

Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände / Organes des associations suivantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV). Aargauische Notariatsgesellschaft. Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz. Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la polycopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

Fragen rund um die Eintragung eines im Trustvermögen befindlichen Grundstücks ins Grundbuch

Von Prof. Dr. iur. *Florence Guillaume*, Neuenburg¹

I. Die Auswirkungen des Haager Trust-Übereinkommens auf die schweizerische Rechtsordnung

Das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Juli 1985 (HTÜ; SR 0.221.371) ist für die Schweiz zusammen mit den Anpassungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht und des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs am 1. Juli 2007 in Kraft getreten. Sein Anwendungsbereich ist auf das internationale Privatrecht begrenzt. In Ergänzung der Konfliktregeln, die im HTÜ enthalten sind, wurde ein neues dem Trust gewidmetes Kapitel 9a ins Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) eingefügt (Art. 149a bis 149d IPRG).

Die Ratifizierung des HTÜ ist möglich, unabhängig davon, ob das innerstaatliche Recht eines Staates das Institut des Trusts kennt oder nicht. Da der schweizerische Gesetzgeber es nicht für nützlich gehalten hat, den Trust im schweizerischen materiellen Recht einzuführen, ist es nicht möglich, einen schweizerischen Trust zu bilden. Es können also nur Trusts, die nach einem ausländischen Recht gegründet wurden, eine Rechtsexistenz auf schweizerischem Territorium haben.

Was die Behandlung der Grundstücke betrifft, die im Vermögen eines Trusts enthalten sind, ist die Verordnung betreffend das Grundbuch (GBV) bis zum heutigen Tag noch nicht geändert worden. Die Art. 11 ff.

¹ Professorin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität von Neuenburg. Dieser Beitrag enthält und entwickelt die Ausführungen meines Vortrages, welche am 19. September 2008 an der 60. Jahrestagung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter in Solothurn gemacht wurden.

GBV sind also ohne Weiteres anwendbar. Im Rahmen einer baldigen Gesamtrevision der GBV beabsichtigt das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht (EGBA), eventuell Regeln für den besonderen Fall des Trusts einzuführen. Unterdessen hat das EGBA am 28. Juni 2007 eine Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften erlassen (zit. EGBA-Wegleitung²).

II. Der Begriff des Trusts in den Staaten, die den Trust kennen

A. Der Begriff des Trusts

Der Trust ist eine Vermögensverwaltungsstruktur, die es einer Person erlaubt, Vermögen zugunsten einer anderen Person zu besitzen. Der Basismechanismus des Trusts besteht darin, dass eine Person (Begründer; *settlor*) Güter seines persönlichen Vermögens auf eine andere Person (Trustee) überträgt, die letzterer im Interesse einer dritten Person verwalten muss (Begünstigte; *beneficiary*)³. Der Begründer kann eine gewisse Kontrolle seines Willens sicherstellen, indem er eine Vertrauensperson (Protector) ernannt, der überwacht, dass der Trustee gemäss seinem Willen handelt.

Ungeachtet seiner Form und seines Zweckes hat der Trust keine Rechtspersönlichkeit (anders als eine Gesellschaft oder eine Stiftung). Es ist nur eine doppelte Rechtsbeziehung zwischen dem Begründer und dem Trustee einerseits, und zwischen dem Trustee und dem Begünstigten andererseits.

B. Die Entstehung eines Trusts

Ein Trust wird grundsätzlich durch die Willensäußerung des Begründers zur Schaffung eines Trusts gebildet. Ein solcher Trust wird als *express trust* qualifiziert. Unter gewissen Umständen kann ein Trust auch durch richterliche Entscheidung entstehen, wenn aufgrund des Verhaltens des Begründers oder eines Dritten, namentlich eines Vermögensverwalters des Begründers, davon ausgegangen werden muss, dass faktisch eine Trustbeziehung besteht (*resulting trust, constructive trust*)⁴. Die Entstehung dieser besonderen Trustformen hängt vom anwendbaren Recht und namentlich dessen Rechtsprechung und nicht von der Willensäußerung des Begründers ab, weshalb nachfolgend nur auf die Formalitäten der Errichtung eines *express trust* eingegangen wird.

Um einen *express trust* zu errichten, muss der Begründer handlungsfähig sein und seinen Willen, einen Trust errichten zu wollen, klar zum Ausdruck bringen. Die Willensäußerung des Begründers alleine reicht je-

² ZBGR 88 S. 377.

³ Zur leichteren Lesbarkeit werden die Begriffe «Trustee» und «Begünstigte» im Singular benutzt, obwohl es mehrere Trustees und/oder mehrere Begünstigte innerhalb desselben Trusts geben kann.

⁴ David J. Hayton, *The Law of Trusts*, 4. Aufl., London 2003, S. 16–23.

doch nicht: Das Eigentum am Vermögen, das dem Trust zugedacht ist, muss noch übertragen werden, damit der Trust formell gegründet wird⁵. Diese Übertragung des Eigentums erfolgt auf Grund des Gründungsaktes, in der Regel einer schriftlichen Trust-Urkunde, die man im Allgemeinen als *trust deed* bezeichnet. Dieser Gründungsakt kann in verschiedenen Formen erfolgen, je nachdem ob der Trust unter Lebenden (*inter vivos trust*) oder von Todes wegen gebildet wird (*testamentary trust; trust by will*).

Es gibt zwei Arten, einen *inter vivos trust* zu bilden: Entweder unterzeichnen der Begründer und der Trustee die Trust-Urkunde gemeinsam (*trust settlement*), oder der Trustee unterzeichnet die Trust-Urkunde alleine, ohne dass der Begründer formell am Gründungsakt teilnimmt (*trust declaration*). Im Fall einer *trust declaration* erscheint der Begründer nicht in der Trust-Urkunde. Diese Trustform wird vor allem aus Vertraulichkeitsgründen gewählt.

Ein Trust, der von Todes wegen gebildet wird, kann entweder auf Grund einer letztwilligen Verfügung, welche formell den Gründungsakt des Trusts bildet⁶, oder auf Grund einer Klausel der letztwilligen Verfügung, die die wesentlichen Elemente des Trusts festlegt, gegründet werden. In diesem letzten Fall wird der Trustee den Trust formell gründen und allein den Gründungsakt des Trusts unterzeichnen.

C. Die Trustarten

Ein *express trust* kann widerruflich (*revocable trust*) oder unwiderruflich sein (*irrevocable trust*). Wenn der Trust widerruflich ist, ist die Übertragung der Güter in den Trust nicht endgültig: Der Begründer behält sich das Recht vor, alle oder einen Teil der Güter zurückzuerhalten, wenn er den Trust widerruft. Das bedeutet, dass das Trustvermögen nicht völlig aus dem Vermögen des Begründers herausgenommen ist. Einzig ein unter Lebenden gegründeter Trust kann vom Begründer widerrufen werden. In einem unwiderruflichen Trust kann der Begründer den Trust nicht widerrufen und verliert somit definitiv jedes Eigentumsrecht an sämtlichen Gütern, die ins Trustvermögen übertragen wurden. Der Begründer kann trotzdem, wenn er es wünscht, zu den Begünstigten zählen und Leistungen des Trusts erhalten.

