

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	73 (1954)
Artikel:	Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?
Autor:	Gubler, Friedrich T.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895801

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 06.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

**Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach
Einführung des Instituts der angelsächsischen
Treuhand (trust)?**

Referat von
Dr. Friedrich T. Gubler,
Rechtsanwalt, Winterthur

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Kapitel 1:

Von der elementaren Idee der Treuhand

I. Der Gebrauch des Wortes Treuhand	217a
1. Die verschiedenen Bedeutungen	217a
§ 1. Die Metapher S. 217a. § 2. Die Berufsbezeichnung S. 218a. § 3. Der Rechtsbegriff S. 218a.	
2. Die Terminologie des Bundesgerichtes	220a
§ 4. Die Anerkennung der Berufsbezeichnung S. 220a § 5. Die Treuhand als Oberbegriff S. 221a.	
3. Die Terminologie in Gesetz und Lehre	224a
§ 6. Die Verwendung in der Gesetzessprache S. 224a § 7. Die Bezeichnung « Quasitreuhand » S. 224a.	
II. Die Grundform der Treuhand	226a
1. Die systematische Einreihung	226a
§ 8. Die Treuhand als Geschäftsbesorgung S. 226a § 9. Die Legitimation aus eigenem Recht als Merkmal S. 226a	
2. Die Vorbilder	228a
§ 10. Die fiduziarische Übereignung im römischen Recht S. 228a. § 11. Die germanische Treuhand S. 228a.	
3. § 12. Die elementare Idee	229a
III. Die Anwendung der Treuhand	230a
1. Die Universalität der Treuhand	230a
§ 13. Die gebräuchliche Einteilung in Verwaltungs- und Sicherungstreuhänd S. 230a. § 14. Kritik S. 232a	
2. Die drei Hauptfunktionen	234a
§ 15. Verbergen S. 234a. § 16. Circum venire S. 236a § 17. Pignoris causa S. 238a	
3. Die speziellen Funktionen	240a
§ 18. Stärkung der Stellung des Vertreters S. 240a § 19. Ausschluß des Berechtigten von der Verwal- tung S. 241a. § 20. Beteiligung mehrerer am Nutzen S. 242a. § 21. Konzentration der Verwaltung S. 244a § 22. Neutralisierung S. 244a. § 23. Wiederherstellung S. 244a	

Kapitel 2 :

Die beiden historischen Erscheinungsformen der Treuhand

	Seite
I. Die Fiduzia	246a
§ 24. Das Wesen der Fiduzia S. 246a. § 25. Die Zulässigkeit der Fiduzia S. 249a. § 26. Der fiduziarische Vertrag S. 254a. § 27. Die Rechte des Fiduzianten und Begünstigten: gegen den Fiduziaren S. 256a; gegen seine Konkursmasse S. 259a; gegen Dritte S. 265a	
II. Der Trust	266a
1. Definition	266a
§ 28. Die Schwierigkeiten der Begriffsbestimmung S. 266a. § 29. Die Bindung des Begriffs an das System S. 270a	
2. Equity	270a
§ 30. Die beiden getrennten Normenkreise S. 270a	
§ 31. Das Aufkommen der Equity Courts S. 271a	
§ 32. Die Maximen S. 274a	
3. § 33. Die Klassifikation	276a
4. Die Errichtung	279a
<i>a) Der express trust</i>	279a
§ 34. Die Willenserklärung S. 279a. § 35. Die Elemente S. 280a. § 36. Die Formfreiheit S. 282a. § 37. Freiheit des Zweckes und Beschränkungen S. 283a. § 38. trust property S. 284a	
<i>b) Der resulting trust</i>	285a
§ 39. Wie er entsteht S. 285a. § 40. Seine Funktion S. 286a	
<i>c) Der constructive trust</i>	287a
§ 41. Wie er entsteht S. 287a. § 42. Die Definition S. 289a. § 43. Seine Funktion beim express trust S. 290a. § 44. Bei anderen fiduziarischen Rechtsverhältnissen S. 293a. § 45. Als Mittel der Wiederherstellung allgemein S. 294a	
5. Die Verwaltung	296a
<i>a) § 46. Die Mitwirkung der Gerichte</i>	296a
<i>b) Die Pflichten und Rechte des trustee</i>	299a

§ 47. Die gerichtlichen Instruktionen S. 299a.	
§ 48. Die Loyalitätspflicht und daraus folgende spezielle Pflichten, insbesondere die Haftung des trustee S. 300a. § 49. Die Befugnisse des trustee S. 303a	
6. Der Schutz des Benefiziars	304a
a) <i>Die verfahrensrechtliche Stellung.</i>	304a
§ 50. Klagen at law S. 304a. § 51. Die equitable remedies S. 305a. § 52. Die Aktivlegitimation des Benefiziars und des trustee S. 305a	
b) <i>Die Ansprüche gegen den trustee</i>	306a
§ 53. Die Durchsetzung der Pflichten des trustee S. 306a. § 54. Die Realerfüllung S. 307a. § 55. Die dingliche Surrogation S. 308a. § 56. Die Subrogation S. 311a. § 57. Verbot des Gewinnes durch den trustee S. 311a. § 58. Das Wahlrecht des Benefiziars S. 312a	
§ 59. Die Schadenersatzklage gegen den trustee S. 313a	
c) <i>Die Ansprüche gegen Dritte</i>	314a
§ 60. Der Dritterwerber S. 314a. § 61. Der Schutz des guten Glaubens S. 316a. § 62. Der Schadenersatzspruch gegen den Dritten S. 317a. § 63. Das Aussonderungsrecht S. 319a	
d) <i>Weitere Schutzeinrichtungen</i>	319a
§ 64. Der Schutz durch die Bestellung mehrerer trustees S. 319a. § 65. Strafrechtliche Sanktionen S. 320a	
e) <i>Voraussetzung und Grenzen des Verfolgungs-rechtes</i>	320a
§ 66. Die Grenzen des Verfolgungsrechtes: Die bona fide purchaser rule S. 320a; die doctrine of estoppel und reputed ownership S. 328a. § 67. Die Voraussetzung des Verfolgungsrechtes: Die Identifikation S. 332a	
7. Die Haftung gegenüber Dritten	338a
§ 68. Die Haftung des trustee S. 338a. § 69. Das Zugriffsrecht des Dritten auf das Treugut S. 340a.	
§ 70. Die Haftung des Benefiziaren S. 342a	
8. § 71. Die Beendigung	344a

Kapitel 3:

Die Unvereinbarkeiten des trust mit dem schweizerischen Recht

	Seite
§ 72. Die Fragestellung	348a
I. Die materiellrechtlichen Probleme	349a
1. Die primären dogmatischen Hindernisse	349a
a) <i>Der Eigentumsbegriff</i>	349a
§ 73. Dual ownership S. 349a. § 74. Der Eigentumsbegriff des schweizerischen Zivilrechts S. 351a.	
b) <i>Dingliche Beschränkungen</i>	353a
§ 75. Der Grundsatz der Verfügungsfreiheit S. 353a.	
§ 76. Dingliche Beschränkungen als Folge der gesetzlichen Vertretung, insbesondere der Willensvollstreckung S. 354a. § 77. Als Folge eines beschränkten dinglichen Rechts, insbesondere der Nutznießung, und der Nacherbschaft S. 356a. § 78. Der numerus clausus S. 360a.	
c) <i>Das Publizitätsprinzip</i>	363a
§ 79. Die Funktionen der Publizität S. 363a. § 80. Der Schutz des Drittgläubigers S. 366a. § 81. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers S. 369a. § 82. Speziell im Immobiliarsachenrecht S. 373a. § 83. Speziell im Mobiliarsachenrecht S. 375a. § 84. Konklusion S. 376a.	
d) <i>Dingliche Surrogation und Subrogation</i>	378a
§ 85. Die dingliche Surrogation im angloamerikanischen Recht S. 378a. § 86. Ihre Voraussetzungen im schweizerischen Recht S. 380a. § 87. Verdeckte Stellvertretung und dingliche Surrogation nach OR 401 S. 382a. § 88. Die dingliche Surrogation bei Sondervermögen und bei der Nutznießung S. 384a. § 89. Identifikationserleichterungen S. 386a. § 90. Subrogation S. 387a.	
e) <i>Die Frage des Widerrufs</i>	388a
§ 91. Das Verhältnis der Treuhand zu Vollmacht und Auftrag S. 388a. § 92. Der Widerruf durch den Treugeber S. 390a. § 93. Durch den Treuhänder S. 394a. § 94. Durch die Begünstigten S. 395a.	

	Seite
2. Die sekundären systematischen Hindernisse	397a
a) <i>Kollisionen im Familien-Güterrecht</i>	397a
§ 95. Eheliches Güterrecht S. 397a. § 96. Vormundschaftsrecht S. 398a. § 97. Erbschaftsrecht S. 400a.	
b) <i>Auswirkungen im Sachenrecht</i>	404a
§ 98. Nutznießung S. 404a. § 99. Pfandrecht S. 404a.	
c) <i>Die Funktionen des constructive trust</i>	407a
§ 100. Der constructive trust als Mittel der Wiederherstellung S. 407a. § 101. Das Problem rechtsgleicher Behandlung S. 410a.	
d) <i>Auswirkungen im Gesellschaftsrecht</i>	413a
§ 102. Der trust als Sondervermögen S. 413a.	
§ 103. Speziell zur Umgehung des Korporationsrechtes S. 414a.	
II. Die formellrechtlichen Probleme	417a
1. Die Rolle des Richters	417a
§ 104. Die Funktionen des equity-Richters S. 417a.	
§ 105. Die Notwendigkeit der Änderung unserer Justiz S. 420a.	
2. Das Problem der Kodifikation	422a
§ 106. Reception, Copie, funktionelle Annäherung S. 422a. § 107. Die Schranken richterlichen Rechtes S. 424a. § 108. Schwierigkeiten der Kodifizierung S. 425a. § 109. Gesetzgebung zur funktionellen Annäherung eigener Rechtseinrichtungen S. 430a.	
 Kapitel 4:	
Die rechtspolitischen Folgerungen	
§ 110. Das Gesetz der juristischen Ökonomie	431a
I. Die Lösungen in unserem Recht	433a
§ 111. Die Stiftung S. 433a. § 112. Nutznießung und Nacherbschaft S. 438a. § 113. Testamentsvollstreckung und andere Fälle gesetzlicher Vertretung S. 440a. § 114. Ermächtigung und Formallegitimation S. 441a. § 115. Vertragliche Konstruktionen S. 442a. § 116. Die Fiduzia S. 444a.	

II. Die Umfrage in Kreisen der Wirtschaft	Seite 445a
§ 117. Der Notstand als Voraussetzung der Einführung des trust S. 445a. § 118. Die Kreise der Wirtschaft verneinen die Bedürfnisfrage S. 448a.	
III. Die Postulate	456a
1. Der Ausbau der Fiduzia	456a
§ 119. Die Aussonderung S. 456a. § 120. Analogie zur rule of estoppel S. 458a.	
2. Der Ausbau der Stiftung	460a
§ 121. Das Verbot der Familienunterhaltsstiftung S. 460a. § 122. Die ratio legis S. 461a. § 123. Die zeitliche Beschränkung S. 462a. § 124. Der Vorbehalt des Pflichtteilsrechts S. 464a. § 125. Die funktionelle Annäherung an den trust S. 466a.	
IV. Konklusionen	467a
Literaturverzeichnis	470a

Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?¹

Referat von
Dr. Friedrich T. Gubler,
Rechtsanwalt, Winterthur

Was die Jurisprudenz mit den gegebenen
Mitteln und Begriffen zu Wege bringen kann,
dafür soll sie keine neuen schaffen².

¹ Der Titel (vom Vorstand des schweizerischen Juristenvereins formuliert) wirft zwei Fragen auf. Das schweizerische Recht verfügt nicht über ein dem trust des anglosächsischen Rechtes analoges Institut. Ist das eine Lücke, die eine gesetzgeberische Maßnahme verlangt? Das ist eher ein metajuristisches Problem. Die zweite Frage ist eine rechtsdogmatische. Kann der anglosächsische trust mit den ihn charakterisierenden, besonderen Rechtsfolgen in unser Recht übernommen werden? Die Frage nach dem Bedürfnis erheischt eine Untersuchung über das Wesen der treuhänderischen Rechtsfigur und der Funktionen, denen sie dient. Dieser Untersuchung ist das erste Kapitel gewidmet. Das zweite Kapitel enthält Beschreibungen der beiden historischen Erscheinungsformen der Treuhand, einen Abriß der Fiduzia, die unser Recht kennt, und einen Abriß des angloamerikanischen trust. Diese Darstellungen bilden die Grundlage für das dritte Kapitel. Darin werden die rechtsdogmatischen Probleme einer Reception des trust in unser Recht auseinandergesetzt. Im vierten Kapitel schließlich werden die rechtspolitischen Folgerungen gezogen.

² Rudolf von Ihering, Geist des römischen Rechtes (4. A. Leipzig 1888) III 1. T. 242 im Kapitel über die «Technik des älteren Rechts». Nach den Ausführungen über den Anteil der Jurisprudenz an der Schaffung der Rechtsordnung und nach einer Charakteristik

des älteren Rechtes folgen die heute noch fesselnden Darlegungen über die «juristische Kunst». Es ist eine «juristische Schöpfungsgeschichte», ein «Bericht über das, was bei der ursprünglichen Bildung der Grundbegriffe des Rechts geschehen ist». Als ein Hauptprinzip bezeichnet Ihering die juristische Ökonomie, das Gesetz der logischen Sparsamkeit. Es handle sich um die «Verwendung von Rechtssätzen und Rechtsinstituten, welche dieselben einem Zwecke dienstbar macht, für die sie zwar ihrer Intention nach nicht bestimmt sind, der ihnen aber doch nicht widerstrebt». Unter den Beispielen wird auch die fiducia, die Figur des reinen Rechtsträgers, «ein bloßer Figurant zur Erreichung von Rechtszwecken, die mit seiner Person nichts zu tun haben», eingereiht als einer der Fälle der «Bestreitung der Bedürfnisse auf einfachem Wege». Dieser Gruppe werden die Schleichwege des Rechts einerseits und die Scheingeschäfte andererseits gegenübergestellt. Die Abgrenzung der Fiduzia gegen die Schleichwege und die Scheingeschäfte ist heute noch üblich. Vgl. z.B. von Tuhr/Siegwart 28, 263 ff.; Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht (4.A. Zürich 1948) 101 ff.; Oser/Schönenberger OR 17 N 24, OR 18 N 9 usw.; Klausung 386 II 1.

* * *

Meinem Mitarbeiter, Dr. Heinz Kundert, der die kaum übersehbare Literatur sichtete und einen wertvollen Anteil an der Ausarbeitung des Referates hat, danke ich herzlich. Ich bin auch Herrn Prof. Dr. Dölle verpflichtet, der in liebenswürdiger Weise die umfassende Dokumentation des Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht in Tübingen offenhielt.

Kapitel 1

Von der elementaren Idee der Treuhand

I. Der Gebrauch des Wortes Treuhand

1. Die verschiedenen Bedeutungen

§ 1. Das Wort Treuhand wird in der Schweiz häufig und für die verschiedensten Tatbestände gebraucht¹. Ganz allgemein wird es zur Bezeichnung irgendeines weitgefaßten Verhältnisses eingesetzt, das sich dadurch kennzeichnet, daß irgendein wirtschaftliches oder ein geistiges Gut «in Treue» bewahrt, verwaltet, verteidigt oder gefördert werden soll. So kann sich etwa eine politische Partei als Treuhänderin politischer Gedanken und Ziele, mit denen sie sich von anderen Parteien unterscheidet, preisen. Irgend ein Verein «verwaltet» treuhänderisch ein «kulturelles Erbe» usf. Das Wort tönt voll im Ohr und ruft Empfindungen des Vertrauens. Es hat den funkelnden Glanz der Metapher².

¹ Weiser 45: “In no other country is there so great a contrast as in Switzerland between the abundant lip-service done to the terms ‘Treuhänder’ and ‘Treuhand’ and the scanty traces of a serious attempt to arrive at anything that may be properly described as trust-like, either in practice or in theory.”

² Vgl. Maitland, Trust und Corporation 75. – Wenn die Besetzungsmacht in Deutschland und in staatlichen Verlautbarungen als Treuhänder der Völkergemeinschaft erklärt wird, so liegt dieser Metapher allerdings eine politische Realität zugrunde mit eingreifenden staats- und privatrechtlichen Wirkungen. (Vgl. dazu H.A. Schwarz.) Die Verwendung der Bezeichnung Treuhänder im Staatsrecht ist keineswegs neu. Ein Gesetz hat seinerzeit bestimmt, daß die Herrschaft, die die Ostindische Compagnie in Indien erworben hatte, «in trust» für die Krone von Großbritannien gehalten sei. Amerikanische Richter haben ausgesprochen, daß die Vereinigten Staaten die Souveränität von Kuba als «trustees»

§ 2. Schon um einiges konkreter sind die aus der Sprache des Geschäftslebens stammenden Bezeichnungen «Treuhandwesen», «Treuhandgesellschaft». Juristisch nichts sagend, wenn nicht irreleitend, umgreifen sie verschiedenste Tatbestände. Jeder Versuch einer genauen Begriffsbestimmung scheitert. Auch die Charakterisierung der wirtschaftlichen Treuhand durch das Bundesgericht ist genau besehen nicht geeignet, rechtlich relevante Unterscheidungsmerkmale auszubilden³. Sie stellt mehr eine allgemeine Verweisung auf das Vorkommen des Wortes im Geschäftsleben dar, als daß das Phänomen begrifflich gemeistert wäre. Faktisch handelt es sich um eine firmenrechtlich anerkannte Berufsbezeichnung.

§ 3. Auch wenn in der schweizerischen Gesetzgebung das Wort Treuhänder nicht verwendet wird^{3a}, so enthält unsere Zivilrechtsordnung gewisse Rechtsfiguren, und stellt bestimmte Rechtsträger zur Verfügung, die auch von der schweizerischen Doktrin als Treuhänder bezeichnet werden. Damit soll ihnen eine typische rechtliche Qualifikation zugedacht werden. Diese Benennung ist aber um so problematischer, als das Essentiale der Treuhand, als welches sich die Eigentümerstellung des historisch und dogmatisch

für die Kubaner erlangt haben. So hat auch die UNO eine Reihe von Treuhandschaften geschaffen. Eine Untersuchung dieser Gebilde fällt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit. Ebenso die Verwendung des trust zur Begründung der Wirtschaftsmonopole und der Konzentrierung der Unternehmen; vgl. Roth 250 ff.; Hamburger, Konzernrecht, RVH V 221; Engelmann; Corpus Juris secundum 18 (New York 1939) 1257 et seq.: “A voting trust is an agreement among stockholders whereby they pool their stock in the hands of a trustee in order to control the corporation”; 58 (New York 1948) 956/7. Die Bezeichnung der Privatmonopole als trusts (im wirtschaftsrechtlichen Sinne) röhrt von ihrer ursprünglichen zivilrechtlichen Konstruktion als voting trusts (im allgemeinrechtlichen, hier gebrauchten Sinne) her. Heute hat sich jedoch der voting trust zu Monopolzwecken (nicht zur Unternehmenszusammenfassung schlechthin) überlebt.

³ post. p. 220a.

^{3a} Über eine Ausnahme vgl. § 6 Anm. 13.

unverwechselbaren Treuhänders erweist, diesen «Quasi-Treuhändern» ja gerade fehlt. Auch wenn sie funktionell mit der Treuhand verwandt sind, so entbehren sie doch in ihrer rechtlichen Gestalt jener spezifischen rechtlichen Eigenschaften, die konstitutiv für die Treuhand unabdingbar sind⁴.

Schließlich wird die Bezeichnung Treuhand für eine spezifische Rechtslage benutzt, die mit dogmatisch bestimmten Instituten unseres Rechts von den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit geschaffen werden kann und von unseren Richtern Anerkennung und Schutz genießt. Mit der Übertragung von Eigentum und dem dazu gehörigen fiduziarischen Vertrag gelangt jenes ursprüngliche Rechtsverhältnis zur Entstehung, das man im Hinblick auf sein römischi-rechtliches Modell richtigerweise fiduziarisches Rechtsgeschäft nennt. Davon unterscheidet sich wesentlich in seinem inneren Aufbau und in den Rechtswirkungen der anglosächsische trust, auch wenn die Zwecke, derentwegen die Fiduzia einerseits und der trust andererseits historisch entwickelt und im modernen Recht verwendet werden, identisch oder innig verwandt sind.

Der terminologische Aspekt, den man auf solche Weise gewinnt, ist eher konfus⁵. Vom metaphorischen Gebrauch über die verschwenderische Verwendung mit vagen Vorstellungen für berufliche Tätigkeiten hin bis zur streng rechtsbegrifflichen Fassung – wobei die Doktrin und der Richter verschiedene Dinge mit dem gleichen Namen und gleiche Dinge mit verschiedenen Worten bezeichnen – wuchert ein kaum zu rodendes Sprachgestrüpp. Nichtsdestoweniger besteht eine, wenn auch oft nur empfindungsmäßig geübte, so doch althergebrachte Konvention, mit den Bezeichnungen Treuhand und Treuhänder ein elementares Rechtsgebilde zu verstehen, wobei Übereinstimmung

⁴ post. p. 224a ff.

⁵ Rumpf, Archiv für die civilistische Praxis, 119 155, spricht von einer «Verwildierung» des Sprachgebrauchs, von einer «Verwaschenheit» des Treuhandbegriffs.

insbesondere darin herrscht, daß seine Benützung in betonter Weise Vertrauen fordere und auf Vertrauenswürdigkeit angewiesen sei⁶.

2. Die Terminologie des Bundesgerichtes

§ 4. Das Schweizerische Bundesgericht hat in Sachen Klauser c. Eidgen. Amt für das Handelsregister (BGE 68 I 118) festgestellt, das «Treuhandwesen» sei in der Schweiz gesetzlich nicht geregelt. Das Bundesgericht erklärte, daher sei für die Frage, was als «Treuhand» zu gelten habe, die Verkehrsauffassung maßgebend. Nach dieser falle mit dem Begriff «Treuhandunternehmen» nicht schlechthin der Abschluß von Treuhandverträgen im ursprünglichen Rechts Sinn zusammen. Solche Treuhandverträge charakterisiert das BGer. in der denkbar allgemeinsten Weise. Der Treuhänder, wird gesagt, übernehme durch sie in eigenem Namen fremdes Gut zur Verwaltung⁷. Dieser Umschreibung des Treuhandvertrages im Rechtssinne setzt das Bundesgericht die Bedeutung des Wortes Treuhänder nach herrschender Verkehrsauffassung entgegen. Danach ist «Treuhänder derjenige, dem fremdes Gut oder fremde Interessen in irgendeiner Form zur Betreuung übergeben werden». An dieser Ansicht hat das Bundesgericht festgehalten⁸. Für die firmenrechtliche Begriffsabgrenzung, um die

⁶ Der Stoff der folgenden Untersuchung wird begrenzt durch ihren Zweck, zu prüfen, ob der in England entstandene, über Jahrhunderte hin durch richterliches Recht entwickelte und von den Amerikanern über den Atlantik verpflanzte, in ihren Staaten variierte, schließlich im Mutterland und in Nordamerika zum Teil durch gesetztes Recht geordnete trust im schweizerischen Recht eingeführt werden soll. Alle Randerscheinungen werden weggelassen oder nur erwähnt, wenn eine Einzelfrage durch sie in nützlicher Weise beleuchtet wird.

⁷ Vgl. die Definition von A. Schultze in «Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht», Iherings Jahrbücher 43 (1901) 1 ff.: «Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu brauchen.»

⁸ BGE 72 I 125 ff. und dort Zitierte; vgl. Guhl, a.a.O. 116.

es sich dabei handelt, mögen die Kriterien des Bundesgerichtes angehen⁹.

§ 5. In einem neuesten Entscheide vom 23. September 1952, in Sachen Dr. E. B. c. Konkursmasse E.A.M., erklärt das Bundesgericht, das «fiduziarische Geschäft» sei als Sonderform des Zuwendungsgeschäftes im schweizerischen Recht von Lehre und Praxis anerkannt. Da eine gesetzliche Regelung dafür fehle, unterliege das Treuhandverhältnis weitgehend der rechtlichen Ausgestaltung durch den Richter. Seit dem führenden Entscheide BGE 31 II 109 ff. (1905) hat sich das Bundesgericht der von Regelsberger entwickelten sog. Theorie des vollen Rechtserwerbes durch den Treuhänder angeschlossen¹⁰. «Bei dieser Anschauung, welche die Eigenart des fiduziarischen Geschäftes in der Verbindung eines allseitig wirkenden Übereignungsaktes

⁹ Mit dem Entscheid präzisierte das Bundesgericht seine firmenrechtliche Praxis. Es billigte die Verwendung des Wortes «Treuhand» in der Kombination einer Firmabezeichnung, auch wenn das Wort nicht im juristischen Sinne gebraucht wird. Damit ist eine in der Schweiz grassierende Übung sanktioniert (auch durch den Gesetzgeber, vgl. Anm. 13), die es weniger auf exakte Firmenwahrheit als auf die Benützung der moralischen Suggestion, die die Bezeichnung Treuhand zu leisten vermag, abgesehen hat. Vgl. dagegen RGZ 99/29, wo das Reichsgericht entschied, die Ausübung der Revisionstätigkeit allein genüge nicht, um den Namen Treuhänder in einer Firmabezeichnung zu verwenden. Vgl. ferner die positive Würdigung des bundesgerichtlichen Präjudizes von Maday, Die Treuhandbezeichnung im schweizerischen Recht, ZBJV 79 (1943) 113. – In England heißen die Bücherrevisoren «accountants» oder «auditors». Ihre Tätigkeit hat gar nichts mit dem trust zu tun. Mit der firmenrechtlichen Sanktionierung des Wortes Treuhand im Sinne der Verkehrsübung nimmt man offensichtlich eine terminologische Ungenauigkeit bewußt in Kauf. Firmenrechtlich existieren demnach Treuhänder, die zivilrechtlich keine sind. Für eine gesetzliche Regelung der Treuhand als Berufsbezeichnung im Sinne einer Beschränkung auf echte Treuhandgeschäfte treten u. a. Madöry, 66 ff., und Wyler, Für ein schweizerisches Treuhandrecht 134, ein.

¹⁰ Regelsberger, Pandekten I 518; vgl. Reymond 19; Keller 57 ff.

mit einer obligatorischen Verfügungsbeschränkung oder Rückgabeauflage erblickt», ist es – BGE 71 II 100; 72 II 72, 282 – geblieben. Das Bundesgericht wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob eine solche Ordnung den gesteigerten Bedürfnissen des wirtschaftlichen Verkehrs noch gerecht werde. Es zieht jedoch den «Grundsatz nicht in Wiedererwägung». Der Grundsatz hat u.a. die Folge, daß das Treugut in den Nachlaß des Treuhänders fällt. Diese Folge bezeichnet es nun als Gefahr einer Vereitelung des mit der fiduziarischen Übertragung gesuchten Zweckes¹¹. Das Bundesgericht scheint nun geneigt zu sein, in Erwägung zu ziehen, ob nicht dem zugrunde liegenden Geschäftszweck (dem «gesuchten Zweck») der Parteien geschmeidiger Rechnung getragen werden könne. Inspiriert vom Wesen der Treuhand als eines besonderen Zuwendungsgeschäftes, operiert es, um im konkreten Fall eine vernünftige Lösung zu finden, mit dem mutmaßlichen Parteiwillen. Dieser, führt es aus, gehe dahin, daß beim Tode eines Treuhänders dessen Rechte nicht auf die dem Fiduzianten häufig unbekannten Erben übergehe, sondern dem Mitfiduziaren anwachse. Für die Annahme dieses Parteiwillens liegen überhaupt keine anderen Indizien vor als das «Wesen» der Treuhand. Und um diesen fiktiven Parteiwillen, abstrahiert aus dem Zweck des Geschäftes, zu verwirklichen, nimmt das Bundesgericht ferner als gegeben an, mehrere Fiduziare seien am Treugut Eigentümer zur gesamten Hand und es

¹¹ Vgl. von Tuhr/Siegwart 196, wo die Berücksichtigung des Zweckes der Fiduzia in den Rechtsfolgen mit aller Schärfe abgelehnt wird. «Der Rückgabeanspruch des Fiduzianten ist obligatorischer Natur und daher im Konkurs des Fiduziars durch kein Aussonderungsrecht geschützt. Wer aus besonderem Grund sein Eigentum oder seine Forderung überträgt, statt den normalen Weg der Verpfändung oder Bevollmächtigung zu wählen, hat die mit der von ihm geschaffenen Rechtslage verbundenen Gefahren zu tragen.» Gl.M. Guhl, a.a.O. 103: «Sache des Fiduzianten ist es zu beurteilen, ob der Fiduziar des in ihn gesetzten Vertrauens würdig ist; denn dieser wird Eigentümer der übertragenen Sache und Gläubiger der zedierten Forderung.»

sei gemäß ZGB 654 II in Abweichung von der gesetzlichen Regelung stillschweigend vereinbart worden, im Falle der Auflösung des Gesamthandverhältnisses infolge Todes eines Fiduziars habe die Teilung in der besonderen Weise des Anwachsens des Treuguts an die überlebenden Fiduziare zu erfolgen. Das Ergebnis ist die Aussonderung des Treugutes aus dem Nachlaßkonkurs des verstorbenen Mitfiduziars, ohne Zweifel ein befriedigendes Ergebnis. Interessant für unseren Zusammenhang hier ist, daß das Bundesgericht seine Theorie des Gesamthandverhältnisses am Treugut bei mehreren Fiduziaren mit dem Hinweis auf die Gesamthand und die Akreszenz bei co-trustees im angloamerikanischen Recht stützt¹². Nun hat, wie später dargelegt werden wird, der angloamerikanische trust funktionell eine gewisse Verwandtschaft mit der Fiduzia unseres Rechts. Rechtliche Analogien sind aber, auch wenn es sich um Erscheinungen handelt, die den Rechtszwecken nach unter den gemeinsamen Oberbegriff der Treuhand gebracht werden können, verfehlt, da die iuristischen Grundbegriffe beider Rechtsordnungen unvereinbar sind. Der Vermengung unvereinbarer Rechtsvorstellungen entspricht eine terminologische Konfusion. Das Bundesgericht unterscheidet nicht zwischen Fiduzia und Treuhand, es benutzt die Worte Fiduziant und Treugeber, Fiduziar und Treuhänder als Synonyma. Unserem gegenwärtigen Rechtszustand entspricht jedoch ausschließlich die Nomenklatur der römisch-rechtlich konstruierten Fiduzia. Diese ist ein Rechtsbegriff, dem eindeutige rechtskonstruktive Elemente unseres Zivilrechts inhärent sind. Es empfiehlt sich jedoch, insofern von angloamerikanischem Rechte die Rede ist, in genauer Unterscheidung zur Fiduzia dafür die Worte trust, trustee, settlor oder trustor, Benefiziar oder cestui que trust als unübersetzbare Fremdworte mit eindeutigem Inhalt zu gebrauchen.

¹² Das BGer. zitiert H.O. Zimmermann, Die sachenrechtlichen Beziehungen in der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte 31.

3. Die Terminologie in Gesetz und Lehre

§ 6. In der schweizerischen Gesetzgebung findet sich der Ausdruck Fiduzia oder Fiduziar nirgends, das Wort Treuhänder lediglich im BG über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen vom 25. September 1917, Art. 63 Abs. 4, in der Anwendung auf einen Pfandhalter¹³.

§ 7. Hingegen beschäftigt sich auch die schweizerische Doktrin nicht nur mit der rechtsgeschäftlichen Treuhand, sondern sieht in verschiedenen gesetzlich normierten Interessenträgern kodifizierte Treuhandfälle¹⁴. Friedmann (827)

¹³ BS 7 266. Früher auch im 1933 aufgehobenen BB über Hilfeleistung an notleidende Transportunternehmungen vom 18. Dezember 1918, Art. 3; AS 1918 1243. Der Gesetzgeber ist hier der Doktrin gefolgt, welche zusammen mit dem Pfandhalter eine ganze Gruppe von Interessenträgern als « Quasitreuhänder» bezeichnet; vgl. darüber § 7. – Das Wort «Treuhandgesellschaften» wird im Obligationenrecht Art. 727 und Art. 906 als Beispiel für juristische Personen, die als Kontrollstelle bestellt werden können, genannt. Es kommt überdies in der Gesetzgebung über die staatliche Hilfe an die Hotel- und Stickereiindustrie vor, sowie im BankG 30 und der dazugehörigen VV 31. – In deutschen Gesetzen wird der Ausdruck Treuhand oft gebraucht, ohne daß damit ein rechtlicher Sachverhalt zutreffend erfaßt wäre. Vgl. Siebert 7 ff. und dort angegebene Verweise; Anker 28; Palandt, Einf. vor BGB 164 N 3 mit vielen Verweisen; Godin/Wilhelmi, Deutsches Aktiengesetz (2. A. Berlin 1950) §§ 51, 64, 70, 114, 144, 240, 247. – Juristisch irreführend ist die Bezeichnung Treuhänder für die von den Besatzungsmächten in der Militärgesetzgebung häufig eingesetzten Vertrauensträger, die über die Ausführung alliierter Erlasse zu wachen haben oder bestimmte aktive Funktionen ausüben müssen. Alle diese sog. Treuhänder üben öffentliche Gewalt aus. In der Britischen Zone werden sie custodian genannt. Ihre Benennung mit dem Wort Treuhänder ist mehr ein Zeichen der Infiltrierung fremder Namen als ein Beitrag zur Entwicklung des Treuhandrechts. Vgl. dazu Palandt, Einf. vor BGB 164 N 3; Dölle, Neutrales Handeln 280/4; die dort angegebene Lit., insb. Komm. Dölle/Zweigert.

¹⁴ Guhl, a.a.O. 116, 815; Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (2. A. Zürich 1932) 594 und viele andere.

hat die entsprechenden Erscheinungen im deutschen Rechte unter der Bezeichnung «Quasitreuhand» zusammengefaßt, weil sie eine Rechtslage schaffen, die mit der rechtsgeschäftlichen Treuhand verwandte Züge aufweisen soll. Es handelt sich dabei in der Tat jeweilen um die Wahrung fremder Interessen durch gesetzliche Rechtsträger, so beim Willensvollstreckter, Nachlaßverwalter, Erbenvertreter, Konkursverwalter und Sachwalter, Pfandhalter^{14a}, Vertreter der Anleihenobligationäre, beim Ehemann als Verwalter des eingebrochenen Frauengutes, den Eltern als Verwalter des Kindsvermögens¹⁵.

Das bezeichnende Merkmal dieser «Vertreter» besteht darin, daß sie ex lege unter Ausschluß des Eigentümers allein verfügberechtigt sind. Das Analogon beim rechtsgeschäftlichen Treuhänder ist die Absolutheit seiner Befugnisse, seine dingliche Berechtigung. Beim Quasitreuhänder beruht die Verfügungsmacht auf gesetzlicher Anordnung, beim rechtsgeschäftlichen Treuhänder auf der Einkleidung mit dem Titel des Eigentums oder eines beschränkten dinglichen Rechts. In der Regel haben Quasitreuhänder keine dingliche Berechtigung an dem von ihnen verwalteten Vermögen. Es scheint darum richtiger, sie als Fall sui generis der gesetzlichen Vertretung zu bezeichnen. Oft haben die sogenannten Quasitreuhänder neutral zu handeln. Das steht jedoch nicht entgegen, sie als gesetzliche Vertreter aufzufassen. Die Einseitigkeit der Interessenwahrung ist im Auftrag begründet, welcher die Grundlage der rechtsgeschäftlichen Vertretung darstellt, nicht aber im Wesen der Vertretungsmacht, die auch widerstreitenden Interessen gewidmet sein kann. Die Tendenz, immer dann,

^{14a} Vgl. Anm. 13.

¹⁵ Vgl. dazu u.a. Gerstle 6/7, 12, 26 Anm. 1; Erzer 15/6, 20; Tuor, Komm. Erbrecht, Vorbem. ZGB 517 N 7; Escher, Vorbem. ZGB 517 N 6; Leemann, ZGB 860; Keller 22, 53; Guisan 100; Hoog 75; Wieland, ZGB 860; Madöry 48; Reymond 87 ss.; Lob *passim*; Siebert, Testamentsvollstreckter; ZR 52 (1953) Nr. 80; Beck.

wenn es sich um eine Interessenwahrung, die keine Stellvertretung ist, handelt, von Treuhand zu reden, ist an sich begreiflich. Burckhardt¹⁶ subsumiert generell jeden indirekten Stellvertreter, dem der Vertretene, in dessen Interesse er handelt, Vermögenswerte anvertraut zu selbständiger Verfügung nach außen, unter der Treuhand. Systematisch wird auf diese Weise für die Erkenntnis der Spezifika der Treuhand nichts gewonnen¹⁷.

II. Die Grundform der Treuhand

1. Die systematische Einordnung

§ 8. Systematisch hat der Treuhänder seinen Platz in der Lehre von der Geschäftsbesorgung¹⁸. Die Geschäftsbesorgung umfaßt kaum übersehbare differenzierte Tatbestände. Sie sind im modernen Rechtsleben in ständig wachsender Zahl gegeben. Ihre Vielgestaltigkeit spiegelt die strukturellen Eigenschaften der sozialen Verfassung und Zustände, der Organisation der menschlichen Gemeinschaften. Mit dem Verfeinerungsprozeß der wirtschaftlichen und technischen Verhältnisse wachsen die Bedürfnisse nach entsprechenden Variationen und Kombinationen der Geschäftsbesorgung. Jede Art von Geschäftsbesorgung ist wirtschaftlich eine Vertretung und jede Art von Vertretung entlastet den Vertretenen. Daraus ergibt sich für das Recht die Problematik des negotium alienum. Man läßt sich seine Sachen durch einen Fremden besorgen und besorgt für Fremde deren Sachen.

§ 9. Als Sonderfall des Geschäftsbesorgers zeichnet sich der Treuhänder, wie wir schon gesehen haben, durch eine eigene Rechtszuständigkeit am Objekt der Geschäftsbesorgung aus. Darin liegt sein augenscheinlichstes Merkmal. Für eine nähere begriffliche Bestimmung ist der Zweck der

¹⁶ Einführung in die Rechtswissenschaft (Zürich 1939) 40.

¹⁷ post. p. 248a Anm. 5, 5a; 250a Anm. 13b; 261/2a.

¹⁸ Vgl. Helmut Georg Isele, Geschäftsbesorgung, Umriss eines Systems, speziell 118 und 135 ff.

treuhänderischen Geschäftsbesorgung zunächst nicht erheblich. Der Treuhänder vertritt in einem wirtschaftlichen Sinne die Interessen des Treugebers oder Dritter, die Begünstigte der Treuhand genannt werden. Da ihm zu diesem Behufe Vermögensrechte übertragen werden, verfügt er als deren Inhaber über eine weite Selbständigkeit, er hat eine Legitimation höchsten Grades, nämlich die aus eigenem Recht. Damit ist aber auch die Gefahr signalisiert: er kann seine Stellung als Eigentümer mißbrauchen. Aus seiner eigenrechtlichen Stellung folgen einerseits seine spezifischen, intensiven Treuepflichten und folgt andererseits, vom Vertretenen aus betrachtet, das der Rechtsordnung auferlegte, entscheidende Schutzproblem. Bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand räumt dem Treuhänder zur Erfüllung seiner Aufgabe der Geschäftsherr (settlor, Fiduziant), beim gesetzlichen Treuhänder das Gesetz eine eigene Rechtszuständigkeit ein. Da er für alle Verfügungen über das Treugut aus eigenem Recht legitimiert ist, eignet er sich für bestimmte Geschäftsbesorgungsakte in besonderer Weise. Die gewollte Einräumung einer eigenrechtlichen Machtstellung an den Treuhänder bildet aber auch das Kriterium der Abgrenzung zu jeder Form der Stellvertretung.

Dem Treuhänder kann die eigene Rechtszuständigkeit in einer fallenden Skala der Intensität verschafft werden. Es wird ihm das volle Recht zu Eigentum übertragen oder er erhält lediglich ein inhaltlich abgeschwächtes dingliches Herrschaftsrecht oder auch – nach kontroverser Auffassung – nur eine Ausübungsermächtigung (sogenannte formale Legitimation des Treuhänders). Wie die Form der Übertragung und die Art der eigenen Rechtszuständigkeit sich ihrem Grade nach und ihrer Konstruktion nach unterscheiden können, so erfahren auch die Rechte der treuhänderisch Vertretenen verschiedene Ausgestaltungen und so sind auch die Rechtsfolgen für Dritte, mit denen der Treuhänder in Beziehung steht oder tritt, verschiedenartig. Das Problem der Rechtsfolgen wird sich als das Entscheidende erweisen.

2. Die Vorbilder

§ 10. Das römisch-rechtliche fidei commissum, eine ursprünglich formlose Bitte, deren Erfüllung ganz von der Pietät und der Gewissenhaftigkeit (fides) des Belasteten abhing, diente vielfach dazu, Personen am Nachlaß zu beteiligen, die man mit den Formen des geltenden Erbrechts weder zu Erben einsetzen noch mit einem Legat bedenken konnte^{18a}. Ein unerwünschter Riegel des Gesetzes, der die Verfügungsfreiheit über das Vermögen nach dem Tode hemmte, wurde mit der fiduziarischen Übertragung weggeschoben. Aber auch die Übertragung unter Lebenden von Vermögensrechten zur Führung und Wahrung von fremden Geschäften mit dem Mittel der fiducia ermöglichte Rechtswirkungen, die durch die Institute des anerkannten Rechts nicht hergestellt werden konnten. So haftet der Fiduzia von Anbeginn die Eigenschaft an, Rechtslagen herbeizuführen, die sich als eine Umgehung des strengen Rechts darstellen. Das ist auch der Fall beim trust. Ein englischer Rechtsglehrter formulierte mit aller Schärfe, die Eltern des trust seien Betrug und Furcht und der Court of conscience seine Amme gewesen.

§ 11. So diente auch die Fränkische Affatomie der Verhinderung des gesetzlichen Heimfalls der Güter an den König oder an das Volk. Man übertrug sein Vermögen oder Teile davon auf einen Treuhänder, der nach dem Tode des Treugebers das Gut auf den Bedachten weiter zu übertragen hatte¹⁹. Der Anreiz zur Schaffung des treuhänderischen

^{18a} Beck 6/15.

¹⁹ Alfred Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung: «Das Treuhandverhältnis wird regelmäßig begründet durch Vertrag zwischen dem letztwillig Verfügenden und dem von ihm zum Treuhänder Erkorenen. Dieser Vertrag stellt sich da, wo dem Treuhänder eine unmittelbare Gewalt über körperliche Sachen zugewiesen wird, häufig schon durch seine äußere Erscheinung als dinglicher Vertrag dar. Jene Sachen werden ihm per chartam zu dem gewollten Zwecke übertragen. Dabei ist ausdrücklich von tradere res die Rede... Einzelne Urkunden des Regesto di Farfa aus dem 11. Jahrhundert sprechen

Rechtsverhältnisses lag im Willen, entweder vermögensrechtliche Wirkungen zu erzielen, die der Treugeber selber unmittelbar wegen entgegenstehenden Verboten nicht erreichen konnte oder auch, um Abgabelasten zu vermeiden. In allen modernen Gestalten und Verwendungsarten der Treuhand schimmern diese Motive durch.

3. Die elementare Idee

§ 12. Die elementare Idee der Treuhand mit ihrer spezifischen Rechtslage, die herbeigeführt wird, indem Vermögensrechte übertragen werden mit der Bestimmung, daß der Empfänger sie nicht im eigenen Interesse oder doch nicht exklusiv für sich innehabe und ausübe, sondern für den Zuwendenden oder für Dritte, ist uraltes Gemeingut aller bekannten Rechtskulturen. Die Römer erfanden die Fiduzia. Die römische Terminologie²⁰ hat sich für die Treuhand, auch die nicht römisch konstruierte, in der modernen internationalen Rechtssprache erhalten²¹. Der Grundcharakter der Rechtskonstellation, die Treuhand genannt wird, besteht aber in allen Zeiten und überall in der Investitur des Treuhänders mit Eigenrechten, die durch die Wahrung fremder Interessen beschränkt sind. Dieses Rechtsgebilde ist weder römisch noch germanisch noch angelsächsisch, sondern es entspricht einem allgemein menschlichen Bedürfnis. Es ist kosmopolitisch. Die verschiedenen Rechtsordnungen und die Entwicklung ihrer

von der Investitur, die der Schenker dem Treuhänder erteilt hat. Der Schenker tradiert an den Treuhänder nicht bloß das fragliche Grundstück, sondern auch, wie das nach einer langobardischen Rechtssitte bei Übertragung dinglicher Rechte zu geschehen pflegt, seine eigene Erwerbsurkunde und diejenige seiner Vorgänger soweit sie sich in seinem Besitze befinden. Er wendet, wenn er ein Franke ist, die fränkische Investitursymbole, festuca notata, Messer, Scholle, Zweig und Handschuh, an.» Vgl. auch Beck 15/9.

²⁰ Vgl. ante p. 228a.

²¹ Klausing 368: «actes fiduciaires», «atti, negozii fiduciarii», «fiduciary relation», «fiduciaire rechtshandeling», «fiduciariske Retshandel».

Grundbegriffe bedingen die verschiedenen Ausgestaltungen der Treuhand. Es ist nachgewiesen, daß die alten Ägypter die Treuhand kannten, Treuhandfälle im altgriechischen und altarabischen Recht, solche aus 500 v.Chr. sind in Japan entdeckt worden²². Es wird angenommen, daß die englische Treuhand, die eine bewunderungswürdige Ausgestaltung durch die Jahrhunderte hin gefunden hat, und im englischen und im amerikanischen Rechtsleben eine Bedeutung erlangt hat, die der des Vertrages gleichgestellt worden ist, nach dem Vorbild der altgermanischen Treuhand entworfen wurde^{22a}. Die der Treuhand zugrunde liegenden Rechtsgedanken wurzeln in der Tat tief im Erdreich der Geschichte des Rechts. Der Gedanke der treuen Hand drängte besonders elementar zur Verwirklichung in geschichtlichen Frühzeiten, deren Rechtsdenken von religiösen und moralischen Vorstellungen in besonderer Weise bewegt und beherrscht wurde. Die Spannung, die in der Einräumung einer dinglichen Verfügungsmacht lediglich zu Vertretungszwecken liegt, die also getragen vom Vertrauen auf die gerechte Ausübung durch den treuen Machthaber wird, wird ausgeglichen, wenn der gewissenlose, pflichtvergessene Machthaber der Ehrlosigkeit preisgegeben – was bei den Römern der Fall war – oder seiner Freiheit beraubt wird – womit die Engländer ihm drohten.

Im folgenden Abschnitt werden die Anwendungsfälle und die Funktionen der Treuhand kritisch gruppiert. Daraus wird sich ihre Bedeutung, ihre Verwendung für das praktische Rechtsleben ablesen lassen.

III. Die Anwendung der Treuhand

1. Die Universalität der Treuhand

§ 13. Es wurde viel Scharfsinn angewendet, um mit den divergierenden, sich überschneidenden und vermischnenden

²² Vgl. Roth 10 und Anm. 26.

^{22a} Bogert 7 u.a.

Funktionen der treuhänderischen Rechtsgeschäfte ins Reine zu kommen. Die geläufige Unterscheidung in die Verwaltungstreuhand und in die Sicherungstreuhand²³ geht auf Gaius²⁴ zurück: «*Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius res nostrae apud eum sint.*» Die Verwaltungstreuhand wird in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung als die echte bezeichnet, indem sie sich durch Uneigennützigkeit auszeichne. Die Treuhand zu Sicherungszwecken wird als unechte etikettiert, indem sie dem Eigennutz zuliebe geschaffen sei. Die Scheidung dieser beiden Arten wird oft begründet mit der Verschiedenheit der Rechtsfolgen, die aus ihrer Funktion heraus an sie zu knüpfen seien. Man will der Sicherungstreuhand die Fiduzia als Konstruktion zumessen, der Verwaltungstreuhand die altgermanische Treuhand oder ihre Ausgestaltung im anglosächsischen Recht, den trust²⁵. Die Distinktion ist aber zu eng und nicht ergiebig²⁶. Weder Gaius noch sonst eine römische Quelle sprechen denn auch von einer grundsätzlich unterschiedlichen Konstruktion oder Behandlung. Die Doktrin wendet sich neuerdings mit Fug und Recht dagegen, daß das Bundesgericht nur für die fiduziarische Sicherungstreuhand einen ihr zugrunde liegenden besonderen fiduziarischen Vertrag anerkennt, das Gleiche zu tun aber für die Treuhand allgemein ablehnt. Damit wird übersehen, daß die fiduziarische Rechtsübertragung weder im einen noch im anderen Falle auf Güteraustausch im Sinne einer Substanzmehrung beim Empfänger gerichtet ist²⁷.

²³ Gerstle 9–11; Klausing 368; Keller 46–49; Erzer 82; Madöry 2 ff. u. a.

²⁴ Institutionen II, 60.

²⁵ Vgl. z.B. Madöry 2 ff.; Gerstle, a.a.O., der die Unterscheidung in Verwaltung und Sicherung als grundlegend für die Ordnung des Treuhandrechtes erachtet.

²⁶ So auch Siebert, der eine einheitliche Betrachtung für notwendig erachtet; vgl. ferner Reymond 22; vgl. Kap. 3 Anm. 209.

²⁷ Blaß 138/40; Gautschi, Auftrag 120 ff.; Yung 150.

§ 14. Die Vielzahl der Anwendungsfälle und ihre Eigenartigkeit läßt keine abschließende Einteilung zu²⁸. Das Unterscheidungsmerkmal der Uneigennützigkeit reicht nicht aus. Das ist leicht zu erweisen. Nimmt der Treuhänder z.B. das Treugut vom Schuldner zur Sicherung der Gläubiger entgegen, soll es aber im Interesse des Schuldners, unter Abwehr unzulässiger Ansprüche der Gläubiger verwalten, so besteht das Typische einer solchen Treuhand in einer Doppelfunktion. Damit zeigt sich, daß die Eigennützigkeit für die Sicherungstreuhand gar nicht begriffs wesentlich ist. Die blosse Zweiteilung nach Verwaltung und Sicherung läßt auch die für den trust spezifische Drittbegünstigung außer Betracht. Ist ein solcher Begünstigter eines trust neben anderen gleichzeitig auch Treuhänder, was möglich ist, so ist Eigennützigkeit des Treuhänders gegeben, obwohl es sich um eine Verwaltungstreuhand handelt. Jeder Treuhänder verwaltet, auch der Sicherungstreuhänder²⁹. Damit aber scheidet das «Verwalten» als Kriterium für einen rechtserheblichen Unterschied aus.

²⁸ Bogert sec. 47 pag. 205: “The purposes for which trusts of real and personal property may be created in England and the majority of American states are limited only by the imagination of the creators of such trusts.”

²⁹ Wie schon gesagt, sind Fremd- und Eigeninteresse bei der Sicherungstreuhand gekoppelt. Isele 44. Das Überwiegen des Eigeninteresses bewirkt meines Erachtens keine rechtliche Strukturänderung. Das Zurückbehaltungsrecht des Fiduziars beruht im Weisungsrecht des Fiduzianten. Es kann zu irgendeinem Zwecke abgemacht werden. Wenn der Fiduziant dabei die Interessen des Fiduziars berücksichtigt, so wird dieser insofern eben auch Begünstigter der Treuhand. Eine wesentliche Modifikation der Rechtsfolgen findet nicht statt. Gl. M. Yung 146. Darum scheint es mir unrichtig zu sein, wenn zur Abgrenzung der Sicherungstreuhand von der Verwaltungstreuhand erklärt wird, diese tendiere im Gegensatz zu jener auf jederzeitige Lösbarkeit durch den Fiduzianten. Isele a.a.O. 137. Das trifft beim trust und bei jeder Treuhand mit echter Drittbegünstigung keinesfalls zu. Bei jeder Treuhand kann im übrigen der Zeitpunkt der Erfüllung des Zweckes als Zeitpunkt ihrer Auflösung erklärt werden.

Es fehlt der Gegenbegriff. Schleß versucht näher an die mit der Treuhand verfolgten Zweckarten heranzukommen, indem er von der Umgehungs-, von der Verbergungs-, von einer Vereinfachungs- und schließlich von einer Kredit-Funktion (womit die Sicherungsfunktion gemeint ist), spricht³⁰.

Das Verhältnis zwischen Tatbestand und Funktion einerseits und den Rechtsfolgen der Treuhand andererseits wird im folgenden Gruppierungsversuch außer acht gelassen³¹. Der Sinn einer Einteilung kann nur in der Exposition der diversen Bedürfnisse liegen, die mit der Treuhand befriedigt werden können. Die Einteilung kann die Eignung der Treuhand als einer besonderen Rechtskombination für ganz verschiedene Ziele aufhellen. Dabei wird man auf ein Phänomen stoßen, das allerwärts für das treuhänderische Rechtsgeschäft symptomatisch ist. Die Rechtsstellung des Treuhänders ist geeignet, Dritten, vor allem auch den Gläubigern der Beteiligten, den wahren wirtschaftlichen Zweck zu verborgen. Damit kann eine von der Rechtsordnung verpönte Vermeidung von Publizitätsformen, auf die unsere Rechtsordnung eingeschworen ist, verbunden sein³². Das psychologische Herzstück der Treuhand liegt eben in ihrer Eigenschaft, dem Streben nach autonomer Sphäre des Individuums, das sich nach außen abzuschließen sucht, zu willfahren. Das dem freien Individuum eingeborene Bedürfnis, seine Rechts- und Vermögenslage, seine geschäftlichen und persönlichen Dispositionen, inter vivos und von Todes wegen, geheimzuhalten, befindet sich immer in einem dialektischen Widerstreit mit dem Gemeininteresse an der Öffnung dieser Verhältnisse und Vorgänge. Insofern wird eine Nation durch die Art, wie ihre Rechtsordnung die Treuhand anerkennt oder ablehnt, charakterisiert.

³⁰ Schleß 16 ff., 52 ff.; vgl. auch Siebert 32; Ammann 5/9.

³¹ Jede Einteilung der Treuhand nach Funktionen muß unscharf bleiben. Meistens erfüllt sie mehrere Funktionen gleichzeitig, wobei eine überwiegen mag; vgl. Siebert 32, Anm. 13.

³² Klausing 370.

2. Die drei Hauptfunktionen

§ 15. Die Treuhand kann die wahre Vermögenslage oder einen Vermögensvorgang verbergen, weil sie den wirtschaftlichen Genuss und die Berechtigung an einem Vermögensgegenstand trennt. Darum ist ihr die Verbergungsfunktion inhärent³³. Kohler war einer der Ersten, der das treuhänderische Rechtsgeschäft klar von der Simulation unterschied. Er nannte es ein «verdecktes» Rechtsgeschäft³⁴. Bei der Begründung der Treuhand braucht aber die Absicht der Geheimhaltung nicht zu dominieren, sie kann zurückgedrängt sein oder gar vollständig fehlen. Die Treuhand kann von den Beteiligten jederzeit offen gelegt werden, ja unter Umständen ihren Zweck überhaupt nur erfüllen, wenn sie offen gelegt ist³⁵. Selbst bei der Offenlegung kann der Treugeber bis zu einem gewissen Grade anonym bleiben. Die «Verdeckung» ist der Treuhand virtuell eigen. Sie ist aber nicht begriffswesentlich für sie. Darin offenbart sich die praktische Flexibilität des Treuhandgeschäftes. Unter Berufung auf die Kredit- und Verkehrssicherheit halten jedoch gewisse kontinentale Autoren nur die offene Treuhand für schutzwürdig und denken nur an sie, wenn eine gesetzliche Normierung gefordert wird³⁶. Besonders temperamentvoll wandte sich Friedmann gegen die verdeckte Treuhand³⁷. Daß der Treuhand jedoch, vor allem in der Erscheinungsform des trust, jede schöpferische Kraft genommen würde³⁸, wenn man sie mit zwingenden Publizitätsformen ihrer Beweglichkeit, ja ihres, wie man auch schon gesagt hat, metaphysischen Wesens beraubte, folgt

³³ Klausing 370; Aeby 162; Weiser 12/13; Reymond 79.

³⁴ Kohler, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 16 (1879) 90 ff., 325 ff.

³⁵ Gerstle 22, Siebert 32, 405 ff.; Madöry 93 ff. Vgl. §§ 66, 80.

³⁶ Siebert 199.

³⁷ Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (Lübeck) I (Berlin/Leipzig 1931) 805 ff.

³⁸ Vgl. die sarkastischen Bemerkungen Weisers, 12–14, zur kontinentalen Aversion gegen die geschlossene Treuhand; § 79.

schon daraus, daß sie dann eben nicht nur für Zwecke, die unerlaubt, unsittlich sind oder für sonstwie unerfreuliche Geschäfte, ausscheiden müßte – was zu begrüßen wäre –, sondern auch für alle legitimen Bedürfnisse der Geheimhaltung, die unser Recht im Institut der verdeckten Stellvertretung (speziell beim Kommissionsgeschäft), und anderswo ohne Zögern anerkennt. Das Motiv der Verbergung mag mit dem Motiv der Entlastung von Verantwortlichkeiten³⁹ in durchaus zu billiger Weise gekoppelt sein. So etwa wenn ein Vermögen auf einen Treuhänder übertragen wird, vor allem um auf solche Weise mit keiner Kompetenzfrage der Verwaltung behelligt zu sein, und den Treuhänder, mindestens nach außen, in den Zustand der Selbständigkeit zu versetzen. Bei der prinzipiell publizierten Treuhand wird dieses Ziel, was leicht zu begreifen ist, kaum erreicht. Nicht selten ist mit einer derartigen treuhänderischen Vermögensverwaltung die Überlegung verbunden, sich dem Andrang von Unterstützungsgesuchen zu entziehen⁴⁰. Der angelsächsische trustee ist in der Tat einer strengen Verantwortlichkeit unterworfen und darf sich zu Lasten des trust-Fonds keine Liberalitäten gestatten⁴¹. In einem solchen Falle kann selbst bei Offenkundigkeit der Treuhand der Begünstigte, wie schon erwähnt, eine gewisse Anonymität bewahren. Soziale Hemmungen anderer Art sollen umgangen werden, wenn verpönte Geschäfte durch einen Treuhänder verdeckt betrieben werden sollen⁴², oder der Treuhänder soll zur Vermeidung von unerwünschten Nebenwirkungen an Stelle des Treugebers eine Forderung eintreiben⁴³. Er soll aus lizenziopolitischen oder überhaupt aus Konkur-

³⁹ post. p. 241a.

⁴⁰ Arthur Nußbaum (1938) 38 Columbia Law Review 410: "There is even a certain deliverance from social responsibilities of a nonlegal type."

⁴¹ Buttle v. Sanders (1950) 2 The All England Law Reports 193; vgl. dazu auch BGE 48 II 213.

⁴² Gerstle 20; Madöry 93.

⁴³ Erzer 21, 22; Reymond 1; vgl. aber auch Schleß 16 ff.

renzgründen als Inhaber eines Patentes erscheinen. Oft sind verborgene treuhänderische Dienste, zumal bei Grundstücksgeschäften am Platze, zur Vermeidung von ungegerechtfertigten Preistreibereien⁴⁴. Es kann sodann im wohlverstandenen vitalen Interesse eines Unternehmens liegen, wenn es über andere im Verborgenen eine Kontrolle auszuüben vermag – so werden Gesellschaftsanteile, Aktien treuhänderisch übertragen. Schließlich kann die Verbergungsfunktion auch bei der treuhänderischen Sicherungszession eine Rolle spielen. Anders als bei der Verpfändung einer Forderung wird das gesicherte Grundgeschäft nicht als Verschuldung offenkundig⁴⁵.

§ 16. Mit der der Treuhand innewohnenden Fähigkeit, den wahren wirtschaftlichen Sachverhalt einer rechtsgeschäftlichen Vermögensverschiebung und die dadurch geschaffene wahre wirtschaftliche Vermögenslage zu verdecken, hängt, wie schon gesagt, ihre Entstehung und auch ihre Funktion der Gesetzesumgehung zusammen. Die Gesetzesumgehung kann zulässig oder unerlaubt, nur angestrebt oder erfolgreich sein⁴⁶. Immer aber ist sie mit Geheimhaltung verbunden. Die Treuhand ist als ein Instrument der Gesetzesumgehung entstanden. Das erklärt ihre Hinwendung zum Arcanischen. Auf diese Weise erlangte die römische fiducia cum amico vor allem als Vorläuferin erst später als solcher anerkannter, vorerst des Aktionschutzes entbehrender Vertragstypen Bedeutung⁴⁷. Der englische trust seinerseits, insbesondere sein Vorgänger, das use, wurde ausschließlich zur Umgehung des Gesetzes geschaffen und ist als neues Rechtsgebilde zu diesem Zwecke geformt worden⁴⁸. In beiden historischen Vorbildern hat die

⁴⁴ Gerstle 20; Erzer 22; Madöry 93; Ammann 5 ff. M. E. handelt es sich dabei allerdings meist nicht um fiduziarische Rechtsgeschäfte, sondern um indirekte Stellvertretung.

⁴⁵ Lange 565/6; Klausing 370.

⁴⁶ Vgl. für viele andere von Tuhr/Siegwart 238.

⁴⁷ Erzer 9; Hoog 7–9; Keller 4 u.a.

⁴⁸ post. p. 271a.

Treuhand mit dem Mittel der Umgehung alter starrer Gesetzesregeln diese überwunden und neues Recht geschaffen⁴⁹. Noch heute ist in England der Vertrag zugunsten Dritter als trust aufzufassen, und nur so gelingt es, den Erfordernissen der consideration und privity, die auf Seiten des Begünstigten an sich nicht erfüllt wären, zu genügen⁵⁰.

Im modernen Recht wird der trust verwendet, um gesellschaftsrechtliche Vorschriften betreffend Publizität, öffentliche Aufsicht, Erhaltung des Grundkapitals zu umgehen⁵¹, oder um steuerlichen Lasten auszuweichen, dies insbesondere durch family settlements⁵².

Mit der treuhänderischen Sicherungszession, die wie bereits erwähnt, ebenfalls der Verbergung dient, werden Publizitätsvorschriften des Pfandrechts umgangen. Darin liegt u.a. der Vorzug der englischen letter of trust gegenüber der registerpflichtigen bill of sale^{52a}. Die Sicherungsübereignung soll auch die für das Pfandrecht verbotene lex commissoria ermöglichen, oder man will mit ihr der vom Pfandrecht verlangten Übertragung des Besitzes ausweichen, oder es sollen damit einschränkende Bestimmungen des Schuldbetreibungsrechtes umgangen werden. Die Fiduzia dient im Aktienrecht der Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen, oder von Gesellschaftssatzungen, welche die Mitgliedschaft bestimmten Personenkreisen vorbehalten⁵³. Im Prozeßrecht der Erschleichung des Armenrechts⁵⁴,

⁴⁹ Scott, The Trust as an Instrument of Law Reform (1922) 31 Yale Law Journal 457; Schleß 104; Roth 8–9, 160 u.a.

⁵⁰ Vgl. dazu Wesenberg; Honig 647/8; Müller-Freinfels II 49 ff.

⁵¹ Roth 164 ff.; Lepaulle 78 ff., 157; Bogert 207.

⁵² Erzer 22; Oppenheim 53; Nußbaum 57; Bogert 205, 209; Chemical Bank New York Bulletin Sept. 1950, October 1951; siehe auch BGE 72 I 334 ff.

^{52a} Grant, Law relating to Bankers and Bank Companies (7th ed London 1924) 374.

⁵³ Gerstle 18; Keller 8; Erzer 22; BGE 53 II 42, 72 II 275ff.

⁵⁴ Gerstle 20; Bergmaier 136.

der Verschaffung des Zeugenrechtes an die wirtschaftlich allein interessierte Partei⁵⁵, dem nicht patentierten Anwalt soll der Zugang zum Gericht geöffnet werden, es soll die Zwangsvollstreckung zwischen Ehegatten entgegen dem gesetzlichen Verbot in Gang gesetzt werden können, und dergleichen Schliche unerlaubter Umgehung des Gesetzes mehr. So versuchen oft auch Ausländer, sich durch treuhänderische Übertragung ihrer Vermögenswerte an Inländer die durch das Gesetz diesen vorbehaltenen Vorteile zu sichern. Die Aufzählung will nicht erschöpfend sein. Es genügt, die Varietät der Umgehungsfunktion, der eine rechtsschöpferische Kraft innwohnen kann, aufzuzeigen.

§ 17. Neben den beiden erwähnten Funktionen, die mit der genesis der Treuhand verwachsen sind, ihre Entstehung veranlaßten und ihrer Struktur entsprangen, steht die Sicherungsfunktion als ältestes Motiv ihrer Anwendung. Sie hat im modernen Rechtsleben an Bedeutung nichts eingebüßt. Die fiduziarische Sicherungsübereignung ist die Urform des Pfandrechts⁵⁶, das sich erst allmählich aus ihr heraus entwickelte. Die Sicherungsübereignung von Mobilien und die Abtretung von Forderungen werden trotz der Möglichkeit der Bestellung eines Pfandrechts sehr häufig praktiziert⁵⁷. Die treuhänderische Übertragung von Grundstücken zu Sicherungszwecken ist selten, sie kommt aber vor⁵⁸.

Die Übertragung des Eigentums zur Sicherung des Gläubigers weist gegenüber der Pfandbestellung insbesondere dann Vorzüge auf, wenn sie, wie das in Deutschland gestattet ist, durch Besitzeskonstitut begründet und sich auf

⁵⁵ Gerstle 14; Bergmaier 136; Keller 44; von Tuhr/Siegwart 261 Anm. 30.

⁵⁶ Gerstle 8/9; Anker 10; Reymond 4; Blaß 34/5, 38 ff.; Klausing 269; Siebert 34; Erzer 7; Hoog 5 ff.; und vor allem Oftinger, Eigentumsübertragung 74.

⁵⁷ Klausing 368; Erzer 23; Siebert 149; Reichwein 321/22; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 239; Blaß 36.

⁵⁸ Blaß 92 und dort zitierte Fälle; a. M. irrtümlich Erzer 65.

ganze Warenlager erstrecken kann⁵⁹. Sicherungsübereignung und Sicherungszession werden aber auch ohne Besitzeskonstitut der Verpfändung vorgezogen. Nicht nur in der Schweiz, auch in Österreich⁶⁰. So werden z.B. Mobilien, die in einem Lagerhaus untergebracht sind, zur Sicherung fast ausschließlich in der Form eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes bestellt⁶¹. Mit Recht weist Oftinger auf die interessante Erscheinung hin, «daß die Entwicklung zu ihrem Ausgangspunkt zurückkehrt. Von der fiducia ging die Sachhaftung aus, gelangte zum Besitzpfand und heute macht sich wieder eine Tendenz nach der Urform geltend⁶².» Mit der treuhänderischen Sicherungsübereignung werden weitere Zwecke verfolgt, denen die Treuhand mit anderen Aufgaben ebenfalls dient. Die Rechtslage soll «vereinfacht» werden, der Gläubiger eine möglichst «starke und eindeutige Stellung» erhalten⁶³. Der Gläubiger kann die ihm fiduziarisch übertragenen Mobilien freihändig, außerhalb des Pfandbetreibungs- und Konkursverfahrens verwerten⁶⁴. Die schweizerische Praxis läßt die freie Verwertung zu, nur der Überschuß, falls einer erzielt wird, fällt in die Konkursmasse. Die fiduziarische Übereignung zu Sicherungszwecken erfüllt also nicht nur die Kreditfunktion. Mit ihr verbunden ist die Umgehungsfunktion⁶⁵. Erfolgt die Sicherungszession

⁵⁹ Blaß 36, 49/55 und die dort angeführte Literatur; Palandt § 130 N 60.

⁶⁰ Klang 300 ff.

⁶¹ Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 257 und dort Zitierte.

⁶² Oftinger, Eigentumsübertragung 77/8.

⁶³ Oftinger 239; Blaß 36.

⁶⁴ Reichwein 325; Ehrenzeller 49; die deutsche Praxis gewährt im Konkurs allerdings nur ein Absonderungsrecht, s. Palandt § 929 7 b, c; Paulus 175/7; Lange 569/570; Bergmaier 215.

⁶⁵ Ein wichtiger Grund für die Bevorzugung der Sicherungsübereignung vor der Faustpfandbestellung liegt m.E. in der von der Praxis (kaum zu Recht) als zulässig erachteten Möglichkeit der Übereignung durch Begründung von Mitbesitz jeder Art, die für die Faustpfandbestellung gemäß ZGB 884 III (keine ausschließ-

ohne Anzeige an den debtor cessus, so verbirgt sie überdies den wahren Forderungsberechtigten und gleichzeitig wird eine vereinfachte Rechtslage erstrebt.

Nicht allein die Fiduzia, auch der trust wird zu Sicherungszwecken begründet. Neben den sogenannten «trust mortgages» oder «trust deeds» wird der trust von einem bedrängten Schuldner verwendet, um unter Vermeidung der Zwangsvollstreckung durch «an impartial third party» das Vermögen zu liquidieren und die Gläubiger gerecht zu befriedigen⁶⁶. Spezielle Trustformen zur Sicherung stellen das bereits erwähnte trust receipt und die letters of trust dar⁶⁷.

3. Die speziellen Funktionen

§ 18. Die Funktion der Gesetzesumgehung, der Verbergung und der Gläubigersicherung können als die ursprünglichen bezeichnet werden. Es gibt daneben aber eine Reihe anderer, die heute von nicht geringerer praktischer Bedeutung sind, auch wenn sie für die Entstehung der Treuhand weniger im Vordergrund standen.

Die fiducia hat im römischen Recht, das die sogenannte direkte Stellvertretung, d. h. das selbständige Handeln eines Vertreters mit unmittelbarer Wirkung zugunsten und zulasten der abwesenden Hauptpartei, nicht kannte⁶⁸, als Form der wirtschaftlichen Vertretung auch Funktionen der rechtlichen Stellvertretung erfüllt⁶⁹. Die Treuhand ist aber nicht die Wurzel oder eine Vorstufe der Stellvertretung⁷⁰.

liche Gewalt des Eigentümers) nicht genügt; vgl. dazu Reichwein 322; Oftinger, Fahrnispfand Syst.T. N 261; Blaß 105 ff.; Haab/Simonius/Scherrer ZGB 717 N 64.

⁶⁶ Bogert 206, 208/9, Newman 122/3; Halsbury 128/9; Restatement § 1 p. 4; Nußbaum 128 u. a.

⁶⁷ Grant 734.

⁶⁸ Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht (2.A. 1935) 101 ff.

⁶⁹ Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (deutsche A. v. R. v. Mayer, Berlin 1903) 567/573; Gerstle 2/3.

⁷⁰ Würdinger, Stellvertretung 305 ff.

Sie steht außerhalb der historischen Entwicklung der Stellvertretung. Sie kann jedoch eingesetzt werden, um das Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem zu vereinfachen oder um die Stellung des Vertreters zu stärken⁷¹. Handelt es sich um treuhänderische Vermögensverwaltung im engeren Sinne, so erweist sich die Vereinfachung des Vertretungsverhältnisses als Hauptzweck des treuhänderischen Verhältnisses⁷². Administration und Disposition werden in einer Hand konzentriert. Meist liegt diese auf eine besondere Intensität der Vertretung zielende Funktion auch der treuhänderischen Inkassozession zugrunde⁷³. Mit der Errichtung einer Treuhandschaft soll auch bisweilen die Stellung des Vertreters eines Konsortiums zur Gründung einer Gesellschaft verstärkt werden⁷⁴.

§ 19. Eine weitere bedeutungsvolle Nuance der Zwecke der Treuhand, die sich in gewissem Sinne als Reflexwirkung der verstärkten Vertretung erweist, liegt im gewollten Ausschluß von der Verwaltung und Verfügung des wirtschaftlich Interessierten. So tritt der angelsächsische trust überall in Funktion, wo unser Recht, um den Ausschluß des Nutzberechtigten zu erreichen, die Vertretung gesetzlich regelt⁷⁵. Das Ziel ist nicht nur eine Entlastung des Vertretenen, sondern der Vertretene soll von jeder Verfügungsmöglichkeit ausgeschaltet werden. So wird der trust in Form des family settlement benutzt, um an sich handlungsfähige, aber in Geschäften unerfahrene Personen von der Verwaltung fernzuhalten und von der Verantwortung für ihr Vermögen zu entlasten. Im Ergebnis liegt eine Art privater Pflegeschaft vor⁷⁶.

⁷¹ Vgl. ante p. 239a.

⁷² Batiffol 18, 20; Schleß 52 ff.; Gerstle 22 ff.; Siebert 18/32; Keller 11; Bogert 204.

⁷³ Keller 8; Erzer 134 ff.; Gerstle 23/4.

⁷⁴ Godin/Wilhelmi, a.a.O. (Anm. 13) 114¹³, 110³; Savatier 62; Gerstle 24.

⁷⁵ Lepaulle 66 ss., 72 ss., 109 ss.; Batiffol 22.

⁷⁶ Bogert 206; Restatement 159; Nußbaum 195.

Noch energischer wirkt diese Funktion beim amerikanischen spendthrift trust. Ein solcher wird errichtet in der Absicht, das Treugut dauernd der Erhaltung der Genußberechtigten dienen zu lassen und die Genußberechtigten gegen ihr Versagen in der Sorge für sich selber zu schützen. Der Genußberechtigte, Verschwendungsüchtige kann nach englisch-amerikanischem Recht beim spendthrift trust seine zukünftigen Ansprüche weder verkaufen noch sonstwie abtreten und seine Gläubiger können auch nicht auf seine zukünftigen Ansprüche greifen⁷⁷. Dem spendthrift trust entspricht in großen Zügen der englische protective trust⁷⁸. Der CC, das BGB und das ZGB, wie auch das österreichische Recht mit dem Institut der Kuratel, kennen dafür die Pflegschaft oder die Beistandschaft. Im kontinentalen Recht sind es gesetzliche Ordnungen zur Spezialfürsorge.

§ 20. Die Anfänge des englischen trust wurzeln vor allem im Verlangen, das Grundeigentum vermachen zu können, entweder um für sein Seelenheil zu sorgen oder um es den Söhnen und Töchtern zu sichern. Dieser zuletzt genannten Absicht stand die primo genitur-Regel entgegen. Man übergab darum das Eigentum an Grund und Boden an fünf oder vielleicht an zehn Freunde⁷⁹ zu gesamter Hand. Dergestalt wurde mit den trustees ein Wall errichtet, das Vermögen blieb als Einheit geschlossen erhalten. Die eigentliche Funktion solcher trusts kann in der Beteiligung Mehrerer am Nutzen gesehen werden. Diese trusts, die zum Teil unsere Nutznießung und die Nacherbschaft ersetzen, stellen heute noch ein Hauptanwendungsgebiet des anglo-sächsischen trust dar⁸⁰.

⁷⁷ Bogert 180 et seq.

⁷⁸ Bogert 196.

⁷⁹ Maitland 14.

⁸⁰ Bogert 204 et seq.; Browne; Newman 1: "The reluctance of human beings to die is largely responsible for their desire to control their property after death, and thereby partially to project their personalities into the future. The trust device is only one of various methods by which limitations on the use of property by those who survive may be created."

Es kann in der Tat als besondere Funktion der Treuhand bezeichnet werden, einer Vielzahl von Beteiligten den Nutzen am unaufteilbaren Treugut zukommen zu lassen. Fälle dafür stellen insbesondere dar das Sammelvermögen⁸¹, die fiduziarische Stiftung⁸², im angelsächsischen Recht der charitable trust⁸³. Sodann werden verstreute Kapitalien mit der Nutzung durch eine Vielzahl von Beteiligten in der Form des Investment-Trust konzentriert⁸⁴.

Dem trust und je nach der zuständigen Rechtsordnung auch der Fiduzia eignet ferner die Tendenz der Bildung von Sondervermögen. Diese Funktion, die latent immer vorhanden ist, kann gegenüber anderen gleichzeitigen Funktionen überwiegen. Den Charakter von Sondervermögen nimmt das Treugut insbesondere dadurch an, daß es nicht für die Schulden des gesetzlichen Eigentümers des Treugutes haftet, was beim englisch-amerikanischen trust die Regel ist. Die Sondervermögensbildung kann überdies vervollständigt werden, indem die Haftung für Schulden des trust auf das Treugut selbst beschränkt wird. Der trustee kann seine persönliche Haftung ausschließen. Beispiele dafür sind die vielen Anwendungsfälle des charitable trust. Der Haftungsausschluß des Treugebers wird nicht nur beim trust, sondern auch bei der fiduziarischen Stiftung erreicht.

⁸¹ Anker 73; Erzer 21; Heymann 490; Pfeiffer; Gampert.

⁸² Keller 8, 11; Egger ZGB 80 N 3; Guisan 104; Erzer 21; Siebert 29, Klausing 370.

⁸³ Restatement § 348–403; Roth 140 ff.; Klausing 377; Guisan 102; insbesondere der community trust, der eine Vielzahl ganz allgemein der Wohltätigkeit gewidmeter Vermögen zusammenfaßt, Restatement §§ 374 et seq., 396, 398.

⁸⁴ Die Investment-Trusts auf dem Kontinent haben weder mit dem angelsächsischen Trustrecht noch mit der Fiduzia etwas zu tun. Vgl. Boveri; Frautschi; Würdinger, German Trust 39/40; Votum Zeijlemaker, Congrès Rome 1950. Die angelsächsische Bezeichnung wird für ein juristisch schwieriges Vertragsnetz, das dem gleichen Zwecke wie der Investment-Trust in Amerika dient, entlehnt. Die Investment-Trusts in England und in Amerika verkörpern heute auch nicht mehr reine trusts; Bogert 206 et seq., Nußbaum 196; Stone 375.

§ 21. Eine spezielle Funktion, die spezifische Bedürfnisse der modernen Wirtschaft befriedigt, kann man in der Vereinheitlichung der Verwaltung verschiedener Vermögen sehen. Insbesondere verschiedener Unternehmen, was dann immer auch auf die Beherrschung solcher einheitlich verwalteter Unternehmen hinausläuft. So dient der voting trust der Zusammenfassung mehrerer Aktiengesellschaften oder zur Beherrschung einer einzelnen Gesellschaft durch einige Aktionäre⁸⁵. Auch auf dem Kontinent dient die fiduziарische Aktienübertragung oder überhaupt die Treuhand der Unternehmenskontrolle⁸⁶. So wurden etwa die Beziehungen der in einer Doppelgesellschaft organisierten Kartellfirmen zur Organgesellschaft treuhänderisch gestaltet⁸⁷.

