

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:	114 (1995)
Artikel:	Die Treuhand im Schweizer Recht
Autor:	Watter, Rolf
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896199

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: 28.12.2025

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

Die Treuhand im Schweizer Recht

von ROLF WATTER

Rechtsanwalt, Privatdozent an der Universität Zürich

Inhaltsverzeichnis

Rz.

Teil I: Allgemeines

A. Einleitung	1
B. Treuhand und Trust im allgemeinen	6
I. Die Treuhand	8
(a) Allgemeine Umschreibung	8
(b) Rechtliche Einordnung	11
(c) Überblick über die Rechtsstellung des Treuhänders	14
(d) Die Stellung des Begünstigten	19
(e) Abgrenzung zu verwandten Instituten	21
II. Der Trust	23
(a) Allgemeines	23
(b) Die Rechte und Pflichten des Trustee	28
(c) Die Rechtsstellung des Beneficiary	31
III. Einsatzgebiete von Treuhand und Trust	35
(a) Geschäftsbesorgung	36
(b) Übertragungsfunktion	38
(c) Entäusserungsfunktion	41
(d) Sicherungszweck	44
(e) Umgehungs- und Verschleierungsfunktion	46
(f) Trustspezifische Funktionen	48
C. Übersicht über die zentralen Fragestellungen	50

Teil II: Die Treuhand in ausgewählten Fragestellungen

A. Die Frage der Gültigkeit der Treuhand	51
I. Allgemeines	51
II. Im Schweizer Treuhandrecht	53
(a) Im allgemeinen	53
(b) Kriterien für die Ungültigerklärung wegen Simulation bzw. Gesetzesumgehung	56
(c) Treuhand und das Verbot der Mobiliarhypothek im besonderen	60
III. Vergleich zum Trustrecht	65
B. Die Zuordnung des Treugutes im Innenverhältnis	67
I. Allgemeines	67
II. Im Schweizer Treuhandrecht	69
(a) Die Übertragung des Treugutes auf den Treuhänder . .	69

(b) Der Rechtsübergang bei Beendigung der Treuhand	73
(c) Die Frage der Widerrufbarkeit und des Weisungsverzichtes	77
(d) Die Situation beim Tod des Treuhänders	87
(e) Der Konkurs oder Tod des Treugebers	90
III. Vergleich zum Trustrecht	94
 C. Die Rechte am Treugut im Konkurs des Treuhänders	100
I. Allgemeines	100
II. Im Schweizer Treuhandrecht	102
(a) Grundsatz	102
(b) Die Anwendbarkeit von Art. 401 OR	105
(c) Die Situation bei der unwiderrufbar ausgestalteten Treuhand	112
(d) Statuierung einer Resolutivbedingung	114
(e) Das Problem der Vermischung und die Behandlung von Bargeld	117
III. Vergleich zum Trustrecht	120
 D. Treugut und Rechtsbeziehungen des Treuhänders zu Dritten	123
I. Allgemeines	123
II. Im Schweizer Treuhandrecht	125
(a) Arrest auf das oder Pfändung des Treugutes	125
(b) Retentionsrecht und Einreden des Dritten bei treuhänderisch gehaltenen Forderungen	127
(c) Haftung des Treuhänders (und des Treugebers?) für Ansprüche gegen das Treugut	130
(d) Zusammenfassung	133
III. Vergleich zum Trustrecht	135
 E. Die unberechtigte Veräußerung von Treugut	138
I. Allgemeines	138
II. Im Schweizer Treuhandrecht	139
(a) Im allgemeinen	139
(b) Die Situation bei der unwiderruflichen Treuhand	147
(c) Möglichkeit der Statuierung einer Resolutivbedingung	149
III. Vergleich zum Trustrecht	151
 F. Die buchhalterische und steuerrechtliche Behandlung des Treugutes	153
I. Allgemeines	153
II. Im Schweizer Treuhandrecht	155
(a) Buchhalterische, einkommens- und vermögenssteuerrechtliche Behandlung	155

(b) Verkehrssteuern	159
(c) Die Behandlung der unwiderruflich ausgestalteten Treuhand	164
III. Die Besteuerung des Trust	166
G. Die Behandlung der Treuhand und des Trust im inter- nationalen Verhältnis	172
I. Allgemeines	172
II. Die Treuhand	173
III. Die Behandlung des Trust in der Schweiz	177
(a) Allgemeines	177
(b) Anwendbarkeit von Art. 150 Abs. 1 IPRG auf das Truststatut	179
(c) Die Anwendbarkeit der <i>lex rei sitae</i>	182
(d) Das HÜK	185
H. Zusammenfassung: die dogmatische Zuordnung des Treugutes	187

**Teil III: Securitization, Defeasance und Estate Planning als
Einsatzmöglichkeiten der Treuhand**

A. Allgemeines	193
B. Securitization	194
C. Defeasance	199
D. Estate Planning	203

Teil IV: Zusammenfassung

A. Erkenntnisse im Bereich der Treuhand	208
B. Rezeption des Trust?	217

Teil I: Allgemeines

A. Einleitung

1. Die *Hauptaussagen* der nachfolgenden Ausführungen über die Treuhand werden sein, dass (a) die Treuhand neben den bekannten Funktionen im Bereich der Besicherung von Schulden und der Verwaltung von Vermögen eine Ausgestaltung erfahren kann, die derjenigen des *Trust*, wie er beispielsweise in England und Liechtenstein vorkommt, sehr ähnlich ist, (b) das Treugut beim Treuhänder ein *Sondervermögen* darstellt, auf das die persönlichen Gläubiger des Treuhänders nur begrenzten Zugriff haben und (c) der Treugeber (oder der Begünstigte) Träger *quasidilicher Ansprüche* auf das Treugut sind.
2. Primärer Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung war der *wirtschaftliche Erfolg*, den Trustkonstruktionen in der Schweiz haben. So errichten hiesige Banken Tochtergesellschaften («Trust Companies») und unterhalten spezielle Rechtsabteilungen, die sich mit der Errichtung und der Betreuung von Trusts befassen, weichen also gleichsam auf andere Rechtsordnungen aus, die für gewisse Kunden offenbar Vorteile bieten. Daraus ergab sich die Frage, ob diese «Marktlücke» nicht durch die Schweizer Treuhand gefüllt werden kann (oder muss), bzw. ob es sinnvoll ist, sich einer Konstruktion zu verschliessen, die beim Rechtsanwender Erfolg hat.¹

Auch Zivilrechtler müssen nämlich erkennen, dass Rechtssysteme in einem Wettbewerb zueinander stehen (vgl. als Beispiel Rz. 108. h); während dieser Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Rechts vor allem durch Deregulierung und die Schaffung attraktiver Rahmenbedingungen ausgetragen wird, geht es im Privatrecht darum, Gestaltungsmöglichkeiten nicht unnötig zu verbauen und innerhalb der erlaubten Konstruktionen ein Höchstmaß an Rechtssicherheit zu gewährleisten.

3. Neben diesem utilitaristischen Ansatz schien es bei einer Untersuchung der Treuhand auch sinnvoll, das Trustrecht mitzuberücksichtigen, weil dieses gleichsam ein *weiter entwickeltes Treuhandrecht* darstellt, womit es angezeigt war, diese Evolutionsstufe in die Untersuchung hiesiger Regeln einzubauen, dies im Wissen, dass Treuhand und Trust historisch aus verschiedenen Quellen gewachsen sind und sich dogmatisch stark unterscheiden.²

¹ Ähnlich schon SCHNITZER, *Trust und Stiftung*, SJZ 1965, 197 ff., 217.

² Der Trust hat sich aus dem germanischen *Salmann* entwickelt (vgl. auch Rz. 26 f.), die Treuhand aus der römisch-rechtlichen *fiducia*, vgl. statt vieler SCHNITZER, *Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht*, FS Marxer, Zürich 1963, 54 ff.; WITZ, *Rapport Introductif: Les Traits essentiels de la Fiducie et du Trust en Europe*, Bull. Joly 1991/4, 9 ff. Die dogmatischen Unterschiede zeigen sich schon darin, dass die Treuhand ein Vertrag, der Trust dagegen eher ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, vgl. Rz. 24 ff.

Für den Einbezug sprach auch, dass der Trust immer häufiger in internationalen Vereinbarungen auftaucht und damit weltweit «salonfähig» wird,³ ebenso die generelle Amerikanisierung unserer Rechtsordnung,⁴ die den Einsatz von Trustkonstruktionen fördert.

4. Bereits 1954 haben sich REYMOND und GUBLER⁵ am Juristentag in Schwyz mit dem Trust befasst. Wird er nun im Rahmen der Behandlung der Treuhand erneut aufgegriffen,⁶ so gilt es auch zu untersuchen, ob der vor vierzig Jahren gezogene Schluss, der Trust sei nicht *rezipierbar*, immer noch Gültigkeit hat,⁷ bzw. auch dann richtig ist, wenn man die Treuhand wie hier trustähnlich versteht.

5. Die folgenden Ausführungen sind bewusst *fragmentarisch* angelegt: zunächst werden – losgelöst von einer konkreten Rechtsordnung – die Einsatzmöglichkeiten von Treuhand und Trust geschildert (Teil I), um dann anhand von ausgewählten Einzelproblemen das Schweizer Recht darzulegen und dieses dem Trustrecht gegenüberzustellen (Teil II). Erst nach Behandlung dieser Einzelfragen wird versucht, die Behandlung des Treuhandverhältnisses dogmatisch einzuordnen; das Vorgehen ist damit gleichsam *induktiv*, was auch der geschichtlichen Entwicklung der Treuhand entspricht.⁸ Anhand der Beispiele der *Securitization*, der *Defeasance* und des *Estate Planning* wird sodann untersucht, ob in diesen Gebieten Verwendungsmöglichkeiten der Treuhand bestehen (Teil III). Abschließend werden die Erkenntnisse zusammengefasst (Teil IV).

³ Vgl. das HÜK (Rz. 185); Art. 5 Ziff. 6, 17 Abs. 2 und 3 und 53 Abs. 2 des Lugano-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Urteilen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (dazu BERTI, *Der Trust, das Lugano-Übereinkommen und das schweizerische IPR*, FS zum schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 223 ff.); Art. 3 lit. b des Haager Übereinkommens vom 14. März 1978 über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht und Art. 4 lit. b des Genfer Übereinkommens über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf vom 17. Februar 1983.

⁴ Vgl. WIEGAND, *Die Rezeption amerikanischen Rechts*, in: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, FS zum schweizerischen Juristentag 1988, 229 ff., für das Treuhandrecht 244 ff.

⁵ REYMOND, *Le trust et le droit suisse*, ZSR 1954, 119a ff.; GUBLER, *Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)*, ZSR 1954, 215a ff.

⁶ Vgl. als Auswahl der seitherigen Diskussion FLATTET, *Le trust en droit Suisse*, Revue Juridique et Politique 1990, 263 ff.; WACH, *Die angelsächsischen Trusts und die schweizerische Rechtsordnung*, SJZ 1987, 209, 211; DREYER, *Le Trust en Droit Suisse*, Diss. Fribourg, gedruckt Genf 1981, 103 ff.; REYMOND, *Le trust et l'ordre juridique suisse*, JdT 1971 I 322 ff.; SCHMID, *Steuerliche und zivilrechtliche Fragen um den englischen Trust*, STR 1967, 286 ff.; SCHNITZER (Fn. 2), 54 ff. und DERSELBE (Fn. 1), 197 ff.; SUPINO, *Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht*, Diss. SG 1994.

⁷ Einzelne Argumentationspunkte, wie etwa die Gefahr des Zustromes neuer Kapitalien – so REYMOND (Fn. 5), 195a f. – stehen heute nicht mehr zur Diskussion, bzw. haben sich sogar in das Gegenteil gedreht.

⁸ Vgl. COING, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München 1973, 28 ff.

B. Treuhand und Trust im allgemeinen

6. Treuhand und Trust zeichnen sich dadurch aus, dass die *Rechtszuständigkeit* an *Vermögensgegenständen* auf einen Dritten, den Treuhänder oder den Trustee, übertragen wird, wobei dieser diese Werte – im Gegensatz zu seinem «normalen» Eigentum – im *Interesse Dritter* oder des Zuwenders zu verwenden hat.

7. Im folgenden soll in die Treuhand und den Trust eingeführt werden. *Terminologisch* wird bei der Treuhand vom *Treugeber*, dem *Treuhänder* und (falls vorhanden) vom *Begünstigten*, beim Trust vom *Settlor*, dem *Trustee* und dem *Beneficiary* gesprochen. Die vom Treuhänder oder dem Trustee verwalteten Vermögenswerte werden als *Treugut* bezeichnet.

I. Die Treuhand

(a) Allgemeine Umschreibung

8. Im Schweizer Recht wird die Treuhand als Rechtsverhältnis verstanden, bei dem Vermögenswerte – das Treugut – aufgrund der grundsätzlich formlosen⁹ Treuhandvereinbarung (dem *pactum fiduciae*, vgl. Rz. 13 ff.) vom Treugeber auf den Treuhänder mit der Bestimmung übereignet werden, dass dieser diese Werte nicht im eigenen, sondern im *Interesse* des *Gebers* oder eines *Begünstigten* verwende.¹⁰

9. Bei der Übertragung von Treugut geht es damit trotz der Übertragung des Eigentums *nicht um Gütertausch* (bzw. um Substanzmehrung beim Treuhänder¹¹), sondern darum, dem Treuhänder eine Stellung zu verschaffen, die es ihm erlaubt, das Gut in einem gewissen Sinne zu verwenden, es zu verwalten, es im Interesse eines anderen zu nutzen, es nicht an einen Unberechtigten zu veräussern, etc. Das Risiko des Untergangs des Treugutes trägt in aller Regel der Treugeber, den Treuhänder trifft aber für die Verwaltung und Aufbewahrung eine Sorgfaltspflicht.

10. Oft wird gesagt, der Treuhänder habe eine «überschiessende Rechtsmacht», bzw. er «könne mehr als er dürfe.»¹² Diese Aussage röhrt daher, dass nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung der Treugeber und allenfalls der Begünstigte gegenüber dem Treuhänder nur *obligatori-*

⁹ Formerfordernisse ergeben sich aber aus dem Steuerrecht (vgl. Rz. 153 ff.) und beispielsweise dem Bankenrecht, Anhang II lit. C BankV. Vgl. ferner Rz. 83.

¹⁰ GUBLER (Fn. 5), 229a; vgl. auch BK-FELLMANN, Art. 394 N 57; allgemein ferner CUENDET, *Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse*, STh 1992, 130 ff., 187 ff., 361 ff., speziell 130. Vgl. auch Rz. 12 zum Fall, in dem der Treuhänder ein Interesse an der Treuhand hat.

¹¹ Vgl. GUBLER (Fn. 5), 231a.

¹² Vgl. statt vieler HONSELL, *Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs*, recht 1993, 73; GUBLER (Fn. 5), 252a; BGE 119 II 326, 328. Vgl. auch zur Entstehungs geschichte das Parallelreferat von THÉVENOZ, ZSR 1995 II, Kapitel II.

sche Rechte aus dem *pactum fiduciae* haben,¹³ währenddem die *dinglichen Rechte* am Treugut dem Treuhänder zustehen.¹⁴ In den nachfolgenden Ausführungen wird diese Ansicht insoweit relativiert, als dem Treugeber *quasidingleiche Rechte* am Treugut zugesprochen werden; auch wird das Treugut als *Sondervermögen* des Treuhänders verstanden.

(b) Rechtliche Einordnung

11. Im Schweizer Recht fehlt eine Regelung der Treuhand, der Begriff findet sich in Gesetzen nur an wenigen Orten,¹⁵ an anderen, wie etwa in

¹³ Vgl. Rz. 13 ff., ferner COING (Fn. 8), 85 ff.

¹⁴ BGE 107 III 103; 106 III 86, 89; GUBLER (Fn. 5), 227a spricht davon, dass der Treuhänder eine «eigenrechtliche Machtstellung» hat.

¹⁵ Vgl. Art. 40 des *Pfandbriefgesetzes* vom 25. Juni 1930, wo bestimmt wird, dass die EBK die Deckungswerte als Treuhänderin auf Kosten der Pfandbriefzentrale oder Kreditanstalt so lange verwaltet, bis der ordnungsgemäße Zustand oder das Vertrauen wiederhergestellt ist, falls eine Pfandbriefzentrale oder eine Kreditanstalt, die einer Pfandbriefzentrale Darlehen schuldet, wiederholt Vorschriften schwer verletzt oder wenn das Vertrauen in sie ernsthaft beeinträchtigt ist. In Art. 61 der *Vollziehungsverordnung zum BG über die Verrechnungssteuer* vom 19. Dezember 1966 wird bestimmt, dass die Verrechnungssteuer, die vom Ertrag treuhänderisch übereigneter Werte abgezogen wurde, nur zurückerstattet wird, wenn die Voraussetzungen zur Rückerstattung beim Treugeber erfüllt sind; der Antrag auf Rückerstattung ist vom Treugeber einzureichen; er hat auf das Treuhandverhältnis hinzuweisen und die an ihm beteiligten Personen mit Namen und Adresse zu bezeichnen. In Art. 2 Abs. 2.c des *Bundesratsbeschlusses betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes* vom 14. Dezember 1962 wird bestimmt, dass eine Steuerentlastung von einer natürlichen oder juristischen Person dann missbräuchlich beansprucht wird, wenn sie Einkünfte betrifft, die auf Grund eines Treuhandverhältnisses einem nicht abkommensberechtigten Treugeber zugute kommen; vgl. im Bereich des Steuerrechts ferner die *Merkblätter S-02.101 und S-02.107 der Eidgenössischen Steuerverwaltung* betr. *Treuhandkonto*, bzw. *betreffend Treuhandverhältnissen*, beide vom Oktober 1967. Weiter wird der Ausdruck verwendet in Art. 63 Abs. 3 des *BG über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen* vom 25. September 1917, wo bestimmt wird, dass wenn eine zivilrechtliche Grundpfandforderung in Partialen zerlegt ist, Partialgläubiger für den ungedeckten Teil ihrer Forderung durch ihren Treuhänder (Art. 875 ZGB) vertreten werden. Art. 11 Abs. 3 der *Schiffsregisterverordnung* vom 16. Juni 1986 bestimmt bezüglich der Mehrheitserfordernisse für die Aufnahme in das Schiffsregister, dass der Treugeber dieselben Voraussetzungen erfüllen muss wie der Treuhänder. Nach Art. 91 des *BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz)* vom 25. Juni 1982 verwaltet die Kasse ihr Betriebskapital treuhänderisch. In der *Verordnung über die Banken und Sparkassen (BankV)* vom 17. Mai 1972 finden sich folgende Verweise auf Treuhandverhältnisse: Nach Art. 6 Abs. 3 haben Gründer, Zeichner und Erwerber von Beteiligungen der EBK zu erklären, ob sie die Beteiligung für eigene Rechnung oder treuhänderisch für Dritte erwerben und ob sie für diese Beteiligung Optionen oder ähnliche Rechte eingeräumt haben. Gemäss Art. 44 lit. g hat der Revisionsbericht Stellung zu nehmen über Umfang und ordnungsgemäße Behandlung der Treuhandgeschäfte und über die Angemessenheit des Schutzes der Treugeber vor dem Risiko der Verrechnung ihrer Guthaben mit Forderungen des Empfängers des Treuhandgeschäfts gegen die Bank. Betreffend Bilanzierung gelten die Allgemeinen Weisungen (lit. C) in

Art. 685b Abs. 3 und 685d Abs. 2 OR oder im Anlagefondsgesetz, wird er stillschweigend vorausgesetzt.¹⁶ Das *Bundesgericht* hat die Zulässigkeit der treuhänderischen Vereinbarung bereits 1905 anerkannt (Rz. 54).

12. Einen eindeutig definierten Begriff der Treuhand gibt es im Schweizer Recht nicht.¹⁷ Unterschieden wird meist nach einer auf GAIUS zurückgehenden Einteilung – je nachdem, ob der Treuhänder ein Eigeninteresse hat oder nicht – zwischen der sogenannt uneigennützigen Treuhand oder *Verwaltungstreuhand (fiducia cum amico)*¹⁸ und der *Sicherungstreuhand*, wie sie bei der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession vorkommt (*fiducia cum creditore*).¹⁹ Teilweise werden auch die *Ermächtigungs- und die Vollmachtstreuhand* erwähnt, die allerdings nur uneigentliche Treuhandformen darstellen.²⁰ Im Bereich der vorliegend schwergewichtig behandelten Verwaltungstreuhand kann weiter zwischen den Fällen, in denen ein Begünstigter genannt ist, und denjenigen, in denen der Treugeber selber diese Stellung einnimmt, unterschieden werden (Rz. 19 f., 79).²¹

13. Die Qualifikation des *pactum fiduciae* ist umstritten. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich beim Treuhandvertrag im Sinne der *Verwaltungstreuhand* (Rz. 12) um einen Vertrag *sui generis*,²² auf den

der Wegleitung zu den Bilanzierungsvorschriften (Anhang II zur BankV), wonach Treuhandgeschäfte nicht in die Bilanz aufzunehmen sind.

¹⁶ Vgl. zum neuen AFG die Botschaft vom 14. Dezember 1992 (BBl 1993 I 217 ff.).

¹⁷ BK-FELLMANN, Art. 394 N 60, ferner GIOVANOLI, *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse*, in: *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Bull. Joly 1991/4bis, 31 ff., N 9.; vgl. aber auch die Gesetzeszitate in Fn. 15 und die Umschreibung in Rz. 8. Vgl. auch den Definitionsversuch bei RAPP, *La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses*, in: JACCARD (Hrsg.), *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne 1994, 27.

¹⁸ Vgl. BK-FELLMANN, Art. 394 N 65.

¹⁹ BGE 119 II 326 ff.; BK-FELLMANN, Art. 394 N 64; BK-ZOBL, Syst. Teil N 1354 ff., der aber keine eigentlichen Unterschiede sieht. Immerhin ist der Inhalt des *pactum fiduciae* bei der Sicherungsübereignung (Rz. 13, 44 f.) anders als bei der Verwaltungstreuhand. Hauptvorteil der Sicherungsübereignung gegenüber der blossen Verpfändung liegt darin, dass ein privater Verkauf des Treugutes auch nach Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen den Sicherungsgeber möglich ist, vgl. RAPP (Fn. 17), 33.

²⁰ Bei der Ermächtigungstreuhand verbleibt das Eigentum am Treugut beim Treugeber, der lediglich den Treuhänder ermächtigt, im eigenen Namen Verfügungen vorzunehmen, die der Treugeber dann genehmigt; bei der Vollmachtstreuhand wird der Treuhänder ermächtigt, im Namen des Treugebers Rechtsgeschäfte zu tätigen, vgl. PALANDT, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 53. Aufl., München 1994, § 903 N 34; COING (Fn. 8), 87 ff., 96 ff. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass in Deutschland die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht möglich ist, COING (Fn. 8), 97.

²¹ Für eine andere Aufteilung tritt BK-FELLMANN, Art. 394 N 73 ein: Nach ihm zerfällt die Treuhand einerseits in Tatbestände, die ohne weiteres als Auftrag qualifiziert werden können, andererseits in Treuhandverhältnisse eigener Art, die dann vorliegen, wenn die Parteien die Bestimmung über die Legalzession von Art. 401 OR modifizieren. Vgl. zu letzterem Aspekt daselbst, Art. 401 N 62 ff.

