trustvermögen kann und muss immer noch selbständig betrieben werden. Die Betreuung hat sich aber formell gegen den Trustee bzw. einen der Trustees als Vertreter des Trusts zu richten. Somit wird zwar der Trustee betrieben, aber nicht als eigentlicher Schuldner, sondern nur als Vertreter des Trusts. Diesen Umstand hat der Gläubiger im Betreibungsbegehren offen zu legen, indem er bei der Angabe des Schuldners und des Forderungsgrundes darauf hinweist, dass die Person des Trustees als Vertreter eines Trust betrieben wird und dass es sich um eine Trustschuld handelt (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 und 4 SchKG).

Wird ein Trust von mehr als einem Trustee verwaltet, so befindet sich das Trustgut in deren Gesamteigentum. Dies hat zur Folge, dass für einen Zugriff auf das Trustvermögen grundsätzlich alle gemeinsam betrieben werden müssten. Artikel 284a sieht indes vor, dass der Betreibungsgläubiger sich einen der Trustees als Betreibungsschuldner aussuchen kann. Dieser gilt dann von Gesetzes wegen als Vertreter der Gesamthand. Dasselbe gilt im Ergebnis auch bei Betreibungen gegen eine unverteilte Erbschaft nach geltendem SchKG, für die kein Vertreter bestellt worden ist (Art. 65 Abs. 3 SchKG).

Ob für eine bestimmte Schuld das Trust- oder das Trustee-Vermögen haftet, ergibt sich aus dem Truststatut. Haften beide Vermögen, müssen diese separat betrieben werden.

Der im Vorentwurf gleich lautende Artikel 284a Absatz 1 wurde im Vernehmlassungsverfahren grundsätzlich gut aufgenommen. Inhaltlich bemängelt wurde lediglich das Fehlen von Bestimmungen zum Betreibungsort sowie zur Frage des Inhalts und der Zustellung der Betreibungsurkunden.

Beim Redigieren des Vorentwurfs wurde der Text von Absatz 1 als ausreichend betrachtet. Aus der Tatsache, dass sich die Betreuung gegen den Trustee zu richten hat, ergibt sich, dass sämtliche Zustellungen an diesen zu erfolgen haben und dass die Betreuung an seinem ordentlichen Betreibungsort einzuleiten ist. Dass es sich um eine Betreuung des Trustvermögens bzw. um eine Trustschuld handelt, konnte der Gläubiger gestützt auf den bereits erwähnten Artikel 67 Absatz 1 SchKG im Betreibungsbegehren angeben. Beim Erstellen des vorliegenden Entwurfs hat sich nun allerdings die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Zuständigkeit der Behörden am

Wohnsitz des Trustees nicht die optimale Lösung darstellt. Entsprechend ist nun für die Frage des Betreibungsortes eine neue Regelung vorgesehen.

Der betreffende Absatz 2 von Artikel 284a sieht als Betreibungsort den Sitz des Trusts im Sinne des neuen Artikels 21 Absatz 3 IPRG bzw. den tatsächlichen Ort seiner Verwaltung vor. Damit nähert man sich der für juristische Personen und Personengesellschaften geltenden Regelung an, was insofern Sinn macht, als es hier *de facto* um Betreibungen gegen den Trust selber geht, welcher wie eine juristische Person oder eine Gesellschaft ein verselbständigtes Sondervermögen darstellt. Zudem wird der Trust nun dort betrieben, wo er seinen Schwerpunkt und in vielen Fällen auch sein Vermögen hat. Das erleichtert einerseits die Abwicklung des Verfahrens und trägt andererseits dem im Zwangsvollstreckungsrecht geltenden Territorialitätsprinzip Rechnung. Letzteres ist insofern von Bedeutung, als die Betreibung für Trustschulden gemäss Absatz 3 auf Konkurs fortgesetzt wird. Der blosser Umstand, dass der betriebene Trustee in der Schweiz wohnt, begründet keinen genügenden Bezug des Trusts zur Schweiz, um das gesamte Trustvermögen mit Konkurs zu belegen.

