

Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung

Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ



DOMINIQUE JAKOB
Prof. Dr. iur., M.I.L. (Lund),
Universität Zürich



PETER PICHT
ass. iur., Universität
Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Einführung – Problemlagen und Regelungsumfeld
- II. Kernfragen der Nachlassgestaltung
 1. Vorbemerkung: Der trustee als Akteur und Zuordnungssubjekt der Vermögenswerte im trust
 2. Die Zulässigkeit einer trust-Errichtung durch Verfügung von Todes wegen
 - a. Der Meinungsstand
 - b. Die Abgrenzung der massgeblichen Statute als Lösungsansatz
 - aa. Die Errichtung einer letztwilligen Verfügung als Gegenstand des Erbstatuts
 - bb. Die Errichtung eines trust als Gegenstand des trust-Statuts
 - c. Der trust von Todes wegen bei ausländischem Recht als Erbstatut
 3. Die trust-Errichtung und Art. 335 ZGB
 - a. Die Gesamtregelung des Art. 335 ZGB als Gegenstand der Diskussion
 - b. Art. 16 oder Art. 18 HTÜ als Grundlage für einen Eingriff in das trust-Statut
 - c. Die inhärenten Schwächen des Art. 335 ZGB
 - d. Die Anforderungen des Art. 16 HTÜ
 - e. Die Verneinung des Eingriffsnorm-Charakters durch das Bundesgericht
 - f. Ergebnis
 4. trust und Nacherbeneinsetzung
 - a. Die Anwendung des Art. 488 ZGB auf den trust
 - aa. Die Anwendung über Art. 15 oder 16 HTÜ
 - bb. Die Anwendung als Bestandteil des Erbstatuts auf den trust von Todes wegen
 - b. Die grundsätzliche Zulässigkeit des trust auch bei Anwendung von Art. 488 ZGB
 - c. Mögliche Ausnahmen und ihre Konsequenzen
 5. trust und Pflichtteilsrechte
 - a. Problemstellung
 - b. Die Geltung Schweizer Pflichtteilsrechts auch gegenüber einem auslandsrechtlichen trust

- aa. Die Herabsetzung einer Vermögensübertragung auf den trust(ee)
- bb. Die beneficiary-Stellung als Ausfüllung der Pflichtteilsberechtigung
- cc. Folgen einer Herabsetzung für den trust
- c. Pflichtteilsrechte bei ausländischem Erbstatut
- III. Grundstücke als Objekte des trust-Vermögens
 1. Die Regelungssituation
 - a. Bestimmungen des HTÜ
 - b. Bestimmungen des IPRG
 - c. Bestimmungen der Verordnung betreffend das Grundbuch und der Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von trust-Geschäften
 - d. BewG und BGBB
 2. Die Übertragung von in der Schweiz belegenen Grundstücken in das Vermögen des trust(ee)
 - a. Problematik
 - b. Der Ansatz der Wegleitung Trust
 - c. Grundstücksübertragung bei Errichtung eines trust durch Rechtsgeschäft unter Lebenden
 - aa. Die Vermögenswidmung als schuldrechtliches Grundgeschäft
 - bb. Die Bestimmung des Geschäftsstatuts nach nationalem Kollisionsrecht
 - cc. Integration des Grundgeschäfts ins Schweizer Recht
 - dd. «Auslagerung» des Widmungsaktes in ein Geschäft neben dem Errichtungsakt
 - ee. Der formgültige Widmungsakt als Rechtsgrundausweis
 - d. Grundstücksübertragung durch Verfügung von Todes wegen
 - aa. Die Vermögensübertragung als Gegenstand des Erbstatuts sowie des trust-Statuts
 - bb. Die wirksame Verfügung von Todes wegen als Erwerbstatbestand
 - cc. Der Rechtsgrundausweis
 - dd. Eigentumserwerb erst mit der Eintragung?
 3. Die Anmerkung des trust-Verhältnisses im Grundbuch und die Befugnis zu ihrer Anmeldung
 - a. Die grundsätzliche Bedeutung einer Anmerkung des trust-Verhältnisses
 - b. Konkludente Erteilung der Anmeldebefugnis für die beneficiaries?
- IV. Leitwertungen für die Implantierung des trust ins Schweizer Recht?
 1. trust-Freundlichkeit
 2. Verwirklichung des settlor-Willens
 3. Wahrung konkreter schutzwürdiger Drittinteressen
 4. Einbindung als Institut «sui generis»
- V. Ergebnisse
- VI. Ausblick

DOMINIQUE JAKOB ist Inhaber eines Lehrstuhls für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich (<http://www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch>), PETER PICHT ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Jakob.

I. Einführung – Problemlagen und Regelungsumfeld

Der trust ist für die Schweizer Rechtsordnung kein neues Phänomen. Prominente Entscheide des Bundesgerichts haben sich mit ihm befasst und geben ein Musterbeispiel für den schwierigen Versuch, den trust in die bekannten Formen des Schweizer Rechts zu übersetzen;¹ die internationalprivatrechtliche Einordnung des trust unter die Normen des Gesellschaftsstatuts war Gegenstand differenzierter Betrachtungen;² die steuerliche Behandlung von trusts beschäftigte die Gerichte.³

Das Inkrafttreten des *Haager Trust-Übereinkommens (HTÜ)*⁴ hat nun aber eine neue Phase eingeleitet. Die Schweiz hat sich mit der Bindung an das Abkommen dafür entschieden, den trust nicht mehr als ein dem schweizerischen Recht strukturell fremdes Institut zu sehen und ihn in eine heimische Form (insbesondere: Gesellschaft) umzuwandeln. Vielmehr wird der trust nun als Institut eigener Art anerkannt. Dies bedeutet, dass der trust als solcher und damit auch das Recht, nach welchem er errichtet und ausgestaltet ist (das sogenannte trust-Statut), im Schweizer Recht Geltung erlangen; treffend wurde für diese Form der Anerkennung der Begriff *Implantation beziehungsweise Implantierung* geprägt.⁵ Aus der Anerkennungswirkung darf aber nicht der Fehlschluss abgeleitet werden, es gebe nun einen trust *gemäss Schweizer Recht*; denn nach wie vor kann ein trust nur als Institut einer ausländischen Rechtsordnung existieren, in der er als eigene Rechtsfigur bekannt ist.⁶

Schon jetzt hat die Ratifikation des HTÜ einige Dispositionen im nationalen Schweizer Recht nach sich gezogen und es spricht vieles dafür, dass sich dieser Prozess fortsetzen wird. Exemplarisch⁷ erwähnt sei die Aufnahme der neuen *Art. 149a-d in das IPRG*.⁸ Mit ihnen hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des HTÜ auf nicht schriftlich nachgewiesene trusts ausgedehnt (Art. 149a IPRG), Zuständigkeiten und die Geltung des HTÜ zur Bestimmung des anwendbaren Rechts festgelegt (Art. 149b und 149c IPRG), die Eintragung des trust-Verhältnisses in öffentliche Register vorgesehen (Art. 149d IPRG) sowie die Anerkennung trustrechtlicher Entscheidungen geregelt (Art. 149e IPRG).

In einer «*Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften*»⁹ wurden Empfehlungen zusammengestellt, wie die immobilien- und insbesondere grundbuchrechtlichen Aspekte von trust-Vorgängen zu behandeln sind. Namentlich äussert sich die Wegleitung zur Art der *Grundbuchanmeldung* bei einer Grundstücksübertragung auf einen trust, bei der Anmerkung des trust-Verhältnisses und der Löschung einer solchen Anmerkung, bei der Veräusserung eines Grundstücks durch den trustee, seinem Erwerb oder seiner Übertragung auf beneficiaries, schliesslich auch bei einem trustee-Wechsel oder einer Auflösung des trust.

Im August 2007 hat die Schweizer Steuerkonferenz zudem ein *Kreisschreiben zur trust-Besteuerung*¹⁰ herausgegeben, welches die Besteuerung eines trust in vereinheitlichter Form neu ordnen soll. Nach dem Ansatz des Kreisschreibens wird für die Besteuerung auf den settlor oder die beneficiaries durchgegriffen. Welche Seite steuerpflichtig ist, hängt insbesondere von der Einordnung des trust als widerruflich (revocable, dann Zurechnung des Vermögens an den settlor) oder unwiderruflich (irrevocable) ab. Innerhalb der Gruppe der irrevocable trusts soll dann wiederum unterschieden werden, ob der trust als fixed interest trust (dann Zurechnung an die beneficiaries) oder discretionary trust (dann im Grundsatz Zurechnung an den settlor) einzuordnen ist.¹¹

¹ Vgl. etwa die Entscheidungen BGE 96 II 79; BGer 4C_94/2005 v. 14.9.2005.

² S. dazu etwa Botschaft HTÜ, Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2.12.2005, BBl 2006 551, 562 ff.; RICHARD GASSMANN, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 149a N 1 f. m.w.N.; MATTHIAS SEILER, Trust und Treuhänder im Schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees, Diss. Zürich 2005, 109 ff.

³ Vgl. etwa BGE 85 I 115.

⁴ Das Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung ist für die Schweiz am 1.7.2007 in Kraft getreten, SR 0.221.371.

⁵ Vgl. etwa NEDIM PETER VOGT, Trusts und schweizerisches Recht (das Haager Trust Übereinkommen und die neuen Art. 149a–e IPRG), Anwaltsrevue 2007, 199.

⁶ Vgl. zur Bedeutung der «Anerkennung» des trusts und damit zum wesentlichen Gehalt des HTÜ etwa PETER GUTZWILLER, Trusts für die Schweiz, Anwaltsrevue 2007, 156; LUC THÉVENOZ, Créer et gérer des Trusts après l'adoption de la Convention de La Haye, Journée 2006 de droit bancaire et financier, 51; STEPHAN WOLF/NADINE JORDI, Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachen-

recht, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens, Bern 2008, 29, 37 f.

⁷ Vgl. eingehender zu den Anpassungen im Schweizer Recht die Botschaft HTÜ (FN 2), 551, insbesondere 581 ff.

⁸ Die Art. 149a ff. IPRG wurden eingeführt mit dem Bundesbeschluss vom 20.12.2006 über die Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, AS 2007 2849.

⁹ Eidgenössisches Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften (im Folgenden: Wegleitung Trust) vom 28.6.2007 i.d.F. vom 14.8.2007, abrufbar unter http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/grundbuch_egris.html.

¹⁰ Schweizer Steuerkonferenz, Besteuerung von Trusts, Kreisschreiben 30 vom 22.8.2007, abrufbar unter http://www.steuerkonferenz.ch/pdf/ks_30.pdf.

¹¹ Vgl. zum Kreisschreiben etwa TONI AMONN, Steuerrechtliche Aspekte des Trusts, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttre-

Worauf zielt der vorliegende Beitrag in diesem an Entwicklungen reichen Umfeld? Er will weder einen Überblick über die Rechtsfigur des trust noch über das HTÜ geben, die beide schon Gegenstand eingehender Darstellungen¹² waren. Auch können es diese Zeilen nicht unternehmen, einen Überblick über alle gegenwärtig diskutierten Probleme bei der Implantierung des trust zu schaffen. Vielmehr sollen die Augen auf einen der vielleicht relevantesten Einsatzbereiche für den trust, nämlich die *Nachlassplanung*,¹³ gerichtet und hierbei einige besonders bedeutsame Aspekte herausgegriffen werden: die testamentarische Errichtung von trusts, die Auswirkungen von Art. 335 und 488 ZGB auf den trust, das Verhältnis von trust und Pflichtteilsrechten sowie die Integration von Grundstücken in das trust-Vermögen. Bei der Entwicklung von Diskussionsansätzen zu diesen Teilaspekten werden indes notwendig auch *grundsätzliche Fragen* der Stellung des trust im Schweizer Recht behandelt. Daher schliesst der Beitrag mit dem Entwurf einiger Wertungen, welche für die Implantierung dieses Rechtsinstitutes (auch in der Zukunft) leitend sein können.

II. Kernfragen der Nachlassgestaltung

1. Vorbemerkung: Der trustee als Akteur und Zuordnungssubjekt der Vermögenswerte im trust

Ein trust¹⁴ als solcher weist keine Rechtssubjektivität auf, er kann also nicht Träger von Rechten und Pflichten sein. Vielmehr ist die *Person des trustee das Zuordnungssubjekt*

der Rechte und Pflichten «des trust».¹⁵ Auch die beneficiaries können gewisse Rechtspositionen im Hinblick auf den trust einnehmen (etwa wenn ihnen tracing-Ansprüche oder Ansprüche auf Zuwendungen aus dem trust zustehen), dingliche Rechte am trust-Vermögen kommen ihnen aber nicht zu.¹⁶ Die Übertragung von Vermögenswerten «auf den trust» und ihre weitere Verwendung ist mithin als Vermögensübertragung «auf den trustee» und als Verwirklichung der trust-Zwecke «durch den trustee» zu verstehen. Der trustee hält das trust-Vermögen als Rechtsinhaber, allerdings in einem Sondervermögen, welches Bindungen unterliegt, die sich insbesondere aus dem trust-Instrument ergeben. Diese rechtliche Grundsituation sei hier vorab noch einmal vergegenwärtigt. Hält man sie sich nämlich nicht beständig vor Augen, so läuft man Gefahr, aus der unbewussten Zuschreibung von Rechtssubjektivität an den trust heraus in eine verfälschte Sichtweise auf seine rechtlichen Beziehungen zu geraten. Im Folgenden soll daher, wenn eine Betonung der Rechtsinhaberschaft des trustee bei gleichzeitiger Bindung an den trust erforderlich erscheint, die Terminologie «trust(ee)» statt einfach nur «trust» oder «trustee» verwendet werden.

2. Die Zulässigkeit einer trust-Errichtung durch Verfügung von Todes wegen

Dass infolge der Ratifikation des HTÜ der *unter Lebenden* errichtete trust in die schweizerische Rechtsordnung zu implantieren ist, wird – bei allen Meinungsverschiedenheiten im Detail – im Grundsatz nicht bestritten. Hingegen muss erst noch geklärt werden, ob auch ein trust *von Todes wegen* in einem Schweizer Testament¹⁷ errichtet werden kann. Nach kurzer Darstellung des Meinungsstandes soll im Folgenden, ausgehend vom internationalen Privatrecht, aufgezeigt werden, dass der «trust von Todes wegen» im Schweizer Recht durchaus anzuerkennen ist.

ten des Haager Trust-Übereinkommens, Bern 2008, 79 mit den dortigen Literaturnachweisen.

¹² Vgl. zum trust etwa DAVID HAYTON, *The Law of Trusts*, 4. A., London 2003. Zum HTÜ etwa PETER GUTZWILLER, *Schweizerisches Internationales Trustrecht, Kommentar zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ)* vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006, Basel 2007; DOMINIQUE JAKOB/DANIELLE GAUTHEY LADNER, *Die Implementierung des Haager Trust Übereinkommens in der Schweiz*, IPRax 2008, 453.

¹³ Vgl. zu den Vorzügen des trusts als Instrument der Nachlassplanung auch DAVID WILSON, *Planification immobilière autour du Trust*, in: Margareta Baddeley/Bénédict Foëx (Hrsg.), *La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher*, Genf/Zürich/Basel 2008, 127, 128 ff.: *Bewahrung der rechtlichen und tatsächlichen Nachlasseneinheit, Berücksichtigung divergierender Begünstigteninteressen, u.U. steuerliche Vorteile.*

¹⁴ Angemerkt sei an dieser Stelle, dass sich der vorliegende Beitrag lediglich mit dem durch Rechtsgeschäft errichteten trust (express trust) befasst. Jener bildet auch das Modellobjekt für die Regelungen des HTÜ, vgl. GUTZWILLER (FN 12), 42 f.

¹⁵ Vgl. hierzu auch Art. 2 HTÜ sowie etwa WILSON (FN 13), 131 f.; WOLF/JORDI (FN 6), 39; LUC THÉVENOZ, *Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les Trusts et codification de la fiducie – Trusts in Switzerland: Ratification of The Hague Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers*, Zürich 2001, 25 f.; PETER BÖCKLI, *Der angelsächsische Trust – Zivil- und steuerrechtliche Behandlung*, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Sonderdruck) 2007, 15; NEDIM PETER VOGT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG)*, 2. A., Basel 2006, Vor Art. 149a–e N 34.

¹⁶ Vgl. hierzu näher BÖCKLI (FN 15), 23; THOMAS MAYER, *Der Trust und das auf ihn anwendbare Recht aus Schweizer Sicht*, recht 2007, 64, 67 ff.

¹⁷ Um den angemessenen Rahmen nicht zu sprengen, soll hier nur auf die testamentarische Errichtung eines trusts eingegangen werden und der Erbvertrag ausgespart bleiben.

a. Der Meinungsstand

Bei – soweit ersichtlich – fehlender dezidierter Rechtsprechung *lehnt* ein gewichtiger Teil der Literatur die testamentarische Errichtung eines trust *ab*.¹⁸ Das zentrale Bedenken ergibt sich dabei aus dem *numerus clausus* der erbrechtlichen Verfügungsarten.¹⁹ Denn in der Tat: Ob man die testamentarische trust-Errichtung nun als eigentliche erbrechtliche Verfügung ansieht oder den *numerus clausus* auf wesensmässig gleichartige Geschäfte erstreckt,²⁰ jedenfalls gehört der trust nicht zu den vom Schweizer Erbrecht dem Erblasser zur Verfügung gestellten Gestaltungsformen.

Andere Stimmen *befürworten* es, dem Erblasser beziehungsweise settlor die Möglichkeit zur Errichtung eines trust zu gewähren. Sie halten in einem ersten Schritt das Erbstatut für anwendbar²¹ und stützen ihre Auffassung dann auf verschiedene dogmatische Argumente: auf eine extensive Auslegung des Art. 493 ZGB;²² auf die Überlegung, dass die Errichtung eines trust gar keine erbrechtliche Verfügung darstelle und mithin auch nicht vom *numerus clausus* dieser Verfügungen erfasst sein könne;²³ oder auf eine Deutung des

trust von Todes wegen als Erbeinsetzung des trustee, verbunden mit einer Auflage in Gestalt der Zuwendungen an die beneficiaries.²⁴

Vorgeschlagen²⁵ wird auch eine *Differenzierung* dahin, dass testamentarische trusts unzulässig sein sollen, wenn sie eine «*erbrechtliche Funktion*» (als Beispiele genannt: Willensvollstreckung, Nacherbeneinsetzung, Nachlassabwicklung) erfüllen; in anderen Fällen sei die testamentarische trust-Errichtung jedoch wirksam.

b. Die Abgrenzung der massgeblichen Statute als Lösungsansatz

aa. Die Errichtung einer letztwilligen Verfügung als Gegenstand des Erbstatuts

Geht es um Rechtsgeschäfte von Todes wegen, so ist in erster Linie das Erbstatut einschlägig, welches sich im Schweizer Recht nach den Art. 86 ff. IPRG bestimmt. Diese Vorschriften bleiben auch unter Geltung des HTÜ massgeblich, schon weil das HTÜ nach Art. 4 und Art. 15 Abs. 1 lit. c HTÜ in weiten Teilen dieses Rechtsbereichs keine Anwendung findet.²⁶

Schweizer Recht bildet dabei nach Art. 90 Abs. 1 IPRG das Erbstatut, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte und keine wirksame Rechtswahl nach Art. 90 Abs. 2 IPRG getroffen wurde, welche letztere nur dem ausländischen Staatsbürger möglich ist. Nach Art. 91 Abs. 2 IPRG findet Schweizer Recht Anwendung, wenn der Erblasser Schweizer mit letztem Wohnsitz im Ausland war, eine Zuständigkeit der Schweizer Gerichte nach Art. 87 IPRG besteht und keine wirksame Rechtswahl zum Recht des letzten Wohnsitzes nach Art. 91 Abs. 2 IPRG getroffen wurde.

Dem *Geltungsbereich des Erbstatuts* unterliegen unter anderem die Arten, die Wirksamkeit und die Wirkungen erbrechtlicher Verfügungen.²⁷ Ordnete man die *Errichtung* des trust von Todes wegen als erbrechtliche Verfügung in diesem Sinne ein, so wäre ihre Zulässigkeit in der Tat nach den Normen und Grundsätzen des Erbstatutes zu beurteilen. Zwar kann sich – bei Schweizer Erbstatut – dann nicht die Frage stellen, ob die Errichtung eines trust *gemäss Schweizer Recht* zuzulassen ist; denn auch nach der Ratifikation des HTÜ

¹⁸ So etwa ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 2. A., Freiburg 2006, 273; FLORENCE GUILLAUME, Trust, réserves héréditaires et immeubles, AJP/PJA 2009, 33, 38; THÉVENOZ (FN 15), 215; SEILER (FN 2), 96.

¹⁹ Vgl. zu diesem statt aller PETER WEIMAR, in: Heinz Hausheer/Hans Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Bern 2009, Einleitung zum 14. Titel N 23.

²⁰ S. hierzu etwa PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, Bern 2006, Rz. 519.

²¹ So etwa WOLF/JORDI (FN 6), 60, allerdings kumuliert mit den Vorschriften «die auf ihn [den trust] nach dem Truststatut anwendbar sind»; JULIEN PERRIN, Le Trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, Diss. Lausanne 2006, N 484 f.

²² So etwa FLORENCE GUILLAUME, Fragen rund um die Eintragung eines im Trustvermögen befindlichen Grundstücks ins Grundbuch, ZBGR 2009, 12; THOMAS MAYER, Das Haager Trust Übereinkommen; Auswirkungen und Vorteile einer Ratifikation aus rechtlicher Sicht, AJP/PJA 2004, 156, 161, unter Verweis auch auf die testamentarische Errichtung liechtensteinischer Stiftungen.

²³ So etwa PERRIN (FN 21), N 491; PIETRO SUPINO, Rechtsgestaltung mit Trusts aus Schweizer Sicht, Diss. St. Gallen 1994, 198; CHRISTOPHE WILHELM/JULIEN PERRIN, Le Trust et le droit Suisse des successions internationales, Der Schweizer Treuhänder 2006, 683, 685. Zu dieser Gruppe ist auch PETER TUOR zu rechnen, der unter Verweis auf Normen wie Art. 493 i.V.m. Art. 81 ZGB, 303 ZGB oder 476 ZGB «in einer Verfügung von Todes wegen jeden weiteren nichterbrechtlichen Inhalt zulassen [möchte], zu dessen gültiger Festsetzung die Form jener Verfügung passend und genügend ist», vgl. PETER TUOR, in: Heinz Hausheer/Hermann Becker/Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Bern

1952, Vorbem. zu Art. 481 ff. ZGB N 4 ff.; ROGER VON BURG, Der Trust in der Schweiz, in: Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Band IX, Basel 2007, 501 f., der zugleich de lege ferenda für eine Ausweitung des Art. 493 ZGB plädiert.

²⁴ SEILER (FN 2), 120 m.w.N.

²⁵ Vgl. etwa MAYER (FN 22), 161; WOLF/JORDI (FN 6), 62 (allerdings in gewissem Widerspruch zu Punkt 4.5 auf Seite 62 f.); Botschaft HTÜ (FN 2), 563.

²⁶ Vgl. zur Bedeutung der Art. 4 und 15 HTÜ noch hinten III.1.a.

²⁷ Vgl. nur ANTON K. SCHNYDER/PETER LIATOWITSCH, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG), 2. A., Basel 2006, Art. 92 N 5 m.w.N.

kennt das Schweizer Zivilrecht die Rechtsfigur des trust als eigene nicht. Aber der trust von Todes wegen müsste als ausländisches Institut in das System des schweizerischen Erbrechts eingepasst werden können.

bb. Die Errichtung eines trust als Gegenstand des trust-Statuts

Indes: Unserer Meinung nach geht die vorstehend skizzierte Zuordnung zum Erbstatut fehl; vielmehr sollte die Errichtung eines trust auch dann dem trust-Statut unterstehen, wenn sie von Todes wegen erfolgt.²⁸ Für die Anwendung des trust-Statuts auf die Errichtung eines trust von Todes wegen sprechen eine Analyse der einschlägigen Bestimmungen des HTÜ sowie Praktikabilitätsabwägungen innerhalb der Schweizer Rechtsordnung.

(1) Das trust-Statut als sedes materiae

Schon dem Wortlaut nach umfassen die Art. 2 und 8 HTÜ den trust von Todes wegen. Denn nach Art. 2 HTÜ kann ein «trust» im Sinne des HTÜ «durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall» errichtet sein²⁹ und Art. 8 HTÜ erklärt das Übereinkommen auf die Gültigkeit und damit auch die Errichtung des trust für anwendbar, ohne dabei nach der Errichtung unter Lebenden oder von Todes wegen zu unterscheiden.

Auch die herrschende Literatur zum HTÜ nimmt die Errichtung des trust von Todes wegen nicht vom Anwendungsbereich des Art. 8 HTÜ aus beziehungsweise unterstellt sie nicht den Art. 4 und 15 HTÜ.³⁰ Und vor der Ratifikation des HTÜ unterstellte die herrschende Schweizer Auffassung die Errichtung jedenfalls solcher trusts von Todes wegen dem Art. 154 IPRG (also nicht den Art. 90 ff. IPRG), die keine blosse Nachlassabwicklungsfunktion aufwiesen;³¹ nach dem damaligen Regelungszustand bildete aber Art. 154 IPRG für das allgemeine trust-(Errichtungs-)Statut jene Kollisionsregel, die nun dem HTÜ zu entnehmen ist.

Art. 4 und 15 Abs. 1 lit. c HTÜ stehen diesem Befund nicht entgegen. Art. 4 HTÜ betrifft die Gültigkeit von Testamenten, in deren äusserlichem Rahmen ein trust von Todes wegen errichtet wird, und zwar im Hinblick auf die Vermögensübertragung an einen trust. Der inhaltliche Errichtungsakt des trust ist mit dem so abgegrenzten Bereich aber nicht identisch. Art. 15 Abs. 1 lit. c HTÜ wiederum behält zwingende Bestimmungen derjenigen lex causae vor, welche das Erbstatut bildet. Er schreibt aber in keiner Weise vor, dass auch der trust-Errichtungsakt dem Erbstatut zu unterstellen sei.