²² Ebenso BK-KRAMER, Art. 18 N 127. Zum begrifflichen Unterschied zwischen zusammengesetzten Verträgen und solchen *sui generis* OR-SCHLUEP (Fn. 34), Einl. vor Art. 184 N 7 ff. Generell zur Treuhandabrede COING (Fn. 8), 109 ff.; RAPP (Fn. 17), 36 f., der zu

grösstenteils Auftragsrecht und teilweise Normen des Hinterlegungsvertrages (etwa das Verbot des Gebrauches nach Art. 474 OR oder dasjenige der Verrechnung nach Art. 125 Ziff. 1 OR) anwendbar sind.²³ Bei der *Sicherungstreuhand* handelt es sich ebenfalls um einen Vertrag sui generis, bei dem aber die Elemente des Pfandvertrages im Vordergrund stehen.²⁴ Anzumerken ist, dass die Verwaltungs- und die Sicherungstreuhand in Einzelfällen auch kumuliert vorkommen können, so etwa bei einem Konsortialkredit, bei dem eine Bank Treuhänderin für andere kreditgebende Banken ist und gleichzeitig vom Schuldner für den Kredit eine Sicherungszession erhält.

(c) Überblick über die Rechtsstellung des Treuhänders

14. Nach dem Vorgesagten richten sich die *inhaltlichen Pflichten* des Treuhänders – mangels einer anderslautenden expliziten oder stillschweigenden Abrede – primär nach den Art. 397 ff. OR. Der Treuhänder darf das Treugut nur im Rahmen der Treuhandvereinbarung verwenden und hat sich an die Weisungen des Treugebers zu halten.²⁵ Der Treuhänder haftet für persönliche, sorgfältige²⁶ und getreue²⁷ Ausführung nach Art. 398 f. OR – er darf beispielsweise das Treugut nicht selber verbrauchen, er hat es sorgfältig und getrennt von seinem übrigen Vermögen aufzubewahren und Gelder auf ein separates und zinstragendes Konto anzulegen. Wenn das Treugut Veränderungen ausgesetzt ist, muss er ein Verzeichnis führen, und er ist stets zur Rechenschaftsablegung und Auskunft verpflichtet. Bei Beendigung des Verhältnisses hat er das Treugut nach Art. 400 f. OR zurückzugeben.²⁸

15. Die Treuhandvereinbarung bestimmt auch, ob der Treuhänder nach aussen *offenlegen* soll (oder darf), dass er für fremde Interessen agiert.²⁹

16. Eine *Entschädigung*, die über eine Spesenentschädigung hinausgeht, erhält der Treuhänder nur, wenn eine solche vereinbart oder üblich ist,

Recht festhält, dass im Bereich der Dienstleistungsverträge kein *numerus clausus* der Vertragstypen besteht.

²³ Vgl. BGE 91 II 442, 451; CUENDET (Fn. 10), 188 f. Vgl. zum Verrechnungsverbot Rz. 76.

²⁴ Vgl. BK-ZOBL, Syst. Teil N 1374 ff.

²⁵ Wenn sich der Treugeber bewusst des Treugutes (temporär oder endgültig) entledigen will (vgl. Rz. 41 ff., 77 ff.), muss er natürlich auf sein Weisungsrecht verzichten (dazu Rz. 84).

²⁶ Vgl. zur Sorgfaltspflicht des Treuhänders speziell BK-FELLMANN, Art. 398 N 420 ff.; COING (Fn. 8), 137 ff.

²⁷ Dazu gehört, dass der Treuhänder Interessenkonflikte vermeidet, vgl. beispielsweise COING (Fn. 8), 137 ff., 146 f.

²⁸ Vgl. zur Frage der Verjährung dieser Pflicht BGE 91 II 442, 450 ff.

²⁹ COING (Fn. 8), 147. Denkbar ist, dass zwar das Treuhandverhältnis als solches offengelegt werden darf, nicht aber die Person des Treugebers. Eine Offenlegung nur des Treuhandverhältnisses schützt nämlich den Treugeber insbesondere vor (Verrechnungs-) Einreden (Rz. 128).

15

Art. 394 Abs. 3 OR; hingegen hat er einen Anspruch auf vollen Verwendungsersatz.³⁰

17. Die Stellung des Treuhänders ist weiter geprägt durch sein *durch vertragliche Pflichten begrenztes Eigentum* am Treugut (Rz. 10); *causa* des Eigentumsübergangs ist dabei die Treuhandvereinbarung (Rz. 69 ff.).³¹ Denkbar ist auch, dass der bisherige Eigentümer zum Treuhänder wird (vgl. das Beispiel aus dem Bereich der Übernahmeverträge in Rz. 56). Auseinanderzuhalten sind nach der gegenwärtigen – hier aber abgelehnten – Rechtslage die Übertragung von Treugut vom Treugeber auf den Treuhänder und der Erwerb des Treuhänders von Dritten (Rz. 107 ff.).

18. Das Amt des Treuhänders *erlöscht* bei Erreichung des Zwecks des Vertrages, bei Widerruf (dazu Rz. 77 ff.), ferner – vertragliche Änderungen oder spezielle Umstände³² vorbehalten – bei Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs des Treuhänders oder des Treugebers, Art. 405 OR (vgl. Rz. 77 ff. und 87 ff.).

(d) Die Stellung des Begünstigten

19. Die Stellung des allfälligen Begünstigten hängt nach Art. 112 OR vom *Willen des Treugebers* ab,³³ und kann damit im einen Extrem eine Position ohne eigene Rechte, mit bloßer Empfangsberechtigung sein (Art. 112 Abs. 1 OR),³⁴ im anderen Extrem können gewisse³⁵ oder alle Rechte des Treugebers auf den Begünstigten übergehen.³⁶ Diese Rechte kann der Begünstigte zedieren, sie fallen gegebenenfalls auch in seine Konkursmasse.³⁷ Das Verhältnis des Begünstigten zum Treugeber wird durch das Grundverhältnis (Valutaverhältnis) zwischen diesen beiden Parteien bestimmt.

³⁰ Dazu BK-ZOBL, Syst. Teil N 1460; COING (Fn. 8), 153 f.

³¹ Vgl. beispielsweise GAUTSCHI, *Die Causa fiduziärer Rechtsübertragungen*, SJZ 1958, 245 ff., 268 ff.; differenzierend WIEGAND, *Trau, schau, wem – Bemerkungen zur Entwicklung des Treuhandrechts in der Schweiz und in Deutschland*, FS Coing, München 1982, 565 ff., 578 ff.; COING (Fn. 8), 108 f.

³² Solche gelten etwa bei der Sicherungsübereignung.

³³ Der Wille des Treuhänders ist insoweit massgebend, als er den erkennbaren Willen des Treugebers akzeptieren muss.

³⁴ Vgl. GONZENBACH, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Basel 1992 (nachfolgend zitiert «OR-Bearbeiter»), Art. 112 N 9, 13; COING (Fn. 8), 111.

³⁵ Denkbar ist etwa, dass die Rechenschaftspflichten weiterhin gegenüber dem Treugeber bestehen, das Recht, Rückgabe des Treugutes zu verlangen, aber auf den Begünstigten übergeht.

³⁶ Beim Treugeber verbleiben wird etwa das Recht, sich auf einen Willensmangel zu berufen, OR-GONZENBACH (Fn. 34), Art. 112 N 15. Vgl. auch Rz. 77 ff. zur Frage der Widerrufbarkeit.

³⁷ OR-GONZENBACH (Fn. 34), Art. 112 N 16. Denkbar ist, dass der Treugeber die Zession untersagt oder für den Fall des Konkurses des Begünstigten ein Erlöschen von dessen Rechten vorsieht.

20. Im Treuhandrecht wird in der Lehre im scharfen Gegensatz zum Trustrecht *selten* auf den Begünstigten eingegangen. Dies röhrt wahrscheinlich daher, dass sich die ersten Fragen um die Treuhand im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung und der Inkassoübertragung ergaben, die keinen Begünstigten kennen.³⁸ Da allerdings im Trustrecht der Settlor und der Beneficiary je nach Konstellation zusammenfallen können (Rz. 31) und sich die Rechte des Begünstigten bei der Treuhand nach dem Willen des Treugebers richten, ergeben sich aus dem Umstand, dass der kontinentale Jurist bei der Treuhand an ein Zwei-, der Trustjurist beim Trust an ein Dreiparteienverhältnis denkt, keine relevanten Unterschiede.

(e) Abgrenzung zu verwandten Instituten

21. Die Treuhand ist von verschiedenen Rechtsgeschäften, die vergleichbare Ziele verfolgen, abzugrenzen. Die Normen der nachfolgend aufgeführten Institute können aber oft für die Auslegung von Treuhandkonstruktionen herangezogen werden, sind die involvierten Interessen doch teilweise identisch:

(a) Im Unterschied zum *Hinterlegungsvertrag* geht bei der Treuhand das Eigentum auf den Treuhänder auch ohne Vermischung auf diesen über. Im weiteren trifft den Treuhänder eine Pflicht zur aktiven Verwaltung des Treugutes im Interesse des Treugebers;

(b) Anders als beim *Kauf mit Rückkaufsoption* hat der Treuhänder das Treugut während der Dauer der Treuhand im Interesse des Treugebers zu verwalten. Aus der blossen Rückkaufsoption hingegen ergeben sich ausser dem Veräusserungsverbot und einer Pflicht, das Gut instand zu halten, keine Pflichten.³⁹

(c) Bei der *Schenkung mit Auflage* (Art. 245 f. OR, vgl. auch Art. 482 ZGB),⁴⁰ kann vom Schenker bestimmt werden, dass das «Treugut» (oder der Nutzen daran) vom Beschenkten an den Dritten zu übertragen ist; die Werte gehen in das volle Eigentum des Beschenkten über, der sie im Grundsatz auch im eigenen Interesse verwalten kann.⁴¹ Der Schenker kann

³⁸ COING (Fn. 8), 28 ff., 40, 88.

³⁹ Im Gegensatz zum Aufbewahrer darf der mit einer Rückkaufsoption belastete Eigentümer das Gut gebrauchen (vgl. Art. 474 OR für den Aufbewahrer). Vgl. zur historischen Bedeutung des Kaufs mit Rückkaufrecht auch WIEGAND, *Fiduziarische Sicherungsgeschäfte*, ZBJV 1980, 537 ff., 544.

⁴⁰ Vgl. auch die Abgrenzung zur Zweckschenkung bei OR-VOGT (Fn. 34), Art. 246 N 4.

⁴¹ Entsprechend hat der buchführungspflichtige Beschenkte das Gut auch zu verbuchen (allenfalls mit einer Rückstellung für die Verpflichtung aus der Auflage); steuerrechtlich würde der Vorgang als (allenfalls zweimalige) Schenkung qualifiziert, was je nach Verwandtschaftsgrad 2/3 des «Treugutes» an den Staat fallen liesse (vgl. beispielsweise §§ 21–23 ZHESchStG).

Realexekution verlangen, oder die Schenkung widerrufen, wenn der Beschenkte die Auflage nicht ausführt; ein Weisungsrecht hat er aber nicht. Dem aus der Auflage Begünstigten stehen eigene Rechte nur zu, wenn sich dies aus dem Sinn der Auflage ergibt.⁴² Eine vergleichbare Konstellation ist auch bei der *Nacherbeneinsetzung* (Art. 488 ZGB) gegeben.

- (d) Bei der *unselbständigen oder fiduziarischen Stiftung*⁴³ werden in der Lehre nur ideelle Zwecke anerkannt. Die unselbständige Stiftung hat nach hier vertretener Ansicht starke Ähnlichkeit zur (unwiderruflichen) Treuhand,⁴⁴ die diese Zweckbegrenzung nicht kennt. Ähnlichkeiten bestehen auch zwischen der Treuhand und der *Familienstiftung*, die allerdings rechtlich verselbständigt ist.
- (e) Bei der *stillen Gesellschaft* schliesslich wird das «Treu gut», d.h. das Vermögen der Gesellschaft zu einem gemeinsamen Zweck verwaltet; vergleichbar einem Treuhänder tritt aber nur der Hauptgesellschafter nach aussen auf.
- (f) Bei der *Kommission* (Art. 425 ff. OR) tritt zwar der Kommissionär nach aussen ähnlich einem Treuhänder auf, das Verhältnis ist aber nicht auf Dauer angelegt. Immerhin kann verabredet sein, dass vom Kommissionär erworbene Sachen bei diesem verbleiben, womit dann die Treuhandregeln anwendbar werden. Ähnliches gilt für die *indirekte Stellvertretung*.⁴⁵

⁴² Vgl. aber Art. 246 Abs. 2 OR; Art. 482 ZGB ist damit nicht direkt anwendbar. Die Rechte des Begünstigten können sich analog zu Art. 112 OR ergeben, ebenso BK-BECKER, Art. 246 N 10 f. Vgl. auch generell zur Abgrenzung zwischen der Treuhand und der Schenkung mit Auflage COING (Fn. 8), 104 f.: nach ihm ist ein Treuhandverhältnis dann anzunehmen, wenn der Beschenkte wesentliche Teile (oder etwa den Ertrag) der geschenkten Vermögenswerte weiterzuübertragen hat.

⁴³ Vgl. BK-RIEMER, Syst. Teil vor Art. 80, N 418 ff.; COING (Fn. 8), 57 ff. und insbesondere WESTEBBE, *Die Stiftungstreuhand: Eine Untersuchung des Privatrechts der unselbständigen gemeinnützigen Stiftung mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf den Charitable Trust*, Diss. Hamburg, Baden-Baden 1993, *passim*.

⁴⁴ So insbesondere WESTEBBE (Fn. 43), 66 ff.; BK-RIEMER, Syst. Teil vor Art. 80, N 430 sieht dagegen Unterschiede; diese fallen aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht ins Gewicht, da die Treuhand unwiderrufbar ausgestaltet (Rz. 77) und auch auf das Weisungsrecht verzichtet werden kann (Rz. 84). Der Unterschied zwischen der Treuhand und diesen Stiftungen dürfte darin liegen, dass bei der Treuhand der Treuhänder für Schulden des Treugutes mit seinem persönlichen Vermögen haftet (Rz. 130), was bei der unselbständigen Stiftung nicht der Fall ist (immerhin kann dort eine Organhaftung gegeben sein).

⁴⁵ Vgl. COING (Fn. 8), 51 ff., ferner, generell zum Kommissionsgeschäft WATTER, *Handel in Wertschriften auf einer Netto-Basis*, FS zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 181 ff., 185 ff. Der Kommissionär und der indirekt agierende Stellvertreter erwerben oft – im Gegensatz zum Treuhänder – kein Eigentum, da dieses in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 OR direkt auf den Kommittenten (Auftraggeber) übergeht.

22. Die Treuhand ist weiter von anderen Instituten abzugrenzen, die treuhändische Positionen schaffen, bei denen also im fremden Interesse, aber auch meist im fremden Namen gehandelt wird und der Handelnde keine Eigentümerstellung hat. So sind weder der *Willensvollstrecke* (Art. 517 ZGB),⁴⁶ der *Erbschaftsverwalter* oder *Erbenvertreter* (Art. 554, 602 Abs. 3 ZGB),⁴⁷ noch der *Vormund* oder *Beistand* Treuhänder im eigentlichen Sinn, ebensowenig der *Vertreter* der *Anleihensobligationäre* (Art. 1156 OR), der *Bevollmächtigte* bei *Schuldbriefen* und der *Gült* (Art. 860 ZGB) und der *Stellvertreter* der Gläubiger bei *grundpfandversicherten Anleihen* (Art. 875 ZGB). Auch diese Verhältnisse können für die Lösung einzelner Rechtsfragen aber herangezogen werden, da gegenüber der Treuhand eine enge Ähnlichkeit in der Interessenlage besteht.⁴⁸

II. Der Trust

(a) Allgemeines

23. Eine eindeutige *Definition* des Trust existiert ebensowenig wie eine der Treuhand, da die Einsatzmöglichkeiten des Trust zu vielfältig sind und das Trustrecht in den verschiedenen Staaten, die es kennen, nicht identisch ist.⁴⁹

24. Der im Zentrum der nachfolgenden (kurzlichen) Ausführungen stehende englische und liechtensteinische Trust kann umschrieben werden⁵⁰ als eine rechtliche Beziehung, bei welcher der Trustee⁵¹ als Eigentümer⁵²

⁴⁶ Vgl. beispielsweise DRUEY, *Grundriss des Erbrechts*, 3. Aufl., Bern 1992, § 14 N 71; ferner DREYER (Fn. 6), N 134 ff.; SUPINO (Fn. 6), 94 ff.; generell hierzu auch COING (Fn. 8), 51 ff.

⁴⁷ SUPINO (Fn. 6), 97.

⁴⁸ Ebenso COING (Fn. 8), 20 ff.

⁴⁹ Vgl. zu den definitorischen Versuchen BIEDERMANN, *Die Treuhänderschaft des Liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law*, Diss. Bern 1991 (=ASR 470), 24 ff.; ferner die Legaldefinition in Art. 897 des liechtensteinischen PGR, die sich allerdings nur auf den rechtsgeschäftlich errichteten Trust zugunsten gewisser Begünstigten bezieht.

⁵⁰ Vgl. auch das HÜK (Rz. 185); dazu GUTZWILLER, *Der Trust in der schweizerischen Rechtspraxis*, SJIR 1985, 53 ff.; VON OVERBECK, *La convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, SJIR 1985, 30 ff.; SUPINO (Fn. 6), 205 ff.; ferner die Hinweise in Fn. 305.

⁵¹ Jede erwachsene und (wenigstens im Grundsatz) jede juristische Person können als Trustee bestimmt werden; nicht handlungsfähige Personen können Trustees eines Trusts, der von Gesetzes wegen besteht, sein. Ein Begünstigter kann gleichzeitig Trustee (vgl. auch Art. 914 PGR), auch Settlor und Trustee können identisch sein. Möglich ist es auch, die Funktion des Trustee aufzuteilen, beispielsweise in einen Custodian und einen Managing Trustee. Vgl. generell KEETON/SHERIDAN, *The Law of Trusts*, 12. Aufl., Chichester (GB) 1993, 59 ff., 103 ff., 249 ff.

⁵² Daher in Art. 897 PGR «im eigenen Namen als selbständiger Rechtsträger».

vom Settlor⁵³ übertragenes Treugut⁵⁴ zugunsten von einem oder mehreren Begünstigten⁵⁵ oder zugunsten eines bestimmten (in der Regel gemeinnützigen⁵⁶) Zwecks hält und verpflichtet ist, den Nutzen am Treugut – oder dieses selber – dem Begünstigten zukommen zu lassen oder zweckgemäß zu verwenden. *Charakteristisch* ist, dass (i) das Treugut beim Trustee eine von seinem übrigen Vermögen getrennte Masse bildet (auch wenn diese Trennung nach aussen nicht immer erkennbar ist⁵⁷), (ii) sowohl der Trustee, als auch der Begünstigte sachenrechtliche Ansprüche am Treugut haben,⁵⁸ (iii) dem Trust Rechtspersönlichkeit fehlt⁵⁹ und (iv) der Trustee unter (allenfalls gerichtlicher) Aufsicht steht.⁶⁰

25. Nach englischem Recht kann ein Trust vom Settlor durch *formlose Willenserklärung*⁶¹ und durch Übertragung des Treugutes geschaffen wer-

⁵³ Wo ein Trust auf den Tod hin geschaffen wird, wird i.a. vom *Testator* gesprochen. Im englischen Recht können alle Personen, die sachenrechtliche Verfügungen treffen können, Settlor sein, insbesondere auch juristische Personen, KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 58 f. Nach Errichtung des Trust – und der Übertragung des Treugutes – kommen dem Settlor im Grundsatz keine Rechte mehr zu. Vgl. auch Rz. 31, ferner, allgemein zur Rechtsstellung des Settlor SUPINO (Fn. 6), 49 f.

⁵⁴ In England können alle Sachen im Rechtssinne und vermögensrechtliche Ansprüche Treugut sein, KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 18 f.; ebenso in Liechtenstein, Art. 911 f. PGR.

⁵⁵ Die Möglichkeit, Begünstigte zu ernennen, ist im englischen Recht insoweit beschränkt, als nicht fideikommissähnliche Strukturen geschaffen werden dürfen. Vor 1964 betrug die Maximaldauer eines Trust die Zeitspanne «eines Lebens plus 21 Jahre», vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 139 ff. Der *Perpetuities and Accumulations Act 1964* erlaubt eine Gültigkeitsperiode von 80 Jahren. Vgl. zum alten Rechtszustand detailliert REYMOND (Fn. 5), 137a ff.; SUPINO (Fn. 6), 45 f. Das liechtensteinische Recht kennt demgegenüber keine entsprechende Beschränkung; vgl. zu den Fideikommissen daselbst Art. 829 ff. PGR.

⁵⁶ Vgl. zum gemeinnützigen Zweck, bzw. zum *charitable trust* KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 4, 152 ff.

⁵⁷ Vgl. zur offenen und verdeckten Treuhandschaft im liechtensteinischen Recht Art. 916 PGR und BIEDERMANN (Fn. 49), 370 ff., ferner GUBLER (Fn. 5), 324a.

⁵⁸ Vgl. Rz. 120 ff. und 138 ff.

⁵⁹ Gegen aussen tritt nur der Trustee in Erscheinung; er macht dies nicht als Stellvertreter, sondern kontrahiert im eigenen Namen, allenfalls explizit als Trustee. Vgl. auch Art. 919 Abs. 3 PGR und dazu BIEDERMANN (Fn. 49), 369 ff.; ferner Art. 3 lit. b des Haager Übereinkommens über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht und Art. 4 lit. b des Genfer Abkommens über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf (Fn. 3), die beide das Auftreten eines Trustee von den Vorschriften über die Vertretung ausnehmen. In diesem Fehlen der Rechtspersönlichkeit zeigt sich am deutlichsten der Unterschied zwischen dem Trust und der Stiftung, vgl. REYMOND (Fn. 5), 153a.

⁶⁰ Vgl. auch §§ 41–63 des Trustee Act 1925 und KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 426 ff.

⁶¹ Vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 77 ff., 112 ff. Schriftlichkeit ist nötig, wenn Grundstücke in einen Trust eingebracht werden. Formerfordernisse bestehen ferner, wenn der Trust durch Testament geschaffen wird. In Liechtenstein (und nach Art. 3 HÜK, vgl. Fn. 50) ist Schriftlichkeit nötig, vgl. Art. 899 PGR, aber auch Art. 898 daselbst über das «vermutete Treuhandverhältnis», das Rechtswirkungen an faktische Situationen knüpft, die trustähnlich sind.

den.⁶² Das Vorliegen eines Trust wird aber auch von Gerichten angenommen, um ein von den Parteien gewolltes – aber von der Rechtsordnung nicht vorgesehenes – Resultat zu erreichen, z.B. einen Vertrag zugunsten Dritter zu begründen (*implied or resulting trust*),⁶³ oder um eine ungegerechtfertigte Bereicherung auszugleichen (*constructive trust*).⁶⁴

26. Es ist hier nicht der Platz, detailliert auf die *geschichtliche Entwicklung* des Trust einzugehen.⁶⁵ Der Trust in seiner heutigen Form existiert seit dem 18. Jahrhundert, seine Wurzeln gehen aber viel weiter zurück. Zentral ist jedoch für das Verständnis der Institution die bis 1873 existierende Dualität im englischen Rechtsprechungssystem in Gerichte, die dem Common Law, und solche, die der Equity verpflichtet waren.⁶⁶

27. Die *Rezeption* des Trust im kontinentaleuropäischen Rechtskreis ist direkt nur in Liechtenstein feststellbar, wo der Wille zu einer Nischenpolitik 1928 zur Aufnahme von Bestimmungen über die Treuhänderschaft in das liechtensteinische Zivilgesetzbuch, bzw. in das Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) führten.⁶⁷ Ähnliche Überlegungen dürften in Panama eine Rolle gespielt haben. Im übrigen ist der Trust in Quebec und Louisiana übernommen worden, wo die unmittelbare Nachbarschaft zu

⁶² Vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 102 ff. Wo der Settlor gleichzeitig Trustee ist, muss er das Treugut separieren.