Ein *express trust* kann auch bestimmt (*fixed trust*) oder diskretionär (*discretionary trust*) ausgestaltet sein. Im Rahmen eines *fixed trust* hat der Begünstigte ein derzeitiges und bestimmtes Recht auf einen Teil der Trustvermögen oder seiner Einkommen gemäss dem Willen des Begründers. Dagegen liegen die Verteilungen des *discretionary trust* ganz im Ermessen des Trustees.

⁵ David J. Hayton, Underhill and Hayton – *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15. Aufl., London 1995, S. 129–132.

⁶ Gewisse Rechtsordnungen sehen vor, dass letztwillige Verfügungen eine Trust-Urkunde sein können.

III. Der Trust im schweizerischen internationalen Privatrecht

A. Der Begriff des Trusts

1. Der express trust

Der schweizerische Gesetzgeber hat darauf verzichtet, eine eigene Definition des Trusts zu formulieren und verweist stattdessen auf die Definition in Art. 2 HTÜ (Art. 149a IPRG). Demnach ist – ungeachtet der verwendeten Bezeichnung – dann von einem Trustverhältnis auszugehen, wenn «von einer Person, dem Begründer, – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall – geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustees unterstellt worden ist» (Art. 2 Abs. 1 HTÜ).

Diese Definition betrifft nur die Trusts, die freiwillig errichtet worden sind (Art. 3 HTÜ), mit anderen Worten die *express trusts*. Zu Recht geht der schweizerische Gesetzgeber davon aus, dass *constructive trusts* nicht in den Anwendungsbereich der HTÜ fallen⁷. Allerdings ist die Auffassung des Gesetzgebers, andere durch gerichtliche Entscheidung errichtete Trusts (*resulting trusts*) seien ohne Weiteres vom HTÜ erfasst, fraglich⁸. Meiner Meinung nach können diese sehr besonderen Trustformen nicht als freiwillig errichtete Trusts im Sinne von Art. 3 HTÜ bezeichnet werden, weil der Begründer keinen Willen hatte, einen Trust zu schaffen.

2. Die drei charakteristischen Elemente eines Trusts

Drei Elemente, auf denen das Trustskonzept des schweizerischen internationalen Privatrechts beruht, sind in allen Trustformen vorhanden:

Erstens gibt es eine Eigentumsübertragung an den Gütern vom Begründer auf den Trustee (Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ). Wenn die Güter ins Vermögen des Trusts übertragen sind, hat der Begründer an diesen Gütern kein Eigentumsrecht mehr. Der Trustee hat zivilrechtliches Eigentum an den übertragenen Gütern (*holding the legal title; legal ownership*), während der Begünstigte ein Art wirtschaftliches Eigentum an diesen Gütern hat (*holding an equitable interest; equitable ownership*).

Im angelsächsischen System kann das Eigentumsrecht allerdings zweigeteilt werden. Beim Trust hat der Trustee Verwaltungsrecht und Vermögensfähigkeit der Trustsgüter, während der Begünstigte das Recht hat, diese Güter zu geniessen. In einem Rechtssystem, wie dem Schweizerischen, das die Aufteilung des Eigentumsrechts nicht kennt, muss der Trustee als Eigentümer der Trustsgüter angesehen werden. Um sich vor den

⁷ Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005 (zit. Botschaft HTÜ), BBl 2006 S. 551 ff., Ziff. 1.6.1.2.

⁸ Botschaft HTÜ (FN 7), Ziff. 1.8.3.

mit dem Trust zusammenhängenden Risiken zu schützen, hat der Begünstigte dennoch dingliche Rechtsbehelfe, namentlich hat er ein Folgerecht (*tracing right*), das bei unberechtigten Verfügungen des Trustees über das Trustvermögen gegen Dritte durchgesetzt werden kann (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. d HTÜ). Überdies kann er seine Rechte auf dem Rechtsweg geltend machen, insbesondere seine Forderung hinsichtlich des Trustvermögens, die korrekte Verwaltung des Trustvermögens durch den Trustee durchsetzen oder provisorische Massnahmen erhalten, die darauf abzielen, das Trustvermögen zu bewahren.

Zweitens gehören Trustsgüter zu einem vom persönlichen Vermögen des Trustees getrennten Sondervermögen, der sog. *trust fund* (Art. 2 Abs. 2 lit. a HTÜ; Art. 11 Abs. 2 HTÜ). Es ist vor den persönlichen Gläubigern des Trustees geschützt (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a und b HTÜ)⁹. Es ist weder Bestandteil des ehelichen Vermögens des Trustees, noch seines Nachlasses (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. c HTÜ).

Drittens verwaltet der Trustee das Trustvermögen im Interesse eines oder mehrerer Begünstigten oder mit einem bestimmten Zweck. Er muss gemäss den Bestimmungen des *trust deed* und den Verpflichtungen, die im das anwendbare Recht auferlegt, handeln (Art. 2 Abs. 2 lit. c HTÜ). Wenn der Begründer dem Trustee die gewünschte Verwaltungsart angegeben hat, zum Beispiel in einem *letter of wishes*, haben diese Hinweise keine zwingende Wirkung auf den Trustee, der frei bleibt, über die Verwaltung des Trusts im besten Interesse des/der Begünstigten zu entscheiden.

B. Die Anerkennung eines ausländischen Trusts in der Schweiz

Jeder nach dem anwendbaren Recht errichtete Trust wird in der Schweiz automatisch anerkannt (Art. 11 Abs. 1 HTÜ). Es gilt der Grundsatz der automatischen Anerkennung des Trusts¹⁰.

Ein Trust, der von einer in der Schweiz domizilierten Person gegründet wird, die einen ebenfalls in der Schweiz domizilierten Trustee bezeichnet und das Trustvermögen ebenfalls zugunsten eines in der Schweiz domizilierten Begünstigten verwaltet, wird anerkannt, wenn er gemäss dem anwendbaren (ausländischen) Recht gegründet worden ist. Keine Rechtsvorschrift erlaubt es, einem solchen «Binnen Trust» in der Schweiz die Anerkennung zu versagen¹¹. Durch Art. 149c Abs. 2 IPRG hat der Gesetzgeber bewusst auf die Anrufung von Art. 13 HTÜ verzichtet, der es erlaubt hätte, einen internen Trust nicht anzuerkennen¹².

⁹ Im Falle des Konkurses des Trustees wird das Trustvermögen aus dessen Konkursmasse ausgesondert (Art. 284b SchKG).

¹⁰ Hinsichtlich des Trusts findet man also wieder den auf Gesellschaften anwendbaren Grundsatz der automatischen Anerkennung (Art. 154 IPRG).

¹¹ Vgl. *Stephan Wolf/Nadine Jordi*, Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht, in: Stephan Wolf (Hrsg.), *Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens*, Bern 2008, S. 29 ff., 49–51.

¹² Botschaft HTÜ (FN 7), Ziff. 2.2, 594.

Die Anerkennung eines ausländischen Trusts hat zur Folge, dass er auf schweizerischem Territorium eine Rechtsexistenz identisch jener in seinem Ursprungsstaat hat.

C. Das auf den Trust anwendbare Recht

Ein Trust untersteht grundsätzlich dem vom Begründer gewählten Recht (Art. 6 Abs. 1 HTÜ). Die Willensautonomie ist unbegrenzt: Der Begründer kann wählen, seinen Trust nach jedem beliebigen Recht zu bilden. Das gewählte Recht muss aber selbstverständlich die Schaffung des gewünschten Trusts vorsehen.

