

Citation:

Oliver Arter, Die anwaltliche Tätigkeit bei der Errichtung und Verwaltung von Trusts", in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi CFPG (Hrsg.): Trust e istituti particolari del diritto anglosassone, Basel 2009, 35 seq.

Die anwaltliche Tätigkeit bei der Errichtung und Verwaltung von Trusts

OLIVER ARTER*

Inhaltsverzeichnis

OLIVER ARTER*	1
INHALTSVERZEICHNIS	1
I. EINFÜHRUNG	2
II. PFLICHTEN BEI DER ERRICHTUNG EINES TRUSTS	3
A. GRÜNDE FÜR DIE ERRICHTUNG EINES TRUSTS IM ALLGEMEINEN	3
B. ANWENDBARES RECHT	4
1. Allgemeines	4
2. Anwendbares Recht Anwalt – Klient	6
3. Anwendbares Recht im “Trust-Innenverhältnis”	8
a) Rechtswahl oder engste Verbindung	8
b) Exkurs: Mindestwirkung der Anerkennung des Trusts gemäss HTÜ	9
4. Anwendbares Recht im “Trust-Aussenverhältnis”	10
a) Vorfragen gemäss Art. 4 HTÜ	10
b) Vorbehalte gemäss Art. 15 ff. HTÜ	11
C. AUSGANGSLAGE: DIE BEZIEHUNG ZWISCHEN ANWALT UND KLIENT	12
D. AUS DER NEUEREN RECHTSPRECHUNG ZU DEN PFLICHTEN DES ANWALTS	13
1. BGE 115 II 62 – Sorgfalt im Allgemeinen	13
2. BGE 127 III 357 – Risikogeneigte Tätigkeit des Anwaltes	14
3. BGer 4C.80/2005 vom 11. August 2005	15
4. BGE 134 III 534	15
5. Folgerung: Pflichten des Rechtsanwalts	16
6. Sonderproblem – Sorgfalt bei der Anwendung ausländischer Rechtsnormen	17
E. ALLGEMEINE PFLICHTEN DES ANWALTS BEI DER ERRICHTUNG EINES TRUSTS	20

* lic. iur., Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, Froriep Renggli, Zürich. Der Autor bedankt sich bei EVA WETTSTEIN, Zürich, für die Überarbeitung des Manuskriptes, Erstellung von Registern und Abschlussredaktion.

1.	<i>Erkundigungspflicht</i>	20
2.	<i>Aufklärungspflicht</i>	20
3.	<i>Beratungspflicht</i>	22
4.	<i>Warnpflichten</i>	23
F.	AUSGEWÄHLTE PFLICHTEN DES ANWALTS BEI DER ERRICHTUNG EINES TRUSTS IM BESONDEREN	23
1.	<i>Aufklärung darüber, was ein Trust ist</i>	23
2.	<i>Aufklärung darüber, welche Rechte und Pflichten der Settlor nach Errichtung des Trusts hat</i>	25
3.	<i>Aufklärung darüber, welche Rechte und Pflichten den Begünstigten zukommen</i>	26
4.	<i>Aufklärung darüber, was die Unterschiede zwischen einzelnen "Trust- Arten" sind</i>	27
5.	<i>Aufklärung darüber, wie das Trustvermögen investiert und verwaltet wird</i>	27
6.	<i>Aufklärung darüber, was einen Trust ungültig macht</i>	29
7.	<i>Aufklärung darüber, was allenfalls Dritte, beispielsweise Ehegatten, Erben, Gläubiger, gegen den Trust unternehmen können</i>	30
III.	PFLICHTEN DES TRUSTEE	30
IV.	PFLICHTEN DES PROTEKTORS	31
A.	GRÜNDE FÜR DIE ERNENNUNG EINES PROTEKTORS	31
B.	VERBREITUNG	31
C.	DEFINITION UND AUFGABEN	32
V.	SCHLUSSBEMERKUNGEN	33

I. EINFÜHRUNG

Nicht erst seit der Ratifikation des Haager-Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung¹ und dessen Umsetzung und Inkrafttreten

¹ Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, SR 0.221.371. Für den englischen Originaltext vgl. <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59>. Vgl. zu diesem Übereinkommen insbesondere GUTZWILLER, PETER MAX: Schweizerisches Internationales Trustrecht, Kommentar zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006, Basel 2007.

für die Schweiz am 1. Juli 2007² erbringen Anwälte vielfältige Dienstleistungen im Zusammenhang mit Trusts. Im Vordergrund stehen einerseits Dienstleistungen im Zusammenhang mit der *Errichtung* eines Trusts und andererseits, sobald der Trust errichtet ist, mit dessen *Verwaltung*. Bei der Verwaltung des Trusts steht eine Tätigkeit als Trustee oder Protektor im Vordergrund³.

Nachfolgend wird in einem ersten Kapitel dargestellt, welche Pflichten ein Anwalt zu beachten hat, wenn er bei der Errichtung eines Trusts mitwirkt. In einem zweiten Kapitel werden anschliessend kurz die grundlegenden Pflichten dargestellt, welche für einen Anwalt als Trustee oder Protektor gelten⁴.

II. PFLICHTEN BEI DER ERRICHTUNG EINES TRUSTS

A. *Gründe für die Errichtung eines Trusts im Allgemeinen*

Die Gründe für die Errichtung eines Trusts – oftmals gleichzeitig mit der Gründung⁵ einer oder mehrerer *underlying companies*⁶ – sind vielfältig⁷. Im Vordergrund⁸ – zumindest wenn schweizerische Anwälte mitwirken – stehen die Erbschafts- und Nachlassplanung, die Steuerplanung, die Vermögensplanung im Allgemeinen, der Schutz

² Vgl. den Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, AS 2007, 2849 ff., und die neuen Art. 21 IPRG, Art. 149a - Art. 149e IPRG sowie Art. 284a SchKG und Art. 284b SchKG.

³ Nicht weiter eingegangen wird auf die herkömmliche forensische und beratende Tätigkeit des Anwaltes. Schweizerische Anwälte beraten beispielsweise Begünstigte, welche in der Schweiz Wohnsitz haben, bezüglich der steuerlichen Folgen von Zuweisungen aus dem Trustvermögen. Oder sie beraten Trustees hinsichtlich in der Schweiz gelegenen Vermögens, beispielsweise beim Erwerb oder der Veräusserung von Liegenschaften. Ein weiteres Tätigkeitsfeld ist die Beratung von Dritten wie Ehegatten, Erben oder Gläubiger des Settlor bezüglich der Wahrung ihrer finanziellen Ansprüche, beispielsweise bei güterrechtlichen Auseinandersetzungen, nahehelichem Unterhalt, Pflichtteilsansprüchen oder bei Überschuldung und Konkurs.

⁴ Nicht behandelt werden die Pflichten des Anwaltes gemäss Anwaltsgesetzgebung. Dazu demnächst ausführlich ARTER, OLIVER: Trusts – unter besonderer Berücksichtigung der anwaltlichen Tätigkeit, Bern 2009.

⁵ Praktisch werden solche “underlying companies” meistens nicht neu gegründet, sondern durch einen “agent” “auf Vorrat” errichtet und im Bedarfsfall mittels Aktienkauf von diesem erworben.

⁶ Offshore-Gesellschaften.

⁷ Vgl. etwa STEEL, GILL: Trust Practitioner’s Handbook, London 2005, 3 ff.; SUPINO, PIETRO PAULO: Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht, St. Gallen 1994, 71 ff. Für die Schweiz Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005, BBl 2006 551 ff.

⁸ Nicht behandelt werden an dieser Stelle “Charitable Trusts”.

von Vermögenswerten vor dem Zugriff Dritter⁹ oder die Strukturierung internationaler Geschäftstransaktionen¹⁰.

B. ANWENDBARES RECHT

1. Allgemeines

Wirkt ein schweizerischer Anwalt bei der Errichtung eines Trusts mit, wird er mit internationalen Sachverhalten¹¹ konfrontiert – Trusts nach schweizerischem Recht existieren nicht¹². Hinzu kommt, dass der Settlor und die Begünstigten meistens ausländische Staatsangehörige sind oder im Ausland Wohnsitz haben.

⁹ Beispielsweise Asset Protection Trusts. Vgl. dazu etwa THOMAS, GERAINT: Asset Protection Trusts, in: GLASSON, JOHN/THOMAS, GERAINT (Hrsg.): The International Trust, Bristol 2006, 347 ff.

¹⁰ Sog. Commercial Trusts. Vgl. dazu ARTER, OLIVER: Commercial Trusts, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2006, 307 ff.

¹¹ Hinsichtlich sog. Binnentrust vgl. HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER/STEPHEN V. BERTI (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (ad art. 149a-e IPRG), 2. Aufl., Basel 2007, BasK-VOGT, Nr. 41 f. zu vor Art. 149a-e IPRG.

¹² Hinweise auf Trusts finden sich in der schweizerischen Gesetzgebung dennoch viele. Hinsichtlich *Anerkennung ausländischer Trusts* in der Schweiz vgl. Art. 21 und Art. 149a ff. IPRG sowie das Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung.

Bezüglich *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht* vgl. Art. 284a und Art. 284b SchKG.

Im Bereich *Geldwäscherei* vgl. Art. 20 Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre, Art. 10 Abs. 2, Art. 15 lit. c Verordnung des BPV über die Bekämpfung der Geldwäscherei sowie EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT EFD, Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG, 29. Oktober 2008. Vgl. auch SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08). Hinsichtlich *Grundstücke* vgl. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT EJPD, Bundesamt für Justiz, Eidgenössisches Amt für Grundbuch- und Bodenrecht: Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften, Bern 2008.

Im Bereich *Steuern* vgl. SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Besteuerung von Trusts, Kreisschreiben 30 vom 22. August 2007 sowie EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT EFD, Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 20 vom 27. März 2008.

Vgl. weiter Art. 5 Ziff. 6, Art. 17 Ziff. 2 und 3, Art. 53 Ziff. 2 LugÜ, Art. 3 Ziff. 1 lit. a, Art. 4 Ziff. 1 lit. d, Art. 10 Ziff. 2, Art. 13 Ziff. 2 lit. b, Art. 22 Ziff. 1 lit. f Abkommen vom 2.10.1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen, Vereinbarung vom 22.11.1946 zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Deblockierung der schweizerischen Vermögenswerte in Amerika, Art. 2 Übereinkommen vom 11.10.1985 zur Schaffung der Multilateralen Investitionsgarantieagentur, Art. 5 Abkommen vom 17.12.1993 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Nachlass- und Erbschaftssteuern, Art. 10 Ziff. 7 Abkommen zwischen der Schweiz und Kanada zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, Art. 1 Abkommen zwischen der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Korea über Investitionen, Art.

Der Anwalt, welcher sich mit Trusts beschäftigt, wird unter drei Aspekten mit der Frage des anwendbaren Rechts konfrontiert.

Erstens mit dem anwendbaren Recht im Verhältnis zu seinem Klienten, wenn der Anwalt im Zusammenhang mit der Errichtung eines Trusts *beratend* tätig wird¹³.

Zweitens mit dem anwendbaren Recht im "Trust-Innenverhältnis"¹⁴. Hier geht es um das auf den Trust anwendbare Recht an sich. Dabei gilt es zu beachten, dass Trusts in verschiedensten Ausprägungen¹⁵ und in diversen Jurisdiktionen¹⁶ vorkommen, und die Unterschiede erheblich sind.

Und drittens mit dem anwendbaren Recht im "Trust-Aussenverhältnis"¹⁷, beispielsweise dem Recht am Wohnsitz des Settlors und der Begünstigten. Hier ist der Anwalt insbesondere mit der Thematik konfrontiert, ob die Errichtung eines Trusts, beispielsweise

37 Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Republik Singapur, Art. 88 Ziff. 3 Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen. Vgl. auch Art. 18 f. Bundesratsbeschluss betreffend vorsorgliche Schutzmassnahmen für juristische Personen, Personengesellschaften und Einzelfirmen.

¹³ Vgl. unten Ziff. II.B.2.

¹⁴ Vgl. Ziff. II.B.3.

¹⁵ Für das US-amerikanische Recht werden exemplarisch folgende Bezeichnungen und Arten aufgezählt: 2503(c9) Trust, Five and Five Trust, Accumulation Trust, Alaska Trust, Alimony Trust, Asset Protection Trust, Bypass Trust, Charitable Lead Trust, Charitable Remainder Annuity Trust, Charitable Remainder Trust, Charitable Remainder Unitrust, Children's Trust, Complex Trust, Credit Shelter Trust, Crummery Trust, Defective Trust, Delaware Trust, Domestic Asset Protection Trust, Dynasty Trust, Electing Small Business Trust, Exclusion Trust, Generation Skipping Transfer Tax Trust, Grandchildren's Trust, Grantor Retained Interest Trust, Grantor Retained Annuity Trust, Grantor Retained Unitrust, GST Trust, Incentive Trust, Intentionally Defective Irrevocable Trust, Irrevocable Trust, Insurance Trust, Inter-Vivos Trust, Inter-Vivos Credit Shelter Trust, Inter-Vivos QTIP Trust, Living Trust, Marital Trust, Massachusetts Realty Trust, Medicaid Trust, Multiple Children's Trust, Perpetual Trust, Personal Residence Trust, Pooled Income Trust, Pot Trust, Probate Avoidance Trust, Qualified Personal Trust, Qualified Subchapter S Trust, Qualified Domestic Trust, QTIP Trust, Qualified Terminable interest Property Trust, Right of Election Trust, Single Children's Trust, Special Needs Trust, Spendthrift Trust, Sprinkle Trust, Standby Trust, Total Return Trust, Unit Trust, Voting Trust. Vgl. SHENKMAN, MARTIN M.: *The Complete Book of Trusts*, New York 2002, xiii ff., wobei diese Auflistung bei weitem nicht alle gebräuchlichen Terminologien zur Unterscheidung von Trusts umfasst.

