

dung zwischen Privat- und höher besteuertem Betriebsvermögen kann jedoch dann dahinstehen, wenn im Ausland eine im Inland anrechenbare Steuer erhoben wird und das ausländische Steuerniveau über dem des Inlands liegt. Die bei Erbanfall- und Nachlasssteuern mögliche Anrechnung führt zu einem Hochschleusen auf das jeweils höhere Steuerniveau. Da in diesem Fall der effektive ausländische Steuertarif maßgebend ist, kann die vorteilhafte Besteuerung von Betriebsvermögen keine Wirkung mehr entfalten. Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich gleichwohl aus den Abgrenzungskriterien zwischen In- und Auslandsvermögen. Da hierbei auf die ertragsteuerliche Zugehörigkeit der Auslandsanteile abgestellt wird, können die Steuerprivilegien inländischen Betriebsvermögens durch Einbringung in ein solches erlangt werden.

Entscheidend für die effektive Steuerbelastung ist weiter die Rechtsform der inländischen Einheit. Hier erweist sich die Kapitalgesellschaft nicht nur aufgrund ihrer Abschirmwirkung gegenüber der ausländischen Steuerrechtsordnung als vorteilhaft, sie eröffnet im Rahmen der Anteilsbewertung weitere Gestaltungsspielräume. Es bleibt festzuhalten, dass das Stuttgarter Verfahren zu einer erheblichen Unterbewertung führen kann, die bei entsprechender Beteiligungsgestaltung (Beteiligung $\leq 50\%$) ggf. sogar sowohl für die in- als auch die ausländische Kapitalgesellschaft ausgenutzt werden kann.

Folgende Übersicht fasst die Steuerfolgen noch einmal zusammen:

	Anteil im Privatvermögen	Anteil im Betriebsvermögen einer natürlichen Person (EU/PersGes)	Anteil im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft
beschränkte Steuerpflicht im Ausland	möglich	möglich	nur im Ausnahmefall möglich
Bewertung im Inland	Börsenkurs, Verkaufspreis oder Stuttgarter Verfahren	Börsenkurs, Verkaufspreis oder Stuttgarter Verfahren	mittelbare Bewertung über Inlandsbeteiligung, doppelte Anwendung des Stuttgarter Verfahrens nur bei Fieglbewertung
	weder Freibetrag noch Bewertungsabschlag nach § 13a ErbStG	Freibetrag und Bewertungsabschlag nach § 13a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 ErbStG	mittelbar Freibetrag und Bewertungsabschlag nach § 13a Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 ErbStG
Besteuerung im Inland	keine Tarifbegrenzung nach § 19a ErbStG; Anrechnung ausländischer Steuern nach § 21 ErbStG	Tarifbegrenzung nach § 19a Abs. 2 Nr. 1 ErbStG (unabhängig von Beteiligungshöhe); Anrechnung ausländischer Steuern nach § 21 ErbStG (ggf. Anrechnungsübergang wg. Tarifbegrenzung im Inland)	Tarifbegrenzung nach § 19a Abs. 2 Nr. 3 ErbStG, sofern Beteiligung an inländischer Kapitalgesellschaft $> 25\%$

Trusts und gespaltenes Eigentum

Von Dr. Hanspeter Daragan*

Trusts lassen sich in der internationalen Vermögensplanung mit gutem Erfolg einsetzen – allerdings nicht, wenn deutsches Vermögen betroffen ist. Dann erweist sich das unreflektiert wiederholte Argument als hinderlich, die für einen Trust charakteristische Spaltung des Eigentums sei mit dem Eigentumsbegriff des deutschen Rechts unvereinbar. Deshalb könne ein Vermögensgegenstand, für den deutsches Sachenrecht i. w. S. gilt, nicht Gegenstand eines Trusts sein. In der Praxis lässt sich das Problem lösen, indem man dem Trust eine Kapitalgesellschaft vorschaltet, deren internationale Handlungsfähigkeit außer Frage steht. Aber damit sind zusätzliche Mühen und Kosten verbunden. Der folgende Beitrag zeigt anhand der Trusts des englischen Rechts, dass es in bestimmten Fällen auch den direkten Weg in den Trust gibt.

1. Vorbemerkung

Im deutschen Schrifttum zum Trust englischen Rechts, um den es hier schwerpunktmäßig geht¹, findet sich, nachgerade als

Gemeinplatz, die Aussage: Das verbindende Element aller Trustformen ist die dem deutschen Recht *fremde Aufspaltung des umfassenden Eigentums an einem Gegenstand in zwei voneinander unabhängige Rechte*, demzufolge der Trustee als „legal owner“ rechtlich Volleigentum am Trustvermögen erhält, obwohl er durch das „billige Recht“ zugunsten der Beneficiaries – den Inhabern des „equitable title“ gebunden ist². Diese – vertikale – Spaltung des Eigentums³ sei mit dem einheitlichen Eigentumsbegriff des deutschen⁴ Rechts unvereinbar. Deshalb könnten Sachen und Rechte, für die deutsches Sachenrecht gilt, nicht in einen Trust eingebracht werden – oder genauer gesagt, nicht an den Trustee eines Trusts übereignet oder abgetreten werden⁵. Aus den gleichen Erwägungen wird einem deutschen Erblasser verweigert, einen Nachlasstrust wirksam zu gründen. Der Trust schlägt also fehl. An seine Stelle treten im Wege der „Übersetzung“ deutsche Rechtsfiguren wie ein Treuhandverhältnis bei einem lebzeitigen Trust, die Testamentsvollstreckung oder eine Vor- und Nacherbschaft bei einem testamentarischen Trust⁶.