Wenn der Begründer kein anwendbares Recht gewählt hat oder wenn das gewählte Recht das Institut des Trusts oder die gewählte Trustart nicht kennt, untersteht der Trust dem Recht, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist (Art. 6 Abs. 2 HTÜ; Art. 7 Abs. 1 HTÜ)¹³. Diese Regel könnte zum Beispiel zur Anwendung kommen, wenn der Begründer das schweizerische Recht gewählt hat, um seinen Trust zu bilden. Sie zielt darauf ab zu vermeiden, dass ein Trust nichtig erklärt werden muss, weil er nach dem vom Begründer gewählten Recht nicht gültig gegründet worden ist. Ein solcher Fall wird sich in der Praxis wahrscheinlich nur sehr selten ereignen.

IV. Die grundbuchliche Behandlung der Trustgeschäfte

A. Die Eintragung des Trustees als Eigentümer des Grundstücks

1. Der konstitutive Grundbucheintrag

Wenn ein Grundstück in der Schweiz zum Trustvermögen gehört, wird der Trustee als Eigentümer des Grundstücks eingetragen (Art. 149d Abs. 1 IPRG¹⁴). Der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an Grundstücken in der Schweiz unterstehen schweizerischem Recht (Art. 99 Abs. 1 IPRG). Die Eintragung des Trustees ins Grundbuch ist Voraussetzung für den Erwerb der Eigentumsrechte am Grundstück, denn sie hat konstitutive Wirkung (Art. 656 Abs. 1 ZGB). Es spielt dabei keine Rolle, ob das Grundstück unter Lebenden oder von Todes wegen in das Trustvermögen übertragen worden ist.

¹³ Art. 7 Abs. 2 HTÜ liefert eine unvollständige Liste von Elementen, die der Bestimmung des Rechts, mit dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist, dienen. Im aussergewöhnlichen Fall, wo die Anwendung dieser Elemente zur Bezeichnung eines Rechts, welches das Institut des Trusts nicht kennt, führt, findet dieses Recht trotzdem Anwendung (Art. 149c Abs. 2 IPRG weicht von Art. 5 HTÜ ab). In diesem Fall muss man den Trust dann vorfrageweise nach dem materiellen anwendbaren Recht qualifizieren, um die anwendbaren Regeln dieses Rechts zu bestimmen.

¹⁴ Der schweizerische Gesetzgeber hat erstaunlicherweise entschieden, die Eintragung in die öffentlichen Register im IPRG zu regeln (vgl. Botschaft HTÜ [FN 7], Ziff. 2.2). Diese Regeln wären zweifellos besser im schweizerischen materiellen Recht zu integrieren.

Wenn die Trusteefunktion von mehreren Personen gleichzeitig übernommen wird, sind sie alle Eigentümer der Trustgüter. In diesem Fall müssen alle Trustees als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden¹⁵. Grundsätzlich regelt das auf den Trust anwendbare Recht die Beziehungen zwischen den Co-Trustees (Art. 8 Abs. 2 lit. b HTÜ)¹⁶. Die Trustrechte sehen im Allgemeinen vor, dass die Co-Trustees «*joint tenants*» der Trustgüter sind, vergleichbar dem schweizerischen Gesamteigentum (Art. 652 ff. ZGB)¹⁷.

2. Die befugten Personen, um einen Eintragungsantrag zu stellen

Der Eintragungsantrag wird entweder durch den Begründer gestellt wenn er noch lebt, oder direkt durch der Trustee (Art. 12 HTÜ; Art. 963 Abs. 1 ZGB). Genauso wie ein Erbe seine Eintragung ins Grundbuch selber fordern kann (Art. 665 Abs. 2 ZGB; Art. 15 Abs. 3 GBV), muss auch der Trustee seine Eintragung verlangen können, insbesondere – aber nicht nur – im Fall eines *testamentary trust*.

Art. 11 ff. GBV sind anwendbar, sehen aber den Fall des Trusts nicht vor. Die GBV sollte angepasst werden, damit der Trustee seine ihm nach Art. 12 HTÜ zustehende Möglichkeit, die Eintragung selber zu fordern, verwirklichen kann.

3. Die Beachtung der Lex Koller

Bevor die Eintragung des Trustees im Grundbuch erfolgen kann, muss der Grundbuchverwalter prüfen, ob die Eintragung nicht gegen die Vorschriften des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; «Lex Koller») verstösst. Solange das BewG in Kraft ist, sind die bewilligungspflichtigen Fälle der zuständigen kantonalen Bewilligungsbehörde zu unterbreiten¹⁸.

Die Vorschriften der Lex Koller finden ungeachtet der HTÜ Anwendung (Art. 16 Abs. 1 HTÜ). Danach bedürfen Personen im Ausland für den Erwerb eines Grundstückes in der Schweiz grundsätzlich einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 2 Abs. 1 BewG). In Zusammenhang mit einem Trust können insbesondere zwei Fälle bewilligungspflichtige Tatbestände darstellen: Zum einen, wenn der Trustee bzw. der Ersatztrustee als Person im Ausland nach dem BewG

¹⁵ A.M. Nedin Peter Vogt, in: Heinrich Honsell/Nedin Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, N. 9 zu Art. 149d, S. 1171, der es den Co-Trustees anheim stellt, nur einen einzigen der Co-Trustees im Grundbuch einzutragen. Dieser Lösung kann nicht gefolgt werden, sobald alle Trustees Grundstückeigentümer sind und demnach als solche im Grundbuch eingetragen werden müssen (Art. 656 Abs. 1 ZGB).

¹⁶ Der Begründer kann diese Frage einem anderen Recht unterhalten als jenem, das auf den Trust anwendbar ist (Art. 9 HTÜ).

¹⁷ Vgl. Luc Thévenoz, Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie, Zürich 2001, S. 128–129.

¹⁸ EGBA-Wegleitung (FN 2), I, 2.

gilt, namentlich, weil er seinen Wohnsitz im Ausland hat. Zum anderen, wenn der Begünstigte seinen Wohnsitz ausserhalb der Schweiz hat.

Wenn der Trustee seinen Wohnsitz im Ausland hat und es sich um keinen Ausnahmetatbestand handelt, so ist um eine Bewilligung der kantonalen Behörde nachzusuchen¹⁹. Wie dargelegt, bin ich der Ansicht, dass sämtliche Trustees im Grundbuch einzutragen sind. Entsprechend unterliegen sämtliche Trustees mit Wohnsitz ausserhalb der Schweiz grundsätzlich der Bewilligungspflicht. Der ausländische Wohnsitz des Begünstigten hingegen dürfte solange nicht von Bedeutung unter dem BewG sein, als ihm das Grundstück nicht übertragen wird.

Sofern sich aus dem *trust deed* ergibt, dass das in der Schweiz gelegene Grundstück einem Begünstigten mit Wohnsitz ausserhalb der Schweiz übertragen werden muss, so unterliegt die Übertragung an den Begünstigten der Bewilligungspflicht, sofern keine Ausnahme vorliegt²⁰. Lässt der *trust deed* dem Trustee ein Ermessen, ob er das Grundstück übertragen will und er das Grundstück nicht überträgt, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass dies von der zuständigen Behörde als Umgehungsgeschäft angesehen wird, namentlich wenn einer der Begünstigten im Ausland wohnhaft ist. Es könnte gar sein, dass die Praxis sämtliche Geschäfte in einem Trustverhältnis mit ausländischen Begünstigten der Bewilligungspflicht unterstellen will. Dieselbe Gefahr besteht bei einem *revocable trust*, dessen Begründer Wohnsitz im Ausland hat. Solange das Bundesamt für Justiz keine Weisung für die Behandlung von Trustgeschäften erlässt, ist es schwierig abzuschätzen, welche Praxis die kantonalen Bewilligungsbehörden verfolgen werden.