¹⁶ Inländisches Trust-Recht kennen etwa Anguilla, Antigua und Barbuda, Argentinien, Australien, Bahamas, Barbados, Belize, Bermudas, British Virgin Islands, Brunei, Cayman Islands, China, Cook Islands, Costa Rica, Dominica, Gibraltar, Grenada, Guatemala, Guernsey, Hongkong, Irland, Isle of Man, Japan, Jersey, Kanada, Korea, Liechtenstein, Malaysia, Malta, Mauritius, Mexiko, Montserrat, Nauru, Neuseeland, Nieu, Panama, Philippinen, St. Kitts und Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Samoa, San Marino, Singapur, Südafrika, Turks and Caicos, U.S. Virgin Islands, Vereinigte Arabische Emirate, Vereinigtes Königreich von Grossbritannien, Vereinigte Staaten von Amerika, Uruguay, Vanuatu, Zypern. Spezielle Rechtsnormen bezüglich der Errichtung durch Trusts durch im Ausland lebende Settlern oder im Ausland ansässige Begünstigte kennen daneben etwa Macao und die Seychellen, vgl. dazu OECD: *Tax Co-operation – Towards a Level Playing Field*, 2006 Assessment by the Global Forum on Taxation, Paris 2006, S. 171 ff. Vgl. auch den vor Kurzem aktualisierten Bericht in OECD: *Tax Co-operation – Towards a Level Playing Field*, 2008 Assessment by the Global Forum on Taxation, Paris 2008, S. 128 ff.

¹⁷ Vgl. Ziff. II.B.4.

die Übertragung von Vermögenswerten des Settlors auf den Trustee, überhaupt rechtmäßig ist, und ob Dritte, beispielsweise Ehegatten, Erben oder Gläubiger, auch nach Errichtung des Trusts auf das Trustvermögen zugreifen oder gegen den Settlor, den Trustee oder die Begünstigten Rechtsbehelfe auf Zuweisung von Trustvermögen oder sonstige Ansprüche erheben können¹⁸.

2. Anwendbares Recht Anwalt – Klient

Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug¹⁹ ist vor der eigentlichen Prüfung der materiellen Rechtslage die anwendbare Rechtsordnung zu bestimmen²⁰. Nach schweizerischem internationalem Privatrecht ist bei der Ermittlung des auf eine vertragliche Beziehung anwendbaren Rechts in erster Linie *eine allfällige Rechtswahl* massgebend²¹. Beim Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit welchem er am engsten zusammenhängt²². Dabei wird vermutet, dass der *engste Zusammenhang*²³ mit demjenigen Staat besteht, in welchem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt²⁴ hat oder, wenn sie den Vertrag auf-

¹⁸ Vgl. dazu Art. 4 HTÜ und Art. 15 HTÜ. Vgl. dazu unten Ziff. II.B.4.

¹⁹ Im Bereich der anwaltlichen Tätigkeit kann sich dieser Auslandsbezug aus verschiedenen Aspekten ergeben; so etwa daraus, dass die Klientschaft ihren Wohn- oder Geschäftssitz im Ausland hat oder ein in der Schweiz niedergelassener Rechtsanwalt im Ausland tätig wird. Siehe SIEG, OLIVER: Haftpflicht der Anwälte bei internationalen Tätigkeiten, SZIER/RSDIE 2004, 398 f.; RAISER, GOTTFRIED: Die Haftung des deutschen Rechtsanwalts bei grenzüberschreitender Tätigkeit, Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 2049; ROTEN, PHILIPPE: La responsabilité des avocats dans le cadre d'activités internationales, in: Winterthur Versicherungen (Hrsg.): Haftpflicht des Rechtsanwaltes, Tagung der Winterthur Versicherungen, 20. September 2006, Zürich/St. Gallen 2006, 94.

²⁰ Sog. Grundsatz der kollisionsrechtlichen *lex fori*; siehe SIEG (Fn 19), 399 f.; ROTEN (Fn 19), 102. Das anwendbare Kollisionsrecht lässt sich bestimmen, wenn bereits ein Rechtsstreit vor einem Gericht anhängig ist. Um aber das anwendbare Sachrecht bestimmen zu können, so lange noch keine gerichtlichen Behörden in einer Streitigkeit eingeschaltet worden sind, muss festgestellt werden, welche Staaten die internationale Zuständigkeit ihrer Gerichte in einem konkreten Fall bejahen. Vgl. ROTEN (Fn 19), 103. Massgeblich können etwa folgende Anknüpfungspunkte sein:

- Der Sitz oder die Niederlassung eines Rechtsanwaltes;
- Eine internationale Gerichtsstandsvereinbarung;
- Der Erfüllungsort des abgeschlossenen Vertrages zwischen Anwalt und Klient;
- Vermögen des Rechtsanwaltes, welches im Forumsstaat belegen ist;
- Die Berufsausübung des Rechtsberaters im Forumsstaat;
- Bei deliktsrechtlichen Ansprüchen der Handlungs- oder Erfolgsort der in Frage stehenden Handlung.

Siehe zum Ganzen SIEG (Fn 19), 399 ff.

²¹ Art. 116 Abs. 1 IPRG.

²² Art. 117 Abs. 1 IPRG; siehe zum Ganzen auch ROTEN (Fn 19), 105.

²³ Zum engsten Zusammenhang als Anknüpfungsgrundsatz HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, STEPHEN V. (BaSk-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, BaSk-AMSTUTZ/VOGT/WANG, Nr. 6 zu Art. 117 IPRG.

²⁴ Dies gilt, falls es sich beim Erbringer der charakteristischen Leistung um eine natürliche Person handelt. Für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG.

grund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung²⁵ befindet²⁶.

Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung stellt die Beziehung zwischen Klient und Rechtsanwalt einen Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR dar²⁷. Bei Aufträgen *gilt die Dienstleistung als charakteristische Leistung*²⁸. Das anwendbare Recht bestimmt sich somit aufgrund der Leistung des Beauftragten²⁹. Bei einem Anwalt, welcher seine Tätigkeit von der Schweiz aus erbringt, findet auf den mit dem ausländischen Klienten geschlossenen Vertrag somit Schweizerisches Recht Anwendung³⁰.

²⁵ Dies gilt, sofern der Erbringer der charakteristischen Leistung den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat oder es sich um eine juristische Person handelt. Vgl. zum Ganzen SCHWANDER, IVO: Einführung in das internationale Privatrecht, vol. II: Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen/Lachen 1998, N 496 ff.

²⁶ Art. 117 Abs. 2 IPRG.

²⁷ FELLMANN, WALTER: Die Haftung des Anwalts, in: FELLMANN, WALTER/JACOBS, CLAIRE HUGUENIN/POLEDNA, TOMAS/SCHWARZ, JÖRG (Hrsg.): Schweizerisches Anwaltsrecht/Droit suisse des avocats/Diritto svizzero degli avvocati, Bern 1998, 192; BGE 127 III 357 ff., 359; Pra 1992, Nr. 185, E. 2. a. Siehe auch schon BGE 41 II 480.

²⁸ Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG.

²⁹ BGer, Urteil vom 21. Februar 2000, 4C.292/2000.

³⁰ Vgl. auch SIEG (Fn 19), 403. Hat eine Anwaltskanzlei Niederlassungen in mehreren Staaten, muss grundsätzlich auf denjenigen Ort abgestellt werden, von welchem aus die in Frage stehende Tätigkeit erbracht wird. Wenn im Rahmen desselben Mandates mehrere Niederlassungen tätig sind, soll eine einheitliche Anknüpfung gelten, was bedeutet, dass an den Ort der Niederlassung anzuknüpfen ist, welche die verschiedenen Tätigkeiten koordiniert oder leitet, wobei auch die Erwartungen des Klienten mit einzubeziehen sind. Siehe zum Ganzen auch GIRSBERGER, DANIEL/HEINI, ANTON/KELLER, MAX/SIEHR, KURT/VISCHER, FRANK/VOLKEN, PAUL (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, KELLER, MAX / KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA: Nr. 93 zu Art. 117 IPRG; ausführlich zu internationalen Sozietäten SIEG (Fn 19), 419 ff. Zur Frage, ob Verträge mit Rechtsanwälten den Konsumentenverträgen gemäss Art. 120 IPRG zu unterstellen sind (womit unter Umständen das Recht des Aufenthaltsstaates des Klienten Anwendung finden könnte) KELLER/KREN KOSTKIEWICZ (Fn 30), Nr. 23 zu Art. 120 IPRG, dies jedoch grundsätzlich ablehnend, da Verträge mit Rechtsanwälten für gewöhnlich nicht dem "üblichen Gebrauch" im Sinne von Art. 120 IPRG zuzurechnen sind. Dies gilt umso mehr für Verträge, die im Hinblick auf die Beratung für die Errichtung eines Trusts abgeschlossen werden. Allgemein zu den Konsumentenverträgen KELLER/KREN KOSTKIEWICZ (Fn 30), Nr. 1 ff. zu Art. 120 IPRG sowie HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, STEPHEN V. (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, BasK-BRUNNER, Nr. 1 ff. zu Art. 120 IPRG.

3. Anwendbares Recht im “Trust-Innenverhältnis”

a) *Rechtswahl oder engste Verbindung*

Das Haager Trust-Übereinkommen bestimmt, dass der Trust dem vom Begründer gewählten Recht³¹ oder, in Ermangelung einer Rechtswahl, dem Recht, mit dem der Trust die engste Verbindung aufweist³², untersteht. Das so bestimmte Recht regelt die *Gültigkeit* des Trusts, seine *Auslegung*, seine *Wirkung* und seine *Verwaltung*³³. Insbesondere gilt dies für:

- die Ernennung, den Rücktritt und die Abberufung von Trustees, die Fähigkeit, als Trustee zu handeln und die Übertragung der Aufgaben eines Trustees³⁴;
- die Rechte und Pflichten von Trustees untereinander³⁵;
- das Recht von Trustees, die Wahrnehmung ihrer Pflichten oder die Ausübung ihrer Befugnisse ganz oder teilweise an Dritte zu übertragen³⁶;
- die Befugnis von Trustees, das Vermögen des Trusts zu verwalten, darüber zu verfügen, daran Sicherungsrechte zu begründen oder neues Vermögen zu erwerben³⁷;
- die Befugnisse von Trustees, Investitionen vorzunehmen³⁸;
- Beschränkungen in Bezug auf die Dauer des Trusts und in Bezug auf die Befugnis, aus den Einkünften des Trusts Rücklagen zu bilden³⁹;

³¹ Art. 6 Abs. 1 HTÜ: “Der Trust untersteht dem vom Begründer gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich aus den Bestimmungen der Errichtungsurkunde oder des Schriftstücks ergeben, das den Trust bestätigt, wobei diese, soweit erforderlich, nach den Umständen des Falles auszulegen sind.” Vgl. auch BasK-AMSTUTZ/VOGT/WANG (Fn 23), N 55 zu Art. 116 IPRG.

Art. 6 Abs. 2 HTÜ: “Sieht das nach Absatz 1 gewählte Recht Trusts oder die Art von Trusts, um die es geht, nicht vor, so ist die Rechtswahl unwirksam und das in Artikel 7 bestimmte Recht anzuwenden.”

³² Art. 7 HTÜ: “Ist kein anzuwendendes Recht gewählt worden, so untersteht der Trust dem Recht, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Bei der Bestimmung des Rechts, mit dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist, ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

- a) der vom Begründer bezeichnete Ort der Verwaltung des Trusts;
- b) die Belegenheit des Vermögens des Trusts;
- c) der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung des Trustees;
- d) die Zwecke des Trusts und die Orte, an denen sie erfüllt werden sollen.”

³³ Art. 8 Abs. 1 HTÜ: “Das in Artikel 6 oder 7 bestimmte Recht regelt die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung”.

³⁴ Art. 8 Abs. 2 lit. a HTÜ.

³⁵ Art. 8 Abs. 2 lit. b HTÜ.

³⁶ Art. 8 Abs. 2 lit. c HTÜ.

³⁷ Art. 8 Abs. 2 lit. d HTÜ.

³⁸ Art. 8 Abs. 2 lit. e HTÜ.

³⁹ Art. 8 Abs. 2 lit. f HTÜ.

- die Beziehungen zwischen den Trustees und den Begünstigten, einschliesslich der persönlichen Haftung der Trustees gegenüber den Begünstigten⁴⁰;
- die Änderung oder Beendigung des Trusts⁴¹;
- die Verteilung des Vermögens des Trusts⁴²;
- die Verpflichtung von Trustees, über ihre Verwaltung Rechenschaft abzulegen⁴³.

Für die Schweiz bestimmt Art 149c Abs. 1 IPRG, dass für das auf Trusts anwendbare Recht das Haager Trust-Übereinkommen gilt. Diese Verweisung ist rein deklaratorisch, weil das Haager Trust-Übereinkommen unmittelbar anwendbar ist und keiner Bestimmung im nationalen Recht bedarf, die es für anwendbar erklärt⁴⁴.

b) Exkurs: Mindestwirkung der Anerkennung des Trusts gemäss HTÜ

Hinsichtlich der Mindestwirkung der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens bestimmt Art. 11 Abs. 2 HTÜ, dass das Vermögen des Trusts ein vom persönlichen Vermögen des Trustees getrenntes Sondervermögen darstellt, dass der Trustee in seiner Eigenschaft als Trustee klagen oder verklagt werden kann und dass er in dieser Eigenschaft vor einem Notar oder jeder Person auftreten kann, die in amtlicher Eigenschaft tätig wird. Soweit das auf den Trust anzuwendende Recht dies erfordert oder vorsieht, hat die Anerkennung insbesondere die Wirkung, dass die persönlichen Gläubiger des Trustees keinen Zugriff auf das Vermögen des Trusts nehmen können⁴⁵, dass das Vermögen des Trusts im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Trustees nicht Bestandteil des Vermögens des Trustees ist⁴⁶, dass das Vermögen des Trusts weder Bestandteil des ehelichen Vermögens noch des Nachlasses des Trustees ist⁴⁷ und dass das Vermögen des Trusts herausverlangt werden kann, wenn der Trustee unter Verletzung der sich aus dem Trust ergebenden Verpflichtungen Vermögen des Trusts mit seinem persönlichen Vermögen vermischt oder Vermögen des Trusts veräussert hat, die Rechte und Pflichten eines Dritten, der das Vermögen des Trusts in seinem Besitz

⁴⁰ Art. 8 Abs. 2 lit. g HTÜ.

⁴¹ Art. 8 Abs. 2 lit. h HTÜ.

⁴² Art. 8 Abs. 2 lit. i HTÜ.

