



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Die Behandlung eines Testamentary Trust unter österreichischem Recht

Eine Untersuchung des englischen und liechtensteinischen Testamentary Trust
und seiner funktionsverwandten österreichischen Rechtsinstitute“

verfasst von / submitted by

Carolin Isabel Ziegler

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Doc.iur.)

Wien, January 2018 / Vienna, January 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaft

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst

Für Klaus Rainer Ziegler und Edgar Ziegler

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung Fallgruppe 1: Errichtung eines Testamentary Trust ..3	
1.2 Problemstellung Fallgruppe 2: Anerkennung einzelner Rechtswirkungen eines Testamentary Trust.....	5
1.3 Einschlägige Rechtsprechung.....	5
1.4 Begrenzung der Untersuchung auf den Testamentary Trust nach englischem und nach liechtensteinischem Recht.....	7
1.5 Problemstellung.....	7
1.6 Gang der Untersuchung.....	8
2 Die kollisionsrechtliche Behandlung des Testamentary Trust	13
2.1 Erbrechtliche Qualifikation des Testamentary Trust	13
2.2 Trust-Statut als Gesamtstatut.....	14
2.3 Die kollisionsrechtliche Behandlung des Testamentary Trust nach den „alten“ Bestimmungen des IPRG	15
2.3.1 Erbstatut nach § 28 ff IPRG.....	16
2.3.2 Formwirksamkeit der letztwilligen Verfügung	18
2.4 Zwischenergebnis: Nach IPRG auf den Testamentary Trust anzuwendendes Recht	18
2.5 Exkurs: Anknüpfungsgrundsätze nach Haager Trust Übereinkommen (HTÜ)	19
2.6 Die kollisionsrechtliche Behandlung des Testamentary Trust nach EuErbVO.....	21
2.6.1 Hintergründe zur EuErbVO	21
2.6.2 Kollisionsrechtliche Bestimmungen der EuErbVO	23
2.6.2.1 Erbstatut nach EuErbVO	23
2.6.2.2 Rechtswahlmöglichkeit nach EuErbVO	25
2.6.2.3 Sachnormverweisung/ Gesamtverweisung/ Rückverweisung nach EuErbVO	26
2.6.2.4 Formgültigkeit nach EuErbVO.....	27
2.6.3 Der Testamentary Trust unter der EuErbVO.....	27

2.6.3.1	Ausnahme gemäß Artikel 1 Abs 2 lit j EuErbVO.....	27
2.6.3.2	Hintergrund: Der Testamentary Trust in den Vorarbeiten zur EuErbVO...	28
2.6.3.3	Problematik: Kollisionsrechtliche Aufspaltung.....	31
2.6.3.4	Umsetzung der EuErbVO in Österreich.....	33
2.7	Zwischenergebnis: Nach EuErbVO auf den Testamentary Trust anzuwendendes Recht	35
2.8	Testamentary Trust und Pflichtteilsrecht.....	37
3	„Umdeutung“ und „Anpassung“ des Testamentary Trust	39
3.1	Eigentumsaufteilung als „Grundstein“ des englischen Trust	39
3.1.1	Ursprünge des englischen Trust.....	39
3.1.2	Split ownership/ duality of ownership.....	41
3.1.3	Unvereinbarkeit mit österreichischem Recht.....	43
3.2	Rezeption des Common Law Trust im liechtensteinischen PGR	47
3.2.1	Hintergründe zum liechtensteinischen Trust.....	47
3.2.2	Rechtszuständigkeit beim liechtensteinischen Trust.....	48
3.3	Bei Berufung von österreichischem Recht zum Erbstatut (1. Fall- gruppe): „Umdeutung“ des Testamentary Trust.....	52
3.4	Bei Berufung von ausländischem Recht zum Erbstatut (2. Fall- gruppe): „Anpassung“ des Testamentary Trust	55
3.4.1	Grundsätzliche „Anerkennung“	56
3.4.2	„Anpassung“ wenn Trust-Vermögen in Österreich belegen	57
3.5	Exkurs: „Anerkennung“ des Trust nach Haager Trust Übereinkommen (HTÜ)	61
3.6	Weiteres Vorgehen.....	63
4	Analyse des englischen Testamentary Trust.....	64
4.1	Einordnung des Testamentary Trust als Form des Private Express Trust.....	64
4.2	Definition des Private Express Trust	65
4.3	Keine Rechtspersönlichkeit und keine Publizität	66
4.4	Funktion des Testamentary Trust	67
4.4.1	Langfristige Bindung des Nachlassvermögens.....	67
4.4.2	Flexibilität.....	67
4.4.3	Kontrollierte Verwaltung.....	68
4.4.4	Familienfürsorge	68
4.4.5	Vermögensschutz	68
4.5	Errichtung des Testamentary Trust.....	69

4.5.1	Form	69
4.5.2	Pour over Trust.....	70
4.5.3	Abgrenzung Trustee und Executor	70
4.6	Three certainties.....	71
4.6.1	Certainty of intention	72
4.6.2	Certainty of subjects	72
4.6.3	Certainty of objects	73
4.7	Gestaltung der Begünstigtenstellung.....	73
4.7.1	Fixed Trust.....	73
4.7.2	Discretionary Trust.....	75
4.7.3	Mischtypen (Mixed Trust).....	77
4.7.4	Power of appointment	79
4.8	Rechtstellung des Trustee	80
4.8.1	Wer kann Trustee sein?.....	80
4.8.2	Ernennung eines neuen Trustee	81
4.8.3	Rücktritt eines Trustee	82
4.8.4	Trust-Vermögen ist Sondervermögen beim Trustee	82
4.8.5	Rechte und Pflichten des Trustee	82
4.8.5.1	Übernahme des Trust-Vermögens.....	83
4.8.5.2	Veranlagung des Trust-Vermögens (<i>power of investment</i>).....	84
4.8.5.3	Gleichbehandlungsgebot, Loyalitätspflicht (<i>holding a fair balance between the Beneficiaries</i>).....	85
4.8.5.4	Richtige Beurteilung der eigenen Befugnisse (<i>due consideration of their power</i>)	85
4.8.5.5	Richtige Verteilung des Trust-Vermögens (<i>strict duty to distribute trust property to right persons</i>)	86
4.8.5.6	Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht (<i>duty to be ready with his accounts</i>)	86
4.8.5.7	Verbot von Vorteilsnahme und von In-Sich-Geschäften (<i>duty against self-dealing</i>)	87
4.8.5.8	Persönliche Amtsausübung (<i>duty to act personally and not delegate / power of delegation</i>).....	87
4.8.5.9	Gemeinsame Geschäftsführungspflicht (<i>duty to act jointly where more than one</i>)	88
4.8.5.10	Unentgeltlichkeit des Amtes (<i>duty to act gratuitously unless authorised to charge</i>)	88
4.8.5.11	Sorgfaltspflicht (<i>duty of care</i>).....	88
4.8.5.12	Breach of Trust und Haftung des Trustee.....	89

4.9	Rechtstellung der Beneficiaries	91
4.9.1	Aussonderungsrecht und Spurfolgerecht (<i>equitable rights to trace</i>)	92
4.9.2	Fundamentales Recht auf Einsicht und Information (<i>fundamental right to make Trustee account</i>)	94
4.9.3	<i>Saunders v Vautier</i> - Regel.....	95
4.9.4	Recht auf Abberufung eines Trustee.....	97
4.9.5	Änderungsrecht (<i>variation of Trust</i>).....	98
4.10	Rolle des Gerichts	98
4.10.1	Beratung des Trustee.....	98
4.10.2	Kontrolle des Trustee	99
4.10.3	Abberufung des Trustee	100
4.10.4	Änderung der Bestimmungen des Trust-Instrumentes (<i>variation of Trust</i>).....	101
4.11	Beendigung des Trust	101
4.11.1	Gründe	101
4.11.2	Beendigung durch das Gericht.....	102
4.11.3	Höchstdauer eines Trust (<i>rule against perpetuity</i>)	102
4.12	Ergebnis der Analyse	103
5	Analyse der liechtensteinischen von Todes wegen errichteten Treuhänderschaft ("liechtensteinischer Testamentary Trust").....	107
5.1	Definition gemäß Artikel 897 PGR, rechtliche Einordnung und Abgrenzung	107
5.2	Warum liechtensteinischer Testamentary Trust?	109
5.3	Errichtung des liechtensteinischen Testamentary Trust	111
5.3.1	Trust-Instrument.....	111
5.3.2	Registrierungspflicht	112
5.3.3	Zwingende Annahmeerklärung des Trustee	113
5.4	Keine Rechtspersönlichkeit	114
5.5	Gestaltung der Begünstigtenrechte	114
5.5.1	Fixed Trust und Discretionary Trust	114
5.5.2	Power of appointment.....	115
5.6	Rechtstellung des Trustee	115
5.6.1	Bindung an Trust-Instrument und umfassendes Verwaltungsrecht ...	115
5.6.2	Treuepflichten und daraus folgende Pflichten	116
5.6.3	Sorgfaltsmaßstab.....	117
5.6.4	Haftung des Trustee bei Breach of Trust	118

5.6.5	Kündigung und Abberufung.....	119
5.7	Rechtstellung der Beneficiaries.....	120
5.7.1	Spurfolgerecht (Herausgabeanspruch bei <i>breach of Trust</i>)	120
5.7.2	Recht auf Einsicht und Information.....	121
5.7.3	<i>Saunders v Vautier</i> - Regel.....	123
5.7.4	Änderung des Trust	123
5.8	Rolle des Gerichtes.....	123
5.9	Beendigung des liechtensteinischen Trust.....	124
5.10	Ergebnis der Analyse	125
6	Funktionsverwandte Rechtsinstitute im österreichischen Recht..	127
6.1	Ausgangslage.....	127
6.2	Rechtsvergleich mit Erbeinsetzung und Legat unter Anordnung der Testamentsvollstreckung.....	129
6.2.1	Wer kommt als Erbe, wer als Vermächtnisnehmer in Betracht?	130
6.2.2	Vor- und Nacherbschaft gemäß §§ 608 ff ABGB.....	134
6.2.3	Testamentsvollstreckung gemäß § 816 ABGB.....	137
6.2.3.1	Allgemeines	138
6.2.3.2	Bestellung des Testamentsvollstreckers	139
6.2.3.3	Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers.....	139
6.2.3.3.1	Überwachender und verwaltender Testamentsvollstreckter	139
6.2.3.3.2	Widerrufbarkeit der verwaltenden Testamentsvollstreckung durch die Erben	142
6.2.3.3.3	Weitere Rechte und Pflichten und Haftung des Testaments- vollstreckers	144
6.2.3.3.4	Problem: Verfügungsbefugnis der Erben bei Testaments- vollstreckung	145
6.2.3.3.5	Hinreichender Schutz des Nachlassvermögens vor Vermögensvereitelung?	147
6.2.3.4	Rolle des Gerichtes	148
6.2.3.5	Dauer der Testamentsvollstreckung	150
6.2.3.6	Ergebnis des Rechtsvergleichs.....	151
6.3	Kombination der Erbeinsetzung unter Testamentsvollstreckung mit weiteren erbrechtlichen Instrumenten	153
6.3.1	Auflage an die Erben zur Duldung der Testamentsvollstreckung.....	154
6.3.2	Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 364 c ABGB.....	155
6.4	Postmortaler Auftrag/ postmortale Vollmacht.....	156

6.5 Rechtsvergleich mit einem durch erbrechtliche Auflage errichteten Treuhandverhältnis.....	159
6.6 Rechtsvergleich mit der österreichischen Privatstiftung.....	167
6.6.1 Allgemeines.....	168
6.6.2 Rechtspersönlichkeit der Privatstiftung	169
6.6.3 Funktionen der Privatstiftung und zulässiger Stiftungszweck.....	169
6.6.4 Errichtung der Privatstiftung von Todes wegen.....	171
6.6.4.1 Zwingendes Formerfordernis	171
6.6.4.2 Stiftungserklärung.....	172
6.6.4.3 Sitz, Name, Mindestvermögen.....	173
6.6.4.4 Eintragung ins Firmenbuch.....	173
6.6.5 Zwingender Rahmen der Foundation Governance der Privatstiftung und Gestaltungsfreiheit des Stifters	174
6.6.6 Gestaltung der Begünstigtenstellung.....	176
6.6.7 Rechtsstellung des Stiftungsvorstandes.....	180
6.6.7.1 Wer kann Mitglied des Stiftungsvorstandes sein? - Unvereinbarkeitsbestimmungen	180
6.6.7.2 Bestellung des Stiftungsvorstandes.....	181
6.6.7.3 Rücktrittsrecht.....	182
6.6.7.4 Rechte und Pflichten des Stiftungsvorstandes.....	182
6.6.7.4.1 Vertretungsbefugnis	182
6.6.7.4.2 Geschäfte mit Mitgliedern des Stiftungsvorstandes.....	182
6.6.7.4.3 Anspruch auf Vergütung	183
6.6.7.4.4 Treue- und Sorgfaltspflichten	183
6.6.7.4.5 Haftung	185
6.6.8 Rechtsstellung der Begünstigten	186
6.6.8.1 Auskunftsanspruch und Einsichtsrecht gemäß § 30 PSG.....	187
6.6.8.2 Recht auf Abberufung des Stiftungsvorstandes	189
6.6.8.3 Antragsrecht auf Auflösung der Privatstiftung gemäß § 35 Abs 3 und 4 PSG	191
6.6.8.4 Kein Recht auf Änderung der Stiftungserklärung.....	192
6.6.8.5 Weitere Kontroll- und Mitwirkungsrechte?.....	193
6.6.9 Der Stiftungsprüfer.....	195
6.6.10 Sonderprüfung	196
6.6.11 Gericht	197
6.6.12 Beendigung der Stiftung.....	198
6.6.13 Ergebnis des Rechtsvergleichs.....	199

6.7 Erbrechtliche Auflage bzw Auftrag zur Errichtung einer Privatstiftung unter Lebenden	204
6.7.1 Vergleichbarkeit mit „fehlerhafter“ Stiftungserklärung	204
6.7.2 Erfordernis der „stiftungsgrechtlichen Übersetzung“	207
7 Zusammenfassung und Schlussbemerkung.....	209
8 Abstract.....	216

Literaturverzeichnis

Arnold Nikolaus, Privatstiftungsgesetz³ (Wien 2013).

derselbe, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 16.4.2009, 6 Ob 239/08b, GesRZ 2009, 301 f.

Bajons Ena-Marlis, Die Nachlassabwicklung in internationalen Erbsachen nach zukünftigem Recht, *ecolex* 2014, 204 f.

Bauer Carsten, Trust und Anstalt als Rechtsformen liechtensteinischen Rechts (Frankfurt a.M. – Berlin – Bern – New York – Paris – Wien 1995).

Biedermann Klaus, Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts (Bern 1981).

derselbe, Der Trust des Common Law und dessen Rezeption in Liechtenstein durch Art. 897 ff des Personen- und Gesellschaftsrechtes (PGR), *LJZ* 1980, 81 f.

Bösch Harald, Die liechtensteinische Treuhänderschaft zwischen trust und Treuhand (Mauren 1995).

derselbe, Judikaturwende im liechtensteinischen Treuhandrecht – Eine Nachlese und ein Ausblick, *LJZ*, 2000, 87 f.

Bonimaier Christian, Anwendung fremden Erbrechts in Österreich nach der EurErbVO: Wegfall der Einantwortung und Vonselbsterwerb, *Zak* 2015, 308 f.

Briem Robert, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, *GesRZ* 2009, 12 f.

derselbe, Besprechung der Entscheidung des OGH, Beschluss vom 9.9.2013, 6 Ob 139/13 d, *GesRZ* 2014, 63 f.

Bydlinski Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (Wien 1996).

derselbe, Letztwillige Verwaltungsanordnungen, *JBl* 1981, 72 f.

Cerha Günter, Einflussmöglichkeiten der Begünstigten von Privatstiftungen, in Helbich/König, Privatstiftung und Umgründungen: Gedenkschrift für Franz Helbich (Wien 2014) 49 f.

Coing Helmut, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (München 1973).

Csoklich Peter, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (Wien 1994) 14 f.

derselbe, Grenzen des Auskunftsrechts des Begünstigten, *ZfS* 2015, 112 f.

- derselbe*, Haftung des Vorstandes einer Privatstiftung, RdW 1999, 253 f.
- Czermak Peter*, Der express trust im internationalen Privatrecht (Frankfurt 1986).
- Dannemann Gerhard*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung (Tübingen 2004).
- Daragan, Hanspeter*, Trusts und gespaltenes Eigentum, ZEV 2007, 204 f.
- Doralt*, Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 125 f.
- Döbereiner Christoph*, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil I), MittBayNot 2013, 358 f.
- Dörner Udo*, Art 25 EGBGB, in J. von Staudinger, Kommentar zum BGB, EGBGB/IPR, Artikel 25, 26 EGBGB (Internationales Erbrecht) (Berlin 2007).
- derselbe*, Der trust im deutschen Internationalen Privatrecht, in Richter/Wachter (Hrsg), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (Angelbachtal 2007) 211 f.
- derselbe*, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, ZEV 2012, 507 f.
- derselbe*, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht - Überblick und ausgewählte Probleme, ZEV 2010, 221 f.
- Doralt Peter/Nowotny Christian/Kalss Susanne* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (Wien 1995).
- Dutta Anatol*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, FamRZ 2013, 4 f.
- derselbe*, Europäische Erbrechtsverordnung, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB Band 10: Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)⁶ (München 2015).
- derselbe*, Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation, RabelsZ 73 (2009) 547 f.
- derselbe*, Warum Erbrecht? (Tübingen 2014).
- Eccher Bernhard/Apathy Peter* (Hrsg), Bürgerliches Recht VI – Erbrecht⁵ (Wien 2014).
- Eiselsberg Oktavian/Wolff Josef*, Trusts – Zur Anerkennung und Besteuerung des Trust in Österreich, in Eiselsberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 10 (Wien 2010) 201 f.

- Ehn Reinhard*, Der Testamentsvollstrecker, NZ 1977, 36 f.
- Faber Wolfgang*, Der aktuelle Vorschlag einer EU-Verordnung für Erbsachen – ein Überblick, JEV 2010, 42 f.
- Feil Erich/Friedl Harald/Bayer Reinhard* (Hrsg), Grundbuchgesetz: GBG (Wien 2014).
- Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/Vonkilch Andreas*, Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar §§ 308 – 353 und §§ 353 – 379 ABGB, Sachenrecht³ (Wien 2011).
- Ferrari Susanne/Likar-Peer Gundula*, Erbrecht ein Handbuch für die Praxis (Wien 2007).
- Fischer-Czermak Constanze*, Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung, in Schauer/Scheuba (Hrsg), Europäische Erbrechtsverordnung (Wien 2012) 23 f.
- dieselbe*, Anwendbares Recht, in Schauer/Scheuba (Hrsg), Europäische Erbrechtsverordnung (Wien 2012) 43 f.
- Flick Hans/Piltz Detlef*, Der internationale Erbfall (München 1999).
- Frick Mario*, Der Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts, in Schumacher/Zimmermann (Hrsg), 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof: Festschrift für Gert Delle Karth (Wien 2013), 217 f.
- Frick-Tabarelli Marion*, Die besondere Bedeutung der Treuhänderschaft gemäß Art 897 ff PGR für die privatrechtliche Stiftung nach liechtensteinischem Recht (Mauren 1993).
- Gasser Johannes*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht Praxiskommentar (Wien – Bern 2013).
- derselbe*, Quo vadis Trust im Stiftungsrecht?, in Gasser/Batliner/First Advisory Group, Liechtensteinisches Stiftungs- und Verfassungsrecht im Umbruch: wissenschaftliche Beiträge zur Festschrift für Herbert Batliner zum 75. Geburtstag (Vaduz 2004) 150 f.
- Graue Eugen*, Der Trust im internationalen Privat- und Steuerrecht, in Heldrich, Ferid (Hrsg), Konflikt und Ordnung: Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag (München 1978) 174 f.
- Größ Stephan*, Rechtsfragen der Begünstigtenstellung, in Doralt/Kalss (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (Wien 2001) 205 f.
- Gruber Michael/Sprohar-Heimlich Helga/Scheuba Elisabeth*, Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (Wien 2010) 514 f.

Haslwanter Florian, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 12.01.2012, 6 Ob 244/11t, ZfS 2012, 45f.

Häusler Tom, Einführung in den angelsächsischen Trust in Richter/Wachter (Hrsg), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (Angelbachtal 2007) 229 f.

Hayton David J., The Hague Convention on the Law applicable to Trusts and their Recognition, in The International and Comparative Law Quarterly 1987, 260 f.

derselbe, The law of Trusts⁴ (London 2003).

Hayton David J./Matthews Paul/Christopher Charles/Mitchell James, Underhill and Hayton – Law Relating to Trusts and Trustees¹⁸ (London 2010) (zitiert als *Underhill/Hayton*, Law Relating to Trusts and Trustees).

Helbich Franz, Die Privatstiftung als neue Rechtsform, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (Wien 1994) 1 f.

Hochedlinger Gerhard, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 5.8.2009, 6 Ob 42/09 h, GesRZ 2009, 372 f.

Hofmann Alexander, Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung, GesRZ 2006, 17.

Hosp Thomas/Langer Matthias, Das revidierte DBA und Steuerabkommen FL/AT, ZFS 2013, 1 f.

Iro Gert, Ist der Testamentsvollstrecker in der Einantwortungsurkunde einzutragen?, NZ 1977, 18 f.

Iro Gert/Apathy Peter (Hrsg), Bürgerliches Recht 4. Sachenrecht⁵ (Wien 2013).

Jakob Dominique/Picht Peter, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung, AJP 2010, 859.

Jud Brigitta, Testierabsicht, Form und Konversion, NZ 2001, 10.

Kalss Susanne, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 16.10.2009, 6 Ob 145/09 f, GesRZ 2010, 63.

dieselbe, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 24.02.2011, 6 Ob 195/10k, ZfS 2011, 68 f.

Kalss Susanne/Nicolussi Julia, Die wirtschaftlich Berechtigten einer Privatstiftung und eines Trusts – Ein Vergleich der Rechtsformen, GesRZ 2015, 221.

Kalss Susanne/Nowotny Christian/Schauer Martin (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (Wien 2008).

Kalss Susanne/Müller Katharina, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010), 705 f.

Kalss Susanne/Zollner Johannes, Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten, GesRZ 2008, 125.

dieselben, Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Begünstigten – Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters, GesRZ 2008, 351 f.

Karollus Martin, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 24.02.2011, 6 Ob 195/10k, JBl 2011, 321 f.

Kessler James/Sartin Leon, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ (London 2013).

Kindler Peter, Vom Staatsangehörigkeits- zum Domicilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union, IPrax 2010, 44 f.

Klampfl Christoph, Die Interessen des Begünstigten als „Torwächter“ in der Privatstiftung, GesRZ 2015, 105 f.

derselbe, Trust versus Privatstiftung – eine vergleichende Analyse aus dem Blickwinkel der Begünstigten, in Eiselsberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 08 (Wien 2008) 425 f.

Klang Heinrich/Gschnitzer Franz (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band II §§ 285 – 530² (Wien 1950).

dieselben (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band III §§ 531 – 858² (Wien 1952).

Klein Manfred J., Testamentary Trust nach Common Law und funktionsverwandte deutsche Zivilrechtsinstitute – ein Rechtsvergleich, ZVglRWiss 2002, 175 f.

Kletečka Andreas, Ersatz- und Nacherbschaft (Wien 1999).

Kletečka Andreas/Schauer Martin, ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch 1.01 und 1.02 (Wien ab 2010 mit Online-Updates).

Knöchlein Gerhard, Zur Testamentsvollstreckung, NZ 1996, 222 f.

Kötz Hein, Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust, RabelsZ 50 (1986), 562 f.

Koppensteiner Hans G/Rüffler Friedrich, GmbHG³ (Wien 2007).

derselbe, Trust und Treuhand (Göttingen 1963) 43.

Koziol Helmut/Welser Rudolf/Kletečka Andreas, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (Wien 2014).

Kralik Winfried/Ehrenzweig Armin, System des österreichischen allgemein Privatrechts –Erbrecht³ (Wien 1983).

Kramer Ernst A., Die "natürlichen Rechtsgrundsätze" des § 7 ABGB heute, in Fischer/Czermak (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB Band 2 (Wien 2011) 1169 f.

Lauss Wolfgang/Langeder Stephanie, Foundation Governance: Ein Vorschlag für eine moderne Organisation und Überwachung von Privatstiftungen, ZfS 2015, 153 f.

Leipold Dieter, Allgemeine Vorschriften (§ 2064 - § 2086) in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB Band 9: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG⁶ (München 2013).

Leitgeb Alexander/Pohl Gerald, Die Redepflicht des Stiftungsprüfers im Spannungsverhältnis zwischen seiner Organstellung und seiner Funktion als Abschlussprüfer in Eiselsberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 11 (Wien 2011) 207 f.

Lehmann Daniel, Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 3.4.2012, 1 W 557/11, ZEV 2012, 593 f.

Lungkofler Thomas, Der Trust – Eine Alternative zur Stiftung im Rahmen der Asset Protection, der Nachfolgeregelungen und des Estate Planning auch in Österreich?, PSR 2010, 180 f.

Mänhardt Franz/Posch Willibald, Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht (Wien 1994).

Maitland Frederic William, State, Trust and Corporation (Cambridge 2003).

Mayer Jörg, Erbschein (§ 2353 - § 2370) in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 9: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG⁶ (München 2013).

Micheler Eva, Der englische Trust im Vergleich zur österreichischen Privatstiftung – Allgemeine Bemerkungen und ausgewählte Fragen zur Corporate Governance von Trust und Privatstiftung, in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechtes (Wien 2001) 291 f.

Mitchell Charles, Hayton & Mitchell: Trusts and Equitable Remedies¹³ (London 2010).

Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, RabelsZ 74 (2010), 522 f.

Moosmann Kurt, Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten (Zürich 1999).

Motal Bernhard, EU-Erbrechtsverordnung: Anpassungsbedarf im IPRG und der JN, EF-Z 2014, 251 f.

Müller Katharina/Melzer Martin, Die rechtsschutzfreundliche Auslegung von Begünstigtenrechten als Beitrag zur Überwindung des Kontrolldefizites in der Privatstiftung?, JEV 2005, 4 f.

Neumayr Matthias/Nuner-Krautgasser Bettina, Exekutionsrecht³ (Wien 2011).

Nordmeier Carl Friedrich, Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art 22 ErbVO, GPR 2013, 148 f.

Nowotny Christian, Der Stiftungsprüfer als Element der Corporate Governance der Privatstiftung, ZfS 2015, 164 f.

derselbe, Die Organisation der Privatstiftung in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (Wien 1994), 147 f.

derselbe, Stifterrechte – Möglichkeiten und Grenzen, JBl 2003, 778 f.

Oberndorfer Klaus, Anmerkung zu OLG Wien, Beschluss vom 16.7.2012, 28 R 7/12y, 28 R 8/12w, 28 R 10/12i, ZFS 2012, 179 f.

Odersky Felix, Die Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle (Köln 2001).

derselbe, Erbrecht in Großbritannien: England und Wales, in Süß, Erbrecht in Europa² (2008) 719 f.

Ofner Helmut, Rom IV-Verordnung im Europäischen Parlament angenommen, ZfRV 2012, 11 f.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ (München 2015).

Petritz Michael, Ausländische Stiftungen und Trusts unter dem Steuerabkommen Österreich – Liechtenstein, in Fitz/Kalss/Kautz/Kucsko/Lukas/Torggler (Hrsg) Festschrift Torggler (2013) 923 f.

derselbe, Die Besteuerung des Trusts nach dem SchenkMG, taxlex 2008, 275 f.

Posch Willibald, Bürgerliches Recht, 7. Internationales Privatrecht⁴ (2008).

derselbe, Grundzüge fremder Privatrechtssysteme. Ein Studienbuch (Wien 1995).

Rappaport Achill, Zum Problem des Testamentsvollstreckers im österreichischen Recht, ZBl 1928, 770 f.

Rechberger Walter H., Die Treuhandenschaft bei Insolvenz und Exekution, in Apathy (Hrsg), Die Treuhandenschaft (Wien 1995) 178 f.

Richters Patrick, Anwendungsprobleme der EuErbVO im deutsch-britischen Rechtsverkehr, ZEV 2012, 576.

Rudolf Claudia, VO zum Internationalen Erb- und Verfahrensrecht in Kraft – ein Überblick, NZ 2013, 225 f.

dieselbe, Vorschlag einer EU-Verordnung zum internationalen Erb- und Verfahrensrecht, NZ 2010, 353.

Rudolf Claudia/Zöchling-Jud Brigitta/Kogler Gabriel, Kollisionsrecht, in Rechberger/Zöchling-Jud, Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich (Wien 2015) 115 f.

Ruffert Matthias, Art 288 AEUV, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta⁴ (München 2011).

Rummel Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2002, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ ; in zwei Bänden, Band I §§ 1 bis 1174 ABGB³ (Wien 2000), Band 2, §§ 1175 bis 1502 ABGB; Nebengesetze : Teil 6. IPRG, EVÜ³ (Wien 2004); §§ 531-824 ABGB (Erbrecht)⁴ (Wien 2014).