§ 22. Besondere Hervorhebung verdient die Funktion der Neutralisierung. Die deutsche Doktrin spricht im allgemeinen von doppel- oder mehrseitiger Treuhand⁸⁸. Dahin gehört das Handeln eines Vertreters, der weder im eigenen noch im fremden Namen verwaltet und verfügt, er vertritt neutral. In unserem Rechtskreis tritt diese Erscheinung auf bei gesetzlichen Vertretern, z. B. beim Pfandhalter, beim Testamentsvollstrecker, beim Erbschaftsverwalter, beim Konkursverwalter. Im anglosächsischen Recht werden diese Ämter durch trustees erfüllt, die von den Gerichten ernannt werden. Die Funktion der Neutralisierung liegt aber auch vor beim corporate trust, der die Rechte der Obligationäre und gleichzeitig die Interessen des Schuldners an den Pfändern wahrzunehmen hat⁸⁹.

§ 23. Ein unbegrenzt weites Anwendungsgebiet von größter Bedeutung ist der angelsächsischen Treuhand

⁸⁵ Roth 250 ff.; Batiffol 22; Gerstle 31; Hamburger 221.

⁸⁶ Keller 8.

⁸⁷ Geiler, Die Doppelgesellschaft, in Staudinger, Kommentar BGB (10. A. 1941), Anhang zu § 705 ff. N 6, 25, 123.

⁸⁸ Siebert 301, 365, 385, 405; Palandt, Einf. vor BGB 929; vgl. ferner Dölle, Neutrales Handeln.

⁸⁹ Bogert 206, 208; Nußbaum 198.

schließlich in der Gestalt des constructive trust gegeben⁹⁰. Er ist das universale Instrument der Wiederherstellung (restitution). Liegt nach den Regeln des Billigkeitsrechtes eine ungerechtfertigte Bereicherung oder ein Mißbrauch einer Vertrauensstellung oder mißbräuchliche Verwendung anvertrauten fremden Gutes vor, so wird der constructive trust vom Richter dekretiert mit der Wirkung, daß der Entreicherte zu seinen Rechten kommt.

Das Defilee der Funktionen und Anwendungsfälle der treuhänderischen Rechtslage oder wie man immer die treuhänderische Geschäftsbesorgung nennen mag, macht die dogmatische Schwierigkeit, die Treuhand unter einen allgemeinen Begriff zu stellen, sofort verständlich. Scott hält es schon für unmöglich, für den trust eine einheitliche Begriffsbestimmung zu formulieren. Weiser spricht von einem Bündel von Eigentumsbeziehungen⁹¹. Klausing nennt es ein Prinzip der Rechtsanwendung. Das ist alles zutreffend, aber vage. Halten wir uns zunächst daran, daß der Wunsch, die Verwaltung und die Verfügungsgewalt über ein Vermögen und den Genuß daran zu trennen und der weitere Wunsch, am gleichen Vermögen aufeinanderfolgende Berechtigungen zu schaffen, sowohl für die Entstehung der römischen fiducia wie für die Entstehung des trust entscheidend waren. Die folgenden Darstellungen der Fiduzia einerseits und des trust andererseits versuchen deren innere und äußere Verschiedenheiten deutlich zu machen. Eine Kluft scheint die beiden Erscheinungsweisen der Treuhand zu trennen, obwohl die ihr zugrunde liegende, elementare Idee die gleiche ist.

⁹⁰ post. p. 287a.

⁹¹ Weiser 60.

Kapitel 2

Die beiden historischen Erscheinungsformen der Treuhand

I. Die Fiduzia

§ 24. Nach geltendem schweizerischen Recht wird das Treuhandverhältnis rechtsgeschäftlich als Fiduzia römischen Ursprungs¹ gestaltet². Der Fiduziant schließt mit dem Fiduziaren einen fiduziarischen Vertrag³ ab und über-

¹ Zur römischen fiducia vgl. Örtmann; Erbe; H.A. Schwarz; Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Privatrecht (2. und 3. A., 1935 und 1949) 154/5; Siber, Römisches Recht (Berlin 1925) 121/2; Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (deutsche Ausgabe von R. v. Mayr, Berlin 1903) 564/71; sowie die bei Blaß 38/42 aufgeführte weitere Literatur. – Der Nachweis der konstruktiven Übereinstimmung der fiducia mit dem modernen fiduziarischen Rechtsgeschäft, für das er darum diese Bezeichnung geschaffen hat, wurde erstmals von Regelsberger (Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, Archiv für die civilistische Praxis 63 (1880) 157 ff.) erbracht.

² Über die (praktisch wenig ausgeschöpfte) Möglichkeit einer resolutiv bedingten fiduziarischen Rechtsübertragung als einer auf Schultze (Treuänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 43 [1901] 1 ff.) zurückgehenden Erweiterung der Fiduzia durch deutschrechtliche Elemente (Gerstle 5/8, 85/96; Siebert 44 ff., 214 ff.) vgl. S. 220a. Anm. 7, 263.

³ Die Fiduzia kann nicht einseitig geschaffen werden (es sei denn von Todes wegen). Sie erlangt nur Wirksamkeit durch das Akzept des bestimmten Fiduziars. Sind Dritte begünstigt, ist die Fiduzia ohne ihr Akzept frei widerrufbar (OR 112 III; von Tuhr/Siegwart 696). Ganz anders beim trust (Guisan 96, 111; vgl. unten S. 279a) (allerdings nicht bei demjenigen von Louisiana, Stubbs 778), ein Unterschied, auf den man z. B. bei der teilweisen Einführung des trust ins französisch konzipierte Recht von Québec Gewicht gelegt hat (Mankiewicz 212; Mignault 36, 39, 44/5, 46/7). Vgl. dazu Keller 12/3.

trägt^{3a} ihm gemäß dieser Vereinbarung⁴ ein Recht⁵. Der Fiduziar hat dieses Recht, über das er extern, im Verhältnis zu Dritten als Eigenberechtigter unbeschränkt soll ver-

^{3a} Die Zuwendung von Rechten mit dem Zwecke, daß der Fiduziar zur Verwaltung in fremdem Interesse (und eventuell zu seiner Befriedigung als Gläubiger) darüber verfügen kann, ist Begriffsmerkmal der Fiduzia (Reymond 27/8; Gerstle 34 für viele; a. M. Keller 29, sich aber eher nur ungenau ausdrückend, vgl. 12). Die Zuwendung kann jedoch auch so erfolgen, daß der Fiduziar Treugut von Dritten erwirbt oder sich als bisher auch wirtschaftlicher Eigentümer zum Fiduziaren erklärt (nicht zu verwechseln mit der in ihrer grundsätzlich unwiderruflichen Wirksamkeit von keinem Akzept abhängigen declaration of trust, vgl. Anm. 3); Gerstle 41 ff.; Keller 27/29; Ammann 52 ff.; Reymond 27 ss.; Blaß 104; Gautschi, Auftrag 116.

⁴ Die fiduziarische Rechtsübertragung wird hier als kausal und der fiduziarische Vertrag als einheitliche (die Verpflichtung des Fiduziars zur Verwaltung und Rückübertragung und seine Beschränkung in der Ausübung mitumfassende) causa sui generis vorausgesetzt; vgl. darüber Näheres im folgenden. – Im römischen Recht war die an die mancipatio und in iure cessio gebundene und mit ihnen verschwindende fiduziarische Rechtsübertragung abstrakt; das pactum fiduciae betraf nur die Rückübertragungsverpflichtung (Girard a. a. O. 566 Anm. 2; Gautschi, Auftrag 107, 116). Darum soll der moderne fiduziarische Vertrag auch terminologisch von ihm unterschieden werden; anders z. B. bei Reymond 22/3; Siebert 182 ff.; Keller 25; Riedweg 127; Hoog 50; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 241; Bergmaier 68 und den dort angeführten.

⁵ Über die Arten von Rechten (nur um solche selbstverständlich, nicht um Sachen an sich kann es sich handeln; Gerstle 36 Anm. 1; Gautschi, Auftrag 115; derslb., Fiduziarische Rechtsgeschäfte 302), welche als Objekte der Fiduzia in Frage kommen, vgl. Reymond 36/7; Madöry 37; Keller 11/2, 29; Erzer 25; Ammann 35/6; Gerstle 36 ff.; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 255/6, 300/1, 321/6, ZGB 884 N 15 ff., ZGB 901 N 45, 84, ZGB 906 N 45. – Es kann sich nur um Rechte handeln, die gegen Dritte, nicht um solche, die gegen den Fiduzianten gerichtet sind, denn der Zweck der Fiduzia besteht ja gerade in der Geltendmachung gegen Dritte (Gerstle 154); bei Drittbegünstigung können sie gegen den Fiduzianten gerichtet sein. Ausgeschlossen sind Verwaltungsrechte (im Sinne von Tuhrs/Siegwart 23/4), denn das Wesen der Treuhand besteht darin, daß sich die Ver-

fügen können^{5a} (Vollrechtstheorie⁶), nur fiduziarisch inne⁷, d. h. unter der sich aus dem fiduziarischen Vertrag ergebenden internen, obligatorischen Einschränkung und Verpflichtung, es nicht oder nicht ausschließlich zu seinem, sondern zum Nutzen des Fiduzianten (oder eines Dritten, des Begünstigten) auszuüben, bzw. es in dessen Interesse nicht auszuüben und es unter bestimmten Voraussetzun-

fügungsmacht des Treuhänders aus den ihm gerade zu diesem Zwecke übertragenen Rechten selbst (den «Eigenrechten») ergibt, über die verfügt werden soll, während die abgespaltenen Verwaltungsrechte (abgesehen von der durch sie oft vermittelten Verpflichtungsmacht, vgl. Anm. 5a) darauf gerichtet sind, über fremde Rechte zu verfügen (Gerstle 40, 145). Der Treuhänder hat Eigenrechte, der Vertreter Verwaltungsrechte.

^{5a} Die Treumacht ist primär nur Verfügungsmacht, die sich aus der Innehabung ihres Objektes ergibt. Eine indirekte Verpflichtungsmacht besteht nur sekundär bezüglich der Auslagen für die Verwaltung des Treugutes, für welche der Fiduziar (wenn die Haftung nicht vertraglich auf das Treugut beschränkt wurde) vom Fiduzianten Ersatz verlangen kann (OR 402) (der Fiduziar kann im konkreten Geschäft seine eigene Haftung ebenfalls auf das Treugut beschränken, soweit es dem Zweck des fiduziarischen Vertrages nicht widerspricht). Dagegen kann eine Vollmacht oder Ermächtigung dem direkten, bzw. indirekten Vertreter Verfügungsmacht (über ein fremdes Recht) sowohl wie auch nur Verpflichtungsmacht verschaffen. Vgl. zur Unterscheidung zwischen (insbesondere indirekter) Vertretung und Fiduzia Anm. 5, 13, unten S. 262a (betr. OR 401); u. a. Scott I 63 et seq.; Corpus Iuris primum 2 «Agency» § 11; Gerstle 1/2, 4, 145 ff.; Becker, OR 401 N 6; Madöry 78/81; Schleß passim; Siebert 108 ff.; Keller 21/2, 70/1; Dölle, Neutrales Handeln; Reymond 57, 81/2. Für Gautschi, Auftrag, insb. 82, 98, 109 ff., 116, 120/1 besteht kein Unterschied; vgl. auch § 7 Anm. 16.

⁶ Über die (mit der Lehre von der Fiduzia identische) Vollrechtstheorie (vgl. § 1 Anm. 10) als Gegensatz zu anderen deutschen Treuhandtheorien, die auf eine Teilung des dinglichen Rechtes am Treugut zwischen Treuhänder und Treuhilfner hinauslaufen, vgl. unten S. 260a.

⁷ Insbesondere z. B. sogenanntes fiduziarisches, nichtsdestoweniger aber echtes, im Verhältnis zu Dritten voll wirksames Eigentum; Blaß 98; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 240; Reymond 23, 37; Bergmaier 56 u. a.

gen an ihn zurückzuübertragen (bzw. an den Begünstigten weiterzuübertragen)⁸.

§ 25. Die Fiduzia, wenn auch gesetzlich nicht speziell geregelt⁹, ist in ZGB 717 I und (als Inkasso- und eine bestimmte Art der Sicherungszession) in SchKG 201 vom

⁸ Zum Begriff der Fiduzia vgl. u. a. Gauthschi, Auftrag 115/28; derslb., Fiduziarische Rechtsgeschäfte 302; Yung 146 ss.; Blaß 34/5, 60 ff., 99/100, 136 ff.; Lob 19 ss.; Pfeiffer 89 ff.; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 235, 238/41, 249/50, 271/4, 292, 296; derslb., Eigentumsübertragung 70 ff.; Reymond 22 ss., 39/40; Ammann 33/5; Maday SJK; derslb., Treuhandbezeichnung 122/3; von Tuhr/Siegwart 194/6; Madöry 9, 18, 36 ff.; Bergmaier 21 ff.; Hoog 3/4, 50; Keller 1, 7/8, 36 ff.; 51/2, 57/8, 62 ff., 76; Erzer 2, 11, 17, 25, 30/1, 63; Gubler 157/8; Gerstle 4/5, 43/5, 64/7; Aeby *passim*; Oser/Schönenberger OR 17 N 24; Haab ZGB 641 N 23, BGE 31 II 109 ff.; 71 II 100/1; 72 I 338. Palandt, Einf. vor BGB 164 N 3, Einführung vor BGB 929 7; Reichsgerichtsrätekommmentar, Rechtsgeschäfte Vorbem. 6, BGB 130 N 6; H.A. Schwarz 88 ff.; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts (2. A. Karlsruhe 1951) 207 ff.; Würdinger, German Trust; Schleß 52 ff.; Klausing 374, 396, 397 Anm. 1; Siebert 146 ff.; vgl. ferner die Literaturverzeichnisse bei Blaß und Reymond. Klang, Bd. II S. 133, 301 ff.; ABGB 919 C I.

⁹ Dies durchaus zu Recht (gl. M. Blaß 98), da es sich einerseits beim fiduziarischen Eigentum (wie bei der fiduziarischen Innenhabung anderer Rechte) um eine normale, voll wirksame Rechtsträgerschaft handelt, und andererseits die an sich delikaten fiduziarischen Rechtsverhältnisse von einer frei wirkenden Praxis unter Beizug insbesondere des Auftrags- und Pfandrechts am angemessensten geregelt werden können. Wenn auch bei der Redaktion gewisser Treuhandverträge einseitig auf die Haftungsbeschränkung gewerbsmäßiger Treuhänder Bedacht genommen wird, besteht angesichts des relativ doch beschränkten Anwendungsbereites kein Bedürfnis nach Schaffung sozialen Vertragsrechts. Die Anwendungsdichte würde sich wohl allerdings erheblich steigern und darum vielleicht eine gesetzliche Regelung notwendig machen, wenn ein Aussonderungsrecht geschaffen würde, obschon dies (gesetzestechisch) vorerst durch eine einfache Ergänzung des Vollstreckungsrechts möglich wäre. Auf einem anderen Blatt steht die Frage nach dem Bedürfnis einer Normierung der Treuhand als Berufsbezeichnung; vgl. oben § 4 Anm. 9; vgl. zur Gewährung eines Aussonderungsrechtes insbesondere §§ 119/20.

Gesetz wie seit jeher von der Rechtsprechung und Doktrin anerkannt¹⁰.

Der Fiduziar – darin zeigt sich das in ihrer Bezeichnung festgehaltene Vertrauensmoment der Fiduzia¹¹ – kann mehr als er darf¹². Das hat er aber mit vielen nicht fiduziari-schen Rechtsträgern gemein, z. B. mit dem Vertreter, dessen Vertretungsmacht über seine Vertretungsbefugnis hinausgeht¹³, oder mit dem Grundeigentümer, der sich obligatorisch verpflichtet, seine Liegenschaft in einer bestimmten Richtung nicht auszunützen^{13a, 13b}. Im Aus-

¹⁰ Vgl. für viele Oftinger, Fahrnispfand Syst.T. N 246; Keller 41/2; BGE 72 II 240, 78 II 451. – Im romanischen Rechtskreis ist ihr Dasein zumindest dogmatisch weniger gesichert; vgl. Klausing 372/3, 386 ff.; Nußbaum 199.

¹¹ Vgl. u.a. Gerstle 2; Siebert 18; von Tuhr/Siegwart 195; Keller 9, 58; Ammann 11/12; Reymond 27/96; Blaß 35, 97/8; bei der Sicherungsübereignung ist aber das Vertrauen mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Zwangslage des Schuldner-Fiduzianten oft nur formaler Natur, Ehrenzeller 46.

¹² Vgl. für viele Blaß 35, 122; Gautschi, Fiduziarische Rechtsgeschäfte 302; Reymond 23/24; Ammann 104/5; Bergmaier 31; Keller 9 und 38; Hoog 50; Erzer 11; Oftinger, Eigentumsübertragung 70; Oser/Schönenberger, Vorbem. OR 164 N 5; BGE 31 II 109, 71 II 169; Palandt, Einf. vor BGB 929 7.A.; Reichsgerichtsrätekommmentar, Rechtsgeschäfte Vorbem. 6; Siebert 20, 146; Klang II 133.

¹³ Schleß 31.

^{13a} Reymond 27.

^{13b} Die Auffassung, überschießende Rechtsmacht sei etwas spezifisch Fiduziarisches, verleitet Gautschi, Fiduziarische Rechtsgeschäfte 302, dazu, einen Vertreter, der mehr kann als er darf, als Fiduziare zu bezeichnen. Der Vertreter legitimiert sich aber zur Verfügung über ein Recht nicht durch die Innehabung dieses selben Rechtes («Eigenrecht» als Merkmal der Treuhand), sondern durch Vollmacht (direkte Vertretung) oder Besitz und Ermächtigung (indirekte Vertretung, die mit der Treuhand in Gegensatz zur direkten Vertretung darin übereinstimmt, daß im eigenen Namen für fremde Interessen gehandelt wird) (vgl. Anm. 5; von Tuhr/Siegwart 206). Auch Organrechte sind nur Verwaltungsrechte und können nicht Gegenstand einer Fiduzia sein (a.M. Gautschi a.a.O.). Zu Unrecht nimmt Gautschi auch an: «Jedes Anvertrauen einer beweglichen Sache ist an sich eine fidu-

einanderfallen von externer Rechtsmacht und interner Rechtsbefugnis liegt keine Simulation, bei der Fiduzia sowenig wie bei einer über die Bedürfnisse der Geschäftsbesorgung hinausgehenden Vollmacht¹⁴. Das Mißverhältnis der internen zur externen Rechtsstellung entspricht durchaus dem Parteiwillen, nicht nur bei der Rechtsübertragung, sondern auch insoweit, als er im fiduziarischen Vertrag mit der darin enthaltenen, oft, aber keineswegs immer verdeckten¹⁵ internen Beschränkung der Rechtsausübungsbefugnisse zum Ausdruck kommt¹⁶. Mit der «überschießen-

ziarische Zuwendung.» Die Möglichkeit eines Mobilier-Nutznießers, eines Pfandgläubigers, Depositärs, Mieters u. a., die anvertraute Sache zu veruntreuen, ergibt sich nicht aus einem Recht, sondern aus einem (zudem von den Parteien nicht angestrebten) Rechtschein. – Indessen kann man sich fragen, ob im Anvertrauen einer zwecküberschreitenden Rechtsmacht (oder eines entsprechenden Rechtsscheins) nicht an sich die Grundlage für einen besonderen Schutz vor Veruntreuung anvertrauten Gutes des nach Billigkeit daran Berechtigten erblickt werden kann, so wie die anglosächsische Rechtsprechung den constructive trust nicht nur an den express trust, sondern auch an andere fiduciary relations und an jede ungerechtfertigte Bereicherung überhaupt knüpft (vgl. unten S. 293a ff.). Vgl. über entsprechende ausdehnende Begriffsbestimmungen der Fiduzia die Angaben bei Siebert 210; ferner Schleß 50/1, 56, 64; ante S. 248a Anm. 5a. – Die Überbetonung des Vertrauensmomentes als angebliches specificum der Fiduzia hat dazu geführt, das Wort Treuhand als Berufsbezeichnung zu mißbrauchen; Anker 31. Anderseits ist einzuräumen, daß das Vertrauen beim Anvertrauen von Eigenrechten, mit denen dem Empfänger eine besonders starke Stellung eingeräumt wird, besonders bedeutsam ist; Siebert 18.

¹⁴ Das ist heute an sich unbestritten. Vgl. über die Geschichte der Trennung von Simulation und Treuhand Gerstle 4/5. Vgl. u.a. Gautschi, Auftrag 121, 126; Reymond 79/81; Ehrenzeller 43 ff.; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 248, 283; Aeby 154ss.; Gerstle 68, 130/33, 163/64; Madöry 14, 63/65; Keller 17, 20 und 56; Erzer 39 ff.; von Tuhr/Siegwart 266/67; Yung passim. BGE 71 II 101, 169; 72 II 72, 238/39, 280/82, 358 ff.; ferner die bei Gubler 166 Anm. 26 angeführte Judikatur.

¹⁵ Vgl. oben § 15 Anm. 36.

¹⁶ Das Letztere wird bestritten von den Autoren, welche die

den Rechtsmacht» wird dem Fiduziaren jene die Geschäftsbesorgung (und Sicherheitsverwertung) im Verhältnis zu Dritten vereinfachende und seine Stellung verstärkende, den Fiduzianten verbergende Legitimation verschafft, die mit der fiduziarischen, über die Bevollmächtigung (oder die Pfandbestellung) hinausgehenden Vereinbarung eben gerade bezweckt wird¹⁷. Nutzen und Vermögenswerte allerdings, um derentwillen Herrschaftsrechte regelmäßig übertragen werden, behält der Fiduziant dem Wesen der Treuhand gemäß zurück (oder sie sollen auf den Begünstigten

Zulässigkeit der Fiduzia von der Abstraktheit der fiduziarischen Übertragung abhängig machen: von Tuhr/Siegwart 194/95; Oftinger, Eigentumsübertragung 135 ff., (a. M. nun in Fahrnispfand Syst. T. N 242, 246); Gerstle 68, 131/33, 164. Es war durchaus konsequent, wenn daraus gefolgert wurde, der Fiduziant könne sich im Konkurs des Fiduziars auf Nichtigkeit infolge Simulation berufen und die Aussonderung des Treugutes verlangen, soweit das Kausalprinzip herrsche (vgl. Oftinger a. a. O.).

¹⁷ Yung (vgl. auch Reymond 79/80) will, in Analogie zum Begriff der Simulation bei Verpflichtungsgeschäften, bei der Fiduzia immer dann Simulation annehmen (und damit den Umweg über die Nichtigerklärung infolge Unsittlichkeit oder Gesetzeswidrigkeit vermeiden), wenn die fiduziarische Rechtsübertragung lediglich ganz formell gemeint ist, nur gerade darauf gerichtet, Dritte über den wahren Sachverhalt zu täuschen, ohne daß der Fiduziar irgendwelche tatsächlichen Verwaltungsaufgaben (oder Verwertungsbefugnisse) zugewiesen erhält. Die Verfügung ist aber mit dem formellen Rechtsübergang gewollt, im Unterschied zu einer bloß zum Scheine eingegangenen und deswegen simulierten Verpflichtung. Es gibt Fälle, wo die Fiduzia legitimerweise nur zur Verbergung gebraucht wird, ohne daß der Fiduziar irgendwelche Verwaltungsaufgaben zu erfüllen hätte; so z. B. wenn vorsorglicherweise im Ausland liegendes Vermögen an einen dort ansässigen Fiduziaren übertragen wird einzig mit dem Zweck, drohende diskriminierende Gesetzesvorschriften umgehen zu können, wobei jedoch die Verwaltung zumindest vorläufig durch den Fiduzianten erfolgen soll. Solche Anwendungen der Fiduzia sind schutzwürdig und sollen nicht durch einen zu strengen Begriff der Simulation verunmöglich werden; vgl. auch Anm. 28. – Im angelsächsischen Recht sind passive trusts ungültig; vgl. unten S. 278a, Anm. 94.

übergehen)¹⁸. Insofern will er jedoch lediglich den Umsatz, die üblichen wirtschaftlichen, nicht aber die rechtlichen wesentlichen Folgen der vollen Rechtsübertragung vermeiden. Diese Folgen bestehen im Übergang der nach

¹⁸ Die Verwendung des Übereignungsgeschäftes zu atypischen (fiduziarischen) Zwecken bringt die Gefahr der unerlaubten Gesetzesumgehung mit sich. – Die für die Übereignung regelmäßig zulässige Besitzesverschaffung in der Form des constitutum possessorium ist in Berücksichtigung des besonderen Zweckes der Sicherungsübereignung in Analogie zum Pfandrecht gesetzlich ausgeschlossen; ZGB 717 I. Vgl. dazu Haab/Simonius/Scherrer ZGB 717 N 60 ff.; Blaß 107 ff.; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 236/37; Reichwein; von Tuhr/Siegwart 195, 267; BGE 78 II 207 (das Konstitut wird hier für die Sicherungsübereignung im Gegensatz zu echten Umsatzgeschäften aufs entschiedenste als unzulässig erklärt; gänzlich mißverstanden von A.W. Brunner, Die Sicherungsübereignung, NZZ 1/1954). Entsprechend wird in Analogie zu den Bestimmungen über das Faustpfand (ZGB 900 I) bei der Sicherungszession die Übereignung des Schuldabschlags als konstitutive Publizitätsform verlangt; Bergmaier 146 ff. (Verbot des Konstituts auch in Österreich; Klang 303.) – Die Praxis lässt jedoch die Sicherungsübereignung in der Form der Begründung von Mitbesitz zu, obschon auch hier die Analogie zu ZGB 884 III gegeben wäre; vgl. Haab/Simonius/Scherrer ZGB 717 N 64; Blaß 105 ff.; Oftinger a.a.O. N 264; Reichwein. – Die deutsche Praxis – nicht unangefochten – lässt das Konstitut zu; vgl. Haab/Simonius/Scherrer ZGB 717 N 65; Blaß 99 ff. mit vielen Hinweisen; von Tuhr/Siegwart 195 Anm. 24; Lange; Paulus; Klausing 399 ff.; gleich die ältere schweizerische Praxis; vgl. BGE 19 348 f.; 30 II 556. – In Analogie zum Pfandrecht ist eine Verfallklausel ungültig; vgl. Blaß 78 ff.; Reymond 45 ss.; Reichwein; Klang 304. – Über weitere Gesetzesumgehungen vgl. § 16; Blaß 75 ff.; Reymond 68 ss.; Gerstle 18, 21, 62, 66, 73, 138; Madöry 21 ff.; Keller 41, 44, 67/68; Yung mit vielen Urteilen; BGE 72 II 73/77, 283/93, I 337. – Über die Anwendung der Anfechtungsregeln bei der Gläubigerschädigung vgl. Bergmaier 92 ff.; von Tuhr/Siegwart 196, 267 Anm. 31. – Gerstle 60/61 will mit Rücksicht auf den besonderen Zweck der fiduziarischen Zession die Verrechnung mit Gegenforderungen gegen den Fiduzianten, die nach Kenntnisnahme von der fiduziarischen Zession entstanden sind (über OR 169 hinaus), zulassen und umgekehrt alle persönlichen Einreden gegen den Fiduziaren ausschließen. Nach ihm ist bei der fiduziarischen Abtretung eines

außen voll wirkenden Verfügungsgewalt ohne Rücksicht darauf, wer wirtschaftlich daran interessiert ist¹⁹.

§ 26. Da die fiduziarischen Rechtsübertragungen wirtschaftlich gesehen keine Umsatzgeschäfte sind²⁰, kann ihre causa nicht in einem Veräußerungsvertrag gesucht werden; ein solcher wäre simuliert²¹. Die causa liegt vielmehr in einem innerhalb der Vertragsfreiheit abgeschlossenen fiduziaren Vertrag sui generis²². Dieser ist als einheitlicher Vertrag

Geschäftes OR 181 nicht anwendbar (61/62); vgl. dazu auch ein Gutachten Sauer-Hall über die Frage der Reception des Trustrechtes (November 1949) 35/36.

¹⁹ Vgl. Gerstle 57/59; Erzer 46, 54; Blaß 136/37 und die dort angeführte Literatur; Anm. 7/8. Nach Klang 301 ff. lässt allerdings das ABGB als causa für eine Übereignung nur Veräußerungsgeschäfte zu, deren bestimmungsgemäßer wirtschaftlicher Zweck im Güterumsatz besteht, wobei solche Veräußerungsverträge in der Anwendung auf die Fiduzia als simuliert erscheinen. Die Lösung für das österreichische Recht ergibt sich aus KO 10.

²⁰ Ein Umsatz wird allerdings zwischen Fiduziant und Begünstigten eingeleitet.

²¹ Abgesehen von der Sicherungsfiduzia beharrt das Bundesgericht immer noch auf einem Veräußerungsvertrag (vgl. zuletzt BGE 72 II 361), den es, wenn er als causa angerufen wird, dann oft als simuliert erklären muß (z. B. a. a. O.) (wodurch die grundsätzliche Anerkennung der Fiduzia eigentlich illusorisch wird), während es sich in anderen Fällen, wenn z. B. ein Kauf genügend geschickt vorgetäuscht ist, damit abfindet (vgl. z. B. 72 II 275 ff.). Faktisch kann ein Veräußerungsvertrag, mit dem Nutzen und Gefahr auf den Fiduziaren übergehen würden, bei dem ein Preis zu bezahlen oder der Fiduziar zu bereichern wäre, im Zusammenhang mit einer Fiduzia nie ernst gemeint sein (Blaß 63 ff., 139/40 und 147/53). Dies gilt in der Regel insbesondere auch für die Schenkung, die infolge ihres Bereicherungsmomentes als causa einer fiduziaren Rechtsübertragung ungeeignet ist (Gautschi, Auftrag 122; Blaß 62/3; Gerstle 165/66). So ist es m. E. (gl. M. Lepaulle 356) falsch, wenn in einer unselbständigen fiduziaren Stiftungserrichtung oder Sammlung eine Schenkung unter Auflage an den Fiduziaren erblickt wird (so Pfeiffer 70 ff.; Gampert 202). – Nicht zu bestreiten ist die Gültigkeit eines Veräußerungsvertrages als causa beim Erwerb des Treugutes von Dritten.

²² Gl. M. die moderne Doktrin; vgl. Homberger, ZGB 965 N 18; Maday, SJK 732 S. 2/3; Keller 25 ff., 36/37; Bergmaier

aufzufassen, der die Grundlage für die fiduziarische Rechtsübertragung sowohl wie für die Rück- oder Weiterübertragung bildet, die positiven Verwaltungspflichten des Fiduziars sowohl wie seine Unterlassungspflichten (insbesondere ein eventuelles Veräußerungsverbot), die Pflichten des Fiduzianten und die Ansprüche des Begünstigten umfassen kann²³. Auf den fiduziarischen Vertrag sind weitgehend Auftragsregeln anzuwenden. Doch handelt es sich mit Rücksicht auf die durch ihn bezweckte Übertragung von Eigenrechten um einen qualifizierten Auftrag, der

33, 47/48, 51/52, 67, 118 ff., 139/42; Reymond 39/40; Blaß passim, insbesondere a.a.O.; Ammann 34/35; ZR 52 (1953) Nr. 206. Ungenau ist es, wenn das Bundesgericht (71 II 240) die Sicherung als *causa* anerkennen will; diese ist ein Zweck, *causa* aber muß eine Willenserklärung sein (Gautschi, Auftrag 114); auch bei der Verpfändung ist nicht die Sicherung, sondern der Pfandvertrag *causa*. – Über die Formvorschriften für den Abschluß fiduziarischer Verträge betr. Grundstücke vgl. BGE 71 II 102, 72 II 360/1; Reymond 33 ss.; diese verunmöglichen es, den fiduziarischen Vertrag als dissimulierte *causa* anzuerkennen, wenn ein Kauf als simulierter Vertrag öffentlich beurkundet wurde, stehen aber der Anerkennung eines irrtümlicherweise als Kauf bezeichneten fiduziarischen Vertrages, dessen für die Übertragung wesentliche Elemente beurkundet wurden, nicht entgegen. – Nach Homberger (ZGB 965 N 18) ist im Grundbuch als Erwerbsgrund nur ein «Vertrag» schlechthin einzutragen; Ammann (70/1) spricht sich demgegenüber für die Angabe des «fiduziarischen Vertrages» aus, woraus sich ein Zwang zur Offenbarung von Treuhandverhältnissen ergibt; Gautschi, Auftrag 122.

²³ Die Annahme eines dinglichen Vertrages ist nicht nötig; die Übertragung ist Erfüllungshandlung des abgeschlossenen fiduziarischen Vertrages (vgl. Haab/Simonius ZGB 714 N 34 ff.; Haab/Simonius/Scherrer ZGB 717 N 44; gl. M. Blaß 121 mit Hinweisen auf die Kontroversliteratur). – Die häufig als wesensnotwendig erachtete Zweiteilung des fiduziarischen Vertrages in einen das fiduziarische Eigentum begründenden und einen es vernichtenden Vertrag (vgl. für viele BGE 71 II 100/1; Bergmaier 35), geht im Grund auf die hier ungerechtfertigte Vorstellung eines mit einer obligatorischen Verfügungsbeschränkung gekoppelten Veräußerungsvertrages zurück und steht meist auch mit der Kautelarpraxis im Widerspruch.

darum auch seine besondere Bezeichnung erhalten soll²⁴; dies insbesondere auch darum, weil die Auftragsregeln zumindest bei der Sicherungsübereignung und Drittbegünstigung erheblich modifiziert werden²⁵.

§ 27. Der Fiduziant oder der von ihm eingesetzte Begünstigte²⁶ hat gestützt auf den fiduziarischen Vertrag obligatorische Ansprüche (und nur solche) gegen den Fiduziaren, einerseits auf die Vornahme der für die Verwaltung des Treugutes notwendigen Handlungen, z. B. auf den Verkauf eines Vermögenswertes²⁷ und die Anschaffung eines neuen, und auf Auskunfterteilung (*facere*)²⁸, andererseits auf die Unterlassung schädlicher Verwaltungshandlungen, insbesondere der unerlaubten Veräußerung von Treugut (*non facere*), und endlich auf die Herausgabe des in das volle Eigentum des Fiduziars übergegangenen

²⁴ A. M. Gautschi, Auftrag *passim*, insbesondere 107 ff.

²⁵ Gl. M. Blaß 67/68; Reymond 40/41; vgl. ferner Anm. 22. Für Yung sind beide Möglichkeiten, Auftrag oder fiduziarischer Vertrag *sui generis* gleichbedeutend. In der Tat handelt es sich nur um die terminologische Bewertung der an sich nicht bestrittenen Modifikation (oder wenn man will: speziellen Ausgestaltung) des Auftragsrechtes durch die fiduziarische Vereinbarung. Vgl. auch unten S. 258a.

²⁶ Nach Maßgabe des Parteiwillens oder der Übung (die nicht für alle fiduziarischen Verträge dieselbe zu sein braucht) gemäß OR 112; vgl. von Tuhr/Siegwart 683 ff.; die Begünstigten einer öffentlichen Sammlung haben z. B. in der Regel keinen selbständigen Anspruch; vgl. Pfeiffer 74 ff.

²⁷ So ist die Sicherungsübereignung und -Abtretung als bedingte Hingabe zahlungshalber aufzufassen, und es besteht demnach eine Pflicht des Fiduziars (oder seines Konkursverwalters) zur Verwertung; Blaß 165 und dortige Hinweise; Oftinger, Fahrnißpfand Syst. T. N 268; Bergmaier 191; Erzer 97 ff.; von Tuhr/Siegwart 450.

²⁸ Es gibt aber auch fiduziarische Verträge ohne Verpflichtungen zu einem *facere*. Immerhin kann auch ein rein passiver Fiduziar infolge seiner formell voll wirksamen Rechtsstellung in unvorhergesehenen Fällen im Interesse der Erhaltung des Treuguts zum Handeln verpflichtet sein; auch das spricht gegen die strenge Fassung des Simulationsbegriffs durch Yung; vgl. Anm. 17.

Treugutes²⁹ und seiner Surrogate, teilweise oder bei Auflösung des fiduziarischen Rechtsverhältnisses im vollen Umfange³⁰ (dare).

Der Fiduziant (oder der Begünstigte) hat für seine Rechte aus dem fiduziarischen Vertrag einen Anspruch auf Realexekution^{31, 32, 33}. Verletzt der Fiduziar seine auf ein Tun gerichtete Pflichten, ist allerdings in der Regel anzunehmen, er berufe sich auf sein Recht zum Widerruf des fiduziarischen Vertrages (OR 404), so daß auf Rückübertragung des Treugutes und Schadenersatz zu klagen ist³⁴. Dies gilt jedoch nicht bei der Sicherungsübereignung. Vom Sicherungseigentümer kann nicht vermutet werden, mit der Verletzung seiner Pflichten zur Erhaltung des Treugutes verzichte er auf die Sicherung³⁵. Dafür besteht m. E. ein

²⁹ Es ist als Folge der Vollrechtstheorie eine formelle Rückübertragung, z. B. Retrozession nötig; BGE 71 II 170.

³⁰ Bzw. im Falle der Verwertung eines Sicherungseigentums des Überschusses.

³¹ Aeb y 171; Reymond 50; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 264.

³² Bezuglich der Rückgabepflicht zugleich eine Pflicht, in erster Linie auf Realerfüllung zu klagen. Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist insofern unvollkommen zweiseitig und unterliegt nicht den Regeln über das Synallagma (also besteht die in OR 107 I gebene Möglichkeit des Rücktrittes nach erfolgloser Nachfristensetzung nicht); Erzer 25, von Tuhr/Siegwart 139; Blaß 62, 90 (die Pflicht zur Sicherungsübereignung kann mit der Darlehensgewährung in einem synallagmatischen Verhältnis stehen; das besagt aber nichts für die Verpflichtungen des Fiduziars, wenn sie einmal vollzogen ist). Die Verpflichtung zur Übernahme des Treugutes durch den Fiduziaren kann nicht realiter durchgesetzt werden; von Tuhr/Siegwart 527; Gautschi, Auftrag 180 ff.

³³ Über den Anspruch auf Realerfüllung im allgemeinen vgl. ZGB 656 II, 665 II, 963 II; OR 97 I, II, 98, 107 I und 166; OG 39; ZPO ZH 375 II/293 Zif. 2; 375 III; von Tuhr/Siegwart 526 ff.; Schobert 30 ff.; Oser/Schönenberger Vorbem. OR 91–109 N 2; OR 97 N 19–23; Guldener 526 ff.

³⁴ Gautschi, Auftrag 181. Auch die Rechenschaftsablegung kann nicht erzwungen werden, soweit es sich nicht um die Vorlage bestehender Akten handelt.

³⁵ Blaß 68.

Anspruch auf Realexekution. Bei Drittbegünstigung muß ebenfalls Widerruf durch den Fiduziaren angenommen werden^{35a}. Handelt es sich um eine unwiderrufliche Begünstigung und hat der Begünstigte gemäß dem fiduziarischen Vertrag andererseits noch kein Recht auf Herausgabe des Treugutes, müssen Fiduziant und Begünstigte als Solidargläubiger³⁶ auf Herausgabe an einen von ihnen gemeinsam ernannten neuen Fiduziaren klagen. Können sie sich nicht einigen, ist ein Beistand zu bestellen, ebenso wie wenn der Fiduziant nicht handelt oder nicht mehr vorhanden ist und andererseits die Begünstigten nicht bestimmt sind^{36a}. Dabei ist allerdings die Frage, wem das Eigentum am Treugut zukommen soll, ungelöst^{37, 38}.

Die fiduziarischen Verpflichtungen zur Unterlassung von Verfügungen über das Treugut können durch indirekten Zwang durchgesetzt werden, insbesondere auch durch die Ergreifung vorsorglicher Maßnahmen im Befehlsverfahren³⁹, z.B. dann, wenn der Fiduziar in Mißachtung seiner Treuepflichten Treugut an einen Dritten verkauft, die Eigentumsübertragung aber noch nicht vorgenommen hat⁴⁰.

Der Anspruch des Fiduzianten auf Rückübertragung des Treugutes ist gegenüber dem Fiduziaren bei Mobilien manu militari, bei Forderungen und Immobilien durch richterliches Urteil als Ersatz der für die Rückübertragung notwendigen Willenserklärungen real vollstreckbar.

^{35a} Vgl. allerdings ZR 35 (1936) Nr. 25; BGE 62 II 140 ff.

³⁶ von Tuhr/Siegwart 697.

^{36a} Der ungestörte Fortbestand der Fiduzia kann gewährleistet werden durch die Bestellung mehrerer Fiduziare. Vgl. Anm. 60.

³⁷ Es entsteht ein subjektloses Recht; vgl. Dölle, Blankozession.

³⁸ Das Institut der Beistandschaft muß m.E. auch für private Sammlungen zur Verfügung stehen, die Aufzählung in ZGB 393 ist nur exemplifikativ; a.M. Egger, ZGB 393 N 33; Pfeiffer 116.

³⁹ Reymond 41.

⁴⁰ von Tuhr/Siegwart 528 Anm. 19a, über die Praevention bei Verletzung eines Konkurrenzverbotes.

Veräußerte der Fiduziar unbefugterweise einen Gegenstand des Treugutes, so hat der Fiduziant gegen ihn einen Schadenersatzanspruch auf Grund des fiduziarischen Vertrages⁴¹. Ein primärer Anspruch auf Herausgabe des Surrogates lässt sich aus dem fiduziarischen Vertrag nicht ableiten, weil der Erwerb des Surrogates ja in Verletzung dieses Vertrages erfolgte. Trotzdem kann der Fiduziant die Aushändigung des Surrogates herbeiführen durch seinen Anspruch auf Sekundärleistung, denn die Art des Schadenersatzes ist vom Richter zu bestimmen (OR 43 I), und dieser kann demnach den Fiduziaren zur Herausgabe des Surrogates anhalten. Unter Umständen kann der Richter den Fiduziaren verpflichten, den Schadenersatz durch Wiederbeschaffung des unbefugterweise veräußerten Treugutes zu leisten⁴². Neben dem Schadenersatzanspruch auf Grund des fiduziarischen Vertrages steht dem Fiduzianten ein primärer Anspruch auf Herausgabe des Surrogates aus negotiorum gestio zu⁴³. Genehmigt der Fiduziant nachträglich den Treubruch, kann er die Erstattung des Surrogates als Primärleistung aus dem fiduziarischen Grundverhältnis verlangen (OR 424).

Fällt der Fiduziar in Konkurs, so wandeln sich mit Rücksicht auf den Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger sämtliche Ansprüche des Fiduzianten oder Begünstigten in Geldforderungen (SchKG 211) und können, da sie nur obligatorischer Natur sind, lediglich im Ausmaß der Konkursdividende befriedigt werden. Das Treugut fällt gemäß SchKG 197 in die Konkursmasse. Die

⁴¹ Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 250.

⁴² Von Tuhr/Siegwart 105/6.

⁴³ Von Tuhr/Siegwart 435; Oftinger, Fahrnispfand ZGB 890 N 29. Man könnte einwenden, der Fiduziar habe nicht in «fremde» Interessen eingegriffen, da er, auch im Innenverhältnis, Eigentümer des Treugutes sei. M.E. ist aber hier, wo keinerlei Interessen Dritter gefährdet sind, die Interessenlage ausschließlich nach den obligatorischen fiduziarischen Beziehungen zu bestimmen.

dem Fiduziaren zugewendeten Rechte stehen ihm in voller Wirksamkeit zu. Das wirtschaftliche Interesse des Fiduzianten oder des Begünstigten am Treugut kann nach gelgendem schweizerischen Recht nur in die Form eines rein obligatorischen Anspruchs gekleidet sein. Es gibt kein vom «formellen» Eigentum des Fiduzianten getrenntes «wirtschaftliches» Eigentum und insofern kein Aussonderungs- bzw. Widerspruchsrecht⁴⁴. Eine Ausnahme besteht für In-

⁴⁴ Blaß 94 ff., 153 ff.; Pfeiffer 93 ff.; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 252/53, 240, 249, 271, 273/74, 292, 297; Reymond 52 ss.; Ammann 133 ff.; Bergmaier 210 ff., 26 ff., 161 ff.; Erzer 152 ff.; Keller 169 ff., 57/58; Hoog 147 ff.; Gerstle 43, 61/62, 64 ff.; Madöry 42/45 ff.; von Tuhr/Siegwart 96; Haab ZGB 641 N 23/4; Aeby 190 ff.; Jaeger SchKG 197 N 4B; Jaeger/Daeniker SchKG 197 N 4Bc; Blumenstein 636; vgl. ferner Anm. 7/8. – Die deutsche Praxis gewährt nach der Theorie vom geteilten Eigentum (RGZ 45 [1899] 84 ff.: «Die Sache gehört dem Fiduziar zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich.») ein Aussonderungs- und Widerspruchsrecht. Vgl. dazu u.a. Klausing 397; Dölle, Konkurs 135; Siebert 159 ff.; Palandt, Einf. vor BGB 929 7. B b; Würdinger, German Trust 36/7; Anker 47/8; Blaß 49 ff. mit vielen Verweisen; Gerstle 76/7; Weiser 15 et seq. Diese Praxis wird zwar von vielen Autoren (vgl. z.B. auch Heymann 522/3; Schleß 32, 67 ff.; von Tuhr/Siegwart 196 Anm. 29) als dogmatisch unhaltbar kritisiert, jedoch infolge ihres Alters (sie geht auf ein Urteil aus dem Jahre 1887 zurück) und ihrer Unwandelbarkeit oft als Grundlage eines Gewohnheitsrechts bezeichnet. (Über die im Ergebnis ähnliche österreichische Rechtslage vgl. Klang 301 ff.) – Das Aussonderungsrecht wird jedoch nur für unmittelbar vom Fiduzianten auf den Fiduziaren übertragenes Treugut gewährt (Unmittelbarkeitsprinzip; von der Lehre fast allgemein als künstlich abgelehnt; vgl. z.B. Schleß 47; Palandt a.a.O. D; a.M. Siebert passim). Über weitere Einschränkungen vgl. Blaß 53; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts (2. A. Karlsruhe 1951) 213/5. – Über andere, hauptsächlich deutsche Theorien zur Überwindung der Vollrechtstheorie de lege lata vgl. u.a. Gerstle 64 ff.; Anker 43 ff.; Erzer 60 ff.; Madöry 70 ff.; Keller 52 ff.; Reymond 7 ss.; Siebert a.a.O. – Der wirtschaftliche Eigentumsbegriff wird auch in der Schweiz im Steuerrecht angewendet; vgl. BGE 72 I 338; 75 I 315 ff.

haber- und Orderpapiere gemäß SchKG 201⁴⁵, sowie nach VVG 79 II, 80. Keine Handhabe für eine Aussonderung⁴⁶ bietet in der Regel OR 401⁴⁷. Als unzulässig erscheint es vorerst, aus OR 401 (im Verein mit SchKG 201) per analogiam, da es sich ebenfalls um anvertrautes, im eigenen Namen innegehabtes Gut handelt, ein allgemeines Aussonderungsrecht gegenüber dem Fiduziaren ableiten zu wollen⁴⁸, da diese Bestimmungen Ausnahmen zu SchKG 197 darstellen und nicht ausdehnend interpretiert werden dürfen⁴⁹. Die Fiduzia kann aber auch nicht unter Hinweis auf den auftragsähnlichen Charakter des fiduziarischen Vertrages direkt unter OR 401 subsumiert werden mit der Folge, daß wenigstens für Treugutssurrogate ein Aussonderungsrecht bestehen würde⁵⁰. OR 401 betrifft die indi-

⁴⁵ Hoog 149; Ammann 140; Madöry 45; Keller 72/73; Reymond 55/56; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 253. Unter der «Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung» wird jedoch nicht eine gewöhnliche Sicherungsübereignung verstanden.

⁴⁶ Und darüber hinaus gemäß Absatz 1 für einen sofortigen Eigentumsübergang an Treugutssurrogaten. – Für Grundstücke ist OR 401 ohnedies nicht anwendbar; Becker OR 401 N 6; BGE 39 II 813.

⁴⁷ Gl.M. Reymond 56/57; Maday SJK 732a; Becker a.a.O.; BGE 39 II 814; 43 III 346; ZR 14 (1915) Nr. 13; unveröffentlichtes Urteil ObGer. ZH 18.3.52 i. S. O.P. c. Konkursmasse E.A.M. S. 24. A.M. Erzer 4, 36, 158–64; Madöry 45 ff.; Hoog 86; Keller 70/72; Ammann 139/40; Egger ZGB 80 N 3 (für unselbständige Stiftungen; Guisan 104 nimmt ohne Begründung an, es sei hier ein Aussonderungsrecht gegeben; Pfeiffer hält die Aussonderung zugunsten einer fiduziarischen Sammlung nur auf Grund des öffentlichen Einwirkungsrechtes gemäß ZGB 393 Zif. 5 für möglich); Gautschi, Auftrag 208–11. Schleß, der die für die deutsche Praxis maßgebende Theorie des wirtschaftlichen Eigentums (nach schweizerischer Auffassung zu Recht) ablehnt, will ein Aussonderungsrecht aus HGB 392 (OR 401 entsprechende, aber engere Bestimmung) ableiten (76 ff.), ebenso Lippmann 183/4.

⁴⁸ So bei Gerstle 162.

⁴⁹ BGE 39 II 814; ObGer. ZH a.a.O.; Bergmaier 212.

⁵⁰ Dieses Resultat würde übrigens willkürlich anmuten (gl.M. Reymond 57), nicht weniger als die deutsche Praxis, die umgekehrt ein Absonderungsrecht nur für das unmittelbar vom Treu-

rekte Stellvertretung, die streng von der Fiduzia zu unterscheiden ist⁵¹. Der indirekte Stellvertreter, soweit er über anvertrautes Gut verfügen soll, legitimiert sich durch den Besitz. Er erwirbt nicht das Eigentum, ist nur Ermächtigter. Was er für den Vertretenen von Dritten erwirbt, geht allerdings, soweit nicht OR 32 II anwendbar ist^{51a}, in sein Eigentum über, aber ohne daß die Parteien dies wollten, insbesondere ohne daß dem Stellvertreter mit dem Eigentum eine Legitimation verschafft werden sollte, vielmehr unter der Verpflichtung, es sofort an den Auftraggeber weiter zu übertragen. Um die schwierige Untersuchung darüber unnötig zu machen, wann genau diese sich oft in einer nicht erkennbaren Willensbildung vollziehende Eigentumsübertragung zugunsten des indirekt Vertretenen erfolgt sei, wurde OR 401 geschaffen. Der Fiduziar soll aber umgekehrt in der Regel gerade Eigentümer des Treugutes, auch des von Dritten erworbenen, werden, um dieses Eigentum auszuüben und sich daraus nach außen legitimieren zu können. Geht aber die ratio von OR 401 unzweifelhaft dahin, einen von den Parteien gewollten Eigentumsübergang zu erleichtern, so kann diese Bestimmung hier, wo vorerst eine Weiterübertragung absichtlich unterbleiben soll, nicht angewendet werden^{52, 53}.

geber übergebene Treugut gewährt. Allein steht Gautschi, Auftrag 209, wenn er OR 401 auch auf das unmittelbar vom Fiduzianten auf den Fiduziaren übertragene Treugut anwenden will; OR 401 ist seiner Funktion nach auf den Erwerb durch den indirekten Stellvertreter von Dritten zugeschnitten.

⁵¹ Vgl. oben Anm. 5, 5a, 13.

^{51a} Vgl. dazu jedoch Haab/Simonius ZGB 714 N 37; m.E. unrichtig Haab/Simonius/Scherrer ZGB 717 N 19; vgl. ferner Lemp.

⁵² Bei der Sicherungsübereignung könnte allerdings argumentiert werden, wenn das der Sicherung dienende Treugut verwertet werde, bestehe eine Verpflichtung zur sofortigen Herausgabe des Überschusses an den Schuldner-Fiduzianten, sodaß OR 401 seiner ratio nach anwendbar sei (ähnlich Bergmaier, m.E. zu Unrecht die Verwertung durch den Konkursverwalter ausschließend, 213/14). – Bei der Sicherungsfiduzia erscheinen überhaupt die

Ein Aussonderungsrecht kann – ausgenommen für Rechte an Grundstücken⁵⁴ – rechtsgeschäftlich geschaffen werden durch die Übereignung des Treugutes unter der Resolutivbedingung, daß es im Falle des Konkurses des Fiduziars automatisch zurückfalle⁵⁵,⁵⁶. Die Resolutivbedingung soll jedoch nach herrschender Lehre nicht aus dem Wesen der Fiduzia, deren Grundlage eine Vollrechtsübertragung ist, vermutet werden⁵⁷,⁵⁸. Sich aufdrängende Kon-

Folgen der Vollrechtstheorie im Konkurs als nicht sehr schwerwiegend, weil der Schuldner einen Anspruch darauf hat, daß das Sicherungsgut verwertet und nicht er persönlich (zusätzlich zur Einbeziehung des Treugutes in die Konkursmasse) belangt werde, sodaß sein Risiko sich ohnehin nur auf den von ihm obligatorisch herauszuverlangenden Überschuß erstreckt; vgl. Anm. 27.

⁵³ Widersprechen muß man auch Reichwein 324/25, wenn er im Falle der Sicherungsübereignung annimmt, mit der Zahlung seiner Schuld könne der Fiduziant in Analogie zum Pfandrecht den Konkursverwalter zwingen, das Sicherungsgut herauszugeben. Ein Pfandrecht fällt mit der Tilgung dahin, nicht aber das voll wirksame, in seinem dinglichen Bestand von keiner Forderung abhängige Sicherungseigentum. Der Fiduziant hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung, für den er lediglich im Ausmaß der Konkursdividende befriedigt werden kann.

⁵⁴ Vgl. dazu Ammann 115 ff. und dortige Verweise. – Als Ersatz wird oft der Eintrag eines Rückkaufsrechts vorgeschlagen; dieses wäre m.E. aber simuliert.

⁵⁵ Vgl. über diese zulässige Möglichkeit u.a. Anm. 2; ferner Haab/Simonius ZGB 714 N 46; Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 243, 253, 276; Keller 34, 54/5; von Tuhr/Siegwart 705, 713/4; Planiol/Ripert/Boulanger I 898 ss. Nos. 2778 ss.; Erzer 64/9; Anker 49/51; Heymann 5 ff.; a.M. Reymond 14.

⁵⁶ Die Resolutivbedingung ist praktisch nur auf direkt vom Fiduzianten übereignete Mobilien, die zudem an ihn zurückfallen sollen, anwendbar (gl. M. Ammann 115). Es handelt sich also auch hier wieder um ein künstlich anmutendes, der Fiduzia als arteigenem Institut nicht angemessenes Behelfsmittel.

⁵⁷ Vgl. u.a. Oftinger a.a.O.; Reymond 13; Ammann 114; Keller 35, 55; von Tuhr/Siegwart 699/700; Erzer 67; Siebert 223, 229; Anker 51; Heymann 516/7; für die Vermutung z.B. Würdinger, German Trust 38; Lange 569. Die Bedingung bei einer Zession bedarf auf jeden Fall der Schriftlichkeit, OR 165 I.

⁵⁸ Eine Resolutivbedingung könnte auch für den Fall treue-

sequenzen der Erwägungen, die das Bundesgericht in 78 II 445 ff. mit dem Hinweis auf die Rechtsordnung beim anglosächsischen trust anstellte, könnten allerdings zu einem anderen Ergebnis führen⁵⁹. Das Bundesgericht schließt allein aus dem Wesen der Treuhand auf einen Parteiwillen, wonach bei der Auflösung infolge Todes des zwischen zwei gemeinsam eingesetzten Fiduziaren bestehenden Gesamthandverhältnisses Akreszenz (deren ausdrückliche Vereinbarung m.E. wohl zulässig wäre) einzutreten habe. Wagt man eine solche Praesumption, nur mit dem Zweck eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes legitimiert, so ist nicht einzusehen, warum nicht analog aus dem Wesen der Treuhand praesumiert werden könnte, die Akreszenz sei im Falle der Auflösung des Gesamthandverhältnisses infolge Konkurses ebenfalls vereinbart, oder warum nicht weitergehend angenommen werden sollte, das Eigentum sei resolutiv bedingt übertragen worden und falle bei einer Pflichtverletzung oder im Konkurs des Fiduziaren an den Fiduzianten infolge Eintrittes der Resolutivbedingung zurück⁶⁰.

Keine Aussonderungsmöglichkeit ergibt sich aus dem Kausalitätsprinzip⁶¹. Die Auflösung des fiduziarischen

brecherischer Veräußerung von Treugut an bösgläubige Dritte vereinbart werden. Damit würde jedoch die verstärkende und vereinfachende Wirkung, die durch die Vollrechtsübertragung erzielt werden soll, beeinträchtigt, indem alle Dritten, die vom fiduziarischen Charakter des Rechtes des Fiduziars Kenntnis haben oder haben müßten, sich nach seinen internen Befugnissen, genau gleich wie bei einer Vollmacht, erkundigen müßten.

⁵⁹ Vgl. oben § 5.

⁶⁰ Es zeigt sich hier, daß die Bestellung mehrerer gemeinsamer Fiduziare nicht nur den Fortbestand der Fiduzia sichert (vgl. oben S. 258a), sondern auch (wenn man die Vermutung des Bundesgerichtes ablehnt, zumindest bei entsprechender ausdrücklicher Vereinbarung) den Übergang des Treugutes in den Nachlaß der Fiduziare (die zur Kooptation ermächtigt werden können) und in die Konkursmasse verhindern kann.

⁶¹ Diese Aussonderungsmöglichkeit nehmen an Anker 83, 89; Keller 73 (vgl. aber 76) und Blaß 142, 157; vgl. ferner oben Anm. 16.

Rechtsverhältnisses bewirkt den nachträglichen Wegfall der causa der früher vollzogenen fiduziarischen Rechtsübertragung (nur die unmittelbare kommt wohl in Frage) lediglich ex nunc und kann nicht den automatischen Rückfall des Treugutes zur Folge haben. Eine rechtsgültige causa muß nur hinsichtlich des Übertragungsaktes bestehen; der nachträgliche Wegfall ex nunc ändert an der einmal begründeten Rechtszuständigkeit nichts mehr und läßt nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung entstehen⁶².

Gegen den Dritterwerber von Treugut, das der Fiduziar pflichtwidrig veräußerte, hat der Fiduziant in der Regel keine Ansprüche zu stellen, auch dann nicht, wenn der Dritte wußte, daß es sich bei der Veräußerung an ihn um einen Treubruch handle. Der Fiduziar ist voller Eigentümer und darum nach außen jederzeit zur Verfügung befugt; die internen fiduziarischen Beschränkungen seiner Verfügungsbefugnisse wirken nur unter den Parteien des fiduziarischen Rechtsverhältnisses, und Dritte müssen sich um die nur relativen Rechte des Fiduzianten am Treugut grundsätzlich nicht kümmern; es gibt kein ius ad rem⁶³. Unter besonders krassen Umständen, wenn der Dritte absichtlich und ohne relevantes eigenes Interesse zum Treubruch Hand bot, kann er auf Grund von OR 41 II zur Leistung von Schadenersatz, u.U. in der Form der Rückerstattung des Treugutes (OR 43 I) an den Fiduzianten verpflichtet werden⁶⁴. Ist die unerlaubte Veräußerung sowohl

⁶² Gl.M. ObGer. ZH a.a.O.

⁶³ Oser/Schönenberger OR 41 N 15/19, Vorbem. OR 1–67 N 10; Gerstle 65 Anm. 2; von Tuhr/Siegwart 356, 206; Keller 67; Bergmaier 38; Blaß 164 und dort angeführte Literatur; a.M. Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 251, der dem bösgläubigen Dritterwerber jedes Eigentum abspricht; Erzer 84/5 und Aeby 176, die in jedem Fall einen Schadenersatzanspruch geben wollen.

⁶⁴ Lob 60/1; Bergmaier 163; Keller a.a.O.; Oser/Schönenberger OR 41 N 15/19; Gerstle a.a.O.; von Tuhr/Siegwart 356. Ähnlich die deutsche Praxis auf Grund von BGB 826 und 823 II; Würdinger, German Trust 32; Siebert 150 ff.; Pa-

auf Seiten des Fiduziars als auf Seiten des Dritterwerbers als unsittliches Geschäft zu betrachten, kann sie anstatt eines Schadenersatzanspruches die Vindikation durch den Fiduzianten zur Folge haben, weil die Übereignung infolge Nichtigkeit des unsittlichen Grundgeschäfts wirkungslos ist⁶⁵.

II. Der Trust

1. Definition

§ 28. Im «Restatement of the law of trusts as adopted and promulgated by the American Law Institute», das den wertvollen Versuch bedeutender amerikanischer Gelehrter darstellt, eine umfassende Bestandesaufnahme des amerikanischen Trustrechtes in Form von knappen Regeln und erläuterndem Kommentar zu machen, wird der trust unter Weglassung bestimmter spezieller Trustformen, nämlich des charitable, des resulting und des constructive trust⁶⁶ definiert als

ein fiduziarisches Rechtsverhältnis, das als Ergebnis der Erklärung eines Willens es zu schaffen entsteht, und das sich auf Vermögensrechte⁶⁷ bezieht, und die Person,

landt, Einf. vor § 929 7. B a; Palandt möchte einen Schadenersatzanspruch gegen jeden geben, der fahrlässig den Treubruch unterstützte.

⁶⁵ Vgl. von Tuhr/Siegwart 241.

⁶⁶ Vgl. S. 276/7a.

⁶⁷ «Property»: vgl. Osborn, A concise Law Dictionary (London 1947): «that which is capable of ownership. Sometimes used as meaning a right of ownership»; Weissenstein, Angloamerikanisches Rechtswörterbuch (Zürich 1950) übersetzt: «Jedes vermögenswerte, absolute Recht, auch insgesamt: Vermögen.» Vgl. auch bei Weissenstein die Übersetzung von ownership: «Eigentum». Das angloamerikanische Recht, dessen Eigentumsvorstellungen von denjenigen des römischen und modernen kontinentalen abweichen, und in allen Begriffen, mit denen Eigentum oder eine Eigentumsart bezeichnet wird, Kompetenzverhältnisses ausdrückt, hat keinen einzigen präzisen technischen terminus für das Recht

welche die Vermögensrechte innehat, Billigkeitspflichten unterwirft, die Vermögensrechte zugunsten einer anderen Person zu betreuen⁶⁸.

Im Hinblick auf den Umstand, daß das Restatement einen hohen Grad von Autorität genießt, als eine Frucht der approbierten Lehrmeinung und als Ausdruck des positiven Rechtes der «legal profession» angesehen wird⁶⁹, kann diese Definition eine Geltung beanspruchen, die unseren Legaldefinitionen zukommt. Davon abgesehen aber, daß diese Definition absichtlich wichtige Formen des trust außer acht läßt, gibt sie als Begriffsbestimmung kaum jenen Aufschluß, den kontinentale Juristen erwarten, um spezifische Elemente einer Rechtsfigur fest abzugrenzen. Die angloamerikanische Rechtswissenschaft weist selber immer wieder auf den Mangel einer umfassenden Definition hin⁷⁰ und begnügt sich mit Umschreibungen, oder definiert wie Bogert⁷¹ nebeneinander die grundlegenden Ausdrücke:

des Eigentums. Das unbedingte, dingliche Herrschaftsrecht heißt «ownership in fee». Salmond definiert ownership: «strictly, it denotes the relation between a person and any right that is vested in him».

⁶⁸ Restatement I 6: “A trust, as the term is used in the Restatement of this Subject, when not qualified by the word ‘charitable’, ‘resulting’ or ‘constructive’, is a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it.”

⁶⁹ Restatement, Einleitung IX. Vgl. über die Bedeutung des Restatement auch Rabel 346.

⁷⁰ Scott, Vorlesungen über trusts (1920/21): “It is much easier to say what a trust is not, than what it is. The definition is best stated in the negative”; vgl. auch J.A. Straham, A Digest of Equity (London 1928) 56: “No endeavour is here made to define a trust, most of those writers or judges who have attempted such a definition have done little to assist the world to a clear conception of what a trust is.” Vgl. ferner Bogert 20 et seq., die Ausführungen zum Abschnitt Definition und dort zitierte Definitionen.

⁷¹ Bogert 4 et seq.

Ein trust ist ein fiduziarisches Rechtsverhältnis, bei dem eine Person der Träger des Titels von Vermögensrechten ist, unterworfen einer Billigkeitsobligation, die Vermögensrechte inne zu haben oder zu gebrauchen zum Nutzen einer anderen Person.

Der Errichter (settlor) eines trust ist die Person, die willentlich den trust zur Entstehung bringt.

Der Treuhänder (trustee) ist die Person, welche den Titel zum Nutzen eines anderen inne hat.

Das Treugut (trust property) besteht aus den Vermögensrechten, die der Treuhänder inne hat und die den Rechten eines anderen unterworfen sind.

Der Begünstigte (beneficiary) ist die Person, zu dessen Nutzen das Treugut vom Treuhänderinne gehalten oder gebraucht wird⁷².

Kohlmann, 557, lehnt sich an die Definition von Underhill an:

Ein trust ist ein durch equity-Recht geregeltes Rechtsverhältnis, kraft dessen eine oder mehrere Personen – die Treuhänder (trustees) – verpflichtet sind, Vermögensrechte, deren Inhaber sie nach außen hin sind, zum Vorteil entweder bestimmter mitberechtigter Personen – der Treunehmer (beneficiaries oder cestuis que trusts) – oder der Allgemeinheit oder eines Teils von ihr zu verwenden.

Diese Definition umschreibt zwar nicht nur den rechtsgeschäftlichen privaten, sondern auch den rechtsgeschäft-

⁷² Bogert 1: A trust is a fiduciary relationship in which one person is the holder of the title to property, subject to an equitable obligation to keep or use the property for the benefit of another. – The settlor of a trust is the person who intentionally causes the trust to come into existence. – The trustee is the person who holds the title for the benefit of another. – The trust property is the property interest which the trustee holds, subject to the rights of another. – The beneficiary is the person for whose benefit the trust property is held or used by the trustee.

lichen charitable und den constructive trust⁷³, sie ist aber derart allgemein, daß sie gegen verwandte Rechtsinstitute keine begrifflich scharfen Abgrenzungsmerkmale enthält. Für das Verständnis des kontinentalen Juristen scheint die von Weiser am ergiebigsten zu sein:

Unter trust verstehen wir – für unseren Zweck eine ganz unwissenschaftliche aber vielleicht eine funktionell richtigere Methode wählend – eine Rechtslage, die sich der besonderen Obhut der Gerichte erfreut und bei der A das Eigentum an bestimmten Vermögenswerten zusteht, während B – obschon er und Dritte als seine Rechtsnachfolger im Regelfall den Titel von A nicht anfechten können, – in dem Ausmaße als Eigentümer der Vermögensrechte betrachtet wird, daß die Gläubiger von A nicht darauf greifen können und daß B einen Anspruch auf diese Vermögensrechte, oder was immer an ihre Stelle trat – sei es in Übereinstimmung mit oder entgegen dem Willen desjenigen, der die Umwandlung der Vermögensrechte vornahm – gegen die ganze Welt (ausgenommen den gutgläubigen Käufer) besitzt, indem die Vermögensrechte mit Hilfe einer Reihe wohltätiger Fiktionen identifiziert werden können⁷⁴.

⁷³ Snell, 44, zitiert die Underhill'sche Definition «an equitable obligation binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation».

⁷⁴ Weiser 60 Note 78: “Whereby we understand – applying for the purpose a wholly unscientific but perhaps more truly functional method – a situation which enjoys the particular care of Courts of law and in which A owns some property whilst B, although he and people claiming under him cannot normally defeat A's title, is regarded as owner of the same thing to this extent, that A's creditors have no access thereto and B can claim the property or whatever has taken its place – whether in accordance with or contrary to the intentions of the transformer – against the whole world (bona fide purchasers excepted), the identification of the property

§ 29. Das ist eine vortreffliche und anschauliche Schil-
derung der wesentlichen Rechtswirkungen des trust. Sie löst
allerdings das Rätsel, das der trust uns kontinentalen
Juristen aufgibt, nicht. Aber die Fragen werden vertieft.
Es zeigt sich auch, daß die Mühe, die der angloameri-
kanische Jurist empfindet, den trust zu definieren, obwohl
er natürlich mit seinem Wesen innig vertraut ist, einen ganz
anderen Grund hat als unsere Verlegenheit, den trust mit
unseren Begriffen zu bestimmen. Jede Definition eines
Rechtsbegriffes ist gebunden an das Rechtssystem, dem der
Begriff zugehört. Darum müssen alle Versuche, den trust
mit Begriffen des kontinentalen Zivilrechtes abzugrenzen,
scheitern oder sie sind mindestens farblos.

Den zitierten Definitionen können wir entnehmen, daß
nicht auszukommen ist, ohne den Begriff «equity» in irgend-
einer Weise zu verwenden: «equitable obligation» (Bogert
und Underhill), «equitable duties» (Restatement), «equitable
right»⁷⁵. Weiser sagt ganz allgemein, der trust erfreue sich
einer besonderen Obhut der Gerichte; er meint damit die
Courts of equity. Bevor das Recht des trust in den für unsere
Zwecke wesentlichen Zügen zur Darstellung gelangt, muß
der Inbegriff der equity umschrieben werden. Equity hat
nicht nur historisch das Aufkommen des trust ermöglicht.
Equity ist die unabdingbare Voraussetzung in materieller
und in verfahrensrechtlicher Hinsicht auch für seine mo-
derne Erscheinung.

2. Equity

§ 30. Das englisch-amerikanische Rechtssystem enthält
zwei voneinander getrennte Komplexe von Rechtsregeln.
Die in sich geschlossene Rechtsordnung, die common law⁷⁶

through all possible metamorphose being facilitated by a series of
benevolent fictions.”

⁷⁵ Vgl. Definition Story Commentaries on Equity Jurisprudence sec. 1304 p. 648 (14. Ausgabe).

⁷⁶ Mitunter bezeichnet man mit common law das angloameri-
kanische Recht überhaupt im Gegensatz zum civil law, womit ge-

genannt wird, entstand zur Zeit der normannischen Könige, als das für ganz England geltende Recht, das von den königlichen Gerichten durchgesetzt und entwickelt worden ist. Es ist das feierliche, formgebundene strenge Recht. Es wird durch eine davon unterscheidbare zweite Masse von Rechts-sätzen, die man mit Equity bezeichnet, ergänzt⁷⁷.

§ 31. Dieses Billigkeitsrecht wurde im 14. Jahrhundert geschaffen und angewendet vom Kanzler des Königs. Er gewährte auf Bittgesuche hin Rechtshilfe, dann wenn das common law-Gericht eine Klage ablehnte, weil die formellen strikten Voraussetzungen nicht gegeben waren, oder wenn nach dem formellen strikten Recht ein Urteil gefällt werden mußte, das unbillig und ungerecht war, oder wenn die Rechtshilfe, die die common law-Courts zu geben imstande waren, der Interessenlage nicht angemessen war (z.B. nur Schadenersatz), oder wenn das ordentliche Verfahren vor den common law-Courts mangelhaft war (*not compelling*

meint ist das römische Recht und das moderne Recht der Welt, das seine Formung durch die beiden historischen Prozesse der Reception und der Kodifikation erfuhr (vgl. dazu Schobert VIII). In diesem Sinne des Gegensatzes zu civil law umfaßt das common law alle Bestandteile des englischen Rechts, nämlich das unenacted law, d.h. common law im engeren Sinne und equity law einerseits, sowie das statutory law (das aus Teilkodifikationen von common law und equity law besteht) andererseits. Es ist eine Konvention, das Wort Zivilrecht für die kontinentalen Rechtssysteme zu setzen, um es dem «wahrhaft historischen Recht» der Engländer und Amerikaner gegenüberzustellen. Einen ausgezeichneten knappen Überblick über die englischen Rechtsquellen bietet Andreas B. Schwarz in «Die Zivilgesetze der Gegenwart» II, England: «Das englische Recht und seine Quellen»; man findet dort eine allgemeine Bibliographie und eine Liste der englischen Reports. In englischer Sprache orientiert prägnant und geistreich W.M. Gell-dart, Elements of English Law (Oxford University Press 1951).

⁷⁷ Maitland, Equity 19, 156: “Equity was not a selfsufficient system” – es ist supplementäres Recht, fragmentarisch. Weiser 2 spricht von «mitigated rules», die gleichzeitig mit «mitigating rules», gelten. Das Verhältnis beider Normenkreise ist nicht konkurrierend. Das bestimmt der Judicature Act 1925 sec. 44 ausdrücklich: “... the rules of equity shall prevail.”

or even allowing a defendant to give evidence, Verweigerung des rechtlichen Gehörs), oder wenn der reiche und mächtige Gegner dem common law-Court die Unabhängigkeit raubte⁷⁸.

Die Rechtsprechung der königlichen Kanzlei beruhte auf der Praerogative des Königs. Auf die Anrufung des Rechtsuchenden «for the love of God and in the way of charity» überwies der König den Fall seinem Kanzler. Als «keeper of the king's conscience» zitierte der Kanzler den Gegner mit einem königlichen Befehl – subpoena – zu sich und vernahm ihn inquisitorisch. Das «königliche Gewissen» war die Quelle dieser Rechtsprechung. Das königliche Gewissen ließ das Unrecht nicht zu. Das Gewissen war aber auch die Quelle und die Rechtfertigung des einzelnen Spruches. Der Beklagte (respondent) empfing einen Befehl, dessen Befolgung die Wirkung zeitigte, den Beklagten von Sünde und Gewissensmakel zu bewahren, «to prevent the party from soiling his conscience by doing wrong»⁷⁹. Die Kanzler waren bis ins 16. Jahrhundert hohe Geistliche, erst später Juristen⁸⁰. Im Verlaufe der Jahrhunderte entwickelte sich nicht ohne spannungsreiche Kämpfe mit politischen Gegenkräften eine auch verfahrensmäßig durchgestaltete Rechtsprechung der Chancery, es bildeten sich die Courts of Chancery. Die Abgrenzung gegen die Courts of Common Law vollzog sich derart, daß die Rechtshilfe von Equity schließlich nicht mehr gegen die Entscheide der ordentlichen Gerichte gewährt wurde, sondern für Lebensverhältnisse, die außerhalb der Schranken des Common Law im festgelegten Rahmen seiner Normen keine Anerkennung finden konnten.

⁷⁸ Snell 3/4.

⁷⁹ Lord Chancellor Ellesmere in Earl of Oxford case, 1615: “The office of the chancellor is to correct men's conscience ... and to soften and mollify the extremity of the law, which is called sumum ius.” Ferner Lord Selborne, 1883: “The Courts of Equity in England are and always have been Courts of Conscience.”

⁸⁰ Der erste weltliche Kanzler war Thomas More 1529–1532.

Die Summe derjenigen Rechtsinstitute und Rechtsgrundsätze, die sich in der Rechtsprechung des chancellor, in der Court of Chancery entwickelt haben und bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts nur dort zur Anwendung kamen, wird mit dem Wort Equity bezeichnet⁸¹. Obgleich seit dem Jahre 1873 die bis dahin getrennten Gerichte auf Grund einer Reform der Gerichtsverfassung vereinigt worden sind, besteht der Dualismus von common law and equity⁸², zweier nebeneinander befindlicher Kreise von Rechtsregeln verschiedener Quellen bis auf den heutigen Tag. Sowohl in England wie in Amerika. Diesem Dualismus verdankt der anglosächsische trust in seiner positiv-rechtlichen Ausgestaltung, die wir näher zu betrachten haben, sein Dasein. Dieser Dualismus ist es aber auch, der dem kontinentalen Juristen große Schwierigkeiten bereitet, den trust zu verstehen. Insofern gesagt wird, der trustee sei der nominal oder legal owner, liegt eine Verweisung auf das common law vor. Insofern der beneficiary equitable owner genannt wird, wird die besondere Rechtsordnung von equity mit ihren spezifischen Rechtsschutzmitteln, die eine Verdinglichung der Rechte des Begünstigten herbeiführen, in

⁸¹ Andreas B. Schwarz, Equity 105.

⁸² Der Dualismus von common law und equity wird immer wieder mit der Wechselwirkung des ius civile mit dem ius honorarium im alten Rom verglichen. Vgl. Nußbaum Anm. 12; Andreas B. Schwarz a.a.O. 162. Geldart 21 Anm. 1 weist aber mit Recht auf den Strukturgegensatz hin, der sich damit erklärt, daß im alten Rom der gleiche Richter strenges (Volks-) Recht und Billigkeits-(praetorisch) Recht entwickelt und angewandt hat. Der wesentliche Unterschied besteht in der Tat darin, daß in England ein und derselbe Lebenstatbestand bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts vor zwei verschiedene Gerichte, die verschiedenes Recht anwandten, gebracht werden konnte. Das verursachte eine derart scharfe Trennung des strengen vom billigen Recht, wie sie sich in keinem anderen Rechtssystem findet. Ob die äußere organisatorische Fusion der beiden Körper von Regeln in bezug auf die Zuständigkeit jeden Richters, sowohl common law wie equity anzuwenden, auch eine innere Fusion einzuleiten vermag, ist eine Frage der Zukunft.

Anspruch genommen. So erklärt sich das Phantom der Doppelung des Eigentums. Für das angelsächsische Recht ist das doppelte Eigentum kein dogmatisches Problem. Es ergibt sich natürlich aus dem praktischen Zusammenwirken zweier verschiedener Normenkreise.

§ 32. Der Grundsatz «equity acts on the conscience» ist für die Regeln der equity als die schöpferische Grundidee zu erkennen. Von Fall zu Fall wird Recht aus diesem Prinzip geschaffen. An ihm wird es erprobt. Die equity-Rechtsätze – oft Regel des Falles X Y, bei dem ein Rechtssatz zum ersten Mal angewendet wurde, genannt – entziehen sich jeder systematischen Gruppierung. Sie haben in Maximen, die in der Judikatur und in der Literatur zur Ableitung von Regeln und zur Begründung von Ergebnissen beigezogen werden, Ausdruck gefunden⁸³. In diesen Maximen spiegelt sich nach vielen Seiten der Grundgedanke der equity, bisweilen mit der gesammelten Ausdruckskraft eines Sprichwortes. Die Maximen beweisen aber auch die Abneigung gegen jede begriffliche Abstraktion. Es sind Verweisungen auf die moralischen Gehalte des Rechtes, Berufungen auf höhere Gebote (Sanctity). «Equity lässt kein Unrecht ohne Sanktion, kein Recht ohne Schutz.» Das ist das Hauptmotto, das der Court of Chancery seiner ganzen Rechtsschöpfung und Rechtsprechung zugrunde gelegt hat. Das andere wichtige Leitmotiv «equity acts in personam»

⁸³ Grundlegend bearbeitet von Richard Francis 1728; Snell, 13, zählt folgende 12 Maximen auf: equity will not suffer a wrong to be without a remedy; – equity follows the law; – where there is equal equity, the law shall prevail; – where there are equal equities, the first in time shall prevail; – he who seeks equity, must do equity; – he who comes into equity, must come with clean hands; – delay defeats equities; – equality is equity; – equity looks to the intent, rather than to the form; – equity looks on that as done, which ought to have been done; – equity imputes an intention to fulfil an obligation; – equity acts in personam. Osborn fügt noch weitere sechs hinzu: equity acts on the conscience; – equitable remedies are discretionary; – equity regards the balance of convenience; – equity, like nature, does nothing in vain; – equity never wants a trustee; – equity aids the vigilant.

ist die Basis, auf der die Ausbildung des equity-Verfahrens, die spezifischen equity-Rechtsbehelfe beruhen⁸⁴.

