

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf *trusts* anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung

Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren

vom 16. September 2004

Übersicht

Der Trust ist ein Rechtsinstitut vorwiegend der Staaten des common law. Trotzdem ist er in der Schweiz wirtschaftliche und rechtliche Realität. Da seine wirtschaftliche Bedeutung weiterhin zunimmt und gleichzeitig die bestehende rechtliche Situation als unbefriedigend empfunden wird, ist die schweizerische Bankiervereinigung mit dem Wunsch an das Bundesamt für Justiz herangetreten, die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens, welches das auf Trusts anwendbare Recht regelt, an die Hand zu nehmen.

Im Mai des vergangenen Jahres hat zudem der damalige Nationalrat Marc Suter (FDP) eine (zwischenzeitlich von Nationalrat Fulvio Pelli übernommene) Motion (03.3233) eingereicht, mit Ersuchen an den Bundesrat, „rasch das Nötige zur baldigen Ratifikation des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung von 1985 einzuleiten“ und „möglichst rasch eine Botschaft zur Anpassung des schweizerischen Rechts, namentlich betreffend des Insolvenzrechtes und der Familienstiftungen (Art. 335 ZGB), vorzulegen, um das Rechtsinstitut des Trusts auch für die Schweiz praxistauglich zu machen“.

Der Bundesrat hat sich Mitte Oktober bereit erklärt, eine Botschaft über die Anerkennung ausländischer Trusts und die praxistaugliche Anpassung des schweizerischen Rechts an die Hand zu nehmen. Da jedoch zwei Wege zu diesem Ziel führen, die Ratifikation des Trust-Übereinkommens mit entsprechenden Anpassungen des schweizerischen Rechts oder eine autonome Regelung im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), und der einzuschlagende Weg noch nicht präjudiziert werden sollte, wurde bezüglich des ersten Motionsantrags die Umwandlung in eine Postulat beantragt. Er wurde zugleich in Aussicht gestellt, dass man die Frage des einzuschlagenden Wegs rasch prüfen werde.

Von Mitte Dezember 2003 bis Ende März 2004 hat das Bundesamt für Justiz ein informelles Vorkonsultationsverfahren durchgeführt. Dabei wurde den interessierten Wirtschaftsverbänden, ausgewählten Behörden sowie den schweizerischen Rechtsfakultäten ein, von der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens ausgehender, erster Vorentwurf für eine Anpassungsgesetzgebung im schweizerischen Zivilrecht vorgelegt. Dieser (auf den Vorschlägen einer Studie von Prof. Luc Thévenoz, Universität Genf, aufbauende) Vorentwurf bildete zusammen mit den eingegangenen Stellungnahmen die Basis für die vorliegend unterbreitete Vorlage.

Die Vorlage sieht die Genehmigung des Haager Trust-Übereinkommens vor. Er ergänzt darüber hinaus das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291) mit den notwendigen Vorschriften zur Zuständigkeit und zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen, begleitet mit einigen Ergänzungen zur privatrechtlichen Publizität. Gleichzeitig wird das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1) angepasst, um der im Trustrecht vorgesehenen Trennung von Trust- und trustee-Vermögen Rechnung zu tragen.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Allgemeiner Teil	5
1.1 Ausgangslage	5
1.2 Der Trust	6
1.2.1 Begriff und Arten	6
1.2.2 Verwendungszwecke des Trust	6
1.2.3 Verbreitung des Trust	7
1.2.4 Wirtschaftliche Bedeutung des Trust in der Schweiz	7
1.2.5 Wirkungen und Rechtsnatur des Trust	8
1.2.5.1 Unterschiede zur Treuhand	8
1.2.5.2 Unterschiede zur Stiftung	8
1.2.5.3 Aussonderbarkeit im Konkurs	9
1.2.5.4 Stellung des Begünstigten	9
1.2.5.5 Tracing	9
1.2.5.6 Kein dingliches Recht des Begünstigten	10
1.3 Grundzüge des Haager Trust-Übereinkommens	11
1.4 Konsequenzen einer Ratifikation des Übereinkommens	13
1.4.1 Bisheriger Rechtszustand	13
1.4.1.1 Anerkennung des Trust nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)	13
1.4.1.1.1 Qualifikation des Trust	13
1.4.1.1.2 Constructive trusts	13
1.4.1.1.3 Artikel 154 Absatz 1 IPRG	14
1.4.1.1.4 Artikel 154 Absatz 2 IPRG	14
1.4.1.1.5 Testamentarische Trusts	14
1.4.1.1.6 Trusts mit Sicherungsfunktion	15
1.4.1.1.7 Artikel 335 Absatz 2 ZGB	15
1.4.1.2 Umfang der Anerkennung nach IPRG	16
1.4.1.2.1 Grundsatz	16
1.4.1.2.2 Aussonderbarkeit und ordre public	16
1.4.1.2.3 Keine Anerkennung des tracing	17
1.4.2 Rechtszustand bei Ratifikation des Haager Übereinkommens	18
1.4.2.1 Anerkennung	18
1.4.2.1.1 Qualifikation	18
1.4.2.1.2 Constructive trusts	18
1.4.2.1.3 Anwendbares Recht	18
1.4.2.1.4 Testamentarische Trusts	18
1.4.2.1.5 Dingliche Sicherungsrechte	19
1.4.2.2 Umfang der Anerkennung nach dem Übereinkommen	19
1.4.2.2.1 142.21 Weiter gehende Anerkennung	19
1.4.2.2.2 Ehegüter- und Erbrecht	19
1.4.2.2.3 Ordre public	19
1.4.2.2.4 Lois d'application immédiate	20
1.4.3 Vorteile des Abkommens gegenüber dem aktuellen IPRG	20
1.4.3.1 Massgebende Perspektive	20

1.4.3.2	Rechtssicherheit	20
1.4.3.3	Diesbezügliche Vorteile	21
1.4.4	Verträglichkeit des Übereinkommens mit dem System der schweizerischen Rechtsordnung	21
1.4.4.1	144.1 Zivilrechtliches Publizitätsprinzip	21
1.4.4.2	Keine vollumfängliche Anerkennung des Tracing	23
1.4.4.3	Numerus clausus der dinglichen Rechte	23
1.4.4.4	Deliktischer und Bereicherungsanspruch auch nach Schweizer Recht	24
1.4.4.5	Sachstatut vorbehalten	25
1.4.5	Mögliche Bedenken rechtspolitischer Natur	25
1.4.5.1	Geldwäscherei	25
1.4.5.2	Steuerrecht	27
1.4.5.3	Umgehung des schweizerischen Zivilrechts	27
1.5	Revision des IPRG als Alternative zu einer Ratifikation des Übereinkommens	28
1.6	Ergebnisse des Vorverfahrens	28
2	Besonderer Teil: Kommentierung der vorgesehenen Gesetzesanpassungen	29
2.1	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291)	29
2.2	Verzicht auf Bestimmungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210)	35
2.3	Verzicht auf Bestimmungen im Obligationenrecht (OR, SR 220)	35
2.4	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1)	36
2.5	Verzicht auf aufsichtsrechtliche Bestimmungen	38
2.6	Verzicht auf steuerrechtliche Bestimmungen	39
2.7	Erklärungen und Vorbehalte zum Übereinkommen	39
2.7.1	Artikel 16 Absatz 3	39
2.7.2	Artikel 20 Absatz 1	39
2.7.3	Artikel 21	40
2.7.4	Artikel 22	40
3	Rechtsvergleichung	40
4	Auswirkungen der Vorlage	42
4.1	Finanzielle und personelle Auswirkungen	42
4.2	Auswirkungen auf die Informatik	42
4.3	Volkswirtschaftliche Auswirkungen	42
5	Verhältnis zum europäischen Recht	42
6	Rechtliche Grundlagen	43

Begleitbericht

1 Allgemeiner Teil

1.1 Ausgangslage

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

Das Übereinkommen ist seit dem 1. Januar 1992 in Kraft und gilt zur Zeit für Italien, die Niederlande, Malta, Australien, Kanada, Grossbritannien und Hong-Kong. Seit Anfang Jahr ist es auch in Luxemburg in Kraft. Der Liechtensteiner Landtag wird sich voraussichtlich im kommenden Herbst ebenfalls mit der Frage einer Ratifikation befassen.

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

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

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

Der Bundesrat gab dazu folgende Erklärung ab: „Der Bundesrat ist bereit, Punkt 1 der Motion entgegenzunehmen und Punkt 2 der Motion in ein Postulat umzuwandeln.“

Wie aus der Begründung ersichtlich ist, waren dabei mit Punkt 1 der zweite und mit Punkt 2 der erste Motionsantrag gemeint.

Von Mitte Dezember 2003 bis Ende März 2004 führte das Bundesamt für Justiz ein informelles Vorkonsultationsverfahren durch. Dabei wurde den interessierten Wirtschaftsverbänden, ausgewählten Behörden sowie den schweizerischen Rechtsfakultäten ein erster Vorentwurf für eine Anpassungsgesetzgebung im schweizerischen Zivilrecht vorgelegt. Dieser Vorentwurf bildete zusammen mit den

eingegangenen Stellungnahmen die Basis für die im vorliegenden Verfahren unterbreitete Vorlage.

1.2 Der Trust

1.2.1 Begriff und Arten

Beim Trust handelt es sich um ein historisch gewachsenes Rechtsinstitut, das ursprünglich aus England stammt und dementsprechend seinen Verbreitungsschwerpunkt in den *common law*-Staaten hat. Der Begriff bezeichnet ein Rechtsverhältnis, bei dem bestimmte Vermögenswerte treuhänderisch auf eine oder mehrere Personen (*trustees*) übertragen werden, welche diese zu verwalten und für einen vom Treugeber (*settlor*) vorgegebenen Zweck zu verwenden haben. Letzterer kann allgemeiner Natur sein (sog. *purpose trust*) oder die Begünstigung bestimmter Personen (*beneficiaries*) beinhalten (sog. *private trust*).

Sollen mit dem Trust einzelne Personen begünstigt werden, wird danach unterschieden, ob die Frage, wer welche Leistungen erhalten soll, im Voraus festgelegt wird oder ins Ermessen der *trustees* gestellt wird. Im einen Fall spricht man von einem *fixed interest trust*, im anderen Fall von einem *discretionary trust*. Der *settlor* hat auch die Möglichkeit, sich selber begünstigen. Er kann sich darüber hinaus das Recht vorbehalten, den Trust zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzulösen und das verbleibende Vermögen an sich zu ziehen. Besteht ein entsprechender Vorbehalt, spricht man von einem *revocable trust*.

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

Von *implied* und *resulting trusts* zu unterscheiden sind die sog. *constructive trusts*. Bei diesen geht es nicht mehr um rechtsgeschäftlich errichtete Trusts, sondern um die analoge Anwendung von Trustrecht auf andere Rechtsverhältnisse. Die Rechtsordnungen des *common law* sehen bei der Regelung gewisser Rechtsverhältnisse Wirkungen vor, die dem Trustrecht entnommen sind. Einer der wichtigsten Anwendungsfälle sind die sog. *fiduciary relationships*, d.h. Rechtsbeziehungen, die durch ein besonderes Treueverhältnis geprägt sind. Hier gilt, dass der „Fiduziar“ Gewinne aus Geschäften, die er für sich selbst geführt hat, die aber ihrer Natur nach dem „Fiduzianten“ zukommen, an diesen herauszugeben hat und bezüglich seiner Herausgabepflicht wie ein *trustee* behandelt wird, mit der Konsequenz, dass seine Haftung nach trustrechtlichen Grundsätzen ausgestaltet ist und dass die betreffenden Vermögenswerte samt Erträgen und Surrogaten dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen sind (dazu unten, Ziff. 1.2.5). Als „Fiduziare“ gelten hier v.a. Personen, die vertraglich oder gesetzlich mit der Verwaltung eines Vermögens betraut sind.

1.2.2 Verwendungszwecke des Trust

Das Rechtsinstitut des Trust erfüllt in seinen Heimatrechtsordnungen eine Vielzahl von Funktionen und spielt dadurch im Rechtsleben der betreffenden Staaten eine

bedeutende Rolle. Er kann u.a. die Funktion folgender Institute des Schweizer Rechts übernehmen: Verwaltungstreuhand, Sicherungsübereignung, Stiftung, Familienstiftung, Verein, Genossenschaft, Auflage bei Schenkung oder Verfügung von Todes wegen, Vermächtnis, Nacherbeneinsetzung oder Nachvermächtnis, Stockwerkeigentum, Aktionärbindungsvertrag sowie Vermögensverwaltung oder -liquidation im Rahmen eines Nachlassvertrags im Sinne des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281). Gewisse Sonderformen des Trust erfüllen zudem die Funktion von Personalvorsorgeeinrichtungen oder Gläubigergemeinschaften bei Anleiheobligationen. Ein Trust von Gesetzes wegen besteht bei der Nachlassverwaltung, der Willensvollstreckung, der Vormundschaft sowie der Verwaltung der Konkursmasse.

Der Trust wird oder wurde zumindest früher auch als Organisationsform für Kartelle herangezogen. Dieser Umstand erklärt, weshalb im Kartellrecht von "Antitrust-Gesetzgebung" gesprochen wird, und ist eine wichtiger Grund für die Tatsache, dass der Begriff *Trust* für viele Personen negativ besetzt ist.

1.2.3 Verbreitung des Trust

Der Trust ist wie gesagt primär ein Rechtsinstitut der *common law*-Staaten. Er existiert indes auch in Rechtsordnungen ausserhalb dieses Rechtskreises. Zu nennen sind hier Schottland, Südafrika, Québec und Louisiana. Andere Staaten wie Japan, Panama, Liechtenstein, Mexiko, Kolumbien, Israel und Argentinien haben trustähnliche Institute geschaffen.