⁴³ Art. 8 Abs. 2 lit. j HTÜ.

⁴⁴ Vgl. Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, BBl 2006, 551 ff., 592.

⁴⁵ Art. 11 Abs. 3 lit. a HTÜ. Vgl. Art. 284b SchKG. "Im Konkurs eines Trustees wird nach Abzug seiner Ansprüche gegen das Trustvermögen dieses aus der Konkursmasse ausgeschieden."

⁴⁶ Art. 11 Abs. 3 lit. b HTÜ.

⁴⁷ Art. 11 Abs. 3 lit. c HTÜ.

hat, jedoch weiterhin dem durch die Kollisionsnormen des Staates des angerufenen Gerichts bestimmten Recht unterstehen⁴⁸.

4. Anwendbares Recht im “Trust-Aussenverhältnis”

a) Vorfragen gemäss Art. 4 HTÜ

Das Haager Trust-Übereinkommen⁴⁹ ist *nicht* auf *Vorfragen* in Bezug auf die Gültigkeit⁵⁰ von Testamenten⁵¹ oder anderen Rechtsgeschäften⁵² anzuwenden, *durch die dem Trustee Vermögen übertragen wird*⁵³. Dies bedeutet, dass sich die der Errichtung des Trusts vorausgehenden Vorgänge, beispielsweise die *Handlungsfähigkeit* des *Settlors*⁵⁴ zur Errichtung eines Trusts, und die *Vermögensübertragung des Settlors auf den Trustee*⁵⁵ nicht nach dem gemäss Art. 6 und 7 HTÜ bestimmten anwendbaren Recht beurteilen, sondern diese auf Grund des gemäss selbständiger Anknüpfung anwendbaren Rechts zu beurteilen sind⁵⁶.

⁴⁸ Art. 11 Abs. 3 lit. d HTÜ.

⁴⁹ In Staaten, welche das Haager Trust-Übereinkommen nicht ratifiziert haben, finden sich oft ähnliche Bestimmungen in deren Internationalem Privatrecht.

⁵⁰ Gemeint ist die inhaltliche und formelle Gültigkeit. Vgl. dazu HARRIS, JONATHAN: The Hague Trusts Convention – Scope, Application and Preliminary Issues, Oxford/Portland 2002, 151 ff.; GUTZWILLER (Fn 1), Nr. 17 zu Art. 4 HTÜ.

⁵¹ Hinsichtlich des schweizerischen Erbstatutes vgl. Art. 90 ff. IPRG. Vgl. zudem Art. 467 ff. ZGB sowie Art. 498 ff. ZGB.

⁵² Hinsichtlich des schweizerischen Güterrechtsstatutes vgl. Art. 52 ff. IPRG. Für das schweizerische Recht hinsichtlich des Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung als Grundsatz Art. 201 Abs. 1 ZGB: “Innerhalb der gesetzlichen Schranken verwaltet und nutzt jeder Ehegatte seine Errungenschaft und sein Eigentum und verfügt darüber.” Einschränkend aber Art. 201 Abs. 2 ZGB. “Steht ein Vermögenswert im Miteigentum beider Ehegatten, so kann kein Ehegatte ohne Zustimmung des andern über seinen Anteil verfügen, sofern nichts anderes vereinbart ist.” Für den Güterstand der Gütergemeinschaft vgl. Art. 228 Abs. 1 ZGB: “Die Ehegatten können ausser für die ordentliche Verwaltung nur gemeinsam oder der eine nur mit Einwilligung des andern die Gemeinschaft verpflichten und über das Gesamtgut verfügen.” Für den Güterstand der Gütertrennung vgl. Art. 247 ZGB: “Innerhalb der gesetzlichen Schranken verwaltet und nutzt jeder Ehegatte sein Vermögen und verfügt darüber.” Zum Vertragsstatut vgl. Art. 116 ff. IPRG. Andere Rechtsgeschäfte sind insbesondere ehe- und erbvertragliche Zuwendungen sowie Schenkungen. Vgl. zu Eheverträgen Art. 182 ff. ZGB, zu Erbverträgen Art. 468 ZGB und Art. 512 ZGB sowie zu Schenkungen Art. 243 OR.

⁵³ Art. 4 HTÜ.

⁵⁴ Vgl. Art. 35 ff. IPRG. Nicht aber für die Handlungsfähigkeit des Trustees.

⁵⁵ Zur Übertragung schweizerischer Grundstücke vgl. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT EJPD, Bundesamt für Justiz, Eidgenössisches Amt für Grundbuch- und Bodenrecht: Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften, Bern 2008. Kritisch dazu WOLF, STEPHAN/JORDI, NADINE: Trusts und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht, in: WOLF, STEPHAN (Hrsg.): Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens, Bern 2008, 66 ff.

⁵⁶ Vgl. dazu GUTZWILLER (Fn 1), Nr. 12 ff. zu Art. 4 HTÜ.

b) Vorbehalte gemäss Art. 15 ff. HTÜ

Das Haager Trust-Übereinkommen selber macht diverse weitere Vorbehalte zu Gunsten des vom Internationalen Privatrecht des Forums bezeichneten materiellen Rechts, so hinsichtlich des Schutzes Minderjähriger und Handlungsunfähiger⁵⁷, der persönlichen und vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe⁵⁸, dem Erbrecht einschliesslich Testaments- und Pflichtteilsrecht⁵⁹, der Übertragung von Eigentum und dinglichen Sicherungsrechten⁶⁰, dem Schutz von Gläubigern bei Zahlungsunfähigkeit⁶¹ und dem Schutz

⁵⁷ Art. 15 Abs. 1 lit. a HTÜ. Vgl. für das Unterhaltsstatut Minderjähriger Art. 83 IPRG. Interessant in dem Zusammenhang Art. 290 ZGB: "Wenn die Eltern die Sorge für das Kind vernachlässigen, kann das Gericht ihre Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder zum Teil an den gesetzlichen Vertreter des Kindes zu leisten." Ob diese Bestimmung auch auf einen Trustee anzuwenden wäre, ist bislang nicht geklärt.

⁵⁸ Art. 15 Abs. 1 lit. b HTÜ. Vgl. dazu Art. 48 IPRG. Hier insbesondere Art. 208 Abs. 1 ZGB: "Zur Errungenschaft hinzugerechnet werden:

1. unentgeltliche Zuwendungen, die ein Ehegatte während der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstandes ohne Zustimmung des andern Ehegatten gemacht hat, ausgenommen die üblichen Gelegenheitsgeschenke;
2. Vermögensentäusserungen, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes vorgenommen hat, um den Beteiligungsanspruch des andern zu schmälern."

Vgl. auch Art. 220 Abs. 1 ZGB: "Deckt das Vermögen des verpflichteten Ehegatten oder seine Erbschaft bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Beteiligungsforderung nicht, so können der berechnete Ehegatte oder seine Erben Zuwendungen, die der Errungenschaft hinzuzurechnen sind, bis zur Höhe des Fehlbetrages bei den begünstigten Dritten einfordern."

Für das Unterhaltsstatut vgl. Art. 63 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 49 IPRG.

⁵⁹ Art. 15 Abs. 1 lit. c HTÜ. Vgl. dazu Art. 90 IPRG. Hier insbesondere Art. 470 ff. ZGB hinsichtlich des Pflichtteils und den entsprechenden Rechtsbehelfen der Herabsetzung gemäss Art. 522 ff. ZGB, insbesondere Art. 527 ZGB: "Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

1. die Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind;
2. die Erbabfindungen und Auskaufsbeträge;
3. die Schenkungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte, oder die er während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke;
4. die Entäusserung von Vermögenswerten, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat."

Hinsichtlich Ausgleichung vgl. Art. 626 ZGB:

„1. Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat;

2. was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.“

⁶⁰ Art. 15 Abs. 1 lit. d HTÜ.

⁶¹ Art. 15 Abs. 1 lit. e HTÜ. Relevant sein können insbesondere die Schenkungspauliana sowie die Absichtspauliana, allenfalls aber auch die Überschuldungspauliana. Zur Schenkungspauliana vgl. Art. 286 Abs. 1 SchKG: "Anfechtbar sind mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen hat". Zur Absichtspauliana vgl. Art. 288 SchKG: "Anfechtbar sind endlich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu

gutgläubiger Dritter⁶². Unbenommen bleibt den Vertragsstaaten die Anwendung ihrer zwingend anwendbaren Normen (*lois d'application immédiate*)⁶³. Ebenso bleibt nach dem Haager Übereinkommen der schweizerische *Ordre public* vorbehalten⁶⁴. Schliesslich lässt das Haager-Trust-Übereinkommen die Befugnisse der Staaten in Steuersachen unberührt⁶⁵.

C. AUSGANGSLAGE: DIE BEZIEHUNG ZWISCHEN ANWALT UND KLIENT

Wie bereits gezeigt, stellt die Beziehung zwischen Anwalt und Klient ein Auftragsverhältnis dar. Zentral für Auftragsverhältnisse ist, dass der Beauftragte dem Auftraggeber ein *sorgfältiges* und *getreues* Tätigwerden schuldet⁶⁶, nicht dagegen einen bestimmten

benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.“ Zur Passivlegitimation vgl. Art. 290 SchKG: “Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und gegen bösgläubige Dritte. Die Rechte gutgläubiger Dritter werden durch die Anfechtungsklage nicht berührt.”

⁶² Art. 15 Abs. 1 lit. f HTÜ. Vgl. zum Ganzen GUTZWILLER (Fn 1), Nr. 1 ff. zu Art. 15 HTÜ.

⁶³ Art. 16 HTÜ. Ob Art. 335 Abs. 2 ZGB, wonach die Errichtung von Familienfideikommissen nicht mehr gestattet ist, hierunter fällt, hängt davon ab, ob dieser Bestimmung im Sinne von Art. 18 IPRG internationale Wirkung zugemessen wird oder nicht. Dies ist für die Schweiz nach der hier vertretenen Meinung zu verneinen. Zweifelnd auch BBL 2006 564 f.: „Hier ist zu beachten, dass es für eine Anwendung inländischer Normen über Artikel 18 IPRG nicht genügt, dass die betreffende Norm von ihrem selbstdefinierten Geltungsbereich her auch auf ausländische Rechtsverhältnisse angewendet werden will, was im vorliegenden Fall wohl gegeben ist, wenn ein genügender Bezug des betreffenden Trust zur Schweiz besteht. Sie muss darüber hinaus (nach den Worten der bundesrätlichen Botschaft zum IPRG vom 10. November 1982, Ziff. 214.53) von fundamentaler Bedeutung sein und wegen ihrer Zielsetzung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gebieterisch Geltung verlangen. Ob diese Voraussetzung beim Verbot von Unterhaltsstiftungen, das zu einem guten Teil auf aus heutiger Sicht eher überholten sittlichen (Verhinderung von Müssiggang) und ideologischen (Beseitigung feudalistischer Strukturen) Erwägungen beruht, noch erfüllt ist, erscheint fraglich. In der Doktrin sind die Auffassungen dazu geteilt.

Zum Teil wird die Meinung vertreten, dass Trusts mit Artikel 335 Absatz 2 ZGB gar nicht in Konflikt geraten können, da das anglo-amerikanische Recht Beschränkungen hinsichtlich der möglichen Dauer eines Trusts und der damit verbundenen Vermögensbindung vorsieht (*rule against perpetuities*).“

⁶⁴ Art. 18 HTÜ. Für die Schweiz vgl. Art. 17 IPRG. Denkbare Anwendungsfälle wären das Fehlen von *rules against perpetuities* im anwendbaren Truststatut oder sog. *private purpose trusts*. Zum *purpose trust* vgl. etwa EDWARDS, RICHARD/STOCKWELL, NIGEL: *Trusts and Equity*, Harlow 2007, 187 ff.; THOMAS, GERAINT: *Purpose Trusts*, in: GLASSON, JOHN/THOMAS, GERAINT (Hrsg.): *The International Trust*, Bristol 2006, 211 ff.

⁶⁵ Art. 19 HTÜ. Vgl. dazu insbesondere SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ: *Besteuerung von Trusts*, Kreisschreiben 30 vom 22. August 2007.

⁶⁶ Art. 398 Abs. 2 OR: „Er [der Beauftragte] haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.“ FELLMANN, WALTER: *Die Haftung des Anwalts für die Unkenntnis klaren Rechts*, recht 2001, 192; GUHL, THEO/KOLLER, ALFRED/SCHNYDER, ANTON K./DRUEY, JEAN-NICOLAS: *Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, Zürich 2000, § 49 Nr. 10 ff.; TESTA (Fn 66), 18 ff.; WALTER, HANS PETER: *Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandats*, in: MÜNCH, PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.): *Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bd. v: *Schaden – Haftung – Versicherung*, Basel/Genf/Monaco 1999, 781, Nr. 16.21. Art. 398 Abs. 3 OR

Erfolg⁶⁷. Der Beauftragte hat alles zu tun, um die *richtige Erfüllung* und die Verwirklichung des *Leistungserfolges* zu sichern⁶⁸.

D. AUS DER NEUEREN RECHTSPRECHUNG ZU DEN PFLICHTEN DES ANWALTS

1. BGE 115 II 62 – Sorgfalt im Allgemeinen

In BGE 115 II 62 ff. wurde das Sorgfaltsprogramm im Allgemeinen eingehend dargelegt und Folgendes festgehalten: *“Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. ... Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen. Haftungsbegründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Auftraggeber in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. ... Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt, ausübt. ... Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. ... Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden. ... Aus der Treuepflicht des Beauftragten ergibt sich, dass er bei der Ausführung des Auftrages die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren und deshalb alles zu unterlassen hat, was diesem Schaden zufügen könnte. ... Ausfluss der Treuepflicht ist insbesondere, dass der Beauftragte den Auftraggeber beraten und informieren muss. Mit regelmässiger Beratung hat er dem Auftraggeber bei der Wahl der geeigneten Massnahme behilflich zu sein. Erhält er Anweisungen, welche den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufen, hat er abzuraten. ... Gegenstand der Informationspflicht bildet alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung ist. Der Beauftragte hat als Fachmann dem Auftraggeber auch unaufgefordert über die Zweckmässigkeit*

schliesslich verlangt von einem Beauftragten, dass er die übernommenen Geschäfte persönlich zu besorgen hat, ausser, er sei zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt oder wenn eine Vertretung “übungsgemäss als zulässig betrachtet wird”. Siehe dazu GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (Fn 66), § 49 Nr. 15 ff.; HOFSTETTER, JOSEF: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: GUTZWILLER, MAX/HINDERLING, HANS et al. (Hrsg.): Schweizerisches Privatrecht VII/6, VISCHER, FRANK/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Aufl., Basel/Genf/Monaco 2000, 94 ff.; TESTA, GIOVANNI ANDREA: Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Diss., Zürich 2001, 44 ff.