Der trust hätte ohne die besonderen equity-Rechts-schutzinstitute gar nicht entstehen und nicht entwickelt werden können. Equity erschöpft sich zwar nicht in der Form von Regeln für den trust allein. Aber das Trustrecht mit seinen vielfältigen Ausstrahlungen ist das hauptsächlichste Jurisdiktionsgebiet des equity-Richters, sowohl in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber wie auch in seinem richterlichen Wirken im konkreten Fall. Nichts offenbart die Verwachsenheit des trust mit dem ganzen Komplex der equity besser als die Parömie «equity operated by means of trust»⁸⁵. Insbesondere wird diese Verflechtung von equity und trust verdeutlicht in der Erscheinung des constructive trust⁸⁶. Nach der Maxime «equity follows the law» kann der Court of Chancery das legal right nicht auf jemanden übertragen, der es nach common law nicht rechtmäßig in den Formen des Gesetzes erworben hat. Erscheint aber ein Interesse an Vermögensrechten nach den höheren Geboten der conscience besser als das des Titelträgers begründet, so verpflichtet der equity-Richter den Inhaber des common law-Titels, sein Recht «for the benefit» dieses anderen auszuüben. Equity deklariert den legal owner zum trustee, er wird nominal owner und der Besserberechtigte equitable owner.

Equity ist im anglosächsischen Recht zum Instrument par excellence geworden, die Gerechtigkeit im Einzelfall unter Abwägung aller Umstände mit der Aufspürung feinstter Besonderheiten, die Schranken des common law durchbrechend zu verwirklichen⁸⁷. Im Gegensatz zur exceptio doli oder zur bona fides anderer Rechtssysteme, die Mittel darstellen, das richtige Recht offensichtlich verletzende, ihm entgegenlaufende Rechtskonsequenzen in der Anwendung

⁸⁴ Andreas B. Schwarz a.a.O. 161: die Vollstreckung erfaßt die Person des Beklagten; Snell 40; vgl. aber unten S. 308 a.

⁸⁵ Andreas B. Schwarz 122.

⁸⁶ post. §§ 41 seq.

⁸⁷ Weiser 5.

strengen Rechts zu unterbinden, produziert equity nicht nur negative, sondern positive Rechtswirkungen, ja es erzeugt, wie Weiser sagt, sogar ein Recht, das das volle Nutzungsrecht des Eigentums verschafft: die equitable ownership.

Der Herrschaftsbereich der equity ist vor allem das Sachenrecht. Aber equity beschränkt sich nicht darauf. Equity schuf im englischen Recht mit der Lehre von der Kenntnis (notice) den Schutz des guten Glaubens. Equity ermöglicht die Anpassung an den wahren Parteiwillen, schwächt ungerechte Wirkungen der Formvorschriften ab, entwickelt ein Netz von Fiktionen im Kontraktsrecht, z. B. beim Vollzug (part performance etc.), gewährt Schutz im Falle der Mängel beim Vertragsabschluß (mistake, duress, undue influence, fraud überhaupt), entwickelte das Recht der Zession, schützt bestimmte Personenkreise. So übte der Court of Chancery einen tiefen Einfluß auf die vermögensrechtliche Stellung der Ehefrau aus. Equity ist in solchem Sinne sozialer Reformer. Zur Durchsetzung aller dieser Rechte stellt es seine equitable remedies zur Verfügung, es erzwingt mit Haftandrohung (subpoena) die Realerfüllung, erzwingt mit auf Unterlassung gerichtetem Befehl (injunction) die Anerkennung seiner Rechte. Es stellt seine Richter als Verwalter von assets zur Verfügung und gewährt das «taking of account», wobei es die Rechnungsablegung mit einer Décharge verbindet.

Alle diese Emanationen der equity in ihrer Verschlingung mit dem common law, in ihrer Vermengung ferner von materiellem Recht mit Verfahrensrecht, mit ihrer Berufung auf die sanctity ihres Amtes, ergeben die spezifische Atmosphäre, in der der trust wuchs und gedeiht.

3. Die Klassifikation

§ 33. Der anglosächsische trust⁸⁸ tritt in verschiedenen Arten auf. Sie unterscheiden sich vor allem in der Entstehungsweise und in ihren Funktionen. Die Klassifikation wird

⁸⁸ Aus Raumgründen beschränkt sich die kurze Darstellung des Trustrechtes in den folgenden Abschnitten auf einige seiner

aber auch nach anderen Kriterien vorgenommen. Immer jedoch ist die rechtliche Ausgestaltung differenziert⁸⁹.

Private sind trusts, die im Interesse bestimmter oder bestimmbarer Personen errichtet werden. Die Gegengruppe bilden die charitable oder public trusts⁹⁰. Sie dienen gemeinnützigen Zwecken im weitesten Sinne⁹¹.

wesentlichen Prinzipien. Das Trustrecht ist richterliches Recht. Daran ändert die nur partielle Kodifikation in England und in einigen Staaten von Amerika nichts. Der englische Trustee Act von 1925 hat 71 Artikel. Die meisten umfassen mehr als 20 Zeilen. Einige eine ganze Druckseite und einige 2–3 Druckseiten. Es sind keine abstrakten Normen, sondern kasuistisch redigierte Vorschriften. Lewin's Practical Treatise on The Law of Trusts, das gründliche englische Lehrbuch über den trust, dessen erste Auflage 1837 und die 15. Auflage 1950 erschien, wertet nahezu 7000 Fälle. Einzelne werden mehrmals erwähnt. Der Text des Buches läuft über 840 Seiten, zu ca. 40 Zeilen. Man kann nicht sagen, daß es überflüssige Ausführungen enthält. Das amerikanische Hauptlehrbuch von Austin Wakeman Scott, The Law of Trusts, umfaßt vier Bände mit insgesamt beinahe 3000 Seiten. Die Table of Cases füllt allein 200 Seiten. Dies mag unseren Juristen, die keine Berührungen mit dem englischen Recht haben, veranschaulichen, was hinter dem Begriff case law steckt. Nicht umsonst findet bei den praktischen Juristen eine Spezialisierung auf equity law statt. – Das Restatement of the law of trusts, das sich durch seine Knappheit und den konzentrierten Stil auszeichnet, widmet allein 73 Artikel dem Recht der Errichtung des express trust.

⁸⁹ Restatement § 1 p. 4–6.

⁹⁰ The Mortmain and Charitable Uses Act 1888 zählt die vom Gesetz anerkannten Zwecke für charitable trusts auf. Die Liste ist sozusagen unverändert dem Charitable Uses Act 1601 entnommen. Einige Beispiele: charitable Betreuung von Armen, Kranken, Waisen usw., die Wiederherstellung von historischen Fenstern, Denkmälern, Kirchen, Friedhöfen, die Führung einer Gemeinde- oder Lese- stube, Bestrebungen für den Tierschutz, die Finanzierung einer Professur, Errichtung und Betrieb einer Schule überhaupt, Instandstellung von Brücken, Chausseen, Häfen usf. Das Recht des charitable trust weicht vom ordentlichen Trustrecht in verschiedenen Punkten ab. Sowohl die Errichtung wie die Dauer wird begünstigt. Wir verzichten auf eine Darstellung des charitable trust, erwähnen lediglich noch die cy-près Doktrin. Sie entspricht ungefähr ZGB 83 III.

⁹¹ Restatement II 1089–1242.

Die private trusts zerfallen in die beiden Hauptgruppen express trusts und implied trusts, zu denen der constructive trust und der resulting trust gezählt werden⁹².

Der express trust, der in der Regel gemeint ist, wenn man von trust schlechthin spricht, entsteht nur, wenn der Errichter eine Willenserklärung abgibt, den trust errichten zu wollen. Entscheidend für die Schöpfung des trust ist die «manifestation of intention». Der resulting trust entsteht auf Grund eines angenommenen oder durch Schlußziehung festgestellten Willens des Eigentümers. Der constructive trust wird vom Richter nicht um einen Parteiwillen zu verwirklichen, sondern ohne jeden Bezug auf einen solchen dekretiert.

Eine weitere Einteilung unterscheidet nach den Pflichten des trustee zwischen active resp. special oder passive resp. simple trusts. Der active trustee hat eine selbständige Tätigkeit auszuüben im Rahmen der Aufgabe, welcher der trust gewidmet ist⁹³. Das ist der Regelfall. Beim simple trust behält der Benefiziar neben dem ius habendi auch das ius disponendi, der trustee ist passiver Titelträger. Seine Pflichten beschränken sich auf die Sorgfaltspflichten für das Treuvermögen⁹⁴.

⁹² Die Terminologie ist nicht einheitlich. Bei Halsbury, 89, 91, wird unter constructive trust der constructive trust im engeren Sinne und der resulting trust verstanden. Lewin setzt den express trusts, deren eine Unterart als implied trust bezeichnet wird, die trusts by operation of law gegenüber und versteht darunter den resulting und den constructive trust. Bogert, 301, nennt das verwirrend und beruft sich auf die herrschende amerikanische Ansicht, wonach die gesetzliche Terminologie unter implied trust sowohl den resulting wie den constructive trust einbegreift. Lepaulle in seinem *Traité Théorique et Pratique des Trusts* 115 ss. stellt für die Unterscheidung der trusts in express und implied trusts das Kriterium auf, ob der trustee frei sei, das Amt abzulehnen oder nicht.

⁹³ Bogert 199; Lewin 1 et seq., 14.

⁹⁴ Rechtsgeschäftliche (express) passive trusts werden nicht anerkannt; der legal title gilt als ab initio auf den beneficiary über-

In bezug auf die organisatorische Ausgestaltung des trust wird zwischen *executed* und *executory trusts* unterschieden⁹⁵. Wenn nämlich die Bestimmung der Rechte des trustee und des Benefiziars unvollständig ist, und der trust nur unter Mitwirkung der Gerichte erst später endgültig geschaffen wird, liegt ein *executory trust* vor⁹⁶.

4. Die Errichtung

a) *Der express trust*

§ 34. Die Erfordernisse der Begründung des *express trust* sind denkbar einfach. Das unerlässliche Erfordernis ist die ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Willens, den trust zu errichten⁹⁷. Die «manifestation of intention» kann erfolgen durch eine Erklärung des Errichters, er sei Eigentümer gewisser Vermögensrechte als trustee für einen anderen (*declaration of trust*)⁹⁸, oder durch die Übereignung von Vermögensrechten durch den Eigentümer an einen anderen als trustee entweder zugunsten des Übereigners oder dritter Personen. Oder durch letztwillige Verfügung des Eigentümers an einen anderen als trustee für einen oder mehrere Dritte. Oder durch Ernennung eines Treuhänders durch eine Person, die zur Ernennung ermächtigt ist, zugunsten des Übereigners der Vermögensrechte oder zugunsten dritter Personen. Oder durch ein

tragen; Newman 4. Constructive trusts sind passive trusts; der constructive trustee ist verpflichtet, den legal title sofort an den beneficiary aufzulassen; vgl. unten S. 289a.

⁹⁵ Halsbury 90; Lewin 64 et seq.

⁹⁶ Snell 57/58.

⁹⁷ Vgl. über die Ausnahme beim sog. statutory trust Restatement § 73.

⁹⁸ Vgl. z. B. *Taylor v. London and County Banking Co.* (1901) 2 Ch. 231, wo ein trustee durch eine einseitig von ihm errichtete Urkunde zum Treugut gehörige Wertpapiere, die er unterschlagen hatte, durch eigene ersetzte; den Begünstigten, die bei der declaration of trust in keiner Weise mitgewirkt hatten, wurde ein Aussonderungsrecht zugestanden.

Versprechen einer Person an eine andere, ihr als trustee Rechte zu übertragen⁹⁹. Wenn das Treugut aus Immobilienrechten besteht, müssen die entsprechenden gesetzlichen Übertragungsformen eingehalten werden. Wird der trust in einem Testament errichtet, so sind die Vorschriften für die Errichtung eines Testamente einzuhalten¹⁰⁰.

§ 35. Im übrigen bedarf es lediglich der Bestimmung der drei Elemente, die zum trust gehören: trustee, beneficiary, property. Aber das vorübergehende Fehlen eines solchen Elementes hindert weder die Entstehung des trust noch beendet es ihn, falls er bereits begründet war. Insoweit wirkt sich der Gedanke der equity von allem Anfang an schon in den Regeln seiner Errichtung und seiner Erhaltung aus. Wie die Voraussetzungen für die Entstehung darauf zugeschnitten sind, die Begründung eines trust in jeder Hinsicht zu erleichtern, derart, daß von einer gesetzlichen Praesumption zugunsten der Begründung gesprochen werden kann, so wird auch der Bestand eines errichteten trust aus dem Schutzprinzip für die Rechte des Benefiziaren heraus mit einer Reihe von Vorschriften, die nichts anderes als Praesumtionen sind, begünstigt. Das zeigt sich in folgendem: 1. Ein trust kann errichtet werden oder vorübergehend weiter bestehen ohne trustee, so wenn in einem testamentarischen trust kein Treuhänder genannt ist oder wenn der im Testament genannte trustee verstorben oder sonstwie ungeeignet ist, Eigentümer des Treugutes zu werden; so wenn bei einer Übertragung unter Lebenden in der Übertragungsurkunde kein Treuhänder genannt ist oder der darin genannte trustee verstorben oder sonstwie ungeeignet ist, Eigentümer des Treugutes zu werden. So kann der trust auch ohne Kenntnis und ohne Annahme durch den trustee rechtsgültig errichtet werden¹⁰¹. Ist der trust errichtet, kann der trustee, falls er nicht ausdrücklich oder konkludent annahm, die Übernahme seines Amtes ab-

⁹⁹ Restatement 64; Bogert 22 et seq.

¹⁰⁰ Restatement 156 et seq.; Bogert 61, 71 et seq.

¹⁰¹ Restatement 113/4.

lehnen. So fällt auch ein laufender trust nicht dahin, nur weil der trustee stirbt, zurücktritt, abgesetzt wird oder sonst aus einem Grunde aufhört, trustee zu sein. In einem solchen Falle ernennt das Gericht einen neuen trustee¹⁰². Obgleich der Treuhänder der Eigentümer der in trust gegebenen Vermögensrechte ist, an diesen Vermögensrechten legal ownership nach common law erhält und alle treuhänderischen Pflichten, denen die besonderen Rechte der Benefiziare entsprechen, zu erfüllen hat, ist die Errichtung und der Fortbestand des trust nicht schlechthin von seinem Akzept abhängig, a trust shall never fail for want of a trustee. 2. Der trustee ist verpflichtet, die Vermögensrechte, die ihm übertragen wurden, zugunsten des Benefiziars zu halten. Der trust wird errichtet, um dem Benefiziaren das Nutzrecht an den in trust gegebenen Vermögensrechten zu verschaffen. Das ist der Zweck der besonderen Vermögensdispositionen des trust-Errichters. Darum «widmet» er die Vermögensrechte. Trotzdem kann ein trust auch errichtet werden oder kann, falls er errichtet ist, fortdauern, obschon kein Benefiziar vorhanden ist. Der Benefiziar muß nur innert gesetzlicher Frist (in der Zeit, die die sog. rule against perpetuities vorschreibt) bestimmbar sein¹⁰³. So kann der trust errichtet werden zugunsten eines Kindes, das zur Zeit der Errichtung des trust nicht nur noch nicht geboren, sondern noch gar nicht empfangen ist. Oder zugunsten einer bestimmten Gruppe von Personen, auch wenn es zur Zeit der rechtsgültigen Errichtung des trust noch nicht möglich ist, die zur Gruppe gehörenden Personen zu bezeichnen. Der errichtete trust kann vom Errichter, wenn er sich den Widerruf nicht ausdrücklich vorbehalten hat, nicht widerrufen werden, obwohl der Benefiziar weder existiert noch bestimmbar ist¹⁰⁴. 3. Ob ein Vertrag mit der Verpflichtung, einen trust zu errichten, verbindlich ist, hängt davon ab, ob der Vertrag nach Ver-

¹⁰² Restatement 286.

¹⁰³ Restatement 14, 288.

¹⁰⁴ Restatement 14, 300 et seq.

tragsrecht gültig ist. Ohne die Bestimmung von Vermögensrechten, die auf den trustee zugunsten des Benefiziars zu übertragen sind, kann ein express trust nicht errichtet werden. Ist ein trust errichtet und geht das Treugut unter, so bleibt der trustee in einer fiduziarischen Beziehung zum Benefiziaren besonderen Pflichten unterworfen¹⁰⁵.

§ 36. Die Errichtungsregeln sind aber noch in anderer Hinsicht derart beschaffen, daß die Entstehung und der Fortbestand eines bestehenden trust begünstigt wird. Der trust ist ein Geschöpf der equity. "Equity looks to the intent rather than the form" oder "equity looks on that as done which ought to be done". Das sind, wie wir gesehen haben, die Richtlinien. Sie verkörpern den Schutzwille des Gesetzgebers, als welcher der equity-Richter auftritt. Die rechtslogische Konsequenz, alles was wir konstruktive Begründung nennen, ist sekundär: so ist für die Erklärung eines trust weder ein bestimmter Inhalt noch der Gebrauch bestimmter Worte vorgeschrieben. Ist die intention nicht ausdrücklich erfolgt, so werden nach den «rules of interpretation» alle Umstände erwogen¹⁰⁶. So wirkt ein gültiger Vertrag auf Schaffung eines trust, der die Voraussetzungen erfüllt, daß der equity-Richter Realerfüllung anordnen würde, wie ein praktisch schon errichteter trust. Die Parteien haben die gleichen Rechte und Pflichten, wie wenn der Vertrag bereits erfüllt wäre. "Equity imputes an intent to fulfil an obligation." Bei dieser Auslegung werden Schlüsse aus allen möglichen Verhältnissen gezogen: die verwandtschaftlichen Beziehungen unter den Parteien, ihre finanzielle Kapazität, die Motive, die vernünftigerweise den Errichter des trust bewogen haben, wobei immer die Tendenz besteht, auf das Vorliegen einer manifestation of intention zu schließen, dies selbst dann, wenn die Erklärungen des Errichters nur precatorischen Charakter hatten¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Restatement 15, spez. 224.

¹⁰⁶ Restatement 123.

¹⁰⁷ Restatement 76 et seq.; Scott 829.

So wird auch unter gewissen Voraussetzungen die Begründung eines trust angenommen, wenn die beteiligten Parteien teilweise identisch sind. Der Errichter kann, wie bereits erwähnt, sich selber zum trustee eines dritten Benefiziars erklären, er kann sich aber auch selber zum Begünstigten des von ihm errichteten trust erklären¹⁰⁸.

Die Elastizität des Trustrechts im Hinblick auf die formalen Requisiten der Errichtung zeichnet sich ferner auch darin ab, daß trotz der grundsätzlichen Unwiderrufbarkeit des trust der Errichter sich ausdrücklich vorbehalten kann, den trust zu widerrufen oder zu ändern. Der Errichter kann sogar einen Dritten ermächtigen, den trust zu widerrufen oder abzuändern¹⁰⁹.

§ 37. Die Biegsamkeit des Trustrechts im Hinblick auf seine Funktionen findet in der Regel Ausdruck, daß er schlechthin für alle Zwecke mit Ausnahme von widerrechtlichen errichtet werden kann¹¹⁰. Verstößt der trust gegen die guten Sitten, ist er nichtig. Verstößt er gegen die rule against perpetuities, so ist er im Umfange dieses Verstoßes nichtig¹¹¹. Ein verwandter rechtspolitischer Gedanke liegt der Vorschrift des sog. Thelluson Act von 1800¹¹² zugrunde, wonach die Aufnung des Treugutes aus seinen Erträgnissen

¹⁰⁸ Behält sich allerdings der settlor, der sich selbst als beneficiary einsetzt, das Widerrufsrecht und zugleich derart weitgehende Weisungsrechte vor, daß der trustee als bloßes Ausführungsorgan, «a mere instrument» erscheint, wird ein solches Rechtsverhältnis als agency bewertet; Lepaule 160; Batiffol 23.

¹⁰⁹ Restatement 120 et seq.

¹¹⁰ Restatement 184 et seq.; Halsbury 110; Bogert 210 et seq.

¹¹¹ Betr. rules against perpetuities vgl. Goldschmidt, «Real property» 337 ff.; Bogert 219; Lewin 102 et seq.; Halsbury 113. Die Regeln gegen das unaufhörliche Bestehen stellen zwingendes Recht dar. Rechtsgeschäftliche Bindungen von Vermögensrechten mittels eines trust sind nichtig, sofern der Erwerb eines benefiziariischen Rechtes auf einen Zeitpunkt hinausgeschoben wird; der später als 21 Jahre nach dem Tode irgend einer Person oder irgend eines Überlebenden von mehreren, die zur Zeit der Errichtung des trust leben, liegt.

¹¹² Heute sec. 164 des Law of Property Act.

nur gültig ist für die Lebenszeit des Errichters oder für die Dauer von 21 Jahren nach seinem Tode oder während der Minderjährigkeit von Personen, die beim Tode des Errichters bereits geboren oder empfangen waren oder während der Minderjährigkeit von Personen, die nach dem Trustvertrag im Falle ihrer Volljährigkeit die anzuhäufenden Einkünfte erhalten sollen. Der Trusterrichter muß eine von diesen vier Möglichkeiten wählen. Sie dürfen nicht kombiniert werden¹¹³. In diesem Zusammenhang soll auch noch der amerikanische spendthrift trust und der entsprechende englische protective trust erwähnt werden¹¹⁴. Diese Erscheinungen des trust sind Ausnahmen von der Regel, wonach trusts nichtig sind, insofern sie die Veräußerungsbefugnis des Benefiziars hinsichtlich des ihm zustehenden Rechtes am Treuvermögen einschränken. Der Zweck der genannten trusts ist die Bindung der Vermögensrechte für den Lebensunterhalt des Benefiziars. Die bis ins einzelne ausgefieilten Vorschriften können hier nicht näher dargestellt werden.

§ 38. Die Beweglichkeit des equity-Rechtes macht den trust zu einem universalen Institut, das sich den divergierenden Zwecken anpaßt. Das äußert sich auch schließlich noch in den Bestimmungen über das Treugut. Unter trust property werden die Rechte am Vermögen verstanden. Die Sachen selber sind die «subject matters of the trust». Es kann jede Art von übertragbaren Vermögensrechten upon trust genommen werden: property real and personal, legal and equitable, tangible and intangible¹¹⁵. Die Sache, an denen equity ownership begründet wird, muß zur Zeit der Errichtung des trust bestimmt oder bestimmbar sein. Die Vermögensrechte, die equity ownership muß zur Zeit der Errichtung des trust bestimmt oder dann innerhalb der von der rule against perpetuities vorgeschriebenen Spanne Zeit

¹¹³ Bogert 231 et seq.; Snell 100, 399.

¹¹⁴ Bogert 196; Lewin 78, 79, 117; Scott 741 et seq.; vgl. ferner unten S. 346a Anm. 322.

¹¹⁵ Restatement 220–256.

bestimmbar sein. Es können in trust gegeben werden Immobilien und Mobilien, Forderungen, Urheberrechte, Patente, der goodwill eines Geschäftes, wenn gleichzeitig auch das Geschäft veräußert wird, Markenrechte, soweit sie übertragbar sind, ebenso bedingte Rechte.

b) Der resulting trust

§ 39. Ein resulting trust entsteht, wenn ein private oder ein charitable trust ganz oder teilweise fehlschlägt oder wenn ein private oder ein charitable trust seinen Zweck voll erfüllt, ohne daß die in trust übertragenen Vermögensrechte ausgeschöpft sind, und schließlich wird vermutet, daß bei rechtsgeschäftlichem Erwerb von Vermögensrechten für oder auf den Namen dritter Personen derjenige, der den Erwerbspreis leistete, Benefiziar sei, der nominelle Erwerber resulting trustee (purchase money resulting trust)¹¹⁶.

Schlägt ein express trust fehl, oder ist sein Zweck erfüllt, ohne daß die Vermögensrechte ausgeschöpft sind, nimmt das Gesetz an, daß der trustee keine Nutzrechte am Treugut haben soll. Der trustee hält in beiden Fällen die ihm upon trust übertragenen Vermögensrechte upon resulting trust für denjenigen, der den express trust errichtet hat oder zu errichten versuchte oder für dessen Erben. Damit wird erreicht, daß der nominelle Eigentümer des Treugutes in jedem Falle immer nur das mit equitable duties belastete Eigentum hat – auch dann, wenn der Benefiziar ausfällt oder wenn einer von mehreren Benefiziaren ausfällt oder wenn die Rechte der Benefiziare befriedigt sind, obwohl noch Treugut beim trustee vorhanden ist. Der Regel nach hat der settlor nach der Errichtung des trust gar keine Rechte mehr am ausgeschiedenen Treugut. In diesen Fällen aber springen die Nutzrechte an den von ihm «gestifteten» Vermögensrechten auf ihn zurück, und zwar ohne daß er sich das vorbehalten hat oder ohne daß es mit dem trustee vereinbart war¹¹⁷. Der resulting trust wird dem trustee auf-

¹¹⁶ Restatement 1245; Bogert 307; Scott 2161.

¹¹⁷ Scott 2161.

erlegt, damit rechtens wirksam sei, was, geschlossen aus den Umständen, der Errichter des trust wahrscheinlich als seinen Willen erklärt haben würde, falls er die den resulting trust zur Entstehung bringenden Umstände vorausgesehen hätte oder hätte voraussehen können¹¹⁸.

§ 40. Mit der Praesumption oder mit einer Schlußziehung aus Umständen, die den resulting trust zur Entstehung bringen, wird erreicht, daß nicht positiv bewiesen werden muß, der Errichter des express trust habe in den genannten Fällen (für den unwirksamen oder unwirksam werdenden oder für das übrig bleibende Treugut) einen trust zu seinen eigenen Gunsten errichten wollen¹¹⁹. Das ist darum bedeutsam, weil der Errichter des trust, der sich von seinen Vermögensrechten getrennt hatte, an diesen Vermögensrechten so wieder dinglich berechtigt wird. Es leuchtet ein, daß der resulting trust auf diese Weise das Recht des express trust vervollkommenet. Man muß sich immer wieder vergegenwärtigen, daß die Quelle der Rechte des Benefiziars und der Pflichten des trustee die conscience ist. Was der kontinentale Richter entscheidet, in Anwendung positiven Rechtes oder im Rahmen seiner Befugnis Recht zu setzen, hat er rechtssystematisch zu begründen. Der Court of Chancery dagegen entwickelt aus den Maximen der equity selbstherrlich Rechtssätze, die im strengen Recht nicht verankert, ja sogar gegen das strenge Recht gewendet sein können. Die rechtskonstruktive Seite behelligt den equity-Richter in der Findung des billigen Rechtes nicht. So kann er, ohne sich um logische Deduktionen kümmern zu müssen, dann wenn es die Billigkeit verlangt, Rechte und Pflichten schaffen. Das Zurückspringen der Nutzungsrechte von Vermögensrechten, die veräußert worden sind, auf den Veräußerer, läßt sich nur mit dem Wesen des equity-Rechtes erklären. Ein solcher Rücksprung wirkt in gewissem Sinne wie die Auslösung einer resolutiven Bedingung

¹¹⁸ Restatement 1247.

¹¹⁹ Restatement 1248.

auf Rückübertragung. Aber eine derartige Bedingung muß beim resulting trust gar nicht kontrahiert worden sein. Sie wird vermutet. Der Errichter des trust, auf den beim Entstehen eines resulting trust zunächst die Nutzungsrechte, nämlich die equitable ownership, zurückspringen, steht nachher unter dem weitgehenden besonderen Schutz der equity. Der trustee behält vorerst das nominelle Eigentum, bis er es in den ordentlichen Formen der Übertragung nach common law auf den Trusterrichter zurückübertragen hat.

“Equity follows the law.” Der equity-Richter verfügt grundsätzlich nur über die equitable ownership. Er kann nicht den trustee, der nominal owner nach common law ist, entrechten. Er kann auch nicht den Trusterrichter zum nominal owner deklarieren. Da liegt seine Wirkungsgrenze und hierin offenbart sich, wie wir schon gesehen haben, die Scheidung vom common law und equity¹²⁰.

Der resulting trust ist in gewissem Sinne ein Korrelat zum formfreien Errichtungsrecht und zu all den gesetzlichen Vermutungen, die das Entstehen und den Bestand eines trust begünstigen. In diesen Begünstigungen liegen Gefahren des Mißlingens des trust, die dann am größten sind, wenn der Übergang der Vermögensrechte auf den trustee vollzogen wurde und der trust nicht wirksam wird oder nachträglich unwirksam wurde. Der resulting trust bannt diese Gefahren.

c) Der constructive trust

§ 41. Der resulting trust ist eine der klugen Erfindungen der equity, gewisse gefährliche Stellen zu verbauen, die durch die Übertragung der legal rights, der nominal ownership, auf eine Person, welcher die Substanz an diesen Vermögensrechten nicht zukommen soll, geschaffen werden. Er ist eine der vielen Fiktionen und Praesumptions, mit denen der equity-Richter einen kunstvollen Bau von Schutzeinrichtungen um den express trust errichtet, damit sein

¹²⁰ Vgl. aber über die modernen Entwicklungen unten S. 308a.

Sinn voll erfüllt werde. Der express trust als eine besondere Methode der rechtsgeschäftlichen Verfügung über Eigentum zu Zwecken, die anders nicht erreicht werden können, als eine Methode, die weitgehendes Vertrauen verlangt in die Person, die dabei bestimmte Aufgaben zu übernehmen hat, wird wegen des in ihm liegenden Rechtsgedankens konsequent geschützt. Der resulting trust ist eine Schutzeinrichtung hauptsächlich zugunsten des Trust-Errichters. Dieser wird, wie wir sahen, unter bestimmten Umständen am Treugut mit Hilfe des resulting trust wieder dinglich berechtigt, obwohl er das Eigentum daran aufgab. Der constructive trust seinerseits dient in hervorragender Weise vor allem dem Schutze des Benefiziars, auch wenn er zu einem allgemeinen Rechtsprinzip entwickelt worden ist¹²¹, und nicht nur auferlegt wird, wenn ein express trust oder eine andere Vertrauensbeziehung verletzt wurde.

Der constructive trust wird ohne Rücksicht auf einen wirklichen oder einen präsumierten Parteiwillen vom Richter auferlegt. Der Vorgang ist folgender: der Kläger behauptet, zu seinem Nachteil sei der Beklagte Eigentümer von Vermögensrechten, die ihm nicht gehörten, er, der Kläger sei ungerechtfertigt entreichert. Der Richter würdigt den Fall unter Anwendung von equity law. Herrscht beim Richter gar kein Zweifel – die Beweisanforderungen sind streng – daß der eingeklagte legal owner das Eigentum nicht im eigenen, sondern in fremdem Interesse halten sollte¹²², so qualifiziert er die Rechtslage als con-

¹²¹ Die allgemeine Anwendung des constructive trust führte dazu, daß das American Law Institute ihn nicht im Restatement of the Law of Trust darstellte. Das Recht des constructive trust ist in einem separaten Band des Restatement zusammen mit den Quasi-Kontrakten in Regeln gefaßt und kommentiert. Er ist unter dem Titel Restatement of the Law of Restitution im Jahre 1937 erschienen und umfaßt mehr als 1000 Seiten.

¹²² Andernfalls, wenn der Eigentümer die Sache für sich selbst benützen und mit seinem Vermögen vermischen darf, sie nicht in specie, sondern nur der Gattung nach zurückgeben muß, liegt ein einfaches Kredit- und kein Treuhandverhältnis vor. Entrichtet

structive trust. Er legt den Tatbestand als trust aus (construe = show the meaning of words, of acts = auslegen), er dekretiert den constructive trust. Damit wird erreicht, daß der legal owner ohne irgend einen dahingehenden Willen der Parteien, per iudicium mit Wirkung ex tunc trustee wird, involuntary trustee, trustee in invitum¹²³. Der «wahre» Eigentümer, der Kläger, wird Benefiziar. Genau das ist gewollt, weil die Rechtsfolgen, die equity an diese Fiktion knüpft, gewollt sind. Der Benefiziar des constructive trust kann wie der Benefiziar des express trust seine Eigentumsrechte, seine equitable ownership geltend machen. Die Entreicherung ist korrigiert, der Kläger ist «dinglich» berechtigt.

§ 42. Der constructive trust tritt in so verschiedenen Typen auf, daß es schwer hält, eine umfassende systematische Definition für ihn zu finden¹²⁴. Der constructive trust ist ein zeitlich beschränkter (passive) trust. Der constructive trustee hat nur die einzige Pflicht, den Rechtstitel und den Besitz auf den Benefiziaren zu übertragen. “The constructive trust is merely a convenient means of remedying a wrong¹²⁵. ” Der Richter Cardozo des Court of Appeal von New York, eine Autorität in equity, (in re Beatty v. Guggenheim Exploration Co., (1919) 225 N.Y. 380) umschreibt ihn als «the formula through which the conscience of equity

eine Bank auf einbezahltem Geld Zinsen, wird angenommen, sie könne im eigenen Interesse darüber verfügen und schulde nur eine entsprechende Summe. Nimmt eine Bank Checks zum Inkasso entgegen, gilt sie in der Regel als deren Käuferin, weil sie den Gegenwert sofort schuldet; die Checks sowohl wie der Gegenwert, den der Kunde abzuheben unterläßt, fallen in die Konkursmasse. Sind jedoch die einer Bank zum Inkasso übergebenen Wechsel noch nicht fällig und erfolgt die Gutschrift nur unter dem Vorbehalt der Einlösung, entsteht ein Auftragsverhältnis als fiduciary relationship und damit die Basis für einen constructive trust, so daß der Auftraggeber an den Wechseln sowohl wie an den Surrogaten ein dingliches Recht hat; Eckstein 182.

¹²³ Bogert 332.

¹²⁴ Scott 2313.

¹²⁵ Bogert 330.

finds expression. When property has been acquired, in such circumstances that the holder of the legal title may not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee¹²⁶.” Scott charakterisiert den constructive trust präzis: “A constructive trust arises where a person who holds title to property is subject to an equitable duty to convey it to another on the ground that he would be unjustly enriched if he were permitted to retain it¹²⁷.” Scott hat a.a.O. die operative Funktion trefflich gekennzeichnet: “As long as men succeed in dishonestly acquiring or retaining property, the remedy of the imposition of a constructive trust will continue to be the most effective weapon of redress¹²⁸. ”

§ 43. Historisch ist der constructive trust mit der genesis des express trust eng verbunden. Er war das Mittel, mit dem der Court of Chancery die Verdinglichung der benefiziari-schen Rechte vollzogen hat. Ursprünglich hatte der cestui que trust nur einen moralischen Anspruch gegen den feoffee. Dieser Anspruch wurde zu einem Recht, als der chancellor ihn mit dem Mittel der equity auf Realerfüllung durchgesetzt hat. Fast gleichzeitig, in der Mitte des 15. Jahrhun-derts, wurde der Anspruch nicht nur gegen den trustee durchgesetzt, sondern auch gegen den Dritten, der mit Kenntnis davon, daß es sich um Treugut handelte, es vom Treuhänder erwarb, “for in conscience he buys my land¹²⁹. ” Der Anspruch des cestui que trust wurde aber auch durch-gesetzt gegen den Dritten, auf den das Treugut vom trustee unentgeltlich übertragen wurde oder überging, auch wenn dieser Erwerber vom trust keine Kenntnis hatte – handelte es sich dabei um die Erben des trustee oder um einen Be-schenkten¹³⁰. Es ist heute vollkommen erhärtetes Recht,

¹²⁶ Bogert 330; Scott 2314.

¹²⁷ Scott 2315.

¹²⁸ Vgl. auch Scott, The progress of the Law: trusts, (1919/20) 33 Harvard Law Review.

¹²⁹ Zitat aus Scott 1596.

¹³⁰ Scott 1598.

daß durch die Weiterübertragung von Treugut durch den trustee in Verletzung des trust die benefiziарischen Rechte am Treugut nicht abgeschnitten werden mit der Ausnahme, wenn es von einem gutgläubigen Dritten gegen Entgelt erworben wurde. Der nicht gutgläubige Erwerber, der ein Entgelt leistet und der gutgläubige Erwerber, der kein Entgelt leistet, werden constructive trustees. Der Benefiziar kann auf die Sache greifen.

Der constructive trust ist aber nicht nur gegen Dritterwerber von Treugut gegeben. Er ist das wirksame Mittel, den trustee eines express trust zu zwingen, seine Treuepflichten zu erfüllen und ihn davon abzuhalten, sich in Interessekonflikte mit dem Benefiziaren einzulassen¹³¹. So wird ein express trustee, wenn er auf Grund einer ausdrücklichen Ermächtigung, ein bestimmtes Land für den trust zu erwerben, dieses für sich erwirbt, auch wenn er korrekt zu handeln vermeinte, constructive trustee für dieses Land zugunsten des Benefiziars. Dem express trustee ist es auch nicht gestattet, für sich selber aus dem Treugut etwas zu kaufen, auch wenn er ausdrücklich ermächtigt ist, Treugut zu verkaufen. Hat er Treugut für sich gekauft, wird er für dieses constructive trustee. Der express trustee kann auch keine Forderung oder keinen Anspruch gegen das Treugut für sich erwerben, z.B. Miteigentum am Treugut. Erwirbt er den Anspruch, so erklärt ihn das Gericht auf Klage hin für den Anspruch als constructive trustee¹³². Wenn sodann der express trustee direkt mit dem Benefiziaren kontrahiert, oder von ihm etwas erwirbt, wird er immer dann für die vom Benefiziaren erworbenen Rechte constructive trustee, wenn er seine allgemeine Pflicht, vollen Aufschluß über alle für das Geschäft erheblichen Tatsachen zu geben, verletzt hat¹³³. Das muß genügen, um zu belegen und anschaulich zu machen, daß der constructive

¹³¹ Bogert 358.

¹³² Bogert 358.

¹³³ Bogert 361.

trust ein gegen den trustee eines express trust und gegen Dritte wirksamer Rechtsbehelf bei jeder Art von breach of trust ist. Ein breach of trust liegt immer dann vor, wenn der trustee eine Pflicht verletzte, die er den Benefiziaren gegenüber schuldet¹³⁴.

Der constructive trust leistet aber in der Rechtsordnung des angloamerikanischen express trust noch weitere Dienste. Wenn eine mündliche Vereinbarung geschlossen wurde, Land in trust für den Übertrager oder für einen Dritten entgegenzunehmen und diese Vereinbarung später, wenn das Land übertragen wurde, unter Berufung auf das Statute of Fraud, das für die Errichtung eines trust mit Land Schriftlichkeit verlangt, gebrochen wird, kann die mündliche Trustvereinbarung mit einem constructive trust durchgesetzt werden: der Empfänger des Landes wird constructive trustee zugunsten des Trusterrichters oder des von ihm bezeichneten Dritten. Niemals wird geduldet, daß der Empfänger, der, wenn auch nur mündlich, die Pflichten eines trustee übernahm, für sich aus dem Treugut Nutzen ziehen kann¹³⁵. Genau gleich wird eine mündliche Vereinbarung, Land, das testamentarisch übertragen wird, in trust zu halten, mit einem constructive trust durchgesetzt, auch wenn diese mündliche Vereinbarung den Formvorschriften des Statute of Wills nicht genügt¹³⁶. Natürlich existieren für die Anwendung dieser Prinzipien detaillierte Regeln. Die Handhabung ist in England und in den Vereinigten Staaten Amerikas nicht einheitlich¹³⁷. In unserem Zusammenhang ist vor allem die Tatsache wichtig, daß ein trust, selbst wenn er wegen gesetzlichen Formvorschriften nichtig sein müßte, von der equity geschützt wird. Wer Vermögensrechte in trust empfing, soll sich daraus nicht bereichern können.

¹³⁴ Scott 1085.

¹³⁵ Bogert 343; Scott 2361 et seq.; Restatement of Restitution 730 et seq.

¹³⁶ Bogert 350; Scott 2366; Restatement of Restitution 745.

¹³⁷ Bogert 344.

§ 44. Die rechtsteleologische Begründung des constructive trust in den angeführten Fällen wird in der anglosächsischen Lehre in der Verletzung von Pflichten, die aus einem Treueverhältnis herauswachsen, gesehen. Der express trust ist eine spezifisch fiduziarische Rechtsbeziehung¹³⁸. Aus der conscience als moralischer, aber Rechte erzeugender Instanz wird abgeleitet, daß die fiduziarische Beziehung erhöhten Schutzes würdig ist. Wer die ihm aus solcher Gewissensbindung zuwachsenden Treuepflichten bricht, wird durch equity gezwungen, sie einzuhalten. Der Verletzte wird dinglich geschützt.

Wer immer Treuepflichten schuldet, der hat höchst persönliche Pflichten. Sie können nicht ohne ausdrückliche Ermächtigung delegiert werden. Der in Treue Verpflichtete soll in keiner Weise auf Kosten desjenigen, für den er Vermögensrechte innehaltet, Vorteile für sich gewinnen können. Schließt er mit dem Benefiziären Geschäfte ab, so hat er, wie bereits dargetan, eine erhöhte Pflicht, von allen erheblichen Umständen der Transaktion Kenntnis zu geben. Das sind charakteristische Züge jeder fiduziarischen Rechtsbeziehung. Diejenige des express trust ist nur die intensivste¹³⁹. Eine fiduciary relationship wird auch im Verhältnis von Vormund zu Mündel, von Vertreter zu Vertretenem, von Kommissionär zum Kommittenten, von Gesellschaftern unter sich, von Anwalt zu Klient, gesehen¹⁴⁰. Das zeitigt spezifische Rechtsfolgen. Eine Verletzung der Treuepflichten auch dieser «Geschäftsbesorger» führt nämlich auf Klage hin zur Verhängung des constructive trust. Damit

¹³⁸ Die anglosächsische Rechtslehre spricht von «fiduciary relationship» im Sinne einer qualifizierten Vertrauensbeziehung, die z.B. auch bei einem Vertretungsverhältnis angenommen wird. Diese darf aber nicht verwechselt werden mit einer fiduziarischen Rechtsbeziehung i.e.S. nach der Terminologie des civil law, welche sich (vergleichbar nur mit einer speziell durch einen express trust geschaffenen fiduciary relationship) durch die Übertragung von «Eigenrechten» auszeichnet.

¹³⁹ Scott 34.

¹⁴⁰ Lewin 161/2; Müller-Freienfels I 19 ff.

wird jede Bereicherung, die auf Grund eines Mißbrauchs übereigneter oder auch nur anvertrauter Vermögensrechte eintrat, rückgängig gemacht. Der Vormund, der Vertreter, der Kommissionär, der Gesellschafter, der Anwalt wird constructive trustee für die in seinen Händen liegenden Vermögensrechte. Er steht unter einer erhöhten Haftbarkeit und hat die Pflicht, das Treugut oder was immer an seine Stelle trat, herauszugeben. Auf solche Weise weitet sich der constructive trust zu einem durchgreifenden Rechtsbehelf. Alle durch eine besondere Vertrauensbeziehung ausgezeichneten Rechtslagen werden bei Verletzung der Pflichten insofern gleich behandelt wie der express trust. Diese Konsequenz, ihrerseits wieder ein Ausfluß aus der equity, soll nicht übersehen werden, wenn das Wesen des express trust zu erfassen ist. Das Prinzip der Rechtsgleichheit verlangt diese Gleichbehandlung von Rechten und Pflichten, wenn sie nur in irgendeiner fiduciary relationship wurzeln¹⁴¹.

§ 45. Aus dem Gedanken der Rechtsgleichheit ergeben sich noch weitere Anwendungsfälle des constructive trust. Auch dann, wenn gar keine fiduziarischen Rechtsbeziehungen gegeben sind, wird er verwendet, um ungerechtfertigte Bereicherungen zu korrigieren. Hat jemand Vermögensrechte erworben oder behält jemand solche Vermögensrechte für sich ohne ausreichenden Grund, so wird die Rückgabe an den Besserberechtigten mit dem constructive trust, d.h. also mit all den spezifischen Rechtswirkungen, die sich an eine Trustlage knüpfen, vollzogen. Der Pfand-

¹⁴¹ In diesen Zusammenhang gehört auch der Fall, daß ein in Bedrängnis befindlicher Schuldner von Verwandten oder Geschäftsfreunden Geld erhält, um die drängenden Gläubiger zu befriedigen. Da der Wille des Geldgebers regelmäßig darauf gerichtet ist, daß dieses Geld zur Befriedigung der Gläubiger des Schuldners nur solange verwandt werden dürfe, als damit der Konkurs zu vermeiden ist, wird der Schuldner für den Fall der Unerreichbarkeit dieses Ziels durch richterlichen Entscheid trustee zugunsten des Geldgebers, und dieser hat ein Aussonderungsrecht; vgl. Eckstein 173; Wyler, Für ein schweizerisches Treuhandrecht 131.

gläubiger oder Sicherungseigentümer kann für den Ertrag des Pfandes und für den Überschuß bei der Verwertung oder für das Surrogat im Falle der Veruntreuung zum constructive trustee erklärt werden, obschon nicht angenommen wird, er stehe in einer fiduciary relation zum Schuldner. Umgekehrt kann der Gläubiger den Schuldner, der im Besitze des Pfandes geblieben ist^{141a}, als constructive trustee in Anspruch nehmen, wenn er seiner Pflicht zur Auslieferung des Pfandes nicht nachkommt¹⁴². Der Käufer eines Grundstückes (oder wer Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts daran hat) kann, soweit er es bereits bezahlt hat, den Verkäufer (oder den zur Pfandbestellung Verpflichteten) als constructive trustee belangen, solange die Übereignung nicht erfolgt (equity regards as done that which ought to be done)^{143, 144}. Umgekehrt kann der Verkäufer für den geschuldeten Preis auch nach der Übereignung ein equitable lien am Kaufgegenstand und nach der doctrine of following an den Surrogaten geltend machen¹⁴⁵. So wird ferner mit dem constructive trust der status quo wieder hergestellt, wenn Vermögensrechte irrtümlich übertragen wurden (mistake), oder wenn die Übertragung fraudulös herbeigeführt wurde, durch Täuschung, durch Zwang, oder unter Ausnützung eines Abhängigkeitsverhältnisses^{146, 147}. Die kasuistisch bis in Einzelheiten und

^{141a} Voraussetzung der Sicherungsübereignung von Mobilien durch bill of sale ohne Besitzübergabe und der Abtretung von Buchforderungen ist die Registrierung; vgl. dazu Eckstein 168/9; Klau sing 380 ff.; Kohlmann, Pfandrechte 539/42; Friedrich 624.

¹⁴² Lewin 165/6; Halsbury 158/9.

¹⁴³ Eckstein 167; Kohlmann, Trusts 587/8; Halsbury 160.

¹⁴⁴ An Mobilien geht das Eigentum in der Regel automatisch durch den Abschluß des Kaufvertrages bzw. (bei genus-Ware) durch die Aussonderung, über (vgl. aber Anm. 141a); vgl. Halsbury l.c.; Eckstein 168; Friedrich 622.

¹⁴⁵ Geldart 131; Halsbury l.c.; Eckstein 67; Kohlmann, Trusts a.a.O.

¹⁴⁶ Bogert 333–35.

¹⁴⁷ In re Berry zahlten die Kläger den Beklagten eine Nichtschuld. Der Betrag von \$ 1500 wurde auf ein Depositenkonto der

feinste Besonderheiten gehenden Regeln können hier nicht dargestellt werden. Wichtig in unserem Zusammenhange ist die Feststellung, daß in allen Fällen, wo der constructive trust verhängt wird, der Entreicherter nicht nur das ursprüngliche Treugut, sondern das subrogierte Produkt aus den Händen des Bereicherteren reißen kann und daß der constructive trust, insofern er nicht nur bei breach of trust angewendet wird, sondern überhaupt immer, wenn Vermögensrechte unrechtmäßig innegehalten oder zurückgehalten werden, das Prinzip der Rechtsgleichheit garantiert. Das Sonderrecht des express trust wurde auf bewunderungswürdige Weise im Verlaufe von Jahrhunderten zu allgemein geltendem Recht verwandelt.

5. Die Verwaltung

a) *Die Mitwirkung der Gerichte*

§ 46. Zur Erkenntnis der Eigenart des anglosächsischen rechtsgeschäftlichen trust und zum Verständnis der rechtlichen und soziologischen Bedeutung, die er in England und in Amerika hat, trägt weitaus am meisten eine Betrachtung der Regelung seiner Verwaltung bei. Normalerweise dient er einer Geschäftsbesorgung, die sich nicht in einer momentanen Tätigkeit erschöpft. In der Regel hat der trustee eine Kette von zusammenhängenden Einzelgeschäften sukzessive zu besorgen. Der trust kann (wie der Dienstvertrag) auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit wirksam sein¹⁴⁸.

Beklagten bei einer Bank einbezahlte. Im Konkurse der Beklagten wurden die \$ 1500 ausgesondert, obwohl vom betreffenden Konto Abhebungen gemacht worden waren. Das Gericht erklärte, die legal rights an den \$ 1500 seien nur infolge Irrtums übergegangen; wären die Beklagten nicht in Konkurs geraten, hätte der Betrag mit der Common Law-Klage of assumpsit (indebitatus) zurückfordert werden können. Im Konkurse wäre aber diese Klage inadequate. Die Annahme des constructive trust verdinglichte die Rechte der Kläger. Die Beklagten wurden constructive trustees; (1906) 147 Fed. 2nd. 208.

¹⁴⁸ Über das Typenmoment der Dauer der Geschäftsbesorgung vgl. Isele 113 ff.

Die Kernfragen des trust betreffen das Verhältnis vom trustee zum Benefiziaren. Das Vermögen des Begünstigten soll nach dem Willen des Errichters vermehrt werden, und zwar in der vom Errichter bestimmten Form. Darum erhält der trustee besondere Kompetenzen, Befugnisse und unterliegt strengen Verantwortlichkeiten, wobei er keinerlei Nutzen aus der Übereignung von Vermögensrechten ziehen soll. Freies Ermessen, etwas zu tun oder zu unterlassen, hat der trustee nur insofern und insoweit, als er keine Pflichten gegenüber dem Benefiziaren hat, etwas zu unterlassen oder zu tun¹⁴⁹.

Bei der Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen trustee und Benefiziar spielt die weitgehende und dauernde Mitwirkung und Überwachung der Gerichte die entscheidende Rolle. Das Gericht erfüllt in Ausübung einer eigenartigen Gerichtsbarkeit Funktionen der Rechtsgestaltung, Rechtsänderung und Rechtsaufhebung in einem solchen Maße, daß die Qualität der Rechte und der Pflichten der am trust beteiligten Personen modifiziert erscheint. Ohne diese Mitwirkung der Gerichte, entwickelt aus dem Gedanken des durchgreifenden Rechtsschutzes für den Benefiziaren und für die Dritten, würde der trust gebrechlich^{150, 151}.

¹⁴⁹ Scott 824.

¹⁵⁰ Weiser 4; Nußbaum 197: «In keinem anderen Fall kann ein Privatmann durch seinen Willen dem Gericht Verwaltungsaufgaben von diesem Umfang auferlegen»; Bogert 530, 412, 515, 523; Lewin 712–718, 268 et seq., 339; Lepaulle 207: «Le trust vit à l'ombre du Palais de Justice».

¹⁵¹ Neben der rechtsausgleichenden Funktion der Gerichte, die bei der Verhängung des constructive trust zur Wiederherstellung der Vermögenslage des Benefiziars im Falle seiner Entreicherung bei einem breach of trust ausgeübt wird (vgl. § 43 ante), neben allgemeinen Verwaltungsakten (Instruktionen, Ermächtigungen, Verboten, Rechnungsablage mit Entlastung; vgl. § 47 post; Halsbury 296 ff.), denen die Wirkung der res iudicata innewohnt, neben der zwingenden Zustimmung zum Rücktritt eines trustee (ohne die Zustimmung bleibt der trustee für seinen Nachfolger voll haftbar), hat das Gericht ferner eine Reihe weiterer Eingriffsrechte, die unabhängig vom Willen der Parteien bestehen. Es muß

In der Regel schreitet das Gericht nur ein auf Verlangen eines Interessierten. Es zeichnet sich jedoch eine gewisse Entwicklung ab, daß die Gerichte aus ihrer «Aufsichts-

genügen, auf sie hinzuweisen: bei breach of trust kann das Gericht den Treuhänder nach seinem Ermessen absetzen (Scott 556 et seq.; Restatement § 107; Bogert 623 et seq.; Lewin 415 et seq.; Halsbury 212). Beim Tod des trustee oder im Falle seiner Absetzung oder seines Rücktrittes ernennt es einen neuen trustee (Scott 565 et seq.; Restatement §§ 108, 194; Bogert 135). Weder der Benefiziar noch der co-trustee kann fill a vacancy in the trusteeship, es sei denn, sie seien im Trustinstrument hiezu ausdrücklich ermächtigt. Das Gericht kann aber auch, allerdings nur wenn die Benefiziare und eventuelle co-trustees zustimmen, im Falle der Weigerung eines trustee zu handeln, oder es kann aus Gründen der Sicherung des Treugutes und zur Sicherung der Verwaltung des trust überhaupt einen amtlichen Sachwalter (receiver) bestellen (Scott 1078; Restatement § 199 d; Bogert 402, 629; Lewin 680 et seq.; Halsbury 289 et seq.). Das Gericht ist schließlich aber auch verpflichtet, das Treugut selber in eigene Verwaltung zu nehmen, sei es für die Zeit eines hängigen Prozesses (Bogert 601), sei es auf Verlangen des trustee, wenn er z. B. begründete Zweifel hegt, wer Benefiziar sei oder wenn der Benefiziar unmündig ist, oder wenn der trustee aus sonst einem Grunde keine ausreichende Entlastung findet (Halsbury 293 et seq.). Immer handelt es sich beim compulsionary payment into court um eine Sicherungsmaßnahme für das Treugut (Lewin 712 et seq.). Auch andere Anordnungen des Gerichtes dienen dem gleichen, die ganze Rechtsordnung des trust beherrschenden Gedanken der Sicherung, so die gerichtliche oder gesetzliche Verpflichtung des trustee auf Sicherheitsleistung (Bogert 622; Lewin 708). In England wurde überdies mit dem Judicial Trustee Act 1896 eine besondere Art von trustee geschaffen. Derjenige, der einen trust errichtet oder zu errichten beabsichtigt, kann zum vornehmerein das Gericht ersuchen, für seinen trust einen trustee zu ernennen (Lewin 498 et seq.; Halsbury 343 et seq.). Der judicial trustee steht alsdann unter besonders intensiver Überwachung und Aufsicht des Gerichtes gemäß den Vorschriften des Judicial Trustee Act. Testamentsvollstrecker und Erbschaftsverwalter können zu judicial trustees ernannt werden (Lewin 500). Von praktisch großer Bedeutung ist sodann in England die Schaffung eines besonderen staatlichen Amtes mit trustee-Funktionen durch den Public Trustee Act 1906. Der public trustee amtet nicht allein, wenn er gerichtlich zum judicial trustee ernannt wird, sondern er wird auch in bestimmten Fällen gericht-

funktion» heraus die Pflichten des trustee durchsetzen, ohne daß die Benefiziare Antrag stellen¹⁵².

b) Die Pflichten und Rechte des trustee

§ 47. Der trustee kann, wenn ein aktuelles Interesse nachgewiesen ist, Weisungen vom Gericht verlangen¹⁵³. In einigen Staaten Nordamerikas ist das in gesetzlichen Erlassen angeordnet, es gilt aber ohnedies rechtens. Der trustee kann jeder latenten Gefahr, die in der Verwaltung fremder Vermögensrechte liegt, ausweichen und haftungs begründende Entscheide auf das Gericht abwälzen. Er genießt den umfassenden Schutz der Gerichte. Die Kosten dieser Gerichtsbarkeit kann er dem trust beladen, wenn die Einholung der gerichtlichen Weisung vernünftig war. Das Gericht erteilt dem trustee Weisungen über den Umfang seiner Rechte und Pflichten, über die Fragen, wer Benefiziar sei, über den Umfang der Rechte der Benefiziare, über die Zuweisung und Verteilung von Einnahmen und Aufwendungen, wenn gewissen Benefiziaren das Einkommen und anderen das Kapital zusteht. Er kann sodann eine verbindliche Weisung des Gerichtes einholen, wer bei Beendigung des trust Rechte auf das Treugut hat. Die richterliche Erteilung der Weisung schafft Rechtskraft für die Beteiligten und Entlastung für den trustee¹⁵⁴.

lich als trustee für gewöhnliche private trusts, vor allem aber für die Verwaltung von kleinen Vermögen, zugunsten von Benefiziaren of small means eingesetzt (Lewin 504; Halsbury 336–343). Der public trustee wird vom Gericht oder vom Trusterrichter oder von einem Bevollmächtigten schließlich auch als custodian trustee eingesetzt, wobei ihm alsdann besondere Pflichten und Befugnisse auch gegenüber co-trustees zustehen (Lewin 506/7; Halsbury 343/5).

¹⁵² Scott 1083; in Sachen Quincy Trust Co. v. Taylor, 317 Mass. 195, (1944) 57 North Eastern Reporter (2 d) 573 wurde gesagt, daß «a court can properly act sua sponte».

¹⁵³ Bogert 598.

¹⁵⁴ A. Curti, SJZ 33 (1936/7) 319/20; Scott 1465; das gleiche gilt auch beim charitable trust, 2060; im Fall Hill v. Moors, 224

Grundsätzlich hat der trustee die Bestimmungen des trust peinlich genau zu erfüllen. Unter bestimmten Umständen aber ermächtigt ihn das Gericht, von diesen Bestimmungen abzuweichen. Bei veränderten Umständen muß der trustee, um der Gefahr einer Pflichtverletzung auszuweichen, zwingend das Gericht um Rat fragen. Es kann Rechtspflicht des trustee sein, not to comply with the terms. "Just as an agent confronted with unexpected circumstances should consult with his principal, so the trustee should apply to the court¹⁵⁵." Mit diesem Satz wird die Funktion der Gerichte bei der Verwaltung des trust in aller Schärfe gekennzeichnet. Ohne gerichtliche Einwilligung oder Weisung bedeutet die geringste Abweichung von den «Satzungen des trust», auch wenn gar kein Schaden entsteht, ein breach of trust mit all den weitreichenden Folgen, über die wir noch nähere Ausführungen machen werden. Mit Ermächtigung des Gerichts kann der trustee vom Einkommen oder vom Kapital unter gewissen Umständen Vorauszahlungen machen¹⁵⁶, oder er kann die Benefiziare früher in den Genuß ihrer Rechte kommen lassen als das Trustinstrument es vorsieht¹⁵⁷.

§ 48. Die zentrale Pflicht eines trustee, der seine Bestellung ausdrücklich oder konkludent angenommen hat,

Mass. 163, 165, (1916) 112 North Eastern Reporter 641 wurde ausgeführt: "Unless a petitioner for instructions has real and serious doubt as to his duty, and the advice of the court is required for his protection and the discharge of his trust, the court is without jurisdiction to entertain such a petition. The right to instructions does not extend to the determination of questions which do not require any action by the trustee, or which should properly be submitted to some other tribunal or where events which must control the rights of the parties and the duties of the trustee have not transpired." Beim charitable trust ist der Attorney General immer Partei beim Instruktionsverfahren, beim express trust hängt es von den Prozeßvorschriften des betreffenden Staates ab, inwieweit der Benefiziar Parteirechte hat.

¹⁵⁵ Scott 849.

¹⁵⁶ Scott 849.

¹⁵⁷ Scott 850.

liegt in der Aufgabe, den trust zu verwalten. Der trustee kann, wie bereits erwähnt, nicht «kündigen» oder nach freiem Ermessen zurücktreten. Das Gericht entscheidet über den Rücktritt, wobei ausschließlich die Interessen des trust maßgebend sind.

Bei der Verwaltung des trust hat der trustee die aus dem besonders gearteten Vertrauensverhältnis fließenden Pflichten der Loyalität zu erfüllen. Der Begriff der Loyalität enthält eine besondere Färbung der Diensttreue. Alle dem trustee obliegenden Pflichten besagen insgesamt, daß der trustee ausschließlich und strikte nur die Interessen des Benefiziars oder der Benefiziare wahrzunehmen hat. So darf er für sich kein Treugut erwerben, es sei denn, das Gericht bewillige den Kauf. Dieses Prinzip ist noch ausge dehnt, indem der trustee Treugut, auch wenn er eine generelle Verkaufsermächtigung besitzt, nicht an einen Dritten verkaufen darf, wenn er am Kauf dieses Dritten irgendwie interessiert ist¹⁵⁸. Das gilt nicht nur für einen individuellen trustee, sondern auch dann, wenn eine Gesellschaft trustee ist¹⁵⁹. So darf ein trustee auch nur mit Einwilligung des Gerichts Verwaltungshandlungen delegieren. So kann ein trustee, der nicht klar und peinlich genau Rechnung ablegt – was eine Form der Loyalitätspflicht darstellt – vom Gericht abgesetzt werden. Gewisse Staaten von Nordamerika verlangen regelmäßige Rechnungsablage an das Gericht. Unklare und nicht einlässliche Rechnungsführung bewirkt Umkehrung der Beweislast. Die Genehmigung der Rechnung durch das Gericht ist eine Déchargeerteilung. Worüber Rechnung vor Gericht abgelegt wurde, ist res iudicata.

Aus dem Loyalitätsverhältnis folgt ferner – ohne daß die Beteiligten das vereinbaren müßten – als Rechtsfolge nämlich, eine umfassende Auskunftspflicht¹⁶⁰. Die Loyalität bestimmt vor allem aber den Umfang der Sorgfaltspflicht,

¹⁵⁸ Scott 872.

¹⁵⁹ Scott 873.

¹⁶⁰ Scott 922.

das Maß der Haftung. Der trustee hat wie ein vernünftiger, kluger Mann zu handeln. Der Maßstab ist objektiv. In re Whiteley erklärte Lord Justice Lindley (33 Ch.D. 347): "The duty of a trustee is not to take such care only as a prudent man would take if he had only himself to consider, the duty rather is to take such care as an ordinary prudent man would take ... for the benefit of other people for whom he felt morally bound to provide." Die Sorgfaltspflicht kommt besonders bei den bis in Subtilitäten ausgearbeiteten Anlageregeln in Anwendung¹⁶¹. Der trustee muß umsichtig handeln. Das genügt aber nicht. Er muß über Kenntnisse verfügen wie einer, der sich als Leiter eines Unternehmens oder sonst an einem Platz von Verantwortlichkeit engagieren läßt. Überdies darf er nicht spekulativ handeln usw.¹⁶². Die Klauseln der Beschränkung der Haftung werden nie extensiv ausgelegt¹⁶³.

Eine weitere Pflicht, deren Ausmaß ihrerseits von der Sorgfaltspflicht bestimmt wird, geht dahin, das Treugut zu überwachen, die angezeigten Versicherungen dafür abzuschließen, die Steuern zu bezahlen. Das Treugut soll getrennt vom eigenen Vermögen und getrennt von anderem Treugut verwahrt werden. Mischung mit eigenem Gut ist immer ein breach of trust. In gewissen Staaten wird das strafrechtlich geahndet¹⁶⁴. Inhaberpapiere sind in der Regel für Trustanlagen, wenn nicht besonders gesichert, ungeeignet, da sie nicht als Treugut gekennzeichnet werden können¹⁶⁵. Ein Verlust von Treugut, der darauf zurückzuführen ist, daß es nicht earmarked war,

¹⁶¹ Scott behandelt das Investment of Trust Funds auf ca. 60 Seiten. Die gesetzlichen Vorschriften gelten subsidiär. Das Trustinstrument kann die Art der Anlage vorschreiben. Im englischen Trustee Act 1925 ist der erste Abschnitt (etwa 400 Druckzeilen) nur den Investments gewidmet. Lewin 840–846.

¹⁶² Scott 924, 1197.

¹⁶³ Scott 1177.

¹⁶⁴ Scott 942.

¹⁶⁵ Scott 946.

gilt als breach of trust mit allen Folgen¹⁶⁶. In der Regel muß das Treugut so angelegt werden, daß es den üblichen Ertrag abwirft¹⁶⁷. Mobilien sollen, wenn nicht ein Recht der Benefiziare ausdrücklich stipuliert ist, sie zu besitzen, verkauft werden.

Aus der Loyalitätspflicht ergibt sich auch die Pflicht, wenn mehrere Benefiziare vorhanden sind, keinen irgendwie zu bevorzugen.

Möglich ist überdies die Bestellung einer besonderen Aufsicht über den trustee. Der Trusterrichter kann sich eine solche Aufsicht persönlich vorbehalten oder er kann einen Benefiziaren oder einen Dritten ermächtigen, sie auszuüben. Den Aufsichtsberechtigten kann ein Vetorecht gegenüber allen Handlungen des trustee eingeräumt sein oder das Recht, vom trustee bestimmte Handlungen zu verlangen. Der mit der Aufsicht Beauftragte steht seinerseits unter der Oberaufsicht des Gerichts, das darüber wacht, ob er seine Pflichten dem trust gegenüber im Rahmen seiner Befugnis ausübt¹⁶⁸.

§ 49. Der Umfang der Rechte des trustee ergibt sich aus dem Trustinstrument und aus dem Zweck des trust, den er zu verwirklichen hat¹⁶⁹. Die Gerichte sind aber zurückhaltend in der Annahme von Befugnissen, wenn diese nicht ausdrücklich erteilt sind¹⁷⁰. Normalerweise ist der trustee befugt, zu Lasten des trust Aufwendungen zu machen zur Erhaltung des Treugutes. So kann er Reparaturen anordnen, er kann wenn nötig wertvermehrende Verbesserungen veranlassen, er kann Prozeßkosten auflaufen lassen. Dies alles aber nur, wenn er weder fahrlässig noch dolos diese Ausgaben verschuldet hat¹⁷¹. Hat der trustee begründete Zweifel, so kann er sich vom Gericht ermächtigen

¹⁶⁶ Scott 948.

¹⁶⁷ Scott 966 et seq.

¹⁶⁸ Scott 976/7.

¹⁶⁹ Scott 982.

¹⁷⁰ Scott 985.

¹⁷¹ Scott 1001.

lassen, Darlehen zu geben, Land zu verkaufen, Land abzutauschen, Treugut zu verpfänden usf.¹⁷².

Wenn mehrere trustees bestellt sind und keine Einigkeit herrscht, entscheidet das Gericht, was zu tun oder zu unterlassen ist. Beim charitable trust werden Beschlüsse von den trustees nach dem Mehrheitsprinzip gefaßt, beim private trust gilt das Prinzip der Einstimmigkeit. Einen trustee, der sich weigert, bei einem Beschuß mitzuwirken, kann das Gericht zur Mitwirkung zwingen. Es besteht eine Rechtspflicht des trustee, die Hilfe des Gerichts zu beanspruchen, wenn ein co-trustee in der Erfüllung der Pflichten nachlässig ist oder Widerstand leistet¹⁷³.

6. Der Schutz des Benefiziars

a) *Die verfahrensrechtliche Stellung*

§ 50. Die Rechte des Benefiziars sind equity-Rechte. Grundsätzlich setzt sie nur der equity-Richter durch. Der common law-court ist an das common law gebunden. Der common law-court negiert aber die equity-Rechte nicht. Er anerkennt sie, in gewissen Fällen ausdrücklich, insofern als er ihre Übertragung als consideration, d.h. als Gegenleistung beim Abschluß eines Vertrages nach common law anerkennt¹⁷⁴.

Klagen at law stehen den Benefiziaren gegen den trustee der Regel nach nur dann zu, wenn der trustee über seine Pflichten aus dem trust hinaus irgendwelche Leistungen versprach oder auch nach neuerer Praxis, wenn es sich um die Auszahlung eines ziffernmäßig bestimmten Betrages oder um die Herausgabe bestimmter Mobilien handelt. Aber immer nur bei klarer Rechtslage¹⁷⁵. Ist der trustee insolvent, hat der Benefiziar nur die Klage in equity.

¹⁷² Scott 1035.

¹⁷³ Scott 1054.

¹⁷⁴ Scott 1071; vgl. S. 319a.

¹⁷⁵ Scott 1070, 1073 et seq.: "Courts of law have tended to give relief where the situation is not complicated and by proceeding at

§ 51. Der Bestand der Rechte des Benefiziars erweist sich an ihrer Durchsetzbarkeit, im Maß und Umfang der Haftung des trustee, der den Eigentumstitel im Interesse des Benefiziars innehalt. Für den kontinentalen Juristen sind darum vor allem die dem Benefiziaren zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe interessant. An ihnen muß sich die Dinglichkeit der Ansprüche aus der equitable ownership des Benefiziars erproben. Scott führt folgende Praeventiv-, Wiederherstellungs- und Kompensationsmittel auf: 1. specific enforcement of the duties of the trustee (Erfüllung des trust); 2. an injunction against a threatened breach of trust (Befehlsverfahren gegen drohenden Treubruch); 3. redress for a breach of trust (Wiederherstellung); 4. the appointment of a receiver (Bestellung eines gerichtlichen Verwalters, eine Art Beistandschaft); 5. the removal of the trustee (gerichtliche Absetzung des trustee)¹⁷⁶.

§ 52. Die Aktivlegitimation zur Durchsetzung der Rechte des Benefiziars liegt nicht immer oder nicht ausschließlich beim Benefiziaren. Schon im 17. Jahrhundert klagte der Generalstaatsanwalt auf Durchsetzung der charitable trusts als Vertreter der Interessen der Öffentlichkeit an der Erfüllung dieser trusts¹⁷⁷. Das ist auch heute noch so, wobei aber auch co-trustees oder speziell an der Durchsetzung interessierte Dritte Klage auf Durchsetzung der charitable trusts erheben können¹⁷⁸. Aber auch beim private express trust können neben dem Begünstigten oder dem Vormund des unmündigen Begünstigten co-trustees oder kann der nach Absetzung des treubrüchigen Treuhänders ernannte neue trustee auf Auslieferung des Treugutes und auf Schadenersatz klagen¹⁷⁹. Der Errichter des

law adequate relief can be given.” Restatement § 198; Bogert 609/11.

¹⁷⁶ Scott 1077.

¹⁷⁷ Scott 2052.

¹⁷⁸ Restatement § 391; Bogert 604/8; Lewin 487 et seq.

¹⁷⁹ Scott 1079–1082; Restatement § 200; Bogert 608/9, 630; Lewin 733.

trust selber und seine Rechtsnachfolger haben, wie bereits erwähnt, kein Klagerecht, den trust durchzusetzen. Der Trusterrichter kann den trust, wenn die Errichtung irrtümlich oder fraudulös erfolgte oder bewirkt wurde, ungültig erklären lassen oder, wenn er sich den Widerruf ausdrücklich vorbehält, widerrufen¹⁸⁰. Ansprüche gegen Dritte aus Treubruch können sowohl von den Benefiziaren wie vom trustee, auch vom treubrüchigen, geltend gemacht werden¹⁸¹, die übrigen primär ausschließlich vom trustee und nur sekundär, bei seinem Versagen oder unter besonderen Umständen von den Begünstigten¹⁸².

Kein Klagerecht haben nur indirekt Interessierte, z.B. die zur Unterstützung eines Begünstigten verpflichtete Gemeinde¹⁸³. Wer an der Sache, an der die Benefiziare equity interests haben, Rechte besitzt, kann mit Klage gegen den trustee nicht die Durchsetzung des trust, wohl aber den Schutz seiner Rechte verlangen¹⁸⁴. Solange der trust nicht aufgelöst wird (closed, dry trust), was nur nach Maßgabe des Trustinstrumentes oder im Einverständnis aller Begünstigten, in der Mehrzahl der amerikanischen Staaten auch des settlors möglich ist, sofern der Zweck nicht erreicht oder seine Erfüllung unmöglich oder unzulässig geworden ist¹⁸⁵, können die Begünstigten nur auf Leistung an den trust, nicht an sich persönlich klagen¹⁸⁶.

b) Die Ansprüche gegen den trustee

§ 53. Unter specific enforcement ist nicht nur die Realerfüllung im Sinne des Vertragsrechtes zu verstehen. In equity wird der trustee gezwungen, alle seine Loyalitätspflichten gegenüber dem Benefiziaren (vgl. § 48 ante) zu

¹⁸⁰ Scott 1080.

¹⁸¹ Restatement § 294; Bogert 695/6.

¹⁸² Scott §§ 280–282; Restatement §§ 280–82; Bogert 672/5.

¹⁸³ Scott 1079; Restatement §§ 200 b, 126; Bogert 602.

¹⁸⁴ Scott 1080.

¹⁸⁵ Restatement §§ 337/8; Bogert 588 et seq.; Halsbury 214.

¹⁸⁶ Restatement § 282; Bogert 608.

erfüllen. Hierher gehört insbesondere die Pflicht zur Rechnungsablage¹⁸⁷. Dem Recht des trustee, zu seiner Entlastung gerichtliche Instruktionen anzubegehrn, entspricht das Recht des Benefiziars, im Zweifelsfalle solche gerichtliche Instruktionen über Umfang und Art der Pflichten des trustee zu dessen Handen und für diesen verbindlich einzuholen¹⁸⁸. Die injunction ist ein gerichtliches Verbot. Die Begünstigten können einen Gerichtsbefehl auf Unterlassung schädlicher Handlungen des trustee erwirken, oder auf Unterlassung von Verwaltungshandlungen und Verfügungen schlechthin, wenn der trustee in Konkurs fällt oder sich sonst als unfähig erweist und durch einen neuen ersetzt werden soll¹⁸⁹.

§ 54. Die Begünstigten (bzw. ein neuer oder ein co-trustee), auch wenn sie zum trustee in keinem vertraglichen Verhältnis stehen und keine consideration geleistet haben, können auf Realerfüllung aller sich aus dem trust ergebenden Verpflichtungen des trustee klagen. Aus dem Anspruch auf specific enforcement ergibt sich, daß ein Begünstigter, wenn er bei Auflösung des trust nach Maßgabe des trust instrument ein Recht auf Übereignung von Treugut hat (sieht dies das instrument nicht vor, fällt das Treugut an den settlor oder seine Erben, eventuell an den Staat), dieses Recht realiter durchsetzen kann (specific performance). Ist das Treugut weiterhin an den trust gebunden und können die Begünstigten den abgesetzten trustee lediglich auf Übertragung des legal title an den neuen trustee einklagen, oder erhebt dieser selbst eine entsprechende Klage, stehen die gleichen Rechtsmittel wie beim closed trust zur Verfügung¹⁹⁰. Das übliche Vollstreckungs-

¹⁸⁷ Scott 1077 und § 260.

¹⁸⁸ Scott § 259; Bogert 601/4; Restatement § 199; Lewin 446/7, 625 et seq.; Halsbury 204.

¹⁸⁹ Bogert 600/1; Restatement §§ 199 b, 210, 212; Kohlmann 618; Lewin 709/10; Lepaulle 310; Halsbury 328; Scott § 199.2, 272.2, 280.3.

¹⁹⁰ Restatement §§ 200 e, 223 b, c.

mittel der specific performance besteht im indirekten Zwang durch Androhung von Gefängnisstrafe¹⁹¹. Heute erfolgt aber, insbesondere wenn der trustee handlungsunfähig ist oder sich dem Gericht nicht stellt und darum eine Gefängnisstrafe nicht ausgesprochen oder angedroht werden kann, die Übertragung des Titels oft direkt auf Grund des Urteils, das also auch vollstreckungsrechtlich in rem wirkt¹⁹². Der Übergang der Rechte am Treugut auf den neuen trustee wird oft, sei es nach Maßgabe des Gesetzes oder durch ausdrückliche gerichtliche Anordnung, direkt durch das Urteil bewirkt, mit dem der alte trustee abgesetzt wurde¹⁹³. Ist der neue trustee anstatt vom Gericht von einer durch das trust instrument besonders hiezu ermächtigten Person zu ernennen, kann das Gesetz oder das instrument selbst den automatischen Übergang der Rechte am Treugut vorsehen¹⁹⁴. Der Übergang des legal title an die Begünstigten erfolgt oft, insbesondere an Land, ipso iure mit der Auflösung des trust; in solchen Fällen muß jedoch trotzdem die deklaratorische Ausstellung einer Übertragungsurkunde erfolgen, damit die Rechte am Treugut verkehrsfähig werden^{195, 196}.

§ 55. Zum Treugut gehören alle vom trustee im Austausch gegen ursprüngliche Treugutsgegenstände neu erworbenen Vermögenswerte (dingliche Surrogation) und alle im Zusammenhang mit der Verwaltung des trust

¹⁹¹ Weil die entsprechenden Urteile in personam wirken, wurde in der älteren angelsächsischen Dogmatik in Vermengung des Vollstreckungs- mit dem materiellen Recht angenommen, es handle sich bei den Rechten der Begünstigten am Treugut um solche persönlicher Natur; vgl. Scott § 130; Bogert 161; Schobert 56, 65 ff., 104; S. 322a Anm. 247.

¹⁹² Scott 573 et seq.; Bogert l.c. Anm. 92; Lewin 439 et seq.; Schobert 94, 117/8.

¹⁹³ Restatement § 109; Lewin l.c.

¹⁹⁴ Scott 575; Restatement § 110; Lewin l.c.

¹⁹⁵ ZGB 656 II.