⁶³ Wegen der Notwendigkeit einer *consideration* kann dem Dritten – im Gegensatz zu Art. 112 OR – durch eine Vereinbarung zwischen den «Hauptparteien» kein klagbares Recht eingeräumt werden. Wo die Parteien den Willen haben, dem Dritten ein solches einzuräumen, nehmen englische Gerichte deshalb einen *implied trust* an, vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 6 ff., 189 ff.; BIEDERMANN (Fn. 49), 52 ff. Ein *implied trust* wird auch angenommen, wenn A und B gemeinsam eine Sache kaufen, diese aber nur an A übertragen wird. Beispiel für einen *resulting trust* ist die Situation, in der ein Trust beendet ist, der Trustee aber noch Treugut hält: hier wird ein neuer Trust angenommen, vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 210 ff.

⁶⁴ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 3, 40, 215 ff.; BIEDERMANN (Fn. 49), 44 ff. Neben denjenigen Fällen, die im Schweizer Recht unter dem Stichwort der ungerechtfertigten Bereicherung gelöst werden (A erhält irrtümlich Gelder und gilt damit als Trustee für den richtigen Eigentümer), wird auch der Verkäufer bis zur Übergabe des Kaufobjektes als Trustee für den Käufer betrachtet, ebenso der Pfandgläubiger, der die Pfandsache verkauft und dabei einen Preis erzielt hat, der höher ist, als sein Guthaben gegen den Schuldner, im Rahmen dieses Mehrwertes, vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 216 ff.

⁶⁵ Vgl. detailliert KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 21 ff.; THORENS, *The Common Law Trust and the Civil Law Lawyer*, FS Merryman, Berlin 1990, 309 ff.; BIEDERMANN (Fn. 49), 24 ff.; SUPINO (Fn. 6), 34 f.; SCHNITZER (Fn. 2), 57 ff.

⁶⁶ Vgl. BIEDERMANN (Fn. 49), 24 ff.; KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 21 ff.; WATERS, *Trusts in the Setting of Business, Commerce and Bankruptcy*, Alberta Law Review 1983, 395, 398 ff.

⁶⁷ Art. 897–932 PGR und Gesetz vom 10. April 1928 über das Treuunternehmen, LGBl. 1928, Nr. 6 (Art. 932a PGR), die den Titel über die «Treuhänderschaften» bilden. Die Bestimmungen wurden 1980 teilweise revidiert durch das Gesetz vom 15. April 1980, LGBl. 1980, Nr. 39. Dazu allgemein BIEDERMANN (Fn. 49) *passim*, speziell 56 ff.: übernommen wurde primär der auf einer Willenserklärung beruhende Trust; miteinbezogen wurden aber auch Elemente des constructive trust, speziell bei Treuwidrigkeit des Trustee.

Rechtsordnungen, die den Trust kennen, entscheidend gewesen sein dürfte. Zu erwähnen sind ferner Mexiko, Puerto Rico, Venezuela und Sri Lanka.⁶⁸

(b) Die Rechte und Pflichten des Trustee

28. Nimmt ein Trustee sein Amt an,⁶⁹ hat er neben seiner Hauptpflicht, die Bedingungen des Trust einzuhalten, *folgende Pflichten*, die sich inhaltlich in etwa mit denjenigen des Schweizer Treuhänders decken: (i) Sorgfaltspflicht für die Aufbewahrung des Treugutes, wobei eine *diligentia quam in suis* gilt;⁷⁰ (ii) Recht und Pflicht, Gelder zu investieren;⁷¹ (iii) Gleichbehandlungspflicht gegenüber Begünstigten;⁷² (iv) Verbot, Treugut an sich selber zu verkaufen, oder in anderer Weise direkt zu profitieren;⁷³ (v) Verbot, eine Entschädigung (ausser für Spesen) zu beziehen;⁷⁴ (vi) Rechenschafts- und Informationspflicht;⁷⁵ (vii) eingeschränkte Möglichkeit, seine Pflichten auf einen Dritten zu übertragen;⁷⁶ (viii) Pflicht, Instruktionen des Begünstigten zu befolgen, falls dieser ein ausschliessliches Recht am Treugut hat (Rz. 32). *Pflichtverletzungen* führen zu Schadenersatzansprüchen, bzw. zu einer Pflicht, das verlorene Treugut zu ersetzen.⁷⁷

⁶⁸ Vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 37; DREYER (Fn. 6), N 57 ff.

⁶⁹ Dazu KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 249 ff.

⁷⁰ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 286 f., 436 f. über die Sorgfaltspflicht im allgemeinen, speziell derjenigen eines berufsmässigen Trustee. Zur sorgfältigen Aufbewahrung des Treugutes gehört auch, dass es nicht mit dem persönlichen Vermögen des Trustee vermischt wird. Vgl. ferner Art. 922 PGR, der die Sorgfalt eines «ordentlichen Geschäftsmannes» verlangt. In einem weiteren Sinn gehört hierher auch die Pflicht, dafür zu sorgen, dass das Treugut wirklich vom Settlor auf den Trustee übertragen wird, vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 272; ferner Art. 919 Abs. 1 PGR.

⁷¹ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 275 ff., 369. Anwendbar ist in England der Trustee Investment Act von 1961, dessen Bestimmungen heute als zu einschränkend empfunden werden, sind doch etwa die Möglichkeiten, in Aktien zu investieren, auf 50% des Treugutes beschränkt; ferner muss bei solchen Investitionen der Rat von Dritten eingeholt werden. Der Settlor kann aber weitergehende Möglichkeiten erlauben. Vgl. auch Art. 913 PGR.

⁷² KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 368.

⁷³ Vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 340 ff. Ein allfälliger Profit gilt als *constructive trust* (vgl. Fn. 64).

⁷⁴ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 352 ff. Ausnahmen von der Grundregel sind möglich (und praktisch häufig), wenn (a) alle Begünstigten zustimmen, (b) das zuständige Gericht eine Entschädigung erlaubt, was aber nur bei einer *trust corporation* möglich ist, vgl. § 42 des Trustee Act 1925, (c) eine Entschädigung vom Settlor vorgesehen wird. Vgl. auch Art. 925 PGR.

⁷⁵ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 363 ff. Vgl. auch Art. 923 Abs. 2–5 PGR.

⁷⁶ Vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 263 ff.

⁷⁷ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 435 ff.

29. Der *Konkurs* des Trustee führt im allgemeinen dazu, dass ihm sein Amt entzogen wird.⁷⁸ Wie beim *Tod* des Trustee wird das Treugut auf einen neuen Trustee übertragen.⁷⁹

30. Gelegentlich wird vom Settlor auch eine Person eingesetzt, die *Kontrollfunktionen* über den Trustee ausüben und diesen notfalls absetzen, bzw. ersetzen kann.⁸⁰

(c) Die Rechtsstellung des Beneficiary

31. Primär obliegt es dem Beneficiary,⁸¹ die Verpflichtungen des Trustee *durchzusetzen*.⁸² Die Rechte des Settlor sind demgegenüber beschränkt (Rz. 94 ff.);⁸³ anders ist die Lage allerdings, wenn sich der Settlor Rechte ausbedungen hat,⁸⁴ wenn der Trust widerrufbar ausgestaltet ist,⁸⁵ oder sich der Settlor gleichzeitig als Begünstigter einsetzt: in diesen Fällen nähert sich der Trust unserer Verwaltungstreuhand an.

32. Falls das Treugut ausschliesslich (und unabhängig vom Eintritt allfälliger Bedingungen) dem Beneficiary zusteht, hat dieser das Recht, den Trust jederzeit zu beenden – und damit die Auslieferung des Treugutes zu verlangen –, oder auch Instruktionen an den Trustee zu erteilen, wobei sich diese allerdings im Rahmen des Trust bewegen müssen.⁸⁶ Der Beneficiary wird deshalb auch als *beneficial owner* bezeichnet.⁸⁷

33. Der Beneficiary kann im allgemeinen seine Rechtsstellung auch (schriftlich) an einen Dritten abtreten oder seine Rechte verpfänden.⁸⁸

⁷⁸ Vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 260 ff.

⁷⁹ Um Probleme mit dem Tod des Trustee zu vermeiden, werden oft juristische Personen als Trustees eingesetzt, vgl. REYMOND (Fn. 5), 181a. Denkbar ist auch, mehrere Trustees einzusetzen; beim Tod eines wächst das Trustgut den anderen Trustees direkt an; vgl. hierzu auch BGE 91 II 449 ff. und Rz. 18.

⁸⁰ Kontrollfunktion kann insbesondere der *Protector* ausüben, dem in der Praxis oft Zustimmungsrechte eingeräumt werden; dazu allgemein BIEDERMANN (Fn. 49), 199, 233 und Art. 917 Abs. 2 PGR. Vgl. ferner zum Ersetzen des Trustee KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 253 ff., 259 und § 36 (2) des Trustee Act.

⁸¹ GUBLER (Fn. 5), 304a ff.; SUPINO (Fn. 6) 59 ff.; beim sogenannten *discretionary trust* haben die Begünstigten keinen Anspruch auf das Treugut, bevor der Trustee nicht einen «Ermessensentscheid» zugunsten des Begünstigten getroffen hat, vgl. KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 165 ff. Zur Rechtslage in Liechtenstein Art. 927 PGR.

⁸² Dazu KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 451 ff.; DREYER (Fn. 6), N 18 ff.; SUPINO (Fn. 6) 43 f., 59 f.

⁸³ Vgl. Fn. 53, ferner SUPINO (Fn. 6), 49. Zur Rechenschaftspflicht in Liechtenstein Art. 923 Abs. 2 und 924 Abs. 1 PGR.

⁸⁴ Vgl. Art. 918 PGR über das Verbot, ein generelles Weisungsgebot zu statuieren und Art. 926 I PGR; ferner REYMOND (Fn. 5), 193a ff. und BIEDERMANN (Fn. 49), 70 ff.

⁸⁵ Vgl. Art. 907 Abs. 1 PGR.

⁸⁶ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 369. Der Trustee darf von seinen Pflichten unter dem Trust abweichen, wenn der Beneficiary das wünscht, muss es aber nicht tun.

⁸⁷ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 376.

⁸⁸ Vgl. SUPINO (Fn. 6), 59. Diese Möglichkeit kann vom Settlor beschränkt werden.

34. Wo der Trust für einen *gemeinnützigen Zweck* errichtet wurde (und damit keine eigentlichen Begünstigten bestehen), kann in England der *Attorney General* Rechte gegen den Trustee wahrnehmen.

III. Einsatzgebiete von Treuhand und Trust

35. Die Motivation für die Errichtung einer Treuhand oder eines Trust kann – vorerst losgelöst von der Frage der Machbarkeit unter einer bestimmten Rechtsordnung – in folgende Fallgruppen eingeteilt werden:

(a) Geschäftsbesorgung

36. Häufig ist der Fall, dass durch die Treuhand oder durch einen Trust Geschäfte des Treugebers/Settlor abgewickelt werden sollen, die dieser selber nicht ausführen *kann* – etwa weil ein gewisser Markt nur dem Treuhänder/Trustee offensteht⁸⁹ – oder nicht ausführen *will*, weil seine Identität nicht preisgegeben werden soll⁹⁰ oder der Treuhänder/Trustee über mehr Sachkenntnis verfügt.⁹¹ Diese Funktion hat gewisse Ähnlichkeiten mit der indirekten Stellvertretung (oder der Kommission, Rz. 21), wobei der Treuhänder/Trustee das Treugut in aller Regel nach dem Erwerbsakt für eine gewisse Zeit im eigenen Namen halten soll.

37. Klassisches *Beispiel* für diesen Fall ist das Treuhandgeschäft der Schweizer Banken auf dem europäischen Finanzmarkt. Zu nennen sind ferner das treuhänderische Halten von Titeln, insbesondere im internationalen Bereich,⁹² das Securities Lending⁹³ und die Abtretung von Forderungen zum Inkasso.

Ebenfalls hierher gehört die (in Auflösung begriffene) deutsche Treuhandanstalt, die kraft eines separaten Gesetzes Wirtschaftsgüter der ehemaligen DDR treuhänderisch zu verwalten und zu veräussern hat.

⁸⁹ Man denke hier insbesondere an das Börsengeschäft, ferner etwa an die Treuhandanlagen für Banken, die aus abwicklungstechnischen Gründen von den Kunden nicht direkt getätigten werden können.

⁹⁰ Vgl. als Beispiel den Sachverhalt in BGE 91 II 442, wo es darum ging, Geld vor nationalsozialistischem Zugriff zu retten, oder Art. 685b Abs. 3 und 685d Abs. 2 OR (dazu das Beispiel der Rentenanstalt in Rz. 56).

⁹¹ Vgl. etwa COING, *Rechtsformen der privaten Vermögensverwaltung, insbesondere durch Banken, in USA und Deutschland*, AcP 1967, 99 ff.

⁹² Vgl. weitere Beispiele im Zirkular 1079D der Schweizerischen Bankiervereinigung; ferner zur Sammelverwahrung COING (Fn. 8), 69 f.; generell FERRERO, *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire*, in: JACCARD (Hrsg.), *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne 1994, 89 ff.

⁹³ Vgl. BERTSCHINGER, *Rechtsprobleme des Securities Lending and Borrowing*, Zürich 1994, 153 ff.; die Bank tritt je nach Konstellation gegenüber dem Borger treuhänderisch auf, wobei BERTSCHINGER von einer untechnischen Treuhand ausgeht, vgl. S. 158.

(b) Übertragungsfunktion

38. Manchmal will eine Person *einem Dritten Werte verschaffen*, will ihm diese aber nicht sofort zur Verfügung stellen, beispielsweise weil dieser Dritte noch nicht volljährig ist oder weil ein Erbe «übersprungen», bzw. eine Erbschaft über mehr als eine Generation beeinflusst werden soll; bestimmt wird deshalb ein Vertrauter zur Verwaltung der Güter, bis der Endempfänger sie selber verwalten kann.⁹⁴

39. Diese Funktion ist das klassische Einsatzgebiet des englischen Trust. In der Schweiz werden diese Ziele (teilweise) mit den Instituten der Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ff. ZGB), des Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB) und der Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB) zu erreichen versucht. Bei der Übertragung eines Unternehmens ist denkbar, Eigentum (in Form von Aktien und Partizipationsscheinen) und Geschäftsführung zu trennen. Manchmal wird auch (allerdings meist vergeblich) versucht, durch einen Auftrag zugunsten eines Dritten – namentlich durch einen *Auftrag post mortem* – trustähnliche Wirkungen herbeizuführen.⁹⁵

Nicht selten wird beispielsweise einem Anwalt oder einer Bank der Auftrag gegeben, nach dem Tod des Klienten (Kontoinhabers) das Konto einem Begünstigten zu übertragen. Solche Konstruktionen stossen sich in der Praxis teilweise daran, dass für solche Aufträge die Formvorschriften für Verfügungen von Todes wegen einzuhalten sind⁹⁶ und sich damit (allenfalls) für den Beauftragten die Pflicht ergibt, diesen Auftrag als Testament der zuständigen Behörde einzureichen (Art. 556 ZGB); dies entspricht meist nicht dem Willen des «Settlor», der oft den in- oder ausländischen Fiskus und/oder pflichtteils geschützte Erben fürchtet.⁹⁷ Der Beauftragte setzt sich bei diesen Konstruktionen ferner der Gefahr aus, dass die rechtmässigen Erben sich später auf den Standpunkt stellen, dass die Verfügungen rechtswidrig erfolgten.⁹⁸

Vorliegend wird die Meinung vertreten, dass die Treuhand auf diesem Gebiet – im Rahmen zwingender Regeln, insbesondere des Erbrechts – Einsatzmöglichkeiten hat.

40. Anzumerken ist, dass im anglo-amerikanischen Rechtskreis der Trust auch eingesetzt wird, um einen *Vertrag zugunsten Dritter* abzuschliessen (Rz. 25). Für einen solchen Vertrag braucht das Schweizer Recht zu keinen treuhänderischen Konstruktionen Zuflucht zu nehmen. Hingegen ist es mit einer Vorgehensweise nach Art. 112 OR nicht möglich, dem Dritten ein dingliches Recht am «Treugut» einzuräumen – denkbar ist allenfalls noch, ihm ein Pfandrecht zu gewähren, falls das Treugut nur aus Forde-

⁹⁴ Vgl. auch SUPINO (Fn. 6), 72.

⁹⁵ REYMOND (Fn. 5), 184a ff.; vgl. auch BK-FELLMANN, Art. 405 N 73 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu (differenzierend) BK-FELLMANN, Art. 405 N 75.

⁹⁷ Vgl. hierzu GUGGENHEIM, *Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis*, Zürich 1986, 205 ff. und die Empfehlung der Bankiervereinigung, dass Banken keine auf den Tod wirksam werdenden Vollmachten entgegennehmen sollten; ferner BGE 58 II 423.

⁹⁸ Vgl. OR-WATTER (Fn. 34), Art. 35 N 7 ff.; neuestens auch ZR 1994, 181 ff.

rungen besteht.⁹⁹ Diesbezüglich hat nach der vorliegend vertretenen Auffassung die Treuhand gewisse Vorteile gegenüber dem Vertrag zugunsten Dritter, weil dem Begünstigten ein quasidenglisches Recht am Treugut eingeräumt werden kann.

(c) Entäusserungsfunktion

41. Teilweise geht es bei der Übertragung von Vermögenswerten auf einen (unabhängigen) Dritten darum, aufzuzeigen, dass *keine Interessenkonflikte* des Treugebers mit seiner jetzigen Tätigkeit mehr bestehen oder dass die *wirtschaftliche Verfügungsmacht* nun bei einer anderen Person liegt.¹⁰⁰

So berichteten etwa die Zeitungen, dass der gegenwärtige amerikanische Präsident Clinton sein Vermögen und dasjenige seiner Frau in einen sogenannten «Blind Trust» gelegt habe, wo es losgelöst von seinem übrigen Vermögen und ohne Verdacht auf Interessenkonflikte verwaltet werden kann; ähnlich wurde in der Schweiz kürzlich von einem in eine Strafuntersuchung verwickelten Verleger verlangt, dass er die Leitung seiner Zeitungen «treuhänderisch» einem Dritten übertrage, bis die Angelegenheit gerichtlich entschieden sei, damit seine Zeitungen unabhängig über die Affäre berichten könnten. Zu erinnern ist schliesslich an die Bemühungen des italienischen Ministerpräsidenten Berlusconi, dessen Fininvest ebenfalls zur Vermeidung von Konflikten in eine treuhand- oder trustähnliche Struktur einzubringen.¹⁰¹

42. Die Entäusserungsfunktion hat auch ihre Bedeutung, wenn der Treugeber Werte vor sich selber, vor dem eigenen Konkurs oder vor den pflichtteilsgeschützten Erben *schützen will*. Im Rahmen einer «*defeasance*» kommt es auch vor, dass ein Unternehmen seine Schulden zusammen mit entsprechenden Aktiven auf einen unabhängigen Rechtsträger transferiert, um seine Bilanz zu bereinigen (Rz. 199 ff.).

43. Denkbar ist schliesslich, dass sich Geschäftsbesorgung und Entäusserung vermischen: dies ist etwa beim *voting trust* oder dem Aktionärspool der Fall, wo die Stimmen den Eigentümern entzogen werden und der gemeinsame Vertreter Geschäftsführungsfunktion hat. Die Eignung des Trust für eine solche Bündelung von Interessen hat denn auch zur Bezeichnung «Anti-Trust Law» für das Kartellrecht geführt.¹⁰²

⁹⁹ REYMOND (Fn. 5), 171a.

¹⁰⁰ Vgl. BÖCKLI, *Schutzmassnahmen-Trust und Aktienrecht*, in: Grenzen und Grenzüberschreitungen, FS zum schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, 17 ff. mit einer Darstellung von Art. 18/19 des BRB betr. vorsorglicher Schutzmassnahmen für juristische Personen, Personengesellschaften und Einzelfirmen vom 12. April 1957 (Schutzmassnahmenbeschlusses), bzw. Art. 61 des Landesversorgungsgesetzes (SR 531.54 bzw. 531).

¹⁰¹ Vgl. NZZ Nr. 176 vom 30./31. Juli 1994, 19.

¹⁰² Vgl. beispielsweise COING (Fn. 8), 9.

(d) Sicherungszweck

44. Treuhand wie Trust lassen sich für Sicherungszwecke einsetzen: Bei der Sicherungsübereignung (bzw. der Sicherungszession) wird ein Vermögensgegenstand auf den Gläubiger (Sicherungsnehmer) zu Eigentum übertragen, dies mit der obligatorischen Vereinbarung (Sicherungsabrede), dass dieser Gegenstand dem Schuldner (Sicherungs-, bzw. Treugeber) zurückzugeben ist, falls er seinen Verpflichtungen nachgekommen ist.¹⁰³

45. Daneben können Treuhand- und Trustkonstruktionen verwendet werden, um einer bestimmten Klasse von Gläubigern, etwa Obligationären, ein Recht an bestimmten Gütern einzuräumen¹⁰⁴ oder um Gläubiger vor der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu schützen.

So wird etwa in England teilweise einem Käufer Ware bis zur Bezahlung nicht zu Eigentum, sondern im Rahmen eines Trust übergeben; da das Treugut nicht in die Konkursmasse des Trustee fällt, wird wirtschaftlich ein Eigentumsvorbehalt geschaffen.

(e) Umgehungs- und Verschleierungsfunktion

46. Zur Treuhand gehörte stets auch der Aspekt, dass sie zur *Umgehung* von Rechtsnormen – auch vertraglicher Regelungen – eingesetzt wurde.¹⁰⁵ Historisch ging es oft auch darum, formalistisches, als überholt empfundenes Recht ausser Kraft zu setzen.¹⁰⁶ Auch heute spielt dieses Element noch, man denke etwa an die Gründung einer Tochtergesellschaft, wo wegen der Vorschrift, dass bei Gründung drei oder mehr Aktionäre vorhanden sein müssen (Art. 625 OR) zwei treuhänderisch auftretende Gründer eingesetzt werden, um eine als sinnlos eingestufte Gesetzesvorschrift zu umgehen; in die gleiche Kategorie gehört das Erfordernis nach Art. 708 OR, wonach immer noch die Mehrheit der Verwaltungsräte Schweizer mit hiesigem Wohnsitz sein müssen. Auch hier behilft sich die Praxis mit sogenannt treuhänderischen Verwaltungsräten, die – oft ohne selber irgendwelche Verwaltungsaufgaben wahrzunehmen – lediglich ihren Namen für einen Registereintrag zur Verfügung stellen. Das Umgehungs-potential der Treuhand stand auch Art. 717 Abs. 1 ZGB, Art. 685b Abs. 3, bzw. 685d Abs. 2 OR und Art. 691 OR zu Gevatter.

¹⁰³ Vgl. WIEGAND (Fn. 39), 542 ff.; BK-ZOBL, Syst. Teil, N 1299 ff., speziell 1374 ff., ferner N 1508 ff. daselbst zur Sicherungszession. Vgl. auch Fn. 19 zu den Vorteilen der Sicherungsübereignung.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 1161 OR, 860 ZGB; KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 58. Vg; ferner Rz. 194 ff. unten zur Defeasance und Securitization.

¹⁰⁵ GUBLER (Fn. 5) 234a ff. spricht von der Verbergungsfunktion. Für die spezifischen Probleme auf dem Finanzsektor DESPLAND, *Aspects prudentiels des Opérations fiduciaires, Surveillance des Banques et des Marchés financiers, Diligence et Vigilance*, in: JACCARD (Hrsg.), *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne 1994, 109 ff., 113 f.; ferner das Rundschreiben der EBK 91/3 zur Bekämpfung und Verhinderung von Geldwäscherei, wo im Anhang (Rz. A 29 f.) als suspekte Geschäfte treuhänderische Kredite und das treuhänderische Halten von Beteiligungen genannt werden.

¹⁰⁶ So schon GUBLER (Fn. 5), 228a, 236a ff. für das römische Recht. Vgl. auch Rz. 51 ff.