⁶⁷ FELLMANN (Fn 66), 193; HOFSTETTER (Fn 66), 39; LEVIS, MADELEINE-CLAIRE: Zivilrechtliche Anwaltpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Diss., Zürich 1981, 11; SCHLÜCHTER, FABIO: Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit unter Einbezug praktischer Fragen der Haftpflichtversicherung, AJP/PJA 1997, 1359; TESTA (Fn 66), 16; WALTER (Fn 66), Nr. 1621; BGE 127 III 357 ff.

⁶⁸ ARTER, OLIVER: Anwalt und Trust, in: Winterthur Versicherungen (Hrsg.): Haftpflicht des Rechtsanwaltes, Zürich/St. Gallen 2006, 149.

des Auftrages und der Weisungen, die Kosten und Gefahren sowie die Erfolgchancen Auskunft zu geben.”⁶⁹

Dieser Bundesgerichtsentscheid, welcher im Zusammenhang mit Vermögensverwaltungsgeschäften, die auch den Bestimmungen über den Auftrag unterliegen, ergangen ist, wurde für die anwaltliche Tätigkeit in drei wesentlichen Entscheiden präzisiert und hinsichtlich des Sorgfaltsmassstabes modifiziert.

2. BGE 127 III 357 – Risikogeneigte Tätigkeit des Anwaltes

Bezüglich der Haftung des Anwaltes wurde in BGE 127 III 357 ff. folgendes festgehalten: “[D]er Anwalt [trägt] nicht die Verantwortung für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung an sich verbunden sind. Er übt insofern eine risikogeneigte Tätigkeit aus, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Namentlich gilt zu berücksichtigen, dass er nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Nach wie vor haben die Parteien das Prozessrisiko zu tragen, das sie nicht über die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagern können. Art. 398 Abs. 1 OR verweist für das Mass der Sorgfalt des Beauftragten auf dasjenige des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis (Art. 321e Abs. 2 OR), wobei diese Verweisung dahingehend zu verstehen ist, dass der Beauftragte zwar nicht für die gleiche – weniger strikte – Sorgfalt wie der Arbeitnehmer, jedoch nach der gleichen Regel haftet. Der Sorgfaltsmassstab richtet sich daher nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen müssen. Ob eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten vorliegt, ist stets anhand des konkreten Falls zu prüfen. Dabei liegt der Wertungsgrad zwischen vertretbarem und unvertretbarem Vorgehen im Spannungsfeld zwischen der gefahrgeneigten Tätigkeit des Anwalts und seiner obrigkeitlich bekräftigten Fachkunde. Als Ausfluss der Treupflicht obliegt dem Anwalt insbesondere, seinen Mandanten über die Schwierigkeit und die Risiken der Geschäftsbesorgung umfassend aufzuklären, damit dieser sich über das von ihm zu tragende Risiko bewusst werde.”⁷⁰

Hinsichtlich der erforderlichen Rechtskenntnis hat das Bundesgericht ausgeführt, dass der Anwalt das von Lehre und Praxis *einheitlich vertretene, klare und damit nicht interpretationsbedürftige Recht* zu kennen hat⁷¹. Missachtet ein Anwalt klares Bundesrecht, lässt sich dies nicht mit einer abweichenden kantonalen Übung rechtfertigen; subjektive Unkenntnis des Rechts oder Vertrauen auf Rechtsgültigkeit schützt nicht vor den entsprechenden Rechtsfolgen⁷².

Anwälte haften für jedes, auch für leichtes Verschulden⁷³.

⁶⁹ BGE 115 II 64 f.

⁷⁰ BGE 127 III 360 f.

⁷¹ BGE 127 III 362.

⁷² BGE 127 III 362.

⁷³ BGE 117 II 563 ff., 567 ff.

3. BGer 4C.80/2005 vom 11. August 2005

Die Sorgfaltspflicht des Anwalts hat das Bundesgericht in einem späteren Entscheid präzisiert. In BGer 4C.80/2005 vom 11. August 2005 hat es zur Sorgfaltspflicht des Anwalts ausgeführt: *„Speziell zur Sorgfaltspflicht des Anwalts ist festzuhalten, dass zur korrekten Mandatsführung nebst der Abklärung des Sachverhalts insbesondere auch die Prüfung der Rechtslage gehört. Von einem Anwalt ist zu verlangen, dass er nur Mandate in Rechtsgebieten entgegennimmt, in denen er sich auskennt oder in denen er sich die erforderlichen Kenntnisse rechtzeitig aneignen kann. Hinreichende Rechtskenntnis liegt vor, wenn dem Anwalt die einschlägigen Gesetze und die höchstrichterliche Rechtsprechung dazu bekannt sind und wenn sich der Anwalt in den gängigen Kommentaren und Monographien auskennt. Die publizierte kantonale Rechtsprechung hat der Anwalt jedenfalls in seinem örtlichen Wirkungskreis zu konsultieren.“*⁷⁴

4. BGE 134 III 534

In einem kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid wurde die Rechtsprechung am 10. Juli 2008 hinsichtlich der Sorgfalt des Anwaltes und der hinreichenden Rechtskenntnis weiter konkretisiert.

In gerade oben dargestelltem Bundesgerichtsentscheid 4C.80/2005 vom 11. August 2005 wurde noch ausgeführt, dass hinreichende Rechtskenntnis vorliegt, wenn der Anwalt die einschlägigen Gesetze und die höchstrichterliche Rechtsprechung, die publizierte kantonale Rechtsprechung am örtlichen Wirkungskreis sowie die gängigen Kommentaren und Monographien kennt.⁷⁵

Präzisierend hat das Bundesgericht nun festgehalten, dass der Anwalt nicht *sämtliche* veröffentlichte bundesgerichtliche Rechtsprechung oder publizierten Artikel zu kennen hat. Das Bundesgericht führte nämlich aus: *„Sous l'angle de la responsabilité du mandataire, on ne peut pas exiger d'un avocat qu'il prenne connaissance de tous les arrêts du Tribunal fédéral accessibles par internet ou de tous les arrêts et articles publiés dans les nombreuses revues juridiques existant en Suisse. Le Tribunal fédéral publie ses arrêts de principe au Recueil officiel. ... C'est donc la publication dans ce recueil qui, en règle générale, est déterminante pour dire à partir de quel moment un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence.“*⁷⁶

Gemäss diesem Urteil bestimmt sich die hinreichende Rechtskenntnis eines Anwalts bezüglich der Rechtsprechung nach den in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten

⁷⁴ BGer 4C.80/2005 vom 11. August 2005.

⁷⁵ BGer 4C.80/2005 vom 11. August 2005.

⁷⁶ BGE 134 III 539.

Bundesgerichtsentscheiden⁷⁷. In der Amtlichen Sammlung werden nur Entscheide von grundsätzlicher Bedeutung veröffentlicht⁷⁸. Im Internet⁷⁹ werden – neben allen Entscheiden der Amtlichen Sammlung – alle End- und Teilentscheide sowie die vom Abteilungspräsidium bezeichneten Vor- und Zwischenentscheide veröffentlicht⁸⁰.

Nicht zu erwarten sei von einem Anwalt, dass er alle im Internet oder in Zeitschriften zugänglichen Bundesgerichtsentscheide oder alle Zeitschriftenartikel kennt⁸¹. Dieser Bundesgerichtsentscheid ist insoweit inkonsequent, als dass noch vor Kurzem in einem anderen Entscheid das Bundesgericht selbst auf die im Internet verfügbare Rechtsprechung verwiesen hat⁸². Hinzu kommt, dass von einem Anwalt, welcher sich in seinem Fachgebiet als Spezialist anpreist, erwartet werden darf, dass er auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung kennt, welche nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht wurde, insbesondere auch, weil heute der Zugriff auf webbasierte Datenbanken, gerade wenn unentgeltlich zur Verfügung stehend, von Anwälten erwartet werden darf⁸³.

5. Folgerung: Pflichten des Rechtsanwalts

Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zeigt zusammenfassend, dass das Handeln des Rechtsanwaltes, gemessen an den Interessen des Klienten, *sachgerecht, gewissenhaft* und *zielgerichtet* zu sein hat⁸⁴. Jedes Mandat ist akkurat und sachgemäss zu führen. Der Anwalt hat sich nach den *anerkannten und praktizierten Regeln seines Berufes* zu richten⁸⁵. Dies setzt Kenntnis der einschlägigen Gesetze, der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, der gängigen Kommentare und Monographien sowie der

⁷⁷ BGE 134 III 534.

⁷⁸ Art. 58 Reglement für das Bundesgericht.

⁷⁹ Vgl. www.bger.ch.

⁸⁰ Art. 59 Reglement für das Bundesgericht.

⁸¹ BGE 134 III 539.

⁸² BGer. 4C.24 vom 17. Oktober 2005 sowie zum Ganzen BOHNET, FRANÇOIS: Kenntnisse des Anwalts bezüglich Rechtsprechung – es zählt einzig die Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung, SJZ 2009, 14 ff.

⁸³ Vgl. auch BOHNET (Fn 82), 15 f.

⁸⁴ Vgl. FELLMANN, WALTER (BK-FELLMANN): Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992, Nr. 21 zu Art. 398 OR; s. auch FELLMANN (Fn 66), 193; HOFSTETTER (Fn 66), 39. Ausführlich zu den einzelnen Ausprägungen der Sorgfaltspflicht eines Rechtsanwaltes TESTA (Fn 66), 51 ff.; ebenso FELLMANN (Fn 27), 196 ff.

⁸⁵ FELLMANN (Fn 27), 190, 196 ff.; KULL, MICHAEL: Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Diss., Zürich 2000, 54 ff.; LEVIS (Fn 67), 14 f.; BK-FELLMANN (Fn 84), Nr. 497 ff. zu Art. 398 OR; BGE 127 III 360 f.

Rechtsprechung am Ort des örtlichen Wirkungskreises des Rechtsanwaltes voraus⁸⁶. Was dies hinsichtlich Trusts bedeutet, wird weiter unten ausführlich dargestellt⁸⁷.

Der Sorgfaltsmassstab des Anwalts richtet sich nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber *gekant* hat oder *hätte kennen müssen*⁸⁸. Kriterium ist der berechnete Erwartungshorizont des Auftraggebers⁸⁹. Erhöhte Sorgfalt kann ein Klient von seinem Anwalt erwarten, wenn sich dieser als Spezialist, beispielsweise für die Errichtung von Trusts, ausgibt, insbesondere, wenn dazu entsprechende Werbebroschüren erstellt werden, sich solche Hinweise auf der Website des Anwalts finden oder Fachtitel geführt werden.

6. Sonderproblem – Sorgfalt bei der Anwendung ausländischer Rechtsnormen

Für die Dienstleistung eines Anwalts im Umfeld von Trusts stellt die *Anwendung* und der *Umgang* mit ausländischen Rechtsnormen ein bedeutsamer Aspekt der Tätigkeit dar⁹⁰. Gerichte jedes Staates bestimmen selber – sofern keine Staatsverträge oder Konventionen bestehen –, wie plurinationale Sachverhalte im Streitfall zu beurteilen sind⁹¹.

Bei der Errichtung eines Trusts stellt sich einerseits die Frage, in welchem Land und in welcher Ausgestaltung ein Trust errichtet werden soll. Andererseits ist der schweizerische Anwalt regelmässig mit einem Settlor und Begünstigten konfrontiert, welche im Ausland Wohnsitz haben. Entsprechend hat sich der Anwalt bei der Beratung über die Errichtung eines Trusts zwingend mit ausländischem Recht auseinanderzusetzen. Im Beratungsstadium steht aber noch nicht fest, wer später allenfalls in welcher Jurisdiktion als Kläger auftritt. Entsprechend sind mögliche Gerichtszuständigkeiten zu prüfen. Basierend auf einer möglichen gegebenen Zuständigkeit der Gerichte eines Staates ist anschliessend zu prüfen, welches Privatrecht auf Grund des Internationalen Privatrechts

⁸⁶ BGer 4C.80/2005 vom 11. August 2005.

⁸⁷ Vgl. Ziff. II.E.2 und Ziff. II.F.

⁸⁸ BGE 127 III 360.

⁸⁹ BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000.

⁹⁰ Ausführlich hierzu ROTEN (Fn 19), 107 ff. S. auch OLG Hamm, Urteil vom 14.3.1995 (28 U 104/94), abgedruckt in DZWir 1997, 460 (zur Anwaltshaftung bei der Anwendung ausländischen Rechts); OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.1.1995 (18 U 109/94), abgedruckt in NJW-RR 1995, 1147 (zur Haftung eines Notars im Zusammenhang mit der Anwendung ausländischen Rechts); OLG Bamberg, Urteil vom 7.11.1988 (4 U 119/88), abgedruckt in MDR 1989, 542 (zur Abgrenzung zwischen dem Aufgabenkreis eines inländischen Korrespondenzanwaltes und dem eines für die Prozessführung im Ausland hinzugezogenen ausländischen Rechtsanwaltes); BGH, Urteil vom 22.2.1972 (VI ZR 135/70), abgedruckt in NJW 1972, 1044 (zur Frage nach der Pflicht eines Rechtsanwaltes, einen nach ausländischem Recht zu beurteilenden Vertrag auf dessen Wirksamkeit zu prüfen).

⁹¹ SCHWANDER, IVO: Einführung in das internationale Privatrecht, vol. 1: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen/Lachen 2000, N 6.

zur Anwendung gelangt. Anschliessend ist die Rechtslage nach den materiell-rechtlichen Bestimmungen des anwendbaren Privatrechts zu bestimmen. Die Ergebnisse dieser Abklärungen haben in den Beratungsprozess bezüglich der Wahl der Trust-Jurisdiktion sowie der Ausgestaltung des Trusts einzufließen.