Der primäre Betreibungsort ist der Sitz des Trusts und damit der Ort, an dem er gemäss seinen Bestimmungen verwaltet wird. Ist kein Verwaltungsort bezeichnet worden, so kommt gemäss Artikel 21 Absatz 3 IPRG des Entwurfs der Ort zum Zug, an dem der Trust tatsächlich verwaltet wird. Dasselbe gilt nach Artikel 284a Absatz 2 zweiter Satz SchKG, wenn zwar in den Trustbestimmungen ein Verwaltungsort bezeichnet worden ist, dieser sich aber im Ausland befindet. Diese Lösung beruht auf folgender Überlegung: Aus den im vorangehenden Absatz genannten Gründen soll ein Trust an seinem Sitz betrieben werden. Dabei ist in Übereinstimmung mit Artikel 21 Absatz 3 IPRG des Entwurfs primär auf den «statutarischen» Sitz abzustellen, da dieser zum einen leicht bestimmbar ist und der Trust zum ändern sich mit der Bezeichnung eines solchen quasi freiwillig der Hoheit des Betreibungsortes unterworfen hat. Erst wenn ein «statutarischer» Sitz fehlt, ist der Trust an seinem tatsächlichen Sitz, dem Ort, an dem er tatsächlich verwaltet wird, zu betreiben. Anders verhält es sich allerdings, wenn sich der «statutarische» Sitz im Gegensatz zum tatsächlichen nicht in der Schweiz befindet. Hier wird Letzterer zum Betreibungsort. Damit soll verhindert werden, dass ein Trust sich durch die Festlegung eines Sitzes im Ausland der Generalexekution in der Schweiz entziehen kann. Hat der Trust weder seinen «statutarischen» noch seinen tatsächlichen Sitz in der Schweiz, unterliegt er hier nicht mehr der ordentlichen Betreibung.

Eine Betreibung nach Artikel 284a SchKG ist gemäss dessen Absatz 3 stets auf Konkurs fortzusetzen. Die Spezialexécution in Sonderfällen bleibt vorbehalten. Dies gilt insbesondere für die Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG) und die Betreibung für eine der in Artikel 43 SchKG genannten Schulden (Steuern, Unterhaltsbeiträge etc.). Da sich die Betreibung gegen den Trustee in seiner Eigenschaft als Vertreter des Trusts richtet, erfasst der Konkurs nur das Trustvermögen, was in Absatz 3 ausdrücklich festgehalten wird. Das persönliche Vermögen des betriebenen Trustees unterliegt somit nicht dem Konkursbeschluss und kann nach den gewöhnlichen Regeln ausgesondert werden. Auch die persönlichen Schulden des Trustees werden nicht berührt.

Der erste Vorentwurf und der Vernehmlassungsentwurf sahen ebenfalls die Konkursbetreibung vor. Dieser Umstand stiess sowohl auf Zustimmung als auch auf Kritik. In einigen Stellungnahmen wurde die Auffassung vertreten, die Betreibungsart müsse sich nach dem betreibungsrechtlichen Status des betriebenen Trustees

richten. Dem ist entgegenzuhalten, dass der betreffende Trustee nicht persönlich, sondern als Vertreter des Trusts betrieben wird. Die Frage der massgebenden Betreibungsart kann daher nicht vom betriebsrechtlichen Status des Trustees abhängig gemacht werden.

Andere Stellungnahmen sprachen sich für eine Betreibung auf Pfändung aus. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass nach geltendem Recht bei ausländischen Gesellschaften und Vermögensmassen in der Schweiz durchwegs der Weg der Einzelvollstreckung zu beschreiten sei. Im anglo-amerikanischen Recht unterstützen Trustvermögen immer der Einzelvollstreckung. Eine Totalliquidation würde die Rechte der zukünftigen Begünstigten vereiteln.

Dem ersten dieser Einwände wird nun durch Absatz 2 Rechnung getragen, wonach der Trust nur dann mit Konkurs belegt werden kann, wenn sich sein Sitz oder der Ort seiner tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz befindet. Auch bei Gesellschaften und Stiftungen, mit denen der Trust im vorliegenden Zusammenhang verglichen werden muss, ist letztlich der Sitz dafür ausschlaggebend, ob sie in der Schweiz mit Konkurs belegt werden können. Die Frage, welchem Recht sie unterstehen, stellt sich nicht, da bei einer Eintragung in das schweizerische Handelsregister sich sowohl der Sitz als auch der Inkorporationsort im gleichen Staat, d.h. in der Schweiz als Registerstaat, befinden.

