

**Sonderdruck aus**

**Innovatives Recht**

*Festschrift für Ivo Schwander*

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

---

Dominique Jakob / Peter Picht

**Das Haager Trust-  
Übereinkommen und seine  
Geltungseinschränkungen –  
ein Fass der Danaiden?**



---

# Das Haager Trust-Übereinkommen und seine Geltungseinschränkungen – ein Fass der Danaiden?

DOMINIQUE JAKOB / PETER PICTH

## Inhaltsübersicht

I.	Einführung	543
II.	Geschriebene und ungeschriebene Geltungseinschränkungen des trust-Statuts	545
	A. Art. 4 HTÜ	545
	B. Art. 16 HTÜ	548
	C. Art. 18 HTÜ	550
	D. Art. 15 HTÜ	552
	1. Art. 15 HTÜ als gefährlicher Kompromiss	552
	2. Der Anwendungsbereich der Vorschrift	553
	3. Vorliegen einer zwingenden Bestimmung i.S.v. Art. 15 HTÜ	553
	a) Disponibilität als formales Grundkriterium	555
	b) Ergänzung um eine inhaltlich-wertende Betrachtung	558
	c) Fazit	559
	E. Die «immanenten Beschränkungen» des HTÜ	560
III.	Fazit	561

## I. Einführung

Seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens (HTÜ)<sup>1</sup> für die Schweiz im Jahre 2007 ist der trust als Rechtsinstitut eigener Art vom Schweizer Recht anzuerkennen.<sup>2</sup> Insbesondere dürfen trusts also nicht mehr in Institute – namentlich Ge-

---

<sup>1</sup> Das Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung ist für die Schweiz am 1.7.2007 in Kraft getreten, SR 0.221.371. In Umsetzung des Übereinkommens hat der schweizerische Gesetzgeber auch das IPRG um die Art. 149a–d IPRG ergänzt.

<sup>2</sup> Vgl. zu den Folgen der Ratifikation des HTÜ etwa DOMINIQUE JAKOB/PETER PICTH, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung – Materielle rechtliche und international-privatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, in: AJP 2010, S. 855 ff.; PETER GUTZWILLER, Trusts für die Schweiz, in: Anwaltsrevue 2007, S. 156 ff.; STEPHAN WOLF (Hrsg.), Der Trust – Ein-

sellschaften oder Treuhandverhältnisse – des schweizerischen Rechts umgedeutet oder ohne weiteres den Normen des schweizerischen Rechts unterworfen werden. Vielmehr beurteilt sich jeder trust im Grundsatz nach demjenigen Recht, welches aus den Kollisionsregeln des HTÜ als für ihn massgeblich folgt (dem trust-Statut).<sup>3</sup> Dieser, vielfach als «Implantierung» bezeichnete<sup>4</sup> und auch von IVO SCHWANDER wissenschaftlich mit begleitete<sup>5</sup> Vorgang ist für die schweizerische Rechtsordnung von erheblicher Tragweite. Dies ergibt sich schon daraus, dass trusts bereits heute in der Schweiz bzw. von im Ausland lebenden Schweizern vielfach zur Vermögensgestaltung eingesetzt werden. Dabei kommen sie gerade in Gebieten wie dem Erb- oder Familienrecht zum Einsatz, die reich an (Schutz-)Wertungen sind, denen nicht nur die schweizerische Rechtsordnung einen hohen Rang einräumt. In einer Vielzahl von Konstellationen kann es hier, aber natürlich auch in anderen Einsatzbereichen des trust zu «Abstimmungsschwierigkeiten» kommen, weil ein trust-Verhältnis Rückwirkungen auf Fragen entfaltet, die vom Schweizer Recht (bzw. dem vom Schweizer Kollisionsrecht bezeichneten Recht) geregelt sind, zumal wenn solche Regelungen im Widerspruch zu Ausgestaltung und Wirkungen des jeweiligen trust stehen. Als zusätzliche Herausforderung stellt sich in solchen «Abstimmungsprozessen» die Unterschiedlichkeit der gegebenenfalls zur Anwendung berufenen trust-Rechte: Zwar lässt sich in gewissem Masse ein Grundmodell des trust skizzieren, das vor allem dem englischen Recht entstammt; trust-Rechte wie beispielsweise diejenigen Delawares, der Cayman Islands oder auch Liechtensteins haben sich von diesem Grundmodell aber so weit entfernt, dass es «den trust» nicht wirklich gibt und folglich auch nicht vorschnell Einheitsbeurteilungen für alle trust-Rechte und trust-Formen getroffen werden dürfen.

Schon bei der Schaffung des HTÜ wurden künftige Geltungskonflikte zwischen dem jeweiligen trust-Recht und einer hiervon abweichenden lex fori – bzw. einem nach

---

führung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens, Bern 2008.

- <sup>3</sup> Gem. Art. 6 HTÜ beurteilt sich der trust nach dem vom settlor gewählten Recht. Fehlt es an einer derartigen Rechtswahl, so gilt das Recht der «engsten Verbindung», wobei insbesondere der Verwaltungsort des trust, der Belegenheitsort von trust-Vermögen, der gewöhnliche Aufenthalt des trustee sowie die Zwecke des trust zur Bestimmung der engsten Verbindung herangezogen werden sollen.
- <sup>4</sup> Vgl. etwa NEDIM PETER VOGT, Trusts und schweizerisches Recht (das Haager Trust Übereinkommen und die neuen Art. 149a-e IPRG), in: *Anwaltsrevue* 2007, S. 199 ff.; DOMINIQUE JAKOB/DANIELLE GAUTHEY-LADNER, Die Implementierung des Haager Trust-Übereinkommens in der Schweiz, in: *IPRax* 2008, S. 453 ff.
- <sup>5</sup> IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. St. Gallen 1990, Rz. 427 ff.; DERS., Anspruchsidentität nach Übergang in einem Trust-Verhältnis. Urteil des Bundesgerichts vom 5. Oktober 2006, in: *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht* 2007, S. 108 ff.; DERS., Internationaler Konzern. Qualifikation eines Trusts. Durchgriff, in: *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 2000, S. 367 ff.

ihren Kollisionsregeln bestimmten Recht – in den Blick genommen; dies zumal, weil unter den Vertretern der Staaten ohne eigenes materielles trust-Recht durchaus Befürchtungen existierten, dass mithilfe des teilweise als fremdartig empfundenen Rechtsinstituts «trust» bedeutsame Wertungen ihrer nationalen Rechtsordnungen unterlaufen werden könnten. Das Übereinkommen enthält daher eine ganze Reihe von Regelungen zum Verhältnis zwischen dem jeweiligen trust-Statut und sonstigen in Betracht kommenden materiellen Rechten. Im Vordergrund stehen dabei Bestimmungen, welche die – mitunter teilweise – Geltung solcher anderer Rechte für Fragen sichern wollen, für die auch eine Anwendung des trust-Statuts denkbar wäre. Vornehmlich diese Bestimmungen (im Folgenden auch als Geltungseinschränkungen bezeichnet) sollen hier näher beleuchtet werden. So nachvollziehbar nämlich die ihnen zugrunde liegende Intention auf den ersten Blick erscheinen mag, so viele Zweifelsfragen werfen sie und ihre verschiedentlich unbefriedigende Ausgestaltung doch auch auf.

## **II. Geschriebene und ungeschriebene Geltungseinschränkungen des trust-Statuts**

### **A. Art. 4 HTÜ<sup>6</sup>**

Die Errichtung eines trust setzt in den allermeisten Fällen eine Übertragung von Vermögen durch einen settlor «in einen trust», d.h. eigentlich auf den trustee,<sup>7</sup> voraus.<sup>8</sup> Die Vermögensübertragung erfolgt entweder durch schenkungsähnliches Rechtsgeschäft sui generis unter Lebenden<sup>9</sup> oder von Todes wegen, insbesondere also durch Erbinsetzung oder Vermächtnis in Form eines Testaments oder eines Erbvertrages. Ergänzt wird dabei das entsprechende Rechtsgeschäft um die jeweils erforderlichen dinglichen Vollzugselemente (insbesondere Übergabe oder Grundbucheintragung).