1.2.4 Wirtschaftliche Bedeutung des Trust in der Schweiz

In der Schweiz liegen zahlreiche zu Trusts gehörende, bzw. im Namen von Trusts verwaltete Vermögenswerte. Dies können Wertschriften-, Geld- oder andere Anlagen sein, welche im Rahmen eines Depot- / Kontoführungsvertrags o.ä. bei einer Bank in der Schweiz liegen, oder Aktien oder Obligationen von Schweizer Gesellschaften, welche durch Trusts im Ausland erworben werden. Schliesslich kann es sich auch um direkt oder indirekt gehaltene Immobilien und Mobilien handeln, welche auf Trusts übertragen werden.

Von herausragender wirtschaftlicher Bedeutung sind sicher die bei den Banken in der Schweiz liegenden Vermögenswerte, auf welchen die Banken Depotgebühren, Wertschriftenkommissionen und Verwaltungsgebühren erheben. Infolge der erhöhten Mobilität von Privatpersonen wohnen vermehrt Begünstigte und andere Trustbeteiligte in der Schweiz. Es spezialisieren sich aber auch immer mehr in der Schweiz niedergelassene Firmen auf die Verwaltung von Trusts. Zentren hierfür sind die Finanzplätze Genf, Zürich, Basel und Lugano. Immer mehr Banken haben eigene Trustabteilungen. Daneben sind zunehmend auch Treuhandgesellschaften und Anwälte im Bereich der Trust-Planung und -Administration tätig. Dieses Geschäft verfügt über ein grosses Wachstumspotential, da die sog. *offshore centers* (Kanalinseln sowie gewisse Karibikinseln), auf denen bisher ein grosser Teil der Trusts errichtet wurde, zunehmend unter internationalen Druck geraten und die Schweiz sich hier als seriöse Alternative anbieten könnte, hat sie doch auf der einen Seite qualitativ hochstehende Verwaltungs- und Beratungsdienstleistungen sowie Diskretion und auf der

anderen Seite eine international anerkannte Bankenaufsichts- und Geldwäschereigesetzgebung anzubieten.

Die Schweiz kommt auch in anderer Form mit Trusts in Berührung: Schweizer Banken sind oft Gläubiger oder Vertreter von Gläubigern in Anleihen, welche vom Schuldner durch Rückzahlung in einen Trust zugunsten der Gläubiger vorzeitig getilgt werden (sog. "*defeasance*"). Schweizer Privatpersonen oder institutionelle Anleger investieren vermehrt in Anlagefonds, welche zum Teil in der Form von *investment trusts* organisiert sind. Beitragszahlungen von ausländischen Firmen und deren Arbeitnehmern werden oft an Trusts als berufliche Vorsorgeeinrichtungen geleistet. Zudem werden gelegentlich Abgangsentschädigungen für Schweizer, welche im Ausland für multinationale Unternehmen tätig sind, in Trusts einbezahlt, damit der Angestellte die ihm zustehenden Beträge erst nach Ablauf des Konkurrenzverbots erhält.

1.2.5 Wirkungen und Rechtsnatur des Trust

1.2.5.1 Unterschiede zur Treuhand

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

1.2.5.2 Unterschiede zur Stiftung

Die genannten Unterscheidungsmerkmale zur Treuhand lassen starke Parallelen des Trust zur Stiftung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) erkennen. Wie bei dieser geht es beim Trust um eine Widmung von Vermögenswerten, die in der Folge ein verselbständigtes Zweckvermögen bilden. Der eigentliche Wesensunterschied zur Stiftung besteht darin, dass der Trust nicht selber das formelle Subjekt des durch die Widmung entstandenen Zweckvermögens bildet, sondern das Eigentum hieran vielmehr bei den *trustees* liegt. Dem Trust wird vom anglo-amerikanischen Recht grundsätzlich keinerlei Rechtsfähigkeit und damit auch keine Vermögensfähigkeit zugestanden womit er das Eigentum an seinem Vermögen nur indirekt, über die *trustees*, ausüben kann, welche diesbezüglich so etwas wie stellvertretende Vermögenssubjekte darstellen. Im Unterschied zur Stiftung beruht also

beim Trust nicht nur die Handlungsfähigkeit, sondern auch die Rechtsfähigkeit auf Organen.

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

1.2.5.3 Aussonderbarkeit im Konkurs

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

1.2.5.4 Stellung des Begünstigten

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

1.2.5.5 Tracing

Die Aufsichtsbefugnisse der einzelnen *beneficiaries* und *Co-trustees* beinhalten auch ein Klagerecht auf Herausgabe von Treugut oder dessen Surrogaten bei pflichtwidriger Vermengung mit dem Privatvermögen des *trustee* oder pflichtwidriger Veräusserung (sog. *tracing*). Im letztgenannten Fall besteht zusätzlich ein klagbarer Herausgabeanspruch gegen den Erwerber, sofern dieser bösgläubig oder unentgeltlich er-

worben hat. Der *trustee* hat zwar, wie der Treuhänder nach Schweizer Recht, die volle Verfügungsmacht über das Treugut, so dass auch bei treuwidriger Veräusserung das Eigentum auf den Erwerber übergeht. Der bösgläubige Erwerb von treuwidrig veräussertem Treugut wird jedoch als deliktische Handlung angesehen, weshalb den einzelnen *trustees* und *beneficiaries* stellvertretend für den selber nicht rechtsfähigen Trust ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe an das Trustvermögen gewährt wird. Der zwar gutgläubig aber unentgeltlich Erwerbende hat das betreffende Gut deshalb herauszugeben, weil er als ungerechtfertigt bereichert angesehen wird. Ein analoger delikts- oder bereicherungsrechtlicher Anspruch besteht bei Weiterveräusserung auch gegenüber neuen Erwerbern des veruntreuten Treuguts, sofern der Betreffende die Anspruchsvoraussetzung der Bösgläubigkeit oder des unentgeltlichen Erwerbs selber auch wieder erfüllt.

Treuwidrig veräussertes Treugut, das im Sinne des vorangehenden Absatzes Gegenstand eines Herausgabeanspruchs bildet, wird innerhalb des Vermögens des Herausgabepflichtigen erneut zu Sondervermögen und ist dem Zugriff der Gläubiger des Pflichtigen entzogen. Das anglo-amerikanische Recht führt diese Rechtswirkung herbei, indem es den an und für sich bloss obligatorischen Herausgabeanspruch durch einen *constructive trust* (vgl. Ziff. 1.2.1 hiervor) verstärkt.

1.2.5.6 Kein dingliches Recht des Begünstigten

Im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch wird die wirtschaftliche Berechtigung des *beneficiary* am Treugut als *equitable estate*, *equitable ownership*, *equitable interest*, *equitable title* oder dergleichen bezeichnet, im Gegensatz zum *legal estate/ownership/interest/title* des *trustee*. In der kontinentaleuropäischen Literatur wird daraus gerne abgeleitet, dass der *beneficiary* über ein dingliches Recht am Treugut verfüge oder dass das Eigentum an diesem gar gespalten sei. Diese Auffassung mag sich zwar zum Teil mit dem stark von Pragmatismus und Anschaulichkeit geprägten Sprachgebrauch der Angelsachsen decken; sie entspricht jedoch nicht der wirklichen Konzeption des Trust. Die formelle Rechtszuständigkeit liegt auch aus der *common law*-Optik vollumfänglich bei den *trustees*. Ein gespaltenes formelles Eigentum ist den Heimatrechtsordnungen des Trust ebenso unbekannt wie der unseren. Der *legal title* des *Trustee* muss daher nach unseren Kategorien als Volleigentum betrachtet werden, womit dem *beneficiary* höchstens ein beschränktes dingliches Recht am Treugut zuzuerkennen ist. Auch ein solches ist indes zu verneinen. Der *beneficiary* hat in eigener Person lediglich einen Anspruch auf die ihm gemäss Trustbestimmungen zustehenden Leistungen. Dieser Anspruch ist rein obligatorischer Natur, besteht er doch ausschliesslich gegenüber dem Trust (vertreten durch die für ihn besitzenden und handelnden *trustees*). Gegenüber Drittpersonen, die Treugut erwerben, besteht kein Anspruch auf Ausrichtung der Begünstigung, sondern allenfalls ein Anspruch auf Herausgabe des Erworbenen an den Trust. Bei diesem Herausgabeanspruch handelt es sich nicht mehr um einen persönlichen Anspruch des *beneficiary*, sondern quasi um einen Anspruch des Trust selber. Der *beneficiary* fungiert hier, wie bereits weiter oben erwähnt, lediglich als Aufsichts- oder Kontrollorgan, was sich schon aus dem Umstand ergibt, dass die Co- und Nachfolge-*trustees* des Veruntreuers und sogar dieser selber den gleichen Herausgabeanspruch haben. Der Anspruch besteht selbst bei Trusts, die einem allgemeinen Zweck dienen und gar keine im Voraus feststehende *beneficiaries* aufweisen. (Vgl. zum Ganzen Ziff. 156 des Begleitberichts zum informellen Vorkonsultationsverfahren vom 15. Dezember 2003.)

1.3

Grundzüge des Haager Trust-Übereinkommens

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

Der Trustbegriff des Übereinkommens ist sehr weit gefasst. Unter den Wortlaut von Artikel 2 Absatz 1 fallen auch Treuhandbeziehungen auf Vertragsbasis, die an die Person der Vertragsparteien gebunden sind und damit nicht denselben Verselbständigungsgrad aufweisen wie der Trust des *common law*. Allerdings wird vorausgesetzt, dass das Treugut innerhalb des Vermögens des Treuhänders ein Sondervermögen bildet, womit die Treuhand schweizerischer Prägung, bei welcher nach der Praxis des Bundesgerichts das Treugut in die Konkursmasse des Treuhänders fällt, nicht unter das Übereinkommen fallen dürfte. Anders sieht es bei der deutschen Treuhand aus, die nach gewissen Lehrmeinungen vom Trustbegriff des Übereinkommens erfasst wird.

Der sachliche Anwendungsbereich der Konvention beschränkt sich auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts, die schriftlich belegt sind (Art. 3). Nicht erfasst werden somit u.a. die erwähnten *constructive trusts*. Vom Geltungsbereich ebenfalls ausgeklammert werden Vorfragen, wie die der Gültigkeit des den Trust vorsehenden Testaments oder anderer Vermögensverfügungen in Zusammenhang mit dem Trust (Art. 4).

Der Trust untersteht primär dem vom *settlor* gewählten Recht (Art. 6). Bei Fehlen einer gültigen Rechtswahl gilt das Recht, zu dem der betroffene Trust die engsten Verbindungen aufweist (Art. 7 Abs. 1). Bei der Ermittlung dieses Rechts müssen u.a. folgende Kriterien berücksichtigt werden (Art. 7 Abs. 2):

- a) der vom *settlor* bezeichnete Ort der Verwaltung des Trust,
- b) die Belegenheit des Trustvermögens,
- c) der gewöhnliche Aufenthalt oder die Niederlassung des *trustee* und
- d) der Trustzweck und der Ort, an dem er erfüllt werden soll

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

Dem im Einzelfall auf den Trust anwendbaren Recht (Truststatut) unterstehen grundsätzlich alle Rechtsfragen, die Bestand und Wirkungen des zu beurteilenden Trust betreffen (Art. 8). Der *settlor* hat die Möglichkeit durch eine Teilrechtswahl bestimmte Rechtsfragen vom Geltungsbereich des Truststatuts auszunehmen und einem anderen Recht zu unterstellen (Art. 9).

Kapitel III des Übereinkommens regelt die „Anerkennung“ von Trusts. Dabei geht es, anders als beispielsweise beim Anerkennungsbegriff des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291), nicht um eine Anerkennung von

behördlichen Entscheidungen, sondern vielmehr um Sonderregeln zur Frage des anwendbaren Rechts. Die betreffenden Bestimmungen sollen gewährleisten, dass das Truststatut auf die für den Trust wesentlichen Rechtswirkungen angewendet wird. Zu diesen Wirkungen gehört einerseits der Status des Trustguts als Sondervermögen, welcher beinhaltet, dass das Trustgut weder in die eherechtlichen Gütermassen noch in den Nachlass des *trustee* fällt und in der Zwangsvollstreckung gegen den Letzteren ausgedostert werden kann (Art. 11 Abs. 2 und 3 Bst. a – c), und andererseits der Umstand, dass Treugut, das treuwidrig mit dem Privatvermögen des *trustee* vermischt oder an einen Dritten veräussert worden ist, zugunsten des Trust herausverlangt werden kann (Art. 11 Abs. 3 Bst. d).

In welchem Umfang die Herausgabeansprüche des Trust bzw. der für ihn handelnden Personen gegen Dritte von der Anerkennung miterfasst werden, ist umstritten. Streitpunkt ist v.a. der zweite Satz von Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe d: „*Die Rechte und Pflichten eines Dritten, der das Vermögen des Trust in seinem Besitz hat, unterstehen jedoch weiterhin dem durch die Kollisionsnormen des Staates des angerufenen Gerichts bestimmten Recht.*“ Gemäss der einen Auffassung, welche von einer entstehungsgeschichtlichen Auslegung dieser Klausel ausgeht, betrifft der darin enthaltene Vorbehalt nicht den Erwerb von veruntreutem Treugut durch Drittpersonen, sondern lediglich diejenigen Fälle, in denen der *trustee* das Treugut durch eine Drittperson wie beispielsweise eine Bank verwalten lässt. Die andere Auffassung befürwortet demgegenüber eine extensive Anwendung der Klausel und möchte den Vorbehalt zugunsten des internationale Privatrechts (IPR) des Forums auch hinsichtlich der Rechtsstellung des Erwerbers (v.a. des gutgläubigen) von veruntreutem Treugut gelten lassen. Es wird Sache der rechtsanwendenden Behörden sein, diese Frage zu klären.