Was die übrigen Einwände betrifft, wurde dem Argument mehr Gewicht beigemessen, dass bei der Zwangsvollstreckung gegen Rechtsgebilde, die regelmässig einer Vielzahl Gläubiger gegenüberstehen, verhindert werden muss, dass ein Gläubiger den anderen in der Vollstreckung seiner Ansprüche zuvorkommt und damit in unbilliger Weise privilegiert wird. Mit der Betreibung auf Konkurs wird die gleichzeitige und gleichmässige Befriedigung und damit die Gleichbehandlung der Gläubiger zumindest in Bezug auf das in der Schweiz gelegene Vermögen gewährleistet.

Ob der Konkurs eines Trustvermögens die Auflösung des betreffenden Trusts zur Folge hat, bestimmt nicht das SchKG, sondern das jeweilige Truststatut.

Art. 284b SchKG

Wird ein Trustee persönlich und nicht als Vertreter des Trusts betrieben, so wird das Trustvermögen von Amtes wegen aus der Konkursmasse ausgeschieden. Dies bedeutet natürlich nicht, dass die Konkursverwaltung von Amtes wegen nach dem Bestehen eines Trustverhältnisses an einzelnen Vermögenswerten des Konkursiten zu forschen hat. Trustverhältnisse müssen wie andere Rechte an Vermögensstücken, die sich im Besitz des Konkursiten befinden, im Konkurs angemeldet werden (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Betrachtet die Konkursverwaltung ein geltend gemachtes Trustverhältnis als nicht hinreichend ausgewiesen, so hat sie in Anwendung von Artikel 242 Absatz 2 SchKG eine Frist zur Klage anzusetzen. Wer zu einer solchen Aussonderungsklage berechtigt ist, ergibt sich aus dem Truststatut. Meist sind es die Trustees und die Begünstigten.

Artikel 284b ersetzt Artikel 242a des ersten Vorentwurfs. Dieser enthielt neben dem Text von Artikel 284b den Nebensatz: «soweit die Publizitätsvorschriften der Artikel 149c–f IPRG gewahrt wurden». Dieser Satzteil ist ersatzlos gestrichen worden. Artikel 149d Absatz 3 (die damaligen Art. 149d–f sind im vorliegenden Entwurf wie gesagt nicht mehr vorhanden) sieht lediglich den Schutz der gutgläubigen Gläubiger vor. Eine weiter gehende Beschränkung der Aussonderbarkeit von Trustvermögen

erscheint in Hinblick auf Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b des Übereinkommens problematisch. Für die gutgläubigen Gläubiger bringt die Streichung des erwähnten Nebensatzes keine erheblichen Nachteile mit sich. Ist ein Trustverhältnis nicht im Grundbuch angemerkelt oder im jeweiligen Register für geistiges Eigentum eingetragen, so muss der betreffende Vermögenswert nur dann von Amtes wegen aus der Konkursmasse ausgeschieden werden, wenn das Trustverhältnis auf andere Weise evident ist. Ansonsten ist es an den Personen, die gemäss Truststatut befugt sind, für den Trust zu handeln, eine Aussonderungsklage anzustrengen und nachzuweisen, dass die Gläubiger vom Bestehen eines Trustverhältnisses wussten oder hätten wissen müssen.

Die Möglichkeit einer Aussonderungsklage für den Trust war in Artikel 242a des ersten Vorentwurfs ausdrücklich vorgesehen (Abs. 2). Im Vernehmlassungsentwurf sowie im vorliegenden Entwurf wurde auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet in der Meinung, dass die bestehenden Regeln genügen (Art. 242 Abs. 2 SchKG). Bereits im ersten Entwurf wurde auf Regeln zur Aussonderung von Trustgut bei Betreibung des Trustees auf Pfändung verzichtet. Auch hier kommen die bestehenden Regeln zum Zug. Wird geltend gemacht, eine gepfändete Sache sei Teil eines Trusts, so ist entweder nach Artikel 107 oder nach Artikel 108 SchKG zu verfahren, je nachdem ob sich die Sache im ausschliesslichen Gewahrsam des Schuldners oder zumindest im Mitgewahrsam des Trusts (als Dritten) befindet. Für die rechtliche Zuordnung des Gewahrsams im Verhältnis zwischen Trust und Trustee müssen dabei dieselben Regeln gelten wie zwischen juristischen Personen und ihren Organen.