---

<sup>6</sup> «Art. 4  
Das Übereinkommen ist nicht auf Vorfragen in Bezug auf die Gültigkeit von Testamenten oder anderen Rechtsgeschäften anzuwenden, durch die dem Trustee Vermögen übertragen wird.»

<sup>7</sup> Bekanntlich hält der trustee die übertragenen Gegenstände dann zwar als Vollrechtsinhaber, zugleich aber in einer Art treuhänderischer Bindung für die beneficiaries des trust. Das trust-Vermögen bildet beim trustee ein Sondervermögen, welches etwa dem Zugriff der Gläubiger des trustee prinzipiell entzogen ist.

<sup>8</sup> S. zum Ganzen nur THOMAS GERAIN/HUDSON ALASTAIR, *The Law of Trusts*, 2. Aufl. Oxford 2010, S. 43 ff.

<sup>9</sup> S. eingehend zur dogmatischen Qualifikation der Vermögensübertragung auf den trustee unter Lebenden JAKOB/PICHT (Fn. 2), S. 874 ff.

Art. 4 HTÜ sagt nun aus, dass «Vorfragen in Bezug auf die Gültigkeit» dieser vermögensübertragenden Rechtsgeschäfte<sup>10</sup> nicht nach dem trust-Statut zu beurteilen sind, sondern nach dem durch das jeweilige nationale Kollisionsrecht berufenen Statut. Richtigerweise wird man diesen Wortlaut<sup>11</sup> weit zu verstehen und Art. 4 HTÜ im Grundsatz all jene Aspekte des vermögensübertragenden Rechtsgeschäfts zu unterstellen haben, die für dieses Rechtsgeschäft auch dann von Belang wären, wenn es nicht im Zusammenhang mit einer trust-Errichtung vorgenommen würde.<sup>12</sup> Wichtige Beispiele sind die Formwirksamkeit sowie die Geschäftsfähigkeit, sofern sie nicht gerade die Einbringung in einen trust betreffen (dazu sogleich). Im Prinzip wird auch die Auslegung eines entsprechenden Rechtsgeschäftes zu den «Vorfragen» rechnen, soweit sie nicht trust-spezifische Fragen betrifft; Beispiel für einen solchen Auslegungsgegenstand wäre die Präzisierung der Vermögensgegenstände, die von der Übertragung erfasst sein sollen.

Rechtsgeschäftliche Tatbestände i.S.d. Art. 4 HTÜ können jedoch auch Gesichtspunkte aufweisen, die nur deswegen relevant sind, weil das zu übertragende Vermögen gerade in einen trust fallen soll. Immer wieder als Beispiel genannt<sup>13</sup> werden – auch im Hinblick auf Art. 8 Abs. 2 Bst. a HTÜ – besondere Anforderungen an eine Person, die als trustee fungieren soll, etwa hinsichtlich ihres Alters oder ihrer Staatsangehörigkeit. Aber auch trust-relevante Aussagen des Übertragungsrechtsgeschäfts – und ihre Auslegung – fallen in diese Kategorie, etwa wenn in einer letztwilligen Verfügung dem trustee Vorgaben über die Verwendung des trust-Vermögens gemacht werden. Solche trust-spezifischen Aspekte sollten nicht unter Art. 4 HTÜ gefasst werden, sondern dem trust-Statut unterstehen.<sup>14</sup> Denn ansonsten könnte eine sinnwidrige Aufspaltung entstehen, durch die manche Aspekte des trust-Verhältnisses nach einem anderen Recht zu beurteilen wären als nach dem trust-

---

<sup>10</sup> In den Konventionssprachen: «preliminary issues relating to the validity» / «questions préliminaires relatives à la validité».

<sup>11</sup> Bei der Interpretation des HTÜ ist stets zu beachten, dass das Übereinkommen autonom ausgelegt werden muss. «Autonom» bezeichnet dabei eine besondere Auslegungsperspektive, die sich von der Sichtweise der die Konvention jeweils anwendenden nationalen Rechtsordnung löst und für die Konvention stattdessen eigenständige Aussagegehalte entwickelt. Vgl. hierzu statt aller PETER MAX GUTZWILLER, Schweizerisches Internationales Trustrecht, Basel 2007, Rz. 64.

<sup>12</sup> DAVID HAYTON/PAUL MATTHEWS/CHARLES MITCHELL, Underhill and Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees, 17. Aufl. London 2006, Rz. 102.106.

<sup>13</sup> S. schon ALFRED VON OVERBECK, Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, in: International Legal Materials 1986, S. 593 ff., Rz. 59.

<sup>14</sup> So im Prinzip wohl auch die h.M., im Detail bestehen jedoch Unterschiede und Unschärfen; S. etwa GUTZWILLER (Fn. 11), Rz. 4-3 ff.; HAYTON/MATTHEWS/MITCHELL (Fn. 12), Rz. 102.104 ff.; EMMANUEL GAILLARD/DONALD TRAUTMAN, Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts, in: 35 American Journal of Comparative Law (1987), S. 307 ff., 331 ff. Aus Sicht des australischen Rechts (Australien ist Vertragsstaat des HTÜ) MARTIN DAVIES/ANDREW BELL/PAUL LE GAY BRERETON, Nygh's Conflict of Laws in Australia, 8. Aufl. Chatswood 2010, Rz. 34.19.

Statut. Zudem kann sich die Anwendung des trust-Statuts auf derartige Aspekte aus Art. 8 HTÜ ergeben,<sup>15</sup> wenn und weil sie beispielsweise die Gültigkeit, die Auslegung oder die Wirkungen des trust betreffen.

Rechtsgeschäft i.S.d. Art. 4 HTÜ ist nicht nur eine zeitlich vor dem Entstehen des trust erfolgende – und dieses Entstehen gegebenenfalls bewirkende – Vermögensübertragung. Vielmehr gilt die Vorschrift auch für die nachträgliche Einbringung von Vermögen in einen bereits bestehenden trust sowie nach herrschender und richtiger Auffassung<sup>16</sup> für Fälle, in denen der spätere trustee die betroffenen Vermögensgegenstände bereits vor der Entstehung des trust hält und sie dann durch eine so genannte declaration of trust<sup>17</sup> in das gleichfalls von ihm (in seiner Eigenschaft als trustee) gehaltene trust-Sondervermögen überträgt. Denn auch in diesen Fällen greift die ratio des Art. 4 HTÜ, wonach rechtsgeschäftliche Transaktionstatbestände nicht nach einem besonderen Recht beurteilt werden sollen, nur weil sie zur Einbringung des Vermögens in einen trust führen.

Im System der Einschränkungstatbestände für das trust-Statut betrifft Art. 4 HTÜ also gewissermassen «den Weg in das trust-Vermögen», den ein einzelner Vermögensgegenstand zurückzulegen hat. Unter Umständen fällt diese Phase mit der Phase der trust-Entstehung zusammen. Obgleich eine Art Vorwirkung des trust-Statuts auf die Phase der Vermögensübertragung denkbar gewesen wäre, geht Art. 4 HTÜ einen anderen Weg und nimmt lebzeitige und letztwillige Geschäfte zur Übertragung von Vermögenswerten in ein trust-Vermögen grundsätzlich aus dem Geltungsbereich des trust-Statuts heraus. Sofern nämlich eine Frage dem Art. 4 HTÜ unterfällt, ist die Konvention nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht anwendbar. Es

---

<sup>15</sup> «Art. 8  
Das in Artikel 6 oder 7 bestimmte Recht regelt die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung.  
Dieses Recht regelt insbesondere:  
a) die Ernennung, den Rücktritt und die Abberufung von Trustees, die Fähigkeit, als Trustee zu handeln, und die Übertragung der Aufgaben eines Trustees;  
b) die Rechte und Pflichten von Trustees untereinander;  
c) das Recht von Trustees, die Wahrnehmung ihrer Pflichten oder die Ausübung ihrer Befugnisse ganz oder teilweise zu übertragen;  
d) die Befugnis von Trustees, das Vermögen des Trusts zu verwalten, darüber zu verfügen, daran Sicherungsrechte zu begründen oder neues Vermögen zu erwerben;  
e) die Befugnisse von Trustees, Investitionen vorzunehmen;  
f) Beschränkungen in Bezug auf die Dauer des Trusts und in Bezug auf die Befugnis, aus den Einkünften des Trusts Rücklagen zu bilden;  
g) die Beziehungen zwischen den Trustees und den Begünstigten, einschliesslich der persönlichen Haftung der Trustees gegenüber den Begünstigten;  
h) die Änderung oder Beendigung des Trusts;  
i) die Verteilung des Vermögens des Trusts;  
j) die Verpflichtung von Trustees, über ihre Verwaltung Rechenschaft abzulegen.»