Schauer Martin, Das heitere Erbrechtsraten aus Brüssel – Neues zur Erbrechtsverordnung, eolex 2012, 575 f.

derselbe, Erbrecht goes Europe: Fragen der EU-Erbrechtsverordnung, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Migration, Familie und Vermögen (2014) 45 f.

derselbe, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (Wien 1994) 108 f.

derselbe, EuErbVO: Pflichtteilslose Rechtsordnung und ordre public, EF-Z 2016, 33 f.

Scheuba Elisabeth, Anmerkungen zur Entstehungsgeschichte, in Schauer/Scheuba, Europäische Erbrechtsverordnung (2012), 1 f.

Schurr Francesco, A Comparative Introduction to the Trust in the Principality of Liechtenstein in Schurr (Hrsg), Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions (2014) 26 f.

derselbe, Die Rechtstellung der Begünstigten im liechtensteinischen Trustrecht, PSR 2011, 5 f.

derselbe, Verhältnis des Trustee zum Stifter und zu den Begünstigten beim liechtensteinischen Trust, Liechtenstein Journal 2011, 10 f.

Schwimann Michael/Kodek Georg, ABGB-Praxiskommentar⁴ Band 3. §§ 531 - 858 ABGB : AnerbG, Kärntner ErbhöfeG, Tiroler HöfeG⁴ (Wien 2013) und Band 4. §§ 859 – 1089 ABGB: Vertragsrecht (inkl. Gewährleistungsrecht), WucherG, UN-Kaufrecht (Wien 2014).

derselbe, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht³ (Wien 2001).

Serick Rolf, Zur Behandlung des anglo-amerikanischen Trust im kontinentaleuropäischen Recht, in Dietz/Hübner/Nipperdey (Hrsg), Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II (München – Berlin 1965) 653 f.

Simon Ulrich/Buschbaum Markus, Die neue EU-Erbrechtverordnung, NJW 2012, 2393 f.

Slingsby C. A., Ein Überblick über das englische Recht für Trusts und dessen Entwicklung, NZ 1993, 231 f.

Sonnenberger, Einleitung zu EGBGB, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11: Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art 25 – 248)⁵ (München 2010).

Sprung Rainer/Flink Herbert, Letztwillig angeordnete Nachlassverwaltung im österreichischen Recht, JBl 1996, 205 f.

Staudinger Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Buch 1: Allgemeiner Teil¹⁴ (Berlin 2007)

derselbe, Buch 5: Erbrecht¹⁵; Band IPR. - Art 25, 26 EGBGB (Internationales Erbrecht) (Berlin 2013).

Süß, Der Trust als Gestaltungsmittel deutscher Erblasser, in DNotI Deutsches Notarinstitut (Hrsg), Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut – Beiträge zur notariellen Praxis (Würzburg 2003), 387 f.

Summer Markus, „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“ – die Auskunftsrechte von Begünstigten im liechtensteinischen Stiftungs- und Treuhandrecht, LJZ 2005, 36 f.

Till Lukas, Freie Widerrufbarkeit der Nachlassverwaltung durch die Erben? Wertungswiderspruch mit erbrechtlichen Prinzipien, iFamZ 2015, 132 f.

Torggler Hellwig, Die Familien-Privatstiftung aus der Sicht der Nachfolge-Generationen in Eiselsberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 08 (Wien 2008) 9 f.

Tuppa Georg, Errichtung eines Trusts durch österreichische Staatsbürger, GeS 2009, 214 f.

Umlauf Manfred, Die Treuhandenschaft aus zivilrechtlicher Sicht, in Apathy (Hrsg), Die Treuhandenschaft (Wien 1995) 38 f.

Underhill Arthur/Hayton David J. (Hrsg), Law of Trusts and Trustees¹⁸ (London 2010).

von Oertzen Christian/Stein Thomas/Reich Manfred, Anglo-Amerikanische Nachlasstrusts und inländische Grundstücke bzw. grundstücksbesitzende Erbengemeinschaften, ZEV 2013, 109 f.

Wanger Markus, Kommentar Steuergesetz (STEG) (Berlin 2011).

derselbe, Liechtensteinisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht³ (Vaduz 1998).

Wenaweser Stefan, Ausgewählte Fragen zum liechtensteinischen Treuhänderschaftsrecht, LJZ 2005, 7 f.

Welser Rudolf/Zöchling-Jud Brigitta, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹⁴ (Wien 2015).

Wendehorst Christiane, Art 43- 46 EGBG, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB Band 11: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248)⁶ (München 2015).

Werkusch Claudia, Gründung der Privatstiftung, in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechtes (Wien 2001) 71 f.

Werner Rüdiger, Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 26.7.2006, 32 Wx 88/06, ZEV 2006, 457 f.

Wienbracke Mike, A clash of cultures: Trusts und deutsches (internationales) Privatrecht, ZEV 2007, 413 f.

Wilhelm Georg, Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 3.9.1996, 10 Ob 2204/96g, JBl 1997, 643 f

Wittuhn Georg, Das internationale Privatrecht des trust (Frankfurt – Bern – New York –Paris 1987).

derselbe, Trusts und Eigentum, ZEV, 2007, 419 f.

Wolff Josef, Trusts, in Gruber/Kalss (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (Wien 2010) 1310 f.

Wühl Johannes, Der Trust im österreichischen Internationalen Privatrecht, ZfRV 2013, 20 f.

Zankl Wolfgang, Vertretungs- und schadenersatzrechtliche Aspekte der Testamentsvollstreckung, JBl 1998, 293.

derselbe, Testamentsvollstreckung und Nachlassverwaltung NZ 1998, 71 f.

Zweigert Konrad/Kötz Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (Tübingen 1996).

Zobl Dieter, Die Aussonderung von liechtensteinischem Treuhandgut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung, in: Schweizer Schriften zum Bankenrecht (1995), 22.

Zollner Johannes, Anmerkung zu OLG Wien, Beschluss vom 16.7.2012, 28 R 7/12y, 28 R 8/12w, 28 R 10/12i, PSR 2012, 134.

derselbe, Anmerkung zu OGH 6 Ob 244/10s, GesRZ 2011, 170 .

Online-Quellen

Giese, Prager Zeitung vom 3.9.2014, <http://www.pragerzeitung.cz/index.php/home/wirtschaft/130-wirtschaft-online/pr-wirtschaft/>

Horvath, Newsletter–Serie über die einzelnen Regelungen des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches, 7. Der ungarische Trust, Tax & Legal Alert - PwC vom 21.12.2009, <https://www.pwc.com/hu/en/publications/assets/tax-and-legal-alert-410-enghu.pdf>

Kessler, Standardbestimmungen von STEP (Society of Trust and Estate Practitioners) 2nd Edition, <http://www.step.org/step-standard-provisions>.

Laukemann, Die lex rei sitae in der Europäischen Erbrechtsverordnung – Inhalt, Schranken und Funktion, MPILux Working Paper 2 (2014), http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/WPS_Laukemann_lex_rei_sitae_14_Aug_2014.pdf

Beck Wilhelm/Beck Emil, Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, 1 ff, <http://www.e-archiv.li/print/45938.pdf>

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm	Anmerkung
arg	argumentum
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz, RGBI 1854/208
Bd	Band
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, RGBI 1896/195
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BStFG	Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz, BGBI 1975/11
bzw	beziehungsweise
Ch	Chapter
CHF	Schweizer Franken
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders	derselbe
dies	dieselbe oder dieselben
dh	das heißt
DNotI	Deutsches Notarinstitut
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Deutsches Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, RGBI 1896/604
Einl	Einleitung

endg	engültig
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz BGBl 2009/ I 135
ErbRÄG 2015	Erbrechtsänderungsgesetz 2015, BGBl 2015/I 87
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht
FBG	Firmenbuchgesetz, BGBl 1991/10
FL ABGB	Liechtensteinisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
FL OGH	Liechtensteinischer Fürstlicher Oberster Gerichtshof
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GBG	Allgemeines Grundbuchgesetz, BGBl 1955/39
GBO	Deutsche Grundbuchordnung, RGBl 1897/139
GedS	Gedenkschrift
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
ggf	gegebenenfalls
GP	Gesetzgebungsperiode
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
HGB	Deutsches Handelsgesetzbuch, RGBl 1897/219
HTÜ	Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
iE	im Ergebnis
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Gesetz über das Internationale Privatrecht BGBI 1978/304
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
JB1	juristische Blätter
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
JN	Jurisdiktionsnorm, RGBI 1895/11
KESt	Kapitalertragsteuer
KG	Kammergericht
KOM	Europäische Kommission
LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung
LGB1	Landesgesetzblatt
Lit	Literatur
lit	litera
LJZ	Liechtensteinische Juristenzeitung
MPI	Max Planck Institute for Comparative and International Private Law
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NO	Notariatsordnung, RGBI 1871/75
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht LGBI 1926/4
Pkt.	Punkt
PSG	Privatstiftungsgesetz, BGBI 1993/694
PSR	Die Privatstiftung
PVS	liechtensteinische Privatvermögensstruktur

RabelsZ	Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
Rz	Randziffer
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG
sog	sogenannte(r)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung, BGBl 1975/631
SZ	Sammlung Zivilsachen
taxlex	Zeitschrift für Steuer und Beratung
TrUG	Gesetz über die Treuunternehmen mit Persönlichkeit, LGBI 1928/6
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch, RGBI 1897/219
US	United States of America
USD	US-Dollar
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
zB	zum Beispiel
Zak	Zivilrecht aktuell
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfS	Zeitschrift
ZFS	Zeitschrift für Stiftungswesen
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZPO	Zivilprozeßordnung, RGBI 1895/113
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

1 Einleitung

Der Testamentary Trust¹ ist weltweit und vor allem in den dem Common Law-Rechtskreis zugehörigen Staaten² ein gängiges Rechtsinstitut, das zur langfristigen Nachlassplanung und Familienfürsorge eingesetzt wird und häufig das in Kontinentaleuropa gebräuchliche Testament ersetzt.³ Vorteil des Testamentary Trust ist, dass er über eine besondere Flexibilität in der Gestaltung verfügt und eine Vermögensbindung über Generation hinweg erlaubt.⁴ Als Form des Private Express Trust ist der Testamentary Trust ein rechtsgeschäftlich begründeter Trust, der durch die Manifestierung des Trusterrichtungswillens gekennzeichnet ist und auf die Begünstigung von bestimmten privaten Personen zielt.⁵

Im Unterschied zu einem durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (*inter vivos*) errichteten Trust wird der Testamentary Trust durch Verfügung von Todes wegen begründet. Der Errichter (Testator) bestimmt in einer letztwilligen Verfügung, dass im Falle seines Todes das Eigentum an bestimmtem Vermögen auf einen oder mehrere Treuhänder (Trustee oder Trustees) übertragen wird, welche(r) das Vermögen nach bestimmten Vorgaben zugunsten eines oder mehrerer – ggf zeitlich aufeinander folgender – Begünstigter (Beneficiary oder Beneficiaries) zu verwalten hat.⁶ Regelmäßig ist der Testator nicht daran interessiert, Vermögensteile bereits zu seinen Lebzeiten auf den Trustee zu übertragen, weil er die unbeschränkten Verfügungs- und Kontrollrechte über sein Vermögen bis zu

¹ Zur besseren Lesbarkeit werden die in dieser Arbeit häufig verwendeten fremdsprachigen Rechtsbegriffe wie Testamentary Trust, Trust, Common Law, Civil Law, Trustee, Beneficiary, Testator, Equity ua in der Folge mit großem Anfangsbuchstaben geschrieben, andere fremdsprachige Begriffe werden nach der Rechtschreibung des Herkunftssprache verwendet und kursiv hervorgehoben.

² Zu Umfang und Begriff des Common Law-Rechtskreises siehe *Posch*, Grundzüge fremder Privatrechtssysteme (1995) 115 ff; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996) 177 ff; der Ausdruck Common Law inkludiert in diesem Sinne Common Law und Equity, vgl *Slingsby*, Ein Überblick über das englische Recht für Trusts und dessen Entwicklung, NZ 1993, 231.

³ *Häusler*, Einführung in den angelsächsischen Trust in *Richter/Wachter* (Hrsg), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (2007) 237, 253; *Czermak*, Der express trust im internationalen Privatrecht (1986) 73 f, 124 f.; *Kötz*, Trust und Treuhand (1963) 43; *Moosmann*, Der angelsächsische trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten (1999) 24.

⁴ *Tuppa*, Errichtung eines Trusts durch österreichische Staatsbürger, GeS 2009, 214; *Häusler*, Angelsächsischer Trust 248; *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1044.

⁵ Daneben gibt es auch nicht privatnützige Formen des Express Trust wie den Charitable Trust, vgl *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1031; *Hayton*, The Law of Trusts (2003), 110 f.

⁶ *Kötz*, Trust und Treuhand 42; *Hayton*, The Law of Trusts 6; *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ (2010) 2, 333.

seinem Ableben behalten will. Der Testamentary Trust ist daher eine häufig gewählte Einsatzform des Private Express Trust.⁷

Die österreichische Rechtsordnung kennt zwar den Begriff „Trust“ im Aufsichts- und Steuerrecht⁸, wie in der Mehrzahl der in der Tradition des Civil Law⁹ stehenden, kontinentaleuropäischen Staaten ist der Trust in der österreichischen Rechtsordnung aber nicht normiert. Österreich verfügt weder über eigenes Trust-Recht, noch hat Österreich bisher das Haager Trust Übereinkommen (HTÜ)¹⁰ gezeichnet; anders etwa die Schweiz, wo das HTÜ am 1. Juli 2007 in Kraft getreten ist. Auch im Rahmen der jüngsten Erbrechtsnouvelle durch das Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015)¹¹ wurde nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Trust als erbrechtliches Gestaltungsmittel zur generationenübergreifenden Nachlassplanung und Alternative zur Privatstiftung in das österreichische Recht einzuführen. Wenngleich inzwischen drei dem Civil Law-Rechtskreis zuzuordnende Nachbarstaaten, nämlich Lichtenstein, Ungarn und Tschechien den Trust in ihre Rechtsordnungen implementiert haben¹², ist der österreichische Gesetzgeber nicht im „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ mitgegangen, der seit Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO)¹³ verstärkt besteht, seitdem nämlich das auf die Rechtsnachfolge von

⁷ Auch die Trust-Judikatur der anglo-amerikanischen Gerichte behandelt überwiegend den Testamentary Trust, vgl *Kötz*, Trust und Treuhand 43.

⁸ Das österreichische Aufsichts- und Steuerrecht greift den Trust als Bezugsrahmen für unterschiedliche Regelungsanliegen auf; dort wird der Trust als vergleichbare Einrichtung neben Stiftungen und andere Gestaltungen gestellt, vgl *Kalss/Nicolussi*, Die wirtschaftlich Berechtigten einer Privatstiftung und eines Trusts - Ein Vergleich der Rechtsformen, GesRZ 2015, 221 f.

⁹ Civil Law meint in Abgrenzung zum Common Law die vom römischen Ius Civile beeinflusste und durch die Existenz planmäßiger Zivilrechtskodifikationen gekennzeichneten Rechte Kontinentaleuropas, siehe *Posch*, Grundzüge fremder Privatrechtssysteme 116.

¹⁰ Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1.7.1985.

¹¹ Das ErbRÄG 2015 wurde am 30. Juli 2015 im BGBl I 87/2015 kundgemacht. Gesetzestext und Erläuterungen sind online einsehbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00688/index.shtml.

¹² Zum "liechtensteinischen Trust" siehe im Folgenden noch ausführlich; in Ungarn wurde der Trust in 2011 und in Tschechien in 2014 als neues Rechtsinstrument in die Zivilrechtskodifikationen eingeführt, siehe *Horvath*, Newsletter-Serie über die einzelnen Regelungen des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches, 7. Der ungarische Trust, Tax & Legal Alert - PwC vom 21.12.2009; *Giese*, Prager Zeitung vom 3.9.2014, online einsehbar unter <http://www.pragerzeitung.cz/index.php/home/wirtschaft/130-wirtschaft-online/prwirtschaft/18368-die-eingliederung-des-trusts-in-das-tschechische-zivilrecht>.

¹³ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

Todes wegen anzuwendende Recht durch Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts oder (beschränkte) Rechtswahl beeinflusst werden kann.¹⁴

Dennoch wird auch der österreichische Rechtsanwender vermehrt mit dem Testamentary Trust in Berührung kommen. Als Folge der fortschreitenden Verflechtung der globalen Wirtschaft steigt die internationale Mobilität der Bürger. Insbesondere durch das Zusammenwachsen des europäischen Binnenmarktes und den Garantien von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit im europäischen Wirtschaftsraum werden in zunehmendem Maße Lebensmittelpunkte verlegt. Dies führt unter Umständen auch zur „Mitnahme“ bzw zur „Übernahme“ von fremden Rechtsinstituten. Österreichische (Nachlass-) Gerichte werden daher in Zukunft häufiger mit Testamenten, in denen die Errichtung eines Testamentary Trust angeordnet wird, mit der rechtlichen Einordnung von in Österreich belegenem, einem Testamentary Trust unterstehendem Vermögen sowie der Rechtsposition von Trust-Beteiligten befasst sein.

1.1 Problemstellung Fallgruppe 1: Errichtung eines Testamentary Trust

So kann es in Österreich zu Erbfällen bzw Verlassenschaftsverfahren kommen, in denen ein Testamentary Trust zu behandeln ist, weil etwa ein Erblasser, der Staatsbürger eines Staates mit eigenem Trustrecht ("Trust-Staat")¹⁵ ist, einen Testamentary Trust über seinen Nachlass verfügt hat. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes befand sich in Österreich. Eine wirksame Rechtswahl zugunsten des Rechts des Trust-Staates liegt aber nicht vor.

Weiters könnte ein österreichischer Staatsbürger – oder ein Mehrstaater, der auch österreichischer Staatsbürger ist, – einen Testamentary Trust zur Regelung seiner Vermögensnachfolge gewählt haben, weil er im Laufe seines Lebens in einem Staat mit Trust-Recht gelebt und eine enge Beziehung zu jener Rechtsordnung

¹⁴ Vgl *Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf betreffend ein ErbRÄG 2015 (2015) 19, online einsehbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_03374/_imfname_407443.pdf; siehe zu den Bestimmungen der EuErbVO noch unten Pkt 2.6.

¹⁵ Folgende Staaten haben den Trust in ihre Rechtsordnung implementiert: England, Schottland, Jersey, Nordirland, Irland, Malta, Gibraltar, Israel, USA, Kanada, Australien, Neuseeland, Hongkong, Malaysia, Singapur, Japan, Pakistan, Philippinen, Bahamas, Bermuda, Cayman-Inseln, Südafrika, Mexiko, Kolumbien, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panama, Peru, Venezuela, China und die kontinentaleuropäischen Staaten: Liechtenstein, Russland sowie nun auch Tschechien und Ungarn; je nach nationaler Rechtsordnung ist der Trust unterschiedlich stark gewohnheitsrechtlich und/oder gesetzlich geregelt, vgl *Flick/Piltz* (Hrsg), Internationaler Erbfall Rz 1028.

entwickelt hat.¹⁶ So könnte etwa ein Österreicher, der lange im anglo-amerikanischen Raum gelebt hat, für den Fall seines Ablebens einen Testamentary Trust verfügt haben. Nach Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes zurück nach Österreich verstirbt er, ohne dass das Testament (rechtzeitig) angepasst worden ist. Denkbar sind in diesem Zusammenhang auch Fälle, in denen Verwandte den Erblasser, vielleicht auch entgegen vorheriger Planung, im Alter zur Pflege nach Österreich geholt haben.

Ein österreichischer Staatsbürger könnte einen Testamentary Trust auch deshalb für seine Nachlassplanung eingesetzt haben, weil er seinen künftigen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat geplant hat, der den Trust anerkennt. So könnte beispielsweise ein Österreicher im Rahmen seiner Nachlassplanung einen im Todesfall zu errichtenden Trust nach liechtensteinischem Recht unter Einbringung von in Österreich belegenen Vermögenswerten verfügt haben. Teil des Planungskonzeptes war die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes von Österreich in die Schweiz, wo das HTÜ in Kraft getreten ist und demnach ein Trust nach fremdem Recht von Todes wegen errichtet werden kann¹⁷. Der österreichische Staatsbürger verstirbt jedoch vor Verlegung des Wohnsitzes bzw. bevor nach internationalprivatrechtlichen Maßstäben ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz begründet werden konnte.

Auch wenn vorstehende Fälle nur exemplarisch sind, sollen sie als gedankliche Ausgangspunkte für die problematische Situation dienen, die sich ergeben kann, wenn die Errichtung eines Testamentary Trust verfügt wird, dieser aber gemäß der noch aufzuzeigenden¹⁸ kollisionsrechtlichen Bestimmungen dem österreichischen Erbstatut untersteht, obgleich das österreichische Zivilrecht den Trust gar nicht kennt.

¹⁶ Eher unwahrscheinlich ist die Konstellation, dass eine Person, die ausschließlich die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt und keinerlei Beziehung zu einer Trust-Rechtsordnung aufweist, sich bei der Regelung ihres Nachlasses eines Trusts bedient, so auch *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des Trust (1987) 98.

¹⁷ Vgl. Art 2 und 6 HTÜ, siehe auch *Jakob/Picht*, Der Trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung, AJP 2010, 859; so geht auch die Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften des Eidgenössischen Amtes für Grundbuch und Bodenrechte vom 28.6.2007, online abrufbar unter http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/grundbuch_egris.html, von der Möglichkeit der Errichtung eines Trust aus.

¹⁸ Zur kollisionsrechtlichen Prüfung und zum geltenden Erbstatut siehe Kapitel 2.

1.2 Problemstellung Fallgruppe 2: Anerkennung einzelner Rechtswirkungen eines Testamentary Trust

Ein österreichisches (Nachlass-) Gericht kann zum andern auch mit nur einzelnen Aspekten eines Testamentary Trust befasst sein, etwa wenn zum Vermögen eines nach dem Recht eines Trust-Staates verfügbaren Testamentary Trust auch in Österreich belegenes Vermögen zählt. Wenn der beauftragte ausländische Trustee über das in Österreich belegene Trust-Vermögen verfügen will, ist die Erbenstellung zu klären. Es könnte auch beispielsweise ein Staatsbürger eines Trust-Staates sein in Österreich erworbenes Immobilienvermögen testamentarisch in einen Trust einbringen wollen, den er schon früher (*inter vivos*) errichtet hat.¹⁹ Wer ist dann aus österreichischer Sicht Erbe und wer ist im Grundbuch als Eigentümer einzutragen? Weiters könnten Beneficiaries oder Trustees eines nach ausländischem Recht wirksam errichteten Testamentary Trust ihr dingliches Spurfolgerecht (*equitable right to trace*)²⁰ an in Österreich belegenen Trust-Vermögen geltend machen.

In dieser Fallgruppe stellt sich insgesamt somit die Frage, inwiefern einzelne Rechtswirkungen eines nach Trust-Recht errichteten Testamentary Trust in Österreich anzuerkennen sind.

1.3 Einschlägige Rechtsprechung

Einschlägige Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte liegt bislang nicht vor. Die praktische Relevanz vorstehender Überlegungen zeigt sich aber an neueren Entscheidungen deutscher Gerichte. So hatte sich das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in einer Entscheidung vom 9. Juli 2014 zu 3 Wx 15/14²¹ mit einem nach englischem Recht errichteten Testament („*Will^c*“) zu befassen, das dem deutschen Erbstatut untersteht. Der Erblasser, der zum Zeitpunkt seines Todes deutscher Staatsangehöriger war und in Deutschland lebte, hatte dieses Testament einst in England formgültig und in englischer Sprache verfasst. Der Erblasser hat darin zwei Trustees – darunter seine Ehefrau – ernannt, die nebeneinander gemeinschaftlich agieren und den Nachlass auf 30 Jahre oder

¹⁹ Hayton, The Hague Convention on the Law applicable to Trusts and their Recognition, The International and Comparative Law Quarterly, 261; zum sog. *pour over* Trust siehe auch Czermak, express trust 46, Flick/Piltz, Internationaler Erbfall Rz 1046.

²⁰ Siehe hierzu unten Pkt. 4.9.2.

²¹ OLG Schleswig, 9.7.2014, 3 Wx 15/14, FamRZ 2015, 357, BeckRS 2014, 17906.

die kürzere Lebenszeit der Ehefrau zugunsten dieser halten sollen. Danach sollte der Nachlass zugunsten der Abkömmlinge des Erblassers verwaltet werden. Die Ehefrau sollte zugleich auch über die Verteilung von Vermögen an weitere Begünstigte aus einem innerhalb des Nachlasses gebildeten Sondervermögens („*discretionary fund*“)²² berechtigt sein. Sie beantragte einen deutschen Erbschein, der sie als Alleinerbin ausweisen sollte. Streitig zwischen der Ehefrau und weiteren Beneficiaries war, wie der Wille des Erblassers bei deutschem Erbstatut auszulegen und in welche Begriffe des BGB er zu „übersetzen“ sei.

Einer Entscheidung des Kammergerichts²³ Berlin vom 3.4. 2012 zu 1 W 557/11²⁴ lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine Erblasserin mit US-amerikanischer Staatsbürgerschaft und letztem Wohnsitz in Colorado hinterließ einen letztwilligen Verfügung („*Last Will and Testament*“), in der sie Trusts zugunsten ihres Ehemannes und ihrer Kinder („*Marital Trust*“ und „*Family Trust*“) verfügt hatte. Zum Nachlassvermögen gehörte ein in Deutschland belegenes Grundstück, an dem die Erblasserin aufgrund einer Erbengemeinschaft Miteigentümerin war. Das Grundstück sollte veräußert werden. Der hinterbliebene Ehemann beantragte daher beim deutschen Honorarkonsul in Colorado die Ausstellung eines gegenständlich beschränkten deutschen Erbscheines. Aus deutscher Sicht war aufgrund der Staatsbürgerschaft der Erblasserin auf die Rechtsnachfolge in den Miterbenanteil das Recht von Colorado anwendbar.²⁵ Das deutsche Gericht befasste sich hier mit der Frage, wer unter den Trust-Beteiligten bei Scheitern der Begründung eines Trustrechtsverhältnisses an Vermögen im Inland als Erbe zu betrachten sei.

²² Siehe zur Gestaltungsform des Discretionary Trust unten Pkt.4.7.2.

²³ Das Kammergericht Berlin ist als Oberlandesgericht des Landes Berlin das höchste Berliner Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

²⁴ KG Berlin, 3.4.2012, 1 W 557/11, ZEV 2012, 593 f.

²⁵ Das KG Berlin führte aus, dass, soweit amerikanisches Kollisionsrecht für unbewegliches Vermögen auf das Belegenheitsrecht verweist, es diesem auch überlässt, zu bestimmen, was zum beweglichen und was zum unbeweglichen Vermögen zählt (sog. Qualifikationsrückverweisung). Aus deutscher Sicht ist der Anteil an einer Erbengemeinschaft als Gesamthandsteil bewegliches Vermögen, sodass sich die Rechtsnachfolge in den Miterbenanteil nach dem Recht von Colorado richtet, KG Berlin, 3.4.2012, 1 W 557/11, ZEV 2012, 593.

1.4 Begrenzung der Untersuchung auf den Testamentary Trust nach englischem und nach liechtensteinischem Recht

Angesichts der zahlreichen Trust-Rechtsordnungen²⁶ muss sich vorliegende Dissertation auf die nähere Betrachtung des Trust-Rechts einzelner Staaten beschränken. Die nachfolgende Untersuchung wird sich zum einen mit dem englischen Testamentary Trust befassen. Das Trust-Konzept hat sich, wie noch näher aufzuzeigen ist, über Jahrhunderte aus dem englischen „use“ entwickelt. Das englische Trust-Recht diene – dies steht in enger Verknüpfung zur Geschichte der britischen Kolonialisierung und des Commonwealth – weltweit als Grundlage und als Vorbild.

Weiters wird die vorliegende Arbeit die liechtensteinische durch Testament verfügte Treuhänderschaft behandeln, welche im Folgenden nur noch als „liechtensteinischer Testamentary Trust“ bezeichnet wird.²⁷ Liechtenstein verfügt über ein eigenes materielles Trust-Recht, das im liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) geregelt ist. Der liechtensteinische Trust ist deshalb besonders interessant, weil anhand seiner Kodifizierung nachvollziehbar ist, wie die Grundsätze des durch Equity-Rechtsprechung geprägten Trust-Rechtes in einer dem Civil Law-Rechtskreis²⁸ zuzurechnenden Jurisdiktion zusammengefasst und eingefügt werden können.

1.5 Problemstellung

Die Behandlung des Testamentary Trust unter österreichischem Recht ist ein Problem seiner Einordnung in das österreichische Rechtssystem auf zwei Ebenen. Zum einen ist aufgrund der geltenden Kollisionsregeln das maßgebende Trust-Statut zu bestimmen, zum andern werden auf der Ebene des materiellen Rechts

²⁶ Siehe Fn 17.