47. Auch der Trust wird oft zu Umgehungszwecken eingesetzt, heutzutage oft, um Steuern oder Abgaben zu sparen, aber auch, um Pflichtteilsrechte ausser Kraft zu setzen.¹⁰⁷

(f) Trustspezifische Funktionen

48. Gewisse Anwendungsbereiche des Trust sind für die vorliegenden Ausführungen ohne Interesse, da sie bei uns durch andere, gesetzliche Institute abgedeckt werden. Trusts werden beispielsweise verwendet, um gemeinnützige Stiftungen zu errichten,¹⁰⁸ oder um Verträge zugunsten eines Dritten abzuschliessen (vgl. immerhin Rz. 40). Spezifisch sind auch die *Unit Trusts*, die einen anlagefondsähnlichen Zweck verfolgen.

49. Zusammenfassend haben der Trust und die Treuhand die nachfolgend vom Trust ausgehend tabellarisch dargestellten Einsatzmöglichkeiten (siehe Tabelle S. 204), wobei vorliegend schwergewichtig auf die in den schraffierten Flächen dargestellten Einsatzgebiete eingegangen wird; teilweise zusammengefasst werden in dieser Aufstellung auch die im folgenden zweiten Teil gezogenen Erkenntnisse und Schlussfolgerungen, inkl. der Frage, ob ein Aktivwerden des Gesetzgebers wünschenswert sei.

C. Übersicht über die zentralen Fragestellungen

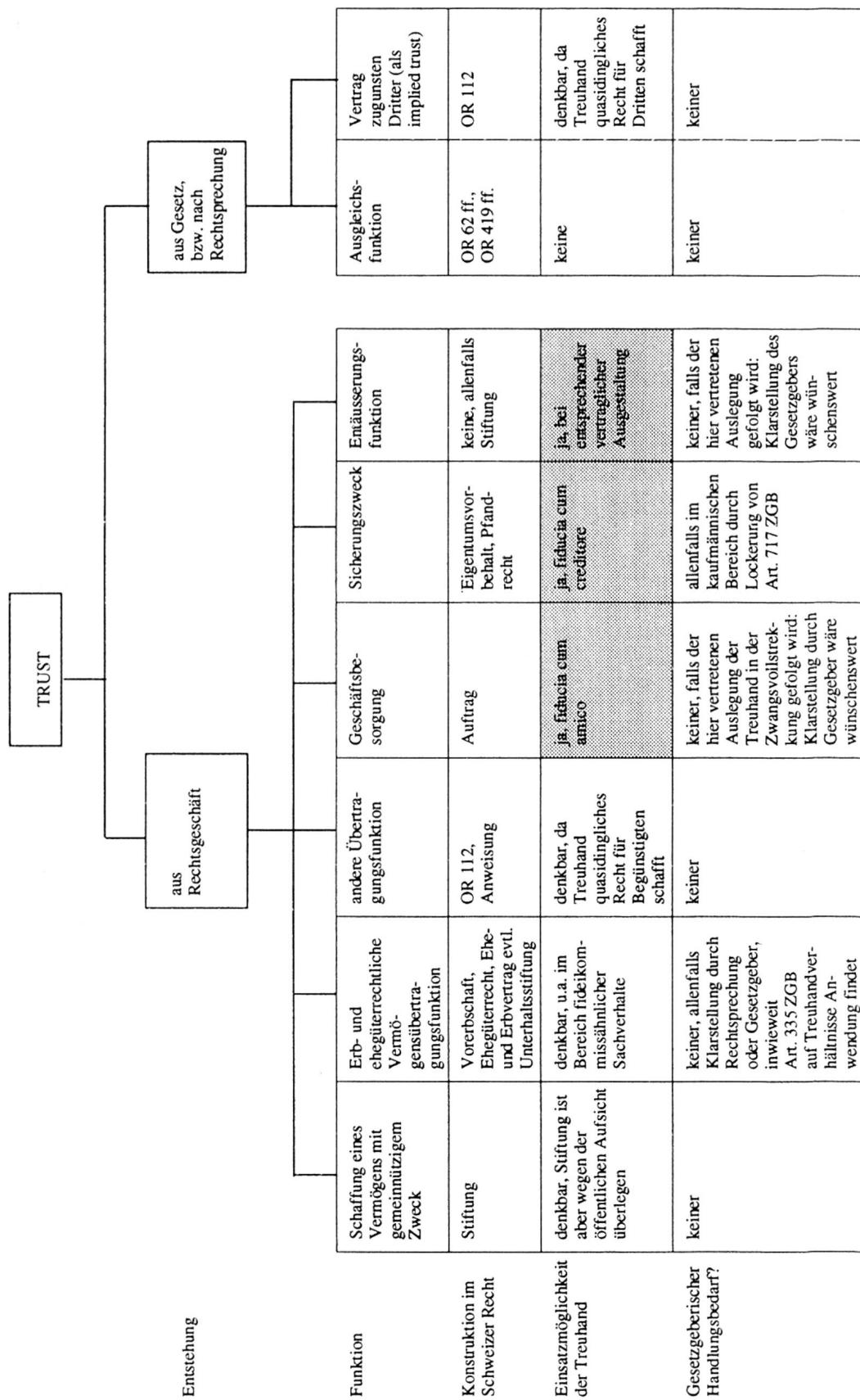
50. Im Bereich der vorstehend abgesteckten Interessenlage und Einsatzgebiete ergeben sich folgende zentrale Fragestellungen, die primär für die Treuhand und rechtsvergleichend für den Trust dargestellt werden:

(a) Die Frage nach der *Gültigkeit* der Treuhand überhaupt. Diese Fragestellung ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass Treuhand (und auch Trust-)konstruktionen zu Umgehungszwecken eingesetzt werden können (Rz. 51 ff.).

(b) Die rechtliche Zuordnung des Treugutes im *Innenverhältnis* zwischen Treugeber (allenfalls Begünstigtem) und Treuhänder. Sie hat einen engen Zusammenhang mit der Widerrufbarkeit der Treuhand, bestimmt aber auch, ob Gläubiger des Treugebers (oder des Begünstigten) auf das Treugut greifen können (Rz. 67 ff.). Noch wichtiger ist aber der *Aussenaspekt* dieser Zuordnung, der festlegt, ob die Gläubiger des Treuhänders Ansprüche auf das Treugut haben, sei dies innerhalb oder ausserhalb eines Konkurses und welche Einreden Drittenschuldner von treuhänderisch gehaltenen Forderungen erheben können (Rz. 100 ff., bzw. 123 ff.); in diesen

¹⁰⁷ Vgl. etwa die Aussage bei SCHNITZER (Fn. 6), 198, LEWIN zitierend: «Die Eltern des Trust sind Betrug und Angst ...»

¹⁰⁸ Vgl. REYMOND (Fn. 5), 141a; KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 169 ff., 189 ff., 215 ff., ferner Rz. 24. Angemerkt sei, dass auch mit der Treuhand stiftungähnliche Zwecke erreicht werden können, vgl. Rz. 21 (d).



Komplex gehört auch die Frage nach der Behandlung des Treugutes bei dessen unberechtigter Weiterveräußerung (Rz. 138 ff.). Zu bestimmen ist nach der Beantwortung dieser Fragen schliesslich, wie das Treugut *dogmatisch* zu behandeln ist (Rz. 187 ff.).

- (c) Die *buchhalterische und steuerrechtliche Behandlung* des Treugutes. Diese Rechtsgebiete knüpfen stets eher an wirtschaftliche, denn an formale Gegebenheiten an und können damit für zivilrechtliche Lösungen gleichsam als Nagelprobe dienen (Rz. 153 ff.).¹⁰⁹
- (d) Die Behandlung der Treuhand und des Trust im *internationalen Verhältnis* (Rz. 172 ff.).

Teil II: Die Treuhand in ausgewählten Fragestellungen

A. Die Frage der Gültigkeit der Treuhand

I. Allgemeines

- 51. Die *Skepsis* des Gesetzgebers, der Gerichte¹¹⁰ und der Literatur¹¹¹ gegen die Treuhand röhrt von ihrer möglichen Umgehungs- und Verschleierungsfunktion her (Rz. 46 f.). Gewisse Rechtsordnungen verbieten deshalb die Treuhand gänzlich,¹¹² andernorts wird sie in die Nähe der Simulation gerückt. Die Zurückhaltung gegenüber dem Trust zeigt sich demgegenüber vor allem in der fehlenden Rezeption und Anerkennung im internationalen Verhältnis.
- 52. Die Treuhand wird oft dort eingesetzt, wo Publizitätsvorschriften den Parteien gewisse Verhaltensregeln auferlegen. Besonders die Publizitätsvorschriften im Sachen- und Gesellschaftsrecht scheinen Treuhandkonstruktionen geradezu zu provozieren.

¹⁰⁹ Vgl. generell zu diesem Ansatz und allgemein zur Notwendigkeit eines interdisziplinären Ansatzes KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht*, Bern 1993, 18 ff., 99 ff.

¹¹⁰ Vgl. beispielsweise BGE 117 II 290, 295 ff. betreffend Treuhandverhältnissen bei Kapitalerhöhungen, ferner die in den folgenden Rz. zitierte Rechtsprechung.

¹¹¹ Vgl. zu diesem Problemkreis die Darstellung bei REYMOND, *Acte Fiduciaire ou Acte simulé*, SemJud 1989, 649 ff.; ferner das Votum von JÄGGI am schweizerischen Juristentag 1954 in ZSR 1954, 537a ff. und die Zitate von GUBLER in Fn. 106 und 112.

¹¹² Vgl. die Aussage bei GUBLER (Fn. 5), 233a, dass eine Nation dadurch charakterisiert werde, ob ihre Rechtsordnung die Treuhand anerkenne oder ablehne, indem eine liberale Haltung gegenüber der Treuhand auf eine Betonung individualistischer Werte schliessen lasse. Verboten (oder zumindest stark eingeschränkt) sind Treuhandkonstruktionen vor allem in Frankreich, vgl. KLEIN, *A propos de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au «trust» et à sa reconnaissance: «trust anglo-saxon», «Treuhand» allemande et fiducie Suisse*, FS Piotet, Bern 1990, 472. Vgl. aber auch den Verweis auf das Vorprojekt in Fn. 163.

II. Im Schweizer Treuhandrecht

(a) Im allgemeinen

53. Die Hauptargumente *gegen die Gültigkeit* der Treuhand können folgendermassen zusammengefasst werden:

- (a) *Numerus clausus* der dinglichen Rechte, was eine Übertragung eines bloss «formellen» Eigentums ausschliesse. Diese Ansicht ist aber schon deshalb wenig überzeugend, weil der Gesetzgeber beispielsweise beim Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter und Erbenvertreter ebenfalls ein Auseinanderfallen von Eigentum und der Nutzungsberechtigung zulässt.¹¹³
- (b) Kein Wille zur wirklichen Übertragung des Eigentums und damit Vorliegen einer *Simulation*.¹¹⁴
- (c) Gefahr der Durchlöcherung des Publizitätsgrundsatzes und des Rechtsmissbrauchs, bzw. des Einsatzes der Treuhand zur *Umgehung zwingender Rechtsvorschriften*.¹¹⁵

54. Heute darf als anerkannt gelten, dass die Parteien treuhänderisches Eigentum schaffen können, nachdem ja auch der Gesetzgeber die Treuhand immer wieder erwähnt¹¹⁶ und die Rechtsprechung treuhänderische Konstruktionen seit neunzig Jahren zulässt.¹¹⁷ Auch die Rechtsgültigkeit der Sicherungsübereignung¹¹⁸ wird heute nicht in Zweifel gezogen.¹¹⁹

¹¹³ Vgl. auch COING (Fn. 8), 94 ff. für das deutsche Recht.

¹¹⁴ Vgl. etwa BGE 117 II 295 bei der Kapitalerhöhung: «...encore faut-il que le transfert des droits ait été sérieusement voulu et non pas simplement simulé»; ferner ZK-JÄGGI/ GAUCH, Art. 18 N 176 ff.; BK-KRAMER, Art. 18 N 118 ff. Die Theorie, wonach die Treuhand ein Simulationstatbestand sei, hat zur Folge, dass dingliche Rechte beim Treugeber verbleiben, womit diesbezüglich im Ergebnis ein ähnliches Resultat erzielt wird, wie es vorliegend vertreten wird; vgl. etwa VON BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, AT, Zürich 1964, 174 f. Vgl. generell auch das Parallelreferat von THÉVENOZ, ZSR 1995 II, Kapitel II. C.

¹¹⁵ Vgl. BGE 117 II 290, 296: «Par contre, le rapport fiduciaire est nul au sens de l'Art. 20 CO lorsqu'il se révèle être un moyen de contourner des dispositions légales impératives, celles du droit de la société anonyme notamment (...).» Das BGer fährt an gleicher Stelle fort: «Vise, en définitive, à éluder la loi le comportement qui, tout en respectant la lettre même d'interdiction, en méconnaît l'esprit.»

¹¹⁶ Vgl. Fn. 15, ferner die Hinweise auf das AFG in Fn. 16 und das BankG in Rz. 109.

¹¹⁷ BGE 31 II 105, 108 ff., wo eine Witwe eine Klageforderung zum Zwecke einer Klageeinleitung an ihren Schwager zedierte, weil eine «Mannsperson» den Streit besser ausfechten könne. Das Bundesgericht anerkannte zwar die prinzipielle Möglichkeit einer fiduziarischen Zession, erkannte *in concreto* allerdings auf eine Simulation. Vgl. als Beispiele von späteren Entscheiden BGE 78 II 445, 451 ff. (Anwachsen des Treugutes beim überlebenden Treuhänder); BGE 85 II 97, 99 ff. (fiduziarischer Erwerb von gepfändeten Gegenständen); BGE 91 II 442, 449 (treuhänderische Vermögensanlage, Veruntreung der Treuhänderin); BGE 99 II 393, 397 f. (Treuhandguthaben bei Nachlassverfahren über eine Bank); BGE 112 III 90, 96 (Pfändung der Forderung eines Treugebers); BGE 117 II 290, 295 ff. (Festübernahme, Vorratsaktien); vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung REYMOND (Fn. 111), 650 ff.

¹¹⁸ Vgl. Rz. 44 ff.; ferner, für die Entwicklung in Deutschland, COING (Fn. 8), 28 ff.

¹¹⁹ BGE 78 II 412, 416 ff. (Sicherungsübereignung in der Form eines Kaufes mit Rückübertragung auf den früheren Eigentümer, der auch ein Rückkaufsrecht erhielt); BGE 86 II

55. Andererseits muss aber auch gelten, dass *konkrete treuhänderische Konstruktionen* nichtig sein können, falls mit ihnen einzig eine Gesetzesumgehung – oder (nach einer wenig überzeugenden Ansicht) eine Umgehung der Statuten¹²⁰ – beabsichtigt ist.

(b) Kriterien für die Ungültigerklärung wegen Simulation bzw. Gesetzesumgehung

56. Ein Teil der Lehre grenzt die (gültige) Treuhand von der Simulation ab, indem bei ersterer unterstellt wird, die Parteien wollen dem Treuhänder wirklich eine Eigentümerstellung verschaffen, während es bei letzterer nur darum gehe, einen Rechtsschein zu kreieren.¹²¹ Damit wird die blosse Legitimationsübertragung, bei der dem Treuhänder nur eine bestimmte Rechtsstellung eingeräumt wird («Strohmannsgeschäft»¹²²), wo aber kein Rechtsübergang gewollt ist, teilweise als ungültig betrachtet.¹²³ M.E. ist diese Lehre als unpraktikabel und wirklichkeitsfremd¹²⁴ abzulehnen. Es gibt durchaus Sachverhalte, bei denen die Parteien ohne jedes Schädigungspotential eine blosse Rechtsstellung einräumen wollen, ohne den

221, 226 f. (Verkauf eines Grundstückes zu Sicherungszwecken); vgl. auch die Zusammenstellung bei BK-ZOBL, Syst. Teil N 1302 und daselbst N 1303 zur Frage, ob eine Simulation vorliege, ferner N 1508 zur Zulässigkeit der Sicherungszession.

¹²⁰ Vgl. den Hinweis in BGE 117 II 296; generell auch GLATTFELDER, Die Aktionärsbindungsverträge, ZSR 1959 II 144a ff., 178a ff. und das Diskussionsvotum von JÄGGI in ZSR 1959 II 733a f. M.E. kann die Umgehung statutarischer Vorschriften nicht zur Nichtigkeit führen; hingegen kann man sich fragen, ob *in concreto* beispielsweise Art. 691 OR verletzt worden ist. Vgl. zu dieser Problematik auch den Entscheid in ZR 1990, 91 ff. und die Kritik dazu von FORSTMOSER in SZW 1991, 210, 214 ff.

¹²¹ Vgl. BK-KRAMER, Art. 18 N 128 ff.; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 192 ff.; REYMOND (Fn. 111), 655 ff. und das Zitat in Fn. 114. Vgl. aber GAUTSCHI (Fn. 31), 248 mit der richtigen Aussage: «...eignet sich die fiduziарische Vermögensübertragung in der Tat für Zwecke, die man ebenso verächtlich wie unbestimmt mit «Schiebung» bezeichnet, z.B. Schutz vor Konfiskation, Zugriff der Gläubiger, namentlich des Fiskus, Umgehung ehegüterrechtlicher und erbrechtlicher Bestimmungen, indirekte Zuwendungen in als amoralisch taxierte Liebesverhältnisse u.a. Solche Geschäfte sind *um so mehr gewollt, je widerrechtlicher ihr Zweck ist*. Sie sind das Gegenteil simulierter Rechtsgeschäfte.» Angemerkt sei, dass vor einigen Jahren der Simulationsgedanke wieder ins Spiel gebracht wurde, dies aber primär, um die Stellung des Treugebers im Konkurs des Treuhänders zu verbessern, so insb. ZK-GAUCH/JÄGGI, Art. 18 N 201 ff.

¹²² Vgl. BK-KRAMER, Art. 18 N 136 ff.; COING (Fn. 8), 91, wonach die Versuche, zwischen Treuhänder und Strohmann abzugrenzen, gescheitert sind.

¹²³ Vgl. REYMOND (Fn. 111), 657. Nach dieser Theorie ist die Frage, ob der Treugeber bereit sei, im Konkurs des Treuhänders auf das Treugut zu verzichten, gleichsam die Nagelprobe für das Vorliegen, bzw. das Nichtvorliegen einer Simulation. Diese Ansicht ist nach der hier vertretenen Meinung schon deshalb nicht richtig, weil das Treugut im Konkurs als aussonderbar betrachtet wird (Rz. 100 ff.). Vgl. auch allgemein zur Simulation BK-KRAMER, Art. 18 N 121, 128 ff.

¹²⁴ Vgl. das Zitat von GAUTSCHI in Fn. 121.

Willen zu haben, dem Treuhänder *wirklich* Eigentümerstellung zu verschaffen:

Neben dem Fall des treuhänderisch auftretenden Gründers (dazu Rz. 59) ist als Beispiel die Konstruktion der Rentenanstalt zu nennen, die dazu diente, den Eigentümern von Inhaberpartizipationsscheinen zu erlauben, bei deren Wandlung in Namenaktien ihre Anonymität zu wahren. Vorgeschlagen wurde nämlich, dass «vormalige Partizipanten, die sich aus Anonymitätsgründen nicht in das Aktienregister eintragen lassen möchten, ... sich an ihre Bank wenden, die in diesem Fall als treuhänderische Eigentümerin in das Aktienregister eingetragen wird.»¹²⁵ An diesen unter dem Namen des Treuhänders eingetragenen Aktien hat der wirtschaftlich Berechtigte kein Stimmrecht; seine Lage ist praktisch identisch mit derjenigen des Eigentümers eines Inhaberpartizipationsscheines. Ein Schaden entsteht durch diese Vorgehensweise bei keiner der involvierten Parteien, womit nicht einzusehen ist, weshalb hier die Rechtsordnung bestimmen sollte, eine solche Art der Treuhand sei nicht verbindlich.

Ein anderes Beispiel ist die häufig in Unternehmensübertragungsverträgen anzutreffende Klausel, wonach dann, wenn ein bestimmter Vertrag oder ein Vermögenswert nicht übertragen werden kann, der Veräußerer zwar Vertragspartner, bzw. Eigentümer des Vermögenswertes bleibt, dieses fortan aber treuhänderisch für den Käufer mache und letzterem den wirtschaftlichen Nutzen zuführe. Dies ist zumindest dort unproblematisch, wo keine schützenswerten Interessen der Vertragspartner bestehen.

In allen Fällen wollen die Parteien dem Treuhänder keine Eigentümer- (oder «vollwertige» Gläubiger-)stellung einräumen, sie nehmen diese höchstens nolens volens in Kauf.

57. Kein Abgrenzungskriterium kann die Frage sein, ob dem Treuhänder bei der Erfüllung seiner Pflichten ein *Ermessen* zukomme.¹²⁶ Der Bank, die als Treuhänderin Gelder auf dem Euromarkt anlegt, kann der Kunde ohne weiteres vorschreiben, bei welcher Gegenpartei sie das zu tun hat und auf welche Zeit und zu welchem Zins die Plazierung zu erfolgen hat.

58. Damit bleibt als Abgrenzungskriterium nur die Frage, ob die Treuhandkonstruktion (bzw. das *pactum fiduciae*) *zwingendes Recht* verletzt.¹²⁷ Im Bereich des öffentlichen Rechts ist hier etwa die Lex Friedrich¹²⁸ oder das Anwaltsmonopol zu nennen.¹²⁹ Im Privatrecht ist im Bereich zwingender Normen vor allem an Art. 717 ZGB (dazu Rz. 60) und Art. 691 OR zu denken. Bei der Umgehung vertraglicher oder statutarischer Normen ist die Sanktion meist nur Schadenersatz.¹³⁰

¹²⁵ Kotierungsinserat vom 2. Dezember 1993, Ziff. 10.

¹²⁶ So aber YUNG, *Simulation, fiducie et fraude à la loi*, FS Sauser-Hall, Neuenburg 1952, 139 ff., 174; wie hier REYMOND (Fn. 111), 659 f.

¹²⁷ BGE 85 II 102; CUENDET (Fn. 10), 188 f.

¹²⁸ Vgl. allgemein zur Gesetzesumgehung auf diesem Gebiet BGE 114 Ib 11, 15; 107 II 440, 445 f. Die Gesetzesversion 1961/73 erfasste die Treuhand noch explizit, heute fällt sie unter Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG.

¹²⁹ BGE 56 II 195 ff. (Abtretung einer Forderung an einen in der Berufsausübung suspendierten Rechtsanwalt), ähnlich BGE 87 II 206 f.

¹³⁰ Vgl. RIEMER, *Vertragsumgehungen sowie Umgehung anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten*, ZSR 1982 I 357 ff., 363, 373 ff.

59. Allerdings gibt es keine *allgemeinen Kriterien*, um zu definieren, wann eine zwingende Norm eine Treuhandkonstruktion nichtig macht; anders gesagt ist nicht jeder «rechtsgeschäftliche Schleichweg»¹³¹ nichtig:

Beispielsweise ist die Vorschrift, dass eine Aktiengesellschaft von mindestens drei Personen gegründet werden muss (Art. 625 OR) zwingend in dem Sinne, dass eine Gründung mit einer Person nicht möglich ist. Dennoch wird die Gründung durch eine Person, die zwei treuhänderisch agierende Strohmänner einsetzt, als gültig anerkannt.¹³²

Richtschnur der Beurteilung kann damit nur sein, ob der Zweck der in Frage stehenden Norm *das Umgehungsgeschäft miterfassen wollte*. Ein solches «Miterfassen» ist dabei nur mit Zurückhaltung anzunehmen, steht es doch dem Gesetzgeber¹³³ frei, Umgehungsgeschäfte explizit zu verbieten, was ja auch hin und wieder gemacht wird (Art. 226m, 691 OR). Ein Entscheidungsfaktor des die Norm auslegenden Richters wird dabei sein, dass formalistische Vorschriften (wie beispielsweise Art. 625 OR) oder den Grundgedanken eines Institutes strapazierende Bestimmungen (wie beispielsweise Übertragungsbeschränkungen von Aktien) ein Umgehungsverbot in der Regel *nicht* implizieren, und damit eine treuhänderische Konstruktion nur erfasst wird, wenn die Umgehung explizit verboten wird (vgl. Art. 685b Abs. 3, 685d Abs. 2 und 686a OR¹³⁴).