Ferner ist zu bedenken, dass bei anderer Interpretation das HTÜ sehenden Auges den trust in allen Nicht-trust-Jurisdiktionen der Umdeutung in nationalrechtliche Institute preisgegeben hätte, sofern das Kollisionsrecht jener Jurisdiktionen nicht seinerseits auf das trust-Statut zurückverweist. Es erscheint nun merkwürdig, einem Abkommen, das auf die möglichst einheitliche Anerkennung des Rechtsinstituts trust in allen Vertragsstaaten gerichtet ist (auch soweit es sich um Nicht-trust-Jurisdiktionen handelt), solch einen Regelungswillen zu unterstellen. Gilt aber das HTÜ auch für die Bestimmung des auf trusts von Todes wegen anwendbaren Rechts, so ist dieses Ergebnis für die Schweiz nach Ratifikation des Abkommens verbindlich.

Will man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – einerseits die trust-Errichtung von Todes wegen dem Schweizer Erbstatut unterstellen, sie andererseits aber nicht für unzulässig halten,³² so wirft das die Frage nach der dogmatischen Praktikabilität auf. Entweder man überträgt schweizerisches Zivil-, insbesondere Treuhand- und Stiftungsrecht und versucht, einen trust in eine derartige Rechtsform zu übersetzen. Hierin liegt aber gerade der Ansatz früherer trust-Rechtsprechung,³³ welcher als nicht tragfähig erkannt wurde und letztlich in die gesetzgeberische Entscheidung zur Ratifikation des HTÜ mündete. Oder man bringt innerhalb des Schweizer (Erb-)Rechts das Recht derjenigen trust-Jurisdiktion zur Anwendung, dem der trust nach den Regeln des HTÜ unterstehen würde. Wäre es statt der letztgenannten, komplexen Vorgehensweise nicht besser, die trust-Errichtung von vornherein nach dem trust-Statut zu beurteilen?

(2) Die Implikationen der Zuordnung zum trust-Statut

Ordnet man – wie hier vertreten – die Errichtung des trust von Todes wegen dem trust-Statut zu, so fällt eine wesentliche gedankliche Voraussetzung für die Ablehnung der testamentarischen trust-Errichtung weg. Denn nur unter der Annahme, der Errichtungsakt eines trust von Todes wegen sei dem Erbstatut zu unterstellen, kann sich der schweizerische numerus clausus letztwilliger Verfügungen der wirk-

²⁸ Anscheinend ähnlich PETER BREITSCHMID, Trust und Nachlassplanung, in: Isaak Meier/Kurt Siehr (Hrsg.), Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, 49, 66 f.

²⁹ Bedeutsam ist hierbei auch, dass die Formulierung «inter vivos or on death» beziehungsweise «entre vifs ou à cause de mort» nicht etwa ohne nähere Erörterung in das Übereinkommen aufgenommen wurde; vielmehr sollte sie nach Diskussionen über diesen Punkt ausdrücklich klarstellen, dass das HTÜ auch für von Todes wegen errichtete trusts gilt. Daher ist «für den Todesfall» auch nicht als Umschreibung von Geschäften gemeint, die unter Lebenden auf den Todesfall geschlossen werden. Vgl. ALFRED VON OVERBECK, Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention, Den Haag 1985, Rn. 42.

³⁰ VON OVERBECK (FN 29), Rn. 42. 81 ff.; DAVID HAYTON, The Hague Convention on the law applicable to Trusts and on their recognition, International and Comparative Law Quarterly 36 (1987), 260, 269; GUTZWILLER (FN 12), 41; BREITSCHMID (FN 28), 62 f.; VON BURG (FN 23), 491 f.

³¹ Botschaft HTÜ (FN 2), 563.

³² So dürfte die Konsequenz der gegenwärtig im Schrifttum dominierenden Auffassungen lauten.

³³ Siehe vorne I.

samen Errichtung überhaupt entgegenstellen. Findet hingegen das Erbstatut keine Anwendung, weil es sich bei der trust-Errichtung nicht um eine letztwillige Verfügung im Sinne seines Anwendungsbereiches handelt, so gilt für ihn von vornherein auch der *numerus clausus* letztwilliger Verfügungen nicht.

Hieran würde auch eine Position nichts ändern, die dem *numerus clausus* einen weiten Geltungsbereich verleiht und ihm auch Geschäfte unterstellt, die keine Verfügungen von Todes wegen im engen Sinne sind. Unterliegt nämlich die trust-Errichtung dem trust-Statut, so untersteht sie einer anderen Rechtsordnung als dem Erbstatut³⁴ und kann durch ein bloss erweiterndes Geltungsverständnis erbrechtlicher Grundsätze (hier: des *numerus clausus*) nicht mehr erfasst werden. Die Unterstellung der trust-Errichtung unter den *numerus clausus* erbrechtlicher Verfügungsarten würde vielmehr einen *Einbruch des Erbstatutes in das eigentlich berufene Statut* konstituieren.

(3) *Die Zulässigkeit des trust von Todes wegen auch bei (hypothetischer) Anwendung des Schweizer Rechts*

Selbst wenn man aber die *Errichtung eines trust von Todes wegen dem Erbstatut* – und damit gegebenenfalls dem Schweizer Recht – *unterstellen wollte*, so erschiene es geboten, dem Schweizer Recht *kein Errichtungshindernis* zu entnehmen:³⁵ Der von Todes wegen errichtete trust bildet einen integralen Bestandteil des Rechtsinstitutes trust und stellt in der Praxis der grossen trust-Rechtsordnungen eine seiner wesentlichsten Einsatzformen dar.³⁶ Eine Implantierung des

trust ohne den trust von Todes wegen wäre daher eine *dem Geiste des HTÜ widersprechende* Verkürzung. Dementsprechend geben auch die Botschaft HTÜ³⁷ und die Wegleitung Trust³⁸ zu erkennen, dass seine Errichtung möglich sein soll.

Weiterhin würden Erblasser, für die das Schweizer Erbstatut nicht nach Art. 90 Abs. 2 Satz 2 IPRG zwingende Anwendung findet, möglicherweise in eine *Abwahl des Schweizer Erbrechts* gedrängt, sofern sie zur Nachlassgestaltung einen trust errichten möchten. Ob dies ein gewünschter Effekt ist, erscheint unter anderem deswegen zweifelhaft, weil dann auch das Schweizer Pflichtteilsrecht seine Schutzwirkungen grundsätzlich nicht entfalten könnte.³⁹

c. Der trust von Todes wegen bei ausländischem Recht als Erbstatut

Sofern ausländisches Recht das Erbstatut ist, kann es sich dabei um dieselbe Rechtsordnung handeln, welche auch das trust-Statut bildet. Dann dürfte ein relativ reibungsloses Ineinandergreifen von Erbrecht und trust-Recht zu erwarten sein.

Sofern unterschiedliche (ausländische) Rechtsordnungen das Erbstatut beziehungsweise trust-Statut bilden, können sich Abstimmungsprobleme ergeben, die sich hier kaum verallgemeinernd darstellen lassen. Daher soll – auch im Hinblick auf das soeben zum Schweizer Recht gefundene Ergebnis – für die Abgrenzung beider Statute aus Sicht eines Schweizer Richters lediglich festgehalten werden, dass dem *trust-Statut* in derartigen *Konstellationen alle Fragen der Entstehung des trust und der Pflichtenbindung des trustee* unterliegen, während die Seite der *Nachfolge von Todes wegen* in den Vermögensgegenstand dem *Erbstatut* unterfällt. Zum Geltungsbereich des Erbstatutes gehört daher auch, wie die Wegleitung Trust zu Recht anmerkt,⁴⁰ die Frage nach dem direkten oder durch einen administrator beziehungsweise executor vermittelten Erwerb des trustee.

3. Die trust-Errichtung und Art. 335 ZGB

Art. 335 ZGB untersagt die Errichtung von *Unterhaltstiftungen* sowie *Familienfideikommissen*. Trusts können aber

dürfte eine «erbrechtliche Funktion» fast stets angenommen werden können, nämlich die Aufteilung des Vermögens des Erblassers durch eine Art «Nachlassverwaltung». Eine Differenzierung danach, ob dieser Aspekt überwiegt oder die inhaltlichen Ziele, welche der Erblasser ja fast stets mit seiner Nachlassgestaltung verfolgen wird, würde eine allzu grosse Rechtsunsicherheit nach sich ziehen.

³⁴ Hierin unterscheidet sich dann der trust auch wesentlich von der Erb Stiftung im Sinne des Art. 493 ZGB, denn deren Errichtung beurteilt sich nach dem Schweizer Recht und muss daher in den Katalog der zulässigen Gestaltungsformen dieses Rechts eingegliedert werden, während die trust-Errichtung gar keine Handlung *im Schweizer Recht* darstellt. Ein Verweis auf Art. 493 ZGB kann somit schwerlich als Argument dafür dienen, dass besondere Gestaltungsformen von Todes wegen ausdrücklich im schweizerischen Recht vorgesehen sein müssen, um als zulässig zu gelten.

³⁵ Für eine dogmatische Einordnung der trust-Errichtung käme dann die Übertragung des Art. 493 ZGB (analog beziehungsweise dem Rechtsgedanken nach) in Betracht. Den Vorzug dürfte jedoch eine Einstufung der trust-Errichtung als Verfügung *sui generis* verdienen, weil man so eine Verwischung der Unterschiede zwischen trust und Stiftung vermeidet. Freilich muss man dann annehmen, dass mit der Ratifikation des HTÜ eine Erweiterung des erbrechtlichen *numerus clausus* um dieses *sui generis*-Institut eingetreten ist.

³⁶ Vgl. statt aller PHILIP PETTIT, *Equity & the Law of Trusts*, Oxford 2009, 5. An dieser Stelle auch eine Anmerkung zu der Auffassung, welche die Errichtung eines trusts von Todes wegen dann für unzulässig halten will, wenn er eine «blosse Nachlassabwicklungsfunktion» aufweist: Nachdem es für den von Todes wegen errichteten trust modellhaft ist, dass der trustee nach dem Tode des settlor beneficiaries Zuwendungen macht,

³⁷ Botschaft HTÜ (FN 2), 563, 571.

³⁸ Die Wegleitung Trust (FN 9) erörtert den trust von Todes wegen ganz ohne Differenzierung nach der Person des Errichtenden.

³⁹ Dies gilt zumal, weil sich Schweizer Pflichtteilsrecht gegenüber einem ausländischen Erbstatut nach h.M. nicht als *ordre public* durchsetzt, vgl. dazu auch hinten II.5.c.

⁴⁰ Wegleitung Trust (FN 9), 3.

so ausgestaltet werden, dass sie eine grosse Ähnlichkeit zu diesen Instituten aufweisen, sie gleichsam nachbilden. Das wirft die Frage auf, ob sich Art. 335 ZGB derartigen trusts mit Folge ihrer Unwirksamkeit entgegenstellt.

a. Die Gesamregelung des Art. 335 ZGB als Gegenstand der Diskussion

Art. 335 ZGB enthält nach seiner äusseren Struktur Regelungen über zwei im Grundsatz verschiedene Institute. Abs. 1 der Vorschrift erklärt Familienstiftungen nur unter bestimmten Zweckbeschränkungen für zulässig und untersagt damit – nach weiterhin vorherrschendem Verständnis – die reine *Unterhaltsstiftung*. Abs. 2 verbietet schlechthin den *Familienfideikommiss*, also ein durch privates Rechtsgeschäft gebundenes Sondervermögen, das grundsätzlich unveräusserlich und unbelastbar ist, von bestimmten Familienmitgliedern nacheinander in einer von vornherein festgelegten Folgeordnung genutzt wird und dazu bestimmt ist, die wirtschaftliche Kraft und das soziale Ansehen einer Familie dauernd zu erhalten.⁴¹

Vergleicht man den trust mit beiden Instituten, so mag grundsätzlich eine grössere strukturelle Nähe zum Familienfideikommiss bestehen, weil sowohl der Fideikommiss als auch der trust ein Vermögen aufweisen, das rechtlich einer Person zugeordnet ist, bei dieser aber ein Sondervermögen bildet und von ihr nach bestimmten Verwaltungsanordnungen zu behandeln ist.⁴² Indes sind auch Gestaltungen möglich, die den trust eher einer Unterhaltsstiftung ähneln lassen, etwa wenn es bei voraussetzungsloser Begünstigung von Familienmitgliedern an einer vorab festgelegten Folgeordnung fehlt. Schon dieser Umstand macht es schwierig, ein mögliches Spannungsverhältnis zwischen dem Rechtsinstitut trust und Art. 335 ZGB auf einen der Absätze der Vorschrift zu begrenzen. Zugleich liegt Art. 335 ZGB ein weitgehend *einheitlicher Normzweck* zugrunde; die voraussetzungslose Unterhaltungsstiftung weist im Kern eine grosse Nähe zum Familienfideikommiss auf; und auch die Diskussion über die Norm unterscheidet vielfach nicht scharf zwischen den einzelnen Regelungsbestandteilen. Ohne auf das Verhältnis der Bestimmungen in Art. 335 ZGB näher eingehen zu wollen – oder für unsere Zwecke zu müssen – soll daher im Folgenden die *Gesamregelung* des Art. 335 ZGB in ihren Auswirkungen auf die trust-Errichtung untersucht werden.

b. Art. 16 oder Art. 18 HTÜ als Grundlage für einen Eingriff in das trust-Statut

Soll Art. 335 ZGB bestimmten Formen des trust entgegenstehen können, so bedarf er hierfür einer internationalpri-

vatrechtlichen normativen Grundlage, welche den Eingriff in das eigentlich berufene trust-Statut ermöglicht. Im Anwendungsbereich des HTÜ liesse sich eine solche normative Grundlage in Art. 16 oder Art. 18 HTÜ (die insoweit den Bestimmungen des IPRG vorgehen) sehen, das heisst in der Einordnung der Bestimmung als Eingriffsnorm (*loi d'application immédiate*)⁴³ oder als Bestandteil des *ordre public* der Schweiz.⁴⁴ Auf beiden Wegen erlaubt es das HTÜ dem nationalen Recht der *lex fori*, in das eigentlich berufene Recht des trust-Statuts einzugreifen und diesem gegenüber insoweit Vorrang zu beanspruchen, als es für die Durchsetzung der unaufgebbaren nationalen Wertungen erforderlich ist.

Will man Art. 335 ZGB überhaupt Eingriffswirkung in das trust-Statut einräumen (dazu sogleich), so bedarf es hierfür einer klaren dogmatisch Fundierung in *Art. 16 oder Art. 18 HTÜ*; auch wenn die Diskussion in diesem Punkt bisher noch zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt haben mag, kann die Basis einer möglichen Anwendung des Art. 335 ZGB nicht auf Dauer offen bleiben, schon weil sich die Anwendungsvoraussetzungen für eine Eingriffsnorm oder für einen *ordre public*-Bestandteil unterscheiden.

Dabei verdient der Weg über *Art. 16 HTÜ* und damit die Einordnung von Art. 335 ZGB als Eingriffsnorm den Vorzug gegenüber einer Anwendung des Art. 18 HTÜ. Dieser Einordnung neigt nicht nur die Botschaft HTÜ deutlich zu,⁴⁵ sie entspricht auch dem Charakter des Art. 335 ZGB. Denn eine charakteristische Form der Eingriffsnorm zeichnet sich dadurch aus, dass sie in erster Linie nicht nur auf den Interessenausgleich unter Privaten gerichtet ist, sondern aus rechtspolitischen, wirtschaftlichen oder sozialen Interessen des normsetzenden Staates in die Gestaltungsautonomie der Rechtsunterworfenen eingreift.⁴⁶ So liegt es aber auch bei Art. 335 ZGB, dessen Schaffung bekanntlich von staatspoli-

⁴³ Auf mögliche dogmatische Unterschiede zwischen Eingriffsnormen und *lois d'application immédiate* soll hier nicht näher eingegangen werden; die Terminologien werden heute ohnedies meist in eins gesetzt, vgl. nur Botschaft HTÜ (FN 2), 569.

⁴⁴ Der Annahme einer Gesetzesumgehung (*fraus legis*) auf kollisionsrechtlicher Ebene stehen hingegen das Fehlen einer Grundlage im HTÜ entgegen, ebenso wie die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Errichtung einer mit dem Inhalt des Art. 335 ZGB kollidierenden liechtensteinischen Stiftung keine Gesetzesumgehung darstellt, vgl. BGE 117 II 494; Botschaft HTÜ (FN 2), 564. Ebenso etwa ANTON SCHNYDER, Trust, Pflichtteilsrecht, Familienfideikommiss, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl (Hrsg.), Festschrift Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 348.

⁴⁵ Botschaft HTÜ (FN 2), 573.

⁴⁶ Vgl. hierzu etwa SCHNYDER (FN 44), 338 ff. m.w.N.; MONICA MÄCHLER-ERNE/SUSANNE WOLF-METTIER, in: Heinrich Honzell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG), 2. A., Basel 2006, Art. 18 N 10 ff.; JAN KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 6. A., Tübingen 2006, 18 f.

⁴¹ Vgl. KARL KOEHLER/ERNST HEINEMANN, Das Erlöschen der Familienfideikommiss und sonstigen gebundenen Vermögens, München 1940, 67; BGer 2P_168/2002 v. 25.11.2002; BGE 120 Ib 474, 483 ff.

⁴² Vgl. auch Botschaft HTÜ (FN 2), 564.

tischem Interesse an der Verhinderung von Müsiggang und an einem demokratisch-gleichberechtigten, von feudalen Strukturen freien Zusammenleben motiviert war⁴⁷ und der aus diesen Beweggründen heraus die privatautonome Errichtung von Unterhaltsstiftungen beziehungsweise Familienfiduikommissionen verwehrt.

Weiter ist zu bedenken, dass die Anwendung des *ordre public*-Vorbehaltes strikt auf das *Endergebnis* einer Rechtsanwendung im konkreten Fall zu beschränken ist und nicht gegen eine Rechtsnorm oder ein nach fremdem Recht zulässigerweise bestehendes Institut als solches gerichtet werden kann. Diese Beschränkung kann bei typischerweise über einen längeren Zeitraum wiederkehrenden Umsetzungsakten eines trust zu Rechtsunsicherheiten führen. Nehmen wir etwa an, ein trust wäre auf Ausschüttungen an eine bestimmte Familie gerichtet, ohne dass die Ausschüttungen einer festen Sukzessionsordnung folgen müssten, aber auch ohne dass sie zwangsläufig an Zwecke im Sinne des Art. 335 Abs. 1 ZGB geknüpft wären. Hier dürfte es bei einer Beurteilung nach *ordre public*-Massstäben nicht in Betracht kommen, den trust insgesamt wegen mangelnder Zweckbindung der Ausschüttungen für unwirksam zu halten. Vielmehr wäre bei jeder Ausschüttung zu untersuchen, ob es in solcher Weise an einer Zweckbindung fehlt, dass sie in unerträglichem Widerspruch zur heimischen Rechts- und Sittenauffassung steht. Angesichts solcher Schwierigkeiten mag es – will man gegen einen solchen trust überhaupt einschreiten – grössere Rechtssicherheit bringen, wenn man durch die Einordnung des Art. 335 ZGB als Eingriffsnorm die Beurteilung des trust als Gesamtheit ermöglicht.

Schliesslich und vor allem entspräche die Interpretation als Eingriffsnorm wenigstens noch etwas besser der *schrumpfenden Überzeugungskraft des Art. 335 ZGB* und der wachsenden Kritik an seiner ratio. Die Abweichung von einer Norm, welche unter breiter Kritik der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung steht und deren Reform anlässlich der HTÜ-Ratifikation vom Gesetzgeber nur aus Beschleunigungsgründen nicht in Angriff genommen wurde (dazu eingehender sogleich), als unerträglichem Widerspruch zur einheimischen Rechts- und Sittenauffassung⁴⁸ anzusehen, erschiene kaum tragfähig. Zugleich läge hierin eine Entwertung des exzeptionellen Charakters des *ordre public*-Vorbehaltes, die in Widerspruch auch zum betont restriktiven Wortlaut des Art. 18 HTÜ stünde, welcher – im Gegensatz

zu Art. 17 IPRG – fordert, das Rechtsanwendungsergebnis müsse mit dem heimischen *ordre public* *offensichtlich unvereinbar* (manifestly incompatible/manifestement incompatible) sein. Art. 335 ZGB fehlt es nicht nur an der damit geforderten fundamentalen Bedeutung für die Rechtsordnung der Schweiz, er dürfte auch in einem Spannungsverhältnis zu einer Vielzahl von trust-Konstruktionen stehen, so dass sich die Frage seiner Anwendung nicht nur in «extremen Ausnahmefällen»⁴⁹ sondern systematisch und häufig stellen wird.

Wenngleich also ein Eingriff in das trust-Statut auf dem Wege über Art. 16 HTÜ rechtstechnisch möglich ist und die Ausgestaltung eines trust auf verschiedene Weisen dem Art. 335 ZGB widersprechen kann, muss nun *kritisch überprüft* werden, ob ein auf Art. 335 ZGB gestützter Eingriff in das trust-Statut überhaupt geboten erscheint – im Hinblick auf die Schwächen des Art. 335 ZGB selbst, in Anbetracht der Voraussetzungen des Art. 16 HTÜ und schliesslich vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts.

c. Die inhärenten Schwächen des Art. 335 ZGB

Art. 335 ZGB ist, welche Zustimmung er auch immer in der Vergangenheit gefunden haben mag, heute eine viel kritisierte und kaum verteidigte Norm. Ohne die Diskussion nochmals im Einzelnen nachzuzeichnen,⁵⁰ lässt sich als weithin geteilter und berechtigter Befund festhalten, dass die *Vorschrift in ihrer gegenwärtigen Fassung kaum mehr als zeitgemäss* angesehen werden kann.⁵¹

⁴⁷ S. nur HANS M. RIEMER, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band 1: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Das Personenrecht – die juristischen Personen, 3. Teilband: Die Stiftungen, Bern 1975, SysT N 137 ff.; HAROLD GRÜNINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB I* (Art. 1–456 ZGB), 3. A., Basel 2006, Art. 335 N 14.

⁴⁸ Dieses Kriterium stellt auch für unseren Zusammenhang etwa die Botschaft HTÜ (FN 2), 569, auf.

⁴⁹ Vgl. zur Bedeutung dieses Kriteriums i.R.v. Art. 18 HTÜ GUTZWILLER (FN 12), 123 m.w.N.

⁵⁰ Vgl. hierzu etwa HANS KÜNZLE, *Familienstiftung – Quo vadis?*, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl (Hrsg.), *Festschrift Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag*, Bern 2007, 190 f.; JAKOB/GAUTHEY LADNER (FN 12), 453; ANDREA OPEL, *Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen*, Diss. Basel 2009, 23 ff., 276 ff.; MICHAEL HAMM/STEFANIE PETERS, *Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?*, *successio* 2008, 248; WILSON (FN 13), 130 f.; PETER BÖCKLI, *Der angelsächsische Trust, Zivilrecht und Steuerrecht*, Teil 2, STR 2007, 786 f.; THOMAS WACH, *Die angelsächsischen Trusts und die schweizerische Rechtsordnung*, SJZ 1987, 209 ff.; VG St. Gallen B 2007/13 v. 29.8.2007; MARCO LANTER, *Was die Schweizer Stiftung kann*, in: *Die Stiftung*, 21. Tagung der DACH in Wien vom 16.–18. September 1999, Köln/Wien/Zürich 2000, 77 ff., 80; YVES BONNARD/SOPHIE CIOLA-DUTOIT, *Trusts internes suisses: Objectifs recherchés et obstacles juridiques*, AJP/PJA 2007, 1512; WOLF/JORDI (FN 6), 47 f.; GUTZWILLER (FN 12), 11; THÉVENOZ (FN 6), 68 ff.; SCHNYDER (FN 44), 347 f.; HANS KÜNZLE, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, Basel 2007, Einleitung N 51; VON BURG (FN 23), 494 ff., alle mit umfangreichen w.N.

⁵¹ In diese Richtung äussert sich auch die Botschaft HTÜ (FN 2), 565.

Angesichts der heutigen Mobilität von Vermögen und rechtlichen Gestaltungsformen drängt Art. 335 ZGB die Gestaltungswilligen eher in ausländische Rechtsformen und Vermögensbelegenheiten (gegenüber denen die Norm ihren Regelungsanspruch allenfalls noch unter erheblichen Komplikationen verwirklichen kann), als dass er seine Anliegen effektiv durchzusetzen vermöchte.⁵²

Die Dringlichkeit ebendieser Anliegen ist zweifelhaft, erscheinen doch der Bestand des Staates, der gesellschaftliche Friede und das Wohlergehen von Destinatären nicht unmittelbar dadurch gefährdet, dass bei einem Wegfall des Art. 335 ZGB feudalistische Strukturen Einzug hielten, der Neid auf Begünstigte von in der Vergangenheit erworbenen Vermögen aufgestachelt würde und auf breiter Front verweichlichender Müssiggang Einzug hielte.⁵³ Demgegenüber bildet die empfindliche Einschränkung der privatautonom, vom dauerhaften Wohlergehen der eigenen Familie geleiteten Gestaltungsfreiheit keinen geringen Preis, selbst wenn man die vielfachen Rechtsunsicherheiten ausser Acht lässt, welche die Zuordnung vorgesehener Zuwendungen zu dem in Art. 335 Abs. 1 ZGB erlaubten Zweckkatalog mit sich bringt.