Einzelne Vernehmlassungsteilnehmer waren demgegenüber der Auffassung, dass die Aussonderungsklage im Konkurs und die Aussonderung von Trustgut im Pfändungsverfahren ausdrücklich zu regeln seien.

3 Rechtsvergleichung

Mit Italien, den Niederlanden, Malta und neu auch Luxemburg, Liechtenstein und San Marino haben bereits sechs Staaten mit einem kontinentaleuropäischen Zivilrechtssystem das Haager Trust-Übereinkommen ratifiziert.

Die Niederlande

Die Niederlande haben ein Einführungsgesetz (*Wet conflictenrecht trusts* [WCT]) erlassen, welches zwei Scharnierbestimmungen zum nationalen Zivilrecht enthält:

Artikel 3 WCT gibt Artikel 12 des Übereinkommens wieder, unter Weglassung des Nebensatzes «soweit ... unvereinbar ist», was auf Deutsch folgenden Text ergibt: «*Will ein Trustee bewegliches oder unbewegliches Vermögen oder Rechte daran in ein Register eintragen lassen, so ist er hierzu in seiner Eigenschaft als Trustee oder unter anderweitiger Offenlegung des Bestehens eines Trusts befugt.*» Diese Bestimmung entspricht im Ergebnis Artikel 149d Absätze 1 und 2 des vorliegenden Entwurfs. Dieser geht aber noch einen Schritt weiter, indem er in Artikel 149d Absatz 3 eine negative Rechtsfolge für den Fall einer unterlassenen Eintragung vorsieht.

Artikel 4 WCT hält fest, dass die nationalen Bestimmungen betreffend Eigentumsübertragung, Sicherheiten oder Gläubigerschutz im Insolvenzfall den in Artikel 11 des Übereinkommens vorgesehenen Wirkungen nicht entgegenstehen. Die Bestim-

mung hat primär Artikel 384 Absatz 3 des niederländischen Zivilgesetzbuchs im Auge, wonach die Übertragung einer Sache ohne gültigen Rechtstitel erfolgt, wenn die Sache bloss als Sicherheit gedacht ist und nicht ins Vermögen des Empfängers übergehen soll. Einige Autoren befürchteten, dass diese Bestimmung mit Artikel 11 des Übereinkommens in Konflikt geraten könnte.

Aus Schweizer Sicht erscheint die Aufnahme einer Bestimmung in der Art von Artikel 4 WCT nicht angezeigt. Die in Artikel 11 des Übereinkommens vorgesehenen Wirkungen unterstehen dem auf den Trust anwendbaren Recht. Sie können vom schweizerischen Recht nur über die Artikel 15 (Vorbehalt des internationalen Privatrechts der Vertragsstaaten), 16 (zwingend anwendbare Normen [*lois d'application immédiate*]) und 18 (Ordre public) eingeschränkt werden. Aus den besagten Artikeln dürften sich keine nennenswerten Einschränkungen für Artikel 11 ergeben. Allfällige Konflikte zwischen dem schweizerischen Recht und Artikel 11 in Zusammenhang mit Grundstücken und Immaterialgüterrechten werden mit Artikel 149d des vorliegenden Entwurfs gelöst.

Italien

Italien hat auf eine Einführungsgesetzgebung verzichtet. Es besteht aber eine Praxis, wonach Trustees ihre Trustee-Stellung im Grundbuch und im Aktionärsregister eintragen lassen müssen. Für die Schweiz erscheint eine Eintragungspflicht im Aktionärsregister nicht erforderlich, da diesem keine zivilrechtliche Publizitätswirkung zukommt. Eine entsprechende Pflicht wäre allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Transparenz (Geldwäschereibekämpfung usw.) sinnvoll.