Nebst grundlegenden Anforderungen für die Tätigkeit im internationalen Umfeld – Kenntnis von Fremdsprachen, genügende Verständigung mit dem Klienten usw.⁹² – steht die Pflicht des Anwaltes im Zentrum, über die für eine sorgfältige Mandatsbetreuung erforderlichen Kenntnisse des ausländischen Rechts zu verfügen. Damit stellt sich die Problematik, wie und wonach sich die Anforderungen an die Kenntnis dieses ausländischen Rechts bestimmen und ob diese allenfalls geringer sind als bei der Anwendung des inländischen Rechts⁹³.

Als Grundsatz gilt, dass von Anwälten nicht verlangt werden kann, dass sie jegliche in Frage kommenden ausländischen Rechtsnormen zu kennen haben⁹⁴. Zwei gewichtige Ausnahmen von dieser Regel sind aber zu beachten⁹⁵: Einerseits sind erhöhte Anforderungen an die Kenntnis des ausländischen Rechts zu stellen, wenn die Berücksichtigung ausländischer Rechtsnormen *Bestandteil des zwischen Rechtsanwalt und Klientschaft abgeschlossenen Vertrags* ist⁹⁶ oder sich ein Anwalt dahingehend *als Spezialist präsentiert*⁹⁷, dass er über umfangreiche Kenntnisse im ausländischen Recht verfügt⁹⁸. Im

⁹² Hierzu RAISER (Fn 19), 2050: “Bei der Abklärung auslandsbezogener Sachverhalte muss der deutsche Anwalt vor allem sprachliche Schwierigkeiten überwinden. Es sollte sich von selbst verstehen, dass er ein auslandsbezogenes Mandat ohne die Möglichkeit der Verständigung mit dem Mandanten in einer gemeinsam beherrschten Sprache nicht übernehmen kann. Denn er muss ja selbst zuallererst verstehen können, was ihm der Mandant schriftlich oder mündlich vorträgt. Und er sollte sich dem Mandanten in Wort oder Schrift mit Rückfragen, Hinweisen und Berichten verständlich machen können. Erste Voraussetzung jeder grenzüberschreitenden Tätigkeit ist also die gemeinsame Sprache, und da Deutsch weit davon entfernt ist, eine Weltsprache zu sein, sind Kenntnisse ausländischer Sprachen vom deutschen Anwalt gefragt, der grenzüberschreitend tätig sein will.”

⁹³ RAISER (Fn 19), 2050 f.; siehe auch ROTEN (Fn 19), 108; zu den diesbezüglichen Tendenzen in der deutschen Literatur SIEG (Fn 19), 409 ff., m.w.H.

⁹⁴ SIEG (Fn 19), 411; vgl. auch die Ausführungen des OLG Hamm, Urteil vom 14. März 1995 (28 U 104/94), abgedruckt in DZWIR 1997, 460, wonach sich ein Rechtsanwalt wegen Schlechterfüllung seiner Pflichten schadenersatzpflichtig macht, wenn er „sich die Erkenntnisquellen für die Anwendung des ausländischen Rechts nicht im Rahmen des Zumutbaren beschafft“, wobei die Zumutbarkeit dann zu bejahen sei, wenn die ausländischen Gesetze auch in deutscher Sprache veröffentlicht würden.

⁹⁵ Im Allgemeinen sei an dieser Stelle auch nochmals auf die bereits besprochene Thematik eines allfälligen Übernahmeverschuldens hingewiesen: Erkennt ein Rechtsanwalt, dass er nur ungenügende Kenntnisse im anzuwendenden ausländischen Recht hat bzw. dass er sich diese nicht in angemessen kurzer Zeit aneignen kann, so muss er ein Mandat niederlegen oder sich hierfür eines ausländischen Spezialisten bedienen; zu letzterer Vorgehensweise und diesbezüglichen Haftungsfragen ausführlich SIEG (Fn 19), 412 ff.

⁹⁶ Wobei dies explizit vereinbart wird oder sich aus den Umständen ergeben kann; SIEG (Fn 19), 411. Vgl. auch BGH, Urteil vom 22. Februar 1972 (VI ZR 135/70), abgedruckt in NJW 1972, S. 1044.

⁹⁷ SIEG (Fn 19), 412, spricht diesbezüglich von der Schaffung eines “besonderen Vertrauensbestandes”, wobei die Präsentation als Spezialist auf dem Praxisschild, dem Briefbogen, der Visitenkarte, in einem Anwaltsverzeichnis oder im Internet erfolgen könne (siehe SIEG (Fn 19), 412).

letztenannten Fall darf der Klient auch ohne explizite vertragliche Vereinbarung davon ausgehen, dass der Rechtsanwalt über die in Aussicht gestellten Kenntnisse verfügt⁹⁹.

Bei schweizerischen Anwälten, welche für die Errichtung eines Trusts zu Rate gezogen werden, sind beide diese Voraussetzungen regelmässig erfüllt. Zum einen präsentiert sich ein im Bereich Trust tätiger Anwalt als diesbezüglicher Spezialist – Gegenstand seiner Dienstleistung für den Klienten ist gerade die Beratung hinsichtlich der Ausgestaltung eines Trusts, was die Wahl der geeigneten Jurisdiktion und damit Kenntnisse des ausländischen Rechts erfordert¹⁰⁰. Würde ein schweizerischer Rechtsanwalt Beratung hierüber nicht erbringen, so würde sich dessen Beizug meistens erübrigen. Entsprechend ist regelmässig Gegenstand der Mandatsvereinbarung mit einem schweizerischen Anwalt bezüglich der Errichtung eines Trusts, dass der zu Rate gezogene Rechtsanwalt die verschiedenen zur Auswahl stehenden Rechtsordnungen und Ausgestaltungsarten von Trusts kennt, würdigt und unter ihnen die beste Variante hinsichtlich Trust-Jurisdiktion und Ausgestaltung des Trusts – bezogen auf die Motive der Trust-Errichtung sowie unter Berücksichtigung des Wohnsitzes des Settlors und der Begünstigten sowie dem Lageort der auf den Trust zu übertragenden Vermögenswerte – findet. Entsprechend ist die Berücksichtigung und Würdigung all dieser Rechtsordnungen entweder explizit vereinbart, oder der Klient darf nach Treu und Glauben den Vertragsinhalt demgemäss verstehen. Ein im Bereich Trust tätiger Anwalt hat folglich in der Anwendung dieser ausländischen Rechtsnormen *dieselben Sorgfaltsstandards zu beachten wie bei der Anwendung inländischen Rechts*¹⁰¹. Dies macht es faktisch erforderlich, dass ein schweizerischer Anwalt für die Abklärung der ausländischen Rechtsfragen ausländische Spezialisten beizieht.

Mit dem Beizug ausländischer Rechtsanwälte ist die Tätigkeit aber nicht abgeschlossen: Es gilt, diesen die richtigen Fragen zu stellen und die eingeholten Gutachten und rechtlichen Abklärungen in ausländischen Jurisdiktionen zu bewerten und diese für die Beratung bei der Errichtung des Trusts nutzbar zu machen. Typischerweise wird ein Anwalt, nämlich derjenige, welcher vom Klienten mit der Errichtung des Trusts betraut wurde, eine „Mastermind“-Funktion übernehmen. Um diese ausüben zu können, ist ein grundlegendes Verständnis des Trusts an sich sowie möglicher Ausprägungen einerseits so-

⁹⁸ Dazu ausführlich SIEG (Fn 19), 405 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die diesbezügliche deutsche Rechtsprechung.

⁹⁹ Vgl. die Ausführungen des Bundesgerichtes zum “berechtigten Erwartungshorizont” eines Auftraggebers, welcher für die Konkretisierung der geschuldeten Sorgfalt zu berücksichtigen ist: BGR 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000, E. 1. b.

¹⁰⁰ Vgl. ROTEN (Fn 19), 108.

¹⁰¹ Vgl. ROTEN (Fn 19), 108 f., differenzierend allerdings für den Bereich der allgemeinen anwaltlichen Tätigkeit.

wie andererseits Kenntnisse davon, welche rechtlichen Hindernisse¹⁰² in involvierten Jurisdiktionen bestehen können, erforderlich.

E. ALLGEMEINE PFLICHTEN DES ANWALTS BEI DER ERRICHTUNG EINER TRUSTS

1. Erkundigungspflicht

Vorerst hat sich der Anwalt zu erkundigen, welche Ziele sein Klient als Settlor und bezüglich der Begünstigung aus dem Trusts verfolgt.

Die Ziele, welchen mit der Errichtung eines Trusts nachgegangen wird, sind vielfältig. In den Heimatrechtsordnungen des Trusts werden insbesondere die Funktionen Geschäftsbesorgung¹⁰³, Übertragung¹⁰⁴, Entäusserung¹⁰⁵, Sicherung sowie weitere trust-spezifische Anwendungsfälle genannt¹⁰⁶. Der schweizerische Anwalt – wie bereits gezeigt – wird sich dagegen oftmals mit Motiven wie Nachlassplanung, Vermögenssicherung und -erhaltung für die Zukunft, beispielsweise für Ehegatten und Nachkommen, Steuerplanung oder Sicherung von Vermögenswerten vor dem Zugriff durch Dritte konfrontiert sehen.

2. Aufklärungspflicht

Aufklärung ist die spontane, d.h. die ohne besonderes Verlangen des Vertragspartners erfolgende Mitteilung von tatsächlichen, entscheidungserheblichen Umständen¹⁰⁷.

¹⁰² Vgl. dazu die Hinweise unter Ziff. II.B.4.

¹⁰³ So wenn ein bestimmter Markt nur einer geschlossenen Personengruppe offen steht oder dem Trustee besondere Sachkenntnis zukommt, welche dem Settlor fehlt.

¹⁰⁴ Insbesondere wenn bestimmten Personen eine Begünstigung – insbesondere auch eine limitierte – an Vermögenswerten eingeräumt werden soll, jedoch kein Verfügungsrecht an diesen. Anwendungsfälle sind die erbrechtliche Planung oder die Begünstigung von Personen, welche selber nicht ausreichend für sich sorgen können, beispielsweise handlungsunfähige Personen.

¹⁰⁵ Insbesondere zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Vgl. für die Schweiz die Diskussion unter dem Stichwort *Blind Trust* um Ex-Bundesrat Christoph Blocher/Ems-Chemie, insbesondere die Interpellation 03.3662 der Sozialdemokratischen Fraktion vom 19.12.2003. *Blind Trusts* kommen in den USA und England in vergleichbaren Situationen regelmässig zur Anwendung. Die Entäusserungsfunktion kommt auch zum Tragen beim Schutz von Vermögenswerten im Konkursfall (sog. *Asset Protection Trusts*) oder bei Regelungen ähnlich deren in Aktionärbindungsverträgen (sog. *Voting Trusts*). Zu letzterem vgl. ARTER (Fn 10), 329 ff.; ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S.: Stimmbindung mit Aktionärbindungsvertrag – Voting Trusts als Alternative, ST/ECS 2007, 474 ff. sowie ARTER, OLIVER/PETRI, KATHARINA: Business Trusts – der Trust im kommerziellen Umfeld, ST/ECS 2004, 297 ff.

¹⁰⁶ ARTER (Fn 68), 116.

¹⁰⁷ ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S.: Informationspflichten beim Discount-Brokerage, AJP/PJA 2001, 57, m.w.H.

Der Anwalt hat seinen Klienten – als potentiellen Settlor und allfälligen Begünstigten – über die „Funktionsweise“ eines Trusts aufzuklären und zu erläutern, welche Wirkungen die Errichtung eines Trusts mit sich bringt.

Aufgrund des engen Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Klient besteht die Aufklärungspflicht *unaufgefordert*¹⁰⁸. Umfasst sind „alle Umstände, welche die Erreichung des Auftragserfolges und damit den Entschluss des Auftraggebers, den Auftrag zu widerrufen oder wenigstens zu modifizieren, beeinflussen“¹⁰⁹. Betroffen sind auch (!) die Fähigkeiten und Kenntnisse des Beauftragten selbst, der Vertragsinhalt, die zu erwartenden Honoraransprüche, die jeweiligen Gefahren und Erfolgsaussichten, die vollständige und wahrheitsgemässe Beantwortung sämtlicher Fragen des Auftraggebers sowie Hinweise auf allfällige Irrtümer des Auftraggebers¹¹⁰. Je mehr sich ein Anwalt als Spezialist anbietet, desto eher darf umfangreiche Aufklärung erwartet werden¹¹¹.

Aufklärung zu Trusts ist beispielsweise erforderlich hinsichtlich:

- Was ist ein Trust?
- Was sind die Unterschiede zwischen einzelnen „Trust-Arten“, beispielsweise *fixed interest* vs. *discretionary* Trust, *revocable* vs. *irrevocable* Trust?
- Welche Personen sind an einem Trust „beteiligt“?
- Welche Rechte hat der Settlor nach der Errichtung des Trusts?
- Welche Rechte und Pflichten hat der Trustee?
- Welche Rechte und Pflichten hat der Protektor?
- Welche Rechte haben die Begünstigten?
- Wie können Trusts ausgestaltet werden? Was sind allfällige rechtliche Folgen für den Settlor, den Trustee, den Protektor und die Begünstigten?
- Welche „Kontrollmöglichkeiten“ bestehen nach der Errichtung des Trusts?
- Wie „funktionieren“ *Letter of Wishes*? Was ist deren rechtliche Wirkung?
- Was macht einen Trust ungültig?

¹⁰⁸ BK-FELLMANN (Fn 84), Nr. 146 zu Art. 398 OR.

¹⁰⁹ DERENDINGER, PETER: Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Fribourg 1988, Rz. 131. In den Worten des Bundesgerichtes umfasst die Informationspflicht „alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung ist“; BGE 115 II 62 ff., 65.

¹¹⁰ Vgl. BK-FELLMANN (Fn 84), Nr. 150 ff. zu Art. 398 OR; FELLMANN (Fn 27), 194 f.; TESTA (Fn 66), 31. S. auch BGE 115 II 62 ff., 65. Ausführlich in dieser Hinsicht NIGG, HANS: Die zivilrechtliche Aufklärungspflicht des Rechtsanwalts, Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift/Revue suisse d'assurances (SVZ) 1994, 206 ff.