²⁷ Um eine Abgrenzung zu der dem römischen Recht entstammenden „fiduziarischen Treuhänderschaft“ zu erreichen, verwendet die liechtensteinische neuere Literatur für die liechtensteinische Treuhänderschaft gemäß Art 897 ff PGR den Begriff „Trust“, vgl. *Schurr*, Die Rechtstellung der Begünstigten im liechtensteinischen Trustrecht, PSR 2011, 5 ff; *Lungkoffler*, Der Trust – Eine Alternative zur Stiftung im Rahmen der Asset Protection, der Nachfolgeregelungen und des Estate Planning auch in Österreich?, PSR 2010, 180 f; *Frick*, Der Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts, in FS Delle Karth (2013) 217 ff; *Bauer*, Trust und Anstalt als Rechtsformen liechtensteinischen Rechts (1995); *Gasser*, Quo vadis Trust im Stiftungsrecht?, in *Gasser/Batliner/First Advisory Group*, Liechtensteinisches Stiftungs- und Verfassungsrecht im Umbruch : wissenschaftliche Beiträge zur Festschrift für Prof. Dr. Dr. Herbert Batliner zum 75. Geburtstag, 150 f; siehe zur Abgrenzung zur fiduziarischen Treuhänderschaft nach liechtensteinischem Recht noch unten Pkt. 5.1.

²⁸ Siehe Fn 10.

gegebenenfalls Umdeutungs- und Anpassungsregeln für den Fall benötigt, dass ein Trust österreichischem Recht untersteht oder österreichisches Recht auf einzelne damit zusammenhängende Rechtsfragen anzuwenden ist.²⁹ Wenn der Testamentary Trust insgesamt oder auch nur einzelne damit in Zusammenhang stehende Rechtswirkungen dem österreichischen Sachrecht unterstehen, ist zu fragen, wie der österreichische Rechtsanwender mit dem Testamentary Trust umzugehen hat. Die Antwort auf diese Frage muss vom materiellen Gehalt des Trust abhängen, dessen Stellung im nationalen Recht umso problematischer ist, je mehr sein Inhalt sich von vergleichbaren Instituten des nationalen Rechts entfernt und je mehr Regeln oder Grundsätze, die dem österreichischen Recht unbekannt sind, zu seiner Verwirklichung im Rechtsleben angewendet werden müssten.³⁰

1.6 Gang der Untersuchung

Um die Frage der Einordnung des Testamentary Trust in das österreichische Recht klären zu können, wird die vorliegende Arbeit sich in Kapitel 2 zunächst mit der kollisionsrechtlichen Behandlung des Testamentary Trust befassen. Der Testamentary Trust ist ein erbrechtliches Rechtsinstitut und wird daher im Internationalen Privatrecht einheitlich erbrechtlich qualifiziert (Kapitel 2.1 und 2.2). Bei der Beleuchtung der auf den Testamentary Trust anzuwendenden kollisionsrechtlichen Bestimmungen wird zunächst die Rechtslage nach den Bestimmungen des IPRG dargestellt, die nach Geltung der EuErbVO jedenfalls weiterhin für die Beurteilung von Erbfällen vor dem 17. August 2015 anzuwenden sind (Kapitel 2.3). In einem Exkurs wird auf die kollisionsrechtlichen Bestimmungen des HTÜ eingegangen und die (Nicht-) Unterzeichnung des Abkommens durch Österreich im Hinblick auf den Testamentary Trust eingeordnet (Kapitel 2.5).

Mit Inkrafttreten der EuErbVO am 17. August 2015 hat durch den Wechsel von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit hin zur Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers ein „Paradigmenwechsel“ im Erbkollisionsrecht stattgefunden (Kapitel 2.6). Hintergründe und Bestimmungen der EuErbVO werden übersichtsmäßig erläutert (Kapitel 2.6.1 und 2.6.2), um

²⁹ Vgl. *Dörner*, Der trust im deutschen Internationalen Privatrecht, in *Richter/Wachter* (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (2007) 212.

³⁰ Vgl. *Serick*, Zur Behandlung des anglo-amerikanischen Trust im kontinentaleuropäischen Recht, in *Dietz/Hübner/Nipperdey* (Hrsg.), Festschrift für H.C. Nipperdey Band II (1965) 653.

dann der Frage nachzugehen, wie der Testamentary Trust unter der EuErbVO zu behandeln ist (Kapitel 2.6.3). Gemäß den Bestimmungen der EuErbVO ist der Testamentary Trust teilweise – hinsichtlich der „Errichtung, Funktionsweise und Auflösung“ – aus dem Anwendungsbereich der EuErbVO ausgeschlossen (Kapitel 2.6.3.1). Diesbezüglich werden die Vorarbeiten zur EuErbVO auf die Thematik der Einbeziehung des Testamentary Trust in den Geltungsbereich der Verordnung beleuchtet (Kapitel 2.6.3.2).

Der teilweise Ausschluss des Testamentary Trust aus dem Regelungsbereich der EuErbVO hat seine kollisionsrechtliche Aufspaltung zur Folge (Kapitel 2.6.3.3). Diese kollisionsrechtliche Aufspaltung wurde im österreichischen Durchführungsgesetz zur EuErbVO nicht berücksichtigt. Hinsichtlich der Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines Testamentary Trust liegt vielmehr eine kollisionsrechtliche Lücke vor, die es zu schließen gilt (Kapitel 2.6.3.4).

Aufgezeigt wird, wann nach den dargestellten kollisionsrechtlichen Regeln das österreichische Erbstatut anzuwenden ist und es demnach zu der problematischen Situation kommen kann, dass die Verfügung eines Testamentary Trust dem österreichischen Erbstatut unterfällt und somit nach einer Rechtsordnung zu behandeln ist, die dieses Rechtsinstitut gar nicht kennt. Andererseits kann auch das ausländische Erbstatut anzuwenden sein, obgleich Trust-Vermögen in Österreich belegen ist und Rechte aus einem Trust aus Sicht des österreichischen Rechtsanwenders nicht bekannt sind (Kapitel 2.4 und 2.7).

In Kapitel 3 wird zunächst untersucht, warum das in der Tradition des Civil Law stehende österreichische Recht Schwierigkeiten im Umgang mit dem Rechtsinstitut Trust hat (Kapitel 3.1). Durch einen Blick auf die Historie der Entwicklung des englischen Trust-Rechtes (Kapitel 3.1.1) erklärt sich die besondere Eigentumslage beim Trust (*split ownership/ duality of ownership*) (Kapitel 3.1.2). Diese steht im Konflikt mit den Grundsätzen des österreichischen Sachenrechts (Kapitel 3.1.3). In weiterer Folge wird beleuchtet, ob auch bei einem liechtensteinischen Trust geschaffene dingliche Rechtslage von der Unvereinbarkeit mit dem österreichischen Recht auszugehen ist (Kapitel 3.2).

In einem nächsten Schritt stellt sich die Frage nach dem Umgang mit einem testamentarisch verfügten Trust, dessen Rechtsfolgen nach österreichischem

Recht nicht erlangt werden können. Insofern ist hinsichtlich der beiden bereits in der Einleitung definierten Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich, ob österreichischem Recht zum Trust-Statut berufen wird (Kapitel 3.3) oder ob Trust-Recht zum Trust-Statut berufen wird, wobei im Ergebnis in beiden Fällen der Testamentary Trust in funktionsverwandte Institute des österreichischen Rechts zu „übersetzen“ ist (Kapitel 3.4). In einem kurzen Exkurs wird dargestellt, dass auch eine etwaige Ratifikation des HTÜ aus österreichischer Sicht zu keinem abweichenden Ergebnis führen würde (Kapitel 3.5).

Als Grundlage für eine Suche nach jenen funktionsverwandten Rechtsinstituten des österreichischen Rechts, durch welche der auf Errichtung eines Testamentary Trust gerichtete Erblasserwillen möglichst getreu umgesetzt werden kann, wird in Kapitel 4 zunächst der Testamentary Trust nach englischem Recht analysiert. Die wesentlichen Funktionen des Testamentary Trust werden eingangs dargestellt (Kapitel 4.4). Weiters wird der für die wirksame Trust-Errichtung zwingende Testamentsform (Kapitel 4.5) sowie der Mindestinhalt der Errichtungserklärung (*three certainties*) behandelt (Kapitel 4.6). Die Rechtsbeziehungen nach dem Trust-Konzept zwischen Trustee, Beneficiaries und dem Gericht werden in der Folge beleuchtet. Es wird unter anderem auf die möglichen Gestaltungsvarianten im Hinblick auf die Rechtsstellung der Beneficiaries (Fixed Trust, Discretionary Trust, *power of appointment*) eingegangen (Kapitel 4.7). Weiters wird die Bestellung und Abberufung des Trustee, dessen Treue- und Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung des in seinem formellen Eigentum stehenden Sondervermögens und seine Haftung bei *breach of Trust* erläutert (Kapitel 4.8). Insbesondere werden Kontrollbedürfnis und Kontrollinstrumente beim Trust untersucht. Dargestellt werden die Spurfolgerechte („*equitable rights to trace*“) und die Kontrollrechte der Beneficiaries, ihr Einfluss auf den Bestand des Trust nach der „*Saunders v Vautier*- Regel“ (Kapitel 4.9), die starken Kontrollrechte des Gerichts (Kapitel 4.10) und die Beendigung des Trust (Kapitel 4.11). Die einzelnen Merkmale des Testamentary Trust werden als Hilfsmittel für die folgende rechtsvergleichenden Untersuchungen in einer Ergebnisliste zusammengefasst (Kapitel 4.12)

Im Anschluss erfolgt in Kapitel 5 eine Analyse des liechtensteinischen Testamentary Trust, der in Artikel 897 bis 932 des liechtensteinischen Personen-

und Gesellschaftsrecht (PGR) geregelt ist und eine Nachbildung des englischen Trust-Rechts darstellt (Kapitel 5.1 bis 5.9). Hierbei werden die Abweichungen des liechtensteinischen vom englischen Trust-Recht herausgestellt, um diese gegebenenfalls bei der Suche nach äquivalenten Rechtsinstituten im österreichischen Recht berücksichtigen zu können (Kapitel 5.10).

In Kapitel 6 werden funktionsäquivalente Rechtsinstitute des österreichischen Rechts für den Testamentary Trust gesucht, die für eine allfällige Umdeutung bzw. Anpassung in Frage kommen könnten. Zunächst ist an eine Erbeinsetzung und Legate unter der Auflage der Testamentsvollstreckung zu denken (Kapitel 6.2). Bei einer Übersetzung in das österreichische Recht sind die Trust-Beteiligten gegebenenfalls als Erben und als Vermächtnisnehmer einzuordnen (Kapitel 6.2.1). Ein Aufeinanderfolgen von Begünstigten kann durch Vor- und Nacherbschaft abgebildet werden (Kapitel 6.2.2). Das österreichische Recht kennt das Institut der Testamentsvollstreckung gemäß § 816 ABGB (Kapitel 6.2.3). Die Rechtsposition des Testamentsvollstreckers nach österreichischem Recht sowie jene der Erben werden anhand von Rechtsprechung und Lehre untersucht und mit der Rechtsstellung von Trustee und Beneficiary beim Trust verglichen.

Weitere erbrechtliche Instrumente, die mit der Testamentsvollstreckung verknüpft werden können, wie Auflagen an die Erben (Kapitel 6.3.1) und das Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 364 c ABGB (Kapitel 6.3.2.) werden erläutert. Untersucht wird, inwieweit durch die Auslegung der Trust-Verfügung als postmortale Vollmacht eine mit dem Testamentary Trust vergleichbare Rechtslage fingiert werden kann (Kapitel 6.4). Als taugliches Äquivalent kommt auch die Auflage an die Erben zur Errichtung eines Treuhandverhältnisses in Frage (Kapitel 6.5). Das österreichische Recht sieht insbesondere spezielle Schutzmechanismen vor, durch welche das auf den Treuhänder übertragene Vermögen vor Vereitelung gesichert wird (Kapitel 6.5.4).

Als funktionsäquivalentes Rechtsinstitut des Trust kommt unter Umständen auch die österreichische Privatstiftung in Betracht (Kapitel 6.5.), die von Todes wegen errichtet werden kann (Kapitel 6.5.3.). Die Stiftungserklärung stellt wie das Trust-Instrument die verpflichtende Grundlage für die Vermögensverwaltung dar (Kapitel 6.5.4). Das PSG gibt einen strengen Rahmen für die Struktur der

Privatstiftung vor (Kapitel 6.5.5). Untersucht wird, ob die Begünstigtenrechte (Kapitel 6.5.6), die Rechtsstellung von Stiftungsvorstand (Kapitel 6.5.7) und Begünstigten (Kapitel 6.5.8) sowie die Rolle des Gerichts (Kapitel 6.5.11) mit den herausgearbeiteten Merkmalen des Trust-Konzepts vergleichbar sind bzw vergleichbar gestaltet werden können. Zu untersuchen ist, ob bzw in welchen Fällen und bei welcher Gestaltung des Testamentary Trust die österreichische Privatstiftung ein Funktionsäquivalent sein kann (Kapitel 6.5.13).

Ein etwaiger Formmangel bei der Errichtung könnte nur durch Nachholen eines Notariatsakts über die Stiftungserklärung und ggf durch eine entsprechende Auflage an die Erben bzw Vermächtnisnehmer überwunden werden. Um den Erblasserwillen bestmöglich umzusetzen, müssen bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Stiftungserklärung die Bestimmungen des Trust-Instrumentes möglichst genau „stiftungsgerechtlich übersetzt“ werden (Kapitel 6.6).

Abschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung in einer Schlussbemerkung zusammengefasst (Kapitel 7).

Insgesamt bietet die Dissertation „zur Behandlung eines Testamentary Trust unter österreichischem Recht“ Gelegenheit zur (auch herauslösbaren) Betrachtung mehrerer Unterthemen: die Untersuchung der kollisionsrechtlichen Behandlung des Testamentary Trust, die sachenrechtliche Unvereinbarkeit des Trust mit dem österreichischen Recht, die Analyse des englischen Trust-Rechts, der Rechtsvergleich des englischen Trust-Rechts mit dem liechtensteinischen Trust-Recht, der Rechtsvergleich zwischen Testamentary Trust und funktionsverwandten Instituten des österreichischen Rechts und hierbei insbesondere die Auseinandersetzung mit dem in der österreichischen Rechtspraxis und Rechtsfortbildung vernachlässigten Institut der Testamentsvollstreckung sowie eine Untersuchung der Foundation Governance der österreichischen Privatstiftung und deren Vergleich mit dem Trust-Konzept.

2 Die kollisionsrechtliche Behandlung des Testamentary Trust

Zunächst ist zu untersuchen, wie nach den Regeln des in Österreich geltenden international privatrechtlichen Kollisionsrechts das auf einen Testamentary Trust anzuwendende Sachrecht zu bestimmen ist. Gemäß den Regeln des Kollisionsrechts entscheidet sich, ob die rechtliche Behandlung des Testamentary Trust dem ausländischen Trust-Recht oder dem österreichischen Sachrecht unterliegt.

2.1 Erbrechtliche Qualifikation des Testamentary Trust

Da das Rechtsinstitut Trust im österreichischen Sachrecht nicht existiert, gibt es auch im österreichischen Internationalen Privatrecht keine speziellen Kollisionsnormen für die Bestimmungen des auf einen Trust anwendbaren Rechts. Der Testamentary Trust ist daher unter die Begriffe der Kollisionsrechtsnormen rechtlich einzuordnen. Die Einordnung setzt die Auslegung und Rechtsfortbildung des in Betracht kommenden Verweisungstatbestandes voraus.³¹ Die geltenden Kollisionsnormen umfassen insofern (potentiell) alle – auch unbekannte – fremde Rechtsinstitute.³²

Der Erblasser (Testator) errichtet den Testamentary Trust durch letztwillige Verfügung³³, wobei häufig das Testament des Erblassers und die Anordnung über die Errichtung und Verwaltung des Trust in einer einzigen Urkunde enthalten sind.³⁴ Der Testator verfügt darin von Todes wegen, dass bestimmte Vermögenswerte, die im Zeitpunkt des Todes in seinem Eigentum stehen oder über die er verfügungsbefugt ist, auf einen vom ihm bestimmten Trustee übergehen sollen, der mit dem Trustvermögen nach den Anweisungen des Testators zu verfahren hat.³⁵ Somit bezweckt der Testator mit der testamentarischen Errichtung des Trust eine postmortale Vermögensverteilung, die sich funktional als Verfügung von Todes wegen darstellt.³⁶ Ein Testamentary Trust wird daher in kollisionsrechtlicher Hinsicht nach herrschender Meinung einheitlich erbrechtlich qualifiziert und dem allgemeinen Erbstatut unterstellt, das die gesamte Rechtsnachfolge von

³¹ Posch, Bürgerliches Recht VII Internationales Privatrecht⁴ (2008) 33 ff, Schwimann, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht³ (2001) 22 ff.

³² Vgl Sonnenberger in MünchKomm BGB X⁵ (2010) Einl Rn 513 mwN.

³³ Flick/Piltz, Internationaler Erbfall Rz 1046; Czermak, express trust 120.

³⁴ Czermak, express trust 120.

³⁵ Czermak, express trust 120.

³⁶ Dörner, Trust 218, Czermak, express trust 133.

Todes wegen umfasst.³⁷ Durch die erbrechtliche Qualifikation kann insbesondere der Gefahr der Umgehung zwingender Pflichtteilsrechte von Familienangehörigen des Erblassers entgegen gewirkt werden.³⁸ Die erbrechtliche Einstufung dürfte in der Regel auch den Erwartungen des Erblassers entsprechen.³⁹

2.2 Trust-Statut als Gesamtstatut

Die einheitliche erbrechtliche Qualifikation“ bedeutet, dass das Rechtsgebilde Trust als Gesamtstatut behandelt wird, dh, dass von der erbrechtlichen Qualifikation die Entstehung des Testamentary Trust, das grundsätzliche Verhältnis der Beteiligten untereinander und ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten sowie die Beendigung des Trust umfasst sind.⁴⁰ Alle Rechtsfragen, die im Verhältnis der Beteiligten untereinander auftauchen, lassen sich unter dem „gemeinsamen Dach“⁴¹ des einheitlichen Erbstatutes lösen. Das Trust-Statut umfasst ebenso sachenrechtliche Vorgänge, die sich im Innenverhältnis zwischen Beneficiary und Trustee ereignen oder mit dem Innenverhältnis verknüpft sind. Beim Testamentary Trust entscheidet somit das Erbstatut darüber, wie das Eigentum zwischen Trustee und Beneficiary aufgespalten wird und welche daraus folgenden Rechte insbesondere dem Beneficiary gegenüber dem Trustee zustehen.⁴² Entscheidend ist im Innenverhältnis nicht pauschal die *lex rei sitae*.⁴³ *Wendehorst* führt diesbezüglich zu Recht aus: „Die Rechte und Pflichten der Beteiligten hinsichtlich des Trust-Vermögens von vornherein einem anderen Recht zu unterstellen als die grundsätzliche Rollenverteilung der Beteiligten untereinander sowie ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten, würde einen einheitlichen Sachverhalt ohne Not zerreißen und das Trust-Statut als Gesamtsta-

³⁷ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 62; *Wolff*, Trusts, in *Gruber/Kalss* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge, 1332; *Tuppa*, GeS 2009, 214; für das deutsche Recht: *Wendehorst* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch XI⁶ (2015) Art 43 EGBGB Rz 49; *Dörner* in Staudinger, Kommentar zum BGB, Band: IPR (2007), Art 25 EGBGB Rn 427; *Czermak*, Der express Trust im internationalen Privatrecht, 132 ff.; *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des Trust, 95; hingegen ist die Anknüpfung von *inter vivos Trusts* umstritten: vgl. *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 51; *Dörner*, Trust 214 f; siehe FN 48.

³⁸ *Czermak*, express trust 135.

³⁹ Vgl auch *Czermak*, express trust 135.

⁴⁰ Vgl *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 52.

⁴¹ *Dörner*, Trust 223.

⁴² Vgl *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 52.

⁴³ So aber *Dörner*, Trust 218; nach *Wienbracke*, A clash of cultures: Trusts und deutsches (internationales) Privatrecht, ZEV 2007, 417 entscheidet die *lex rei sitae* darüber, ob ein Trust überhaupt entstehen kann.

tut aushöhlen.“⁴⁴. Die *lex rei sitae* ist aber immer insofern von Bedeutung, als die vom Trust-Statut geschaffene dingliche Rechtslage nicht im Widerspruch zum Belegenheitsrecht stehen darf.⁴⁵ Auf die hiermit im Zusammenhang stehende Thematik der „Anpassung“ bei Geltendmachung der aus einem Testamentary Trust folgenden dinglichen Rechte an in Österreich belegenem Vermögen wird später noch eingegangen.⁴⁶

Vom Innenverhältnis zwischen den am Trust Beteiligten ist das Außenverhältnis zwischen den am Trust-Beteiligten und Dritten zu unterscheiden. Diese wird nicht vom Trust-Statut umfasst. So unterstehen etwa Verträge des Trustee mit einem Dritten (zB über den Verkauf von Trust-Vermögen) dem Schuldverhältnis. Ansprüche des Beneficiary gegenüber einem Dritten (zB wegen einer missbräuchlichen Verfügung des Trustee über das Trust-Vermögen) unterfallen – je nach Inhalt – dem Sachstatut oder auch dem Deliktsstatut.⁴⁷ Dem Trust-Statut unterliegt auch die Auslegung der im Rahmen der Errichtung des Testamentary Trust getroffenen Anordnungen des Erblassers. Bei der Ermittlung des Erblasserwillens können Umstände berücksichtigt werden, die auf einer fremden Rechtsordnung beruhen, unter deren Einfluss der Erblasser bei Abfassung des Testamentes stand.⁴⁸

2.3 Die kollisionsrechtliche Behandlung des Testamentary Trust nach den „alten“ Bestimmungen des IPRG

Die erbrechtlichen Kollisionsnormen des österreichischen Internationalen Privatrechtsgesetzes vom 5. 6. 1978 (IPRG) werden seit dem 17. August 2015 von den Bestimmungen der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) verdrängt.⁴⁹ Die erbrechtlichen Kollisionsregeln des IPRG sind nach den

⁴⁴ Vgl *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 52.

⁴⁵ Vgl *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 52; *Dutta*, Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation: *RabelsZ* 73 (2009) 547–606 (594); *Wühl*, Der Trust im österreichischen Internationalen Privatrecht, *ZfRV* 2013, 26 mwN; kritisch: *Wienbracke*, *ZEV* 2007, 416 f.

⁴⁶ Siehe unten Pkt.3.4.

⁴⁷ Vgl *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 53; anders: *Czermak*, express trust 218, der auch im Außenverhältnis von einem einheitlichen Trust-Statut ausgeht.

⁴⁸ *Czermak*, express trust 123 ff.

⁴⁹ Weitere bislang in Kraft getretene kollisionsrechtliche Verordnungen der Europäischen Union sind – neben der Europäischen Erbrechtsverordnung (die neben kollisionsrechtliche Regelungen auch vereinheitlichendes Sachrecht umfasst) – die Verordnungen „Rom II“ (außervertragliche Schuldverhältnisse), „Rom I“ (vertragliche Schuldverhältnisse) und Rom

Bestimmungen der EuErbVO aber jedenfalls weiterhin für die Rechtsnachfolge von Personen anzuwenden, die vor dem 17. August 2015 verstorben sind, und deren Nachlass noch (vor den österreichischen Gerichten) abgehandelt wird⁵⁰, und wären unter Umständen auch dann anzuwenden, sofern – hierüber wird sogleich näher ausgeführt – der Testamentary Trust nicht von den Bestimmungen der EuErbVO erfasst wird.⁵¹ Bevor auf die EuErbVO eingegangen wird, werden daher zunächst die erbrechtlichen Kollisionsregeln nach „alter“ Rechtslage gemäß §§ 28 ff IPRG zusammengefasst.

2.3.1 Erbstatut nach § 28 ff IPRG

Gemäß § 28 Abs 1 IPRG ist allgemeines Erbstatut das Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehört (Personalstatut gemäß § 9 Abs 1 Satz 1 IPRG). Hat der Erblasser zwei oder mehrere Staatsangehörigkeiten (Mehrstaater), so ist zu unterscheiden: Hat der Erblasser auch die österreichische Staatsbürgerschaft, wird er ausschließlich als Inländer angesehen (§ 9 Abs 1 Satz 2 IPRG). Ist dies nicht der Fall, ist die Staatsangehörigkeit des Staates maßgebend, zu dem die stärkste Beziehung besteht („effektive Staatsangehörigkeit“⁵²; § 9 Abs 1 Satz 3 IPRG).⁵³ Gemäß § 5 IPRG ist die Verweisung iSv § 28 Abs 1 IPRG als Gesamtverweisung unter Einschluss von Rück- und Weiterverweisung zu verstehen, dh die Verweisung auf fremde Rechtsordnungen umfasst immer auch deren Kollisionsrecht.⁵⁴ Dies sind nicht unbedingt die allgemeinen erbrechtlichen Kollisionsnormen des fremden Rechts, sondern die gegebenen Falls vorhandenen speziell für den Testamentary Trust geltenden Regeln.⁵⁵

„III“ (Scheidung von Ehen). Geplant sind ferner Verordnungen zum Ehegüterrecht und zum Unterhalt.

⁵⁰ Art 83 Abs 1 EuErbVO.

⁵¹ Siehe zur überzeugenden Ansicht über die analoge Anwendung der Bestimmungen der EuErbVO unten Pkt 2.7.

⁵² *Mänhardt/Posch*, Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht (1994), 59; *Posch*, Internationales Privatrecht⁴ 57 ff.

⁵³ Subsidiär, d.h. für den Fall, dass der Erblasser staatenlos ist oder seine Staatsangehörigkeit nicht geklärt werden kann, wird auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers abgestellt (§ 9 Abs 2 IPRG).

⁵⁴ *Schwimmann* in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band II - IPRG, EVÜ³ (2004) § 28 IPRG Rz 6 mwN; die „Gesamtverweisung“ ist im Unterschied zur „Sachnormverweisung“ gemäß § 5 Abs 1 IPRG die Regelverweisung des IPRG.

⁵⁵ Vgl *Dörner*, Trust 219.

Eine Rechtswahl ist im österreichischen Erbkollisionsrecht unzulässig.⁵⁶ § 28 Abs 1 IPRG unterstellt die Erbfolge am gesamten (wo auch immer belegenen beweglichen oder unbeweglichen) Nachlassvermögen einheitlich dem Personalstatut des Erblassers und folgt somit grundsätzlich dem Prinzip der Nachlasseinheit. Zur Anwendung von Belegenheitsrecht – über die §§ 32, 31 IPRG hinaus – kann es nur dann kommen, wenn gemäß § 5 IPRG, wonach bei Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung auch deren Kollisionsnormen umfasst sind (Gesamtverweisung), eine solche Rechtsnorm zur Anwendung kommt, die Belegenheitsrecht anwendet.

Gemäß der Sonderanknüpfung des § 28 Abs 2 IPRG ist, wenn der Nachlass in Österreich abzuhandeln ist, nur der Erbschaftserwerb durch die erbrechtlich Berechtigten, dh Erbserklärung, Einantwortung⁵⁷, Vermächtniserwerb (*modus*), nicht aber die Berufung zur Erbschaft (*titulus*)⁵⁸ und die Nachlassschuldenhaftung⁵⁹ nach österreichischem Recht zu behandeln.⁶⁰

⁵⁶ *Schwimann* in Rummel, ABGB II³§ 28 IPRG Rz 1; *Schauer*, Erbrecht goes Europe: Fragen der EU-Erbrechtsverordnung, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Migration, Familie und Vermögen 46; bei Zulassung einer Rechtswahl in erbrechtlichen Belangen wurden Gefahren im Hinblick auf die Rechtsicherheit und den Schutz von Pflichtteilsberechtigten unerwünschte Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung befürchtet, so *Bajons*, in Bericht an die Europäische Kommission über die Internationale Zuständigkeit und das Internationale Privatrecht in Österreich, online einsehbar unter http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/report_conflits_autriche.pdf, 96.

⁵⁷ Das österreichische Recht sieht einen eigenen hoheitlichen Akt vor, durch den der Erbe nach Abgabe einer Erbantrittserklärung Eigentum an den Vermögenswerten des Nachlasses erwirbt (§ 819 ABGB). Mit der Einantwortung wird das Verlassenschaftsverfahren beendet. Erst durch die Einantwortung kommt es zur Universalsukzession, dh die Erben treten in die Rechte und Pflichten des Erblassers ein. Bis dahin ist der „ruhende Nachlass“ als juristische Person anzusehen; vgl *Weiß* in Klang/Gschnitzer (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band III²(1952) 1046 f.

⁵⁸ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 176; *Posch*, Internationales Privatrecht⁴ 92.

⁵⁹ Dh Fragen der Parteifähigkeit der Verlassenschaft, Verpflichtung zur Pflichtteilserfüllung, Durchsetzung von Vermächtnissen, Nachlassseparation und Nachlassinsolvenz, siehe *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 176; *Posch*, Internationales Privatrecht⁴ 92.