<sup>16</sup> GUTZWILLER (Fn. 11), Rz. 4–9; VON OVERBECK (Fn. 13), Rz. 57.

<sup>17</sup> S. eingehend zu dieser rechtlichen Konstruktion etwa THOMAS/HUDSON (Fn. 8), S. 127 ff.

greift also nicht das nach Art. 6 f. HTÜ zu bestimmende trust-Statut, sondern die nach den Kollisionsregeln der nationalen Rechtsordnung bestimmte Rechtsordnung (die sich freilich «zufällig» mit dem trust-Statut decken kann). Für eine (zusätzliche) Anwendung der Art. 15, 16 oder 18 HTÜ<sup>18</sup> ist bei Eingreifen des Art. 4 HTÜ kein Raum, weil das trust-Statut von vorneherein nicht gilt, so dass sich auch nicht die Frage nach seiner teilweisen Durchbrechung bzw. Korrektur stellen kann.

## B. Art. 16 HTÜ<sup>19</sup>

Mit «Bestimmungen [...], die ohne Rücksicht auf Kollisionsnormen auch auf internationale Sachverhalte anzuwenden sind», meint Art. 16 HTÜ eine Gruppe von Normen, die in der IPR-Dogmatik als Eingriffsnormen oder *lois d'application immédiate* bezeichnet werden.<sup>20</sup> Schon aus dem Wortlaut geht hervor, dass es sich hierbei um Bestimmungen handelt, die nicht zu der vom Kollisionsrecht eigentlich berufenen Rechtsordnung gehören, wegen ihrer besonderen Bedeutung aber dennoch auf den Sachverhalt anzuwenden sind.<sup>21</sup> Darin unterscheiden sich Eingriffsnormen auch von den so genannten intern zwingenden Normen,<sup>22</sup> die zwar innerhalb einer durch das Kollisionsrecht berufenen Rechtsordnung zwingend sind, sich aber grundsätzlich (zu Art. 15 HTÜ sogleich) nicht gegenüber einer eigentlich berufenen anderen Rechtsordnung durchsetzen können.<sup>23</sup>

Aus dem – durch die Entstehungsgeschichte<sup>24</sup> und die notwendige Differenzierung gegenüber Art. 4, 15 und 18 HTÜ gerechtfertigten – Vergleich mit ähnlichen Be-

---

<sup>18</sup> Art. 19 HTÜ bleibt hier ausgeblendet.

<sup>19</sup> «Art. 16

Das Übereinkommen berührt nicht die Anwendung von Bestimmungen des Rechts des Staates des angerufenen Gerichts, die ohne Rücksicht auf Kollisionsnormen auch auf internationale Sachverhalte anzuwenden sind.

Besteht eine hinreichend enge Verbindung des Streitgegenstands mit einem anderen Staat, so kann ausnahmsweise auch gleich gearteten Vorschriften dieses Staates Wirkung verliehen werden.

Jeder Vertragsstaat kann durch Vorbehalt erklären, dass er Absatz 2 nicht anwenden wird.»

<sup>20</sup> S. eingehend zur Thematik etwa IVO SCHWANDER, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Zürich 1975, insbesondere S. 248 ff.

<sup>21</sup> S. etwa SCHWANDER (Fn. 20), S. 248 m.w.N.

<sup>22</sup> SCHWANDER (Fn. 20), S. 248, 279 f. m.w.N. Streng genommen bilden Eingriffsnormen, die natürlich auch intern zwingend sein müssen, eine mit besonderer «Durchschlagskraft» ausgestattete Teilmenge der intern zwingenden Normen.

<sup>23</sup> S. näher zur Bestimmung intern zwingender Normen i.R.d. HTÜ sogleich unter II.D.3.

<sup>24</sup> Vgl. VON OVERBECK (Fn. 13), Rz. 149.



stimmungen<sup>25</sup> lässt sich entnehmen, dass Art. 16 HTÜ Normen adressiert, die in erster Linie nicht nur auf den Interessenausgleich unter Privaten gerichtet sind, sondern aus rechtspolitischen, wirtschaftlichen oder sozialen Interessen des normsetzenden Staates in die Gestaltungsautonomie der Rechtsunterworfenen eingreifen.<sup>26</sup> Welche nationalen Normen diese von Art. 16 HTÜ aufgestellten Anforderungen erfüllen und damit als Eingriffsnormen in seinem Sinne zu qualifizieren sind, entscheidet das nationale Recht selbst.<sup>27</sup> Für die Schweiz wird man in Anlehnung an Art. 18 IPRG etwa auf Import- und Exportbestimmungen, das Wettbewerbsrecht oder Regeln der Finanzaufsicht verweisen können.<sup>28</sup>

Im System der Einschränkungstatbestände für das trust-Statut setzen Anwendungsfälle des Art. 16 HTÜ also eine Situation voraus, in der die zu entscheidende Rechtsfrage eigentlich dem Geltungsbereich (vgl. Art. 8 HTÜ) des nach Art. 6 f. HTÜ zu bestimmenden trust-Statuts untersteht. Weil sie zugleich aber in den Geltungsbereich einer *loi d'application immédiate* des nationalen Rechts fällt, findet diese zwingende Norm unter Verdrängung entgegenstehender Bestimmungen des trust-Statutes insoweit Anwendung, als es ihr Normbefehl verlangt.

---

<sup>25</sup> Vgl. etwa Art. 9 Rom I-VO, Art. 16 Rom II-VO. Eingehend zur dogmatischen Fundamentierung der *lois d'application immédiate* SCHWANDER (Fn. 20), S. 248 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu etwa ANTON SCHNYDER, Trust, Pflichtteilsrecht, Familienfideikommiss, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 338 ff. m.w.N.; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 Rz. 10 ff.; JAN KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. Tübingen 2006, S. 498 m.w.N.

<sup>27</sup> Bei dieser Entscheidung ist das nationale Recht allerdings dann nicht frei, wenn die potentielle Eingriffsnorm ihrerseits einem internationalen Übereinkommen oder etwa dem EU-Gemeinschaftsrecht entstammt; in solchen Fällen ist die Eingriffsnorm-Qualität unter Berücksichtigung der Vorgaben des betreffenden Übereinkommens oder des Gemeinschaftsrechts zu bestimmen.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu und zu weiteren Beispielen nur BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 Rz. 15 ff.; SCHWANDER (Fn. 20), S. 251 ff. Eine Besonderheit regelt Art. 16 Abs. 2 HTÜ, wonach der Forumstaat auch Eingriffsnormen von Drittstaaten anwenden «kann» (nicht «muss»); in solchen Fällen richtet sich die Qualifikation als Eingriffsnorm nach dem Recht des Drittstaates, die Entscheidung über ihre Anwendung hingegen trifft der zur Rechtsanwendung berufene Staat.

### C. Art. 18 HTÜ<sup>29</sup>

Art. 18 HTÜ erlaubt, wie es in Haager Konventionen häufig der Fall ist,<sup>30</sup> die Nichtanwendung des trust-Statuts, wenn und soweit die Ergebnisse einer solchen Anwendung dem nationalen ordre public «offensichtlich» widersprechen würden. Mit der pauschalen Bezugnahme auf den «ordre public» des betroffenen Staates macht das HTÜ keine eigenen Vorgaben dazu, was als Bestandteil des ordre public anzusehen ist. Folglich entscheidet die Rechtsordnung des jeweiligen Staates diese Frage selbst. Für das schweizerische Recht kann damit auf die Ergebnisse zu Art. 17 IPRG<sup>31</sup> rekuriert und gefragt werden, was als Verstoss gegen fundamentale Grundsätze der schweizerischen Rechts- und Werteordnung<sup>32</sup> anzusehen ist.