Malta

Das Zivilrecht von Malta ist zwar kontinentaleuropäisch geprägt, enthält aber ein eigentliches Trustrecht (*Offshore Trusts Act* von 1988). Mit dem Beitritt zum Haager Trust-Übereinkommen wurde ein Einführungsgesetz erlassen (Act Nr. XX. von 1994), welches nebst einigen Änderungen des Gesetzes von 1988 ergänzende Bestimmungen zum Übereinkommen enthielt. Sowohl das Gesetz als auch die internationalprivatrechtlichen Bestimmungen bilden heute Teil des *Trust and Trustees Act*, den Malta 2004 in der Absicht erlassen hat, die Attraktivität seines Finanzplatzes für das Trustgeschäft zu steigern.

Artikel 5A Absatz 2 des *Trust and Trustees Act* lässt das nach den Regeln des Übereinkommens bezeichnete anwendbare Recht auch für Trusts gelten, die gemäss dessen Artikeln 2 und 3 vom Übereinkommen nicht erfasst werden. Wie im Kommentar zu Artikel 149c ausgeführt wird, beschränkt sich die Schweiz bei Artikel 3 auf eine Ausdehnung des Geltungsbereichs des Truststatuts auf Trusts ohne schriftlichen Beleg. Nicht rechtsgeschäftliche Trusts werden bewusst nicht erfasst. In Zusammenhang mit Artikel 2 besteht aus Schweizer Sicht kein Grund für eine Ausdehnung des Geltungsbereichs, da der besagte Artikel bereits sehr offen formuliert ist.

In Artikel 5A Absätze 1 und 5, Artikel 6 Absatz 3 und Artikel 6A wird sinngemäss erklärt, dass von den Ermächtigungen und Vorbehalten zugunsten der einzelnen Vertragsstaaten in den Artikeln 9 (Ermächtigung, einen abtrennbaren Teilaspekt des Trusts einem anderen Recht zu unterstellen), 12 (Recht zur Eintragung des Trusts in bestehende Register), 14 (Vorbehalt des für eine Anerkennung günstigeren Rechts), 15 (Vorbehalt des eigenen internationalen Privatrechts), 16 (Vorbehalt der zwingend anwendbaren Normen [*lois d'application immédiate*]), 18 (Ordre-public-Vorbehalt)

und 19 (Vorbehalt des nationalen Steuerrechts) des Übereinkommens Gebrauch gemacht wird. Das Gesetz enthält zudem auslegende Erklärungen zu den Artikeln 17 und 22 (Art. 5A Abs. 3 und 4).

Aus Schweizer Sicht erscheint eine Erklärung zu den Artikeln 15, 16, 18 und 19 des Übereinkommens nicht erforderlich. Dass das Steuerrecht auch aus nationaler Sicht unberührt bleibt, erscheint selbstverständlich. Von den Vorbehalten in den Artikeln 15, 16 und 18 macht die Schweiz bereits dadurch Gebrauch, dass sie das Übereinkommen in den Rahmen des IPRG stellt. Die schweizerischen Bestimmungen zum *Ordre public* (Art. 17 IPRG) und zu den zwingend anwendbaren Normen (*lois d'application immédiate*, Art. 18 IPRG) sind damit unmittelbar anwendbar; ebenso diejenigen Bestimmungen des besonderen Teils des IPRG, die als *lex specialis* zum neuen Kapitel 9a gelten müssen (so möglicherweise das IPRG-Erbrecht hinsichtlich Trusts, die der Nachlassabwicklung dienen, oder das IPRG-Sachenrecht hinsichtlich Trusts mit der Funktion eines dinglichen Sicherungsrechts) oder die Rechtsfragen betreffen, die aus Sicht des IPRG nicht als trustrechtlich zu qualifizieren sind. Artikel 9 ist aus schweizerischer Sicht unmittelbar anwendbar und bedarf keiner Umsetzung.