⁶⁰ Weiters gilt für den sachenrechtlichen Erwerb dinglicher Rechte an unbeweglichen Nachlasssachen – egal, ob diese im In- oder Ausland belegen sind – gemäß §§ 32, 31 IPRG der Grundsatz „Einzelstatut (Liegenschaftsstatut) bricht Gesamtstatut (Erbstatut)“. Unabhängig vom Personalstatut des Erblassers richtet sich demnach bei jedweder Erbfolge der Erwerbsmodus dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen nach der *lex rei sitae*. „Erwerb“ iSd § 31 IPRG meint wie iSd § 28 Abs 2 IPRG den sachenrechtlichen Erwerbsmodus, sohin das Verfügungsgeschäft, und nicht den Erbrechtstitel.⁶⁰ Im Hinblick auf in Österreich belegene Liegenschaften decken sich somit die Vorschriften § 28 Abs 2 IPRG und § 32 IPRG. Die Ausnahme des § 32 IPRG hat nur bei ausländischen Nachlassliegenschaften selbständige Bedeutung.⁶⁰

2.3.2 Formwirksamkeit der letztwilligen Verfügung

Die Beurteilung der formellen Wirksamkeit der Trust-Begründung durch letztwillige Verfügung unterliegt dem „Haager Übereinkommen über das auf die Form der letztwilligen Verfügung anzuwendende Recht vom 5.10.1961“ als *loi uniforme*.⁶¹ Gemäß Artikel 1 des Übereinkommens werden mehrere Möglichkeiten einer formwirksamen Testierung zur Verfügung gestellt.⁶² Gemäß Artikel 1 des Übereinkommens ist die Formwirksamkeit nach dem Personalstatut der Staatsangehörigkeit des Erblassers, nach der *lex loci actus*, nach dem Recht des Wohnsitzes bzw gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblasser im Zeitpunkt der Testierung oder des Todes oder bei unbeweglichem Vermögen nach der *lex rei sitae* zu beurteilen (Art 1 des Übereinkommens). Ein Testamentary Trust ist demnach im Regelfall formgültig errichtet.⁶³

2.4 Zwischenergebnis: Nach IPRG auf den Testamentary Trust anzuwendendes Recht

Nach den Bestimmungen des IPRG ist in der Regel das Heimatrecht des Erblassers das für die Beurteilung der postmortalen Rechtswirkungen des Testamentary Trust maßgebliche Recht. Verfügt ein österreichischer Staatsbürger einen Testamentary Trust, unterliegt diese Verfügung somit dem österreichischen Erbstatut. Zur Anwendung des Trust-Rechts kommt es hingegen, wenn ein Staatsangehöriger eines Trust-Staates einen Testamentary Trust verfügt. Die Kollisionsregeln des Trust-Staates können aber eine Rück- oder Weiterverweisung aussprechen – zB könnte aufgrund der Geltung der Anknüpfungsgrundsätze des Haager Trust Übereinkommens (HTÜ) in England oder Liechtenstein⁶⁴ auf das österreichische Recht zurückverwiesen werden, etwa weil ein in Österreich belegenes Grundstück zum Nachlass gehört oder die Trust-Verwaltung in Österreich ihren Schwerpunkt hat. Wird auf das österreichische Recht zurückverwiesen, ist gemäß § 5 Abs 2 IPRG das österreichische Sachrecht (dh Rechtsnomen ausschließlich des Kollisionsrechts) anzuwenden.

⁶¹ Gemäß Art 6 dieses Übereinkommens ist es irrelevant, ob der Testierende einem der Vertragsstaaten angehört oder nicht.

⁶² Dies gilt auch für von mehreren Personen gemeinsam errichtete Testamente (Art 4 des Übereinkommens).

⁶³ *Czermak*, express trust, 202; *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des trust, 123.

⁶⁴ Siehe Fn 44.

2.5 Exkurs: Anknüpfungsgrundsätze nach Haager Trust Übereinkommen (HTÜ)

An dieser Stelle ist ein Blick auf die kollisionsrechtliche Behandlung eines Testamentary Trust nach dem in der XV. Haager Konferenz für Internationales Privatrecht in 1984 verabschiedeten „Haager Trust Übereinkommen“ (HTÜ) zu werfen, welches Österreich – wie die meisten anderen europäischen Staaten – bisher nicht ratifiziert hat.⁶⁵⁶⁶ Das Übereinkommen beabsichtigt nicht, den Trust als Rechtsinstitut in den Staaten, die kein eigenes Trust-Recht haben, einzuführen, vielmehr will es gemeinsame internationalprivatrechtliche Regeln für das auf Trusts anzuwendende Recht aufstellen, die für Staaten mit eigenem Trust-Recht wie auch für Staaten ohne eigenes Trust-Recht gleichermaßen gelten sollen (Art 2 Abs 1 HTÜ).⁶⁷ Im Sinne des Übereinkommens ist ein Trust, „die von einer Person, dem Begründer, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustee unterstellt worden ist.“⁶⁸ Das Übereinkommen ist auf alle Trusts anzuwenden, die freiwillig errichtet und schriftlich bestätigt worden sind.⁶⁹ Das HTÜ erfasst somit auch den Testamentary Trust als Form des Private Express Trust.

Vorrangig unterstellt das HTÜ den Trust dem vom Errichter (Settlor bzw Testator) gewählten Recht, wobei die Rechtswahl ausdrücklich sein oder sich aus den Bestimmungen der Errichtungsurkunde ergeben muss (Art 6 Abs 1 HTÜ). Subsidiär untersteht der Trust dem Recht, mit dem er die engste Verbindung aufweist, wobei insbesondere der vom Settlor (Testator) bezeichnete Ort der Verwaltung des Trust, die Belegenheit des Vermögens des Trust und zuletzt der

⁶⁵ Das HTÜ wurde bis heute von Australien, Frankreich, Italien, Kanada, Liechtenstein, Luxemburg, Malta, Monaco, Niederlande, San Marino, USA, UK, China, Zypern und zuletzt von der Schweiz ratifiziert; eine aktuelle Übersicht der Staaten, die das HTÜ ratifiziert haben, ist online abrufbar unter http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59.

⁶⁶ Der Text des HTÜ ist online einsehbar unter http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.text&cid=59.

⁶⁷ *Hayton*, The International and Comparative Law Quarterly 260.

⁶⁸ Wesentliche Eigenschaften eines Trust sind gemäß Art 2 Abs HTÜ, dass das Vermögen des Trust ein getrenntes Sondervermögen und nicht Bestandteil des persönlichen Vermögens darstellt. Zudem müssen die Rechte im Bezug auf das Vermögen auf den Namen des Trustee oder auf den einer anderen Person in Vertretung des Trustee laufen. Schließlich muss der Trustee die Befugnis und die Verpflichtung haben, das Vermögen in Übereinstimmung mit den Trust-Bedingungen und den ihm durch das Recht auferlegten besonderen Verpflichtungen zu verwalten, zu verwenden oder darüber zu verfügen.

⁶⁹ Art 3 HTÜ.

Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes oder der Niederlassung des Trustee zu berücksichtigen sind (Art 7 HTÜ). Das gemäß dieser Anknüpfungsgrundsätze ermittelte Trust-Statut regelt die Gültigkeit des Trust, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung, worunter insbesondere auch die Rechte und Pflichten der am Trust beteiligten Personen untereinander fallen. (Art 8 HTÜ).

Die Anknüpfung des Testamentary Trust nach den im HTÜ statuierten Anknüpfungsgrundsätzen ist somit äußerst flexibel. Auch eine Anknüpfung nach den Regeln der EuErbVO⁷⁰ ist im Hinblick auf die Flexibilität nicht vergleichbar. Die Tatsache, dass Österreich das HTÜ nicht ratifiziert hat, wirkt sich insofern im Falle des Testamentary Trust stärker aus als im Falle des *inter vivos* Trust: Dieser ist nach herrschender Meinung aufgrund seiner Ähnlichkeit zur Treuhand schuldrechtlich zu qualifizieren.⁷¹ Das Schuldstatut gemäß § 35 IPRG⁷² unterstellt den Trust dem von den Parteien gewählten Recht, subsidiär dem Recht des Staates, zu dem das Schuldverhältnis die engste Verbindung hat und weiter subsidiär dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes der Partei, die die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt (idR der Trustee). Das nationale Schuldstatut sieht somit für den *inter vivos* Trust im Wesentlichen die gleiche kollisionsrechtliche Anknüpfung wie das HTÜ vor.⁷³

Im Hinblick auf den Testamentary Trust würde eine Ratifizierung des HTÜ jedoch vor allem durch die Möglichkeit der freien Rechtswahl zu einer enormen Flexibilität in der Nachlassplanung führen. Insbesondere könnte unter dem HTÜ die Rechtswahl zugunsten einer Trust-Rechtsordnung auch nur für einzelne Nachlassteile, für die ein Testamentary Trust errichtet werden sollen, erfolgen. Weiters könnten für verschiedene Nachlassteile, die in verschiedene Testamentary Trusts überführt werden, mehrere Trust-Rechtsordnungen kumulativ gewählt werden.

⁷⁰ Siehe unten Pkt. 2.6. und 2.7.

⁷¹ *Wolff*, Trusts 1333 ff; *Tuppa*, GeS 2009, 214 (215); für das deutsche Recht: *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 51; *Czermak*, express trust 202; *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des trust, 130.

⁷² Die kollisionsrechtliche Behandlung des *inter vivos* Trust unterfällt § 35 IPRG und nicht den Bestimmungen der europäischen „Rom I-VO“ (Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl vom 4.7.2008, L 177/6.). Der *inter vivos* Trust ist gemäß Art 1 Abs 2 lit h. vom Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgeschlossen.

⁷³ So auch *Wühl*, ZfRV 2013, 28, ff. der deshalb für den *inter vivos* Trust kein dringendes Bedürfnis für die Ratifizierung des HTÜ durch Österreich sieht.

2.6 Die kollisionsrechtliche Behandlung des Testamentary Trust nach EuErbVO

Die mit Geltung zum 17. August 2015 in Kraft getretene EuErbVO⁷⁴ brachte einen „grundlegenden Paradigmenwechsel“ im erbrechtlichen Kollisionsrecht mit sich.⁷⁵ Sie ist auf die Rechtsnachfolge von Personen anzuwenden ist, die am oder nach dem 17. August 2015 verstorben sind.⁷⁶ Die EuErbVO gilt für alle Mitgliedstaaten der europäischen Union mit Ausnahme von Dänemark, welches sich an Maßnahmen der justiziellen Zusammenarbeit nicht beteiligt.⁷⁷ Sie gilt grundsätzlich auch für das Vereinigten Königreich und Irland, die nicht durch die EuErbVO verpflichtet sind, aber die Möglichkeit eines Opt-In haben⁷⁸, von der bisher nicht Gebrauch gebracht wurde und die nach dem „Brexit-Referendum“⁷⁹ ohnehin hinfällig sein dürfte. Diese Staaten sind –wie alle übrigen Nichtmitgliedsstaaten der EU –als „Drittstaaten“ iSd EuErbVO zu betrachten.

2.6.1 Hintergründe zur EuErbVO

Die EuErbVO wurde etwa über ein Jahrzehnt vorbereitet.⁸⁰ Als Kompetenzgrundlage für die Verordnung fungierte Artikel 67, 81 Abs 1 iVm Abs 2 lit a, c des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁸¹, wonach es zur Erhaltung und Weiterentwicklung eines Raumes der Freiheit, Sicherheit, und des Rechts Aufgabe der Union ist, im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug entsprechende Maßnahmen zu erlassen. In Artikel 81 Abs 2 lit c AEUV wird in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf „Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten“ verwiesen. Bisher gab es – anders als im Bereich der

⁷⁴ Die EuErbVO ist online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:DE:PDF>.

⁷⁵ *Simon/Buschbaum*, Die neue EU-Erbrechtverordnung, NJW 2012, 2393; *Schauer*, Erbrecht goes Europe 48.

⁷⁶ Vgl Art 83 Abs 1 EuErbVO.

⁷⁷ Vgl Erwägungsgrund 83 der EuErbVO.

⁷⁸ Vgl Erwägungsgrund 82 der EuErbVO.

⁷⁹ Gemeint ist das Referendum der Briten über den Verbleib des Vereinigten Königreichs in der Europäischen Union vom 23. Juni 2016.

⁸⁰ Siehe zur Entstehungsgeschichte *Scheuba*, Anmerkungen zur Entstehungsgeschichte, in *Schauer/Scheuba*, Europäische Erbrechtsverordnung (2012), 1 ff.

⁸¹ Ehemals Art 61 lit c iVm Art 65, Art 67 des EG-Vertrages; vgl auch *Faber*, Der aktuelle Vorschlag einer EU-Verordnung für Erbsachen – ein Überblick, JEV 2010, 42.

vertraglichen Schuldverhältnisse⁸² und außervertraglichen Schuldverhältnisse⁸³, im Bereich der Ehescheidung und Trennung⁸⁴ sowie Unterhalt⁸⁵ – für das Erbrecht noch keinen aufgrund dieser Rechtsetzungskompetenz erlassenen Rechtsakt.

Die EuErbVO ist ein Rechtsakt der Europäischen Union, der als Verordnung unmittelbar – dh auch ohne inländischen Regelungsbefehl – in den Mitgliedstaaten anwendbar ist.⁸⁶ In vielen Punkten sind jedoch mitgliedstaatliche Durchführungsgesetze erforderlich.⁸⁷ Die EuErbVO soll Hindernisse für den freien Verkehr von Personen ausräumen, die darin gesehen werden, dass die Durchsetzung von Rechten im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Erbfällen Schwierigkeiten bereitet.⁸⁸ Zu diesem Zweck werden in der EuErbVO verschiedenen Mechanismen vorgesehen. Zum einen führt die EuErbVO einheitliche Regeln über die Zuständigkeit der Gerichte (bzw der zuständigen Behörden⁸⁹) in Erbsachen ein⁹⁰, die verhindern, dass die Gerichte mehrere Mitgliedstaaten parallel tätig werden und einander widersprechende Entscheidungen produzieren.⁹¹ Darüber hinaus soll durch einheitliche Kollisionsregeln⁹² erreicht werden, dass vor allen europäischen Gerichten dasselbe Erbrecht angewendet wird.⁹³ Durch Gleichlauf von Zuständigkeitsregeln und kollisionsrechtlichen Bestimmungen der VO soll sichergestellt werden, dass im Regelfall die mit der Erbsache befasste Stelle ihr eigenes Recht anwendet.⁹⁴ Weiterhin sind

⁸² Rom I-VO, siehe schon Fn 49.

⁸³ „Rom II-VO“, Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl vom 31.7.2007, L 199/40.

⁸⁴ Verordnung (EU) 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl vom 29.12.2010, L 343/10.

⁸⁵ Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. Nr. L 7/1.

⁸⁶ Art 288 Abs 2 AEUV.

⁸⁷ *Dutta*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, FamRZ 2013, 4; siehe für Österreich: *Schauer*, Erbrecht goes Europe 46; *Motal*, EU-Erbrechtsverordnung: Anpassungsbedarf im IPRG und der JN, EF-Z 2014, 251 ff; *Dutta* in MünchKomm BGB X⁶ (2015) Art 1 EuErbVO Rz 21.

⁸⁸ Vgl Erwägungsgrund 7 der EuErbVO.

⁸⁹ Vgl Erwägungsgrund 20 der EuErbVO und Art 3 Abs 2 EuErbVO.

⁹⁰ Kapitel II, Art 4 bis 19 EuErbVO.

⁹¹ *Schauer*, Erbrecht goes Europe 46.

⁹² Kapitel III, Art 20 bis 38 EuErbVO.

⁹³ Vgl Erwägungsgrund 37 EuErbVO.

⁹⁴ Vgl Erwägungsgrund 27 EuErbVO. (Art 4 VO). Dies dient wiederum der Verfahrensökonomie und der Gerechtigkeit, da Gerichte, die ihr eigenes Sachrecht anwenden, meist schneller, kostengünstiger und mit höherer Gewähr für die Richtigkeit entscheiden, vgl *Kindler*, Vom

nach den Bestimmungen der EuErbVO die Entscheidungen eines Mitgliedstaates in Erbsachen in einem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen und können vollstreckt werden.⁹⁵ Durch die EuErbVO wird zudem ein Europäisches Nachlasszeugnis⁹⁶ eingeführt, mit dem eine zügige Nachlassabwicklung erreicht werden soll, indem es grenzüberschreitend zum Nachweis der Rechtstellung bzw zur Ausübung der Rechte und Befugnisse durch Erben, Vermächtnisnehmer, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter dienen soll.⁹⁷

2.6.2 Kollisionsrechtliche Bestimmungen der EuErbVO

Die Kollisionsregeln der EuErbVO gelten universell, dh sie finden auch Anwendung, wenn sie auf ein Recht eines Staates, der nicht Mitgliedstaat ist, verweisen (Artikel 20 EuErbVO).⁹⁸ Ist der Anwendungsbereich der EuErbVO eröffnet, ist das autonome innerstaatliche Kollisionsrecht nicht anwendbar, vielmehr richtet sich dann das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht ausschließlich nach der Verordnung.⁹⁹

2.6.2.1 Erbstatut nach EuErbVO

Die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt gemäß Artikel 21 EuErbVO dem allgemeinen Erbstatut. Die EuErbVO folgt somit dem Prinzip der Nachlassseinheit.¹⁰⁰ Das allgemeine Erbstatut ist nach der VO das Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Für die meisten „kontinentalen“ Mitgliedstaaten bedeutet dies eine Abkehr von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit¹⁰¹. Die Anknüpfung

Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union, IPrax 2010, 47.

⁹⁵ Kapitel IV, Art 39 bis 61 EuErbVO.

⁹⁶ Kapitel V, Art 62 bis 73 EuErbVO.

⁹⁷ Vgl Erwägungsgrund 67 EuErbVO.

⁹⁸ Damit wird eine für die Praxis lästige Zweispurigkeit des Erbkollisionsrechts und eine Auseinandersetzung mit der Frage vermieden, wann eigentlich ein „innereuropäischer“ Erbfall vorliegt und wann ein solcher mit „Drittstaatenbezug“, vgl *Dörner*, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht, ZEV 2010, 222; teilweise wurde kritisiert, dass diese Regelung die Kompetenz der EU überschreite, da sie nicht von dem sich aus Art 81 Abs 2 AEUV ergebenden Ziel der Stärkung des europäischen Binnenmarktes durch Rechtsvereinheitlichung gedeckt würden, vgl *Kindler*, IPrax 2010, 48.

⁹⁹ *Dutta* in MünchKomm BGB X⁶ Art 20 EuErbVO Rz 1.

¹⁰⁰ Vgl Erwägungsgrund 37 EuErbVO.

¹⁰¹ Wie das österreichische Kollisionsrecht bestimmten auch das deutsche, griechische, italienische, schwedische, slowenische, spanische, tschechische und ungarische Kollisionsrecht das Erbstatut nach der Staatsangehörigkeit; vgl *Rudolf*, Vorschlag einer EU-Verordnung zum internationalen Erb- und Verfahrensrecht, NZ 2010, 353 (359, Fn 82);

an den gewöhnlichen Aufenthalt war daher einer der Schwerpunkte der Kontroversen bei der Vorbereitung der EuErbVO.¹⁰² Eine Definition des Begriffes „gewöhnlicher Aufenthalt“ enthält die VO nicht.

Der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ ist autonom auszulegen.¹⁰³ Zur Auslegung können die Erwägungsgründe 23 und 24 der EuErbVO herangezogen werden, in welchen Kriterien für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes aufgeführt werden. Demnach ist eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vorzunehmen. Insbesondere die Dauer, Regelmäßigkeit und Gründe des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat sind zu berücksichtigen. Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt soll eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen.¹⁰⁴ Durch das im Vergleich zur Staatsangehörigkeit eher unsichere Anknüpfungskriterium soll erreicht werden, dass idR die zuständigen Gerichte ihr eigenes Recht anwenden können.¹⁰⁵ Dieses Ergebnis wird allerdings durch die (gegenüber dem Entwurf) neu eingefügte Ausweichklausel gemäß Artikel 21 Abs 2 EuErbVO verwässert, wonach, dann, wenn sich ausnahmsweise eine „offensichtlich engere Verbindung“ des Erblassers im Todeszeitpunkt zu einem anderen Staat als zu jenem ergibt, in dem er seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hat, das Recht dieses anderen Staates anwendbar ist.¹⁰⁶

Kindler, IPrax 2010, 46 Fn 25; *Simon/Buschbaum*, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2012, 2395 FN 29.

¹⁰² Vgl. *Fischer-Czermak*, in *Schauer/Scheuba*, Europäische Erbrechtsverordnung (2012) 44 Fn 7; *Ofner*, Rom IV-Verordnung im Europäischen Parlament angenommen, ZfRV 2012, 11.

¹⁰³ Erwägungsgrund 24 nennt als Beispiel den Fall, dass auch wenn ein Erblasser für lange Zeit in einem anderen Staat gearbeitet hat, sich sein gewöhnlicher Aufenthalt dennoch in seinem Herkunftsland befinden kann, wenn er zu diesem eine enge und feste Bindung aufrechterhalten hat, sodass sich dort in familiärer und sozialer Hinsicht sein Lebensmittelpunkt befindet. Wenn ein Erblasser abwechselnd in mehreren Staaten gelebt hat, ohne sich in einem Staat für längere Zeit niederzulassen, kann seine Staatsangehörigkeit oder die Lage seines Vermögens entscheidend sein.

¹⁰⁴ Siehe hierzu auch *Schauer*, Das heitere Erbrechtsraten aus Brüssel – Neues zur Erbrechtsverordnung, *ecolex* 2012, 575.

¹⁰⁵ Erwägungsgrund 27 EuErbVO; siehe auch *Kindler*, IPrax 2010, 47.

¹⁰⁶ Gemäß Erwägungsgrund 25 soll mit dieser Ausweichklausel der Ausnahmefall erfasst sein, dass der Erblasser erst kurz vor seinem Tod in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthaltes umgezogen ist und eine Gesamtbetrachtung ergibt, dass er offensichtlich eine engere Verbindung zu einem anderen Staat besteht. Nach mE kann es zu solch einer Divergenz aber nicht kommen, da nicht ein gewöhnlicher Aufenthalt in einem Staat festgestellt werden kann (dieser setzt ja eine engste Verbindung voraus!), wenn zu einem anderen Staat eine engere Verbindung besteht. „Gewöhnlicher Aufenthalt“ ist nach Erwägungsgrund 23 und 24 gerade nicht mit „Wohnsitz“ gleichzusetzen. Im Falle des Versterbens kurz nach Umzug wurde

2.6.2.2 Rechtswahlmöglichkeit nach EuErbVO

Gemäß Artikel 22 Abs 1 EuErbVO hat der Erblasser hinsichtlich des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Rechts die Möglichkeit der Rechtswahl. Allerdings ist diese – anders als etwa im europäischen Internationalen Schuldvertragsrecht unter der Rom I-VO – beschränkt auf das Recht des Staates, dessen Staatsbürgerschaft der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Todes inne hat.¹⁰⁷ Mehrstaater können das Recht eines der Staaten wählen. Die Rechtswahl ist auch dann wirksam sein, wenn das gewählte Recht keine Rechtswahl in Erbsachen vorsieht.¹⁰⁸ Die Rechtswahl muss ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben. Gemäß Erwägungsgrund 39 kann sich eine Rechtswahl aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergeben, wenn beispielsweise der Erblasser in seiner Verfügung Bezug auf spezifische Bestimmungen des Rechts des Staates, dem er angehört, genommen hat oder das Recht dieses Staates in anderer Weise erwähnt hat.¹⁰⁹

Die Rechtswahl kann sich aber nur auf die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen beziehen. Die EuErbVO folgt gemäß Artikel 23 Abs 1 dem Prinzip der Nachlassseinheit.¹¹⁰ Aufgrund der Rechtswahl soll somit der gesamte Nachlass, dh

somit noch kein gewöhnlicher Aufenthalt im Staat des neuen Wohnsitzes begründet. Die Ausweichklausel trägt daher wohl eher zu Rechtsunsicherheit bei; so auch *Fischer-Czermak*, in *Schauer/Scheuba*, Erbrechtsverordnung 45; *Rudolf*, VO zum Internationalen Erb- und Verfahrensrecht in Kraft – ein Überblick, NZ 2013, 234; zum Konfliktpotential der Ausweichklausel siehe auch *Schauer*, *Erbrecht goes Europe* 49.

¹⁰⁷ Gemäß Erwägungsgrund 38 ist die Rechtswahl auf das Recht eines Staates, dem der Erblasser angehört, beschränkt, damit sichergestellt wird, dass eine Verbindung zwischen dem Erblasser und dem gewählten Recht besteht, und damit vermieden wird, dass ein Recht mit der Absicht gewählt wird, die berechtigten Erwartungen der Pflichtteilsberechtigten zu vereiteln. Die Beschränkung der Rechtswahl auf das Recht der Staatsangehörigkeit kann als politischer Kompromiss verstanden werden, der dem Erblasser Planungssicherheit gewährleistet und Mitgliedstaaten, die bisher dem Staatsangehörigkeitsprinzip gefolgt sind, den Übergang zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt zu erleichtern, vgl Nordmeier, Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art 22 ErbRVO, GPR 2013, 148.

¹⁰⁸ Vgl Erwägungsgrund 40 EuErbVO, demnach richtet sich zudem die materielle Wirksamkeit der Rechtshandlung, mit der die Rechtswahl getroffen wird, nach dem gewählten Recht.

¹⁰⁹ Vgl Erwägungsgrund 39 EuErbVO das MaxPlanck Institut führt beispielhaft auf, dass von der Wahl österreichischen Rechts auszugehen sei, wenn in einem auf Deutsch abgefassten Testament die Begriffe „Einantwortung“ und „Verlassenschaft“ verwendet werden, vgl *MPI*, Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RebelsZ* 74 (2010), 522 (613).

¹¹⁰ Vgl Erwägungsgrund 37 EuErbVO; siehe auch *Bajons*, Die Nachlassabwicklung in internationalen Erbsachen nach zukünftigem Recht, *ecolex* 2014, 204.

das gesamte zum Nachlass gehörende Vermögen, dem gewählten Recht unterliegen.¹¹¹ Eine Teilrechtswahl (*dépeçage*) für einzelne Vermögensgegenstände oder Nachlassteile ist hingegen unzulässig.¹¹²

Aus Bestands- und Vertrauensschutzgründen ist eine schon vor dem 17. August 2015 getroffene Rechtswahl (sog. „Altrechtswahl“¹¹³) gültig, wenn sie entweder den Bestimmungen der EuErbVO entspricht oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Rechtswahl geltenden Vorschriften des IPR im Heimatland oder im Aufenthaltsstaat zulässig war (Artikel 83 Abs 2 EuErbVO).¹¹⁴

2.6.2.3 Sachnormverweisung/ Gesamtverweisung/ Rückverweisung nach EuErbVO

Ist gemäß der EuErbVO das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes oder das gewählte Staatsangehörigkeitsrecht das Recht eines Mitgliedstaates, liegt gemäß Artikel 34 Abs 1 EuErbVO eine Sachnormverweisung vor. Ist das Recht eines Drittstaates anwendbar, ist eine Rück- und Weiterverweisung durch die IPR-Vorschriften des Drittstaates nur dann zu berücksichtigen (Gesamtverweisung), falls dieser auf das Recht eines Mitgliedstaates oder auf das Recht eines Drittstaates, der die Verweisung annimmt rück- oder weiter verweist; ansonsten ist die Verweisung auf das Recht eines Drittstaates eine Sachnormverweisung.¹¹⁵ Gemäß Artikel 34 Abs 2 EuErbVO ist die Rück- und Weiterverweisung aber insbesondere dann ausgeschlossen, wenn der Erblasser eine Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Drittstaates getroffen hat.

¹¹¹ Das Prinzip der Nachlassseinheit wird durchbrochen durch Art. 30 EuErbVO, wonach nationale Vorschriften, die die Rechtsnachfolge in bestimmte Vermögenswerte aus „wirtschaftlichen, familiären oder sozialen Erwägungen beschränken oder berühren“, unabhängig vom Erbstatut zur Anwendung gelangen. Weiter lässt die EuErbVO gemäß Art 75 Abs 1 EuErbVO internationale Übereinkommen unberührt, sodass es gemäß diesen zu einer Nachlassspaltung kommen könnte.

¹¹² *Rudolf*, NZ 2013, 235; *Nordmeier*, Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – einen Untersuchung des Art 22 ErbVO, GPR 2013, 148;

¹¹³ *Nordmeier*, GPR 2013, 154.

¹¹⁴ ZB könnte ein österreichischer Staatangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in den Niederlanden nach dortigem IPR für die Rechtsnachfolge von Todes wegen niederländisches Erbrecht wählen, *Fischer-Czermak*, und Schauer/Scheuba, Erbrechtsverordnung 47 mwN.

¹¹⁵ Vgl *Rudolf*, NZ 2013, 235; *Nordmeier*, GPR 2013, 232; so soll der internationale Entscheidungseinklang gewährleistet werden.

2.6.2.4 Formgültigkeit nach EuErbVO

Gemäß Artikel 75 Abs 1 EuErbVO hat hinsichtlich der Formgültigkeit einer schriftlichen Verfügung von Todes wegen das „Haager Übereinkommen über das auf die Form der letztwilligen Verfügung anzuwendende Recht vom 5.10.1961“ Vorrang, wonach im Sinne des *favor testamenti* durch alternative Anknüpfungen die Formwirksamkeit begünstigt wird.¹¹⁶ Auch hinsichtlich der Rechtswahl (sowie der Änderung oder Widerruf der Rechtswahl) muss gemäß Artikel 22 Abs 2 und 4 EuErbVO die Form einer Verfügung von Todes wegen eingehalten sein.