B. Die Anmerkung der Existenz eines Trusts

1. Die Freiwilligkeit der Anmerkung

Die Tatsache, dass der Eigentümer das Grundstück als Trustee hält, kann im Grundbuch angemerkt werden (Art. 149d Abs. 1 IPRG)²¹. Die Anmerkung wird folgendermassen formuliert: «gehört zu einem Trustvermögen»²².

Die Anmerkung ist fakultativ und kann nur auf Antrag, nicht aber von Amtes wegen vorgenommen werden. Das schweizerische Recht kennt

¹⁹ Siehe Art. 2 Abs. 2, Art. 4, Art. 5 und Art. 7 BewG.

²⁰ Nur die in Art. 2 Abs. 2 und Art. 7 BewG genannten Personen müssen um keine Bewilligung nachsuchen.

²¹ Die Anmerkung weist auf ein Rechtsverhältnis bezüglich eines Grundstücks hin, insbesondere auf ein Trustverhältnis. Sie ist im Prinzip auf dem Blatt des Grundstückes oder, seltener, neben den Liegenschaftsbeschreibungen des Grundstückes enthalten.

²² EGBA-Wegleitung (FN 2), II.2, 4.

keine Verpflichtung, das Trustsverhältnis im Grundbuch anzumerken. Die Anmerkung muss durch den Trustee in seiner Eigentümerqualität gefordert werden. Er kann es zum Beispiel aus Vertraulichkeitsgründen nicht beantragen²³. Der Trustee kann allerdings entweder gemäss *trust deed* oder gemäss dem auf den Trust anwendbaren Recht die Verpflichtung haben, das Trustverhältnis öffentlich zu machen. Wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, kann er auf dem gerichtlichen Weg verpflichtet werden.

2. Die Öffentlichkeitswirkung der Anmerkung

Jede Anmerkung im Grundbuch hat weder konstitutive, noch feststellende Wirkung. Auf den Trust hat sie keine Rechtswirkung. Dieser besteht mit oder ohne Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch²⁴.

Die Anmerkung hat eine wichtige Öffentlichkeitswirkung: Sie informiert die Dritten, dass der Eigentümer das Grundstück als Trustee hält. Das Trustverhältnis gilt als allgemein bekannt und zerstört den guten Glauben (Art. 970 Abs. 4 ZGB). Ein persönlicher Gläubiger des Trustees kann das Grundstück nicht zwangsvollstrecken lassen. Hingegen werden gutgläubige Dritte geschützt, wenn keine Anmerkung erfolgte (Art. 149d Abs. 3 IPRG; Art. 973 Abs. 1 ZGB).

3. Die Löschung der Anmerkung

Der Trustee ist die einzige Person, die befugt ist, die Löschung der Anmerkung des Trustverhältnisses zu verlangen, zum Beispiel bei der Übertragung des Grundstücks an einen Trustbegünstigten oder beim Verkauf des Grundstücks an einen Dritten.

Ausnahmsweise kann der Grundbuchverwalter die Löschung der Anmerkung von Amtes wegen vornehmen, wenn es klar ist, dass sie keinen Sinn mehr macht. Die EGBA-Wegleitung ist in dieser Beziehung inkonsistent, wenn sie den Fall der Übertragung des Grundstücks an einen Trustbegünstigten anders als den Fall des Verkaufs des Grundstücks an einen Dritten behandeln will²⁵. Meiner Meinung nach gibt es keinen Grund für eine Ungleichbehandlung. In beiden Fällen wird das Grundstück definitiv aus dem Trustvermögen herausgenommen und die Anmerkung verliert ihren Sinn.

Wenn der Trustee das Grundstück an einen Dritten verkauft, hat die Anmerkung, wonach das Grundstück zum Trustvermögen gehört, keinen Sinn mehr, sobald der Verkauf vollzogen ist und das Grundstück nicht mehr Bestandteil des Trustvermögens ist. Die Anmerkung muss also entweder auf Gesuch des Trustees, oder von Amtes wegen, gelöscht werden. Dass bei einem nachfolgenden Verkauf ein Käufer somit gutgläubig er-

²³ Der Trustee kann entscheiden – entweder selbständig oder aufgrund der Begründersinstruktionen – das Trustverhältnis nicht im Grundbuch anmerken zu lassen.

²⁴ Vgl. BGE 124 III 211 = ZBGR 81 S. 148.

²⁵ EGBA-Wegleitung (FN 2), II.4 und 5, 4.

wirbt (Art. 973 Abs. 1 ZGB) ist sachgerecht und rechtfertigt meines Erachtens nicht, die Anmerkung im Grundbuch bestehen zu lassen.

Die EGBA-Wegleitung legt fest, dass die Begünstigten des Trusts bezüglich der Löschung ihre Zustimmung geben müssen²⁶. Soweit die Anmerkung den Trustbegünstigten keinen besonderen Rechtsvorteil verleiht²⁷, sondern nur die Wirkung hat, Dritte darüber zu informieren, dass der Eigentümer des Grundstückes es als Trustee besitzt, erscheint mir die Zustimmung der Trustbegünstigten zur Löschung der Anmerkung nicht erforderlich zu sein. Man muss allerdings den Fall vorbehalten, wo der *trust deed* oder das auf den Trust anwendbare Recht dem Trustee die Verpflichtung auferlegt, das Trustverhältnis im Grundbuch offen zu legen. In diesem besonderen Fall könnte man sich allenfalls fragen, ob eine Verpflichtung besteht, den Begünstigten vor der Löschung der Anmerkung zu befragen.

In jedem Fall hat die Löschung der Anmerkung weder auf das Eigentum des Grundstückes noch auf den Trust Auswirkung.

C. Die Übertragung des Grundstücks

1. Die Übertragung des Grundstücks in den Trust

Das auf den Trust anwendbare Recht regelt die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen sowie seine Verwaltung (Art. 8 HTÜ)²⁸. Dagegen regelt es nicht die Übertragung von Gütern in den Trust. Die Übertragung des Eigentums vom Begründer ins Trustvermögen ist ein wesentliches Element, damit der Trust formell gebildet wird. Um wirksam durchgeführt zu werden, muss die Übertragung gemäss den Bestimmungen jenes Rechts erfolgen, das gemäss dem internationalen Privatrecht am Ort der gelegenen Sache anwendbar ist. Nach schweizerischem internationalen Privatrecht ist immer das schweizerische Recht für den Erwerb und den Verlust dinglicher Rechte an einem Grundstück anwendbar (Art. 99 Abs. 1 IPRG). Um wirksam übertragen zu sein, muss also die Übertragung die festgelegten Bedingungen des schweizerischen materiellen Rechts erfüllen.