¹¹¹ BK-FELLMANN (Fn 84), Nr. 156 zu Art. 398 OR; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY (Fn 66), § 49 Nr. 12; BGE 115 II 62 ff., 64, E. 3. a.

- Wie wird das Trustvermögen verwaltet, investiert und den Begünstigten zugewiesen?
- Welche Unterschiede bestehen zwischen einzelnen “Trust-Jurisdiktionen”?
- Was sind die rechtlichen Folgen der Trust-Errichtung?
- Was können allenfalls Dritte, beispielsweise Ehegatten, Erben oder Gläubiger, gegen die Errichtung des Trusts tun?
- Inwiefern können allenfalls Dritte, beispielsweise Ehegatten, Erben oder Gläubiger, auch nach Errichtung des Trusts auf das Trustvermögen zugreifen oder gegen den Settlor, den Trustee oder die Begünstigten Rechtsbehelfe auf Zuweisung von Trustvermögen oder sonstige Ansprüche erheben?
- Welche Kosten sind mit der Errichtung eines Trusts verbunden und welche Kosten fallen für die Tätigkeit des Trustee oder Protectors an?
- Was “kann ein Trust” und was “kann ein Trust nicht”?

3. Beratungspflicht

Wer beratungspflichtig ist, hat nicht nur – wie bei der Aufklärung – tatsachenbezogene Informationen weiterzugeben, sondern ist zusätzlich verpflichtet, diese Tatsachen zu gewichten und zu bewerten¹¹². Der genaue Umfang der Beratungspflicht lässt sich nicht zum Vornherein bestimmen – geschuldet ist eine Kombination von Tatsacheninformation und Empfehlung, deren genauer Umfang und Inhalt im Einzelfall zu bestimmen ist¹¹³. Wer beratungspflichtig ist, hat Prognosen und Werturteile hinsichtlich der rechtlichen Ausgangslage des Klienten abzugeben und gestützt hierauf Ratschläge und Empfehlungen für das weitere Vorgehen auszuarbeiten¹¹⁴. Die Beratung hat umfassend zu sein, d.h. der Rechtsanwalt hat dafür zu sorgen, “dass alle voraussehbaren und vermeidbaren Nachteile für den Klienten auch tatsächlich vermieden werden”¹¹⁵. Ein Anwalt hat seinem Klienten stets diejenigen Schritte anzuraten, “die geeignet sind, das angestrebte Ziel zu erreichen”¹¹⁶.

¹¹² ARTER/JÖRG (Fn 107), 58.

¹¹³ HORN, NORBERT: Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 1997, 141; BALZER, PETER: Aufklärungs- und Beratungspflichten bei der Vermögensverwaltung, WM 2000, 441 ff., ARTER/JÖRG (Fn 107), 58.

¹¹⁴ Vgl. allgemein HORN (Fn 113), 141; WIENEKE, LAURENZ: Discount-Broking und Anlegerschutz, Baden Baden 1999, 44; EBNET, PETER: Der Informationsvertrag, Baden-Baden 1995, 81; ARTER/JÖRG (Fn 107), 58.

¹¹⁵ FELLMANN (Fn 27), 200.

¹¹⁶ FELLMANN (Fn 27), 200.

Ergibt sich, dass die Errichtung eines Trusts eine passende Gestaltungsvariante für die vom Settlor verfolgten Ziele darstellt und der Settlor nach erfolgter Aufklärung nach wie vor die Errichtung eines Trusts wünscht, so ist dieser anschliessend hinsichtlich der konkreten Errichtung und Ausgestaltung eines Trusts zu beraten. Dabei hat der beteiligte Berater insbesondere in Betracht zu ziehen, dass es nicht “einen Trust” gibt, sondern dass Trusts generell und in verschiedenen Jurisdiktionen sehr unterschiedlich ausgestaltet werden können.

4. Warnpflichten

Schliesslich hat der Anwalt seinen Klienten zu warnen und ist bei der Errichtung insbesondere gehalten, “risikobegrenzende Massnahmen” vorzuschlagen. Warnpflichten sind in erster Linie auf das Vermögenserhaltungsinteresse und die Abwehr von Gefahren und Schäden des Vertragspartners bezogen¹¹⁷. Sie beinhalten spontane Mitteilungspflichten von genau umrissenen, konkreten Gefahren¹¹⁸. Dabei kann es sich sowohl um reine Tatsachenhinweise als auch um deren bewertete Mitteilung – beispielsweise Risiken, welche durch die Errichtung eines Trusts geschaffen werden – handeln¹¹⁹. Entsprechend ist der Klient insbesondere vor übereilten Entschlüssen zu warnen, beispielsweise, wenn dieser bereits vorgefasste Absichten über die Errichtung eines Trusts oder dessen Ausgestaltung mitbringt¹²⁰.

Praktisch kann dies beispielsweise bedeuten, dass der Anwalt den Abschluss eines Erbvertrages des Settlors mit dessen pflichtteilsgeschützten Erben vorschlägt, sofern mit der Übertragung von Vermögenswerten auf einen Trust deren Rechte verletzt werden, oder dass er darauf hinweist, welche Folgen die Verletzung der Pflichtteile mit sich bringen kann.

F. AUSGEWÄHLTE PFLICHTEN DES ANWALTS BEI DER ERRICHTUNG EINER TRUSTS IM BESONDEREN

1. Aufklärung darüber, was ein Trust ist

Bei der Aufklärung darüber, was ein Trust ist, sind dessen Wesensmerkmale zu erläutern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass keine gesetzliche oder allgemein gültige Definition eines Trusts besteht. Trusts sind gekennzeichnet durch ein Rechtsverhältnis von

¹¹⁷ VORTMANN, JÜRGEN: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 8. Aufl., Köln 2006, Nr. 7 ff.; WIENEKE (Fn 114), 45.

¹¹⁸ ARTER/JÖRG (Fn 107), 58.

¹¹⁹ HORN (Fn 113), 141; ARTER/JÖRG (Fn 107), 58.

¹²⁰ BGE 124 III 162. Anders wohl BGER 4C.265/2001 vom 15. Januar 2002.

besonderem Vertrauenscharakter¹²¹. Ein Trustee¹²² hält die von einem Settlor¹²³ übertragenen beweglichen und/oder unbeweglichen Vermögensgegenstände¹²⁴ in Eigentum¹²⁵ mit der Massgabe¹²⁶, sie zu Gunsten Dritter – der Begünstigten¹²⁷ – oder eines bestimmten Zweckes¹²⁸ innezuhaben¹²⁹. „Abmachungen“¹³⁰ zwischen Settlor und Trustee werden regelmässig im Rahmen einer förmlichen Erklärung in Gestalt einer Trusturkunde – dem Trust Deed oder Trust Settlement – festgehalten¹³¹.

Für eine Definition des Trusts¹³² nach englischem Recht wird regelmässig auf die Definition von David Hayton verwiesen: *“A trust is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property (called trust property) owned by him as a separate fund, distinct from his own private property, for the benefit of persons (called beneficiaries or, in old cases, cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.”*¹³³

Auch in Art. 2 HTÜ findet sich eine Definition des Trusts. Gemäss dem Haager Trust-Übereinkommen bedeutet der Ausdruck „Trust“ die von einer Person zu Lebzeiten oder von Todes wegen geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines

¹²¹ *Fiduciary Relationship*. Zur Abgrenzung MOOSMANN, KURT JÜRIG: Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten: Eine rechtsvergleichende Studie mit Erkenntnissen für das Schweizer Treuhänderrecht, Zürich 1999, 30 ff.

¹²² Vgl. allgemein BIEDERMANN, KLAUS: Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law, Bern 1981, 20 ff.

¹²³ *Grantor, Donor, Treugeber*.

¹²⁴ *Corpus, Trust Property, Principal, Res*.

¹²⁵ PENNER, JAMES E.: *The Law of Trusts*, 5. Aufl., Oxford 2006, 15 ff.; HAYTON, DAVID: *The Law of Trusts*, London 2003, 3 f.; HUDSON, ALASTAIR: *Equity & Trusts*, London/New York 2007, 43 ff.; OAKLEY, A.J.: Parker and Mellows, *The Modern Law of Trusts*, London 2003, 16 f.; SEILER, MATTHIAS: Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees, Zürich 2005, 13; SUPINO (Fn 7), 7.

¹²⁶ *Subject to an equitable obligation*.

¹²⁷ *Beneficiaries*.

¹²⁸ Sog. *Purpose Trusts*, zu welchen auch *Charitable Trusts* gezählt werden.

¹²⁹ ARTER (Fn 68), 117.

¹³⁰ Dabei ist zu beachten, dass der wesentliche Unterschied zwischen Trust und Treuhand darin besteht, dass der Trustee „Treue“ den Begünstigten schuldet, nicht aber dem Settlor – der Treuhänder dagegen schuldet „Treue“ dem Treugeber. Wenn ein Settlor vertragliche Abmachungen zwischen ihm und dem Trustee wünscht, so ist zu überlegen, ob der Trust überhaupt geeignet ist den Zielen des Settlors zu dienen. Vgl. zu den möglichen Folgen unten Ziff. II.F.6.

¹³¹ VERSTL, JÖRG: Der internationale Trust als Instrument der Vermögensnachfolge, Berlin 2000, 14 f.; THÉVENOZ, LUC: *Trusts en Suisse: adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie – Trusts in Switzerland: ratification of The Hague Convention on trusts and codification of fiduciary transfers*, Zürich 2001, 186 ff.; SORROSAL, AZUCENA: Überblick über die Wesensmerkmale von Trusts, Reprax 2002, 43 ff.

¹³² Welche aber lediglich für Private Trusts Geltung beansprucht; vgl. MOOSMANN (Fn 121), 30.

¹³³ UNDERHILL, ARTHUR/HAYTON, DAVID J.: *Law of Trusts and Trustees*, 17. Aufl., London 2007, 2.

oder mehrerer Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustees unterstellt worden ist¹³⁴. Entsprechend weist ein Trust folgende Eigenschaften auf:

- das Vermögen des Trusts stellt ein getrenntes Sondervermögen dar und ist nicht Bestandteil des persönlichen Vermögens des Trustees¹³⁵;
- die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts lauten auf den Namen des Trustees oder auf den einer anderen Person in Vertretung des Trustees¹³⁶;
- der Trustee hat die Befugnis und die Verpflichtung, über die er Rechenschaft abzulegen hat, das Vermögen in Übereinstimmung mit den Trustbestimmungen und den ihm durch das Recht auferlegten besonderen Verpflichtungen zu verwalten, zu verwenden oder darüber zu verfügen¹³⁷.

Dass sich der Settlor allenfalls bestimmte Rechte und Befugnisse vorbehält oder dass der Trustee selbst Rechte als Begünstigter hat, steht dem Bestehen eines Trusts nicht notwendigerweise entgegen¹³⁸.

2. Aufklärung darüber, welche Rechte und Pflichten der Settlor nach Errichtung des Trusts hat

Zentral für den Settlor ist oftmals, welche Rechte diesem nach der Errichtung eines Trusts zukommen. Hier gilt: Nach Übertragung der Vermögenswerte auf den Trustee besitzt der Settlor an diesen *grundsätzlich* keine Rechte mehr¹³⁹.

Allerdings besteht die Möglichkeit, dass sich der Settlor in der Trusturkunde gewisse Rechte vorbehält, beispielsweise den Trust zu widerrufen¹⁴⁰, den Trustee abzuberufen und einen neuen Trustee zu ernennen, Personen aus der Klasse der Begünstigten zu löschen oder hinzuzufügen, Ausschüttungen von Erträgen oder Kapital des Trusts vorzunehmen, ein Vetorecht oder eine Konsultationspflicht des Trustee vor Ausschüttungen an Begünstigte oder Investitionen des Trustvermögens vorzusehen oder sich mit einem Mandat als Portfoliomanager des Trustvermögens zu betrauen¹⁴¹. Will ein Settlor sich solche Rechte vorbehalten – was im Rahmen des anwendbaren Trust-Rechts oft-

¹³⁴ Art. 2 Abs. 1 HTÜ.

¹³⁵ Art. 2 Abs. 2 lit. a HTÜ.

¹³⁶ Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ.

¹³⁷ Art. 2 Abs. 2 lit. c HTÜ.

¹³⁸ Art. 2 Abs. 3 HTÜ.

¹³⁹ HUDSON (Fn 125), 75. Vgl. *Paul v. Paul* (1882) 20 Ch D 742.

¹⁴⁰ Sog. *Revocable Trust* auf Grund einer *power of revocation*. PENNER (Fn 125), 21 f.

¹⁴¹ Vgl. HAYTON (Fn 125), 135; OAKLEY (Fn 125), 193 ff. Alternativ können diese Befugnisse auch einem Protektor übertragen werden.

mals möglich ist –, ist allerdings genau zu prüfen, ob und inwieweit dies nicht allenfalls dazu führt, dass beispielsweise aus steuerrechtlicher Sicht weiterhin davon ausgegangen wird, dass dem Settlor Vermögenswerte zuzurechnen sind, dass bei einer erbrechtlichen Auseinandersetzung die Vermögenswerte dem Nachlass des Settlors zugerechnet werden oder beim Konkurs des Settlors die Vermögenswerte in dessen Konkursmasse fallen¹⁴². Dass der Settlor selbst Trustee oder Begünstigter ist, ist ein typisches Wesensmerkmal des Trusts¹⁴³.

3. Aufklärung darüber, welche Rechte und Pflichten den Begünstigten zukommen

Begünstigte haben diverse Rechte¹⁴⁴, aber keine Pflichten¹⁴⁵. Ihre Stellung ergibt sich primär aus der Trusturkunde. Grundsätzlich kann unterschieden werden nach der Art der Begünstigung, beispielsweise, ob Erträge aus dem Trustvermögen oder Kapital ausgerichtet werden, nach Kategorien von Begünstigten, beispielsweise Erst-, Zweit- oder weiteren Begünstigten, nach der Ausgestaltung der Begünstigung, beispielsweise, ob ein Anspruch zeitlich limitiert ist oder nicht, wie Erreichen der Volljährigkeit oder bis zum Tod, oder nur bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses besteht¹⁴⁶.