Kann sich Art. 335 ZGB heute nicht mehr auf einen breiten Konsens der Rechtsgemeinschaft stützen, so erscheint es umso bedenklicher, eine ihm widersprechende Konstruktion als untragbare Verletzung heimischer Rechtsfundamente anzusehen, die sich doch nicht zuletzt aus einem Konsens der Rechtsgemeinschaft speisen müssen.⁵⁴ Macht die gegenwärtige Reformdiskussion eine Abschaffung oder Umgestaltung der Bestimmung wahrscheinlich,⁵⁵ so sollte ihr Anwendungsbereich nicht noch ausgedehnt und damit zugleich eine Ungleichstellung von trusts geschaffen werden, die vor oder nach einer Reform des Art. 335 ZGB beurteilt werden.

d. Die Anforderungen des Art. 16 HTÜ

Art. 16 HTÜ bringt Normen nur dann als Eingriffsnormen zur Geltung, wenn sie (neben anderen Voraussetzungen) für den Erlassstaat auch in rechtsordnungsübergreifenden Sachverhalten von grundlegender Bedeutung sind und ein genügender Inlandsbezug besteht.⁵⁶

Nach dem vorne Gesagten lässt sich unseres Erachtens Art. 335 ZGB jedenfalls nicht pauschal eine «*fundamentale*

Bedeutung in internationaler Dimension»⁵⁷ attestieren, was die Einstufung als Eingriffsnorm voraussetzen würde. Möchte man insoweit etwas anderes vertreten, so erlaubt Art. 16 HTÜ die Anwendung des Art. 335 ZGB dennoch nur bei hinreichendem *Inlandsbezug*. Dieser dürfte im Hinblick auf die Normzwecke des Art. 335 ZGB zu bestimmen und daher nur gegeben sein, wenn gerade die beneficiaries des trust (dauerhaft) in der Schweiz leben, so dass sich die Schweizer Rechtsordnung überhaupt dazu berufen fühlen kann, sie vor Müssiggang oder der Errichtung feudaler Strukturen bewahren zu wollen.

e. Die Verneinung des Eingriffsnorm-Charakters durch das Bundesgericht

Angesichts der sehr kritischen Position, die Literatur und Gesetzgeber gegenüber einer Interpretation des Art. 335 ZGB als Eingriffsnorm beziehen, dürfte die *aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts* den letzten Ausschlag gegen eine solche Deutung der Norm geben. In seiner Entscheid vom 17. November 2009⁵⁸ befand das Bundesgericht über die Anerkennung einer liechtensteinischen Stiftung, deren Ausgestaltung gegen Art. 335 Abs. 2 ZGB verstösst. Ausführlich und mit klaren Worten hält das Gericht dabei fest, dass die Normzwecke der Bestimmung veraltet sind und heute keine übergeordneten Interessen mehr schützen.⁵⁹ Daher sei Art. 335 Abs. 2 ZGB keine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 18 IPRG.⁶⁰

Gegenstand des *Entscheids vom 17. November 2009* war eine liechtensteinische Stiftung und kein trust; auch wäre die den Eingriff in ein fremdes Statut erlaubende Norm Art. 18 IPRG gewesen und nicht Art. 16 HTÜ. Dennoch ist aus dem Spruch des Bundesgerichts zu schliessen, dass Art. 335 ZGB auch im Hinblick auf einen trust, welcher der Bestimmung zuwiderläuft, keine die Anerkennung hindernde Eingriffsnorm darstellen kann. Denn das Bundesgericht geht (auch) im vorliegenden Entscheid davon aus, dass eine Familienstiftung, die sich nicht an die Zweckbeschränkungen des Art. 335 Abs. 1 ZGB hält, unter das Verbot des Art. 335 Abs. 2 ZGB fällt.⁶¹ Ist nun Art. 335 Abs. 2 ZGB keine loi d'application immédiate, so verhindert er mithin die Anerkennung von ausländischen Instituten nicht, die Art. 335

⁵² Ebenso auch KÜNZLE (FN 50), in: Festschrift Riemer, 190 f.

⁵³ Vgl. zum Normzweck des Art. 335 ZGB etwa Botschaft HTÜ (FN 2), 565.

⁵⁴ Ähnlich BONNARD/CIOLA-DUTOIT (FN 50), 1512.

⁵⁵ S. dazu die Nachweise in FN 50 sowie die aus Anlass der HTÜ-Ratifikation erfolgte Motion von Marc Frédéric Sutter v. 8.5.2003, abrufbar unter http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20033233.

⁵⁶ Vgl. hierzu nur MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER (FN 46), Art. 18 N 10, 14 m.w.N.

⁵⁷ So die Formulierung in Ziff. 214.53 der Botschaft zum IPRG.

⁵⁸ BGer 4A_339/2009 v. 17.11.2009, E. 4.3.

⁵⁹ BGer 4A_339/2009 v. 17.11.2009, E. 4.3.3: «En effet, à l'époque actuelle, c'est bien plutôt la lutte contre le chômage que celle contre le désœuvrement qui représente une tâche étatique prioritaire en Suisse; autrement dit, le combat contre l'oisiveté n'a plus rien à voir avec la sauvegarde d'intérêts supérieurs. Quant aux biens de mainmorte, ils se rapportent à l'ancien régime et sont totalement étrangers au système économique de la Suisse moderne».

⁶⁰ BGer 4A_339/2009 v. 17.11.2009, E. 4.3.

⁶¹ BGer 4A_339/2009 v. 17.11.2009, E. 4.3.1. m.w.N.

Abs. 2 ZGB oder der Zweckbeschränkung des Art. 335 Abs. 1 ZGB zuwiderlaufen. Und ist Art. 335 Abs. 2 ZGB keine loi d'application immédiate im Sinne des Art. 18 IPRG, so kann im Rahmen von Art. 16 HTÜ schon deswegen nichts anderes gelten, weil die letztgenannte Vorschrift weithin gleich interpretiert wird wie Art. 18 IPRG, dabei aber – ersichtlich aus dem Wortlaut «offensichtlich unvereinbar/manifestly incompatible/manifestement incompatible» – tendenziell sogar höhere Anforderungen an das Vorliegen einer Eingriffsnorm stellt. Ob schliesslich das Bundesgericht den Eingriffsnorm-Charakter des Art. 335 ZGB im Hinblick auf eine liechtensteinische Stiftung oder im Hinblick auf einen trust beurteilt, ist nicht entscheidend: Wäre der Charakter als Eingriffsnorm im Grundsatz bejaht worden, so hätte die Frage Sinn ergeben, welches ausländische Rechtsinstitut in den Regelungs- und Verbotsbereich der Vorschrift fällt und welches nicht. Ist aber – und so zu Recht das Bundesgericht – Art. 335 ZGB von vornherein keine loi d'application immédiate, dann kann er auf dem Wege über Art. 16 HTÜ beziehungsweise Art. 18 IPRG gegenüber keinem ausländischen Institut eine die Anerkennung verhindernde Eingriffswirkung entfalten. Eine Art «relative» Eingriffswirkung, die sich etwa gegen einen trust, nicht aber gegen eine liechtensteinische Stiftung kehren könnte, hat Art. 335 ZGB nicht.

f. Ergebnis

Nach dem hier Gesagten stellt Art. 335 ZGB kein Hindernis für die Errichtung oder Anerkennung eines trust durch die schweizerische Rechtsordnung dar.⁶² Rechtliche Wertungen,

⁶² Gegen die Einordnung als *ordre public* beziehungsweise Eingriffsnorm etwa auch GUTZWILLER (FN 12), 11; WILSON (FN 13), 130 f.; JUSTIN THORENS, L'article 335 CCS et le Trust de common law, in: Pierre-Henri Bolle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel 2000, 166; THÉVENOZ (FN 6), 68 ff. m.w.N.; KÜNZLE (FN 50), Kommentar, Einleitung N 51; auch VON BURG (FN 23), 497, betont die Unverträglichkeit einer Einbruchswirkung des Art. 335 ZGB mit der Ratifikation des HTÜ und verweist dabei auf das interessante Beispiel der maltesischen Rechtsordnung, welche ein Verbot von Familienfideikommissen kennt, den trust im Zuge der HTÜ-Ratifikation von diesem jedoch ausgenommen hat. Die Möglichkeit, Art. 335 ZGB auch gegenüber trusts zur Anwendung zu bringen, wird dagegen grundsätzlich nicht ausgeschlossen von KÜNZLE (FN 50), in: Festschrift Riemer, 189. Für einen engen Ausnahmebereich plädieren auch THOMAS MAYER, Neue IPRG-Bestimmungen zum Trust, Basel 2009, 76 f.; weiter WOLF/JORDI (FN 6), 49, im Anschluss an SCHNYDER (FN 44), 349, welcher eine Anwendung «in besonders krasen Fällen» befürwortet und hierfür auf den Inlandsbezug und die Schutzwürdigkeit des settlor sowie pflichtteilsberechtigter Erben abstellen will. Allerdings wird nicht ganz klar, weshalb gerade der settlor eines Schutzes vor dem trust bedarf, obwohl er ihn selbst errichtet hat und die Normzwecke des Art. 335 ZGB auf ihn selbst weniger zutreffen dürften. Die Botschaft

aus denen heraus eine Beschränkung des trust-Instituts und -Statuts erforderlich erscheint, müssen auf anderen Wegen durchgesetzt werden.

4. trust und Nacherbeneinsetzung

Art. 488 ZGB erlaubt die Einsetzung eines, nicht aber mehrerer Nacherben. Ein trust kann so ausgestaltet werden, dass er einer mehrfachen Nacherbeneinsetzung ähnelt, etwa wenn eine Reihe von beneficiaries in der Weise eingesetzt wird, dass jeweils mit dem Tode des aktuellen Begünstigten die Begünstigtenstellung auf den nächsten aus der Reihe übergehen soll. Denkbar erscheint auch, dass der trust(ee) selbst als Vor- oder Nacherbe eingesetzt wird und der trust auf mehrere «Generationen» von beneficiaries ausgelegt ist. Wie auch die jeweilige Gestaltung ausfallen mag, immer wird der Umgehungsvorwurf darin begründet liegen, dass die *hintereinander geschalteten Begünstigungen der beneficiaries* ein Ergebnis zeitigen, welches einer *mehrfachen Nachverfügung vergleichbar* ist und damit das Schicksal des Nachlasses über die von Art. 488 Abs. 2 ZGB zulässige einmalige Nachverfügung hinaus festlegt. Vor diesem Hintergrund ist zu erwägen, ob Art. 488 ZGB als loi d'application immédiate in eigentlich berufene ausländische Statute eingreifen kann und ob in diesem Falle die Vorschrift der Anerkennung eines trust entgegensteht.

a. Die Anwendung des Art. 488 ZGB auf den trust

Art. 488 ZGB ist eine Norm des schweizerischen Erbrechts und nicht des (jeweiligen) trust-Statuts, nach dem sich Errichtung und Bestand des trust grundsätzlich beurteilen. Daher bedarf es wiederum – wie für Art. 335 ZGB – einer besonderen normativen Basis, die dazu berechtigt, einen trust am Massstab des Art. 488 ZGB zu messen.⁶³

aa. Die Anwendung über Art. 15 oder 16 HTÜ

Ob Art. 488 ZGB eine *Einbruchsnorm* im Sinne der Art. 15 oder 16 HTÜ darstellt, ist – anders als für Art. 335 ZGB – noch nicht geklärt.⁶⁴ Indes lässt sich diese Frage nicht nur mit

HTÜ entscheidet sich in der Frage nicht ausdrücklich, vgl. Botschaft HTÜ (FN 2), 573; allerdings ergibt die Zusammenschau mit Botschaft HTÜ (FN 2), 565, dass sie zu einer Nichtanwendung tendiert.

⁶³ Keiner besonderen Rechtfertigung bedarf es indes dann, wenn es um die Anwendung von Art. 488 ZGB auf einen Gegenstand geht, der sich selbst nur nach dem Erbstatut beurteilt. Würde also etwa ein Erblasser zunächst seinen Sohn als Vorerben, dann seinen Enkel als Nacherben und dann einen trust *als weiteren Nacherben* testamentarisch bedenken, so wäre Art. 488 ZGB ohne Weiteres einschlägig.

⁶⁴ Die Frage wird – soweit ersichtlich – auch noch nicht eingehend diskutiert, weil sich die Aufmerksamkeit bisher auf

Blick auf den trust beantworten, es müssen vielmehr weitere auslandsrechtliche Institute in den Blick genommen werden, die zu Art. 488 ZGB in Widerspruch treten können. An dieser Stelle sei lediglich gesagt, dass gewichtige Argumente *gegen* einen Einbruchsnorm-Charakter des Art. 488 ZGB sprechen.⁶⁵ Hierzu gehört bereits die empirische Feststellung, dass die Rechtspflege in den vergangenen Dekaden offenbar keine Notwendigkeit sah, Art. 488 ZGB als Einbruchsnorm auslandsrechtlichen Instituten entgegenzusetzen.

Weiterhin liegt Art. 488 ZGB eine zwiefältige *ratio* zugrunde.⁶⁶ Einerseits will die Vorschrift eine Umgehung des Art. 335 ZGB und seiner Normzwecke verhindern. Insofern richten sich gegen einen Einbruchsnorm-Charakter von Art. 488 ZGB all diejenigen Vorbehalte, die einen Eingriffsnormcharakter von Art. 335 ZGB verhindern. Andererseits verfolgt Art. 488 ZGB auch ein durchaus bedenkenswertes Anliegen, nämlich die Verhinderung einer übermässigen Nachlassbindung durch den Erblasser unter entsprechender Beschränkung der Verfügungsfreiheit der Erben.⁶⁷ Nachdem aber die unaufgebbare Mindestbeteiligung bestimmter Personen am Nachlass schon durch das Pflichtteilsrecht gesichert ist und im Übrigen grundsätzlich kein Anrecht auf das Ob und Wie einer Erbberechtigung besteht, mag auch dieser Normzweck der Vorschrift nicht das erforderliche Gewicht haben, um ihn ausländischen Rechtsinstituten aufzuzwingen.

Schliesslich ist zu bedenken, dass auch *Stiftungen* nach Schweizer Recht – sogar von Todes wegen in Form der Erb-stiftung – so ausgestaltet werden können, dass sie (wenn-gleich in den Bindungen des Art. 335 Abs. 1 ZGB) eine festgelegte Abfolge von Destinatären nach Art von Nacherben

bedenken; die Verhinderung derartiger Gestaltungen kann also schwerlich ein in *allen* Fällen durchzusetzendes, grundlegendes Allgemeininteresse der schweizerischen Rechtsordnung begründen.⁶⁸

bb. Die Anwendung als Bestandteil des Erbstatuts auf den trust von Todes wegen

Würde man hingegen – im Widerspruch zur hier vertretenen Ansicht – Errichtung und Ausgestaltung des trust von Todes wegen dem *Erbstatut* unterstellen und wird dieses durch das Schweizer Recht gebildet, so bedürfte Art. 488 ZGB der Art. 15 f. HTÜ nicht mehr, um innerhalb des Erbstatutes Anwendung finden zu können.

b. Die grundsätzliche Zulässigkeit des trust auch bei Anwendung von Art. 488 ZGB

Allein: Selbst wenn man Art. 488 ZGB über Art. 15 f. HTÜ oder innerhalb eines auch für den Bestand des trust geltenden Erbstatuts zur Anwendung bringen wollte, dürfte die Norm der Zulässigkeit einschlägiger trust-Konstruktionen grundsätzlich nicht entgegenstehen.

Besteht im jeweiligen trust-Statut eine sogenannte *rule against perpetuities*, welche die zulässige Dauer eines trust effektiv beschränkt,⁶⁹ so wird sich die Vereinbarkeit mit Art. 488 ZGB in der Regel schon daraus ergeben, dass der Normzweck der Vorschrift vom trust-Statut selbst gewahrt wird.⁷⁰ Denn selbst wenn der trust so ausgestaltet ist, dass er einer mehrfachen Nacherbeneinsetzung gleichkommt, verhindert die zeitliche Grenze eine allzu lang währende Bindung des Nachlasses durch den Erblasser.⁷¹

Art. 335 ZGB konzentrierte. S. als kurze Stellungnahmen – den Eingriffsnormcharakter verneinend – PHILIPP BETSCHART, Die Besteuerung der liechtensteinischen Familienstiftung – dargestellt anhand der Zürcher Praxis, zsis 2008, Aufsätze n. 2, 1 f.; PERRIN (FN 21), 226 f. Für einen Eingriffsnormcharakter BÖCKLI (FN 50), 774, 786. Nur in «krassen Fällen» wird ein Eingriffsnormcharakter angenommen von WOLF/JORDI (FN 6), 49.

⁶⁵ Gegen einen Eingriffsnormcharakter auch MAYER (FN 62), 77.

⁶⁶ Vgl. mit umfangreichen Nachweisen hierzu MISCHA SALATHÉ, Die Nacherbfolge im schweizerischen Recht, Diss. Basel 2009, 22 f.

⁶⁷ Vgl. zur *ratio* des Art. 488 ZGB etwa WEIMAR (FN 19), Art. 488 N 11 ff. m.w.N. Zur deutschen Parallelvorschrift des § 2109 BGB etwa WOLFGANG GRUNSKY, in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Erbrecht, 4. A., München 2004, § 2109 Rn. 1. Dazu, dass ein Element der Verhinderung «ewiger» Vermögensbindung Art. 335 und 488 ZGB gleichermaßen zugrunde liegt, etwa KÜNZLE (FN 50), in: Festschrift Riemer, 185 f. m.w.N. Auf den Zusammenhang mit dem Paradigma von der «toten Hand» (mainmorte) kann hier nur hingewiesen werden, vgl. zu dieser etwa MORITZ MEYER, Die Erwerbsbeschränkungen der toten Hand im Luzernerrecht, Luzern 1910.

⁶⁸ Der gleiche Schluss liesse sich daraus ziehen, dass Art. 488 ZGB nach herrschender Interpretation eine Nachlassbindung durch den Erblasser über sehr lange Zeiträume gestattet.

⁶⁹ Vgl. zur englischen *rule against perpetuities* JAMES KESSLER, Drafting Trusts and will Trusts – A Modern Approach, 3. A., London 1997, 93 ff.; JOHN GRAY, The Rule against Perpetuities, 3. A., Clark (New Jersey) 2003. Zu Ausgestaltungen und Aufweichungen, die die *rule* in anderen Rechtsordnungen erfahren hat, etwa ROBERT SITKOFF/MAX SCHANZENBACH, Jurisdictional Competition for Trust Funds, 115 Yale L.J. 356 (2005), 364 ff. m.w.N.

⁷⁰ Vgl. zur Bedeutung der *rule against perpetuities* für die Beurteilung durch das Schweizer Recht auch BÖCKLI (FN 15), 16; THORENS (FN 62), 335 CCS, 157 ff.; zur Bedeutung i.R.v. von Art. 335 ZGB auch JAKOB/GAUTHEY LADNER (FN 12), 458 m.w.N.; WILSON (FN 13), 131; MAYER (FN 22), 161; GUTZWILLER (FN 12), 11; NEDIM PETER VOGT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG), 2. A., Basel 2006, Vor Art. 149a–e N 62, 95; Botschaft HTÜ (FN 2), 565; PERRIN (FN 21), Rn. 497 ff.; kritisch VON BURG (FN 23), 497.

⁷¹ Vgl. auch die Regelung des deutschen § 2109 BGB, welcher im Wesentlichen den gleichen Normzweck wie Art. 488 ZGB durchsetzen will, dabei aber nicht mit einem Verbot mehrfacher

Aber selbst dann, wenn das trust-Statut eine *rule against perpetuities* gar nicht oder nur mit einem sehr langen Zeithorizont kennt, sollte die Anerkennung des trust *im Grundsatz nicht durch Art. 488 ZGB verhindert werden*. Immer ist ja zu bedenken, dass Art. 488 ZGB selbst gar keine zeitliche Schranke enthält und es als zulässig angesehen wird, den Eintritt der Nacherbfolge weit hinauszuschieben.⁷² Darf der Erblasser aber nach schweizerischem Recht eine Vor- und Nacherbeneinsetzung treffen und den Auslieferungszeitpunkt weit in die Zukunft verlegen oder darf er über lange Zeiträume hinweg Nacherben eine Nutzniessung an von Vorerben gehaltenem Vermögen zuweisen,⁷³ so sollte ein trust nicht nur deswegen für unvereinbar mit fundamentalen Schweizer Rechtsprinzipien erklärt werden, weil er über einen langen Zeitraum eine Abfolge von Personen als Begünstigte des trust-Vermögens vorsieht. Zudem ist auch die aktuelle Wertentscheidung des Gesetzgebers zu respektieren, der mit der Ratifikation des HTÜ ein Rechtsinstitut implantiert hat, das gerade auch als Instrument der Nachlassplanung eingesetzt wird und werden soll, dabei aber grosse Unterschiede zum schweizerischen Erbrecht aufweist.

c. Mögliche Ausnahmen und ihre Konsequenzen

Freilich wird – auch wenn man den trust für grundsätzlich mit Art. 488 ZGB vereinbar hält – die Diskussion um mögliche Ausnahmen von diesem Grundsatz geführt werden können.

Der Raum für derlei Ausnahmen ist freilich von vornherein *eng abzustecken*. Aspekte, welche den Regelungszweck des Art. 488 ZGB nicht direkt berühren, haben ausser Betracht zu bleiben, wie etwa steuerliche Umgehungsgefahren, die Beeinträchtigung von Pflichtteilsrechten oder ähnliches. Zu ihrer Durchsetzung sind die jeweils einschlägigen Normen berufen – Art. 488 ZGB kann hier nicht zur «Allzweckwaffe» im Kampf gegen missliebige trusts umfunktioniert werden.

Für sich genommen können unseres Erachtens weder die Dauer des trust noch die Anzahl der (aufeinander folgenden) beneficiaries noch ein starker Inlandsbezug⁷⁴ allein eine aus-

nahmsweise Nichtanerkennung aufgrund von Art. 488 ZGB rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr eine Kumulation von Elementen, welche die trust-Gestaltung als *Rechtsmissbrauch* erscheinen lässt. Denkbar wären etwa Situationen, in denen die Ausgestaltung des trust zu einer besonderen Härte für die beneficiaries führt, weil diese auf Dauer nicht voll auf das trust-Vermögen zugreifen können, keinerlei Ermessensgrenzen, Kontroll- oder Schutzmechanismen existieren und der settlor zudem eine entsprechende Schädigungsabsicht an den Tag legt.

Und zuletzt: Selbst wenn man Art. 488 ZGB zur Anwendung bringen und nach dem Gesamtbild der Umstände einen Rechtsmissbrauch als gegeben ansehen will, so sollte als Rechtsfolge nicht der automatische und vollständige Untergang des trust angenommen werden. Denn nach herrschender Auffassung im schweizerischen Recht bleibt eine mehrfache Nacherbeneinsetzung hinsichtlich der Einsetzung des Vor- und des ersten Nacherben gültig.⁷⁵ Und auch wichtige trust-Statute reagieren auf unzulässige trust-Gestaltungen – etwa eine übermässige zeitliche Ausdehnung des trust, die zur Verletzung der *rule against perpetuities* führt – nicht mit der Totalnichtigkeit des trust, sondern erhalten möglichst weitgehend seine Wirksamkeit.⁷⁶ Folglich ist, auch im Hinblick auf Art. 15 Abs. 2 HTÜ, das trust-Verhältnis *bestimmungsgemäss durchzuführen, soweit es als noch mit Art. 488 ZGB vereinbar* angesehen werden kann. Wie diese Durchführung im Detail zu gestalten ist, beurteilt sich – unter Beachtung der aus Art. 488 ZGB abzuleitenden Grenzen – nach dem trust-Statut.⁷⁷

5. trust und Pflichtteilsrechte

a. Problemstellung

Das Pflichtteilsrecht sichert dem Ehegatten beziehungsweise Lebenspartner und den Verwandten des Erblassers eine Mindestberechtigung am Nachlass und kann sich hierdurch als Beschränkung der letztwilligen Testier-, aber auch der

Nacherbeneinsetzung arbeitet, sondern durch die zeitliche Beschränkung einer Nacherbeneinsetzung auf 30 Jahre.

⁷² Vgl. etwa HERMANN LAIM, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB), 3. A., Basel 2007, Art. 488 N 4 m.w.N.

⁷³ Vgl. hierzu nur WEIMAR (FN 19), Art. 488 N 14; BALTHASAR BESSENICH, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB), 3. A., Basel 2007, Art. 488 N 4, beide m.w.N.

⁷⁴ Vgl. zum Begriff des Binnentrust und seiner Beurteilung auch WOLF/JORDI (FN 6), 49 ff. mit den dortigen w.N.

⁷⁵ EDGAR SCHÜRMAN, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, Art. 488 N 11 m.w.N.

⁷⁶ Vgl. ANTHONY OAKLEY, Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts, 9. A., London 2008, 262 f.; zur Praxis der US-Rechtsprechung etwa 52 Haw. 40, 469 P.2d 183, 84 Harv. L. Rev. (1971) 738 mit umfangreichen w.N. In diesen Zusammenhang gehört auch die so genannte «wait and see doctrine», wonach die *rule against perpetuities* nicht schon bei der Errichtung zur Unwirksamkeit einer Berechtigung aus dem trust führt, sondern erst ab dem Zeitpunkt, in dem es tatsächlich zu ihrer Verletzung kommt; vgl. zu ihr etwa Restatement (Third) of Trusts § 29 (2003); OAKLEY, a.a.O., 262 f.; LAWRENCE WAGGONER, Perpetuities: A Perspective on Wait-and-See, 85 Colum. L. Rev. (1985), 1714; MAX SCHANZENBACH/ROBERT SITKOFF, Perpetuities or Taxes? Explaining the Rise of the Perpetual Trust, Cardozo L. Rev. 27 (2006), 2465.

⁷⁷ S. dazu auch hinten II.5.b.cc.

lebzeitigen Verfügungsfreiheit des Erblassers auswirken. Er richtet ein settlor zu Lebzeiten oder von Todes wegen einen *trust* und überträgt ihm Vermögen, so kann auch hierin eine Verkürzung der Rechtsstellung seiner *Noterben* liegen, weil jenen die im *trust* gebundenen Vermögenswerte an sich nicht mehr als Pflichtteilsmasse zur Verfügung stehen. Es ist daher im Folgenden zu erörtern, ob und mit welchen seiner Mechanismen (Art. 522, 527 ZGB) das Schweizer Pflichtteilsrecht Geltung für den *trust* erlangt und welche Konsequenzen sich aus seinem Eingreifen für den *trust* ergeben. Auch soll die Frage aufgeworfen werden, ob *trust* und Pflichtteilsrecht nicht dadurch gestaltend in Einklang gebracht werden können, dass der Pflichtteil mittels einer Einsetzung als beneficiary des *trust* zugewandt wird.

b. Die Geltung Schweizer Pflichtteilsrechts auch gegenüber einem auslandsrechtlichen *trust*

Erfolgt eine Vermögensübertragung an einen *trust*, welche Pflichtteilsrechte verletzt, so besteht ein breiter Konsens⁷⁸ dahingehend, dass sich das *Schweizer Pflichtteilsrecht dem Grunde nach durchsetzen* und nach Massgabe seiner Bestimmungen eine Korrektur der Vermögensübertragung ermöglichen kann.