* Dr. Hanspeter Daragan, RA/FASr, Bremen. – Herrn Solicitor John E. Rhodes, LLB (Umbricht Rechtsanwälte, Zürich) danke ich für die freundliche Durchsicht des Manuskripts.

1 Dazu werden benutzt: *Hanbury & Martin*, Modern Equity, 15. Aufl., 1997; *Hayton*, The Law of Trusts, 3. Aufl., 1998; *Hayton & Marshall*, Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies, 10. Aufl.; *Moffat*, Trusts Law, 4. Aufl. 2005; *Pettit*, Equity and the Law of Trusts, 8. Aufl. 1997; *Todd/Lowrie*, Trusts, 5. Aufl. 2000. Rechtsvergleichend *Lupoi*, Trusts: a Comparative Study, 2000.

2 Zit. nach *Winkler*, Die steuerl. Subjektqualifikation des Private Express Trust, 2001, S. 2; ebenso der BGH v. 13. 6. 1984, RIW 1985, 154; ebenso LG München v. 6. 5. 1999, 6 HKO 10773/97, IPrax 2001, 459 m. Anm. *Schurig*, IPrax 2001, 446.

3 Das deutsche Recht kennt nur eine horizontale Spaltung des Eigentums beim Eigentum nach Bruchteilen und zur gesamten Hand.

4 Es handelt sich um ein kontinentaleuropäisches Phänomen, vgl. dazu die Länderberichte in: *Hayton/Kortmann/Verhagen*, Principles of European Trust Law, 1999 (zu Frankreich vgl. *Rémy*, S. 131; zu Spanien vgl. *Borrás/González Beilfuss*, S. 159; zu den Niederlanden *Kortmann/Verhagen*, S. 195).

5 Ein Trust ist nicht rechtsfähig und kann kein Eigentum erwerben: *Hayton & Marshall* (Fn. 1), S. 5.

Aber wie so oft im Leben ist es auch hier so einfach nicht: Das deutsche Verständnis der Sache ist schon richtig, nur nicht in seiner Allgemeinheit. Denn im Recht der Trusts gilt der Satz: Die Variabilität des Trusts vereitelt den Versuch, das durch einen Trust begründete Bündel von Rechtsverhältnissen einheitlich für alle Fälle zu beurteilen⁷. Deshalb soll im Folgenden gezeigt werden, bei welchen Trusts es zu dieser Spaltung des Eigentums kommen kann und bei welchen nicht.

2. Typologie der Trusts

Nach dem Entstehungsgrund lassen sich *rechtsgeschäftliche und gesetzliche Trusts* unterscheiden. In die erste Gruppe gehört der *private express trust*. Er entsteht durch Rechtsgeschäft, durch den in eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung umgesetzten Willen einer Person oder mehrerer Personen, einen Trust zu gründen, verbunden mit der Übertragung des Trustvermögens⁸. Gesetzliche Trusts sind die *imputed trusts*⁹ mit ihren Untergruppen der *resulting trusts* und der *constructive trusts*¹⁰. Der erste dient dazu, einen fehlgeschlagenen express trust rückabzuwickeln, der zweite dazu, demjenigen die Pflichten eines Trustees aufzuerlegen, der einen Gegenstand aus dem Trustvermögen „trustbelastet“ erlangt hat.

Ein express trust ist in der Regel ein Dreipersonenverhältnis. Daran beteiligt sind der *Gründer des Trusts (settlor)* und der *Verwalter des Trustvermögens (trustee)*, die den Trust vereinbaren. Der Trustee verwaltet das Trustvermögen auf Rechnung eines oder mehrerer *Begünstigter*, der *cestuis que trust* oder, in modernerer Sprache, der *beneficiaries*. Zu ihnen kann auch der Gründer gehören. Sonst hat er keinerlei Rechte an dem Trustvermögen¹¹. Denn ein express trust ist unwiderruflich (irrevocable), sofern sich der Gründer einen Widerruf nicht vorbehalten hat.

Bei einem express trust stehen dem Trustee die Rechte am Trustvermögen zu, die der Gründer auf ihn übertragen hat. Das können Rechte nach common law sein oder nach equity law. Wenn der Gründer des Trusts an einem Gegenstand nur ein equitable interest hat, kann der Trustee daran kein legal interest erwerben. Schon deshalb ist die Aussage zumindest ungenau, für „den“ Trust sei die Spaltung der Eigentumsrechte in legal ownership und equitable ownership kennzeichnend.

Ein express trust kann auch durch eine *Trusterklärung (declaration of trust)* entstehen¹², indem der Eigentümer eines Vermögensgegenstands erklärt, den Gegenstand ab jetzt zugunsten eines oder mehrerer Begünstigter zu halten. Das macht ihn zum Trustee mit der Folge, dass er sein Eigentum nicht mehr für eigene Rechnung verwaltet, sondern für Rechnung der Begünstigten.