(c) Treuhand und das Verbot der Mobiliarhypothek im besonderen

60. Das Verbot der Mobiliarhypothek (Art. 884 Abs. 3 ZGB)¹³⁵ wird insbesondere mit dem *Drittgläubigerschutz* begründet: Dritte sollten offenbar durch Gegenstände im Besitz des (potentiellen) Schuldners nicht zur Annahme verführt werden, der Schuldner habe Eigentum an Sachen, die in Wirklichkeit einem Dritten verpfändet sind.¹³⁶

Praktisch lässt sich heutzutage allerdings kaum mehr jemand vom Besitz eines Schuldners in die Irre leiten:¹³⁷ sein Auto wird geleast (oder gemietet) sein, Einrichtungsgegenstände hat er mit Eigentumsvorbehalt gekauft¹³⁸ – oder sie gehören der Freundin.

¹³¹ COING (Fn. 8), 37.

¹³² BAUDENBACHER, in: HONSELL/VOGT/WATTER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II, Basel 1994, Art. 625 N 6 (nachfolgend zitiert als «OR-Bearbeiter») und BK-KRAMER, Art. 18 N 139.

¹³³ Und auch der Vertragspartei.

¹³⁴ Anzumerken ist, dass diese Vorschriften die Parteien eher dazu zwingen wollen, keine Falschangaben zu machen, als eine Umgehung als solche zu vermeiden: wenn nämlich die Gesellschaft keine Erklärung verlangt, kann sie auch vom Streichungsrecht keinen Gebrauch machen.

¹³⁵ Vgl. BK-ZOBL, Syst. Teil N 86 ff., 146, 360 ff. und Art. 884 N 481 ff.; WIEGAND (Fn. 39), 545 ff. Vgl. auch zur Rechtslage in Europa DICKSON/ROSENER/STORM (Hrsg.), *Security on Movable Property and Receivables in Europe*, London 1988.

¹³⁶ Vgl. BK-ZOBL, Syst. Teil N 271 ff., Art. 884 N 486 (und die Verweise in Fn. 135); WIEGAND (Fn. 39), 555; ferner daselbst zur (zu Recht verworfenen) Theorie, dass das Faustpfandprinzip den Schuldner vor sich selber schützen wolle: im internen Verhältnis spielt Art. 717 ZGB ja gerade nicht.

¹³⁷ Kritisch auch BK-ZOBL, Art. 884 N 494 mit Verweisen.

¹³⁸ In diesem Bereich gilt allerdings Registerpublizität, vgl. Art. 715 ZGB.

Praxisfremd ist auch die Ansicht, im geschäftlichen Verkehr werde Kredit gestützt auf physisch vorhandene Gegenstände eingeräumt. Zumindest der Schreibende hat noch nie einen Bankangestellten im Lager des künftigen Schuldners gesehen, wie er sich vom Vorhandensein (oder Nichtvorhandensein) gewisser Güter überzeugte. Stets ist dagegen die (geprüfte) Bilanz Basis einer Kreditverhandlung, die verpfändete Gegenstände ja im Anhang gesondert auszuweisen hat (Art. 663b Ziff. 1–3 OR).

61. Aus *volkswirtschaftlicher Sicht* ist das Verbot der Mobiliarhypothek fragwürdig, da es das Verpfänden von Produktionsmitteln verunmöglicht und damit namentlich die Kreditaufnahme junger Unternehmen erschwert; diese sind in der Praxis auf die Globalzession ihrer (künftigen) Forderungen angewiesen, was für Drittgläubiger mindestens so schädlich ist, wie es die Einräumung einer Mobiliarhypothek wäre.

62. Art. 717 Abs. 1 ZGB erklärt nun über das Verbot der Mobiliarhypothek hinaus den Eigentumsübergang Dritten gegenüber für unwirksam,¹³⁹ wenn eine Umgehung von Art. 884 Abs. 3 ZGB beabsichtigt ist. Dieses Umgehungsverbot berührt die Sicherungsübereignung nicht, da dort der Besitzer wechselt. Hingegen fragt sich, ob eine Sicherungsübereignung mit Besitzeskonstitut¹⁴⁰ oder mit anschliessender Überlassung des Besitzes an den Treugeber gegen dieses Verbot verstösst.¹⁴¹

63. Nach den in Rz. 59 aufgeführten Überlegungen muss gelten, dass der Gesetzgeber eine Regel (das Verbot der Mobiliarhypothek nach Art. 884 ZGB) auch bezüglich Umgehungsgeschäften mit Art. 717 ZGB absichern wollte. Er wollte dabei eine Umgehung erfassen, wenn nach Ermessen des Richters (Abs. 2) eine Benachteiligung Dritter beabsichtigt war oder Art. 884 Abs. 3 umgangen werden sollte. Diese subjektiven Elemente – und das richterliche Ermessen – haben in der Rechtsprechung allerdings keine Bedeutung erlangt,¹⁴² was nach der hier vertretenen Meinung falsch ist:

Angenommen, A erhalte von B einen Kredit über 100 und «besichere» diesen mit einer Sicherungsübereignung einer Maschine, behalte diese aber im Besitz (unter einem Miet- oder Gebrauchsüberlassungsverhältnis). Wenn nun in der Folge A einen weiteren (Blanko-)kredit von C über 100 erhält und sich C erwiesenermassen bei Krediterteilung einzig auf die Bilanz von A abstützte, in der die Maschine nicht mehr aufgeführt war, ist nicht einzusehen, weshalb – wie es allerdings der gegenwärtigen Rechtsprechung entspricht – B und C im Konkurs des A gleich zu behandeln sind.

Zum gleichen Schluss gelangt man, wenn man das Finanzierungsleasing und das Sale

¹³⁹ Die Gültigkeit unter den Parteien ist unbestritten, BK-ZOBL, Art. 884 N 719.

¹⁴⁰ Bejahend BK-ZOBL, Syst. Teil N 1301, 1305 und 1408 mit weiteren Nachweisen und Art. 884 N 658; anders das deutsche Recht, BK-ZOBL, Syst. Teil N 1314 ff. und WIEGAND (Fn. 39), 553 (mit Ausführungen über das österreichische und französische Recht).

¹⁴¹ Vgl. generell WIEGAND (Fn. 39), 548 ff., 552 ff.; BK-ZOBL, Art. 884 N 568 ff., 719 ff.; zum Sale and Lease-back Verfahren insb. RINDERKNECHT, *Leasing von Mobilien*, Diss. ZH 1984, 178 ff. Vgl. zur anderen Rechtslage in Deutschland BJM 1993, 304 ff.

¹⁴² Vgl. WIEGAND (Fn. 39), 551. Eigentlich gilt die «Objektivierung» nur bezüglich des Elementes der Umgehung der Vorschriften über das Faustpfand, vgl. RINDERKNECHT (Fn. 141), 144 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

**Diese Seite stand nicht für die
Digitalisierung zur Verfügung**

**Cette page n'a pas été disponible
pour la numérisation**

**Questa pagina non era a
disposizione di digitalizzazione**

**This page was not available for
digitisation**

118. Durch Art. 727 ZGB wird aber der wichtigste Fall der Vermischung nicht erfasst, nämlich diejenige von *Bar- oder Buchgeld*.²¹⁸ Eine Aussonderung ist hier nur möglich, wenn das Geld separiert, Buchgeld auf einem separaten, speziell bezeichneten Konto gebucht wird.²¹⁹

119. Anzumerken ist, dass die Vermischung oder Verbindung von Treugut mit eigenen Vermögenswerten eine Pflichtverletzung des Treuhänders darstellt (Rz. 14).

III. Vergleich zum Trustrecht

120. Die Gläubiger des Trustee haben keinen Anspruch auf das Treugut im Konkurs des Trustee; dieses bildet eine *separate, aussonderbare Masse*. Die Aussonderbarkeit besteht dabei auch, wenn das ursprüngliche Treugut ersetzt²²⁰ oder es mit dem Vermögen des Trustee vermischt wurde.

121. Nach der Ansicht von ZOBL, der vorliegend gefolgt wird, gilt dieser Satz auch, falls sich *Treugut eines Trust in der Schweiz* befindet.²²¹

122. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wonach im Konkurs des Treuhänders sich der Treugeber auf Art. 401 berufen kann, ergibt sich damit, dass Treuhand und Trust in dieser Frage *identisch* sind,²²² dies mit der Ausnahme der Behandlung von Grundstücken und Bargeld.²²³

²¹⁸ Vgl. zur anderen Rechtslage in Deutschland KÖRTZ (Fn. 183), 142 ff.

²¹⁹ Vgl. SemJud 1990, 637 ff.; BGE 102 II 103, 107 ff.; 102 II 297, 303 f.; GIOVANOLI (Fn. 185), 198 ff.; BK-FELLMANN, Art. 401 N 107 ff. mit zahlreichen Verweisen. Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass das alleinige Verfügungsrecht des Treuhänders einer Aussonderung entgegensteht, was nicht richtig sein kann, ebenso BK-FELLMANN, Art. 401 N 111; richtigerweise noch weitergehend BERTSCHINGER (Fn. 187), 1445. Damit wäre auch hierzulande die Praxis deutscher Notare übertragbar, die für Kundenwerte sogenannte «Notar-Andernkonti» verwenden (dazu COING [Fn. 8], 60 ff.). Solche Konten, wie auch die von Schweizer Anwälten errichteten sogenannten Treuhandkonti genügen damit dem Erfordernis der Separierung von Werten des Treuhänders. M.E. ist dabei auch nicht massgebend, ob das Treuhandkonto für mehrere Treugeber verwendet wird. Wichtig ist einzig, dass Dritte ohne weiteres erkennen können, dass sich die Gelder auf einem Konto befinden, das dem Treuhänder nicht selber gehört.

²²⁰ Vgl. Art. 915 PGR; KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 261; ZOBL (Fn. 172), 26 ff.; HONSELL (Fn. 12), 73 ff.; ferner Rz. 108 (b).

²²¹ Vgl. Rz. 108 (h), ferner SUPINO (Fn. 6), 243.

²²² So schon GAUTSCHI (Fn. 194), 318, in einer allerdings voreiligen Besprechung von BGE 99 II 393 ff.: «Als Bilanz dieser Entwicklung ... lässt sich vermerken, dass damit das schweizerische Privatrecht den angelsächsischen Trust mit dem gemeinrechtlichen Begriffsinstrumentarium verwirklicht hat.»

²²³ Vgl. zur Situation bei der Vermischung von Bargeld, wo das englische Recht der deutschen Lösung zuneigt (vgl. Fn. 218) KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 455 f.

D. Treugut und Rechtsbeziehungen des Treuhänders zu Dritten

I. Allgemeines

123. Die Interessen des Treugebers kollidieren mit denjenigen Dritter nicht nur bei Konkurs oder Zahlungsunfähigkeit des Treuhänders. Wo das Treugut aus Forderungen besteht, fragt sich, ob der Drittenschuldner *Verrechnung* dieser Forderungen mit *privaten Guthaben* gegen den Treuhänder erklären oder andere, gegenüber dem Treuhänder bestehende *Einreden* vorbringen darf. Besteht das Treugut aus beweglichen Sachen, ist abzuklären, ob der Dritte beispielsweise ein Retentionsrecht geltend machen kann, wenn Treugut in seinen Besitz gelangt.

124. Umgekehrt ist zu untersuchen, wie die Rechtslage ist, wenn Ansprüche Dritter bestehen, die *mit dem Treugut in Zusammenhang stehen*.

Zu denken ist etwa an Guthaben einer Bank aus der Verwaltung des Treugutes oder an Ansprüche eines Vertragspartners aus einem zulasten des Treuguts abgeschlossenen Kaufvertrag. Möglich sind auch Forderungen Dritter aus unerlaubten Handlungen, die vom Treuhänder anlässlich der Verwaltung des Treugutes begangen werden.²²⁴

In diesen Fällen ist zu untersuchen, ob sich der Drittgläubiger nur aus dem Treugut oder (auch) aus dem persönlichen Vermögen des Treugebers befriedigen kann.

II. Im Schweizer Treuhandrecht

(a) Arrest auf das oder Pfändung des Treugutes

125. Betreffend Möglichkeit des Drittgläubigers des Treuhänders, für persönliche Guthaben auf Treugut, das sich beim Treuhänder befindet, *Arrest zu legen* oder dieses zu *pfänden*, gilt das zum Konkurs des Treuhänders Ausgeführte analog (Rz. 100 ff.). Der Treugeber (oder allenfalls der Begünstigte) können das Treugut nach den Art. 106 ff. SchKG an sich ziehen, bzw. die Übertragung des Treugutes an einen neuen Treuhänder verlangen (Rz. 112 f.), falls sie alle Pflichten dem Treuhänder gegenüber erfüllt haben.

126. Handelt es sich dagegen um *Forderungen des Drittgläubigers «gegen das Treugut»* (vgl. Rz. 124), so können sich der Treugeber oder der Begünstigte einer Pfändung des Treugutes nicht widersetzen, da die Anwendbarkeit von Art. 401 OR voraussetzt, dass der Treugeber dem

²²⁴ Es sind dabei auch Fälle denkbar, die zu Schäden bei einem Dritten führen, ohne dass den Treuhänder ein Verschulden trifft, was etwa bei Kausalhaftungstatbeständen passieren kann. Massgebend für die Frage, ob das Treugut auch «haftet», dürften m.E. die Grundsätze sein, die bestimmen, wann die Handlungen eines Organs der juristischen Person zuzurechnen sind; nötig ist demnach, dass der Trustee bei der Schadenszufügung in Ausübung seiner Verrichtungen als Trustee handelt, vgl. Art. 722 OR und OR-WATTER (Fn. 132), Art. 722 N 9 f.

Treuhänder Aufwandersatz geleistet hat, wozu auch der Ausgleich von Forderungen Dritter gehört (vgl. Rz. 110, 130 f.).²²⁵

(b) Retentionsrecht und Einreden des Dritten bei treuhänderischen gehaltenen Forderungen

127. Bei treuhänderisch gehaltenen Forderungen kann deren Schuldner («Drittschuldner») nur Einreden erheben, die (i) gegenüber dem Treuhänder bestehen,²²⁶ oder die (ii) schon vor der Zession an den Treuhänder gegen den Treugeber bestanden haben (Art. 169 Abs. 1 OR).²²⁷

Der Drittschuldner kann keine Einreden aus dem Treuhandverhältnis ableiten, bei der Sicherungszession also nicht behaupten, der Sicherungsgeber (Treugeber) hätte seine Schuld erfüllt.²²⁸

128. Darüber hinaus kann der Drittschuldner auch keine Einreden erheben, die sich aus seiner «*privaten*» Beziehung zum Treuhänder ergeben, falls er *weiss oder wissen muss*, dass es sich um eine treuhänderisch gehaltene Forderung handelt;²²⁹ insbesondere hat er dann kein Verrechnungsrecht.²³⁰ Wo sich dagegen die Einrede-, bzw. Verrechnungsmöglichkeit des Drittschuldners aus *Forderungen «gegen das Treugut»* (Rz. 124) ergibt, muss der Treuhänder diese akzeptieren.²³¹

Diese Rechtslage hat dazu geführt, dass die Bankiervereinigung heute ihren Mitgliedern für Treuhandanlagen empfiehlt, den Dritten entweder über deren Natur zu informieren oder mit diesem Dritten vertraglich abzumachen, dass er nicht verrechnen darf.²³²

²²⁵ Vgl. auch nachfolgend Rz. 135 zur Lösung des englischen Rechts.

²²⁶ Vgl. demgegenüber die Rechtslage beim Vollmachtsindossament nach Art. 1008 Abs. 2 OR und in Art. 912 Abs. 5 PGR.

²²⁷ BK-ZOBL, Syst. Teil N 1635.

²²⁸ COING (Fn. 8), 158.

²²⁹ Vgl. BGE in SAG 1981, 67 ff. und NOBEL, *Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz*, Bern 1984, 201 ff., ferner Entscheid des Genfer Kantonsgerichtes vom 24. März 1992, teilweise wiedergegeben bei CUENDET, *Un arrêt genevois: rapports fiduciaires et bonne foi en affaire*, STh 1993, 100 ff.; ferner GUGGENHEIM (Fn. 97), 265 f.; GIOVANOLI (Fn. 17), N 16 f. erachtet diese Ansicht allerdings als «*hassardeuse*»; vgl. auch generell DERSELBE (Fn. 185), 202 ff. Vgl. schliesslich den Entscheid des Tribunal Commercial Paris, *La Semaine Juridique* 1993, 70, no. 22005 (= SZW 1994, 47), wo in concreto ein Verrechnungsrecht als gegeben angesehen wurde, weil die französische Bank nicht über die Tatsache orientiert wurde, dass es sich um Treuhandgelder handelte; CUENDET (Fn. 185), 581 f.; aber auch GROB (Fn. 180), 8 ff.

²³⁰ Zu fragen ist dann allerdings, ob nicht gleichsam als Gegengewicht (wenigstens bei der Verwaltungstreuhand) in Abweichung des in Rz. 127 genannten Grundsatzes dem Drittschuldner zugestanden werden muss, dass er bei Kenntnis des Treuhandverhältnisses Einreden, die gegen den Treugeber bestehen, auch dann erheben kann, wenn sie erst nach der Übereignung des Treugutes entstanden sind.

²³¹ Möglich muss m.E. auch sein, dass der Drittschuldner einer «*privaten*» Forderung des Treuhänders diese mit einer Forderung «*gegen das Treugut*» verrechnet, da dadurch die Interessen des Treugebers nicht tangiert werden. Der Treuhänder darf sich dann im Rahmen seines Aufwandersatzes aus dem Treugut bezahlt machen.

²³² Vgl. Zirkular no. 1079D vom 22. Juni 1993.

Aufsichtsrechtlich überprüft die Bankenkommission (unter Einschaltung der externen Revisionsstelle), ob der Schutz vor Verrechnung angemessen ist.²³³

129. Analoges gilt für das *Retentionsrecht*, falls sich Treuhandvermögen beim Dritten befindet; der Dritte hat an Gegenständen, von denen er weiß (oder wissen muss), dass es sich um Treugut handelt, nur ein Retentionsrecht, falls seine Forderung einen Zusammenhang mit dem Treuhandverhältnis hat (vgl. Art. 895 Abs. 1 und 2 ZGB).²³⁴

(c) Haftung des Treuhänders (und des Treugebers?) für Ansprüche gegen das Treugut

130. Bestehen «Ansprüche gegen das Treugut» (Rz. 124), haftet der Treuhänder auch mit seinem *persönlichen Vermögen* für deren Erfüllung.²³⁵ In aller Regel wird er aber einen Ersatzanspruch gegen den Treugeber haben, den er aus dem Treugut (oder klageweise) erfüllen kann; anders ist die Lage dann, wenn der Treuhänder treuwidrig gehandelt hat (vgl. Rz. 110).

131. Denkbar ist, dass der Treuhänder mit dem Dritten *vertraglich abmacht*, dass für ein bestimmtes Rechtsgeschäft nur das Treugut haften soll; der Treuhänder kann damit seine Haftung beschränken (vgl. als Beispiel Rz. 198),²³⁶ was aber voraussetzt, dass er die Treuhand (wenn auch nicht notwendigerweise den Treugeber) offenlegen darf (Rz. 15).

132. Es fragt sich schliesslich, ob auch ein «*Durchgriff* auf den Treugeber denkbar ist; zu denken ist etwa an den Fall einer Gründerhaftung, bei der Treuhänder eingeschaltet wurden,²³⁷ oder an den Fall, wo die Aufbewahrung des Treugutes bei einem Dritten zu einem Schaden führt. Soweit hier die entsprechenden Normen nicht schon selber eine Haftung des Treugebers statuieren (was bei Art. 753 OR unter dem Stichwort «mitwirken» der Fall ist), ist m.E. ein Durchgriff nach den im Gesellschaftsrecht geltenden Grundsätzen möglich, wobei in solchen Fällen der Dritte oft auch einen Anspruch aus Art. 41 OR gegen den Treugeber haben wird.²³⁸

²³³ Gemäss Art. 44 lit. g der *Verordnung über die Banken und Sparkassen (BankV)* vom 17. Mai 1972 hat der Revisionsbericht Stellung zu nehmen über Umfang und ordnungsgemässe Behandlung der Treuhandgeschäfte, ferner über die Angemessenheit des Schutzes der Treugeber vor dem Risiko der Verrechnung ihrer Guthaben mit Forderungen des Empfängers des Treuhandgeschäftes gegen die Bank.

²³⁴ Zurückhaltender GIOVANOLI (Fn. 17), N 18.

²³⁵ Vgl. auch Art. 916 PGR, ferner WESTEBBE (Fn. 43), 125.

²³⁶ Vgl. hierzu auch COING (Fn. 8), 170 ff.; WESTEBBE (Fn. 43), 125.

²³⁷ Anzumerken ist hier immerhin, dass es fraglich ist, ob die Gründerhaftung als ein Fall eines Anspruches gegen das Treugut zu qualifizieren ist.

²³⁸ Im Beispiel, wo der Treuhänder Treugut unter einem Hinterlegungsvertrag bei einem Dritten aufbewahrt (und das Treugut beispielsweise einen Brand, eine Krankheit etc. verursacht), würde unter einer Durchgriffstheorie der Dritte einen vertraglichen Anspruch gegen den Treugeber aus Art. 473 Abs. 2 OR geltend machen können, wenn ein Durchgriff bejaht wird.

(d) Zusammenfassung

133. Das Treugut ist *Sondervermögen des Treuhänders* in dem Sinne, dass der Dritte nur begrenzt darauf greifen kann, um Ansprüche, die er gegen den Treuhänder «privat» hat, zu befriedigen.

Im Bereich der Zwangsvollstreckung kommt es dabei nicht darauf an, ob der Drittgläubiger wusste (oder wissen musste), dass es sich bei gewissen Aktiva des Treuhänders um Treugut handelte: das Treugut ist nach der hier vertretenen Ansicht so oder anders aussonderbar. Die Gutgläubigkeit des Drittenschuldners spielt aber eine Rolle, wenn er Einreden – oder andere Rechte – gegen den Treuhänder geltend machen will, die sich aus seiner «privaten» Beziehung zum Treuhänder herleiten.

134. Umgekehrt kann der Dritte, der Ansprüche hat, die im Zusammenhang mit dem Treugut entstanden sind, diese nicht nur aus dem Treugut selber, sondern auch aus dem persönlichen Vermögen des Treuhänders befriedigen.

Ein Sondervermögen in diesem Sinne kann nur geschaffen werden, wenn der Treuhänder die Haftung für seine Handlungen vertraglich auf das Treugut beschränkt.

III. Vergleich zum Trustrecht

135. Analog zur hier vertretenen Ansicht über die Treuhand behandelt das Trustrecht das Treugut als eine *separate Vermögensmasse*, die insbesondere den privaten Gläubigern des Trustee nicht zur Befriedigung ihrer Ansprüche zur Verfügung steht. Gegen treuhänderisch gehaltene Forderungen können keine Einreden aus dem persönlichen Verhältnis zum Trustee vorgebracht werden.²³⁹

136. Der Gläubiger, der Ansprüche gegen das Treugut hat, kann sich in England nur an den Trustee halten. Im Gegensatz zu Liechtenstein, wo diesfalls auf dem Weg der Einzelvollstreckung gegen das Treugut vorgenommen werden kann,²⁴⁰ ist der Dritte darauf angewiesen, notfalls auf das Recht des Trustee auf Schadloshaltung zu greifen und sich auf diese indirekte Art aus dem Treugut zu befriedigen.²⁴¹

137. Somit ergibt sich auch auf diesem Gebiet eine weitgehende Parallelität zwischen Treuhand und Trust.

E. Die unberechtigte Veräusserung von Treugut

I. Allgemeines

138. Veräussert der Treuhänder unberechtigterweise Treugut an einen Dritten, so fragt sich, ob *dieser Eigentum an diesen Gegenständen erwerbt*.