¹⁹⁶ Scott 1891 et seq.; Restatement § 345 a und dortige Verweise; Bogert 582.

entstehenden Gewinne. Das Treugut wird in diesem Sinne als Sondervermögen behandelt. Die Surrogation gilt sowohl für pflichtgemäß vorgenommene Umwandlungen des Treuguts wie für alle in Treubruch erfolgten Transaktionen, vollkommen unabhängig vom Willen des trustee, die Sache für sich und nicht upon trust zu erwerben oder nicht¹⁹⁷. “The law is now well settled that ... all property belonging to a trust, however much it may be changed or altered in its nature or character, and all the fruit of such property, whether in its original or altered state, continues to be subject to or affected by the trust¹⁹⁸.” Es herrscht die Vorstellung, die Begünstigten hätten nach Billigkeit ein Eigentumsrecht (property right) am Treugut, soweit sich dieses durch alle Verwandlungen seiner Form hindurch als vom Vermögen des trustee oder Dritter geschiedenes Sondervermögen identifizieren lässt. Das Prinzip des following property into its product ist allgemeiner Natur und nicht beschränkt auf den trust oder auf fiduziarische Rechtsverhältnisse, sondern es kommt überhaupt immer dann zur Anwendung, wenn Eigentumsrechte, an denen benefiziariische Rechte haften, unrechtmäßig übertragen wurden. Entweder führt es zu einem constructive trust am neuen Produkt oder zu einem lien daran¹⁹⁹. So hat der Benefiziar, der zwar grundsätzlich, wenn er bei Treubruch auf Schadenersatz klagt, gegenüber Drittgläubigern des trustee keine Vorzugsrechte besitzt, dann, wenn der trustee unrechtmäßig über das Treugut verfügt und hiedurch Eigentum erwirbt, das Recht, das Treugut «aufzuspüren». D.h. er kann entweder einen constructive trust am neuen Eigentum des trustee, oder wenn dieser das neue Eigentum auf einen Dritten (mit Ausnahme des gutgläubigen Dritterwerbers

¹⁹⁷ Lewin 406/7, 728; Bogert 630 et seq.; Restatement §§ 202/3, 208 c; Lepaulle 93, 95, 130, 162, 319; Kohlmann 620; Newman 266; Halsbury 329.

¹⁹⁸ Bogert 631, Zitat aus Hill v. Fleming, 107 South Western Reporter 764.

¹⁹⁹ Scott 2432.

gegen Entgelt) übertrug, am Eigentum dieses Dritten, durchsetzen, oder der Benefiziar erhält in gewissen Fällen zur Sicherung seines Anspruchs ein gesetzliches Pfandrecht daran oder er erhält ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der gesamten Vermögensmasse des trustee oder Dritterwerbers (lien)²⁰⁰. Das following property into its product ist aber immer nur dann erfolgreich, wenn die mit manchen Vermutungen erleichterte Identifikation des Treugutes gelingt²⁰¹. “The right of the beneficiary to pursue a fund and impose upon it the character of a trust is based on the principle that it is the property of the beneficiary, not upon any right of lien against the wrongdoer’s general estate; and this whether the property sought to be recovered is in the form in which the beneficiary parted with its possession or in a substituted form²⁰².” Die angelsächsische Rechtslehre veranschaulicht den Grundsatz, daß die Verwandlung der Form des Gegenstandes der equitable ownership des Begünstigten das nach Billigkeit bestehende Eigentumsrecht als solches nicht verändert, im folgenden klassischen Beispiel: Wenn einer einen Wald (standing timber) besitzt, aus dem Bäume gefällt und in der Sägerei verarbeitet werden (made into lumber), und aus dem Holz werden Möbel hergestellt, so besteht an diesen der gleiche Rechtstitel des Waldeigentümers wie seinerzeit an den Bäumen²⁰³. Zahlte der trustee mit trust-Geld die Prämien einer fremden Lebensversicherung, z.B. derjenigen seiner Frau, geht der Versicherungsanspruch auf den trust über, auch dann, wenn die infolge des frühen Todes der Frau auszuzahlende Versicherungssumme die Summe der bezahlten Prämien bei weitem übersteigt und dem trust

²⁰⁰ Scott 2323.

²⁰¹ Vgl. betr. constructive trust § 43 ante, ferner betr. Identifikation § 67 post.

²⁰² Bogert 631, Zitat aus Heidelbach v. Campbell, 95 Wash. 661, 665.

²⁰³ Lewin 162 et seq.; Bogert 631.

also ein großer Gewinn (windfall) zufällt²⁰⁴. Verwandte der trustee Treugut zum Ausbau seiner eigenen Liegenschaft, können die Begünstigten an dieser zwar kein property right, aber wenigstens ein equitable lien, ein auf der Billigkeitsrechtsprechung beruhendes Pfandrecht für den sich aus dem Treubruch ergebenden Schadenersatzanspruch geltend machen²⁰⁵.

§ 56. Neben dem Schutz durch die dingliche Surrogation (die nach angelsächsischer Begriffsbildung einen der Anwendungsfälle des following property into its product darstellt), genießen die Begünstigten auch durch die Subrogation (angelsächsische Terminologie und Begriffsbildung identisch) Schutz. Zahlt der trustee eigene Schulden mit trust-Geld, können die Begünstigten auf ihr Verlangen in die Stellung des befriedigten Gläubigers eintreten und gelangen dadurch in den Genuß eventueller Sicherheiten, die bei einem bloßen Schadenersatzanspruch gegen den trustee nicht bestehen würden; Subrogation erfolgt auch bei der Bezahlung der Schulden eines Dritten aus Treugut, was für die Begünstigten von Vorteil sein kann, wenn der Dritte zahlungsfähiger ist als der trustee²⁰⁶,²⁰⁷.

§ 57. Die Begünstigten können als Treugut alle mit dessen Verwaltung irgendwie zusammenhängenden Gewinne beanspruchen, seien sie aus erlaubten oder treubrecherischen und als solchen genehmigten oder angefochtenen Geschäften entstanden, unabhängig vom Willen des trustee, sie für sich und nicht upon trust anzueignen oder nicht. So z.B. jene Gewinne, die der trustee, wenn vielleicht auch in guten Treuen, bei Geschäften erzielt, die er persönlich mit dem trust abschließt, einfach darum, weil

²⁰⁴ Bogert 637/8; Restatement § 202 p. 538.

²⁰⁵ Bogert 638; Restatement § 202 p. 538/9; Lewin 733; vgl. auch Halsbury 332.

²⁰⁶ Scott § 464; Bogert 654 et seq.; Restatement § 202 g.

²⁰⁷ Ist der befriedigte Gläubiger bösgläubig, kann anstatt der Geltendmachung der Subrogation die Zahlung angefochten werden; vgl. S. 315a.

dabei eine Interessenkollision in seiner Person entsteht²⁰⁸. Auch alle jene Gewinne, die aus der treuhänderischen Führung eines Unternehmens entstehen und die Gewinne, die der trustee erzielt, wenn er eine Sache zu günstigem Preis persönlich mit eigenem Geld erwirbt, die er für den trust hätte erwerben sollen²⁰⁹. Wird der trustee aus einem Geschäft für Verluste haftbar, kann er sie nicht mit Gewinnen verrechnen, die er dem trust aus einem anderen Geschäft abliefern muß; die Verrechnung von Verlusten und Gewinnen einer zusammenhängenden Kette von Transaktionen ist jedoch möglich²¹⁰.

Die Beanspruchung der Surrogate, die aus einer treubrecherischen Transaktion hervorgehen, und deren dadurch bewirkte Genehmigung bringen es mit sich, daß die Begünstigten dem trustee sowohl den eventuell von ihm persönlich erlegten Preis als auch alle seine für die Surrogate gemachten Aufwendungen ersetzen müssen, während ihm sonst unerlaubte Aufwendungen nur im Ausmaß einer Bereicherung des trust zu ersetzen sind²¹¹.

§ 58. Die Geltendmachung eines constructive trust an den durch Treubruch erworbenen Surrogaten und dabei erzielten Gewinnen stellt eine in der Regel unwiderrufliche Genehmigung des Treubruchs dar, und damit den Verzicht auf das wahlweise (by election) zur Verfügung stehende andere Schutzmittel, den Schadenersatzanspruch, während umgekehrt eine Klage auf Schadenersatz die dingliche Surrogation ausschließt²¹². Neben den unter einem constructive trust den Begünstigten dinglich verhafteten Pro-

²⁰⁸ Vgl. ante § 48.

²⁰⁹ In diesem Fall kann auch die Sache beansprucht werden.

²¹⁰ Vgl. Scott 1093 et seq., 1098 et seq., 1120 et seq.; Restatement §§ 203, 205 g, h, 206, 210 p. 578, 213; Bogert 358 et seq., 361 et seq., 472 et seq., 612/3; Lewin 155, 201 et seq., 746/7; Halsbury 140/1, 220/1, 308/310, 312/3; Kohlmann 588, 619.

²¹¹ Lewin 803/5; Halsbury 272; Bogert 331.

²¹² Vgl. Restatement §§ 202 a, 208, 210, 218; Scott 1098 et seq.; Bogert 651/4, 697/8, 331; Halsbury 330; Lepaulle 166.

dukten einer in Treubruch erfolgten Umwandlung von Treugut und den damit verbundenen Gewinnen kann kein Ersatz gefordert werden für den aus dem gleichen Treubruch entstehenden weiteren Schaden, insbesondere nicht für den Minderwert der Surrogate zur Zeit der Klage im Verhältnis zum Werte des dafür aufgewendeten Treuguts. War jedoch mit dem einen Treubruch, der in der unerlaubten Umwandlung des Treuguts und seiner eventuellen Aneignung durch den trustee persönlich bestand, ein weiterer Treubruch verbunden, darin bestehend, daß das unrechtmäßig erworbene Surrogat zudem noch aus Fahrlässigkeit für einen zu hohen Preis angeschafft worden war, kann für den daraus entstandenen Verlust neben der Geltendmachung der dinglichen Surrogation auf Schadenersatz geklagt werden²¹³. Hat der trustee einen Teil der Surrogate verschleudert, können die Begünstigten dafür Schadenersatz fordern und die Auslieferung der noch vorhandenen Ersatzstücke unter einem constructive trust durchsetzen.

§ 59. Kann das Produkt eines Treubruchs seinem Werte nach den entstandenen Verlust nicht ausgleichen, werden es die Begünstigten dem trustee überlassen und sich für die Schadenersatzklage entscheiden²¹⁴. Die Schadenersatzklage ist das allgemeinste, in vielen Fällen, z.B. wenn der trustee Treugut verbrauchte oder es unterließ, Treugut nutzbringend anzulegen, das einzige Schutzmittel der Begünstigten gegen die Folgen des Treubruchs²¹⁵. Veruntreute oder verbrauchte der trustee ersetzbares Treugut, kann er

²¹³ Restatement § 210 p. 574.

²¹⁴ Restatement § 202 a.

²¹⁵ Vgl. Restatement §§ 199 c, 205 et seq.; Bogert 608 et seq.; Halsbury 306, 310 et seq.; Lepaulle 306 ss. – Über die Regeln der Schadenersatzbemessung vgl. Bogert 613 et seq.; Restatement § 205; Scott 1098 et seq.; Halsbury 310. Im wesentlichen besteht Anspruch auf *damnum emergens* und *lucrum cessans* (neben dem bereits erwähnten auf den vom trustee erzielten Gewinn).

zur Leistung von Realersatz verpflichtet werden²¹⁶. Auf der Schadenssumme sind Zinsen zu entrichten²¹⁷. Der Schadenersatzanspruch der Begünstigten ist, wie bereits erwähnt, in der Regel gegenüber Forderungen anderer Gläubiger nicht bevorzugt²¹⁸, es sei denn, der trustee habe Sicherheit geleistet oder einen Bürgen gestellt²¹⁹, oder er sei zugleich Begünstigter und es könne deshalb verrechnungsweise auf seine Ansprüche an den trust gegriffen werden²²⁰. In allen Fällen, in denen die Begünstigten wahlweise, anstatt eine Schadenersatzklage anzustrengen, dingliche Surrogation geltend machen oder auf Grund der equitable ownership auf das vom trustee in sein persönliches Vermögen entwendete Treugut greifen könnten, wird ihnen zur Sicherung ihrer Schadenersatzforderung ein lien an den betreffenden, andernfalls dem trust unterliegenden Vermögenswerten zuerkannt²²¹,²²². Kann Treugut in einen Fonds verfolgt werden, in dem es unzulässigerweise mit persönlichem Eigentum des trustee vermischt wurde, kann das lien für die Schadenersatzforderung, die nur den Anteil des Treugutes erfaßt, am ganzen Fonds begründet werden²²³.

c) Die Ansprüche gegen Dritte

§ 60. Veräußerte der trustee in Treubruch an einen Dritten und war diesem der Treubruch bekannt oder hätte er ihm bei genügender Vorsicht bekannt sein müssen

²¹⁶ Restatement § 208 p. 572, § 211 p. 581.

²¹⁷ Restatement § 207; Halsbury 311/2; Lewin 243 et seq.

²¹⁸ Bogert 615.

²¹⁹ Vgl. darüber Bogert 620/3.

²²⁰ Halsbury 306; Lewin 753.

²²¹ Restatement §§ 202, 208/10; Bogert 618 et seq.; Lewin 407, 730, 733.

²²² Ein lien kann auch für Treugutsbestandteile begründet werden, die der trustee vorschriftswidrig zu veräußern unterließ; er kann verpflichtet werden, das betreffende Treugut, mit dem lien belastet, in Eigentum zu nehmen und dafür Schadenersatz zu leisten; Restatement § 209.

²²³ Restatement § 202.

(actual or constructive notice), wollte der trustee z.B. auf diese Weise eine persönliche Schuld abtragen, können die Begünstigten das Treugut beim Dritten auf Grund ihrer equitable ownership, indem sie ihn durch das Gericht zum constructive trustee erklären lassen, ergreifen²²⁴, sofern sie es noch zu identifizieren vermögen. Das following property into the product²²⁵ gegenüber dem Dritterwerber besteht alternativ zur Geltendmachung der dinglichen Surrogation gegenüber dem trustee und der Beanspruchung des von ihm in sein eigenes Vermögen entwendeten Treuguts auf Grund eines constructive trust²²⁶. Übertrug der Dritte das Treugut weiter, kann dingliche Surrogation am Gegenwert geltend gemacht werden oder, wenn auch der neue Erwerber bösgläubig war, das Treugut bei jenem verfolgt werden²²⁷. Dem als constructive trustee in Anspruch genommenen Dritterwerber ist der für das verfolgte Treugut geleistete Gegenwert zu ersetzen, soweit der trust noch bereichert ist, sowie die Beträge, die er zur Ablösung von Belastungen auf dem Treugut verwandte. Sonstige Aufwendungen sind ihm nur zu ersetzen, soweit sie der Wertvermehrung oder -erhaltung dienten, und nur, wenn er sie gutgläubig (without actual notice) machte²²⁸.

Hat jemand gutgläubig, aber ohne Leistung eines Gegenwertes (donee, without value) Treugut erworben, zu dessen Veräußerung der trustee nicht befugt war, können es die Begünstigten, indem sie ihn zum constructive trustee erklären lassen, von ihm zurückverlangen, sofern sie ihm – ganz ohne Rücksicht auf eine Bereicherung des trust – alle Aufwendungen ersetzen. Die Gewinne, die seit dem Erwerb auf dem Treugut entstanden sind, kann der donee für

²²⁴ Vgl. § 43 ante.

²²⁵ Vgl. § 55 ante.

²²⁶ Bogert 630/3, 658, 676; Restatement §§ 288, 291; Halsbury 329/30; Lewin 721 et seq.; Lepaulle 311 ss.

²²⁷ Weitere Formen des tracing; vgl. Beispiel bei Lepaulle 164/6 und die in Anm. 226 Zitierten.

²²⁸ Restatement § 291 p. 890; Bogert 632/3.

sich beanspruchen. Hat er das Treugut immer noch gutgläubig (sonst gelten die gleichen Regeln wie für den bösgläubigen Erwerber) weiterveräußert, ist er den Begünstigten nur im Ausmaß seiner Bereicherung haftbar^{229, 230}.

§ 61. Die sich aus der Begrenzung des Verfolgungsrechtes ergebende bona fide purchaser rule²³¹, nach welcher der gutgläubige Erwerber von Treugut, der dafür ein Entgelt entrichtet hat, in seinem Erwerb geschützt wird, auch wenn die Veräußerung durch den trustee einen Treubruch darstellte, gilt nur für die Einräumung eines legal, nicht aber eines equitable title am Treugut. Das Abwagen der equitable titles der Begünstigten und des Dritterwerbers, welches der Richter in equity vornehmen muß (der legal title ist automatisch stärker, wenn die Erfordernisse des guten Glaubens und der valuable consideration erfüllt sind), ergibt in der Regel Gleichwertigkeit, so daß die Maxime «qui prior est tempore potior est iure» angewendet wird. So kann ein Gläubiger des trustee, dem dieser ein equitable mortgage am Treugut eingeräumt hat, dieses trotz seines guten Glaubens nicht durchsetzen, soweinig wie sonst ein vom trustee eingesetzter beneficiary seine equitable ownership an Treugut durchsetzen kann, das schon vorher zugunsten eines anderen beneficiary in trust gegeben worden war. Der gutgläubige Käufer aus

²²⁹ Restatement § 292; Bogert 657 et seq., 632/3; Lewin 721; Halsbury 329/30; Lepaulle 314/5.

²³⁰ Über die Frage, was als Gegenwert = value anerkannt ist, vgl. Restatement §§ 298 et seq.; Bogert 664/7. Die gutgläubige Entgegennahme von Treugut zur Begleichung einer Forderung gegen den trustee persönlich gilt z.B. als for value erfolgt, nicht dagegen die zum gleichen Zweck vorgenommene Pfändung von Treugut im Glauben, es handle sich um persönliches Vermögen des trustee. Als value wird von der equity nur ein echter materieller Gegenwert anerkannt, im Gegensatz zur consideration, die nach common law auch nummo uno geleistet werden kann; vgl. Wesenberg 161 ff.; Schobert 49 Anm. 2, 73; Geldart 146; Osborn; Weißenstein; Müller-Freienfels II 39 ff.; vgl. unten S. 321a.

²³¹ Vgl. § 66.

einem unzulässigen Verkaufsvertrag mit dem trustee kann seinen Billigkeitsanspruch auf Realvollziehung (specific performance) des Vertrages – und bei Vorauszahlung seine equitable ownership auf Grund eines constructive trust – gegenüber dem Begünstigten nicht geltend machen²³².

Das Recht der Begünstigten zur Verfolgung von Treugut beim bösgläubigen Erwerber ist ein Ausfluß des allgemeinen Rechts auf Anfechtung von Rechtsgeschäften, deren Abschluß einen dem Dritten bekannten oder für ihn bei pflichtgemäßiger Vorsicht erkennbaren Treubruch darstellt. So kann z.B. eine pflichtwidrige Pfändentlassung angefochten werden; dies auch dann, wenn der Pfandschuldner gutgläubig war, aber keine Gegenleistung erbracht hat. Das gleiche gilt für einen pflichtwidrigen Schulerlaß. Zahlungen zugunsten des trust in Kenntnis der Gefahr, daß das Geld vom trustee unterschlagen wird, müssen wiederholt werden²³³.

§ 62. Wie gegenüber dem trustee, ist auch gegenüber Dritten, die den trust schuldhaft schädigen, das allgemeinste, in vielen Fällen, z.B. wenn der persönliche Gläubiger des trustee sich wissentlich mit Treugut bezahlen ließ und das Geld verbrauchte oder so mit eigenem Vermögen vermischt, daß es nicht mehr identifiziert werden kann, oder wenn Dritte ohne Beteiligung an einem Treubruch den trust aus unerlaubter Handlung schädigen, wiederum das einzige Schutzmittel der Begünstigten die Schadenerstattungsklage. Aus der Pflicht Dritter, sich der Beteiligung an einem Treubruch des trustee zu enthalten, sich z.B. zu weigern, Treugut zur Bezahlung persönlicher Schulden des trustee entgegenzunehmen oder aus einem Treuhandkonto Checks zugunsten des trustee persönlich zu honorieren, wenn erkennbar ist, daß sie nicht zur Begleichung einer Schuld des trust an den trustee ausgestellt worden sein

²³² Lewin 634 et seq., 657 et seq., 721; Bogert 657, 660/2; Halsbury 330; Restatement §§ 285/6.

²³³ Bogert 601, 690/1; Restatement §§ 321 et seq.; Lepaulle 316/8.

konnten, ergibt sich, genau so wie aus der Befugnis, das Treugut zu verfolgen (tracing), die Dinglichkeit der Rechte der Begünstigten. Für die Bemessung der Schadenersatzhöhe gelten im wesentlichen die gegenüber dem trustee angewandten Regeln. Wo anstatt auf Schadenersatz auf Herausgabe von Treugut oder seiner Surrogate geklagt werden könnte²³⁴, sind die Begünstigten durch ein lien gesichert. Zur Deckung der Schadenersatzansprüche gegen Begünstigte kann zudem auf deren Rechte am trust gegriffen werden²³⁵.

Stehen den Begünstigten gegen Dritte mehrere Schutzmittel zur Verfügung, z.B. ein Anspruch aus dinglicher Surrogation gegen den Ersterwerber, ein solcher auf Herausgabe des pflichtwidrig veräußerten Treuguts gegen den Zweiterwerber und ein Schadenersatzanspruch gegen beide wegen wissentlicher Beteiligung am Treubruch, können und müssen sie sich für das eine oder andere entscheiden²³⁶. Sind ein Dritter und der trustee aus einem gemeinsam begangenen Treubruch zugleich haftbar, muß zwischen den ihnen gegenüber bestehenden Ansprüchen gewählt werden, in dem Sinne, daß nicht mehr als der tatsächlich eingetretene Schaden ersetzt wird, daß z.B. nicht der Dritte auf Herausgabe des Treuguts und der trustee zugleich auf Herausgabe des Surrogats belangt werden kann. Der Dritte und der trustee haften jedoch solidarisch. Sie müssen zusammen den ganzen Schaden ersetzen. So können die Begünstigten, wenn das Surrogat, das sie vom trustee herausverlangt haben, im Moment der Klage weniger wert ist als das zu Unrecht veräußerte Treugut, die Differenz als Schadenersatz beim bösgläubigen Erwerber eintreiben²³⁷.

²³⁴ Also praktisch gegen den bösgläubigen Erwerber von in Treubruch veräußertem Treugut; ein gutgläubiger Erwerber without value ist nicht schadenersatzpflichtig, sondern haftet nur für die Bereicherung, vide supra.

²³⁵ Vgl. Bogert 672 et seq.; Restatement §§ 291, 321 et seq.; Halsbury 326/8.

²³⁶ Vide supra: election; Restatement § 291 p. 888/9.

²³⁷ Restatement § 295.

§ 63. Fällt ein trustee, sei es ein express oder ein constructive trustee (z.B. ein Kommissionär, factor), insbesondere ein als constructive trustee in Anspruch genommener Erwerber von Treugut (ein solcher, für den die bona fide purchaser rule nicht gilt) oder Besitzer von Treuguts-surrogaten oder -gewinnen, in Konkurs, erwirbt der Konkursverwalter als trustee in bankruptcy nach ausdrücklicher Vorschrift der Konkursgesetze in der Regel nicht einmal den legal title an dem in der Konkursmasse liegenden Treugut. Geschieht dies doch, gilt er als Erwerber without value und kann als constructive trustee in Anspruch genommen werden für das Treugut, dessen Surrogate und die mit der Innehabung des Treugutes verbundenen Gewinne. M. a. W.: die Begünstigten haben ein Aussonderungsrecht für das gesamte Treugut²³⁸. Darin kommt erneut die Dinglichkeit der Rechte der Begünstigten am trust zum Ausdruck²³⁹.

d) Weitere Schutzeinrichtungen

§ 64. Ein weiterer Schutz der Begünstigten liegt in der Bestellung mehrerer trustees (co-trustees). Diese gelten vermutungsweise als Gesamteigentümer. Das bedingt, daß sie alle Verwaltungshandlungen gemeinsam vornehmen müssen, wenn das trust instrument nichts anderes vorsieht. Ein co-trustee haftet nicht für die Fehler seiner Kollegen. In der mangelnden Beaufsichtigung des einen durch den anderen trustee kann jedoch eine Pflichtverletzung liegen²⁴⁰. Begehen mehrere co-trustees gemeinsam einen Treubruch, haften sie solidarisch. Aus dem Gesamteigentum geht ferner hervor, daß beim Ausscheiden eines co-trustee (Tod, Konkurs usw.) sein Anteil an der legal ownership ipso iure auf die verbleibenden trustees übergeht (wäre dies nicht der

²³⁸ Eine Ausnahme wird durch die doctrine of estoppel und die reputed ownership geschaffen; vgl. § 66.

²³⁹ Lewin 405 et seq.; Restatement §§ 221, 307; Halsbury 201.

²⁴⁰ Halsbury 224.

Fall, könnten allerdings seine Rechtsnachfolger als constructive trustees in Anspruch genommen werden, so daß die Begünstigten trotzdem weitgehend geschützt wären²⁴¹.

§ 65. Ein weiterer Schutz der Begünstigten liegt in der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des trustee für Treubruch (abgesehen von den vollstreckungsrechtlichen Gefängnisstrafen)²⁴². Zudem kann ein trustee in England eingesperrt werden, wenn er es unterläßt, Gerichtsurteilen auf Geldzahlungen an Begünstigte oder den trust nachzukommen; es besteht also m.a.W. Schuld knechtschaft²⁴³.

e) Voraussetzung und Grenzen des Verfolgungsrechtes

§ 66. Im Hinblick auf den besonderen Zweck unseres Abrisses über den trust, mit dem lediglich einige charakteristische Züge zur Erfassung seines Wesens und zur Unterscheidung verdeutlicht werden können, sollen zwei Lehren, die jede für sich eine gründliche Untersuchung erforderte, kurz skizziert werden: 1. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers setzt dem following property into its product eine Schranke der Billigkeit. Der Grenzverlauf zwischen dem auf equity beruhenden Prinzip des Verfolgungsrechts, das die benefiziарischen Rechte schützt, einerseits und der von der equity gleicherweise zu schützenden bona fides des Drittewerbers andererseits ist als ein praktisches Problem der Verkehrssicherheit von hohem Interesse. 2. Sodann schränkt der Schutz desjenigen, der sich in guten Treuen auf den Rechtsschein verließ, notwendigerweise das Zugriffsrecht des Benefiziars ebenfalls ein. Insofern ergibt sich auch hier ein Problem der Abwägung der Interessen, dessen Lösung für den Rechtsverkehr von erheblicher praktischer Bedeutung ist.

²⁴¹ Vgl. betr. Solidarität Bogért 616; Lewin 748; Restatement § 224; Halsbury 306, 324/6; betr. Akresenz Bogert 134; Halsbury 198; Restatement § 103; Lewin 191 et seq.; betr. den Grundsatz, daß co-trustees normalerweise nicht für einander haften: Lewin 194 et seq.; Halsbury 307.

²⁴² Halsbury 308; Bogert 616/7; Lewin 734.

²⁴³ Lewin 760 et seq.

Die bona fide purchaser rule: Im common law war nach der Regel «nemo dat quod non habet» der gutgläubige Erwerber nicht geschützt²⁴⁴, ²⁴⁵. Nur in Teilgebieten wurde allmählich aus den Notwendigkeiten des Geschäftsverkehrs heraus das Prinzip des Gutglaubensschutzes eingeführt. Anders war das in der Rechtsprechung des chancellor. Die Rechte des Benefiziars (anfänglich überhaupt nur gegen den trustee – equity acts in personam –, erst später auch gegenüber seinen Erben geschützt) wurden langsam von persönlichen in dinglich wirkende verwandelt. Der Bann der Unveräußerlichkeit des Treuguts wurde auch auf denjenigen Erwerber übertragen, der wußte, daß der trustee seine Treuepflichten verletzte. Ein solcher Erwerber handelte gegen die conscience. Eine Verstärkung der beneficiarischen Rechte wurde bewirkt, indem nicht nur actual notice, d.i. tatsächliche Kenntnis, sondern constructive notice, d.i. durch Auslegung gewonnene, aus den Umständen praesumierte Kenntnis, genügte, daß der court of chancery den derart bösgläubigen Erwerber haften ließ und dem Benefiziaren die equitable remedies zur Verfügung stellte; er vermochte, sofern das Treugut beim Dritten identifiziert werden konnte, darauf zu greifen. Der bösgläubige Dritte nimmt am Treubruch teil: er soll nicht behalten, was er so erhielt. Die gleichen Erwägungen der Billigkeit führten dazu, den Benefiziaren auch gegenüber demjenigen zu schützen, der den Treubruch zwar nicht kannte und nicht kennen mußte, dem aber ohne Entgelt vom treubrüchigen trustee Treugut übertragen wurde. Der Beschenkte zieht Nutzen aus dem Treubruch: auch wenn er vom Treubruch keine Kenntnis hat, wäre er ungerechtfertigt bereichert, wenn er das Treugut behalten könnte. Wenn aber der Empfänger von Treugut gegen Entgelt keine Kenntnis vom Treubruch hat, so handelt er weder

²⁴⁴ Goldschmidt, Real Property 335, 343; Schmitz/Schwartzkoppen, Personal Property 274 ff.

²⁴⁵ Einen gewissen Schutz gewährte jedoch wohl seit langem die doctrine of estoppel; vgl. unten Anm. 266.

gegen die conscience noch ist er ungerechtfertigt bereichert. Es besteht demnach kein Grund, ihm die vom treubrüchigen trustee übertragenen Vermögensrechte wieder wegzu nehmen. Die Stellung dieses Erwerbers ist nach equity so fest und so sauber wie die des Benefiziars. Ja, da er das Treugut in den Händen hat, ist seine Stellung gefestigter. Equity gibt darum dem Benefiziaren gegen denjenigen, der gegen Entgelt in gutem Glauben von einem treubrüchigen trustee Vermögensrechte erwarb, kein Recht auf following property into its product. Der Benefiziar muß sich damit begnügen, den pflichtvergessenen trustee zu belangen^{246, 247}.

Der gute Glaube eines an einem Treubruch beteiligten Dritten kann in drei Stufen entschuldbarer Unkenntnis beruhen: 1. das Bestehen des trust ist überhaupt nicht be-

²⁴⁶ Scott 678 et seq.; Restatement § 284; Bogert 657 et seq.; Lewin 721 et seq.; Weiser 5/6; H.A. Schwarz 88 ff.; Browne.

²⁴⁷ Diese Entwicklung, die Schritt um Schritt vor sich ging und für die es eine Reihe führender Entscheide gibt, erklärt die noch nicht verstummte Kontroverse über die Rechtsnatur der benefiziарischen Rechte. Da auf der einen Seite das common law grundsätzlich den gutgläubigen Erwerber gegenüber dem Eigentümer nicht schützte, sondern den Eigentümer seine Rechte gegen die ganze Welt durchsetzen ließ, und da auf der anderen Seite equity den Rechtsschutz vorerst nur in personam gewährte und den gutgläubigen Erwerber, der ein Entgelt leistete, immer schützte, bestanden Schwierigkeiten, die Rechte des Benefiziars als Sachenrechte, als iura in rem zu begreifen, obwohl die Wirkungen des Rechtsschutzes, den sie genießen, mit dem kontinentalen Begriff eines persönlichen Rechts nicht vereinbar sind. Sehr aufschlußreich sind die Darstellungen der Diskussionen in der angloamerikanischen Rechtslehre bei Bogert § 37 und bei Scott § 130. Immer wieder hat Maitland sich mit der Streitfrage auseinandergesetzt. Für das englisch-amerikanische Recht handelt es sich schließlich mehr um eine terminologische Frage. Als herrschende Lehre kann heute die Auffassung gelten, daß die Rechte des Benefiziars am Treugut dinglicher Natur sind; Scott 836 et seq. Die sich immer stärker durchsetzende Tendenz, den trustee, obwohl er den legal title am Treugut besitzt, nicht als Eigentümer, sondern als administrator zu betrachten, kommt der Auffassung, der Benefiziar sei equitable owner, entgegen; Scott 146 et seq.; vgl. ferner oben Anm. 191.

kannt oder 2. der Gutgläubige nimmt an, der trustee sei zur Vornahme von Geschäften der fraglichen Art ermächtigt oder 3. der Gutgläubige nimmt an, das konkrete Geschäft sei vom trustee nicht treuwidrig eingegangen worden²⁴⁸. Auf allen drei Stufen kann dem guten Glauben tatsächliches Wissen (actual notice) oder fahrlässiges Nichtwissen (constructive notice) entgegenstehen²⁴⁹. Fahrlässig verliert der Dritte seinen guten Glauben, wenn er es unterläßt, die für einen vorsichtigen, mit normaler Intelligenz begabten Geschäftsmann nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Erkundigungen einzuziehen und die vorhandenen Geschäftsunterlagen mit entsprechender Aufmerksamkeit zu prüfen. Er hat sich zu verhalten, wie es «as a matter of prudence, having regard to what is usually done by men of business under similar circumstances» gegeben gewesen wäre. Fahrlässig ist es, wenn er nicht wie eine «reasonably intelligent and diligent person», wie ein «ordinarily prudent man by the use of reasonable diligence» handelte²⁵⁰.

Der Vertragspartner des trustee, der dessen Eigenschaft kennt oder kennen sollte, muß, um dieser Sorgfaltspflicht zu genügen, in der Regel die Unterbreitung des Trustinstrumentes verlangen und es prüfen. Wenn kein Trustinstrument besteht, muß er sich anderswie über die näheren Kompetenzen des trustee informieren²⁵¹.

Ist der trustee zur Vornahme des fraglichen Geschäftes seiner Art nach befugt, so muß vom Dritten nicht untersucht werden, ob er im konkreten Fall nicht doch treuwidrig handle, es sei denn, besondere Umstände müßten einen solchen Argwohn bei einem klugen umsichtigen Mann erwecken. Dies gilt insbesondere für Abhebungen von einem Bankkonto, über das der trustee im Rahmen der Verwaltung des trust verfügen kann. Zieht der trustee einen Check

²⁴⁸ Scott §§ 296, 297; Restatement § 297 c; Bogert 667, 677.

²⁴⁹ Scott § 297; Restatement § 297; Bogert 657; Lewin 721.

²⁵⁰ Scott l.c.; Restatement 1.c. 904; Bogert 670; Lewin 726.

²⁵¹ Scott 297.4; Restatement § 297 f et seq.; Bogert 677 (b), 680/1.

zugunsten irgendeines Dritten, so darf die Bank vermuten, es handle sich um einen Gläubiger des trust, der pflichtgemäß befriedigt werde. Die Vermutungen bewirken aber keine Haftungsbefreiung, wenn es sich z.B. darum handelt, Rechnungen eines Ladengeschäftes zu begleichen, bei dem der trustee offensichtlich nur seinen persönlichen Bedarf decken konnte, oder wenn der trustee z.B. geheime Auszahlung und ausschließlich in Tausendernoten verlangt. Ein zu näheren Informationen zwingender Verdachtsgrund liegt ferner z.B. vor, wenn der an sich zum Verkauf eines Treugutes ermächtigte trustee dieses zu einem Schleuderpreis anbietet²⁵².

Verdeckte trusts sind die Ausnahme. Wenn es nicht anders vereinbart ist, muß der trustee das Treugut, wie wir gesehen haben, als solches kennzeichnen²⁵³; insbesondere hat er z.B. Bankkonten ausdrücklich als trustee zu eröffnen und sich als Eigentümer von Grundstücken nur mit dem Zusatz «trustee» eintragen zu lassen²⁵⁴.

Die Existenz eines trust ergibt sich für Grundstücke aus Registern, in welche Belastungen, insbesondere solche der Begünstigten am Treugut, einzutragen sind. Für Dritte gilt in diesem Fall die unumstößliche Vermutung, daß sie vom Eintrag Kenntnis genommen haben. Negative Rechtskraft kommt allerdings solchen Registern hinsichtlich der equitable interests nicht immer zu, so daß ein Erwerber zur Erhaltung seines guten Glaubens, der ihn vor ihm unbekannten equitable interests schützt, anhand der Übertragungsurkunden (deeds), in England z.B. für einen Zeitraum von 30 Jahren zurück, nachforschen muß, ob auf dem ihm zu übertragenden Grundstück keine Rechte von Begünstigten eines trust lasten (investigation of title), was aber im Falle der Eintragung stark erleichtert wird. Vor Belastungen, die nach common law Bestand haben, ist auch der gut-

²⁵² Restatement l.c. k et seq., §§ 321, 324; Scott 297.5; Bogert 669/70, 684/90.

²⁵³ Vgl. § 48 ante.

²⁵⁴ Scott § 179.3; Restatement 179; Bogert 406 et seq.

gläubige Erwerber nicht geschützt, sofern nicht für diese Lasten, was fast immer der Fall ist, eine negative Registerwirkung besteht. Oft ist aber auch für Belastungen nach equity eine negative Registerwirkung statuiert; dadurch wird die investigation of title für Erwerber von Grundstücken überhaupt unnötig. Es zeichnet sich allgemein eine Entwicklung zum Grundbuchsystem ab, die einerseits eine Gleichstellung der legal und equitable titles hinsichtlich ihrer Wirkung gegenüber Dritten mit sich bringt und andererseits zur Offenkundigkeit für trusts an Grundstücken zwingt, sofern die Begünstigten dinglich geschützt sein sollen. (Nach einigen statutes wirkt die Registrierung konstitutiv in dem Sinne, daß die Eintragung zumindest eines express trust auch zur Gültigkeit gegenüber dem Konkursverwalter und den Gläubigern des trustee verlangt wird²⁵⁵.)

Die Rechte der Begünstigten an Grundstücken können auch durch die Eintragung des trust in der Übertragungsurkunde geschützt werden. Immer wenn auf einer Urkunde vermerkt ist, daß der Inhaber des legal title trustee ist, müssen Dritte zur Erhaltung ihres guten Glaubens nachforschen, ob es sich um einen echten trustee handelt und wenn ja, ob er zur Veräußerung befugt ist²⁵⁶,²⁵⁷.

Auch bei Aktienzertifikaten kann mit den gleichen Wirkungen vermerkt werden, daß sie durch einen trust belastet sind²⁵⁸. Dem Veräußerer anvertraute Mobilien werden von Gutgläubigen auf dem market overt ohne Belastungen erworben. Die Berechtigung des Veräußerers darf vermutet werden, wenn keine besonderen Verdachtsgründe dagegen

²⁵⁵ Scott § 297.1, 308.2, 476; Restatement l.c. § 308 b; Lewin 723 et seq.; Goldschmidt/Langenbach, Conveyance and Registration 385 ff.; Goldschmidt, Real Property 335 ff.; Browne; Honig 653; Friedrich 626/7.

²⁵⁶ Scott 1636/7; Restatement § 297 d; Bogert 680.

²⁵⁷ Um die dadurch bewirkte Behinderung im Grundstücksverkehr zu mildern, schränken einige neuere amerikanische Gesetze diese Erkundigungspflichten ein; vgl. Scott l.c.

²⁵⁸ Scott 1636; Restatement l.c.

sprechen²⁵⁹. Dies gilt allgemein auch für Geld, Inhaberpapiere, Wechsel, Checks, Dividenden-Coupons (*negotiable paper*)²⁶⁰. § 56 des amerikanischen Uniform Negotiable Instruments Law lautet: “To constitute notice of an infirmity in the instrument or defect in the title of the person negotiating the same, the person to whom it is negotiated must have had actual knowledge of the infirmity or defect, or knowledge of such facts that his action in taking the instrument amounted to bad faith.” Daraus wird abgeleitet, daß der Erwerber eines negotiable instrument, aus dessen Text nicht ersichtlich ist, daß es der Veräußerer als trustee inne hat, als gutgläubig gilt, wenn er keine tatsächliche Kenntnis von der Existenz des trust hat oder von darauf hindeutenden Umständen, deren Nichtbeachtung offensichtlich Treu und Glauben widerspricht. Der objektive Maßstab für die Erkundigungspflicht eines vorsichtigen Geschäftsmannes gilt hier nicht; die Umstände, die zur Erkundigung über die Zuständigkeit des Veräußerers zwingen, müssen vielmehr derart deutlich auf einen Treubruch hinweisen, daß auch gerade der fragliche Erwerber in guten Treuen nicht behaupten kann, er habe keinen Verdacht geschöpft. Eine Verschärfung der Erkundigungspflicht tritt jedoch ein, wenn sich die Existenz des trust aus dem Text des negotiable paper ergibt, insbesondere, wenn dem Erwerber bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, daß die Verwertung des Papiers im Interesse des trustee erfolgte.

Die Abtretung von Forderungen (*choses in action*), die in keinem Wertpapier verkörpert sind, erfolgt «subject to equities», so daß der Zessionär gegen Ansprüche der Begünstigten nach der Regel «prior in tempore est potior in iure» auch bei gutem Glauben nicht geschützt ist. In Amerika allerdings zeichnet sich in der Rechtsprechung eine

²⁵⁹ Lewin 729; Schmitz/Schwartzkoppen, Personal Property 274; Honig 638, 653; Friedrich 624 ff.

²⁶⁰ Restatement l.c. o; Scott § 297.6.

Tendenz ab, auch hier die Regeln über den Gutglaubenschutz anzuwenden; das Restatement hat sich dieser Auffassung angeschlossen²⁶¹.

Ist der trustee im Aktienbuch als legal owner schlechthin, ohne Erwähnung des trust, eingetragen, was in England, nicht aber in Amerika die Regel ist, so sind Dritt erwerber und die den Erwerb vollziehende Gesellschaft mangels besonderer Verdachtsgründe wie bei Geld und negotiable paper und auf dem market overt auch ohne besondere Nachforschungen geschützt. Den Begünstigten, die der Gesellschaft vom Bestehen des trust Kenntnis gaben, muß jedoch ein Aktienverkauf gemeldet werden, und sie können die Übertragung durch ihren Einspruch verhindern²⁶².

Befindet sich das Treugut, über das der trustee verfügen will, nicht in dessen Besitz, so muß der Dritte untersuchen, ob nicht ein trust besteht, und wenn dies der Fall ist, ergeben sich die dargelegten Erkundigungspflichten betreffend die Kompetenzen des trustee²⁶³.

Der böse Glaube eines Vertreters, insbesondere eines Anwaltes, wenn er aus dem fraglichen Geschäft des von den Begünstigten in Anspruch genommenen vertretenen Dritten mit dem trustee herrührt, wird dem Dritten zugerechnet, es sei denn, der Vertreter sei selbst am Treubruch beteiligt, so daß nicht vermutet werden kann, er habe seinen Auftraggeber darüber aufgeklärt. Dies gilt z.B. im Verhältnis eines Bankkassiers zur Bank²⁶⁴. Die Nachforschungen, die den Dritten zur Erhaltung ihres guten Glaubens obliegen, sollen sie in erster Linie nicht beim trustee oder vermeintlichen trustee selbst, sondern bei unbeteiligten Auskunftspersonen vornehmen²⁶⁵. Nachforschungen sind allgemein nicht not-

²⁶¹ Restatement § 284 p. 868; Scott § 284.1; Lewin 634.

²⁶² Scott 931, § 179.3; Restatement § 325; Bogert 691; Lewin 653/4.

²⁶³ Scott 1635; Restatement l.c. e; Bogert 668/9.

²⁶⁴ Scott § 297.8; Restatement l.c. p; Bogert 683/4.

²⁶⁵ Bogert 670/1.

wendig, wenn bei aller gebotenen Vorsicht angenommen werden darf, daß sie zu keinem Ergebnis führen.

Die doctrine of estoppel und die reputed ownership: Nicht nur wird gegenüber dem bona fide purchaser for value das Verfolgungsrecht versagt, sondern es fällt, wenn der Benefiziar einen Rechtsschein bewirkte, auf den sich Dritte, insbesondere Gläubiger des trustee in guten Treuen verlassen durften, auch das Aussonderungsrecht dahin. So erscheint die Berufung auf das Aussonderungsrecht in vielen Fällen rechtsmißbräuchlich. Der Benefiziar ist alsdann «estopped to claim», er kann den Dritten gegenüber weder den trust noch einen breach of trust geltend machen. Die doctrine of estoppel umfaßt u.a. auch die Regeln über die Verschweigung (laches) der Rechte des Benefiziars²⁶⁶. Wichtig ist die doctrine of estoppel vor allem immer dann, wenn der Benefiziar wußte oder damit rechnen mußte und es duldet oder es wollte, daß dem trustee Kredit gewährt wurde in der irrtümlichen Annahme, er sei unbeschränkter Eigentümer des Treugutes; wenn z.B. ein Grundstück auf einen trustee mit einer Übertragungsurkunde ohne jeden Vorbehalt (absolute deed) übertragen, in einer Nebenabrede jedoch bestimmt wurde, er habe es in trust für den Veräußerer zu halten. Das Restatement bestimmt in § 313: “If a third person extends credit to the trustee in reliance upon his apparent ownership of the trust property, and the beneficiary knew or had reason to know that the trustee was receiving credit because of his apparent ownership, the third person can obtain satisfaction of his

²⁶⁶ Estopped ist jemand, seine Rechte geltend zu machen, wenn er durch sein eigenes, mit seinen Rechten unvereinbares Verhalten «gebunden», gehindert, praejudiziert, ausgeschlossen ist; vgl. Weissenstein. Das Prinzip beschränkt sich nicht auf den Kreis der equity-Rechte. In einer reichen Kasuistik ist es bis ins einzelne ausgeformt. In der anglosächsischen Rechtslehre wird es auch als «rule of evidence» bezeichnet; vgl. Osborn. Für eine allgemeine Darstellung fehlt der Raum. Über seine Wirkung speziell im Trustrecht: Scott §§ 313–315, 459, 475, 477; Bogert 696; Lewin 766 et seq., 663 et seq., 196; Snell 416, 419, 451/2, 550.

claim out of the trust property.” Folgende Umstände sind nach dem Restatement maßgebend dafür, ob der Benefiziar mit der Aussonderungsklage ausgeschlossen werden soll:

1. ob er settlor war oder nicht; 2. die Art des Treugutes;
3. die Dauer des scheinbar unbeschränkten Eigentums;
4. ob der Benefiziar es zuließ, daß sich der trustee gestützt auf sein scheinbares Eigentum Kredit geben ließ; 5. ob der Benefiziar wußte oder hätte wissen müssen, daß der trustee schon früher unter Hinweis auf sein scheinbares Eigentum Geld aufgenommen hatte; 6. ob der Benefiziar handlungs- oder urteilsunfähig war. Häufige Anwendung findet die doctrine of estoppel auf den purchase money resulting trust; so im Falle Farmer’s Saving Bank v. Pugh, (1927) 215 North Western Reporter 652²⁶⁷: Eine Frau hatte den größten Teil des Preises für ein Grundstück bezahlt, an dem ihr Mann 1902 vorbehaltlos den legal title erworben hatte, den er bis zum 4. April 1924 innehatte, als er ihn auf seine Frau übertrug. Gläubiger beanspruchten das Land zur Deckung einer Darlehensforderung gegen den Mann, die mit Urteil vom 15. April 1924 vollstreckbar geworden war. Die Frau hatte von dieser Forderung kurz vor dem 4. April Kenntnis erhalten und deswegen die Übertragung an sie veranlaßt. Sie sagte aus, das Grundstück dem Manne bis dahin überlassen zu haben, um ihm eine bessere Lebenshaltung zu ermöglichen. Die Klage der Gläubiger wurde geschützt mit der Begründung, die Frau habe damit rechnen müssen, daß Gläubiger dem Manne im Vertrauen auf seine lange Zeit unangefochten gebliebene scheinbare Eigentümerstellung Kredit gewähren würden. Aus ihren Äußerungen gehe zudem hervor, daß sie dem Manne das Grundstück ja gerade zur Erhöhung seines Kredites überlassen habe. In mehreren Urteilen zeigt sich die Tendenz, in allen Fällen der verdeckten Treuhand anzunehmen, der Benefiziar hätte wissen müssen, daß sich Dritte bei der Einräumung von Krediten auf das scheinbar unbeschränkte Eigen-

²⁶⁷ Vgl. BGE 72 II 358 ff.

tum des trustee verlassen würden²⁶⁸. Nach mehreren statutes kann der Benefiziar sein Recht aus dem trust an Land gegenüber Konkursverwalter und Gläubigern des trustee nur geltend machen, wenn es registriert wurde²⁶⁹.

In England hat der der doctrine of estoppel innwohnende Gedanke schon im Anfang des 17. Jahrhunderts²⁷⁰ im Konkursrecht zur Ausbildung der «order and disposition clause» geführt. Der Sinn dieser wichtigen Klausel besagt, daß derjenige, welcher seine Sache unter solchen Umständen im Besitze eines anderen läßt, daß dieser als anscheinender Eigentümer (reputed owner) der Sache kreditwürdiger erscheint als er in Wahrheit ist, mit seinem Eigentum im Konkurse des Besitzers hinter dessen Gläubigern zurückstehen muß²⁷¹. Das grundlegende Prinzip des englischen Bankruptcy Act von 1914, sect. 38, wonach der Benefiziar Treugut, das sich im Besitze eines in Konkurs gefallenen trustee befindet, aussondern kann, obgleich sich die Kreditgeber des trustee unter Umständen darauf verließen, das Treugut gehöre zum Vermögen des trustee²⁷², wird also insofern in seiner Wirkung beschränkt, als es bei der reputed ownership nicht zur Anwendung gelangt. Die reputed ownership kann aber nur Mobilien und gewisse Forderungen zum Gegenstand haben²⁷³ und zeitigt überhaupt nur mit einer Reihe weiterer Einschränkungen ihre palliative, konkursrechtliche Wirkung.

Der reputed owner muß an den Sachen, die nicht ausgesondert werden können, alleinigen Besitz haben, und überdies muß er seine Verfügungsgewalt als Besitzer im Rahmen eines Geschäftsbetriebes ausüben²⁷⁴. Aus der Verfü-

²⁶⁸ Vgl. Scott § 313; Restatement l.c.; Bogert 696; Lewin 663/64.

²⁶⁹ Vgl. oben S. 91.

²⁷⁰ Eckstein 151.

²⁷¹ Eckstein l.c.; Dölle, Konkurs 83/4; Lippmann 167/8; Lewin 409; Keeton 238/9.

²⁷² Eckstein 128, 164; Lewin 405/6.

²⁷³ Eckstein 152; Lewin 409.

²⁷⁴ Eckstein 153/5; Lewin l.c.

gungsgewalt allein ergibt sich die reputation of ownership nur bei Forderungen; an Mobilien muß der apparent owner den Besitz unter solchen Umständen ausüben, daß der außenstehende Dritte vernünftigerweise annehmen darf, die Sache gehöre ihm²⁷⁵. Damit wird eine Tatfrage gestellt, die in jedem Einzelfall besonders beantwortet werden muß. In einzelnen Branchen allerdings ist die Anwendung der order and disposition clause von vornherein ausgeschlossen, weil sich ein Handelsbrauch nachweisen läßt, mit fremden Sachen zu handeln oder diese zu bearbeiten. Ist nach der Art des Geschäftsbetriebes zu vermuten, daß der Konkursit fremde Sachen verarbeite, z.B. weil er berufsmäßig Textilien veredelt und sie an den ersten Produzenten zurückliefert, kann eine reputed ownership nicht entstehen²⁷⁶.

Die Registrierung des Sicherungseigentümers bei der Begründung eines besitzlosen Pfandrechts durch bill of sale schließt jedoch die reputed ownership des im Besitze der Sache verbleibenden Schuldners nicht aus²⁷⁷. Dort, wo ein besitzloses Pfandrecht ohne Registrierung anerkannt wird²⁷⁸, kommt die order and disposition clause erst recht zur Anwendung²⁷⁹. Damit das Aussonderungsrecht dahinfällt, muß neben dem objektiven Tatbestand des Scheines der Kreditwürdigkeit immer auch der subjektive Täuschungstatbestand gegeben sein²⁸⁰. Die täuschende Situation, aus der sich die begründete Vermutung der Kreditwürdigkeit des apparent, des reputed owners ergibt, muß vom true owner gebilligt oder zugelassen sein. Daraus ergibt sich eine Einengung der Anwendung der reputed ownership rule vor allem beim express trust, bei dem ja der Benefiziar als true owner in der Regel kein Weisungsrecht hat. Eine Billigung oder Zulassung wird aber auch dann ange-

²⁷⁵ Eckstein 155.

²⁷⁶ Eckstein 155/6; Dölle 83.

²⁷⁷ Dölle 84; Eckstein 157.

²⁷⁸ Eckstein 169.

²⁷⁹ Eckstein 158.

²⁸⁰ Eckstein l.c.; Lewin 409.

nommen, wenn der true owner die täuschende Situation zwar nicht bewirkte, aber hätte verhindern können oder sollen. Der Benefiziar kann, wie wir gesehen haben, beim Gericht darauf klagen, daß dem trustee befohlen wird, das Treugut als solches zu bezeichnen. Wenn der trustee seine Befugnisse überschreitet und sich als voller Eigentümer ausgibt, der Begünstigte jedoch nicht dagegen opponiert, wird auch beim express trust die order and disposition clause anwendbar²⁸¹.

§ 67. Die Intensität des Schutzes der equitable interests des Benefiziaren eines express oder resulting oder constructive trust erweist sich im following property into its product, das nur beim gutgläubigen Erwerber und nur dann versagt, wenn der Benefiziar estopped ist oder dann, wenn das Treugut im Konkurse des trustee oder des Dritten als reputed ownership der Aussonderung entzogen ist. Die Frage, was im Rechtssinn als product gilt oder – die gleiche Frage vom Vorgehen her gestellt – welche Voraussetzung an das following property into its product geknüpft ist, findet ihre Antwort in der Darstellung der rechtsgenügenden Identifikation des Treugutes. Der Benefiziar kann auf das ursprüngliche Treugut, original subject matter, trust property oder trust res, oder dann auf die Surrogate, proceeds, products, substitute of the trust res nur dann greifen (bzw. ein lien daran geltend machen), wenn die original subject matter oder das product als Treugut trotz allen möglichen gegenständlichen und rechtlichen Verwandlungen individualisiert werden können, d.h. sie müssen im Vermögenskomplex des trustee oder des Dritt erwerbers als subject matter oder als product des Treugutes identifiziert werden können. Der Begriff «to follow property» oder «to trace property» begreift diesen Prozeß der Identifikation nach angloamerikanischer Rechtsvorstellung in sich ein. Die Identifikation ist lediglich eine aus helfende Operation des Denkens. Entscheidend ist einer-

²⁸¹ Eckstein 139; Lippmann 168; Lewin l.c.

seits, daß der Nachweis allein, das Treugut sei in das Vermögen des trustee oder eines Dritterwerbers übergegangen, kein Vorzugsrecht schafft und andererseits, daß aus dem Vermögen oder aus der Konkursmasse des trustee oder des Dritterwerbers nicht nur das ursprüngliche Treugut, sondern in einer unbeschränkt langen Kette der daraus gewonnenen Ersatzobjekte auch die mittelbaren Surrogate vindiziert oder ausgesondert werden können. Nur wenn das Treugut verbraucht (dissipated) oder mit dem Vermögen des trustee oder des Dritterwerbers dergestalt ununterscheidbar zu einer Masse verschmolzen ist, daß nicht mehr angenommen werden darf, gerade das Treugut sei während eines allgemeinen Vermögensschwundes erhalten geblieben, ist der Benefiziar nicht besser gestellt als andere Gläubiger und kann nicht auf die Sache oder das Surrogat greifen²⁸². In einem Massachusetts case wurde angeführt: "The court will go as far as he can in thus tracing and following trust money; but when, as a matter of fact, it cannot be traced, the equitable right of the cestui que trust to follow it fails. Under such circumstances, if the trustee has become bankrupt, the court cannot say that the trust money is to be found somewhere in the general estate of the trustee that still remains; he may have lost it with property of his own, and in such case the cestui que trust can only come in and share with the general creditors²⁸³."

Das Prinzip des following property into its product ist mit einer Serie auf die besonderen Fälle und Lebenstatbestände zugeschnittener Praesumtionen in seiner Anwendung vielfach abgewandelt. Im folgenden sollen einige der schwierigen Probleme, denen die Identifikation begegnet, und ihre Lösungen aufgezeigt werden. So ist nach der herrschenden Lehre, auch wenn im Vermögen des trustee ein Vermögensbestandteil der gleichen Art wie das seinerzeit anvertraute Treugut gefunden wird, noch keine

²⁸² Restatement § 202; Scott §§ 202, 507, 522; Bogert 634/6, insbesondere Anm. 26.

²⁸³ Little v. Chadwick, 23 North Eastern Reporter 1005.

Vermutung dafür geschaffen, daß es sich tatsächlich um die gleichen Objekte handelt, der Benefiziar muß vielmehr hiefür den strikten Beweis erbringen²⁸⁴. Immerhin wurde in solchen Fällen auch schon dem trustee oder seinen übrigen Gläubigern der Beweis dafür zugeschoben, daß das Treugut verbraucht worden oder untergegangen war²⁸⁵. So wurde angenommen, ein Grundstück, das der trustee für den gleichen Betrag gekauft hatte, den er nach dem Trustinstrument in Land anlegen sollte, sei mit Trustgeld erworben worden und sei also Treugut, ohne daß hiefür ein strikter Beweis verlangt worden wäre²⁸⁶. Auszahlungen des trustee an die Benefiziare vor seinem Konkurs oder Tod oder vor dem Streitfall schaffen allgemein eine Vermutung dafür, daß der trust fund erhalten geblieben sei²⁸⁷. Eine Tendenz, die specific property rule, als welche die Lehre von der Suffizienz der Identifikation bezeichnet wird, zugunsten eines allgemeinen Vorzugsrechtes des Benefiziaren am Vermögen des trustee aufzugeben, wird in der vor allem zur Rettung öffentlicher Gelder und in Zeiten wirtschaftlicher Krise von vielen Gerichten angewandten aber umstrittenen «swollen assets»-Theorie sichtbar²⁸⁸. Darnach kann sich der Benefiziar aus dem Vermögen des trustee insoweit vor allen anderen Gläubigern befriedigen, als der trustee zur Bezahlung persönlicher Schulden Treugut verwendet hat²⁸⁹.

Die specific property rule verlangt keine vollkommene Ausscheidung des ursprünglichen Treugutes oder seiner Surrogate aus dem Vermögen des trustee oder eines Dritt-erwerbers, sondern nur eine relative. Auch wenn der Benefiziar keine dinglichen Ansprüche an Werten geltend machen

²⁸⁴ "No presumption of continuance"; Restatement l.c.; Scott l.c.; Bogert 642 Anm. 51, 649/50; Lewin 732.

²⁸⁵ Bogert l.c. Anm. 68/9.

²⁸⁶ Lewin l.c.

²⁸⁷ Bogert 638 Anm. 38.

²⁸⁸ Scott § 521.2; Bogert 639–642.

²⁸⁹ Die «swollen assets»-Theorie ist ein Beweis für die immer noch fortwirkende Erosionskraft der equity.

kann, von denen lediglich feststeht, daß sie in die gesamte Vermögensmasse des trustee eingebracht wurden, so gelten doch die Erfordernisse des tracing als erfüllt, wenn nachgewiesen ist, daß sich das Treugut in einem bestimmten, näher umschriebenen Bestandteil des Vermögens des trustee befindet, auch wenn es innerhalb dieses Bestandteiles mit Vermögenswerten des trustee vermischt ist²⁹⁰. So wurde Treugut als genügend identifiziert betrachtet, das der trustee in eine Drogerie investierte, die er in eigenem Namen während vier Jahren führte, obschon er daneben gelegentlich eigenes Geld einschoß²⁹¹. Dagegen wurde ein dinglicher Anspruch des Benefiziaren an \$ 1400 nicht anerkannt, die der trustee in seinem Geschäftsbetrieb mit einem Jahresumsatz von \$ 10 000 anlegte, als nach fünf Jahren das Lager einen Inventarwert von nur noch \$ 1000 aufwies. Es wurde angenommen, das Treugut sei verbraucht worden²⁹². Kauft der trustee mit \$ 1000 aus eigenem Vermögen und \$ 1000 aus dem Treugut einen Acker, gehört dieser zur Hälfte dem trust oder der trustee hat am Acker für \$ 1000 ein lien. Kaufte der trustee mit dem gleichen Geld Aktien, die er in der Folge für \$ 5000 verkaufen kann, gehört der Gewinn zur Hälfte dem trust. Konnten die Aktien jedoch nur noch für \$ 1500 verkauft werden, so kann der trust an diesen Betrag für die veruntreuten \$ 1000 ein lien geltend machen. Bezahlte der trustee die Prämien seiner eigenen Lebensversicherung über \$ 10 000 zur Hälfte mit Treugut, so kann der trust bei seinem Tod die Hälfte der Versicherungssumme beanspruchen²⁹³. Insbesondere steht die Verbindung des Trustgeldes mit Geld des trustee dem tracing nicht entgegen, wenn sie nicht einfach innerhalb des gesamten Vermögens des trustee, sondern nachgewiesenermaßen innerhalb eines bestimmten, vom übrigen Vermögen

²⁹⁰ Restatement § 202; Scott §§ 202, 507, 522; Bogert 635; Lewin 729/31.

²⁹¹ Bogert 637.

²⁹² Bogert 638.

²⁹³ Restatement l.c.; Bogert 637/8.

unterschiedenen Fonds erfolgte²⁹⁴. Ist eine Bank trustee, so gilt ihr gesamter Bargeldbestand incl. Banknoten, Wechsel und Guthaben bei anderen Banken als ein bestimmter Fonds, an dem der Benefiziar für den Betrag, der aus dem trust fund in ihn hineingeflossen ist, ein Vorzugsrecht erhält, obschon die Treugutsbestandteile von den übrigen Fonds-Bestandteilen nicht mehr unterschieden werden können²⁹⁵. Wenn innerhalb eines bestimmten Vermögensbestandteils Treugut und Vermögen des trustee vermischt wurden, so liegt dem trustee der Beweis dafür ob, wieviel vom gesamten Fonds ihm persönlich gehört. Kann er sein eigenes Vermögen nicht ausscheiden und nachweisen, so gehört der ganze Fonds dem Benefiziaren.

Das tracing ist nicht nur sehr oft trotz Vermischung des Treugutes mit fremdem Vermögen möglich, sondern es wird überdies durch verschiedene Vermutungen im Sinne der Erhaltung und des Schutzes des Treugutes erleichtert, wenn der gemischte Fonds Veränderungen unterworfen wurde. So wird angenommen, wenn ein trustee vom Bankkonto, auf dem Treugut mit seinem eigenen Vermögen vermischt ist, Rückzüge macht und das abgehobene Geld für sich verbraucht, die Rückzüge seien zu Lasten des persönlichen Anteils des trustee erfolgt. So bleibt der Begünstigte durch sein Vorzugsrecht am Konto voll gedeckt, solange der Saldo nicht unter die Höhe des Anteils des Treugutes sinkt. Nach den vom Richter Jessel, Master of Rolls, 1879, im betreffenden berühmten Leading case *In re Hallet's Estate* aufgestellten Grundsätzen muß in solchen Fällen angenommen werden, der trustee habe rechtmäßig gehandelt, er habe sein eigenes Vermögen verbraucht; der trustee darf nicht mit der Behauptung zugelassen werden, er habe sein eigenes Vermögen erhalten und zuerst das Treugut für seine persönlichen Zwecke verbrauchen wollen: "Where a man does an act which may be rightfully performed, he

²⁹⁴ Restatement l.c.; Bogert 635, 642/9; Lewin 728/31.

²⁹⁵ Scott §§ 540 et seq.; Bogert 634/5, 643.

cannot say, that act was intentionally and in fact done wrongly²⁹⁶”. Wie wenig es dem equity-Richter jedoch auf eine Begründung seiner der Erhaltung des Treugutes dienenden Vermutungen ankommt, wie diese Vermutungen ihre innere Rechtfertigung ausschließlich im Gedanken finden, die Benefiziare eines trust seien schlechthin vor den anderen Gläubigern des trustee zu schützen, zeigt sich auch darin, daß die Hallett's case rule ohne jede Rücksicht auf Folgerichtigkeit abgelehnt wird, wenn sie sich nicht zugunsten der Benefiziare, sondern der übrigen Gläubiger auswirkt. Verwendet nämlich der trustee einen Teil des gemischten Fonds dazu, für sich persönlich andere Vermögenswerte anzuschaffen und verbraucht er später den Rest des Fonds, so wird nicht angenommen, er habe zuerst rechtmäßig seinen eigenen Anteil zurückgezogen, sondern es wird praesumiert, er habe das Treugut zur Anlage in den noch erhalten gebliebenen Werten, an denen dem Benefiziaren ein Vorzugsrecht gegeben wird, verwendet und sein persönliches Vermögen im Fonds, den er nachher aufbrauchte, belassen²⁹⁷. Besondere Regeln gelten, wenn ein trustee die Gelder mehrerer trust funds, die er zu verwalten hat, vermischt. Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich, hat aber im ganzen die Tendenz, dem Benefiziaren gegenüber den übrigen Gläubigern des trustee eine Vorzugsstellung zu sichern. Immer findet in den bisweilen kühnen Lösungen der Gedanke Ausdruck, daß der trustee nur Geschäftsbesorger, nicht aber Nutzberechtigter am Eigentum ist, obwohl er dessen legal title innehaltet. So kann man feststellen, daß das Erfordernis der Identifikation zwar den dinglichen Charakter der benefiziarischen Rechte relativiert, der Benefiziar besitzt kein absolutes allgemeines Vorzugsrecht, aber die Identifikation wird, wo sie realiter nicht erfolgen kann, in vielen Fällen mit Hilfe von Fiktionen vollzogen. “Equity looks on that as done which ought to be done” und “Equity regards the balance of convenience.”

²⁹⁶ Bogert 644.

²⁹⁷ Bogert 646/7.

7. Die Haftung gegenüber Dritten

§ 68. Aus der Verwaltung des trust können Verpflichtungen gegenüber Dritten entstehen, sei es aus Verträgen, die der trustee in Ausübung seiner Funktionen für den trust abschloß, sei es aus unerlaubten Handlungen, die er als trustee beging oder für die er als Geschäftsherr einzustehen hat, sei es aus seiner Haftung als Eigentümer²⁹⁸. Die Abgrenzung der persönlichen Haftung des trustee von der Haftung des Treugutes und derjenigen des Benefiziaren verrät die wachsende Tendenz, den trustee, obschon er legal owner ist, nicht schlechthin und unbeschränkt haften zu lassen. Die Regeln der Haftung gegenüber dem Dritten tragen immer mehr dem Umstande Rechnung, daß der trustee nur administrator des Treugutes ist²⁹⁹. So kann der trustee bei Abschluß des Vertrages seine persönliche Haftung wegbedingen. Das muß aber ausdrücklich und unmißverständlich geschehen, die Unterzeichnung «as trustee» reicht zur Haftungsbefreiung nicht aus³⁰⁰. Die Gerichte haben bis in die moderne Zeit hinein den Ausschluß der persönlichen Haftung des trustee in gewissen Fällen überhaupt abgelehnt, auch wenn er ausdrücklich stipulierte war³⁰¹. Die Haftbarkeit kann auf das Treugut beschränkt werden mit einer Klage in equity gegen den trustee, das Treugut zur Befriedigung von Ansprüchen, die aus von ihm für den trust abgeschlossenen Verträgen entstehen, zu verwenden. Auf diese Weise wird die gewollte Haftungsbeschränkung auf das Treugut erreicht, ohne daß der trust prozessual als eigenes Haftungssubjekt auftritt. Der trustee wird vom Dritten in equity eingeklagt «in his representative capacity»³⁰². Ohne ausdrückliche entgegenstehende Verein-

²⁹⁸ Scott § 261; Restatement § 261; Bogert 493 et seq.

²⁹⁹ Scott 1471.

³⁰⁰ Anders nach dem modernen trust-Gesetz von Louisiana; Stone 376.

³⁰¹ Scott 1477.

³⁰² Scott l.c.

barung haftet der trustee persönlich, gleichgültig ob der Gegenkontrahent wußte oder nicht wußte, daß der Vertrag im Interesse des trust und für diesen abgeschlossen wurde. Der Dritte kann mit einer Klage nach common law gegen den trustee seine Ansprüche durchsetzen. Der trustee seinerseits hat einen Regreß auf das Treugut, er kann aber auch die Obligation direkt mit Mitteln des Treugutes erfüllen. Kann der Dritte, wenn der Ausschluß der persönlichen Haftung des trustee vereinbart war, sich nicht aus dem Treugut befriedigen, weil der Vertrag nicht "properly made in the administration of the trust" war, haftet der trustee "upon an implied warranty of authority"³⁰³, was nichts anderes heißt, als daß er aus einer Garantie ex lege in Anspruch genommen wird.

Für unerlaubte Handlungen ist der trustee haftbar, gleichgültig, ob die Haftung aus einem Handeln oder Unterlassen entspringt, ob sie absichtlich oder fahrlässig bewirkt wurde. Der trustee haftet auch, wenn ihn persönlich überhaupt keine Schuld trifft³⁰⁴, sondern seine Angestellten oder Gehilfen den haftungsbegründenden Tatbestand gesetzt haben. Haftet er als Geschäftsherr, so hat er den beschränkten Exculpationsbeweis (*nulla culpa in eligendo, in instruendo, in diligendo*). Haftet er ohne Verschulden, so kann er auf das Treugut Regreß nehmen, falls dieses aber nicht ausreicht, haftet er für den Rest persönlich. Will er diesen Risiken nicht ausgesetzt sein, so kann er auf Kosten des trust eine Haftpflichtversicherung abschließen.

Neben den Obligationen aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung wird der trustee als Eigentümer (*title holder*) für die Steuern, für die assessments on share-holders persönlich haftbar, er haftet ferner persönlich als Tierhalter (wenn z.B. ein Hund zum Treugut gehört usf.)³⁰⁵. Nach der auch vom Restatement vertretenen Regel, wonach der trustee als Inhaber des Eigentumstitels Dritten gegenüber persön-

³⁰³ Scott 1483.

³⁰⁴ Vgl. die reiche Kasuistik bei Scott 1486 Anm. 2.

³⁰⁵ Scott 1492–95.

lich nur soweit haftbar ist, als das Treugut ausreicht, ihn für die Inanspruchnahme zu entschädigen, bleibt der Geschädigte ungedeckt, wenn sein Anspruch größer ist als das Treugut. Nach orthodoxer Ansicht jedoch, die von vielen Gerichten heute noch vertreten wird, ist es für den Dritten unerheblich, daß der trustee zwar legal owner ist, aber am Treugut keine benefiziарischen Rechte besitzt. Folgerichtig kann der Dritte nach dieser Meinung gegen den trustee persönlich auf volle Befriedigung klagen. Es bleibt aber, sagt Scott, "an uncomfortable feeling", wenn der nicht nutzberechtigte, schuldlose trustee als Letzter haftet, weil das Treugut zur Bezahlung der Schuld nicht ausreicht. In Amerika hat der trustee in einem solchen Falle kein Rückgriffsrecht auf den Benefiziaren, er ist, obwohl er seine Pflicht getreulich erfüllte und ihn keinerlei Schuld trifft, «left holding the bag». Der aus der Trustsituation unvermeidlich entstehende Interessenkonflikt zwischen dem Dritten und dem trustee als reiner title-holder im Falle, daß das Treugut zur Deckung nicht ausreicht, wird heute mindestens von der Doktrin, aber auch vereinzelt von Gerichten, nicht mehr nur unter dem Aspekt der formalen Rechtsstellung, sondern im Hinblick auf die wirtschaftliche Interessenlage des trustee betrachtet³⁰⁶.

§ 69. Mit einer Klage at law kann der Dritte keinen Zugriff auf das Treugut erzwingen. Die common law-Klage führt nur zu einem den trustee persönlich verpflichtenden Urteil, das keinen Titel auf Rechtsöffnung über das Treugut darstellt³⁰⁷. Will der Dritte Befriedigung aus dem Treugut, so muß er, wie bereits angedeutet, eine Klage in equity gegen den trustee erheben. Eine Klage at law gegen X Y «as trustee» wird von gewissen Gerichten von der Hand gewiesen, wenn die Klage nur gegen den trustee persönlich zugelassen ist. Andere Gerichte betrachten den Zusatz «as

³⁰⁶ Scott 1498/99.

³⁰⁷ Scott 1500: «he (der Dritte) will not be permitted to levy execution upon the trust property».

trustee» oder ähnliche Zusätze nur als *descriptio personae* und unbeachtlich³⁰⁸. Die Frage, ob der Dritte, dem der trustee haftet, auch noch auf das Treugut greifen kann, war lange Zeit umstritten und ist auch heute noch nicht einheitlich beantwortet. Grundsätzlich wird das Recht des Zugriffs des Dritten auf die trust property zwar bejaht. Der Dritte soll in equity seine Forderungen aus dem Treugut befriedigen können, wenn diese sich aus Verbindlichkeiten des trustee, sofern er als trustee haftbar ist, ableiten. Die Doktrin unterscheidet vier Fälle des Zugriffsrechtes; über diese vier Fälle hinaus hat der Dritte kein Zugriffsrecht auf die trust property. 1. Der Gläubiger ist berechtigt, auf Erfüllung aus dem Treugut zu klagen, insofern und insoweit der trustee berechtigt ist, auf das Treugut zu regredieren³⁰⁹. Bisweilen wird gesagt, der Dritte sei in solchem Falle zur Subrogation an die Stelle des trustee berechtigt. Praktisch erhält der Dritte eine bill in equity gegen den trustee, wonach dieser gezwungen wird, den Dritten aus dem Treugut zu befriedigen. 2. Der Gläubiger ist ferner berechtigt, auf Erfüllung aus dem Treugut zu klagen, insofern und insoweit das Treuvermögen aus dem Rechtsgeschäft, das die Forderungen entstehen ließ, Nutzen zog. Das gilt auch dann, wenn der trustee nicht berechtigt ist, auf das Treugut zu regredieren. 3. Der Gläubiger ist ferner berechtigt, auf Erfüllung aus dem Treugut zu klagen, wenn die Trustvorschriften das ausdrücklich vorsehen und 4. ist ein Gläubiger aus einem Vertrag mit dem trustee schließlich dann berechtigt, auf Erfüllung aus dem Treugut zu klagen, wenn im Vertrag ausdrücklich bestimmt ist, daß der Gläubiger sich ans Treugut zu halten hat³¹⁰.

³⁰⁸ Lummus, J., erklärte in Alfano v. Domelly, (1934) 189 North Eastern Reporter 610: "Apart from statute, common law practice knows no such thing as an action against a trustee in his trust capacity..."

³⁰⁹ Scott § 268; Restatement § 268; Bogert 499 et seq.

³¹⁰ Scott § 267; Restatement §§ 268, 269, 270, 271; Bogert 496 et seq.

Der Schutz des Gläubigers eines trustee über dessen persönliche Haftung hinaus ist nur langsam ausgebaut worden. Mit dem direkten Zugriffsrecht auf das Treugut, das der equity-Richter gewährte für den Fall, daß der insolvente trustee einen Regreß auf das Treugut hat, wurde der Schutz schließlich in wichtigen Fällen verwirklicht. Das direkte Zugriffsrecht des Gläubigers ist aber dann nicht gegeben, wenn der trustee kein Rückgriffsrecht auf das Treugut hat, weil er einen Treubruch beging oder wenn dem trust aus demforderungsbegründenden Geschäft keinerlei Gewinn zuwuchs. Ist in einem solchen Falle der trustee insolvent, bleibt das Treugut in der Regel von jeder Haftung befreit, obgleich der trustee in seiner Eigenschaft als Vertreter des Treugutes zum Schuldner des Dritten wurde. Es muß in diesem Zusammenhang genügen, auf die ausführlichen Untersuchungen über diese in lebendigem Flusse befindlichen Fragen von Scott³¹¹ hinzuweisen. Der drängende Zug, den Schutz des Dritten mit einem allgemeinen uningeschränkten Klagerecht auf Befriedigung aus dem Treugut zu vervollkommen, korrespondiert mit anderen Erscheinungen, die darauf zielen, das Recht des trustee seiner Interessenlage anzugeleichen, die Rechtsfolgen aus seiner formalen Eigentümerstellung zu mildern, den trustee als Verwalter aufzufassen und den trust in gewissem Sinne, wenigstens in bezug auf das Haftungsrecht, zwar nicht verfahrensrechtlich, aber materiellrechtlich zu verselbständigen.

§ 70. Der trustee ist, wie dargetan, in der Regel aus Verträgen, die er im Rahmen seiner Rechte und Pflichten für den trust abschloß, oder aus unerlaubten Handlungen, die er im Rahmen seiner Rechte und Pflichten als trustee beging, persönlich haftbar. Seine Haftung ist die gleiche, wie wenn er sich nicht als trustee, sondern für sich persönlich verpflichtet hätte. Wird er vom Dritten in Anspruch genommen, so hat er unter bestimmten Umständen Regreß

³¹¹ Scott 1530 et seq.

auf das Treugut, in gewissen Fällen auf die Benefiziare³¹². Der Dritte kann sich überdies, wenn die erforderlichen Voraussetzungen, die wir summarisch aufzählten, gegeben sind, an das Treugut halten.

Der Dritte kann schließlich aber auch den Benefiziaren ins Recht fassen. Das ist aber nicht möglich aus den Rechtsbeziehungen des trust allein heraus. Grundsätzlich sind die Benefiziare Dritten gegenüber nicht haftbar für Obligationen des trustee, die dieser für den trust einging oder zu erfüllen gezwungen werden kann. Die Benefiziare haften den Dritten gegenüber neben dem trustee und neben der indirekten Haftung des Treugutes nur dann, wenn der trustee nicht nur als solcher, d. h. wenn er im Rahmen seiner Rechte und Pflichten als trustee handelte, sondern wenn er daneben noch «in addition» als Vertreter der Benefiziare Verträge abschloß oder sich als Vertreter der Benefiziare aus unerlaubter Handlung Dritten gegenüber haftbar gemacht hat. Die Rechtsfrage, ob der trustee nur als solcher oder ob er mit der gleichen ihn verpflichtenden Handlung zusätzlich als agent des Benefiziars verpflichtet ist, ist oft schwierig zu beantworten. So wird angenommen, bei einem business trust, d. h. bei einem trust zur Betreibung eines Geschäfts, wobei die Rechte der Benefiziare in übertragbaren Zertifikaten verkörpert sind, sei der trustee oder seien die trustees, da die Benefiziare seine oder ihre Geschäftsführung kontrollieren, auch Vertreter der Benefiziare. Infolgedessen

³¹² Scott § 249; Restatement § 249. Nach amerikanischem Recht kann der trustee, wenn das Treugut zum Ausgleich für seine Aufwendungen nicht ausreicht, sich nur an den Benefiziaren halten, sofern das zwischen trustee und Benefiziar ausdrücklich vereinbart wurde. Anders die englische Gerichtspraxis. In Hardoon v. Belios, (1901) A.C. 118, 128 wurde erklärt: “The plainest principles of justice require that the cestui que trust who gets all the benefit of the property should bear its burden unless he can show some good reason why his trustee should bear them himself...” Es ist denn auch in England allgemein anerkannt, daß die Benefiziare verpflichtet sind, den trustee schadlos zu halten, wenn hiezu das Treugut nicht ausreicht. Vgl. auch Bogert 500/1.

sind die Benefiziare als Geschäftsherren des oder der trustees dem Dritten haftbar³¹³. In gewissen Staaten von Nordamerika sind die Benefiziare für die Obligationen des trustee sogar haftbar, obschon im Trustinstrument ausdrücklich bestimmt ist, daß sie gar keine Kontrolle und Weisungsrechte über die Geschäftsführung der trustees haben. Wird angenommen, der trustee sei auch Vertreter der Benefiziare, bindet er diese nicht nur aus Vertrag, sondern auch aus unerlaubter Handlung³¹⁴. Aus unerlaubter Handlung ist der Benefiziär dem Dritten auch dann haftbar, wenn er an der unerlaubten Handlung teilnahm oder den trustee dazu anstiftete³¹⁵.