Stets muss dabei bedacht werden, dass ordre public-Klauseln nicht gegen die in einer ausländischen Norm enthaltene abstrakte Rechtsaussage als solche zur Anwendung gebracht werden dürfen. Es kommt nur darauf an, ob das konkrete *Ergebnis* der Anwendung in dem spezifisch untersuchten Fall eine ordre public-Verletzung darstellt. Hierbei sind zudem zwei wichtige Einschränkungen zu beachten: Erstens weist der ordre public – wie sich auch aus dem Vergleich zu Art. 17 IPRG entnehmen lässt – einen so genannten relativen Charakterzug auf, er verändert also nicht nur im Laufe der Zeit seinen Bestand (wobei sein Bestand im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung der ordre public-Klausel massgeblich ist), sondern er lässt bei einer nur geringen Verbindung des konkreten Sachverhaltes zur schweizerischen Rechtsordnung auch Ergebnisse der Anwendung ausländischen Rechts zu, die er bei einem engeren Bezug nicht tolerieren würde.<sup>33</sup> Und zweitens verlangt Art. 18 HTÜ (anders als Art. 17 IPRG), dass das Ergebnis der Anwendung des trust-Statuts in «offensichtlichem» Widerspruch zum ordre public steht; obgleich sich naturgemäss einem solch allgemeinen Begriff nicht rechtssicher entnehmen lässt, wo denn die Schwelle für eine «Offensichtlichkeit» verläuft, drückt er doch eine Aufforderung zur besonders

---

<sup>29</sup> «Art. 18

Die Bestimmungen des Übereinkommens können ausser Betracht bleiben, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (Ordre public) offensichtlich unvereinbar wäre.»

<sup>30</sup> Vgl. etwa Art. 22 des Übereinkommens vom 23. November 2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen; Art. 18 des Übereinkommens vom 1. August 1989 über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht; Art. 18 der Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods.

<sup>31</sup> Art. 17 IPRG ist als Norm freilich im Geltungsbereich des HTÜ nicht *neben* Art. 18 HTÜ anwendbar, er tritt wegen der völkerrechtlichen Bindung an die Vorgaben der Konvention zurück. Vgl. BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 17 Rz. 28 m.w.N.; a.A. offenbar GUTZWILLER (Fn. 2), Rz. 18–9.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 132 III 389, E. 2.2.3 m.w.N. Eingehender etwa BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 17 Rz. 13.

<sup>33</sup> S. nur ZK IPRG-VISCHER, Art. 17 Rz. 15 f.; SCHWANDER (Fn. 20), S. 57 f.

zurückhaltenden Anwendung des ordre public-Vorbehaltes aus, die schon aus völkerrechtlichen Gesichtspunkten nicht in den Wind geschlagen werden darf.<sup>34</sup>

Im System der Einschränkungstatbestände für das trust-Statut greift Art. 18 HTÜ also dann, wenn das auf eine Rechtsfrage eigentlich anwendbare trust-Statut ein für den Forumstaat nicht hinnehmbares Endergebnis zeitigt. Muss demzufolge korrigiert werden, so darf dies nur insoweit geschehen, als es zur Beseitigung des Verstosses erforderlich ist. Für die Art und Weise einer solchen Korrektur macht Art. 18 HTÜ eine Vorgabe, die nicht streng bei ihrem Wortlaut genommen werden sollte. Die Formulierung «die Bestimmungen des Übereinkommens können ausser Betracht bleiben» deutet nämlich an sich auf eine Nichtanwendung der Kollisionsregeln des HTÜ hin, so dass das trust-Statut auf die Rechtsfrage, welche den ordre public-Verstoss provoziert, gar nicht mehr anwendbar wäre. Unter Geltung des Art. 17 IPRG<sup>35</sup> hingegen soll die Korrektur nur so weit in das eigentlich berufene Statut eingreifen, wie es zur Beseitigung des ordre public-Verstosses unbedingt erforderlich ist;<sup>36</sup> das bedeutet insbesondere, dass eine Lösung primär *innerhalb* des eigentlich berufenen Statuts selbst zu suchen ist, sei es durch schlichte Nichtanwendung der problematischen Norm, durch ihre Modifikation oder durch Übertragung anderer Normen oder Rechtsgrundsätze aus jener Rechtsordnung. Diese Grundsätze sollten auch für die Anwendung von Art. 18 HTÜ massgeblich sein.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> S. zur gebotenen Zurückhaltung bei der Anwendung von Art. 18 HTÜ etwa auch GUTZWILLER (Fn. 11), Rz. 18-4 m.w.N.; HAYTON/MATTHEWS/MITCHELL (Fn. 12), Rz. 102.205.

<sup>35</sup> Gleiches gilt nach den ordre public-Normen vieler anderer Staaten gleichermassen, vgl. für das deutsche Recht etwa KROPHOLLER (Fn. 25), S. 245 f. m.w.N.; für das französische Recht MARIE-CHRISTINE MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, 2. Aufl. Paris 2008, S. 87 ff. Aus Sicht des englischen Rechts, auch zum Unterschied zwischen «public policy» und «ordre public», etwa JOHN COLLIER, *Conflict of Laws*, 3. Aufl. Cambridge 2001, S. 361 ff.

<sup>36</sup> S. zum Folgenden nur BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 17 Rz. 29 ff.; ZK IPRG-VISCHER, Art. 17 Rz. 50 ff.

<sup>37</sup> Ebenso aus Sicht des englischen Rechts HAYTON/MATTHEWS/MITCHELL (Fn. 12), Rz. 102.204, 102.210 (dort konkret zur Behandlung sog. STAR-Trusts).

## D. Art. 15 HTÜ<sup>38</sup>

Wohl die problematischste unter allen Geltungseinschränkungen im Übereinkommen ist Art. 15 HTÜ, welcher Bestimmungen eines Nicht-trust-Statuts Geltung verschaffen will, von denen «durch Rechtsgeschäft nicht abgewichen werden kann». Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Norm und vor allem hinsichtlich der Anforderungen an eine i.S.v. Art. 15 HTÜ «zwingende» nationale Vorschrift bestehen grosse Zweifel, welche eine rechtssichere und dem Konventionszweck entsprechende Handhabung des Übereinkommens gefährden.

### 1. Art. 15 HTÜ als gefährlicher Kompromiss

Insbesondere Art. 15 HTÜ verdankt sein Entstehen einem «politischen» Kompromiss. Die Staaten ohne eigenes materielles trust-Recht bestanden aus der schon erwähnten Sorge über ein «Umgehungspotential» des trust auf der Schaffung einer weit gehaltenen Auffangregel, welche die Anwendung wichtiger Bestandteile ihrer Rechtsordnungen auch im Geltungsbereich des trust-Statutes sicherstellen sollte. Um ein gänzliches Scheitern des Abkommens zu verhindern, kamen die Vertreter der trust-Rechtsordnungen diesem Wunsch entgegen.<sup>39</sup> Aus der – durchaus nachvollziehbaren – Schwierigkeit heraus, ex ante alle relevanten Konfliktfelder zwischen allen potentiell betroffenen Rechtsordnungen abstrakt erfassen zu müssen, entstand eine hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches überweite und schwammige, hinsichtlich des Kreises durchzusetzender Normen zu technische Formulierung.

In ihrer jetzigen Gestalt birgt die, in der Literatur zu Recht vielfach kritisierte,<sup>40</sup> Vorschrift daher vor allem zwei Gefahren: zum einen, dass ihr eine übermässig grosse

---

<sup>38</sup> «Art. 15

Soweit von Bestimmungen des Rechts, auf das die Kollisionsnormen des Staates des angerufenen Gerichts verweisen, durch Rechtsgeschäft nicht abgewichen werden kann, steht das Übereinkommen der Anwendung dieser Bestimmungen nicht entgegen, insbesondere auf folgenden Gebieten:

- a) Schutz Minderjähriger und Handlungsunfähiger;
- b) persönliche und vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe;
- c) Erbrecht einschliesslich Testamentsrecht, insbesondere Pflichtteil;
- d) Übertragung von Eigentum und dingliche Sicherungsrechte;
- e) Schutz von Gläubigern bei Zahlungsunfähigkeit;
- f) Schutz gutgläubiger Dritter in anderen Belangen.