Den Vertragsstaaten wird das Recht eingeräumt, einem Trust die Anerkennung zu versagen, wenn sich bei Ausserachtlassung der Anknüpfungskriterien Rechtswahl, Ort der Verwaltung und gewöhnlicher Aufenthalt des *trustee* ein stärkerer Bezug zu einer anderen Rechtsordnung als dem nach Kapitel II ermittelten anwendbaren Recht ergibt und die betreffende Rechtsordnung das Institut des Trust oder die spezifische Art von Trust nicht kennt (Art. 13). Der Wortlaut von Artikel 13 lässt offen, welche Rechtswirkungen eine Nichtanerkennung des Trust nach sich zieht. Der Bestimmung kann aber dahin gehend eine sinnvolle Auslegung gegeben werden, dass der Vertragsstaat berechtigt ist, anstelle des nach Kapitel II ermittelten Rechts das den Trust nicht kennende Recht anzuwenden. Ein solches Vorgehen bedeutet nicht zwingend eine gänzliche Unwirksamkeit des Trust. Dieser wird vielmehr in die Kategorien der betreffenden Rechtsordnung umgedeutet, womit unter Umständen ein Teil seiner Wirkungen aufrechterhalten wird.

Artikel 15 des Übereinkommens enthält einen Vorbehalt zugunsten der zwingenden Bestimmungen desjenigen Rechts, auf das das IPR der einzelnen Vertragsstaaten verweist. Die Tragweite dieser Bestimmung gilt es noch zu klären. Es wird von gewichtigen Stimmen die Meinung vertreten, dass der Vorbehalt sich nur auf das IPR in anderen Rechtsgebieten und nicht auf das Truststatut des jeweiligen Staates bezieht. Der Vorbehalt wäre damit über weite Strecken nur deklaratorischer Natur, da nach klar vorherrschender Auffassung das Truststatut des Übereinkommens Vorfragen wie die in Artikel 15 als Beispiele genannten Fragen der Handlungsfähigkeit, des Eherechts, des Erb- und insbesondere Pflichtteilsrechts und der Eigentumsübertragung ohnehin nicht erfasst.

Artikel 16 statuiert einen weiteren Vorbehalt zugunsten derjenigen Rechtsnormen des Forumsstaates, die ohne Rücksicht auf das im Einzelfall anwendbare Recht auch für internationale Sachverhalte Geltung beanspruchen. Er gilt auch für entsprechende Normen von Drittstaaten. Es handelt sich hier um die auch in unserem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Art. 18 und 19) vorbehaltenen *lois d'application immédiates*. Das Übereinkommen enthält zudem einen *ordre public*-Vorbehalt (Art. 18).

1.4 Konsequenzen einer Ratifikation des Übereinkommens

1.4.1 Bisheriger Rechtszustand

1.4.1.1 Anerkennung des Trust nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

1.4.1.1.1 Qualifikation des Trust

Rechtsgeschäftliche Trusts im Sinne des anglo-amerikanischen Rechts fallen in der Regel unter den Begriff *organisierte Vermögenseinheit* des Artikel 150 Absatz 1 IPRG und sind im Rahmen des IPRG als Gesellschaften zu betrachten, da es sich um mit Organen ausgestattete verselbständigte Zweckvermögen handelt. Auszunehmen sind hier solche Sonderformen des Trust, denen das Element der Verselbständigung fehlt und die grössere Gemeinsamkeiten mit einem fiduziarischen Vertrag (zugunsten Dritter) aufweisen. Eher ein Vertragsverhältnis liegt beispielsweise vor, wenn das Amt des *trustee* an eine spezifische Person gebunden ist und der Trust damit nur entsteht, wenn die betreffende Person das Amt annimmt, und untergeht, sobald diese als *trustee* ausscheidet. Dies gilt besonders dann, wenn der *settlor* zusätzlich selber einziger *beneficiary* ist. Eine Behandlung eines Trust als Vertrag könnte zudem auch dort angezeigt sein, wo sich der *settlor* ein umfassendes Weisungsrecht oder gar eine Widerrufsbefugnis vorbehalten hat.

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

1.4.1.1.2 Constructive trusts

Nicht anwendbar sind die Artikel 150 ff. IPRG auf *constructive trusts*. Bei diesen handelt es sich wie gesagt um eine von der betreffenden Rechtsordnung vorgesehene analoge Anwendung von Trustrecht auf andere Rechtsverhältnisse und nicht um eigenständige Rechtsgebilde im Sinne von Artikel 150 IPRG (vgl. Ziff. 1.2.1 hier-
vor). Der *constructive trust* ist im Regelfall demjenigen Recht zu unterstellen, das auf das von ihm überlagerte Rechtsverhältnis anwendbar ist.

1.4.1.1.3 Artikel 154 Absatz 1 IPRG

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

1.4.1.1.4 Artikel 154 Absatz 2 IPRG

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

1.4.1.1.5 Testamentarische Trusts

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

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

Diese Auffassung erscheint allerdings nicht zwingend. Man kann sich nämlich fragen, ob der Begriff der Stiftung in Artikel 493 ZGB nicht extensiv auslegen und auch auf äquivalente Institute des ausländischen Rechts zu beziehen ist, besonders da die Praxis z.T. die testamentarische Errichtung von Stiftungen nach ausländischem (z.B. liechtensteinischem) Recht zuzulassen scheint.

Eine Lehrmeinung geht noch einen Schritt weiter und beschränkt den *numerus clausus* der Verfügungsinhalte auf solche erbrechtlichen Charakters wie die erwähnte Einsetzung eines Willensvollstreckers oder eines Vorerben. Im Bereich der nichterb-

rechtlichen Verfügungsinhalte, Inhalte, die auch Gegenstand eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden bilden können, wie z.B. die Errichtung einer Stiftung, möchte er auch gesetzlich nicht erwähnte Verfügungen zulassen. Nach dieser Auffassung könnte man nach schweizerischem Recht auch die testamentarische Errichtung eines (einer ausländischen Rechtsordnung unterstellten) Trust als zulässig betrachten, sofern der betreffende Trust keine erbrechtliche Funktion wie Willensvollstreckung oder Nacherbeneinsetzung erfüllt und somit nicht bloss der Nachlassabwicklung dient.

1.4.1.1.6 Trusts mit Sicherungsfunktion

Rechtsgeschäftlich errichtete Trusts, die lediglich die Funktion eines dinglichen Sicherungsrechts (Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt etc.) erfüllen, sind eher dem IPRG-Sachenrecht als den Artikeln 150 ff. IPRG zu unterstellen.

1.4.1.1.7 Artikel 335 Absatz 2 ZGB

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Anerkennung nach IPRG auch Trusts erfasst, die den Zweck einer Unterhaltstiftung erfüllen. Das Bundesgericht hat in einem früheren Entscheid einer nach liechtensteinischem Recht errichteten Unterhaltstiftung mit faktischem Sitz in der Schweiz mit Blick auf Artikel 335 ZGB noch die Anerkennung versagt. Die diesbezügliche Rechtslage hat sich nun allerdings mit dem IPRG geändert. Das Bundesgericht hatte damals unter Berufung auf Rechtsmissbrauch das Recht des Inkorporationsstaates beiseite geschoben und die Stiftung stattdessen dem Schweizer Sachrecht als Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wurde, unterstellt, womit Artikel 335 ZGB direkt anwendbar wurde. Seit Inkrafttreten des IPRG besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der sog. *fraus legis*-Vorbehalt in Zusammenhang mit der Anknüpfung an den Inkorporationssort nicht mehr. Artikel 335 ZGB kann daher bei ausländischem Recht unterstehenden Rechtsgebilden nur noch als *loi d'application immédiate* im Sinne von Artikel 18 IPRG eine Rolle spielen. Hier ist zu beachten, dass es für eine Anwendung inländischer Normen über Artikel 18 IPRG nicht genügt, dass die betreffende Norm von ihrem selbstdefinierten Geltungsbereich her auch auf ausländische Rechtsverhältnisse angewendet werden will. Sie muss darüber hinaus (nach den Worten der bundesrätlichen Botschaft zum IPRG vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263 - 519, Ziff. 214.53) von fundamentaler Bedeutung sein und wegen ihrer Zielsetzung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gebieterisch Geltung verlangen. Ob diese Voraussetzung beim Verbot von Unterhaltstiftungen, welches auf aus heutiger Sicht auf doch wohl eher überholten sittlichen (Verhinderung von Müssiggang) und ideologischen (Beseitigung feudalistischer Strukturen) Erwägungen beruht, noch erfüllt ist, erscheint fraglich. In der Literatur sind die Auffassungen dazu geteilt.

Trusts dürften ohnehin, wenn überhaupt, nur beschränkt in Konflikt mit Artikel 335 Absatz 2 ZGB geraten, da auch das anglo-amerikanische Recht Beschränkungen hinsichtlich der möglichen Dauer eines Trust und der damit verbundenen Vermögensbindung vorsieht (*rule against perpetuities*).

1.4.1.2 Umfang der Anerkennung nach IPRG

1.4.1.2.1 Grundsatz

Führt die Unterstellung eines Trust unter die Artikel 150 ff. IPRG zu dessen Anerkennung, erstreckt sich Letztere grundsätzlich auf die gesamte organisatorische Ausgestaltung (interne Beziehungen, Verwaltung etc.) des fraglichen Trust sowie auch auf die von dem auf den Trust anwendbaren Recht (Truststatut) vorgesehene Regelung betreffend Haftung des Treuguts. Ist vorgesehen, dass das Treugut für die persönlichen Schulden des *trustee* nicht haftet, hat dies somit auch vor den schweizerischen Behörden Bestand. Die Frage, wie ein solcher Haftungsausschluss in einem schweizerischen Zwangsvollstreckungsverfahren umzusetzen ist, beurteilt sich allerdings nach Schweizer Recht. In Frage kommen hier etwa ein Aussonderungsverfahren nach Artikel 242 SchKG in Analogie zu Artikel 401 Absatz 3 des Obligationenrechts (OR, SR 220) oder eine Absonderung in Analogie zu Artikel 16 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds (AFG, SR 951.31).

1.4.1.2.2 Aussonderbarkeit und *ordre public*

Die Anerkennung des Haftungsausschlusses steht unter dem Vorbehalt des *ordre public* (Art. 17 IPRG). Zu diesem zählt das Bundesgericht auch Artikel 715 und 717 ZGB und damit möglicherweise ganz generell das im schweizerischen Sachenrecht geltende Publizitätsprinzip. Dieser Grundsatz kann dem im Trustrecht vorgesehenen Haftungsausschluss indes nur so weit entgegenstehen, als er nicht in unserem eigenen Sachrecht eingeschränkt wird. Die Aussonderbarkeit von Trustvermögen muss demnach mindestens im Umfang von Artikel 401 OR anerkannt werden. Gemäss Bundesgericht gilt diese Bestimmung zwar nur für bewegliche Sachen und Forderungen, die für eine Person in indirekter Stellvertretung erworben werden, und nicht für fiduziarisch anvertraute Sachen. Die herrschende Lehre wie auch das Bundesgericht selber erachten jedoch diese Ungleichbehandlung von in indirekter Stellvertretung erworbenen Sachen auf der einen und anvertrauten Sachen auf der andern Seite als im Ergebnis fragwürdig und befürworten z.T. *de lege ferenda* oder gar schon *de lege lata* eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Artikel 401 OR. Dementsprechend kann auch bei einer von einem ausländischen Recht vorgesehen Aussonderung von anvertrauten Sachen nicht mehr von einer *ordre public*-Widrigkeit die Rede sein.

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

Als weitere Einschränkung des Publizitätsprinzips sind Artikel 16 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds (AFG, SR 951.31) und Artikel 37b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0) zu betrachten. Gemäss der Doktrin rechtfertigt sich die in Artikel 16 AFG vorgesehene Absonderung damit, dass der Anlagefonds ein öffentlich bekanntes und getrennt verwaltetes Sondervermögen darstellt. Folgt man dieser Argumentation, muss man konsequenterweise auch die Anerkennung einer vom Truststatut vorgesehen Aussonderbarkeit von

Trustvermögen befürworten, wenn dieses getrennt verwaltet wird (was das anglo-amerikanische Recht vorschreibt) und der Trust öffentlich bekannt ist. Artikel 16 AFG kommt allerdings im vorliegenden Zusammenhang neben Artikel 401 OR nur dort selbständige Bedeutung zu, wo es um Grundstücke geht, welche von Artikel 401 OR bekanntlich nicht erfasst werden. Hier ist eine analoge Behandlung von Trusts wohl nur dort gerechtfertigt, wo das betreffende Trustverhältnis analog zu Artikel 36 Absatz 2 Buchstabe a AFG im Grundbuch angemerkter ist. Ob das (bei Immobilien in der Schweiz zur Anwendung gelangende) schweizerische Grundbuchrecht *de lege lata* die Anmerkung von Trusts in Analogie zu Artikel 36 Absatz 2 Buchstabe a AFG zulässt, ist unklar. Einige Lehrmeinungen verlangen für Anmerkungen im Grundbuch eine ausdrückliche rechtliche Grundlage. Andere lassen bei Bestehen eines hinreichenden Interesses auch die Anmerkung weiterer Rechtsverhältnisse zu. Das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht vertritt die erstgenannte Auffassung.