2.6.3 Der Testamentary Trust unter der EuErbVO

2.6.3.1 Ausnahme gemäß Artikel 1 Abs 2 lit j EuErbVO

Die EuErbVO ist sachlich auf die gesamte „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ anzuwenden.¹¹⁷ Hierunter versteht die Verordnung jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, ungeachtet der Form der Erbeinsetzung (gesetzlich oder gewillkürt) (Artikel 3 Abs 1 lit a ErbVO). Die Reichweite des Erbstatuts wird in Artikel 23 Abs 2 der EuErbVO weiter konkretisiert. Demnach sind auch die Berufung der Berechtigten und ihre Pflichten, der Übergang des Eigentums der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte auf die Berechtigten sowie die Rechte der Erben, Testamentsvollstrecker und anderer Nachlassverwalter, insbesondere im Hinblick auf die Veräußerung von Vermögen vom Erbstatut umfasst.¹¹⁸

Allerdings ist gemäß Artikel 1 Abs 2 lit j EuErbVO „die Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines Trust“ vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen. Dies ist erstaunlich, da der Testamentary Trust dem Bereich des Vermögensüberganges von Todes wegen zugeordnet und von der Mehrzahl der kontinentaleuropäischen Staaten, die den Trust nicht kennen, als erbrechtlich qualifiziert wird.¹¹⁹ Neben dem Testamentary Trust als Form des Express Trust sind auch die im engen Zusammenhang mit dem Erbrecht stehenden Statutory

¹¹⁶ Siehe bereits oben Pkt 2.3.2. Das Übereinkommen wurde auch von der Mehrheit der Mitgliedstaaten der EU unterzeichnet.

¹¹⁷ Vgl Erwägungsgrund 9 EuErbVO.

¹¹⁸ Vgl Erwägungsgrund 42 EuErbVO.

¹¹⁹ Siehe schon oben Pkt 2.1.

Trusts, die in den Common Law-Staaten regelmäßig kraft Gesetzes während des Erbganges entstehen¹²⁰, vom Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der EuErbVO umfasst. Der europäische Gesetzgeber folgt mit dem Ausschluss des Trust seiner Linie wie in den vorhergehenden Rom-Verordnungen.¹²¹

Der europäische Gesetzgeber hat aber offenbar die Verknüpfung von Erbrecht und Trustrecht erkannt und daher den generellen Ausschluss des Trust gemäß Artikel 1 Abs 2 lit j EuErbVO hinsichtlich der in Verbindung mit dem Erbrecht stehenden Trusts eingeschränkt. Gegebenenfalls hat der europäische Gesetzgeber auch befürchtet, dass bei einem vollständigen Ausschluss von Testamentary Trusts aus dem Anwendungsbereich der EuErbVO national zwingende Pflichtteilsrechte umgangen werden könnten.¹²² Laut Erwägungsgrund 13 der EuErbVO soll die Bestimmung des Artikel 1 Abs 2 lit j EuErbVO nämlich „nicht als genereller Ausschluss von Trusts verstanden werden“. Vielmehr soll, wenn ein Trust testamentarisch oder aber kraft Gesetzes im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge errichtet wird, „im Hinblick auf den Übergang der Vermögenswerte“ und „die Bestimmung der Berechtigten“ das nach der EuErbVO auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht gelten. Weitere Erläuterungen hierzu lassen sich der EuErbVO aber nicht entnehmen.

2.6.3.2 Hintergrund: Der Testamentary Trust in den Vorarbeiten zur EuErbVO

Bei der Vorbereitung der EuErbVO wurde die Frage der Aufnahme des Testamentary Trust in den Geltungsbereich der EuErbVO wiederholt aufgegriffen. Die Europäische Kommission hatte im Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht vom 1. März 2005 (Grünbuch) eigene Kollisionsnormen für den Trust angedacht.¹²³ So wurde im Grünbuch unter Punkt 2.6. „Erbschaftstrusts“ gefragt, ob eine Notwendigkeit bestünde, dass für Trusts spezielle Kollisionsnormen

¹²⁰ Der Nachlass geht nicht auf den Erben über, sondern zunächst auf einen *personal representative*, dh einen vom Erblasser bestimmten Executor oder einem gerichtlich bestellten Administrator, der den Nachlass als Trustee hält, vgl *Dutta* in MünchKomm BGB X⁶ Art 1 EuErbVO Rz 29.

¹²¹ Vgl Art 1 Abs 2 lit h Rom I-VO und Art 1 Abs 2 lit e Rom II-VO schließen den Trust aus dem Anwendungsbereich aus,

¹²² Siehe hierzu noch unten Pkt. 2.8.

¹²³ *Dutta* in MünchKomm BGB X⁶ Art 1 EuErbVO Rz 29.

eingeführt werden.¹²⁴ Hierzu äußerte sich beispielsweise die deutsche Bundesregierung in einer Stellungnahme ablehnend, weil „eine spezielle Kollisionsnorm für den Erbschaftstrust nicht notwendig“ erscheine, da dieses Rechtsinstitut „in den meisten Mitgliedstaaten unbekannt sei“. Falls ein Regelungsbedürfnis gesehen werden sollte, könnten „die Anknüpfungen aus Artikel 6 Abs 1 und Artikel 7 des Haager Übereinkommens vom 1. Juli 1985 über das auf die Anerkennung von Trusts anzuwendende Recht [...] für verbindlich erklärt werden“.¹²⁵

Im Verordnungsvorschlag vom 14. Oktober 2009 schloss die Europäische Kommission die „Errichtung, Funktionsweise und Beendigung eines Trusts“ aus dem Anwendungsbereich der VO aus, wobei laut Erläuterung zu Artikel 1 dies „der Anwendung des nach Maßgabe dieser Verordnung geltenden Erbstatutes nicht entgegen stehen“ sollte.¹²⁶ Der Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments erkannte offenbar die damit einhergehenden kollisionsrechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten und fügte in seinem Berichtsentwurf vom 23. Februar 2011 der von der Kommission vorgeschlagenen Ausnahme des Trust aus dem Anwendungsbereich der VO eine Gegen Ausnahme bei: Nicht unter die VO fallen sollten „die Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines Trusts, mit Ausnahme von Trusts, die durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge errichtet wurden“.¹²⁷ In diesem Sinne ging in Folge auch der Rat der Europäischen Union davon aus, dass „die testamentarische

¹²⁴ KOM (2005) 65 endg S. 7. Weiters stellte die Kommission im Grünbuch die Frage nach eigenen Zuständigkeitsregeln für den „Erbschaftstrust“, die nicht unter die Erbsachen ausschließende Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (Brüssel I-VO) fallen (Grünbuch Frage 24). Die Kommission schloss auch bei der Frage nach Anerkennung von Nachlassverwaltern die „Verwalter von Erbschaftstrusts“ mit ein und fragte, welche Wirkung die Anerkennung von Erbschaftstrust im Bezug auf die Änderung der Grundbücher haben würde. (Grünbuch Punkt 4.3., Frage 31). Weiters wurde gefragt, ob Bestimmungen in die VO aufgenommen werden müssten, „um den durch erbrechtliche und andere Vorschriften geschützten Pflichtteil trotz Vorhandenseins eines Trusts zu wahren“ (Grünbuch Frage 32).

¹²⁵ Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht, online abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_bundesministerium_de.pdf, S 5; siehe auch Stellungnahme der Österreichischen Notarskammer online abrufbar unter www.notar.at/uploads/deutsch.pdf, S 5, mit dem Beisatz, die Rechtsfigur trust ginge weit über das Erbrecht hinaus und würde daher den Rahmen des EU-Instruments zum Erbrecht sprengen; aus gleichem Grund wird jeweils auch die im Grünbuch aufgeworfene Frage nach einem Bedürfnis für spezielle Zuständigkeitsbestimmungen verneint.

¹²⁶ Vgl KOM (2009) 154 endg. Punkt 4.1.

¹²⁷ Vgl Änderungsantrag 29 im Berichtsentwurf des Rechtsausschusses des Europäischen Parlamentes vom 23. Februar 2011, Berichterstatter K. Lechner, 2009/0157(COD).

Errichtung eines Trusts“ (sowie die Errichtung eines gesetzlichen Trusts im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge) „in den Anwendungsbereich der künftigen Verordnung fallen und im Hinblick auf den Übergang der Vermögenswerte und die Bestimmungen der Berechtigten dem nach der Verordnung anzuwendenden Recht unterliegen“ solle.¹²⁸

Das Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (MPI) hatte sich in einer von *Basedow* und *Dutta* koordinierten, ausführlichen Stellungnahme zum Verordnungsvorschlag der Kommission vom 26. März 2010 für die Einbeziehung von Testamentary Trusts (sowie auch im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge errichtete Trusts) in den Anwendungsbereich der VO Stellung ausgesprochen und die hierfür sprechenden Argumente zusammengefasst:¹²⁹ Auch wenn Trusts ein einzigartiges Rechtsinstrument des Common Law sind, sind doch auch in den Mitgliedstaaten, die nicht dem Common Law zuzuordnen sind, ähnliche Rechtsinstrumente bekannt. Das MPI verweist diesbezüglich auf die deutschen Instrumente der Testamentsvollstreckung und Vor – und Nacherbschaft. Es sei daher schwer einzusehen, warum ein Rechtsinstrument, das mit dem Erbrecht in Verbindung steht und ein gängiges Mittel der Nachfolgeplanung sei, von der Vereinheitlichung der Kollisionsregeln ausgeschlossen wird.

Eine Einbeziehung von Testamentary Trusts in ein Europäisches Instrument würde auch nicht notwendigerweise das existierende HTÜ stören, wenn die fünf Mitgliedstaaten, die dem HTÜ beigetreten sind, dieses beibehalten. Nur eine Einbeziehung auf Ebene des Kollisionsrechtes würde sicherstellen, das – anders als bisher – zumindest Testamentary Trusts europaweit anerkannt würden. Die Rechtssicherheit für einen Testator, der einen Trust durch letztwillige Verfügung errichtet, würde steigen. Nach Auffassung des MPI sollten keine eigenen Kollisionsregeln geschaffen, sondern vielmehr die Regeln für Testamentary Trusts nicht von den allgemeinen Kollisionsregeln für testamentarische Verfügungen abweichen. Eine unbegrenzte Rechtswahlmöglichkeit, wie sie das

¹²⁸ Vgl. ua Addendum zum Vermerk des Vorsitzes des Rates vom 10. Januar 2012 zu 18475/11 JUSTCIV 356 CODEC 2397.

¹²⁹ *MPI*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RebelsZ* 74 (2010), 522 (556 ff).

HTÜ vorsieht, sollte insofern nicht möglich sein.¹³⁰ Es bestünde nämlich kein Grund, warum der Errichter eines Testamentary Trust eine größere Rechtswahlfreiheit haben sollte als ein Testator, der testamentarisch ein Civil Law-Äquivalent des Testamentary Trust verfügt. Im Regelfall würde so sichergestellt, dass ein Testamentary Trust und die allgemeine Rechtsnachfolge von Todes wegen dem gleichen Sachrecht unterliegen und vom gleichen zuständigen Gericht beurteilt werden, sodass keine Koordinationsprobleme auftreten, zB wenn es um die Versorgung von Familienmitgliedern geht. Nach Meinung des MPI sollte allerdings allgemein auch eine Teilrechtswahl für einzelne Teile des Nachlassvermögens zulässig sein¹³¹ – eine Teilrechtswahl nur hinsichtlich eines verfügten Testamentary Trust, die aber nicht für die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen gilt, wäre somit nach Auffassung des MPI zulässig gewesen.

2.6.3.3 Problematik: Kollisionsrechtliche Aufspaltung

Entgegen der vorstehenden Argumente des MPI hat sich der Europäische Gesetzgeber letztendlich aber in dem schon erwähnten Erwägungsgrund 13 der EuErbVO dafür entschieden, dass die Kollisionsnormen der EuErbVO für den Testamentary Trust nur im Hinblick auf den „Übergang der Vermögenswerte“ und die „Bestimmung der Berechtigten“ gelten, sohin nur diese Aspekte dem Erbstatut nach EuErbVO unterstehen sollen. Hingegen soll „Errichtung, Funktionsweise und Auflösung“ des Testamentary Trust nicht dem Erbstatut nach EuErbVO, sondern dem in den Mitgliedstaaten jeweils nach autonomem Kollisionsrecht zu bestimmenden Trust-Statut unterliegen.¹³² Die vom europäischen Gesetzgeber für zulässig erachtete kollisionsrechtliche Aufspaltung des Testamentary Trust widerspricht damit dem grundsätzlichen Verständnis in der Literatur vom Trust-Statut als „Gesamtstatut“.¹³³

Was mit dem Begriff der „Funktionsweise“ des Testamentary Trust iSd EuErbVO gemeint ist, ist zudem nicht näher definiert. Legt man den Begriff weit aus, wären

¹³⁰ Das *MPI* schlug in seiner Stellungnahme allgemein eine erweiterte Rechtswahlmöglichkeit zugunsten einer ehemaligen Staatsbürgerschaft, des letzten oder gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthaltes sowie der *lex rei sitae* vor, siehe *MPI*, *RabelsZ* 74 (2010), 606 f.

¹³¹ *MPI*, *RabelsZ* 74 (2010), 609.

¹³² Vgl. *Döbereiner*, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil I), *MittBayNot* 2013, 362; *Motal*, *EF-Z* 2014, 258; insofern unklar *Fischer-Czermak* in *Schauer/Scheuba*, *Erbrechtsverordnung* 27.

¹³³ Siehe oben Pkt. 2.2.

davon sowohl das gesamte Innenverhältnis des Trust, dh die Rechtsbeziehungen zwischen den Trust-Beteiligten untereinander, insbesondere ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten, aber auch die nach außen hin gegenüber Dritten wirkende (dingliche)¹³⁴ Rechtsposition der Trust-Beteiligten umfasst. Die Grenzziehung zwischen dem der EuErbVO unterfallendem Erbstatut und dem Trust-Statut kann somit insgesamt nur äußerst unscharf erfolgen¹³⁵: Die von den Kollisionsregeln der EuErbVO umfassten Bereiche „Übergang der Vermögenswerte“ und „Bestimmung der Berechtigten“ sind aus trustrechtlicher Sicht mit dem Innenverhältnis zwischen Trustee und Beneficiary sowie mit deren Rechte am Trust-Vermögen verwoben. Wie noch genauer aufzuzeigen ist, sind beim Testamentary Trust sowohl die Trustee als auch die Beneficiaries Eigentümer am Trust-Vermögen und können ihre Rechte gegenüber Dritten durchsetzen.¹³⁶

Die getrennte kollisionsrechtliche Anknüpfung der Bestimmung der erbrechtlich Berechtigten und des Umfangs ihrer jeweiligen Rechte erscheint weder sinnvoll, noch trägt sie zur Rechtsklarheit und Rechtsvereinfachung bei. Die Scheu vor einer vollen Aufnahme von Erbschaftstrusts in den Regelungsbereich der EuErbVO erklärt sich wohl vielmehr dadurch, dass die europäischen Civil Law-Staaten generell befürchten, dass durch Einbeziehung des Rechtsinstitut Trust in europäische Rechtssetzungsakte der ihnen rechtssystematisch fremde¹³⁷ Trust in die nationalen Rechtsordnungen implementiert wird.¹³⁸ Diese Angst ist jedenfalls hinsichtlich der Aufnahme der Erbschaftstrusts in die erbkollisionsrechtlichen Bestimmungen der EuErbVO nicht gerechtfertigt. Schließlich nimmt das Kollisionsrecht weder Einfluss auf das materielle Recht in den Civil Law-Staaten, noch verpflichtet es zur Anerkennung einer Rechtslage, die mit dem heimischen Recht unvereinbar ist. Schon vor Inkrafttreten der EuErbVO wurden in den Civil Law Staaten die Fälle, in denen ein Erbschaftstrust heimischem Recht untersteht, mit (international) privatrechtlichen Instrumenten wie „Umdeutung“ und „Anpassung“ gelöst und auf diesem Wege in ihr ehestes Äquivalent im

¹³⁴ Siehe hierzu noch unten Pkt 3.1.2.

¹³⁵ Vgl auch *Dutta*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, FamRZ 2013, 5, *ders* in MünchKomm BGB X⁶ Art 1 EuErbVO Rz 29.

¹³⁶ Siehe unten Pkt. 3.1.2.

¹³⁷ Siehe unten Pkt. 3.1.3.

¹³⁸ Dass eine Implementierung durchaus möglich ist, zeigt das Beispiel Liechtensteins, siehe unten Pkt 3.2.

anzuwendenden nationalen Erbrecht transformiert.¹³⁹ Eine volle Einbeziehung von Erbschaftstrusts in den Geltungsbereich der EuErbVO würde an diesem Ergebnis nichts ändern.

2.6.3.4 Umsetzung der EuErbVO in Österreich

Der österreichische Gesetzgeber war aufgrund des In-Kraft-Tretens der EuErbVO verpflichtet, die Bestimmungen der §§ 28 ff IPRG anzupassen, um einen inhaltlichen Widerspruch zur EuErbVO und einen Verstoß gegen das Normwiederholungsverbot¹⁴⁰ zu vermeiden.¹⁴¹ Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015)¹⁴² enthält daher neben umfassenden Änderungen des materiellen Erbrechts auch Änderungen der Bestimmungen des IPRG, die zum 17. August 2015 in Kraft getreten sind. Es sieht die vollständige Streichung der §§ 28 bis 30 IPRG vor. Der österreichische Gesetzgeber ging insofern davon aus, dass „die EuErbVO das internationale Erbrecht umfassend regelt und für eine nationale Regelung keinen Raum lässt“.¹⁴³ Offenbar nicht bedacht wurde aber die kollisionsrechtliche Behandlung jener erbrechtlich anzuknüpfenden Sachverhalte, die vom inhaltlichen Anwendungsbereich der EuErbVO ausgeschlossen sind. In den innerhalb der Begutachtungsfrist eingegangenen Stellungnahmen zum Ministerialentwurf zum ErbRÄG 2015 wurde hierauf auch nicht aufmerksam gemacht.¹⁴⁴

Das ErbRÄG 2015 sieht zwar eine Ergänzung des Artikel 50 IPRG „Schlussbestimmungen“ durch einen Absatz 7 vor, wonach „§§ 28 bis 30 IPRG weiterhin anzuwenden sind, sofern der Erblasser vor dem 17. August 2015 gestorben ist und

¹³⁹ Vgl. *MPI*, *RabelsZ* 74 (2010), 558; *Dutta*, *RabelsZ* 73 (2009) 547–606 (594); siehe zur Umdeutung und Anpassung unten Kapitel 3.

¹⁴⁰ *Richters*, *Anwendungsprobleme der EuErbVO im deutsch-britischen Rechtsverkehr*, *ZEV* 2012, 577; *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*⁴ (2011) Art 288 AEUV Rz 20.

¹⁴¹ *Dutta* in *MünchKomm BGB X*⁶ Vor Art 1 EuErbVO Rz 20, Vor Art 20 EuErbVO Rn 37 f; *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*⁴, Art 288 AEUV Rz 16 ff.

¹⁴² Siehe bereits oben Fn 12.

¹⁴³ So die Erläuterungen zum Ministerialentwurf, 100/ME XXV. GP „Zur Aufhebung der bisherigen §§ 28 bis 30 IPRG“, die Erläuterungen zum Ministerialentwurf sind online einsehbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/fname_391746.pdf.

¹⁴⁴ Die Stellungnahmen beschäftigen sich vorrangig mit den umfangreichen Änderungen des materiellen Erbrechts nach den §§ des ABGB; die Stellungnahmen sind online einsehbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_00688/index.shtml#tabVorparlamentarischesVerfahren; in der Literatur ist vereinzelt die Gefahr einer kollisionsrechtlichen Lücke erkannt worden, siehe *Motal*, *EF-Z* 2014, 258.

soweit die EurErbVO nicht das maßgebende Recht bestimmt“. Die Gesetzesmaterialien führen hierzu aber aus: „Die Bestimmung des Inkrafttretens und die Übergangsregelung sind auf Art. 83 und 84 EuErbVO abgestimmt, sodass in den Fällen, in denen die Verordnung nicht anzuwenden ist, die alte Rechtslage gilt“ und weiter: „Grundsätzlich kommt es auf das Sterbedatum des Erblassers an, bei der Gültigkeit von letztwilligen Verfügungen u.U. auch auf den Zeitpunkt ihrer Errichtung.“ Die alten Kollisionsregeln nach §§ 28 bis 30 IPRG sollen somit nur noch für jene Sachverhalte gelten, auf welche die EuErbVO nicht anzuwenden ist, weil sie in zeitlicher Hinsicht aus dem Anwendungsbereich der EuErbVO herausausfallen (vgl. Art. 83 und 84 EuErbVO) und nicht für jene erbrechtlich anzuknüpfenden Fälle, die inhaltlich aus dem Anwendungsbereich der EuErbVO hinausfallen.

Zum Vergleich: In Deutschland hatte das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz zunächst einen Referentenentwurf für ein Durchführungsgesetz zur EuErbVO vorgelegt, in dem die ersatzlose Aufhebung der in Deutschland für die Rechtsnachfolge von Todes wegen geltenden Kollisionsnorm des Artikel 25 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuches (EGBGB) vorgesehen war.¹⁴⁵ Dies wurde in der Literatur kritisiert.¹⁴⁶ Der Entwurf wurde korrigiert, sodass der deutsche Bundestag am 3. Dezember 2014 ein Durchführungsgesetz zur EuErbVO¹⁴⁷ beschlossen hat, in dem nicht die Aufhebung, sondern eine Änderung des Artikel 25 EGBGB vorgesehen ist. Es wurde erkannt, dass eine Lösung für alle Fälle vorgesehen werden muss, in denen das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht nicht in den Anwendungsbereich der EuErbVO fällt. Um in diesen Fällen einen „möglichst weitgehenden Gleichlauf des erbrechtlichen Kollisionsrechts“ zu erreichen¹⁴⁸, wurde ein innerstaatlicher Anwendungsbefehl¹⁴⁹ vorgesehen. Artikel 25 EGBGB

¹⁴⁵ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, einsehbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE_ErbVO.pdf?__blob=publicationFile.

¹⁴⁶ *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 358 (361); *Richters*, ZEV 2012, 576 (577).

¹⁴⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 3. Dezember 2014 für ein „Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstige Vorschriften“, online einsehbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/042/1804201.pdf>.

¹⁴⁸ Begründung zu Art. 15 des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, online einsehbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/042/1804201.pdf>.

¹⁴⁹ *Richters*, ZEV 2012, 577.

lautet seit Inkrafttreten des Durchführungsgesetzes am 17. August 2015 daher: „Soweit die Rechtsnachfolge von Todes wegen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 fällt, gelten die Vorschriften des Kapitels III dieser Verordnung entsprechend.“¹⁵⁰ Auf diese Weise wird unter anderem auch eine kollisionsrechtliche Aufspaltung eines Testamentary Trust vermieden. Eine entsprechende gesetzliche Anpassung nach dem Vorbild des deutschen Artikels 25 EGBGB ist auch für Österreich zu befürworten. Ob der österreichische Gesetzgeber einen Korrekturbedarf sehen wird, bleibt abzuwarten.

2.7 Zwischenergebnis: Nach EuErbVO auf den Testamentary Trust anzuwendendes Recht

Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Behandlung des Testamentary Trust sind nach Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 zwei Möglichkeiten denkbar: Zum einen kann angenommen werden, dass vom Wortlaut des § 50 Abs 7 IPRG in der Fassung nach dem ErbRÄG 2015 grundsätzlich alle Fälle erfasst sind, in denen die EurErbVO nicht das maßgebende Recht bestimmt. Die „Errichtung, Funktionsweise und Auflösung“ von Testamentary Trusts sind demnach gemäß der „alten“ Rechtslage nach IPRG anzuknüpfen (siehe oben 2.4.), hingegen ist der „Übergang des Vermögens“ und die „Bestimmung der Berechtigten“ des Testamentary Trust nach den Regeln der EuErbVO anzuknüpfen.

Überzeugender ist die Annahme, dass aufgrund der ersatzlosen Aufhebung der erbkollisionsrechtlichen Bestimmungen der §§ 28 bis 30 IPRG (und mangels einer absehbaren Ratifikation des HTÜ durch Österreich¹⁵¹) hinsichtlich der „Errichtung, Funktionsweise und Auflösung“ von Testamentary Trusts eine kollisionsrechtliche Lücke vorliegt.¹⁵² Diese Annahme wird durch die Gesetzesmaterialien zum ErbRÄG 2015 gestützt, denen nicht entnommen werden kann, dass der österreichische Gesetzgeber, jene Fälle, die inhaltlich aus dem Anwendungsbereich der EurbVO fallen, mit der Übergangsregelung des § 50 Abs 7 IPRG regeln wollte. Für eine Lückenfüllung kommt die analoge Anwendung der Spezialbestimmungen der EuErbVO in Betracht.¹⁵³ Durch die einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung von Erbschaftstrusts nach den Regeln der

¹⁵⁰ Siehe Art 15 des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, siehe Fn 149.

¹⁵¹ Siehe oben Pkt. 2.5.

¹⁵² Vgl *Motal*, EF-Z 2014, 258; *Dutta*, FamRZ 2013, 5.

¹⁵³ Vgl *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 362.

EuErbVO wird Rechtssicherheit und Praktikabilität erreicht. Die kollisionsrechtliche Lücke ließe sich weiters durch einen Rückgriff auf § 1 Abs 1 IPRG schließen, wonach Sachverhalte mit Auslandsberührung in privatrechtlicher Hinsicht grundsätzlich nach der Rechtsordnung zu beurteilen sind, zu der die „stärkste Beziehung“ besteht. § 1 Abs 1 IPRG ist die Basis aller Bestimmungen des österreichischen internationalen Privatrechts (vgl § 1 Abs 2 IPRG) und dann heranzuziehen, wenn ein kollisionsrechtliches Problem von den speziellen Anknüpfungsnormen der IPR-Kodifikation in Österreich objektiv nicht geregelt ist und die Spezialvorschriften auch nicht analog angewendet werden können.¹⁵⁴ Ginge man davon aus, dass die explizite Ausnahme vom Anwendungsbereich gemäß Artikel 1 Abs 2 lit j EuErbVO einer analogen Anwendung der Bestimmungen der EuErbVO hinsichtlich Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines Trust als *argumentum e contrario* entgegenstünde, wäre gemäß § 1 Abs 1 IPRG anzuknüpfen. Demnach wäre festzustellen, zu welcher Rechtsordnung der Testamentary Trust die stärkste Beziehung hat. Zur Feststellung der stärksten Beziehung sollen jedenfalls „die beteiligten Interessen bewertet und in die kollisionsrechtliche Betrachtung einbezogen“ werden.¹⁵⁵ Hierfür wäre der letzte Wohnsitz des Erblassers, die Belegenheit des Nachlass- bzw Trustvermögens sowie auch der Wohnsitz der Trustee und Beneficiaries einzubeziehen. Angesichts des unbestimmten Begriffes der „stärksten Beziehung“ ist allerdings der analogen Anwendung der EurErbVO im Bezug auf die für Erbschaftstrust bestehende kollisionsrechtliche Lücke der Vorzug zu geben. Nur auf diesem Wege ist die einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung von Testamentary Trusts gewährleistet.

Bei analoger Anwendung der Bestimmungen der EuErbVO unterliegt ein Testamentary Trust, welcher durch einen der nach dem 16. August 2015 verstorbenen Erblasser verfügt wurde, ebenso wie die gesamte Rechtsnachfolge des Erblassers von Todes wegen dem nach Artikel 21 ff EuErbVO anzuwendenden Recht. Demnach ist auf den Testamentary Trust österreichisches Sachrecht dann anzuwenden, wenn der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers in Österreich war (Artikel 21 Abs 1 EuErbVO) – es sei denn, es kann festgestellt

¹⁵⁴ *Verschraegen* in Rummel, ABGB II³ § 1 IPRG Rz 2.

¹⁵⁵ ErlRV 784 BlgNR 14. GP zu § 1; *Verschragen* in Rummel, ABGB³ § 1 IPRG Rz 2.

werden, dass die Gesamtumstände eine engere Bindung zu einem anderen Staat ergeben (Artikel 21 Abs 2 EuErbVO).

Das Trust-Recht eines Heimatstaates des Erblassers kommt somit nur dann zur Anwendung, wenn eine wirksame Rechtswahl diesbezüglich getroffen wurde (Artikel 22 EuErbVO). Eine Rückverweisung auf österreichisches Recht ist dann unbeachtlich (Artikel 34 Abs 2 EuErbVO). Der Erblasser kann allein das Recht seines Heimatstaates – und keinesfalls das Recht irgendeiner anderen fremden Rechtsordnung – wählen. Liegt keine ausdrückliche Rechtswahl vor, kann allenfalls aus der Verwendung von spezifischen Begriffen des heimatlichen Rechts bzw Trust-Rechts auf eine Rechtswahl geschlossen werden. Allerdings ist zu beachten, dass von einer wirksamen Rechtswahl im Sinne der EuErbVO nur dann ausgegangen werden kann, wenn das Testament bzw die testamentarischen Verfügungen des Erblassers dahingehend zu verstehen sind, dass der Erblasser die Rechtswahl für die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen getroffen hat.