Für Trusts, mit denen private Zwecke verfolgt werden, gilt, von Anomalien abgesehen¹³, das *Begünstigtenprinzip (beneficiary principle)*: Der Trust muss einen oder mehrere Begünstigte haben, sonst ist er unwirksam¹⁴. Ein Trust ohne Begünstigte, mit

dem ein *abstrakt gehaltener Zweck* verfolgt wird (purpose trust¹⁵) ist nur zulässig, wenn der Zweck gemeinnützig¹⁶ (charitable) ist. Charitable trusts werden von der Charity Commission unterstützt und überwacht; die Rolle der fehlenden Begünstigten wird vom Attorney General übernommen, der gerichtlich durchsetzen kann, dass der Trustee seine Pflichten erfüllt¹⁷.

Andere Jurisdiktionen¹⁸, in Europa Jersey, kennen aufgrund ihrer Gesetzgebung¹⁹ auch *privatnützige purpose trusts*. Auch bei ihnen ist zwingend eine „*Stiftungsaufsicht*“ vorgesehen, allerdings nicht durch einen Amtsträger, sondern durch eine Privatperson, den enforcer²⁰. Seine Aufgaben werden vom Trustgründer bestimmt, sie reichen von einer Aufsicht über die Geschäftsführung des Trustees über Zustimmungsbefugnisse bis hin zu dem Recht, den Trustee durch einen anderen zu ersetzen.

Alles in allem entspricht ein purpose trust also einer *unselbstständigen (nicht rechtsfähigen) Stiftung des deutschen Rechts*, bei der – abweichend vom deutschen Recht – eine öffentliche Stiftungsaufsicht besteht, wenn der Trust „charitable“ ist.

3. Erscheinungsformen des express trust

Ein express trust kann unter Lebenden (*inter vivos*) gegründet werden oder von Todes wegen (*testamentary trust*). Der *lebzeitige Trust* entsteht, indem der Gründer Vermögen auf einen anderen „on trust“ überträgt, oder sich selbst für das Vermögen zum Trustee erklärt. Hinzutreten muss die Bestimmung eines Begünstigten oder einer Gruppe von Begünstigten (class of beneficiaries). Nicht erforderlich ist, dass im Zeitpunkt der Gründung des Trusts gesagt werden kann, wer zu der Gruppe gehört (class ascertainability test). Vielmehr genügt es, dass die Zugehörigkeit festgestellt werden kann, wenn jemand vor Gericht die Rechte eines Begünstigten geltend macht (individual ascertainability test)²¹. Begünstigter kann auch jemand sein, der noch nicht geboren ist²², d. h. die class of beneficiaries kann sehr weit gefasst sein.

Ein *letztwilliger Trust* entsteht durch Testament. Zumeist ist der Nachlassverwalter (executor) oder die Nachlassverwalterin (executrix), die der Erblasser eingesetzt hat, zugleich auch Trustee. Dann wird zunächst der Nachlass erbrechtlich abgewickelt und das, was nach Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten übrig bleibt, geht in den Trust; der executor-cum-trustee tauscht also, wie *Moffat*²³ anschaulich formuliert, seinen Hut als Nachlassverwalter gegen seinen Hut als Trustee. Nachlassverwaltung und Trust sind beide Tätigkeiten fiduziarischen Charakters. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass die legatees oder devisees kein equitable ownership an den Nachlassgegenständen haben, solange die Nachlassverwaltung andauert, sondern erst

14 There must be somebody in whose favour the court can decree performance (per Grant MR in *Morie v Bishop of Durham* (1805) 10 Ves 522; affg (1804) 9 Ves 399). Das Prinzip wurde mehrfach bestätigt: *Re Wood* [1949] Ch 598; *Re Astor's Settlement Trusts* [1952] Ch 534; *Re Endacott* [1960] 232, [1959] 3 All ER 1067, AC.

15 Zum purpose trust s. a. *Baxendale-Walker*, Purpose Trusts, 1999; *Matthews*, The New Trust: Obligations without Rights, in Oakley, Trends in Contemporary Trust Law, 1996, S. 1, 19 ff.; *Thomas*, Purpose Trusts, in *Glasson*, The International Trust, 2002, S. 237 ff.

16 Die Begriffe „charitable“ und „gemeinnützig“ überschneiden sich, sind aber nicht deckungsgleich.

17 *Moffat* (Fn. 1), S. 994 ff.; *Todd/Lowrie* (Fn. 1), S. 269.

18 Gesetze zum private purpose trust gibt es seit dem Ende der 90er Jahre. Modellcharakter haben die Cayman Islands mit ihrem Special Trusts – Alternative Regime (STAR).

19 Art. 2b, 12 Trust (Jersey) Law 1984 (TJL).

20 Art. 13 f TJL.

21 Dazu *Todd/Lowrie* (Fn. 1), S. 118 ff.

22 Sowohl der nasciturus wie der nondum conceptus.

23 (Fn. 1), S. 17.

6 Vgl. *Flick/Piltz*, Der Internat. Erbfall, 1999, S. 255 ff. In der Praxis wird dem Trust eine Kapitalgesellschaft vorgeschaltet, die Eigentum an deutschen Vermögensgegenständen erwerben kann.

7 Ebenfalls zit. nach *Winkler* (Fn. 2), S. 255.

8 *Todd/Lowrie* (Fn. 1), S. 80.