Selbst bei nicht angemerktem Immobilieneigentum von Trusts ist allerdings nicht sicher, ob eine vom Truststatut vorgesehene Aussonderbarkeit im Konkurs heutzutage noch als Verstoß gegen den *ordre public* betrachtet werden könnte. Zum einen wird in der Lehre z.T. schon die Ausdehnung von Artikel 401 Absatz 3 OR auf Grundstücke gefordert, wobei allerdings z.T. unklar ist, ob die Aussonderbarkeit von einer Anmerkung im Grundbuch abhängen soll. Zum anderen hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2001 die Aussonderbarkeit von Trustvermögen ganz generell als anerkanntermassen nicht *ordre public*-widrig bezeichnet.

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

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

1.4.1.2.3 Keine Anerkennung des tracing

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

1.4.2 Rechtszustand bei Ratifikation des Haager Übereinkommens

1.4.2.1 Anerkennung

1.4.2.1.1 Qualifikation

Abgesehen davon, dass das Haager Übereinkommen nur auf schriftlich belegte Trusts anwendbar ist, ist der Anwendungsbereich des Truststatuts des Übereinkommens weiter als derjenige des IPRG, da der Trustbegriff des Übereinkommens wie bereits erwähnt auch solche Rechtsverhältnisse erfasst, bei denen die *trustee*-Stellung an eine bestimmte Person gebunden ist. In Absatz 3 von Artikel 2 erwähnt es zudem, dass grundsätzlich auch solche Trusts darunter fallen, bei denen der *settlor* sich „bestimmte Rechte und Befugnisse“, also Beispielsweise ein Widerrufsrecht und eine umfassende Weisungsbefugnis, vorbehalten hat. All diese Trusts sind nach dem IPRG wie gesagt eher als Vertragsverhältnisse zu behandeln.

1.4.2.1.2 Constructive trusts

Hinsichtlich *constructive trusts* bringt eine Ratifikation des Haager Übereinkommens nichts Neues. Das besagte Rechtsgebilde fällt nach beiden Regimen nicht unter das Truststatut.

1.4.2.1.3 Anwendbares Recht

Gemäss dem Haager Übereinkommen untersteht der Trust wie gesagt primär dem vom *settlor* gewählten Recht (Art. 6). Bei Fehlen einer Rechtswahl gilt dasjenige Recht, zu dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist (Art. 7). Das Übereinkommen ist somit grundsätzlich anerkennungsfreundlicher als das IPRG. In Bezug auf Artikel 154 Absatz 1 IPRG gilt dies insofern, als nach dem Übereinkommen eine blosser Rechtswahl genügt und keine Inkorporation im Sinne einer nach aussen hin erkennbaren Organisation nach einem bestimmten Recht verlangt wird. Hinsichtlich der subsidiären objektiven Anknüpfung ist das Übereinkommen weniger rigide, indem es eine Abwägung mehrerer Gesichtspunkte und, über Artikel 14, auch eine Mitberücksichtigung des *favor negotii*-Prinzips zulässt. Das Übereinkommen will zudem nur angewendet werden, soweit das von ihm bestimmte anwendbare Recht das Institut des Trust überhaupt kennt.

1.4.2.1.4 Testamentarische Trusts

In Bezug auf testamentarische Trusts ergibt sich bei einer Ratifikation des Haager Übereinkommens nichts Neues. Auch hier bleibt hinsichtlich Gültigkeit von Testamenten und Pflichtteilsrecht das IPRG-Erbrecht vorbehalten (Art. 4 und 15 Abs. 1 Bst. c). Das Übereinkommen erlaubt es auch, den Trust selber dem IPRG-Erbrecht zu unterstellen, wenn er lediglich der Nachlassabwicklung (Willensvollstreckung, Nacherbeneinsetzung etc.) dient.

1.4.2.1.5 **Dingliche Sicherungsrechte**

Auch bei Geltung des Übereinkommens haben die rechtsanwendenden Behörden die Möglichkeit, Trusts, die die Funktion eines dinglichen Sicherungsrechtes erfüllen, dem jeweiligen Sachstatut (Art. 99/100 IPRG) zu unterstellen (Art. 15 Abs.1 Bst. d des Übereinkommens).

1.4.2.2 **Umfang der Anerkennung nach dem Übereinkommen**

1.4.2.2.1 **142.21 Weiter gehende Anerkennung**

Wie schon bei Anwendung der Artikel 150 ff. IPRG wird der Trust auch nach dem Übereinkommen grundsätzlich mit all seinen Rechtswirkungen anerkannt. Das Übereinkommen geht aber von seinem Wortlaut her insofern weiter als das IPRG, als die Anerkennung, wie bereits ausgeführt, zumindest teilweise auch die Ansprüche gegenüber den Erwerbern von treuwidrig veräussertem Treugut miteinschliesst, sofern das anwendbare Trustrecht solche Ansprüche vorsieht (vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. d). Im IPRG unterstehen diese Ansprüche wie gesagt nicht dem Truststatut, sondern dem jeweiligen Delikts- oder Bereicherungsstatut. Sie werden also mit anderen Worten nur anerkannt, wenn sie vom anwendbaren Delikts- bzw. Bereicherungsrecht anerkannt werden. Ob, im Fall von Sachen, der Erwerber des Treuguts überhaupt Eigentum erwirbt, bestimmt sowohl nach dem IPRG als auch nach dem Übereinkommen das Sachstatut nach Artikel 99/100 IPRG (Art. 15 Abs. 1 Bst. d des Übereinkommens).

1.4.2.2.2 **Ehegüter- und Erbrecht**

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

1.4.2.2.3 **Ordre public**

Wie bereits erwähnt bleibt auch nach dem Haager Übereinkommen der schweizerische *ordre public* vorbehalten (Art. 18). Der Vorbehalt betrifft allerdings nur Fälle *offensichtlicher* Unvereinbarkeit mit dem *ordre public*. Bezüglich der Aussonderbarkeit von Treugut bedeutet dies, dass der Vorbehalt eher noch zurückhaltender anzuwenden ist als im Rahmen des IPRG, wo er höchstens noch bei Grundstücken greifen dürfte. Will man dessen ungeachtet den *ordre public*-Vorbehalt auch in Zusammenhang mit anderen Vermögensbestandteilen anwenden, muss dies im Rahmen von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a und b des Übereinkommens geschehen, welcher vorschreibt, dass die Anerkennung eines Trust sich auch auf die Aussonderbarkeit des Treuguts beziehen muss. Eine Aussonderung kann demnach höchstens in besonderen Fällen verweigert werden, so möglicherweise bei Vermischung des Treuguts mit dem Privatvermögen des *trustee*. Bei Grundstücken ohne

Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch lässt Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a und b eine Verweigerung der Aussonderung unter dem Titel des *ordre public* möglicherweise ebenfalls zu. All diese Fragen werden die Gerichte zu entscheiden haben.

1.4.2.4 Lois d'application immédiate

Ebenfalls unbenommen bleibt den Vertragsstaaten die Anwendung ihrer *lois d'application immédiate* (Art. 16 Abs. 1 des Übereinkommens). Ob Artikel 335 ZGB hiervon erfasst wird, hängt davon ab, obdieser Bestimmung im Sinne von Artikel 18 IPRG internationale Wirkung zukommt (vgl. oben, Ziffer 1.4.1.1.7).

1.4.3 Vorteile des Abkommens gegenüber dem aktuellen IPRG

1.4.3.1 Massgebende Perspektive

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

1.4.3.2 Rechtssicherheit

Bei einer Gegenüberstellung der beiden Regelwerke Haager Trust-Übereinkommen und IPRG muss berücksichtigt werden, dass der Trust in der schweizerischen Rechtswirklichkeit bereits eine grosse Verbreitung gefunden hat (vgl. Ziff. 1.2.4) und dass ein entsprechendes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. Sowohl die beteiligten Parteien als auch die involvierten Behörden (insbesondere auch die Steuer- oder die mit Geldwäscherei befassten Behörden) haben ein Interesse daran, dass sich möglichst sicher bestimmen lässt, welchen Rechtsbestimmungen ein Trust im Einzelfall untersteht.

Die Schweiz hat insbesondere auch ein wirtschaftliches Interesse an vermehrter Rechtssicherheit. Wie in Ziffer 1.2.4 ausgeführt wurde, gewinnt das Trustgeschäft in der Schweiz zunehmend an Bedeutung. Die Schaffung einer sicheren rechtlichen Basis würde die Attraktivität des Standorts Schweiz nicht nur längerfristig erhalten, sondern zusätzlich steigern, mit den entsprechenden positiven Konsequenzen für das Geschäftsvolumen. Dem Trustgeschäft wäre u.a. auch dadurch gedient, dass sämtliche Dienstleistungen in der Schweiz erbracht werden könnten und die Schaffung komplizierter Strukturen unter Miteinbezug von Drittstaaten nicht mehr erforderlich wäre.

1.4.3.3 Diesbezügliche Vorteile

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bietet das Haager Übereinkommen gewichtige Vorteile:

1. Die im Rahmen des IPRG bei den einzelnen Trusts vorzunehmende Abgrenzung zwischen solchen mit gesellschaftsähnlicher- und solchen mit vertragsähnlicher Struktur entfällt.
2. Die Anknüpfung an die Rechtswahl des *settlor* nach Artikel 6 des Übereinkommens ist im Einzelfall einfacher zu handhaben und berechenbarer als diejenige an die Inkorporation des Trust nach Artikel 154 Absatz 1 IPRG. Trusts verfügen in der Regel über keine formelle Inkorporation. Fehlt eine Rechtswahl, kann es daher nach bestehendem Recht schwierig sein zu eruieren, nach welchem Recht sich der Trust organisiert hat. Liegt eine Rechtswahl vor, bleibt immer noch die Frage, ob das gewählte Recht auch dasjenige ist, nach dem der Trust tatsächlich organisiert wurde. In beiden Fällen muss zudem geprüft werden, ob die Organisation nach einem bestimmten Recht nach aussen hin genügend erkennbar ist.
3. Das Haager Übereinkommen ist, wie bereits ausgeführt, für Trusts anerkennungsfreundlicher als die Artikel 150 ff. IPRG. Dies hat den Vorteil, dass im Einzelfall ein Trust viel öfter nach einer Rechtsordnung beurteilt werden kann, die das Institut des Trust kennt. Die Transposition eines Trust in eine Rechtsordnung, der das Institut fremd ist, kann äusserst komplex sein, was auf der einen Seite zu einer Überforderung der rechtsanwendenden Behörden führt und auf der anderen Seite für die betroffenen Privaten die rechtliche Beurteilung ihres Falls weitgehend unvorhersehbar macht.
4. Die Beurteilung eines einzelnen Trust nach der für ihn von den Parteien vorgesehenen Rechtsordnung wird zusätzlich dadurch erleichtert, dass gemäss dem Übereinkommen (Art. 9) für abtrennbare Regelungsbereiche auch eine Teilrechtswahl akzeptiert wird. Nach Artikel 154 IPRG ist eine Teilrechtswahl, wenn überhaupt, nur sehr beschränkt möglich.
5. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit muss auch berücksichtigt werden, dass das Übereinkommen auch der Rechtsvereinheitlichung dient. Es trägt damit u.a. dazu bei, zu verhindern, dass ein Trust, der mit Behörden verschiedener Staaten in Kontakt kommt, in jedem Land einer anderen Rechtsordnung unterstellt wird. Beispiel: Ein Ausländer gründet bei einer Schweizer Bank einen Trust, der dem Recht eines anderen Staates unterstellt wird oder dessen Verwaltungssitz sich im Ausland befindet.

1.4.4 **Verträglichkeit des Übereinkommens mit dem System der schweizerischen Rechtsordnung**

1.4.4.1 **144.1 Zivilrechtliches Publizitätsprinzip**

Selbst wenn man davon absieht, dass wir über unser IPRG bereits heute Trusts anerkennen, ergibt sich aus der Ratifikation des Haager Übereinkommens kein nen-

nenswerter Konflikt mit fundamentalen Rechtsgrundsätzen unserer Rechtsordnung. Dies schon deshalb, weil das Übereinkommen unseren *ordre public* sowie die *lois d'application immédiate* vorbehält. Was unser Publizitätsprinzip betrifft, ist zwar fraglich, inwieweit der *ordre public*-Vorbehalt auch gegenüber der Aussonderbarkeit von Trustgut in der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden könnte. Die Aussonderbarkeit von Treugut wird indes, wie bereits ausgeführt, auch in Zusammenhang mit unserer eigenen Rechtsordnung mehrheitlich als wünschbar angesehen, soweit sie nicht bereits Realität ist, so dass hier nicht mehr von einer Unverträglichkeit von Trust und Publizitätsprinzip ausgegangen werden kann. Das Problem stellt sich allenfalls noch bei Grundstücken. Dort wird es jedoch durch Artikel 149c IPRG des Vorentwurfs behoben, welcher vorsieht, dass Trustverhältnisse im Grundbuch anzumerken und im Unterlassungsfall gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam sind. Eine analoge Bestimmung sieht der Vorentwurf auch für Immaterialgüterrechte vor (Abs. 2 von Art. 149c IPRG).