Der Dritte kann sich ferner auch dann an den Benefiziaren wenden, wenn dieser verpflichtet ist, den trustee schadlos zu halten. Das Recht des trustee, den Benefiziaren zu belangen, bildet einen Bestandteil des Vermögens des trustee. Ist der trustee insolvent, kann der Gläubiger mit einer bill in equity darauf greifen³¹⁶. Dem Dritten ist schließlich die Klage in equity gegen den Benefiziaren gegeben, wenn er berechtigt wäre, auf das Treugut zu greifen, das Treugut aber vor seiner Befriedigung bereits unter die Benefiziare verteilt worden ist. Besondere Regelungen sind in interessanten führenden Entscheiden ausgearbeitet worden für den Fall, daß der trustee irrtümlich das Treugut vorzeitig verteilte³¹⁷.

8. Die Beendigung³¹⁸

§ 71. Der Wille des settlor lebt im trust fort; andererseits sind am trust wirtschaftlich nur die Begünstigten

³¹³ Scott 1541.

³¹⁴ Scott 1543; Restatement § 276.

³¹⁵ Restatement § 276 d.

³¹⁶ Scott 1547; Restatement § 278.

³¹⁷ Vgl. allgemein zur Frage der Haftung des Benefiziars, wenn er das Treugut schon erhalten hat, Scott 279.

³¹⁸ Scott 1794 et seq.; Restatement §§ 330 et seq.; Bogert 537 et seq.; Halsbury 137/38, 213/14.

interessiert. Daraus ergeben sich Antinomien auch bei der Beendigung, wenn die Benefiziare darauf drängen, während sie der settlor hinausschieben wollte. Das Gericht ist zum Wächter darüber eingesetzt, daß der Wille des Errichters durchgesetzt wird. Eine Auflösung des trust, soweit sie sich nicht von selbst aus dem Trustinstrument oder auf natürliche Weise ergibt, kann praktisch nur mit gerichtlicher Genehmigung erreicht werden. Der trustee wird zur Beendigung und insbesondere zur Liquidation und Verteilung nur Hand bieten, wenn er durch gerichtliche Entlastung und Genehmigung seiner Schlußabrechnung gesichert ist, denn er haftet bei der Einwilligung in die Auflösung sowohl wie bei der Verteilung kausal. Die Auflösung eines trust stellt sich als eine durch verschiedene Vorsichtsmaßnahmen sehr erschwerete Operation dar³¹⁹.

Der trust endet auf natürliche Weise, wenn die bei seiner Errichtung für ihn festgesetzte Frist abläuft. Endtermin kann z.B. ein bestimmtes Kalenderdatum, der Tod einer bestimmten Person oder ihre Heirat oder die Erreichung der Volljährigkeit sein. Ist der trust nicht befristet, endet er mit der Erfüllung seines Zweckes; es wird ein entsprechender stillschweigender Wille des settlor angenommen. Tatsächlich ist aber die Zweckerfüllung objektiver Auflösungsgrund, wie sich zeigt, wenn sie vor dem in Aussicht genommenen Endtermin eintritt. Auch in diesem Falle ist der trust aufzulösen, und nicht etwa einzig im Interesse des trustee, der aus dem trust keinen Gewinn ziehen soll, aufrecht zu erhalten; ein solcher trust könnte nur als ein verpönter passive trust weiter existieren. Auflösung erfolgt ferner, wenn die Weiterverfolgung des Zweckes unmöglich oder widerrechtlich wird, sowie durch gerichtliche Anordnung im Falle einer emergency, wenn z.B. das Fortbestehen aus für den settlor nicht voraussehbaren Gründen zum Verlust des Treugutes führen würde³²⁰. Von selbst überlebt

³¹⁹ Vgl. dazu A. Curti, SJZ 33 (1936/37) 319/20.

³²⁰ Über die Möglichkeit, die Trustbestimmungen zu ändern, vgl. oben S. 300a.

sich der trust, wenn der trustee, z.B. durch Aufkauf aller equitable interests, einziger Benefiziar wird. Dagegen ist der trust unabhängig vom Schicksal der an ihm beteiligten Individuen. Weder der Tod des settlor noch derjenige des trustee oder eines Benefiziars hat Einfluß auf seinen Bestand (es sei denn mittelbar, indem durch den Tod des einzigen Benefiziars der Zweck dahinfällt). Der settlor kann den trust in der Regel³²¹ nicht widerrufen, wenn er sich dieses Recht nicht ausdrücklich ausbedungen hat oder wenn er einziger Benefiziar ist. (Hat er ein Widerrufsrecht, muß er das Treugut und dessen Einkommen zusammen mit seinem Kapital und Einkommen progressiv versteuern, und der Übergang an die als Benefiziare eingesetzten Erben unterliegt der Erbschaftssteuer.) Vorbehalten bleiben selbstverständlich Willensmängel; Rechtsirrtum kann jedoch nicht geltend gemacht werden. Im Widerrufsrecht ist eine (allerdings nicht unbestrittene) Befugnis zur Abänderung der Trustbestimmungen enthalten; der trustee ist jedoch nicht verpflichtet, unter den neuen Bestimmungen weiter zu amten.

In England können sämtliche Benefiziare, sofern sie alle handlungsfähig (*sui juris*) sind, den trust gemeinsam auflösen, auch wenn sein Zweck noch nicht erfüllt ist. Einige amerikanische Gerichte sind dem zwar gefolgt; grundsätzlich wird jedoch in Amerika der Wille des settlor dem Recht der Benefiziare, über ihre equitable interests nach eigenem Gutdünken zu verfügen, vorangestellt³²². So verweigern die

³²¹ Mit Ausnahme einiger amerikanischer statutes.

³²² Damit hängt auch zusammen, daß in Amerika, nicht aber in England ein spendthrift trust errichtet werden kann, mit dem dem Benefiziaren und seinen Gläubigern die Verfügung über das Recht aus dem trust entzogen wird; nach englischer Auffassung muß der Benefiziar über sein equitable interest unbeschränkt verfügen können; mit dem protective trust, der in England den spendthrift trust teilweise ersetzt, kann die Verfügungsbeschränkung nur so erzielt werden, daß der trust für den Fall der Veräußerung oder Pfändung des equitable interest resolutiv bedingt ist und zugleich ein neuer discretionary trust entsteht, aus dem der

amerikanischen Gerichte trotz Einigung aller Benefiziare ihre Zustimmung zur Auflösung eines trust, wenn er noch irgendeinen vom settlor gesetzten Zweck zu erfüllen hat, es sei denn, der settlor persönlich stimme der Auflösung zu. Wurde ein trust lediglich zum Zweck geschaffen, Vermögen und Einkommen zwischen zwei Benefiziaren aufzuteilen, steht einer Auflösung durch deren Vereinbarung nichts im Wege. Verfolgte jedoch der settlor mit einem solchen trust die bestimmte Absicht, den einen Benefiziaren für die Lebensdauer des anderen von Nutzen und Verfügung auszuschließen, kann der trust nicht vorzeitig aufgelöst werden. Erfolgte jedoch der Ausschluß von der Verfügung lediglich im Hinblick auf einen ganz bestimmten Inkapazitätsgrund, z.B. eine Nervenkrankheit des Benefiziars, und fällt dieser Grund dahin, steht einer vorzeitigen Beendigung des trust durch Vereinbarung aller Benefiziare der Wille des Errichters nicht entgegen.

Die aus der Liquidation eines trust Berechtigten werden durch das Trustinstrument bestimmt. Andernfalls entsteht in der Regel ein resulting trust zugunsten des settlor und seiner Rechtsnachfolger³²³.

Der equitable title geht oft ipso iure mit der Beendigung auf die Berechtigten über³²⁴; meist aber bedarf es einer formellen Übertragung durch den trustee. Zögert er diese (oder, bei Übergang des title ipso iure, die Besitzübergabe) ungebührlich hinaus, geht die Gefahr für Wertminderung auf ihn über und er wird zinspflichtig. Der trustee kann jedoch mit der Liquidation und Teilung so lange zuwarten, als über die Identität der Berechtigten und über die Zulässigkeit der Auflösung überhaupt keine vollkommene Klarheit besteht. Er wird praktisch nur im vollen Einverständnis mit dem Gericht handeln. Dieses hat auch über den

trustee nach eigenem Ermessen für den Unterhalt des Benefiziars und seiner Familie sorgen soll, in einer Weise, die den Gläubigern keine Möglichkeit zum Zugriff gibt.

³²³ Vgl. oben § 40.

³²⁴ Vgl. oben S. 308a.

Liquidations- und Verteilungsmodus, insbesondere über die Frage, ob das Treugut vor der Verteilung veräußert oder ob es in natura und wie auf die Berechtigten zu übertragen sei, zu bestimmen, sofern dem Trustinstrument darüber keine Vorschrift entnommen werden kann.

Kapitel 3

Die Unvereinbarkeiten des trust mit dem schweizerischen Recht

§ 72. Die klassische Idee der Treuhand besteht in der Trennung des Nutzens von der Verfügung und Verwaltung irgendwelcher Vermögensrechte. Jede Rechtsordnung hat in den verschiedensten Rechtsgebieten auf ihre Weise eine solche Trennung zu ermöglichen oder die Wirkungen einer solchen Trennung herbeizuführen.

Beide Erscheinungsformen, die Fiduzia und der trust, gehen auf gleiche historische und funktionelle Wurzeln zurück und sind in ihrer Grundstruktur verwandt insofern, als beide auf einer Transferierung von Vermögensrechten beruhen. Die Ausgestaltungen der beiden Formen sind aber, das geht aus ihren Analysen deutlich hervor, grundverschieden. Die Fiduzia der kontinentalen Rechtssysteme kann dem Nutzungsberechtigten nicht den Schutz gewähren, den der Benefiziar eines trust in so weitreichendem Maße genießt. Weder hat der vermögensrechtlich Berechtigte eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses bis heute ein Zugriffsrecht auf seine Sache, wenn der Fiduziar sie veruntreut, noch hat er die Befugnis, das Treugut gegen die Masse ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen¹, noch genießt er den besonderen intensiven Schutz, den die Mitwirkung der Ge-

¹ Über die Aussonderung des Treugutes im deutschen Recht S. 260a.

richte bei der Verwaltung eines trust bietet. Der cestui que trust (beneficiary), ursprünglich wie der römische Fiduziant einen bloßen moralischen Anspruch besitzend, gewann in England Schritt um Schritt Schutzrechte, die den trust zu einem universellen Rechtsinstrument entwickelt haben. Das ist, insoweit es für unsere Problemstellung wichtig erscheint, dargestellt worden. Bevor nun die Frage nach dem Bedürfnis der Reception des trust geprüft werden kann, ist zu untersuchen, auf welchen dogmatischen Grundlagen und welchen Prinzipien der Systeme die Differenzen beruhen.

I. Die materiellrechtlichen Probleme

1. Die primären dogmatischen Hindernisse

a) *Der Eigentumsbegriff*

§ 73. Der trust erzeugt Rechte und Pflichten im Hinblick auf Sachenrechte, auf Grundstücke, Fahrnis und unkörperliche Sachen (*chooses in action*), also im Hinblick auf Vermögensrechte. Immer ist Eigentum i. S. des Begriffes «property» Gegenstand des trust. Immer wird das Eigentum von einer Person innegehalten zum Nutzen einer anderen Person. Die Errichtung des trust erweist sich immer als eine spezielle Art, über Eigentum zu verfügen. Der trustee erhält den legal title, der beneficiary ein equitable interest, das im Konkurs des trustee geschützt ist und gegen Dritte, mit Ausnahme des gutgläubigen Käufers, durchgesetzt werden kann, weshalb dieses equitable interest als ownership qualifiziert wird. Für das anglosächsische Rechtsdenken erfährt der gesetzliche Eigentumstitel, der durch den Zweck des trust oder genauer gesagt durch die Rechte des beneficiary richterlich begrenzt wird, seinen funktionellen Gehalt durch die «Natur» oder die «Ausdehnung» der Rechte des beneficiary. Ist der trustee (nach unserer Auffassung) formeller Eigentümer, so ist der beneficiary Eigentümer im wirtschaftlichen Sinne. Damit ist aber noch

nicht alles gesagt. Die Dualität des Eigentums an der gleichen Sache gestaltet die Rechte der beiden gleichzeitigen Eigentümer dergestalt um, daß neue Formen des Eigentums entstehen, die mit dem kontinentalen Begriff des Eigentums unvereinbar sind^{1a}. Der Begriff des Eigentums des trustee enthält per definitionem seine Pflichten gegenüber dem beneficiary². Die eigentumsrechtlich ausgestalteten Interessen des beneficiary ihrerseits sind per definitionem begrenzt durch das Eigentumsrecht des trustee. Es liegt eine Rechtsinterferenz von equity auf das common law vor³. Obwohl Eigentümer mit dem vollen Rechtstitel, den common law verleiht, kann der equity-Richter den trustee, von seinen Pflichten her gesagt, absetzen, – vom Eigentum, das gültig auf ihn übertragen wurde, her betrachtet, enteignen. Ein solches «Eigentum» ist unserem Zivilrecht unbekannt. Andererseits hat der beneficiary, ob schon er seine dinglichen Rechte aussondern und gegen Dritte (mit Ausnahme des gutgläubigen Käufers) durchsetzen kann, meist kein Klagerecht auf Leistung an sich, sondern nur an den trust. Auch ein solches «Eigentum» ist in unserem Recht nicht denkbar. Der trustee als legal owner untersteht sodann dem Weisungsrecht des Richters. Der beneficiary, der equitable owner, andererseits hat unter Umständen keinen anderen Anspruch als den auf eine Rente und dazu die Ansprüche, daß der Rentenfonds, die trust property, geschützt wird. Das alles ist nur möglich, wenn zwei getrennte Normenkreise, der des common law und der der equity, materiell und verfahrensrechtlich zusammen-

^{1a} G. M. Motulsky, der den trustee als «propriétaire qui administre le bien d'autrui» bezeichnet, während der Begünstigte «une créance à caractère réel» hat; ähnlich Guisan 97; Demogue 2.

² Guisan 95: «Le devoir faisant partie de la définition même du pouvoir accordé au trustee»; Lob 20: «La Treuhand est une union si intime entre le pouvoir et le devoir du Treuhänder qu'on peut dire que le devoir est inhérent au pouvoir...»

³ Der terminus technicus in frühen englischen Trustentscheiden für das Einwirken auf das common law war «to interfere».

wirken in der Schaffung der Rechte und in der Gewährung der Rechtsfolgen, die in ihrer Summe den trust ergeben⁴. Der anglosächsische Rechtsdualismus ist ein historisches Faktum. Er kann nicht nachgeahmt werden. Die allmählich in ihrem Fortschreiten sich natürlich ergebende, in ihrem Ergebnis aber rechtslogische Widersprüche enthaltende Entwicklung, die zur Dualität zweier Normenkörper führte, lässt sich nicht durch einen gesetzgeberischen Akt wiederholen⁵. Es lässt sich aber auch nicht die auf dieser Dualität beruhende Doppelung des Eigentums auf ein harmonisiertes, monistisches Rechtssystem aufpropfen.

§ 74. Innerhalb einer einheitlichen, nach der Zerstörung des feudalen Stufenbaues auf der Vorstellung der unteilbaren Souveränität neu aufgebauten Rechtsordnung ist ein doppeltes Eigentum ein Widerspruch in sich. Unser Begriff Eigentum schließt aus, daß zwei Personen gleichzeitig, aber jeder für sich allein, an der gleichen Sache Eigentum haben⁶.⁷ Das Eigentum ist der Inbegriff aller Rechte an einer Sache⁸,⁹.

Die Reception des trust in unser Recht scheitert am Eigentumsbegriff unserer Rechtsordnung. Zwar kann das

⁴ Scott 35, 430 et seq., 482 et seq.; Geldart 53 et seq., 87 et seq.; Weiser 2/3; Heymann; Bolgär 218; Batiffol 26; vgl. S. 273a.

⁵ Batiffol l.c.

⁶ Huber, System und Geschichte IV 693; vgl. über die kontinentale Entwicklung des Eigentumsbegriffs Gierke II 347 ff.; vgl. auch Weiser 2.

⁷ Miteigentum nach Quoten und Gesamthand (tenancy in common und joint tenancy) modifizieren nicht den Begriff des Eigentums. Sie ergeben eine Pluralität der Berechtigten, nicht des Rechtes.

⁸ Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft (1. A. Zürich 1939) 83; Leemann ZGB 641 N 1–4; Haab ZGB 641 N 23; Planiol/Ripert/Boulanger I 896 Nos. 2722/3; Celsus bei Ulpianus D 13, 6, 5, 15: «duorum quidem in solidum dominium esse non posse».

⁹ Entsprechend kann eine Forderung nicht gleichzeitig zwei Berechtigten, jedem für sich allein, zustehen.

Eigentum des schweizerischen Zivilrechtes Modifikationen unterworfen sein, vom öffentlichen Recht in seinem Inhalt beschränkt oder gebunden werden¹⁰, sich den Sozialvorstellungen insofern anpassen; es unterliegt auch den gesetzlichen dinglichen Beschränkungen¹¹. Schlechterdings nicht möglich ist aber eine Doppelung des Eigentumsrechtes in ein solches nach innen wirkend und in ein solches nach außen wirkend, was übrigens nur eine *façon de parler* ist. Das Ergebnis einer Doppelung oder wie immer man den Vorgang nennen will, ist kein Eigentum mehr, wiewohl es an sich möglich ist, den Eigentümer mit einer Beschränkung ex lege oder mit dinglichen Rechten, deren Art und Zahl das Gesetz abschließend regelt, so zu belasten, daß er nur noch die *nuda proprietas* hat. Werden diese Beschränkungen aufgehoben, lebt das volle Eigentum wieder auf¹². Widersteht unser Eigentumsbegriff seinem Wesen nach einer Verdoppelung, wie sie möglich ist in einem Rechtssystem, das zwei voneinander getrennte Normenkreise besitzt, so ist zu prüfen, ob eine Kreierung von Befugnissen

¹⁰ Vgl. Eigentumsdefinition Haab ZGB 641 N 34.

¹¹ Vgl. § 75.

¹² So ist beim trust des französischen Rechts von Québec (1879 wurde ein Spezialgesetz erlassen, das 1888 unter dem Titel «De la fiducie» in den Code civil als Art. 981a–981n eingebaut wurde) die Frage weder durch das Gesetz noch durch den Richter gelöst, ob das Eigentum dem trustee oder dem beneficiary zusteht. Die spärliche Praxis und Mignault vertreten die Meinung, der trustee sei Eigentümer, Mankiewicz bestreitet das und hält dafür, der beneficiary sei Eigentümer. Das Gesetz, CC 981 b I, nennt die trustees (fiduciaires) «dépositaires et administrateurs». Baudouin, Le droit civil de la province de Québec (Montréal 1953) 1248/50, stützt sich auf die grundlegende Untersuchung von Faribault, Traité de la fiducie (Montréal 1936), und behandelt den Québec'schen trust, der übrigens nur für Schenkungen inter vivos oder für letztwillige Verfügungen geschaffen ist, als eine besondere Rechtseinrichtung (Institution) sui generis, praktisch als eine juristische Person. Diese Schwierigkeiten gehen alle auf die begriffliche Unmöglichkeit zurück, den englisch-amerikanischen trust in eine monistisch harmonisierte Rechtsordnung einbauen zu wollen.

vollzogen werden kann, eine Art *démembrement*¹³ der im Eigentum enthaltenen Rechte in der Weise, daß einem Verwalter von Vermögensrechten dinglich wirkende Rechte und Pflichten so gegeben werden können, daß ein Dritter, dem der Nutzen an diesen Rechten des Verwalters vom Stifter zugewendet wird, einen analogen Rechtsschutz genießt wie der beneficiary eines trust.

b) Dingliche Beschränkungen

§ 75. Die legal ownership des trustee – mehr eine Kompetenz als ein Recht¹⁴ – unterliegt mit Rücksicht auf die equitable interests der Benefiziare dinglichen Verfügungsbeschränkungen, die je nach dem trust instrument, in das Dritte bei Kenntnis vom Bestehen des trust Einsicht nehmen müssen, mehr oder weniger weit gehen können. Der trustee darf oft am Treugut überhaupt nichts ändern¹⁵, er ist nach dem trust instrument oder nach dispositivem Recht durch strenge Anlagevorschriften gebunden. So können die Benefiziare den Kauf einer Aktie, von der der Veräußerer weiß, daß sie als trust property ungeeignet ist, anfechten, der Veräußerer muß das Geld, das insoweit einer Verfügungsbeschränkung unterliegt, zurückzahlen. Ganz allgemein kann sich der trustee mit dem Treugut keine Liberalitäten erlauben¹⁶. So kann auch eine treuwidrige Pfandentlassung von den beneficiaries angefochten werden¹⁷. Umgekehrt können die Benefiziare über die trust property, obwohl sie equitable owner sind, nicht verfügen; das ist für den trust begriffswesentlich.

Nach schweizerischer Rechtsauffassung widersprechen dingliche Verfügungsbeschränkungen dem Eigentumsbe-

¹³ Vgl. über diesen Vorgang Liver Einl. N 9/11; Planiol/Ripert/Boulanger I p. 1189 No. 3650.

¹⁴ Guisan 114/5.

¹⁵ Das ist die Regel bei trusts zu Sicherheitszwecken.

¹⁶ Vgl. oben S. 235a Anm. 40.

¹⁷ Vgl. oben S. 317a.

griff. Sie sind nur möglich, soweit sie das Gesetz ausdrücklich vorsieht¹⁸. Der Grundsatz folgt überdies für das Immobiliar-Eigentum aus der abschließenden Enumeration der eintragungs- und vormerkungsfähigen Rechte von selbst (ZGB 958/60)¹⁹. Darum können dem Fiduziaren in der Ausübung des fiduziarischen Eigentums²⁰ auferlegte Beschränkungen nicht verdinglicht werden²¹. Eine Ausnahme zum grundsätzlichen Verbot dinglicher Verfügungsbeschränkungen stellen jedoch die allerdings für Grund- eigentum nicht anwendbaren Bestimmungen über die Bedingungen dar²², so daß der fiduziarische Eigentümer durch eine Resolutivbedingung, wonach das Treugut bei Veräußerung an den Fiduzianten zurückfallen soll, einer gegenüber bösgläubigen Erwerbern dinglich wirkenden Verfügungsbeschränkung unterworfen werden kann²³.

§ 76. Ein dinglich wirkender Ausschluß der Verfügungsmacht über das Eigentum oder über andere dingliche Rechte liegt im übrigen in jenen Fällen der gesetzlichen Vertretung vor, die in der Doktrin als Quasitreuhandschaften bezeichnet werden. So beim Recht des Ehemannes zur Verwaltung des eingebrachten Frauengutes (ZGB 200 ff.), der Eltern zur Verwaltung des Kindesvermögens (ZGB 290 ff.), bei der Testamentsvollstreckung (ZGB 517/8), bei der Erb-

¹⁸ In BGB 137 ist der Grundsatz der Verfügungsfreiheit des Eigentümers ausgesprochen; er gilt aber als allgemeines Rechtsprinzip auch im schweizerischen Zivilrecht (von Tuhr/Siegwart 205; Oser/Schönenberger OR 20 N 24/5; Leemann ZGB 714 N 31; Haab/Simonius ZGB 714 N 45 ff.; Liver Einl. N 13/4).

¹⁹ Ammann 26 ff. mit Hinweisen auf die nach deutschem Recht gegebene Möglichkeit, Verfügungsbeschränkungen fiduziarischer Natur als bedingte Ansprüche auf Rückübertragung vorzumerken; vgl. dazu Westermann 386 ff.

²⁰ Die Abtretbarkeit von Forderungen kann rechtsgeschäftlich, bei schriftlichen Schuldbekenntnissen unter Einhaltung der Schriftform, beschränkt werden; OR 164; für Wertpapiere OR 627 Ziff. 8, 967 III; Oser/Schönenberger OR 164 N 17 ff.

²¹ Vgl. oben S. 260a.

²² von Tuhr/Siegwart 212; vgl. Anm. 42a.

²³ Vgl. oben S. 263a.

schaftsverwaltung (ZGB 554, 592) und schließlich bei der Konkursverwaltung (SchKG 204)²⁴. Ausgehend von der historisch als Salmannschaft mit der Treuhand verwandten, in ihren Wirkungen einzelnen Formen des trust nahe-kommenden Testamentsvollstreckung²⁵ wird von vielen Autoren postuliert, dem «Treuänder» ein dingliches Verwaltungsrecht, den Begünstigten den Eigentumstitel zu geben²⁶. Die mit der Anordnung der Testamentsvollstrek-kung, insbesondere einer auf Dauer berechneten, den Eigen-tümern (Erben) vorenhaltene Verfügungs- und Verwal-tungsmacht soll analog inter vivos vom Eigentum mit ab-soluter, auch gegen den Eigentümer gerichteter Wirkung abgespaltet werden können²⁷. Mit der Testamentsvollstrek-kung wird jene für den trust bezeichnende Behandlung der Hinterlassenschaft als Sondervermögen erreicht, die nicht nur eine Aussonderung des Treugutes im Konkurs des sog. Quasitreuhänders erlaubt, sondern auch eine Aussonderung im Konkurs der formell als Eigentümer erscheinenden Erben zugunsten von Vermächtnisnehmern; in die Kon-kurssmasse des Erben fällt nur, was ihm nach Durchführung der Verteilung und der Ausrichtung aller Vermächtnisse bleiben soll^{28, 29}. Der Testamentsvollstrecker ist kein echter

²⁴ Vgl. ante § 7.

²⁵ Guisan 104/6; Nußbaum 201/2. Ist eine nach dem Domizil anglosächsischem Recht unterliegende Erbfolge in der Form eines trust geregelt, muß jedoch für auf dem Kontinent liegende zur Erbmasse gehörende Grundstücke kontinentales Recht angewendet werden, so darf man den trustee in der Regel als Testamentsvoll-strecker auffassen, vgl. dazu Schwenn; Beck 28.

²⁶ Gerstle 133 ff.; Madory 96 ff.; ferner die bei Siebert, 411 ff., Angeführten, insbesondere Friedmann.

²⁷ Mankiewicz.

²⁸ Guisan 106; Lob 50, 65, 71.

²⁹ Darum sieht die Doktrin in der Testamentsvollstreckung ein Institut, das weitgehend Trustfunktionen erfüllt; vgl. Anm. 26. Bei der Testamentsvollstreckung tritt auch dingliche Surrogation ein, was aber mit dem Erbgang zusammenhängt und sich bei einer Anwendung des Institutes auf Geschäfte unter Lebenden nicht von selbst ergibt. Überdies fehlen die für die Surrogation im Trustrecht

Treuhänder. Auch der Inhaber eines solchen Verwaltungsrechtes, analog dem des Testamentsvollstreckers geformt, wäre wie der Testamentsvollstrecker nicht Eigentümer: das Eigentum ist aber das den trustee auszeichnende Merkmal, er hat formell immer das volle Recht inne, auch wenn er es nur zu verwalten hat und nicht nutzen soll. Der Inhaber eines solchen Verwaltungsrechtes hätte nur Sekundärrechte, auch wenn sie absolut wären³⁰. Die für den trustee typischen, mit seinem legal title zusammenhängenden Verantwortlichkeiten fallen bei der Testamentsvollstreckung den Erben zu; würde einem Verwalter ein neues Verwaltungsrecht gegeben, wären die Begünstigten mit ihnen belastet³¹.

§ 77. Um die dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung, der ein trustee unterliegt, herbeizuführen, könnte aber auch ein der Nutznießung nachgebildetes beschränktes dingliches Recht der Begünstigten geschaffen werden. Es würde auf dem Eigentum des Treuhänders lasten³². Das ist die Lösung, die jene im Auge haben, welche einen Ausbau des

charakteristischen Identifikationsvermutungen (vgl. oben S.333aff). Eine Ähnlichkeit der Testamentsvollstreckung mit dem trust ist auch insofern vorhanden, als der Testamentsvollstrecker einer Aufsicht unterliegt. Es ist aber für das kontinentale Recht bezeichnend, daß die Aufsicht nicht allein durch den Richter, sondern hauptsächlich durch die Verwaltung ausgeübt wird. Eine gerichtliche Entlastung kann der Testamentsvollstrecker nur unter den strengen Voraussetzungen einer Feststellungsklage erreichen. Über weitere Unterschiede zum trust vgl. Schwenn.

³⁰ Gerstle 137, 141; über die kontroverse Natur der Rechte des Testamentsvollstreckers vgl. die instruktive Darstellung Lobs; ferner Siebert, Testamentsvollstrecker 505 ff.

³¹ Escher ZGB 518 N 13. Aus diesem Grunde kann nach deutschem Recht eine Personalhandelsgesellschaft nicht von einem Testamentsvollstrecker im Namen der Erben geführt werden, offenbar haften die Erben nur mit der Erbmasse; vgl. Kipp/Coing, Erbrecht (9. A. Tübingen 1953) 419 ff.; Sommer, Deutsche Notar-Zeitschrift 36 937 ff.

³² Vgl. in diesem Sinne Hämerle und andere bei Siebert, 411 ff. Angeführte; Heymann, 493 ff., hält dies für die dem trust angemessene Regelung, weil vom legal title auszugehen ist, der durch den equitable title nur modifiziert wird.

Schutzes des Fiduzianten befürworten. Das von der deutschen Praxis und von der österreichischen KO 10 gewährte Aussonderungsrecht stellt einen Schritt in dieser Richtung dar³³. Ein solches beschränktes dingliches Recht würde sich allerdings von den nach gebräuchlicher Terminologie bereits bestehenden beschränkten dinglichen Rechten darin unterscheiden, daß es – weil den Begünstigten insgesamt nicht nur ein Teilrecht, sondern die ganze Substanz (equitable ownership) zukommen soll – Verfügungen des Treuhänders, die treuebrecherisch die Substanz verändern oder angreifen, vereiteln müßte, während sonst beschränkte dingliche Rechte durch eine Verfügung des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden und einfach den neuen Erwerber belasten³⁴.

Die Nutznießung beruht auf einer Trennung des Rechtes zur Nutzung von der Substanz eines Vermögensrechtes³⁵. Beim trust ist die Verantwortung für die Verwaltung des Vermögens und das Recht zur Verfügung von seiner Nutzung geschieden. Der Gedanke liegt nahe, das eine Institut vermöge das andere zu substituieren. De lege lata ist das aber nur in einem eng begrenzten Anwendungsbereich des trust möglich. Denn das Recht des Nutznießers erstreckt sich immer nur auf den Ertrag, während die Substanz dem Eigentümer gehört und bei Beendigung des Nutznießungsverhältnisses an ihn herauszugeben ist (ZGB 751). Beim trust können aber die Begünstigten als equitable

³³ Vgl. aber über die funktionellen und konstruktiven Unterschiede zum trust Nußbaum 200.

³⁴ Darin kann ein Kriterium für die Unterscheidung beschränkter dinglicher Rechte i. e. S. von obligatorischen Rechten mit verstärkter Wirkung (vgl. über deren Natur Liver Einl. N 13) und den dinglich wirkenden Verwaltungsrechten der sog. Quasitreuhänder gesehen werden (von Tuhr/Siegwart 204 Anm. 4); über weitere Kriterien (das Fehlen der unmittelbaren Sachherrschaft, eines herrschaftsrechtlichen Momentes) und die damit zusammenhängende Kontroverse über die Natur der Quasitreuhandschaften vgl. die in § 7 angeführte Literatur und die Bemerkungen oben zur Rechtsfigur des Testamentsvollstreckers.

³⁵ Rheinstein 431; Westermann § 121 I 1.

owners die ganze trust property, auch in ihrer Substanz, zugewendet erhalten. Bei der Auflösung des trust können die «Nutznießer» die trust property, wenn der Stifter das so bestimmte, herausverlangen. Die Nutznießung lässt sich in ihrer Funktion vor allem mit jenen trusts vergleichen, welche dazu dienen, einem Begünstigten den Ertrag, dem anderen die Substanz zu verschaffen. Für diese trusts ist die Bezeichnung settlements geläufig³⁶. Die für den trust typische Trennung eines dinglichen Verwaltungsrechtes von einem dinglichen Nutzrecht wird durch die Nutznießung nicht bewirkt. Der Nutznießer hat das Recht auf den Besitz und die Verwaltung (ZGB 755). Er kann seine Verwaltungsbefugnis zwar übertragen, hiezu durch den Besteller unter Umständen verpflichtet werden, die Übertragung kann aber nur durch die Einräumung eines obligatorischen Rechtes, z. B., wenn ein Handelsgeschäft Nutzungssubstrat ist, durch Verpachtung bewirkt werden³⁷. Die Einräumung eines von der Nutzung getrennten dinglichen Verwaltungsrechtes wäre nur zugunsten des Eigentümers denkbar. Dadurch würde dieser aber zum vollen Eigentümer und wäre nur obligatorisch zur Ausrichtung des Ertrages z. B. in der Form einer Rente an den «Nutznießer» verpflichtet³⁸.

Mit der Übertragung von trust property auf einen trustee wird eine neutrale Mittelperson zur doppelseitigen Interessenwahrung zwischen den an der Substanz und den am Ertrag Berechtigten eingeschoben³⁹. Diese typische neutralisierende Wirkung des trust tritt bei der Nutznießung nur in den besonderen Fällen des Art. 762 ZGB, wenn ein Beistand bestellt werden muß, ein. Der Beistand erscheint seiner Konstruktion nach als ein gesetzlicher Vertreter, der

³⁶ «A settlement is an instrument by which land or other property is limited in trust for a number of persons successively», Geldart 113; Roth 155 ff.; die settlements entsprechen aber z. T. wieder eher der Nacherbschaft als der Nutznießung, vgl. unten.

³⁷ Kellerhals 287, 303/6; Leemann 766 N 21.

³⁸ Leemann 766 N 21; Kellerhals 306.

³⁹ Lepaulle 223.

sich dadurch auszeichnet, daß er nicht durch die Verwaltungsbehörden, sondern durch den Richter beaufsichtigt wird und ihm Rechenschaft ablegen muß. Dieser Beistand ist ein Vertreter des Nutznießers, wird aber im Interesse des Eigentümers bestellt, der selbst mit seinem Amt betraut werden kann⁴⁰.

Die Stelle des Dispositionsnutznießers^{40a} gleicht derjenigen eines trustee, der zugleich am Nutzen berechtigter Begünstigter des trust ist. Es wird hier eine nicht nur funktionelle, sondern auch konstruktive Verwandtschaft zwischen trust und Nutznießung sichtbar⁴¹. Dies zeigt sich auch bei der Sicherungsnutznießung⁴². Unser Recht kann aber auch in diesem Falle nicht den für den englisch-amerikanischen trust typischen, fein ausgebauten Schutz der equitable rights gewähren. Natürlich kann die Nutznießung mit den ihr eigenen Rechtsfolgen den trust zu Sicherungszwecken nur in den praktisch wenig wichtigen Fällen ersetzen, in denen lediglich der Nutzen, nicht aber die Substanz eines Vermögens als Sicherungssubstrat dient. Eine Ähnlichkeit zwischen dem trust und der Nutznießung darf immer nur dann angenommen werden, wenn der trustee selbst Begünstigter ist.

Soweit der trust nicht der Scheidung von Nutzen und Substanz zwischen zwei Begünstigten, sondern der zeitlich gestaffelten Zuteilung der vollen Substanz dient, ist die Nacherbschaft das der Nutznießung analoge, mit dem trust vergleichbare Institut. Der Nacherbe als Begünstigter ist allerdings selber neben dem Vorerben suspensiv bedingter Eigentümer, so daß sich der Hinfall unzulässiger Verfügungen im Momente des Antrittes der Nacherbschaft von selbst ergibt^{42a}. Auch der Vorerbe (wie der Dispositionsnutznießer)

⁴⁰ Leemann ZGB 762.

^{40a} Leemann ZGB 745 N 3, 772 N 4, 12; Kellerhals 274/5.

⁴¹ Batiffol 22/3.

⁴² Westermann § 121 III 4; Leemann 745 N 16; Rheinstein 442.

^{42a} Die Nacherbschaft kann im Grundbuch vorgemerkt werden, ZGB 490 II, 960 I Zif. 3.

lässt sich nur mit einem trustee vergleichen, der zugleich Begünstigter ist⁴³.

Wollte man, von der Nutznießung ausgehend, für die Begünstigten einer Treuhand ein beschränktes dingliches Recht schaffen auf Nutzung ohne Verwaltungsbefugnis, bzw. darauf gerichtet, später die Substanz herauszuverlangen, das als Basis für die Anfechtung unzulässiger Verfügungen des Treuhänders dienen könnte, so wäre damit wiederum der spezifische Schutz, den die equitable interests genießen, keineswegs garantiert. Es bedürfte dazu insbesondere einer gewissen Einschränkung des Gutglaubensschutzes für Dritt-erwerber, eines Ausbaues der dinglichen Surrogation, insbesondere ihrer Erleichterungen durch die Identifikations-vermutungen, sowie des Aufbaues einer gerichtlichen Mit-wirkung und Kontrolle.

§ 78. Die geschlossene Zahl der in einer Rechtsordnung anerkannten dinglichen Rechte, die begrifflich genau von allen anderen Rechten unterschieden sind, beruht auf romanistischen Vorstellungen⁴⁴. Der Grundsatz des *numerus clausus*, mehr eine Konsequenz, eine rechtstechnische Notwendigkeit, als ein Wertbegriff, findet sich in allen mo-

⁴³ In Südafrika z. B. und in einigen französischen Entscheiden werden allerdings im Ausland gültig errichtete trusts, soweit sie nach inländischem Recht zu beurteilen sind, als fidei commissae behandelt, wobei außer acht gelassen wird, daß der trustee in der Regel gar nicht bereichert sein soll; vgl. Lee, *An Introduction to Roman-Dutch Law* (5th ed. Oxford 1953) 373 et seq.; Bloch 68; Alfaro 27; Garrigues; Stone 368; Savatier 59/60.

⁴⁴ Die scharfe Trennung zwischen Herrschafts- und Forderungs-rechten, die das anglosächsische Recht nicht durchgeführt hat (was mit einer anderen historischen Grundauffassung des öffentlichen und des privaten Rechts, also der Conception der Staatsgrund-struktur zusammenhängt), ist eine der bedeutungsvollsten Er-rungenschaften des römischen Rechts, vgl. Jörs/Kunkel/Wenger 61; über die Tendenz der römischen Rechtsordnung, die rechts-geschäftlichen Belastungen des Eigentums nicht zu sehr anwachsen zu lassen (was ein Ausfluß der individualistischen römischen Eigen-tumsrechtsordnung ist), vgl. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts* (München und Leipzig 1934) 104.

dernen Kodifikationen⁴⁵. Die Sachenrechtsordnung des ZGB kennt nur das Eigentum, die Grunddienstbarkeiten, die Grundlasten und die Pfandrechte, wobei die beschränkt dinglichen Rechte nur in den Grenzen des Eigentums bestellt werden können⁴⁶. Da die dinglichen Rechte gegen jedenmann, erga omnes, also auch gegenüber an ihrer Entstehung nicht beteiligten Dritten wirken, wäre die Rechtssicherheit gefährdet und der rechtsgeschäftliche Verkehr erschwert oder gelähmt, wenn das Gesetz ihre Zahl nicht beschränkte und ihren Inhalt nicht umschriebe⁴⁷. Der numerus clausus als rechtstechnisches Ordnungsprinzip ergibt sich aus dem materiellen Rechtsgrundsatz, daß dingliche Rechte dinglichen Verfügungsbeschränkungen nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen unterliegen sollen. Darum ist es de lege lata nicht möglich, einem «Treuänder» neben dem Eigentum des Begünstigten ein vom Gesetz nicht vorgesehenes, absolut wirkendes Verwaltungsrecht oder, umgekehrt, dem Begünstigten neben dem Eigentum des Treuhänders (Fiduziar) ein neuartiges, auf den Nutzen beschränktes, dingliches Recht einzuräumen⁴⁸. Der numerus clausus repräsentiert das Prinzip der Klarheit. Darum ist er erhaltungswürdig⁴⁹, darum würde eine Durchbrechung eine Herabsetzung der Rechtssicherheit notwendigerweise zur Folge haben und insofern würde eine Wertgefährdung unseres Systems unvermeidlich sein⁵⁰.

⁴⁵ Haab Einl. N 59.

⁴⁶ Burckhardt a.a.O. 84.

⁴⁷ Haab Einl. N 59; Liver Einl. N 12, 61 ff.; Vorbemerkungen ZGB 750 N 1 ff.; Planiol/Ripert/Boulanger Nos. 2606, 3712 ss., 3788.

⁴⁸ Wieland Vorbem. 1 al. f; Leemann Einl. N 24; Planiol/Ripert I No. 2606, 3788; Reymond 18; Lob 19; Madöry 76; Anker 55, 61; Pestalozzi 130.

⁴⁹ Guisan 115.

⁵⁰ Nußbaum 204; einer ausführlichen, seiner historischen Entwicklung nachgehenden Kritik wird der als sinnloses Dogma apostrophierte numerus clausus von Bolgàr unterzogen. Schultze vertritt die Ansicht, der numerus clausus römischen Ursprungs

Nun wird bisweilen geltend gemacht, mit der Zulassung eines beschränkt dinglichen Treuhandrechts (*de lege ferenda*), in der einen oder anderen Form, werde der *numerus clausus* nicht verletzt, sondern nur erweitert⁵¹. Wenn mit dem neu zu schaffenden, beschränkten dinglichen Recht eine Rechtslage geschaffen werden soll, die dem angelsächsischen trust analoge Funktionen und analoge Rechtsfolgen erzeugen muß, trifft dieser Einwand aber nur scheinbar zu. Die Befugnisse des trustee sind bei jedem trust verschieden und entsprechend differieren auch immer die dinglich wirkenden, vom Dritten zu erforschenden Beschränkungen der trust property. Praktisch würde also ein dem trust strukturell und funktionell ähnliches Institut des schweizerischen Rechts die Zahl der anerkannten dinglichen Rechte nicht um ein dingliches, sondern um eine der Parteiwillkür überlassene, zumindest theoretisch unbeschränkte Anzahl von dinglichen Rechten vermehren. Wenn das geltende schweizerische Recht den Parteien gestattet, bei den Dienstbarkeiten (ZGB 780), bei den Personalservituten (ZGB 781) und bei den Grundlasten (ZGB 782) den Inhalt der dinglichen Rechte zu bestimmen, so ist die Verlautbarung immerhin durch das Grundbuch garantiert. Im übrigen aber können Dritte, ohne zur Erhaltung ihres guten Glaubens zu näheren Nachforschungen⁵² gezwungen zu sein, bei den verschiedenen Arten absolut wirkender Rechte bezüglich des jeweiligen Umfanges von einem bestimmten Typus ausgehen. Im Verein mit dem Publizitätsprinzip, über das nun zu handeln ist, erfüllt der *numerus clausus* eine den Charakter unseres Rechts bestimmende Funktion. Der Verzicht auf ihn oder seine wesentliche Erweiterung würde unser Recht verändern.

habe mit dem Ausbau des Gutglaubenschutzes auf deutscher rechtlicher Grundlage seine Berechtigung verloren; über den Gutglaubenschutz anschließend § 79.

⁵¹ Bolgär 214; Pestalozzi 130.

⁵² Vgl. nachfolgend §§ 81 ff.

c) *Das Publizitätsprinzip*

§ 79. Die Trustfeindlichkeit unseres Rechts wird oft auch damit begründet, das Publizitätsprinzip⁵³ und der auf ihm beruhende Schutz des guten Glaubens⁵⁴ sei mit dem trust unvereinbar⁵⁵. Der Zwang zur Offenkundigkeit, der in verschiedenen Graden alle kontinentalen Rechtssysteme kennzeichnet, wird geradezu als «public enemy» of the notion of trust on the continent bezeichnet⁵⁶. Der fundamentale Grundsatz der Publizität mit seinen Funktionen, die Rechts- und Verkehrssicherheit zu gewährleisten, wirkt sich im Sachenrecht besonders intensiv aus. Die offenkundige Form bedingt sogar die Entstehung des Rechtes, ZGB 656, 714, 731, 746, 783. Naturgemäß erzeugt das Prinzip der Offenkundigkeit beim trust besondere Spannungen. Die Gefahr des Rechtsverlustes des Berechtigten

⁵³ Vgl. u. a. Haab Einl. N 62–64; Oftinger, Fahrnispfand ZGB 884 N 323 ff.; Haab/Simonius ZGB 714 N 49 ff.; Homberger ZGB 933–936.

⁵⁴ Über die historischen Wurzeln sowie die Entwicklung vgl. Huber, System und Geschichte IV 747 ff.; Gierke II 554; dogmatisch von Tuhr/Siegwart 171/2, gutgläubigen Erwerb unter die Fälle des entschuldbaren Irrtums subsumierend.

⁵⁵ Neuerdings Pestalozzi-Henggeler 131 ff., spez. 133, wo irrtümlich davon ausgegangen wird, der gute Glaube eines Dritt-erwerbers werde im englisch-amerikanischen Recht überhaupt nicht geschützt; vgl. die Schlußfolgerung Pestalozzi-Henggeler: «Angesichts des Aufsehens, das dieser Beschuß (BRB betr. Klagen auf Rückgabe in kriegsbesetzten Gebieten weggenommener Vermögenswerte vom 10. 12. 45) erregte, trotz der besonderen Kau-telen, mit denen er verbunden war, erscheint es als undenkbar, daß de lege ferenda an den Grundsätzen über die Publizität der Sachen-rechte und des gutgläubigen Erwerbes von Nichtberechtigten zu-gunsten der Einführung eines Trustrechtes etwas geändert würde.»

⁵⁶ Vgl. Weiser 8–14, der in diesem Zusammenhang sarkastisch die scharfe Ablehnung der verdeckten Treuhand in der deutschen Literatur geißelt, den Begriff des «overt trust» als Mißverständnis und als englischem Denken (im Gegensatz zu amerikanischem) voll-kommen fremd erklärt.

zugunsten eines Erwerbers, der dem Rechtsschein traut⁵⁷, zwingt, die materielle Rechtslage in Übereinstimmung mit den für Dritte erkennbaren äußereren Formen der Rechte zu bringen⁵⁸. Diese Übereinstimmung kann aber beim trust nicht herbeigeführt werden. Er besteht seinem Wesen nach in der Nichtübereinstimmung. Die Übereinstimmung hebt ihn auf. Denn der trustee hat, obwohl er materiell nicht berechtigt ist, nicht nur den Besitz, sondern den gesetzlichen Eigentumstitel. Materiell berechtigt ist der beneficiary. Aber er soll weder das bewegliche Treugut besitzen, noch muß er aus den Registern als wahrer Eigentümer von Grundstücken ersichtlich sein. Trotzdem wird er als equitable owner geschützt, nämlich wie ein Eigentümer. Das Treugut fällt nicht in die Masse des insolventen trustee, und wenn das Treugut auf Dritte treubrecherisch übertragen wurde, hat er grundsätzlich ein Zugriffsrecht, das following trust property, das nur gegenüber dem bona fide purchaser versagt. Das dem beneficiary gewährte Aussonderungsrecht gerät zunächst mit dem Grundsatz der Publizität unseres Rechts insoweit in Konflikt, als die trust property Dritten, die im Vertrauen auf den Besitz und auf den legal title des trustee Gläubiger des trustee wurden, nicht haftet. Das dem beneficiary zur Verfügung stehende Verfolgungsrecht von trust property bei Dritten, die vom besitzenden Eigentümer, dem trustee, erwarben, steht sodann im logischen Widerspruch zum Publizitätsprinzip wie zum Gutglaubenschutz nach ZGB 933 und 971.

Entscheidend kann nun aber für die Frage der Unvereinbarkeit des trust mit unserem Recht nicht sein, ob unsere Methode, den Schutz des vertrauenden Gläubigers mit

⁵⁷ Vgl. Mitteis, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte (Weimar 1947) 105 ff.

⁵⁸ Westermann 13; allgemein zum Schutz des guten Glaubens Egger ZGB 3, insbesondere über die Stufen der Anforderungen an die vom Dritterwerber verlangte Aufmerksamkeit; ferner Oskar Leumann, Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanke im schweizerischen Recht (Diss. Bern 1933).

einer Verlautbarung der Rechte in bestimmten Formen zu bewerkstelligen, gewährleistet sei, und auch nicht, ob unserem Recht das following property fremd sei oder nicht. Entscheidend ist allein, ob mit dem Aussonderungs- und Zugriffsrecht des beneficiary der von unserer Rechtsordnung gewollte und prätierte Vertrauensschutz der Gläubiger des trustee und gutgläubiger Dritterwerber in einer unsere Bedürfnisse befriedigenden Weise verbunden werden kann oder ob dieser Vertrauensschutz dem weitgehenden Schutz des beneficiary geopfert werden müßte. Eine Unvereinbarkeit ergibt sich im modernen Recht nicht aus dogmatischen Begriffen. Diese sind immer durch ihre Funktion mit einem System verknüpft. Unvereinbar ist ein neues oder fremdes Rechtsinstitut nur dann mit unserem Recht, wenn es funktionell Rechtsgrundvorstellungen unseres Rechtes verletzt.

Nun geht aus dem Abriß über den trust hervor, daß der in unserem Recht herrschende Grundsatz der Publizität der dinglichen Rechte, auf dem der Schutz des Vertrauens in erkennbare Tatbestände als Mittel der Verkehrssicherheit basiert, im Recht des anglosächsischen trust, wenn auch in anderer Ausgestaltung, ebenfalls geboten ist. Nämlich: nach der doctrine of estoppel und nach der disposition and order clause⁵⁹ wird derjenige Gläubiger eines insolventen trustee, der nachweisen kann, daß er in entschuldbarer Weise sich über die Zugehörigkeit der trust property zum persönlichen Vermögen des trustee getäuscht hat und daß diese Täuschung vom beneficiary veranlaßt oder verschuldet wurde, geschützt. Das Treugut haftet ihm, die equitable ownership des beneficiary versagt. Nach der bona fide purchaser rule sodann ist grundsätzlich auch der Dritterwerber von veruntreutem Treugut, falls eine Gegenleistung von ihm erbracht worden ist, geschützt. Der gutgläubige Dritterwerber erwirbt zwar beim trust nicht vom Nichtberechtigten, denn der trustee hat den legal

⁵⁹ Vgl. S. 328aff.

title, aber die equitable ownership des beneficiary versagt⁶⁰. Die Gleichheiten und die Unterschiede sollen im folgenden kurz skizziert werden.

§ 80. Nach geltendem schweizerischen Recht fällt fiduziarisches Gut in die Masse des Fiduziars, der Fiduziant (oder ein Drittbegünstigter) hat kein Aussonderungsrecht. Der Fiduziar ist Vollrechtseigentümer, belastet nur mit obligatorischen Ansprüchen, das fiduziarische Gut gehört nach bisherigem Gerichtsgebrauch zum Vermögen des Fiduziars, es haftet den Gläubigern⁶¹. Für die Feststellung des schuldnerischen Immobiliareigentums ist das Grundbuch maßgebend. Der Eintrag wirkt konstitutiv. Kreditgeber des Fiduziars können, unbekümmert um jede Art Wissen, daß das Eigentum vom Fiduziaren für andere innegehalten wird, darauf greifen. Nach dem Grundsatz, daß sich aus dem Grundbuch Bestand und Umfang der an Grundstücken bestehenden dinglich wirkenden Rechte ergeben soll, wird die Eintragung von Bedingungen im Prinzip abgelehnt⁶². Der öffentliche Glaube des Grundbuchs beruhend auf der Eintragungspflicht verwirklicht den Vertrauenschutz absolut, aber auch schematisch. Das ist nicht so im englisch-amerikanischen Recht, das die positive und negative Registerwirkung zumindest gegenüber Drittgläubigern nur zum Teil kennt⁶³. Da nach sec. 38 (1) Bankruptcy Act (1914) Vermögensstücke, die dem Gemeinschuldner als trustee für einen Dritten zustehen, obwohl er den legal title daran hat, nicht in die Konkursmasse fallen, der trust also (im Gegensatz zur Fiduzia in unserem Recht) grundsätzlich einen Aussonderungsgrund (praktisch wohl den wichtigsten) darstellt, muß der Drittgläubiger auf

⁶⁰ Vgl. ante § 66.

⁶¹ Vgl. ante S. 259a ff.

⁶² Homberger ZGB 958 N 6 ff.; Haab ZGB 655 N 8; Ostertag ZGB 972 N 3; Leemann ZGB 824 N 15; von Tuhr/Siegwart 705/6.

⁶³ Vgl. oben S. 324a ff.; Curti I 168 ff.; Predari, Artikel «Grundbuch» in Schlegelbergers R HV III 787/8.

andere Weise geschützt werden. Die Eintragung in die Register ist in der Regel freiwillig⁶⁴ (mit Ausnahme weniger Staaten Amerikas, wo die Wirkung des trust in bezug auf Immobilien auch gegenüber Drittgläubigern von seiner Registrierung abhängt). Der beneficiary ist aber praktisch gezwungen, durch Eintrag oder auf andere Weise dafür zu sorgen, daß der Drittgläubiger erfährt, daß der den Besitz der trust property ausübende trustee nur «apparent owner» ist. Duldet er den Anschein beim Dritten, der trustee besitze die trust property als Eigengut, so ist er estopped, das Aussonderungsrecht ist verwirkt. Die trust property haftet nach den vorn § 66 dargestellten Regeln dem Dritten. Der Schutz des Dritten ergibt sich also nicht oder nicht in allen Fällen in erster Linie aus einer gesetzlich geschaffenen generellen Publizitätsform der Zugehörigkeit der trust property zum Vermögen des grundsätzlich aussonderungsberechtigten Benefiziars, sondern aus dem Grundsatze, daß dieser sein Aussonderungsrecht dann verwirkt, wenn er nicht darüber wacht, daß sein trustee, der die gesetzliche Pflicht hat, die trust property von seinem eigenen Vermögen abzusondern und als solche zu kennzeichnen, dem im konkreten Fall der Gefahr einer Täuschung ausgesetzten Dritten von der materiellen Rechtslage, d. h. vom Bestehen des trust Kenntnis gibt.

Das ist so nicht nur bei Immobilien, sondern auch bei beweglichen Sachen und bei Forderungen. Im englisch-amerikanischen Recht, wie in unserem, versagt der Besitz von Mobilien als Publizitätsform des Eigentums gegenüber Drittgläubigern des Besitzers⁶⁵. Der Kreditgeber kann sich

⁶⁴ Vgl. Anm. 63; Honig 653.

⁶⁵ Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft 99: «Der Grundsatz, daß zum Eigentumserwerb die Übergabe der Sache notwendig ist und daß mit der Übergabe der Sache das Eigentum auch übergeht, soll nämlich die Gläubiger und Kreditgeber der Parteien vor dem täuschenden Scheine des Besitzes bewahren; wer viel besitzt, wird eben leicht auch als zahlungsfähig angesehen, während doch die Sache, die er bloß besitzt, den Gläubigern nicht haftet. Auf den Besitz darf also der Kreditgeber nicht abstehen.»

auch bei uns nicht auf den Besitz des Kreditnehmers verlassen und darauf seine Entscheidung stützen. Mieter, Entleiher, Nutznießer, Eltern als Verwalter des Kindesvermögens sind scheinbare Eigentümer, nicht nur wenn und weil sie als Besitzer auftreten, sondern oft auch, weil sie sich als Eigentümer ausgeben⁶⁶. In jeder Vollmacht, über eine bewegliche Sache oder über ein Inhaberpapier zu verfügen, liegt die Ermächtigung, es im eigenen Namen zu tun⁶⁷. Ja, der Eigentümer kann bei uns (SchKG 242) grundsätzlich aussondern, auch wenn er wußte, duldet oder es veranlaßte⁶⁸, daß der Besitzer seines Eigentums, um kreditwürdiger zu erscheinen, sich als Eigentümer ausgab⁶⁹. Das schweizerische Recht verfügt in einem einzigen Fall bei Mobilien über eine Publizitätsform, die den Drittgläubiger schützt. Der im Eigentumsvorbehalsregister eingetragene Eigentumsvorbehalt sichert trotz der Übereignung zu (suspensiv bedingtem) Eigentum an einen Erwerber die Eigentumsrechte des Veräußerers. Die rule of estoppel im englisch-amerikanischen Recht hingegen schützt den Kreditgeber des trustee in sehr elastischer Weise; präventiv, indem der beneficiary unter der Drohung des Rechtsverlustes verhalten wird, die wahre Rechtslage dem Drittgläubiger offenbar zu machen. Wenn er das in schuldhafter Weise unterließ, so haftet die trust property dem Drittgläubiger des trustee. Aber immer nur dann, wenn der Drittgläubiger tatsächlich und nach dem konkreten Tatbestand zu Recht den Kredit im Vertrauen auf das scheinbare Eigentum des trustee gewährte. Das Aussonderungsrecht des beneficiary, das den Interessen des Drittgläubigers entgegensteht, funktioniert dann nicht, wenn der beneficiary diese Interessen

⁶⁶ Wenn dieser täuschende Schein vorsätzlich gegenüber dem Kreditgeber durch den Besitzer bewirkt wird, kann er sich des Betruges schuldig machen.

⁶⁷ von Tuhr/Siegwart 207.

⁶⁸ Eventuell wird er nach OR 41 schadenersatzpflichtig.

⁶⁹ BGE 72 II 358 ff.

gefährdete und die drohende Gefahr des durch den trust bewirkten Rechtsscheines nicht abwendet⁷⁰.

§ 81. Im Gutgläubenschutz⁷¹ besteht ein grundsätzlicher Unterschied insofern, als der gutgläubige Erwerber ohne Entgelt von trust property, also der vom

⁷⁰ Es ließe sich erwägen, ob nicht auch in unserem Rechte ein Aussonderungsrecht zugunsten des Fiduzianten oder Drittbegünstigten einer Fiduzia oder (hypothetisch) eines beneficiary (falls der trust in unser Recht aufgenommen würde) zu geben wäre, wenn der Schutz des Drittgläubigers in einer der rule of estoppel analogen Weise bewerkstelligt würde. Das könnte in Weiterentwicklung der konstruktiven Gedanken, die das Bundesgericht in 72 II 358 ff. ausführte, gestützt auf Art. 2 ZGB ohne jede Gefährdung der Rechtssicherheit geschehen und wäre m. E. auf jeden Fall einer eventuellen Statuierung einer Registerpflicht für treuhänderischen Mobilienbesitz analog zum Eigentumsvorbehalt vorzuziehen. – Die Frage des Verbotes des Konstitutes bei der Sicherungsübereignung hat mit derjenigen nach Einführung des trust an sich nichts zu tun. Immerhin werden die gegen dieses Verbot geäußerten Einwände, die sich zum Teil darauf stützen, daß Gläubiger auf den Besitz ohnehin nicht abstehen können (vgl. z. B. Süß), nach Einführung des trust und der damit bewirkten erneuten Durchbrechung des Rechtsscheinsprinzips um einiges berechtigter. Es ist aber festzuhalten, daß gerade im angelsächsischen Recht für Sicherungsübereignungen die Registrierung verlangt wird; vgl. oben S. 295a; Klausig 380 ff.; Friedrich 624. (Eine Ausnahme besteht nur für die englische letter of trust, nicht aber für das entsprechende registerpflichtige amerikanische trust receipt. Der vom American Law Institute entworfene Commercial Code statuiert die Registerpflicht einheitlich für alle Fälle besitzloser Sicherung; vgl. Rabel 353/4.) Es stellt sich also die Frage der Mobiliarhypothek. Ein Vorstoß in dieser Richtung ist erst letzthin wieder gescheitert (Haab/Simonius/Scherrer ZGB 716 N 14b; vgl. auch Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 82 ff.) In Deutschland hat man mit der Zulassung des Konstituts schlechte Erfahrungen gemacht (von Tuhr/Siegwart 195 Anm. 24; Blaß 52 ff.), lehnte aber trotzdem die Ersetzung der Sicherungsübereignung vermittelst constitutum possessorium durch die Mobiliarhypothek ab (Lange; Paulus).

⁷¹ Zum Erwerb vom Nichtberechtigten allgemein Homberger ZGB 933, 973; für das deutsche Recht Westermann 218 ff. und dort angeführte Literatur.

trustee Beschenkte, keinen Schutz genießt⁷². Diese abweichende Regelung ist aber nicht von grundsätzlicher Bedeutung⁷³. Sie ließe sich ohne jeden störenden Verlust an Rechtssicherheit auch bei uns rechtfertigen. Die Lehre vom gutgläubigen Erwerber löst den Gegensatz zwischen den Schutzbedürfnissen des Verkehrs und den Schutzbedürfnissen des Eigentümers. Erwirbt der Gutgläubige vom Nichtberechtigten, so verliert der berechtigte Eigentümer. Dieser ist auf die obligatorischen, häufig nicht durchsetzbaren Ansprüche gegen den nichtberechtigten Verfügenden angewiesen. Eine wichtige Abgrenzung des Gutgläubenschutzes liegt darin, daß der Nichtberechtigte nur dann Eigentum oder andere dingliche Rechte gültig übertragen kann, wenn sie ihm vom Eigentümer anvertraut wurden. Es wird also auf den Willen des Eigentümers abgestellt. Durch das Anvertrauen hat der Eigentümer einen Rechtsschein erzeugt (Veranlassungsprinzip), für den er im Interesse des Verkehrsschutzes die Verantwortung tragen muß. Der Verkehrsschutz ist aber vor allem dann dringend, wenn das Erwerbsgeschäft ein Umsatzgeschäft i. e. S. ist. Ist das Grundgeschäft eine Schenkung, so fehlt der den Verlust des Eigentümers rechtfertigende Grund des Verkehrsschutzes. Nach englisch-amerikanischem Recht liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung vor, die mit einem constructive trust restituiert wird⁷⁴.

Hat ein Dritterwerber gegen Entgelt von trust property keine Kenntnis vom trust, weder actual notice noch constructive notice, so wird er analog unserem Gutgläubenschutz ohne Einschränkung geschützt. Die Problematik setzt erst ein, wenn der Gutgläubige bei Kenntnis vom Bestehen des fremden Rechts an der Sache sich nicht auf den Rechtsschein verlassen darf, sondern Erkundigungspflichten (wie wir sie nur bei der Vollmacht kennen) genügen

⁷² Vgl. S. 327a.

⁷³ Vgl. Stillschweig 13. Auch das österreichische Recht hält nur den entgeltlichen Rechtsverkehr für schutzwürdig.

⁷⁴ Vgl. ante § 43.

muß, um geschützt zu werden, wenn ihm also zugemutet wird, den Umfang des dinglichen Rechtes festzustellen.

So muß ein Dritterwerber, der vom Bestehen eines trust Kenntnis hat, zur Erhaltung seines guten Glaubens an Hand des Trustinstruments sich vergewissern, ob der trustee zur Veräußerung des betreffenden fraglichen Vermögenswertes befugt ist⁷⁵, ⁷⁶. Könnte dagegen nach schweizerischem Recht ein dinglich wirkendes Verwaltungsrecht des Treuhänders neben dem Eigentum des Begünstigten oder umgekehrt ein dinglich wirkendes Treuhandnutzrecht der Begünstigten neben dem Eigentum des Treuhänders bestellt werden (die Doppelung des Eigentums in unserem Recht ist unmöglich), so dürften nach bisher geltenden Grundsätzen Dritterwerber annehmen, der Treuhänder sei zu jeder Verfügung befugt. Würden die Dritterwerber, um diesem den Schutz der Begünstigten zunichte machenden Ergebnis entgegenzutreten, gesetzlich oder richterlich verpflichtet, sich nach dem Umfang der Kompetenzen, die in der Treuhandabrede festgelegt werden, zu erkundigen, so käme das einer Anerkennung neuer dinglicher Rechte unbekannten Umfanges, also einer Erweiterung oder einem Durchbruch

⁷⁵ Vgl. oben S. 323a. Eine Ausnahme besteht beim trust in der Form des in England für die Bestellung von Nutznießungen und Nacherbschaften an Grundstücken angewandten strict settlement. Die Übertragung an den trustee erfolgt dabei vermittelst eines die Verfügungsbefugnis in keiner Weise einschränkenden vesting deed, auf das Dritte allein abstellen müssen. Die im trust instrument enthaltenen Verfügungsbeschränkungen gelten nur intern. Zahlen Dritterwerber den Kaufpreis an einen eigens hiefür bestimmten trustee, ist ihr Erwerb unbekümmert um die Veräußerungsbefugnis des trustee von jeder Trustbelastung befreit. Vgl. Geldart 115/17.

⁷⁶ Daraus folgt, daß die mit der Treuhand im Vergleich zur bloßen Bevollmächtigung angestrebte Vereinfachung, sofern die Rechte der Begünstigten gegenüber Dritterwerbern dinglich wirken sollen, nur bedingt erreicht werden kann. Eine gewisse Vereinfachung im Sinne einer Umkehr der Beweislast mag darin liegen, daß nach dem Wesen der Treuhand im Gegensatz zur Stellvertretung grundsätzlich vollkommene Verfügungsfreiheit des Treuhänders anzunehmen ist; Yung; Batiffol 24.

des numerus clausus und einer Erschütterung des mit dem Publizitätsprinzip im Zusammenhang stehenden Spezialitätsprinzipes gleich⁷⁷. Das ist näher auszuführen.

Die unterschiedliche Gestaltung des Gutglaubensschutzes in unserem Recht und im englisch-amerikanischen Recht ist bedingt durch die verschiedene Grundordnung des Sachenrechts in seinem Verhältnis zum Obligationenrecht. In jeder Rechtsordnung muß in irgendeiner Weise bestimmt sein, wer über die Dinge, die Wert für den Menschen haben, tatsächlich soll verfügen können, wem sie zum Gebrauche und zum Verbrauche zugeordnet sind⁷⁸. Die Grundprinzipien, die das schweizerische Sachenrecht beherrschen und charakterisieren, der numerus clausus, die Beschränkung der Vertragsfreiheit im Hinblick auf den Inhalt der dinglichen Rechte, das Spezialitätsprinzip und das Publizitätsprinzip sind rechtslogisch miteinander innig verknüpft. Sie sind alle aus der absoluten Natur des dinglichen Rechtes, das erga omnes wirkt, entwickelt. Wenn ein Rechtssystem Offenkundigkeitsformen für die dinglichen Rechte vorschreibt, so bedingt das deren Begrenzung nach der Zahl, wie auch nach ihrem Inhalt. Darum muß sich nach gelgendem schweizerischen Recht niemand, der vom Bestand eines dinglichen Rechtes Kenntnis hat, nach seinem Umfang erkundigen. Der Inhalt ist zwingend umschrieben (nur im Rahmen dieser Umschreibung ist Parteifreiheit möglich)⁷⁹. Ausschließlich die von der Rechtsordnung vorsehenen dinglichen Rechte werden von ihr anerkannt. Daraus folgt, daß der gutgläubige Erwerber in unserem Recht geschützt wird, wenn er schuldlos, im Vertrauen auf

⁷⁷ Lob 27: «Si l'exécuteur testamentaire était un Treuhänder, le testateur pourrait créer des droits réels à sa volonté: il y aurait autant de droits réels que de statuts internes de l'exécuteur testamentaire, c'est-à-dire un nombre infini de droits réels; le principe du numerus clausus des droits réels ne signifierait plus rien»; Haab, Sachenrecht Einl. N 64, 61.

⁷⁸ Burckhardt, a. a. O. 92; Westermann § 2, Das Sachenrecht als die Güter zuordnendes Recht 6 ff.

⁷⁹ Haab, Sachenrecht Einl. N 32.

einen Rechtsschein einen Rechtsmangel nicht kannte, wobei es sich nur um das Nichtkennen oder Nichtkennenkönnen eines mangelnden Rechtserwerbes oder Rechtsbestandes der von unserer Rechtsordnung anerkannten Rechte handeln kann. Eine Aufmerksamkeit, kennen sollen (ZGB 974) oder kennen müssen (VVG 4), wird dem Dritterwerber nur im Hinblick auf die Existenz des gesetzlichen Rechtes, nie in bezug auf einen von den Parteien vereinbarten Umfang desselben verlangt. Eine solche Vereinbarung ist in der Regel für den Dritten unverbindlich, nicht wirksam. Beim trust begrenzen und umschreiben nun aber die dinglichen Rechte des beneficiary, des equitable owner die Befugnisse des gesetzlichen Eigentümers, des trustee. Es werden somit dingliche Rechtsverhältnisse konstituiert, also Rechte und Pflichten mit Wirkung gegen Dritte geschaffen, deren Inhalt und Umfang nicht anders als durch eine spezielle Kundgabe an Dritte offenbar werden. Darum muß in einer Umkehrung zu unserer Ordnung der true owner, der beneficiary, wenn er sein Recht nicht an den gutgläubigen Erwerber verlieren will, dafür besorgt sein, daß der den Besitz ausübende trustee seine Pflichten, die trust property als solche zu kennzeichnen, erfüllt, und es muß andererseits der Dritterwerber, um seinen guten Glauben nicht zu verlieren, wenn er vom Bestand eines trust Kenntnis hat, sich im konkreten Fall über den Umfang der Verfügungsbefugnis des trustee erkundigen⁸⁰.

§ 82. Unser Immobiliarsachenrecht, das durch das Grundbuchsystem abschließend geordnet ist, basiert auf der konstitutiven Wirkung des Eintrags der dinglichen Rechte an Grundstücken. Das Grundbuch ist öffentlich, niemand kann einwenden, er habe einen Eintrag nicht gekannt (ZGB 970). Der Grundbucheintrag hat die Funktion der Erscheinungsform der dinglichen Rechte an Grundstücken. Der Eintrag wird, darin liegt die Steigerung der Publizitätsform, als richtig und vollständig fingiert (ZGB

⁸⁰ Vgl. ante § 66.

973). Die Form, das heißt der Eintrag des Rechtes, schafft dergestalt materielles Recht. Der Erwerber verliert seinen guten Glauben an den Eintrag nicht, wenn er weiß, daß seinem Rechtserwerb persönliche Verpflichtungen des Veräußerers entgegenstehen. Nur wenn er weiß, oder wenn er hätte wissen sollen, daß der Eintrag im Grundbuch insofern von der materiellen Rechtslage abweicht, als der Veräußerer dinglich nicht berechtigt, also unrichtigerweise eingetragen ist, wird ihm der gute Glaube abgesprochen⁸¹. Die Publizitätsfunktion des Grundbuches verhindert in der Regel die Eintragung von Bedingungen⁸². Darum kennt unser Grundbuch auch die Eintragung fiduziarischen Eigentums nicht. Der Erwerber, der vom eingetragenen Fiduziar erwirbt, ist auch dann gutgläubig und in seinem Immobilienerwerb zu schützen, wenn er weiß, daß der Veräußerer seine Pflichten gegenüber dem Fiduzianten (oder Drittbegünstigten) mit der Veräußerung verletzt. Nun könnte allerdings, um eine den Schutz des beneficiary eines trust gegen treueverletzende Veräußerungen von Liegenschaften gewährleistende Publizität zu erreichen, die dingliche Verfügungsbeschränkung des Treuhänders, sofern diesem die Stellung eines Eigentümers eingeräumt werden soll, analog der persönlichen Dienstbarkeit (ZGB 781) eingetragen werden. Oder umgekehrt könnte, falls dem Begünstigten das Eigentum zu übertragen wäre und dem Treuhänder daneben ein dinglich wirkendes Verwaltungsrecht zustände, das Eigentum des Begünstigten im Grundbuch mit diesem Verwaltungsrecht des Treuhänders belastet werden. Praktisch würde das heißen, daß der Treuhandvertrag (oder die Bestimmungen einer «Widmung», einer «declaration»), insoweit darin die Befugnisse des Treuhänders bestimmt werden, im Grundbuch zwecks Verlautbarung aufgenommen oder doch als öffentlich beurkundeter Beleg (ZGB 948) beim Grund-

⁸¹ Homberger ZGB 973 N 7, 14.

⁸² Homberger ZGB 958 N 6 ff.; Ammann 116 ff.; Haab ZGB 658 N 8 ff.; von Tuhr/Siegwart 705; Ostertag ZGB 972 N 3; Leemann ZGB 656 N 39.

buchamt aufgelegt werden müßte. Das würde aber, abgesehen davon, daß die den Verkehr sichernde Klarheit des Grundbuches in einer gefährlichen Weise leiden müßte, zu einer dem englisch-amerikanischen Recht wesensfremden Erstarrung der Befugnisse des Treuhänders führen, indem diese ein für allemal, ohne die durch die richterliche Mitwirkung beim trust ermöglichte Anpassung an veränderte Verhältnisse, festgelegt werden. Der Gutglaubenschutz könnte an sich ohne Einbuße wie im geltenden Recht funktionieren. Der Dritterwerber, der sich an den Grundbucheintrag hält, wäre in seinem Erwerb konsequent geschützt.

§ 83. In unserem Mobiliarsachenrecht⁸³, das den Gutglaubenschutz an den Besitz knüpft, kann Eigentum, Nutznießung und Pfandrecht vom Nichtberechtigten erworben werden. Veräußert der Fiduziar das Eigentum oder ein beschränkt dingliches Recht, so wird der Erwerber, wenn ihm die Sache übertragen wird, sei es körperlich oder sei es durch Konstitut oder Besitzanweisung oder brevi manu traditio⁸⁴, geschützt, auch wenn er Kenntnis hat von der fiduziarischen Bindung des Veräußerers an den Fiduzianten oder Drittbegünstigten. Es genügt für den Erwerb der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, er könne über die Sache, die er besitzt, als Eigentümer oder für den Eigentümer verfügen. Der Besitz ersetzt in unserem Recht bei gutem Glauben nicht nur das fehlende dingliche Recht, sondern die fehlende Verfügungsmacht⁸⁵. Der Erwerber ist nur bösgläubig, wenn er den Mangel der Verfügungsberechtigung kennt oder hätte kennen müssen. So muß sich der Erwerber eine allfällige Überschreitung einer Vollmacht,

⁸³ Kein Gutglaubenschutz besteht bei Forderungen und anderen persönlichen Rechten, vgl. hierüber Homberger ZGB 933 N 5; für das angloamerikanische Recht vgl. vorne S. 326a.

⁸⁴ Bei nichtkörperlicher Übergabe werden die Anforderungen an den guten Glauben modifiziert (vgl. Homberger ZGB 933 N 19–22).

⁸⁵ Homberger 933 N 25.

sofern der Veräußerer erkennbar für einen anderen auf Grund einer gesetzlich umschriebenen Vertretungsmacht, als Vormund, als Erbschaftsverwalter, als Beistand usw. handelte, entgegenhalten lassen. Das gilt nun beim englisch-amerikanischen trust grundsätzlich. Sofern dem Dritt erwerber erkennbar ist oder hätte erkennbar sein müssen, daß der Gegner nicht eigenes Vermögen, sondern als trustee trust property veräußert, so ist er, wie bereits dargetan, verpflichtet, den Umfang der Befugnisse des trustee, in concreto die Befugnis zur Veräußerung der betreffenden trust property, zu erforschen, ansonst geht er des Gut glaubensschutzes verlustig. Insoweit funktioniert der Gut glaubensschutz dem Grundsatze nach in beiden Rechtssystemen analog. Die spezifische, wohl aber mehr nur dogmatisch als praktisch nicht zu überbrückende Differenz liegt jedoch nach geltendem Recht darin, daß die gesetzliche Vertretungsmacht, genau wie die dinglichen Rechte durch unser Gesetz immer zwingend umschrieben ist. Vormund und Mündel können die Veräußerungsbefugnis des Vormundes weder beschränken noch erweitern. So kann auch die Befugnis des Beistandes oder des Erbschaftsverwalters nicht willkürlich abgegrenzt werden. Bei der üblichen Nutznießung ergibt sich die Verfügungsbefugnis des Nutznießers aus dem objektiven Kriterium der Verwaltung, diejenige des Eigentümers aus dem Kriterium der Verfügung, welche die Nutznießung nicht beeinträchtigen darf. Beim Dispositionsnießbrauch hingegen hat der Nießbraucher ohne Rücksicht auf interne Beschränkung seiner Verfügungsbefugnis gegenüber Dritten als unbeschränkt Verfügungsberechtigter zu gelten^{85a}. Auch der Willensvollstrecker gilt nach außen ex lege als unbeschränkt verfügberechtigt⁸⁶.

§ 84. Die Erkundigungspflicht als konstitutives Requisit für den guten Glauben im englisch-amerikanischen Trust-

^{85a} Westermann § 121 III 3.

⁸⁶ Lob 30, 57; BGE 61 I 382, 74 I 423. Über die deutsche Praxis vgl. die Angaben bei Beck 3/4 Anm. 1.

recht erweist sich als eine Konsequenz der den Rechtsunterworfenen eingeräumten Freiheit, Verfügungsverbote durch rechtsgeschäftlichen Akt dinglich zu gestalten. Diese Freiheit ist mit der geschlossenen Zahl dinglicher Rechte unvereinbar und logischerweise das Gegenteil des mit dem numerus clausus zusammenhängenden Typenzwanges. Würde bei uns, um die Begründung von trustähnlichen Rechtsgeschäften zu ermöglichen, ein neues treuhänderisches Verwaltungsrecht oder ein neues Nutzungsrecht, das die Verfügungsmacht des Treuhänders dinglich zu beschränken hätte, geschaffen, so müßte, um die gewollten dinglichen Rechtsfolgen, nämlich den Schutz des Begünstigten zu erreichen, auch bei uns die Erkundigungspflicht des Dritterwerbers (gesetzlich oder richterlich) eingeführt werden. Würde die Erkundigungspflicht nicht statuiert und der gutgläubige Erwerber geschützt, analog wie bei der Willensvollstreckung, wo generell, obwohl die Erben Eigentümer sind und nicht der Willensvollstrecker, dieser frei verfügen kann, so verlöre der Begünstigte seine Rechte gerade in kritischen Fällen an den gutgläubigen Erwerber. Auferlegt man dem Dritterwerber die Pflicht, zur Erhaltung seines guten Glaubens sich nach dem Umfang der Verfügungsbefugnis in bezug auf jeden einzelnen Bestandteil des Treugutes zu erkundigen, so würde zwar praktisch der rechtsgeschäftliche Verkehr kaum in untragbarer Weise gestört, aber es würden feststehende, eingelebte Grundsätze preisgegeben⁸⁷.