Steht Absatz 1 der Anerkennung eines Trusts entgegen, so wird das Gericht versuchen, die Zwecke des Trusts mit anderen rechtlichen Mitteln zu verwirklichen.»

<sup>39</sup> S. a. GUTZWILLER (Fn. 11), Rz. 15-1; VON OVERBECK (Fn. 13), Rz. 137 ff. (eingehend zum Entstehungsprozess).

<sup>40</sup> S. nur GUTZWILLER (Fn. 11), Rz. 15-1: «[...] nicht dazu angetan, die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung zu erhöhen»; VON OVERBECK (Fn. 13), Rz. 139: «not without reason, it was said that a hostile judge might always find in article 15 a means of frustrating the trust».

Anzahl von Rechtsbereichen unterstellt wird; und zum anderen, dass bei der Bestimmung derjenigen Normen, welche sich im Anwendungsbereich von Art. 15 HTÜ gegenüber dem trust-Statut durchsetzen sollen, der Blick auf die Gesamtheit der wesentlichen Auswahlkriterien verstellt wird. Nichtsdestotrotz müssen die Rechtsordnungen der Vertragsstaaten mit der Vorschrift zurande kommen und mittels einer zurückhaltenden und differenzierten Handhabung ihr Regelungsanliegen sachgerecht verwirklichen.

## **2. Der Anwendungsbereich der Vorschrift**

Art. 15 HTÜ arbeitet mit einer Kombination aus einem allgemeinen Grundtatbestand und einem konkretisierenden Beispielskatalog<sup>41</sup> bestimmter, für besonders relevant gehaltener Aspekte. Im vorliegenden Rahmen kann es nicht darum gehen, eingehend zu den verschiedenen Katalogtatbeständen Stellung zu nehmen; vielmehr soll der Blick auf ein alle Tatbestände verbindendes Grundmerkmal gelenkt werden, das auch für die Entscheidung über die Anwendung von Art. 15 HTÜ auf solche Materien leitend sein sollte, welche im Beispielskatalog nicht ausdrücklich oder nicht mit hinreichender Bestimmtheit genannt sind.

Art. 15 HTÜ stellt die kodifikatorische Reaktion auf eine angenommene Situation dar, in der sich Regelungen des trust-Statuts auf eine Rechtsfrage erstrecken, die zugleich dem Regelungsanspruch einer als besonders bedeutsam angesehenen Norm aus einem Statut unterliegen würde, das bei hypothetischer Nichtgeltung des HTÜ von den Kollisionsnormen der *lex fori* zur Anwendung berufen wäre.<sup>42</sup> Ist Regelungsanlass also die *Überschneidung zweier Rechtsordnungen* in einem als kritisch beurteilten Bereich, so folgt aus diesem Befund zunächst zweierlei: Fehlt es an einer derartigen Überschneidung, so besteht auch kein Grund zur Anwendung des Art. 15 HTÜ;<sup>43</sup> und ist eine durch die Geltung des trust-Statuts potentiell verdrängte Norm oder Wertung nicht bedeutsam genug, so sollte ihre Durchsetzung mittels des Art. 15 HTÜ unterbleiben. Wie aber – so ist im Folgenden zu fragen – lässt sich bestimmen, ob eine solche «Bedeutsamkeit» vorliegt?

## **3. Vorliegen einer zwingenden Bestimmung i.S.v. Art. 15 HTÜ**

Dass die Norm aus einem anderen Statut die Regelung einer auch vom trust-Statut erfassten Rechtsfrage beansprucht (und dass damit überhaupt die beschriebene Überschneidung zweier Statute besteht), genügt allein noch nicht, um jene Norm «bedeutsam» zu machen und ihr über Art. 15 HTÜ die Anwendbarkeit zu sichern.

---

<sup>41</sup> Vgl. den Wortlaut «insbesondere/notamment/in particular» in Art. 15 Abs. 1 HTÜ.

<sup>42</sup> S. eingehend auch JONATHAN HARRIS, *The Hague Trusts Convention*, Oxford 2002, S. 357 ff.

<sup>43</sup> S. hierzu im Verhältnis zur «immanenten Schranke» des HTÜ sogleich unter E.

Vielmehr muss sie nach dem Wortlaut von Art. 15 HTÜ auch den Charakter einer zwingenden Norm aufweisen.

Das Abkommen selbst verwendet den Begriff «zwingende Norm» freilich nicht, sondern umschreibt die in den Blick genommenen Bestimmungen als solche, «von denen durch Rechtsgeschäft nicht abgewichen werden kann».<sup>44</sup> Diese beschreibende Formel ist in der Dogmatik des internationalen Privatrechts nach herrschender Lesart mit dem Begriff der «intern zwingenden Norm» verknüpft.<sup>45</sup> Im Unterschied zu Art. 16 und 18 HTÜ sind damit Vorschriften gemeint, die sich zwar nicht gegenüber einer fremden, für den konkreten Sachverhalt zur Anwendung berufenen Rechtsordnung durchsetzen würden, über die aber, wenn sie Bestandteil des im konkreten Fall zur Anwendung berufenen Rechts sind, von den Parteien nicht frei disponiert werden kann.<sup>46</sup> Stets beachtet werden muss dabei auch, dass Art. 15 HTÜ nicht etwa direkt die intern zwingenden Normen der lex fori zur Anwendung beruft, sondern die intern zwingenden Normen derjenigen Rechtsordnung, *welche sich aus den Kollisionsnormen der lex fori ergibt* – freilich kann es sich bei dem so bestimmten Recht ohne Weiteres wiederum um die lex fori selbst handeln.

Nach dem soeben Gesagten mag es auf den ersten Blick einfach scheinen, den Kreis der i.S.v. Art. 15 HTÜ intern zwingenden Normen zu ermitteln, genügt doch gewissermassen der Blick in eine einschlägige Kommentierung, um sich über die rechtsgeschäftliche Abdingbarkeit dieser oder jener Norm zu informieren.

Hinterfragt man jedoch, welcher Art die Disponibilität denn sein muss, die einer Norm den intern zwingenden Charakter raubt, so schwimmt das vermeintlich klare Kriterium: Das «Pflichtteilsrecht» ist, um nur ein Beispiel zu nennen, in Art. 15 Abs. 1 Bst. c HTÜ ausdrücklich genannt; dementsprechend geht die in der Schweiz weit überwiegende Meinung davon aus, dass Vermögensübertragungen auf einen trustee, die Pflichtteilsrechte des Schweizer Erbrechts verletzen, in Anwendung dieses Rechts im Grundsatz korrigiert werden können.<sup>47</sup> Im Umkehrschluss müsste es

---

<sup>44</sup> In den originären Konventionssprachen: «in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act» bzw. «lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté».

<sup>45</sup> S. eingehend zur Unterscheidung zwischen intern und international zwingenden Normen etwa MATHIAS KUCKEIN, Die «Berücksichtigung» von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht, Tübingen 2008, S. 16 ff. mit umfangreichen, auch rechtsvergleichenden w.N.

<sup>46</sup> A.A. HARRIS (Fn. 42), S. 355 f., der zwingende Normen i.S.v. Art. 15 HTÜ ebenso interpretiert, wie die lois d'application immédiate i.S.v. Art. 16 HTÜ. Weshalb es dann zweier Bestimmungen im HTÜ für ein- und dieselbe Gruppe von Normen bedarf, vermag er freilich nicht zu erklären.