Auch wenn gemäss vorherrschender Meinung das Publizitätsprinzip bei mobilem Treugut hinter das Interesse des wirtschaftlich Berechtigten zurückzutreten hat, bleibt Publizität natürlich grundsätzlich weiterhin erstrebenswert. Das Bundesamt für Justiz hatte daher in seinem ersten Entwurf vorgeschlagen, in Analogie zum Eigentumsvorbehalt nach Artikel 715 ZGB auch für Trustverhältnisse die Eintragung in ein Register vorzusehen. Dieser Vorschlag ist jedoch in den eingegangenen Stellungnahmen fast einhellig abgelehnt worden, weshalb die betreffende Bestimmung nicht in den vorliegenden Vorentwurf übernommen wurde. Im gleichen Zuge wurde eine weitere Publizitätsvorschrift fallen gelassen, welche für Trustverhältnisse bei Ordrepapieren einen Vermerk auf dem Papier verlangte und im Vorkonsultationsverfahren ebenfalls auf Kritik gestossen war. Gegen das Register war vorgebracht worden, es führe zu einem unverhältnismässigen administrativen Aufwand und einer Verkomplizierung des Trustgeschäfts. Viele handelsübliche Transaktionen würden stark erschwert, v.a. in Zusammenhang mit Wertpapieren. Das Register hätte damit eine abschreckende Wirkung auf potentielle Trust-Kunden, v.a. aus *common law*-Staaten. Abschreckend auswirken würde sich auch der mit einer Eintragung verbundene Mangel an Diskretion. Aus dem Besitz an einer Sache könne heutzutage ohnehin nicht mehr auf eine tatsächliche Berechtigung des Inhabers geschlossen werden. Das vorgeschlagene Regime stelle zudem einen Rückschritt gegenüber dem *status quo* dar.

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

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

1.4.4.2 Keine vollumfängliche Anerkennung des Tracing

Was das Aussonderungsrecht in Zusammenhang mit dem Herausgabeanspruch gegenüber Erwerbenden von veruntreutem Treugut betrifft, zwingt das Übereinkommen von seinem Wortlaut her nicht zu einer Anerkennung. Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b spricht nur von Zahlungsunfähigkeit oder Konkurs „des trustee“ und Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe d verlangt nur eine Anerkennung des Herausgabeanspruchs selber, ohne den damit allenfalls verbundenen *constructive trust* zu erwähnen. Zudem ist, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, schon die zwingende Mitanererkennung des Herausgabeanspruchs selber umstritten. Falls man trotzdem zum Schluss kommt, dass sämtliche Herausgabeansprüche einschliesslich des damit verbundenen *constructive trust* von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe d des Übereinkommens erfasst werden, steht allenfalls noch der Weg einer Umgehung der Anerkennung des *tracing* über Artikel 15 offen. Die schweizerischen Gerichte haben demnach die Möglichkeit, dem *constructive trust* und dem damit verbundenen Aussonderungsrecht die Anerkennung zu versagen, sofern nicht das vom IPRG berufene Statut eine Anerkennung verlangt.

Geht man davon aus, dass der in Zusammenhang mit dem Tracing vorgesehene *constructive trust* nicht anerkannt werden muss, bringt die Ratifizierung des Haager Übereinkommens punkto Publizitätsprinzip praktisch keine Änderungen gegenüber dem bestehenden Rechtszustand. Auch die Anerkennung eines Trust nach IPRG zieht eine Anerkennung des Aussonderungsrechts nach sich. Der *ordre public*-Vorbehalt greift hier aufgrund der Existenz von Artikel 401 OR im eigenen Sachrecht höchstens bei Grundstücken, wo sich bei Ratifikation des Haager Übereinkommens das Publizitätsproblem mit der Einführung einer Vorschrift wie dem vorgeschlagenen Artikel 149c IPRG leicht beseitigen lässt.

Eine Änderung gegenüber dem *status quo* ergibt sich allenfalls insofern, als nach der Ratifikation möglicherweise mehr Trusts Anerkennung finden werden als nach bestehendem Recht, da einerseits das Übereinkommen anerkennungsfreundlicher ist als das IPRG und andererseits mit einer Ratifikation das Trustgeschäft in der Schweiz zunehmen wird.

1.4.4.3 Numerus clausus der dinglichen Rechte

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

Dass der Herausgabeanspruch gegen den bösgläubigen und den unentgeltlichen Erwerber von pflichtwidrig veräussertem Treugut nicht dinglicher Natur ist, wurde bereits ausgeführt. Der Anspruch hat zwar insofern eine dingliche Komponente, als er durch einen *constructive trust* verstärkt wird und als Folge davon auch gegenüber

den Gläubigern des Erwerbers geltend gemacht werden kann. Dadurch wird er aber noch nicht zum dinglichen Recht im Sinne unserer Rechtsordnung. Es besteht hier vielmehr eine Analogie zu der in Zusammenhang mit dem Herausgabeanspruch des Auftraggebers geltenden Regelung des Artikel 401 Absatz 3 OR. Im Übrigen wurde bereits ausgeführt, dass uns der Wortlaut des Übereinkommens nicht zwingt, den *constructive trust* und das damit verbundene Aussonderungsrecht zu anerkennen.

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

1.4.4.4 Deliktischer und Bereicherungsanspruch auch nach Schweizer Recht

Ohne den erwähnten *constructive trust* ist der Herausgabeanspruch gegen den bösgläubigen und den unentgeltlichen Erwerber aus der Sicht des Schweizer Rechts letztlich gar nichts Besonderes. Ein deliktischer Schadenersatzanspruch gegen den bösgläubigen Erwerber von Trustgut lässt sich auch nach unserem Zivilrecht konstruieren, kann doch das Verhalten des bösgläubigen Erwerbers als zumindest sittenwidrige Handlung betrachtet werden. In gewissen Fällen dürfte sogar Anstiftung oder Hehlerei (Art. 160 des Schweizerisches Strafgesetzbuchs [StGB, SR 311.0]) in Zusammenhang mit Veruntreuung (Art. 138 StGB, in der Variante von Ziff. 1 Abs. 2) oder ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) gegeben sein. Bezüglich der Art des Schadenersatzes weicht das Trustrecht insofern von unserem Recht ab, als der Kläger zwischen Wiedergutmachung *in natura* (Herausgabe der Sache oder ihres Surrogats zuzüglich allfälliger Erträge) und wertmässigem Schadenersatz wählen kann (wobei der Beklagte den Erwerbspreis, soweit er dem Trust zugute gekommen ist, *realiter* oder verrechnungsweise zurück erhält). Diese Regelung ist jedoch mit dem System unseres Haftpflichtrechts keineswegs unvereinbar. Artikel 43 OR stellt die Bestimmung von Art und Bemessung des Schadenersatzes ins Ermessen des Gerichts und lässt damit u.a. auch die Möglichkeit einer Naturalrestitution offen.

Der Anspruch gegen den gutgläubigen unentgeltlichen Erwerber ist, wie ebenfalls schon erwähnt, bereicherungsrechtlicher Natur. Wer gratis Gut erwirbt, das aus einem Treubruch (*breach of trust*) stammt, ist nach anglo-amerikanischer Auffassung unbillig bereichert. Auch hier bestehen starke Parallelen zum schweizerischen Recht. Auch unser Bereicherungsrecht dient dem Ausgleich unbilliger Vermögensverschiebungen, und als solche wird in der Doktrin auch der böse- oder gutgläubige Erwerb von veruntreutem Gut durch Schenkung betrachtet. Es gilt der Grundsatz, dass Schenkungen aus fremdem Vermögen nicht zu schützen sind. Artikel 239 OR wird in diesem Sinne dahin gehend ausgelegt, dass nur Zuwendungen aus dem eigenen Vermögen als Schenkungen anerkannt werden. Daraus wird wiederum abgeleitet, dass Zuwendungen aus fremdem Vermögen keine gültige *causa* darstellen und entsprechend keinen Eigentumsübergang bewirken können. Zuwendungen aus anvertrautem Vermögen, das formell im Eigentum des Schenkers steht, lassen

zwar den Titel übergehen, begründen dafür aber einen Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber. Parallelen zum Schweizer Recht bestehen auch hinsichtlich des Umfangs des Anspruchs. Auch der trustrechtliche Herausgabeanspruch beschränkt sich auf die vorhandene Bereicherung (vgl. Art. 64 OR), und auch hier sind dem Erwerber nützliche und notwendige Aufwendungen zugunsten der herauszugebenden Vermögensgegenstände zu vergüten bzw. anzurechnen (vgl. Art. 65 OR).

1.4.4.5 Sachstatut vorbehalten

Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, dass mit der Anerkennung von Trusts keine neuen dinglichen Rechte in unsere Rechtsordnung gelangen. Als dinglich Berechtigter am Treugut ist ausschliesslich der *trustee* zu betrachten, sofern die einzelnen Vermögensrechte gültig auf ihn übertragen worden sind. Ob Letzteres der Fall ist, bestimmt wie schon im Rahmen des IPRG das Übertragungsstatut der einzelnen Vermögensrechte, d.h. also bei Sachen das Sachstatut (Art. 99 ff. IPRG). Dieses bleibt auch für andere dingliche Rechte in Zusammenhang mit Trustgut vorbehalten. Trusts, welche lediglich die Funktion eines dinglichen Sicherungsrechts erfüllen, dürften, wie bereits ausgeführt, zur Gänze dem Sachstatut zu unterstellen sein.

1.4.5 Mögliche Bedenken rechtspolitischer Natur

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

1.4.5.1 Geldwäscherei

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

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

Diese Anforderungen sind in der Schweiz mit dem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (GwG, SR 955.0) bereits erfüllt. Der *trustee* ist als Finanzintermediär verpflichtet, sowohl den *settlor* (als „Vertragspartner“ im Sinne von Art. 3 GwG) als auch die *beneficiaries* als wirtschaftlich Berechtigte zu

identifizieren (Art. 4 Abs. 1 Bst. a GwG; vgl. zum Ganzen: Art. 20 Abs. 2 der Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre [GwV Kst, SR 955.16]). Diese Verpflichtung gilt nicht nur bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung, sondern während deren ganzen Dauer (Art. 5 Abs. 1 GwG), womit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der *beneficiary* bei gewissen Trusts wechseln oder noch gar nicht bestimmt sein kann. Ist der *trustee* selber nicht berufsmässig tätig und damit nicht Finanzintermediär im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 GwG, wird er in aller Regel mit einem solchen, beispielsweise einer Bank oder einem professionellen Vermögensverwalter, zusammenarbeiten, welcher dann seinerseits verpflichtet ist, eine schriftliche Erklärung über die wirtschaftlich berechtigte Person einzuholen. Diese Pflicht besteht sowohl aufgrund von Buchstabe a als auch von Buchstabe b von Artikel 4 Absatz 1 GwG, da Trusts hier als Sitzgesellschaften gelten (Art. 3 GwV Kst). Banken sind schon aufgrund von Artikel 3 und 4 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken zur Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten verpflichtet.

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

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

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

1.4.5.2 Steuerrecht

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

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

Das schweizerische Steuerrecht bleibt insbesondere auch für die Frage der Steuerbarkeit des Trustvermögens vorbehalten. Die grosse Bedeutung des Trust hat in vielen Ländern steuerliche Gründe. Mit bestimmten Trustformen kann erreicht werden, dass Vermögen und Vermögenserträge in internationalen Verhältnissen über längere Zeit, manchmal über Generationen hinweg, legal der Besteuerung entzogen werden, da sie in eine Zurechnungslücke fallen. In der Schweiz muss demgegenüber Trustvermögen grundsätzlich zu versteuert werden.

1.4.5.3 Umgehung des schweizerischen Zivilrechts

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

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass zwingende Normen im schweizerischen Privatrecht primär dem Schutz einzelner Parteien oder bestimmter Personengruppen dienen. Normen dieser Art kennt auch das anglo-amerikanische Trustrecht. Dies gilt insbesondere für die Stellung des *trustee*, der im anglo-amerikanischen Recht einem strengen Pflichtenregime unterliegt.

A priori nicht umgangen werden können sämtliche zwingenden Normen, die aufgrund ihres besonderen Gewichts den Status einer *loi d'application immédiate* im Sinne von Artikel 18 IPRG haben. Sie sind gemäss Artikel 16 des Übereinkommens vorbehalten, ebenso wie der *ordre public* der einzelnen Vertragsstaaten (Art. 18). Weiterhin Geltung hat insbesondere auch das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41), welches schon aufgrund von Artikel 3 des Übereinkommens vorbehalten bleibt.

In Art. 149b IPRG des Vorentwurfs ist als Variante die Ergänzung der Bestimmung um einen Abs. 3 vorgesehen. Sollte dieser in den Erlass aufgenommen werden, wäre die Errichtung eines Trust nach einem ausländischen Recht ohnehin nur dann gültig, wenn der betreffende Trust einen gewissen Bezug zum Ausland aufwies.

1.5 Revision des IPRG als Alternative zu einer Ratifikation des Übereinkommens

Die mit der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens angestrebte Verbesserung der Rechtssicherheit könnte auch dadurch erreicht werden, dass die Bestimmungen des IPRG in Bezug auf den Trust klarer ausgestaltet würden. Eine Ratifikation des Übereinkommens bringt indes gegenüber einer blossen Revision des IPRG zwei gewichtige Vorteile mit sich. Der eine besteht darin, dass die Schweiz auf dem Gebiet des IPR des Trust an einer internationalen Rechtsvereinheitlichung teilhaben kann. Der andere Vorteil besteht in der internationalen Signalwirkung, welche sich aus einer Ratifikation des Übereinkommens ergibt. Die in der Schweiz in Bezug auf die Behandlung ausländischer Trusts geschaffene Rechtssicherheit wird bei einer Ratifikation des Übereinkommens international kommuniziert. Eine reine IPRG-Lösung wäre daher sinnvollerweise nur dann vorzuziehen, wenn die Regeln des Übereinkommens aus Schweizer Sicht keine befriedigende Lösung anbieten. Im Begleitbericht zum informellen Vorkonsultationsverfahren (Ziff. 36.) wurde aufgezeigt, dass dies nicht der Fall ist, dass im Gegenteil die sich aus dem Übereinkommen ergebenden Anknüpfungsregeln sich gut mit den Grundprinzipien des IPRG vertragen.