²³⁹ Vgl. Art. 912 Abs. 5 PGR.

²⁴⁰ Vgl. Art. 916 PGR und BIEDERMANN (Fn. 49), 382 f.

²⁴¹ Vgl. BIEDERMANN (Fn. 49), 375 ff.

be. Analoge Fragen stellen sich, wenn der Treuhänder unberechtigterweise ein Pfandrecht am Treugut einräumt. Wo sich eine Rechtsordnung dafür entscheidet, dass die Sache vom Dritten nicht mehr herausverlangt werden kann – beispielsweise wegen dessen guten Glaubens – fragt sich weiter, ob wenigstens das *Surrogat* (etwa der Kaufpreis) *Treugut wird*.

II. Im Schweizer Treuhandrecht

(a) Im allgemeinen

139. Im Verhältnis Treugeber – Treuhänder stellt die Weiterveräusserung (oder Verfäldung) eine *Verletzung* des *pactum fiduciae* dar (vgl. Art. 34 Abs. 2.d AFG) und führt zu einer Schadenersatzpflicht des Treuhänders. Sind Begünstigte eingesetzt worden, haben diese einen Schadenersatzanspruch, wenn ihnen der Treugeber direkte Ansprüche einräumen wollte (Rz. 19). Ist dies nicht der Fall, muss der Treugeber die Ansprüche selber durchsetzen, dies allenfalls nach den Regeln der Drittschadensliquidation.²⁴²

140. Im Gegensatz zum Trustrecht kennt das Schweizer Recht kein eigentliches *Folgerecht* (Rz. 151), verstanden als Recht, das Treugut auch bei Dritterwerbern herauszuverlangen. Nach *umstrittener Ansicht* gilt sogar, dass der Dritte auch Eigentümer des Treugutes wird, wenn er wusste, dass ihm der Treuhänder unberechtigterweise Treugut verkaufte.²⁴³ Begründet wird diese Meinung mit dem dogmatischen Hinweis, dass der Treuhänder eben voller Eigentümer sei und damit – *causa* und *traditio* vorausgesetzt – auch dem bösgläubigen Erwerber Eigentum übertrage. Immerhin dürfte auch nach dieser Ansicht gelten, dass bei Wissen des Dritten in der Regel ein nach Art. 20 OR nichtiges sittenwidriges Geschäft vorliegt, was den Eigentumsübergang ebenfalls ungültig macht.²⁴⁴

141. Demgegenüber erwirbt nach der *hier vertretenen Ansicht* der Dritte nur dann Eigentum, wenn er gutgläubig ist, bzw. ihm keine Fahrlässigkeit nach Art. 3 Abs. 2 ZGB vorgeworfen werden kann.²⁴⁵ Zu begründen ist dies mit einer analogen Heranziehung von Art. 936 ZGB, mit dem Verweis auf die Rechtslage bei treuwidrigem Handeln des Vertreters²⁴⁶ und unter

²⁴² Vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, 5. Aufl., Zürich 1991, N 2585 ff. mit Verweisen.

²⁴³ Nach BK-ZOBL, Syst. Teil N 1427 erwirbt der Dritte Eigentum unabhängig davon, ob er gut- oder bösgläubig ist, da Art. 933 ZGB sich nur auf den Erwerb vom Nichtberechtigten beziehe, zu denen der Treuhänder nicht gezählt werden könne; ebenso BK-STARK, Art. 933 N 57, unentschieden dagegen BGE 91 III 104, 108.

²⁴⁴ Ebenso für das deutsche Recht KÖTZ (Fn. 183), 139 f.

²⁴⁵ ZK-OFTINGER/BÄR, Syst. Teil N 251; gleich im Ergebnis GAUTSCHI (Fn. 168), 6. Vgl. auch die Ansichten bei Vorliegen einer Resolutivbedingung in Rz. 149 f.

²⁴⁶ Vgl. WESTEBBE (Fn. 43), 131 ff.; COING (Fn. 8), 165 ff. Der BGH hat die Anwendung der Lehre des Missbrauchs der Vertretungsmacht auf die Treuhand allerdings abgelehnt.

Hinweis auf die Möglichkeit der Statuierung einer Resolutivbedingung (Rz. 149).²⁴⁷

Die dogmatischen Bedenken gegen die hier vertretene Meinung können einerseits mit dem Hinweis darauf, dass Dogmatik auf dem vorliegenden Gebiet von zweifelhaftem Wert ist, beseitigt werden,²⁴⁸ andererseits mit der Begründung, dass aus den involvierten Interessen nicht ersichtlich ist, weshalb der betrogene Treugeber – wie es die herrschende Lehre will – gegenüber dem bösgläubigen Dritten nicht geschützt werden soll, während der Vermieter oder Hinterleger in den Genuss des Schutzes nach Art. 933 ZGB kommen. Zwar hat der Treugeber sein Eigentum – im Gegensatz zum Vermieter oder Hinterleger – bewusst aufgegeben, aber er hat das Treugut genauso einem Dritten anvertraut, wie das die anderen beiden Personen gemacht haben. Nachdem vorliegend dem Treugeber ein Aussonderungsrecht zugestanden wird (vgl. Rz. 100 ff.), der Treugeber also auch dort wie der Vermieter oder Hinterleger behandelt wird, drängt sich auch hier eine Analogie auf.

142. *Vindizieren* kann das Eigentum allerdings primär nur der *Treuhänder*, da er formeller Eigentümer ist.²⁴⁹ Dem Treugeber stehen damit zwei Möglichkeiten offen, wenn er sich nicht mit dem Surrogat (dazu Rz. 144) und seinem Schadenersatzanspruch zufrieden geben will: Er kann entweder den Treuhänder mit Androhung einer Schadenersatzklage zwingen, das Recht selber geltend zu machen, oder er kann das Treuhandverhältnis aufkündigen und sich (oder dem Nachfolgetreuhänder) im Rahmen der Rückabwicklung die Rechte gegen den Dritten übertragen lassen.²⁵⁰

Ein direkter Rückforderungsanspruch besteht, wenn das *pactum fiduciae* eine Resolutivbedingung enthält, wonach das Eigentum an den Treugeber zurückfällt, wenn es der Treuhänder zu veräussern versucht (vgl. dazu nachfolgend Rz. 149 ff.).

143. Der *Treugeber* hat gegenüber dem *Dritterwerber* direkt nur einen Schadenersatzanspruch gestützt auf Art. 41 OR, in aller Regel sogar nur gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR, also bei Absicht des Dritten.²⁵¹ Gestützt auf Art. 43 Abs. 1 OR kann er dabei vom Richter verlangen, dass ihm das

Generell zu dieser Theorie im Schweizer Recht OR-WATTER (Fn. 34), Art. 33 N 13 ff.

²⁴⁷ Dazu Rz. 114 und Rz. 149 f.; vgl. auch BK-STARK, Art. 933 N 60 zum Gutglaubenschutz bei Vorliegen einer Bedingung.

²⁴⁸ Vgl. anschaulich Rz. 103.

²⁴⁹ Für den Besitzesschutz nach Art. 936 kann allerdings argumentiert werden, dass sich der Treugeber des Besitzes freiwillig entäussert hat, womit er seine Aktivlegitimation verlieren würde, vgl. BK-STARK, Art. 936 N 8; vorliegend wird die Meinung vertreten, dass dies bei der Treuhand nicht gilt, speziell auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Dritte in dieser Konstellation nicht gutgläubig ist. Damit wird auch die Meinung vertreten, dass Art. 66 OR keine Anwendung findet.

²⁵⁰ Es ist allerdings umstritten, ob die Abtretung eines Vindikationsanspruches überhaupt möglich ist, vgl. VON TUHR/ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, Zürich 1974, 351 f.; BK-STARK, Art. 936 N 10 für den Herausgabeanspruch nach Art. 936 Abs. 1 ZGB. Nach der hier vertretenen Ansicht muss eine Übertragung der Vindikations- und Besitzesschutzansprüche zumindest bei Treuhandverhältnissen möglich sein. Dem Treugeber kommen dann auch Schadenersatzansprüche zu, vgl. beispielhaft BGE 120 II 191 ff.

²⁵¹ Teilweise wird dabei die Widerrechtlichkeit bei einem Vorgehen nach Abs. 1 aus Art. 138 (dazu Rz. 145) oder Art. 158 revStGB folgen. Vgl. auch den Hinweis in BGE 115 II 474, ferner COING (Fn. 8), 161 ff.

Eigentum am Treugut wieder zugesprochen wird.²⁵² Folgt man allerdings der hier vertretenen Ansicht, wird dieser Anspruch von geringem praktischen Interesse sein.

144. Hat der Treuhänder das Treugut gegen einen anderen Vermögenswert ausgetauscht, besteht ein (quasidiglicher) *Anspruch des Treugebers auf dieses Surrogat nach Art. 401 OR*. Zwar setzt Art. 401 OR im Grundsatz voraus, dass sich der Beauftragte im Rahmen des Auftrages bewegt, wenn er Vermögenswerte von Dritten erwirbt. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb der Treugeber schlechter gestellt werden sollte, wenn sich sein Treuhänder treuwidrig verhält, als wenn er vertragskonform handelt.²⁵³

145. *Strafrechtlich* liegt bei der ungetreuen Weiterveräußerung von Treugut nach bisheriger Ansicht keine Veruntreuung im Sinne von Art. 138 revStGB vor,²⁵⁴ da diese die Verfügung über eine fremde Sache voraussetze.²⁵⁵ Hingegen ist in aller Regel der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 revStGB erfüllt, dies aber nicht bei der Sicherungsübereignung, da diese eigenen Interessen des Treuhänders dient.²⁵⁶

146. Nicht anwendbar sind die obgenannten Grundsätze auf *andere Arten einer missbräuchlichen Ausnutzung* der Stellung des Treuhänders: so ist etwa seine Stimmabgabe in einer Generalversammlung einer AG gültig, auch wenn er dabei gegen den Treuhandzweck verstösst.²⁵⁷

(b) Die Situation bei der unwiderruflichen Treuhand

147. Bei der unwiderruflichen Treuhand hat der Treugeber im Grundsatz keine Rechte mehr auf das Treugut; die Ansprüche gegen den Treuhänder (und allenfalls gegen den Dritten) sind damit *vom Begünstigten geltend zu machen*. Zu erwägen ist allerdings, ob der Treugeber die Treuhand nicht wegen wichtiger Gründe auflösen kann (Rz. 81), wenn der Treuhänder in Verletzung seiner Pflichten Treugut veräussert.

148. Kautelarjuristisch möglich ist es, eine *privatrechtliche Aufsicht* zu statuieren (Rz. 30), die beispielsweise den ungetreuen Treuhänder ersetzt.

²⁵² Ähnlich GUBLER (Fn. 5), 265a.

²⁵³ GUBLER (Fn. 5), 259a. Vgl. zum deutschen Surrogationsverbot kritisch KÖTZ (Fn. 183), 136 ff.: er setzt sich für eine entsprechende Anwendung von § 2041 BGB ein. Lehnt man die hier vertretene Ansicht ab, gilt, dass der Richter den Treuhänder verurteilen kann, Schadenersatz in Form der Herausgabe des Surrogates zu leisten.

²⁵⁴ Anders ist die Lage bei vertretbaren Sachen, vgl. BK-ZOBL, Syst. Teil N 1449.

²⁵⁵ Vgl. die Kritik bei BK-ZOBL, Syst. Teil N 1451; vgl. zum neuen Recht BBl 1991 II 1001 ff. Möglicherweise kann unter dem Begriff «anvertraute Vermögenswerte» nun auch das Treugut subsumiert werden, womit Veruntreuung vorliegen würde.

²⁵⁶ Vgl. BK-ZOBL, Syst. Teil N 1448 ff.

²⁵⁷ Vorbehalten bleibt Kollusion, d.h. in concreto ein Mitwirken der Gesellschaft und deren Organe; ein solches Verhalten würde eine Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses nach Art. 706 OR erlauben, oder diesen sogar nichtig machen.

zen kann; die Eigentumsrechte können dann vom Nachfolger geltend gemacht werden, da dieser in die Rechte des ursprünglichen Treuhänders eintritt (Rz. 142).

(c) Möglichkeit der Statuierung einer Resolutivbedingung

149. In Anbetracht der unsicheren Rechtslage ist es kautelarjuristisch empfehlenswert, dass Treugeber und Treuhänder im Sinne einer Resolutivbedingung vereinbaren, dass das Treugut²⁵⁸ in das Eigentum des Treugebers zurückfällt, wenn der Treuhänder es an einen Dritten weiterzuveräußern versucht.²⁵⁹ Wie gesehen (Rz. 114 f.) wirkt eine solche Vereinbarung nicht nur im Innenverhältnis, sie bewirkt auch den Rückfall des Eigentums. Ferner werden Verfügungen, die der Resolutivbedingung zuwiderlaufen, hinfällig, Art. 152 Abs. 3 OR.²⁶⁰ Anders gesagt kann der Treugeber das Treugut beim Dritten vindizieren, falls eine Resolutivbedingung vereinbart wurde. Ein «*Folgerecht*» (Rz. 151) gilt somit zumindest dann, wenn die *Parteien ihr Verhältnis vertraglich vorsichtig strukturieren*.

150. Fraglich ist, ob eine solche Resolutivbedingung die Treuhand nicht wegen *Simulation* nichtig machen würde, weil das Eigentum nur formell übertragen wird (Rz. 53 ff.). Dies ist m.E. zu verneinen, weil für die Dauer der Treuhand, d.h. bis zum Eintritt der Bedingung, die Übertragung des Eigentums wirklich gewollt ist. Ferner spricht gegen die Annahme einer Simulation, dass vorliegend auch im Konkurs ein Aussonderungsrecht des Treugebers angenommen wird; dieses kann aber auch als Resolutivbedingung strukturiert werden, wonach im Konkurs das Treugut an den Treuhänder zurückfällt (Rz. 116). Wird diese Resolutivbedingung dort für zulässig erachtet, muss sie es auch im Bereich der Weiterveräußerung sein, wo nur bösgläubige Dritte betroffen sind.

Richtig ist allerdings, dass das Zulassen der Resolutivbedingung in einem Spannungsverhältnis zum dogmatischen Grundsatz des *numerus clausus* der Sachenrechte und zum Publizitätsgrundsatz steht.²⁶¹

III. Vergleich zum Trustrecht

151. Überträgt der Trustee Eigentum am Treugut in Verletzung seiner Pflichten auf einen Dritten, so erwirbt der Beneficiary im Grundsatz ein

²⁵⁸ Oder allenfalls Vindikationsansprüche, vgl. dazu aber Fn. 250.

²⁵⁹ Vgl. BK-ZOBL, Syst. Teil N 1414; ferner HINDERLING, *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. V, Basel und Stuttgart 1977, 483 f.; PALANDT (Fn. 20), § 903 N 39, 40; COING (Fn. 8), 163 f.

²⁶⁰ Dazu STAHELIN (Fn. 212), 54 ff.; BK-ZOBL, Syst. Teil N 1429, Art. 884 N 803; OR-EHRAT (Fn. 34), Art. 153 N 17. Zur Rechtslage in Deutschland PALANDT (Fn. 20), § 903 N 40.

²⁶¹ Vgl. Rz. 114 oben und STAHELIN (Fn. 212), 49.

sogenanntes Folgerecht gegen diesen Dritten,²⁶² ausgenommen ist lediglich der gutgläubige Erwerber.²⁶³ Statt gegen den Dritten vorzugehen, kann der Beneficiary sich aber auch mit seinem Anspruch auf das Surrogat begnügen.²⁶⁴

152. Im Ergebnis – wenn auch nicht im technischen Vorgehen – sind damit das Treuhandrecht und das Trustrecht ähnlich. Der Hauptunterschied ergibt sich daraus, dass im Schweizer Recht dem Treugeber (bzw. dem Begünstigten) nur ein indirektes Recht auf das Treugut zusteht, falls keine Resolutivbedingung vereinbart wurde.

F. Die buchhalterische und steuerrechtliche Behandlung des Treugutes

I. Allgemeines

153. Eine kurze Untersuchung der *steuerlichen Behandlung von Treuhandkonstruktionen* ist aus zweierlei Gründen interessant: Einerseits führt (a) die im Steuerrecht vorherrschende «wirtschaftliche Betrachtungsweise» dazu, dass die Zuordnung des Treugutes vom Fiskus anders betrachtet wird, als von Zivilrechtlern,²⁶⁵ andererseits (b) misstraut das Steuerrecht Treuhand- und Trustkonstruktionen, weil diese oft eingesetzt werden, um Steuern auszuweichen, und betrachtet solche Konstruktionen nach eigenen Gesichtspunkten allenfalls für ungültig.²⁶⁶

154. Gleiches gilt für die mit dem Steuerrecht in Wechselwirkung stehende *buchhalterische Behandlung* des Treuguts bei buchführungspflichtigen Treuhändern bzw. Trustees.

II. Im Schweizer Treuhandrecht

(a) Buchhalterische, einkommens- und vermögenssteuerrechtliche Behandlung

155. Nach dem Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung betreffend Treuhandverhältnissen²⁶⁷ werden im Bereich der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuern *Treuhandverhältnisse nur anerkannt*, wenn

²⁶² Vgl. GUBLER (Fn. 5), 320a ff.; SUPINO (Fn. 6), 63. Rechtstechnisch wird der Dritterwerber selber Trustee für das Treugut.

²⁶³ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 454 ff. Der Begünstigte hat natürlich auch Ansprüche gegen den Trustee, zunächst darauf, dass der Erlös aus dem unrechtmässigen Verkauf dem Trust zukommt. Vgl. auch die Darstellung bei REYMOND (Fn. 5), 133a ff. und GUBLER (Fn. 5), 317a ff. und 320a ff.

²⁶⁴ KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 455.

²⁶⁵ Vgl. Fn. 109.

²⁶⁶ Vgl. beispielsweise den Fall in ZBl 1966, 156, 157 f.

²⁶⁷ Vgl. Fn. 15. Vgl. auch den daselbst aufgeführten Verweis auf das weitere Merkblatt

- (a) ein schriftlicher Treuhandvertrag besteht, der das Treugut genau bezeichnet;²⁶⁸ und
- (b) dem Treuhänder selber keine Risiken erwachsen;
- (c) der Treuhänder eine handelsübliche Entschädigung erhält;²⁶⁹ und
- (d) das Treugut auf Seiten des Treuhänders nicht bilanziert wird.

Es fällt auf, dass das Steuerrecht nicht verlangt, dass der Treuhänder das Treugut separat aufbewahrt bzw. nicht vermischt.

156. *Rechtsfolge* der Einhaltung der formalen Bedingungen ist, dass beispielsweise das Weiterleiten des Ertrages aus einer Treuhandanlage von der Bank an ihren Kunden nicht als Zins qualifiziert wird, welcher der Verrechnungssteuer unterliegt.²⁷⁰ Im Bereich der Einkommens- und Vermögenssteuern führt das Vorliegen eines Treuhandverhältnisses dazu, dass das Vermögen (und das Einkommen) nicht vom Treuhänder, sondern vom Treugeber zu versteuern ist.²⁷¹

Die Steuerpraxis lehnt die Anerkennung von Treuhandverhältnissen zwischen einem Aktionär und einer von ihm beherrschten Gesellschaft teilweise ab, auch wenn die vorgenannten Bedingungen erfüllt sind, dies insbesondere dann, wenn die Gesellschaft nicht über die notwendige Organisation verfügt.²⁷²

157. Geht das Widerrufsrecht nach Art. 112 OR auf den Begünstigten über, ist dieser steuerlich als Treugeber zu qualifizieren; liegt im Verhältnis Treugeber – Begünstigter eine Schenkung vor, fallen Schenkungssteuern mit dem Übergang der Rechtsstellung an.

158. *Buchhalterisch* ist man sich heute einig, dass das Treugut (bzw. der Herausgabeanspruch gegen den Treuhänder) beim buchführungspflichtigen Treugeber zu aktivieren ist. Beim buchführungspflichtigen Treuhänder erfolgt ein Ausweis des Treugutes «unter dem Strich», bzw. im Anhang zur Bilanz, es wird also nicht unter gleichzeitiger Passivierung des Herausgabeanspruchs aktiviert;²⁷³ Damit wird im Buchführungsrecht davon

S-02.101. Allgemein ferner MAILLARD, *Le régime fiscal et comptable des opérations fiduciaires*, in: JACCARD (Hrsg.), *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne 1994, 59 ff.

²⁶⁸ Zum hier liberaleren deutschen Steuerrecht, das keine Schriftlichkeit verlangt, COING (Fn. 8), 201.

²⁶⁹ Diese Bedingung zeigt, dass die EStV nur an die Verwaltungstreuhand denkt; bei der Sicherungstreuhand muss diese Bedingung entfallen.

²⁷⁰ Vgl. auch BGE in ASA 60 (1992/3), 558, 561 f. Vgl. für Treuhandverhältnisse im Verrechnungssteuerbereich ferner die Verweise in Fn. 15.

²⁷¹ Vgl. DAGON, *Besteuerung von Treuhandverhältnissen und verwandten Tatbeständen einschliesslich des angelsächsischen Trusts*, SJZ 1965, 101, 102 ff.; CUENDET (Fn. 10), 365; vgl. ferner als Beispiel das Zürcher Steuerrecht in REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, *Kommentar zum Zürcher Steuerrecht*, Vorbem. vor §§ 19–32 N 27 und § 33 N 24.

²⁷² Vgl. STOCKAR, *Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer*, Basel 1993, 134; vgl. auch BGE in ASA 60 (1992/3) 492 ff. Vgl. ferner zur sogenannten 50/50 Regel MAILLARD (Fn. 267), 66 f.

²⁷³ Vgl. MÜLLER, *Zur Frage der Bilanzierung von Treuhandverhältnissen*, in: *Aspekte der Rechtsentwicklung*, FS Meier-Hayoz zum 50. Geburtstag, Zürich 1972, 179 ff.; *Revisionshandbuch der Schweiz* 1992, Bd. I, 256 f., speziell 258. Vgl. auch das Merkblatt

ausgegangen, dass das Treugut wirtschaftlich nicht dem Treuhänder, sondern immer noch dem Treugeber gehört. Im Bankrecht sind die Treuhandgeschäfte nicht unterlegungspflichtig und unterstehen auch nicht den Klumpenrisikovorschriften von Art. 21 BankV.²⁷⁴

(b) Verkehrssteuern

159. Im Bereich der *Grundstückverkehrssteuern* gilt nach herrschender Ansicht, dass eine Übertragung vom Treugeber auf den Treuhänder als steuerbare Handänderung zu qualifizieren ist, wobei unklar bleibt, was als Veräußerungspreis zu gelten hat.²⁷⁵ Diese Meinung ist m.E. falsch; eine Steuer sollte nur bei Errichtung der unwiderruflichen Treuhand erhoben werden (Rz. 164).

160. Im Bereich der *Stempelsteuer* dagegen ist die Übertragung von steuerbaren Urkunden vom Treugeber auf den Treuhänder zwecks blosser Verwaltung wie auch die Rückübertragung mangels Entgelt abgabefrei.²⁷⁶ Erwirbt oder verkauft der Treuhänder, der gleichzeitig Effektenhändler ist, dagegen Urkunden von einem bzw. an einen Dritten, schuldet er die Abgabe als Vermittler.²⁷⁷

161. *Erbschaftssteuern* werden keine erhoben, wenn der Treuhänder stirbt; dagegen fallen Steuern beim Tod des Treugebers an.