<sup>47</sup> S. hierzu nur VON OVERBECK (Fn. 13), Rz. 137; GUTZWILLER (Fn. 11), Rz. 15–21; WOLF (Fn. 2), S. 64; JAKOB/PICHT (Fn. 2), S. 867 f. Eingehend zu Gesetzgebung und Fallrecht im Zusammenhang mit dem Konflikt zwischen Pflichtteilsbestimmungen und «offshore» trust-Jurisdiktionen PAOLO PANICO, International Trust Laws, Rz. 11.07 ff.

sich doch jedenfalls bei den pflichtteilsrechtsbegründenden Normen (Art. 470 f. ZGB) um solche handeln, die nicht zur Disposition der Betroffenen stehen. Jedoch kann der pflichtteilsberechtigte Erbe sein Noterbrecht einseitig durch Rechtsgeschäft ausschlagen (Art. 566 ZGB) oder auf die aus ihm fließenden Berechtigungen einseitig verzichten. Auch können die Parteien gemeinsam über das Pflichtteilsrecht disponieren, nämlich durch Abschluss eines Erbverzicht- oder Erbaufkaufsvertrages (Art. 495 ZGB). Und der Erblasser kann über die Geltung des Pflichtteilsrechts dann disponieren, wenn er von einer Rechtswahlbefugnis Gebrauch macht, die ihm die Art. 90 Abs. 2, 91 Abs. 2 IPRG einräumen. Was soll also an den Pflichtteilsrechten nicht disponibel und damit «zwingend» sein? Schon an diesem Beispiel zeigt sich, dass das undifferenzierte Abstellen auf einzelnes, vermeintlich mechanisch-präzises Abdingbarkeitskriterium zu widersprüchlichen und unsachgemässen Ergebnissen führen kann.<sup>48</sup> Daher scheint es erforderlich, zum ersten die «Disponibilität» einer Norm als Ausgangskriterium i.R.v. Art. 15 HTÜ inhaltlich genauer zu umreissen und zum zweiten dieses Ausgangskriterium um ein wertendes Korrektiv zu ergänzen.

#### **a) Disponibilität als formales Grundkriterium**

Trifft es zu, dass sich die Disponibilität einer Norm nicht anhand eines einzelnen Kriteriums eindeutig bestimmen lässt, so muss es für den ersten dieser beiden Schritte auf die Berücksichtigung verschiedener Aspekte ankommen, die dann in einer Zusammenschau bewertet werden können. Nachfolgend sollen *vier solcher Aspekte* herausgegriffen werden, die i.R.v. Art. 15 HTÜ besondere Relevanz entfalten dürften.

*Erstens* ist es von Bedeutung, ob und wie von einer Norm *einseitig* abgewichen werden kann: Zielt die Norm gerade auf den Schutz einer beteiligten Partei und kann *die zu schützende Partei selbst* durch einseitiges Rechtsgeschäft auf die Geltung der Norm oder in sonstiger Weise auf deren Schutz verzichten, so sollte dies nicht gegen den «zwingenden» Charakter einer Norm sprechen.<sup>49</sup> Der Möglichkeit zur Ausschlagung eines Noterbrechts sollte daher beispielsweise keine tragende Bedeutung zuerkannt werden. Nimmt nämlich die Rechtsordnung eine Einschränkung der Disponibilität solcher Schutznormen vor, so wird sie in erster Linie zu erreichen suchen, dass die weniger schutzbedürftige Partei, Dritte oder sonstige Faktoren dem schutzbedürftigen nicht ohne seinen Willen seine Schutzgewährleistung entziehen. Im

---

<sup>48</sup> Vgl. auch die grundlegenden Gedanken zum Begriff einer zwingenden bzw. disponiblen Norm von IVO SCHWANDER, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv?, in: Heinrich Honseil/Roger Zäch/Franz Hasenböhler/Friedrich Harrer/René Rhinow (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, S. 399 ff.

<sup>49</sup> Etwas zu pauschal gefasst ist daher auch die Aussage GUTZWILLERS (Fn. 11), Rz. 15-5, wonach solche Bestimmungen zwingend sind, «von denen nicht einseitig, ohne Zustimmung der jeweiligen betroffenen anderen Partei(en) abgewichen werden kann». Vgl. in anderem Kontext aber mit gleichgerichteter Aussage SCHWANDER (Fn. 48), S. 404 f.

Umkehrschluss kann aus der Befugnis des Schutzbedürftigen, die ihn schützende Norm selbst preiszugeben, kein Interesse der Rechtsordnung an einer Disponibilität der Norm abgeleitet werden.

Hieraus folgt zugleich, dass es gegen einen zwingenden Charakter spricht, wenn die Norm der weniger schutzwürdigen von zwei Parteien das einseitige Abweichen zulasten der schutzwürdigeren Partei gestattet.

Indes: Verwehrt es die Rechtsordnung sogar dem von einer Norm Geschützten, privatautonom und einseitig auf seinen Schutz zu verzichten, so spricht dies wiederum gegen eine Disponibilität der Norm und damit für das Vorliegen einer zwingenden Vorschrift i.S.v. Art. 15 HTÜ. Als Beispiel liessen sich die Vorschriften zum Schutze Unmündiger (insbesondere Art. 19 ZGB) heranziehen, auf deren Geltung der Unmündige nicht von sich aus, auch nicht durch Vertrag mit einer anderen Person, verzichten darf.

*Zweitens* stellt sich die Frage, welcher Schluss aus dem Umstand zu ziehen ist, dass die zwei Parteien eines Rechtsverhältnisses *gemeinsam* von einer Norm, die ihr Rechtsverhältnis regelt, abweichen können. Nahe liegt es, die Disponibilität in solchen Fällen zu bejahen, sie hingegen zu verneinen, wenn den Parteien ein Abbedingen oder Modifizieren der Norm verwehrt ist.

In der Tat spricht es nachdrücklich für den zwingenden Charakter einer Norm, wenn die Parteien nicht, *auch nicht gemeinsam*, Einfluss auf ihren Rechtsbefehl nehmen können, wenn also ein Abweichen weder durch einseitiges noch durch beiderseitiges Rechtsgeschäft möglich ist.

Hingegen sollte nicht angenommen werden, dass eine beiderseitige Möglichkeit des Abweichens automatisch einem zwingenden Charakter der Norm entgegenstehe; vielmehr ist gerade in solchen Fällen eine eingehendere Analyse nach wertenden Gesichtspunkten durchzuführen. Die hauptsächliche – und schon auf das Erfordernis eines wertenden Kriteriums vorausweisende – Ursache hierfür liegt darin, dass verschiedene Normen für eine Rechtsordnung unterschiedliches Gewicht haben können und dass die Möglichkeit, durch beiderseitiges Rechtsgeschäft von einer Norm abzuweichen, nur begrenzt als Gradmesser für ihr Gewicht in der Rechtsordnung taugt. Ein Beispiel zur Verdeutlichung: Von der Lastenverteilung des Art. 188 OR, nach der die Kosten des Messens und Wägens beim Verkäufer liegen, können die Parteien durch «Vereinbarung», also durch beiderseitiges Rechtsgeschäft, abweichen; jedenfalls kann der Verkäufer diese Kosten nicht durch einseitigen Willensakt auf den Käufer überwälzen.<sup>50</sup> Auch von der Gewährung eines Pflichtteilsrechts für ein Kind des Erblassers können der Erblasser und sein Kind durch beiderseitiges Rechtsgeschäft, nämlich durch einen Erbverzichtvertrag, abweichen, während der

---

<sup>50</sup> S. statt aller BSK OR I-KOLLER, Art. 188/189 Rz. 14.



Erblasser den Pflichtteil nicht einseitig verweigern kann. Obwohl also die Disponibilität beider Normen grundsätzlich gleichartig ausgestaltet ist, würden wohl die meisten Leser zustimmen, dass das Pflichtteilsrecht der Kinder eine fundamentalere Bedeutung für das Schweizer Recht hat, als die Kostenverteilung für das Messen und Wägen einer Kaufsache; Art. 15 Abs. 1 Bst. c HTÜ jedenfalls räumt durch seine ausdrückliche Hervorhebung dem Pflichtteilsrecht einen besonderen Rang ein. Daher dürfte eine Interpretation kaum haltbar sein, die Art. 188 OR und Art. 470 ZGB gleichermaßen für nicht zwingend i.S.v. Art. 15 HTÜ erklärt, weil von beiden Normen durch gemeinsames Rechtsgeschäft abgewichen werden kann.