1.6 Ergebnisse des Vorverfahrens

Im eingangs erwähnten Vorkonsultationsverfahren sind insgesamt elf Stellungnahmen eingegangen, davon sechs von Wirtschaftsverbänden, eine von einer Grossbank und vier aus akademischen Kreisen. Sämtliche Eingaben befürworten klar eine Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens. Die Alternative einer reinen Anpassung des IPRG (siehe oben, Ziff. 1.5) wird deutlich abgelehnt. Die im unterbreiteten Vorentwurf vorgeschlagene Anpassungsgesetzgebung findet im Grundsatz Zustimmung. Einzelne Stimmen fordern, in Anlehnung an den Entwurf Thévenoz, die Beseitigung der eckigen Klammern vor und nach den im Vorentwurf als blosser Option vorgesehenen Bestimmungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (siehe hierzu Ziff. 2.2) sowie die Ergänzung dieser Bestimmungen um eines zusätzlichen Artikel. Andere bedauern den Umstand, dass der Vorentwurf keine Kodifikation der schweizerischen Treuhand vorsieht. Ein Teil dieser Stimmen gesteht aber zu, dass eine Kodifikation der Treuhand auch nach Ratifikation des Übereinkommens angegangen werden könnte. Eine baldige Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens wird in allen Stellungnahmen als wichtig angesehen. Auf die

weiteren Ergebnisse des Vorkonsultationsverfahrens wird im Rahmen der Kommentierung der einzelnen Gesetzesanpassungen eingegangen.

2 Besonderer Teil: Kommentierung der vorgesehenen Gesetzesanpassungen

2.1 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291)

Vorbemerkungen

Mit der Ratifikation des Haager Übereinkommens übernimmt die Schweiz eine internationalprivatrechtliche Regelung zu Thema Trust. Mit diesem Schritt drängt sich eine gleichzeitige Anpassung des IPRG auf, das noch keine Spezialbestimmungen zum Trust enthält.

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

Da der Trust von seiner Rechtsnatur her zwischen Treuhandverhältnis und Stiftung einzuordnen ist, ist das neue Kapitel zwischen demjenigen über das Obligationenrecht und demjenigen über das Gesellschaftsrecht eingefügt worden. Da ohne Spezialbestimmungen ein grosser Teil der Trusts unter des IPRG-Gesellschaftsrecht fallen würden, orientieren sich die Bestimmungen des vorgeschlagenen Kapitels 9a primär an denjenigen der Artikel 150 ff. IPRG. Berücksichtigt wurden jedoch auch die IPRG-Bestimmungen über Verträge sowie das Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Luganer Übereinkommen, SR 0.275.11).

Artikel 5 Absatz 4 IPRG

Der nachfolgend kommentierte Artikel 149a IPRG des Vorentwurfs sieht in Analogie zum geltenden Artikel 5 Absatz 1 IPRG die Möglichkeit einer Gerichtsstandswahl vor. Diese Gerichtsstandswahl soll mit Artikel 5 Absatz 4 IPRG des Vorentwurfs den Regeln der Absätze 2 und 3 des bestehenden Artikel 5 IPRG unterworfen werden, welche auch bei Bezeichnung eines Gerichtsstands durch einseitiges Rechtsgeschäft Sinn machen. Letzteres gilt insbesondere für die in Absatz 2 statuierte Unwirksamkeit bei missbräuchlichem Entzug eines Gerichtsstands.

Artikel 21a IPRG

Die nachfolgend kommentierten Artikel 149a und 149d IPRG erwähnen den „Sitz“ des Trustee. Artikel 21a IPRG des Vorentwurfs liefert die nötige Definition zu diesem Begriff, indem er auf die für den Sitz von Gesellschaften massgebende Begriffsbeschreibung in Art. 21 IPRG verweist. Der Sitz eines Trust ist folglich der in den Trustbestimmungen bezeichnete Ort oder, bei Fehlen eines solchen, der Ort, an dem der Trust tatsächlich verwaltet wird. Es besteht hier eine Analogie zum

Begriff "*place of administration of the trust*" wie er in einzelnen u.s.-amerikanischen Rechtsordnungen verwendet wird. Auch für diesen Begriff ist der Ort der tatsächlichen Verwaltung massgebend, soweit in der Trustbestimmungen nichts anderes vorgesehen ist.

Mit Art. 21a wird auch klargestellt, dass der Sitz des Trust dem Wohnsitz einer natürlichen Person entspricht. Ob in einer bestimmten Streitsache gegen den Trust selber oder gegen einen oder mehrere *trustees* zu klagen ist, bestimmt das Truststatut. Denkbar ist eine Klage gegen den Trust beispielsweise in Fällen, in denen ein *trustee* in einem Vertrag mit einem Dritten das Trustvermögen verpflichtet.

"Sitz" im Sinne des IPRG ist ein reiner Anknüpfungsbegriff. Er leitet sich zwar aus dem Sitzbegriff des schweizerischen Zivilrechts ab, ist aber mit diesem nicht identisch. Aus der Tatsache, dass einem Trust Rahmen des IPRG ein Sitz zugewiesen wird, kann insbesondere nicht geschlossen werden, dass der betreffende Trust eine physische Geschäftseinrichtung oder eine Domiziladresse unterhält. Artikel 149a IPRG

Dieser Artikel regelt die Zuständigkeit bei trustrechtlichen Streitigkeiten. Da bei der nachfolgend geregelten Frage des anwendbaren Rechts auf das Haager Übereinkommen verwiesen wird, wird auch hier auf dessen Trustbegriff abgestellt.

Die Verweisung auf Artikel 2 des Übereinkommens bedeutet nicht, dass von Artikel 149a nur Trusts erfasst würden, die unter den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen. Das neue Kapitel 9a des IPRG soll Regeln für alle Trusts im Sinne des Übereinkommens enthalten, auch für diejenigen, die nicht schriftlich bestätigt sind und dadurch gemäss Artikel 3 des Übereinkommens nicht unter das Übereinkommen fallen. Im Rahmen des IPRG macht es wenig Sinn, zwei unterschiedliche Regime für schriftlich belegte auf der einen und bloss mündliche Trusts auf der anderen Seite zu schaffen. Es wäre insbesondere wenig sinnvoll, für nicht schriftlich belegte Trusts das bisherige Regime mit all seinen Unsicherheiten weitergelten zu lassen, umso mehr, als damit ein grosser Teil dieser bloss mündlichen Trusts als Gesellschaften zu behandeln wäre. Das Problem ist allerdings eher akademischer Natur, da die praktische Bedeutung schriftlich nicht fixierter Trusts in der Schweiz äusserst gering sein dürfte.

Die in Artikel 149a vorgeschlagene Regelung geht von der Wahlfreiheit des *settlor* aus. Hier besteht ein Unterschied zum Gesellschaftsrecht des IPRG, das, im Gegensatz zum Vertragsrecht, eine Gerichtsstandswahl nicht zulässt. Diese abweichende Behandlung ist trotz der Parallelitäten des Trust zu den Gesellschaften des IPRG gerechtfertigt. Zum einen entspricht eine solche Lösung dem Luganer Übereinkommen (Art. 17 Abs. 2). Zum anderen anerkennen wir mit dem Trust ein Institut, das sich durch eine sehr weit gehende Autonomie seines Errichters auszeichnet, der auch das auf den Trust anwendbare Recht frei wählen kann. Eine restriktive Haltung bei der Frage der Prorogationsmöglichkeit erschiene hier inkonsequent.

Absatz 1 von Artikel 149a, der diese Wahlfreiheit des *settlor* festschreibt, basiert auf dem Entwurf Thévenoz, enthält aber einige Änderungen:

Der Passus „Gültigkeit, Wirkungen, Verwaltung und Änderung“ ist durch „Beendigung“ ergänzt worden, was zwar nicht unbedingt nötig, im Sinne einer Klarstellung aber doch immerhin nützlich erscheint.

Der deutschen Übersetzung des Haager Übereinkommens entstammende Begriff „freiwillig“ ist ein wenig unglücklich und durch „rechtsgeschäftlich“ ersetzt worden.

Noch treffender wäre eigentlich „gewillkürt“. „Rechtsgeschäftlich“ dürfte indes allgemeinverständlicher sein. Zudem spricht das Luganer Übereinkommen auch von Errichtung „durch Rechtsgeschäft“ (Art. 5 Ziff. 6). Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art 149a auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts bewirkt, dass *constructive trusts* nicht unter die Bestimmung fallen. Hierzu sei auf die nachfolgenden Bemerkungen zu Artikel 149b verwiesen.

Wie bereits ausgeführt, bezieht sich das neue Kapitel 9a des IPRG auf alle Trusts im Sinne von Artikel 2 des Übereinkommens, nicht nur auf die schriftlich bestätigten. In diesem Sinne wurde „Trusturkunde“ durch „Trustbestimmungen“ ersetzt. Zudem wurde anstelle von „in“ das Wort „gemäss“ eingefügt. Damit wird auch denjenigen Fällen Rechnung getragen, in denen die Trustbestimmungen nicht selber einen Gerichtsstand vorsehen, sondern den *settlor* oder eine andere Person zur nachträglichen Bezeichnung eines solchen ermächtigen. Im Vorkonsultationsverfahren wurde mehrfach vorgebracht, dass auch diese Fälle von Artikel 149a Absatz 1 erfasst werden sollten. Allfälligen Missbrauchsmöglichkeiten in diesem Zusammenhang wird durch den Verweis auf Artikel 5 Absatz 2 IPRG in Artikel 5 Absatz 4 IPRG des Vorentwurfs begegnet.

Mit der Ersetzung des Wortes „Trusturkunde“ durch „Trustbestimmungen“ wurde ein zusätzlicher Satz erforderlich. Absatz 1 soll zwar grundsätzlich auch mündliche Trusts erfassen. Eine Gerichtsstandswahl soll indes nur beachtlich sein, wenn sie schriftlich erfolgt ist. Dasselbe gilt für die erwähnte Ermächtigung zur nachträglichen Bezeichnung eines Gerichtsstands. Die Parallelität zu Artikel 5 Absatz 1 IPRG, der für Gerichtsstandsvereinbarungen die Schriftform vorschreibt, muss gewahrt bleiben. Es erscheint nicht gerechtfertigt, Trusts gegenüber vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarungen zu privilegieren. Das Rechtssicherheitsbedürfnis, das Artikel 5 Absatz 1 IPRG zugrunde liegt, besteht auch hier.

Für den Fall, dass keine gültige Gerichtsstandswahl getroffen wurde, sieht der Entwurf in Absatz 2 eine Regelung vor, die derjenigen von Artikel 151 Absatz 1 und 2 IPRG entspricht. Es gilt alternativ der Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. des gewöhnlichen Aufenthalts des Beklagten und der Gerichtsstand des Sitzes des Trust (vgl. Art. 21a IPRG). Diese Lösung stimmt weitgehend mit derjenigen des Luganer Übereinkommens überein, welches ebenfalls eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Wohnsitz des Beklagten und dem Sitz des Trust vorsieht (Art. 2 und 5 Abs. 6).

Da der Sitz des Trust in vielen Fällen der Niederlassung bzw. dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt des *trustee* entsprechen dürfte, könnte man sich überlegen, als Gerichtsstand anstelle des Sitzes des Trust die Niederlassung, den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt des *trustee* vorzusehen. Hier stösst man allerdings auf Schwierigkeiten, sobald es um Trusts mit mehr als einem *trustee* geht. Zudem wäre die Parallelität zum Luganer Übereinkommen nicht mehr gegeben.

In den eingegangenen Stellungnahmen wurde z.T. die Ersetzung von „des Beklagten“ durch „des Trustee“ gefordert. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten sollte jedoch für alle trustinternen Streitigkeiten gelten, also auch für Klagen des *trustee* gegen einen Begünstigten (beispielsweise wegen eines behaupteten Regressanspruchs des *trustee* für Aufwendungen zugunsten des Trust). Gegen wen in einer trustinternen Streitigkeit Klage einzureichen ist, ergibt sich aus dem Truststatut. Nicht unter Artikel 149a fallen die externen Beziehungen eines Trust. Dies gilt insbesondere für Klagen aus Geschäften, die der *trustee* für den Trust mit Dritten getätigt hat. Auch andere Streitigkeiten nicht-trustrechtlicher Natur sind nicht unter

Artikel 149a zu subsumieren. Dies betrifft vor allem Klagen in Zusammenhang mit einer Vorfrage wie Handlungsfähigkeit des *settlor*, Gültigkeit des Testaments, Pflichtteilsverletzung, Gültigkeit der Eigentumsübertragung auf den *trustee* etc.

Ein Grund, der für die geforderte Ersetzung von „des Beklagten“ durch „des Trustee“ vorgebracht wurde, ist, dass man verhindert haben wollte, dass Klagen betreffend den Bestand oder die Gültigkeit eines Trust am Wohnsitz eines *beneficiary* eingereicht werden können. Man könnte sich in der Tat überlegen, für solche Fälle den Gerichtsstand von Absatz 2 Buchstabe a auszuschliessen. Dadurch würde aber die Parallelität zum Luganer Übereinkommen aufgegeben, welches für Streitigkeiten, die den Status eines Trust betreffen, eine Klage am Wohnsitz des Beklagten zulässt, anders als bei Gesellschaften und juristischen Personen, wo es für Statusfragen den Sitz der Gesellschaft oder juristischen Person als ausschliesslichen Gerichtsstand vorsieht (Art. 16 Ziff. 2).