Dieser Position ist *beizupflichten*: Der Bereich des Pflichtteilsrechts untersteht dem *Erbstatut*,⁷⁹ welches nach den Art. 86 ff. IPRG zu bestimmen ist und in unserer Konstellation vom Schweizer Recht gebildet wird. Das Erbstatut hat folglich darüber zu entscheiden, ob eine Vermögensübertragung – gleich ob sie an einen *trust* oder an einen sonstigen Adressaten erfolgt – Pflichtteilsrechte verletzt und daher mit den Mitteln des Pflichtteilsrechts grundsätzlich korrigiert werden kann. Wenn die Vermögensübertragung nach der Rechtsordnung, welcher das *trust*-Statut zu entnehmen ist, einer Korrektur gar nicht zugänglich wäre, würde sich hieran nichts ändern. Denn das HTÜ räumt in Art. 15 Abs. 1 lit. c dem nationalen Recht insoweit Vorrang ein.

Überdies bilden Pflichtteilsrechte, jedenfalls wenn und soweit die Pflichtteilsberechtigung nicht mit einer äquivalenten Begünstigtenstellung am *trust* zusammenfällt (dazu sogleich), ein prominentes Beispiel für berechnete Drittmittel, von deren Schutz sich auch die Implantierung des *trust* in das Schweizer Rechtsgefüge leiten lassen sollte.⁸⁰

⁷⁸ GUTZWILLER (FN 12), 110; HAYTON (FN 30), 277 f.; WOLF/JORDI (FN 6), 64; PERRIN (FN 21), Rn. 511; HANS KÜNZLE, Rezension zu Peter Max Gutzwiller, «Schweizerisches Internationales Trustrecht», Basel 2007, successio 2007, 198, 199; BONNARD/CIOLA-DUTOIT (FN 50), 1509, 1512.

⁷⁹ Vgl. nur BGE 118 II 514; SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 27), Art. 92 N 5 m.w.N.

⁸⁰ Dazu noch hinten IV.2. Hingegen nimmt SCHNYDER (FN 44), 331, 343 ff. offenbar an, dass sich Pflichtteilsrechte gegenüber einem *trust* nur ausnahmsweise durchsetzen.

Selbst wenn man das *trust*-Statut für einschlägig hielte, um eine pflichtteilsverletzende Ausgestaltung des *trust*-Vermögens insoweit zu beurteilen, so wären die Schweizer Vorschriften zum Schutze des Pflichtteilsrechts daher über Art. 16 HTÜ als Eingriffsnormen zur Anwendung zu bringen.⁸¹

Mit diesem grundlegenden Befund ist aber noch nicht geklärt, wie die Korrektur der Vermögensübertragung an den *trust* im Einzelnen auszugestalten ist und inwieweit hierbei Rücksicht auf den *trust* beziehungsweise den hinter ihm stehenden Gestaltungswillen des settlor genommen werden kann.

aa. Die Herabsetzung einer Vermögensübertragung auf den *trust*(ee)

Wendet der settlor einem *trust* durch *Rechtsgeschäft von Todes wegen* Vermögen zu, so beurteilt sich – ohne dass hier näher auf diese Grundkonstellation eingegangen werden soll – die Herabsetzung nach Art. 522, 525 ZGB. Sind nur Pflichtteilsberechtigte beneficiaries des *trust*, so mag auch der Rechtsgedanke des Art. 523 ZGB in Betracht kommen.

Aber auch in der Zuwendung an einen *trust* durch *Rechtsgeschäft unter Lebenden* kann eine Verkürzung von Pflichtteilsrechten liegen. Das Schweizer Recht sieht für ähnliche Konstellationen⁸² insbesondere die Herabsetzung nach Art. 527 ZGB vor.⁸³ Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch für Vermögensübertragungen an einen *trust* zu befürworten. Es stellt sich aber die Frage, welcher der einzelnen Tatbestände in concreto zur Anwendung zu bringen ist.

Mitunter wird eine Anwendung des Art. 527 Ziff. 4 ZGB möglich sein, wenn der settlor die Vermögenswerte auf den *trust* überträgt, um offenbar – und mindestens mit Eventualvorsatz⁸⁴ – seine Verfügungsbeschränkungen aus dem Pflichtteilsrecht zu umgehen. Dies mag bei einer langfristig strukturierten und zweckbestimmten Vermögensübertragung auf einen *trust* sogar etwas eher der Fall sein, als bei einer isolierten Zuwendung an eine andere Person, weil im erstge-

⁸¹ Auf eine ausführliche Begründung für die – nach hier vertretener Meinung nicht erforderliche – Anwendung des Art. 16 HTÜ soll verzichtet werden, s. in anderem Kontext schon vorne II.3.b.

⁸² Sonstige Fälle der Herabsetzung sollen hier ebenso wenig behandelt werden wie die Ausgleichung nach Art. 626 ZGB im Zusammenhang mit einer Doppelstellung als Erbe und beneficiary.

⁸³ WOLF/JORDI (FN 6), 64; MARTIN ROMANN, Wie kann die Schweiz das Haager Trust-Übereinkommen umsetzen?, in: Alexander Markus/Andrea Kellerhals/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz, Zürich 2003, 55; PERRIN (FN 21), Rn. 511.

⁸⁴ Vgl. zum Ausreichen von Eventualvorsatz i.R.d. Art. 527 Ziff. 4 ZGB nur BGE 50 II 451, 455.

nannten Fall ein Akt bewusster Vermögens- beziehungsweise Nachlassgestaltung vorliegen wird. Indes setzt das Erfordernis, die Umgehungsabsicht müsse «offenbar» sein, eine hohe Hürde.⁸⁵ Strebt der settlor mit dem trust eine Nachlassgestaltung an, in welcher auch die Pflichtteilsberechtigten Berücksichtigung finden, gestaltet er aber ihre Stellung nicht hinreichend stark aus (dazu noch eingehender sogleich), so wird man nicht ohne Weiteres von einer Umgehungsabsicht sprechen können.

Art. 527 Ziff. 3 ZGB setzt eine Schenkung voraus und kann jedenfalls im Hinblick auf den discretionary trust keine direkte Anwendung finden; denn der Annahme einer Schenkung des settlor an die beneficiaries steht das Ermessen des trustee entgegen und der Annahme einer Schenkung an den trustee dessen auf dem trust-Instrument beruhende Pflichtenbindung.⁸⁶ Eine analoge Anwendung könnte man freilich aus dem Gesichtspunkt einer vergleichbaren Interessenlage heraus erwägen, denn auch den beneficiaries fliesst (zumeist) unentgeltlich ein wirtschaftlicher Vorteil zu, so dass sie gegenüber Pflichtteilsberechtigten, die nicht zugleich beneficiaries sind, als weniger schutzwürdig erscheinen.⁸⁷

Im Hinblick auf die Parallelen zwischen Stiftung und trust liegt es freilich näher, für alle trust-Arten den Rechtsgedanken des Art. 82 ZGB zur Anwendung zu bringen.⁸⁸ Dies gilt besonders, sofern man die Vermögenswidmung an einen trust als einseitiges Rechtsgeschäft ansieht. Eine Anwendung von Art. 82 ZGB bringt den Vorteil mit sich, dass – für die Herabsetzung – nicht zwischen verschiedenen Formen des trust beziehungsweise verschiedenen Ausgestaltungen der Zuwendung (im Sinne einer Vergleichbarkeit mit einer Schenkung) unterschieden werden muss und damit Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden. Über den Verweis des Art. 82 ZGB dürfte eine Herabsetzung also in Betracht kommen, wenn die Vermögensübertragung auf den trust frei

widerruflich ausgestaltet wurde oder in den letzten fünf Jahren vor dem Tode des settlor erfolgte.

Zwar kommt der «Widerruflichkeits-Alternative» des Art. 527 Ziff. 3 ZGB in der direkten Anwendung von Art. 82 ZGB keine prominente Bedeutung zu, weil frei widerrufliche Stiftungen allenfalls in Ausnahmefällen konstruierbar sind.⁸⁹ Der trust kann aber durchaus als widerruflich (revocable) ausgestaltet werden. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum auf ihn nicht auch die Widerruflichkeitsbestimmung des Art. 527 Ziff. 3 ZGB über den Rechtsgedanken des Art. 82 ZGB zur Anwendung kommen sollte, zumal hierdurch der Schutz berechtigter Drittinteressen gestärkt wird.

Denkbar erschiene schliesslich auch, dass es Relevanz für den Anlauf der 5-Jahresfrist erlangt, wie stark die *Rechtsstellung des settlor* im Hinblick auf den trust ausgestaltet ist. Denn ausserhalb des trust-Zusammenhangs wird für die Auslösung des Fristlaufs verlangt, dass sich der Schenker des Vermögens endgültig entäussert hat. Will ein zukünftiger settlor den trust zwar nicht frei widerrufen können, möchte er sich aber starke Einflussnahmemöglichkeiten vorbehalten, so wird man aus gestalterischer Perspektive die Entwicklung der Diskussion zu dieser Frage berücksichtigen müssen.⁹⁰

Die beschränkten Herabsetzungsgründe der Art. 82 i.V.m. Art. 527 ZGB eröffnen dem settlor einerseits *Möglichkeiten zur Nachlassgestaltung*, weil er bei rechtzeitiger Übertragung von Vermögen auf einen nicht widerruflich ausgestalteten trust eine Herabsetzungsklage vermeiden kann, sofern nicht Art. 527 Ziff. 1, 2 oder 4 ZGB eingreifen. Andererseits muss er sich bei der Entscheidung über die Ausgestaltung seiner Rechtsstellung – insbesondere bezüglich der Widerruflichkeit des trust – versehen, weil von ihr zwar seine Einflussnahme- und Zugriffsmöglichkeiten auf das trust-Vermögen abhängen, aber eben auch die Zugriffsmöglichkeit pflichtteilsberechtigter Dritter.⁹¹

⁸⁵ Hierin dürfte auch ein Grund für den begrenzten Umfang der Rechtsprechung liegen, welche bisher zu Art. 527 Ziff. 4 ZGB ergangen ist.

⁸⁶ Ebenso etwa VON BURG (FN 23), 499; NEDIM PETER VOGT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OR I (Art. 1–529 OR), 4. A., Basel 2006, Art. 239 N 31 m.w.N. Zur Parallelproblematik bei der Stiftung eingehend DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung, Tübingen 2006, 118 ff.

⁸⁷ Für eine analoge Anwendung des Art. 527 Ziff. 3 ZGB auf unentgeltliche einseitige Rechtsgeschäfte etwa DENIS PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2: Erbrecht, Basel 1981, 446; JEAN DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 6 N 72.

⁸⁸ Ähnlich VON BURG (FN 23), 499; BENOÎT CHAPPUIS, L'utilisation de véhicules successoraux dans un contexte international et la lésion de la réserve successorale: considérations de droit civil et de procédure, Semaine judiciaire 2005, 37, 61 f. zieht hingegen eine (exklusive?) Anwendung von Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB vor.

⁸⁹ Vgl. nur WEIMAR (FN 19), Vorbemerkungen vor Art. 70 N 19 ff m.w.N. Zu derartigen Gestaltungen im liechtensteinischen Recht vgl. aber DOMINIQUE JAKOB, Die Liechtensteinische Stiftung, Schaan 2009, Rn. 247 ff.

⁹⁰ Im Stiftungsrecht anderer Rechtsordnungen wird dieser Aspekt bereits eingehender diskutiert. Auch für die trust-Gestaltung und im Hinblick auf das Schweizer Recht sollten die entsprechenden Risiken aber nicht ausser Acht gelassen werden. Vgl. zur Parallelproblematik bei der Stiftung JAKOB (FN 89), Rn. 243 m.w.N.; für das deutsche und österreichische Recht DOMINIQUE JAKOB, Stifterrechte zwischen Privatautonomie und Trennungsprinzip – Möglichkeiten und Konsequenzen der Einflussnahme des Stifters auf seine Stiftung unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen des schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Rechts, in: Walter Bayer/Elisabeth Koch/Torsten Körber/Ingo Saenger (Hrsg.), Gründen und Stiftungen: Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, Baden-Baden 2009, 101, 110 m.w.N.

⁹¹ Vgl. zur Parallelproblematik der «Stifterrechte» im Stiftungsrecht JAKOB (FN 90), 101.

bb. Die beneficiary-Stellung als Ausfüllung der Pflichtteilsberechtigung

Das Schweizer Pflichtteilsrecht besteht bekanntlich dem Grundsatz nach nicht nur in einem schuldrechtlichen Anspruch, es gibt dem Berechtigten vielmehr eine echte (Not-) Erbenstellung, die im Umfang des Pflichtteils nicht beschränkt werden darf. Indes haben Literatur und Rechtsprechung im Verlaufe der vergangenen Jahrzehnte die strikten Anforderungen an die zu verleihende Noterbenstellung etwas gelockert,⁹² so dass angesichts der Implantierung des trust in die Schweizer Rechtsordnung Anlass zu der Frage besteht, ob und inwieweit ein *Pflichtteilsrecht dadurch realisiert* werden kann, dass ein Erblasser beziehungsweise settlor einen trust errichtet und Pflichtteilsberechtigte als *beneficiaries* dieses trust einsetzt.

Von vornherein zurückgewiesen werden sollten derartige Gedanken nicht.⁹³ Denn das schweizerische Erbrecht selbst erkennt nicht nur die unbeschränkte Noterbenstellung als Erfüllung des Pflichtteilsrechts an, sondern lässt Gestaltungen zu, die – vereinfachend gesagt – dem Pflichtteilsberechtigten den *Wert seines Noterbtteils verfügbar machen*. So kann eine lebzeitige Zuwendung geeignet sein, ein späteres Pflichtteilsrecht zu erfüllen, sofern sie ihm wertmässig entspricht;⁹⁴ ebenso kann die Zuwendung wertentsprechender Vermächtnisse ausreichen.⁹⁵ Andererseits kann der Noterbe Beschränkungen unterworfen sein, etwa im Wege einer Willensvollstreckung.⁹⁶

Freilich bedarf das berechtigte Interesse der Pflichtteilsberechtigten, eine Mindestbeteiligung am Nachlass zu erhalten, nicht deswegen eines geringeren Schutzes, weil der Erblasser auslandsrechtliche Gestaltungen wählt. Die Einsetzung zum beneficiary kann daher nur dann dem Pflichtteilsanspruch genügen, wenn sie denjenigen *Gestaltungen gleich steht, die innerhalb des Schweizer Rechts als Zuwen-*

dung des Pflichtteils akzeptiert werden. Auf dieser Grundlage wird in der kommenden Zeit eine Diskussion über differenzierte Kriterien zu führen sein, zu der hier einige Anstösse beigetragen werden sollen.

Erlangt der Pflichtteilsberechtigte die beneficiary-Stellung bereits *zu Lebzeiten des Erblassers* (der zugleich settlor ist), so wird man Zuwendungen aus dem trust, die zu Lebzeiten zugehen, auf den Pflichtteil anrechnen können, wenn und soweit sie dem Berechtigten *tatsächlich zur freien Verfügung* zufließen und einen *inhaltlichen Bezug* zur Pflichtteilsberechtigung aufweisen, wie er sich etwa aus der Zwecksetzung des trust ergeben kann.⁹⁷

Ist der *Erblasser beziehungsweise settlor verstorben* und besteht (gegebenenfalls: trotz teilweiser Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen) ein Pflichtteilsanspruch, so wird es auf die *Höhe, Sicherheit und Verfügbarkeit* der mit einer beneficiary-Stellung verbundenen Zuwendungen ankommen. An einer (vollumfänglichen) Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten wird es daher fehlen, wenn die vorgesehenen Zuwendungen aus dem trust den Wert des Noterbrechts nicht erreichen oder der trust ein zu geringes Vermögen aufweist, um Zuwendungen in genügender Höhe sicherzustellen. Handelt es sich nicht um einen fixed interest trust sondern um einen discretionary trust, so wird der Erhalt genügender Zuwendungen in aller Regel nicht hinreichend gewiss sein.⁹⁸ Schränkt der trust – etwa durch weit reichende Verwaltungsbefugnisse des trustee, durch eine über lange Dauer gestreckte Auszahlung oder durch Zuwendung nur beschränkt verkehrsfähiger Güter⁹⁹ – den Zugriff auf den Pflichtteilwert übermässig ein, so wird es an der tatsächlichen Verfügbarkeit des Pflichtteiles mangeln. Ausserdem wird man auch für Zuwendungen nach dem Tode des Erblassers beziehungsweise settlor verlangen müssen, dass ein *inhaltlicher Konnex* zur Pflichtteilsrechtsberechtigung besteht, der beneficiary die Zuwendungen also nicht etwa zusätzlich zu seinem Pflichtteil erhalten soll.

Will der Erblasser beziehungsweise settlor die Gefahr einer Herabsetzung bannen, so wird man ihn wie im direkten Anwendungsbereich des Art. 82 ZGB auf einen *Erb-*

⁹² Vgl. nur den Überblick bei DANIEL STAEHELIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB), 3. A., Basel 2007, Art. 470 N 4 mit umfangreichen w.N.

⁹³ Sehr kritisch aber GUTZWILLER (FN 12), 110.

⁹⁴ Vgl. STAEHELIN (FN 92), Art. 470 N 4 m.w.N.

⁹⁵ S. nur WEIMAR (FN 19), Vorbemerkung vor Art. 470 N 19; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, Art. 522 N 2, 4, jeweils m.w.N.

⁹⁶ Vgl. nur BGE 51 II 55 f. Will der Erblasser den Einsatz des trust-Instruments auf das erbrechtlich risikolose Mass beschränken, zugleich aber einer Person seines Vertrauens die Nachlassverwaltung möglichst umfassend übertragen, so erschiene es auch denkbar, diese Person bezüglich der Noterbtteile als Willensvollstrecker einzusetzen und für den «freien» Nachlass einen trust mit ihm als trustee zu errichten. Ein Interessenkonflikt würde hierdurch – vorbehaltlich besonderer Umstände – jedenfalls nicht ohne Weiteres begründet, vgl. Tribunale d'appello del Cantone Ticino 11.2004.49 v. 19.12.2007, E. 14 d.

⁹⁷ An dieser Stelle soll das Verhältnis dieses Vorganges zur Ausgleichung nach Art. 626 ff. ZGB nicht näher untersucht werden.

⁹⁸ Hierauf stellen auch WOLF/JORDI (FN 6), 65, sowie KÜNZLE (FN 78), 198, 199, ab. Vgl. allgemein zum fixed interest beziehungsweise discretionary trust etwa JAMES PENNER, *The Law of Trusts*, 3. A., Oxford 2002, 55. An dieser Stelle sei auch gesagt, dass sich mit dem Ermessen des trustee die Frage verbindet, welche Grenzen die Grundsätze der formellen und materiellen Höchstpersönlichkeit dem trust von Todes wegen setzen. Auf sie näher einzugehen, verbietet sich hier freilich, aufgeworfen wird sie etwa auch von WOLF/JORDI (FN 6), 63.

⁹⁹ Die h.M. fordert für die Anrechnung einer Zuwendung auf den Pflichtteil zu recht, dass die Zuwendung in Eigentum an unproblematisch verkehrsfähigen Vermögenswerten bestehe, vgl. dazu nur die Nachweise bei WEIMAR (FN 19), Vorbemerkung vor Art. 470 N 19.

verzichtsvertrag mit den Pflichtteilsberechtigten in Ansehung der Pflichtteilsrechte verweisen können. Erscheint die beneficiary-Stellung nach Umfang und Ausgestaltung den Pflichtteilsberechtigten hinreichend attraktiv, so wird sich über einen Erbverzichtsvertrag vielfach ein Konsens erzielen lassen.

cc. Folgen einer Herabsetzung für den trust

Verliert ein trust infolge einer Herabsetzungsklage einen Teil seines Vermögens,¹⁰⁰ so führt dies *nicht generell zu seinem Untergang*. Der trust kann aber untergehen, wenn ihm nach der Herabsetzung gar kein Vermögen mehr verbleibt und das trust-Statut das Bestehen irgendeines trust-Vermögens zur Existenzvoraussetzung für einen trust macht. Die gleiche Folge kann eintreten, wenn der trust mit den verminderten Mitteln seinen Zweck schlechthin nicht mehr erreichen kann oder wenn davon auszugehen ist, dass der settlor den trust mit den verbleibenden Mitteln beziehungsweise in Kenntnis der künftigen Herabsetzung nicht geschaffen hätte.¹⁰¹

Die letztgenannten Fragen sind entgegen gewichtiger anderslautender Stimmen¹⁰² nach dem Recht zu beurteilen, welches das *trust-Statut* bildet. Denn ihm unterliegen die Entstehungsvoraussetzungen des trust, zu denen auch der Errichtungswille des Stifters gehört, zumal Art. 8 HTÜ die *Auslegung, die Gültigkeit und die Beendigung* des trust ausdrücklich dem Anwendungsbereich des Übereinkommens unterstellt.

Ebenfalls nach dem trust-Statut beurteilen sich die *Reaktionspflichten des trustee* (und gegebenenfalls eines protector oder anderer in die trust-Verwaltung eingebundener Personen)¹⁰³, wenn der trust durch eine Herabsetzung zwar nicht ungültig geworden ist, wohl aber der veränderten Vermögensausstattung angepasst werden muss. Insbesondere für den Richter ist hierbei auch die Wertung des Art. 15 Abs. 2 HTÜ zu beachten.

c. Pflichtteilsrechte bei ausländischem Erbstatut

Bildet ausländisches Recht das Erbstatut, so entscheidet es eigenständig darüber, ob und welche Pflichtteilsrechte bestehen, sowie darüber, ob sich etwaige Pflichtteilsrechte gegenüber einem trust-Vermögen durchsetzen.

Sieht das ausländische Erbstatut keine Pflichtteilsrechte vor oder hält es sie nicht für eine ausreichende Grundlage, um in das Vermögen eines trust einzugreifen, so bestünde

Raum für eine Korrektur durch das Schweizer Recht insbesondere dann, wenn man das *Pflichtteilsrecht als Bestandteil des Schweizer ordre public* ansieht und mithin ein Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts, wonach ein Pflichtteilsberechtigter zugunsten eines trust-Vermögens leer ausgeht, für unvereinbar mit den Grundwertungen unserer Rechtsordnung hält. Richtigerweise wird man einen solchen Eingriff zumindest auf besonders drastische Ausnahmefälle zu beschränken haben.¹⁰⁴

III. Grundstücke als Objekte des trust-Vermögens

Grundstücke können in der Vermögenszusammensetzung und damit auch in der Nachlassplanung des settlor grosses Gewicht haben. Soll der trust als Mittel genutzt werden, um eine Nachlassgestaltung im Hinblick auf Grundstücke zu treffen, so sind im Vergleich zu beweglichen Vermögenswerten einige *Besonderheiten* zu beachten, die vor allem mit der *Bindung* immobilisachenrechtlicher Rechtsvorgänge an das *Grundbuch* zusammenhängen. Erörtert werden sollen im Folgenden die Übertragung von Grundeigentum auf den trust(ee) sowie die Möglichkeit zur Erwirkung einer Anmerkung des trust-Verhältnisses im Grundbuch. Dabei richtet sich das Augenmerk nur auf Grundstücke, welche in der Schweiz belegen sind, und nur auf solche, die unmittelbar zum trust-Vermögen gehören, sich also insbesondere nicht im Vermögen einer sogenannten underlying company befinden.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Auf die interessanten Fragen im Zusammenhang mit der prozessualen Seite der Herabsetzungsklage und den Einzelheiten der Bereicherungshaftung nach Art. 528 ZGB kann hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.

¹⁰¹ Ebenso WOLF/JORDI (FN 6), 65; GUTZWILLER (FN 12), 110.

¹⁰² GUTZWILLER (FN 12), 110.

¹⁰³ Zu Personen, die ausser dem trustee mit der Verwaltung eines trust befasst sein können etwa OAKLEY (FN 76), 203 ff.

¹⁰⁴ Gegen eine Einordnung des Pflichtteilsrechts als *ordre public*-Bestandteil etwa BGE 102 II 136, 140 f. mit der dort zitierten Literatur; ADOLF SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts einschliesslich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, Band 2, 4. A., Basel 1958, 513; ANTON HEINI, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. A., Zürich 2004, Art. 90 N 16. Es existieren freilich auch Stimmen, die eher für eine (ausnahmsweise) Anwendung Schweizer Pflichtteilsrechts auch bei ausländischen Erbstatuten votieren, vgl. etwa SCHNYDER (FN 44), 345; CHAPPUIS (FN 88), 37, 43 m.w.N.

¹⁰⁵ Bei der Errichtung einer underlying company werden die betreffenden Grundstücke in eine Gesellschaft eingebracht, deren Anteile dann vom trustee gehalten werden. Eine solche Anordnung verkompliziert die Gestaltung des trust, kann aber vorteilhaft sein, um unerwünschte Publizität zu vermeiden. Letztlich entscheiden werden vielfach die steuerlichen Vor- oder Nachteile. Jedenfalls ist der Weg über eine underlying company ein gern verfolgter; vgl. auch VOGT (FN 86), Art. 149d N 4 m.w.N.