9 Die Terminologie ist uneinheitlich. Hier wird die Terminologie von *Moffat* (Fn. 1), S. 3 f., 22 ff. benutzt. Vgl. auch *Pettit* (Fn. 1), S. 59 ff.

10 Zu den gesetzlichen Trusts gehören auch die statutory trusts. Sie gibt es in verschiedenen Zusammenhängen, u. a. bei einer Intestaterbfolge. Der vom Gericht mit der Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses betraute administrator – oder die damit betraute administratrix – hält den Restnachlass, der nach Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten übrig bleibt, als trustee für die erbberechtigten Angehörigen des Erblassers: *Todd/Lowrie* (Fn. 1), S. 79.

11 *Hayton* (Fn. 1), S. 4.

12 *Hayton* (Fn. 1), S. 77.

13 Dazu *Pettit* (Fn. 1), S. 53 ff.

dann, wenn der Nachlassverwalter seinen Trustee-Hut aufgesetzt hat²⁴ – immer vorausgesetzt, der Trust ist so gestaltet, dass es equitable ownership an dem Trustvermögen überhaupt gibt.

4. Vom „use“ zum „trust“²⁵

Angefangen hat alles mit den uses. In den Anfängen, die sich in das 13. Jahrhundert datieren lassen, ging es um Rechte an Land. *Wilhelm der Eroberer* machte alles eroberte Land zu Eigentum der Krone, und das ist bis heute so geblieben²⁶. Ein „Untertan“ kann daran kein Eigentum erwerben, sondern nur *Nutzungsrechte (estates)*²⁷ unterschiedlichen Umfangs. Das umfassendste Nutzungsrecht, das freehold estate (fee simple absolute in possession), unterscheidet sich vom Eigentum nur dem Namen nach. Um nun in Zeiten des Feudalsystems zu verhindern, dass ein estate beim Tod des Inhabers an den Lord zurückfiel, der es gewährt hatte, oder um Abgaben (incidents) zu vermeiden, die im Erbfall erhoben wurden, bediente man sich der uses. Der Inhaber übertrug sein estate auf einen anderen, den feoffee to uses, der versprach, es nach den Weisungen des Übertragenden zu halten und zugunsten bestimmter Personen zu verwenden, der cestuis que use. Schon in den Anfängen ging es also um die Erhaltung von Vermögen in der Familie und die Vermeidung von Steuern.

Das verringerte Steueraufkommen fand die Missbilligung der Krone als Overlord. *Heinrich VIII.* versuchte Abhilfe zu schaffen, indem er 1535 das Statute of Uses durch das Parlament verabschieden ließ. Darin war bestimmt, dass der aus dem use Begünstigte Eigentümer des Trustvermögens nach common law wurde, sofern es sich um ein passives use handelte, bei dem der feoffee to uses keine Tätigkeit entfalten musste. Aber die Antwort der Praxis war das „use upon a use“, also zwei aufeinander folgende uses, so dass argumentiert werden konnte, das erste use sei zwar kraft Gesetzes vollzogen, das zweite aber nicht. Um 1700 wurde das zweite use von der Chancery nicht mehr use genannt, sondern trust, und als wirksam behandelt. Wie es dazu kam, ist ungeklärt. Aber der Trust hatte seinen Siegeszug begonnen.

Nun kam es vor, dass der feoffee to uses sein Versprechen nicht einhielt und das estate für eigene Zwecke missbrauchte. Dagegen bot das common law keine Abhilfe. Der feoffee to uses war unumschränkter Eigentümer des estate. Rechte an dem estate gab es für die Begünstigten nicht, sie hatten auch keine Ansprüche aus einem Vertrag (contract)²⁸ gegen den feoffee to uses. Einer der Gründe dafür war die *privity of contract doctrine*, wonach die Wirkungen eines Vertrags nur zwischen den Vertragsparteien eintreten. Den Vertrag zugunsten Dritter gibt es im englischen Recht erst seit dem Contracts (Right of Third Parties) Act 1999, so dass nunmehr der Vertrag eine Alternative zum Trust ist.

Das Ergebnis war für die Betroffenen unbefriedigend. Sie wandten sich daher an den König und baten ihn um Gerechtigkeit. Der König reichte die Petitionen an seinen Kanzler weiter, der damals kein Jurist war, sondern Theologe. Er lud die Beteiligten vor, und wenn er sich überzeugt hatte, dass der feoffee to uses sein Versprechen gebrochen hatte, appellierte er an dessen Gewissen²⁹ und zeigte ihm die ungünstigen Folgen seines Tuns in diesem und im kommenden Leben auf. Wenn das alles nichts fruchtete, half der Kanzler nach. Er gab dem gewissenlosen feoffee to uses Zeit zur Einkehr und Besinnung, indem er ihn ins Gefängnis werfen lies, bis er bereit war, die Anordnungen des Kanzlers zu beachten. Aus dieser Einzelfallabhilfe entstand im Laufe der Zeit ein selbständiger Gerichtshof, Court of Chancery genannt, und die Regeln der Moral, nach denen die ersten Kanzler entschieden, wurden zu Rechtsregeln³⁰. Im Zuge der Jus-

tizreform 1873 - 1875 wurden die beiden Gerichtszweige vereinigt, so dass seitdem alle Gerichte sowohl common law wie equity law anwenden. Aber die Vereinheitlichung betrifft nur das Verfahren. Materiell sind beide Rechtssysteme weiterhin getrennt: Nach einem berühmten Diktum fließen die beiden Ströme in demselben Kanal, aber sie fließen Seite an Seite und ihre Wasser vermischen sich nicht³¹.