Jede Übertragung des Grundeigentums verlangt im schweizerischen Recht ein gültiges Verpflichtungsgeschäft und als Verfügungsgeschäft die Eintragung des Eigentümers im Grundbuch. Das Verpflichtungsgeschäft muss die Form haben, die durch das schweizerische Recht vorgeschrieben wird (Art. 119 Abs. 3 IPRG). Wenn es sich um einen Vertrag handelt, muss er öffentlich beurkundet sein (Art. 657 Abs. 1 ZGB), während Verfügungen von Todes wegen die Formvorschriften des Erbrechts zu beach-

²⁶ EGBA-Wegleitung (FN 2), II.3, 4.

²⁷ Vgl. Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Bd. I, 4. Aufl., Bern 2007, RZ 838b, 293 m.w.H.

²⁸ Der Begründer kann allerdings einige Elemente des Trusts – z.B. die Verwaltung des Trusts – einem anderen Recht unterstellen (Art. 9 HTÜ).

ten haben (Art. 657 Abs. 2 ZGB)²⁹. Da der *trust deed* das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung des Grundstücks ins Trustvermögen ist, muss er den Formvorschriften von Art. 657 ZGB genügen. Je nach Form des *trust deed*³⁰ wird er etwa als Vertrag oder als Verfügung von Todes wegen zu qualifizieren sein und entsprechend unterschiedliche Formvorschriften zu beachten haben.

Wenn der *trust deed* durch den Begründer und den Trustee unterzeichnet worden ist (*trust settlement*), wird er wohl als Vertrag qualifiziert. Auch wenn die Errichtung des Trusts an sich eine einseitige Handlung ist, drängt sich die vertragliche Qualifikation auf. Die Eigentumsübertragung ist in diesem Fall einem einfachen Grundstückverkauf vergleichbar. Das *trust settlement* ist das Verpflichtungsgeschäft für die Grundstücksübertragung und muss deswegen öffentlich beurkundet sein (Art. 657 Abs. 1 ZGB). Wenn der *trust settlement* eine ausländische öffentliche Beurkundung hat, dann ist dem Formerfordernis genüge getan. Art. 657 Abs. 1 ZGB fordert nämlich nicht eine schweizerische öffentliche Beurkundung³¹. Das *trust settlement* ist aber im Allgemeinen nicht öffentlich beurkundet; vielmehr sehen die entsprechenden Trustrechte vor, dass die schriftliche – oder sogar mündliche – Form genügend ist³². Dennoch ist es möglich, sich diesem Formerfordernis in der Schweiz zu unterwerfen³³. Das würde aber bedeuten, dass eine schweizerische Urkundsperson befugt wäre, einen *trust deed* gemäss dem ausländischen auf den Trust anwendbaren Recht zu beurkunden. Da dies praktische Schwierigkeiten verursachen kann, ist es vorzuziehen, dass der Begründer mit dem Trustee in einer separaten Urkunde die Übertragung des Grundstückseigentums regelt³⁴. Diese Urkunde wird das Verpflichtungsgeschäft der Eigentumsübertragung am Grundstück sein, indem sie festhält, dass der Trust formgültig errichtet wurde, dass das Grundstück ins Trustvermögen übertra-

²⁹ Im schweizerischen Recht müssen die letztwillige Verfügungen und der Erbvertrag den in Art. 498 bis 508 und 512 ZGB vorgeschriebenen Formerfordernissen genügen.

³⁰ Siehe vorstehend II.B.

³¹ Nach Art. 119 Abs. 3 IPRG richtet sich die Form der Verträge über Grundstücke in der Schweiz nach schweizerischem Recht, das heisst die Formvorschriften gemäss Art. 657 Abs. 1 ZGB. Es geht aber nicht aus dieser Bestimmung hervor, dass die öffentliche Urkunde von einer Urkundsperson in der Schweiz ausgestellt werden muss. Art. 31 IPRG erlaubt vielmehr die Anerkennung in der Schweiz von ausländischen öffentlichen Urkunden (ebenso wie Art. 50 LugÜ). Gl.M. Ivo Schwander, *Grundstückkauf: Internationales Privatrecht und Internationales Zivilprozessrecht*, in: Alfred Koller (Hrsg.), *Der Grundstückkauf*, 2. Aufl., Bern 2001, S. 437–452, 450 f.; Jörg Schmid, *Thesen zur öffentlichen Beurkundung*, ZBGR 74 S. 1–17, 13 f.

³² Z.B. im englischen Recht kann ein Trust mündlich gebildet werden, aber die schriftliche Form ist notwendig, um ein Grundstück in das Trustvermögen zu übertragen. Vgl. *Graham Moffat*, *Trusts Law*, 4. Aufl., Cambridge 2005, S. 120.

³³ Gl.M. Luc Thévenoz (FN 17), S. 124.

³⁴ Vgl. Luc Thévenoz, *Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye*, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Zürich 2007, S. 51–105, 64.

gen, und dass die Person, die als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden muss, als Trustee handelt³⁵. Soweit eine derartige öffentliche Urkunde vorliegt, ist es nicht notwendig, dass das *trust settlement* selbst öffentlich beurkundet ist.

Ein Trust kann auch zu Lebzeiten des Begründers gegründet werden, ohne dass Letzterer an der Gründung formell teilnimmt. Der *trust deed* ist durch den Trustee formalisiert, der bestätigt dass die Güter übertragen worden sind und der Trust gegründet wurde (*trust declaration*). Das Verpflichtungsgeschäft für die Grundstücksübertragung auf den Trustee ist sozusagen die Bestätigung des Trustees. Wenn ein sich in der Schweiz befindliches Grundstück zu den Gütern gehört, die auf den Trustee übertragen werden müssen, bin ich der Ansicht, dass man die *trust declaration* auf dieselbe Art und Weise wie einen *trust settlement* behandeln muss. Um die öffentliche Beurkundung zu vermeiden, müssen der Begründer und der Trustee eine separate öffentliche Urkunde aufsetzen lassen können, die die Übertragung des Grundstückseigentums regelt.

Wenn der Trust beim Tod des Begründers gebildet wird und seine letztwillige Verfügung als solche den *trust deed* darstellt, so nimmt der Trustee an der Gründung nicht formell teil. In diesem Fall stellt die letztwillige Verfügung das Verpflichtungsgeschäft für die Grundstücksübertragung auf den Trustee dar. Sie bedarf zu ihrer Verbindlichkeit der im Erbrecht vorgeschriebenen Formen (Art. 657 Abs. 2 ZGB), was bedeutet, dass sie formgültig nach dem auf sie anwendbaren Recht sein müssen (Art. 93 IPRG)³⁶.

Wenn der Trustee einen Trust auf Grund einer Verfügung von Todes wegen gründen muss, ist der Trustee die einzige Person, die an der Gründung formell teilnimmt. Diese Lage kann mit der Gründung einer Stiftung auf Grund einer Verfügung von Todes wegen verglichen werden (Art. 493 ZGB). Auch in diesem Fall wird das Eigentum auf Grund der letztwilligen Verfügungen übertragen, und diese bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der im Erbrecht vorgeschriebenen Formen (Art. 657 Abs. 2 ZGB).

Wenn das Verpflichtungsgeschäft die durch das schweizerische Recht festgelegten Formerfordernisse respektiert hat, kann der Trustee im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks eingetragen werden. Die Übertragung des Grundeigentums ist erst ab diesem Moment wirksam (Art. 656 Abs. 1 ZGB).