Artikel 12 des Übereinkommens wird mit Artikel 149d des vorliegenden Entwurfs umgesetzt. Artikel 14 ist für die Schweiz bedeutungslos, da mit den vorgesehenen Anpassungen im IPRG dieses auf das Übereinkommen abgestimmt wird und die Schweiz somit kein alternatives Regime für die Anerkennung von Trusts kennt.

Bei den Artikeln 17 und 22 des Übereinkommens besteht aus schweizerischer Sicht kein Auslegungsbedarf. Im Übrigen verzichtet der vorliegende Entwurf ganz allgemein auf auslegende Erklärungen und überlässt die Klärung offener Fragen den Gerichten, nicht zuletzt deshalb, weil damit der künftigen Auslegung durch andere Vertragsstaaten Rechnung getragen werden kann.

Artikel 6A des maltesischen Gesetzes enthält ausführliche Bestimmungen zur Umsetzung von Artikel 15 Absatz 2 des Übereinkommens, wonach das Gericht, das gestützt auf Absatz 1 Bestimmungen anwendet, die zu einer Nichtanerkennung des zu beurteilenden Trust führen, versuchen muss, die Zwecke des Trusts mit anderen Mitteln zu verwirklichen. Aus schweizerischer Sicht kann die Umsetzung von Artikel 15 Absatz 2 dem richterlichen Ermessen überlassen werden. Hier ist z.B. denkbar, dass ein Schweizer Gericht einen Trust, dem es gestützt auf Artikel 15 Absatz 1 die Anerkennung als Trust versagt, weil er die Funktion einer Willensvollstreckung erfüllt, in eine Willensvollstreckung nach den Regeln des ZGB umwandelt.

Wie das schweizerische Zivilrecht in den Artikeln 335 Absatz 2 und 488 Absatz 2 ZGB verbietet auch das maltesische Zivilgesetzbuch die Errichtung von Familienfideikommissen. Im Gegensatz zum vorliegenden Entwurf (s. Ziff. 1.8.2.1) sieht der *Trust and Trustees Act* jedoch vor, dass Trusts von diesem Verbot nicht berührt werden (Art. 6 Abs. 4).

Gemäss Artikel 6 Absatz 5 des *Trust and Trustees Act* ist in Zusammenhang mit Trusts auch Artikel 586 des maltesischen Zivilgesetzbuches unbeachtlich, welcher vorschreibt, dass über den Nachlass einer Person nur in Form eines Testamentes verfügt werden kann. Gemäss dem im vorliegenden Entwurf vorgesehenen Regime bleibt für die Errichtung von Trusts, die erst mit dem Tod des Begründers entstehen sollen, das vom IPRG bezeichnete anwendbare Erbrecht vorbehalten (s. Ziff. 1.4.1.5). Trusts, die bereits zu Lebzeiten des Begründers entstehen und bei denen lediglich die Begünstigung gewisser Personen von seinem Tod abhängig

gemacht wird, haben als Verfügungen unter Lebenden zu gelten und unterstehen nicht den erbrechtlichen Regeln.

Der *Trust and Trustees Act* enthält auch eine Norm über die gerichtliche Zuständigkeit in Trustsachen. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 sind die maltesischen Gerichte zuständig, wenn der Trust dem nationalen Recht untersteht, wenn der Trustee seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Malta hat, über eine staatliche Bewilligung verfügt oder (als juristische Person) nach maltesischem Recht gegründet worden ist oder wenn Vermögenswerte des Trusts in Malta belegen sind oder von dort aus verwaltet werden.

Der *Trust and Trustees Act* sieht in den Artikeln 42 ff. ein vom anwendbaren Recht unabhängiges Aufsichts- und Bewilligungsregime für Trustees vor, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Geschäftsniederlassung in Malta haben oder die eine juristische Person sind und ihre Tätigkeit entgeltlich oder auf regelmässiger Basis ausüben. Ausgenommen sind gewisse Arten von Trustees, die bereits einem anderen Bewilligungsregime unterstehen. Für die Schweiz sei hier auf Ziffer 1.8.2.3 verwiesen.