*Drittens* verdient die Einschätzung VON OVERBECKS<sup>51</sup> Beachtung, wonach es eher zur Einstufung einer Norm als nicht-zwingend berechtigt, wenn die Parteien *im Vorhinein* von ihr abweichen können, also bevor ihr Rechtsbefehl Geltung erlangt. Denn häufig führt erst der Eintritt der Regelungssituation und damit des Rechtsbefehls einer Norm den Parteien vor Augen, welchen Sinn die betreffende Norm hat und mit welchen Konsequenzen sie rechnen müssen, wenn sie auf ihren Schutz verzichten. Bedingen die Parteien eine Norm *ex ante* ab, so fehlt es an diesem Informations- und Warneffekt. Gibt der Gesetzgeber also Parteien die Möglichkeit zu einem Abweichen im Vorhinein, hält er tendenziell den aus dem Informations- und Warneffekt folgenden Schutz (und damit auch das generelle Eingreifen der betreffenden Norm) für entbehrlich.

*Viertens* schliesslich sollte es für die Disponibilitätsbewertung eine Rolle spielen, ob die Parteien eine Norm *isoliert abbedingen* können oder nur gemeinsam mit einem grösseren oder kleineren Normenkomplex, in welchen die Norm integriert ist.

So wird man etwa nicht schon aus der Möglichkeit einer Rechtswahl auf kollisionsrechtlicher Ebene auf die Disponibilität aller Normen schliessen können, aus denen sich das abgewählte Recht zusammensetzt. Denn durch eine solche Rechtswahl wird ein in sich geschlossenes Normgefüge durch ein anderes ersetzt. Damit können zugleich an die Stelle von Normen, die bisher besonders hochrangige Schutz- und Regelungsziele sicherten, andere Normen treten, welche nun diese Aufgabe übernehmen. Würde etwa ein schweizerisches Noterbrecht infolge einer Rechtswahl durch einen deutschen schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) ersetzt, so änderte sich nichts am Kern des Regelungsanliegens, nämlich den Nächsten des Erblassers eine Mindestberechtigung an der Erbmasse zu sichern. Aus der (zugespitzt formulierten) «Möglichkeit zum Austausch der zuständigen Norm bei gleichbleibendem Schutzbefehl» lässt sich also nicht schliessen, dass der Schutzbefehl und die ihn realisierende Norm innerhalb der jeweils berufenen Rechtsordnung im Parteibelieben stünden.

---

<sup>51</sup> VON OVERBECK (Fn. 13), Rz. 137.

Auch unterhalb der kollisionsrechtlichen Ebene, also innerhalb einer zur Anwendung berufenen Rechtsordnung, lässt sich eine ähnlich gelagerte Wertung ausmachen. Denn die Möglichkeit, den ganzen Normenkomplex abzubedingen, in dem sich eine Norm befindet, spricht weniger für deren nicht-zwingenden Charakter, als wenn die Parteien die Möglichkeit haben, die einzelne Norm aus einem ansonsten weiter geltenden Normenkomplex «herauszubedingen». Die Begründung für diese Annahme deckt sich mit obiger Überlegung zur kollisionsrechtlichen Rechtswahl: Wird ein Normenkomplex mit den ihm zugehörigen Schutznormen und dem ihm zugrundeliegenden Interessenausgleich durch einen anderen Normenkomplex ersetzt, so greifen nun die Schutznormen und der Interessenausgleich des ersetzenden Normenkomplexes. Werden hingegen in zulässiger Weise einzelne Normen aus einem fortgeltenden Normenkomplex «herausbedungen», so fehlt ihre (Schutz-)Wirkung nunmehr ganz. Nur weil also, um ein Beispiel zu geben, der Regelgüterstand der Errungenschaftsbeteiligung privatautonom durch den Güterstand der Gütertrennung oder der Gütergemeinschaft ersetzt werden kann, lässt sich nicht von vorneherein sagen, dass im Regelungskomplex über die Errungenschaftsbeteiligung keine zwingenden Normen enthalten seien.

#### **b) Ergänzung um eine inhaltlich-wertende Betrachtung**

Die vorangegangenen Erwägungen dürften bereits deutlich gemacht haben, dass sich ein einzelnes formales Disponibilitätskriterium, mittels dessen umfassend und sachgerecht über den «zwingenden» Charakter einer Norm entschieden werden könnte, nur schwer finden lassen wird. Mehrere in dieselbe Richtung weisende formale Indizien mögen zwar eine bestimmte Entscheidung nahelegen; weisen sie aber in unterschiedliche Richtungen, so fehlt es an einer tragfähigen Bewertungsbasis; vollauf befriedigend erscheint der Weg allein über formale Kriterien ohnehin nicht, weil er die eigentlich gebotene klare Entscheidung über die Einordnung einer bestimmten Norm vermeintlich entbehrlich macht. Es ist daher ehrlicher, das Bedürfnis nach einem *ergänzenden, inhaltlich-wertenden Kriterium* offenzulegen und sich um dessen Ausarbeitung zu bemühen.<sup>52</sup>

Welchen Inhalt aber soll ein solches Wertungskriterium haben? Sicherlich wird es zur Klärung dieser Frage eines auf einzelne Normen bezogenen Diskussions- und Entscheidungsprozesses bedürfen, der nicht auf die Schweiz beschränkt bleiben kann.

---

<sup>52</sup> Auch wenn dieser Gedanke in der bisherigen Diskussion zu Art. 15 HTÜ noch nicht scharf formuliert wurde, scheint er doch in einer ganzen Reihe von Stellungnahmen erkennbar durch. Vgl. als Beispiele HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Proceedings of the Fifteenth Session (1984) – Trusts, applicable law and recognition, Den Haag 1985, S. 202 f., 294 f.; GUTZWILLER (Fn. 11), Rz. 15-1 ff.; HARRIS (Fn. 42), S. 355 f., 364 f.; VON OVERBECK (Fn. 13), Rz. 137.

Als relevant dürfte es sich in diesem Diskussionsprozess erweisen, ob die Norm zugunsten besonders schutzwürdiger Personen wirkt, also etwa zugunsten Minderjähriger oder Handlungsunfähiger (vgl. Art. 15 Abs. 1 Bst. a HTÜ), Pflichtteilsberechtigter (vgl. Art. 15 Abs. 1 Bst. c HTÜ) oder gutgläubiger Teilnehmer des Rechtsverkehrs (vgl. Art. 15 Abs. 1 Bst. f HTÜ). Ferner sollte berücksichtigt werden, ob die Norm eine zentrale (Mindest-)Gewährleistung sichert oder nicht; so mag etwa ein Wohnrecht des Ehegatten nach Art. 219 Abs. 1 ZGB an einer nun im trust-Vermögen befindlichen Wohnung höheres Gewicht haben als die Sicherstellung einer Forderung gem. Art. 203 Abs. 2 ZGB mithilfe von trust-Gut. Und schliesslich liesse sich ein «zwingender Charakter» insbesondere für solche Normen diskutieren, die zur Sicherung einer zentralen (Mindest-)Gewährleistung vorsehen, dass die Übertragung von Vermögensgegenständen in einen trust innerhalb des Vermögens des settlors (also nicht durch Zugriff in das trust-Vermögen) rechnerisch korrigiert wird, sofern die Vermögensübertragung die Mindestgewährleistung verletzt; als Beispiel für eine solche Norm könnte Art. 208 ZGB dienen.