1. Die Regelungssituation

Die Fragen, mit denen wir uns auseinandersetzen wollen, unterliegen Regelungen aus verschiedenen Bereichen, die auf komplexe und vielfach strittige Weise ineinander greifen. Die wichtigsten dieser Normaussagen sollen hier vorangestellt werden, um das Verständnis der weiteren Ausführungen zu erleichtern.¹⁰⁶

a. Bestimmungen des HTÜ

Art. 4 HTÜ besagt, dass Vorfragen hinsichtlich der Gültigkeit von vermögensübertragenden Rechtsgeschäften (auch Testamenten) nicht dem Anwendungsbereich des Übereinkommens unterliegen. Art. 15 Abs. 1 lit. d HTÜ erklärt, dass das HTÜ der Anwendung nicht disponibler Normen desjenigen Statuts, das sich aus den Kollisionsregeln des Forums als Sachstatut ergibt, nicht entgegensteht; weiter, dass diese Aussage insbesondere auch für die Übertragung von Eigentum und dingliche Sicherungsrechte gilt. Die Reichweite und das Verhältnis dieser Vorschriften sind nicht ohne Weiteres klar. Insbesondere lassen die Begriffe «Vorfragen» (preliminary issues/questions préliminaires) sowie «Gültigkeit» (validity/validité) Raum für Interpretationen. Weiterhin stellt sich die Frage, ob Art. 15 Abs. 1 lit. d HTÜ (genau) denselben Sachbereich betrifft wie Art. 4 HTÜ. Dann wäre freilich nicht recht erklärlich, warum eine Vorschrift des HTÜ die Geltung nicht abdingbarer Vorschriften in einem Bereich sichert, in dem das Abkommen ohnehin keine Anwendung findet. Annehmen liesse sich auch, dass Art. 15 Abs. 1 lit. d HTÜ in einem trotz Art. 4 HTÜ der Anwendung des HTÜ unterliegenden Sachbereich die Geltung des nach Art. 6 ff. HTÜ ermittelten trust-Statuts einschränken will.

Richtigerweise wird man, auch im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte,¹⁰⁷ die Vorschriften als Versuch zu interpretieren haben, eine *flexible Kompromisslösung* zu finden für das Zusammenspiel der vielen potentiell involvierten Rechtsordnungen sowie für die Veränderungen, welche die Rechtsentwicklung im Hinblick auf die Abgrenzung von Sach- und trust-Statut erwarten lässt. Soweit sich demnach Art. 4 und Art. 15 HTÜ decken, stellt Art. 15 HTÜ eine unnötige Bekräftigung dar, die aber auch unschädlich ist, weil beide Vorschriften zur Anwendung des Statuts führen, welches nach den Kollisionsregeln der *lex fori* bestimmt wird. Soweit jedoch Aspekte der Eigentumsübertragung «eigentlich» dem trust-Statut unterstehen, stellt Art. 15 Abs. 1 lit. d HTÜ die Anwendung nicht dispositiver Normen des nach den Kollisionsregeln der *lex fori* bestimmten Statutes sicher.

Legt man diese Regelungssituation zugrunde, so sind im Hinblick auf die Übertragung von Eigentum an einem in der

Schweiz belegenen Grundstück Rechtsaspekte dem Sachstatut zu unterstellen, wenn und soweit sie Bestandteil des *dinglichen Eigentumserwerbsvorganges* am Grundstück sind. Zu diesen Rechtsaspekten gehören insbesondere die formgültige Schaffung eines Rechtsgrundes sowie die Anmeldung zum und die Eintragung ins Grundbuch. Dieses Ergebnis folgt zum einen aus den Begriffen der Übertragung von Vermögen in Art. 4 HTÜ beziehungsweise der Übertragung von Eigentum in Art. 15 HTÜ, die jeweils auf die Gesamtheit des dinglichen Übertragungsvorganges abzielen; zum anderen aus dem Anliegen, den Übertragungsvorgang nicht unnötig aufzuspalten; schliesslich auch aus der Wertung der Art. 99 i.V.m. 119 IPRG, die die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts auf Schweizer Grundstücke sicherstellen wollen.

Art. 11 Abs. 3 lit. d HTÜ schreibt das sogenannte Spurfolgerecht (*tracing/droit de suite*) fest, also das Recht, trust-Gut herauszuverlangen, welches der trustee unter Verletzung seiner Pflichten veräussert oder mit eigenem Vermögen vermischt hat. Auf dieses Recht nimmt die Vorschrift des Art. 149d Abs. 3 IPRG Bezug und macht seine erfolgreiche Durchsetzung gegenüber gutgläubigen Dritten von der Anmerkung des trust im Grundbuch abhängig.

Art. 12 HTÜ sieht die Befugnis eines trustee vor, in dieser Eigenschaft oder unter anderweitiger Offenlegung des trust-Verhältnisses Vermögensrechte in Register eintragen zu lassen. Der trustee soll daher auch entscheiden können, ob er sich mit oder ohne Kennzeichnung der Zugehörigkeit des Grundstücks zum trust-Vermögen ins Grundbuch eintragen lässt. Der registerführende Staat muss, sofern eine Eintragung des trustee und der trust-Zugehörigkeit mit seinem Recht nicht im Grundsatz unvereinbar ist, die Möglichkeit dafür schaffen, dass die Zugehörigkeit des eingetragenen Gegenstandes zum trust-Vermögen gekennzeichnet werden kann.¹⁰⁸ Dies ist im Schweizer Recht durch Art. 149d IPRG und die Wegleitung Trust grundsätzlich geschehen.

b. Bestimmungen des IPRG

Aus dem IPRG sind vor allem zwei Bestimmungen relevant, nämlich Art. 99 Abs. 1 IPRG und Art. 149d IPRG.

Art. 99 Abs. 1 IPRG erklärt für dingliche Rechte an Grundstücken die *lex rei sitae* als massgeblich. Auf in der Schweiz gelegene Grundstücke ist demnach Schweizer Recht anzuwenden.

¹⁰⁶ Einschlägige ZGB-Vorschriften werden freilich nicht eigens aufgeführt.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu nur JONATHAN HARRIS, *The Hague Trusts Convention*, Oxford 2002, 357 ff.

¹⁰⁸ Vgl. zum Ganzen GUTZWILLER (FN 12), 97 f m.w.N.; VON OVERBECK (FN 29), Rn. 118 ff. Interessant ist auch die Stellungnahme von HAYTON aus der Sicht des Angehörigen einer trust-Jurisdiktion: Die Eintragung der trust-Zugehörigkeit ist für manche englische Register verboten, bzgl. der anderen jedenfalls unüblich. Aber im Zuge des auf Drängen von Nicht-trust-Rechtsordnungen geschaffenen Art. 12 HTÜ hat der trustee die Wahl, ob er die Zugehörigkeit zum trust-Vermögen offenlegen will (wohl: soweit für das Register überhaupt zulässig), HAYTON (FN 30), 276 f.

Art. 149d IPRG schafft in seinem Absatz 1 die Möglichkeit einer Anmerkung des trust-Verhältnisses im Grundbuch und korrespondiert dadurch mit Art. 12 HTÜ. Art. 149d Abs. 3 IPRG erklärt, dass das nicht angemerkte trust-Verhältnis gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann und gestaltet damit Art. 11 Abs. 3 lit. d HTÜ aus.

Die *Rechtsnatur von Art. 149d IPRG* und seine Stellung im IPRG (anstatt im Sachrecht) sind Gegenstand kritischer Stellungnahmen geworden.¹⁰⁹ Da die Bedeutung dieser Fragen für die konkrete Anwendung von Art. 149d IPRG aber begrenzt ist, sei hier nur soviel gesagt: Gleich, ob man die Bezeichnung IPR-Sachnorm, *loi d'application immédiate* oder Eingriffsnorm wählt,¹¹⁰ hat die Norm einen sachrechtlichen und einen kollisionsrechtlichen Gehalt.

Sachrechtlichen Gehalt hat sie, weil sie innerhalb eines nach Kollisionsregeln bestimmten Statuts Rechtswirkungen hervorruft, sich also insbesondere innerhalb des durch Art. 99 IPRG berufenen Schweizer Sachstatuts auf Fragen des gutgläubigen Erwerbs auswirkt.

Eine *kollisionsrechtliche Dimension* ist ihr deswegen eigen, weil sie sich als sachrechtliche Norm des Schweizer Rechts auch auf Rechtsverhältnisse auswirkt, die sich nicht nach dem Schweizer Recht – sondern etwa nach dem trust-Statut – bestimmen, und damit die Reichweite des «eigentlich» verwiesenen Statuts und der verweisenden Kollisionsregel beschränkt. Würde etwa das nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien bestimmte Deliktsstatut (Art. 133 Abs. 1 IPRG) einen Anspruch auf Herausgabe beziehungsweise Rückübereignung des Grundstücks gegen den gutgläubigen Erwerber geben, stünde dem Art. 149d Abs. 3 IPRG entgegen und beschränkte damit die Reichweite des Deliktsstatuts.

Die Vereinbarkeit der soeben beschriebenen Wirkung des Art. 149d Abs. 3 IPRG mit dem (insoweit vorrangigen) HTÜ lässt sich nicht auf Art. 11 Abs. 3 lit. d Satz 2 HTÜ stützen, weil danach das Statut zur Anwendung berufen wird, welches sich aus den Kollisionsregeln der *lex fori* ergibt. Handelt es sich bei dem nach Art. 11 Abs. 3 lit. d Satz 2 HTÜ berufenen aber nicht um das Schweizer Recht, so greift Art. 149d Abs. 3 IPRG gerade in dieses Statut ein. Nachdem auch Art. 15 HTÜ die Anwendung des nach den Kollisionsregeln der *lex fori* berufenen Statuts ermöglicht, nicht aber die Anwendung des von jenem Statut abweichenden Schweizer Rechts, so *bleibt Raum für Art. 149d Abs. 3 IPRG noch über Art. 16* oder 18 HTÜ beziehungsweise Art. 17 oder 18 IPRG. Zumindest die Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und der Gleichheit in der Anwendung sprechen dabei für Art. 16 HTÜ beziehungsweise Art. 18 IPRG als normative Basis. Freilich ist nicht ganz zu Unrecht bezweifelt worden, ob Art. 149d IPRG eine Fundamentalbedeutung

mit öffentlich-rechtlichem Bezug habe, die seine Einstufung als *loi d'application immédiate* rechtfertigen würde.¹¹¹ Immerhin bilden aber die berechtigten Drittmittel von Grundstückserwerbern ein bedeutsames Schutzgut, welchem in Gestalt der Schutzwirkung klarer und verlässlicher öffentlicher Register¹¹² durchaus auch die Dimension eines rechtspolitischen Allgemeininteresses zukommen kann. Zudem ist der enge Bezug zu beachten, den Grundstücke nach weithin (und international) geteilter Wertung zur Rechtsordnung ihres Lageortes aufweisen.

c. Bestimmungen der Verordnung betreffend das Grundbuch und der Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von trust-Geschäften

Auch Grundbucheintragungen, die im Zusammenhang mit trusts stehen, unterliegen den Bestimmungen der Grundbuchverordnung (GBV),¹¹³ welche als Ausführungsverordnung zum ZGB die Einzelheiten der Grundbuchführung regelt. In der Grundbuchverordnung, insbesondere deren Art. 15 f., 18, 31 und 78 ff. ist indes noch¹¹⁴ *keine Vorsorge für den Sonderfall der trust-Eintragung* getroffen. Nicht zuletzt deswegen kommt der vom Eidgenössischen Amt für Grundbuch- und Bodenrecht veröffentlichten *Wegleitung* zur grundbuchlichen Behandlung von trust-Geschäften besondere Bedeutung zu. Die Aussagen der *Wegleitung* binden den Rechtsanwender letztlich nicht,¹¹⁵ es handelt sich gleichsam um Vorschläge für die Auslegung und Anwendung der einschlägigen Normen des Schweizer Rechts sowie des HTÜ. Die Bedeutung der *Wegleitung* für die Rechtspraxis ist nichtsdestotrotz als sehr gross einzustufen, gerade weil komplexe und weithin noch nicht abschliessend geklärte Rechtsfragen inmitten stehen.

d. BewG und BGBB

Auf den trust finden im Grundsatz sowohl das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG – *Lex Koller*),¹¹⁶ als auch das Bundesgesetz über

¹⁰⁹ Vgl. hierzu Botschaft HTÜ (FN 2), 596; GUTZWILLER (FN 12), 175 f.

¹¹⁰ Zur Begrifflichkeit in diesem Bereich etwa KROPHOLLER (FN 46), 18 ff. mit umfangreichen w.N.

¹¹¹ S. insbesondere GUTZWILLER (FN 12), 176.

¹¹² Verwiesen sei hier auch auf die Anliegen der Nicht-trust-Jurisdiktionen, welche zur Schaffung des Art. 12 HTÜ führten; vgl. dazu schon FN 107.

¹¹³ Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22.2.1910, SR 211.432.1.

¹¹⁴ Mit der zum 1.1.2012 geplanten Totalrevision der Grundbuchverordnung sollen allerdings auch Bestimmungen betreffend die grundbuchliche Behandlung von trusts eingeführt werden; vgl. auch GUILLAUME (FN 22), 1.

¹¹⁵ *Wegleitung Trust* (FN 9), 1.

¹¹⁶ Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) vom 16.12.1983, AS 1984 1148. Vgl. hierzu etwa MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, *Lex Koller et Trusts*, AJP/PJA 2009, 1123; WILSON (FN 13), 133 ff.

das bäuerliche Bodenrecht (BGBB)¹¹⁷ Anwendung.¹¹⁸ Beide Gesetze können Auswirkungen zeitigen, auf die an dieser Stelle aber nicht näher eingegangen werden kann.

2. Die Übertragung von in der Schweiz belegenen Grundstücken in das Vermögen des trust(ee)

a. Problematik

Die Übertragung von Schweizer Grundstücken in ein trust-Vermögen richtet sich in dinglicher Hinsicht gemäss Art. 4, 15 HTÜ, Art. 99 Abs. 1 IPRG nach dem Schweizer Recht.

Bekanntlich bedarf es demnach für den derivativen Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eines Verpflichtungsgeschäfts als Erwerbsgrund und eines Erwerbsaktes, der aus der Eintragung im Grundbuch aufgrund der Veranlassung durch eine Anmeldung (die das Verfügungsgeschäft über das Grundstück darstellt) besteht. Da in solchen Fällen das *absolute Eintragungsprinzip* des Art. 656 Abs. 1 ZGB gilt, kommt der Eintragung konstitutive Bedeutung für den Eigentumserwerb zu. Das Verpflichtungsgeschäft bedarf nach Art. 657 Abs. 1 ZGB (aus Sicht des Obligationenrechts bekräftigt in Art. 216 und 243 OR) der öffentlichen Beurkundung. Art. 965 ZGB verlangt als grundbuchrechtliche Eintragungsvoraussetzung einen doppelten Ausweis, nämlich über das Verfügungsrecht des Anmeldenden und über den formgültig errichteten Rechtsgrund.

Beruhet der Eigentumserwerb, wie etwa beim Erbgang, nicht auf Rechtsgeschäft, so gilt das *relative Eintragungsprinzip* des Art. 656 Abs. 2 ZGB; die Eintragung ist für einen Erwerb des Eigentums nicht konstitutiv, sie ist aber erforderlich für den Erwerb der Verfügungsbefugnis.¹¹⁹

Handelt es sich nun um die Übertragung eines Grundstücks in ein trust-Vermögen, so ist fraglich, worin bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung das *Verpflichtungsgeschäft* als Erwerbsgrund zu erblicken ist; ob und wie die *Form des Art. 657 Abs. 1 ZGB* zu wahren ist; wer die *Anmeldung beim Grundbuchamt* zu erklären hat; und welche *Dokumente* dabei vorzulegen sind.

b. Der Ansatz der Wegleitung Trust

Die Wegleitung Trust¹²⁰ sieht beim Grundstückserwerb durch einen trust(ee) die Grundbucheintragung als konstitutiv an, unterstellt den Erwerb also dem *absoluten Eintragungsprinzip*. *Verpflichtungsgeschäft* soll der «*Widmungsakt*» des trust sein, der nicht als Vertrag, sondern als einseitiger Akt anzu-

sehen ist und der dem jeweiligen trust-Statut untersteht. Die *Grundbuchanmeldung* als *Verfügungsgeschäft* soll in der Regel durch den settlor mit Zustimmung des trustee erfolgen.

Sofern der trust durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtet wird, soll der settlor die *notarielle Feststellungs-urkunde* einer schweizerischen Urkundsperson beibringen müssen, wonach (1) der trust formgültig (nach ausländischem Recht) errichtet wurde; (2) die Person, auf welche das Grundstück übertragen werden soll, als trustee eingesetzt wurde; und (3) das auf den trustee zu übertragende Grundstück dem trust-Vermögen gewidmet ist. Eine Urkunde, in welcher der Widmungsakt verkörpert ist, muss hingegen nicht beigelegt werden.

Erfolgt die trust-Errichtung durch Verfügung von Todes wegen, so ist (nur) das ausländische *Erbfolgezeugnis* als Rechtsgrundaussweis vorzulegen, wenn sich aus ihm auch der Übergang des Grundstücks auf den trustee ergibt. Ob sich der Übergang auf den trustee direkt oder über einen Zwischenberechtigten (etwa einen executor als Willensvollstrecker) vollzieht, bestimmt das Erbstatut. Ist der Übergang auf den trustee aus dem Erbfolgezeugnis nicht ersichtlich – wovon die Wegleitung als Regelfall ausgeht – so sind dem Grundbuchamt zudem die Urkunden vorzulegen, welche in der Wegleitung des Bundesamts für Justiz «Ausländische Erbfolgezeugnisse als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch»¹²¹ aufgeführt sind.

c. Grundstücksübertragung bei Errichtung eines trust durch Rechtsgeschäft unter Lebenden

In der Literatur sind die soeben skizzierten Ausführungen der Wegleitung insofern auf Kritik gestossen, als sie bei *Errichtung des trust durch Rechtsgeschäft unter Lebenden* den nach dem trust-Statut zu beurteilenden Widmungsakt als Erwerbsgrund und eine notarielle Feststellungs-urkunde als Rechtsgrundaussweis postulieren.¹²² Diese Kritik ist, wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen, in weiten Teilen berechtigt.

aa. Die Vermögenswidmung als schuldrechtliches Grundgeschäft

Zunächst ist festzuhalten, dass nach schweizerischem Rechtsverständnis der *Erwerbsgrund* durch ein schuldrecht-

¹¹⁷ Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4.10.1991, SR 211.412.11.

¹¹⁸ Vgl. nur Wegleitung Trust (FN 9), 2.

¹¹⁹ Vgl. statt aller JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 3. A., Zürich 2009, N 829 ff.

¹²⁰ Vgl. zum Nachfolgenden Wegleitung Trust (FN 9), 2 f.

¹²¹ Eidgenössisches Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, Wegleitung Ausländische Erbfolgezeugnisse als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch vom November 2001, abrufbar unter http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/grundbuch_egris.html (nachfolgend: Wegleitung ausländische Erbfolgezeugnisse).

¹²² S. etwa WOLF/JORDI (FN 6), 69 ff.; THÉVENOZ (FN 6), 129; GUTZWILLER (FN 12), 48 f.; DENIS PIOTET, Quelques questions de droit privé suisse sur le Trust sous l'empire de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985, not@lex 2008, 19.

liches Geschäft konstituiert wird, welches kollisionsrechtlich *eigenständig anzuknüpfen* ist.¹²³ Das auf die dingliche Seite der Eigentumsübertragung anwendbare Recht regiert also nicht notwendig auch das schuldrechtliche Geschäft.

Der Sache nach bildet für eine Grundstücksübertragung an einen trust(ee) die Zuweisung oder Widmung des Grundstücks zum trust-Vermögen das schuldrechtliche Grundgeschäft, also der Akt, in dem der settlor bestimmt, dass das Grundstück Bestandteil des trust-Vermögens werden und damit den spezifischen Bindungen des trust-Verhältnisses unterfallen soll. Diese Position entspricht der Auffassung der *Wegleitung Trust*,¹²⁴ wohl auch der Botschaft HTÜ,¹²⁵ des – soweit ersichtlich – herrschenden Schrifttums¹²⁶ und der (insoweit) ähnlichen Rechtslage bei der Stiftung¹²⁷. Sie deckt sich auch mit der Grundkonzeption des trust im angelsächsischen Rechtskreis, wonach für das ursprünglich dem trust gewidmete Vermögen grundsätzlich kein weiterer Rechtsakt neben dem *Widmungsakt* und gegebenenfalls erforderlichen Vollzugsakten notwendig ist.¹²⁸

Indes: Selbst wenn das betreffende Grundstück die ganze Vermögensmasse des trust bilden wird und daher seine Widmung eine notwendige Voraussetzung der trust-Errichtung erfüllt,¹²⁹ sollte der *Errichtungsakt des trust vom «Vermögenswidmungsakt» gedanklich geschieden* werden. Denn obgleich in solchen Fällen die Errichtung nicht ohne die Vermögenswidmung Erfolg haben kann und die beiden Geschäfte daher untrennbar zusammenhängen, womöglich auch nur als zwei Seiten *eines* Geschäftes zu deuten sind, ist es doch nicht zwingend erforderlich, dass beide demselben Recht unterstehen. Man kann sich dies am Beispiel eines (beliebigen) Rechtsgeschäfts und seiner Form verdeutlichen, die auch untrennbar verbunden sind und doch nach verschiedenen Rechten beurteilt werden können. Diese logische Unabhängigkeit von Errichtungs- und Widmungsakt lässt sich

auch am Beispiel einer *nachträglichen* Vermögensübertragung auf den trust zeigen, welche ebenfalls aufgrund einer Widmung geschieht, die für das Entstehen des trust nicht mehr von Belang sein kann, weil dieser ja schon existiert.¹³⁰

Mit dem *dinglichen Übertragungsgeschäft*, dem *schuldrechtlichen Erwerbsgrund* (Widmungsakt) und dem *Errichtungsgeschäft* für den trust lassen sich also *drei Geschäfte* identifizieren, deren es für die Grundstücksübertragung an einen zuvor noch nicht bestehenden trust bedarf. Nun stellt sich die Frage, *welches Recht* auf welches Geschäft anzuwenden ist. Verhältnismässig klar ist die Bestimmung für das Errichtungsgeschäft des trust und für das dingliche Übertragungsgeschäft. Das erstere unterliegt dem trust-Statut, wie es sich aus den Bestimmungen des HTÜ ergibt, und das zweite unterliegt (aus Sicht der Schweizer Rechtsordnung) nach Art 4, 15 HTÜ i.V.m. Art. 99 Abs. 1 IPRG der *lex rei sitae*. Welches Recht soll aber das Statut für den Widmungsakt als schuldrechtliches Grundgeschäft bilden?

bb. Die Bestimmung des Geschäftsstatuts nach nationalem Kollisionsrecht

Art. 4 HTÜ nimmt die Vermögensübertragung auf den trust(ee) als Vorfrage von der Anwendung des Abkommens aus. Folgt man der herrschenden Auffassung darin, dass hiervon auch die schuldrechtliche Seite der Vermögensübertragung erfasst wird,¹³¹ so ist das Statut für den Widmungsakt als Erwerbsgrund nach den *nationalen Kollisionsregeln der lex fori* zu bestimmen.¹³²

(1) Die objektive Bestimmung des Geschäftsstatuts

Dieses Ergebnis führt (bei Schweizer *lex fori*) auf die Qualifikationsfrage, welche Kollisionsregel des IPRG zur Anwen-

¹²³ S. statt aller PIUS FISCH, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG)*, 2. A., Basel 2006, Art. 99 N 6 ff.

¹²⁴ *Wegleitung Trust* (FN 9), 3.

¹²⁵ Vgl. dort 559, 575 f.

¹²⁶ Vgl. etwa WOLF/JORDI (FN 6), 68, 70 m.w.N. GUTZWILLER (FN 12), 76 f.; PIOTET (FN 122), 19.

¹²⁷ Hierauf wird auch abgestellt von WOLF/JORDI (FN 6), 70. Zur Stiftungsurkunde als Rechtsgrund für die Grundstücksübertragung auf eine Stiftung RIEMER (FN 47), Art. 80 N 11 ff., 15 mit umfangreichen w.N.

¹²⁸ Vgl. nur OAKLEY (FN 76), 146 f. m.w.N.; TOM HAEUSLER, Einführung in den angelsächsischen Trust, in: ANDREAS RICHTER/THOMAS WACHTER (Hrsg.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, Bonn 2007, 240 f. m.w.N.

¹²⁹ Vgl. näher zur Unterscheidung zwischen der Errichtung des trust, welche die *Widmung* von Vermögenswerten erfordert, und dem Entstehen der Funktionsfähigkeit des trust, für die es einer wirksam erfolgten *Vermögensübertragung* bedarf, etwa WOLF/JORDI (FN 6), 41 m.w.N.

¹³⁰ So interpretiert etwa auch GUILLAUME (FN 22), 10 ff., einen vom trust-Instrument separierten Widmungsakt als Verpflichtungsgeschäft, obgleich sie grundsätzlich das trust-Instrument selbst als Verpflichtungsgeschäft ansieht, ohne dabei zwischen Errichtungs- und Übertragungskomponente zu unterscheiden.

¹³¹ S. etwa WOLF/JORDI (FN 6), 69; THÉVENOZ (FN 15), *Trusts en Suisse*, 129; JÜRIG SCHMID, Rezension zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung sowie zum Übereinkommen über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 88 (2007), 316, 317. Erwäge man eine andere Interpretation des Art. 4 HTÜ, so wäre weiter zu fragen, ob nicht wegen Art. 15 HTÜ doch wieder das Kollisionsrecht der *lex fori* und das hiernach bestimmte Statut zur Anwendung kommen.

¹³² Hieran zeigt sich noch einmal, dass es sinnvoll ist, den «Errichtungsaspekt» der Widmung von ihrem «Übertragungsaspekt» zu unterscheiden. Denn träte man diese Unterscheidung nicht und hielte doch an der herrschenden Interpretation des Art. 4 HTÜ fest, so unterfiele ja ein zentraler Teil des trust-Errichtungsaktes gar nicht der Konvention und womöglich gar nicht dem trust-Statut – dies wäre ein sehr erstaunliches Ergebnis.

dung zu bringen ist. Art. 150 IPRG mag zwar für die Errichtung des trust vor Ratifikation des HTÜ die passende Norm gewesen sein, für die Vermögenswidmung ist er es aber nicht zwangsläufig. Art. 119 IPRG liegt zwar für Grundstücke nahe, setzt aber voraus, dass es sich bei dem Widmungsakt um einen «Vertrag» handelt.