Eine Teilrechtswahl, etwa nur für einen Teilnachlass, den der Erblasser in einen Testamentary Trust einbringen will, ist nach EuErbVO nicht zulässig. Ob eine wirksame Rechtswahl vorliegt, ist daher letztlich durch Testamentsauslegung im Einzelfall zu beurteilen. Insgesamt zeigt sich somit, dass die kollisionsrechtlichen Bestimmungen der EuErbVO – sofern sie analog auch auf die Errichtung und Funktionsweise eines Testamentary Trust angewendet werden – im Vergleich zur Rechtslage bei Geltung des HTÜ sehr viel weniger Flexibilität bei der Nachlassgestaltung zulassen.

2.8 Testamentary Trust und Pflichtteilsrecht

Zu beleuchten ist auch das Verhältnis der Verfügung eines Testamentary Trust zum österreichischen Pflichtteilsrecht und anknüpfend die Frage, ob mit der Errichtung eines Testamentary Trust das österreichische Pflichtteilsrecht umgangen werden kann. Die Frage ist nach den bereits ausgeführten Regeln des Internationalen Privatrechts zu beantworten. Grundsätzlich umfasst das Erbstatut auch das Pflichtteilsrecht¹⁵⁶, so umfasst auch der Anwendungsbereich der EuErbVO die Pflichtteilsberechtigten als am Nachlass „Berechtigte“.¹⁵⁷ Ob

¹⁵⁶ *Schwimann* in Rummel, ABGB II³ § 28 Rz 2.

¹⁵⁷ Vgl Art 23 Abs 2 lit b EuErbVO und Erwägungsgrund 47 EuErbVO.

Pflichtteilsrechte bestehen, bestimmt sich somit nach dem nach den kollisionsrechtlichen Regeln anzuwendenden Recht. Ist dies – wie vorstehend ausgeführt – das österreichische Recht, gilt auch das österreichische Pflichtteilsrecht, dh die Pflichtteilsansprüche können von den Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Nachlass bzw gegenüber den eingetragenen Erben geltend gemacht werden. Gilt – ggf aufgrund wirksamer Rechtswahl – das Trust-Recht, greift das österreichische Pflichtteilsrecht insofern auch nicht durch. Das gewählte Heimatrecht verdrängt dann das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes und somit auch das österreichische Pflichtteilsrecht.¹⁵⁸ Anders als im Schrifttum zum deutschen Recht, wird die Anwendung einer Rechtsordnung, die – wie die englische – keine Pflichtteilsrecht vorsieht, im österreichischen Recht nicht als Verstoß gegen den *ordre public* erachtet.¹⁵⁹ Insbesondere ist im österreichischen Recht eine grundrechtliche Eigentumsgarantie, die wie Artikel 14 Abs 1 Satz 1 des deutschen Grundgesetzes das Erbrecht gesondert hervorhebt, nicht verankert; auch der besondere Schutz von Ehe und Familie, wie ihn Artikel 6 Abs 1 des deutschen Grundgesetzes vorsieht, ist in Österreich auf verfassungsrechtlicher Ebene nicht vorgesehen.¹⁶⁰ Zur Pflichtteilsberechnung wird – im Sinne der Nachlassseinheit¹⁶¹ – der internationale Nachlass herangezogen, dh im Falle eines nach österreichischem Recht zu behandelnden Testamentary Trust wird das gesamte – gegebenenfalls internationale – Trust-Vermögen miteinzubeziehen sein.

¹⁵⁸ *Rudolf*, NZ 2013, 235.

¹⁵⁹ *Fischer-Czermak* in Schauer/Scheuba, Erbrechtsverordnung 54; *Schauer* Pflichtteilslose Rechtsordnung und ordre public, EF-Z 2016, 33 f.

¹⁶⁰ *Schauer* Pflichtteilslose Rechtsordnung und ordre public, EF-Z 2016, 35.

¹⁶¹ Siehe oben Pkt. 2.2.1 und 2.6.2.1.

3 „Umdeutung“ und „Anpassung“ des Testamentary Trust

Unter Anwendung der aufgezeigten kollisionsrechtlichen Bestimmungen können aus österreichischer Sicht folgende problematische Situationen auftreten¹⁶²: Die Errichtung und Durchführung eines Testamentary Trust kann zum einen dem österreichischem Erbstatut und somit einer Rechtsordnung, die den Trust nicht kennt, unterstehen (vgl Fallgruppe 1¹⁶³). Dann ist zu fragen, zu welchen Rechtsfolgen die Verfügung des Testator führt. Zum andern kann für die Errichtung und Durchführung des Testamentary Trust ein ausländisches Erbstatut berufen, sohin das ausländische Trust-Recht anzuwenden sein. Wenn Trust-Vermögen in Österreich belegen ist, ist zu fragen, inwiefern ein Trust daran wirksam entstehen kann (Fallgruppe 2¹⁶⁴).

3.1 Eigentumsaufteilung als „Grundstein“ des englischen Trust

Die Schwierigkeiten im Umgang mit dem Testamentary Trust entstehen in den genannten Fällen jeweils aufgrund der für den Trust typischen besonderen Eigentumslage. Der in den Essays von F.W. Maitland (1850-1906) zitierte bekannte Satz von Otto von Gierke „*I cannot understand your Trust*“¹⁶⁵ steht insofern stellvertretend für die Probleme der Rechtsanwender der Staaten, die den Trust nicht in ihre Rechtsordnungen implementiert haben. Diese erschließen sich vor dem Hintergrund, dass der Trust als das für den Rechtskreis des Common Law stiltypische Rechtsinstitut¹⁶⁶ auf dem über Jahrhunderte gewachsenen Zusammenspiel von „Common Law“ und „Equity“ als prinzipiell getrennten Rechtskörper beruht.¹⁶⁷

3.1.1 Ursprünge des englischen Trust

Um dieses Zusammenspiel zu verstehen, ist ein Blick auf seine geschichtliche Entwicklung zu werfen. Die Wurzeln des Trust reichen zurück bis ins englische Mittelalter. Zu dieser Zeit wurde Grundbesitz durch das Common Law geschützt, welches damals jedoch keine testamentarische Erbfolge für Landbesitz kannte. Da Landbesitz nicht auf Frauen und Kinder übertragen werden konnte, wurde

¹⁶² Vgl auch *Czermak*, express trust 281.

¹⁶³ Siehe oben Pkt. 1.1.

¹⁶⁴ Siehe oben Pkt. 1.2.

¹⁶⁵ *Maitland*, State, Trust and Corporation (2003) 53.

¹⁶⁶ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ 71.

¹⁶⁷ Vgl *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 5.

beispielsweise, wenn ein Ritter an den Kreuzzügen teilnahm, ein Vertrauensmann des Ritters als Trustee eingesetzt, auf den die Inhaberschaft am Lehen übertragen wurde und der das Lehen zugunsten der Familie des Ritters (*to the use of*) innehaben sollte. Ein solches, damals noch „*use*“ genanntes, Rechtsverhältnis wurde auch benutzt, um Feudallasten an den Lehnsherrn zu umgehen, die beim Tod eines Lehnsnehmers dessen minderjährigen Erben trafen.¹⁶⁸ Der Trustee war nach außen hin Volleigentümer am Grundstück, hingegen der ursprüngliche Inhaber (Settlor) bis zu seinem Tod nurmehr nutzungsberechtigt war. Im Falle des Todes des Settlor hatte der Trustee die Ländereien zugunsten der begünstigten Familie bzw. des minderjährigen Erben (Beneficiary) zu halten bzw. auf diese zu übertragen, sobald ein Nachkomme rechtsfähig wurde.¹⁶⁹

Die starke Vollrechtsposition nach außen hin führte jedoch zu Fällen von Befugnismissbrauch durch den Trustee. Die damals festgefahrenen Titel zur Rechtsdurchsetzung (*writs*) kannten hierfür keine Abhilfe, da das Common Law nur den einen Eigentümer eines Grundstückes anerkannte und nur diesem Schutz vor Beeinträchtigung seiner Rechte zugestand, sodass in Missbrauchsfällen der König angerufen werden musste, um im Namen des Settlor oder der Beneficiaries Abhilfe zu schaffen.¹⁷⁰ Der König leitete die Bittschriften an den Chancellor, als höchsten Verwaltungsbeamten weiter, der „*for the love of God and in the way of charity*“ Gnade erweisen konnte. Im Falle, dass der Trustee, sein Versprechen, das Land zurückzugeben, gebrochen hatte, sah der Chancellor das abredewidrige Verhalten als unbillig an und wurde die Familie vom Chancellor geschützt, die nicht nur die Möglichkeit zugesprochen bekamen, ihre Ansprüche gegen den Trustee geltend zu machen, sondern auch gegen einen Dritten, der vom Trustee die Liegenschaft erworben hatte. Der Begünstigtenstellung wurde eine derart starke Außenwirkung zugestanden, dass es sich somit zwei Arten von Eigentum (*ownership*) an Liegenschaften entwickelten, die eine Art wurde vom Common Law anerkannt, die andere nach Equity.¹⁷¹

¹⁶⁸ Kötz, Trust und Treuhand 14.

¹⁶⁹ Vgl. Häusler, Angelsächsischer Trust 231; Klein, Testamentary Trust nach Common Law und funktionsverwandte deutsche Zivilrechtsinstitute – ein Rechtsvergleich, ZVglRWiss 2002, 176.

¹⁷⁰ Hayton, The law of Trust 11; Bösch, Die liechtensteinische Treuhänderschaft zwischen trust und Treuhand (1995) 145.

¹⁷¹ Slingsby, NZ 1993, 231.

Unter dem Chancellor entwickelte sich gemäß seiner Entscheidungspraxis in der Folge ein festes Equity-Recht zum Schutz des Settlor und der Beneficiaries, das die Lücken des *writ*-Systems nach Billigkeit ausfüllte. Die gesamten Rechtsregeln, die von den Common Law-Gerichten zum Grundstückseigentum entwickelt worden waren, wendete der Chancellor auf das Equity-Eigentum entsprechend an.¹⁷² Die ursprünglich nur als Korrektiv in Ausnahmefällen gedachte Equity, entwickelte kontinuierlich feste Regeln und Prinzipien und wurde somit in den kommenden Jahrhunderten zu einem eigenen Rechtszweig neben dem Common Law, der auch von einem eigenen nach den Grundsätzen der Equity judizierende Gericht dem Court of Chancery (heute Chancery Division of the High Court) behandelt wurde.¹⁷³ Über lange Zeit entwickelten sich Common Law und Equity nebeneinander, bis durch den Judicature Act 1873 ein einziger Supreme Court geschaffen, der die verschiedenen Gerichte zusammenfasste und somit die judikative Trennung zwischen Common law und Equity aufhob.¹⁷⁴ Im Trustee Act 1925 wurden erstmals zahlreiche treuhänderische Befugnisse (*powers*) des Trustee kodifiziert, die dem Trustee von Gesetz wegen zustehen. Insbesondere die Pflichten des Trustee unterliegen aber weiterhin der Equity-Rechtsprechung.¹⁷⁵

3.1.2 Split ownership/ duality of ownership

Aus dem dargestellten Zusammenspiel von Common Law und Equity hat sich die für den Trust typische Eigentumsverteilung entwickelt. *Underhill/Hayton* beschreiben im Standardwerk „The Law of Trusts and Trustees“ wie folgt:

„The interest in Trust property is called an equitable interest because it was originally only recognised in courts of equity. A legal estate or interest on the other hand, is that proprietary interest which has been acquired with all formalities which are required by the common or statute law of conferring a complete title to such interest. A Trustee usually, but not necessarily or always, has the legal title to Trust property: it is however possible for a Trustee to hold an equitable interest upon Trust for Beneficiaries.“¹⁷⁶

¹⁷² Kötz, Trust und Treuhand 18.

¹⁷³ Klein, ZVglRWiss 2002, 177; Häusler, Angelsächsischer Trust 232.

¹⁷⁴ Seit diesem Zeitpunkt war es vom Rechtsbehelf des Klägers abhängig, ob er sich an den *Chancery Court* oder an die *Queens Bench* zu wenden hatte, vgl *Slingsby*, NZ 1993, 231.

¹⁷⁵ Vgl Bösch, Liechtensteinische Treuhänderschaft 160.

¹⁷⁶ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 73.

Nach Common Law ist somit der Trustee – sofern das Trust-Vermögen nicht aus *equitable interest* besteht – zumindest „formeller“ Eigentümer der zum Trust gehörenden Sachen und Vollinhaber der zu ihm gehörenden Rechte. Andererseits stehen dem Beneficiary starke Schutzrechte (*equitable interest*) zu. So ist der Beneficiary gegen treuwidrige Verfügungen des Trustee geschützt, da er bei pflichtwidrigen Veräußerungen von Trust-Vermögen an einen Dritten dieses vom Dritten herausverlangen kann. Dieser Anspruch besteht nur dann nicht, wenn der Dritte das Trust-Vermögen gutgläubig und entgeltlich erworben hat (*bona fide purchaser for value without notice*).¹⁷⁷ Das auf den Trustee übertragene Trust-Vermögen ist ein aussonderbares Sondervermögen, welches nicht Bestandteil des Vermögens des Trustee wird und somit auch dessen Gläubigern nicht als Haftungssubstrat unterworfen ist.¹⁷⁸ Die Berechtigung des Beneficiary am Sondervermögen geht weiters (im Falle von Geldvermögen) nicht durch Vermischung mit Vermögen des Trustee unter.¹⁷⁹ An Surrogaten, die mit dem Trust-Vermögen erworben werden, setzt sich das Recht des Beneficiary fort.¹⁸⁰

Derartig starke Rechte existieren im Civil Law nur zugunsten eines Eigentümers.¹⁸¹ Daher wird der dingliche Charakter des grundsätzlich gegen jedermann wirkenden *equitable ownership* (inzwischen) weithin anerkannt.¹⁸² Im Ergebnis steht Eigentum an ein- und demselben Vermögensgegenstand zum einen dem Trustee als *legal owner* nach Common Law und zum andern dem Beneficiary als *equitable owner* nach Equity zu.¹⁸³ Je nach Betrachtungsweise ist das Eigentum an

¹⁷⁷ Kötz, Trust und Treuhand 33; Klein, ZVglRWiss 2002, 177; siehe zu *den equitable rights to trace* noch Pkt. 4.9.2.

¹⁷⁸ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 2, 57; Häusler, Angelsächsischer Trust 232; Flick/Piltz, Internationaler Erbfall Rz 1037.

¹⁷⁹ Hayton, The Law of Trusts, 172.

¹⁸⁰ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 2; Klein, ZVglRWiss 2002, 181.

¹⁸¹ Häusler, Angelsächsischer Trust 233.

¹⁸² Wendehorst in MünchKomm BGB XI⁵ Art 43 EGBGB Rz 48 mit Hinweis auf Tinsley vs. Milligan [1993] 3 All ER 65, 86 (Lord Browne-Wilkinson); vgl zum alten Streit darüber, ob das *equitable interest* des Beneficiary *ius in rem* oder *ius in personam* sei: Kötz, Trust und Treuhand 34 ff; auch die Regel *bona fides purchase for value without notice* steht dem nicht entgegen, diese Ausnahme entspricht im Wesentlichen dem Gutgläubenserwerb im österreichischen Recht (§ 367 ABGB), siehe Wühl, ZfRV 2013, 26.

¹⁸³ Hayton, The Law of Trusts 23; Wendehorst in MünchKomm BGB XI⁵ Art 43 EGBGB Rz 48; wobei „Eigentum“ hier - wie aufgezeigt - technisch nicht mit dem römischrechtlichen absoluten Eigentumsbegriff gleichgesetzt werden kann; vgl Bösch, Liechtensteinische Treuhänderschaft 241.

dem in einem *Trust* gehaltenen Gegenstand zwischen Trustee und Beneficiary aufgespalten (*split ownership*) oder verdoppelt (*duality of ownership*).¹⁸⁴

3.1.3 Unvereinbarkeit mit österreichischem Recht

Die Rechtsfigur Trust kollidiert aufgrund der Eigentumslage mit den Grundsätzen des österreichischen Rechtes. Während der Trust die Trennung der Bürden des Eigentums, die den Trustee treffen, vom Fruchtgenuss am Eigentum, der dem Beneficiary zusteht, kennt¹⁸⁵, geht das österreichische Sachenrecht hingegen – wie auch das deutsche Sachenrecht – von einem ausschließlichen, unbeschränkten und ungeteilten Eigentumsbegriff aus.¹⁸⁶ Der Eigentümer einer Sache darf diese im Grundsatz beliebig gebrauchen, vernichten oder über sie rechtsgeschäftlich verfügen (vgl § 362 ABGB). Das Eigentum wird als umfassende Verfügungs- und Nutzungsbefugnis (Herrschaftsrecht) einer Person über eine Sache verstanden, das gegenüber jedermann, dh absolut, wirkt.¹⁸⁷ Dass sich beim Trust mehrere Personen die Herrschaftsrechte im Sinne einer vertikalen Spaltung des Eigentums (bzw Dopplung) teilen und jeweils ihre dinglichen Rechte gegenüber Dritten durchsetzen können, steht somit im Konflikt zum österreichischen Eigentumsbegriff. Wie auch das deutsche Recht kennt das geltende österreichische Recht nur die horizontale Spaltung des Eigentums wie beim Eigentum nach Bruchteilen und zur Gesamthand.^{188, 189}

¹⁸⁴ *Wienbracke*, ZEV 2007, 413, mit dem Hinweis, dass mitunter zwar betont werde, dass der Beneficiary eines Common Law Trust nicht über ein „Eigentumsrecht“, sondern lediglich über „Befugnisse in equity“ verfüge. Selbst, wenn bei der verwendeten Kurzformel „Eigentumsspaltung“ Vorsicht geboten sei, würde mit ihr gleichwohl der Sache nach zutreffend zum Ausdruck gebracht, dass parallel zum Trustee auch der Beneficiary über zumindest als „eigentumsähnlich“ („quasidinglich“) zu charakterisierende Rechte am Trust-Gut verfüge.

¹⁸⁵ *Häusler*, Angelsächsischer Trust 233; *Wittuhn*, Trusts und Eigentum, ZEV, 2007, 419.

¹⁸⁶ Vgl *Leupold* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2011) § 353 Rz 5.

¹⁸⁷ *Leupold* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 353 Rz 5; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) 306 f.

¹⁸⁸ Vgl *Klang* in Klang/Gschnitzer, Kommentar zum ABGB II² (1950) § 357 Rz 3; *Kalss/Nicolussi*, GesRZ 2015, 221 (225); *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 321; zum deutschen Recht: *Daragan*, Trusts und gespaltenes Eigentum, ZEV 2007, 204 mwN.

¹⁸⁹ Bis zum Deregulierungsgesetz 2006 kannte das ABGB in §§ 357 und 359 noch das geteilte Eigentum in besonderen gesetzlich normierten Fällen, die jedoch schon lange vor 2006 aufgehoben waren. So war etwa der Familienfideikommiss bis 1938 im ABGB geregelt, siehe hierzu *Spielbüchler* in Rummel, ABGB I³ (2000) § 360 Rz 1; *Kalss/Nicolussi*, GesRZ 2015, 225.

Im österreichischen Sachenrecht herrscht zudem strikter Typenzwang.¹⁹⁰ Der geltende *numerus clausus* der dinglichen Rechte verbietet eine Eigentumsaufspaltung bzw der Doppelung des Eigentums und schließt eine Übertragung des bloß „formellen“ Eigentums aus. Die Schaffung neuartiger dinglicher Rechte kann zwar durchaus zulässig sein, muss aber in jedem Falle allein dem Gesetzgeber vorbehalten sein.¹⁹¹ Es gibt insofern keine privatautonome Gestaltungsfreiheit der Beteiligten, die sich vielmehr der von der Rechtsordnung vorgesehenen dinglichen Rechte bedienen müssen.¹⁹² Dies betrifft auch den Inhalt der einzelnen Sachrechte, der vom Gesetz weitgehend festgelegt ist und von den Beteiligten nicht verändert werden kann.¹⁹³

Die nach Trust-Recht grundsätzlich dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung des Trustee als Eigentümer ist nach österreichischem Sachenrecht unzulässig. Rechtsgeschäftliche Veräußerungs- und Belastungsverbote sind zwar zulässig, haben aber grundsätzlich keine dingliche, sondern nur eine obligatorische Wirkung. Eine absolute Wirkung erlangt ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot gemäß den engen Grenzen des Sondertatbestandes des § 364c ABGB nur dann, wenn es zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im Grundbuch eingetragen wird.¹⁹⁴

Die Spaltung bzw Doppelung des Eigentums widerspricht zudem dem im österreichischen Sachenrecht geltenden Publizitätsgrundsatz.¹⁹⁵ Wenn ein Recht absolut, sohin gegen alle wirken soll, setzt dies ein besonderes Maß an Offenkundigkeit voraus. Die Allgemeinheit muss erkennen können, wem das bestimmte Recht an der Sache zusteht. Die Publizität wird bei Rechten an körperlichen Sachen durch den Besitz gewahrt, bei Rechten an Liegenschaften durch die Eintragung im Grundbuch. Das österreichische Sachenrecht ist somit insgesamt geprägt vom Gedanken der Rechtssicherheit sowie des Verkehrsschut-

¹⁹⁰ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 318; *Kisslinger* in Feinyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 308 Rz 1.

¹⁹¹ Siehe hierzu *Kötz*, Trust und Treuhand 167 f, zur Rezeption des Trust durch den liechtensteinischen Gesetzgeber siehe Pkt. 3.2.

¹⁹² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 262; *Iro/Apathy*, Bürgerliches Recht Band IV Sachenrecht⁵ (2013) § 1/5.

¹⁹³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 262; *Iro/Apathy*, Sachenrecht⁵ § 1/6; *Bydlinski*, System 318 ff.

¹⁹⁴ Siehe hierzu unten Pkt. 6.5.2.

¹⁹⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 263; *Iro/Apathy*, Sachenrecht⁵ § 1/7.

zes zugunsten Dritter.¹⁹⁶ Der Verkehrsschutz erfordert, dass das Eigentum einer Person für seine Verbindlichkeiten haftet.¹⁹⁷ Eine Sache unterliegt, soweit nicht dingliche Vorzugsrechte Dritter bestehen, dem Zugriff der Gläubiger ihres Eigentümers im Wege der Einzelvollstreckung und der Gesamtvollstreckung bei Insolvenz.¹⁹⁸ Dies gilt auch für Forderungen.¹⁹⁹ Durch die Bildung des Sondereigentums ist das Trust-Vermögen hingegen dem Zugriff sowohl der Gläubiger des Settlor als auch der Gläubiger des Beneficiary entzogen.²⁰⁰ Im Ergebnis können somit weder Gläubiger des Settlor noch des Trustee und des Beneficiary auf das Trust-Vermögen zugreifen, was dem österreichischen Recht fremd ist.

Wenn in der Literatur zum Teil vertreten wird, dass die Aufspaltung der Eigentumsrechte gar „kein grundlegendes Element eines Trust“ sei²⁰¹, weil es bei einem Discretionary Trust zwar einen Trustee gebe, der den *legal title* inne habe, jedoch keinen *equitable owner* mit einem fest umrissenen Anspruch, ist dies unrichtig. Beim sogenannten Discretionary Trust, einer Gestaltungsform des Private Express Trust, hat der Beneficiary zwar kein durchsetzbares Recht auf das Trust-Vermögen, sondern steht dem Trustee ein Ermessen bezüglich allfälliger Begünstigungen eines Beneficiary zu.²⁰² Allerdings ändert dies nichts an der Grundstruktur des Trust. Auch im Fall des Discretionary Trust hat nämlich der Trustee nicht den vollständigen Genuss am Trust-Vermögen und kann nicht frei über dieses verfügen. Das Trust-Vermögen ist vielmehr auch in diesem Fall Sondervermögen, welches der Trustee von seinem eigenen Vermögen getrennt halten muss.²⁰³ Der Trustee ist weiters verpflichtet, aus seiner Position keine Vorteile zu ziehen, Rechnung zu legen und das Trust-Vermögen gemäß der Vorgaben des Trust-Instruments und des Gesetzes zu verwalten („*any act or neglect on the part of a Trustee which is not authorised or excused by the terms of*

¹⁹⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 263, 132 f; *Bydlinski*, System 318, 480; vgl zum deutschen Recht: *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1037.

¹⁹⁷ *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1037.

¹⁹⁸ Vgl *Neumayr/Nuner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³(2011) 1, 24.

¹⁹⁹ Vgl *Neumayr/Nuner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³(2011) 241 f.

²⁰⁰ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 2.

²⁰¹ *Wolff*, Trusts 1336; *Eiselsberg/Wolff*, Trusts - Zur Anerkennung und Besteuerung des Trust in Österreich in *Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, 206; *Daragan*, ZEV 2007, 204.

²⁰² Vgl *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 52 ff; *Häusler*, Angelsächsischen Trust 233; siehe noch genauer zum Discretionary Trust unten Pkt. 4.7.2.

²⁰³ Vgl *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 2.

the Trust instrument or by law, is called a breach of Trust“).²⁰⁴ Die Besonderheit beim Discretionary Trust ist somit nicht, dass es keine Spaltung (Doppelung) des Eigentum gibt, sondern alleine, dass die Person des Beneficiary, dem der Genuss am Trust-Vermögen zukommen soll, bzw die Höhe seiner Begünstigung, noch nicht bestimmt ist.²⁰⁵

Wenn in der Literatur weiters vertreten wird, dass an österreichischem Sachrecht unterliegendem Vermögen wirksam ein Trust begründet werden kann, weil die Rechtsfolgen der „*equitable ownership*“ dem österreichischen Recht „nicht unbekannt“ seien, wobei auf das Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder nach österreichischem Treuhandrecht verwiesen wird²⁰⁶, ist auch diese Annahme im Kern unzutreffend. Die dem Treugeber zur Abwehr von Exekution durch Gläubiger des Treuhänders durch die Rechtsprechung zugestandene Exszindierungsklage sowie das Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurs des Treuhänders²⁰⁷ gründen auf einzelnen Billigkeitsgesichtspunkten zugunsten des Treugebers als (bloß) „wirtschaftlichem Eigentümer“ des Treugutes.²⁰⁸ Formalrechtlicher Eigentümer ist aber allein der Treuhänder. Seine Rechte im Außenverhältnis sind unbeschränkt.²⁰⁹ Auch kann der entgegen der Treuhandabrede veräußernde Treuhänder einem Dritten wirksam Eigentum am Treugut einräumen.²¹⁰ Die Rechte des Treugebers bestehen rein obligatorisch gegenüber dem Treuhänder und wirken gerade nicht absolut. So steht dem Treugeber insbesondere auch kein direkter (dinglicher) Herausgabeanspruch gegenüber einem Dritten zu, an den der Treuhänder Treugut treuwidrig übertragen hat.²¹¹ Insgesamt ist somit festzuhalten, dass der Eigentumsbegriff des englischen Trust

²⁰⁴ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 3; siehe hierzu unten Pkt. 4.8.5.12.

²⁰⁵ Vgl *Wittuhn*, Trusts und Eigentum, ZEV, 2007, 419.

²⁰⁶ *Wolff*, Trusts 1336; *Eiselsberg/Wolff*, Trusts 207.

²⁰⁷ Siehe hierzu noch unten Punkt 6.4.6.

²⁰⁸ *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1002 Rz 42k.

²⁰⁹ Der Treuhänder bei der fiduziarischen Treuhand verfügt über eine überschießende Rechtsmacht im Außenverhältnis, vgl *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 259.

²¹⁰ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 131.

²¹¹ *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1002 Rz 42m mit weiteren Nachweisen; die ermächtigungslose Weitergabe kann aber natürlich Schadenersatzansprüche des Treugebers gegen den Treuhänder bzw bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Dritten vom Missbrauch gegen den Dritten auslösen.

nicht mit den österreichischen sachenrechtlichen Grundsätzen zu vereinbaren ist.²¹²

3.2 Rezeption des Common Law Trust im liechtensteinischen PGR

Zu untersuchen ist, ob die im Hinblick auf den englischen Trust – als Vertreter der Common Law Trusts – aufgrund der Teilung der Rechtszuständigkeit am Trust-Vermögen festgestellte Unvereinbarkeit mit dem österreichischen Recht auch für einen Trust nach liechtensteinischem Recht anzunehmen ist.²¹³ Liechtenstein hat bereits 1926 als erstes der in der Tradition des Civil Law stehendes kontinentaleuropäisches Land den angelsächsischen Trust durch eigene positiv-rechtliche Regelung in Artikel 897 bis 932 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) als „Treuhänderschaft“ in seine Rechtsordnung übernommen.²¹⁴ Gemäß Artikel 903 PGR kann ein liechtensteinischer Trust²¹⁵ durch einseitige Erklärung in einem Testament errichtet werden.