5. Equity acts in personam

Regeln des equity law werden in sog. *Maximen* formuliert. Es handelt sich nicht um Rechtssätze, aus denen im Wege der Auslegung Entscheidungssätze gewonnen werden, sondern *Konzepte*, die das Equity-Denken charakterisieren³². Eine dieser Maximen lautet: Equity follows the law, womit u. a. das gemeint ist, was beschrieben wurde: Das equity law lässt das common law unangetastet. Was jemand nach common law hat, bleibt ihm unbenommen. Ihm wird „nur“ unter Androhung einer zeitlich unbegrenzten Freiheitsstrafe gesagt, wie er damit zu verfahren hat.

Mit diesen Pflichten korrespondieren *Rechte der Begünstigten*, die gerichtlich durchgesetzt werden können. Das findet seinen Ausdruck in der Maxime: Equity acts in personam – ergänze: and not in rem. Im Ausgangspunkt gab es im equity law keine Rechte an einer Sache oder an einem Recht. Der Begünstigte hat nur Rechte gegen den Trustee persönlich. Aber im Laufe der Zeit ist es dabei nicht geblieben³³.

Wenn ein Dritter Trustvermögen gegen den Willen des Trustees an sich bringt, kann nicht nur der Trustee als Eigentümer at law *Herausgabe verlangen*, sondern auch der Begünstigte in equity, allerdings nicht an sich, sondern an den Trustee³⁴. Ein Recht des Begünstigten auf *tracing* besteht auch dann, wenn der Dritte Trustvermögen ohne Gegenleistung erworben hat³⁵ oder bösgläubig war³⁶. Dann wird er zwar Eigentümer at law, aber belastet mit einer Herausgabepflicht – und bei Bösgläubigkeit zusätzlich mit den strengen Pflichten eines Trustees³⁷.

Es gilt das *Substitutionsprinzip*³⁸: Vermögen, das der Trustee mit Mitteln des Trust erwirbt, wird automatisch Trustvermögen, durch wie viele Stationen und in welcher Gestalt auch immer. Dem Begünstigten soll nicht ein Gegenstand erhalten bleiben, sondern ein Wert. Gläubiger des Trustees können auf das Trustvermögen nicht zugreifen, weder in einer Einzelvollstreckung noch in einer Insolvenz. Es gehört nicht zum Nachlass des Trustees, und bei der Vermögensauseinandersetzung im Zuge einer Ehescheidung wird es nicht berücksichtigt. Der Begünstigte des Trusts, der vorbehaltlos berechtigt ist (absolutely entitled) kann über seine Rechte verfügen. Er kann sie abtreten und verpfänden, er kann sie vererben. Und er kann, wenn er volljährig und geschäftsfähig ist, den Trust jederzeit beenden und das Trustvermögen herausverlangen, auch gegen den Willen des Trustgründers³⁹.

24 *Stamp Duties Comr (Queensland) v Livingston* [1965] AC 694.

25 Dazu eingehende Darstellungen in den in Fn. 1 genannten Lehrbüchern.

26 *Hayton* (Fn. 1), S. 10; *Megarry & Wade*, *The Law of Real Property*, 6. Aufl. 2000, S. 12 f.

27 In anderem Zusammenhang ist der Begriff des „estate“ gleichbedeutend mit Vermögen, im Erbrecht mit Nachlass.

28 Der contract ist ein Geschöpf des common law. Die Trustvereinbarung zwischen dem Gründer und dem Trustee ist daher auch heute noch kein contract. Dass ein moderner Trust Vertragselemente im technischen Sinn enthält, steht außer Frage.

29 Ob jemand gegen sein Gewissen (unconscionable) gehandelt hat, ist immer noch die entscheidende Frage. Davon hängt die Entstehung eines Trusts ab (per *Lord Browne-Wilkinson* in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington Borough Council* [1996] AC 669; dazu eingehend *Todd/Lowrie* (Fn. 1), S. 448 ff.

30 Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass das equity law nicht nur aus dem Recht der Trusts besteht.

31 Dazu *Hanbury & Martin* (Fn. 1), S. 20 ff.; *Hayton & Marshall* (Fn. 1), S. 11 f. – unter Hinweis auf ein gegenteiliges obiter dictum in einer Entscheidung des House of Lords.

32 *Todd/Lowrie* (Fn. 1), S. 14.

33 Zum Folgenden s. *Hayton* (Fn. 1), S. 4 f.

34 *Hayton & Marshall* (Fn. 1), S. 837.

35 Der unentgeltliche Erwerber ist auch im equity law ein Erwerber „minderen“ Rechts, vgl. § 822 BGB. Die dazu gehörende Maxime lautet: Equity will not assist a volunteer.

36 Trustfrei erwirbt nur der bona fide purchaser of the legal estate for value without notice: *Hanbury & Martin* (Fn. 1), S. 32.

37 *Westdeutsche v Islington* (Fn. 30).