Nun stellen sich sowohl die Wegleitung Trust¹³³ als auch Teile der Literatur¹³⁴ auf den Standpunkt, die Vermögenswidmung an den trust sei – ebenso wie die Errichtung des trust – kein Vertrag zwischen settlor und trustee, sondern ein *einseitiges Rechtsgeschäft*. Für diese Einordnung spricht auch aus unserer Sicht ein Blick auf die nicht unähnliche Vermögensübertragung an eine zu gründende Stiftung, die gleichfalls als einseitiges Rechtsgeschäft (*sui generis*) eingeordnet wird.¹³⁵ Zudem dürfte diese Interpretation näher am Verständnis jedenfalls des englischen trust-Rechts von der Grundstücksübertragung auf den trust(ee) eines (entstehenden) trust liegen. Verlangt nämlich das englische Recht für die Übertragung neben dem trust-Instrument eine in der Form des «deed» beurkundete Übertragungserklärung und bei – registrierten – Grundstücksrechten die Eintragung des Rechtsübergangs,¹³⁶ so wird man den deed mit dem Widmungsakt im hier diskutierten Sinne vergleichen können. Der deed ist aber kein «contract» im Sinne des englischen Rechts, sondern eine einseitige Erklärung des settlor.¹³⁷ Zwar zwingt dieser Befund das Schweizer Recht nicht, seine Deutung des dem schweizerischen Recht unterliegenden Widmungsaktes anzupassen;¹³⁸ eine gleichartige Interpretation mag aber doch helfen, Reibungsverluste und Missverständnisse beim Ineinandergreifen von trust- und Sachstatut zu verringern. Schliesslich wäre ein «Widmungsvertrag», anders als ein einseitiges Geschäft, den zusätzlichen Risiken ausgesetzt, die sich aus Mängeln in der Erklärung des trustee ergeben können. Gerade wenn das betreffende Grundstück den einzigen Vermögensgegenstand im trust bildet, könnten solche Mängel sich auf den wirksamen Bestand des trust

selbst auswirken, weil dieser ohne Vermögen nicht existieren kann.

Andere Stimmen interpretieren zwar den Errichtungsakt des trust als einseitiges Rechtsgeschäft, fordern für den Widmungsakt aber einen *Vertrag*.¹³⁹ Hierfür lässt sich immerhin eine Parallele zur ebenfalls dem trust nicht ganz fernstehenden Vermögensübertragung auf einen Treuhänder ziehen, bei welcher ein *Treuhandvertrag* als Grundgeschäft angesehen wird.¹⁴⁰ Die Kollisionsregel für einen solchen Vertrag wäre dann Art. 119 IPRG.

Auch wenn man, wie hier vertreten, an der Einordnung des Widmungsaktes als einseitiges Rechtsgeschäft festhält, sollte jedoch Art. 119 IPRG (*analog*) zur Anwendung kommen. Denn die bei Grundstücken besonders enge Verknüpfung mit der Rechtsordnung der Belegenheit existiert auch dann, wenn die Grundstücke durch einseitigen Akt übertragen werden sollen.¹⁴¹ Und die auf dinglicher Seite bestehende Registeranbindung mit den daraus folgenden nationalen Besonderheiten in der Form und im Eintragungsverfahren lassen auch bei der Übertragung auf einen trust(ee) die Geltung einer einheitlichen Rechtsordnung für die schuldrechtliche und die dingliche Seite des Übertragungsvorganges wünschenswert erscheinen. Schliesslich liesse sich für schweizerische Grundstücke die Anwendung einer anderen Kollisionsregel und eines daraus folgenden anderen Statutes hinsichtlich der Form des Grundgeschäftes ohnehin nicht durchhalten, weil Art. 119 Abs. 3 IPRG nach herrschender Auffassung¹⁴² Bestandteil des *ordre public* ist und sich daher auch gegenüber einem fremden Statut durchsetzen würde.

Aus der hier vertretenen Position folgt schliesslich, dass *entgegen dem Ansatz der Wegleitung* das Verpflichtungsgeschäft – vorbehaltlich einer Rechtswahl – nur dem trust-Statut unterliegt, wenn das betroffene Grundstück «zufällig» in dessen Geltungsbereich belegen ist. Sonst gilt für nicht in der Schweiz belegene Grundstücke die *lex rei sitae*.

¹³³ Wegleitung Trust (FN 9), 2.

¹³⁴ So etwa KURT SIEHR, *Der Trust im IPR*, in: Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Genève 2002, 297, 306; MICHEL PÉLICHET, *Le Trust et les institutions analogues – La convention de La Haye du Premier Juillet 1985*, in: *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, CEDIDAC 29 (1994), 133, 141; VON BURG (FN 23), 463, 505 f. Als Gründe genannt werden die nachfolgenden Aspekte dort freilich nicht.

¹³⁵ Vgl. JAKOB (FN 86), 119, 135 ff.

¹³⁶ S. nur OAKLEY (FN 76), 146 f.; HAYTON (FN 12), 101 f.

¹³⁷ HAYTON (FN 12), 55 f.; EDWARD BURN, *Cheshire and Burn's: Modern Law of Real Property*, 15. A., Oxford 1994, 774 ff.; BÖCKLI (FN 50), 710, 717 f.

¹³⁸ Dies gilt zumal, weil der Vertragsbegriff des Civil Law deutlich weiter gezogene Grenzen aufweist als das Institut des «contract» und daher eher geeignet erscheint, auch den hier diskutierten Spezialfall zu integrieren. Vgl. zu diesem Aspekt auch OAKLEY (FN 76), 23 ff.; HAYTON (FN 12), 4, 7 ff.

¹³⁹ So etwa WOLF/JORDI (FN 6), 72; SEILER (FN 2), 121; GUILLAUME (FN 22), 11 – der dort getroffene Vergleich mit einem Grundstücksverkauf kann freilich nicht überzeugen.

¹⁴⁰ Zweifelhaft erscheint es hingegen, ob die Einordnung als Vertrag das richtige Mittel ist, um einen Aufdrängungsschutz für den trustee zu verwirklichen (in diese Richtung etwa BÉNÉDICT FOËX, *Trust et registre foncier, successio* 2009, 259, 262). Denn wenn ein konkreter trustee die Verantwortung für das betreffende trust-Gut nicht übernehmen möchte, so kann er sich aus seiner trusteestellung lösen (beziehungsweise eine solche gar nicht eingehen). Hingegen kann der trustee nicht – durch Verweigerung der Annahme eines «Vermögenswidmungsvertrages» – nach Belieben darüber entscheiden dürfen, ob der settlor einen bestimmten Vermögenswert in einen trust einzubringen vermag oder nicht.

¹⁴¹ S. zur ratio des Art. 119 IPRG statt aller MICHAEL W. KNELLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG)*, 2. A., Basel 2006, Art. 119 N 1 f.

¹⁴² S. hierzu die Nachweise bei KNELLER (FN 141), Art. 119 N 2.

(2) Rechtswahl

Der zuletzt propagierte Gleichlauf ist freilich auch bei Anwendung von Art. 119 IPRG nur hinsichtlich des Sach- und (bei schweizerischer *lex rei sitae*) des Formstatuts gewährleistet, für welches Art. 119 Abs. 3 Satz 2 IPRG die Form nach Schweizer Recht zwingend vorschreibt. Hinsichtlich des auf den Widmungsakt anwendbaren Rechts lässt nämlich Art. 119 Abs. 2 IPRG die *Rechtswahl* zu. Diese Bestimmung kann auch im Zusammenhang mit der trust-Widmung nicht als gegenstandslos angesehen werden. Vielmehr wird man davon ausgehen müssen, dass der settlor den Widmungsakt einer anderen Rechtsordnung unterstellen kann, auch dem trust-Statut.

Indes sollte nicht automatisch aus der Errichtung eines trust nach dem vom settlor gewählten Recht darauf geschlossen werden, dass der settlor mit der Wahl eines trust-Statuts auch eine (*konkludente*) *Rechtswahl* für den Widmungsakt (in seinem «Übertragungsaspekt») getroffen hat. Denn erstens wiegt der Vorteil einer einheitlichen Beurteilung des gesamten Übertragungsvorganges nach Schweizer Recht nicht leicht. Und zweitens wäre ansonsten eine strukturell unterschiedliche Behandlung von Grundstücksübertragungen danach denkbar, ob das auf den empfangenden trust anzuwendende trust-Statut durch Rechtswahl oder objektiv bestimmt wurde. Bei objektiver Bestimmung des trust-Statuts nach Art. 7 HTÜ bestünde nämlich kein Raum für die Annahme einer solchen konkludenten *Rechtswahl* im Sinne von Art. 119 Abs. 2 IPRG. Aus diesen Gründen sollte eine Abweichung von Art. 119 Abs. 1 IPRG in der Regel eine *ausdrückliche Rechtswahl* des settlor gerade für den Widmungsakt voraussetzen.

Aus *gestaltender Perspektive* wäre dem settlor eine derartige *Rechtswahl* zivilrechtlich im Übrigen kaum anzuraten, weil er damit sein Geschäft grösserer Rechtsunsicherheit und höheren Transaktionskosten aussetzen würde.

cc. Integration des Grundgeschäfts ins Schweizer Recht

Unterstellt man entsprechend den vorstehenden Erwägungen die Grundstücksübertragung auf den trust nach Möglichkeit insgesamt dem *Schweizer Recht*, so muss dieses Recht einen Weg finden, den *Widmungsakt in seine Strukturen einzubinden*. Möchte man von einer vertraglichen Natur ausgehen, so bietet sich, wie schon genannt, die Annahme eines treuhänderähnlichen Vertrages *sui generis* an. Will man bei einem einseitigen Übertragungsgeschäft bleiben, so wäre auch dieses als Rechtsgeschäft *sui generis* zu interpretieren, welches dem Grundgeschäft der Vermögensübertragung bei Gründung einer Stiftung ähnelt.¹⁴³ Hingegen sollte nicht der Versuch un-

ternommen werden, das Geschäft genau einer dem Schweizer Recht eigenen Form (also insbesondere: Treuhandvertrag oder Stiftung) unterzuordnen. Denn dies widerspräche zum einen dem tragenden Motiv bei der Ratifikation des HTÜ, nämlich den trust weitgehend als eigenständiges Institut anzuerkennen und ins Recht der Schweiz zu implantieren. Und zum anderen schüfe die unmodifizierte Anwendung des Rechts eines Schweizer Instituts die Gefahr, dass Eigenheiten des trust-Übertragungsgeschäftes missachtet würden.

dd. «Auslagerung» des Widmungsaktes in ein Geschäft neben dem Errichtungsakt

Wie bereits ausgeführt kann dem Widmungsakt neben seiner Funktion für die Übertragung des Vermögensbestandteils ins trust-Vermögen auch eine Funktion für die Errichtung des trust selbst zukommen. Erfüllt er die letztgenannte Funktion (wie stets bei der Widmung des «Erstvermögens»), so wird er in der Regel in das trust-Instrument selbst aufgenommen werden.

Daneben sollte es das Schweizer Recht aber auch ermöglichen, den *Widmungsakt (bezüglich des Grundstücks) in ein Geschäft neben dem Errichtungsakt für den trust auszulagern*.¹⁴⁴ Eine Doppelung von «Übertragungsakten» ist jedenfalls dann nicht zu befürchten, wenn der Errichtungsakt des trust nicht den Schweizer Formerfordernissen für eine Grundstücksübertragung (dazu sogleich) entspricht, weil er dann insoweit keine Rechtswirkungen entfalten kann.¹⁴⁵ Die Trennung von Errichtungs- und Grundstückswidmungsakt kann der Rechtsklarheit dienen. Und nicht zuletzt mag es dem settlor attraktiv erscheinen, das trust-Instrument selbst nicht beim Grundbuchamt vorlegen zu müssen, sondern die Vorlage auf den zusätzlichen Widmungsakt zu beschränken.

Aus Sicht des *trust-Statuts* dürften – sowenig hier pauschale Aussagen für die Vielzahl der in Betracht kommenden Statute und Konstellationen getroffen werden sollen – einer derartigen Konstruktion jedenfalls dann *keine Bedenken* entgegenstehen, wenn im Errichtungsakt noch andere Vermögensgegenstände als das Grundstück auf den trust übertragen werden. Denn dann ist die für eine trust-Errichtung notwendige Übertragung irgendwelcher bestimmter Vermögenswerte (*certainty of subject*)¹⁴⁶ gewahrt und die Grundstücksübertragung stellt als nachträgliche Aufstockung des trust-Vermögens ein dem trust-Recht keineswegs fremdes Vorgehen dar.¹⁴⁷ Wird das Grundstück als einziger Vermö-

¹⁴⁴ Ebenso GUILLAUME (FN 22), 1, 11 f.

¹⁴⁵ Vgl. ausführlich zur Frage, ob Art. 657 ZGB an eine Nichterfüllung der Form die Nichtigkeit oder eine Ungültigkeit *sui generis* knüpft, HERMANN LAIM, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB), 3. A., Basel 2007, Art. 657 N 59 ff m.w.N.

¹⁴⁶ Vgl. dazu nur OAKLEY (FN 76), 49 ff.

¹⁴⁷ Trusts werden oft sogar nur unter Übertragung eines symbolischen Mindestbetrages errichtet, während das eigentliche Ver-

¹⁴³ Vgl. zur Vermögensübertragung an eine Stiftung nur HAROLD GRÜNINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB I (Art. 1–456 ZGB), 3. A., Basel 2006, Art. 80 N 4.

gensgegenstand oder gemeinsam mit anderen schon in den Errichtungsakt aufgenommen, dürfte sich der zusätzliche Rechtsakt als Vollzugselement interpretieren und so in Einklang mit dem jeweiligen trust-Statut bringen lassen. Denn es bildet ein gängiges Paradigma «des» trust-Rechts, dass im Errichtungsakt gewidmete Vermögensgegenstände erst noch durch zusätzliche Rechtshandlungen wirksam übertragen werden müssen.¹⁴⁸ Freilich ist im konkreten Einzelfall das jeweilige trust-Statut zu befragen, ob es neben oder anstelle des Widmungsaktes im trust-Instrument noch einen zusätzlichen ausgelagerten Widmungsakt duldet oder als schädlich für das wirksame Entstehen des trust ansieht. Nur wenn sowohl das trust-Statut als auch das Schweizer Recht einen «ausgelagerten Widmungsakt» für möglich halten, kann dem settlor zu einer solchen Lösung ernsthaft geraten werden.

ee. Der formgültige Widmungsakt als Rechtsgrundaussweis

(1) Die für den Widmungsakt erforderliche Form

Soll der Widmungsakt den Erwerbsgrund bilden, so muss er wegen Art. 119 Abs. 3 Satz 2 IPRG i.V.m. Art. 657 Abs. 1 ZGB wenigstens insoweit öffentlich beurkundet sein, als er die wesentlichen Elemente der Grundstücksübertragung¹⁴⁹ enthält. Hierbei wird man Art. 657 Abs. 1 ZGB auch dann direkt (und nicht analog) anwenden können, wenn man den Widmungsakt nicht als «Vertrag» zwischen settlor und trustee einordnet, sondern als einseitiges Rechtsgeschäft.¹⁵⁰ Denn auch die – insoweit – nicht unähnliche¹⁵¹ Übertragung von Grundeigentum auf eine Stiftung in der Stiftungsurkunde wird Art. 657 Abs. 1 ZGB direkt unterstellt.¹⁵²

Auch wenn man Art. 657 ZGB zum *ordre public*-Bestand der Schweiz rechnet,¹⁵³ sollten Beurkundungen, die nicht von einer schweizerischen Urkundsperson vorgenommen wurden, das Formerfordernis wahren können,¹⁵⁴ sofern sie

der *Beurkundung durch eine schweizerische Urkundsperson substituierbar* sind. Entspricht die Substituierbarkeit schon allgemein der überzeugenden herrschenden Auffassung, so gilt es im Hinblick auf den trust auch die in der Ratifikation des HTÜ liegende Entscheidung für eine trust-freundliche Haltung zu respektieren und ausländischen Beurkundungsformen gegenüber keine pauschal abwehrende Haltung einzunehmen. Für die Substituierbarkeit wird es darauf ankommen, ob die Beurkundung im Ausland nach der Stellung des Beurkundenden und nach dem Ablauf des Beurkundungsverfahrens hinreichende Gewähr für die Erfüllung der Formzwecke des Art. 657 ZGB bietet.

(2) Der Widmungsakt selbst als Rechtsgrundaussweis

Nach Art. 965 Abs. 3 ZGB liegt der für eine Eintragung erforderliche Rechtsgrundaussweis in dem Nachweis, dass die erforderliche Form für die Gültigkeit des Rechtsgrundes erfüllt ist. Für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb erfordert dies grundsätzlich die Vorlage des Rechtsgeschäfts – oder zumindest aller seiner wesentlichen Bestandteile¹⁵⁵ – in der für dieses Rechtsgeschäft vorgesehenen Form.¹⁵⁶

Im Falle des trust ist daher als Rechtsgrundaussweis grundsätzlich der *Widmungsakt* selbst vorzulegen, soweit er öffentlich zu beurkunden war. Allerdings sollte man die Vorlage einer beglaubigten Kopie genügen lassen, weil das Original des gesamten Widmungsaktes schon nach dem trust-Statut für weitere Rechtshandlungen benötigt werden mag und ein «Auseinanderreißen» von trust-Instrumenten, die zugleich eine Grundstückswidmung enthalten (nur der Widmungsakt geht an das Grundbuchamt), Rechtsunsicherheiten schaffen kann.¹⁵⁷

Sofern der Widmungsakt neben dem trust-Errichtungsakt steht, bedarf es der Vorlage des eigentlichen trust-Errichtungsaktes mithin nicht. Sofern aber der Widmungsakt einen *Bestandteil des trust-Instruments* bildet, ist das trust-Instrument insoweit selbst vorzulegen, als es die wesentlichen Bestandteile des Widmungsaktes enthält. Dies mag bei der Gestaltung eines trust-Instruments dafür sprechen, den Widmungsakt – soweit dies nach dem trust-Statut zulässig ist – in einen äusserlich getrennten Teil zu verlagern, der separat beurkundet und vorgelegt werden kann.¹⁵⁸

Dieses Ergebnis widerspricht dem Ansatz der Wegleitung Trust, weil es einerseits eine *notarielle Urkunde* über den

mögen erst nachträglich mittels sog. letter of additional contribution übertragen wird; vgl. hierzu etwa KESSLER (FN 69), 104, 107; HAEUSLER (FN 128), 240.

¹⁴⁸ Vom Vollzug der Übertragung kann auch die Entstehung des trust abhängen, so dass selbst dann zumeist kein Fremdkörper in das trust-Statut hineingetragen wird, wenn das Grundstück den einzigen Vermögensgegenstand im Widmungsakt bildet. Vgl. zum Ganzen etwa KESSLER (FN 69), 264; OAKLEY (FN 76), 146; HAEUSLER (FN 128), 240.

¹⁴⁹ Vgl. dazu ausführlich LAIM (FN 72), Art. 657 N 55 ff.

¹⁵⁰ Das dürfte ganz h.M. entsprechen, vgl. nur WOLF/JORDI (FN 6), 57; BÖCKLI (FN 15), 12 f.; VOGT (FN 5), Vor Art. 149a-e N 31.

¹⁵¹ Zu Parallelen vgl. auch die Botschaft HTÜ (FN 2), 559.

¹⁵² Vgl. LAIM (FN 72), Art. 657 N 31 m.w.N.

¹⁵³ So die h.M., vgl. nur HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, 3. A., Bern 2007, N 1361b m.w.N.

¹⁵⁴ S. nur EVA MARIA BELSER/CYRILL RIEDER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 657 ZGB N 4 mit umfangreichen w.N.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu etwa JÖRG SCHMID, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB), 3. A., Basel 2007, Art. 965 N 10 m.w.N.

¹⁵⁶ Vgl. zu den Einzelheiten im Hinblick auf verschiedene Rechtsgeschäfte etwa SCHMID (FN 155), Art. 965 N 11 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 119), N 529 ff.

¹⁵⁷ Die Vorlage beglaubigter Kopien anstelle von Originalen ist dem Schweizer Recht keineswegs fremd. Zu weiteren Fällen, in denen eine beglaubigte Kopie ausreichen soll vgl. etwa SCHMID (FN 155), Art. 965 N 10.

¹⁵⁸ S. zu dieser Möglichkeit bereits vorne III.2.c.dd.

Widmungsakt nicht genügen lässt und stattdessen die Vorlage des Widmungsaktes selbst fordert, andererseits aber auf eine ausdrückliche Feststellung der formgültigen Errichtung des trust und der (wirksamen) Einsetzung des trustee verzichtet. Aus Sicht der Verfasser¹⁵⁹ sollte dieser Widerspruch Anlass geben, die Wegleitung zu überdenken und gegebenenfalls zu korrigieren.

Denn die hier befürwortete Lösung ergibt sich nicht nur aus dem Strukturzusammenhang der Anordnungen von HTÜ, IPRG und ZGB selbst, für sie sprechen auch Gründe der Praktikabilität und der Funktionenverteilung in der Rechtspflege. Zumindest in komplexeren Fällen wird der Notar häufig nicht auf den ersten Blick beurteilen können, ob trust-Errichtung und trustee-Einsetzung wirksam sind. Auch hat er kaum die Verfahrensmittel, um diese Fragen effektiv zu prüfen oder prüfen zu lassen. Vielmehr sollte es Sache der Gerichte sein, dem trust-Statut unterliegende Sachfragen zu klären. Wo sich hierzu aber kein Anlass ergibt, weil insbesondere kein Betroffener eine gerichtliche Entscheidung anstrebt, sollte eine der effektiven Implantierung förderliche Zurückhaltung herrschen. Schliesslich ist auch hier daran zu erinnern, dass dinglich Berechtigter am Grundstück der trust(ee) wird – wenngleich er bei wirksamem Bestehen eines trust an das trust-Verhältnis gebunden ist. Selbst wenn also gar kein trust bestehen sollte, geht die Vermögensübertragung nicht «ins Leere».

d. Grundstücksübertragung durch Verfügung von Todes wegen

Die Behandlung einer Grundstücksübertragung durch Verfügung von Todes wegen¹⁶⁰ hat bisher in der Diskussion weniger Beachtung gefunden. Auch in diesem Bereich harrt aber eine Vielzahl von Fragen ihrer Klärung, von denen einige hier angesprochen werden sollen.

Den Ausgangspunkt bildet dabei die von der Wegleitung Trust¹⁶¹ ins Auge gefasste Situation, dass der trust mittels einer Verfügung von Todes wegen errichtet wird und auch das

Grundstückseigentum von Todes wegen erwirbt. Dass der trust auch dann in einer Verfügung von Todes wegen errichtet werden kann, wenn Schweizer Recht das Erbstatut bildet, haben wir bereits erörtert.¹⁶² Wie aber vollziehen sich die einzelnen Schritte der Grundstücksübertragung?

aa. Die Vermögensübertragung als Gegenstand des Erbstatuts sowie des trust-Statuts

Betrachtet man zunächst das anwendbare Recht, so beurteilt sich die Frage, ob eine Vermögensübertragung nach Art und Umfang geeignet ist, einen trust zur Entstehung zu bringen, nach dem *trust-Statut*.

Die Vermögensübertragung als solche unterliegt hingegen, wenn sie von Todes wegen erfolgt, dem *Schweizer Recht als Erbstatut*.¹⁶³ Mithin muss sie auch in eine *nach Schweizer Recht für letztwillige Verfügungen zulässige Gestalt* gekleidet werden. Da sich die Vermögensübertragung an den entstehenden trust aber als Erbeinsetzung des trustee oder Vermächtnis an ihn interpretieren lässt (zur näheren Abgrenzung sogleich), bestehen insoweit an der Wahrung des erbrechtlichen *numerus clausus* keine Bedenken.¹⁶⁴

Letztlich gelangt man also zu einer ganz *ähnlichen Situation, wie bei der trust-Errichtung unter Lebenden*: Der Errichtungsakt unterliegt dem trust-Statut, der Übertragungsakt (in seinem «Übertragungsaspekt») hingegen dem Schweizer Recht. Dieser Gleichlauf ist auch nicht bloss hinzunehmendes Resultat, er ist ein Wert an sich, weil die komplexe kollisionsrechtliche Behandlung des trust von einer solchen Vereinfachung und Vereinheitlichung nur profitieren kann.

bb. Die wirksame Verfügung von Todes wegen als Erwerbstatbestand

(1) Die *Erbfähigkeit des trustee*

Auf den ersten Blick könnte die Vermögensübertragung schon an der mangelnden *Erbfähigkeit* des trust scheitern, der keine juristische Person des Schweizer Rechts ist. Jedoch ist – worauf einleitend bereits hingewiesen wurde – nach der grundlegenden Struktur eines trust nicht dieser selbst als rechtsfähiges Zuordnungssubjekt des trust-Vermögens vorgesehen, sondern der *trustee*. Dieser hält das im trust gebundene Vermögen in eigener Person, so dass seine *Erbfähigkeit* (als natürliche oder juristische Person) genügt. Im Gegensatz zur *Erbstiftung* bedarf es daher für den trust auch keiner Norm im Sinne des Art. 493 ZGB, die zulassen müsste, dass ein erst entstehender trust schon Zuordnungssubjekt von

¹⁵⁹ Ebenso etwa WOLF/JORDI (FN 6), 70 (insbesondere zur möglichen Verletzung notarrechtlicher Grundsätze durch die Wegleitung); SCHMID (FN 131), 318. Im Grundsatz der Wegleitung zustimmend hingegen WILSON (FN 13), 132 f.; unter Verweis auf die in Genf geübte Praxis hält er allerdings bei komplexen Sachverhalten die Vorlage eines auf Kosten des Antragstellers gefertigten Rechtsgutachtens für möglich; die von WILSON erwogene Verantwortlichkeit von Grundbuchbehörden als constructive co-trustees im Falle der Vorlage aller trust-Unterlagen erscheint indes zumindest gegenwärtig als bedenkliche Überforderung.

¹⁶⁰ Nicht erörtert werden kann hier die Frage, wann ein trust als «von Todes wegen» oder «unter Lebenden» einzuordnen ist, obgleich diese nicht immer leicht zu ziehende Unterscheidung gerade wegen der hier angesprochenen strittigen Fragen von grossem praktischen Interesse ist.