2. Die Übertragung des Grundstücks an einen Begünstigten

Wenn es im *trust deed* vorgesehen ist, muss der Trustee das Grundstück an einem Begünstigten übertragen. Um gültig durchgeführt zu sein, muss die Übertragung des Grundeigentums vom Trustee auf den Begünstigten die Bedingungen des schweizerischen Rechts erfüllen (Art. 99 Abs. 1 IPRG).

³⁵ EGBA-Wegleitung (FN 2), II.1b, 3. Diese erklärt, dass der *trust deed* der Grundbuchanmeldung nicht beigelegt werden muss.

³⁶ Art. 93 IPRG verweist auf das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anwendbare Recht.

Bei der Übertragung an einen Begünstigten ist der *trust deed* das Verpflichtungsgeschäft für die Grundstücksübertragung. Wie dargelegt³⁷, hängt die Form des *trust deed* von der Art und Weise ab, wie der Trust gegründet worden ist. Wenn er zu Lebzeiten vom Begründer gebildet worden ist, muss er als Vertrag bezeichnet werden und öffentlich beurkundet sein, um gültig zu sein (Art. 657 Abs. 1 ZGB). Soweit der *trust deed* nicht die öffentliche Beurkundung hat, kann gestützt darauf keine Eigentumsübertragung erfolgen. Um dieser Lage abzuwehren, kann der Trustee eine Urkundsperson bitten, eine öffentliche Urkunde auszustellen, die bestätigt, dass das Grundstück zum Vermögen eines formgültig errichteten Trusts gehört und dass der Begünstigte nach dem *trust deed* einen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks hat³⁸. Soweit das auf den Trust anwendbare Recht fordert, dass bevor das Grundstück an den Begünstigten übertragen wird, die Zustimmung von Dritten eingefordert werden muss, muss die öffentliche Urkunde auch erwähnen, dass diese Zustimmung erfolgt ist³⁹.

Wenn das Grundstück an mehrere Begünstigte übertragen ist, so bestimmen sich die Eigentumsverhältnisse der Begünstigten nach deren internen Beziehungen. Diese Frage ist nicht notwendigerweise durch das schweizerische Recht und auch nicht durch das auf den Trust anwendbare Recht geregelt. Die EGBA-Wegleitung⁴⁰ enthält darüber meines Erachtens einen Fehler, wenn sie sich auf das auf den Trust anwendbare Recht oder auf das schweizerische Miteigentum bezieht, um die Beziehungen zwischen mehreren Begünstigten zu regeln.

3. Der Verkauf des Grundstücks an einen Dritten

Als Eigentümer des Trustvermögens hat der Trustee darüber ein Verfügungsrecht. Aber seine Verfügungsfreiheit ist nicht unbeschränkt: Der Verkauf eines Trustgutes kann nur gemäss *trust deed* und in den Grenzen des auf den Trust anwendbaren Rechts durchgeführt werden (Art. 8 Abs. 2 lit. d HTÜ). Für ein in der Schweiz befindliches Grundstück untersteht die Eigentumsübertragung immer dem schweizerischen Recht (Art. 99 Abs. 1 IPRG).

Wenn sich eine Anmerkung im Grundbuch befindet, so gilt die Tatsache, dass das Grundstück zu einem Trustvermögen gehört, als allen bekannt (vgl. Art. 970 Abs. 4 ZGB). Ein Erwerber des Grundstücks kann folglich nicht einwenden, dass er nicht gewusst hat, dass das Grundstück zu einem Trustvermögen gehörte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Wenn der Trustee unberechtigt über das Grundstück verfügt hat, können die Begünstigten des Trusts ihre Rechte auf das Grundstück im Rahmen eines Vindikationsverfahrens geltend machen, sofern sie dazu nach dem auf den Trust anwendbaren Recht legitimiert sind.

³⁷ Siehe vorstehend IV.C.1.

³⁸ EGBA-Wegleitung (FN 2), II.5, 4.

³⁹ EGBA-Wegleitung (FN 2), II.5, 4.

⁴⁰ EGBA-Wegleitung (FN 2), II.5, 4.

Findet sich keine Anmerkung im Grundbuch, so wird jeder gutgläubige Erwerber in seinem Erwerb geschützt, selbst wenn der Trustee gemäss *trust deed* oder dem auf den Trust anwendbaren Recht nicht berechtigt war, ihm das Grundstück zu verkaufen (Art. 149d Abs. 3 IPRG; Art. 973 Abs. 1 ZGB). Das schweizerische Recht geht diesbezüglich einem allfälligen nach dem auf den Trust anwendbaren Recht bestehenden Anspruch auf Herausgabe bzw. Rückübertragung eines durch den Trustee pflichtwidrig veräusserten Grundstückes vor, bestimmt doch Art. 11 Abs. 3 lit. d Satz 2 HTÜ, dass die Rechte und Pflichten eines Dritten, der das Vermögen des Trusts in seinem Besitz hat, weiterhin dem durch die Kollisionsnormen des angerufenen Gerichts bestimmten Rechts unterstehen. Dingliche Rechte an Grundstücken in der Schweiz unterstehen dem schweizerischen Recht (Art. 99 Abs. 1 IPRG). Da dieses den gutgläubigen Erwerber schützt (Art. 149d Abs. 3 IPRG; Art. 973 Abs. 1 ZGB), können die Begünstigten ihr nach dem auf den Trust anwendbaren Recht allfällig bestehendes Folgerecht (*tracing right*) in der Schweiz nicht als Rückübertragungsanspruch durchsetzen, wenn der Erwerber gutgläubig ist. Die Begünstigten können in einem solchen Fall nur gegen den Trustee vorgehen, mit einer Klage auf Schadenersatz, da dieser widerrechtlich über das Grundstück verfügt und damit seine sich aus dem Trust(-recht) ergebenden Pflichten verletzt hat (*breach of trust*).

4. Der Trusteewechsel

Wenn der Trustee seinen Rücktritt erklärt, stirbt oder abberufen wird, wird er grundsätzlich durch den vom Begründer bezeichneten Ersatztrustee ersetzt. In diesem Fall erwirbt der durch den Begründer bezeichnete Ersatztrustee das Grundstückseigentum auf derselben Basis wie sein Vorgänger. Die Eigentumsübertragung eines Trustees auf den anderen wird vom schweizerischen Recht geregelt (Art. 99 Abs. 1 IPRG). Um gültig durchgeführt zu werden, muss sie folglich die durch das schweizerische materielle Recht festgelegten Bedingungen einhalten.

Der neue Trustee muss als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden (Art. 656 Abs. 1 ZGB). Diese Eintragung kann nur durchgeführt werden, wenn das Verpflichtungsgeschäft für die Grundstücksübertragung die durch das schweizerische materielle Recht festgelegten Bedingungen einhält. Wenn der Trust auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Begründers (*testamentary trust*) gebildet worden ist, sollte die Formgültigkeit der letztwilligen Verfügungen gegeben sein (Art. 657 Abs. 2 ZGB; Art. 93 IPRG). Wenn der Trust aber unter Lebenden vom Begründer (*inter vivos trust*) gebildet worden ist, werden das *trust settlement* oder die *trust declaration* wohl als Verträge aus schweizerischer Sicht qualifiziert. Sie bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 119 Abs. 3 IPRG; Art. 657 Abs. 1 ZGB). Wenn dies nicht der Fall ist, so hat – wie dargelegt⁴¹ – der Begründer mit dem Trustee in einer separaten Urkunde die Übertragung des Grundstückseigentums zu regeln. Wenn der

⁴¹ Siehe vorstehend IV.C.1.