38 Wir würden es Surrogationsprinzip nennen.

39 *Saunders v Vautier* (1841) 10 LJ Ch 354. Anders als das amerikanische Trustrecht kennt das englische Trustrecht daher keine spendthrift trusts. Seine Lösung entspricht § 137 Satz 1 BGB.

Die Rechte des Begünstigten auf Erhalt des Trustvermögens wirken im Ergebnis gegen jedermann, den bona-fide-Erwerber ausgenommen. Sie weisen daher ein wesentliches Charakteristikum des Eigentums auf. In den sechziger Jahren ist eine große Debatte darüber entstanden, wie sie zu qualifizieren sind, angestoßen durch die Frage, ob es richtig sei, ein Recht nur mit der Dichotomie von right in rem und right in personam zu erfassen. Wie so oft, wenn weder das eine noch das andere so richtig passt, ist vorgeschlagen worden, von einem Recht sui generis zu sprechen⁴⁰. Aber am überzeugendsten erscheint die auch uns geläufige Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis. Im Innenverhältnis, im Verhältnis zwischen Begünstigtem und Trustee handelt es sich um rights in personam, also um Forderungsrechte (equitable choses in action). Im Verhältnis zu Dritten, darunter der Steuerfiskus, handelt es sich um Rechte am Trustvermögen (equitable rights in rem)⁴¹. Aber wie auch immer, es gibt nun mal Entscheidungen, die in Rechtsstreiten zwischen Privaten von equitable ownership sprechen⁴². Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass es bei einigen der Trusts dieses Eigentum gibt⁴³.

6. Bei welchem Trust gibt es equitable ownership?

Wer nach common law der wirtschaftlich Berechtigte ist, hat ein einheitliches Eigentum, das alle Rechte enthält, die es an dem Gegenstand gibt. Ein equitable title entsteht nur unter besonderen Umständen⁴⁴, vorher gibt es ihn nicht. Solche Umstände finden sich im Recht der Trusts. Kommt es bei ihnen zu einer Trennung des legal title und des equitable title, dann treffen die Pflichten des Eigentums den Trustee als den Manager, die damit einhergehenden Rechte stehen hingegen dem Begünstigten zu. Der eine hat die Nachteile des Eigentums, der andere die Vorteile⁴⁵.

Da mit equitable ownership die Rechte eines Begünstigten am Trustvermögen umschrieben werden, versteht es sich von selbst, dass es solche Rechte nur geben kann, wenn es einen Begünstigten gibt. Das ist bei einem purpose trust nicht der Fall, gleichgültig ob er „charitable“ oder „private“ ist. Bei ihm gibt es nach einhelliger Meinung kein beneficial ownership⁴⁶. Hier gibt es nur das Eigentum des Trustees. Auch dann, wenn ein Begünstigter existiert, entsteht nicht zwangsläufig equitable ownership. Dann muss dem weiteren Erfordernis genügt sein, dass die Rechte der Begünstigten eine bestimmte Qualität haben. Es muss sich um Rechte handeln, die unentziehbar erworben (vested) sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie aktuell bestehen (in possession) oder erst künftig (in remainder). Es darf sich nur nicht

um bedingte Rechte (contingent interests) handeln, die der Begünstigte erst erwirbt, wenn die Bedingung eingetreten ist⁴⁷.

Diese Voraussetzungen sind bei einem fixed trust⁴⁸ erfüllt. Ist er ein express trust, sind der Kreis der Begünstigten und ihre Rechte in der Trusturkunde oder im Testament unabänderlich festgelegt, ist er ein gesetzlicher Trust, ergibt sich das von Rechts wegen. Dann stehen das Wer, das Wie viel und das Wann einer Zuwendung an die Begünstigten fest. So kann es auch bei einem discretionary trust sein, bei dem vor die Zuwendung an die Begünstigten eine Ermessensentscheidung des Trustee tritt. Sie macht das Recht der Begünstigten nicht zu einem bedingten Recht, wenn das Ermessen des Trustee darauf beschränkt ist, über das Wann zu entscheiden, und das Wer und das Wie viel feststehen. Der Trustee muss Kapital und Erträge spätestens dann verteilen, wenn der Trust endet. Dann liegt, in deutscher Sprechweise, eine Betagung vor, die einem Rechtserwerb nicht entgegensteht.

Aber bei einem modernen discretionary trust liegen die Dinge anders. Bei ihm wird dem Trustee nicht nur das Ermessen eingeräumt, darüber zu entscheiden, wann das Trustvermögen und seine Erträge verteilt werden. Dieser Trust ist mit einer power of appointment verbunden. Sie gibt dem Trustee das Recht, einen Begünstigten, der benannt ist oder zur class of beneficiaries gehört, nach freiem und gerichtlich nicht kontrollierbarem Ermessen durch einen anderen Begünstigten zu ersetzen. Sie gibt ihm auch das Recht, zusätzliche Begünstigte zu benennen und sie bei der Verteilung zu bevorzugen. Bei diesem Trust ist kein Begünstigter Eigentümer eines equitable interest, bevor der Trustee zu seinen Gunsten sein Ermessen ausgeübt hat⁴⁹. Oder wie Pettit mit britischem Understatement formuliert⁵⁰: „It is very difficult to explain where the equitable interest lies in the case of a discretionary trust.“ Bei diesem Trust gibt es nach ebenfalls einhelliger Meinung kein equitable ownership⁵¹. Auch die Frage kann sich nicht stellen, ob die Begünstigten nach der Regel in Saunders v. Vautier⁵² den Trust gemeinschaftlich vorzeitig beenden können, denn dafür müssen alle Begünstigten absolut berechtigt sein und zusammenwirken⁵³.