Als Ergebnis darf festgehalten werden, daß es wohl möglich wäre, den Schutz des Begünstigten eines Treuhandverhältnisses, das entweder mit einem neuen Verwaltungsrecht des Treuhänders oder einem neuen Nutzungsrecht des Begünstigten konstruiert würde, wirksam zu gestalten, ohne den Gutglaubenschutz prinzipiell zu gefährden. Lediglich die Anforderungen an den guten Glauben

⁸⁷ Aus Gründen der Verkehrssicherheit müßte wohl für den Treuhandvertrag über Mobilien Schriftform, über Immobilien öffentliche Beurkundung verlangt werden.

müßten strenger werden, der juristische Kern des bona fide Erwerbes würde nicht angegriffen.

d) Dingliche Surrogation⁸⁸ und Subrogation⁸⁹

§ 85. Die trust property bleibt den beneficiaries unabhängig von ihrer möglicherweise in stetigem Umsatz sich wandelnden Form erhalten. Was der trustee (oder ein bösgläubiger Erwerber von Treugut) unter Verwendung von Treugutsbestandteilen erwirbt, ist wiederum im trust verfangen, und zwar auch dann, wenn der trustee (oder der bösgläubige Erwerber von ursprünglichem Treugut) den Willen hatte, die Surrogate treuwidrig für sich persönlich zu erwerben. Dingliche Surrogation⁹⁰ tritt auch ein, wenn

⁸⁸ Vgl. u. a. Planiol/Ripert/Boulanger I p. 826 Nos. 2523 ss. mit Hinweisen auf die im Rechtskreis des civil law in neuerer Zeit am tiefsten in das Problem eingedrungene französische Literatur; Siebert 184 ff.; Wengler mit vielen Hinweisen; Escher ZGB 599 N 4 ff.; Oftinger, Fahrnispfand ZGB 892 N 16 ff.; BGE 71 II 93/96.

⁸⁹ Vgl. oben § 56; ferner u. a. Oftinger, Fahrnispfand ZGB 884 N 165/6; von Tuhr/Siegwart 464 ff.; Becker OR 110; Planiol/Ripert II Nos 473 ss.; Wengler, insbes. 483 ff.

⁹⁰ Vgl. Wengler 460 ff.; Planiol/Ripert/Boulanger I l.c.: «Subrogation veut dire remplacement. La subrogation réelle est donc le remplacement d'un bien par un autre bien qui va prendre la place et les caractères juridiques du premier.» Unter den Begriff der dinglichen Surrogation sollte m. E. allerdings auch jener ipso iure mit absoluter Wirkung eintretende Rechtsübergang fallen, der nicht in Ersetzung eines bereits bestehenden Vermögensrechtes erfolgt, z. B. wenn der Treuhänder ohne Umsetzung von Treugut aus Geschäften Gewinn zieht, den er dem Treugut zuleiten sollte. Ausgeschlossen werden vom Begriff der dinglichen Surrogation sollte m. E. das Anwachsen eines nur obligatorischen Anspruches auf ein Surrogat, das an die Stelle eines ebenfalls nur einem relativen Anspruch unterliegenden Vermögenswertes tritt, das stellvertretende *commodum*; a. M. Wengler 462 ff., 474. Als richtig erscheint es aber, auch dort von dinglicher Surrogation zu sprechen, wo nicht ein dingliches Recht i. e. S., aber ein insofern absolut wirkendes Recht übergeht, als es z. B. im Konkurs zur Aussonderung berechtigt (vgl. z. B. OR 401 III).

der trustee aus eigenen Mitteln einen Vermögenswert erworb, den er für den trust hätte anschaffen sollen, sowie bezüglich der von ihm im Zusammenhang mit der Verwaltung des Treugutes erzielten Gewinne⁹¹. Die dingliche Surrogation übertrifft an praktischer Bedeutung oft das Zugriffsrecht auf das ursprüngliche Treugut. So wird es der Kreditgeber, der die ihm als besitzloses Sicherungseigentum (oder als Pfand) zustehende Ware dem schuldnerischen Handelshaus gegen eine letter of trust (bzw. ein registerpflichtiges amerikanisches trust receipt) zu treuen Handen überläßt⁹², im Falle der Sicherungsverwertung meist vorziehen, bei dem ihm bekannten Handelshaus und vor dem ihm vertrauten Forum auf den Ertrag der weiterverkauften Ware zu greifen, anstatt das Sicherungseigentum an der in die weite Welt verkauften Ware geltend zu machen⁹³. Weittragende Wirkungen erzeugt die durch den constructive trust (oder ein equitable lien) über die Treuhand hinaus herbeigeführte dingliche Surrogation als allgemeines Wiederherstellungsmittel, das zum Schutz anvertrauten

⁹¹ Vgl. oben S. 311a; ferner die Zusammenfassung bei Wengler 478 ff. Im anglosächsischen Recht erfolgt die dingliche Surrogation nicht von Gesetzes wegen, sondern durch Richterspruch ex tunc, wenn die Benefiziare in Ausübung des ihnen zustehenden Wahlrechtes eine entsprechende Klage erheben; Dritte müssen jedoch schon vorher die potential equity beachten; vgl. oben S. 289a; Wengler 500. Nach moderner Auffassung tritt allerdings die dingliche Surrogation sofort ein, und ihre Geltendmachung by election konsumiert lediglich die ebenfalls ab initio entstandenen alternativen remedies; vgl. Scott § 462.4; entsprechend Guldener 51.

⁹² In einer Umkehrung zur Sicherungs-Fiduzia, wo der Kreditgeber Fiduziar, also Vollrechtseigentümer ist, wird der Kreditnehmer hiebei trustee, der Kreditgeber ist beneficiary und hat an seiner auf den Kreditnehmer übertragenen Ware equitable interests.

⁹³ Vgl. oben S. 237a. Die Mobiliarhypothek vermöchte also insofern die mit dem trust erzielbare Beweglichkeit und Durchschlagskraft der Realsicherung an sich noch nicht zu erreichen; vgl. dazu oben Anm. 70. Über die beschränkte dingliche Surrogation beim Mobiliarpfand vgl. Oftinger a.a.O. N 21–24.

Gutes und überall, wo nach Billigkeit ein Anspruch auf Herausgabe eines Vermögenswertes dinglich gesichert werden soll, angewandt wird⁹⁴.

§ 86. Die dem Begünstigten bei der Fiduzia gegenüber dem Fiduziaren im Falle der Veruntreuung von Treugut und bezüglich der zu diesem gehörenden Gewinne auf Grund einer negotiorum gestio zugebilligte Surrogation ist nicht dinglich⁹⁵. Ebenso kann dingliche Surrogation auf Grund des auftragsähnlichen fiduziarischen Vertrages im Rahmen von OR 401 nicht erfolgen, weil der Fiduziar das Eigentum innehaben soll und daneben de lege lata kein dingliches Recht der Begünstigten existiert⁹⁶. Sollten die Rechte der Begünstigten durch démembrement de lege ferenda zur Erzielung einer dem trust ähnlichen Rechtslage verdinglicht werden, stellt sich die Frage, ob ein ergänzender Ausbau der dinglichen Surrogation, die aus dem Trustrecht nicht weg-

⁹⁴ Vgl. oben S. 294a; Wengler 476, 482. – Würde der trust, genauer: seine Wirkungen, recipiert, müßte sich aus dem Postulat der Rechtsgleichheit analog zur anglosächsischen Entwicklung im Sinne einer Ausweitung des constructive trust zum allseitig dinglich wirkenden Wiederherstellungsmittel ein allgemeiner Ausbau der dinglichen Surrogation aufdrängen. So wäre es kaum zu rechtfertigen, dem Begünstigten einer Treuhand die dingliche Surrogation zuzubilligen, nicht aber dem Bestohlenen gegenüber dem Dieb, der lediglich obligatorisch zur Herausgabe der aus dem Verkauf des gestohlenen Gutes entstandenen Bereicherung verpflichtet ist, und gegenüber dem bösgläubigen Erwerber der gestohlenen Sache; vgl. BGE 71 II 90 ff. Der Erwerber der gestohlenen Sache war hier allerdings gutgläubig. Aber wenn man das im Trustrecht ausgebildete Prinzip anwenden wollte, wonach die Vermögenswerte ihre juristische Zugehörigkeit durch keine Umwandlung ihrer Form verlieren, so wäre die rechtslogische Konsequenz, daß der gutgläubige Erwerber nicht allein die ursprüngliche Sache (ZGB 934 I), sondern auch das Surrogat herausgeben sollte. — Eine sehr begrenzte dingliche Surrogation zum Schutz des rechtmäßigen Eigentümers anvertrauten oder gestohlenen Gutes ist in SchKG 202 vorgesehen; für Guisan, 107, entsteht hier eine Art constructive trust.

⁹⁵ Vgl. oben S. 259a.

⁹⁶ Vgl. oben S. 261a.

zudenken ist, in unserem Recht ohne Abkehr von bisher geltenden Grundsätzen möglich wäre.

Dingliche Surrogation ist nach schweizerischem Recht (wie allgemein im civil law) nur möglich, wo sie vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist^{97, 98}. Die dingliche Surrogation stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes dar, daß ein Vertrag nur inter partes wirkt⁹⁹. Aus dem Vertrag zwischen dem im eigenen Namen auftretenden, wirtschaftlich nicht berechtigten Inhaber (Besitzer oder besitzloser oder besitzender Eigentümer) mit dem Dritten geht das Surrogat ipso iure auf denjenigen über, dessen Rechte an dem ursprünglichen Vermögenswert dinglich gesichert werden sollen¹⁰⁰. Mit der dinglichen Surrogation fallen auch die besonderen Übertragungsformen, der konstitutive Grundbucheintrag¹⁰¹

⁹⁷ Vgl. Anm. 88.

⁹⁸ Für die Zubilligung der dinglichen Surrogation in den Gesetzen des civil law ist nur z. T. ein leitender Gesichtspunkt erkennbar; Wengler 466. Den in neuerer Zeit insbesondere in der französischen Doktrin unternommenen Versuchen, die dingliche Surrogation ähnlich wie im angloamerikanischen Recht zu einem allmeinen aus Billigkeit gewährten Wiederherstellungsinstuit auszubauen, müßte aus Gründen der Rechtsgleichheit wohl endgültig zum Erfolg verholfen werden, wenn die dingliche Surrogation für Treuhandschaften im Zuge einer Reception des trust eingeführt werden sollte; vgl. oben Anm. 94.

⁹⁹ Wengler 502; der im anglosächsischen trust ebenfalls geltende, in England bis heute der Zulassung des Vertrages zugunsten Dritter entgegenstehende entsprechende Grundsatz der *privity* wurde nicht nur im Trustrecht, sondern auch bei der eng damit zusammenhängenden undisclosed agency überwunden; vgl. dazu Müller-Freienfels.

¹⁰⁰ Z. B.: Kauft ein Vater bei einer Bank mittels Auftrag als Verwalter von Geld, das sein Kind geerbt hat und das bei dieser Bank liegt, im eigenen Namen Aktien, die in das Depot des Vaters gelegt werden, so wird das Kind ipso iure an den das Geld ersetzen den Aktien aus dem Kaufvertrage dinglich berechtigt, die Aktien fallen in das Eigentum des Kindes und sind bei Insolvenz des Vaters aussonderungsfähig; vgl. anschließend Text.

¹⁰¹ Dadurch werden allerdings Dritterwerber nicht geschädigt, die sich auf das Grundbuch verlassen können, wohl aber unter Umständen Drittgläubiger.

und die Tradition, dahin, wodurch die Verkehrssicherheit unter Umständen Schaden leidet¹⁰².

§ 87. Die Zweiparteienbindung wird auch bei der verdeckten Stellvertretung im Rahmen von OR 32 II a.E. gesprengt¹⁰³. Verwandelt ein «Treuhänder» mit einem der Testamentsvollstreckung nachgebildeten Verwaltungsrecht Treugut in eigenem Namen¹⁰⁴, könnte angenommen werden, er erwerbe wenigstens Mobilien und Forderungen direkt zugunsten der Begünstigten, da es dem Dritten nicht darauf ankomme, an wen das von ihm aufgegebene Recht übergehe¹⁰⁵. Dies ist jedoch mit Rücksicht auf das Kausalitätsprinzip in manchen Fällen zweifelhaft. Die Rechtsübertragung ist die Erfüllung des Verpflichtungsgeschäftes und hat sich nach diesem zu richten. Das Verpflichtungsgeschäft, das der Dritte in der Regel¹⁰⁶ mit dem in eigenem Namen handelnden Vertreter als persönlich bestimmtem Vertragspartner abschließen will¹⁰⁷, sieht aber den Rechtsübergang nur an den Vertreter, in unserem Falle also an den «Treuhänder» vor¹⁰⁸. Jedoch kann trotzdem, soweit nicht im Hinblick auf eine entsprechende auftragsähnliche Verpflichtung des mit einem Verwaltungsrecht ausgestatteten Treuhänders das Bestehen einer Vermutung für eine Tradition durch constitutum possessorium aufgestellt werden darf, ein direkter Rechtsübergang auf

¹⁰² Escher a.a.O. N 16; Wengler 499; Planiol/Ripert/Boulanger I No. 2527.

¹⁰³ Es wird hier wiederum die enge Verwandtschaft von Vertretung und dinglicher Surrogation sichtbar; vgl. oben Anm. 99; Wengler 483; Gerstle 155 ff.

¹⁰⁴ Handelt der «Treuhänder» im Namen der Begünstigten, so kann kein Zweifel bestehen, daß diese die Surrogate direkt erwerben.

¹⁰⁵ von Tuhr/Siegwart (von der Abstraktheit des dinglichen Vertrages ausgehend) 333/5; Oser/Schönenberger OR 401 N 12; Gerstle a.a.O.

¹⁰⁶ Eine Ausnahme besteht wohl meist beim Barhandkauf.

¹⁰⁷ So auch von Tuhr/Siegwart a.a.O.

¹⁰⁸ Haab/Simonius ZGB 714 N 37.

dem Wege dinglicher Surrogation im Rahmen von OR 401¹⁰⁹ erfolgen. Sowohl OR 32 II wie 401 helfen jedoch nur, soweit nicht der Wille des Vertreters (bzw. des de lege ferenda mit einem absolut wirkenden Verwaltungsrecht ausgestatteten Treuhänders) entgegensteht, wenn dieser – obschon pflichtwidrig – für sich selbst erwerben will¹¹⁰. OR 401 erfaßt ausdrücklich nur die «für Rechnung» des Vertretenen vorgenommenen Geschäfte. Ob als Voraussetzung der Anwendung von OR 401 ein Zusammenhang zwischen dem Auftrag (bzw. dem auftragsähnlichen Treuhandvertrag) und dem Erwerb des Surrogates besteht¹¹¹ und also der Vertreter auf Rechnung des Vertretenen handeln wollte, bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Entspricht das Erwerbsgeschäft nach seiner Natur und der Art seiner Ausführung dem Auftrag des Vertreters, muß angenommen werden, insbesondere (aber nicht ausschließlich) wenn es mit dem ihm zu diesem Zwecke anvertrauten Gut getätigkt wird, es sei auf Rechnung des Auftraggebers erfolgt, und der Vertreter kann mit einer Bestreitung, wenn objektiv keine sachlichen Gründe dafür sprechen, nicht gehört werden¹¹². Die von Becker¹¹³ aus dem Grundsatz, daß im rechtsgeschäftlichen Verkehr niemand aus einer rechtswidrigen Handlung für sich einen Rechtsvorteil ableiten könne, entwickelte These, eine frau-dulöse Absicht des Vertreters sei in jedem Fall zu ignorieren¹¹⁴, ist jedoch m. E. unbehelflich, wenn der Vertreter (bzw. der mit einem absolut wirkenden Verwaltungsrecht ausgestattete «Treuhaber») das anvertraute Gut in einer vollkommen auftragswidrigen Weise umwandelte (z. B. ein

¹⁰⁹ Also auch hier nicht für Grundstücksrechte.

¹¹⁰ Lemp 299 ff.; 309/10; Becker OR 32 N 9; Oser/Schönenberger OR 401 N 12.

¹¹¹ Oser/Schönenberger a.a.O. N 15; Becker OR 401 N 8.

¹¹² Oser/Schönenberger a.a.O. N 12; Becker OR 32 N 9; von Tuhr/Siegwart 335.

¹¹³ A.a.O.

¹¹⁴ Vgl. die Ähnlichkeit dieser Überlegung mit derjenigen von Jessel, M. R., *in re Hallet's estate*, oben S. 336a.

Automobil anstatt Wertpapiere erwarb), so daß bei objektiver Betrachtung kein Zweifel darüber bestehen kann, daß er – wenn auch pflichtwidrig in Veruntreuung fremden Gutes – für eigene Rechnung handelte. In einem solchen Fall kann mit Rücksicht auf den Ausnahmeharakter von OR 401 keine dingliche Surrogation erfolgen.

§ 88. Auch bei den Sondervermögen, bei denen allein die dingliche Surrogation im Gebiete des civil law einigermaßen systematisch ausgebaut ist¹¹⁵, tritt sie in der Regel, z. T. nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, nur vermutungsweise ein, und ein nachgewiesener widersprechender – wenn auch pflichtwidriger – Wille des Umwandlers steht ihr entgegen, so bei dem vom Ehemann als «Quasitreuhänder» verwalteten Frauengut (ZGB 196 II)¹¹⁶, beim Kindesvermögen¹¹⁷ und bei der Dispositionsnutznießung¹¹⁸, ¹¹⁹. Zugunsten der Erbmasse allerdings erfolgt dingliche Surrogation ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Besitzers und unabhängig davon, ob er das Surrogat pflichtwidrig für sich erwerben will oder nicht¹²⁰; das muß auch für Umwandlungen des Erbgutes durch den Testamentsvollstrecker gelten¹²¹. Der später auf Sondervermögen allgemein (wie sich aber soeben zeigte, oft nur im Sinne einer Vermutung) angewandte, auf Bartolus zurückgehende Satz «in judiciis universalibus res succedit

¹¹⁵ Vgl. Anm. 88.

¹¹⁶ Egger ZGB 196 N 11.

¹¹⁷ BGB 1646; vgl. Wengler 470; Egger ZGB 300 N 2.

¹¹⁸ Kellerhals 292; die Regeln für das Kindesvermögen ergeben sich analog aus denjenigen über den Dispositionsnießbrauch, ZGB 300.

¹¹⁹ Bei der Vormundschaft ist überhaupt keine dingliche Surrogation vorgesehen, wohl aber im Rahmen von OR 401 möglich; dies offenbar im Hinblick auf die hier stark ausgebauten Aufsicht; Wengler 470; in England besteht dingliche Surrogation trotz der dort noch wirkungsvolleren Aufsicht über den trustee durch die Gerichte.

¹²⁰ Wengler 468/9; Escher a.a.O.

¹²¹ Zweifelnd Wengler a.a.O.

pretio et premium rei, secus in judiciis singularibus» bezog sich ursprünglich nur auf die Erbmasse¹²². Die Rechtfertigung dafür, daß die dingliche Surrogation zugunsten der Erbmasse am besten (nur hier überhaupt vollständig und für den praktisch wichtigsten Fall des Treubruches wirksam) ausgebaut ist, darf wohl im Umstand erblickt werden, daß die normalen Regeln über den Rechtserwerb infolge der Universalsukzession schon beim Erwerb des ursprünglichen Erbgutes durchbrochen werden. Gerade diese Überlegung trifft jedoch beim «Treuänder», dem *inter vivos* analog zum Testamentsvollstrecker ein absolut wirkendes Verwaltungsrecht gegeben würde, nicht zu, da für ihn und die aus dem Treuhandverhältnis Begünstigten ein Erwerb des Treugutes auf dem Wege der Universalsukzession wohl kaum in Frage kommt¹²³. Darum kann auch aus dem Umstand, daß die dingliche Surrogation im vollen Umfange dem Nacherben zugute kommt¹²⁴, kein Schluß für die Ausgestaltung des Treuhandrechtes *inter vivos* gezogen werden. Die Zubilligung einer vollgültigen dinglichen Surrogation zugunsten der Begünstigten einer «Treuhand», denen das Eigentum am Treugut zustehen soll, während der Treuänder daran ein absolut wirkendes Verwaltungsrecht hat, liegt also keineswegs auf der Hand, würde vielmehr einen erheblich über das bisher Zulässige hinausgehenden Einbruch in die für die Rechtsübertragung geltenden Grundsätze bedeuten¹²⁵, ¹²⁶. Zu ähnlichen Schlüssen gelangt man,

¹²² Planiol/Ripert/Boulanger I No. 2524.

¹²³ Auch im anglosächsischen Recht erwirbt der trustee das Treugut nicht durch Universalsukzession.

¹²⁴ Escher ZGB 492 N 11; Wengler 469; BGB 2111.

¹²⁵ A. M. Pestalozzi 133; er hält die Ausdehnung der dinglichen Surrogation auf die Treuhand ohne weiteres für vereinbar mit den herrschenden Grundsätzen unserer Rechtsordnung.

¹²⁶ Übrigens erstreckt sich *de lege lata* die zugunsten von Sondervermögen angenommene dingliche Surrogation nur auf jene Surrogate, die mit Mitteln des Sondergutes erworben wurden; Escher a.a.O.; a. M. Egger a.a.O. N 9. Die Gewinne, die der Sondergutsverwalter durch den Umsatz eigener Mittel erzielt, die

wenn man sich den dinglichen Schutz der Begünstigten einer Treuhand in der Form eines der Nutznießung nachgebildeten beschränkt dinglichen Rechtes vorstellt. Dingliche Surrogation zugunsten des Nutznießers erfolgt zwar beim Ersatz für untergegangenes und beschädigtes Nutzungsgut (ZGB 750) und bei Rückzahlung von Forderungen (ZGB 774). Surrogate für veräußertes, insbesondere veruntreutes Nutzungsgut unterliegen jedoch nicht der Nutznießung. Es gilt vielmehr lediglich der dem Wesen eines echten dinglichen Rechtes gemäße Grundsatz, daß das Nutzungsrecht am ursprünglichen auf den Erwerber übergegangenen Nutzungsgut, das ja der echte Nutznießer selbst besitzt und verwaltet, haften bleibt. Würde man zugunsten eines Treuhandnutznießers, der nicht besitzt und nicht verwaltet, dingliche Surrogation eintreten lassen, was gewiß die dem Treuhandzweck allein genügende Lösung wäre, so würde dadurch ein in seiner Wirkung vollkommen neuartiges beschränktes dingliches Recht entstehen¹²⁷.

§ 89. Die Gewährung der dinglichen Surrogation an sich würde den Begünstigten im praktisch häufigen Fall der Vermischung des Gelderlöses oder -ersatzes für Treugut mit eigenem Vermögen nicht helfen, da nach herrschender Meinung angenommen wird, der Vermischer werde Eigentümer des Geldes^{127a}. Mit guten Gründen könnte allerdings gestützt auf ZGB 727 für das Entstehen von Miteigentum

jedoch richtigerweise dem Sondergut zugute kommen sollten, weil er das betreffende Geschäft kraft seiner Loyalitätspflicht für das Sondergut hätte abschließen müssen, werden also nicht erfaßt.

¹²⁷ Vgl. oben S. 357a. Auch der Pfandgläubiger kann keine dingliche Surrogation am Gegenwert des veräußerten Pfandgutes geltend machen, sondern ebenfalls nur, und auch dies nur im beschränkten Umfange, in den besonderen Fällen des Untergangs, der Beschädigung, der zwangswise Veräußerung und der Güterzusammenlegung; vgl. Oftinger a.a.O.; ZGB 802 ff., 822.

^{127a} Darum versagt SchKG 202 dem rechtmäßigen Eigentümer bei der Realisierung des Erlöses aus der Veräußerung anvertrauten oder gestohlenen Gutes durch den Veräußerer seinen Schutz.

eingetreten werden¹²⁸. Damit wäre aber immer noch nicht die Gefahr des Verlustes im Zusammenhang mit dem allgemeinen Vermögensschwund beim Treuhänder beseitigt, wie sie nach angloamerikanischem Recht in manchen Fällen durch die Identifikationserleichterungen gebannt wird, die auf den für das Wirken des equity-Richters so typischen Fiktionen (wie in re Hallet's estate) beruhen^{128a}.

§ 90. Begleicht ein trustee unerlaubterweise persönliche Schulden oder solche Dritter aus Treugut, so tritt zugunsten der Begünstigten Subrogation ein¹²⁹. Nach verschiedenen Gesetzgebungen des civil law¹³⁰ ist die Subrogation allgemein möglich, soweit sie der befriedigte Gläubiger veranlaßt¹³¹, sodann bei entsprechender Anzeige des Schuldners (OR 110). Im übrigen erfolgt sie in vielen verschiedenartigen Fällen von Gesetzes wegen, allerdings immer nur zugunsten desjenigen, der eine fremde Schuld aus eigenen Mitteln bezahlt. Ihrer Einführung in Analogie zum anglosächsischen Recht¹³² zugunsten der an einem Vermögen wirtschaftlich Berechtigten, aus dem dessen Verwalter eigene oder fremde Schulden bezahlt, steht jedoch kaum etwas entgegen, da die Gefahr der Schädigung von Interessen Dritter im Vergleich zur dinglichen Surrogation als gering zu veranschlagen ist¹³³. Sie müßte jedoch gleichmäßig für alle Fälle der Veruntreuung und überhaupt der ungerechtfertigten Bereicherung, nicht nur zugunsten der Begünstigten einer rechtsgeschäftlichen Treuhand gegeben werden.

¹²⁸ Lemp 321 ff.

^{128a} Vgl. ante S. 336a.

¹²⁹ Vgl. oben § 56.

¹³⁰ Vgl. oben Anm. 89.

¹³¹ In diesem Fall ist sie von der Zession, in welcher Form nach schweizerischem Recht die Veranlassung des Rechtsüberganges durch den Gläubiger allein möglich ist, kaum zu unterscheiden; vgl. von Tuhr/Siegwart 465 Anm. 39.

¹³² Ähnliche Regeln gelten z. T. offenbar auch im skandinavischen Recht, Wengler 497.

¹³³ Planiol/Ripert II No. 476.

e) Die Frage des Widerrufs

§ 91. Ein Hindernis für die Reception oder Nachahmung des trust wird endlich darin erblickt, daß er als grundsätzlich unwiderruflich gilt, während nach schweizerischem Recht die Widerruflichkeit der Vollmacht (OR 34) und des Auftrages (OR 404) unabdingbar ist¹³⁴.

Die Widerruflichkeit der Vollmacht entfällt beim Treuhandrecht von selbst, weil die Verfügungsbefugnis des Treuhänders nicht auf Ermächtigung, sondern auf einem Eigenrecht beruht¹³⁵. Mit einem absolut wirkenden, die Verfügungsbefugnis des begünstigten Eigentümers ausschließenden Verwaltungsrecht würde dem «Treuhänder» in Anlehnung an die Testamentsvollstreckung eine durch den Willen des Errichters zur Vertretung des Begünstigten und insofern gesetzlich begründete Verfügungsmacht gegeben, die ihm durch den vertretenen Begünstigten nicht entzogen werden könnte^{135a}. Durch die Nachahmung des trust in der einen oder anderen Form würde, ohne daß das Treuhandverhältnis in seinem obligatorischen Teil deswegen unbedingt normiert werden müßte, ein Einbruch in das auf der Vorstellung der individuellen Autonomie beruhende Prinzip erfolgen, daß der Vertretene über die Vertlungsmacht unbeschränkt soll verfügen können¹³⁶.

¹³⁴ Pestalozzi 133; Riedweg 125. – Nach Alfaro, 28, der maßgeblichen Einfluß auf «trust»-Kodifikationen in einigen lateinamerikanischen Staaten hatte, unterscheidet sich der trust hauptsächlich durch seine Unwiderruflichkeit vom Mandat; die nach angloamerikanischem Recht zulässige Revokationsklausel widerspricht seines Erachtens lateinischer Logik, weil ein widerruflicher trust nichts anderes als ein Mandatverhältnis sei.

¹³⁵ Vgl. § 9.

^{135a} Zum Begriff der gesetzlichen Vertretung vgl. von Tuhr/Siegwart § 43. Gautschi, Auftrag 173: «Die Erben, die auftragsrechtlich gesehen zumeist die Stellung von Drittbegünstigten einnehmen, können den Willensvollstreckungsauftrag nicht widerrufen.» Die Drittbegünstigung bewirkt allgemein den Ausschluß der einseitigen Widerruflichkeit des Auftrags; vgl. § 92.

¹³⁶ Oser/Schönenberger OR 34 N 7 zitiert Hodler, Der Widerruf nach schweiz. OR verglichen mit dem deutschen Recht

Daraus entstünde das Bedürfnis nach einem besonderen Schutz der Begünstigten, der analog zum Trustrecht in einer öffentlichen Gerichts- oder Verwaltungsaufsicht und als ultima ratio in der Absetzung des Treuhänders durch die Aufsichtsbehörde gesucht werden müßte¹³⁷.

Brunner¹³⁸ nimmt irrtümlich an, ein trust werde immer einseitig errichtet, so daß er sich mit dem Auftrag von vornherein nicht vergleichen lassen würde. Viele trusts beruhen auf Testament; dessen Widerruf und Anfechtung ist nach angloamerikanischem Recht nicht wesentlich anders als im schweizerischen Recht geordnet¹³⁹. Viele trusts werden aber auch durch Vertrag errichtet, der – wie der fiduziarische Vertrag – als auftragsähnlich zu qualifizieren ist. Declarations of trust bilden die Ausnahme; wären sie auch nach schweizerischem Treuhandrecht möglich, würde sich der Widerruf des settlor wohl nach den für eine Stiftung geltenden Regeln beurteilen. Auch hier aber, wie allgemein bei der Treuhand, würde zwischen dem Treuhänder und

(Berner Diss. 1909): «Der Bevollmächtigte wird gleichsam in die Persönlichkeitssphäre des Machtgebers hineingezogen, um dort als Stellvertreter desselben handeln zu können. In dieser Hinsicht erwachsen dem Bevollmächtigten keine verfolgbaren Rechte, sondern er ‚kann‘ und ‚darf‘ nur wie und solange der Machtgeber will.» – Vgl. auch Gautschi, Auftrag 173, 182 (Widerruflichkeit als Ausdruck des Freiheitsprinzips). – Dieses Prinzip hat die gleiche Wurzel wie das grundsätzliche Verbot dinglicher Verfügungsbeschränkungen, vgl. § 75.

¹³⁷ Eine solche besteht bis zu einem gewissen Grade beim Testamentsvollstrecker, der auch abgesetzt werden kann (BGE 74 I 423 ff.; Lob 107 ss.; Jost 32 ff.); denkbar (wenn man sich mit dem Gedanken einer Absetzung des fiduziarischen Eigentümers nicht vertraut machen kann) wäre auch die Sicherstellungspflicht und als Sanktion die Anordnung einer Beistandschaft, wie sie zum Schutze des Eigentümers gegen unerlaubte Verfügungen des Nutznießers erfolgen kann (ZGB 762).

¹³⁸ S. 35 ff., 79; gl. M. Riedweg 125.

¹³⁹ Curti I 199 ff., 206; Geldart 135; Pringsheim 667 ff. – Vgl. aber immerhin die durch den constructive trust praktisch gewährte Formfreiheit für Testamente, mit denen ein trust geschaffen werden soll, § 43 a. E.

dem Begünstigten ein auftragsähnliches Verhältnis als obligatorische Grundlage des sachenrechtlichen Treuhandverhältnisses bestehen. Es stellt sich die Frage, ob die Unwiderruflichkeit des Treuhandvertrages, soweit dieser ihrer um seines Zweckes willen bedarf, mit OR 404 oder – wenn der Treuhandvertrag und seine Unwiderruflichkeit ausdrücklich normiert werden soll – mit dem in dieser Bestimmung enthaltenen Grundgedanken vereinbar ist.

§ 92. Der settlor kann den trust nur widerrufen, soweit er sich dies ausdrücklich vorbehalten hat¹⁴⁰. Auch nach den Grundsätzen des schweizerischen Rechts kann jedoch der Errichter einer Treuhandschaft, wie nun zu zeigen ist, den Treuhandvertrag in vielen Fällen nicht einseitig widerrufen.

Nach dem feststehenden Grundsatz¹⁴¹, daß das Recht auf jederzeitigen Widerruf eines Auftrages unverzichtbar, OR 404 m. a. W. zwingendes Recht ist, kann z. B. ein Fiduziant eine zu seinen eigenen Gunsten begründete Fiduzia jederzeit widerrufen¹⁴². Dies würde sich bei einer Verdinglichung der Rechte des Fiduzianten nicht ändern und hätte entsprechend für ein durch den Eigentümer zu seinen eigenen Gunsten einem «Treuhänder» eingeräumtes Verwaltungsrecht zu gelten. Auch ein trust kann durch den settlor frei widerrufen werden, wenn dieser alleiniger Begünstigter ist¹⁴³.

Ist an der Errichtung einer Treuhand eine Mehrzahl beteiligt, deren Interessen auf diese Weise zusammengefaßt und wirkungsvoll vertreten werden sollen, so erscheint die Regel, daß von mehreren Auftraggebern jeder für sich allein Auftrag¹⁴⁴ und Vollmacht¹⁴⁵ müsse widerrufen kön-

¹⁴⁰ Vgl. oben S. 346a.

¹⁴¹ Vgl. Becker OR 404 N 8; Oser/Schönenberger OR 404 N 2; BGE 57 II 190, 59 II 261.

¹⁴² Blaß 67; a. M. ZR 35 (1936) No. 25 S. 68.

¹⁴³ Vgl. oben S. 346a.

¹⁴⁴ Oser/Schönenberger OR 404 N 6.

¹⁴⁵ Becker OR 34 N 7, nach dem jedoch ein Widerruf nur durch Mehrheitsbeschuß möglich ist, wenn auch die Bevollmächt-

nen, als unzweckmäßig. Oft, zum Beispiel bei einer Treuhand zur Gesellschaftskontrolle oder -gründung, könnten allerdings auf das Verhältnis unter den verschiedenen Treuhanderrichtern, welche zugleich die Begünstigten sind, die für die einfache Gesellschaft geltenden Regeln angewendet werden, so daß eine Absetzung des Treuhänders durch die Gesellschafter nur im Rahmen von OR 539 möglich wäre¹⁴⁶ und eine Auflösung durch einen Einzelnen durch den Ausschluß des Kündigungsrechtes für eine bestimmte Zeit¹⁴⁷ vermieden werden könnte. Für die gesetzlichen Vertreter der Obligationäre besteht von Gesetzes wegen ein (sogar qualifiziertes) Mehrheitsprinzip (OR 1162, 1164 II, 1180 I)¹⁴⁸. Wo das Treugut im Miteigentum der Begünstigten steht, kann sich daraus, daß die Aufhebung des Miteigentums im Rahmen von ZGB 650 ausgeschlossen wurde, eine Begrenzung des nach Auftragsrecht jedem einzelnen Miteigentümer zustehenden Rechtes auf Widerruf des Auftrages ergeben, der einen gemeinsamen, mit einem treuhänderischen Verwaltungsrecht ausgestatteten Vertreter erteilt worden war¹⁴⁹.

Ein Auftrag in rem suam kann vom Auftraggeber nicht einseitig widerrufen werden¹⁵⁰. Entsprechend ist die zu gunsten des Fiduziaren errichtete Sicherungstreuhand un-

tigung über den Willen des einzelnen hinweg durch Mehrheitsbeschluß erfolgen konnte.

¹⁴⁶ von Tuhr/Siegwart 318 Anm. 62; Siegwart OR 543 N 12; Becker OR 34 N 3, OR 539.

¹⁴⁷ OR 545 Zif. 6; auch Willensmängel beim Abschluß des Treuhandvertrages könnten nur in ganz beschränktem Maße geltend gemacht werden.

¹⁴⁸ Bei Sammlungen ist ein einseitiger Widerruf durch einen einzelnen Spender nicht ausgeschlossen; Pfeiffer 68/9, 82; anders verhält es sich freilich bei einer echten Sammlung zugunsten Dritter (OR 112 II, III; vgl. post).

¹⁴⁹ Zertifikationsinhaber von Investmenttrusts werden mit Rücksicht auf die Widerruflichkeit des Auftrages ausgekauft; Boveri 20.

¹⁵⁰ von Tuhr/Siegwart 318 Anm. 62, 450.

widerruflich¹⁵¹. Aus gleichen Überlegungen kann ein zugunsten Dritter abgeschlossener, auftragsähnlicher Treuhandvertrag nicht einseitig vom Errichter der Treuhand widerrufen werden, soweit es sich um eine echte Drittbegünstigung handelt (OR 112 II, III)^{152, 153}. Auch die Anweisung als auftragsähnlicher Vertrag zugunsten eines Dritten ist nicht einseitig widerrufbar (OR 470)¹⁵⁴. Wenn ein Pfandhalter nur mit Zustimmung aller Gläubiger und des Schuldners abberufen und auf diese Weise der gemeinsamen Vertretung ein Ende gesetzt werden kann¹⁵⁵, so stellt dies m. E. nur einen Anwendungsfall der allgemeinen Regel dar, daß ein Auftrag zugunsten Dritter nicht einseitig aufgehoben werden kann. Das gleiche gilt für den Vertragsvertreter bei Anleihenobligationen; wird dieser durch Mehrheitsbeschluß der Obligationäre abberufen und durch keinen neuen ersetzt, ist eine Bestellung durch den Richter vorzunehmen, weil sich im Anleihenvertrag jeder Obligationär zugunsten der anderen Obligationäre zur Aufrechterhaltung einer Vertretung der Gesamtheit verpflichtet, so daß durch Mehrheitsbeschluß zwar die Person des Beauftragten, aber nicht die Vertretung als Auftrags-

¹⁵¹ Blaß 68; BGE 71 II 169 Erw. 2; Gautschi, 114/5, im Ergebnis gleich, obwohl die Unwiderruflichkeit ablehnend.

¹⁵² BGE 61 II 144; vgl. auch VVG 77 II.

¹⁵³ Die Frage eines Widerrufs der Vollmacht des Treuhänders zur Verfügung über das Treugut durch den Errichter der Treuhand stellt sich nicht, weil das Treugut im Eigentum des Treuhänders oder der Begünstigten steht.

¹⁵⁴ Vgl. darüber Pestalozzi 136; Becker OR 470; Oser/Schönenberger OR 470. Nach Gautschi, 131, kann der Anweisende den Anweisungsauftrag zwar widerrufen; der Angewiesene, der dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen hat, bleibt diesem gegenüber aber trotz «Widerruf» zur Auftragserfüllung verpflichtet. M. E. kann jedoch nicht von einem Recht auf Widerruf gesprochen werden, wenn es nicht durchsetzbar ist. – Auch die mit der Anweisung erteilte Vollmacht wird nach Maßgabe von OR 470 II praktisch unwiderruflich.

¹⁵⁵ GrundbuchV 51 II; Leemann ZGB 860 N 50.

verhältnis an sich aufgehoben werden kann¹⁵⁶. Auch bei der Hinterlegung Sicherheits halber¹⁵⁷ liegt ein auftragsähnliches, zugunsten Dritter begründetes Verhältnis vor, das vom Auftraggeber, dem Gläubiger, nicht einseitig aufgelöst werden kann¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Ziegler, OR 1162 N 3, der die Bestellung eines Vertragsvertreters ausdrücklich als Beauftragung zugunsten Dritter bezeichnet, OR 1158 N 12. – Hier liegt ein weiterer Ansatzpunkt für eine Regelung vor, nach welcher der Widerruf eines Auftrages, der von einer Mehrzahl in gegenseitigem Interesse erteilt wurde, nur wieder durch alle gemeinsam erfolgen darf.

¹⁵⁷ Vgl. darüber Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 202 ff.

¹⁵⁸ Dieses Institut vermag weitgehend eine Funktion des trust zu erfüllen, nämlich soweit dieser dazu dienen soll, eine neutrale Mittelperson zwischen Schuldner und Pfandgläubiger zu schieben. – Wenn jemand einem Geschäftsunternehmen Kredit gewährt und zu seiner Sicherheit verabredet, daß die Verwaltung einem von ihm benannten Vertreter übergeben werde, so ist dieses dreiseitige Auftragsverhältnis auf eine schwankende Grundlage gestellt, weil der Geschäftsinhaber dem neutralen Verwalter die Vollmacht zur Geschäftsführung jederzeit entziehen kann. Für von Tuhr/Siegwart, 319/20 Anm. 73, besteht hier ein Bedürfnis nach der gemäß BGB 168 zulässigen unwiderruflichen Vollmacht. Mit dieser wäre aber immer noch nicht – wie das die Sicherheit des Gläubigers erfordert – die konkurrierende Verfügungsbefugnis des Geschäftsinhabers ausgeschaltet. Eine vollständige Sicherung ließe sich nur erreichen, wenn der neutrale Verwalter Treuhänder wäre (sog. Sanierungstreuhand), sei es als fiduziarischer Eigentümer (wobei sich de lege ferenda die Frage stellt, ob dem Geschäftsinhaber für den Fall der Untreue oder des Konkurses des Fiduziars ein neuartiges beschränktes dingliches Recht gegeben werden soll), sei es auf Grund eines unentziehbaren, die Verfügungsbefugnis des Eigentümers mit absoluter Wirkung ausschaltenden Verwaltungsrechts. – Durch Auftrag zugunsten Dritter kann auch erreicht werden, daß geschäftsunerfahrenen Eigentümern die Verfügung über das Eigentum, wenigstens an Mobilien, Wertpapieren und Geld, entzogen wird in einer Weise, daß sie sie ohne Zustimmung eines anderen nicht erlangen können. Ein Testator oder Schenker kann eine Bank mit der Verwaltung des vermachten oder geschenkten Vermögens beauftragen und die Vermächtnisnehmer oder Beschenkten als Eigentümer verpflichten, die Verwaltung der Bank zu überlassen. Die Bank darf die ihr anvertrauten Vermögenswerte

§ 93. Ein Treuhänder (sowohl der trustee wie der Fiduziar) kann nicht daran gehindert werden, seine Aufgabe nicht zu besorgen und so sein Mandat faktisch niederzulegen, so daß ein neuer bestellt werden muß. Fraglich ist aber, wie weit er den Auftrag einseitig mit der Wirkung widerrufen kann, daß er damit zugleich seiner Verantwortlichkeit enthoben wird. In diesem Sinne demissionieren kann der trustee nur mit Genehmigung des Gerichtes¹⁵⁹. Nach schweizerischem Recht hat ein Fiduziar gestützt auf OR 404 das Recht, jederzeit – nur nicht zur «Unzeit» – zurückzutreten¹⁶⁰. Der Vormund allerdings, der jedoch eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugunsten einer in besonderem Maße schutzwürdigen Person zu erfüllen hat, kann innerhalb der Amtsperiode nur mit behördlicher Genehmigung zurücktreten (ZGB 443 II). Dem Testamentsvollstrecker jedoch billigt die herrschende Meinung ein Recht zur jederzeitigen Kündigung zu, sofern es nicht zur Unzeit ausgeübt wird¹⁶¹; die gleiche Regelung wird auf den Pfandhalter angewendet¹⁶². Wollte man den trust durch Zulassung eines neuartigen dinglichen Rechts, das den Begünstigten oder dem Treuhänder einzuräumen wäre, nachahmen und sich möglichst weitgehend an das Vorbild halten, müßte eine richterliche Aufsicht mindestens so stark

dem Begünstigten nicht herausgeben, wenn diese das Auftragsverhältnis ohne Zustimmung der Erben des Testators oder des Schenkers aufheben wollen. Die Begünstigten als Eigentümer können zwar der Bank die Vollmacht zur Verfügung über das Vermögen entziehen, erreichen aber damit nicht dessen Herausgabe; in einem solchen Falle sollte ein Beistand für das Vermögen, das die Bank mit Rücksicht auf die Doppelseitigkeit des Auftrages nicht herausgeben darf, ernannt werden. Vgl. darüber auch Pestalozzi 136.

¹⁵⁹ Vgl. oben S. 297a Anm. 151.

¹⁶⁰ Auch auf der Auftraggeberseite ist OR 404 trotz den Ausführungen in § 92 insofern nie durchbrochen, als die als Gesamtheit auftretende Mehrzahl von Auftraggebern insgesamt stets widerrufen kann.

¹⁶¹ Vgl. darüber Jost 34 mit vielen Hinweisen.

¹⁶² Leemann ZGB 860 N 51.

ausgebaut werden, wie sie bei der Vormundschaft durch die Verwaltung ausgeübt wird. Eine von den im bestehenden Recht gegebenen Grundlagen ausgehende Weiterentwicklung der Treuhand hätte sich jedoch nach den für die Testamentsvollstreckung ausgebildeten Regeln zu richten. Der reibungslose Fortbestand einer Treuhand beim Ausscheiden des bisherigen Treuhänders, sei es infolge Absetzung, infolge Rücktrittes, Todes, Konkurses, der Entlassung, wäre nur gewährleistet, wenn eine Aufsichtsbehörde oder das Gericht einen neuen Treuhänder ernennen könnte, so bei Uneinigkeit unter mehreren Begünstigten oder unter ihnen und dem Errichter. Die Anordnung einer Beistandschaft in solchen Fällen vermag keine adäquate Hilfe zu bieten, insbesondere nicht, wenn der Treuhänder Eigentümer des Treugutes sein soll¹⁶³. Bei allen gesetzlichen Vertretern erfolgt die Ersetzung des Vertreters durch die Aufsichtsbehörde oder, wie bei der Pfandhalterhaft und der Vertretung der Obligationäre, nötigenfalls, wenn sich die Parteien nicht einigen können, durch das Gericht (ZGB 860, 1162).

§ 94. Nach englischem Recht können die Benefiziare den trust bei Einstimmigkeit vorzeitig auflösen, nach dem in der Mehrheit der amerikanischen Staaten geltenden Recht bedürfen sie dabei zusätzlich des Einverständnisses des settlor¹⁶⁴.

Aus dem Treuhandvertrag als auftragsähnlichem Vertrag sui generis zugunsten Dritter ergibt sich ähnlich wie im amerikanischen Trustrecht, daß die Begünstigten ohne Zustimmung des Errichters der Treuhand weder den Treuhänder absetzen noch insbesondere das Treuhandverhältnis vorzeitig auflösen können¹⁶⁵. Der Treuhandvertrag wäre m. E. auch verletzt, wenn einzelne Begünstigte zusammen mit dem Errichter den Treuhänder gegen den Willen der

¹⁶³ Vgl. oben S. 258a.

¹⁶⁴ Vgl. Näheres in § 71.

¹⁶⁵ Vgl. darüber und für das folgende § 92.

übrigen Begünstigten absetzen oder gar das Treuhandverhältnis als solches auflösen wollten; der Treuhänder müßte sich über einen solchen Widerruf mit Rücksicht auf seine Verpflichtungen gegenüber den übrigen Begünstigten hinwegsetzen. Nach geltenden Grundsätzen vermöchte allerdings jeder Begünstigte dem Treuhänder, wenn diesem de lege ferenda nur ein Verwaltungsrecht und nicht das Eigentum eingeräumt würde, die Verfügungsmacht über das Treugut zu entziehen¹⁶⁶. Dem steht aber die Natur eben dieses in Anlehnung an die Testamentsvollstreckung eingeführten Verwaltungsrechts entgegen¹⁶⁷. Die sonst im Widerrufsrecht garantierte individuelle Autonomie¹⁶⁸ müßte durch eine von einer Verwaltungsbehörde oder durch den Richter auszuübende Aufsicht geschützt werden. Die Aufsichtsinstanz müßte das Recht haben, den Treuhänder aus wichtigen Gründen oder nach freiem Ermessen auf Antrag eines jeden Beteiligten abzusetzen und unter Umständen das Treuhandverhältnis als solches aufzulösen.

Dem Treuhandrecht wohnt die Tendenz inne, der gesetzlichen Vertretung, die bisher (abgesehen von der in ihrer Verwendbarkeit durch das Pflichtteilsrecht stark eingeschränkten Testamentsvollstreckung) nur in Ausnahmefällen angeordnet werden konnte, ein weites Anwendungsbereich zu öffnen¹⁶⁹. Die individualistische Grundhaltung unseres Rechtes würde durch die Reception oder Nachahmung des trust wesentlich verändert¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Becker OR 34 N 7; vgl. ferner Anm. 136, 158.

¹⁶⁷ Vgl. § 91. Die Beschränkung, die für die Abberufung des Pfandhalters und des Vertreters der Obligationäre besteht, bezieht sich auch auf die Vollmacht; vgl. § 92; OR 1162; ebenso die Unwiderruflichkeit der Anweisung, vgl. Anm. 154.

¹⁶⁸ Vgl. oben Anm. 136.

¹⁶⁹ Nußbaum 195: «Das (trust-) Recht gestattet dem Eigentümer gleichsam, sich freiwillig einer vom Treuhänder ausgeübten Pflegschaft zu unterwerfen.»

¹⁷⁰ Goldschmidt leitete sein Treuhand-Referat am 36. Deutschen Juristentag nicht ohne Grund mit einer Darstellung des sozialen Elements der Treuhand ein. – Der eher praktische als ideologische:

2. Die sekundären systematischen Hindernisse¹⁷¹

a) Kollisionen im Familien-Güterrecht

§ 95. Das Güterrecht des common law, das dem Ehemann weitgehend das unbeschränkte Eigentum am Frauengut verschaffte, wurde in equity durch die Bestellung der dos als separate estate in der Form eines trust überwunden. Soweit der Ehemann den legal title am Frauengut erlangte, konnte er vom equity-Richter zum trustee zugunsten der Frau erklärt werden. Heute herrscht, meist auf Grund von statutes, das Prinzip der Gütertrennung¹⁷². Auch heute kann das Frauengut in trust gegeben werden; der Ehemann, dem im Rahmen der nun statuierten Gütertrennung

Individualismus angelsächsischer Prägung, der das Trustrecht geformt hat, beruht auf der Freiheit, das Vermögen für lange Zeit (nur durch die rule against perpetuities beschränkt) an einen bestimmten Zweck zu binden und so dem Willen des Verfügenden inter vivos und post mortem Geltung zu verschaffen; ihm entspricht die den trust umgebende Diskretion (die Trustrechtsprechung erfolgt in England zum größten Teil unter Ausschluß der Öffentlichkeit, «in Chambers»).

¹⁷¹ Die primären dogmatischen Hindernisse, die sich — wie dargestan — einer Einführung des trust in den Weg stellen, werden gebildet durch die Verschiedenheiten der Begriffe und der rechtlichen Ordnungsprinzipien, es handelt sich also um Schwierigkeiten der rechtslogischen Deduktion, um Störungen in der Folgerichtigkeit der Rechtssätze. Die nun zur Darstellung gelangenden, sekundären systematischen Hindernisse betreffen die Wirkungen und Kollisionen, die seiner freien Anwendung, wenn er eingeführt werden könnte, in den verschiedenen Rechtsgebieten unseres Zivilrechtes entgegenstehen würden. Die rechtlichen Ordnungen insbesondere unseres Familiengüterrechtes (eheliches Güterrecht, Vormundschaftsrecht, Erbrecht) sind mit zwingendem öffentlichem Recht durchsetzt. Die Einführung des trust in diese, wie auch in andere Rechtsbezirke müßte die herrschenden Ordnungen ändern oder stören. Das soll summarisch gezeigt werden.

¹⁷² Vgl. über die für das Wesen des trust sehr aufschlußreiche Entwicklung des angloamerikanischen Güterrechts u. a. Geldart 36 et seq., 65 et seq.; Halsbury 126/7; Scott §§ 119, 146; Roth 160 ff.; Goldschmidt, Real Property 365/6; Curti I 60 ff.

das Frauengut zur Verwaltung anvertraut wird, gilt als trustee¹⁷³. Würde die Verwaltung des Frauengutes beim Güterstand der Gütertrennung in der Form eines recipierten trust oder eines analogen Treuhandinstitutes vereinbart, so würde praktisch ein neuer Güterstand begründet. Eheguterrechtlich könnten rechtsgeschäftlich neue Eigentums- und Verfügungsrechte der Ehegatten abgemacht werden. Auch wenn die Haftung des Frauengutes dabei nicht eingeschränkt würde, weil die Gläubiger auf die Ansprüche der Frau als Begünstigte greifen könnten¹⁷⁴, so entstünden nicht leicht zu übersehende, kaum zu duldende Unklarheiten. Im Falle der Güterverbindung ist nur eine beschränkte dingliche Surrogation möglich, im Falle der Verwaltung des eingebrochenen Frauengutes durch den Ehemann als Treuhänder ergäbe sich jedoch die weitgehende, die das angloamerikanische Trustrecht ausgebildet hat. Der Ehemann stünde als trustee unter der Aufsicht des Gerichtes, mit allen geschilderten Wirkungen. Die Gerichte würden auf diese Weise mit der aktiven Verwaltung von Frauengut befaßt werden können¹⁷⁵.

§ 96. Nach englischem Recht ist der Vormund trustee des Mündelvermögens und verfügt in eigenem Namen darüber¹⁷⁶. In Amerika hat der guardian nur den Besitz und nicht den legal title am Mündelvermögen; seine Stellung

¹⁷³ Halsbury 152; Lepaulle 76; Batiffol 22.

¹⁷⁴ Das wäre jedoch nur der Fall, wenn der amerikanische spendthrift trust zwingend ausgeschlossen würde (vgl. § 71 Anm. 322); das englische Recht, das sonst Verfügungs- und Exekutionsbeschränkungen für die Rechte aus dem trust nicht zuläßt, kannte zur Sicherung der Ehefrau gegen sich selbst den restraint upon anticipation or alienation, der ähnliche Wirkungen wie der spendthrift trust zeitigte; dieser restraint wurde jedoch durch den Law Reform (Married Woman) Act 1935 als unzulässig erklärt; vgl. darüber die in Anmerkung 172 angeführte Literatur.

¹⁷⁵ Auch die Regelung der Verwaltung des Kindesvermögens gemäß ZGB 290 ff. würde durch ein dem trust nachgebildetes schweizerisches Treuhandrechtt Veränderungen unterworfen.

¹⁷⁶ Lewin 205; Halsbury 88 n.b.; Geldart 61; Lepaulle 66/7, 72; Batiffol 22.

hat amtlichen Charakter, er ist officer of the court und steht insofern unter besonders strenger Aufsicht. Seine Beziehung zum Mündel ist jedoch fiduziarisch¹⁷⁷, so daß er den gleichen Loyalitätspflichten wie ein trustee unterworfen ist und das Mündel im Falle der Veruntreuung auf dem Wege der Verhängung eines constructive trust den weitgehenden dinglichen Schutz genießt, den equity einem beneficiary angedeihen läßt¹⁷⁸. Meist aber wird das Mündelvermögen in einen express trust eingebracht, der vom privat bestellten trustee unter Ausschluß des guardian verwaltet wird¹⁷⁹; der trustee kann sogar bei entsprechenden Klau-seln im trust instrument Auszahlungen nach seinem Er-messen über den guardian hinweg direkt an das Mündel machen¹⁸⁰. Wenn der Gesetzgeber bei der Normierung eines dem angloamerikanischen trust analogen Treuhandrechtes nicht ausdrücklich die Errichtung eines Treuhandverhält-nisses für das Vermögen der Bevormundeten oder der Verbei-rateten ausschließen würde, so erlitte unser Vormundschafts-recht wahrscheinlich eine weitgehende Umgestaltung. Kol-lisionen mit der bestehenden Ordnung würden durch die verschiedene Ausbildung der administrativen Aufsicht über die Vormundschaft und einer gerichtlichen Aufsicht über den Treuhänder entstehen. Verwaltete ein trustee das Mündelvermögen, und nicht nach den bisher geltenden Vor-schriften der Vormund, so würde in bezug auf die Verant-wortlichkeit und in bezug auf Rechte und Pflichten Dritter und gegenüber Dritten zweierlei Recht nebeneinander be-stehen, es wäre denn, der Gesetzgeber würde beim Erlaß des neuen Treuhandrechtes das Vormundschaftsrecht dar-auf abstimmen^{181, 182}. Schon früher wurde dargelegt, daß

¹⁷⁷ Vgl. § 44.

¹⁷⁸ Scott §§ 7, 182.1; Bogert 39/40.

¹⁷⁹ Chemical Bank New York Bulletin October 1952.

¹⁸⁰ Scott l.c.

¹⁸¹ Vgl. dazu Demogue 3; Travaux 9 ss. (Graulich, Liège); Mignault 39.

¹⁸² Eine ähnliche Kollision trate auch bei der Anerkennung der Unterhaltsstiftung ein; vgl. BGE 79 II 213 ff. Vgl. auch § 121 ff.

durch die Errichtung eines trust die freiwillige Unterordnung unter eine gesetzliche Vertretung über ZGB 332 und 395 hinaus bewirkt werden könnte¹⁸³.

§ 97. Die Entwicklung des trust ist aufs engste verknüpft mit dem angloamerikanischen Erbrecht, das sich vom Erbrecht des civil law wesentlich unterscheidet. In England und Amerika besteht absolute Verfügungsfreiheit¹⁸⁴. Der legal title an der Hinterlassenschaft geht immer auf einen Erbschaftsverwalter oder Testamentsvollstrecker über, der die Liquidation, insbesondere die Bezahlung aller Schulden des Erblassers, und die Verteilung an die in der Regel durch Testament bestimmten oder gesetzlichen Erben vorzunehmen hat; die Unterscheidung des civil law zwischen Vermächtnisnehmer und Erben im engeren Sinne fällt damit weg, eine Haftung für Erbschaftsschulden besteht nicht. Die Erbfolge vollzieht sich unter der Kontrolle des Gerichts, das das Testament zu bestätigen hat («Probate» Court)¹⁸⁵.

Erbschaftsverwalter (administrators), Testamentsvollstrecker (executors) und Dauertestamentsvollstrecker (trustees) unterstehen in England und Amerika Trustrecht; sie

¹⁸³ Vgl. oben S. 396a.

¹⁸⁴ Vgl. darüber und für das folgende Pringsheim; Curti I 194 ff.; Geldart 48 et seq., 133 et seq. In England können seit dem Erlaß der Inheritance (Family Provisions) Act 1938 die dependants (Ehegatte, unverheiratete Tochter, minderjähriger Sohn oder Kinder, die sich infolge Krankheit nicht selbst erhalten können) das Gericht um Zusprechung einer angemessenen Unterstützung aus der Erbschaft angehen, wenn der Erblasser über den ganzen Nachlaß zugunsten Dritter verfügt und nicht – vor allem gerade durch Errichtung eines trust – für sie gesorgt hat. In unserem Zusammenhang ist wichtig, daß damit natürlich keineswegs ein Anspruch auf einen trustfreien Anteil an der Erbschaft begründet wird.

¹⁸⁵ Entsprechend beruht das angloamerikanische Steuersystem auf der Erbschaftssteuer, da der Staat im Moment der Erbfolge über jedes Vermögen eine Kontrolle ausüben und die Steuer in einfacher Weise auf dem ganzen Nachlaß beim Erbschaftsverwalter oder Testamentsvollstrecker erheben kann.

erhalten den legal title an der Hinterlassenschaft¹⁸⁶. Diese drei Institute würden im Treuhandrecht auf der Grundlage eines Verwaltungsrechts, das nach angelsächsischem Vorbild ausgebaut würde, aufgehen. Wenn man vom Vollrecht des Treuhänders ausgeinge und den Begünstigten ein beschränktes dingliches Recht gäbe, würden sich bei der Verwendung des neuen Treuhandrechts von Todes wegen schwierige Abgrenzungsfragen stellen; es entstünden funktionell zwei Arten der Testamentsvollstreckung¹⁸⁷.

Einem schweizerischen, dem trust nachgebildeten Treuhandinstitut gegenüber müßte das Pflichtteilsrecht vorbehalten werden. «Von allen Kulturstaaten schränkt das schweizerische Recht die Verfügungsfreiheit wohl am stärksten ein.»¹⁸⁸ Damit würden der Treuhand im Vergleich zum angloamerikanischen Recht, wo der trust vornehmlich der Regelung des Familien-Güterrechts dient^{188a}, ihre wichtigsten Anwendungsmöglichkeiten genommen¹⁸⁹. Der trust gerade war es, wie die Salmannschaft im germanischen und die fiducia im römischen Recht, mit dem die

¹⁸⁶ Geldart 139/40; Halsbury 155/6; Scott § 6; Restatement § 6; Bogert 33 et seq.; Beck 24 ff.; Lepaulle 66/7, 72; Batiffol 22. – Executors und administrators sind allerdings nach angloamerikanischer Auffassung von den trustees i. e. S. zu unterscheiden. Auf die historisch bedingten, für unsere Frage unwesentlichen Unterschiede kann hier jedoch nicht eingegangen werden. Die trustees unterstehen immer der Chancery, executors und administrators noch heute zu einem großen Teil dem Probate Court. Bezuglich der zum Nachlaß gehörenden Immobilien, die früher direkt auf die Erben übergingen und den Gläubigern des Erblassers nicht hafteten (in England bis zum Erlaß der Administration of Estates Act 1925) sind executor und administrator trustees i. e. S.

¹⁸⁷ Das Gleiche würde für die Pfandhalterschaft und die Vertreter der Anleihenobligationäre gelten.

¹⁸⁸ Escher Vorbem. ZGB 470–480 N 3.

^{188a} Vgl. §§ 19/20; Scott § 1; Stubbs 775; Chemical Bank New York Bulletin September 1950.

¹⁸⁹ Savatier 66.

Testierfreiheit erzwungen wurde¹⁹⁰. Der Vorbehalt des Pflichtteils gegenüber dem trust hat sich auch in Louisiana, wo die Erbfolge grundsätzlich nach französischem Recht geordnet ist, als ein erhebliches Hemmnis für den trust erwiesen¹⁹¹, der dort nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt¹⁹².

Eine der wichtigsten Aufgaben des trust ist die Erhaltung des Familienvermögens¹⁹³. Insofern würde seine Einführung der mit der Revolutionsgesetzgebung ihren Höhepunkt erreichenden Tendenz des civil law, das Erbrecht unter Überwindung autonomer Gemeinschaftsbindungen egalitär (gleichartiger Anspruch aller Erben) und individualistisch (freie Zirkulation für die Hinterlassenschaft) auszugestalten, entgegenwirken¹⁹⁴, ¹⁹⁵. Mit dem trust oder mit einem ihm nachgebildeten neuartigen Institut ließen sich, wenn seine Anwendbarkeit nicht erheblich einge-

¹⁹⁰ § 20; Roth 26 ff., 71 ff.; Siebert 44, 55; Erzer 12; Anker 12 ff.; Scott I 16; Schultze.

¹⁹¹ Dagget 52; Oppenheim 44. – Die Einführung des trust in Québec war nach Mignault, 37 ss., erst nach der Aufhebung des Pflichtteilsrechts möglich.

¹⁹² Über den Louisiana Trusts Estate Act 1938 besteht praktisch keine Gerichtspraxis. Die Literatur bestätigt, daß sich der trust dort nicht recht eingelebt hat. Vgl. neuestens Stone; Oppenheim. Vgl. S. 427a Anm. 257.

¹⁹³ Vgl. Anm. 188 a.

¹⁹⁴ Egger ZGB 335 N 1; Savatier 57; Kübler/Beutner, «Fideikomisse» RVH 3 342 ff.; Dagget 44; Planiol/Ripert III No. 3264 ss.

¹⁹⁵ In Louisiana stellte sich das absolute Verbot des Fideikomisses auch in der Form einer einfachen Nacherbeneinsetzung, an dem in Anlehnung an die französische Revolutionsgesetzgebung im Gegensatz zur allmählichen Lockerung im Mutterland festgehalten wurde, der Einführung des trust durch die Praxis als unüberwindliches, durch den Gesetzgeber nur zögernd beseitigtes Hindernis entgegen. Bis vor kurzem war der Louisiana-trust post mortem auf 10 Jahre beschränkt, was ihm nach allgemeiner Ansicht viel von seiner praktischen Bedeutung nahm; vgl. Stone 368 et seq. Neuestens kann er auf Lebenszeit des Begünstigten errichtet werden; vgl. Oppenheim 41 N 2.

schränkt würde, praktisch die gleichen Rechtsfolgen wie mit einer nach neuerer Rechtsprechung durch ZGB 335 in Verbindung mit ZGB 488 II verbotenen Unterhaltsstiftung erzielen¹⁹⁶. Mit Rücksicht auf das Verbot des Fideikommises im Sinne einer fortgesetzten Nacherbeneinsetzung gemäß ZGB 488 II müßte der trust oder ein ähnliches Institut einer zeitlichen Beschränkung unterworfen werden. Eine solche besteht aber aus den gleichen rechtspolitischen Überlegungen wie im civil law das Verbot des Fideikommises als rule against perpetuities auch im common law¹⁹⁷. Dieses scheint allerdings mehr Spielraum zu gewähren, weil innerhalb der durch die rule gesetzten Frist beliebig viele Substitutionen in der Begünstigung möglich sind, während nach dem Wortlaut von ZGB 488 II nur eine Nachfolge angeordnet werden kann. Ihrer ratio nach setzt jedoch diese Bestimmung der Wirkung einer vom Erblasser getroffenen Erbfolgeordnung lediglich eine zeitliche Schranke und steht einem mehrmaligen Nacherbenwechsel innerhalb der zwei auf den Erblasser folgenden Generationen nicht entgegen¹⁹⁸. Die rule against perpetuities sowohl als das Verbot des Fideikommises gemäß ZGB 488 II bedeutet im wesentlichen, daß der Erblasser über das Schicksal der Hinterlassenschaft nicht länger als bis und mit dem Übergang auf die Generation der Enkel zu bestimmen vermag.

Von der Möglichkeit, Nacherben einzusetzen, würde, wenn der trust oder ein gleiche Wirkungen zeitiges Treuhandrecht zur Verfügung stände, kaum mehr Gebrauch gemacht¹⁹⁹; es würden sich überdies schwierige Abgren-

¹⁹⁶ Egger ZGB 335 N 14; BGE 71 I 265, 73 II 81, 75 II 90; Meyer; Erich Huber; vgl. darüber Näheres §§ 111, 121 ff.

¹⁹⁷ Vgl. § 37; Scott § 62.10; Newman 275 et seq.; Geldart 54/5; Curti I 165 ff.

¹⁹⁸ Vgl. dazu Escher ZGB 488 N 5.

¹⁹⁹ Dies umso mehr, als der Nacherbe für die Schulden des Erblassers haftet, der Begünstigte aber nicht für diejenigen des Treugebers.

zungsfragen stellen, die wohl nur durch den Gesetzgeber befriedigend beantwortet werden könnten.

Insofern mit dem trust oder einem analogen schweizerischen Treuhandinstitut schon zu Lebzeiten über das Vermögen verfügt würde, könnten die formellen Vorschriften über die Erbenlegitimation umgangen werden²⁰⁰.

b) Auswirkungen im Sachenrecht

§ 98. Mehrfach schon wurde auf die funktionelle, z.T. auch konstruktive Verwandtschaft der Nutznießung mit dem trust hingewiesen²⁰¹. Ein recipierter trust oder eine Copie vermöchte die Nutznießung zu verdrängen. Es würden sich schwierige Abgrenzungsfragen stellen, wenn entschieden werden müßte, ob der Wille der Parteien oder des Erblassers auf Errichtung einer Nutznießung oder einer Treuhand mit Eigenbegünstigung des Treuhänders gerichtet war²⁰². Das Nebeneinander verschiedener Regelungen über die Verantwortlichkeit, die richterlichen Eingriffsrechte, die Sicherstellung, die dingliche Surrogation, die Aufteilung von Substanz und Ertrag bei der Nutznießung einer-, der Treuhand andererseits ergäbe bedenkliche Widersprüche. Die Bestimmungen über die Treuhand setzten jene über die Nutznießung als subsidiäres Recht für andere Vermögensverwaltungen, so beim Kindesvermögen, im ehelichen Güterrecht, bei der Nacherbschaft praktisch außer Anwendung, wenn nicht der Gesetzgeber von vornherein überall Anpassungen an die beim Ausbau der Treuhand im Sinne einer Nachahmung des trust neu geschaffenen Regelungen vornähme.

§ 99. Die Treuhand erfüllt häufig Sicherungsfunktionen, so daß von einer Rückbildung vom Pfandrecht zur

²⁰⁰ Aeppli, Im Hinblick auf den Tod des Bankkunden abgeschlossene Depotverträge, SJZ 44 (1948) 33/9.

²⁰¹ Vgl. § 77.

²⁰² Diese Erfahrung machte man auch in Louisiana; vgl. Stone 377; Dagget 53.

Sicherungsübereignung als seiner Urform gesprochen werden kann²⁰³. Ein Ausbau der Treuhand im Sinne einer Verdinglichung der Rechte des Treugebers würde vermutlich das Pfand, dem im System unserer Kodifikation die Rolle eines allgemeinen Realsicherungsinstitutes zugeschrieben ist, noch weiter in den Hintergrund treten lassen. Diese faktische Systemwandelung würde sich nicht nur wegen der stärkeren Stellung, die der Gläubiger als fiduziarischer Eigentümer anstatt nur als Pfandberechtigter innehat, vollziehen, sondern auch wegen der zugunsten des Schuldners eintretenden dinglichen Surrogation im Falle der vertragswidrigen Verwertung oder Veruntreuung der Pfandsache. Immerhin könnte die Fiduzia trotz ihres Ausbaues als Sicherungsinstitut kaum jene Bedeutung erlangen wie in Deutschland²⁰⁴ und im angloamerikanischen Rechtskreis, weil am Traditionsprinzip wohl festgehalten werden müßte²⁰⁵. Es deutet hierzulande nichts auf eine baldige Aufgabe dieses Prinzips hin²⁰⁶, im Gegenteil wird die Praxis dazu gelangen müssen, neben dem constitutum possessorium auch die Einräumung von Mitbesitz als ungenügend für die Begründung von Sicherungseigentum zu betrachten²⁰⁷. Sollte das dingliche Recht des Treugebers und Schuldners nicht nur gegenüber den Gläubigern des Treuhändlers bestehen (also ein Aussonderungsrecht darstellen), sondern auch gegenüber bösgläubigen Dritterwerbern, und würden

²⁰³ Vgl. oben S. 238a.

²⁰⁴ Vgl. Blaß 49 ff.

²⁰⁵ Das hätte z. B. zur Folge, daß weder das trust receipt noch insbesondere die nicht registerpflichtige englische letter of trust eingeführt werden könnte; vgl. oben S. 369a Anm. 70.

²⁰⁶ Vgl. oben S. 369a Anm. 70. – Überzeugend führt Oftinger, Fahrnispfand Syst. T. N 86, aus: «Auf eine Revisionsbedürftigkeit des geltenden Rechts kann jedoch, selbst wenn man die Streichung der in den Entwürfen umsichtig gefaßten Regelung der Fahrnisbeschreibung bedauern sollte, nicht geschlossen werden. Nur augenscheinliche und verbreitete Mißstände vermöchten eine solche zu rechtfertigen. Man wechselt Gesetze nicht wie ein Kleid.»

²⁰⁷ Vgl. oben S. 253a Anm. 18.

diese analog zum trust-Recht einer Erkundigungspflicht unterworfen²⁰⁸, so würde die Vereinfachung und Verstärkung der Stellung des Gläubigers, um derentwillen er die Sicherungsübereignung dem Pfandrecht vorzieht, weitgehend beeinträchtigt und die Revision verlöre ihren Sinn. Ein dem «Treuhänder» eingeräumtes absolut wirkendes Verwaltungsrecht könnte für die in unserem Recht häufigste zweiseitige Sicherungstreuhand keine Anwendung finden; ein solches Verwaltungsrecht, dem Gläubiger eingeräumt, könnte von einem Pfandrecht kaum unterschieden werden²⁰⁹. Dagegen wäre ein absolut wirkendes Verwaltungsrecht für eine neutrale Pfandverwaltung durch einen «Treuhänder» geeignet. Die Bestimmungen über den Pfandhalter (ZGB 860, 875 Zif.1, 877; OR 1161) verlören weitgehend ihren Charakter als *leges speciales* und wären überdies in manchen Teilen überholt, weil die Kompetenzen des neuen «Treuhänders» weitergingen. Gleichfalls würde die Hinterlegung Sicherheits halber faktisch eine eingreifende Umwandlung erfahren, weil man oft die Stellung des Depositars durch Verwendung des neuen Treuhandinstitutes zu verdinglichen und insofern zu verstärken suchte²¹⁰. Von einer Verdinglichung der Rechte des Fiduzianten oder der

²⁰⁸ Vgl. oben S. 323a.

²⁰⁹ Es zeigt sich hier erneut, daß mit einem solchen Verwaltungsrecht kein echtes Treuhandrecht, das auf einem Eigenrecht des Treuhänders beruht, geschaffen würde; vgl. §§ 76/7. Mit einem Verwaltungsrecht könnten auch die auf dem Kontinent abgesehen von Sicherungsgeschäften mit der Treuhand hauptsächlich verfolgten Zwecke der Verbergung und Umgehung nicht erfüllt werden. Echte Treuhandschaften sind nur der trust und die Fiduzia (mit oder ohne dinglicher Berechtigung des Fiduzianten, bzw. Begünstigten). Nach Siebert, 403 ff., dem m. E. darin beizupflichten ist, daß eine Revision des Treuhandrechtes in einem Staat des civil law nur sinnvoll ist, wenn auf die praktisch wichtige Treuhandfunktion der Sicherung Rücksicht genommen wird, soll sowohl das Recht des Fiduzianten oder Begünstigten einer Fiduzia verdinglicht wie ein absolut wirkendes Verwaltungsrecht geschaffen werden. Vgl. S. 231a, 238a.

²¹⁰ Vgl. oben S. 393a Anm. 158.

Gewährung eines absolut wirkenden Verwaltungsrechtes an einen «Treuänder» wäre wohl eine vermehrte Anwendung der Sanierungstreuhand zu erwarten. Der Kreditgeber wäre zwar hier, wo der Treuänder eine sich stets verändernde Vermögensmasse, insbesondere ein Geschäft verwalten müßte, nicht durch ein Pfandrecht gesichert (Spezialitäts- und Traditionsprinzip); aber darin, daß der Schuldner und Eigentümer dem Treuänder seine Verfügungsmacht nicht entziehen kann, bestände für den Kreditgeber eine Garantie²¹¹.

c) *Die Funktionen des constructive trust*

§ 100. Der constructive trust²¹² als vom Willen der Parteien unabhängiger, aus einer Rechtslage automatisch sich ergebender, vom Richter ex tunc erklärter trust dient als Rechtsinstitut der dinglich wirkenden Wiederherstellung in allen Fällen, wenn Vermögenswerte nicht bei demjenigen liegen, dem sie billigerweise gehören. So tritt der constructive trust immer dann in Kraft, wenn ein Besitzer, sei es mit oder gegen den Willen des Eigentümers, eine fremde Sache wirksam veräußert²¹³. Um seine Funktionen begreiflich zu machen, wird gesagt, er habe eine «überobligatorische» Wirkung²¹⁴. Es wird in der Literatur auch darauf hingewiesen, daß dem kontinentalen Recht ein «solches unfreiwilliges dinglich wirkendes Treuhandverhältnis» derart fremd sei, daß eine gesetzliche Einführung nicht in Frage komme²¹⁵.

²¹¹ Vgl. oben S. 393a Anm. 158.

²¹² Vgl. § 45 ante und dort angeführte Literatur; ferner Wengler 476; Siebert 64 ff., 68 f., 85 ff.; Curti I 142 ff.; Klausing 379; David 67 ff.

²¹³ Wengler 476.

²¹⁴ Siebert 227.

²¹⁵ Siebert 426; Lepaulle, 144, hält den constructive trust für gefährlich, da er einzelne Gläubiger zu Lasten anderer privilegiere, die Auswahl der privilegierten Obligationen hauptsächlich durch den Richter und nur in wenigen Fällen durch das Gesetz erfolge (129 ss.); im Liechtensteinischen Personen- und Gesell-

Der constructive trust ist aber nicht seiner Konstruktion wegen, als ein involuntary trust, systemwidrig. Er ist lediglich das rechtstechnische Instrument, über das das anglo-amerikanische Recht verfügt, um den dinglichen Schutz des wahren Eigentümers durch equity zu gewähren. Die Frage nach der Bedeutung des constructive trust muß funktionell gestellt werden. Seine Wirkungen, auf die allein es ankommt, könnten in unserem Recht auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung erzielt werden. Diese Wirkungen und nicht die Konstruktion sind unserem Rechtsdenken und dem begrifflichen Ausbau unseres Systems zuwiderlaufend. Unter gewissen Voraussetzungen verwandelt das angloamerikanische Recht mittelst eines constructive trust einen rein obligatorischen Anspruch in einen dinglichen: der nur obligatorisch Anspruchsberechtigte wird vom Richter zum beneficiary erklärt und der nur obligatorisch Verpflichtete zum trustee, so der praenumerando-Verkäufer, der Pfandgläubiger für den Wertüberschuß des Pfandes über die pfandgesicherte Forderung, der Pfandgläubiger auch für die Früchte, die er dem Eigentümer herausgeben muß, sodann immer auch derjenige, der eine Sache entgegen seinem wegen Formmangels ungültigen Versprechen behalten will usf. Im angloamerikanischen Recht wird die Surrogation immer mit der Verhängung des constructive trust vollzogen, weshalb die angelsächsische Praxis und Doktrin eine besondere Bezeichnung für diesen Vorgang nicht brauchte.

Vom ungeschriebenen kontinental-europäischen Treuhandrechtes unterscheidet sich der angloamerikanische trust, wie wir zu erhärten versuchten, nicht allein durch das Aussonderungsrecht. Spezifisch für ihn ist die potenzierte dingliche Sicherung des beneficiary. Die benefiziарischen Rechte an einer trust property gehen bei treubrecherischer Veräußerung nicht unter. Der Trustbann wird nur gebrochen durch den gutgläubigen Erwerb eines Käufers, in allen anderen Fällen mit dem constructive trust aufrechterhalten. Das angloamerikanische Recht wird, und das ist

der rechtliche Gedanke, der mit den Prinzipien unseres Rechtes im Widerspruch steht, beherrscht von der Vorstellung der Wandelbarkeit und der gleichzeitig unzerstörbaren Zuordnung des Kapitals zum Berechtigten. Dadurch wird der trustee eines rechtsgeschäftlichen trust für die Gegenleistung von treuwidrig veräußerter trust property constructive trustee und darum wird der express beneficiary entsprechend constructive beneficiary für diese Gegenleistung. Keine Permutation der trust property vermag die benefiziarischen Rechte abzubinden. Konsequent wird auch der Dritterwerber – wenn er ohne jede Gegenleistung oder wenn er bösgläubig erwarb – zum constructive trustee zugunsten des beneficiary und wiederum nicht nur für das ursprüngliche Treugut, sondern auch für das Surrogat und für das Surrogat der Surrogate²¹⁶. In solcher Weise dient der constructive trust beim express trust dem unbeschränkten Prinzip der Surrogation. Das following trust property (das aktive Schutzrecht des Benefiziars) wird also ermöglicht, indem durch den Richter unfreiwillige, dinglich wirkende Treuhandverhältnisse, nämlich constructive trusts, deklariert werden.