Absatz 3 von Artikel 149a entspricht demjenigen von Artikel 151 IPRG, ausser dass „Gerichtsstandsvereinbarung“ durch „Gerichtsstandswahl“ ersetzt wurde. Emissionen von Beteiligungspapieren oder Anleihen gibt es auch in Zusammenhang mit Trusts.

Artikel 149b IPRG

Dieser Artikel regelt das auf Trusts anwendbare Recht, wobei, wie schon in 149a, der Trustbegriff von Artikel 2 des Übereinkommens massgebend ist. Wie schon diejenige in Artikel 149a, gilt auch die Verweisung in Artikel 149b für alle rechtsgeschäftlichen Trusts, auch diejenigen, die gemäss Artikel 3 nicht vom Übereinkommen erfasst werden. Die Verweisung hat somit in gewissen Fällen konstitutive Wirkung. Grundsätzlich ist sie aber rein deklaratorisch..

Der Trustbegriff des Artikel 2 ist wie gesagt sehr weit gefasst und beinhaltet auch Rechtsverhältnisse, die eher als Vertragsverhältnis denn als Trust zu qualifizieren wären. Dementsprechend weit ist auch der Begriff des Art 149b. Wollte man dieses Ergebnis vermeiden, müsste man einen autonomen Verweisungsbegriff schaffen, der sich auf Trusts im eigentlichen Sinne beschränkte. Dies wäre jedoch insofern problematisch, als die übrigen Verweisungsbegriffe des IPRG in der Regel auf einem vorbestehenden Begriff des schweizerischen Zivilrechts basieren und ein solcher Begriff für den Trust fehlt. Zudem würde mit einem autonomen Trustbegriff in Artikel 149b wieder eine Dualität von Regimen geschaffen, indem auf sämtliche Trusts im engeren Sinn sowie auf schriftlich belegte Trusts im weiteren Sinne das Übereinkommen anwendbar wäre (unmittelbar oder kraft der Verweisung in Art. 149b Abs. 1) und für die bloss mündlichen Trusts im weiteren Sinne die übrigen Regeln des IPRG gelten würden.

Artikel 3 beschränkt den sachlichen Geltungsbereich des Übereinkommens auf rechtsgeschäftlich errichtete Trusts. Ob daraus abgeleitet werden muss, dass der Trustbegriff des Artikel 2 auch nicht-rechtsgeschäftliche Trusts erfasst, kann hier offen gelassen werden, da Artikel 149b Absatz 1 ausdrücklich eine Einschränkung auf rechtsgeschäftliche Trusts enthält. *Constructive trusts* werden somit von Artikel 149b nicht erfasst. Wie bereits mehrfach ausgeführt, handelt es sich beim *constructive trust* nicht um ein rechtsgeschäftliches Gebilde in der Art einer Gesellschaft oder eines Vertragsverhältnisses, sondern um das Produkt einer analogen Anwendung von Trustregeln auf ein vorbestehendes Rechtsverhältnis. Es erscheint daher

nicht sinnvoll, ihn dem Kapitel 9a des IPRG zu unterstellen. Für ihn sollte vielmehr, wie bisher, das Statut des ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses gelten.

Im Vorkonsultationsverfahren wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, dass die Nichtgeltung des Kapitels 9a für *constructive trusts* im Gesetzestext ausdrücklich erwähnt werden sollte. Nach dem im vorangehenden Absatz Ausgeführten erscheint eine solche Klarstellung jedoch nicht erforderlich.

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

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

Als Variante wird ein Absatz 2 etwas einschränkender Absatz 3 zur Diskussion gestellt, da Bedenken dagegen bestehen, eine Rechtswahl auch bei solchen Trusts zuzulassen, die keinerlei Bezug zum Ausland aufweisen, zumal nach vorherrschender Auffassung bei Verträgen die kollisionsrechtliche Parteiautonomie nur unter der Voraussetzung gegeben ist, dass irgendein Bezug zum Ausland vorliegt.

Die Einschränkung, die sich aus Absatz 3 für Absatz 2 ergibt, besteht darin, dass für reine „Binnentrusts“ die in Artikel 6 des Übereinkommens vorgesehene Rechtswahlmöglichkeit nicht gilt. Ob der Schweizer Richter damit das gewählte ausländische Trustrecht seiner Entscheidung zu Grunde legt, hängt in der Folge davon ab, ob er sich in einem ersten Schritt vom nötigen Auslandsbezug des Sachverhalts überzeugt hat. Ein reiner Binnentrust bleibt so ausschliesslich der schweizerischen Rechtsordnung unterstellt, d.h. über seine Gültigkeit und seinen Inhalt entscheidet das schweizerische Vertrags- und Gesellschaftsrecht. Damit wird verhindert, dass in einer reinen Binnensituation die zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung ausgehebelt werden.

Der erforderliche Auslandsbezug kann insbesondere dann als gegeben angesehen werden, wenn sich einer der folgenden Orte im Ausland befindet:

1. der Wohnsitz, gewöhnliche Aufenthalt oder Heimatstaat des Begründers oder eines der Begünstigten;
2. der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalt oder, bei gewerblicher Tätigkeit, die Niederlassung eines der Trustees;
3. der Ort, an dem einer der Trustzwecke erfüllt werden soll;
4. der Belegenheitsort des Trustvermögens;

5. der Ort der Verwaltung des Trust.

Dass die in den Ziff. 2, 3 und 4 genannte Orte einen relevanten Auslandsbezug begründen müssen, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass sie, mit Ausnahme des Wohnsitzes in Ziff. 2, vom Übereinkommen ausdrücklich als für die Bestimmung des anwendbaren Rechts wesentliche Anknüpfungspunkte bezeichnet werden (Art. 7 Abs. 2).

Der Zeitpunkt, in dem der erforderliche Bezug zu Ausland gegeben sein muss, ist aus Artikel 13 zu ermitteln, bildet dieser doch die rechtliche Grundlage für Absatz 3. Bei Artikel 13 ist allerdings umstritten, ob der Zeitpunkt der Errichtung des Trust oder der "Zeitpunkt der Anerkennung" massgebend sein soll. Die Frage wird durch die Gerichte geklärt werden müssen. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, welcher Zeitpunkt für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach Artikel 7 massgebend ist. Der Rechtssicherheit wäre am besten gedient, wenn sowohl in Artikel 13 als auch in Artikel 7 auf den Zeitpunkt der Errichtung des Trust abgestellt würde. In Zusammenhang mit Artikel 13 erscheint daneben auch ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Rechtswahl sinnvoll, was dort aktuell wäre, wo eine Rechtswahl nach Errichtung des Trust erfolgt.

Im Vorkonsultationsverfahren wurde kritisiert, dass im ersten Satzteil von Absatz 2 vom anwendbaren Recht und nicht wie in Artikel 13 des Übereinkommens von Anerkennung die Rede ist. Dieser Kritik ist jedoch entgegenzuhalten, dass der erste Satzteil die Frage der Anerkennung im Sinne von Artikel 11 des Übereinkommens miterfasst. Denn auch Artikel 11 des Übereinkommens betrifft letztlich die Frage des anwendbaren Rechts. Er sieht bestimmte Fragebereiche vor, die zwingend dem anwendbaren Recht zu unterstellen sind. Indem also Absatz 2 von Artikel 149b dafür sorgt, dass das gemäss Kapitel II des Übereinkommens bestimmte anwendbaren Recht ausnahmslos (Abs. 3 vorbehalten) zur Anwendung kommt, verhilft es auch Artikel 11 in allen Fällen zum Durchbruch.

Artikel 149c IPRG

Die Absätze 1 und 2 dieser Bestimmung sehen die Publikmachung bestehender Trustverhältnisse zum Schutze gutgläubiger Dritter vor. Es handelt sich hier nicht um eigentliche IPR-Normen, weshalb man sie auch im jeweiligen Sachrecht platzieren könnte. Eine Platzierung in Anschluss an Art 149b IPRG erscheint jedoch insofern sinnvoll, als Absatz 3 der Bestimmung eine Einschränkung des Truststatuts bewirkt. Im Fall von Abs. 1 kommt hinzu, dass ein geeigneter Ort im ZGB fehlt, da der grundbuchrechtliche Teil keine eigentliche Regelung der Anmerkungen enthält. Die Rechtsgrundlagen für diese ergeben sich in der Regel aus denjenigen Normen, die die anzumerkenden Rechtsverhältnisse regeln. Dies trifft insbesondere auch auf die Anmerkung bei den im vorliegenden Bericht mehrfach als Vergleich herangezogenen Anlagefonds zu (Art. 16 AFG).

Das Gegenstück zu Artikel 149c im Entwurf Thévenoz ist Artikel 149d. Darin ist ganz allgemein von der Eintragung in öffentliche Register die Rede. Konkret Bezug genommen wird nur auf das Grundbuch sowie das Schiffs- und das Luftfahrzeugsregister (Abs. 2). Die Bestimmung sieht zudem nur ein Recht auf Eintragung vor, während Artikel 149c des vorliegenden Entwurfs eine Verpflichtung beinhaltet. Die Sanktion einer Verletzung dieser Pflicht ergibt sich aus Absatz 3 der Bestimmung.

Absatz 3 sieht vor, dass ein nicht publiziertes Trustverhältnis gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist. Diese Regel dient dem Schutz der gutgläubigen Gläubiger

des *trustee* wie auch der gutgläubigen Erwerber bei Veräusserung des betroffenen Treuguts. Im Fall der Gläubiger des *trustee* bewirkt sie, dass diese in der Zwangsvollstreckung gegen den *trustee* auch auf den betroffenen Vermögensgegenstand greifen können. Für einen gutgläubigen Erwerber des nicht gekennzeichneten Gegenstands hat Absatz 3 zur Folge, dass jener auch dann nicht zur Rückgabe verpflichtet ist, wenn die Veräusserung pflichtwidrig erfolgt ist. Nach dem anglo-amerikanischen Trustrecht besteht ein Rückgabeanspruch gegen einen gutgläubigen Erwerber allerdings ohnehin nur dann, wenn Letzterer unentgeltlich erworben hat.

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

Der im Vorkonsultationsverfahren vorgelegte Vorentwurf enthielt drei weitere Artikel zum Thema Publizität. Zwei davon, 149d (Trustregister bei Fahrnis) und 149e (Trustvermerk bei Ordrepapieren), sind ersatzlos gestrichen worden (vgl. hierzu Ziff. 1.4.4.1). Artikel 149f wurde in Artikel 149c integriert (Abs. 2), und der damalige Artikel 149g ist nun Artikel 149d.

Artikel 149d IPRG

Die indirekten Zuständigkeiten gemäss Buchstaben b bis d entsprechen denjenigen von Artikel 165 IPRG. Buchstabe a ist insofern notwendig, als Artikel 26 Buchstabe b IPRG (zumindest von seinem Wortlaut her) eine einseitige Rechtswahl nicht abdeckt. Artikel 26 Buchstabe b IPRG könnte allerdings in gewissen Fällen zur Anwendung kommen, wo die Streitparteien nachträglich eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen. Der ursprüngliche Wortlaut von Buchstabe a war im Vorkonsultationsverfahren auf Kritik gestossen und ist daher im vorliegenden Vorentwurf modifiziert worden.

2.2 Verzicht auf Bestimmungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210)

Der im Vorkonsultationsverfahren vorgelegte Entwurf enthielt als Variante zwei Ergänzungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch betreffend die Behandlung des Trust im erbrechtlichen Herabsetzungsverfahren. Die beiden Bestimmungen sind nun als überflüssig gestrichen worden. In den eingegangenen Stellungnahmen war die Frage allerdings nicht unumstritten.

2.3 Verzicht auf Bestimmungen im Obligationenrecht (OR, SR 220)

Der Entwurf Thévenoz sieht eine Kodifikation des schweizerischen Treuhandrechts im Obligationenrecht vor. Im vorliegenden Vorentwurf ist, wie schon beim vorausgehenden Entwurf, auf entsprechende Bestimmungen verzichtet worden, da zum einen die Wünschbarkeit einer Kodifizierung des Treuhandrechts umstritten ist und zum anderen ein solcher Schritt für die Implementierung des Übereinkommens in der Schweiz nicht notwendig erscheint, auch wenn er durchaus als sinnvolle Ergän-

zung zur Ratifikation des Übereinkommens gesehen werden kann. (Zum Ergebnis des Vorkonsultationsverfahrens siehe Ziff. 16.)

2.4 **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1)**

Artikel 284a SchKG

Bei Schuldbetreibungen in Zusammenhang mit Trusts müssen zwei Arten von Schulden unterschieden werden: Schulden, die der *trustee* in „indirekter Vertretung“ des Trust selber eingeht und für die er daher mit seinem persönlichen Vermögen haftet, und Schulden, für die das Trustvermögen haftet, sei es, weil der *trustee* dieses direkt verpflichtet, oder sei es, weil die Schuld von ihrer Natur her an das Trustvermögen gebunden ist (vgl. hierzu Ziff. 1.2.5.2). Für die erste Kategorie, Schulden, für die der *trustee* persönlich haftet, ist nach den bestehenden Regeln des SchKG vorzugehen. D.h. die Betreibung richtet sich gegen den *trustee* und läuft grundsätzlich gleich ab, wie wenn er für private Schulden betrieben würde, mit der einzigen, wenn auch bedeutsamen, Besonderheit, dass das Trustvermögen aus- bzw. abgesondert werden kann (siehe den nachstehenden Kommentar zu Art. 284b SchKG). Für eine Betreibung für „Trustschulden“, die zweite Schuldenkategorie, bedarf es indes einer Sonderregelung.