162. *Schenkungssteuern* fallen nicht bei der Übertragung auf den Treuhänder, wohl aber dann an, wenn der Begünstigte das Treugut erhält, bzw. schon dann, wenn das Widerrufsrecht auf ihn übergeht (Rz. 157).

163. Die Treuhandgebühr unterliegt im Grundsatz der *Mehrwertsteuer* (vgl. auch Art. 14 Ziff. 15 MwStVO). Die Übertragung des Treugutes auf den Treuhänder ist nach Art. 10 MwStVO grundsätzlich als Lieferung zu qualifizieren, wobei aber in aller Regel Unentgeltlichkeit vorliegen wird. Veräussert der Treuhänder das Treugut, gilt auch dieses zweite Geschäft als (nun entgeltliche) Lieferung.²⁷⁸

(c) Die Behandlung der unwiderruflich ausgestalteten Treuhand

164. Die unwiderruflich ausgestaltete Treuhand ist m.E. *nach den nachfolgend ausgeführten Regeln zum Trust* zu Besteueren. Es fallen deshalb je nach Sachlage Schenkungssteuern bei der Errichtung (vgl. Rz. 167) und

EStV (Fn. 267), das auch eine Bilanzierung unter dem Strich verlangt, ferner die bankenrechtlichen Vorschriften in Fn. 15. Die Aufführung des Treugutes in der Bilanz des Treuhänders führt lediglich zu einer Aufblähung der Bilanz.

²⁷⁴ CUENDET (Fn. 185), 577 f.

²⁷⁵ Vgl. für das Zürcher Recht ZUPPINGER/SCHÄRER/FESSLER/REICH, *Kommentar zum Zürcher Steuerrecht, Ergänzungsband 2. Aufl.*, Bern 1983, § 161 StG N 17.

²⁷⁶ Wegleitung zur Umsatzabgabe 93, Ziff. 21 und 121.

²⁷⁷ Wegleitung zur Umsatzabgabe 93, Ziff. 122.

²⁷⁸ Wird bei beiden Lieferungen Entgeltlichkeit angenommen und sind sowohl der Treugeber wie auch der Treuhänder mehrwertsteuerpflichtig, so kann der Treuhänder den Vorsteuerabzug geltend machen.

Einkommens- oder Schenkungssteuern beim Begünstigten (Rz. 169) an, auch ist Einkommen auf dem Treugut allenfalls vom Treuhänder zu versteuern (Rz. 170). Die allenfalls anfallenden Verkehrssteuern²⁷⁹ dürfen im Grundsatz zweimal erhoben werden, nämlich einerseits bei der Übertragung des Treugutes auf den Treuhänder, dann bei der Übertragung auf den Begünstigten.

165. *Buchhalterisch* darf der Treugeber das Treugut in dieser Konstellation nicht mehr in seiner Bilanz aufführen. Für den Treuhänder gelten dagegen die obigen Regeln, da ihm das Treugut nur formell, nicht aber wirtschaftlich gehört.

III. Die Besteuerung des Trust

166. Explizite Regeln über die steuerliche Behandlung des Trust bestehen – mit Ausnahme des Kantons Genf, wo eine Dienstanweisung existiert²⁸⁰ – nicht. Die steuerliche Behandlung beruht meist auf *Einzelfallpraxis*.²⁸¹

167. Errichtet ein in der Schweiz ansässiger Settlor einen *unwiderrufbaren Trust*, gilt die Zuwendung steuerlich in aller Regel als Schenkung,²⁸² wobei für die Bestimmung des Verwandtschaftsgrades, an den Schenkungssteuergesetze jeweils anknüpfen,²⁸³ auf den Beneficiary abgestellt wird. Hat der Beneficiary – wie beim *discretionary trust* (Rz. 95) – bloss eine Anwartschaft, liegt an sich noch keine Schenkung vor; LANDOLF/GRAF²⁸⁴ schlagen dennoch als pragmatische Lösung die Besteuerung bei der Errichtung zu einem Mischsatz vor.

168. Bei einem *widerrufbar ausgestalteten Trust* liegt keine Schenkung vor; die Einkommens- und Vermögenssteuern treffen weiterhin den Settlor, da er sich seines Vermögens nicht entledigt hat,²⁸⁵ womit die Situation analog zu derjenigen bei der widerrufbaren Treuhand ist.

169. Einkommen, das aus einem Trust an den Beneficiary ausgeschüttet wird, wird je nach Sachlage als Schenkung (wenn Kapital ausbezahlt wird), als Einkommen oder Kapitalgewinn des Beneficiary (wenn Ertrag oder Kapitalgewinne des Treugutes ausgeschüttet werden) qualifiziert.²⁸⁶

²⁷⁹ Abzustellen ist aber natürlich in aller Regel auf das Entgelt, das der Treugeber erhält; liegt eine Schenkung vor, fallen nur Schenkungssteuern an.

²⁸⁰ Instruction 103 vom Mai 1977: *Taxation et imposition des trusts, au sens de la loi sur les droits de succession*.

²⁸¹ LANDOLF/GRAF, *Der Trust im schweizerischen Steuerrecht*, ASA 1994/95, 1 ff., 11.

²⁸² RYSER, *Rapports de trust et impôts directs*, ASA 1992/93, 749 ff., 750.

²⁸³ Vgl. beispielsweise § 21 ff. ZHESchG.

²⁸⁴ (Fn. 281), 14 f., vgl. ferner die übersichtliche Darstellung auf S. 28/29 daselbst.

²⁸⁵ LANDOLF/GRAF (Fn. 281), 15; RYSER (Fn. 282), 751.

²⁸⁶ LANDOLF/GRAF (Fn. 281), 16 ff.; ANDINA, *Die Besteuerung von in der Schweiz wohnhaften Empfängern von Leistungen seitens angelsächsischer Trust Settlements*, STR 1993, 210 ff.; RYSER (Fn. 282), 751 f.; für das englische Recht KEETON/SHERIDAN (Fn. 51),

Vermögenssteuermässig wird der Beneficiary dann einem Nutzniesser gleichgestellt, wenn er regelmässige Einkünfte erhält, auf die er einen Anspruch hat.²⁸⁷

170. Wo Einkommen bei einem Trust anfällt, der *keine direkten Begünstigten* hat (wie beim *discretionary trust*, Rz. 95), oder die Auszahlung an Begünstigte erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgt, sollte nach einer neueren Lehrmeinung der *Trust selber Steuersubjekt* sein.²⁸⁸

Fraglich ist hier allerdings, ob es für den Schweizer Fiskus klug ist, den Schweizer Trustee eines ausländischen *discretionary trust* zu besteuern, nachdem viele *trust deeds* vorsehen, dass bei einer Besteuerung des Trustee dieser automatisch durch einen Trustee in einem anderen Land ersetzt wird. Eine Einführung einer solchen Besteuerung hätte damit stark kontraproduktive Effekte.

Die Steuerbehörden sollten damit Trusts nur dann besteuern, wenn der Settlor (bzw. der Treugeber bei der unwiderruflichen Treuhand) in der Schweiz steuerpflichtig waren.

171. Auch auf dem Gebiet des Steuerrechts gibt es damit nach der vorliegend vertretenen Ansicht eine Parallelität zwischen Treuhand und Trust. Bei beiden hängt die Besteuerung davon ab, ob die Konstruktion widerrufbar oder unwiderrufbar ist und ob die Begünstigten schon bestimmt sind oder nicht.

G. Die Behandlung der Treuhand und des Trust im internationalen Verhältnis

I. Allgemeines

172. Im Bereich der Behandlung der Treuhand und des Trust im internationalen Verhältnis geht es insbesondere darum, *Rechtssicherheit* bei den heute häufigen grenzüberschreitenden Sachverhalten zu schaffen. Wird diese Rechtssicherheit erreicht, wird sich allerdings auch fragen, ob Parteien ohne weiteres ein ihnen genehmes Recht wählen können, wenn ihnen ihr «Heimatrecht» die gewünschte Lösung nicht bietet.

391 ff. Vgl. schliesslich allgemein zum Einkommen aus einem Trust BGE 89 III 12, wo sich das Gericht auch über die Pfändbarkeit solcher Leistungen äussert.

²⁸⁷ Vgl. BGE in ASA 1986/87, 657 ff. (= StR 1986, 593 ff.); und den Entscheid der Vorinstanz in STE 1985 B-52-1 Nr. 1, ferner generell (und überzeugend) LANDOLF/GRAF (Fn. 281), 16 f. Wo kein fester Anspruch besteht, ist allenfalls der Trust selber zu besteuern, vgl. Rz. 170.

²⁸⁸ LANDOLF/GRAF (Fn. 281), 18 ff. mit Präzisierungen für verschiedene Ausschüttungsarten und daselbst 22 ff. für die Behandlung von Verrechnungssteuern, teilweise a.A. RYSER (Fn. 282), 754 ff. mit einer Darstellung ausländischer Systeme. Für das englische Recht KEETON/SHERIDAN (Fn. 51), 392 f. Vgl. auch BGE in ASA 1972/3, 182 ff. (=STR 1973, 203 ff.) zur Besteuerung eines liechtensteinischen Treuunternehmens, das in der Schweiz eine Liegenschaft veräussert, und den Entscheid der Steuerrekurskommission des Kantons Luzern in ZBl. 1966, 156 ff., wo zuerst der Trust, und nach dessen Löschung (teilweise kumulativ) der «Treugeber» besteuert wurden.

II. Die Treuhand

173. Auf das Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder ist nach schweizerischem IPR bei Fehlen einer Rechtswahl das Recht am (Wohn)Sitz des Treuhänders massgebend, vgl. Art. 116 und 117 IPGR.²⁸⁹

174. Bezüglich der sachenrechtlichen Behandlung des Treugutes gilt die *lex rei sitae* (Art. 99 f. IPGR); befindet sich das Treugut in der Schweiz, gilt damit im Grundsatz der Treuhänder als Eigentümer; der Treugeber und der Begünstigte haben dann quasidigliche Ansprüche, wenn ihnen das Treuhandstatut entsprechende Rechte verleiht.

175. Falls das anwendbare ausländische Recht dem Treugeber oder dem Begünstigten ein dingliches Recht einräumt und dieses Treugut in die Schweiz transferiert wird, muss gelten, dass der Treugeber oder der Begünstigte ihr dingliches Recht behalten, vgl. Art. 102 IPGR.²⁹⁰

176. Denkbar ist, dass das HÜK (vgl. Rz. 185), sollte es von der Schweiz ratifiziert werden, *auch auf Treuhandkonstruktionen* Anwendung findet.²⁹¹

Das Treuhandrecht erfüllt nach der hier vertretenen Ansicht auch die Forderung von Art. 2 Abs. 2 lit. a HÜK, nämlich dass das Treugut eine separate Masse bildet, obwohl sachenrechtlich ja Eigentum des Treuhänders angenommen wird.

Damit würden die nachfolgend beschriebenen Grundsätze (Rz. 185 ff.) gelten, und es wäre die Anerkennung der Schweizer Treuhand im Ausland gesichert.

III. Die Behandlung des Trust in der Schweiz

(a) Allgemeines

177. Herkömmlicherweise wird unterschieden zwischen²⁹²

(a) dem Truststatut, das auf die Beziehungen unter den Parteien (inkl. dem Begünstigten) anwendbar ist, beispielsweise die Pflichten des Trustee spezifiziert und auch die Beziehungen des Trust zur Umwelt regelt;

²⁸⁹ So auch schon das alte Recht, vgl. BGE 91 II 442, 445 f.

²⁹⁰ Vgl. BJM 1993, 304 ff. REYMOND (Fn. 5), 166a; vgl. auch daselbst zur Frage der Subrogation; nötig ist dann für die inhaltliche Bestimmung des Rechts eine Anpassung, vgl. Rz. 178.

²⁹¹ Vgl. GIOVANOLI (Fn. 17), N 32 ff.; DERSELBE (Fn. 185), 211 ff.; SUPINO (Fn. 6), 206 ff., 223 ff. mit Verweisen; KLEIN (Fn. 112), 477 f. bejahend für die deutsche Treuhand. Vgl. ferner allgemein PELICHET, *Le Trust et les Institutions analogues – La Convention de La Haye du premier juillet 1985*, in: JACCARD (Hrsg.), *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne 1994, 133 ff., 162 ff. Vgl. ferner das Diskussionsvotum von REYMOND im selben Band, 249 f.

²⁹² Vgl. demgegenüber die Darstellung bei DREYER (Fn. 6), N 186 ff. und 288 ff. zur internationalprivatrechtlichen Behandlung des Trust in den USA und in England, insb. mit Unterscheidungen zwischen (a) Errichtung und Verwaltung des Trust, bzw. Übertragung des Treugutes, (b) Trusts mit Immobilien und Mobilien als Treugut und (c) testamentarisch, bzw. unter Lebenden errichteten Trusts.

In BGE 96 II 79 wandte das Gericht auf die Beziehungen zwischen dem Settlor (bzw. dessen Rechtsnachfolgerin) und dem Schweizer Trustee Schweizer Recht an, wobei es die Trustvereinbarung als gemischten schuldrechtlichen Vertrag qualifizierte, bestehend aus Elementen des fiduziarischen Eigentumsübertrages, des Vertrages zugunsten Dritter und der Schenkung.

- (b) der *lex rei sitae* als derjenigen Rechtsordnung, die für die dinglichen Aspekte am Treugut zuständig ist; und
- (c) *prozessualen Aspekten*, allenfalls auch der *lex fori* für lois d'application immédiates.²⁹³

178. Lösungen des Truststatuts sind dabei je nach Sachlage in die Begriffe des lokalen Rechts «umzugiessen», bzw. je nach Fragestellung «anzupassen», dies insbesondere dann, wenn das Truststatut und die *lex rei sitae* zu unterschiedlichen Lösungen führen.²⁹⁴

In VPB 37 Nr. 57 ging es um die Frage, ob ein Trustee als Eigentümer eines in der Schweiz gelegenen Grundstückes eingetragen werden kann, wenn er lediglich dazu eingesetzt ist, den Erbgang sicherzustellen. In concreto wurde entschieden, die Erben als Eigentümer einzutragen, den Trustee als Willensvollstrecker zu behandeln und seine Befugnisse in einer Anmerkung im Grundbuch festzuhalten.

(b) Anwendbarkeit von Art. 150 Abs. 1 IPGR auf das Truststatut

179. Durch Willenserklärung begründete Trusts sind nach der vorliegend vertretenen Meinung in aller Regel als organisierte Vermögenseinheiten im Sinne von Art. 150 Abs. 1 IPGR zu qualifizieren;²⁹⁵ anwendbar ist damit das Recht, nach welchem der Trust organisiert wurde.²⁹⁶ Denkbar ist auch, dass in Einzelfällen der Trust als Treuhand zu qualifizieren ist und damit den obgenannten vertraglichen Regeln untersteht; dies dürfte vor allem dort der Fall sein, wo der Settlor selber Beneficiary ist und er sich das Recht auf jederzeitigen Widerruf des Trust ausbedungen hat.²⁹⁷

180. Obwohl das internationale Gesellschaftsrecht eine *Rechtswahl* im technischen Sinn nicht kennt, muss es möglich sein, dass die Parteien ein

²⁹³ Vgl. BERTI (Fn. 3), N 6 ff., 22.

²⁹⁴ Vgl. hierzu ZOBL (Fn. 172), 71 ff.; IPGR-Kommentar-HEINI, Art. 13 N 11; HONSELL (Fn. 12), 76, beide mit Verweisen, ferner SUPINO (Fn. 6), 182 ff.; vgl. auch die Vorgehensweise in BGE 62 II 140, 96 II 79, wo von vornherein nach schweizerischen verwandten Instituten gesucht wurde.

²⁹⁵ Vgl. ZOBL (Fn. 172), 44 ff.; ebenso SUPINO (Fn. 6), 155 ff.; IPGR-Kommentar-VISCHER, Art. 150 N 13 ff. Demgegenüber will ein Teil der Autoren den Trust schuldrechtlich qualifizieren, vgl. die Darstellung von ZOBL (Fn. 172), 50 ff.; 65 ff. Anzumerken ist, dass beide Anknüpfungen sehr oft auf die gleiche Rechtsordnung verweisen werden, ebenso BERTI (Fn. 3), 234.

²⁹⁶ Demgegenüber müssen *constructive* und *resulting trusts* je nach Sachlage den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung, der Geschäftsführung ohne Auftrag oder dem Recht des Grundgeschäftes, aus dem der *constructive trust* entsteht, unterliegen. Vgl. auch DREYER (Fn. 6), N 398 ff.

²⁹⁷ Ähnlich IPGR-Kommentar-VISCHER, Art. 150 N 15. Denkbar ist auch, dass für gewisse Fragen erb- oder ehegüterrechtliche Anknüpfungen zu machen sind, vgl. SUPINO (Fn. 6), 189 ff.

Recht wählen, bzw. einen Trust nach dem ihnen zusagenden Recht organisieren.²⁹⁸ Notwendig ist aber – im Gegensatz zu vertraglichen Sachverhalten²⁹⁹ und zum HÜK (Rz. 185) –, dass eine echte Beziehung zum Recht des gewählten Landes besteht, also beispielsweise der Trustee (Wohn)Sitz in diesem Land hat, oder zumindest die diesem Land eigenen Publizitäts- und Registervorschriften beachtet werden, falls dieses Recht es überhaupt zulässt, dass ein Trustee (Wohn)Sitz im Ausland hat.

M.E. dürfte es nicht zulässig sein, dass ein Schweizer Settlor mit einem Schweizer Trustee einen Trust begründet und festlegt, dass englisches Trustrecht gelte; immerhin dürfte dieses aber auf die interne Beziehung zwischen Settlor und Trustee Anwendung finden.³⁰⁰

181. Anwendbar ist auf die *Vertretungsmacht* des Trustee Art. 158 IPGR. Betreffend Verantwortlichkeit gilt für denjenigen, der den Trust materiell von der Schweiz aus leitet Art. 159 IPGR, wobei m.E. das Treuhandrecht als schweizerisches Haftungsrecht gilt.³⁰¹

(c) Die Anwendbarkeit der *lex rei sitae*

182. Die *lex rei sitae* regelt nach herrschender Lehre die Frage nach der Rechtszuständigkeit am Treugut, soweit es sich um Sachen oder Grundstücke³⁰² handelt. Für Forderungen gelten demgegenüber die Art. 145 f. IPGR.³⁰³

183. Im einzelnen werden von der so bestimmten Rechtsordnung *folgende Fragen* erfasst:

- (a) Wie die Übertragung vom Settlor an den Trustee zu erfolgen hat, damit ihr dingliche Wirkung zukommt;
- (b) die dingliche Stellung des Trustee inkl. der Frage, ob er das Treugut rechtswirksam an einen Dritten veräußern kann (auch wenn er das nicht darf);
- (c) nach gewissen Ansichten, wie das Treugut im Konkurs des Trustee zu behandeln ist (vgl. aber Rz. 184 zum Aussonderungsrecht).

184. Für das *Aussonderungsrecht* soll nach ZOBL³⁰⁴ das Truststatut gelten; die *lex fori* bestimmt nach ihm nur die Frage, wie der Aussonderungsanspruch geltend zu machen ist. Begründet wird diese Ansicht damit, dass das Aussonderungsrecht nicht dinglich, sondern schuldrechtlich zu qualifizieren sei, womit auf diese Frage das Truststatut anzuwenden sei, wogegen

²⁹⁸ Im Ergebnis ähnlich SUPINO (Fn. 6), 166; ebenso wohl IPGR-Kommentar-VISCHER, Art. 150 N 13.

²⁹⁹ Vgl. Art. 116 Abs. 1 IPGR, der eine grundsätzlich schrankenlose Parteiautonomie statuiert, vgl. zu deren Grenzen IPGR-Kommentar-KELLER/KREN, Art. 116 N 36 ff.

³⁰⁰ Vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 159 IPGR SUPINO (Fn. 6), 175 ff.

³⁰¹ A.A. SUPINO (Fn. 6), 175 ff.

³⁰² Vgl. allgemein SUPINO (Fn. 6), 179 ff., ferner zu Grundstücken VPB 37 Nr. 57 in Rz. 178.

³⁰³ ZOBL (Fn. 172), 56.

³⁰⁴ (Fn. 172), 57 ff., 85 ff.

auch der *ordre public* nicht spreche. Nachdem vorliegend (Rz. 109) die Ansicht vertreten wird, dass auch das Treugut bei einem schweizerischen Treuhandverhältnis aussonderbar ist, ist dieser Meinung zuzustimmen.

(d) Das HÜK

185. Das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anwendbare Recht und deren Anerkennung («HÜK»)³⁰⁵ beschränkt sich auf die internationalprivatrechtliche Erfassung des Trust. Die Schweiz hat das HÜK bisher nicht ratifiziert.³⁰⁶

186. Das auf Trusts anwendbare Recht wird in den Art. 6 ff. HÜK geregelt; abgestellt wird primär auf die Rechtswahl des Settlor; im Gegensatz zum schweizerischen IPR wird dabei kein internationaler Bezug des Sachverhaltes vorausgesetzt; die Umgehung nationaler Rechtsnormen wird aber durch Art. 13 (Vorbehalt der Nichtanerkennung, falls Schwerpunkt des Trust in einem Staat liegt, der den Trust nicht kennt), 15 (Vorbehalt der kollisionsrechtlichen Regeln über Kindes-, Erb-, Ehegutrecht, Zwangsvollstreckung etc.), 16 (zwingendes nationales Recht) und 18 (ordre public) HÜK verhindert.³⁰⁷ Die Anerkennung des Trust ist in den Art. 11 ff. HÜK geregelt; sie bewirkt insbesondere, dass das Treugut als separate Masse zu behandeln ist (Art. 11 Abs. 2 HÜK).

H. Zusammenfassung: die dogmatische Zuordnung des Treugutes

187. Für die Regelung der Rechtszuständigkeit am Treugut hat sich eine Rechtsordnung zu entscheiden, ob sie (a) ein zweigeteiltes Eigentum an Vermögensgegenständen zulassen,³⁰⁸ (b) Eigentum nur dem Treugeber (bzw. Beneficiary) und dem Treuhänder (bzw. Trustee) eine Art Verwaltungsbefugnis *erga omnes* zusprechen³⁰⁹ oder (c) Eigentum dem Treuhänder (bzw. Trustee) zuerkennen und dem Treugeber (bzw. Beneficiary) lediglich obligatorische Rechte einräumen will.

³⁰⁵ Vgl. Fn. 50, 304, ferner KLEIN (Fn. 112), 467 ff.; REYMOND, *Réflexions de droit comparé sur la convention de La Haye sur le trust: Doctrine*, Revue de droit international et de droit comparé 1991, 7 ff.; SUPINO (Fn. 6), 205 ff.; KÖTZ, *Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust*, RabelsZ 1986, 562 ff.; PELICHET (Fn. 291), 138 ff.

³⁰⁶ Vgl. die die Ratifikation befürwortende Stellungnahme bei SUPINO (Fn. 6), 223 ff.; GIOVANOLI (Fn. 185), 215 f.

³⁰⁷ Vgl. auch SUPINO (Fn. 6), 212 ff.; PELICHET (Fn. 291), 147 ff.

³⁰⁸ Vgl. zu dieser Theorie schon AEBY, *L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse*, ZSR 1912, 141 ff.; ferner COING (Fn. 8), 47 ff. zur germanischen Treuhand, die sich zum Trust entwickelte.

³⁰⁹ So SCHNITZER (Fn. 2), 85 für das liechtensteinische Recht; ZOBL (Fn. 172), 17 ff.; COING (Fn. 8), 94 ff. Vgl. auch JÄGGI, ZSR 1954, 539a, der den Treugeber als Eigentümer betrachten will.