Begründer einen Ersatztrustee vorsieht, kann dieser ausdrücklich in dieser Urkunde erwähnt werden. Auf diese Weise kann sich der Ersatztrustee direkt auf diese Urkunde beziehen, ohne dass eine neue öffentliche Urkunde erstellt werden muss. Wenn der Ersatztrustee in der von der Urkundsperson zum Zeitpunkt der Einsetzung des ersten Trustees erstellten Urkunde nicht erwähnt wird, kann der Trustee – beziehungsweise der Ersatztrustee bei Tod des Trustees – eine Urkundsperson bitten, eine öffentliche Urkunde auszufertigen, die feststellt, dass das Grundstück zu einem Trustvermögen gehört, dass der Trustee seinen Rücktritt erklärt hat, abberufen wurde oder gestorben ist, und dass der Ersatztrustee berechtigt ist, ihn gemäss dem *trust deed* zu ersetzen⁴².

Wenn der Ersatztrustee aufgrund des Todes des ersten Trustees sein Amt übernimmt, muss er seine Eintragung im Grundbuch direkt anmelden können (Art. 12 HTÜ; Art. 963 Abs. 1 ZGB). Er kann sich eben auf ein gültiges Verpflichtungsgeschäft stützen, nämlich jenes, das als Grundlage für die Eigentumsübertragung auf den ersten Trustee gedient hat. Meiner Meinung nach ist es dasselbe, wenn der zurückgetretene oder abberufene Trustee die Eintragung des Ersatztrustees im Grundbuch nicht fordert⁴³. Der Ersatztrustee muss in diesem Fall seine Eintragung auch selber erwirken können. Es scheint mir nicht angebracht, dass der Ersatztrustee eine gerichtliche Entscheidung, die seine Eigentümerqualität feststellt, erwirken muss (siehe Art. 665 Abs. 1 ZGB). Die GBV sollte um die Möglichkeit des Trustees ergänzt werden, seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch zu beantragen. Dabei ist unerheblich, ob er der erste Trustee oder ein Ersatztrustee ist. Dieses Recht ergibt sich direkt aus Art. 12 HTÜ.

Wenn der *trust deed* keinen Ersatztrustee vorsieht, so hängt die Ernennung eines Ersatztrustees vom anwendbaren Recht ab (Art. 8 Abs. 2 lit. a HTÜ). Je nachdem kann etwa der zurücktretende Trustee, der Protector oder die zuständige Behörde einen Ersatztrustee bezeichnen. In diesem Fall ergibt sich das Eigentumsrecht des neuen Trustees direkt aus der Ernennungsentscheidung. Es ist also meiner Meinung nach nicht notwendig, dass er sich das Eigentum des Grundstücks durch einen Richter zuteilen lässt⁴⁴. Der zurücktretende Trustee – beziehungsweise der Ersatztrustee beim Tod des Trustees oder wenn dieser die Eintragung des neuen Trustees nicht anmeldet – muss auf Grund der Ernennung die Eintragung des neuen Trustees im Grundbuch beantragen. Meiner Meinung nach muss der Ersatztrustee seine Eintragung auf Grund der Ernennung immer selber erwirken können, denn die Übertragung von dem Trustvermögen ergibt sich aus dieser Entscheidung⁴⁵. Die Eintragung des neuen Trustees

⁴² EGBA-Wegleitung (FN 2), II.6 b) und d), 5.

⁴³ Die Verpflichtung, die notwendigen Formalitäten für die Übertragung der Güter durchzuführen, wird im Prinzip im *trust deed* unter den Pflichten des Trustees spezifiziert.

⁴⁴ Eine solche Entscheidung könnte übrigens nur einem schweizerischen Richter am Ort des Grundstücks ausgehen (Art. 97 IPRG; Art. 16 Ziff. 1 lit. a LugÜ).

⁴⁵ Entgegen der EGBA-Wegleitung (FN 2), II.6c, 5.

muss, jedenfalls wenn die Ernennungsentscheidung von einer Autorität ausgeht, ohne Mitwirkung des zurücktretenden Trustees möglich sein (Art. 665 Abs. 2 ZGB, Art. 963 Abs. 2 ZGB). Wenn die Ernennung von einer ausländischen Behörde ausgeht, muss die Entscheidung zuerst in der Schweiz anerkannt werden⁴⁶. Wenn die Ernennung nicht durch eine Behörde genommen worden ist, wird konsequenterweise wohl eine öffentliche Urkunde zu fordern sein, die feststellt, dass der Trustee seinen Rücktritt erklärt hat, abberufen wurde oder gestorben ist, dass die Person, die den neuen Trustee ernannt hat, gemäss *trust deed* oder dem auf den Trust anwendbaren Recht das Recht hatte, diese Ernennung vorzunehmen, und dass der Ersatztrustee berechtigt ist, den Trustee zu ersetzen. Wenn es sich um eine ausländische öffentliche Urkunde handelt, muss sie in der Schweiz zuerst anerkannt werden⁴⁷. Die Anerkennungsentscheidung muss der Grundbuchanmeldung beigelegt werden. Die GBV sollte angepasst werden, um klarzustellen, dass der Ersatztrustee seine Eintragung im Grundbuch selber fordern kann.

Wenn ein Trust nur über einen Trustee verfügt und dieser nicht ersetzt werden kann, so muss der Trust aufgelöst werden⁴⁸.

Das Schicksal des Trustvermögens beim Tod des (einzigen) Trustees hängt vom auf den Trust anwendbaren Recht ab (Art. 8 HTÜ) und nicht vom auf den Nachlass des Trustees anwendbaren Recht⁴⁹. Diese Frage muss also aufgrund der Regeln gelöst werden, die im ausländischen auf den Trust anwendbaren Recht enthalten sind. Wenn zum Beispiel der Trustee bei seinem Tod in der Schweiz seinem Wohnsitz hat, wird sein Nachlass grundsätzlich dem schweizerischen Recht unterstehen (Art. 90 Abs. 1 IPRG), während der Trust durch das vom Begründer gewählten ausländischen Recht geregelt wird (Art. 6 Abs. 1 HTÜ), wie zum Beispiel das englische Recht. Es ist in diesem Fall das englische Recht – und nicht das schweizerische Recht – das bestimmen wird, wer dem Trustee in das Trustvermögen folgen wird⁵⁰. Diese Dichotomie der anwendbaren Rechte erklärt sich dadurch, dass das Trustvermögen ein Sondervermögen des

⁴⁶ Das Anerkennungsverfahren wird jenes sein, das in Art. 25 ff. IPRG vorgesehen ist, wenn die Entscheidung nicht in einem Vertragsstaat des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen vom 16. September 1988 (Lugano Übereinkommen, LugÜ) ergangen ist. Die indirekte internationale Zuständigkeit der ausländischen Behörde wird gemäss Art. 149e IPRG insbesondere dann gegeben sein, wenn die Entscheidung im Staat ergangen ist, dessen Recht der Trust untersteht. Wenn die Entscheidung in einem LugÜ Vertragsstaat ergangen ist, erfolgt die Anerkennung gemäss Art. 25 LugÜ automatisch.