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

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

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

Eine Betreuung nach Artikel 284a SchKG ist gemäss dessen Absatz 2 stets auf Konkurs fortzusetzen. Da sich die Betreuung gegen den *trustee* in seiner Eigenschaft als Vertreter des Trust richtet, erfasst der Konkurs nur das Trustvermögen, was in Absatz 2 ausdrücklich festgehalten wird. Das persönliche Vermögen des betriebenen *trustee* unterliegt somit nicht dem Konkursbeschluss und kann nach den gewöhnlichen Regeln ausgesondert werden. Auch die persönlichen Schulden des *trustee* werden nicht berührt.

Der Vorentwurf des Bundesamtes für Justiz sah ebenfalls die Konkursbetreuung vor. Dieser Umstand stiess sowohl auf Zustimmung als auch auf Kritik. In zwei Stellungnahmen wurde die Auffassung vertreten, der Betreibungsart müsse sich nach dem betriebsrechtlichen Status des betriebenen *trustee* richten. Dem ist entgegenzuhalten, dass der betreffende *trustee* nicht persönlich, sondern als Vertreter des Trust betrieben wird. Die Frage der massgebenden Betreibungsart kann daher nicht vom betriebsrechtlichen Status des *trustee* abhängig gemacht werden. In einer anderen Stellungnahme wurde zu Bedenken gegeben, dass Gesellschaften und Stiftungen in der Schweiz nur dann auf Konkurs betrieben werden könnten, wenn sie dem schweizerischen Recht unterstünden, was bei einem Trust nie der Fall sei. Zudem sei in Truststaaten das Trustvermögen lediglich der Einzelvollstreckung unterworfen. Eine Totalliquidation würde die Rechte der zukünftigen Begünstigten vereiteln. Gegenüber diesen Einwänden setzte sich die Überlegung durch, dass bei der Zwangsvollstreckung gegen Rechtsgebilde, die regelmässig einer Vielzahl Gläubiger gegenüberstehen, verhindert werden muss, dass ein Gläubiger den anderen in der Vollstreckung seiner Ansprüche zuvorkommt und damit in unbilliger Weise privilegiert wird. Es soll die gleichzeitige und gleichmässige Befriedigung und damit Gleichbehandlung der Gläubiger gewährleistet werden.

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

Artikel 284b SchKG

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

Artikel 284b ersetzt Artikel 242a des ersten Vorentwurfs. Dieser enthielt neben dem Text von Art. 284b den Nebensatz: „soweit die Publizitätsvorschriften der Artikel 149c - f IPRG gewahrt wurden“. Dieser Satzteil ist ersatzlos gestrichen worden. Artikel 149c Absatz 3 (die damaligen Art. 149d - f sind im vorliegenden Entwurf wie gesagt nicht mehr vorhanden) sieht lediglich den Schutz der gutgläubigen Gläu-

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

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

2.5 Verzicht auf aufsichtsrechtliche Bestimmungen

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

Die im Vorkonsultationsverfahren eingegangenen Stellungnahmen lehnen die Schaffung besonderer aufsichtsrechtlicher Bestimmungen für Trusts ab. Z.T. wird jedoch die Auffassung vertreten, dass mit der Ratifikation des Übereinkommens eine Bewilligungspflicht für *trustees* in der Schweiz vorgesehen werden sollte. Im vorliegenden Vorentwurf wird auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet. Zur Zeit arbeitet eine vom Bundesrat eingesetzte Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. Ulrich Zimmerli an einem „Bundesgesetz über die Finanzmarktaufsicht (FINMAG)“. Gemäss dem aktuellen Vorentwurf soll die in folgenden Gesetzen vorgesehene amtliche Aufsicht in einem Gesetz zusammengeführt und auf eine Behörde, die FINMA, übertragen werden: Pfandbriefgesetz, Versicherungsvertragsgesetz, Anlagefondsgesetz, Bankengesetz, Börsengesetz und Versicherungsaufsichtsgesetze. Es wird nun u.a. geprüft, ob weitere, im Bereich der Finanzmarktaufsicht tätige Behörden (z. B. die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei) in das Gesetz integriert werden sollen und ob die unabhängigen Vermögensverwalterinnen und Vermögensverwalter sowie weitere Finanzintermediärinnen und Finanzintermediäre ebenfalls der umfassenden Aufsicht durch die neue Behörde zu unterstellen sind. Unter die Kategorie „Vermögensverwalter und weitere und Finanzintermediäre“ fallen auch gewerbliche *trustees*, so dass der Frage der Unterstellung dieser

Personengruppe unter eine amtliche Aufsicht oder Zulassungspflicht im Rahmen der Arbeiten der Expertenkommission Zimmerli nachgegangen werden sollte. Dies umso mehr, als es nicht angezeigt erscheint, *trustees* gegenüber anderen Vermögensverwaltern wie z.B. Treuhändern einem Sonderregime zu unterwerfen.

2.6 Verzicht auf steuerrechtliche Bestimmungen

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

Dem Wunsch nach Einsetzung einer Arbeitsgruppe wird zur Zeit nachgekommen. Die Aufgabe soll allerdings von der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) wahrgenommen werden. Es ist geplant, dass eine Arbeitsgruppe die steuerlichen Probleme in Zusammenhang mit Trusts auflistet und Lösungen vorschlägt, die in einem Kreisschreiben der SSK oder der Eidgenössischen Steuerverwaltung festgehalten werden sollen.

2.7 Erklärungen und Vorbehalte zum Übereinkommen

2.7.1 Artikel 16 Absatz 3

Die Schweiz hat keinerlei Anlass für einen Vorbehalt nach Artikel 16 Absatz 3 des Übereinkommens. Sie hat im Gegenteil ein Interesse an einer Beibehaltung des in Artikel 16 Absatz 3 angesprochenen Artikel 16 Absatz 2, da dieser den schweizerischen Behörden auch im Geltungsbereich des Übereinkommens eine Anwendung von Artikel 19 IPRG ermöglicht.

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

2.7.2 Artikel 20 Absatz 1

Von einer Erklärung nach Artikel 20 Absatz 1 des Übereinkommens ist ebenfalls abzusehen, da unklar ist, was mit „durch gerichtliche Entscheidung errichteten Trusts“ überhaupt gemeint ist, besonders da der englische und der französische Text nicht übereinstimmen („declared by judicial decisions“ und „créés par une décision de justice“), und die Erklärung daher nur unnötigerweise Verwirrung schaffen würde.

Implied und *resulting trusts* (vgl. Ziff. 1.2.1) werden vom Übereinkommen auch ohne besondere Erklärung erfasst, da es sich um rechtsgeschäftliche Gebilde handelt. Zu Recht nicht erfasst werden *constructive trusts*, die, wie bereits ausgeführt, keine eigentlichen Trusts darstellen und dem Statut des von ihnen betroffenen Rechtsverhältnisses zu unterstellen sind. Sinn machen würde eine Ausdehnungserklärung allenfalls für Trusts die durch Gestaltungsurteil eines Gerichts entstehen, sofern es sich um einen eigentlichen Trust im Sinne eines stiftungsähnlichen Gebildes und nicht wie beim *constructive trust* um eine analoge Anwendung trustrechtli-

cher Wirkungen auf ein anderes Rechtsverhältnis handelt. Die praktische Bedeutung dieser Fälle ist indes fraglich.

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

2.7.3 Artikel 21

Auch von einem Vorbehalt nach Artikel 21 ist abzusehen. Einerseits macht die Norm nicht wirklich Sinn, da sie sich nur auf Kapitel III des Übereinkommens bezieht und nicht auch auf Kapitel II, mit welchem Kapitel III logisch untrennbar verknüpft ist. Andererseits zielt sie auf eine, aus schweizerischer Sicht unerwünschte, Relativierung der *erga omnes*-Wirkung des Übereinkommens ab. Ziel der Ratifikation des Übereinkommens ist eine möglichst klare und einheitliche Regelung der Frage des auf Trusts anwendbaren Rechts zu erreichen. Es macht daher keinen Sinn den territorialen Geltungsbereich des Übereinkommens zu durchlöchern.

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

2.7.4 Artikel 22

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

Auch von dieser Option hat bisher kein Mitgliedsstaat Gebrauch gemacht.

3 Rechtsvergleichung

Mit Italien, den Niederlanden, Malta und ganz neu auch Luxemburg haben bereits vier Staaten mit einem kontinentaleuropäischen Rechtssystem das Haager Trust-Übereinkommen ratifiziert.

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

Artikel 3 WCT gibt Artikel 12 des Übereinkommens wieder, unter Weglassung des Nebensatzes „soweit unvereinbar ist“, was im Ergebnis Artikel 149d Absatz 1 des Entwurfs Thévenoz entspricht. Der vorliegende Entwurf geht, wie bereits ausgeführt, einen Schritt weiter und sieht eine obligatorische Eintragung in die bestehenden Register vor.

Artikel 4 WCT hält fest, dass die nationalen Bestimmungen betreffend Eigentumsübertragung, Sicherheiten oder Gläubigerschutz im Insolvenzfall den in Artikel 11 des Übereinkommens vorgesehenen Wirkungen nicht entgegenstehen. Die Bestimmung hat primär Artikel 3:84 Absatz 3 des niederländischen Zivilgesetzbuchs im Auge, wonach die Übertragung einer Sache ohne gültige *causa* erfolgt, wenn die Sache bloss als Sicherheit gedacht ist und nicht ins Vermögen des Empfängers übergehen soll. Ob diese Bestimmung der Anerkennung eines ausländischen Trust im Sinne von Artikel 11 des Übereinkommens wirklich entgegensteht, kann vorlie-

gend offen gelassen werden. Die Schweiz kennt auf jeden Fall keine derartige Bestimmung.

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

Luxemburg hat ein Gesetz mit 15 Artikeln erlassen. Davon betreffen zwei Artikel die Ratifikation des Übereinkommens und die damit verbundenen Erklärungen und Vorbehalte. Vier Artikel regeln das Verhältnis des Übereinkommens zum Zivilrecht.

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

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

Artikel 12 regelt die Frage der Formvorschriften für Treuhandverhältnisse und Trusts die Immobilien, Schiffe oder Luftfahrzeuge betreffen. Aus Schweizer Sicht bedarf es hierzu keiner Regelung. Die Frage, ob ein Trust formgültig errichtet worden ist, bestimmt gemäss Artikel 8 des Übereinkommens das Truststatut. Für die Übertragung von dinglichen Rechten gilt demgegenüber weiterhin das jeweilige Sachstatut (Art. 4 des Übereinkommens). Dieses hat auch darüber zu befinden ob das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft formbedürftig ist.

Die Artikel 4 bis 9 beinhalten eine partielle Neuregelung des luxemburgischen Treuhandrechts. Der vorliegende Vorentwurf verzichtet wie bereits ausgeführt (Ziff. 2.3) auf Bestimmungen dieser Art.

Die Artikel 13 bis 15 des luxemburgischen Gesetzes enthalten nur Schlussbestimmungen.

Die Vorlage des Fürstentum Liechtensteins sieht zur Zeit noch keine Einführungsgesetzgebung vor. Die Frage ist aber noch offen. Liechtenstein befindet sich hier insofern in einer speziellen Situation, als sein Privatrecht mit der "Treuhanderschaft" bereits ein trustähnliches Rechtsinstitut kennt.

4 Auswirkungen der Vorlage

4.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens und die im Vorentwurf vorgesehene Begleitgesetzgebung haben keine finanziellen Auswirkungen für das Gemeinwesen.

4.2 Auswirkungen auf die Informatik

Auswirkungen auf die Informatik sind keine zu erwarten.

4.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Das mit einer Ratifikation des Übereinkommens geschaffene Plus an Rechtssicherheit bewirkt eine Stärkung des Finanzplatzes Schweiz, indem bessere Voraussetzungen für die Errichtung und Verwaltung von Trusts in der Schweiz geschaffen werden. Das Instrument des Trust erfreut sich in gewichtigen Teilen der ausländischen Kundschaft grosser Beliebtheit. Mit der Verbesserung der Rechtssicherheit wird dafür gesorgt, dass das bestehende Geschäft nicht ins Ausland abwandert, wo neue Zentren für die Verwaltung von Trusts am Entstehen sind (zum Beispiel Singapur). Gleichzeitig wird eine seriöse Alternative zu den international zunehmend unter Druck geratenden *offshore centers* angeboten, was zu einer Zunahme des Trustgeschäfts führen wird.

5 Verhältnis zum europäischen Recht

Das europäische Recht enthält kaum Regelungen zum Trust. Das Römer Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht sowie der Vorentwurf eines Vorschlags für eine Verordnung des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nehmen den Trust ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus. Das Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie die daraus hervorgegangene Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen enthalten einzelne Bestimmungen zur Frage der gerichtlichen Zuständigkeit bei Streitigkeiten in Zusammenhang mit einem Trust. Dasselbe gilt für das zwischen den Staaten der Europäischen Gemeinschaft und der EFTA abgeschlossene Parallelabkommen zum Brüsseler Übereinkommen, dem Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (SR 0.275.11), das auch für die Schweiz gilt. Dieses Übereinkommen wird durch eine Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens und die im Vorentwurf vorgesehenen Anpassungen im nationalen Recht nicht berührt. Dem Artikel 149a IPRG des Vorentwurfs geht es vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Bei der Ausarbeitung von Art. 149a ist aber ohnehin darauf geachtet worden, dass sich die getroffenen Regelungen mit denjenigen des Luganer Übereinkommens decken.

6

Rechtliche Grundlagen

Der vorliegende Bundesratsbeschluss stützt sich auf Artikel 54 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101), wonach die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes sind. Gemäss Artikel 166 Absatz 2 BV fällt er in die Zuständigkeit der Bundesversammlung. Er ist dem fakultativen Referendum zu unterstellen (Art. 141 Abs.1 Bst. d Ziff. 3 BV).