3.2.1 Hintergründe zum liechtensteinischen Trust

Das Fürstentum Liechtenstein war bis zum Ende des ersten Weltkrieges wirtschaftlich und rechtlich eng mit Österreich verbunden. So hatte Liechtenstein ab 1812 das österreichische ABGB sowie weitere österreichische Gesetze übernommen.²¹⁶ Nach dem Zerfall der Doppelmonarchie wendete sich das Fürstentum durch Zollanschluss und Übernahme des Schweizer Franken zur Staatswährung wirtschaftlich der Schweiz zu. Eine umfassende Revision des bürgerlichen Rechts nach dem Vorbild des schweizer Rechts durch ein neues einheitliches bürgerliches Gesetzbuch wurde angedacht.²¹⁷

²¹² Vgl. *Tuppa*, GeS 2009, 216; *Wühl*, ZfRV 2013, 26; für Deutschland: *Czermak*, express trust 287; *Dörner*, Trust 223; *Wienbracke*, ZEV 2009, 415; BGH, Urteil v. 13.6.1984 IVa ZR 169/82, IPRax 1985, 221; OLG Schleswig, 9.7.2014, 3 Wx 15/14 FamRZ 2015, 357.

²¹³ Siehe zum liechtensteinischen Trust-Recht ausführlich unten Kapitel 5.

²¹⁴ Zu den neueren Implementierungen durch Ungarn und Tschechien, siehe bereits FN 13.

²¹⁵ Die liechtensteinische „Treuhänderschaft“ gemäß Art 897 bis 932 PGR wird in dieser Arbeit als liechtensteinischer „Trust“ bezeichnet, siehe bereits oben Fn 27.

²¹⁶ Wie die österreichische ZPO, JN, StG, StPO und HGB; vgl. *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 39.

²¹⁷ *Bauer*, Trust und Anstalt 1; *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 4; so sollte die in Liechtenstein damals bestehende Zweiteilung von bürgerlichem Recht und Handelsrecht abgelöst werden. Das neue bürgerliche Gesetzbuch sollte aus fünf getrennt herauszugebenden Teilen bestehen, die zusammen ein Ganzes bilden; vgl. *W. Beck/E. Beck*, Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, 1 ff, online einsehbar unter <http://www.e-archiv.li/print/45938.pdf>.

Von den geplanten fünf Teilen wurden nur das Sachenrecht und das Personen- und Gesellschaftsrecht nach schweizer Vorbild neu kodifiziert, Schuld-, Familien- und Erbrecht sind weiters überwiegend österreichischer Herkunft.²¹⁸ Im Personen- und Gesellschaftsrecht wurden – motiviert vom Willen, fremdes Kapital ins Land zu holen²¹⁹ – neben aus dem schweizer Recht bekannten Instituten eine Vielzahl von Rechtsinstituten aus anderen Rechtsordnungen übernommen²²⁰ und auch Eigenkreationen geschaffen. Eines der aus fremden Rechtsordnungen übernommenen Rechtsinstitute ist der in Artikel 897 bis 932 PGR geregelte liechtensteinische Trust. Das Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR)²²¹ ist am 9. Februar 1926 in Kraft getreten und wurde am 10. April 1928 durch die Bestimmungen über das Treuunternehmen²²² in Artikel 932a PGR ergänzt. Das PGR wurde zwischenzeitlich mehrmals revidiert und angepasst. Durch neuere Sondergesetze wurden die Qualifikationsanforderungen an den liechtensteinischen Trustee erhöht.²²³

3.2.2 Rechtszuständigkeit beim liechtensteinischen Trust

Das PGR definiert nicht das Rechtsinstitut Trust als solches, als vielmehr die Rechtsposition des Trustee: „Treuänder (Trustee oder Salmann) im Sinne dieses Gesetzes ist diejenige Einzelperson, Firma oder Verbandsperson, welcher ein anderer (der Treugeber) bewegliches oder unbewegliches Vermögen oder ein Recht (als Treugut), welcher Art auch immer, mit der Verpflichtung zuwendet, dieses als Treugut im eigenen Namen als selbständiger Rechtsträger zu Gunsten eines oder mehrerer Dritter (Begünstigter) mit Wirkung gegen jedermann zu verwalten oder zu verwenden“ (Artikel 897 PGR).

²¹⁸ *Bauer*, Trust und Anstalt 1; *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 42; *Moosmann*, Angelsächsischer Trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 162; das ABGB ist insofern in Liechtenstein noch in Geltung, sofern es nicht durch die Bestimmungen des Sachenrechtes oder Personen und Gesellschaftsrechtes (PGR) aufgehoben ist, vgl *Lungkofler*, PSR 2010, 192 (Fn 8).

²¹⁹ Vgl *Lungkofler*, PSR 2010, 181; siehe auch *W. Beck/ E. Beck*, Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, 4.

²²⁰ „Der gegenwärtige Entwurf, der trotz enger Zusammenfassung umfangreich ist, [ist] bestrebt alle in der auswärtigen Gesetzgebung bekannten und bewährten Unternehmungsformen, seien sie nun in einem Spezialgesetz oder in einem Gesetzbuch enthalten, systematisch zusammengefasst, nach Massgabe der praktischen Verwendbarkeit, hierlands einzuführen“, siehe *W. Beck/ E. Beck*, Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, 2.

²²¹ LGBl 1926 Nr 4.

²²² LGBl 1928 Nr 6.

²²³ *Moosmann*, Angelsächsischer Trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 164.

Aus dieser Definition erschließt sich nicht die sachenrechtliche Einordnung des liechtensteinischen Trust, insbesondere geht daraus nicht hervor, wer nach der Definition Eigentümer am Treugut ist. Hierzu finden sich im PGR nur folgende Hinweise: Gemäß Artikel 911 Abs 4 PGR sollen im Hinblick auf das Treugut bei mehreren Trustee die „Vorschriften über das Gesamteigentum“ Anwendung finden. Gemäß Artikel 912 Abs 1 PGR sind Grundstücke oder im Grundbuch eingetragene Rechte, die „Gegenstand eines Treuhandverhältnisses“ sind, „mangels anderer Anordnung der Treuhandurkunde und zur Wirkung der Treuhand gegenüber Dritten auf den Namen des Treuhänders zu übertragen, sei es mit oder ohne Verfügungsbeschränkung als Vormerkung oder durch Anmerkung der Treuhänderschaft im Grundbuch.“ Weiters wird der Umfang der Treumacht gemäß Artikel 919 Abs 3 PGR wie folgt beschrieben: „Der Treuhänder ist unter Vorbehalt seiner Verpflichtungen aus der Treuhandurkunde berechtigt, über das Treuhandgut gleich einem selbständigen Träger von Rechten und Pflichten, wie namentlich ein Eigentümer, Gläubiger, Mitglied oder Organ einer Verbandsperson oder Gesellschaft oder dergleichen zu verfügen, für das Treugut vor allen Behörden und in allen Verfahren im eigenen Namen als Partei, Beteiligter, Beigeladener, Intervenient und dergleichen aufzutreten, die zu ihm gehörigen Rechte gegen alle Dritte gemäss der Treuhandurkunde zu verwalten und auszuüben und, soweit nötig, zu versilbern und neu anzulegen, wenn es sich aus dem Treuhandzweck nicht anders ergibt“. Insbesondere aus der letztgenannten Bestimmung lässt sich ableiten, dass der Trustee im liechtensteinischen PGR nicht per se Eigentümer des Treugutes im Sinne des Civil Law, sondern allenfalls „wie“ ein solcher zu behandeln ist. Auch ist an keiner Stelle des Gesetzes vom Treugut als „Eigentum“ des Trustee die Rede. Gemäß Artikel 914 PGR ist das Trust-Vermögen ein „Fremdvermögen“ beim Trustee, das im Rechtssicherungsverfahren, bei der Zwangsvollstreckung und im Konkurs vor dem Zugriff von Gläubigern des Trustee geschützt wird und auszusondern ist.

Es ist offensichtlich, dass sich der liechtensteinische Gesetzgeber bemüht hat, die Rechtzuständigkeit am Trust-Vermögen des Common Law Trust möglichst nachzubilden. Der Auffassung von *Biedermann* folgend wird vertreten, dass der liechtensteinische Trust eine volle Rezeption des angelsächsischen Trust-Rechts, sohin eine „unveränderte Kopie dieses common law-Instituts auf Basis des

English Trustee Act 1925“ sei.²²⁴ Die Ansicht stützt sich unter anderem auf die Gesetzmaterialien, die allein auf das englische Trust-Recht Bezug nehmen. So heißt es dort: „Die Regelung des Entwurfes gründet sich auf einen speziellen Entwurf eines praktischen Juristen, der das englisch amerikanische Recht besonders kennt und das Institut auf jenes Recht unter Eingliederung in den Entwurf aufgebaut hat. Besonders eingehend regelt dieses Rechtsinstitut das englische Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, und noch in diesem Jahre ist ein Nachtragsgesetz über die Trustee erschienen (Trustee Act. 1925).“²²⁵

Der liechtensteinische Gesetzgeber hat (auch) im Zuge einer Novelle im Jahr 1980²²⁶ nicht erkennen lassen, dass neben dem Common Law-Trust weitere Rechtsinstitute als Vorbild für den liechtensteinischen Trust dienen.²²⁷

Eine Definition des „Vollrechtes“ und somit eine Klärung der Eigentumslage am liechtensteinischen Trust aus kontinentaleuropäischer Sicht nimmt *Biedermann* nicht vor. Da die im PGR verankerte Zweckbeschränkung i.S. einer Verfügungsbeschränkung auch gegen Dritte wirkt, lässt sich der Eigentumsbegriff aber nicht mit dem traditionellen kontinentaleuropäischen, umfassend berechtigenden Eigentumsbegriff gleichsetzen.²²⁸ Folgt man dem Gedanken der vollen Rezeption, hieße dies in letzter Konsequenz, dass auch die Eigentumsaufteilung des Common Law-Trust in das liechtensteinische Recht übernommen worden ist. Somit ergäben sich hinsichtlich der Frage nach der Vereinbarkeit mit dem österreichischen Sachenrecht keine Unterschiede zu den im Hinblick auf den englischen Trust getroffenen Feststellungen .

²²⁴ *Biedermann*, Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts (1981), 369; *ders*, Der Trust des Common Law und dessen Rezeption in Liechtenstein durch Art. 897 ff des Personen- und Gesellschaftsrechtes (PGR), LJZ, 1980, 81; *Frick-Tabarelli*, Die besondere Bedeutung der Treuhänderschaft gemäß Art 897 ff PGR für die privatrechtliche Stiftung nach liechtensteinischem Recht (1992), 105; *Coing*, Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts 237 f; *Kötz*, Trust und Treuhand 160; *Wenaweser*, Ausgewählte Fragen zum liechtensteinischen Treuhänderschaftsrecht, LJZ 2005, 7 f.

²²⁵ Siehe Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts von Wilhelm und Emil Beck, 32.

²²⁶ LGBl 1980/39.

²²⁷ Vgl *Wenaweser*, LJZ 2005, 7.

²²⁸ Vgl auch *Moosmann*, Angelsächsischer Trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 185 (FN 804), 184 mit Hinweis auf *Zobl*, Die Aussonderung von liechtensteinischem Treuhandgut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung, in Schweizer Schriften zum Bankenrecht (1995), 22.

Nach Auffassung von *Bösch*, ist das liechtensteinische Trust-Recht eine „Symbiose“ verschiedener Rechtssysteme, nämlich der deutschrechtlichen Treuhand und des angelsächsischen Trust.²²⁹ Hinsichtlich der Berechtigungen am Trust-Gut liege der Kodifikation des liechtensteinischen Trust die zur deutschrechtlichen Treuhand vertretene Lehre vom „dinglichen Verwaltungsrecht“ des Treuhänders zu Grunde.²³⁰ *Bösch* beruft sich hierbei auf Art 910 Abs 3 PGR, der das „dingliche Verwaltungsrecht“ ausdrücklich erwähnt. Demnach wirkt zwar „die über grundbuchliche Rechte eingetragene Treuhand gegenüber jedermann ...“, während der Treuhänder bei anderen Rechten die Stellung eines Selbstberechtigten (dingliches Verwaltungsrecht) hat.“ Folglich werde der Treuhänder zum Rechtsträger eines Verwaltungsrechtes *sui generis*, wodurch das liechtensteinische Rechtssystem um ein weiteres dingliches Recht ergänzt würde. So habe sich der liechtensteinische Gesetzgeber bewusst für eine Ergänzung des Rechtssystems durch Neuschöpfung eines neuen dinglichen Rechtes entschieden und somit den *numerus clausus* der dinglichen Rechte erweitert.²³¹ Eine Klärung der Frage durch den Liechtensteinischen Obersten Gerichtshof liegt bisher nicht vor. Der Liechtensteinische Oberste Gerichtshof folgt in einer Entscheidung vom 6. Juli 2000 zu 5 C 303/98 zwar der Auffassung von *Bösch* und stellt fest, dass sich das liechtensteinische Treuhänderrecht nicht allein am Common Law Trust orientiert²³², löst die Frage nach der Rechtszuständigkeit am Trust-Vermögen jedoch nicht auf.²³³ Auch ein „dingliches Verwaltungsrecht“ ist aber jedenfalls dem *numerus clausus* der dinglichen Rechte im österreichischen Recht nicht

²²⁹ *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 300; „Die vom liechtensteinischen Gesetzgeber als „besondere Vermögenswidmung“ konzipierte Treuhänderschaft ist nun aber ein besonderes, unter den Treuhandrechten Kontinentaleuropas wohl einzigartiges Treuhandinstitut, das sich von den Treuhandformen der umliegenden Rechtsordnungen vor allem dadurch unterscheidet, dass es in vielfacher - aber nicht in jeder - Hinsicht dem Trust des Common Law nachempfunden ist.“, *Bösch*, Judikaturwende im liechtensteinischen Treuhandrecht – Eine Nachlese und ein Ausblick, LJZ, 2000, 91.

²³⁰ *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 295 mit Hinweis auf *Löhnig*, Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte (2006), 82 f.

²³¹ *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 288 f mit Hinweis auf *Gerstle*, Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht (1917), 142 f.

²³² Die für die Ansicht *Biedermanns* „bemühten spärlichen Gesetzesmaterialien besagen im Gegensatz zu dieser nie überzeugend belegten These nur, dass sich der PGR-Entwurf auf einen speziellen Entwurf eines praktischen Juristen gründet, der das englisch-amerikanische Recht besonders kenne und „das Institut auf jenes Recht unter Eingliederung in den Entwurf aufgebaut habe.“, FL OGH 6.7.2000, 5 C 303/98.

²³³ Vielmehr ging es in dieser Entscheidung (FL OGH 6.7.2000, 5 C 303/98) vorrangig um die Frage, ob ein fiduziarisches Treuhandverhältnis, das in Österreich aus §§ 1002 ff ABGB abgeleitet wird, neben der in Art 897 ff PGR geregelten Treuhandenschaft Bestand haben kann; siehe zur Abgrenzung unten Pkt. 5.1.

bekannt. Stellt man auf den Gesetzeswortlaut ab, ist der Auffassung *Bösch's* zu folgen. Der liechtensteinische Gesetzgeber hat eben in Art 910 Abs 3 PGR ausdrücklich das „dingliche Verwaltungsrecht“ und nicht etwa ein „geteiltes Eigentumsrecht“ als die Rechtzuständigkeit des Trustee begründend festgelegt und somit das dingliche Verwaltungsrecht und nicht ein geteiltes Eigentumsrecht als dingliches Recht in die liechtensteinische Rechtsordnung eingeführt.

Unabhängig davon, welcher Ansicht man folgt, kann somit festgestellt werden, dass auch die dinglichen Rechte, die durch einen liechtensteinischen Trust begründet werden, mit den österreichischen sachenrechtlichen Grundsätzen kollidieren und sohin nicht vereinbar sind.

3.3 Bei Berufung von österreichischem Recht zum Erbstatut (1. Fallgruppe²³⁴): „Umdeutung“ des Testamentary Trust

Aus vorstehend festgestellter Unvereinbarkeit der durch einen (englischen oder liechtensteinischen) Testamentary Trust geschaffenen Rechtslage mit dem österreichischen sachenrechtlichen Grundsätzen folgt: Im Falle, dass nach den aufgezeigten Kollisionsregeln österreichisches Recht die Erbfolge beherrscht²³⁵, kann ein Testamentary Trust nicht wirksam begründet werden und sohin nicht als Titel für eine Vermögensübertragung von Todes wegen dienen. Österreich hat kein eigenes Trust-Recht. Die Schaffung eines eigenen Trust-Rechts etwa auf Grundlage einer Erweiterung des sachenrechtlichen *numerus clausus* wird derzeit auch nicht diskutiert. Auch ist das HTÜ in Österreich nicht in Kraft, wonach eine Rechtswahl zugunsten einer Trust-Rechtsordnung auch beim Testamentary Trust möglich wäre.²³⁶ Untersteht die Errichtung und Durchführung des Testamentary Trust dem österreichischem Erbstatut, stehen dem Erblasser vielmehr allein die erbrechtlichen Aktstypen des österreichischen Rechts zur Verfügung.²³⁷ Die innerhalb einer Rechtsordnung zulässigen erbrechtlichen Aktstypen können nicht

²³⁴ Siehe oben Pkt. 1.1.

²³⁵ Wie aufgezeigt, beherrscht österreichisches Recht die Erbfolge nach „alter“ Rechtslage gemäß Art 28 IPRG, wenn der Erblasser österreichischer Staatsbürger ist oder eine Rückverweisung auf österreichisches Recht vorliegt, siehe oben Pkt. 2.4., und im Geltungsbereich der EuErbVO, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat und keine wirksame Rechtswahl zugunsten einer fremden Rechtsordnung vorliegt, siehe oben Pkt. 2.7.

²³⁶ Siehe hierzu bereits oben Pkt. 1.

²³⁷ *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung, in *Csoklich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994), 108; vgl *Dutta* in MünchKomm BGB X⁶ Art 26 EGBGB Rz 22; *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1084.

im Widerspruch zu den sachenrechtlichen Grundsätzen bzw dem *numerus clausus* der Sachenrechte derselben Rechtsordnung stehen.²³⁸

Unerheblich ist bei dieser Beurteilung, ob sich das Trust-Vermögen aus beweglichem oder unbeweglichem, inländisches oder ausländisches Vermögen zusammensetzt. Auch wenn gemäß §§ 32, 31 IPRG bei im Ausland gelegenen unbeweglichem Vermögen das österreichische Erbstatut (Gesamtstatut) durch die *lex rei sitae* (Einzelstatut) durchbrochen wird, gilt dies nur im Hinblick auf den *modus* und nicht im Hinblick auf den *titulus* des Erwerbes.²³⁹ Ist das österreichische Erbstatut berufen, kann somit ein Testamentary Trust auch nicht an im Ausland belegenen Liegenschaften errichtet werden.

Die Errichtung des Testamentary Trust darf aber nicht wirkungslos bleiben, da sonst die Wünsche des Erblassers unberücksichtigt blieben und entgegen seinem verfügten Willen die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung käme. Daher ist im Falle, dass der Erblasser letztwillig einen Trust verfügt und darauf das Recht eines Staates anzuwenden ist, das den Testamentary Trust nicht kennt, die letztwillige Verfügung über die Trust-Errichtung zwar grundsätzlich unwirksam, jedoch ist sie in die Errichtung eines ähnlichen, vergleichbaren Instituts des anzuwendenden Rechts „umzudeuten“.²⁴⁰ Der Testamentary Trust und seine Wirkungen sind in die Begriffe des österreichischen Rechts zu „übersetzen“.²⁴¹ Der Erblasserwille ist dabei soweit aufrecht zu erhalten als er sich mit den erbrechtlichen Vorstellungen des heimischen Rechts in Übereinstimmung bringen lässt.

²³⁸ Vgl *Czermak*, express trust 137.

²³⁹ Siehe bereits oben Pkt. 2.3.4.

²⁴⁰ *Wolff*, Trusts 1332; *Tuppa*, GeS 2009, 214; *Eiselsberg/Wolff*, Trusts 204; zum deutschen Recht: OLG Schleswig, Beschluss vom 9.7.2014, 3 Wx 15/14, FamRZ 2015, 357; OLG München, Beschluss vom 26.7.2006 32 Wx 88/06, ZEV 2006, 456 (458), BayObLG v. 18. 3. 2003, 1Z BR 71/02, ZEV 2003, 503 (508); *Dörner*, Trust 223; *von Oertzen/Stein/Reich* Anglo-Amerikanische Nachlasstrusts und inländische Grundstücke bzw. grundstücksbesitzende Erbengemeinschaften, ZEV 2013, 112; *Wienbracke*, ZEV 2009, 415; *Czermak*, express trust 287; *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des trust 99, 141; *ders*, ZEV 2007, 419; *Graue*, Der Trust im internationalen Privat- und Steuerrecht, in FS Ferid (1978), 174; *Süß*, Der Trust als Gestaltungsmittel deutscher Erblasser in DNotI (Hrsg), Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut (2003) 396; *Flick/Piltz*, Der internationale Erbfall (1999), Rz 1087.

²⁴¹ Vgl *Czermak*, express trust 287; hierbei kann auch auf die in der allgemeinen Lehre des Internationalen Privatrechts herausgebildeten „Grundsätze zum Handel unter falschem Recht“ zurückgegriffen werden, vgl *Süß*, Trust als Gestaltungsmittel deutscher Erblasser 396 f; ausgehend vom „falschen“ Recht, unter dem gehandelt wird, wird versucht, möglichst viel von dessen Gehalt in die eigentliche *lex causae* hinüberzuretten, um so den Parteienerwartungen gerecht zu werden und Vorstellungen und Realität möglichst wenig auseinanderklaffen zu lassen, siehe näher hierzu *von Bar*, Internationales Privatrecht I § 7 Rz 246.

Die Möglichkeit zur „Umdeutung“ ergibt sich nach einer zum deutschen Recht vertretenen Ansicht²⁴² aus dem Sinngehalt des §§ 133, 2084 BGB, wonach eine letztwillige Verfügung zugunsten ihrer Wirksamkeit auszulegen ist. Nach dieser Ansicht wird die Umdeutung als Unterfall der (ergänzenden) Testamentsauslegung behandelt.²⁴³ Für das österreichische Recht könnte der aus § 655 letzter Halbsatz ABGB abgeleitete Grundsatz des *favor testamenti* herangezogen werden, wonach die Testamentsauslegung so zu erfolgen hat, dass der vom Erblasser gewünschte Erfolg eintritt.²⁴⁴

Nach anderer Ansicht²⁴⁵ ist für die Umdeutung § 140 BGB heranzuziehen, wonach ein nichtiges Rechtsgeschäft, das den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht, in das andere umzudeuten ist, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Zweck der Umdeutung ist es, dem erklärten Erblasserwillen zum Erfolg zu verhelfen, obwohl sich der vom Erblasser eingeschlagene rechtliche Weg als nicht gangbar erweist.²⁴⁶ Auch nach österreichischem Recht wird – trotz fehlender gesetzlicher Regelungen – ein entsprechendes Instrument der Umdeutung („Konversion“) anerkannt.²⁴⁷ Durch die Umdeutung soll nicht der unklare Wille gedeutet oder der unvollständige Wille ergänzt werden. Vielmehr korrigiert die Umdeutung den erklärten Willen, indem sie das entscheidende Ziel herauslöst und die dazu nicht geeignete, aber gewollte rechtliche Gestaltung durch eine andere ersetzt.²⁴⁸ Dies ist auch im Hinblick auf die Behandlung eines dem österreichischen Recht unterstehenden Testamentary Trust schlüssig, da die Verfügung des Erblassers insofern nicht unklar oder unbestimmt ist, sondern der Erblasser einen bestimmten, nach österreichischem Recht aber eben nicht zulässigen Verfügungsinhalt

²⁴² OLG Schleswig, Beschluss vom 9.7.2014, 3 Wx 15/14, FamRZ 2015, 357 f, BeckRS 2014, 17906; BayObLG, Beschluss vom 18. 3. 2003, 1Z BR 71/02, ZEV 2003, 503 (508); OLG München, Beschluss vom 26.7.2006, 32 Wx 88/06 mit Anmerkung *Werner*, ZEV 2006, 458; *von Oertzen/Stein/Reich* ZEV 2013, 112; *Wienbracke*, ZEV 2007, 415.

²⁴³ Siehe *Otte* in Staudinger Kommentar zum BGB - Buch 5: Erbrecht¹⁵ (2013) § 2084 Rz 1.

²⁴⁴ *Weiß* in Klang/Gschnitzer, Kommentar zum ABGB III² 222; *Eccher/Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht VI⁵ (2015) 56; RIS RS0012370

²⁴⁵ *Czermak*, Der express trust 181; *Leipold* in MünchKomm BGB IX⁶ (2013) § 2084 Rz 125.

²⁴⁶ Vgl BGH vom 24. 10. 1973, IV ZR 3/72 (Frankfurt), NJW 1974, 43 (44); *Ellenberger* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ (2015) § 140 Rz, 1,

²⁴⁷ *Weiß* in Klang Kommentar zum ABGB III² 315, *Jud.*, Testierabsicht, Form und Konversion, NZ 2001, 10 (17f); *Welser/Zöchling-Jud.*, Bürgerliches Recht II¹⁴, 559 f; OGH vom 26.06.2014, 6 Ob 10/14 k; OGH vom 3.0.1996; 10 Ob 2204/96 g; OGH vom 30.05.1978, 5 Ob 571/78; OGH vom 11.3.1975, 3 Ob 218/74 (3 Ob 219/74).

²⁴⁸ *Leipold* in MünchKomm BGB IX⁶ § 2084 Rz 121.

beabsichtigt hat. Allerdings ist zu prüfen, ob das nichtige Rechtsgeschäft, wenn es den Inhalt des anderen Rechtsgeschäfts hätte, den Wirksamkeitsvoraussetzungen jenes Rechtsgeschäfts entsprechen würde, insbesondere müssen die jeweiligen Formerfordernisse erfüllt sein.²⁴⁹ Die Umdeutung darf weiters nicht zu einer Umänderung oder Ergänzung des abgeschlossenen Geschäfts führen und das neue Rechtsgeschäft darf in Tatbestand und Wirkung nicht über das nichtige Geschäft hinausgehen, kann aber hinter diesem zurückbleiben.²⁵⁰ Dabei ist allein der gewünschte wirtschaftliche Zweck entscheidend; wirtschaftlich wesentlich andere oder weitergehende Folgen dürfen durch die Umdeutung nicht erreicht werden.²⁵¹

3.4 Bei Berufung von ausländischem Recht zum Erbstatut (2. Fallgruppe²⁵²): „Anpassung“ des Testamentary Trust

Wenn nach den aufgezeigten Kollisionsregeln hingegen nicht österreichisches, sondern ausländisches Recht, das den Testamentary Trust als Rechtsinstitut kennt zum Erbstatut berufen ist²⁵³, treten auf den ersten Blick weniger Probleme auf. In diesem Fall kennt das Erbstatut den Testamentary Trust. Gemäß dem Gleichlauf zwischen Zuständigkeitsvorschriften und kollisionsrechtlichen Regeln der EuErbVO wird ein österreichisches Gericht dann regelmäßig auch nicht mit der Nachlassabwicklung befasst sein.²⁵⁴

²⁴⁹ *Heinrichs* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁴ § 140 Rz 6; *Leipold* in MünchKomm BGB IX⁶ § 2084 Rz 130; *Weiß* in Klang/Gschnitzer, Kommentar zum ABGB III² 316; RIS RS0012477, RS0012477.

²⁵⁰ RIS RS0016396, RS0017378; BGH vom 13. 11. 1963, V ZR 56/62 (Celle), NJW 1964, 347, 349; *Ellenberger* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ § 140 Rz, 6.

²⁵¹ *Leipold* in MünchKomm BGB⁶ § 2084 Rz 123, 132.

²⁵² Siehe oben Pkt. 1.2.

²⁵³ Nach den Regeln der EuErbVO ist dies wie unter Kapitel 2. ausgeführt der Fall, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem Trust-Staat hat bzw wenn er durch wirksame Rechtswahl das Trust-Recht Heimatstaates zur Regelung seines Nachlasses bestimmt hat; nach den für Todesfälle vor dem 17. Augst 2015 noch geltenden Bestimmungen des IPRG kann diese Fallgestaltung nur eintreten, wenn der Erblasser Staatsbürger eines Trust-Staates ist.

²⁵⁴ Gemäß Art 4 EuErbVO sind für den gesamten Nachlass die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Nur subsidiär (bei Fehlen des gewöhnlichen Aufenthaltes zum Todeszeitpunkt in einem Mitgliedstaat) können gemäß Art 10 EuErbVO die Gerichte jenes Mitgliedstaates, in dem sich Nachlassvermögen befindet, zuständig sein. Hat der Erblasser gemäß Art 22 EuErbVO für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht seines Heimatstaates gewählt, kann sich das Gericht des Mitgliedstaates des gewöhnlichen Aufenthaltes gemäß Art 6 lit a) EuErbVO für unzuständig erklären. Die Parteien können gemäß Art 5 lit b) EuErbVO zudem die Zuständigkeit eines Gerichtes des Mitgliedstaates des gewählten Rechtes vereinbaren.