Für eine Erörterung der Auswirkungen einer Reception des angloamerikanischen trust ist nun aber entscheidend, daß der express trust nur ein einzelner, wenn auch wichtiger Anwendungsfall des constructive trust ist. Der constructive trust verkörpert mit der Verdinglichung obligatorischer Ansprüche, die er vollzieht – was der juristische Kern des trust überhaupt ist –, und mit der Surrogation, die er ermöglicht – die ihrerseits begriffswesentlich für den trust

schaftsrecht wird in Art. 911 Abs. 3 eine ähnliche Wirkung wie mit dem constructive trust beim express trust herbeigeführt: «Zum Treuhandgut gehört auch, was auf Grund eines zu ihm gehörenden Rechtes als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Treuhandgut gehörenden Gegenstandes, oder sonst mit Mitteln des Treugutes oder durch ein auf dieses sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird.»

²¹⁶ Über die Bedeutung der Identifikationslehre vgl. S. 333a ff.

ist –, ein allgemeines Rechtsprinzip. Nicht nur der trustee eines express trust soll sich unter keinen Umständen bereichern, es soll überhaupt jede Bereicherung dinglich korrigiert werden.

Anders ausgedrückt: Übernimmt eine kontinentale Rechtsordnung den angloamerikanischen trust in irgend einer Form, so kann das nichts anderes heißen, als daß zum Schutze des Begünstigten nicht allein das Aussonderungsrecht des ursprünglichen Treugutes im Falle der Insolvenz des Treuhänders gewährt, sondern auch die praktisch unbeschränkte Surrogation eingeführt wird. Ohne eine solche unbeschränkte Surrogation, die, wie auch die Aussonderung, im angloamerikanischen Recht mit dem constructive trust aus Billigkeit herbeigeführt wird, wäre das neue Treuhand-institut nur ein Schemen. Die Übernahme des angloamerikanischen trust, so begriffen, stellt aber alsdann unabweslich die Frage, ob nicht aus Gründen der Rechtsgleichheit, so wie das im angloamerikanischen Recht folgerichtig der Fall ist, die Rechtsfolgen, die der constructive trust zeitigt, auch bei uns nicht allein bei Veruntreuungen von Treugut, sondern allgemein bei Veruntreuungen anvertrauten Gutes und generell für alle Fälle der Bereicherung müßten gewährleistet werden.

§ 101. Die Einführung fremder Rechtsinstitute, die in einem anderen Rechtssystem entwickelt wurden, in eine Rechtsordnung, die die Grundgedanken solcher Institute ablehnt oder ihnen nur widerwillig in der Form von gesetzlich abschließend statuierten Ausnahmen Raum gewährt, muß, sofern der Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht gefährdet werden soll, sich immer auf das ganze System auswirken. Das kann nicht anders sein, weil ein System die Begriffe rechtslogisch verknüpft. Ungleichheiten darf der Gesetzgeber nicht wollen, darum kann er auch bei einem neu recipienten Treuhandrechtes das Traditionsprinzip, das mit jeder Surrogation durchbrochen wird, nicht hier stückweise preisgeben, ohne daß es auch dort in anderen Fällen in Frage gestellt wird.

Im angloamerikanischen Recht werden mit dem constructive trust Vermögensübertragungen rückgängig gemacht, die irrtümlich oder fraudulös, durch Täuschung, Drohung, Zwang bewirkt werden. Die gleiche Funktion wird in unserem Recht dem Grundsatze nach mit dem Kausalitätsprinzip erfüllt. Nach OR Art.31 kann die auf Grund eines nichtigen Vertrages erfolgte Leistung zurückgefordert werden; insoweit führt der constructive trust im angloamerikanischen Recht nur ein Ergebnis herbei, das wir mit der Vindikation erreichen, die das angloamerikanische Recht in solchen Fällen nicht geben konnte, da das common law nur die Schadenersatzklage kannte. Die dingliche Sicherung des in seinem Vermögen infolge irrtümlicher oder fraudulöser Übertragung von Vermögensrechten Geschädigten geht aber im angloamerikanischen Recht weiter, da der constructive trust nicht allein den Zugriff auf die übertragenen Rechte, sondern auch auf deren Surrogate gibt. Ohne eine gesetzliche Anordnung der Surrogation allgemein bei der Rückforderung von übertragenen Vermögenswerten auf Grund anfechtbarer oder nichtiger Verträge wäre der Begünstigte im Falle der Veruntreuung seines Treugutes besser gestellt als der Eigentümer, dessen Verfolgungsrecht alsbald abgeschnitten ist, wenn seine Sache an Dritte veräußert wurde. Hat sie der Besitzer, bevor sie zurückgefordert wurde, veräußert, so ist der Eigentümer in der Regel auf die Schadenersatzklage angewiesen; er hat für die Gegenleistung kein Aussonderungsrecht. Das ergäbe rechtsungleiche Folgen, die als stoßend empfunden werden müßten: Das unbelastete Eigentum bei einer rechtsunwirklichen Veräußerung genösse minderen Schutz als die bloß eigentumsähnlichen Nutzrechte eines Benefiziars.

Eine weitere Ungleichheit, die kaum gerechtfertigt werden könnte und mit der der Gesetzgeber sich auseinanderzusetzen hätte, läge alsdann auch darin, daß zwar der Begünstigte einer echten Treuhand, sofern sie eingeführt würde, durch die dem trust eigene Surrogation in erhöhtem Maße dinglich gesichert wäre, in Fällen jedoch, die eine

ähnliche Interessenlage aufweisen, diese Sicherheit dem Schutzbedürftigen versagt bliebe, wenn sie nicht ausdrücklich neu angeordnet würde²¹⁷. Der constructive trust wird im angloamerikanischen Recht auch verhängt, ohne daß es sich um echte Trustbeziehungen handelt, immer dann, wenn anvertraute Vermögensrechte veruntreut wurden. Der Klient eines Geschäftsanwaltes, der das ihm zur Verwaltung anvertraute Kapital mißbräuchlich verwendet und allgemein der Auftraggeber, dessen Beauftragter pflichtwidrig das ihm anvertraute Gut verkauft oder tauscht, hat im angloamerikanischen Recht bei Insolvenz des Anwaltes oder allgemein desjenigen, dem eine Sache anvertraut worden war, das Aussonderungsrecht auch für das Surrogat und bei Veräußerung an einen Bösgläubigen oder an einen kein Entgelt leistenden Dritten ein Zugriffsrecht auf die veräußerte Sache sowohl wie auf ihre Surrogate – nicht anders und nicht weniger als der beneficiary, was nur recht und billig scheint. Trotz des Vindikationsrechtes ist die Stellung des Eigentümers, der seine Sache einem Anwalt, einem Mieter, Nutznießer, Pfandgläubiger usf. anvertraute, in unserem Rechte schwächer, selbst wenn, wie im Falle von OR Art. 401, eine beschränkte dingliche Surrogation möglich ist. Der Begünstigte eines recipierten trust oder einer Nachahmung wäre dinglich – ohne jeden Grund – gesicherter.

Das angloamerikanische Recht setzt den constructive trust wie dargetan als ein Mittel zur sachlichen Restitution nicht nur ein, um den true owner mit dem following trust property dinglich zu schützen, soweit als es praktisch angeht. Es dürfte, wenn ein schweizerisches Treuhandrecht analog dem angloamerikanischen Recht im Rahmen der Vertragsfreiheit den Parteien zur Verfügung gestellt wäre, der schweizerische Gesetzgeber es ebensowenig übersehen wie der equity-Richter, daß ein Käufer mit der Zahlung des

²¹⁷ Einen eng begrenzten Schutz gewährt SchKG 202. Vgl. S. 380a Anm. 94.

Kaufpreises wirtschaftlich Eigentümer der Sache geworden ist, auch wenn sie noch nicht tradiert wurde. Verschiebt man mit dem Treuhandrecht die Grenze zwischen obligatorischen Rechten und dinglichen Rechten derart, daß die Parteien den Grenzverlauf für Dritte verbindlich in einem Treuhandvertrag selber festlegen können, so steht nur noch die Gewohnheit, aber kein fester Rechtsgrundsatz mehr der Annahme entgegen, der Käufer, der den Kaufpreis erlegte, die Kaufsache aber noch nicht erhielt, sei dinglich im gleichen Maße zu schützen wie ein Begünstigter. Entsprechend müßten wohl alle Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und negotiorum gestio verdinglicht werden.

d) Auswirkungen im Gesellschaftsrecht

§ 102. Ein Vermögen ist regelmäßig mit allen seinen Rechten und Pflichten einer Person zugeordnet; ist das Vermögen verselbständigt, wird eine juristische Person geschaffen²¹⁸. Sondervermögen mit besonderer, ex lege nach außen wirkender Zweckbindung, die nicht in einem Rechtssubjekt verkörpert sind, können nur ausnahmsweise in vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen gebildet werden²¹⁹; ihre Stellung im System ist immer umstritten²²⁰. Mit dem trust oder einem ihm nachgebildeten Institut könnten Sondervermögen in allgemeinster Weise bestellt werden²²¹. Die Zweckbindung wird erreicht durch die Ver-

²¹⁸ Planiol/Ripert/Boulanger I Nos. 2515 ss.

²¹⁹ Motulsky 459.

²²⁰ So ist die juristische Natur der Kollektivgesellschaft, vor allem die Frage, inwieweit sie als juristische Person zu qualifizieren ist, umstritten; vgl. Egger ZGB 52 N 4 «Stufen der Personifizierung». – Der Nachlaß in amtlicher Liquidation «ist in gewissem Sinne ein komplexes Gebilde»; Escher Vorbem. ZGB 493 ff. N 3. – Über die einer gesetzlichen Vertretung unterliegenden Sondervermögen vgl. oben S. 225a, 354–356a.

²²¹ Unter diesem Gesichtspunkt hat Lepaule den trust betrachtet; er glaubte, ihn als patrimoine affecté de lege lata ins französische Recht einzufügen zu können, übersah jedoch die exceptionelle Stellung der nicht korporierten Sondervermögen im Rechtssystem des civil law.

dinglichkeit der Rechte der Begünstigten am Treugut, das dadurch den Gläubigern des trustee entzogen wird, obschon primär für die Schulden des Treugutes nach außen gerade lediglich der trustee haftet, dem das Vermögen formell zugeordnet bleibt²²². Darin liegt die Eigenart der anglo-amerikanischen Treuhand, die bei uns auch aus diesem Grunde²²³ nur mit einer Weiterbildung der Fiduzia und nicht mit der Schaffung eines Verwaltungsrechtes, dessen Träger nicht zugleich Träger des Objektes seiner Verwaltungsmacht wäre und also kein Eigenrecht hätte, kopiert werden könnte. Darin liegt überdies die insbesondere der Verbergung dienende Beweglichkeit der Treuhand, deren Ausbau wohl eine vermehrte Verwendung des Instituts der stillen fiduziarischen Gesellschaft mit sich brächte, die dem stillen Gesellschafter als Begünstigtem ja dann weitgehende dingliche Sicherheit bieten würde²²⁴.

§ 103. Die Verselbständigung des Treugutes als Sondervermögen könnte, wie das englische Vereinswesen und die Entwicklung des amerikanischen business trust lehrt²²⁵, durch besondere Vorkehren in einer Weise vervollkommen werden, daß der trust oder seine Kopie praktisch die ge-

²²² Darum – weil der trustee die nuda proprietas innehat – würde de lege lata mit einer Sondervermögensbildung auf dem Wege der Trusterrichtung zugleich der numerus clausus verletzt; vgl. Kap. 3 I 2. Auch das wurde von Lepaulle übersehen, der den trustee nur als administrateur und nicht als Vermögensträger auffaßte, was er aber trotz der allmählichen Unterstellung des trust unter die für juristische Personen geltenden Regeln (vgl. oben S. 338a, 342a) bis heute geblieben ist.

²²³ Vgl. oben S. 354–356a, 406a.

²²⁴ Würde der Treuhänder nicht als Gesellschafter auftreten, sondern als unabhängiger Einzelkaufmann, müßte das Aussonderrungsrecht des stillen Gesellschafters mit Rücksicht auf das Vertrauen der Gläubiger in den Rechtsschein analog zur rule of estoppel auf Grund von ZGB 2 oder durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden.

²²⁵ Vgl. Roth 164 ff.; Lepaulle 294 ss.; Maitland 42 ff.; Geldart 82 et seq.; Scott § 274; vgl. ferner die Darstellung der Haftungsgrundsätze beim trust, oben S. 338a ff.

bräuchlichen Korporationen, vor allem die Aktiengesellschaft und den Verein, zu ersetzen vermöchte, wenn der Gesetzgeber nicht spezielle Maßnahmen, die schwierige Abgrenzungsprobleme aufwerfen müßten, dagegen ergreifen würde. Die trustees oder die schweizerischen Treuhänder als Geschäftsführer könnten ihre Haftung aus Verträgen, die sie für den trust fund abschließen, bei genügender Bekanntgabe an die Gegenpartei auf das Treugut beschränken, – dies würde ihnen auf dem Wege der Usanzbildung desto leichter fallen, je größer der vertrustete Geschäftsbetrieb wäre²²⁶. So würde für ordnungsgemäß eingegangene Geschäftsschulden nur das Treugut, das in diesem Ausmaße dem Aussonderungsrecht der benefiziarischen Gesellschafter entzogen wäre, haften, ebenso wie für die trustees als formelle Eigentümer treffenden Lasten (Werkhaftung, Liberierung von Aktien), für die sie (und damit ihre Gläubiger) auf das Treugut Rückgriff nehmen könnten. Würde das Treugut nicht ausreichen, könnten die Gesellschafter, wie das der englischen, nicht aber der amerikanischen Regelung entspricht²²⁷, nach dispositivem Auftragsrecht (OR 402) auf dem Regreßwege belangt werden. Dieser Regreß könnte jedoch im Treuhandgesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Eine Haftung der benefiziarischen Gesellschafter aus Vertretung (OR 543) würde nicht entstehen, da die Treuhänder als formell Eigenberechtigte, nicht als Vertreter handelten. Für ihre eigenen Delikte als Geschäftsführer würden die trustees lediglich persönlich haften, für diejenigen der Angestellten, für die sie als Geschäftsherren einzustehen hätten, könnten sie Regreß auf das Treugut als Gesellschaftsvermögen nehmen. Würde eine entsprechende interne Kontrollorganisation geschaffen und würden die Rechte der Gesellschafter als Begünstigte durch Zertifizierung verkehrsfähig gemacht, so entstünde auf diese Weise ein der Aktiengesellschaft ähnlicher Ver-

²²⁶ Maitland 67.

²²⁷ Vgl. oben S. 343a Anm. 312.

band unter Umgehung der meisten zwingenden Vorschriften des Aktienrechts²²⁸. Solche Gebilde, sog. business trusts²²⁹, sind in Amerika tatsächlich entstanden und geduldet worden. Allerdings wird zum Teil die mit dem business trust angestrebte Haftungsbeschränkung verunmöglicht, indem je nach dem Grad der Aufsicht über die trustees als «Organe» angenommen wird, sie seien Vertreter (agents) der Gesellschafter, so daß diese aus Vertrag als Vertretene und für die Delikte der Organe wenigstens als Geschäftsherren haften²³⁰. In England wurde die Entwicklung des business trust durch eine Bestimmung der Companies Act 1862, sect. 4, verhindert. Danach darf keine company, Vereinigung oder Gesellschaft, die aus mehr als

²²⁸ Organhaftung, Publizität, Erhaltung des Kapitals usw.; vgl. Nußbaum 196: «...die Einrichtung der gleichmäßig gestückelten, marktgängigen trust-Zertifikate (besonders als Vermögensanlage und im Grundstücksgeschäft verwendet) öffnet dem Ausgeber die Tore des Kapitalmarktes ohne Bildung einer Aktiengesellschaft», 198: «Die Parallelen zwischen trust und Aktiengesellschaft sind eindrucksvoll. Beides sind mächtige Werkzeuge des ‚Hochkapitalismus‘, um Sombarts Ausdruck zu gebrauchen. Beide zielen auf eine Beschränkung des Risikos und auf Anonymität, wenngleich in verschiedenen Graden...» Die in Amerika auf diese Weise erzielten Steuereinsparungen vermöchte der Fiskus dank der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und einer analogen Anwendung des Aktiensteuerrechts wohl zu verhindern.

²²⁹ «A business trust is a trust for the carrying on of a business in which the interests of the beneficiaries are represented by transferable certificates»; Scott § 274.1. Maitland, 67, zitiert folgendes Beispiel aus einer amerikanischen Trusturkunde: «Die Trustees sollen keine Befugnis haben, die Anteilscheinbesitzer persönlich zu binden. In jedem geschriebenen Kontrakt, den sie abschließen, soll auf diese Erklärung des Trust Bezug genommen werden. Die Person oder Korporation, die mit den Trustees Verträge schließt, soll auf die Fonds und das Eigentum des Trusts für alle aus solchem Vertrage hervorgehenden Zahlungen Zugriff haben und weder die Trustees noch die Anteilscheinbesitzer sowohl in der Gegenwart wie in der Zukunft sollen daraus irgendwie haftbar sein.»

²³⁰ Vgl. oben S. 343a/4a.

20 Personen (10 Personen im Falle des Bankgewerbes) besteht, zum Zwecke gebildet werden, irgendein Geschäft zu betreiben, das die Erlangung von Gewinn durch die betreffende company, Vereinigung oder Gesellschaft, oder der einzelnen Mitglieder derselben zum Gegenstand hat, wenn sie nicht registriert ist²³¹. Dagegen wurde in England für Vereine, Clubs, Trade Unions durch die Errichtung eines trust eine Haftungsbeschränkung erzielt, wie sie bei uns kaum durch die Bildung einer juristischen Person möglich ist²³². Weder in Amerika noch in England hat sich die rule against perpetuities praktisch als Hindernis für die Gesellschaftsgründung in der Form eines trust erwiesen.

II. Die formell-rechtlichen Probleme

1. Die Rolle des Richters

§ 104. In der Terminologie unseres Zivilprozeßrechtes schützt die an einem trust beteiligten Personen der equity-Richter, der in wirksamer Weise Aufsichtsfunktionen ausübt, modifizierend in die Rechtsbeziehungen eingreift und die Tätigkeit des trustee lenkt und für seine Tätigkeit verbindlich Entlastung gewährt oder den trustee einsetzt oder absetzt, mit einstweiligen Verfügungen (vorsorgliche Maßnahmen), mit der Gewährung von Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen. In gewissen Fällen spielt sich die Mitwirkung des Chancery-Court im Rahmen dessen ab, was wir hierzulande freiwillige Gerichtsbarkeit nennen²³³. Für

²³¹ Maitland, 67, glaubt, daß die Schwierigkeiten der Subsumierung, die mit dieser Bestimmung hätten heraufbeschworen werden können, in praxi nicht entstanden sind.

²³² Die Deliktshaftung solcher trusts ist nicht gesichert; vgl. Geldart 83; ferner Maitland 56/57, der annimmt, daß nur eine moralische, nichts destoweniger genügende Haftung aus Delikten besteht.

²³³ Auf eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grundsätze und Herausarbeitung der prozessualen Grundbegriffe des Verfahrensrechtes und der Organisation der Gerichtsbarkeit im anglo-amerikanischen Recht wird verzichtet; für unsere Zwecke ist eine

unser Rechtsdenken ist die Betreuung eines zivilen, in der Regel auf die Dauer begründeten Rechtsverhältnisses, in der Art und im Maß, wie equity sie dem trust angedeihen lässt, fremd. Diese Betreuung erschöpft sich nicht in der Sicherung eines behaupteten Rechts oder der Sicherstellung gefährdetter Beweise oder der Verfügung einer vorläufigen Ordnung für die Dauer eines Prozesses²³⁴, oder in der Ausfällung eines Sachurteils in der Form eines Gebotes oder eines Verbotes an einen Beklagten, oder in der urteilsmäßigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines subjektiven Rechtes oder der Anordnung einer Rechtsänderung²³⁵, oder in einem auf nur eine Partei beschränkten Verfahren zur Rechtsverwirklichung auf dem Gebiete des Privatrechtes²³⁶. In vielen Fällen scheint der equity-Richter die Ausübung einer Aufsichtsfunktion, die mit derjenigen unserer Vormundschaftsbehörden über den Vormund oder mit derjenigen staatlicher Administrativbehörden über die Tätigkeit eines Stiftungsorgans vergleichbar ist, zu kombinieren mit der spezifischen Rechtsprechung, die im richterlichen Erkenntnis über ein Feststellungsbegehr vorliegt²³⁷. Die

solche Betrachtung entbehrlich. Aus den logisch-systematischen Verschiedenheiten des Prozeßrechtes kann nichts für und nichts gegen eine Einführung des trust gewonnen werden. Bei einer Einführung des trust in das Zivilrecht müßten konsequenterweise die notwendigen Ergänzungen des Prozeßrechtes den Kantonen vorgeschrieben werden.

²³⁴ Vgl. Guldener 322 ff.

²³⁵ Vgl. Guldener 133 ff.

²³⁶ Vgl. Guldener 34.

²³⁷ Vgl. Nußbaum 205: «... sei eine Schwierigkeit organisatorischer Art angereiht, obwohl sie vielleicht weniger grundlegend ist. Für die kontinentale Justiz würde die Mitwirkung bei der Tätigkeit der trusts eine ungewohnte Aufgabe bedeuten. Kontinentale Gerichte haben keine Gelegenheit, die Geschäftserfahrung zu erlangen, die englische und amerikanische Gerichte durch die Mitwirkung bei trusts und durch die Aufsicht über «equitable receiverships» erlangen, d. h. gerichtliche Vermögensverwaltungen, die unter dem equity-System entwickelt worden sind.» Zur Verschiedenheit zwischen dem englischen und dem amerikanischen Justizapparat Rabel, in Rabels Z. 16. Jahrg. 1951 Heft 3 342 ff.

Aufgaben, die dem equity-Richter von der Entstehung an bis zur Beendigung eines trust überbunden sind, lassen sich nur historisch verstehen, man muß den Ausgangspunkt der equity-Rechtsprechung im Auge behalten²³⁸. Es war eine Kanzleijustiz, außerhalb, anfänglich sogar entgegen der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte. Die Art der Rechtspflege und die daraus gewährten Rechtspflegeansprüche²³⁹ der equity finden ihre Erklärung im Wesen des trust, in der von ihm bewirkten Dualität des Eigentums und der dieser Doppelung entspringenden Spannung und Gefährdung der Interessen des wirtschaftlich Berechtigten²⁴⁰. Auf diese Spannung sind die dem Benefiziaren gegebenen Rechtsmittel zugeschnitten. Aber damit nicht genug. Der equity-Richter übt, wenn es dringend erscheint, seine «Fürsorge» aus, ohne daß der Benefiziar den Richter um Hilfe angeht. Er spricht also Recht von Amtes wegen²⁴¹. Er erteilt dem trustee Weisungen, ohne daß der durch die Weisung unmittelbar in seinen Rechten betroffene Benefiziar, der der wahre Eigentümer ist, angehört oder sonstwie in das Verfahren einbezogen werden muß²⁴². Die Distinktion unserer Prozeßrechtsdoktrin zwischen einer

²³⁸ Vgl. § 46 ante.

²³⁹ Vgl. zu diesem umstrittenen Begriff Rosenberg, Lehrbuch ZPR 238; ablehnend Guldener 134.

²⁴⁰ David 6: «Die strenge Haftung des Treuhänders für unzweckmäßige Verwaltung des Treugutes, ohne daß er aus seiner Stellung einen Vorteil ziehen könnte, und die Interessen des Begünstigten, der über das, was eigentlich sein Eigentum ist, nicht verfügen kann, haben eine Stelle notwendig gemacht, die diesen Konflikt ausgleicht.» Die Präventivfunktion der Gerichte zur Verhütung von möglichem Unrecht, keineswegs eine nur formalrechtliche Aufgabe, sondern eine materiellrechtlich sich auswirkende Schutzeinrichtung, zur Ergänzung der vorbeugenden Normen (betr. Amtsführung des trustee und insbesondere der Vorschriften über die Anlage der trust property) und im Zusammenspiel mit der ausgebauten Rechtshilfe aus Billigkeit ist in dieser Dreigliederung von David in klarer Weise aufgezeigt worden.

²⁴¹ David 7; vgl. § 46 ante.

²⁴² Vgl. § 47.

Rechtsanwendung der Gerichte im Zweiparteiensystem (streitiges Verfahren) und der Rechtsanwendung mit Beteiligung nur einer Partei (freiwillige Gerichtsbarkeit)²⁴³ läßt sich auf den Charakter der angloamerikanischen Trustrechtsprechung nicht anwenden. Die rechtliche Bedeutung des trust, seine universale Brauchbarkeit in allen Rechtsgebieten beruht entscheidend auch auf seiner exzeptionellen Stellung innerhalb der Justizapparatur. Ein zivilrechtliches «Geschäft» privatesten Charakters, bisweilen der Umwelt und auch, mit Ausnahme der Justiz, allen anderen staatlichen Organen vollkommen verborgen gehalten, wird in gewissem Sinne wie ein «Amt» behandelt, dem die Obrigkeit die diskretesten und würdigsten Gewaltträger, die Richter als strenge «Protektoren» zur Verfügung hält. Bezeichnenderweise heißt der englische equity-Richter (im unteren Rang) Master²⁴⁴.

§ 105. Die wesentlichen justizmäßigen Schwierigkeiten, die bei der hypothetischen Annahme einer Verpfanzung des trust oder einer Schaffung eines analogen Institutes mit ähnlichen Rechtsfolgen zu bedenken sind, bestehen wohl weniger darin, daß die geltenden Organisationsnormen der Justiz tiefgreifend geändert werden müßten (diese kann man immer anpassen), als in der Unvereinbarkeit einer solchen Verwaltungstätigkeit der Richter, wie sie für den trust, wenn er funktionieren soll, unerlässlich ist, mit der unserer staatlichen Organisation zugrunde liegenden Idee der Gewaltentrennung und der traditionellen Auffassung über die Aufgaben des Richters²⁴⁵. Es ist kaum denkbar,

²⁴³ Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Schweiz (Zürich 1954) 2 f.

²⁴⁴ Ch. E. Hughes vor der New York Bar Association März 1925: "There are two classes of peoples: masters and office-holders", womit der Herrschaftsbereich des Richters angedeutet wurde. Vgl. auch den Artikel «Judge» bei Weissenstein, 95, über den sozialen Rang, die Unabsetzbarkeit und Unabhängigkeit, die Honorierung (in New York etwa 100 000 Schweizerfranken) der Richter.

²⁴⁵ Vgl. Burckhardt, Einführung 147 f., 137 ff. Vgl. insbesondere den auch geschichtlich aufschlußreichen und geistvollen

daß schweizerische Gerichte sich je derart mit Anlagepolitik befassen wollten oder durch den Gesetzgeber damit befaßt würden, wie es der englische und amerikanische Richter, wenn er equity-Recht handhabt, in der Regel in sehr ausgedehntem und verantwortungsreichem Maße tun muß. Diese Aufgaben setzen besondere Kenntnisse und Erfahrungen voraus²⁴⁶. Würde man den trust der intensiven richterlichen Mitwirkung, der die Kraft innewohnt, den juristischen Gehalt des trust mit aktiver Energie zu verwirklichen, entblößen, so bliebe das Knochengerüst einer Trustkonstruktion, aber die Funktionen, die mit dem Rechtsbegriff trust gemeint sind, wären nicht mehr erfüllbar²⁴⁷. Eine Nachahmung des trust allein durch die Schaffung eines neuartigen Verwaltungsrechts, das dem Treuhänder gegeben würde und das das Eigentum des Begünstigten dinglich zu belasten hätte, oder umgekehrt allein durch die Schaffung eines neuartigen dinglichen Nutzrechtes des Begünstigten, das das Eigentumsrecht des Treuhänders beschränken müßte, böte keine Gewähr, daß trustähnliche Wirkungen mit einer solchen Treuhand erzielt werden könnten. Selbst wenn von Bundesrechts wegen die Kantone verhalten würden, ihren Gerichten entsprechende Verwaltungsaufgaben aufzubürden²⁴⁸ und eine neue Art von

Vortrag von Simonius «Von der Bedeutung des Richters im Rechtsbewußtsein der Angelsachsen» ZSR NF 72, 5 ff. und dort zitierte Literatur.

²⁴⁶ Die Besetzung des Richteramtes erfolgt bei uns nach anderen Kriterien und anderen Methoden (Guldener 8 ff.); die höheren Richter in England und in Amerika werden berufen. Zu Mitgliedern des Chancery Court werden meistens hervorragende Juristen, die vorher den Anwaltsberuf ausgeübt haben, ernannt.

²⁴⁷ Vgl. Zweigert in Rabels Z. 16. Jahrg. 1951, Heft 3, 395: «Die Gerichte neigen – was verständlich ist – dazu, dem in der Norm gebrauchten Rechtsbegriff die gleiche Bedeutung unterzulegen, den dieser Begriff sonst in ihrer heimischen Rechtsordnung hat.»

²⁴⁸ Nußbaum 197: «In keinem anderen Falle kann ein Privatmann durch seinen Willen dem Gericht Verwaltungsaufgaben von diesem Umfang auferlegen. Und der Begründer erhält diese un-

Rechtsschutz durch den Ausbau einer praktisch kaum mehr Einschränkungen unterworfenen Feststellungsklage zur Befriedigung des Entlastungsbedürfnisses des Treuhänders und der Unterlassungsklage²⁴⁹ zur Sicherung der Rechte des Begünstigten zu organisieren, so würden die Unterschiede zwischen dieser neu geborenen helvetischen Treuhand und dem alten angloamerikanischen trust – von dem Maitland den vielberühmten Ausspruch tat: "If we were asked what is the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence, I cannot think that we should have any better answer than this, namely, the development from century to century of the trust idea"²⁵⁰ – derart kraß sein, daß man weder von einer Reception noch von einer Rechtsangleichung des schweizerischen Rechtes an das angloamerikanische sprechen könnte. "Are not special national institutions usually attended by special remedies which may either be quite unknown or of limited application in the foreign country concerned?"²⁵¹

2. Das Problem der Kodifikation

§ 106. Wollte man die angloamerikanische Treuhand recipieren und ihr die gleiche Tauglichkeit zur Erfüllung aller Funktionen, die sie in den Ländern des common law hat, in unserem Recht sichern, so müßte das gesamte law on trusts, wie es etwa im Restatement gesammelt ist, oder wie es sich in den englischen Entscheiden und in den englisches Trustrecht enthaltenden statutes findet, in unser Recht übernommen werden. Funktionieren würde aber das so verpflanzte Trustrecht nur dann, wenn eine ähnliche

vergleichliche Mitarbeit sehr billig, da die Gebühren des Gerichts unbedeutend sind.»

²⁴⁹ Vgl. Guldener 209 f.

²⁵⁰ F. W. Maitland, The Unincorporate Body. Collected Papers, herausgegeben von H. A. L. Fisher (Cambridge 1911), III 272.

²⁵¹ Weiser 4.

Ausscheidung der zwingenden von den dispositiven Normen²⁵² gewährleistet würde, wie sie das angloamerikanische Recht besitzt und wenn überdies in ähnlicher Weise wie im common law die Reflexwirkungen des öffentlichen Rechts, nämlich des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, des Straf- und Steuerrechtes geordnet würden. Anders könnte nicht von einer Reception des Trustbegriffes gesprochen werden, weil, wie schon mehrmals gesagt, ein Rechtsbegriff nur in bezug auf seine Funktionen gefaßt werden kann. Die Funktionen ergeben sich aber nicht aus der Konstruktion der durch ein Rechtsinstitut erzeugten und bestehenden Rechte allein, sondern aus seiner Abgrenzung zu den nachbarlichen Instituten, überhaupt aus seiner Stellung im System. Darum würden mit der Einführung des trust allgemein Fragen materiellrechtlicher und formellrechtlicher Vereinbarkeiten aufgeworfen.

Eine Nachahmung des trust könnte angestrebt werden, indem neuartige Rechtsformen geschaffen würden, die innerhalb unseres Rechtssystems Rechtsfolgen zeitigten, die praktisch analoge Ergebnisse herbeiführten, wie sie der angloamerikanische trust erreicht. Könnte durch neugebildete, unserem eigenen System harmonisch sich einfügende Rechtsformen bewirkt werden, daß ein Eigentümer über seine Vermögensrechte disponieren kann wie im angloamerikanischen Recht der settlor, gelänge es zugleich, dem Treuhänder die Stellung eines Eigentümers zu verschaffen, wie sie der trustee zur Erfüllung seiner Aufgaben inne hat, und einem Begünstigten den Rechtsschutz zu gewähren, wie ihn der beneficiary genießt, dann läge eine Kopie des trust vor, ohne daß von einer Reception des fremden Rechts gesprochen werden müßte. Das fremde Recht würde nur als Vorbild dienen.

Schließlich könnte eine funktionelle Annäherung an das fremde Rechtsinstitut bewerkstelligt werden durch

²⁵² Vgl. die Ausführungen über die sekundären systematischen Hindernisse.

eine Entwicklung eigener bestehender Rechtsformen derart, daß mit unseren Rechtsfiguren gewisse, aber nicht alle Funktionen, die das fremde Institut leistet, in unserem Rechte erfüllt würden. Auf solche Weise könnte eine Perfektionierung unseres Rechtes erzielt werden. Es läge dann aber weder eine Reception noch eine Nachahmung des trust vor.

Im folgenden sollen einige Bemerkungen zur Frage gemacht werden, wie der trust bei uns rechtstechnisch eingeführt oder wie eine funktionelle Annäherung erreicht werden könnte.

§ 107. Gewohnheitsrechtlich, also durch richterliches Recht kann der trust weder in unser Recht recipiert noch von ihm copiert werden. Auch wenn der Verkehr den trust einzuführen suchte, indem die Parteien in ihren Vereinbarungen Bezeichnungen verwendeten, die dem fremden Recht entlehnt sind²⁵³ oder ihren Willen unter Benützung von Formen fremden Rechts äußern, so kann der schweizerische Richter nicht nach neuen, von ihm gebildeten Normen, die jenen Bezeichnungen und Formen im fremden Recht entsprechen, entscheiden, wenn sie aus unserem Recht überhaupt nicht abgeleitet werden können oder wenn sie gegen die Grundlagen unseres Rechts verstößen²⁵⁴.

Unser Richter ist an das Gesetz gebunden. Das ist ein sich aus der Gewaltentrennung ergebender Grundsatz, der keine Ausnahme kennt. Auch wenn unser Richter das Gesetz auslegt und es durch die Operation der Auslegung wandelt und so geltendes Recht außer Kraft setzt und neues schafft, oder wenn er logische Lücken ausfüllt, so hat das – von Irrtümern abgesehen – innerhalb einer Grenze zu geschehen, die durch das positive Recht festgelegt ist. Der Richter hat sich nicht nur an die geschriebenen Rechtsätze zu halten, sondern an die leitenden Ordnungs-

²⁵³ Eine solche Entlehnung wurde bei den Investmenttrusts gemacht.

²⁵⁴ Inwieweit die Parteien fremdes Recht küren können, braucht hier nicht erörtert zu werden. Vgl. darüber Motulsky.

gedanken, an rechtstechnische und verfahrensrechtliche Gegebenheiten, die als Ausdruck von Basisprinzipien unser Recht vom Recht anderer Staaten unterscheiden. Was nicht im Einklang steht mit dem gesetzten Recht und mit diesen Basisprinzipien, ist nur Recht insofern der Richter es im Einzelfall kraft der ihm übertragenen Entscheidungsbefugnis anordnet, es ist aber nicht objektives Recht. Solche Basisprinzipien bestimmen die Form des Zusammenwirkens der beiden Arten von subjektiven Rechten, der absoluten (*erga omnes*) und der relativen (*inter partes*), die ihren Charakter immer im Vollstreckungsrecht erweisen. Die Basisprinzipien sind die Leitgedanken, aus denen sich die rechtslogischen Konsequenzen²⁵⁵ ergeben. Solche Basisprinzipien finden sich nicht nur im materiellen Recht, wo sie die Art der Verflechtung von obligatorischen und dinglichen Rechten, gleichgültig ob im Personen-, im Familien-güterrecht, im Gesellschaftsrecht oder im Handelsrecht (Rechtsgebiete, die nicht durch juristische Kriterien von einander geschieden sind), regeln, sondern auch im formellen Recht. So in den Organisationsformen der Rechtsprechung, so aber auch in der Art und Weise, wie das Recht gebildet und gesetzt ist²⁵⁶.

§ 108. Kann der angloamerikanische trust gewohnheitsrechtlich nicht eingeführt werden, so ist theoretisch doch eine Reception oder eine Nachahmung denkbar. Sie müßte durch einen Akt der Gesetzgebung erfolgen. Der moderne Gesetzgeber kennt keine Schranken. Er kann nicht nur das Zivilrecht mit öffentlichem zwingendem Recht modifizieren oder es einschränken, was er oft tut, er kann das Zivilrecht auch umgestalten, er kann es ergänzen, in seiner Struktur verändern, er ist souverän. Allerdings muß er

²⁵⁵ Vgl. Mitteis 105 ff.: «Von der Konsequenz als Rechtsprinzip.»

²⁵⁶ Nach Stone beweist die Geschichte der Einführung des trust in das französische Recht Louisianas, daß eine Reception im Civil Law nur auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmungen möglich ist.

seine Gebote und Verbote aus dem Strom der Rechtempfindungen und der sittlichen Anschauungen der Rechtsunterworfenen schöpfen. Entspricht das Recht, das er setzt und verbindlich erklärt, nicht den Rechtsgrundvorstellungen, die in der Rechtsgemeinschaft lebendig sind, so läuft der Gesetzgeber Gefahr, daß sein Werk toter Buchstabe bleibt, die neuen Rechtsformen werden refusiert, nicht angewendet oder umgangen. Die Frage nach dem Bedürfnis, ein neues Rechtsinstitut einzuführen, lässt sich darum nicht allein von den Wünschen gewisser Wirtschaftsgruppen nach neuen Formen aus beurteilen – worüber noch zu reden sein wird –, immer ist auch zu berücksichtigen, ob die neuen Rechtssätze sich mit dem allgemeinen Rechtsempfinden in Übereinstimmung befinden.

So ist es zwar theoretisch möglich, daß der schweizerische Gesetzgeber das law on trusts recipierte, indem er es kodifizierte und in Rechtskraft setzte. Alsdann hätte sich der Richter daran zu halten. Aber der lebendige Organismus unseres Rechts würde dabei m. E. in Aufruhr geraten, die Begriffsharmonie unseres Systems würde zerstört. Darum, weil das nicht gewollt werden darf, obwohl es gemacht werden könnte, kann man sagen, daß eine Reception das law on trusts schlechthin, wie bereits mehrmals betont, unmöglich ist, oder nur möglich unter Änderung des Systems unseres Rechtes, so daß alsdann nicht mehr von einer Reception des trust, sondern von einer revolutionären Neuordnung unseres Zivilrechts gesprochen werden müßte. Der konjunktivische Charakter dieser Folgerungen macht sie nicht überflüssig, sie dienen der scharfen Beleuchtung des rechtlichen Wesens des angloamerikanischen trust und der Wirkungen, die vermutlich eine Reception auslösen müßte²⁵⁷.

²⁵⁷ Im Jahre 1908 wurde im englischen Parlament ein Gesetzesentwurf zur Kodifikation des Trustrechts eingebracht, zwei Kommissionsberichte des House of Commons darüber wurden damals gedruckt. Der Sache wurde aber keine weitere Folge gegeben.

Würde der Gesetzgeber nicht eine Reception, sondern mit unserem Recht entsprechenden Rechtsformen eine Nachahmung des anglosächsischen trust durchführen wollen, so könnte das nur durch den Erlaß eines umfangreichen Gesetzes geschehen. Dabei ist es wahrscheinlich, daß der Akt der Kodifikation ein so neu eingeführtes Treuhandinstitut im Verhältnis zu seinem Vorbild und Muster unflexibel, wenn nicht starr machen müßte, weil die generalisierende Normentechnik unserer Gesetzgebung der Entwicklung der Rechtsformen nie den gleichen Spielraum einräumen kann, wie das durch den englischen oder amerikanischen Richter, wenn er als Gesetzgeber auftritt,

“It was doubtless felt, and wisely, that the subject was not ripe for codification”, bemerkt Scott (28). Der mehrfach erwähnte englische Trustee Act 1925 stellt keine Kodifikation des Trustrechts dar, er enthält lediglich ergänzende, meistens nur subsidiär geltende Rechtssätze zu bestimmten Gebieten des Trustrechts. In Britisch-Indien wurde 1882 ein Trustgesetz, in Ceylon 1917 (vgl. Lee 390) ein solches erlassen. Über die amerikanischen Kodifikationen vgl. Scott (28) und dort angeführte Literatur. – Der trust wurde in verschiedenen Staaten mit civil law, immer, notwendigerweise auf dem Wege der Kodifikation eingeführt, meistens um den Bedürfnissen einer Englisch sprechenden Bevölkerung, die ihn benützte oder benützen wollte, zu entsprechen. “The English trust has everywhere planted itself like a cuckoo in the nest of the Civil Law; and this is, as you will agree, a remarkable circumstance”, schrieb der englische Jurist Sir Maurice Amos. – Vgl. über die Einführung des trust in Louisiana, dessen neueste Kodifikation (1938) auf dem Restatement beruht, Scott (28); Stone; Stubbs; Oppenheim; Dagget; Bolgár 209; Lepaulle, Congrès Rome. Über die Einführung (1922/3) und Praxis des trust in Japan referierten am Pariser Kongreß Kenzo Takayanagi, am Römer Kongreß Tomohei Taniguchi. Nach Nußbaum 206/7 hat sich der trust dort nicht entfalten können. Ferner sei auf den verschiedentlich schon erwähnten trust in Québec, sodann aber auch auf das Trustrecht in Panama (1925/41), Mexico (1926/31), Costa Rica, Puerto Rico (1928), Peru hingewiesen, vgl. darüber Alfaro. In freundlicher Weise ließ Dr. J. J. A. Ellis, Attorney General, Netherlands Antilles, Einblick nehmen in einen neuen Gesetzesentwurf zur Einführung des trust in Curaçao. Die verschiedenen Ausgestaltungen dieser Trust-

möglich ist²⁵⁸. Dadurch würde aber dem Trustrecht von vornehmerein die von kontinentalen Praktikern so oft bewunderte Biegsamkeit und die nie versagende Anpassung an die verschiedensten Lebenstatbestände verloren gehen. Der trust lebt nicht allein davon, daß das anglosächsische Rechtssystem zwei voneinander unabhängige Normenkörper besitzt. Seine Entwicklung wurde begünstigt, wenn nicht überhaupt erst möglich gemacht durch das case law. Davon aber abgesehen müßte in einem schweizerischen Trustgesetz die Anwendung der neuen Rechtsform von allem Anfang an eingeschränkt werden. Der Gesetzgeber hätte, falls er ein neues Verwaltungsrecht für den Treuhänder oder wenn er ein neuartiges Nutzungsrecht für den Begünstigten schüfe, nicht allein deren Reflexe im Grundbuchrecht, nicht nur die notwendigen Ergänzungen und Modifikationen der geltenden Normen, die den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten regeln, sondern auch

Kodifikationen können hier nicht erörtert werden. Je nach der Ansicht der Autoren werden sie als Beweis für die Möglichkeit einer Transplantation des trust in das civil law oder umgekehrt als Beispiele für die Schwierigkeiten, die mit einer Reception verbunden sind, vorgeführt. Die Nachbildungen scheinen auf jeden Fall immer nur fragmentarisch und nur für bestimmte Zwecke gemacht zu sein. Das Anwendungsgebiet wird gesetzlich immer beschränkt. So kann der Québec'sche trust nur für Schenkungen und Stiftungen begründet werden. Überdies liegt nur eine äußerst spärliche Praxis vor, was z. T. wenigstens mit den Lücken der gesetzlichen Ordnungen, die Unsicherheiten hervorrufen, erklärt wird. So wurde gesagt, der Louisiana-trust unterliege «basic handicaps which hamper its usefulness», vgl. Stone 377. – In diesem Zusammenhange sei auch das Liechtensteinische Gesetz betreffend Treuunternehmen (1928) sowie der Titel «Die Treuhänderschaft (das Salmannsrecht)» Art. 897–932 des Liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechtes (1926) als einziger Versuch in Europa, die angloamerikanische Treuhand mit dem kontinentalen Zivilrecht zu verschmelzen, erwähnt; vgl. darüber H. Straub; Wyler; Weiser 49 et seq.

²⁵⁸ Vgl. Maitland, 45: «Wir fürchten die versteinernde Wirkung der Theorie.» Eindrücklich auch Beck 33.

die weittragenden Konsequenzen der dinglichen Surrogation, ohne welche von einer Nachahmung des anglo-amerikanischen trust nicht die Rede sein könnte, zu begrenzen. Mit einer solchen Begrenzung wäre aber zunächst nur eine rechtslogische Klärung in bezug auf die dogmatischen Hindernisse, die einer Einführung des trust entgegenstehen, Sorge getragen. Ebenso bedeutsam wären andere Abgrenzungen gegen zwingende Ordnungen im Familiengüterrecht, im Gesellschaftsrecht usw. Ohne solche Abgrenzungen, die einer engen Einzäunung des Anwendungsgebietes gleich kämen – wenn also die neuen Rechtsformen zur Verfügung ständen, um in allen Rechtsgebieten Treuhandverhältnisse im Rahmen der durch das öffentliche Recht sanktionierten Parteiautonomie zu begründen, wie solche im englischen und im amerikanischen Recht zu den divergierendsten Zwecken errichtet werden –, würde unsere Rechtsordnung erschüttert. Der Gesetzgeber hätte überdies die Auswirkungen nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht zu limitieren. Er müßte auch die Konkordanz mit dem formellen Recht gewährleisten. Er hätte für eine der Kollaboration des equity-Richters analoge Mitwirkung und Aufsicht der Gerichte zu sorgen, da diese gerichtliche Mitwirkung und Aufsicht begriffswesentlich für den anglo-amerikanischen trust ist, seinen Charakter als einer Art privates, aber richterlich beschütztes Amtsverhältnis ausmacht.

Der mit Aufsichtsrechten ausgestattete und rechtsgestaltende Richter übt, wie gezeigt wurde, eine die Interessensspannung, die der trust immer hervorrufen muß, ausgleichende Funktion aus. Bei der Kodifizierung einer Kopie des trust wäre zu bedenken, daß diese richterliche Tätigkeit nicht nur unmittelbar die am trust beteiligten Parteien schützt. Die Tätigkeit des equity-Richters bildet, insofern er die Kompetenzen des trustee festsetzt und sua sponte Veruntreuungen des Treugutes verhindern kann, ein wichtiges Korrektiv zu den die Verkehrssicherheit gefährdenden Grundsätzen der formfreien Errichtung, des following pro-

party in seinen verschiedenen Erscheinungsweisen, der Erkundigungspflicht des Dritterwerbers zur Erhaltung des guten Glaubens und des nur durch die rule of estoppel eingeschränkten Aussonderungsrechtes des beneficiary. Der Richter wird so in erhöhtem Maße zum Hüter der Rechts-sicherheit. Die Kodifikation einer Trustnachahmung hätte darum das Zusammenspiel von öffentlichem Recht mit privatem Recht (Begriffe, die dem angloamerikanischen Recht in der kontinentalen Fassung fremd sind²⁵⁹), die Ver-zahnung von materiellem Recht und Verfahrensrecht analog dem angloamerikanischen Recht zu regeln, wenn die Ein-räumung der Freiheit, Treuhandverhältnisse zu begründen, nicht der Verkehrs- und Rechtssicherheit Abbruch tun darf. Auch dies sind alles nur Möglichkeitserwägungen; sie sind aber nützlich, wenn eine Antwort auf die Frage nach den Folgen der Einführung eines Rechtsinstitutes gesucht wird, das dem trust ähnlich sein und über seine imponie-rende Funktionenfülle verfügen soll.

§ 109. Stellen sich einer Einführung der angloamerikani-schen Treuhand in unser Zivilrecht nicht nur Grundsätze und Ordnungen des materiellen Rechts in solchem Aus-maße entgegen, daß eine gewohnheitsrechtliche Reception oder Nachahmung schlechthin ausgeschlossen scheint, läßt sich ferner eine Reception durch den Gesetzgeber, ohne Risse und Einbrüche in unserem System hervorzurufen, nicht denken und erweckt schließlich auch die Vorstellung einer Kodifizierung eines schweizerischen Trustrechtes in Analogie zum trust (in der Weise, daß, wie mehrfach ab-gewandelt, dem Treuhänder ein dinglich wirkendes Ver-waltungsrecht oder umgekehrt dem Begünstigten ein neu-artiges Nutzungsrecht gegeben würde) begründete Beden-ken, so verbleibt die Frage, ob bestehende eigene Rechts-formen entwickelt werden können derart, daß eine funktionelle Annäherung an den trust wenigstens in be-stimmten Anwendungsfällen bewirkt würde. Es ist im

²⁵⁹ Vgl. Maitland 4.

nächsten Kapitel zu prüfen, ob ein gewisser Ausbau des fiduziarischen Geschäftes einerseits und andererseits der Stiftung sich aufdrängt. Insoweit als ein solcher Ausbau mit dem positiven Recht, mit ausdrücklichen Normen oder mit Basisprinzipien, in Konflikt geraten würde, kann nur der Gesetzgeber, aber nicht der Richter neues Recht schaffen und es in das geltende System einbauen.

Kapitel 4

Die rechtspolitischen Folgerungen

§ 110. Da der angloamerikanische trust in einem Rechtssystem entwickelt wurde, das im wesentlichen auf richterlicher Rechtssetzung beruht, historisch an andere Vorstellungen des Eigentums und an einen anderen Begriff des Vertrages anknüpfte, auch eine andere Art von Formen der Rechtsdurchsetzung prägte, so müßte seine Einführung in unser Recht die Probleme der Konstruktion und der Angleichung an das System aufwerfen, die wir betrachteten. Die Untersuchung der materiellrechtlichen und der formellrechtlichen Unvereinbarkeiten hat ergeben, daß der trust nur unter Opferung dogmatischer Grundsätze, nur wenn Systemwidrigkeiten in Kauf genommen würden und nur unter Preisgabe eingelebter Regelungen recipiert oder nachgeahmt werden könnte. Mag im einzelnen eine Abweichung von überkommenen Prinzipien tragbar erscheinen, so wären die Summe und die Wechselwirkungen der operativen Eingriffe, die eine Übernahme des trust verursachte – soll er nicht mit amputierten Gliedern eingebürgert werden –, geeignet, den Charakter unserer Rechtsordnung wesentlich zu verändern: Die Anzahl der dinglichen Rechte würde vermehrt, anstelle der geschlossenen trate eine unbegrenzte Zahl von Sachenrechten, was die Übersichtlichkeit der

Rechtsordnung herabsetzte und dem Erwerber von Treugut eine Erkundigungspflicht auflastete. Das Vertrauen auf den Rechtsschein – ein lebenswichtiges Prinzip des Kreditverkehrs –, jetzt schon oft versagend, würde in noch weiteren Fällen nicht geschützt. Das Grundbuchsystem verlöre an Klarheit, auch wenn, um das Maß des öffentlichen Glaubens, den es hat, nicht zu vermindern, an der konstitutiven Eintragungspflicht festgehalten würde, was aber naturnotwendig dem recipierten trust oder einem ihm nachgebildeten Treuhandinstitut jene Beweglichkeiten entzöge, die den angloamerikanischen trust auszeichnen. Die dingliche Surrogation, bis anhin nur als Ausnahme gewährt – da sie dem Tradition- und dem Kausalitätsprinzip widerspricht –, könnte kaum nur bei den rechtsgeschäftlich mittelst den neuen dinglichen Rechten errichteten Treuhandverhältnissen angeordnet werden. Das Gebot der Rechtsgleichheit würde verlangen, daß die Verdinglichung der Rechte auch allgemein als Mittel der Wiederherstellung, analog wie im angloamerikanischen Recht vollzogen würde. Die gesetzliche Vertretung und absolut wirkende Verfügungsbeschränkungen wären prinzipiell zugelassen, wenn das neue Treuhandrechtt nicht zwingend Einschränkungen, die aber immer den Begriff des trust veränderten und seine Anwendung begrenzten, vorsähe. Den Gerichten müßten ungewohnte Aufgaben überbunden werden. Der Kodifikator stände, wie soeben dargetan, vor schwierigen, kaum zu meisternden Abgrenzungsproblemen. Zu vermuten ist überdies, daß die neuen Rechtsformen dem Rechtsbewußtsein fremd blieben und darum ungern angewendet würden.

Um die Frage nach dem Bedürfnis, den angloamerikanischen trust bei uns einzuführen, richtig stellen und beantworten zu können, ist nun auf Grund der erfolgten Klärung der Begriffe und der gewonnenen Erkenntnis unvermeidlicher Strukturänderungen unserer Rechtsordnung, die seine Reception oder Nachahmung bewirken müßte, zu prüfen, welche Rechtsformen und Rechtsinstitute des schweizerischen Rechtes der Erfüllung der Aufgaben dienen,

die im angloamerikanischen Rechtskreis mit dem trust bewältigt werden. Es wird sich sofort erweisen, daß die Treuhand bei uns nie das weite Anwendungsgebiet haben könnte wie in England und in Amerika, weil bei uns heimische Rechtsformen entwickelt wurden, die den Anforderungen des modernen Verkehrs in weitem Maße genügen. Das Gesetz der juristischen Ökonomie verbietet eine die Rechtssicherheit störende Reform der Rechtsordnung durch die Einführung fremden Rechtsgutes, wenn mit eigenen Mitteln und Begriffen erreicht werden kann, daß einzelne neue oder intensiv hervordrängende Interessen den ihnen zukommenden rechtlichen Schutz erhalten. Die Frage, ob ein Bedürfnis bestehe, den angloamerikanischen trust einzuführen, ist, von der Rechtsordnung als einer harmonischen Einheit aus betrachtet, die Frage nach dem richtigen Verhältnis des Gewichtes der Wünsche des Verkehrs zur Schwere des Eingriffs in die Rechtsordnung, die seine Einführung bedingen würde.

I. Die Lösungen in unserem Recht

§ 111. Die Treuhand stellt eine Art Disposition über Vermögensrechte dar, bei welcher der Nutzen an den Vermögensrechten Dritten zugewendet wird und gerade nicht demjenigen zukommen soll, auf den diese Rechte, damit er sie verwalte und bestimmungsgemäß darüber verfüge, übertragen werden. Die funktionelle Verwandtschaft mit der Stiftung ergibt sich aus der analogen Vermögensdisposition. Es werden ihr Vermögensrechte gewidmet, die sie zu verwalten und über die sie zugunsten Dritter gemäß den mit der Widmung verbundenen Zwecken zu verfügen hat. Aus dieser Verwandtschaft folgt die Möglichkeit, mit der Stiftung in unserem Rechte Tatbestände rechtlich einzukleiden, die in common law-Ländern mit dem trust ihre rechtliche Formung erfahren. Aus der konstruktiven Verschiedenheit der beiden Institute folgt die Abgrenzung in den Anwendungsfällen und die Differenz in den Rechtsfolgen, vor

allem in der Ausgestaltung des Schutzes der Begünstigten. Innert der Grenzen, die der Stiftung allgemein durch ihre rechtliche Struktur und speziell durch die positiv-rechtliche Ordnung gesetzt sind, ermöglicht sie den Ausschluß der Berechtigten von der Verwaltung¹ und die Beteiligung einer Vielzahl am Nutzen². Möglich ist es aber auch, die Konzentration der Verwaltung verschiedener Vermögenskomplexe, die in eine Stiftung eingeworfen werden, herbeizuführen³. Das sind alles Funktionen, die im angloamerikanischen Recht, welches das Institut der Stiftung nicht kennt, vornehmlich mit dem trust, und zwar in einer äußerst flexiblen Weise, den besonderen Umständen des konkreten Falles aufs beste angepaßt und vor allem in einer gewollten Überschneidung mit anderen Funktionen, erfüllt werden⁴. Die Stiftung versagt jedoch, wenn spezifische Treuhandlagen im Sinne der Hauptfunktionen⁵ zu bewältigen sind. Der trust hat in seinen Anfängen der Umgehung von Lasten, mit denen der Eigentümer beschwert war, gedient⁶. Er kann im Gegensatz zur Stiftung in gewissem Umfange auch heute noch steuerliche Vorteile mit sich bringen⁷. Die publizierte Stiftung (ZGB 81) schließt

¹ Vgl. § 19.

² Vgl. § 20.

³ Vgl. §§ 21, 113.

⁴ Vgl. S. 233a.

⁵ Vgl. §§ 15 und 16.

⁶ Bogert 6: "To avoid the burdens of holding the legal title to land, such as the rights of the lord under feudal tenure, the rights of creditors, and the rights of dower and curtesy."

⁷ Die fiskalischen Kriterien sind zum Teil die gleichen, die bei uns auf die Stiftung angewandt werden. Der schweizerische Fiskus macht weder vor inländischen Stiftungen noch vor trusts, die im Auslande liegen, halt, wenn angenommen werden kann, die Entäußerung des Vermögens diene vor allem der Umgehung der Steuerprogression. Vgl. Taxes and Estates, Monthly Bulletin Chemical Bank New York (September 1950). Hat sich der settlor die Widerrufbarkeit des trust vorbehalten, so wird er für die «federal income tax» steuerpflichtig. R. Cozens-Hardy Horne schreibt in der Einleitung zur 15. Ausgabe Lewin's The Law of Trusts (1950), die sehr vorsichtigen Maßnahmen, die die Stifter von trusts

aber auch die dem trust inhärente Verbergungsfunktion aus⁸. Die Publizität der Stiftung ist insofern noch gesteigert, als in der Regel Verwaltungsbehörden mit der Aufsicht über die satzungsgemäße Verwendung des Stiftungsvermögens betraut sind (ZGB 84)⁹. Die nicht publizierte und keiner staatlichen Kontrolle unterworfen Familienstiftung (ZGB 87/335) ist in ihrer Verwendung gesetzlich begrenzt auf Unterstützungszwecke. Das hängt aber in keiner Weise an ihrer Rechtsform, sondern ausschließlich daran, daß der Gesetzgeber die uneingeschränkte wirtschaftliche Sicherung der Familienangehörigen auf Generationen als schädlich und nicht demokratisch verboten hat; darum untersagte er die mehrfache Nacherbeneinsetzung und die neue Errichtung von Fideikommissen. Diese Verbote beruhen aber nicht auf der Unbehelflichkeit der Rechtsinstitute, sondern auf einem weltanschaulichen Willen des Gesetzgebers. Darum ist eine Familienunterhaltsstiftung, auch wenn sie registriert und der Aufsicht der zuständigen Behörde unterstellt wird, de lege lata ab initio null und nichtig¹⁰. Über die vom Verkehr beklagten Lücken des Gesetzes, das heute zu keiner Mittellösung Hand bietet, soll in § 124 unten gehandelt werden.

Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts getroffen hätten, um eine Zerstreuung ihrer Vermögen zu vermeiden, hätten oft das Gegenteil bewirkt. Der «Chancellor of the Exchequer» sei bei vielen solchen settlements der Hauptnutznießer geworden, “appropriating most of the income during the lifetime of the cestui que trust, and up to eighty per cent of the capital on each successive death. The level of taxation has risen to such fantastic heights that the legislature has been driven to intervene in some cases in order to enable the unfortunate beneficiaries to escape from their difficulties.” Vgl. zur steuerrechtlichen Problematik der Stiftung Schlumpf, Steuerumgehung mittels Errichtung einer Stiftung im überkantonalen Verhältnis, SJZ 41 (1942) 200 ff.; BGE 71 I 265, 71 II 265, 72 I 334, 75 I 315; ZSGV 52 (1951) 18.

⁸ Vgl. § 15.

⁹ Die Aufsichtsbehörde wird im Handelsregister vorgemerkt, Art. 103 VO über das Handelsregister vom 7. Juni 1937.

¹⁰ Vgl. BGE 75 II 90.

Das durch seine soziale und politische Bedeutung überragende Anwendungsgebiet hat die gewöhnliche Stiftung als Wohlfahrtseinrichtung zugunsten der Arbeiter, Angestellten und Leiter der Industrie, aber auch des Handels und Gewerbes, ja auch der freien Berufe (Pensionskassen) gefunden. Die in solcher Weise zweckgebundenen Vermögen erreichen für schweizerische Verhältnisse ansehnliche Beträge. Als Rechtsform für diese Fonds genügt der Erfahrung nach unsere Stiftung in jeder Hinsicht^{10a}. Die Frage des dinglichen Schutzes der Begünstigten stellt sich bei einer Stiftung ganz anders als bei der Widmung von Kapital zu gleichen oder ähnlichen Zwecken in einen trust. Der grundsätzliche Strukturunterschied beider Institute hat zwar eine verschiedene rechtliche und praktische Ausgestaltung des Schutzes der Rechte der Begünstigten zur Folge, aber der Intensitätsgrad der Sicherung ist bei der Stiftung kaum geringer als beim trust¹¹. Die Stiftung ist eine als Verbandsperson anerkannte Anstalt; darum ruft sie nie jene Spannung hervor, die der trust durch die Trennung von nominal und equitable ownership erzeugt. Der Errichtungsakt einer Stiftung hat im rechtlichen Kern ähnliche Züge wie der Errichtungsakt eines express trust¹². Der Stifter kann auch wie der settlor im Stiftungsstatut Anlagevorschriften erlassen. Schließt er spekulative Investierungen aus, so ist anzunehmen, das Kapital sei mündelsicher anzulegen¹³. Zum Schutze gegen die Gefahren der Zulassung von Vermögenswidmungen in Form von Forderungen (eine Investierungsnorm) an die die Stiftung errichtende Firma (OR 673), ist das Konkursprivileg zweiter Klasse (OR SchT 15,7) gegeben. Setzt das angloamerikanische Recht den Richter als Aufsichtsinstanz über den

^{10a} Vgl. Matti, Die soziale Leistung der Unternehmung: die Versicherungseinrichtungen, NZZ 7. August 1954, Nr. 1925.

¹¹ Vgl. zur Gegenüberstellung trust/Stiftung Guisan 102 ss.

¹² Vgl. § 34.

¹³ Vgl. über den Begriff der Mündelsicherheit Egger, ZGB 401 N 10–15.

trust ein¹⁴, so wird die Stiftung durch Organe des Gemeinwesens beaufsichtigt, welcher sie nach ihrer Bestimmung angehört (ZGB 84). Eine Entlastung gewährende Mitwirkung der Aufsichtsbehörde kennt unser Recht aber nicht. Die Rechte eines Destinatärs einer Stiftung können ihrer Natur nach gestuft und als klagbarer Anspruch gestaltet sein. Eine dingliche Berechtigung am Stiftungsvermögen, analog der equitable ownership des beneficiary an der trust property ist jedoch ausgeschlossen. Anstelle des Schutzes, den die Verdinglichung der benefiziarischen Rechte gewährt, tritt bei der Stiftung die Verselbständigung des Kapitals, das durch die Stiftungsorgane verwaltet wird. Jede Zweckentfremdung des Kapitals führt zur normalen Haftung der Stiftungsorgane. Fahrlässige oder absichtliche Überführung von Stiftungsvermögen ins persönliche Eigentum der Organe stellt einen kriminellen Tatbestand dar. Der bösgläubige Dritterwerber, der veruntreutes Stiftungsgut erwirbt, ist nicht geschützt. Allerdings kennt unser Recht nicht die durchgreifende Surrogation¹⁵. Die für den trust grundlegende Regelung des following property bei Insolvenz des trustee¹⁶ entfällt, die Stiftung repräsentiert juristisch das Zweckvermögen, sie ist Eigentümerin.

Mit der juristischen Verselbständigung der Wohlfahrtsfonds der Unternehmen erfüllt die Stiftung eine der Funktionen des charitable trust des angloamerikanischen Rechts. Sie dient auch den anderen Zwecken, für die der charitable trust verwendet wird¹⁷. Wenn immer Vermögen der Gemeinnützigkeit oder der Wohltätigkeit gewidmet wird, leistet die Stiftung schweizerischen Rechts, auch ihrer geschichtlichen Entwicklung nach, die gleichen Dienste wie im angloamerikanischen Recht der trust. Die aufgezeigten Konstruktionsunterschiede führen zwar im einzelnen zu differierenden Rechtsfolgen. Im Ergebnis kann aber für

¹⁴ Vgl. § 46.

¹⁵ Vgl. §§ 55, 67, 85, 86.

¹⁶ Vgl. § 63.

¹⁷ Vgl. S. 277a Anm. 90.

dieses Anwendungsgebiet dem heimischen Institut kein ins Gewicht fallender Nachteil vorgeworfen werden. Der trust hat eine zwiespältige Natur. Obzwar seinem inneren Wesen nach eine «institution»¹⁸, ruht er auf einer persönlichen Rechtsträgerschaft, des besonderen Vertrauenschutzes bedürftig. Unsere Stiftung mag darum als die festere und klarere Rechtsform erscheinen.

§ 112. Soweit der trust als sog. settlement dazu dient, die Substanz eines Vermögens, besonders eines Familienvermögens, einem Begünstigten zu sichern, während ein anderer Begünstigter für seine Lebenszeit ein dingliches Recht auf den Nutzen haben soll^{18a}, wird seine Aufgabe im Bereich des civil law zum Teil durch die Nutznießung und die Nacherbeneinsetzung erfüllt¹⁹. Nach der in einem Steuerentscheid angewandten wirtschaftlichen Betrachtungsweise mußten benefiziарische Ansprüche aus einem trust gleich wie Nutznießungsansprüche versteuert werden²⁰. Weder die Nutznießung noch die Nacherbschaft vermögen jedoch eine Teilung zwischen Nutzen und Verwaltung herbeizuführen²¹. In einzelnen Fällen mag über ein Vermögen unter Vorbehalt der Nutznießung, insbesondere des Dispositionsnießbrauchs, wie beim trust im Hinblick auf den Tod schon zu Lebzeiten verfügt werden. Die mit der Nutznießung oder Nacherbeneinsetzung bewirkte Zweckbindung eines Vermögens äußert sich darin, daß der Eigentümer, bzw. Nacherbe wie ein beneficiary gegen unzulässige Verfügungen²² und gegen den Zugriff der Gläu-

¹⁸ Baudouin 1250.

^{18a} Vgl. S. 241 a.

¹⁹ Pestalozzi 138/9; Batiffol 22/3. Vgl. S. 357 a/60 a, wo die genannten Institute mit dem trust vor allem konstruktiv, im Hinblick auf den Ausbau des schweizerischen Treuhandrechtes verglichen wurden; S. 376 a, 385 a, 386 a, § 98.

²⁰ ZR 41 (1942) Nr. 49, S. 127.

²¹ Vgl. S. 357/60 a.

²² Allerdings unter dem Vorbehalt des Gutglaubensschutzes, der bei uns eine stärkere Schranke darstellt als im angloamerikanischen Recht (vgl. S. 376 a), so daß die Sicherstellung größere Bedeutung erlangt.

biger des einstweiligen Nutzungsberechtigten und Verwalters dinglich geschützt ist. Der Nacherbe wird weitgehend der Vorteile der dinglichen Surrogation teilhaftig, der durch die Nutznießung belastete Erwerber allerdings nur in beschränktem Umfange²³.

Während des Bestehens des trust kann der Begünstigte regelmäßig über seine Rechte verfügen und sie je nach der Art seines equitable interest auch vererben, und seine Gläubiger können auf sie greifen. In vielen Staaten Nordamerikas kann die Veräußerlichkeit, die Vererbbarkeit und Pfändbarkeit ausgeschlossen werden (spendthrift trust)²⁴. Der Nutznießer kann in der Regel die Ausübung seiner Rechte übertragen und seine Gläubiger können darauf greifen²⁵. Entsprechend kann der Nacherbe über seine Anwartschaft verfügen. Durch den Begründungsvertrag, bzw. das Testament oder den Erbvertrag kann die Veräußerlichkeit und Pfändbarkeit ähnlich wie beim spendthrift trust ausgeschlossen werden²⁶. Dies ist aber nur unter dem Vorbehalt des Pflichtteilsrechts möglich²⁷. Der settlor kann sich nicht zum Begünstigten eines spendthrift trust einsetzen²⁸; entsprechend unterliegt die Bestellung einer Nutznießung unter Ausschluß der Pfändbarkeit zu eigenen Gunsten der Anfechtung.

Das Pflichtteilsrecht²⁹ sowohl wie das Verbot des Fideikommisses³⁰ setzen die Verwendbarkeit der Nutznießung und der Nacherbeneinsetzung für die Zwecke, die mit den family settlements erreicht werden, herab³¹.

²³ Vgl. S. 385 a, 386 a.

²⁴ Vgl. S. 242 a, S. 346 a Anm. 322; Restatement §§ 149/53, 156/7; Bogert 180 et seq.; Lepaule 222/3.

²⁵ ZGB 758 I; vgl. jedoch SchKG 93.

²⁶ Leemann ZGB 758 N 3.

²⁷ ZGB 480.

²⁸ Restatement §§ 150, 154.

²⁹ ZGB 531; Escher Vorbem. ZGB 470—480 N 17/8.

³⁰ ZGB 335 II/488 II.

³¹ Vgl. darüber § 122.

§ 113. Ein trust wird oft errichtet, um die geschäfts-unerfahrenen Erben von der Verwaltung des Nachlasses und der Verfügung darüber auszuschließen³² und die Vertretung der Erbgemeinschaft zu vereinfachen³³, um einem Familienunternehmen oder mehreren vom Erblasser hinterlassenen Unternehmen eine einheitliche Leitung zu sichern und mit der Verwendung des Vermögensertrages zu gunsten der Familienangehörigen einen neutralen, nur vom Richter absetzbaren Interessenwahrer zu betrauen³⁴. Nach schweizerischem Recht kann in ähnlicher Weise vorgesorgt werden durch die Anordnung der Dauertestaments-vollstreckung³⁵. Wird sie mit einer Nacherbeneinsetzung gekoppelt und auf den Nacherben ausgedehnt, kann die mit ihr erreichte Vermögensbindung wohl ebenso intensiv und dauerhaft wie beim trust sein. Auch hier aber schränkt das Pflichtteilsrecht das Anwendungsgebiet entscheidend ein. Aus ZGB 531 wird geschlossen, daß auch ein Testaments-vollstrecker nur über den Freiteil dauernd eingesetzt werden kann³⁶.

Der trust wird sodann zur Lösung weiterer wichtiger sozialer Aufgaben verwendet, die bei uns ebenfalls durch gesetzliche, neutral handelnde Vertreter erfüllt werden³⁷, so durch den Vormund, den Beistand, den Nachlaß-verwalter, den Konkursverwalter und Sachwalter. Die Rechte des trustee sowohl wie diejenigen der gesetzlichen Vertreter werden als Kompetenzen aufgefaßt und charakterisieren ihre Träger bis zu einem gewissen Grade als Amtsperson, wenn sie auch sehr verschiedenen Regeln

³² Insofern erfüllt er auch eine Verbergungsfunktion, S. 235 a.

³³ Vgl. S. 241 a.

³⁴ Vgl. S. 244 a.

³⁵ Vgl. Pestalozzi 138; Guisan 105/6; Escher ZGB 518 N 22/23; S. 225 a, 355/6 a, 376 a, 385 a, 389 a Anm. 137, 394 a, mit Hinweisen auf die Unterschiede zwischen Testamentsvollstreckung und trust, vor allem bezüglich der Haftungsverhältnisse und der Aufsicht.

³⁶ Escher a.a.O.; Guisan l.c.; Pestalozzi a.a.O.

³⁷ Vgl. §§ 7, 19, 22, 95 ff.; Batiffol 22/3; Guisan 99 ss.

unterstehen, vor allem bezüglich der Haftung, der dinglichen Surrogation, der Vermögensanlage, der hier vorwiegend verwaltungsmäßig, dort gerichtlich ausgestalteten Aufsicht. Die gesetzliche Vertretung wird unter gesetzlich abschließend umschriebenen Voraussetzungen angeordnet, der trust steht als generelles Institut der freiwilligen Pflegschaft unbegrenzt zur Verfügung. Die Freiheit, die in dieser angelsächsischen Ordnung den Rechtsunterworfenen eingeräumt wird, mag mit einer anderen Prägung der Idee des Individuums, als wie sie von der Aufklärung gedacht wurde, zusammenhängen.

§ 114. Mit der Treuhand kann auch eine Verstärkung der Stellung des Geschäftsbesorgers (auch eines neutralen Mittlers) oder real gesicherten Gläubigers, die Vereinfachung der Geschäftsbesorgung, die Verbergung und die damit ermöglichte Gesetzesumgehung angestrebt werden³⁸. Soll dem Geschäftsbesorger, dem neutralen Interessenwahrer oder dem Gläubiger für diese Zwecke Verfügungsmacht über Mobilien oder Wertpapiere eingeräumt werden, so kann dies, ohne daß das Eigentum auf sie übertragen wird, geschehen durch Ermächtigung und Formallegitimation, die durch Besitzübergabe oder Blankoindossament bewirkt wird³⁹. Gegen die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch nur formal legitimierte, nicht gehörig bevollmächtigte Besitzer von Inhaberaktien oder im Aktienbuch als Namenaktionäre eingetragene Nichtheigentümer kann jedoch gemäß OR 691 Einspruch erhoben, es kann auch unter Umständen ein Generalversammlungsbeschuß, der unter Mitwirkung formal legitimierter «Aktio-

³⁸ Vgl. §§ 15 ff.

³⁹ Oftinger, Fahrnispfand ZGB 901 N 69, 109. – Vgl. die ausführliche Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Treuhand bei Siebert 232 ff.; ferner Schleß 32 ff. Die deutsche Doktrin geht mit der Annahme einer eigenrechtlichen Stellung des ermächtigten Formallegitimierte, der als Treuhänder aufgefaßt wird, weit über das mit den entsprechenden Institutionen im schweizerischen Recht Erreichbare hinaus.

näre» zustandegekommen ist, angefochten werden⁴⁰. Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, einen Strohmann, dem eine Namenaktie nur zur Formallegitimation indossiert wurde, im Aktienregister einzutragen⁴¹. Dem Dritten bleibt trotz der mit Formallegitimation verbundenen Ermächtigung eine konkurrierende Verfügungsmacht, welche er mangels Besitz allerdings oft praktisch nicht ausüben kann.

§ 115. In manchen Fällen, in denen die Verwaltung von Vermögenswerten und die Verfügung darüber nach trust-Recht geregelt wird, begründet man im Bereich des civil law mit im ganzen zufriedenstellenden ähnlichen Ergebnissen lediglich relative Rechte und erteilt Vollmachten⁴².

Will jemand einen anderen zugunsten eines Dritten verpflichten, kann dies in England nur durch die (oft stillschweigende) Errichtung eines trust geschehen⁴³. Nach schweizerischem Recht treten ähnliche Wirkungen ein mit dem Abschluß eines echten Vertrages zugunsten Dritter, mit der Anweisung, dem Vermächtnis, dem Vermächtnis und der Schenkung unter Auflage, mit der Begünstigung aus einem Versicherungsvertrag⁴⁴. Mit dem Vertrag zugunsten Dritter können wie mit dem trust Zuwendungen an einen nondum conceptus

⁴⁰ BGE 53 II 48; 71 II 280. – Stimmrechtsbeschränkungen können auch nicht durch die Übertragung der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten auf Treuhänder umgangen werden; BGE 72 II 83 ff.

⁴¹ F. von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (2.A. Zürich 1952) 74.

⁴² Pestalozzi, 139, vertritt die Ansicht, trustähnliche Abreden könnten «vor allem auch auf rein obligatorischer Basis getroffen werden». Man sollte aber nicht von Trustähnlichkeit sprechen, wenn überhaupt keine Übereignung von Vermögenswerten auf einen Treuhänder stattfindet; wie man doch wohl auch nicht sagen kann, ein Mietvertrag sei eine «eigenstumsähnliche» Abrede.

⁴³ Vgl. S. 237a.

⁴⁴ Vgl. von Tuhr/Siegwart 679 ff. – Das amerikanische Recht, das den Begriff der «consideration» anders umschreibt als das englische, kennt den Vertrag zugunsten Dritter; Scott § 14.

gemacht werden^{44a}. Hat der Begünstigte einen Anspruch auf eine Verfügung aus dem Vermögen des Stipulators, ist er allerdings im Gegensatz zum angloamerikanischen Recht nicht dinglich geschützt⁴⁵. Dagegen kann der Begünstigte mit dem Eintritt der Unwiderruflichkeit (OR 112 III, VVG 77 II) seinen Anspruch aus dem Vertrag zugunsten Dritter dem Zugriff der Gläubiger des Stipulanten entziehen (OR 470 III, VVG 79 II). Dem Ehegatten und den Nachkommen eines Versicherungsnehmers wird dieser Schutz in VVG 80 auch für Ansprüche aus einer widerruflichen Versicherung gewährt, so daß der Versicherungsnehmer den Rückkaufswert einerseits zu seiner Verfügung halten und ihn andererseits den Gläubigern der Begünstigten, die nur eine Anwartschaft haben, entziehen, diese Anwartschaft aber zugleich der Familie weitgehend sichern kann. Durch diese vollstreckungsrechtliche Privilegierung, zu der eine steuerrechtliche tritt, wird dem Versicherungsnehmer ein größte Beweglichkeit mit Sicherheit verbindendes Instrument zur Vorsorge für die Familie in die Hand gegeben, mit dem die gleichen Wirkungen wie mit dem im angloamerikanischen Rechtsgebiet sich immer größerer Beliebtheit erfreuenden insurance trust⁴⁶ erzielt werden können. Der einseitig nicht widerrufbare Auftrag zugunsten Dritter dient in seiner praktischen Auswirkung zum Teil dazu, einem in Geschäften Unerfahrenen ein Vermögen zuzuwenden, ohne ihm die Verwaltungs- und Verfügungsmacht zu geben, eine Aufgabe, für deren Bewältigung im Bereich des common law als spezifisches Institut der trust zur Verfügung steht⁴⁷. Der mehrseitige, einseitig nicht widerrufbare Auftrag vermag den trust auch in gewisser Hinsicht

^{44a} Vgl. S. 281a.

⁴⁵ Darauf wurde an der Semaine Internationale de Droit, Paris 1937, lediglich aus theoretischen Gründen Gewicht gelegt, keineswegs aber darum, weil man ein Bedürfnis nach dem Ausbau des geltenden civil law empfunden hätte; vgl. Travaux 136/7, 148.

⁴⁶ Bogert 9 et seq.

⁴⁷ Vgl. S. 393a Anm. 158.

zu ersetzen, wenn die Rechte zweier Parteien an einer Sache, die bei einem Dritten hinterlegt wird, zu wahren sind⁴⁸. So übernimmt der Sequester (OR 480) eine Aufgabe, mit der im angloamerikanischen Rechtskreis ein trustee betraut wird. Trustfunktionen erfüllen auch das Institut der Verpfändung und der Leibrente; wird für eine unentgeltlich bestellte Leibrente in Anwendung von OR 519 III die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen, entsteht eine ähnliche Lage wie beim amerikanischen spendthrift trust⁴⁹.