7. Zusammenfassung

Entgegen einer in Deutschland verbreiteten Meinung gibt es gespaltenes Eigentum nicht bei allen, sondern nur bei einigen Trusts. Dazu gehört ein fixed trust, bei dem die Begünstigten unentziehbare Rechte auf das Trustvermögen und seine Erträge haben. Dazu gehört ein discretionary trust, bei dem alle Begünstigten feststehen und ihre Rechte in gleicher Weise unabänderlich festgelegt sind. Aber bei einem modernen discretionary trust entscheidet der Trustee nicht nur über das Wann einer Zuwendung, sondern auch über das Ob und das Wie viel. Bei diesem Trust gibt es keine Rechte eines Begünstigten an Trustver-

40 Hanbury & Martin (Fn. 1), S. 19. Ebenso Pettit (Fn. 1), S. 77 und Moffat (Fn. 1), S. 238 – bei allen auch Darstellung der Diskussion und der Argumente.

41 Hayton & Marshall (Fn. 1), S. 14. Der EuGH war in der Sache Webb v Webb (v. 17. 5. 1994, C-294/92) mit der Frage befasst. Es ging um die Klage eines Vaters gegen seinen Sohn auf Übereignung einer Immobilie in Frankreich. Rechtsgrundlage war ein behaupteter resulting trust. Das englische Gericht wollte geklärt wissen, ob nach Art. 16 EuGVÜ 1968 die französischen Gerichte ausschließlich zuständig waren. Der EuGH folgte dem vorlegenden Gericht, das Recht eines Begünstigten gegen den Trustee auf Übereignung des Trustvermögens sei kein right in rem.

42 Nachw. bei Todd/Lowrie (Fn. 1), S. 23 ff.

43 Grundsätzlich ablehnend aus rechtsvergleichender Sicht Lupoi (Fn. 1): The splitting of ownership rights between trustee and beneficiary, and the existence of two ownership rights in the same asset („legal ownership“ and „equitable ownership“) represent misunderstandings which the time has now come to explain and overcome (S. 2, ausf. S. 185 ff.). Auch das deutsche Recht kennt schuldrechtliche Herausgabeansprüche, die nach § 771 ZPO gegen jedermann wirken.

44 Westdeutsche v Islington (Fn. 30), dazu eingehend Todd/Lowrie (Fn. 1), S. 448 ff.

45 Todd/Lowrie (Fn. 1), S. 15.

46 Hanbury & Martin (Fn. 1), S. 40.

47 Matthews/Sowden, The Jersey Law of Trusts, 3. Aufl. 1993, S. 39 zum common law.

48 Wenn der trustee keine Verwaltungsaufgaben hat, sondern das Trustvermögen nur bis zur Herausgabe an den Begünstigten halten muss, handelt es sich um einen bare trust.

49 Pettit (Fn. 1), S. 68; ferner S. 71, wo er unter Berufung auf die dort zitierten Gerichtsentscheidungen sagt: Perhaps the true view is that the beneficial interest is in suspense until the trustees exercise their discretion.

50 (Fn. 1), S. 71.

51 Zwei weitere Belege: Matthews/Sowden (Fn.), S. 40: The beauty of a discretionary trust is that it is impossible for a beneficiary to be said to own any definable part of the trust fund. Und Todd/Lowrie (Fn. 1), S. 118: As with mere powers, nobody who is an object can claim a defined interest, or indeed any interest at all, unless and until the trustees' discretion is exercised in his favour.

52 Fn. 43.

53 Dazu und zu den maßgeblichen Kriterien vgl. Pettit (Fn. 1), S. 72.

mögen, solange der Trustee sein Ermessen nicht zugunsten des Begünstigten ausgeübt hat. Bis dahin besteht, je nach Art des Trustgegenstandes, nur das Eigentum des Trustees nach common law oder nach equity law⁵⁴. Das Gleiche gilt für einen purpose trust, mit dem ein abstrakter Zweck verfolgt wird, mag er privatnützig oder gemeinnützig i. S. von „charitable“ sein.

54 Wie schon erwähnt, kann Gegenstand eines Trusts auch ein equitable interest sein. So kann der Begünstigte eines Trusts, der ein equitable interest hat, dieses Recht in einen weiten Trust einbringen, einen sog. sub-trust; vgl. dazu Todd/Lowrie (Fn 1), S. 47, 88. In einem solchen Fall kann es allenfalls gespaltenes Eigentum nach equity law geben.

Denn bei diesem Trust gibt es keine Begünstigten, denen ein beneficial interest oder equitable ownership am Trustvermögen zustehen könnte.

Das führt zu dem Schluss, dass auf einen modernen discretionary trust und auf einen purpose trust – oder genauer: auf den Trustee eines solchen Trusts –, bei denen es kein gespaltenes Eigentum gibt, auch die Gegenstände übertragen werden können, die dem deutsche Sachenrecht unterliegen, und zwar unter Lebenden wie von Todes wegen. Allerdings, welche Wirkungen ein solcher Trust gegenüber Dritten hat, insbesondere gegenüber Gläubigern des Trustgründers, ist eine andere Geschichte, die an dieser Stelle nicht erzählt werden kann.