188. Ausgangspunkt einer dogmatischen Zuordnung des Treugutes im *Schweizer Recht* müssen die Lehrmeinungen – gesetzgeberische Aussagen fehlen nämlich – des Eigentums als absolutem Recht, des *numerus clausus* der dinglichen Rechte und der Bedeutung des Publizitätsprinzipes sein.³¹⁰ Diese Dogmen scheinen ein zweigeteiltes Eigentum auszuschliessen,³¹¹ und ihretwegen wird beispielsweise die Rezeption des Trust im Schweizer Recht für unmöglich gehalten.³¹²

Anzumerken ist immerhin, dass speziell das Prinzip des Eigentums als absolutes Recht und der damit verbundene *numerus clausus* der Sachenrechte erst im Code Civil und dabei eher aus – heute nicht mehr geltenden – politischen Überlegungen denn aus dogmatischer Überzeugung eingeführt wurden. Diese Prinzipien können denn auch vom Gesetzgeber ohne weiteres modifiziert werden, wie etwa die Einführung des Stockwerkeigentums zeigt.³¹³

189. Rechtstatsächlich stellt das Treugut eine *separate Masse* dar, hat es doch der Treuhänder – anders als sein übriges Vermögen – im Interesse des Treugebers (oder des Begünstigten) zu verwalten.³¹⁴ Zu entscheiden ist damit, ob *Dogmen über Rechtstatsachen* gestellt werden sollen bzw. aus dogmatischen Überlegungen heraus eine sachenrechtliche Spezialregelung für dieses Sondergut verhindert werden soll.

190. Gegen eine *Überschätzung rein dogmatisch begründeter Lösungen* spricht, dass das deutsche Recht – sonst dogmatisch meist viel besser abgestützt als das pragmatisch ausgerichtete Schweizer Recht – das Treugut im Konkurs gerade anders behandelt als das Schweizer Recht.³¹⁵ Pointiert gesagt: allein der Umstand, dass eine Juristengeneration etwas aus dogmatischen Gründen nicht denken kann (oder will), ist noch lange kein Grund, die Entwicklung einer Konstruktion zu bremsen, für die aus wirtschaftlichen Gründen offenbar ein Bedürfnis besteht.

191. Zu beachten ist, dass sich ausserhalb des begrenzten Gebietes des Zivilrechts eine wirtschaftliche Betrachtungsweise durchgesetzt hat: So knüpft die Lex Friedrich an die Tatsache an, dass eine ausländische Person ein Schweizer Grundstück wirtschaftlich beherrscht; Banken sind gehalten, nicht nur den formellen (d.h. allenfalls treuhänderisch agierenden),

³¹⁰ Vgl. die Zusammenstellung bei SUPINO (Fn. 6), 123 ff.; ferner generell REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und des Eigentums*, Bern 1991, N 287 ff.

³¹¹ Vgl. dazu BGE 78 II 445, 451; BK-KRAMER, Art. 18 N 119 ff. (mit zahlreichen Verweisen); GUBLER (Fn. 5), 350a ff.; kritisch SCHNITZER (Fn. 2), 77 und (Fn. 1), 200, der zu Recht festhält, dass der *numerus clausus* der Sachenrechte eher eine Konstruktion der Rechtslehre als der Gesetzgebung ist. Vgl. auch Fn. 314.

³¹² Vgl. beispielsweise GUBLER (Fn. 5), 351a ff.

³¹³ Vgl. die Aussage von SCHNITZER in Fn. 311 oben, DERSELBE (Fn. 2), 74 ff.; ferner WIEGAND (Fn. 31), 572 ff.

³¹⁴ COING (Fn. 8), 3, 86, 95. Verschiedene Vermögensmassen existieren vor allem im Eheguterrecht, vgl. Art. 197/198 ZGB und insbesondere Art. 233 ZGB.

³¹⁵ Vgl. Rz. 103 und speziell WIEGAND (Fn. 31), 574 f. Immerhin ist anzufügen, dass die deutsche Lehre zugibt, dass die Behandlung des Treugutes dogmatisch kaum in befriedigender Weise erklärt werden kann, vgl. etwa KÖTZ (Fn. 183), 128.

sondern auch den wirtschaftlich berechtigten Vertragspartner zu eruieren;³¹⁶ im Bereich des Buchführungs- und Steuerrechts (Rz. 153 ff.) gilt ebenfalls eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, bei der der Treuhänder nur sehr bedingt als Eigentümer behandelt wird.

192. Vorliegend wird deshalb gestützt auf die Analyse der Behandlung des Treuguts in verschiedenen Spezialsituationen *folgende Ansicht vertreten*: Das Eigentum (bzw. die Gläubigerstellung) am Treugut gehen im Grundsatz auf den Treuhänder über. Nachdem aber gilt, dass

- (a) im internen Verhältnis das Treugut ein Sondervermögen darstellt (Rz. 76),
- (b) nach Art. 401 OR ein Aussonderungsrecht des Treugebers (bzw. des Begünstigten) im Konkurs des Treuhänders (und in der Zwangsvollstreckung gegen ihn) besteht (Rz. 100 ff., 125 f.),
- (c) sich Rechte Dritter teilweise nur auf das Treugut beziehen (Rz. 127 ff.) und
- (d) der Treugeber ein (wenn auch beschränktes) Folgerecht bei der unerlaubten Weiterveräußerung von Treugut hat (Rz. 138 ff.),

muss die rechtliche Zuständigkeit am Treugut dogmatisch so verstanden werden, dass neben dem formellen Eigentum des Treuhänders der Treugeber (bzw. der Begünstigte) ein *quasidenglisches Recht am Treugut* hat und das Treugut im *Eigentum des Treuhänders eine separate Masse darstellt*. Damit werden zwar die Dogmen der Absolutheit des Eigentums und des *numerus clausus* der dinglichen Rechte sowie der Publizitätsgrundsatz relativiert, aber um den (lohnenden) Preis, dass eine wirtschaftlich wünschenswerte Konstruktion ermöglicht wird.

Teil III: Securitization, Defeasance und Estate Planning als Einsatzmöglichkeiten der Treuhand

A. Allgemeines

193. Securitization, Defeasance und Estate Planning sind drei Bereiche, in denen Trusts im anglo-amerikanischen Rechtsbereich eingesetzt werden. In der Folge soll kurz untersucht werden, ob die *Treuhand*, wie sie vorstehend entwickelt wurde, *in diesen Bereichen einsetzbar wäre*.

³¹⁶ Vgl. die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken 1992, insbesondere Art. 3.

B. Securitization

194. Bei der *Asset Securitization*³¹⁷ geht es darum, gewisse Aktiven (beispielsweise Debitoren) an einen speziellen Träger (nachfolgend «Special Purpose Vehicle» bzw. «SPV» genannt) zu veräussern, der den Kaufpreis für diese Aktiven dadurch finanziert, dass er Wertpapiere – meist Schuld papiere – emittiert, wobei die übertragenen Aktiven als Sicherheit für diese Papiere dienen. *Wirtschaftliches Resultat* ist, dass

- (a) ein Unternehmen leichter (bzw. günstiger) Geld aufnehmen kann – weil die Schuld papiere besonders besichert und vom Kreditrisiko dieses Unternehmens «abgekoppelt» sind;
- (b) dieses Unternehmen gleichzeitig die Bilanz bereinigen (dazu Rz. 199 ff.) und später fällig werdende Guthaben in sofort verfügbare Liquidität wandeln kann;³¹⁸
- (c) die übertragenen Aktiven allenfalls einfacher verwaltet werden können.³¹⁹

195. Denkbar ist es, das SPV als *Gesellschaft* (AG) oder als *Trust* zu organisieren. Der Trust wird dabei vor allem dort eingesetzt, wo dem Investor ein Beteiligungspapier mit erfolgsabhängigem Ertrag angeboten werden soll.³²⁰ Gegenüber einer gesellschaftsrechtlichen Form hat der Trust (oder die Treuhand) den Vorteil, dass die Aktiven und Passiven aus dem *Konsolidierungskreis* der die Securitization durchführenden Gesellschaft ausscheiden (Rz. 165).

196. Eine *zweite Trustkonstruktion* wird im allgemeinen eingesetzt, um die übertragenen Aktiven – soweit es sich um Forderungen handelt – weiterhin vom organisierenden Unternehmen verwalten bzw. eintreiben zu können, wobei dieses dann als Trustee für das SPV handelt.³²¹

197. Die hier vertretene Ausgestaltungsmöglichkeit der *Treuhand* erlaubt es, diese sowohl als SPV als auch im Rahmen der Einziehung von Forderungen einzusetzen: Die Aktiven werden im Rahmen einer *unwiderruflich ausgestalteten Treuhand* auf den Treuhänder übertragen, der die Ausgabe der Wertpapiere organisiert (im eigenen Namen oder über eine speziell organisierte Gesellschaft) und daraus den Kaufpreis begleicht. In der Treuhandvereinbarung wird ferner sichergestellt, dass (und wie) der Treuhänder den Erlös aus den Aktiven unter die Begünstigten – d.h. die Inhaber der Wertpapiere – verteilt. Dabei kann vorgesehen werden, dass, falls ein gewisser Minimalertrag pro Wertpapier überschritten wird, der

³¹⁷ Vgl. OERTLE, *Asset Securitization in der Schweiz*, SZW 1993, 153 ff.; BAUMS, *Asset-Backed Finanzierungen im deutschen Wirtschaftsrecht*, WM 1993, 1 ff.

³¹⁸ BAUMS (Fn. 317), 3.

³¹⁹ OERTLE (Fn. 317), 155.

³²⁰ So wenigstens OERTLE (Fn. 317), 156.

³²¹ ELLAND-GOLDSMITH, *Le Trust: ses emplois bancaires et financiers*, Bull. Joly 1991, 69 ff., 71.

Überschuss an den Treugeber zu überweisen ist. Schliesslich kann im Rahmen eines zweiten Treuhandverhältnisses, in dem der Treuhänder nun zum Treugeber wird, abgemacht werden, dass das Eintreiben von Forderungen nach aussen weiterhin durch das Unternehmen geschehen soll.³²²

198. Unter dieser Konstruktion erhalten die Begünstigten (bzw. die Begünstigten der Wertpapiere) ein auf den Inhalt ihrer Wertquote limitiertes *direktes Forderungsrecht gegen den Treuhänder*; der Treuhänder haftet dabei im Grundsatz persönlich für die Erfüllung der Ansprüche mit, wobei gerade bei der Securitization denkbar ist, dass die Haftung explizit auf das Treugut beschränkt wird (Rz. 130).

C. Defeasance

199. Bei der Defeasance, einer vor allem in den USA und Grossbritannien, in neuerer Zeit aber auch in Frankreich und der Schweiz³²³ verwendeten Technik geht es darum, Passiven und für die Bedienung dieser Passiven notwendige Aktiven auf einen Treuhänder, Trust oder ein selbständiges Unternehmen zu übertragen, um diese Posten aus der Bilanz zu entfernen bzw. die *Bilanz entsprechend zu bereinigen*.³²⁴ Zusätzlich kann es auch darum gehen, Kredite oder Obligationendarlehen im Effekt vorzeitig zurückzuzahlen; denkbar sind schliesslich steuerliche Überlegungen, werden doch auf den transferierten Aktiven oft stille Reserven realisiert.

200. Analog zur Rechtslage in Deutschland³²⁵ – und vorausgesetzt, die Treuhand wird im Sinne dieses Beitrages verstanden – kann hierzulande für eine Defeasance ein Treuhänder eingesetzt werden. Gegenüber der Lösung der Übertragung auf eine Tochtergesellschaft hat dessen Einschaltung³²⁶ vor allem den Vorteil, dass nach der Übertragung der Aktiven und Passiven diese auch aus dem Konsolidierungskreis des Unternehmens

³²² Gegenüber Dritten (beispielsweise im Konkurs des Unternehmens) ist allerdings fraglich, ob einer solchen Konstruktion wirklich Rechtswirkung zukommen kann. So sagt etwa Art. 3 Abs. 3 des *luxemburgischen Règlement relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit* vom 19. Juli 1983: «Le contrat fiduciaire ne peut pas conférer au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciant.»

³²³ Die Berner Kantonalbank hat ihre mit besonderen Verlustrisiken belasteten Aktiven auf eine neugegründete Gesellschaft, die Dezennium Finanz AG übertragen, dies mit dem Auftrag, diese Aktiven innerhalb von 10 Jahren zu liquidieren; vgl. hierzu die Darstellung bei ZIMMERLI, *Bedeutung und Zukunft der Kantonalbanken*, Berner Tage für die juristische Praxis 1993, Bern 1994, 63 ff., 74. Anders als bei der «normalen» Defeasance ging es hier also primär um die Übertragung von Aktiven.

³²⁴ Vgl. ROHLFING/WOITOK, *Defeasance – Perspektiven einer Schuldausgliederungstechnik*, RIW 1994, 389 ff.

³²⁵ Vgl. ROHLFING/WOITOK (Fn. 324), 389.

³²⁶ Denkbar ist, dass der Treuhänder selber eine Gesellschaft gründet.

ausscheiden. Die *Elemente der Treuhandvereinbarung* würden etwa folgendermassen lauten:

- (a) Übertragung der Schulden – entweder im Rahmen von Art. 181 OR oder als kumulative Schuldübernahme – auf den Treuhänder, dies unter gleichzeitiger Transferierung eines entsprechenden Aktivenpools;
- (b) Unwiderrufbarkeit der Treuhand bis zur Bezahlung aller Schulden;
- (c) Rücktransferierung eines allfälligen Überschusses an den Treugeber;
- (d) Kostenregelung.

201. Analog zu den allgemeinen Regeln kann die Errichtung der Treuhand allenfalls *paulianisch* angefochten werden (Rz. 92).

202. *Buchhalterisch* «verschwinden» die übertragenen Aktiven und Passiven aus der Bilanz des Unternehmens mit Übertragung des Treugutes (Rz. 165). *Steuerlich* wäre zu wünschen, dass der Schweizer Fiskus (a) die so ausgestaltete unwiderrufliche Treuhand vermögenssteuermässig als separates Subjekt behandeln würde,³²⁷ (b) Einkommen auf den Aktiven nach Rz. 170 beim Treuhänder besteuern, dafür (c) auf den transferierten Aktiven eine Realisation annehmen würde, wenn auf diesen stille Reserven bestehen und (d) konsequenterweise eine allfällige Schlusszahlung als Einkommen des Treugebers behandeln würde.

D. Estate Planning

203. Im Rahmen des Estate Planning³²⁸ fragt sich jeweils, welche Konstruktion einer natürlichen Person für die *Vermögensanlage* und die *Erb-schaftsplanung* empfohlen werden kann.

204. Allgemein gesprochen beeinflussen folgende *Faktoren die Wahl zwischen einem Erbvertrag, einem Testament, einem Trust, einer Stiftung oder der Einbringung von Vermögenswerten* in eine Gesellschaft: (i) Flexibilität und Stabilität der Konstruktion, (ii) Vertrautheit des Kunden mit einer Rechtsform, (iii) Kosten (die beispielsweise auch durch eine Buchführungspflicht beeinflusst werden), (iv) Eigentumsverhältnisse, (v) notwendige Dauer, (vi) gerichtliche Zuständigkeit, (vii) Vertraulichkeit und (viii) Risiko der Beschlagnahme und anderer staatlicher Akte.

205. Nach dem *bisherigen Verständnis* der Treuhand war diese für eine taugliche Nachlassplanung nicht einsetzbar, dies insbesondere wegen ihrer mangelnden Stabilität, konnten sie doch Erben (auch wenn sie keinen Pflichtteilsschutz hatten) jederzeit widerrufen. Auch die Ungewissheit des

³²⁷ Da sich Aktiven und Passiven die Waage halten, ist das allerdings von geringer Bedeutung.

³²⁸ Dazu allgemein BUSCHOR, *Nachlassplanung («estate planning») nach schweizerischem internationalen Erbrecht*, Diss. ZH 1994.

Schicksals des Treugutes im Konkurs des Treuhänders und bei dessen Tod machte die Treuhand wenig attraktiv.

206. Nachdem nach der hier vertretenen Ansicht diese Nachteile nicht bestehen, kann die *Treuhand die Stelle des Trust im Estate Planning einnehmen*. Für hiesige Verhältnisse dürften Kostenüberlegungen und das Element der Vertrautheit die Treuhand sogar zu einer dem Trust überlegenen Konstruktion machen. Die mangelnde öffentliche Aufsicht über den Treuhänder macht es allerdings nötig, dass Kautelen im Treuhandvertrag eingebaut werden. Zu denken ist etwa – wie gezeigt – an Klauseln über die Ersetzung des Treuhänders, die Einsetzung einer privatrechtlichen Aufsicht und das allfällige Statuieren von Resolutivbedingungen.³²⁹

207. Die (unwiderrufbar ausgestaltete) Treuhand kann *unter Lebenden* oder *von Todes wegen errichtet werden* (vgl. Rz. 83 zur Form). Betreffend Pflichtteilsschutz muss bei der Errichtung unter Lebenden m.E. gelten, dass die Regeln über die Herabsetzung der Schenkung (unter Berücksichtigung der Ausgleichung, falls Erben begünstigt sind) gelten müssen, Art. 82 und 527 Ziff. 3 ZGB.³³⁰

Teil IV: Zusammenfassung

A. Erkenntnisse im Bereich der Treuhand

208. Die vorliegend gezogenen Erkenntnisse zur Treuhand lassen sich folgendermassen zusammenfassen:

209. Das *pactum fiduciae* ist ein Vertrag sui generis, auf den bei der Verwaltungstreuhand Auftragsrecht (teilweise auch Hinterlegungsvertragsrecht, Rz. 13) mit folgenden Modifikationen anzuwenden ist: Der Treugeber kann rechtsgültig auf sein Weisungsrecht und auf sein Recht, das *pactum fiduciae* jederzeit zu widerrufen, verzichten. Art. 397 und 404 OR sind also (zumindest) im Treuhandrecht nicht zwingend. Vorbehalten ist ein Kündigungsrecht bei Vorliegen wichtiger Gründe. Kautelarjuristisch ist es möglich, auch dieses Recht wegzubedingen, falls dafür einer Instanz das Recht zugestanden wird, den Treuhänder auszuwechseln (Rz. 81).

210. Der Treuhänder *erwirbt Eigentum* am Treugut (Rz. 192); dieses bildet in dessen Eigentum aber eine *separate Masse*, bzw. ein *Sondervermögen* (Rz. 76 zum internen, Rz. 123 ff. zum externen Verhältnis), auf das

³²⁹ Vgl. zur vergleichbaren Problematik bei Familienstiftungen RIEMER, Syst. Teil N 115 ff.

³³⁰ Vgl. zur Anfechtung bei Errichtung einer Stiftung BK-RIEMER, Art. 82 N 14 ff.; PIOTET, *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. IV/1, Basel 1978, 445 zur Anwendung von Art. 527 auf Stiftungen und 476 f. zur Frage, gegen wen sich die Klage zu richten hat.

Dritte nur einen beschränkten Zugriff haben, indem Drittgläubigern bei Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen das Treugut meist das Aussonderungsrecht des Treugebers entgegensteht und Drittschuldner des Treuhänders bei treuhänderisch gehaltenen Forderungen Einreden nur dann erheben können, wenn ihnen der Treuhandcharakter unbekannt war oder sich die Einreden auf das Treugut beziehen (Rz. 127 ff.).

211. Anders gesagt hält der Treugeber (bzw. der Begünstigte) insofern eine *quasid dingliche Stellung* inne, als er im Konkurs des Treuhänders (oder bei Vollstreckungsmassnahmen gegen ihn) ein Aussonderungsrecht hat und (indirekt) das unberechtigt weiterveräusserte Treugut vom nicht gutgläubigen Dritten zurückfordern kann (Rz. 102 ff., 139 ff.).

212. Um der Tatsache, dass diese Eigentümerstellung des Treuhänders beschränkt ist, Rechnung zu tragen, ist das Treugut beim *buchführungspflichtigen Treuhänder* nicht zu aktivieren und ist im *Steuerrecht* der Treugeber vermögenssteuermässig als Eigentümer zu behandeln (Rz. 155 ff.).

213. Durch eine *unwiderruflich ausgestaltete Treuhand* kann der Treugeber eine trust- oder stiftungsähnliche Einrichtung (unselbständige Stiftung oder Stiftungstreuhand) schaffen; diesfalls stehen die Rechte des Treugebers (andere Abmachungen vorbehalten) dem oder den Begünstigten zu (Rz. 77 ff.). Grenzen in der Errichtbarkeit der unwiderruflichen Treuhand finden sich in Art. 335 Abs. 2 und 488 Abs. 2 ZGB, allenfalls auch in Art. 749 Abs. 2 ZGB.

214. Wird die Treuhand trustähnlich ausgestaltet, besteht der *Hauptunterschied zum Trustrecht* darin, dass dort eine öffentliche Aufsicht besteht. Denkbar und empfehlenswert ist es daher, im Bereich der Treuhand durch Bestellung einer beaufsichtigenden Instanz eine private Aufsicht zu schaffen (Rz. 30).

215. *Gesetzgeberische Aktivität* in Richtung der Schaffung eines Treuhandrechts hätte nur den Sinn, dass diejenigen Elemente, die vorliegend durch eine der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und eines Teils der Lehre widersprechenden Auslegung gewonnen wurden, autoritativ festgeschrieben würden und damit die Rechtsunsicherheit, die für den praktischen Einsatz Gift darstellt, beseitigt würde.³³¹

216. Mit oder ohne gesetzliche Regelung stellen sich hohe Anforderungen an die *kautelarjuristische Ausgestaltung der Treuhandvereinbarung*, die mögliche Hürden schon im vornherein beseitigen muss. Neben der Schaffung einer privatrechtlichen Aufsicht (Rz. 30) und der Regelung

³³¹ Vgl. das Projekt bei GIOVANOLI (Fn. 185), 224 ff., das sich allerdings nur auf Treuhandverhältnisse bezieht, bei denen ein beaufsichtigter Finanzintermediär (Banken, Effektenhändler, allenfalls Vermögensverwalter) Treuhänder ist. Vgl. ferner zur Frage, ob gesetzgeberische Aktivität sinnvoll sei, die Diskussionsvoten auf S. 240 ff. daselbst.

einer Ersetzung des Trustee ist vor allem auch an die Möglichkeit der Statuierung von Resolutivbedingungen zu denken (Rz. 114 ff., 149 ff.).

B. Rezeption des Trust?

217. Die herrschende Lehre steht einer Rezeption des Trust negativ gegenüber, letztlich aufgrund dogmatischer Bedenken.³³² Nachdem nach der vorliegend vertretenen Ansicht mittels der Treuhand trustähnliche Konstruktionen auch hierzulande möglich sind, rückt die Frage der Rezeption so oder anders in den Hintergrund.

218. Sollte der Gesetzgeber dennoch aktiv werden wollen, sollte folgende «Prioritätenliste» gelten:

- (a) Päzisierungen auf dem Gebiet des Treuhandrechts (Rz. 215);
- (b) Ratifizierung des HÜK, um den Trust (und die schweizerische Treuhand) internationalprivatrechtlich auf eine sichere Basis zu stellen;
- (c) Rezeption des Trust.

Ohne dass hier auf die Details näher eingegangen werden kann, scheint m.E. der erfolgversprechendste Weg darin zu bestehen, Art. 335 ZGB zu modifizieren bzw. Familienstiftungen in einem erweiterten Ausmass zulassen, indem die Zweckbegrenzung gelockert wird. Damit wäre zwar nicht der Trust rezipiert, wohl aber eine (neben der Treuhand) valable Alternative zum Trust geschaffen, dies mit dem Vorteil, dass unser Recht auf bekannte Institutionen zurückgreifen könnte und die sachenrechtliche Ordnung nicht über das vorliegend Vertretene strapaziert würde.

³³² Vgl. REYMOND (Fn. 5), 209a ff.; GUBLER (Fn. 5), 350a f.; vgl. auch die Zusammenstellung bei SUPINO (Fn. 6), 143 ff.