¹⁶¹ Wegleitung Trust (FN 9), 3.

¹⁶² S. vorne II.2.

¹⁶³ GUTZWILLER (FN 12), 48; SCHMID (FN 131), HTÜ, 317; WOLF/JORDI (FN 6), 71.

¹⁶⁴ Daher fehlt es auch – entgegen der Auffassung von KÜNZLE (FN 50), Einleitung N 51 m.w.N. – im Anwendungsbereich des Art. 90 Abs. 2 IPRG nicht an einer gültigen Zuwendung für die Entstehung des trust.

Vermögenswerten sein kann. Denn rechtliches Zuordnungs-subjekt ist der trustee als existierende rechtsfähige Person.

(2) *Erbeinsetzung oder Vermächtnis als Verfügungen zugunsten des trust(ee)*

Bildet Schweizer Recht das Erbstatut, kommen für die vermögensübertragende letztwillige Verfügung insbesondere Vermächtnis und Erbeinsetzung in Betracht.¹⁶⁵

(a) Erbeinsetzung

Wählt der Erblasser für die Vermögensübertragung den Weg der *Erbeinsetzung* und werden ausser dem trust(ee) noch andere Erben eingesetzt, so ist zu bedenken, dass zwischen dem trust(ee) und den anderen Erben eine Erbengemeinschaft im Sinne des Art. 602 ZGB entsteht. Vor der Erbteilung nach Art. 607 ff. ZGB liesse sich daher nicht eigentlich sagen, dass der trust(ee) Eigentum gerade am spezifischen Grundstück erworben habe, weil er ja «nur» im Umfang seiner Quote Gesamthandsberechtigter am Grundstück – wie auch am ganzen sonstigen Nachlass – geworden ist.

Von diesem Grundsatz gerade für den trust eine Ausnahme zu machen, erschiene als weitreichender Einbruch in das Gefüge des Schweizer Erbrechts. Angesichts der Tatsache aber, dass im inhaltlich verwandten Falle der Einsetzung einer Erbstiftung im Sinne des Art. 493 ZGB neben anderen Erben die Beachtung dieser Grundsätze als handhabbar angesehen wird und sich auch die Erbstiftung in die Erbengemeinschaft einbinden lässt,¹⁶⁶ dürfte ein solcher Einbruch nicht erforderlich sein.

Allerdings sollte dann eine *Eintragung* des trustee als Alleineigentümer des Grundstücks erst möglich sein, wenn die *Erbteilung* stattgefunden hat. Denn die Erbbescheinigung weist zuvor zwingend nur aus, dass der trust(ee) und die weiteren Erben zur Erbengemeinschaft gehören. Ob darüber hinaus auch die Erbquote eingetragen wird, ist hier nicht vorrangig von Belang.¹⁶⁷ Hält man die Eintragung testamentarischer *Teilungsvorschriften* in die Erbbescheini-

gung für zulässig,¹⁶⁸ so kann sich aus der Eintragung einer Teilungsanordnung bezüglich des Grundstücks zugunsten des trust(ee) freilich ergeben, dass der trust(ee) wahrscheinlich Alleineigentümer des Grundstücks werden wird. Allerdings kommt dieser Teilungsanordnung noch keine dingliche Wirkung zu. Und rechtlich erscheint die Eintragung von Alleineigentum des trust(ee) aufgrund einer derartigen Bescheinigung auch nicht geboten, weil der trust(ee) wie jedes Mitglied der Erbengemeinschaft nach Art. 604 ZGB grundsätzlich jederzeit die Erbteilung verlangen kann.

Die *Erbstiftung* im Sinne von Art. 493 ZGB bedarf (mit Ausnahme von kirchlichen und Familienstiftungen) zu ihrer vollwirksamen Entstehung der Eintragung. An diesen Umstand knüpfen sich strittige Fragen dazu, wie die Rechtsfähigkeit der Erbstiftung zwischen Erbfall und Eintragung zu konstruieren ist und ob eine etwaige Erbengemeinschaft mit der Erbteilung analog Art. 605 ZGB bis zur Eintragung der Stiftung abwarten muss. Der durch Verfügung von Todes wegen errichtete trust bedarf hingegen zu seiner *Entstehung keiner weiteren Eintragung*. Zwar entsteht der trust grundsätzlich – wenngleich in Abhängigkeit vom jeweiligen trust-Statut – erst mit dinglich wirksamem Übergang von Vermögen. Nach hier vertretener Auffassung erfolgt dieser Übergang bei Erbenstellung des trust(ee) aber bereits im Zeitpunkt des Eintritts der Erbfolge.¹⁶⁹ Daher fallen der Erbfall und die Entstehung des trust im Regelfall zeitlich zusammen. Selbst wenn dies einmal anders einzuschätzen wäre und der trust erst mit einer zeitlichen Verzögerung gegenüber dem Erbfall entstünde, wäre stets die Person des trustee als rechtsfähiges Zuordnungs-subjekt gegeben, auch wenn dieser seine besondere Rechtsstellung als «trustee» erst mit dem Entstehen des trust vollwirksam erlangen mag. Aus diesen Gründen bestehen die erwähnten Folgeprobleme für den durch letztwillige Verfügung errichteten trust nicht in gleichem Masse wie bei der Erbstiftung.

Die Pflichtenbindung des trustee an die Realisierung des trust im Sinne seines Widmungsaktes kann sich freilich auf das *Verhalten des trustee in der Erbengemeinschaft* auswirken. So kann es für ihn etwa pflichtgemäss sein, sich Entscheidungen der Erbengemeinschaft im Hinblick auf das Grundstück (etwa: Verkauf) zu widersetzen oder die rasche Erbteilung zu betreiben.

(b) Vermächtnis

Wählt der Erblasser den Weg der *Vermächtniszurwendung*, so verschafft er damit dem trust(ee) gemäss Art. 562 Abs. 1 ZGB zunächst nur eine obligatorische Forderung, die vom Beschwerden – zumeist der Erbengemeinschaft – erst erfüllt

¹⁶⁵ Auf Fragen im Zusammenhang mit der Wahrung des Grundsatzes materieller Höchstpersönlichkeit, wonach der Erblasser den wesentlichen Inhalt seiner letztwilligen Verfügung selbst festlegen muss, soll hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. zum Grundsatz statt aller MARTIN LENZ, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, Art. 498 N 27 ff. PIOTET (FN 122), 6, will hieraus ein *ordre public*-Hindernis für die Bestimmung von beneficiaries durch einen trustee ableiten; indes dürfte diese Annahme wiederum auf einer Einordnung der trust-Errichtung als erbrechtlicher Verfügung beruhen, der bereits vorne entgegengetreten wurde; zumindest wird aber vielfach die trust-rechtlich erforderliche «certainty of objects» eine Verletzung des Grundsatzes materieller Höchstpersönlichkeit verhindern; vgl. zur certainty of objects statt aller OAKLEY (FN 76), 58 ff.

¹⁶⁶ Vgl. etwa FABIAN BURKART, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, Art. 493 N 8 m.w.N.

¹⁶⁷ Siehe hierzu etwa BGE 118 II 108.

¹⁶⁸ So etwa MARTIN KARRER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB), 3. A., Basel 2007, Art. 559 N 27.

¹⁶⁹ Das ist Ausfluss des Unmittelbarkeitsprinzips. Siehe näher zum Ganzen hinten III.2.d.dd.

werden muss, bevor es zu einem Eigentumserwerb des Vermächtnisnehmers am Grundstück kommt.

(c) Vorzugswürdige Gestaltung

Welche Lösung in der letztwilligen Verfügung gewählt wird, ist ex post durch Auslegung zu ermitteln, wobei auch die erbrechtlichen Auslegungsregeln, etwa Art. 483 Abs. 2 ZGB oder Art. 608 Abs. 3 ZGB zum Tragen kommen.¹⁷⁰ Ex ante ist danach zu fragen, welche Konstruktion den Gestaltungszwecken des Erblassers besser entspricht.

Die Erbeinsetzung des trust(ee) hat sicherlich den Vorteil, dass der trustee direkt in eine dingliche Berechtigung am Grundstück einrückt und hierfür nicht noch einer Mitwirkung der Erben bedarf, die seinen vom Erblasser intendierten Vermögenserwerb gewissen Risiken aussetzen würde.

Für die Zuwendung eines Vermächtnisses spricht hingegen, dass der trust(ee) nicht in die Verwaltung, Abwicklung und Haftung des Nachlasses verstrickt ist, so dass Verwaltungsaufwand und Haftungsrisiko, die mit einer Erbenstellung eben auch verbunden sind, vermieden werden.

Auch Folgendes ist zu bedenken: Gibt der Erbe beziehungsweise die Erbengemeinschaft in Erfüllung ihrer Verpflichtung aus dem Vermächtnis Erklärungen im Sinne der Art. 16 Abs. 4 GBV beziehungsweise Art. 18 Abs. 1 lit. c GBV ab, so mag der Erwerb von Eigentum und Verfügungsbefugnis durch den trust(ee) sogar schneller möglich sein als im Falle einer Erbenstellung, wo – wie noch zu zeigen sein wird¹⁷¹ – jedenfalls für die Erlangung der Verfügungsbefugnis über das Grundstück die Erteilung abgewartet werden muss.

Nicht zuletzt mag auch der Grundsatz einstimmiger Entscheidung in der Erbengemeinschaft in Widerspruch treten zur Kompetenz und Pflichtenbindung des trust(ee) im Hinblick auf den trust und zur Realisierung des vom Erblasser-settlor intendierten (und damit vom Auslegungsgrundsatz der Verwirklichung des Erblasser- bzw. settlor-Willens getragenen) trust-Zweckes.

Und schliesslich kann es der Klarheit und Konfliktvermeidung dienen, wenn nicht der trust(ee) und die Erben gemeinsame Verwaltungs- und Entscheidungsbefugnisse über den gesamten Nachlass haben, sondern der dem trust zustehende Teil des Nachlasses klar abgegrenzt und gesondert von den Erben an den trust(ee) übertragen wird.

Ein Verlust des Grundstücks infolge der Verletzung von Pflichtteilsquoten ist bei der Lösung über ein Vermächtnis jedenfalls nicht zwangsläufig zu fürchten. Denn selbst wenn der Wert des Grundstücks den im Sinne von Art. 470

ZGB frei verfügbaren Teil des Nachlasses übersteigt, kann der trust(ee) nach der Bestimmung des Art. 526 ZGB eine Ausgleichszahlung leisten und das Grundstück damit für den trust «retten».

Aus den vorgenannten Gründen mag – aus rein zivilistisch-erbrechtlicher Sicht und vorbehaltlich einer steuerlichen Beurteilung – ex ante dem Erblasser vielfach eher zur Verfügung eines Vermächtnisses an den trust zu raten sein als zu einer Einsetzung als Erbe.

(d) Ausschlagung

Aus der Pflichtenbindung des trustee dürfte sich in aller Regel ergeben, dass dieser die Erbschaft beziehungsweise das Vermächtnis nicht ausschlagen darf, weil er damit den vom Erblasser intendierten Vermögenserwerb durchkreuzen würde.¹⁷² Ausnahmen von diesem Grundsatz mögen dann denkbar sein, wenn sich seit der Errichtung der letztwilligen Verfügung die Umstände so geändert haben, dass die Erbenstellung oder das Vermächtnis die Verwirklichung des trust gerade beeinträchtigen würden.¹⁷³

cc. Der Rechtsgrundaussweis

In allen vorgenannten Konstellationen unterliegt die Grundbucheintragung dem Schweizer Recht als Sachstatut. Daher bedarf es für die Eintragung stets eines Rechtsgrundaussweises, der den Anforderungen des Schweizer Grundbuchrechts genügt.

(1) Der Rechtsgrundaussweis bei Erbeinsetzung

Erfolgt die Vermögensübertragung durch Erbeinsetzung des trust(ee), so kann nach Art. 18 GBV, Art. 559 ZGB der Rechtsgrundaussweis in der Erbbescheinigung gesehen werden.

Sofern Schweizer Recht das Erbstatut bildet, stehen der Erteilung einer Erbbescheinigung nach Schweizer Recht gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB keine Hindernisse entgegen und es stellt sich eher die schon oben erörterte Frage, wann der trustee als Alleineigentümer ins Grundbuch eingetragen werden kann.

Aber auch wenn im Ausgangspunkt ein ausländisches Erbstatut greift, wird sich, soweit es um die Übertragung von Grundstücken geht, vielfach eine Zuständigkeit der Schwei-

¹⁷⁰ Dabei kann es sich auch auswirken, dass für die wirksame Errichtung eines trust grundsätzlich die «certainty of subjects» erforderlich ist, das heisst die dem trust zugewendeten Vermögenswerte müssen bestimmt oder wenigstens hinreichend bestimmbar sein, vgl. nur HAEUSLER (FN 128), 240; OAKLEY (FN 76), 53 ff.

¹⁷¹ Siehe zu dieser Frage näher sogleich III.2.d.dd.

¹⁷² Im Ergebnis Ähnliches wird für die Erb Stiftung i.S.v. Art. 493 ZGB vertreten, vgl. nur GRÜNINGER (FN 143), Art. 493 N 7; WEIMAR (FN 19), Art. 493 N 23, beide m.w.N. auch zu abweichenden Auffassungen.

¹⁷³ Ein Extrembeispiel: Wird dem entstehenden trust ein Grundstück im Wege der Erbfolge und eine Summe Geldes als Vermächtnis zugewandt, um damit die Ausbildung der Begünstigten zu fördern, und erweist sich das Grundstück im Nachhinein als kontaminiert und sanierungsbedürftig, so könnten die damit verbundenen Belastungen das Kapital des trust aufzehren und die Erreichung seines Zweckes vereiteln. Hier mag eine Annahme der Erbschaft durch den trustee pflichtwidrig sein.

zer Gerichte zur Führung des Nachlassverfahrens ergeben. Eine solche Situation kann insbesondere nach Art. 90 Abs. 2 oder 91 Abs. 2, jeweils i.V.m. Art. 86 Abs. 1, 87 Abs. 2, 92 Abs. 2 IPRG aus der Grundstücksbelegenheit oder einer Rechtswahl folgen. Dann kann aber eine Erbbescheinigung nach Schweizer Recht erlangt werden, so dass man die Vorlage eines ausländischen Erbfolgezeugnisses nicht für notwendig und wohl auch nicht für ausreichend erachten kann.¹⁷⁴

Wo ausländisches Recht das materielle Erbstatut bildet und keine Schweizer Zuständigkeit im Erbverfahren besteht, kann es auf *ausländische Erbfolgezeugnisse* als Rechtsgrundausweis ankommen. Die Wegleitung Trust verweist hier recht allgemein auf die Wegleitung ausländische Erbfolgezeugnisse,¹⁷⁵ ohne dass jene auf die hier behandelten Fragen detailliert einginge. Praxis und Literatur werden in der kommenden Zeit differenziert erörtern und bestimmen müssen, welche Dokumente aus den einzelnen Rechtsordnungen beziehungsweise Rechtskreisen jeweils massgeblich sind.

Bezogen auf das *englische Recht* dürfte man es jedenfalls genügen lassen, wenn erstens eine letztwillige Verfügung vorgelegt wird,¹⁷⁶ aus der sich (unter anderem) trust-Errichtung, Vermögensübertragung auf den trust und executor-Einsetzung ergeben; und zweitens der grant of probate zugunsten des executor sowie ein affidavit des executor, welcher (unter anderem) zum Inhalt hat, dass der trustee Endbegünstigter mit den Bindungen aus dem trust-Verhältnis sein soll.¹⁷⁷

(2) Der Rechtsgrundausweis bei Vermächtniszuzwendung

Erfolgt die Vermögensübertragung mithilfe eines Vermächtnisses, so sollte hinsichtlich der Eintragung des trustee – vorbehaltlich der Anmerkung des trust-Verhältnisses – nichts anderes gelten, als für den Normalfall der Vermächtnisnahme:¹⁷⁸ Nach Art. 18 Abs. 1 lit. c GBV genügt also für die

Eintragung die Vorlage einer beglaubigten Kopie der Verfügung von Todes wegen, der Annahmeerklärung des Vermächtnisnehmers und der Zustimmungserklärung des Erben beziehungsweise der Anordnung des Willensvollstreckers. Und nach Art. 16 Abs. 4 GBV kann der Vermächtnisnehmer selbst die Anmeldung tätigen, sofern er eine schriftliche Ermächtigung des beschwerten Eigentümers, also des Erben beziehungsweise der Erbengemeinschaft, vorlegt. Bei *ausländischem Erbstatut* werden entsprechend zu Erbfolgezeugnissen diejenigen Dokumente zu fordern sein, aus denen sich Inhalt und Umfang des Vermächtnisses sowie gegebenenfalls die Modalitäten seiner Vollziehung ergeben.

dd. Eigentumserwerb erst mit der Eintragung?

Als letztes soll die Frage geklärt werden, wann genau der Eigentumserwerb beim trust von Todes wegen vollzogen ist. Massgeblich hierfür ist, ob man für den konkreten Erwerbstatbestand das absolute oder das relative Eintragungsprinzip¹⁷⁹ (Art. 657 Abs. 1 oder 2 ZGB) zur Anwendung bringt. Die Wegleitung Trust trifft die Aussage:¹⁸⁰ «Die Grundbucheintragung ist konstitutiv (kein ausserbuchlicher Eigentumsübergang).» Diesem generellen Abstellen auf das absolute Eintragungsprinzip pflichtet die Literatur vielfach bei, wenn auch soweit ersichtlich bisher ohne eingehende Diskussion.¹⁸¹

Diese Einordnung *überzeugt* für die Übertragung von Grundeigentum an einen *unter Lebenden errichteten trust*, sofern Schweizer Recht das Sachstatut bildet, weil hierin ein Erwerb aufgrund einseitigen Rechtsgeschäfts sui generis liegt und damit ein rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne des Art. 656 Abs. 1 ZGB.

Auch wenn der trust durch Verfügung von Todes wegen errichtet und ihm das Grundstück im Wege des *Vermächtnisses* zugewendet wurde, ist bei Geltung des Schweizer Erbstatuts im Hinblick auf Art. 18 Abs. 1 lit. c GBV von konstitutiver Wirkung der Grundbucheintragung auszugehen.

Wird der trust aber durch Verfügung von Todes wegen errichtet und wird dem trust(ee) das Grundstück als im Wege der *Erbeinsetzung* zugewandt, so dürfte jedenfalls dann ein *ausserbuchlicher Eigentumsübergang* vorliegen, wenn Schweizer Erbrecht gilt und es neben dem trust(ee) keine (pflichtteilgeschützten) Erben gibt. Denn dann kann der Erblasser gemäss Art. 470 Abs. 2 ZGB über sein gesamtes Vermögen frei verfügen und in Ansehung dieses Vermögens liegt eine Universalsukzession des trust(ee) nach dem Unmittelbarkeitsprinzip vor. Der Erwerb durch den trust(ee) als Erben wäre dann vor dem Hintergrund des Art. 656 Abs. 2 ZGB als Fall des relativen Eintragungsprinzips zu sehen: Der Eigentumserwerb erfolgt unmittelbar, lediglich die Verfügungsbefugnis des Erwerbers hängt von der Eintragung

¹⁷⁴ So wohl auch die Wegleitung ausländische Erbfolgezeugnisse (FN 121), 6; STEPHAN WOLF/ISABELLE BERGER-STEINER, *Erbrecht in der Schweiz*, in: Rembert Süß (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 2. A., Bonn 2008, 1323, 1371 ff.

¹⁷⁵ Wegleitung Trust (FN 9), 3.

¹⁷⁶ Auch insoweit dürfte eine beglaubigte Kopie genügen, vgl. dazu auch Wegleitung ausländische Erbfolgezeugnisse (FN 121), 11.

¹⁷⁷ Vgl. allgemein zum anerkennungsfähigen Erbfolgezeugnis nach englischem Recht die Wegleitung ausländische Erbfolgezeugnisse (FN 121), 17 ff. Auf die Problematik, ob ein ausländisches Erbfolgezeugnis auch dann Grundlage der Eintragung eines trustee in der Schweiz sein kann, wenn das Zeugnis sich selbst eine Territorialitätsbeschränkung auferlegt, soll hier nicht näher eingegangen werden, vgl. allgemein dazu Wegleitung ausländische Erbfolgezeugnisse (FN 121), 8 f.

¹⁷⁸ Siehe ausführlich dazu etwa BRUNO HUWILER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, ZGB II (Art. 457–977 ZGB)*, 3. A., Basel 2007, Art. 562 N 18 f. m.w.N.

¹⁷⁹ Dazu schon vorne III.2.a.

¹⁸⁰ Wegleitung Trust (FN 9), 2.

¹⁸¹ Vgl. etwa WOLF/JORDI (FN 6), 68; GUILLAUME (FN 22), 6 f.

ab.¹⁸² Nach gleichen Massstäben richtet sich im Übrigen auch der Grundstückserwerb durch eine Erb Stiftung.¹⁸³

Zwar mag man im Hinblick auf Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eine konstitutiv wirkende Eintragung für den trust als wünschenswert erachten, weil es diesem an einer nach aussen verkörperten Rechtspersönlichkeit fehlt. Zu beachten ist aber, dass Zuordnungssubjekt des Grundstückseigentums nicht eigentlich der trust ist, sondern der trustee, wenn auch in Bindung an den trust. Der trustee jedoch steht erbrechtlich betrachtet nicht anders als jeder sonstige rechtsfähige Erbe, so dass eine Ungleichbehandlung stossend wäre. Ferner würde eine konstitutiv wirkende Eintragung keine Erkennbarkeit der trust-Bindung für den Rechtsverkehr garantieren, weil eine Anmerkung des trust-Verhältnisses¹⁸⁴ nicht verpflichtend ist und daher nur der trustee im Grundbuch erscheinen muss.

3. Die Anmerkung des trust-Verhältnisses im Grundbuch und die Befugnis zu ihrer Anmeldung

a. Die grundsätzliche Bedeutung einer Anmerkung des trust-Verhältnisses

Das *Grundbuch* bildet das wichtigste Publizitätsmittel für die Rechtsbeziehungen zu Grundstücken. Insbesondere kann nach *Art. 973 Abs. 1 ZGB* der gutgläubige Dritte Eigentum oder andere dingliche Rechte von demjenigen erwerben, der sich aus dem Grundbuch als Inhaber dieser Rechte ergibt, auch wenn sie dem Eingetragenen materiellrechtlich gar nicht zustehen.¹⁸⁵

Befindet sich nun ein Grundstück in einem trust-Vermögen, so bildet – wie bereits festgestellt – der trustee das rechtliche Zuordnungssubjekt des Eigentums; folglich ist er im Grundbuch als Eigentümer eingetragen,¹⁸⁶ obgleich

er über das Grundstück wegen der trust-Bindung nicht frei verfügen darf. Diese Bindung des trustee ist aber für Dritte aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Haben sie auch nicht auf anderem Wege von ihr erfahren, so werden sie glauben, der trustee sei Volleigentümer des Grundstücks ohne besondere Bindungen und sie werden ihr (zum Beispiel: Erwerbs-) Handeln darauf ausrichten.¹⁸⁷ Dieses Vertrauen erscheint keineswegs unberechtigt und wird – jedenfalls bei entgeltlichem Erwerb¹⁸⁸ – von *Art. 973 ZGB* geschützt.¹⁸⁹ Sein Schutz führt aber zu einer Beeinträchtigung der rechtsverlierenden beneficiaries, denen das aus dem trust-Vermögen ausscheidende Grundstück nicht mehr nach Massgabe der trust-Dispositionen Nutzen bringen kann.¹⁹⁰ Es zeigt sich also der für jeden gutgläubigen Erwerb grundlegende Bedarf nach einer *Austarierung von Bestands- und Verkehrsschutzinteressen*,¹⁹¹ allerdings mit der Besonderheit, dass das trust-Vermögen nicht um seines rechtlichen Inhabers – des trustee – willen geschützt werden muss, sondern um der Interessen der beneficiaries willen.

Art. 149d Abs. 3 IPRG (der insoweit wiederum auf *Art. 12 HTÜ* und *Art. 15 Abs. 1 lit. f HTÜ* beruht)¹⁹² und die *Wegleitung Trust*¹⁹³ sehen als Mittel zu einer solchen Austarierung die Möglichkeit vor, die Zugehörigkeit des Grundstücks zu einem trust-Vermögen in Form einer *Anmerkung* im Grundbuch einzutragen.

Die Anmerkung bewirkt nach h.M. den *Erhalt von Folgeansprüchen*¹⁹⁴ der beneficiaries gegen einen zunächst er-

¹⁸² S. hierzu auch BGE 41 II 209; ARTHUR MAYER-HAYOZ, in: Heinz Hausheer/Hans Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Bern 2009, Art. 656 N 78 m.w.N.

¹⁸³ ALEXANDRA ZEITER, *Die Erb Stiftung*, Diss. Freiburg 2001, 280 ff. m.w.N.

¹⁸⁴ Zu dieser s. sogleich III.3.

¹⁸⁵ Auf Fragen im Zusammenhang mit der Aussonderung von Grundstücken im Rahmen einer Zwangsvollstreckung kann hier nicht näher eingegangen werden. Die Ausführungen zur Anmerkung im Zusammenhang mit dem gutgläubigen Dritterwerb lassen sich aber für das Gebiet der Zwangsvollstreckung nutzbar machen. Vgl. zur Zwangsvollstreckungsrechtlichen Wirkung der Anmerkung einstweilen nur *Wegleitung Trust* (FN 9), 4.

¹⁸⁶ Keine grundsätzlichen Unterschiede ergeben sich, wenn statt des Eigentums ein sonstiges dingliches Recht Bestandteil des trust-Vermögens ist.

¹⁸⁷ Natürlich kann sich auch der Fall ergeben, dass statt des eigentlich berechtigten trustee ein Dritter im Grundbuch erscheint, von dem dann gutgläubig erworben wird. Hier wäre insbesondere zu fragen, ob und wie ein Nebeneinander von Rechtsschutzmöglichkeiten des trustee und der beneficiaries besteht.