Aufgehoben wurde mit dem *Trust and Trustees Act* eine frühere Klausel, wonach ein Trust keinen Begründer oder Begünstigten mit Wohnsitz oder Sitz in Malta haben konnte. Ebenfalls aufgehoben wurde ein Regime, das die Registrierung von Trusts vorsah. Der vorliegende Entwurf verzichtet, wie bereits ausgeführt, ebenfalls auf Beschränkungen bezüglich «Binnentrusts» und auf eine Registrierungspflicht (siehe den Kommentar zu Art. 149c in Ziff. 2.2. sowie Ziff. 1.7.2.1).

Luxemburg

Luxemburg hat ein Gesetz mit 15 Artikeln erlassen. Davon regeln vier Artikel das Verhältnis des Übereinkommens zum Zivilrecht. Es sind dies die Artikel 2, 10, 11 und 12.

Artikel 2 sieht im ersten Absatz vor, dass der Trustee als Eigentümer des Trustvermögens zu behandeln ist. Absatz 2 der Bestimmung stellt sodann klar, dass die in Artikel 11 des Übereinkommens vorgesehene rechtliche Trennung des Trustvermögens vom persönlichen Vermögen des Trustees durch die besagte Regel nicht berührt wird. Aus Schweizer Sicht ist auf eine Bestimmung in der Art von Artikel 2 zu verzichten. Die Berechtigung am Trustvermögen ergibt sich aus dem auf die einzelnen Vermögenswerte anwendbaren Recht gemäss IPRG. Ist Schweizer Recht anzuwenden (wie beispielsweise bei in der Schweiz belegenen Sachen), so ist der Trustee bereits nach bestehendem Recht als Vollberechtigter anzusehen.

Artikel 10 des Gesetzes bestimmt, dass bei Transaktionen in Zusammenhang mit dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen ein bestehendes Treuhand- oder Trustverhältnis im Grundbuch angemerkt werden muss. Gemäss Artikel 11 müssen Treuhänder und Trustees auch für eine Anmerkung des bestehenden Treuhand- oder Trustverhältnisses in anderen öffentlichen Registern besorgt sein. Diese Fragen werden im vorliegenden Entwurf in Artikel 149d behandelt. Diese Regelung ist insofern ausführlicher als die luxemburgische, als sie auch die Folgen einer Unterlassung festlegt.

Artikel 12 regelt die Frage der Formvorschriften für Treuhandverhältnisse und Trusts, die Immobilien, Schiffe oder Luftfahrzeuge betreffen. Aus Schweizer Sicht bedarf es hierzu keiner Regelung. Die Frage, ob ein Trust formgültig errichtet worden ist, bestimmt gemäss Artikel 8 des Übereinkommens das Truststatut. Für die

(s. Ziff. 1.8.2.3). Eine solche Unterstellung hätte aber keine finanziellen Auswirkungen, da die zuständige Aufsichtsbehörde kostendeckende Gebühren erheben würde.

Wie sich die Vorlage auf die Geschäftslast der Gerichte auswirken wird, ist schwer abschätzbar. Einerseits ist eine Zunahme des Trustgeschäfts zu erwarten. Andererseits wird mit der Ratifikation die Rechtsicherheit verbessert, was die Wahrscheinlichkeit von Gerichtsfällen eher verringert und zudem die Arbeit der Gerichte erleichtert. Anzumerken ist, dass Gerichtsfälle in Zusammenhang mit Trusts bereits unter dem geltenden Recht äusserst selten sind.

Positive finanzielle Auswirkungen für die Gemeinwesen sind aus dem in Ziffer 4.2 angesprochenen volkswirtschaftlichen Nutzen der Vorlage zu erwarten.

4.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Das mit einer Ratifikation des Übereinkommens geschaffene Plus an Rechtssicherheit bewirkt eine Stärkung des Finanzplatzes Schweiz, indem bessere Voraussetzungen für die Errichtung und Verwaltung von Trusts in der Schweiz geschaffen werden. Das Instrument des Trusts erfreut sich in gewichtigen Teilen der ausländischen Kundschaft grosser Beliebtheit. Die mit der Ratifikation angestrebte Verbesserung der Rechtssicherheit gibt der betroffenen Branche die Möglichkeit, der von der Kundschaft ausgehenden Nachfrage nach Trust-Lösungen besser zu entsprechen, was zu einer Steigerung der Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz führt. Damit erhofft man sich, eine Abwanderung des bestehenden Trustgeschäfts ins Ausland, wo neue Zentren für die Verwaltung von Trusts am Entstehen sind (zum Beispiel Singapur), zu verhindern und darüber hinaus neue Kundenkreise zu erschliessen, indem eine seriöse Alternative zu den international zunehmend unter Druck geratenen *offshore centers* angeboten wird. Die Vorlage liegt so betrachtet auf der Linie der aktuellen Bestrebungen zur Stärkung des Finanzplatzes Schweiz und zur Steigerung des Wirtschaftswachstums.