### **c) Fazit**

Art. 15 HTÜ gilt im System der Einschränkungstatbestände für Konstellationen, in denen eine Überschneidung zwischen dem durch das HTÜ zur Anwendung berufenen trust-Statut und einer Regelung eines anderen Statuts besteht, welches Letzteres bei Ausserachtlassen des HTÜ von den Kollisionsregeln der *lex fori* zur Anwendung berufen würde. In einer solchen Konstellation ist zu ermitteln, ob die Norm aus dem anderen Statut zwingend i.S.v. Art. 15 HTÜ ist. Ausgangspunkt hierfür müssen insbesondere die vier erörterten, eher formal ausgerichteten Kriterien sein. Das Ergebnis einer Zusammenschau dieser vier Kriterien sollte aber nur indiziellen Charakter haben und durch eine wertende Betrachtungsweise ergänzt werden. Aus der an anderer Stelle hergeleiteten *Leitwertung der trust-Freundlichkeit*<sup>53</sup> folgt zudem, dass bei der Bejahung eines zwingenden Charakters Zurückhaltung geboten ist, um nicht die effektive Anerkennung des trust i.S.v. Art. 11 HTÜ zu untergraben. Ergibt sich aus der Prüfung ein zwingender Charakter der fraglichen Norm, so findet sie trotz der eigentlichen Geltung des trust-Statuts Anwendung. Auch wenn infolgedessen der trust nicht unverändert fortbestehen kann, ist allerdings im Grundsatz nach seiner möglichst weitgehenden Aufrechterhaltung zu streben (vgl. Art. 15 Abs. 2 HTÜ).<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> JAKOB/PICHT (Fn. 2), S. 884.

<sup>54</sup> Die Rechtsfolgen des Art. 15 HTÜ sind wiederum komplex und können in dem Rahmen, der diesem Beitrag gesetzt ist, nicht über den Grundsatz möglichst weitgehender Aufrechterhaltung des trust hinaus adressiert werden.

## E. Die «immanenten Beschränkungen» des HTÜ

Neben den vorstehend erörterten, im HTÜ ausdrücklich geregelten Beschränkungen wird man dem Geltungsbereich des trust-Statuts aber jedenfalls noch eine weitere Grenze ziehen müssen, die man vielleicht als «immanent» bezeichnen kann: In Rechtsbereichen, die von vorneherein nicht dem inhaltlichen Geltungsanspruch des Übereinkommens unterliegen, bestimmt sich weder das anwendbare Recht nach dessen Kollisionsregeln noch sind seine direkt materiellrechtlichen Anordnungen zu befolgen. Diese Aussage mag selbstverständlich erscheinen; es lohnt aber dennoch, sie sich bei einer Anwendung des HTÜ vor Augen zu halten. Denn häufig lässt sich in der rechtlichen Diskussion eine Tendenz erkennen, im Zusammenhang mit einem trust jede Anwendung eines anderen Rechts als des trust-Statuts auf die im HTÜ ausdrücklich geregelten Beschränkungen zu stützen, nicht aber auf die immanenten Grenzen des Geltungsanspruchs von Übereinkommen und trust-Statut. Insbesondere droht dabei eine unnötig häufige und noch dazu fehlerhafte Anwendung des problematischen Art. 15 HTÜ.

Zwar mag der – bereits als defizient erwiesene – Wortlaut des Art. 15 HTÜ mit seiner pauschalen Aufzählung ganzer Rechtsgebiete («persönliche und vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe», «Erbrecht») auf den ersten Blick den Eindruck erwecken, als müssten *alle* Fälle der Nichtanwendung des nach den HTÜ-Kollisionsregeln bestimmten Statuts von Art. 15 HTÜ legitimiert werden. Dass eine solche Deutung aber nicht zutreffen kann, ergibt sich zum einen schon aus Art. 8 HTÜ – unterstellt diese Vorschrift eine bestimmte Rechtsfrage gar nicht der Geltung des trust-Statuts, so kann auch die für eine Anwendung von Art. 15 HTÜ erforderliche «Überschneidungssituation»<sup>55</sup> nicht gegeben sein. Zum anderen würde eine Anwendung von Art. 15 HTÜ in Rechtsbereichen, die außerhalb der immanenten Grenzen des HTÜ liegen, Zustände der Rechtsunsicherheit und des Normenwirrwarrs hervorrufen. Denn man wird, um nur zwei Beispiele zu nennen, keinesfalls alle Bestimmungen «des Erbrechts» als zwingend i.S.v. Art. 15 HTÜ ansehen können; wollte man aber alle nicht-zwingenden erbrechtlichen Bestimmungen, auch wenn sie für den trust im konkreten Fall gar keine besondere Relevanz aufweisen, von der Anwendung ausschliessen, so müssten die entstehenden Lücken durch die Anwendung des trust-Statuts oder irgendeines Ersatz-Statuts geschlossen werden – als Ergebnis würde sich ein konfliktanfälliges und auch völlig unnötiges Durcheinander verschiedener Rechtsordnungen präsentieren. Ebenso wenig könnte es überzeugen, etwa Fragen des Ehenamens (als persönliche allgemeine Wirkung der Ehe) nach dem trust-Statut zu beurteilen, nur weil Art. 15 Abs. 1 Bst. b HTÜ von den persönlichen Wirkungen der Ehe spricht – weder hat der Ehename etwas mit den in Art. 8 HTÜ genannten Aspekten zu tun noch kann die Anwendung eines vom settlor für seinen trust gewählten

---

<sup>55</sup> S. zu ihr oben II.D.2.

Rechts auf die allgemeinen Ehwirkungen überzeugender sein, als das nach den Anknüpfungsmomenten des Art. 48 IPRG (vor allem: gemeinsamer Wohnsitz) bestimmte Recht.

### **III. Fazit**

Der im vorliegenden Beitrag unternommene Tour d'Horizon sollte vor Augen führen, dass die aus dem HTÜ folgenden Beschränkungen des trust-Statuts vielfältig und teilweise komplex sind.

Zum einen ist dieser Befund ein Appell an den Rechtsanwender, bei der Lösung von Konflikten zwischen dem trust-Statut und anderen Statuten sorgfältig und differenzierend vorzugehen. Konstatiert er eine mögliche Überschneidung von Rechtsbefehlen aus dem trust-Statut und einem anderen, potentiell zur Anwendung kommenden Statut, so dürfte im Hinblick auf die hier diskutierten Beschränkungen des trust-Statuts oftmals die folgende Vorgehensweise sinnvolle Ergebnisse liefern: Zunächst sollte geprüft werden, ob die Rechtsfrage ausserhalb der immanenten Grenzen des trust-Statuts liegt oder ob sie unter Art. 4 HTÜ fällt. Ist Ersteres oder Zweiteres der Fall, so erhebt das HTÜ schon keinen Geltungsanspruch und das anwendbare Recht bestimmt sich nach den allgemeinen Kollisionsregeln der *lex fori*. Erstrebt das HTÜ hingegen für die Rechtsfrage eine grundsätzliche Geltung des trust-Statuts, so ist zu fragen, ob der Rechtsbefehl aus dem anderen Statut als *loi d'application immédiate* einzuordnen ist und sich folglich nach Art. 16 HTÜ gegenüber dem trust-Statut durchsetzt. Verneint der Rechtsanwender diese Frage, so muss er i.R.v. Art. 15 Abs. 1 HTÜ ermitteln, ob der Rechtsbefehl einer «zwingenden Norm» entstammt und deswegen anzuwenden ist. Abschliessend ist das Ergebnis der Rechtsanwendung am Massstab des Art. 18 HTÜ zu kontrollieren.

Zum anderen macht eine Zusammenschau der verschiedenen Beschränkungsmöglichkeiten die Gefahr augenfällig, welche dem trust durch ihre Akkumulation droht: Steht ein Rechtsanwender dem Grundanliegen des HTÜ, nämlich der Anerkennung des trust, ablehnend gegenüber, so bieten sich ihm gute Chancen, eine effektive Anerkennung letztlich zu unterlaufen. Namentlich Art. 15 HTÜ kann sich – bei unsachgemässer Interpretation der Vorschrift – in seiner Hand als zerstörerische Waffe erweisen. Soll also die, nicht zuletzt von der völkerrechtlichen Bindungswirkung internationaler Übereinkommen geforderte, effektive Anerkennung des trust nicht gefährdet werden, so bedarf es einer massvollen Handhabung der Beschränkungsmöglichkeiten des trust-Statuts. Nur dann wird das HTÜ nicht zu einem löchrigen «Fass der Danaiden», durch das die Bemühungen um eine Kooperation der Rechtsordnungen ebenso fruchtlos rinnen wie eine Anerkennung des trust unter Anwen-

zung seines Statutes. Auch das künftige internationalprivatrechtliche Wirken IVO SCHWANDERS wird bei der Anleitung zu einer solchen Handhabung einen wertvollen Beitrag leisten.