¹⁸⁸ S. zur Frage, ob für den unentgeltlichen Erwerb etwas anderes zu gelten hat, VOGT (FN 5), Art. 149d N 17 f. m.w.N.

¹⁸⁹ S. statt aller SEILER (FN 2), 88 f.

¹⁹⁰ Freilich kommen in einem solchen Fall Ansprüche gegen den trustee wegen eines breach of trust in Betracht, vgl. zu ihnen etwa PENNER (FN 98), 308 ff.

¹⁹¹ Vgl. zu betroffenen Interessen etwa auch *Botschaft HTÜ* (FN 2), 595; WOLF/JORDI (FN 6), 73 m.w.N.

¹⁹² *Art. 12 HTÜ* ist unter anderem zu entnehmen, dass die Kenntlichmachung der Zugehörigkeit eines eingetragenen Vermögensgegenstandes zum trust-Vermögen zu ermöglichen ist, wenn das mit dem Recht des Registerstaates als im Grundsatz vereinbar erscheint; vgl. hierzu etwa GUTZWILLER (FN 12), 97 f., 172 m.w.N. *Art. 15 Abs. 1 lit. f HTÜ* sieht vor, dass das Abkommen nationalen Bestimmungen, die den Schutz gutgläubiger Dritter «in anderen Belangen» betreffen, nicht vorgeht; im Zusammenspiel mit *Art. 15 Abs. 1 lit. d HTÜ* (nationales Recht gilt für die Übertragung von Eigentum) gewährt er damit Raum, den Drittschutz von einer Kenntlichmachung der Zugehörigkeit zum trust-Vermögen abhängig zu machen, wie *Art. 149d IPRG* vorsieht.

¹⁹³ *Wegleitung Trust* (FN 9), 3 f.

¹⁹⁴ Soweit man hier Schweizer Recht für anwendbar hält, ist insbesondere an *Art. 41* oder *Art. 62 OR* zu denken.

folgreichen Dritterwerber, verhindert aber nicht den wirklichen Dritterwerb als solchen.¹⁹⁵ Denn einziger dinglich Berechtigter am trust-Vermögen ist der trustee. Den beneficiaries kommt auch aus Sicht des Schweizer Rechts keine dingliche Berechtigung zu. Mithin kann die Zugehörigkeit zum trust-Vermögen als solche keine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung für den trustee bewirken und die Wegleitung formuliert zu Recht, dass auch die Anmerkung keine (dinglich wirkende) Verfügungsbeschränkung für den trustee nach sich zieht. Dennoch steht dieser Befund im Einklang mit der Grundwertung des Art. 973 ZGB: Der gutgläubige Dritte erwirbt das dingliche Recht so, wie es sich aus dem Grundbuch ergibt,¹⁹⁶ weil es von der Anmerkung abhängt, ob der Erwerb mit Folgeansprüchen verknüpft ist, die sich aus der besonderen Vermögenszugehörigkeit des erworbenen Gegenstandes herleiten.

b. Konkludente Erteilung der Anmeldebefugnis für die beneficiaries?

Wem aber kommt die Befugnis zu, eine Anmeldung mit der soeben beschriebenen (Schutz-)Wirkung zu veranlassen? Die Wegleitung Trust will eine derartige Befugnis den beneficiaries gewähren, wenn das trust-Statut ihnen diese Kompetenz verleiht.¹⁹⁷ Ein solcher Ansatz wirft in formeller Hinsicht die Frage auf, wer zur *Prüfung* berufen ist, ob das trust-Statut den beneficiaries diese «Anmeldebefugnis» auch tatsächlich gibt: Wollte man diese Aufgabe dem Grundbuchamt übertragen, so müsste es unter Umständen komplexe Einschätzungen zum ausländischen materiellen Recht treffen. Daher ist es zu begrüssen, dass die Wegleitung die Vorlage einer *gerichtlichen* Entscheidung zur Eintragungsvoraussetzung macht, sofern nicht die Zustimmung des trustee vorliegt und ein hinreichendes Indiz für die «Anmeldebefugnis» der beneficiaries setzt.

Auch in materiellrechtlicher Hinsicht verdient die Wegleitung Zustimmung.¹⁹⁸ Zwar spricht der Wortlaut des Art. 12 HTÜ nur von einer Befugnis des trustee. Die Vorschrift zielt jedoch in erster Linie darauf, die Zugehörigkeit des im Register geführten Vermögensgegenstandes zum trust-Vermögen kenntlich zu machen,¹⁹⁹ und nicht darauf, den Personenkreis zu beschränken, welcher eine solche Kenntlichmachung veranlassen kann. Eine solche Beschränkung wäre auch verfehlt, da insoweit die *Gestaltungsautonomie des settlor* den Ausschlag geben sollte.

Allein: Jede gestaltende Ausübung einer Befugnis durch den settlor setzt voraus, dass sich der *settlor dieser Möglichkeit überhaupt bewusst* ist. Gerade weil das trust-Statut als solches zwangsläufig durch ausländisches Recht gebildet wird, muss es dem settlor bei der Errichtung seines trust keineswegs vor Augen stehen, dass er auch über die Berechtigung seiner beneficiaries zur Erwirkung einer Anmerkung im Sinne des Art. 149d IPRG entscheiden kann. Gleichzeitig bildet die Anmerkung für die beneficiaries aber einen Schutzmechanismus von grosser Bedeutung, an dessen Durchsetzung sie häufig ein nachdrückliches Interesse haben werden. Dieses Interesse ist im Hinblick auf die vom settlor vorgesehene wirtschaftliche Berechtigung der beneficiaries an dem betreffenden Grundstück auch als im Grundsatz berechtigt einzustufen. Sofern nicht ein besonderes Interesse des settlor daran erkennbar ist, die Zugehörigkeit des Grundstücks zum trust-Vermögen nicht publik zu machen, wird er also oftmals eine möglichst effektive Sicherung der Begünstigtenstellung seiner beneficiaries bezwecken,²⁰⁰ auch wenn er dies nicht ausdrücklich im Hinblick auf eine Anmerkung im Grundbuch zum Ausdruck bringt.

Bei der (dem trust-Statut unterliegenden)²⁰¹ *Auslegung* des trust sollte mithin vom Fehlen einer ausdrücklichen Stellungnahme nicht vorschnell darauf geschlossen werden, dass den beneficiaries eine «Anmeldebefugnis» verwehrt sein soll. Vielmehr wird man bei einer stark ausgestalteten beneficiary-Stellung häufig auf eine *konkludent erteilte «Anmeldebefugnis»* schliessen können. *Aus gestaltender Perspektive* kann dem settlor zur Erteilung einer ausdrücklichen «Anmeldebefugnis» zu raten sein, wenn er den damit verbundenen Schutz der beneficiaries intendiert.

Steht den beneficiaries eine «Anmeldebefugnis» grundsätzlich zu und wollen sie die Anmerkung anmelden, so verlangt die Wegleitung Trust für die Eintragung der Anmerkung dennoch eine *Zustimmung des trustee*. Diese zusätzliche Anforderung erscheint sinnvoll, weil es Fälle geben kann, in denen eine Anmerkung (im betreffenden Zeitpunkt) für den trust schädlich wäre beziehungsweise im Widerspruch zum Willen des settlor stünde.²⁰² Widersetzt sich der trustee der Anmerkung zu Unrecht, so kann seine Zustimmung durch gerichtliches Urteil ersetzt werden. Damit erhalten die beneficiaries trotz des grundsätzlichen Zustimmungserfordernisses die gebotene Möglichkeit, ihre Anmeldebefugnis durchzusetzen.²⁰³

¹⁹⁵ So etwa die Botschaft HTÜ (FN 2), 595 f.; WOLF/JORDI (FN 6), 75; MAYER (FN 62), 82 f. m.w.N. auch zu abweichenden Auffassungen. Zur im Grundsatz gleichen Bewertung aus Sicht des englischen Rechts etwa HAYTON (FN 30), 276.

¹⁹⁶ Vgl. nur BGE 130 III 306, 308.

¹⁹⁷ GUILLAUME (FN 22), 8 f., scheint hingegen nur dem trustee die Anmeldung ermöglichen zu wollen.

¹⁹⁸ Positiv auch die Bewertung bei WOLF/JORDI (FN 6), 73.

¹⁹⁹ Vgl. nur GUTZWILLER (FN 12), 97 f.

²⁰⁰ Dies wird man jedenfalls insoweit behaupten können, als hierdurch nicht die Befugnis des trustee zur pflichtgemässen Verwaltung des trust beschnitten wird. Eine solche Beschnidung geht von der Anmerkung indes grundsätzlich nicht aus, weil sie in erster Linie das Verhältnis zwischen beneficiaries und Dritten betrifft.

²⁰¹ Vgl. nur GUTZWILLER (FN 12), 78 f. m.w.N.

²⁰² Insoweit ähnlich GUILLAUME (FN 22), 9. Offenbar zustimmend auch WOLF/JORDI (FN 6), 73.

²⁰³ Selbst wenn freilich den beneficiaries keine eigene Anmeldebefugnis zusteht, ist davon auszugehen, dass das Unterlassen

IV. Leitwertungen für die Implantierung des trust ins Schweizer Recht?

Schon die wenigen Fragen, denen sich dieser Beitrag widmen konnte, zeigen, wieviel Diskussions- und Klärungsbedarf der Implantierungsprozess des trust in die Schweizer Rechtsordnung mit sich bringt. Jeder Problemkreis weist dabei Eigenheiten auf, die bei seiner Behandlung massgeblich sein müssen.

Dennoch: Könnte es nicht möglich sein, Wertungen herauszuarbeiten, die übergreifende Bedeutung haben und die – selbst wenn sie sich nicht in jedem Fall werden durchsetzen können – dazu beitragen, dem Implantierungsprozess Kohärenz und Richtung zu geben? Ein erster knapper Diskussionsvorschlag hierzu soll als Abschluss des Beitrages unterbreitet werden.

1. trust-Freundlichkeit

Die Schweiz hat das Haager-Trust Übereinkommen ratifiziert. Hierin liegt zugleich die bewusste Entscheidung für die Einbindung eines Rechtsinstitutes, das dem Schweizer Recht an sich fremd ist und sich zudem in wesentlichen Belangen nach ausländischem Recht beurteilt. Aus dieser Entscheidung sprechen unter anderem der Wille zur Förderung des Rechts- und Finanzstandortes Schweiz sowie das Zutrauen in die Integrationskraft und Flexibilität der Schweizer Rechtsordnung. Die Bedenken des Gesetzgebers gegenüber dem «unbekannten Wesen» trust waren sogar so gering, dass er im Wege einer «Überumsetzung» mit Art. 149a IPRG das HTÜ (analog) auch auf trusts erstreckte, deren Existenz und Ausgestaltung mangels schriftlichen Nachweises besonders schwer zu erkennen sind.

Soll dieser gesetzgeberische Wille nicht missachtet werden und sollen die Standortvorteile aus einer Öffnung für den trust zum Tragen kommen, bedarf es einer *ernsthaft trust-freundlichen Ausgestaltung des Implantierungsprozesses*. Insbesondere ist der privatautonomen Gestaltung durch den settlor möglichst weiter Raum zu gewähren und der Verwaltung des trust durch den trustee sind möglichst geringe Erschwernisse zu bereiten. Auswirken kann sich diese Leitwertung etwa, wo es um die Kompatibilität bestimmter trust-

Formen mit dem Schweizer Rechtsbestand geht, beispielsweise bei der Errichtung eines trust von Todes wegen in einem schweizerischen Testament. Zu beachten ist sie auch im Bereich formaler Anforderungen des Rechtsverkehrs; die Substituierbarkeit schweizerischer Formanforderungen durch ausländische Akte kann hierfür als Beispiel dienen. Natürlich sind dieser Offenheit Grenzen gesetzt, insbesondere in Gestalt von *ordre public*, Eingriffsnormen und schutzwürdigen konkreten Drittinteressen. Wo eine solche Grenze verläuft, sollte aber für jeden Einzelfall kritisch hinterfragt und wiederum an diesen Leitwertungen konkretisiert werden. Keinesfalls dürfen neue Hürden eigens für den trust entstehen, nur weil man ihn als diffus (und daher als) bedrohlich empfindet.

2. Verwirklichung des settlor-Willens

In enger Beziehung zur trust-Freundlichkeit steht das Gebot an den Rechtsanwender, insbesondere den Richter, bei seiner Beurteilung des trust den Willen des settlor im Hinblick auf den trust zu ermitteln und diesem nach Möglichkeit Geltung zu verleihen. Denn der trust und seine Ausgestaltung sind Ausdruck der Privatautonomie des settlor und die wesentlichen Elemente der privatautonomen Entscheidung des settlor werden häufig zur sachgerechten Lösung von Zweifelsfragen beitragen können.

3. Wahrung konkreter schutzwürdiger Drittinteressen

Wird der trust als dem Schweizer Recht eigentlich fremdes Gebilde implantiert, so gerät er zwangsläufig in Konflikt mit Normen und Rechtsgrundsätzen, die auf seine Existenz nicht ausgelegt sind. Stets wirft das die Frage auf, ob sich das trust-Statut oder das konfligierende Schweizer Recht durchsetzt beziehungsweise welchem Statut eine Kompromisslösung eher zuneigt.

Neben der Leitwertung der trust-Freundlichkeit sollte bei der Suche nach kohärenten Lösungen für die verschiedenen Konfliktbereiche auch darauf gesehen werden, *welche Interessen* die jeweiligen Normen oder Grundsätze des Schweizer Rechts zu schützen versuchen. Allgemeine *gesellschaftspolitische Normziele, fiskalische Erwägungen oder formale Belange des Rechtsverkehrs können dabei eher hinten gestellt werden als subjektive, konkret schutzwürdige Interessen Dritter* – Interessen von Personen also, die zwar nicht zu den Beteiligten des trust-Verhältnisses gehören, aber gleichwohl von ihm betroffen sind. Die vielfältigen Chancen, welche der trust als neuartiges, flexibles und diskretes Gestaltungsmittel birgt, dürfen sich nicht in unbilliger und zu Missbrauch einladender Weise auf Kosten Dritter entfalten. Wer – um die hier erörterten Konstellationen zum Beispiel zu nehmen – gutgläubig vom trustee ein Grundstück erworben oder im Vertrauen auf den Erhalt seines Pflichtteiles disponiert hat, sollte seine Interessen gegenüber einem trust

einer Anmerkung durch den trustee je nach Ausgestaltung des trust und der Gesamtsituation im konkreten Fall pflichtwidrig sein und zu einer Haftung des trustee führen *kann*; ähnlich GUILLAUME (FN 22), 9. Nicht nur an dieser Konstellation wird augenfällig, dass das «Innenverhältnis» zwischen beneficiaries und trust(ee) eingehende Betrachtung verdient. Vgl. zu ihm etwa FILIPPO NOSEDA, Praktische Auswirkungen des Haager Trust-Übereinkommens für den Schweizer Trustee, Protector, Trust Administrator und Investment Advisor, AJP/PJA 2006, 482; SEILER (FN 2), 13 ff.; OAKLEY (FN 76), 639 ff., 812 ff.; PIOTET (FN 122), 11 ff.

gewahrt wissen. Blickt man auf Art. 15 HTÜ, namentlich auf dessen litterae c), e) und f), so steht eine derartige Differenzierung im Einklang auch mit den Wertungen des Haager trust-Übereinkommens.

4. Einbindung als Institut «sui generis»

Lässt sich also die grundsätzliche Offenheit gegenüber dem Institut trust mit der Verteidigung von schutzwürdigen Drittinteressen und fundamentalen Bestandteilen der Schweizer Rechtsordnung in einen insgesamt sinnvollen Einklang bringen? An welcher Leitwertung gilt es sich zu orientieren, wenn es nicht um grundlegende Aspekte der Implantierung geht, aber doch Harmonisierungsbedarf besteht?

Einen Schritt zur Lösung dürfte hier die Prämisse darstellen, dass der trust in die Schweizer Rechtsordnung insgesamt so eingebunden werden muss, dass ein *kohärentes und funktionsfähiges Gesamtsystem* entsteht beziehungsweise erhalten bleibt. Gesucht werden sollte also nach einer Art «praktischer Konkordanz».

Bringt es diese Aufgabe mit sich, dass der trust – etwa bei der analogen Anwendung von Art. 82 ZGB – mit (entfernt) funktionsähnlichen Schweizer Rechtsinstituten (etwa der Stiftung) in eine Reihe gestellt und parallel zu ihnen behandelt werden muss, so sollte er doch *nicht gleichsam in ein Institut Schweizer Rechts «übersetzt»* werden. Allein die Komplexität und Vielgestaltigkeit des Institutes «trust», die zahlreichen, mitunter sehr verschiedenartigen trust-Statute und die (noch) fehlenden gesicherten Positionen zur Behandlung des trust in der Schweiz unter Geltung des HTÜ liessen allzu grosse Verfälschungen oder Uneinheitlichkeiten befürchten. Der trust sollte daher jeweils als *Institut sui generis* hingenommen und – soweit irgend möglich – in seiner jeweiligen Eigenart eingebunden werden, nicht in einer den Formen des Schweizer Rechts zurechtgebogenen Weise.²⁰⁴ Und so kann der trust auch in zentralen Fragen durchaus einmal eine eigenständige, von ähnlichen Instituten abweichende Behandlung erfahren.

Um als – im Grundanliegen gelungenes – regulatorisches Beispiel den Art. 149d IPRG heranzuziehen: Der Vergleich mit anderen besonderen Rechtsverhältnissen an registerfähigen Positionen und das Schutzbedürfnis konkreter Teilnehmer des Rechtsverkehrs haben die Eintragungsfähigkeit der trust-Zugehörigkeit eines Grundstücks mit Blick auf eine effektive Einbindung des trust ins schweizerische Rechtssystem als wünschenswert erscheinen lassen. Dann es ist besser, einen allgemeinen Hinweis auf die trust-Zugehörigkeit einzutragen, dessen Implikationen nach Massgabe des jeweiligen trust-Statutes für den konkreten Fall geklärt werden

können, als den Versuch zu unternehmen, die Auswirkungen der trust-Zugehörigkeit in der Terminologie des Schweizer Rechts verkürzend abzubilden (etwa durch Eintragung einer Treuhand o.ä.).

Im Lichte dieser Grundwertung liessen sich auch Gemeinsamkeiten für solche Fälle annehmen, in denen ein trust nicht in der vorgesehenen Form aufrechterhalten werden kann, etwa weil er gegen Schweizer Eingriffsnormen verstösst. Ohne auszuschliessen, dass der konkrete Zusammenhang einmal andere Lösungen nahe legt, sollte in derartigen Fällen versucht werden, den trust als solchen so weit wie möglich am Leben zu erhalten, auch wenn er einer (möglicherweise weitgehenden) Umgestaltung unterzogen werden muss. Von der Überführung in ein Institut des Schweizer Rechts durch Auslegung oder Konversion sollte daher grundsätzlich Abstand genommen werden. Selbst eine vollständige und endgültige Unwirksamkeit des trust kann der Verfälschung in ein Schweizer Institut vorzuziehen sein, zumal wenn sich die Unwirksamkeit aus einer Anordnung des trust-Statuts selbst ergibt, welches dann auch die «artgerechten» Folgen einer solchen Unwirksamkeit vorsehen wird.

V. Ergebnisse

Die wichtigsten Ergebnisse dieses Beitrags lassen sich schlagwortartig wie folgt zusammenfassen:

1. Die Errichtung eines «trust von Todes wegen» sollte auch dann möglich sein, wenn Schweizer Recht das Erbstatut bildet. Denn die trust-Errichtung beurteilt sich nicht nach dem Erbstatut, sondern nach dem trust-Statut. Zudem widerspräche eine Versagung der trust-Errichtung von Todes wegen dem Geiste des HTÜ.
2. Art. 335 ZGB steht der Errichtung von trusts nicht entgegen, weil die – fragwürdige – Regelung spätestens seit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mehr als Eingriffsnorm im Sinne des Art. 16 HTÜ angesehen werden kann.
3. Art. 488 ZGB steht, selbst wenn man ihn als «Einbruchsnorm» im Sinne der Art. 15 f. HTÜ deutet, der Einsetzung einer (nacherbenartigen) Abfolge von beneficiaries jedenfalls grundsätzlich nicht entgegen. Ausnahmen kommen im Falle des Rechtsmissbrauchs in Betracht, dessen Vorliegen nach einer Kumulation von Kriterien zu bestimmen ist.
4. Pflichtteilsrechte nach Schweizer Erbrecht setzen sich gegenüber einem trust durch. Lebzeitige Zuwendungen in das trust-Vermögen können über Art. 82 ZGB analog herabgesetzt werden. Die Zuwendung des Pflichtteils in Gestalt einer Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als beneficiary ist prinzipiell möglich, erfordert aber die Betrachtung des Einzelfalles anhand bestimmter Strukturkriterien. Zwingen Pflichtteilsrechte zu einem Eingriff in den trust, so sind die Folgen für Bestand und Gestalt des trust nach dem trust-Statut zu beurteilen.

²⁰⁴ In diese Richtung auch WOLF/JORDI (FN 6), 37. Als Beispiel liesse sich hier der einseitige Vermögenswidmungsakt nennen, der nicht als Schenkung oder sonstiger Vertragstyp des Schweizer Rechts interpretiert werden sollte.

5. Wird ein Grundstück unter Lebenden in ein trust-Vermögen eingebracht, so liegt das schuldrechtliche Grundgeschäft in einem einseitigen Vermögenswidmungsakt. Das auf den Vermögenswidmungsakt anzuwendende Recht beurteilt sich nach Art. 119 IPRG (analog). Sofern die Vermögenswidmung mit der Errichtung des trust zusammenfällt, kann sie in den Errichtungsakt des trust inkorporiert oder in ein gesondertes Geschäft ausgelagert werden. Der formgültige Vermögenswidmungsakt bildet den Rechtsgrundaussweis für die Grundbucheintragung. Ausländische äquivalente Beurkundungen wahren die Schweizer Form.

6. Von Todes wegen kann dem trust(ee) ein Grundstück per Erbeinsetzung oder Vermächtnis zugewendet werden. Wird der trust(ee) als Erbe eingesetzt, so ist er Mitglied einer etwaigen Erbengemeinschaft. Für den Grundstückserwerb durch Erbeinsetzung kann das relative Eintragsprinzip des Art. 656 Abs. 2 ZGB gelten.

7. Die Befugnis zur Erwirkung einer Anmerkung des trust-Verhältnisses im Grundbuch kann den beneficiaries vom settlor auch konkludent erteilt worden sein. Ob eine «Anmerkungsbefugnis» der beneficiaries besteht, ist Frage der Auslegung nach Massgabe des trust-Statuts.

8. Der trust bietet dem potentiellen settlor vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Bei deren Nutzung muss er freilich die zwingenden Wertungen der beteiligten Statute und die betroffenen Gestaltungs- und Schutzinteressen sorgfältig berücksichtigen. Insbesondere gilt: Pflichtteilsausfüllende beneficiary-Stellungen müssen rechtssicher ausgestaltet sein. Für den Fall, dass eine Anpassung des trust erforderlich wird, sollten Regeln und Wertungen vorgegeben werden. Es kann sich anbieten, den Vermögenswidmungsakt unter Lebenden in ein vom trust-Errichtungsakt geschiedenes Geschäft auszulagern. Für eine Zuwendung an den trust(ee) von Todes wegen kann das Vermächtnis der Erbeinsetzung vorzuziehen sein. Mit einer ausdrücklichen «Anmerkungsbefugnis» für die beneficiaries vermag der settlor deren Schutz vor einer Verminderung des trust-Vermögens zu verbessern.

9. Die «Implantierung» des trust ins schweizerische Recht muss auf konkrete schutzwürdige Drittinteressen Rücksicht nehmen. Sie sollte sich vom Gedanken der trust-Freundlichkeit leiten lassen, nach einer Verwirklichung des settlor-Willens streben und den trust als eigenständiges Institut «sui generis» respektieren.

VI. Ausblick

Wie auch dieser Beitrag gezeigt hat, liegen bei der Implantierung des trust noch erhebliche Aufgaben vor uns. Es wird spannend sein, die weitere Entwicklung dieses Rechtsbereichs zu verfolgen und – wissenschaftlich wie gestalterisch – an seiner Entfaltung mitzuwirken. Schon jetzt ist es jedenfalls zu begrüssen, dass die Ratifikation des HTÜ und

die dazu ergangene schweizerische Gesetzgebung neue, und zunehmend rechtssichere, Gestaltungsmöglichkeiten für Nachlassplanung und Vermögensgestaltung etablieren. Die Schweiz schafft damit zugleich ein Ambiente, das der privatnützigen Vermögensperpetuierung freundlich gestimmt ist – in der heutigen Zeit kein gering zu schätzender Standortgesichtspunkt. Wenn der Rechtsverkehr weiteres Vertrauen gewinnt, wird das auslandsrechtliche Institut des trust eine etablierte heimische Gestaltungsform werden können. In trust we trust? – jedenfalls besteht bei gebotem Respekt vor den anspruchsvollen Eigenheiten des trust kein Grund zu Besorgnis oder Argwohn.

La contribution étudie les conséquences de la ratification par la Suisse de la Convention de La Haye sur les trusts. Il s'agit surtout de l'importance de la «transposition» du trust dans l'ordre juridique suisse. Les auteurs approuvent la possibilité de constituer un «trust par acte pour cause de mort». L'art. 335 CC n'a pas le caractère de loi d'application immédiate contraignante au niveau international et ne fait dès lors pas obstacle à l'institution de trusts. De même, l'art. 488 CC ne devrait s'opposer au trust que dans des cas exceptionnels. Il est en principe possible de faire valoir des droits réservataires à l'encontre de trusts. Le fait d'accorder le statut de bénéficiaire doit être considéré comme un moyen de respecter la réserve. L'article examine en détail comment le transfert d'immeubles à un trust peut être intégré au système suisse des droits réels immobiliers. Il aborde aussi la possibilité de faire mentionner un rapport de trust au registre foncier. Finalement, les auteurs formulent des lignes directrices pour appuyer le processus d'intégration du trust dans l'ordre juridique suisse.

(trad. LT LAWTANK, Berne)