Praxisforum

Das Schweizer Konto im Nachlass Deutscher

Von Niels Becker*

1. Einleitung

Der Finanzplatz Schweiz ist ein bevorzugtes Ziel für Investitionen aus Deutschland. Kommt es zum Erbfall, führt die *Kontoauflösung bzgl. der dort angelegten Gelder oder Wertpapiere* für die Erben oder deren Berater zu einigem Aufwand, da sich einige Besonderheiten sowohl in der praktischen Abwicklung mit dem ausländischen Geldinstitut als auch im Hinblick auf Besonderheiten des Schweizer Rechts ergeben.

Hinzu kommt, dass die Schweiz auch das Ziel von deutschem Kapital ist, das aus unversteuertem Einkommen stammt, sodass sich bei solchem „illegalen“, d. h. rechtswidrig im Inland unversteuertem, Auslandsvermögen für die Erben zusätzlich die Problematik der *Berichtigungspflicht unrichtiger Steuererklärungen des Erblassers nach § 153 Abs. 1 Satz 1, 2 AO* ergibt. Diese Berichtigungspflicht trifft insbesondere auch den Testamentsvollstrecker mit der entsprechenden Haftung im Fall des Versäumnisses, weshalb vorgeschlagen wird, dass der Nachlassplaner die Vollstreckung auf das inländische Vermögen beschränken kann, was die Problematik allerdings nur auf die Erben verlagert (Bonefeld, in: Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2005, Rn. 1248 f.).

Neben diesem steuerlichen Aspekt steht aber im Vordergrund, welche *Ansprüche der Erben gegenüber der schweizerischen Bank* bestehen und wie sie diese durchsetzen können. Daneben stellt sich die Frage, ob auch außerhalb des Erbgangs Verfügungen über die bei schweizerischen Banken angelegten Vermögenswerte möglich sind.

2. Ansprüche der Erben

2.1 Ermittlung des anwendbaren Rechts

Völlig außer Zweifel steht, dass die Erben als Rechtsnachfolger des Bankkunden in dessen Rechte auch im Hinblick auf die

Konten und Depots bei Schweizer Banken eintreten. Allerdings stellt sich zunächst die Frage, welches Recht hier Anwendung findet. Dabei sind zwei unterschiedliche Aspekte zu beachten: Zum einen muss das auf die *Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden* anwendbare Recht ermittelt werden. Davon unabhängig ist die Frage des auf den Nachlass anwendbaren *Erbstatuts*. Beide Aspekte müssen aus Sicht des schweizerischen Rechts geklärt werden, da die Erben Ansprüche gegen das im Ausland sitzende Geldinstitut ggf. dort geltend machen müssen, sodass nach dem lex fori-Grundsatz, die Ermittlung des anwendbaren Rechts nach dem schweizerischen IPR durchgeführt werden muss (Kroppholler, Internat. PrivatR, 3. Aufl. 1997, S. 106).

1) Bei der *vertraglichen Beziehung zwischen Bank und Kunden* wird die Verwaltung von Konten und Wertpapierdepots in der Schweiz dem Auftragsrecht gemäß Art. 394 ff. OR zugerechnet (BGE 96 II 145, 149). Bei Vertragsverhältnissen gilt im Hinblick auf das auf sie anwendbare Recht gemäß Art. 116 IPRG vorrangig eine *Rechtswahl*, die die Parteien getroffen haben. In der Praxis wird sich eine solche in der Regel in den AGB der Banken zugunsten des schweizerischen Rechts finden. Sollte eine Rechtswahl nicht vereinbart sein, gilt gleichwohl auch das schweizerische Recht. Dann ist gemäß Art. 117 Abs. 1 IPRG das *Recht des Ortes* anzuwenden, mit dem der Vertrag den engsten Zusammenhang aufweist. Dies ist gemäß Art. 117 Abs. 2, 3 IPRG dort, wo der Auftrag bzw. die Dienstleistung von der Bank ausgeführt wird, also in der Schweiz (so auch BGE 96 II 145, 149).

Bei bankvertraglichen Auftragsverhältnissen gilt nach dem schweizerischen Recht, dass mit dem *Tod des Kunden* das Vertragsverhältnis nicht erlischt, sondern fortbesteht. Die Erben treten in dieses ein (BGE 94 II 313, 316). Die Bank wird zur Beauftragung der Erben, selbst dann, wenn sie deren Identität (noch) nicht kennt. Sobald sie vom Tode des bisherigen Kontoinhabers erfährt, trifft sie eine gesteigerte Treue- und Sorgfaltspflicht (Wiegand, in: Nobel, Akt. Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 10/2001, 2002, S. 165, 175).

2) Die zweite Frage betrifft die Ermittlung des *Erbstatuts*. Das IPRG knüpft es grundsätzlich an das *Recht des Wohnsitzes des Erblassers* an, wobei einige Rechtswahlmöglichkeiten zugelassen werden (Lorenz, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internat.

* Niels Becker, RA/FAErBR/Abogado (Spanien), Mönchengladbach.