Gegenüber dem *Trustee* hat der Begünstigte einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung seiner Pflichten¹⁴⁷, und, im Fall eines Treubruchs¹⁴⁸, auf Schadenersatz¹⁴⁹. Zudem können alle Begünstigten gemeinsam beschliessen, dass der Trust aufzulösen und das Trustvermögen an die Begünstigten auszurichten sei¹⁵⁰.

Gegenüber einem *Dritten* haben die Begünstigten einen klagbaren Herausgabeanspruch¹⁵¹, wenn der Trustee unbefugterweise Trustvermögen auf diesen übertragen hat, sofern der Dritte das Trustvermögen nicht gutgläubig und entgeltlich erworben hat¹⁵².

¹⁴² ARTER, OLIVER: Protektor eines Trusts: Befugnisse und Pflichten im Rahmen des Trusts, ST/ECS 2006, 729.

¹⁴³ HAYTON (Fn 125), 129 ff., 136. *Re Cook* [1948] Ch. 212.

¹⁴⁴ UNDERHILL/HAYTON (Fn 133), 899 ff.

¹⁴⁵ SORROSAL (Fn 131), 52 ff.

¹⁴⁶ SORROSAL (Fn 131), 52 f.

¹⁴⁷ Zu den Rechten der Begünstigten vgl. HAYTON (Fn 125), 164 ff.

¹⁴⁸ Sog. *Breach of Trust*.

¹⁴⁹ HAYTON (Fn 125), 158 ff.; UNDERHILL/HAYTON (Fn 133), 1047 ff.; ARTER (Fn 68), 214.

¹⁵⁰ *Saunders v. Vautier* [1841] 4 Beav 115. Vgl. dazu HUDSON (Fn 125), 54 ff., 149 ff.; HAYTON (Fn 125), 101 ff.; ARTER (Fn 68), 124.

¹⁵¹ Sog. *right to trace*, welches insbesondere dann zur Anwendung kommt, wenn der Trustee das Trustvermögen entgegen den Bestimmungen in der Trusturkunde verwendet oder dieses mit eigenem Vermögen vermischt. Gegenüber Dritten ist ein Vorgehen von Begünstigten möglich, wenn diese vom Bestand des Trusts und der Verletzung der Bestimmungen der Trusturkunde wussten – in diesem Fall können sowohl Schadenersatzansprüche als auch die Rückgabe des Trustvermögens gefordert werden.

4. Aufklärung darüber, was die Unterschiede zwischen einzelnen “Trust-Arten” sind

Trusts können sehr unterschiedlich ausgestaltet und qualifiziert werden. Nach Art der *Errichtung* wird oftmals unterschieden zwischen *Express Trusts*¹⁵³ – d.h. mittels rechtsgeschäftlicher, einseitiger Willensäußerung des Settlers errichtete Trusts –, *Trusts by Operation of Law*¹⁵⁴ – d.h. von Rechts wegen entstehende Trusts – und sog. *Statutory Trusts* – d.h. Trusts, welche von Gesetzes wegen entstehen¹⁵⁵. Nach Art der *Verwaltung* wird oftmals unterschieden zwischen *interest in possession trusts*¹⁵⁶ und *discretionary trusts*^{157,158}.

5. Aufklärung darüber, wie das Trustvermögen investiert und verwaltet wird

Der Trustee hat – als Ausfluss seiner Pflichten gegenüber den Begünstigten – das Trustvermögen zu “investieren”¹⁵⁹ und gemäss den Bestimmungen in der Trusturkunde zu verwalten¹⁶⁰. Ganz allgemein hat der Trustee dermassen zu handeln, dass er *in the best interests of the present and future beneficiaries of the trust*¹⁶¹ tätig wird. Was bedeutet dies nun konkret?

Vorerst muss sich der Trustee bewusst sein, dass üblicherweise unterschiedliche Klassen von Begünstigten bestehen und deren Ansprüche oder Anwartschaften auf Zuweisung von Geldern aus dem Trust unterschiedlich ausgestaltet sind. In der Praxis findet

¹⁵² UNDERHILL/HAYTON (Fn 133), 1081 ff., 1208 ff.; PENNER (Fn 125), 296 ff.; EDWARDS/STOCKWELL (Fn 64), 476 ff.; GARDNER, SIMON: An Introduction to the Law of Trusts, Oxford/New York 2003, 150.

¹⁵³ Unterschieden werden hier weiter *Charitable (or Public) Purpose Trusts*, *Private Family Trusts* und *Private Purpose Trusts*.

¹⁵⁴ Unterschieden werden *Resulting Trusts* – d.h. Trusts, welche auf Grund eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Verhaltens des Settlers entstehen – und *Constructive Trusts*, d.h. Trusts, welche unabhängig vom Willen des Settlers auf Grund der Billigkeitsrechtsprechung entstehen.

¹⁵⁵ ARTER (Fn 68), 128 ff.

¹⁵⁶ Beim *interest in possession trust*, auch als *life interest trust* bezeichnet, hat der Begünstigte eine sofortige Berechtigung auf den Genuss des Trustvermögens. Die Begünstigung besteht an Erträgen und/oder Kapital des Trustvermögens.

¹⁵⁷ Beim *discretionary trust* steht es im Ermessen des Trustee, ob er Erträge an einen oder mehrere Begünstigte zuweisen will oder ob er diese akkumuliert, und ob Kapital einem oder mehreren Begünstigten zugewiesen werden soll oder nicht.

¹⁵⁸ ARTER (Fn 68), 130 f. Vgl. auch Fn 15.

¹⁵⁹ Die Rechtsordnungen sehen dabei unterschiedliche Normierungen hinsichtlich eines diesbezüglich allenfalls bestehenden limitierten Rechtes, und/oder der Pflicht diese Aufgaben an Dritte zu übertragen, vor.

¹⁶⁰ Vgl. WATTER, ROLF: Die Treuhand im Schweizer Recht, ZSR/RDS 1995, 197, m.w.H.

¹⁶¹ *Cowan v. Scargill* [1985] Ch 270, 286, 287, per Megarry V-C.

sich hinsichtlich der Ausgestaltung der Begünstigung oftmals eine Zweiteilung in *income beneficiaries* und *capital beneficiaries*. Weiter besteht oftmals eine Unterscheidung zwischen *first beneficiaries* und *second beneficiaries*. Hinsichtlich der Investition und Verwaltung des Trustvermögens gilt bei solchen Konstellationen, dass der Trustee bei der Verwaltung des Trustvermögens den unterschiedlichen Klassen von Begünstigten Rechnung zu tragen hat.

Deshalb muss der Trustee bei der Investition und Verwaltung des Trustvermögens Folgendes beachten: *“The starting point is the duty of trustees to exercise their powers in the best interests of the present and future beneficiaries of the trust, holding the scales impartially between different classes of beneficiaries. This duty of the trustees towards their beneficiaries is paramount. They must, of course, obey the law; but subject to that, they must put the interests of their beneficiaries first. When the purpose of the trust is to provide financial benefits for the beneficiaries, as is usually the case, the best interests of the beneficiaries are normally their best financial interests. In the case of a power of investment, as in the present case, the power must be exercised so as to yield the best return for the beneficiaries, judged in relation to the risk of the investments in question; and the prospects of the yield of income and capital appreciation both have to be considered in judging the return from the investment.”*¹⁶² *“In the exercise of his powers of investment a trustee shall have regard (a) to the need for diversification of investments of the trust, in so far as is appropriate to the circumstances of the trust; (b) to the suitability to the trust of investments of the description of investment proposed and of the investment proposed as an investment of that description.”*¹⁶³

Bezüglich der Wahrung der Interessen von Erst- und Zweitbegünstigten hat der Trustee folgende Pflicht: *“The trustee must manage the trust property as to produce a reasonable income for the income beneficiary and to preserve the value of the corpus for the remainder-*

¹⁶² *Harries v. The Church Commissioners for England* [1992] 1 WLR 1241, 1246.

¹⁶³ *Cowan v. Scargill* [1985] Ch 270, 286, 287, per Megarry V-C. Vgl. auch *Re Mulligan*, [1998] 1 NZLR 481: *“The trustee must act fairly in making investment decisions which may have different consequences for different classes of beneficiaries. There are two reasons why I prefer this formulation to the traditional image of holding the scales equally between tenant for life and remaindermen. The first is that the image of scales suggests a weighing of known quantities whereas investment decisions are concerned with predictions of the future. Investments will carry current expectations of their future market yield and capital appreciation and these expectations will be reflected in their current market price, but there is always a greater or lesser risk that the outcome will deviate from those expectations. A judgment on the fairness of the choices made by the trustees must have regard to these imponderables. The second reason is that the image of the scales suggests a more mechanistic process than I believe the law requires. The trustees have in my judgment a wide discretion.”* ... *“They are for example entitled to take into account the income needs of the tenant for life or the fact that the tenant for life was a person known to the settlor and the primary object of the trust whereas the remaindermen is a remoter relative or a stranger. Of course these cannot be allowed to become the overriding considerations but the concept of fairness between classes of beneficiaries does not require them to be excluded. It would be an inhuman law which required trustees to adhere to some mechanical rule for preserving the real value of capital when the tenant for life was the testator’s widow who had fallen upon hard times and the remainderman was young and well off.”* Zudem *Nestle v. National Westminster Bank plc*, [1993] 1 WLR 1260.

man.”¹⁶⁴ Was dies für den Trustee genau bedeutet, ist nach dem auf die Tätigkeit des Trustees anwendbaren Recht zu bestimmen¹⁶⁵. Dabei bestehen hinsichtlich den Anforderungen an den Trustee teilweise grosse Unterschiede.

6. Aufklärung darüber, was einen Trust ungültig macht

Ein Trust wird insbesondere dann nicht anerkannt und somit als ungültig qualifiziert, wenn der Trustee seine Befugnisse nicht unabhängig ausübt, sondern Dritte, insbesondere der Settlor, über den Trustee und das Trustvermögen Kontrolle ausüben. Man spricht hier von einem sogenannten *Sham*¹⁶⁶. Im berühmten Fall “Rahman” wurde dazu folgendes ausgeführt: “*We were unanimously satisfied ... that from the date on which [Mr. Rahman] purported to constitute the settlement he exercised dominion and control over the trustee in the management and administration of the settlement, including distributions of capital to himself, to others as gifts or loans, and the making and disposal of investments. He treated the assets comprised in the trust fund as his own and the trustee as though it were his mere agent or nominee. There was a retention by [Mr. Rahman].*”¹⁶⁷

Auch ein schweizerischer Fall befasst sich mit dieser “Kontroll-Thematik” und den entsprechenden Rechtsfolgen: “*Obwohl WKR weder als Begründer noch als Begünstigter des WKR-Trusts Befugnisse hatte, dessen Geschäfte zu führen, übte er mehrfach dessen Geschäfte aus. Dies wäre jedoch allein dem Trustee zugestanden. Aus dem Verhalten WKRs geht auch hervor, dass ihm die Trustidee als solche nicht genügend bekannt war oder dass er dieser nicht nachleben und sich an die rechtlichen Folgen der Gründung des WKR-Trusts halten wollte. WKR behandelte überdies das Trustvermögen mehrfach und unzulässigerweise wie sein eigenes Vermögen. Auf Grund dieser Umstände ist der WKR-Trust demnach mangels Trust-Absicht des Settlors WKR als ungültig zu qualifizieren.*”¹⁶⁸

Zusammenfassend zeigt sich: Wenn Kontrolle über den Trustee ausgeübt wird und dieser bei seiner Tätigkeit nicht unabhängig handelt, so wird ein Trust als ungültig qualifiziert. Dies hat regelmässig zur Folge, dass die auf den Trustee übertragenen Vermögenswerte dem Settlor zugerechnet werden und diese beispielsweise dessen Erb- oder Konkursmasse zuzurechnen sind.

¹⁶⁴ TRAIN, JOHN/MELFE, THOMAS A.: Investing and Managing Trusts under the New Prudent Investor Rule, Boston 1999, 18.

¹⁶⁵ Vgl. zu den Entwicklungen, insbesondere am Beispiel der USA, ARTER, OLIVER: Aspekte der Vermögensverwaltung für Trustvermögen, ST/ECS 2005, 594 ff.

¹⁶⁶ Vgl. dazu PETTIT, PHILIP H.: Equity and the Law of Trusts, Oxford/New York 2006, 236 f.; WADHAM, JAMES: Willoughby’s Misplaced Trust, 2. Aufl., Essex 2002, 1 ff.

¹⁶⁷ *Rahman v. Chase Bank Trust Company (CI) Ltd. And Others*, (1991) JLR 103. Die Bedeutung dieser Rechtsprechung ist heute allerdings umstritten. Zur neueren Rechtsprechung vgl. HUDSON (FN 125), 89 ff. sowie UNDERHILL/HAYTON (Fn 133), 78 ff.

¹⁶⁸ WKR-Trust, ZR 98 (1999) Nr. 52.

7. Aufklärung darüber, was allenfalls Dritte, beispielsweise Ehegatten, Erben, Gläubiger, gegen den Trust unternehmen können

Bereits weiter oben¹⁶⁹ wurde darauf hingewiesen, dass Ehegatten, Erben und Gläubigern gegen die Errichtung eines Trusts Rechtsbehelfe zustehen können. Ob dem im Einzelfall so ist oder nicht, ist durch den Anwalt zu prüfen, und zwar in allen Jurisdiktionen, welche in einem konkreten Fall einschlägig sind.

III. PFLICHTEN DES TRUSTEE

Die grundlegende Pflicht des Trustee besteht darin, einerseits das *Trustvermögen zu verwalten*¹⁷⁰ und zu investieren¹⁷¹ und andererseits *Zuwendungen an die Begünstigten auszurichten*. Auf Grund seiner Vertrauensstellung hat der Trustee¹⁷² eine Aufbewahrungspflicht hinsichtlich des Trustgutes sowie die Pflicht, die Begünstigten gleich zu behandeln¹⁷³; verboten ist ihm, Trustgut an sich selber zu verkaufen, hiervon in anderer Form direkt zu profitieren oder dieses mit eigenem Vermögen zu vermischen¹⁷⁴, wie auch – ausser für Spesen – eine Entschädigung zu beziehen¹⁷⁵. Weiter ist ein Trustee verpflichtet, die Bestimmungen der Trusturkunde¹⁷⁶ zu befolgen. Zudem hat ein Trustee Rechenschafts- und Informationspflichten^{177,178} zu befolgen. Weiter hat der Trustee von Zeit zu Zeit zu erwägen, ob er seine Befugnisse ausüben will oder nicht. Grundsätzlich trifft den Trustee eine persönliche Leistungspflicht, es sei denn, eine Delegation wurde zugelassen oder ist erforderlich.