5 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht über die Legislaturplanung 2003–2007 als Richtliniengeschäft angekündigt.³⁰

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit der Vorlage

Der vorliegende Bundesbeschluss stützt sich auf Artikel 54 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV)³¹, welcher den Bund ermächtigt, völkerrechtliche Verträge abzuschliessen. Die Zuständigkeit der Bundesversammlung zur Genehmigung solcher Verträge ergibt sich aus Artikel 166 Absatz 2 BV. Was die im Bundesbeschluss vorgesehenen Gesetzesänderungen anbelangt, so stützen sich diese auf Artikel 122

³⁰ BBl 2004 1163 1193

³¹ SR 101

Absatz 1 BV, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts Sache des Bundes ist.

Laut Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV werden völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellt, wenn sie unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1), den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2) oder wenn sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3). Das Haager Trust-Übereinkommen ist kündbar (Art. 31 Abs. 1) und impliziert keinen Beitritt zu einer internationalen Organisation. Es stellt sich somit einzig die Frage, wie es sich mit Ziffer 3 verhält.

Das Übereinkommen enthält rechtsetzende Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts. Darüber hinaus sieht der vorliegende Entwurf für einen Bundesbeschluss Änderungen in zwei Bundesgesetzen vor. Die Voraussetzungen nach Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV sind folglich erfüllt und das Übereinkommen ist dem fakultativen Referendum zu unterstellen.

Die Bundesversammlung erlässt rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes oder der Verordnung. Die übrigen Erlasse ergehen in der Form des Bundesbeschlusses (Art. 163 BV). Untersteht der Genehmigungsbeschluss eines völkerrechtlichen Vertrags dem fakultativen Referendum, so kann die Bundesversammlung die Gesetzesänderungen, die der Umsetzung des Vertrages dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen (Art. 141a Abs. 2 BV).

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Der als Entwurf vorliegende Bundesbeschluss ist mit den bestehenden internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar. Dies gilt insbesondere für das zwischen den Staaten der Europäischen Gemeinschaft und den Staaten der Europäischen Freihandelsassoziation abgeschlossene Übereinkommen vom 16. September 1988³² über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen), welches von der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens und den im Entwurf vorgesehenen Anpassungen im innerstaatlichen Recht nicht berührt wird. Dem Artikel 149b IPRG des Entwurfs geht das Lugano-Übereinkommen vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Bei der Ausarbeitung von Art. 149b ist aber ohnehin darauf geachtet worden, dass die getroffenen Regelungen mit denjenigen des Lugano-Übereinkommens harmonisieren (s. Ziff. 2.2, insbesondere den Kommentar zu Art. 149b).

Das oben erwähnten Lugano-Übereinkommen ist ein Parallelabkommen zum europäischen Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüsseler Übereinkommen), welches zwischenzeitlich durch die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ersetzt worden ist.³³ Das sich in Revision befindliche Lugano-Übereinkommen soll dieser Verordnung inhaltlich angeglichen werden. Hinsichtlich des Trusts haben sich allerdings im Verhältnis zum Brüsseler und zum aktuellen Lugano-Übereinkommen so gut wie keine Änderungen ergeben.

Ansonsten ist der Trust im europäischen Recht nicht geregelt. Vom Anwendungsbereich des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Übereinkommen von Rom) und des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II) sind Trusts ausdrücklich ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 Bst. g bzw. Art. 1 Abs. 2 Bst. e).

³³ Im Verhältnis zu Dänemark gilt noch das Brüsseler Übereinkommen.