⁴⁷ Das Anerkennungsverfahren wird jenes sein, das in Art. 25 ff. IPRG vorgesehen ist, wenn die öffentliche Urkunde nicht in einem LugÜ Vertragsstaat ergangen ist, beziehungsweise jenes des Art. 50 LugÜ, wenn sie in einem LugÜ Vertragsstaat ergangen ist. Siehe nachstehend IV.C.5.

⁴⁸ Die EGBA-Wegleitung (FN 2), II.6d, 5, enthält hierzu einen Fehler.

⁵⁰ Das auf den Trust anwendbare Recht wird im Prinzip eine Regel enthalten, nach der der *trust deed* in dieser Beziehung entscheidend ist. Ein *trust deed* sieht in der Regel eine Klausel für den Trusteewechsel vor.

Trustees darstellt, das von seinem persönlichen Vermögen getrennt ist und ein von diesem unabhängiges Schicksal hat. So sehen die Trustrechte regelmässig vor, dass das Trustvermögen beim Tode des Trustees nicht zu seinem Nachlass gehört (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. c HTÜ). Die Erben des Trustees und seine Nachlassgläubiger haben keinen Anspruch auf das Trustvermögen. Das Schicksal des Trustvermögens beim Tod des Trustees hängt alleine davon ab, was das auf den Trust anwendbare Recht vorsieht⁵¹.

5. Die Auflösung des Trusts

Der Trust läuft im Prinzip nach Ablauf der im *trust deed* vorgesehenen Laufzeit ab (*trust period*), oder wenn es im Trustvermögen keine Aktiven mehr gibt. Er kann aber auch durch eine gerichtliche Entscheidung gelöscht werden. Es ist nämlich möglich, einen Richter anzurufen, um feststellen zu lassen, dass ein Trust die Errichtungs- oder Verwaltungsbedingungen nicht einhält (*sham trust*)⁵². Wenn das Trustvermögen mehrere Güter (bewegliche Sachen oder Grundstücke) enthält, wird jedes Gut individuell übertragen. Es handelt sich nicht um einen Fall von Universal-sukzession.

Nach Ablauf der *trust period* werden die im Trustvermögen verbliebenen Güter gemäss *trust deed* verteilt. Dieser bestimmt im Prinzip, an welchem Endbegünstigten die verbliebenen Güter verteilt werden müssen. Wenn ein Grundstück im Trustvermögen bleibt, wird er an diesem Endbegünstigten übertragen, indem dieselben Bedingungen wie für jeden anderen Begünstigten einhalten werden⁵³.

Im besonderen Fall eines vom Richter nichtig erklärten Trusts wird das Trustvermögen angesehen, als ob es nie auf den Trustee übertragen wurde. Die Grundbucheintragung muss geändert werden, um den vom Richter bezeichneten Grundstückseigentümer auszuweisen. Es kann sich entweder um den Begründer, dessen Vermögen das Grundstück nie verlassen hat, oder um einen Dritten (wie zum Beispiel den Nachlass des Begründers oder einen Erben, der die Löschung des Trusts und die Zuteilung des Grundstücks in der Erbteilung erhalten hat) handeln. In diesem Fall

⁵¹ Übrigens ist es das Gleiche bei der Scheidung des Trustees: Sein Ehegatte hat auf das Trustvermögen keinen Anspruch, weil es nicht zum ehelichen Vermögen gehört (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. c HTÜ).

⁵² Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn aus dem *trust deed* hervorgeht, dass der Begründer keinen Willen hatte, einen Trust zu schaffen, unter Berücksichtigung der Verfügungsmacht, die er über das Trustvermögen behalten hat und insbesondere der Instruktionen, die er dem Trustee betreffend die Verwaltung des Trustvermögens gibt. Hat er bezüglich eines Grundstücks etwa die Eintragung im Grundbuch in seinem Namen belassen, so untermauert dies den fehlenden Willen, sein Eigentum am Grundstück auf den Trustee zu übertragen. Vgl. z.B. zwei einschlägige Entscheide des Jersey Royal Court vom 11. Juni 1991, *Rahman v. Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited*, [1991] JLR 103, und vom 13. Juni 2003, *Grupo Torras SA and another v. Sheikh Fahad al Sabah and others*, [2003] JLR 188.

⁵³ Siehe vorstehend IV.C.2.

gründet sich die Eigentumsübertragung auf ein Urteil. Wenn es von einer ausländischen Behörde ausgeht, muss es in der Schweiz anerkannt werden⁵⁴. Der neue Eigentümer kann gestützt darauf seine Eintragung im Grundbuch direkt erwirken (Art. 665 Abs. 2 ZGB; Art. 963 Abs. 2 ZGB).

Die EGBA-Wegleitung präzisiert, dass die Anmerkung bei Auflösung des Trusts ohne ausdrücklichen Antrag von Amtes wegen gelöscht werden kann⁵⁵.

V. Schlussfolgerungen

Dieser Beitrag zeigt, dass die Behandlung der Grundbucheintragungen bezüglich eines im Trustsvermögen enthaltenen Grundstücks nicht klar geregelt ist. Die EGBA-Wegleitung hilft auch nicht weiter. Dies verursacht eine grosse Rechtsunsicherheit, welche schnell durch Anpassung des Grundbuchrechts behoben werden sollte. Insbesondere muss die Rechtslage des Trustees geklärt werden, um es deutlich zu machen, dass er in allen Fällen die Eintragung seiner Eigentümerqualität im Grundbuch selber fordern kann. Der erste Trustee muss ohne Rücksicht auf die Tatsache, ob der Begründer noch lebt oder nicht, seine Eintragung im Grundbuch erwirken können. Jeder andere Trustee – insbesondere ein Ersatztrustee – muss ebenfalls seine Eintragung im Grundbuch beantragen können, und zwar ohne Rücksicht auf die Tatsache, ob der erste Trustee noch lebt. Das Recht des Trustees, seine Eigentümereintragung selber im Grundbuch fordern zu können, ergibt sich direkt aus Art. 12 HTÜ und gilt für alle Staaten, die das HTÜ ratifiziert haben. Das schweizerische Grundbuchrecht sollte anpassen werden, um Art. 12 HTÜ Nachachtung zu verschaffen. Dieses sieht im Übrigen bereits heute mehrere Fälle vor, wo der Eintragungsantrag von einer anderen Person als dem Eigentümer gemacht werden kann. Der Trustee darf hinsichtlich jener anderen Personen – wie beispielsweise eines Erben des Eigentümers oder einer Person, die eine gerichtliche Entscheidung hat – nicht benachteiligt sein.

Die erste angestrebte Zielsetzung der HTÜ-Ratifizierung war die verstärkte Rechtsicherheit in der Schweiz. Der Entscheid, das Übereinkommen zu ratifizieren, gründete namentlich auf der Einsicht, dass der Trust mit dem schweizerischen Recht nicht unvereinbar ist. Man darf aber auf halbem Weg nicht anhalten, sondern muss die schweizerische Rechtsordnung entsprechend anpassen, um die Unsicherheit, mit der sich nicht zuletzt die Grundbuchverwalter konfrontiert sehen, zu beseitigen.

⁵⁴ Siehe FN 47.

⁵⁵ EGBA-Wegleitung (FN 2), II.7, 6.