¹⁶⁹ Vgl. oben Ziff. II.B.4.

¹⁷⁰ Vgl. WATTER (Fn 160), 197, m.w.H., sowie ARTER (Fn 165), 592 ff.

¹⁷¹ Die Rechtsordnungen sehen dabei unterschiedliche Normierungen hinsichtlich eines diesbezüglich allenfalls zu beachtenden limitierten Rechtes und/oder der Pflicht, diese Aufgaben an Dritte zu übertragen, vor.

¹⁷² Zu Fragen des Haftungsausschlusses vgl. etwa *Armitage v. Nurse* [1998] Ch. 241.

¹⁷³ *Nestle v. National Westminster Bank plc*, [1993] 1 WLR 1260; *Re Barton's Trust* (1868) LR 5Eq 238.

¹⁷⁴ *Keech v. Sandford* (1726) Sel Cas Ch 61; *Tito v. Waddell* (No2) [1977] Ch106.

¹⁷⁵ In der Praxis bezieht der Trustee für seine Tätigkeit eine Entschädigung, was zulässig ist, falls dies vom Settlor in der Trusturkunde vorgesehen wurde, alle Begünstigten zustimmen oder eine Entschädigung durch Gerichtsurteil festgelegt wurde.

¹⁷⁶ ROUNDS, CHARLES E.: *Loring: A Trustee's Handbook*, Aspen 2002, 171.

¹⁷⁷ *Schmidt v. Rosewood Trust Limited* [2003] UK PC 26 und dazu etwa MAURICE, CLARE: *Trustees' reactions to beneficiaries rights to information*, Trust & Trustees 2005, 18 ff.

¹⁷⁸ HUDSON (Fn 125), 350 ff.; WATTER (Fn 160), 197, m.w.H.; JACKINS, BARBARA D./BLANK, RICHARD S./SHULMAN, KEN W./MACY, PETER M./ONELLO, HARRIETT H.: *Special Needs Trust, Administration Manual*, New York/Lincoln/Shanghai 2004, 86 ff.; ARTER (Fn 165), 592 ff.

Wenn ein Anwalt als Trustee tätig sein will, muss er sich im Einzelfall mit den sich ergebenden Pflichten unter dem anwendbaren Recht vertraut machen. Diese sind zu vielfältig, als dass sie hier ausführlicher behandelt werden sollen¹⁷⁹.

IV. PFLICHTEN DES PROTEKTORS

A. GRÜNDE FÜR DIE ERNENNUNG EINES PROTEKTORS

Weniger Zurückhaltung als bei der Übernahme einer Tätigkeit als Trustee zeigen schweizerische Anwälte bei der Tätigkeit als Protektor. Deshalb wird auf diese etwas ausführlicher eingegangen.

Wer einen Trust errichten will, mag sich oft nicht mit dem Gedanken anfreunden, dass er damit dem Trustee Vermögenswerte übereignet und damit dessen Befugnis, zwar im Rahmen der Trust-Urkunde, aber ohne Einfluss des Settlors, begründet, über die Verwaltung des Trustvermögens und dessen Zuweisung an Begünstigte zu entscheiden. Dies gilt insbesondere bei “*Offshore-Trustees*”, da diese dem Settlor persönlich oftmals nicht oder kaum bekannt sind. Um dem “abzuhelfen”, wurden sog. Protektoren¹⁸⁰ “geschaffen”.

B. VERBREITUNG

Protektoren sind eine relativ neue Erscheinung im Umfeld von Trusts¹⁸¹. Verbreitung gefunden habe sie insbesondere in *Offshore-Staaten*¹⁸², da dort der Gesetzgeber aus Gründen der Standortattraktivität die Bedenken potentieller Settlors aufgegriffen und

¹⁷⁹ Vgl. dazu demnächst ARTER (Fn 4).

¹⁸⁰ Auch bezeichnet als *Enforcer*, *Nominator* oder *Committee*, insbesondere im Zusammenhang mit sog. *Purpose Trusts*. Vgl. OAKLEY (Fn 125), 190 ff.

¹⁸¹ Vgl. zu den Pflichten in diversen Jurisdiktionen HAM, ROBERT/CAMPBELL, EMILY/TENNET, MICHAEL/HILLIARD, JONATHAN: *Protectors*, in: GLASSON, JOHN/THOMAS, GERAINT (Hrsg.): *The International Trust*, Bristol 2006, 193 ff.

¹⁸² Gesetzliche Bestimmungen zu Protektoren kennen etwa Anguilla, Bahamas, Belize, British Virgin Islands, Brunei, Cook Islands, St. Vincent and the Grenadines, Turks and Caicos Islands. Nicht gesetzlich oder nur rudimentär geregelt sind Protektoren in Barbados, Bermuda, Kanada, Cayman Islands, England, Gibraltar, Guernsey, Jersey, Hong Kong, Indien, Isle of Man, Jersey, Liechtenstein, Neuseeland, Panama, Samoa, Singapur, Zypern, wobei Protektoren regelmässig im Trust Settlement vorgesehen werden können. Allerdings ist zu beachten, dass auch in den Ländern, wo Protektoren gesetzlich vorgesehen sind, die entsprechenden Bestimmungen oft lückenhaft sind. Vgl. dazu MALTBY, COLIN N./LAPTHORN, BLAKE: *The developing role and liabilities of protectors*, *Trusts & Trustees* 2003, 8 ff.; VERNAZZA, J. BEN: *The Independent Protector in Overseas Trusts*, *Trusts & Trustees* 2000, 22.

entsprechende Normierungen erlassen hat¹⁸³. Aber auch in “klassischen” Trust-Jurisdiktionen bestehen keine Hindernisse, einen Protektor vorzusehen.

C. DEFINITION UND AUFGABEN

Protektoren¹⁸⁴ sind einzelne oder mehrere natürliche oder juristische Personen, welchen im Rahmen des Trusts Befugnisse und Pflichten¹⁸⁵ zukommen. Zentral sind regelmässig die Befugnisse, dass der Protektor beispielsweise gewisse vom Trustee vorgesehene Handlungen mittels Veto blockieren kann, er den Trustee abberufen und einen neuen Trustee ernennen kann, Ermessensentscheidungen hinsichtlich der Zuweisung von Trustvermögen oder -einkünften an Begünstigte von der Zustimmung des Protektors abhängig sind oder Entscheidungen hinsichtlich Investition und Verwaltung des Trustvermögens der Zustimmung des Protektors unterliegen¹⁸⁶.

¹⁸³ Vgl. zu dieser Problematik etwa OAKLEY (Fn 125), 190 ff.; MATTHEWS, PAUL: The Purpose Trust and its Uses, International Tax Planning Association 2003, 77.

¹⁸⁴ Für eine Definition vgl. etwa Art. 2 Bahamas Trustee Act: “*Protector means any person appointed as such pursuant to the terms of the trust instrument, including any persons designated as advisers, surrogates, nominators or as a committee or by any other name having such functions and duties as may be prescribed by the trust instrument or other deed or document effecting their appointment, but excluding persons holding trust property*”.

¹⁸⁵ Vgl. etwa Art. 81 Bahamas Trustee Act: “*The trust instrument may confer ... on any other protectors any powers including (without limitation) power to do any one or more of the following:*

- (a) *determine the law of which jurisdiction shall be the proper law of the trust;*
- (b) *change the forum of administration of the trust;*
- (c) *remove trustees;*
- (d) *appoint new or additional trustees;*
- (f) *add any person (including the settlor and any private or charitable trust or foundation) as a beneficiary of the trust in addition to any existing beneficiary of the trust;*
- (g) *give or withhold consent to specified actions of the trustee either conditionally or unconditionally;*
and
- (h) *release any of the protectors' powers.”*

¹⁸⁶ CONDER, JONATHAN A.: The office of the Protector, Trusts & Trustees 1995, 12. Eine ausführlichere Übersicht findet sich bei UNDERHILL/HAYTON (Fn 133), 41 f., welcher folgende Beispiele erwähnt:

- “(1) *monitor and agree the trustees' fees;*
- (2) *require an accounting or audit, with power to nominate the auditors;*
- (3) *conduct periodic reviews of the administration of the trust;*
- (4) *approve self-dealing by the trustees;*
- (5) *remove and appoint trustees;*
- (6) *initiate the migration of the trust or to be the judge of facts concerning whether the trust has automatically migrated upon the occurrence of certain events;*
- (7) *be consulted or have veto powers before the trustees make any discretionary payments to beneficiaries or objects of a power;*
- (8) *be consulted or have veto powers over sales of particular shareholdings or other trust property;*
- (9) *withhold consent where requisite before any beneficiary can institute legal proceedings against the trustee (for its conduct during the settlor's lifetime);*

Protektoren sind nach landläufigem Verständnis geeignet, beim Trustee die Vorstellungen des Settlors bei der laufenden Verwaltung des Trustvermögens sowie dessen Zuweisung an Begünstigte “durchzusetzen”¹⁸⁷. Deshalb werden damit regelmässig Vertrauenspersonen des Settlors betraut. Allerdings ist dieses Verständnis von den Aufgaben des Protektors ungenau.

Protektoren üben ihre Tätigkeit nämlich in treuhänderischer Funktion unabhängig¹⁸⁸ und im Interesse aller Begünstigten aus¹⁸⁹ – und nicht allein im Interesse des Settlors, auch wenn dieser den Protektor ernennt. Wahrt ein Protektor ausschliesslich die Interessen des Settlors, verletzt er damit seine Pflichten gegenüber den Begünstigten, was zu Schadenersatzfolgen¹⁹⁰ führen kann¹⁹¹. Entsprechend hat der Protektor nicht die Interessen des Settlors, sondern aller Begünstigter zu wahren.

V. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Die Tätigkeit – sowohl bei der Errichtung eines Trusts als auch in der Funktion als Trustee oder Protektor – stellt an einen schweizerischen Anwalt hohe Anforderungen. Voraussetzung ist ein Grundverständnis über die Wesensmerkmale eines Trusts an sich.

-
- (10) *withhold consent to trustees’ proposed exercise of a power to amend the administrative or managerial terms of the trust;*
 - (11) *direct generally or only in specific areas the exercise of trustees’ investment or other managerial discretions;*
 - (12) *veto the settlor’s exercise of a reserved power if believing him to be under duress in his home jurisdiction or to be suffering from a mental disorder;*
 - (13) *make or approve additions to, or deletions from, the class of beneficiaries or objects of power*
 - (14) *amend any clause in the trust instrument, other than one setting out beneficiaries or objects of the settlor’s bounty, in any fashion that the protector subjectively considers will better further the purpose of the settlor.”*

¹⁸⁷ GARDNER (Fn 152), 238.

¹⁸⁸ D.h. frei von Interessenkonflikten.

¹⁸⁹ In *Mothew (T/A Stapley & Co) v. Bristol and West Building Society* [1996] EWCA Civ 533 (24th July, 1996) wurde dazu ausgeführt: “*A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his fiduciary. This core liability has several facets. A fiduciary must act in good faith; he must not make a profit out of his trust; he must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict; he may not act for his own benefit or the benefit of a third person without the informed consent of his principal.*”

¹⁹⁰ Ein drakonisches Beispiel findet sich in *Murad & Anor v. Al-Saraj & Anor* [2004] EWHC 1235 (Ch) (28 May 2004), [2005] EWCA Civ 959 (29 July 2005), wo sämtliche erzielten Profite erstattet werden mussten.

¹⁹¹ *Schroder v. IRC* (1983) STC 480, 500, 502. Vgl. NOSEDA, FILIPPO: Praktische Auswirkungen des Haager Trust-Übereinkommens für den Schweizer Trustee, Protector, Trust Administrator und Investment Advisor, AJP/PJA 2006, 482, 489 ff.

Dabei muss sich der Anwalt insbesondere bewusst sein, dass oftmals Missverständnisse bestehen, welche Rechte und Pflichten den beteiligten Personen, gerade dem Settlor, zukommen – oder über welche Rechte und Kontrollmöglichkeiten der Settlor nach Errichtung des Trusts eben gerade nicht mehr verfügt. An dieser Stelle setzt denn auch die Tätigkeit des schweizerischen Anwalts ein. Es ist entscheidend, dass bereits vor Errichtung eines Trusts detailliert abgeklärt wird, ob mit der Errichtung eines Trusts Wünsche und Vorstellungen des Settlors tatsächlich verwirklicht werden können oder nicht. Wenn sich ein Settlor mit den Wesensmerkmalen eines Trusts nicht “anfreunden kann”, so sollte von der Errichtung eines solchen abgesehen werden. Damit einher geht das Bewusstsein, dass der Trustee und ein allfälliger Protektor ihre Tätigkeit unabhängig von Weisungen des Settlors oder der Begünstigten auszuüben haben.

Stellt sich heraus, dass die Errichtung eines Trusts dann nach wie vor den Wünschen und Vorstellungen des Settlors entspricht, setzt die eigentliche Beratungstätigkeit des Anwaltes ein – die Ausgestaltung des Trusts und die Wahl der geeigneten Jurisdiktion. Dies erfordert umfangreiche Kenntnisse der einschlägigen Rechtsordnungen, was regelmässig den Beizug ausländischer Rechtsspezialisten erforderlich macht.

Durch die Ratifikation des Haager-Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung wurde u.a. auch das Interesse am Trust an sich verstärkt. An der Tätigkeit schweizerischer Anwälte an sich ändert sich dadurch nur wenig. Entscheidend ist aber, dass Trusts und deren Wesensmerkmale dadurch auch in der Schweiz vermehrt Bekanntheit erlangt haben. Entsprechend ist damit zu rechnen, dass auch die anwaltliche Tätigkeit bei der Errichtung eines Trusts oder bei der Tätigkeit als Trustee oder Protektor künftig bei allfälligen gerichtlichen Auseinandersetzungen genauer unter die Lupe genommen wird.

This document is for information purpose only. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201,
8034 Zurich, Switzerland, Tel.: 0041 44 386 6000.**