§ 116. Aus dem vorstehenden Katalog verschiedener Institute, die nach unserem Recht Aufgaben erfüllen, welche nach angloamerikanischem Recht mit dem trust device bewältigt werden, geht hervor, daß der Treuhand im System des civil law nie die gleiche Bedeutung zukommen kann wie im Bereich des common law, wo der trust unentbehrlich ist. Eine wichtige Verwendung findet die fiduziарische Eigentumsübertragung als, im Vergleich zur Pfandbestellung, verstärkte Realsicherung^{49a}. Oft wird das fiduziарische Rechtsgeschäft gewählt zur Umgehung insbesondere ausländischer konfiskatorischer und fiskalischer Gesetze oder aktienrechtlicher gesetzlicher und statutarischer Schranken^{49b}. Gelegentlich mag eine Vermögensverwaltung durch fiduziарische Ausgestaltung vereinfacht werden, oder durch die Einsetzung eines Fiduziars.

⁴⁸ Vgl. S. 393 a.

⁴⁹ Hier allerdings würde sich bei der Verdinglichung der Rechte des Fiduzianten wohl in eindrücklichster Weise das Bedürfnis zeigen, das Aussonderungsrecht auf gerechter Weise analog zu behandelnde Fälle auszudehnen; vgl. § 101. Das in OR 523 dem Pfründer eines Grundstückes wie einem Verkäufer gewährte gesetzliche Pfandrecht stellt nur einen schwachen Abglanz des Schutzes dar, der in equity durch den constructive trust gewährt wird. (Das trifft auch zu für das gesetzliche Pfandrecht des Verkäufers im Vergleich zum equitable lien, das equity einem Grundstücksverkäufer gewährt.)

^{49a} Vgl. § 17.

^{49b} Vgl. S. 236a oben; § 16.

wird jemandem die Verfügung über sein Vermögen entzogen, sei es zu seinem eigenen Schutz oder zum Schutz seines Gläubigers. Fiduziarische Rechtsverhältnisse entstehen sodann bei Sammlungen, unselbständigen Stiftungen und bei stillen Gesellschaften. Möglicherweise erweitert sich das Anwendungsgebiet der Fiduzia, wenn das Aussonderungsrecht der wirtschaftlich Berechtigten bei entsprechend vorsichtiger Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse durch die Rechtsprechung gesichert wird. Darauf ist in den §§ 119/20 zurückzukommen.

II. Die Umfrage in Kreisen der Wirtschaft

§ 117. Eine Reception des trust⁵⁰ oder seine Nachahmung durch eine gesetzliche Schaffung eines neuen dinglichen Verwaltungsrechtes für den «Treuänder» oder eines neuen dinglichen Nutzungsrechtes für den «Begünstigten» könnte nur dann ernstlich erwogen werden, wenn sich eine «Einführung» des trust unwiderstehlich aufdrängen würde. Es müßte ein eigentlicher Notstand im Rechtsverkehr vorliegen. Dieser Notstand könnte dadurch bewirkt sein, daß vom Verkehr aus sozialen oder wirtschaftlichen oder volkspsychologischen Gründen gebieterisch angemeldete Bedürfnisse durch unser Recht nicht befriedigt werden. Solche Postulate der Wirtschaft könnten ihre Ursache darin haben, daß Tatbestände des landesinternen rechtsgeschäftlichen Lebens in seiner modernen Gestalt im Rahmen der positiven Ordnung überhaupt nicht oder nur auf verdunkelnden und komplizierten Umwegen gelöst werden können. Oder dadurch, daß der Verkehr mit dem Auslande ernstlich erschwert wird, weil ein im Ausland ausgiebig benütztes fremdes Rechtsinstitut in unserem Recht keine Entsprechung findet⁵¹. Ein derartiger Notstand könnte sich ins-

⁵⁰ In der rechtlichen Ausgestaltung des anglosächsischen Rechtes schlechthin ausgeschlossen; vgl. insbesondere § 73 ante.

⁵¹ Vgl. die Bemerkungen über die Ursachen und Bedingungen der Wanderung von Rechtsinstituten bei Mankiewicz und dort angeführte Literatur.

besondere einstellen, wenn die schweizerische Volkswirtschaft in ihrer kapitalmäßigen und handelspolitischen Verflechtung mit dem Auslande sich überlegenen starken Partnern gegenüberstehen, die weder bereit sind, auf ihre eigenen Rechtsmodelle zugunsten der unsrigen zu verzichten, noch sie den unsrigen anzupassen, oder auch dann, wenn Ausländer oder ausländische Firmen in der Schweiz eigene Geschäftsniederlassungen eröffnen wollten und das nur deshalb nicht tun, weil wir ihnen die Rechtseinrichtungen, an die sie gewohnt und die ihrem Rechtsgefühl vertraut sind, nicht zur Verfügung stellen können⁵². Ein Mangel unserer Rechtsordnung auf dem Gebiete des Geschäfts- und Geldverkehrs würde sich naturgemäß in erster Linie in

⁵² Mankiewicz 3: «Ainsi le commerçant qui découvre dans un pays voisin une institution économique qui peut lui rendre service est tout prêt à l'imiter. C'est certainement l'une des raisons de l'intérêt qu'a suscité dans les milieux d'affaires du continent européen l'institution anglo-américaine du trust. Le fait qu'en traitant avec des américains ou anglais, le commerçant de l'Europe continentale peut être obligé de souscrire à un contrat de trust en est une autre, qui vient de s'y ajouter tout récemment»; ferner Annex I Bemerkung 7: «Une institution juridique peut immigrer dans un autre pays lorsqu'elle y trouve des règles législatives ou judiciaires susceptibles de la protéger. Tel a été, par exemple, le cas de la convention collective du travail qui a pu pénétrer dans presque tous les pays sans qu'une modification de la législation ou de l'institution fut nécessaire. – Lorsque l'institution migrante ne trouve pas dans son pays d'adoption des règles faites à sa mesure, elle doit se transformer de manière à pouvoir s'accommoder des règles juridiques du pays. L'exemple classique d'une transformation de ce genre est fourni par les effets de commerce. Lorsque la lettre de change traversa la Manche, elle ne put y produire automatiquement les effets juridiques qui lui sont propres en droit «civil». Car ceux-ci sont le produit de son caractère de contrat abstrait, inconnu du common-law. Dès lors, la lettre de change a dû changer de nature et devenir un contrat «causé». Transformée ainsi elle a pu s'installer dans le droit anglais parce que la jurisprudence admitt que ce contrat comporte une présomption de l'existence de la «consideration». En vertu de cette présomption, le porteur du titre jouit maintenant en pays anglo-américain dans une très large mesure de la même situation privilégiée qu'en pays de droit «civil».»

unseren Wirtschaftsbeziehungen zum Auslande oder zu Ausländern spürbar machen, während interne Schwierigkeiten im weiten Anwendungsfeld der Treuhand vor allem bei vermögensrechtlichen Lösungen im Familien- und im Erbrecht auftraten, da in diesen Rechtsgebieten überall auf der Welt Tatbestände in Rechtsformen eingekleidet werden müssen, die funktionell mit der Treuhand verwandt sind. Familien- und Erbrecht wurzeln aber besonders tief in traditionellen Anschauungen und sind gegenüber jeder Einpflanzung fremder Rechtsinstitute abweisend⁵³. Eine Reception oder eine Nachahmung des trust wäre nur zu verantworten, wenn damit unerträglichen Unzukämmlichkeiten abgeholfen werden müßte. Der Gesetzgeber hat eine solche Abhilfe nur dann zu leisten, wenn feststeht, daß de lege lata mit einer richterlichen Fortbildung des Rechtes⁵⁴ (Gewohnheitsrecht)⁵⁵ der bedenkliche Übelstand nicht behoben werden kann. Alles Recht ist seinem Begriffe nach konservativ. Die von der Rechtsordnung zu leistende Rechtssicherheit als ein Element der Gerechtigkeit verträgt

⁵³ Mankiewicz Annex I Bemerkung 4: «Cette thèse a été corroborée tout récemment par les difficultés que les tribunaux chinois ont rencontrées dans leurs efforts de faire respecter les règles de leur nouveau code civil relatives aux successions. S'inspirant de modèles étrangers, ces dispositions opèrent une rupture avec le passé, notamment en ce qui concerne l'héritage des personnes du sexe féminin. Or, de ce fait, elles produisent des conséquences rejetées énergiquement par une population fidèle à ses traditions et hostile au bouleversement de ses mœurs et coutumes. Il s'en est suivi que l'exécution de testaments conformes au nouveau régime des successions s'est heurtée à la résistance, sinon au sabotage, par ceux même qui en auraient profité et aussi par ceux qui auraient eu à traiter dorénavant avec les héritiers de style nouveau.»

⁵⁴ ...quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia (Papini an D. 1.1, 7.1); vgl. auch das sehr aufschlußreiche und die moderne Bedeutung des Gerichtsgebrauchs für die Entwicklung des Rechts eindrücklich vermittelnde Werk von Karl Spiro, Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts (Basel 1948).

⁵⁵ Vgl. Burckhardt, Einführung 204.

sich nicht mit Experimenten. Das gesetzte, geschriebene Recht sollte nur bewährten Rechtsüberzeugungen und gefestigten Rechtsübungen Ausdruck verleihen. Gesetztes, geschriebenes Recht ist seinem Wesen nach nicht nur konservativ, sondern der Kodifikator des schweizerischen Zivilrechts, wenn er sein würdiges Vorbild nicht verraten will, spricht die Rechtsgedanken nur aus, er erzeugt sie nicht⁵⁶.

§ 118. Die Untersuchung, ob ein solcher einen gesetzgeberischen Akt rechtfertigender Notstand vorliegt, kann sich nicht auf die Methode der Rechtsvergleichung und auf eine juristische Wertung des so gewonnenen Stoffes allein beschränken. Auch wenn die Rechtsvergleichung⁵⁷ sowohl die Handhabung der zu vergleichenden Normenkomplexe in der Praxis als auch deren Auslegung in der Doktrin und deren Anwendung durch die Gerichte erforscht, so kann sie allein die Frage nach dem Bedürfnis der Einführung eines fremden Rechtsinstitutes nicht beantworten. Die Rechtsvergleichung ist aber eine notwendige Vorstufe. Nach der Bedeutung eines fremden Instituts für unsere Rechtsordnung kann erst richtig gefragt werden, wenn der Rechtsbegriff, der immer nur in Relation auf eine konkrete Rechtsordnung positiv gefaßt werden kann, gereinigt ist. Die Antwort auf die Frage nach der Bedeutung des Instituts muß sodann zwei Gedanken in der richtigen Reihenfolge verbinden. Einmal die rechtslogische und rechtsethische Richtigkeit und sodann die Tragweite für das gesellschaftliche Leben. Darum ist noch zu prüfen, ob die schweizerische Wirtschaft die Einführung des trust fordert. Kann schon der Tatsache, daß das Bundesgericht nur in ganz vereinzelten Fällen Gelegenheit hatte, sich mit dem trust auseinanderzusetzen, entnommen werden, daß die delikaten Probleme, die seine Berührungen mit unserem Recht

⁵⁶ Egger, allgemeine Einleitung, insbesondere N 29.

⁵⁷ Hier notgedrungen summarisch, da es nicht nur an einer begrifflichen Klärung und an einläßlichen Darstellungen des trust in der schweizerischen Rechtswissenschaft gebreit, sondern auch an den notwendigen vertieften Vorstudien von Einzelfragen.

aufwirft, bis heute keine alarmierenden Störungen des Rechtslebens erzeugten, so beweist auch das Ergebnis einer Umfrage in den Kreisen der schweizerischen Wirtschaft⁵⁸, daß von der Praxis her betrachtet das Fehlen des trust oder einer analogen Treuhandfigur in unserem Recht nicht als ein Mangel empfunden wird⁵⁹. An Hinweisen auf die

⁵⁸ Die Umfrage wurde gerichtet an etwa 40 führende Firmen, nämlich an die Maschinen- und Metallindustrie, an die mit dem Auslande in regem Produktions- und Finanzverkehr stehende große chemische Industrie, an bedeutende Firmen verschiedener anderer industrieller Zweige, an Handelsfirmen, die ausgebauten Beziehungen zu England und Amerika haben, an die großen schweizerischen Versicherungsgesellschaften, sodann an die Großbanken und an eine kleinere Zahl von Privatbanken. Begrüßt wurde ferner der Vorort des Schweiz. Industrie- und Handelsvereins, die Schweiz. Verrechnungsstelle, sowie eine Anzahl von Anwälten, die über eine besondere Erfahrung im internationalen Geschäftsverkehr verfügen. Die Umfrage wurde in verdankenswerter Weise von der Zürcherischen Handelskammer noch an weitere Adressen verschickt. Um Auskunft, ob interessierende, nicht publizierte Entscheide vorhanden sind, wurde ein Mitglied des Bundesgerichtes und der Präsident des Zürcher Handelsgerichtes gebeten. Es wurden aber keine Urteile beigebracht, welche über die publizierten, berücksichtigten hinaus neue Gesichtspunkte aufgezeigt hätten. Wertvolles Material erhielt der Verfasser sodann vom Chef des Eidgenössischen Handelsregisteramtes. Für alle Antworten, die sich zum Teil gründlich auf das Thema einließen, sei auch an dieser Stelle gedankt.

⁵⁹ Pestalozzi, 133, glaubt, «die Einführung eines trust sei zwar de lege ferenda theoretisch denkbar, praktisch seien dafür nur gewisse Anzeichen vorhanden für Zeiten politischer, außerordentlicher Ereignisse». Auch diese Anzeichen sprechen aber m. E. nicht für eine Einführung des trust in unsere eigene Rechtsordnung. Die schweizerischen Wirtschaftskreise bringen zwar – wie ein hervorragender Kenner sich äußerte – dem anglosächsischen trust Interesse entgegen, aber nur weil sie sich seiner im Auslande bedienen. «Verschiedene schweizerische Unternehmungen haben sich vor und während dem Zweiten Weltkrieg gegen die Folgen von zu befürchtenden politischen und militärischen Ereignissen dadurch zu schützen gesucht, daß sie ihre überseeischen Beteiligungen in kanadische und amerikanische trusts einbrachten. An solche Möglichkeiten, denen auch heute noch aktuelle Bedeutung bei-

Elastizität und auf die Bedeutung des trust in den Ländern des common law fehlt es in den gutachtlichen Äußerungen nicht. Aber nur in wenigen Fällen⁶⁰ wird übersehen, daß die Einführung des trust in unser Recht eine ernsthafte Erschütterung unseres Rechtssystems im Gefolge hätte und damit zu einer schweren Gefährdung des Rechtsverkehrs führen müßte. Fast ausnahmslos wird erklärt, daß sich weder in der schweizerischen noch in der internationalen Praxis Fälle gezeigt hätten, die ein dringendes Bedürfnis nach der Einführung des trust indizierten⁶¹. Viele der Ant-

zumessen ist, denkt in glücklicher Weise die im Entwurf vorliegende Schutzgesetzgebung zur Sicherung schweizerischer Interessen in einem neuerlichen Kriegsfall.» Mit dieser Schutzgesetzgebung soll jedoch lediglich das Problem der Zulässigkeit und der Folgen der Anwendung des trust durch schweizerische Firmen und Rechtspersonen in Ländern, in denen er heimisch ist, gelöst werden (Fragen der Verantwortlichkeit aus der Widmung von schweizerischen Vermögenswerten in anglosächsische trusts mit Sitz im Ausland; das Verhältnis ausländischer trusts, die schweizerischen Firmen gehören, zum schweizerischen Registerrecht, zum schweizerischen Steuerrecht usw.).

⁶⁰ So würde es z. B. ein Anwalt «für das schweizerische Recht als eine bedauerliche Unterlassung betrachten, wenn ein Land wie die Schweiz, das mit den angelsächsischen Staaten in engsten Wirtschafts- und Finanzbeziehungen steht, den Anschluß an die immer weiter vordringende Rechtsfigur des trust verpassen würde». Ein anderer Jurist erklärt: «Die Vorteile des amerikanischen trust haben wir ja alle schon häufig empfunden. Diese Rechtsform, welche für die Teilung des Eigentums zwischen formell Berechtigten und beneficiary owner eine Reihe von leicht anwendbaren Regeln aufgestellt hat, ist sicherlich auch im Bereich des schweizerischen Rechts gegeben.» Beide Äußerungen scheinen aber mehr einer Stimmung als juristischen Überlegungen Raum zu geben.

⁶¹ Ein Anwalt mit weitverzweigter internationaler Praxis schreibt: «Persönlich habe ich in den letzten ca. 30 Jahren sehr viel, sowohl mit den Treuunternehmungen nach liechtensteinischem Recht, wie auch den verschiedensten Treuhandfunktionen in der Schweiz zu tun gehabt und bin zum Schlusse gekommen, daß ein Bedürfnis für die Einführung des anglosächsischen Rechtsinstitutes des Trusts in der Schweiz nicht besteht. Die meisten mir nahestehenden Kreise haben von der Möglichkeit des liechtensteinischen Treu-

worten beschränken sich aber nicht auf die negative Feststellung, daß kein Bedürfnis nach der Einführung des trust vorhanden sei, sondern sie warnen mit guten Gründen vor irgendwelchen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Entwick-

unternehmens sehr selten Gebrauch gemacht, weil eben jede fiduziарische Funktion auf dem europäischen Kontinent in erster Linie eine Vertrauensfrage war und nicht eine Rechtsfrage.» Das Rechtsbüro einer Großbank bemerkt: «Unseres Erachtens fänden wohl gewisse Rechtsgeschäfte eine angemessenere Form, wenn dafür das Institut eines trusts zur Verfügung stände. Immerhin scheint uns die Notwendigkeit der Einführung dieser Rechtsform in unsere Gesetzgebung nicht so groß zu sein, daß von einem eigentlichen dringenden Bedürfnis gesprochen werden müßte.» Die Direktion einer anderen Bank schreibt: «Ein Bedürfnis, die Institution des trust auch in unserem Lande einzuführen, dürfte m. E. allenfalls höchstens dann bestehen, wenn dadurch eine fiskalische Besserstellung und eine vermehrte Anonymität gegenüber den bestehenden Rechtsformen erreicht werden könnte.» Eine Versicherungsgesellschaft schreibt: «Aus unserer schweizerischen wie auch unserer internationalen Geschäftspraxis sind uns kaum Fälle bekannt, in denen sich das dringende Bedürfnis gezeigt hätte, zum Institut der angelsächsischen Treuhand zu greifen. Wir haben vielmehr die Erfahrung gemacht, daß die im geltenden schweizerischen Recht zur Verfügung stehenden Institute im allgemeinen ausreichen. Insbesondere dürfen wir auf die widerrufliche und unwiderrufliche Begünstigung im Versicherungsrecht und auf das Recht der Fürsorgestiftungen hinweisen, welche zahlreichen Ansprüchen der Versicherungspraxis zu genügen vermögen.» Ein chemisches Unternehmen teilt mit: «Wir möchten vorwegnehmen, daß wir in der Schweiz nie Schwierigkeiten hatten, trustähnliche Wirkungen mit Behelfskonstruktionen unseres Rechts zu erreichen. Mit anderen Worten, wir haben das Fehlen der Institutionen des trust im schweizerischen Recht bis jetzt nicht als einen Mangel empfunden.» Ein bedeutendes Unternehmen der Maschinenindustrie: «...daß von unserem Standpunkt aus ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand nicht vorhanden ist. Für uns würde dieses Rechtsgebilde höchstens im Ausland eine Rolle spielen und dann wahrscheinlich dessen Recht unterstellt sein.» Eine andere führende Firma der gleichen Branche schreibt: «Die Gesellschaft ist bei der Führung ihrer Geschäfte bisher in keinem Falle auf Verhältnisse gestoßen, in denen das Fehlen schweizerischer Gesetzesbestimmungen über den trust als Lücke empfunden worden wäre.»

lung eines schweizerischen Trustrechts⁶². So wird auch richtig erkannt, daß eine Kodifikation des angloamerikanischen trust nach der kontinentalen Methode kaum möglich wäre⁶³. In den Antworten wird sodann mit Recht

⁶² Der Direktionspräsident einer Großbank schreibt: «Punkto Geschäfts- und Kreditverkehr würden neue Formen verkehrshindernd wirken, weil man sich heute an eingeführte Usanzen hält, die bei einer Reglementierung sofort schwerfälliger würden, indem man sich hinter streng formaljuristischen Regelungen verschanzen würde und müßte, die vielleicht sogar mit unseren klaren OR-Begriffen in Widerspruch kommen könnten» und fügt an: «Der Fiskus, der schon heute die ‚Rechtmäßigkeit‘ von Stiftungen zu Familienzwecken in der Regel verneint und darin die Gefahr der Wiedereinführung von Fidei-Kommissionen wittert, wird die Zulassung von Trustee-Gebilden wohl nur als Zerrbild zulassen.» Die Direktion einer großen chemischen Unternehmung äußert sich folgendermaßen: «Wir glauben indessen nicht, daß in der Schweiz ein Bedürfnis besteht, diese Rechtsfigur für unser nationales Recht zu recipieren. Aber selbst wenn sich ein gewisses Bedürfnis zeigen sollte, glauben wir nicht, daß die Trustbestimmungen des angelsächsischen Rechts hier überhaupt eingeführt werden könnten. Es scheint uns, daß der angelsächsische trust derart durch die Tradition gebunden und durch die jahrhundertlange Entwicklung bis in alle Verästelungen derart detailliert geregelt ist, daß auch bei einer Übernahme des Grundprinzips in das schweizerische Recht doch im Ergebnis etwas ganz anderes bewirkt werden wird als der angelsächsische trust. Man darf auch nicht übersehen, daß der trust sich im angelsächsischen Rechtsgebiet ja noch auf sehr viele andere Rechtsverhältnisse direkt oder indirekt auswirkt.» Der Leiter eines bedeutenden Handelshauses mit überseeischen Beziehungen schreibt: «...aber m. E. ist unser Obligationenrecht für das Geschäftsleben genügend ausgestaltet und meiner Ansicht nach würde jedes spezielle Rechtsinstitut nur Komplizierungen für den Verkehr mitbringen.»

⁶³ Aus der Vernehmlassung einer anderen Großbank: «On peut toutefois se demander s'il serait possible de mettre sur pied en quelques articles de loi un ensemble de dispositions légales suffisamment complet pour assurer un développement harmonieux de l'institution alors que les auteurs anglo-saxons, dans des pays où le Trust est connu depuis des siècles, n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur une définition de celui-ci. Cette institution réglée essentiellement de façon empirique par une multitude de décisions

darauf hingewiesen, daß die Einführung des trust der Organisation einer strengen staatlichen Aufsicht bedürfte, weil nur durch eine solche Aufsicht der im angloamerikanischen Trustrecht gebotene Schutz der Begünstigten und der Dritten erreicht werden könnte. Im allgemeinen wird⁶⁴ mit eindrücklicher Einmütigkeit erklärt, daß die Institute, die in unserem Recht ausgebildet worden seien, um jene Funktionen zu erfüllen, denen der trust im angloamerikanischen Recht dient, in jeder Hinsicht befriedigend funktionieren, auch wenn bei treuhändähnlichen Interessenslagen in unserem Recht der «Begünstigte» nicht immer im gleichen Maße dinglich geschützt sei wie der beneficiary eines trust⁶⁵. Die Lösungen in unserem Familienrecht, im Erbrecht, im Gesellschaftsrecht werden im großen und ganzen als zweckentsprechend empfunden⁶⁶. Postulate fin-

d'espèces se préterait-elle à une codification selon les procédés aux-
quels nous sommes accoutumés ?»

⁶⁴ Vgl. z. B. die Zitate in den Anmerkungen 61/2.

⁶⁵ Der Leiter eines bedeutenden Finanzinstitutes bemerkt: «Unsere heutigen Treuhandformen sind sehr elastisch, basieren nicht nur auf den gesetzlichen Bestimmungen über den Auftrag und die Stellvertretung, sondern auf einem Ehrbegriff von Treu und Glauben, der einerseits einen strengen, hauptsächlich moralisch fundierten Rechtscharakter hat, anderseits aber elastisch genug ist, um allen möglichen Formen gerecht zu werden. Eine Beschränkung des angloamerikanischen Trustee-Begriffes nur auf bestimmte Rechtsgebiete und einzelne Funktionen wäre zwecklos.»

⁶⁶ Die Rechtskonsulenten einer Großbank schreiben dazu allerdings folgendes: «Nach unserer Auffassung könnte die Rechtsform eines trusts in erster Linie als Ersatz für die Errichtung von letztwilligen Verfügungen oder Erbverträgen dienen. In der Praxis zeigt sich gelegentlich, daß die Regelung eines Nachlasses durch Testament oder Erbvertrag nicht gerne gewählt wird, sei es, weil der Testator die Einreichung eines Testamentes zur amtlichen Eröffnung (im Ausland) scheut, sei es, weil die Beschaffung von Erbausweisen, Testamentsvollstreckungszeugnissen und dergl. kompliziert und oft unerwünscht ist, sei es endlich, weil die Abwicklung des Nachlasses mit beträchtlichen Kosten und großem Zeitaufwand verbunden ist. Es besteht daher ein gewisses Bedürfnis, den Nachlaß durch Verfügung unter Lebenden vollständig zu ordnen, ohne daß indessen, wie dies bei einem Erbvertrag der Fall wäre, der

den sich lediglich in zwei beschränkten Spezialfällen. Einerseits wird mit Nachdruck auf die Notwendigkeit des Ausbaues des Schutzes des Fiduzianten (oder Drittbegünstigten) beim fiduziarischen Rechtsgeschäft hingewiesen und andererseits wird das Verbot der Errichtung von Unterhaltsstiftungen beklagt. Es herrscht zwar Übereinstimmung, daß die bestehende gesetzliche Ordnung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes genüge, vorausgesetzt, «daß man sich die Person des Treuhänders genau ansieht». Die Frage der Gewährung eines Aussonderungsrechts im Konkurs des Fiduziars und die Frage, was mit dem Treugut beim Tode des Treuhänders geschieht, «stellen sich bei Übertragung von Treugut an seriöse Treuhandgesellschaften überhaupt nicht», schreibt eine Treuhandgesellschaft, aber in sehr vielen Zuschriften wird auf die Unzulänglichkeiten hingewiesen, die sich aus der Gerichtspraxis, welche das Aussonderungsrecht ablehnt, ergeben⁶⁷. Noch akuter

Erblässer sich gegenüber den Begünstigten binden und ihnen die von ihm gewünschte Regelung zur Kenntnis bringen muß. Gerade in solchen Fällen wird im angelsächsischen Gebiet oft zur Errichtung eines trusts geschritten, während man sich hier mit Aushilfskonstruktionen zu helfen sucht, mit denen indessen die gewünschten Ziele nur teilweise erreicht werden.»

⁶⁷ So schreibt z. B. der Rechtskonsulent einer ostschweizerischen Maschinenfabrik: «Wünschbar ist in vielen Fällen, daß dem Fiduzianten gegenüber dem Fiduziar dingliche und nicht nur obligatorische Rechte zustehen. Als grundsätzlicher Feind der Gesetzmacherei auf dem Gebiete des Privatrechtes würde ich es aber als völlig verfehlt betrachten, wenn man durch einen allgemeinen Rechtssatz diese Dinglichkeit einführen sollte. Denn in so und so vielen Fällen rechtfertigt sie sich nicht. Nur der Richter kann im einzelnen Fall die richtige Lösung finden. Mit anderen Worten: es genügt, daß in einem bestimmten praktischen Fall der Richter den Mut findet, mit der herrschenden Meinung zu brechen.» Ein Vertreter der Rechtswissenschaft, der über eine große Erfahrung im Bankgeschäft und in der Industrie verfügt, bemerkt dazu folgendes: «In der Schweiz ist es neben der Stiftung vor allem das fiduziarische Geschäft, das zur Ordnung von Tatbeständen verwendet wird, die in den angloamerikanischen Rechtsgebieten vom Trustrecht erfaßt werden. Ich habe dabei vorab die Verwaltung

scheint die Diskrepanz zwischen den Bedürfnissen des Verkehrs und der geltenden Ordnung unseres Stiftungsrechtes zu sein. Das in Art. 335 ZGB negativ gefaßte Verbot der Unterhaltsstiftungen wird in vielen Antworten als überholt und unzweckmäßig bezeichnet. Es wird gehofft, daß die «vielleicht allzu einschränkende Praxis des Bundesgerichtes» geändert werde, oder postuliert, daß der Gesetzgeber den Mangel behebe.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß von irgend einer ungewöhnlichen, zum Aufhorchen zwingenden Unzufriedenheit über die Absenz eines dem trust analogen Rechtsinstitutes in unserem Zivilrecht nicht die Rede sein kann. Ein Notstand, dem vom Gesetzgeber mit der Reception oder der Nachahmung des trust abgeholfen werden müßte, scheint nicht vorzuliegen. Gefordert wird in diesem Problemzusammenhang ein besserer Schutz des wirtschaftlich Berechtigten bei der Fiduzia und eine Ausgestaltung unseres Stiftungsrechtes, die es erlauben würde, Familienvermögen zu binden.

von Ausländern gehörenden Vermögenswerten in der Schweiz im Auge. Hierbei kommt der treuhänderischen Übertragung eine große praktische Bedeutung zu, wobei in der Praxis eine Reihe von Kautelen zur Anwendung gelangt, welche in ihrem Ergebnis eine weitgehende Sicherung der ausländischen Besitzer mit sich bringen... Vielleicht leiten auch die Andeutungen des Bundesgerichtes in Praxis 42 107 ff. zu einem vermehrten Schutz der Rechtsstellung des Fiduziars über.» Der Leiter einer Privatbank führt aus: «Wie auch Sie bestätigen, besitzt der Treugeber bzw. Begünstigte kein Recht auf Aussonderung des Treugutes im Konkurs des Treuhänders. Vielmehr würden die obligatorischen Ansprüche auf das Treugut, weil nicht mehr erfüllbar, in entsprechende Schadenersatzansprüche gegen den Treuhänder umgewandelt. Wenn juristisch zwar folgerichtig, so ist das von unserem Standpunkt aus betrachtet eine unbillige, gegen das natürliche Rechtempfinden verstößende und für den Laien schlechtweg unverständliche Regelung.» Ein anderer über große praktische Erfahrungen verfügender Dozent schreibt: «...Es müßte eine Mittellösung gefunden werden. Zu denken wäre an eine Bejahung des Aussonduungsrechtes überall dort, wo nicht berechtigtes Vertrauen der Drittgläubiger getäuscht worden ist.»

III. Die Postulate⁶⁸

1. Der Ausbau der Fiduzia

§. 119. Der Treuhand kommt im schweizerischen Recht, das darf als Ergebnis festgehalten werden, eine erheblich geringere Bedeutung zu als im angloamerikanischen Recht. Immerhin wird der Fiduzia in manchen Fällen, wohl häufiger, als es im Hinblick auf die verhältnismäßig spärliche Judikatur und auf die meist kurSORische Behandlung in der Doktrin scheinen möchte, vor anderen möglichen Konstruktionen der Vorzug gegeben; gelegentlich dient sie Zwecken, die anders nicht erreicht werden könnten. Es wird fast einhellig⁶⁹ als Mangel empfunden, daß die Fiduzianten und Begünstigten das Treugut, sowohl das ursprüngliche wie seine Surrogate, im Konkurs des Fiduziars nicht aussondern, bzw. einer Pfändung nicht widersprechen können. Weniger Gewicht wird im allgemeinen auf ein Verfolgungsrecht gegenüber bösgläubigen Erwerbern von Treugut gelegt⁷⁰.

Eine Resolutivbedingung, an welche die Übereignung des Treugutes an den Fiduziaren zu knüpfen wäre, würde den am Treugut wirtschaftlich Berechtigten nur einen sehr lückenhaften Schutz gewähren⁷¹. Die Resolutivbedingung, die m.E. ausdrücklich vereinbart werden müßte, weil der Fiduziar grundsätzlich das Vollrecht innehaben soll, könnte

⁶⁸ Die Postulate können im folgenden nur skizziert werden. Selbstverständlich benötigen sie eine eigene, juristisch fundierte und wirtschaftlich begründete Begutachtung. Ist eine Einführung des angloamerikanischen trust auf Grund der vorliegenden Untersuchungen eindeutig abzulehnen, und wird eine solche Einführung vom Verkehr auch gar nicht verlangt, so sollen als positives Ergebnis, aber nur im Sinne einer Anregung, die Möglichkeiten der funktionellen Annäherung unserer Institute an den trust noch kurz beleuchtet werden.

⁶⁹ Über Ausnahmen vgl. S. 222a Anm. 11.

⁷⁰ Vgl. dazu S. 265a/6a.

⁷¹ Vgl. oben S. 263a Anm. 56.

sich weder auf Grundstücke noch auf solche Treugutsbestandteile beziehen, die dem Fiduziaren nicht unmittelbar vom Fiduzianten (oder von dem durch ihn Angewiesenen) übereignet wurden. Praktisch kaum befriedigender würde der Versuch ausfallen, der deutschen Rechtsprechung zu folgen, die auf Grund der Theorie vom wirtschaftlichen Eigentum ein Aussonderungsrecht gewährt, jedoch mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit nach dem Unmittelbarkeitsprinzip nur für ursprüngliches Treugut⁷². Wenn überhaupt die benefiziарischen Ansprüche aus der Fiduzia bis zu einem gewissen Grade verdinglicht werden sollen, müßte auch die dingliche Surrogation vorgesehen werden, wenigstens in dem bei der indirekten Stellvertretung in OR 401 zugestandenen Ausmaß⁷³. Dogmatisch ist die Theorie vom wirtschaftlichen Eigentum (oder wie man sie immer nennen mag) unhaltbar⁷⁴; systematisch müßte sie als willkürlich erscheinen, wenn sie nur auf die Treuhand und nicht auf alle Fälle unberechtigter Bereicherung angewendet würde⁷⁵. Es ist kaum anzunehmen, daß das Bundesgericht mit seiner Andeutung in BGE 78 II 451, die strikte Durchführung der Vollrechtstheorie lasse «die gesteigerten Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs» außer Betracht, eine Übernahme der rechtlich und praktisch stark kritisierten deutschen Praxis einleiten oder auch nur in Erwägung ziehen wollte.

Eine der besonderen fiduziarischen Rechtslage angemessenere Lösung des Aussonderungsproblems, für welche das Bundesgericht im zitierten, viel beachteten Entscheid den Weg gewiesen hat, läßt sich durch die Bestellung mehrerer in einem Gesamthandverhältnis stehender Treuhänder erzielen, wobei für den Fall des Konkurses eines Treuhänders Akreszenz des Treugutes – sowohl des ursprünglichen wie des von einem Fiduziaren auf Rechnung

⁷² Vgl. oben S. 260a Anm. 44.

⁷³ Vgl. oben S. 383a/40a.

⁷⁴ Vgl. oben S. 349a ff.

⁷⁵ Vgl. oben S. 380a Anm. 94; §§ 100/1.

des Treugutes, bzw. des Fiduzianten oder Begünstigten neu angeschafften – an die übrigen Treuhänder zu vereinbaren ist⁷⁶. Mit der Bestellung mehrerer gemeinsamer, zur Coop-tation ermächtigter Treuhänder wird eine praeventiv wirkende Garantie für die ordnungsgemäße Verwaltung des Treugutes geschaffen. Sie allein bietet Gewähr für den ungestörten Fortbestand der Treuhandschaft, ohne daß der Richter eingreifen oder ein Beistand ernannt werden müßte^{77, 78}. Schon in der Frühzeit des englischen trust ist die Bestellung von co-trustees üblich gewesen. Wird ein großes Finanzinstitut zum trustee ernannt, kann man von einer Mehrzahl von trustees, die sonst auch heute in Ländern des angloamerikanischen Rechtes dem Einzeltrustee vorgezogen werden, aus rein praktischen Gründen absehen. Für die zweiseitige Sicherungstreuhand, die häufigste Anwendungsform der Fiduzia, mag allerdings die Bezeichnung mehrerer Fiduziare als umständlich erscheinen. Hier beläuft sich jedoch das Risiko des Fiduzianten nur auf die Differenz zwischen dem Wert des Sicherungsgutes und dem Schuldbetrag, und zudem tritt m.E. bei der Verwertung für den Überschuß dingliche Surrogation gemäß OR 401 III ein⁷⁹.

§ 120. Das Recht zur Aussonderung des Treugutes aus dem Vermögen der nach außen nominell als Gesamteigentümer

⁷⁶ Vgl. oben S. 264a.

⁷⁷ Vgl. oben S. 258a.

⁷⁸ Die co-Treuhänder bilden eine einfache Gesellschaft, die aufgelöst wird, wenn ein Mitglied in Konkurs fällt (OR 545 I Ziff. 3). Im Treuhandvertrag wird vereinbart, daß das Gesamthandverhältnis unter den übrigen Gesellschaftern (= Treuhändern) fortbestehen solle und die Liquidation der Gesellschaft mit dem Konkursiten gestützt auf ZGB 654 II auf dem Wege der Akreszenz zu erfolgen habe. Eine Auszahlung an die Konkursmasse des ausscheidenden Gesellschafters hat nicht zu erfolgen, weil er an das Treugut nichts geleistet hat. (Eine anteilmäßige Auszahlung kann insofern gefordert werden, als die co-Treuhänder das ihnen gemeinsam zustehende Entgelt für die Führung von Treuhandschaften als Gesellschaftsgewinn kapitalisiert haben.)

⁷⁹ Vgl. oben S. 262a Anm. 52.

auftretenden Fiduziare gefährdet den Kreditverkehr⁸⁰. Schon heute allerdings können sich für Mobilien, Geld und Wertpapiere Besitzer mit oder entgegen dem Willen des wahren Eigentümers als scheinbare Eigentümer ausgeben, ohne daß sich ein Kreditgeber im Falle des Konkurses des scheinbaren Eigentümers darauf zu berufen vermöchte. So weit der Gläubiger eines Fiduziars berechtigtes Vertrauen in den durch die Fiduzia geschaffenen Rechtsschein haben durfte, was insbesondere bezüglich der zum Treugut gehörenden Grundstücke, die auf den Namen der Fiduziare einzutragen sind, zutreffen kann, besteht ein Bedürfnis nach seinem Schutz. Dieser wird m.E. am zweckmäßigsten und auf das gerechteste verwirklicht, wenn jene Gläubiger, die, ohne daß die Fiduzianten oder Begünstigten den Gegenbeweis zu erbringen vermöchten, glaubhaft machen, daß sie ihren Kredit im konkreten Fall im Vertrauen auf das scheinbare Eigentum der co-Treuhänder oder auf das durch den Anteil eines Treuhänders an der Gesamthandschaft scheinbar ausgewiesene Aktivum gewährt haben, die Aussonderung im Betrag ihrer Forderung verhindern können. Eine solche Rechtsprechung, bei der bis zu einem gewissen Grade ähnlich verfahren würde wie in Equity nach der rule of estoppel und reputed ownership⁸¹, und die in BGE 72 II 362 unter ausdrücklicher Berufung auf die genannten angloamerikanischen Rechtsprinzipien eingeleitet worden ist⁸², könnte auf ZGB 2 gestützt werden. Wer als Fiduziant oder Begünstigter seine Treuhänder nach außen als unbeschränkte Eigentümer auftreten läßt, muß damit rechnen, daß Dritte durch das so geschaffene scheinbare Eigentum getäuscht werden, und hat, wenn dies tatsächlich geschieht und der Kreditgeber die nach der konkreten Sachlage gebotenen Erkundigungen eingezogen hat, keinen Anspruch auf Rechtsschutz. Der auf Grund von ZGB 2 nach den

⁸⁰ Am Gutglaubenschutz beim Güterumsatz ändert ein Aussonderungsrecht bei der Fiduzia nichts.

⁸¹ Vgl. oben S. 328a ff.

⁸² Vgl. in ähnlichem Sinne Siebert 199.

Bedürfnissen des Einzelfalles gewährte Kreditschutz verdient m.E. den Vorzug vor einer schematischen Registerpflicht mit absoluter negativer Rechtskraft⁸³.

Mit den hier skizzierten Vorschlägen, die nur in der Praxis verlässlich konkretisiert werden können, wird eine durch die Rechtsprechung bereits angebahnte Lösung des Aussonderungsproblems durch den Richter angestrebt. Zu weit würde es führen, wenn zugunsten des Fiduzianten und Begünstigten ein allgemeines Aussonderungsrecht durch den Gesetzgeber statuiert würde, obschon in SchKG 201 und OR 401 Ansatzpunkte dafür vorhanden sind. Zu weit vor allem darum, weil dann, wie schon mehrfach betont wurde⁸⁴, die Rechtsgleichheit nur gewahrt werden könnte, wenn auch in vielen anderen Fällen der Anspruch des wirtschaftlich an einer Sache oder an einem Vermögen Berechtigten dinglich geschützt würde.

2. Der Ausbau der Stiftung

§ 121. Gewisse Funktionen, die der trust im angloamerikanischen Recht erfüllt, können in unserem Rechte mit der Stiftung nach ZGB 80 ff., insbesondere aber auch mit der Familienstiftung nach ZGB 335 befriedigt werden⁸⁵. Trotz der juristischen Verselbständigung der Stiftung mit der Steigerung des Zweckvermögens zur juristischen Person⁸⁶ werden mit ihr praktisch analoge Ergebnisse für gemeinnützige und charitable Zwecke im engeren Sinne wie mit dem charitable trust oder mit einem express trust erreicht, sofern dieser nur für die Unterstützung bedürftiger Familienmitglieder etc. errichtet wird. Das Anwendungsgebiet der

⁸³ Vgl. oben § 80.

⁸⁴ Vgl. Anm. 75.

⁸⁵ Vgl. § 111 ante.

⁸⁶ Vgl. Egger Vorbem. ZGB 80 ff.; Huber, System und Geschichte I 172 ff., mit einem Überblick über die kantonalen Regelungen des Stiftungsrechtes vor Erlass des ZGB; Gierke I 645 ff., insbesondere zum Begriff und zur Theorie der Stiftung mit ausführlichen Literaturangaben.

Stiftung hat aber de lege lata gegenüber dem trust insofern enge Grenzen, als der normale trust ohne Einschränkung auch für den Unterhalt der Benefiziare dienen kann und ohne jede erbrechtliche Beschränkung (im Zeitraum der rule against perpetuities) ein Vermögen an eine Familie zu binden vermag. Der protective trust in England und der spendthrift trust in Amerika machen es möglich, für ein verschwendungssüchtiges und zur Wahrung seiner materiellen Interessen nicht fähiges Familienmitglied zu sorgen, indem ihm zwar an einem Vermögenskomplex die Nutzung gesichert, nicht aber die Verwaltung daran und die Verfügung darüber gegeben wird. Eine Stiftung nach schweizerischem Recht, die als Hauptzweck die Sicherung des Lebensunterhaltes von Familienmitgliedern hat, ist nichtig. Es ist auch nicht möglich, eine Stiftung mit dem Zweck zu errichten, die einheitliche Leitung des Familienunternehmens mit der dauernden Sicherung des Unterhalts der Familie zu verbinden.

§ 122. Das gesetzliche Verbot der Familienunterhaltsstiftungen kann durch richterliches Recht nicht abgeschwächt oder aufgehoben werden. Die neuere Praxis des Bundesgerichtes, die mit dem Entscheid 71 I 265 ff. eingeleitet und in 73 II 87 ff. eine erschöpfende Begründung fand, ist ohne jeden Zweifel durch den Wortlaut des Gesetzes und durch die Materialien gestützt⁸⁷. Auch die Doktrin hält einhellig Unterhaltsstiftungen, die ohne weitere Erfordernisse Renten an die Familienmitglieder aussetzen, für unzulässig⁸⁸. Der Entscheid 71 I 42 ist in unserem Zusammenhang besonders aufschlußreich, weil die wehrsteuer- und zivilrechtlich nicht anerkannte Stiftung als Ersatz für einen ursprünglich in Amerika geplanten trust errichtet worden war⁸⁹. Das Bundesgericht führt aus, die Geschäfts-

⁸⁷ Vgl. seither 75 II 15 ff., 81 ff., 79 II 113 ff.

⁸⁸ Vgl. Egger ZGB 335 N 14.

⁸⁹ Fast alle kontinentalen Autoren, die rechtsvergleichend den trust betrachten, betonen die funktionelle Ähnlichkeit der Stiftung mit dem trust; neuerdings in der schweizerischen Literatur

führung der nichtigen Stiftung habe denn auch «der allgemeinen Zweckbestimmung eines trust» und der weiten Fassung des § 6 ihres Statutes entsprochen, für solche Zwecke sei aber die Familienstiftung des schweizerischen Rechtes nicht bestimmt⁹⁰. Das wird vom Bundesgericht gestützt mit dem Hinweis auf das Verbot der sukzessiven Nacherbeneinsetzung (ZGB 488 II) und des Fideikommisses (ZGB 335 II)⁹¹. Aus diesen Normen wird der Schluß gezogen, unser Recht lehne überhaupt eine Bindung des Familienvermögens ab.

§ 123. Das gesetzliche generelle Verbot der Familienunterhaltsstiftung kann m.E. rechtspolitisch nicht mehr ausreichend begründet werden. Es lässt wachsende Bedürfnisse des Verkehrs unbefriedigt⁹². Eine Aufhebung des Verbotes, wenigstens in bestimmtem Ausmaße, würde nicht gegen Basisprinzipien unseres Zivilrechtes verstößen und keine öffentlichen Interessen gefährden.

Das Fideikommiß, das der VE des ZGB schon mit guten Gründen zulassen wollte, fiel politischen Schlagworten zum Opfer. Es wurde als ein Überbleibsel aus der Zeit des Aristo-

Riedweg 126; Pestalozzi 137; vgl. auch Erich Huber; Meyer. Planiol/Ripert/Boulanger I No. 717: «Il n'y a pas en France de personnalité morale sans un groupement de personnes physiques»; die deutsche und die schweizerische Stiftung werden als «une masse de biens affectés à un but déterminé» definiert, wobei gesagt wird, «dans les pays anglo-saxons on arrive à un résultat analogue par le procédé du trust».

⁹⁰ Familienunterhaltsstiftungen können auch nicht als eine juristische Person in irgendeiner Form errichtet werden (StenBull StR 1905 S. 1234). Die Familienstiftung ist nicht registerpflichtig und keiner amtlichen Aufsicht unterstellt, weil sie nur für die Zwecke, die im Art. 335 ZGB genannt sind, erlaubt ist.

⁹¹ BGE 71 I 268.

⁹² Etwa 10 Antworten von Banken und Anwälten (vgl. §§ 117/8 oben) beklagen den Mangel der Unterhaltsstiftung. Es wird die Notwendigkeit des Schutzes der Familienfirmen betont und in diesem Zusammenhang auf die Lösungen, die der trust ermöglicht, hingewiesen.

kratismus, als plutokratisch und undemokratisch⁹³ in Bausch und Bogen verworfen. Es wurde erklärt, das Fideikommiß widerspräche dem Verbot mehrfacher Nacherben einsetzung. Die Nacherbeneinsetzung gemäß ZGB 488 ff. ermöglicht aber, wenn auch in zeitlich nur beschränktem Maße, eine Bindung des Vermögens an die dem Erblasser nachfolgende zweite Generation. Das ist allerdings de lege lata nur möglich im Rahmen der verfüigungsfreien Quote, da ZGB 531 ausdrücklich bestimmt, daß eine Nacherbeneinsetzung gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfange des Pflichtteils ungültig ist⁹⁴. Der Vorerbe hat, was über seinen Pflichtteil hinausgeht, dem Nacherben zu erhalten. Er hat daran nur die Nutzung, nicht aber die Verfügung darüber. Insofern wird, was der Vorerbe als gesetzlicher Erbe oder als Vermächtnis über den ihm zustehenden Pflichtteil hinaus erhielt, erbrechtlich gebunden und kann so auch, in diesem Umfange, an die Familie gebunden werden. Es ist nicht einzusehen, warum analog befristete Familienunterhaltsstiftungen mit dem öffentlichen Interesse, das zum Verbot der Fideikommissen geführt hat, mehr in Widerspruch geraten sollen als die einfache Nacherbeneinsetzung gemäß ZGB 488. Mit einer nur zeitlich begrenzt erlaubten Familienunterhaltsstiftung würde das Familienvermögen nicht stärker gebunden als es grundsätzlich durch die Nacherbeneinsetzung bereits schon möglich ist. Der Begriff unserer Stiftung selber spricht nicht gegen eine solche Regelung. Die moderne Stiftung ist ihrem Wesen nach keine «ewige Anstalt», wie in BGE 71 I 459 gesagt wird, auch wenn man sie in der Regel auf die Dauer anlegt. Es spricht nichts dagegen, daß eine Stiftung errichtet wird, um den zwei Generationen, die auf den Stifter folgen, zu dienen. Die Dauer einer Stiftung kann durch den Stiftungszweck bestimmt sein. Das gilt allgemein und könnte darum auch für Familienunterhaltsstiftungen gelten.

⁹³ Vgl. Egger ZGB 335 N 23; BGE 73 II S. 86 ff.

⁹⁴ Vgl. BGE 51 II 55.

Begriffswesentlich ist für die Stiftung nur die Widmung des Vermögens für einen besonderen Zweck. Sind der Zweckverfolgung aus allgemeinem öffentlichen Interesse heraus zeitliche Schranken entgegengestellt, so kann daraus nicht gefolgert werden, die Stiftung verbiete sich ihrer Natur nach überhaupt für zeitlich begrenzte Zwecke.

§ 124. Wenn de lege ferenda eine nur zeitlich beschränkte Genuß- und Unterhaltsstiftung postuliert wird, so entfallen, wie dargetan, die vom Bundesgericht für das absolute Verbot solcher Rentenstiftungen ins Feld geführten Argumente. Mit einer in der vorgeschlagenen Weise befristeten Unterhaltsstiftung würde im Hinblick auf die Dauer der Vermögensbindung ungefähr das gleiche Resultat erzielt wie mit einem durch die rule against perpetuities begrenzten express trust.

Steht der Zulassung der Familienunterhaltsstiftung in zeitlich begrenzter Form ein öffentliches Interesse, das ihr absolutes Verbot rechtfertigen würde, nicht entgegen, so läßt sich m.E. auch eine zwingende Beschränkung der Vermögenswidmung auf den Umfang der verfüzungsfreien Quote kaum begründen. Es ist ein unumstößlicher Satz unserer erbrechtlichen Ordnung, daß der Erblasser nicht nur von Todes wegen, sondern schon zu Lebzeiten über den Pflichtteil der Nachkommen, der Eltern, des überlebenden Ehegatten und der Geschwister oder der Nachkommen der Geschwister (nach kantonalem Recht) nicht verfügen darf. Das ist in ZGB 471 ff. zwingend geregelt. Nur wer keine Noterben hinterläßt, kann über sein ganzes Vermögen frei verfügen, ZGB 470 II. Durch diese Ordnung unterscheidet sich unser Erbrecht prinzipiell vom Sukzessionsrecht der Angelsachsen, die den Gedanken des Pflichtteilschutzes, also den Begriff des Noterben überhaupt nicht kennen⁹⁵. Nach angloamerikanischem Recht kann der Erblasser über sein Vermögen zu Lebzeiten in jeder ihm konvenierenden Form disponieren. Er kann das auch post

⁹⁵ Vgl. aber § 97 Anm. 184.

mortem tun. Er kann den Mitgliedern seiner Familie alles oder nichts, er kann ihnen das Kapital unbelastet oder er kann ihnen nur die Nutzung daran zukommen lassen, was dann der Fall ist, wenn er sein Vermögen zugunsten seiner Erben auf einen trustee überträgt. Nach schweizerischem Recht kann der Erblasser zwar alles für sich verbrauchen – weil niemand einen Anspruch besitzt etwas zu erben –, aber seine Verfügungen unterliegen der Anfechtung, die pflichtteilsgeschützten Erben können nach ZGB 522/527, wenn sie ihren Pflichtteil nicht dem Werte nach erhalten, die Herabsetzung der Verfügung des Erblassers auf das erlaubte Maß verlangen. Überdies können sie nach ZGB 530 auf Ablösung von Nutznießungsansprüchen und Renten, mit denen ihr Pflichtteil beschwert ist, klagen und nach ZGB 531 eine Nacherbeneinsetzung ungültig erklären lassen, wenn sie im Umfange, wie sie bestellt wurde, den Pflichtteil belastet⁹⁶. Insoweit eine Familienunterhaltsstiftung,

⁹⁶ Unser Erbrecht wurzelt in anderen Vorstellungen über die Verfangenheit des Vermögens an die Familie, als sie im lehensrechtlich bestimmten Stufenbau verschiedener Arten von Eigentum (estates) des englischen Rechts entwickelt wurden und Ausdruck fanden. Gleichzeitig erzeugte die verschiedene Staatsstruktur in gewissem Sinne auch gegensätzliche Vorstellungen von der Freiheit des Individuums. In England überlässt es der Staat jedem Einzelnen, das ererbte oder erworbene Gut der Familie oder bestimmten, nahen oder fernen Erben zukommen zu lassen; wer erbt, hat das zu nehmen, was ihm der Erblasser gibt, sei es das Kapital zur freien Verfügung oder sei es nur den Genuss ohne Verwaltung und Verfügung. Das schweizerische Recht dagegen verpflichtet den Erblasser, bestimmten Erben bestimmte Teile seines Vermögens zu hinterlassen und es berechtigt diese Erben, diese gesetzlich bestimmten Teile frei von jeder Verfügungsbeschränkung zu empfangen (BGE 51 II S. 55/56: «Vielmehr kann der Erbe seinen Pflichtteil frei von jeglicher Beschränkung oder Belastung beanspruchen, es sei denn, daß es sich um eine gesetzliche oder nach der Ausnahmeverordnung des Art. 473 ZGB dem überlebenden Ehegatten zugewendete Nutznutzung handle. Und zwar ist für Beschränkungen oder Belastungen anderer Art nicht nur dann kein Raum, wenn sie zum Vorteil eines Dritten, sondern auch wenn sie im eigenen – vermeintlich oder richtig verstandenen – Interesse

von gesetzlich beschränkter Dauer, zugelassen wäre, wäre sie dem Herabsetzungsrecht gemäß ZGB 522/527 unterstellt. Damit wäre der Pflichtteilsordnung Rechnung getragen. Der Noterbe könnte die Herausgabe des Pflichtteils verlangen, unbelastet von jeder Verfügungsbeschränkung, die im Entzug der Verwaltung und Verfügung durch die Widmung seines Erbteils an eine Stiftung gesehen werden muß. Damit wäre das im Pflichtteilsrecht mittelbar enthaltene öffentliche Interesse metajuristischer Art ausreichend gewahrt. Es wäre alsdann dem Pflichtteilsberechtigten – der gemäß ZGB 495 ja sogar einen Erbverzichtsvertrag abschließen kann – erlaubt, seinen Erbteil in Form eines Rentenanspruchs oder auch als Anspruch auf regelmässig wiederkehrende Zuwendungen aus dem Ertrag seines einer Familienstiftung gewidmeten Pflichtteils entgegenzunehmen und demnach auf die Verwaltung und die freie Verfügung über seinen Pflichtteil zu verzichten.

§ 125. Mit der postulierten Anerkennung der Familienunterhaltsstiftung, die in ihrer Dauer gesetzlich zu beschränken wäre (mit welcher Beschränkung das öffentliche Interesse, das vor bald 50 Jahren zur Begründung des absoluten Verbotes des Fideikommisses angerufen wurde,

des Erben selbst angeordnet werden wollten. Sonach kann dem Begehrten der Klägerin um Herausgabe des ihr von den Eltern hinterlassenen Kapitalvermögens bis zum Betrage ihres Pflichtteils nicht entgegengehalten werden, der Bezug der Erträgnisse ihres ganzen gesetzlichen Erbteils während der Dauer ihres Lebens sei wirtschaftlich mehr wert als das unbeschränkte Eigentum an Kapitalvermögen im Umfange ihres Pflichtteils oder vermöge die im Entzug des Besitzes und der Verwaltung liegende Beschränkung mindestens für einen Teilbetrag ihres Pflichtteils aufzuwiegen.) Ist im schweizerischen Recht dergestalt das Vermögen in einer Sukzession durch das Gesetz, zum größten Teil, wenn auch nicht ganz, an die Familie gebunden und verbietet das gleiche Gesetz eine weitere Bindung strikte, so befiehlt umgekehrt das anglo-amerikanische Recht überhaupt keine Bindung, verbietet aber auch nicht eine Bindung des Vermögens durch den Eigentümer für eine ganze Generationenfolge; es setzt einer solchen Bindung nur die durch die rule against perpetuities bemessene Frist.

gewahrt bliebe), würde es möglich sein, ähnliche Wirkungen zu erzielen, wie sie im angloamerikanischen Recht mit dem protective trust geschaffen werden können. Wenn man die Ansprüche des Destinatärs unpfändbar und unveräußerlich gestaltete, so könnte auf diese Weise, unter Vermeidung der diskriminierenden Formen unseres Vormundschaftsrechtes, dem zustimmenden Erben, der sich entweder von der Verwaltung seines ererbten Vermögens selber entlasten will oder der, weil er ungeeignet ist, sein Vermögen vernünftig zu verwalten, entlastet werden sollte, der Genuß an seinem Erbgut gesichert werden. Gleichzeitig würde es eine solche Familienunterhaltsstiftung aber auch ermöglichen, der den großen und kleinen Familienunternehmen immer drohenden Aufstückelung durch den Erbgang wenigstens teilweise zu begegnen und dem Unternehmen eine einheitliche Leitung zu sichern. Das läge wahrscheinlich nicht nur im direkten vitalen Interesse auch der im Unternehmen tätigen Angestellten und Arbeiter, sondern im höheren Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft⁹⁷.

IV. Konklusionen

Die Prüfung der Frage nach dem Bedürfnis, den anglo-amerikanischen trust in unser Recht zu verpflanzen, hat stufenweise folgende Erkenntnisse gezeitigt:

1. Der moderne schweizerische Sprachgebrauch des Wortes «Treuhand» ist undiszipliniert. Es bedarf, wenn anders die Rechtssicherheit nicht gefährdet werden soll, der Einsicht in der Doktrin und in der Praxis, daß die ein-

⁹⁷ Die Fragen der steuerrechtlichen Behandlung solcher Familienunterhaltsstiftungen, die oft den Anstoß für die neueste Judikatur über das Stiftungsrecht gaben, können hier nicht erörtert werden. Man darf aber davon ausgehen, daß der schweizerische Fiskus mit seinem Passe-par-tout der wirtschaftlichen Betrachtungsweise rasch jenen Stiftungen, die nur zur Umgehung der Steuerprogression ins Leben gerufen werden, nicht anders als heute schon die Anerkennung versagen würde.

gelebte Verwendung der Wortgruppe Treuhand, Treuhänder, treuhänderisch, im Verkehr keine juristisch eindeutigen Tatbestände bezeichnet und der Übereinkunft, daß für bestimmte rechtliche Sachverhalte unverwechselbare Termini gebraucht werden sollten. (Kapitel 1.)

2. Der allgemeine Rechtsbegriff Treuhand bezeichnet in allen modernen Rechtsordnungen ein Rechtsverhältnis *sui generis*, das dadurch charakterisiert wird, daß auf einen «Geschäftsbesorger» Vermögensrechte übertragen werden, die er nicht oder nicht ausschließlich in eigenem, sondern in fremdem Interesse innehat. Gesetzliche Vertreter, denen die Rechte der Vertretenen nicht übertragen werden, sind keine Treuhänder. (Kapitel 1 II.)

3. Der Rechtsbegriff Fiduzia bezeichnet ein vom schweizerischen Recht anerkanntes Rechtsgeschäft, das gegen andere Treuhanderscheinungen klar abgegrenzt ist und nur bestimmte Funktionen erfüllt. Die Stellung des nach geltendem Gewohnheitsrecht obligatorisch und nicht dinglich geschützten Fiduzianten oder Drittbegünstigten kann durch Vorsichtsmaßnahmen der Parteien derart gesichert werden, daß der Richter ohne dogmatische Hindernisse, und ohne daß schutzwürdige Interessen des Verkehrs gefährdet würden, ein Aussonderungsrecht gewähren und so den Schutz des wirtschaftlich Berechtigten mit dem objektiven Sinn der fiduziarischen Rechtsübertragung in Einklang bringen könnte. (Kapitel 2 I.)

4. Der Rechtsbegriff des angloamerikanischen trust begreift in sich eine Doppelung des Eigentums in Form der legal und der equitable ownership. Es ist ihm eine besondere Errichtungsform durch die Widmung von Treugut zugehörig, er involviert den besonderen dinglichen Schutz des beneficiary mit dem following trust property in der Form des Zugriffsrechts auf das Treugut im Falle der Insolvenz des trustee und in der Form der vom Willen des Verwenders unabhängigen dinglichen Surrogation und wird schließlich bestimmt durch eine strenge Haftung des

trustee, der eine weitgehende Aufsicht und eine Entlastung gewährende Mitwirkung der Gerichte entspricht. (Kapitel 2 II.)

5. Die Elemente des Rechtsbegriffs des angloamerikanischen trust widersetzen sich seiner Einführung auf dem Wege der Reception oder der Nachahmung in unser Rechtssystem. Neben der dogmatischen Unvereinbarkeit mit unserem Zivilrecht steht der Einführung entgegen, daß eine störende Konkurrenz mit abschließend geordneten Rechtsmaterien und eine dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit unvermeidlich wäre. (Kapitel 3 I und II.)

6. Den mit dem trust in Ländern des common law gelösten Aufgaben dienen in unserem Recht Formen und Institute, die die Bedürfnisse des Verkehrs in befriedigender Weise stillen. (Kapitel 4, I und II.)

7. Zu empfehlen ist einmal eine begrenzte Verdinglichung der Rechte des Fiduzianten oder Drittbegünstigten durch die Praxis, die gleichzeitig nach dem Grundsatz von Treu und Glauben den Schutz des Kreditverkehrs zu gewährleisten hätte.

Zu erwägen ist sodann, ob nicht die Familienunterhaltsstiftung für zwei Sukzessionsfolgen gesetzlich anerkannt werden soll.

Die Verwirklichung der beiden Postulate wäre geeignet, in unserer Rechtsordnung, aus der unversieglichen Quelle der Billigkeit schöpfend, Lösungen mit unseren Mitteln und Begriffen zu ermöglichen, die der angloamerikanische trust, geformt und sich weiter formend durch die Billigkeit in ihrer unnachahmlichen Erscheinungsweise der Equity, souverän herbeiführt.

Literaturverzeichnis

- Aeby, Pierre: L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, ZSR nF 31 (1912) 149/206.
- Aeppli, Oswald: Im Hinblick auf den Tod des Bankkunden abgeschlossene Depotverträge, SJZ 44 (1948) 33/9.
- Alfaro, Ricardo J.: The Trust and the Civil Law with Special Reference to Panama, Journal of Comparative Legislation and International Law 33 (1951) Ser. 3, 25 et seq.
- Ammann, Fritz: Treuhand und Grundbuch (Diss. Zürich 1946).
- Anker, Gerhard: Rechtsnatur des Treuhandverhältnisses (Diss. Berlin 1932).
- Batiffol, Henri: The Trust Problem as seen by a French lawyer, Journal of Comparative Legislation and International Law 33 (1951) Ser. 3, 18/25.
- Baudouin, Louis: Le droit civil de la Province de Québec (Montreal 1953) 1241/52.
- Beck, Alexander: Historisches und Rechtsvergleichendes zur Stellung des Willensvollstreckers, ZbJV 84 (1948) 1 ff.
- Bergmaier, Hans: Die Sicherungszession im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1945).
- Blaß, Jürg: Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1953).
- Bloch, Konrad: Der anglo-amerikanische Trust und seine Behandlung im internationalen Privatrecht, SJZ 46 (1950) 65 ff.
- Bogert, George G.: Trusts, Handbook of the Law of Trusts (3rd ed. St. Paul Minn. 1952).
- Bolgár, Vera: Why no Trusts in the Civil Law?, The American Journal of Comparative Law 2 (1953) 204 ff.
- Boveri, Ursula: Über die rechtliche Natur der Investment-Trusts und die Rechtsstellung des Zertifikatsinhabers (Diss. Zürich 1945).
- Browne, Denis: The Ownership of Trust Property, Referat am Madrider Kongreß 1952 der International Bar Association.
- Brunner, Max: Wesen und Bedeutung der englisch-amerikanischen Treuhand (Trust) (Diss. Bern 1931).
- Congrès International de Droit Privé 1950 à Rome, actes du (Rome 1951).
- Corpus Juris primum 2 (New York 1915), Agency § 11; 65 (New York 1933), Trusts, 212 et seq.; secundum 18 (New York 1939), Corporations § 552; 58 (New York 1948), Monopolies § 1.

- Curti, Arthur: Englands Privat- und Handelsrecht (Berlin 1927).
Arrest und Trust nach englischem Recht, SJZ 33 (1936/7) 319/20.
- Dagget, Harriet S.: Progress Report on Louisiana's Trust Estate Act, Louisiana Law Review 10 (1949/50) 44/53.
- David, Heiner: Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte (Diss. Zürich 1928).
- Demogue: La fiducie en droit moderne, Travaux de la Semaine Internationale de Droit (Paris 1937) V 1 ss.
- Deutscher Juristentag, 36. in Lübeck 1930, Verhandlungen II (Berlin/Leipzig 1930) (insbesondere Referate Goldschmidt und Bartsch).
- Dölle, Hans: «Konkurs» RVH 5 71 ff. — Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift Fritz Schulz II (Weimar 1951) 268/88. — Bemerkungen zur Blankozession. Ein Beitrag zur Lehre von den subjektlosen Rechten. Festschrift für Martin Wolff (Tübingen 1952) 23/32.
- Eckstein, Felix: Das englische Konkursrecht (Berlin/Leipzig 1935).
- Ehrenzeller, Max: Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht, mit besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtssprechung (Diss. Bern 1951).
- Engelmann, Fritz: Der Kampf gegen die Monopole in den USA (Berlin/Tübingen 1951).
- Erbe, Walter: Die Fiduzia im römischen Recht (Weimar 1940).
- Erzer, Hans: Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht (Diss. Basel 1938).
- Frautsch, Alfred: Die rechtliche Stellung des Zertifikatsinhabers eines sog. Investment-Trusts (Diss. Basel 1946).
- Friedmann, Alfred: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? Gutachten für den 36. Deutschen Juristentag Lübeck 1930, Verhandlungen I (Berlin/Leipzig 1930) 805ff.
- Friedrich, Rudolf: «Übereignung» RVH 6 606 ff.
- Gampert, René: La nature juridique des fonds recueillis par souscriptions publiques ou par collectes dans un but de bienfaisance ou d'utilité générale, SemJud 65 (1943) 193 ss.
- Garrigues, Joaquin: Law of Trusts, American Journal of Comparative Law 2 (1953) 25 et seq.
- Gautschi, Georg: Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45 (1949) 301. — Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz (Zürich 1953).
- Geldart, W. M.: Elements of English Law (4th ed. by Holdsworth and Hanbury, Oxford University Press 1951).

- Gerstle, Leo:** Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Recht (Diss. Bern 1917).
- Gierke, Otto von:** Deutsches Privatrecht (Leipzig I 1895, II 1905, III 1917).
- Godin/Wilhelmi:** Deutsches Aktiengesetz (2. A. Berlin 1950).
- Goldschmidt, Hans:** Real Property, in «Zivilgesetze der Gegenwart» 323ff.
- Goldschmidt/Langenbach:** Conveyance und Registration, in «Zivilgesetze der Gegenwart» 381ff.
- Gubler, Friedrich T.:** Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1940).
- Guisan, François:** La fiducie en droit suisse, Travaux de la Semaine Internationale de Droit (Paris 1937) V 93 ss.
- Haemmerle:** Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? Gutachten für den 36. Deutschen Juristentag Lübeck 1930, Verhandlungen I (Berlin/Leipzig 1930) 632ff.
- Halsbury/Hailsham:** Laws of England XXXIII (Trusts, by Laurence Tillard) (2nd ed. London 1939).
- Hamburger, George M.:** «Konzernrecht» RVH 5 220 ff.
- Heymann, Ernst:** Trustee and Trustee-Company im Deutschen Rechtsverkehr, Festschrift Heinrich Brunner (Weimar 1910) 473 ff.
- Honig, Frederick:** Großbritannien, Reformbestrebungen auf dem Gebiete des Zivilrechts, RabelsZ 17 (1952) 643 ff.
- Hoog, Bruno:** Die eigentlichen Treuhandgeschäfte sog. Treuhandunternehmungen (Diss. Basel 1944).
- Huber, Erich:** Trust and «Treuhand» in Swiss Law, The International and Comparative Law Quarterly 1 (1952) 64/6.
- Isele, Helmut Georg:** Geschäftsbesorgung, Umrisse eines Systems (Marburg 1935).
- Jost, Arthur:** Der Übergang von Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten an den Auftraggeber (Art. 401 OR), ZSR nF 72(1953) 131 ff. — Der Willensvollstrecker (Zürich 1953).
- Keeton, G.W.:** The Law of Trusts (5th ed. London 1950).
- Keller, Rolf:** Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht (Diss. Bern 1944).
- Klang, Heinrich:** Kommentar zum Sachenrecht des ABGB II (§§ 285–530) (2. A. Wien 1950).
- Klausing, Friedrich:** «Fiduziarische Rechtsgeschäfte» RVH 3 368 ff.
- Kohlmann, Richard:** Pfandrechte, Trusts, in «Zivilgesetze der Gegenwart», 502 ff., 548 ff.
- Kübler/Beutner:** «Fideikommiss» RVH 3.

- Lange, Heinrich: Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, Neue Juristische Wochenschrift 3 (1950) 565 ff.
- Lemp, Paul: Das Eigentum am Erlös aus Kommissionsware, ZSR 61 (1942) 281/338.
- Lepaule, Pierre: *Traité théorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international* (Paris 1932). – La notion du «trust» et ses applications dans les divers systèmes juridiques, *Actes du Congrès International de Droit Privé* 1950 à Rome (Rome 1951) 197 ss.
- Lewin: *The Law of Trusts* (15th ed. by Ronald Cozens-Hardy Horne, London 1950 with supplement 1953).
- Lippmann, Arthur: Rechtsvergleichende Untersuchung über den Schutz des materiell Interessierten bei der mittelbaren Stellvertretung, insbesondere beim Kommissionsgeschäft (Diss. Tübingen 1950).
- Lob, Jean: *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse* (Thèse Lausanne 1952).
- Maday, Denis: Die Treuhandbezeichnung im schweizerischen Recht, ZbJV 79 (1943) 113 ff.
- Madöry, Paul: Die Verwaltungstreuhänd und ihr Anspruch auf Anerkennung als Verwaltungsrecht in Abgrenzung zu den auf Vollrecht begründeten fiduziarischen Rechtsgeschäften (Diss. Basel 1946).
- Maitland, F.W.: Trust und Korporation, Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht 32 (1904) 1/76.
- Mankiewicz, René H.: L'assimilation du «trust» à titre gratuit dans la Province de Québec, *Actes du Congrès International de Droit Privé* à Rome 1950 (Rome 1951) 210 ss.
- Meyer, Hermine Herta: Trusts and Swiss Law, *The International and Comparative Law Quarterly* 1 (1952) 378/81.
- Mignault, P.B.: La fiducie dans la Province de Québec, *Travaux de la Semaine Internationale de Droit* (Paris 1937) V 35/55.
- Mitteis, Heinrich: Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte (Weimar 1947).
- Motulsky, Henri: De l'impossibilité juridique de constituer un «trust» anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Revue Critique de Droit International Privé* 37 (1948) 451/68.
- Müller-Freienfels, Wolfram: Die «Anomalie» der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) des englischen Rechts I, RabelsZ 17 (1952) 578/618, II RabelsZ 18 (1953) 12/70.
- Newman, Ralph: *Law of Trusts* (Brooklin 1949).
- Nußbaum, Arthur: Soziologische und rechtsvergleichende Aspekte des «trust», Archiv für die civilistische Praxis 151

- (1950/51) 193ff. (verkürzte deutsche Ausgabe eines Aufsatzes in Columbia Law Review 38 [1938] 410 et seq.)
- Oermann, Paul: Die Fiducia im römischen Privatrecht (Berlin 1890).
- Oettinger, Karl: Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis (Diss. Bern 1933).
- Oppenheim, Leonhard: Limitations and Uses of Louisiana Trusts Tulane Law Review 27 (1952/3) 41/58.
- Osborn, P.G.: A concise Law Dictionary (3rd ed. London 1947).
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch (11.A. München/Berlin 1953).
- Paulus, Gotthard: Die Behelfe des Sicherungseigentümers gegen den Vollstreckungszugriff, Zeitschrift für Zivilprozeß 64 (1951) 169 ff.
- Pestalozzi-Henggeler, Anton und Regula: Trusts in Swiss Law, International Bar Association, Fourth Conference Report Madrid, July 1952 (The Hague 1954) 128/42.
- Pfeiffer, Hugo: Die Rechtsverhältnisse bei Sammelunternehmen nach schweizerischem Privatrecht (Diss. Freiburg 1952).
- Planiol/Ripert: Traité élémentaire de Droit civil (11ème ed. Paris 1940) (tome 1er: Planiol/Ripert/Boulanger, ed. refondue Paris 1942) (seither häufig neuere Auflagen).
- Predari, Cäsar: «Grundbuch» RVH 3 786ff.
- Pringsheim, Fritz: Succession, in «Zivilgesetze der Gegenwart» 633 ff.
- Rabel, Ernst: Deutsches und amerikanisches Recht, RabelsZ 16 (1951) 340 ff.
- Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes (RVH), Herausgeber Franz Schlegelberger (7 Bd. Berlin 1926 ff.)
- Reichsgerichtsrätekomentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (10.A. Berlin 1953).
- Reichwein, Heinz: Sicherungsübereignung und Faustpfand im schweizerischen Recht, SJZ 46 (1950) 321 ff.
- Restatement of the Law of Trusts, as adopted and promulgated by the American Law Institute (2 vol. St. Paul 1935).
- Restatement of the Law of Restitution (St. Paul 1937).
- Reymond, Claude: Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire (Thèse Lausanne 1948).
- Rheinstein, Max: «Nießbrauch» RVH 5 431 ff.
- Riedweg, Albert: Der Trust des anglo-sächsischen Rechtes im Vergleiche zu ähnlichen Instituten des schweizerischen Rechtes (Festg. Schweiz. Anwaltstag 1953, Luzern) 111 ff.

- Roth, Hermann M.: Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Heymann, Berlin, H. 48, Marburg 1928).
- Savatier, R.: La fiducie en droit français, *Travaux de la Semaine Internationale de Droit* (Paris 1937) V 57/69.
- Schleß, Robert: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand (Leipzig 1930).
- Schobert, Peter Richard: Die Realerfüllung, insbesondere nach anglo-amerikanischem Recht (Diss. Bern 1952).
- Schultze, Alfred: Die langobardische Treuhand und ihre Umwandlung zur Testamentsvollstreckung (Breslau 1895). – Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 43 (1901) 1 ff.
- Schwarz, Andreas B.: Das englische Recht und seine Quellen, Equity, in «Zivilgesetze der Gegenwart», 4 ff., 105 ff.
- Schwarz-Liebermann von Wahlendorff, H.A.: Vormundschaft und Treuhand des römischen und englischen Privatrechts in ihrer Anwendbarkeit auf völkerrechtlicher Ebene (Tübingen 1951).
- Schmitz/Schwartzkoppen: Personal property, in «Zivilgesetze der Gegenwart» 255 ff.
- Schwenn, Hermann: Die Anwendung der §§ 2369 und 2368 BGB auf Erbfälle mit englischem oder amerikanischem Erbstatut, Neue Juristische Wochenschrift 5 (1952) 1313 ff.
- Scott, Austin Wakeman: Law of Trusts (4. vol. Boston 1939 with supplement 1954).
- Semaine Internationale de Droit 1937 à Paris, *Travaux de la* (Paris 1937) V.
- Siebert, Wolfgang: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Heymann, Berlin, H. 68, Marburg 1933). – «Testamentsvollstrecker» RVH 6 561 ff.
- Simonius, August: Von der Bedeutung des Richters im Rechtsbewußtsein der Angelsachsen, ZSR nF 72 (1953) 5/32.
- Snell, Edmund H.T.: The Principles of Equity (18th ed. London 1920).
- Spiro, Karl: Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts (Basel 1948).
- Stillschweig, Kurt: Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht (Diss. Berlin, 1929).

- Stone, F.F.: Trusts in Louisiana, *The International and Comparative Law Quarterly* 1 (1952) 368/78.
- Straub, Hans: Über das Treuhandrecht unter besonderer Berücksichtigung des liechtensteinischen Gesetzes betr. Treuunternehmen (Diss. Bern 1940).
- Stubbs, Frank P.: Louisiana Trusts for the Louisiana Lawyer *Louisiana Law Review* 1 (1938/9) 774/86.
- Süß, Theodor: Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, *Festschrift für Martin Wolff* (Tübingen 1952).
- Weiser, Felix: Internationale Staatsanleihen und Treuhand (Wien 1933). – *Trusts on the Continent of Europe* (London 1936).
- Weißenstein: Angloamerikanisches Rechtswörterbuch (1. T. englisch-deutsch) (Zürich 1950).
- Wengler, Wilhelm: «Surrogation» RVH 6 460 ff.
- Wesenberg, Gerhard: Verträge zugunsten Dritter (Weimar 1939).
- Westermann, Harry: Lehrbuch des Sachenrechts (2. A. Karlsruhe 1951).
- Wortley, Benjamin Atkinson: La notion du «trust» et ses applications dans les divers systèmes juridiques, *Actes du Congrès International de Droit Privé* 1950 à Rome (Rome 1951) 185 ss.
- Würdinger, Hans: Geschichte der Stellvertretung (agency) in England (Marburg 1933) 304 ff. — The German Trust, *Journal of Comparative Legislation and International Law* 33 (1951) Ser. 3, 31/40.
- Wyler, Marcus: Für ein schweizerisches Treuhandrecht, SJZ 32 (1935/6) 129/34. — Über das Treuhandrecht, ZSR nF 56 (1937) 293/351.
- Yung, Walter: Simulation, fiducie et fraude à la loi, *Mélanges Georges Sauser-Hall* (Neuchâtel 1952) 193 ss.
- Zimmermann, Hellmuth: Die sachenrechtlichen Beziehungen in der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte (Diss. Leipzig 1930).
- Zivilgesetze der Gegenwart II: Das Zivilrecht Englands 1. T. (Mannheim/Berlin/Leipzig 1931).
- Zweigert, Konrad: Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 16 (1951) 387 ff.