3.4.1 Grundsätzliche „Anerkennung“

Zunächst ist in diesen Fällen davon auszugehen, dass der nach ausländischem Recht errichtete Testamentary Trust und seine Rechtsfolgen in Österreich im Grundsatz anzuerkennen sind.²⁵⁵ Nach den Kollisionsregeln berufenes fremdes Sachrecht ist in Österreich grundsätzlich anzuwenden, auch wenn es vom inländischen Recht erheblich abweicht, weil die Rechtsanwendung eben durch die Beachtung der stärksten oder engsten Beziehung zum Ausland gerechtfertigt ist.²⁵⁶ Der in § 6 IPRG bzw Artikel 35 EuErbVO verankerte österreichische *ordre public*-Vorbehalt steht der Anerkennung des Testamentary Trusts nicht entgegen, da prinzipiell, trotz der sachenrechtlichen Unvereinbarkeit, eine Gefährdung der „tragenden Grundwerte der österreichischen Rechtsprechung“²⁵⁷ nicht angenommen werden kann.²⁵⁸ „Anerkennung“ bedeutet insofern, dass der Testamentary Trust im Inland als wirksam begründet gilt und die Rechte und Pflichten der Trust-Beteiligten untereinander zumindest als existent angesehen werden.²⁵⁹ Sofern es sich um Ansprüche im Innenverhältnis der am Testamentary Trust Beteiligten handelt, wie zum Beispiel Informationsansprüche oder auch Schadenersatzansprüche wegen Treuebruch (*breach of Trust*), die ein Beneficiary gegen den im Inland ansässigen Trustee hat, sind diese daher grundsätzlich in Österreich anerkannt und ggf im Klagewege durchsetzbar.²⁶⁰ Nach *Dörner* bedeutet „Anerkennung“ auch, dass der Trustee zumindest als formaler Inhaber des Trust-Vermögens zu akzeptieren ist, der die zum Trust gehörenden Vermögensrechte in eigenem Namen geltend machen kann.²⁶¹ So könne der Trustee beispielsweise einen im Inland ansässigen Schuldner auf Erfüllung einer Zahlungsverpflichtung in Anspruch nehmen. Gleiches muss für alle auf Vertrag oder Delikt wegen Verletzung des Trust-Vermögens gründende Schadenersatzan-

²⁵⁵ VwGH in 87/14/0167 vom 20.9.1988 *Petriz*, Die Besteuerung des Trusts nach dem SchenkMG, taxlex 2008, 275; *Eiselsberg/Wolff*, Trusts 206.

²⁵⁶ *Schwimmann*, Internationales Privatrecht³ 44.

²⁵⁷ Vgl ua OGH, Urteil vom 8.6.2000, 2 Ob 158/00z.

²⁵⁸ Vgl zum deutschen Recht *Dörner*, Trust 225.

²⁵⁹ Vgl zum deutschen Recht: *Dörner*, Trust 225.

²⁶⁰ Vgl zum deutschen Recht: *Dörner*, Trust 225.

²⁶¹ *Dörner*, Trust 225. Anerkennung heißt jedoch nicht pauschal, dass der Trustee immer als formeller Eigentümer des Trust-Vermögens anzusehen ist, so aber *Eiselsberg/Wolff*, Trusts 206.

sprüche und bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen einen im Inland ansässigen Dritten gelten.²⁶²

3.4.2 „Anpassung“ wenn Trust-Vermögen in Österreich belegen

Wie ist aber mit einem nach Trust-Recht errichteten Testamentary Trust umzugehen, wenn der Nachlass bzw ein Teil des Nachlasses in Österreich belegen ist? Ein österreichisches Gericht könnte beispielsweise mit einem Testamentary Trust nach fremdem Recht befasst sein, wenn Trust-Beteiligte auf in Österreich belegenes Trust-Vermögen zugreifen wollen, um es zu veräußern, oder wenn ein Beneficiary Trust-Vermögen aufgrund seines dinglichen Verfolungsrechtes (*right to trace*)²⁶³ von dem in Österreich ansässigen Trustee oder einem Dritten herausverlangt. In diesen Fällen ist aus österreichischer Sicht der Übergang der Rechte am Trust-Vermögen von Todes wegen zu prüfen.

Aufgrund der aufgezeigten Unvereinbarkeit mit dem österreichischen Recht kann ein Trust nach ausländischem Recht an in Österreich belegendem Vermögen keine Rechtswirkungen entfalten. Die Trust-Bestellung an im Inland belegenen Sachen ist vielmehr unwirksam, da dingliche Rechtsfolgen, die nach einem ausländischen Gesamtstatut eingetreten sind, nicht im Widerspruch zum Sachstatut geltend gemacht werden können.²⁶⁴ Die Grenze der Anerkennung eines ausländischen Trust ist insofern der *numerus clausus* des geltenden, inländischen Sachenrechts. Um dem Erblasserwillen trotzdem Geltung zu verschaffen, darf das durch den Testamentary Trust begründete Rechtsverhältnis im Inland aber nicht als völlig wirkungslos betrachtet werden, vielmehr sind die Rechtspositionen des Testamentary Trust an das inländische Recht „anzupassen“.²⁶⁵ Diese Ansicht ist für Österreich zu übernehmen.²⁶⁶

²⁶² Im Außenverhältnis gilt insofern nicht das Erbstatut als Trust-Statut, vgl *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 53; siehe bereits oben Pkt. 2.2.

²⁶³ Siehe noch unten Pkt. 4.9.2. und 5.7.1.

²⁶⁴ *Wendehorst* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 52 und 102; *Dutta*, RabelsZ 73 (2009) 594; im deutschen Recht ist dieser Grundsatz in Art 43 Abs 2 EGBG normiert.

²⁶⁵ *Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler*, Kollisionsrecht, in *Rechberger/Zöchling-Jud*, Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich, 210; *Tuppa*, GeS 2009, 216 mit Verweis auf BGH Urteil v. 13.6.1984 – IVa ZR 196/82, IPrax 1985, 221; Rechtsprechung des österreichischen OGH liegt zu dieser Frage nicht vor; *Dörner*, Trust 226; *Dörner* in *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Band: IPR (2007) 431; *Czermak*, express trust 283; *Wienbracke*, ZEV 2007, 413 (415) unter Bezugnahme auf die Entscheidung *In re Duke of Wellington*, *Glentanar v Wellington*, [1947] Ch. 506, 523 f = RabelsZ 15; zum *inter vivos* Trust: BGH Urteil v. 13.6.1984 – IVa ZR 196/82, IPrax 1985, 221; KG Berlin, Beschluss vom 3.4.2012, 1 W 557/11, ZEV 2012,

In diesem Zusammenhang meint „Anpassung“ die materiellrechtliche „Übersetzung“ des Testamentary Trust aufgrund eines Widerspruchs zwischen Gesamtstatut und Einzelstatut. Eine solche Anpassungslage wird in der kollisionsrechtlichen Literatur – in Abgrenzung zu anderen Arten des Normenwiderspruchs („Normenmangel“ und „Normenhäufung“) – als „qualitative Normendiskrepanz“ bezeichnet.²⁶⁷ „Leitgedanke der Anpassung muss es sein, sich möglichst im Rahmen des fremden Rechts zu halten und das unbekanntes Institut derart zu transformieren, dass es im Einzelfall intern die gleiche Bedeutung und Auswirkung behält, die ihm in der fremden Rechtsordnung zukommt.“²⁶⁸ Insofern ähnelt die „Anpassung“ der vorstehend dargestellten „Umdeutung“ eines dem österreichischen Erbstatut unterstehenden Testamentary Trust.²⁶⁹ Man wird bei „Anpassung“ und „Umdeutung“ nach den gleichen Grundsätzen verfahren müsse.²⁷⁰ In der deutschen Rechtsprechung und Literatur wird teilweise für den Vorgang der „Anpassung“ ebenso der Begriff der „Umdeutung“ verwendet.²⁷¹

Im Hinblick auf in Österreich belegene Liegenschaften galt nach alter Rechtslage (vor ErbRÄG 2015), dass aus österreichischer Sicht – unabhängig vom Erbstatut – die Einantwortung Voraussetzung für den Erwerb von Todes wegen eines in Österreich belegenen Grundstückes war²⁷²: Bestand der Nachlass, der dem

593 mit Anm Lehmann (hier ging es um einen Testamentary Trust nach dem Recht von Colorado, wobei Nachlass in Deutschland belegen war, siehe zum Sachverhalt bereits oben Pkt. 1.3.); kritisch zur „Unwirksamkeit“ der Trust-Errichtung an in Deutschland belegenen Sachen *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des trust 99, 66 f. Nur dort, wo Konflikte mit dem deutschen Recht entstehen, sei in äquivalente Institute des deutschen Rechtes „umzudeuten“; Die Annahme der vollständigen Unwirksamkeit des Trust an im Inland belegenem Vermögen könne schon deswegen nicht überzeugen, weil immer dann, wenn Trust-Vermögen auf mehrere Länder verteilt ist, ein Nebeneinander von mehreren Trust-Statuten zu befürchten ist, was insbesondere aus Sicht der Trust-Beteiligten die Funktionsfähigkeit des Testamentary Trust behindere. Auch der Verkehrsschutz, dem die *lex rei sitae* diene, erfordere nicht die Annahme der Unwirksamkeit des Trust. Auf Verkehrsinteressen ist vielmehr nur Rücksicht zu nehmen, wenn sie auch tatsächlich im konkreten Fall betroffen sind.

²⁶⁶ Siehe nur *Tuppa*, GeS 2009, 216 mit Verweis auf BGH Urteil v. 13.6.1984 – IVa ZR 196/82, IPrax 1985, 221; Rechtsprechung des österreichischen OGH liegt zu dieser Frage nicht vor;

²⁶⁷ Vgl *Dannemann*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, 227 mwN; *Wienbracke*, ZEV 2007, 413 (415).

²⁶⁸ *Czermak*, express trust 283 mit Hinweis auf RG 19.12.1922, RGZ 106, 82,86.

²⁶⁹ Vgl für das deutsche Recht: *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des trust 97 ff; *Wienbracke*, ZEV 2007, 413 (415); *Czermak*, express trust 287.

²⁷⁰ *Kötz*, Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust, *RabelsZ* 50 (1986), 574 mit Hinweis auf *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht, VI USA, Grundzüge C III B2 b.

²⁷¹ Vgl KG Berlin, Beschluss vom 3.4.2012, 1 W 557/11, ZEV 2012, 593 (594); *Wienbracke*, ZEV 2007, 413 (415).

²⁷² *Schwimmann* in Rummel, ABGB II³ § 28 IPRG Rz 9; *ders*, Überblick über das internationale Erbrecht Österreichs, NZ 1979, 102 f; *Verschraegen* in Rummel, ABGB II³ § 32 IPRG Rz 5.

Testamentary Trust unterfallen soll, aus einer in Österreich belegenen Liegenschaft, war die Verlassenschaft gemäß § 106 JN zwingend in Österreich abzuhandeln und setzte daher der Erbschaftserwerb an der Liegenschaft gemäß § 28 Abs 2 IPRG die Abgabe der Erbantrittserklärung (§ 799 ABGB) durch den Erben und die Einantwortung durch das Gericht (§ 797 ABGB) voraus.²⁷³ Um die Verlassenschaft an einen Erben einzantworten, war daher innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens eine „Anpassung“ des Testamentary Trust an Institute des österreichischen Rechts vorzunehmen.

Mit Inkrafttreten des Erbrechts-Änderungsgesetzes 2015 entfällt neben der obligatorischen Zuständigkeit österreichischer Gerichte für die Verlassenschaftsbehandlung inländischer Liegenschaften²⁷⁴ auch § 28 Abs 2 IPRG.²⁷⁵ Seit 17. August 2015 richtet sich der gesamte „Erbschaftserwerb“ nach dem gemäß der kollisionsrechtlichen Bestimmungen der EuErbVO anzuwendenden Recht (vgl Artikel 23 Abs 2 lit. e und Erwägungsgrund 43 EuErbVO). Die Einantwortung ist insofern im Sinne der EuErbVO nicht als ein in Österreich zwingendes und gegebenenfalls von Amts wegen einzuleitendes Verfahren, sondern als materiellrechtliche Regelung des österreichischen Erbrechts zu qualifizieren.²⁷⁶ Ist ein fremdes Erbstatut anwendbar, bedarf es für den Erbschaftserwerb daher keiner Einantwortung nach österreichischem Recht.²⁷⁷ Daran ändert auch der in Art 1 Abs 2 lit g EuErbVO vorgesehene „Registervorbehalt“ (*lex registrationis*) nichts, wonach die Wirkung der Eintragung von Rechten in öffentlichen Registern durch die EuErbVO unberührt bleibt. Nach österreichischem Recht ist beim Rechtsübergang von Todes wegen nämlich die grundbücherliche Einverleibung des Rechtsüberganges nach Einantwortung nur noch deklaratorisch, dh das

²⁷³ Bewegliches Vermögen war nur dann vom österreichischen Verlassenschaftsgericht abzuhandeln, wenn entweder der Verstorbene seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte oder die Rechtsdurchsetzung für die Erbprätendenten im Ausland unmöglich war (§ 106 Abs. 1 Nr. 2 JN in der Fassung vor 30. Juli 2015).

²⁷⁴ Vgl § 106 JN aF und § 106 JN nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, Textgegenüberstellung online einsehbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II/I_00688/fname_423848.pdf.

²⁷⁵ § 32 IPRG wird insofern durch die Bestimmungen der EuErbVO verdrängt.

²⁷⁶ Dutta in MünchKomm BGB XI⁶ Art 8 EuErbVO Rz 4; Art 23 EuErbVO Rz 20.

²⁷⁷ Vgl Laukemann, Die *lex rei sitae* in der Europäischen Erbrechtsverordnung – Inhalt, Schranken und Funktion, MPILux Working Paper 2 (2014), online einsehbar unter http://www.mpi.lu/fileadmin/mp/medien/research/WPS_Laukemann_lex_rei_sitae_14_Aug_2014.pdf, 19; Bonimaier, Anwendung fremden Erbrechts in Österreich nach der EurErbVO: Wegfall der Einantwortung und Vonselbsterwerb, Zak 2015, 308 f (310); dass der österreichische Gesetzgeber den Vonselbsterwerb der Erbschaft nach fremden Recht anerkennt, geht auch aus dem durch das Erbrechtsänderungsgesetz neu eingefügten § 181a AußStrG hervor.

österreichische Erbrecht verzichtet für den Rechtserwerb von Todes wegen auf einen sachenrechtlichen Verkehrsschutz.²⁷⁸

Nach neuer Rechtslage werden die österreichischen Gerichte somit erst dann mit der „Anpassung“ eines Testamentary Trust in das österreichische Recht befasst sein, wenn ein Trust-Beteiligter seine Rechte an in Österreich belegtem Trust-Vermögen geltend macht. Neben den ordentlichen Gerichten können auch die Grundbuchsgerichte mit der Frage der Eigentümerstellung beim Testamentary Trust konfrontiert werden, wenn ein Trust-Beteiligter (unter Vorlage der Trust-Dokumente) die grundbücherliche Einverleibung begehrt.²⁷⁹ Die Frage, wer als Eigentümer des Trust-Vermögens zu sehen ist, könnte sich weiters auch bei Insolvenz eines in Österreich wohnhaften Trustee stellen, insbesondere im Hinblick darauf, ob Aussonderungsrechte der Beneficiaries bestehen.

Der Europäische Gesetzgeber hat die „Anpassung“ eines nach dem Erbstatut bestehenden dinglichen Rechtes in Artikel 31 EuErbVO aufgenommen, um Probleme zwischen dem Erbstatut und dem Sachenrechtsstatut zu lösen.²⁸⁰ Wenn eine Person das dingliche Recht in einem anderen Mitgliedstaat geltend macht, der das betreffende Recht nicht kennt, ist das Recht, soweit erforderlich und möglich, an das in der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaates am ehesten vergleichbare Recht „anzupassen“. Hierbei sind die mit dem dinglichen Recht verfolgten Ziele und Interessen zu berücksichtigen. Artikel 31 EuErbVO verwirklicht somit in Verbindung mit Artikel 1 Abs 2 lit k und Erwägungsgrund 15 Satz 2 und 3 EuErbVO den unter der EuErbVO geltenden sachenrechtlichen Typenzwang.²⁸¹ Nach *Dutta* ist Artikel 31 EuErbVO eine kollisionsrechtliche Vorschrift, die nicht nur in Erbverfahren gilt, sondern in sämtlichen mitgliedstaat-

²⁷⁸ Vgl *Laukemann*, Lex rei sitae in der Europäischen Erbrechtsverordnung 19.

²⁷⁹ Nach § 94 Allgemeines Grundbuchgesetz (GBG) hat das Grundbuchsgericht das Ansuchen einer genauen Prüfung zu unterziehen. Es darf Eintragungen nur bewilligen, wenn das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden begründet erscheint (§ 94 Abs 1 Z 3 GBG). Das Grundbuchsverfahren ist ein reines Akten- und Urkundsverfahren und muss ohne Zwischenerledigungen auskommen, *Feil/Friedl/Bayer*, GBG (2013) § 94 Rz 4. Inwiefern der Grundbuchsrichter bei der Beurteilung der „Anpassung“ eines *testamentary trust* Verbesserungsaufträge oder gegebenenfalls ein Rechtsgutachten einholen kann, ist insofern fraglich.

²⁸⁰ *Dutta* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 31 EuErbVO Rz 1; Das Verhältnis zwischen Erb- und Sachenrechtsstatut ist in der EuErbVO an verschiedenen Stellen geregelt, ohne dass ein abschließendes System eindeutig zum Ausdruck kommt; vgl *Dörner*, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, ZEV 2012, 509.

²⁸¹ Vgl *Laukemann*, Die lex rei sitae in der Europäischen Erbrechtsverordnung 24.

lichen Verfahren, in denen sich erbrechtliche Fragen stellen, zB als Vorfrage in Registerverfahren, die einen erbrechtlichen Vorgang nachvollziehen.²⁸²

Die EuErbVO gilt wie dargestellt²⁸³ gemäß Erwägungsgrund 13 Satz 2 und 3 „im Hinblick auf den Übergang der Vermögenswerte und die Bestimmung der Berechtigten“, sodass die dinglichen Rechte der Beneficiaries (*beneficial interest*) in jedem Falle – auch schon ohne etwaige kollisionsrechtliche Lückenfüllung²⁸⁴ – von Artikel 31 EuErbVO erfasst sind.²⁸⁵ Der Europäische Gerichtshof hat in Sachen Webb vs Webb²⁸⁶ (zu Art 22 Nr. 1 EuGVO) zwar entschieden, dass der Anspruch eines Beneficiary gegen einen (*constructive*) Trustee auf Übertragung einer als Trust-Gut gehaltenen Wohnung kein „dingliches“ Recht sei. Die Ansprüche des Beneficiary betrafen dort allerdings nur das Innenverhältnis des Trust, sodass die Rechte im Außenverhältnis jedenfalls als „dinglich Rechte“ im Sinne von Artikel 31 EuErbVO angesehen werden können.²⁸⁷

3.5 Exkurs: „Anerkennung“ des Trust nach Haager Trust Übereinkommen (HTÜ)

Zum Vergleich wird kurz die Rechtslage dargestellt, die bei Unterzeichnung des HTÜ gelten würde. Artikel 11 HTÜ sieht vor, dass ein nach Maßgabe der Artikel 6 ff HTÜ²⁸⁸ errichteter Trust in den Unterzeichnerstaaten „anzuerkennen“²⁸⁹ ist. Allerdings sehen die Bestimmungen des HTÜ gerade nicht vor, dass der Unterzeichnerstaat verpflichtet ist, grundsätzlich allen Rechtswirkungen des Trust-Rechts Geltung zu verschaffen. Das HTÜ verlangt jedenfalls die Anerkennungen von gewissen „Mindestwirkungen“ eines Trust (Art 11 Abs 1 HTÜ): Der Trustee muss in seiner Eigenschaft als Trustee klagen und verklagt werden und in dieser Eigenschaft vor einem Notar oder Amtsperson auftreten können. Zudem muss das Trust-Vermögen ein vom persönlichen Vermögen des Trustee getrenntes Sondervermögen darstellen, dh den persönlichen Gläubigern

²⁸² Dutta in MünchKomm BGB XI⁶ Art 31 EuErbVO Rz 11.

²⁸³ Siehe oben Pkt. 2.6.3.1.

²⁸⁴ Siehe oben Pkt. 2.7.

²⁸⁵ Dutta in MünchKomm BGB XI⁶ Art 31 EuErbVO Rz 7.

²⁸⁶ EuGH 17.5. 1994 C-29492, Webb vs Webb (C-294/92), Slg 1991, I-01717.

²⁸⁷ So auch Dutta in MünchKomm BGB XI⁶ Art 31 EuErbVO Rz 7.

²⁸⁸ Siehe bereits oben Pkt. 2.5.

²⁸⁹ Kritisch zum Begriff der „Anerkennung“ Kötz, RabelsZ 50 (1986), 576.

des Trustee muss es verwehrt sein, auf das Vermögen des Trust Zugriff nehmen zu können.

Weiters darf im Fall der Insolvenz des Trustee das Trust-Vermögen nicht Bestandteil des Vermögens des Trustee sein. Das Trust-Vermögen darf auch nicht Bestandteil von ehelichem Vermögen oder Nachlass des Trustee sein (vgl Artikel 11 Abs 2 lit a bis c HTÜ). Weiters muss ein Herausgabeanspruch zugestanden werden, wenn der Trustee treuwidrig Trust-Vermögen mit seinem persönlichen Vermögen vermischt oder dieses veräußert (Art 11 Abs 2 HTÜ). Somit greift das HTÜ wesentliche Kriterien des Trust-Rechts auf, die dem Schutz des Trust-Vermögens dienen und es vor dem Zugriff Dritter schützen sollen.²⁹⁰ Nach dem HTÜ findet die „Anerkennung“ jedenfalls ihre Grenzen, wo zwingende Normen jener Rechtsordnung, auf die anzuwendenden Kollisionsnormen verweisen, betroffen sind. Das HTÜ zählt beispielhaft das Gebiet der „Übertragung von Eigentum und dinglichen Sicherungsrechten“, den „Schutz von Gläubigern bei Zahlungsunfähigkeit“ sowie den „Schutz gutgläubiger Dritter in anderen Belangen“ auf (Artikel 15 Abs 1 HTÜ).

Stehen zwingende Vorschriften der nationalen Rechtsordnung der Anerkennung des Trust entgegen, so hat das angerufene Gericht zu versuchen, „die Zwecke des Trust mit anderen rechtlichen Mitteln zu verwirklichen“ (Artikel 15 Abs 2 HTÜ). Unter Geltung des HTÜ soll somit den zwingenden Grundsätzen des nationalen Rechtes und insbesondere des Sachenrechts Vorrang vor jenen des Trust-Rechts zukommen. Bei Geltung des HTÜ hätte ein österreichisches Gericht folglich die sachenrechtliche Rechtslage des Trust in Institute des österreichischen Rechts zu „übersetzen“, was der vorstehend ausgeführten „Umdeutung“ und „Anpassung“ entspricht.²⁹¹ Die Ratifikation des HTÜ würde somit nicht zur Einführung von mit den österreichischen Rechtsgrundsätzen nicht zu vereinbarem Sachrecht führen. Im Hinblick auf die Anerkennung und Wirksamkeit eines Trust an im Inland belegtem Vermögen würde auch die Ratifikation des HTÜ nicht zu einer Änderung der derzeitigen Rechtslage bzw der praktischen Ergebnisse, die durch „Umdeutung“ oder „Anpassung“ an funktionsäquivalente Institute des

²⁹⁰ Siehe zum Vermögensschutz nach Trust-Recht oben Pkt 3.1.2. und unten Pkt. 4.9.2. und Pkt. 5.7.1.

²⁹¹ Vgl *Kötz*, *RabelsZ* 50 (1986), 579.

österreichischen Rechts erlangt werden, führen. Die dabei auftretenden Probleme werden durch die Bestimmungen des HTÜ nicht gelöst.

3.6 Weiteres Vorgehen

Um einen Testamentary Trust im Sinne der „Umdeutung“ bzw. „Anpassung“ in das österreichische Recht zu „übersetzen“, ist zunächst der funktionale Gehalt des Testamentary Trust festzustellen. Hierzu ist anzumerken, dass dies im Rahmen dieser Arbeit nur schematisch und grundsätzlich erfolgen kann und in der Praxis unter Betrachtung des Einzelfalles durchgeführt werden muss. In einem nächsten Schritt ist dann nach funktionsverwandten Instituten des österreichischen Rechts zu suchen, dh nach Instituten, mit denen die jeweiligen Zwecke des Testamentary Trust im österreichischen Recht erreicht werden können. Auch dies kann wiederum nur grundsätzlich und allgemein erfolgen. Aufgrund des dargestellten Spannungsverhältnisses mit dem österreichischen Sachenrecht hat der Testamentary Trust keine direkte Entsprechung im österreichischen Recht und kann er selbstredend nicht in allen seinen Rechtswirkungen abgebildet werden. Gewisse „Transformationsprobleme“ sind bereits an dieser Stelle absehbar.

4 Analyse des englischen Testamentary Trust

Um zu entscheiden, mit welchen (erbrechtlichen) Instrumenten des österreichischen Rechts ein Testamentary Trust nach englischem Recht nachgebildet werden könnte, ist dieser zunächst in seiner Funktion und Struktur zu analysieren. Es sei angemerkt, dass im Rahmen dieser Arbeit nicht eine umfassende Untersuchung des englischen Trust-Rechts und des liechtensteinischen Trust-Rechts erfolgen kann und soll. Das Rechtinstitut des englischen und des liechtensteinischen Testamentary Trust ist vielmehr in seinen wesentlichen Merkmalen darzustellen. Verfügt ein Erblasser einen Testamentary Trust, hat er in der Regel nicht alle Einzelheiten des Trust-Rechtes im Blick, sein Testierwille ist aber auf ein gewisses Grundkonzept, nach welchem sein Nachlass verwaltet bzw verteilt werden soll, gerichtet. Daher soll die rechtliche Analyse des Testamentary Trust insbesondere seine Funktionen, die Voraussetzungen für seine Errichtung, wichtige Gestaltungsmöglichkeiten, die Rechtsstellung der Trust-Beteiligten sowie das Kontrollsystem im Trust-Konzept untersuchen. An geeigneten Stellen wird auf Musterbestimmungen eingegangen, wie sie typischerweise in einem englischen Testament (*Will*) zur Anordnung eines Testamentary Trust verwendet werden.

4.1 Einordnung des Testamentary Trust als Form des Private Express Trust

Weil der Trust ein historisch gewachsenes Rechtinstitut ist, das im Laufe der Jahrhunderte von der Equity-Rechtsprechung ausgebildet wurde²⁹², sind seine Funktionen und Erscheinungsformen vielfältig und weichen hinsichtlich der Rechtsfolgen stark voneinander ab. Der Trust kann aber in drei Hauptgruppen unterteilt werden: Express Trust, Resulting Trust und Constructive Trust. Ein Express Trust kommt in Folge rechtsgeschäftlicher Willenserklärung des Settlor zustande, während Resulting Trust und Constructive Trust, „*by operation of law*“ entstehen.²⁹³ Diese gesetzlichen Trust-Verhältnisse haben jedoch keine Relevanz für erbrechtliche, grenzüberschreitende Sachverhalte und werden daher in der vorliegenden Arbeit nicht weiter behandelt.

²⁹² Siehe oben Pkt. 3.1.1.

Express Trusts lassen sich wiederum in zwei Gruppen untergliedern, den Private Express Trust und den *Charitable Trust*. Während beim Private Express Trust Privatpersonen begünstigt werden, ist dies beim *Charitable Trust* die (oder ein Teil der) Allgemeinheit.²⁹⁴ Der *Charitable Trust* soll im Folgenden nicht behandelt werden, da er in der Regel in eine gemeinnützige Stiftung umzudeuten sein wird.²⁹⁵ Ein Private Express Trust kann durch Rechtsgeschäft zu Lebzeiten errichtet werden (*inter vivos*) oder durch letztwillige Verfügung und somit durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Erblassers (Testamentary Trust).²⁹⁶ Der Testamentary Trust entsteht somit aufschiebend bedingt auf den Tod des Testators.²⁹⁷ Der Testamentary Trust ist in der Regel als sogenannter *Special Trust* ausgestaltet, dh der Trustee ist im Trust-Instrument zur Ausführung von gewissen Verwaltungshandlungen verpflichtet und ist somit ein aktiver Verwalter – in Abgrenzung zum sogenannter *Simple Trust*, bei dem der Trustee keinerlei Verwaltungspflichten hat, sondern allein an die Weisungen des Begünstigten gebunden ist.²⁹⁸

4.2 Definition des Private Express Trust

Bis heute kennt das englische Recht keine Legaldefinition des Trust, was daran liegen könnte, dass der Grundgedanke des Rechtsinstitutes Trust zwar leicht verständlich ist, eine genaue Definition aber eher abstrakt erscheint.²⁹⁹ Zudem liegt die Schwierigkeit einer Definition in der bereits aufgezeigten Gestaltungsvielfalt des Trust.³⁰⁰ Für einen Private Express Trust wird immer wieder die Definition nach *Underhill* herangezogen:

„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

²⁹⁴ *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1031; *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 168.

²⁹⁵ Vgl *Kötz*, Trust und Treuhand, 117f.

²⁹⁶ *Czermak*, express trust 25; *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1031.

²⁹⁷ *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1046,

²⁹⁸ Vgl *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 86 f; *Biedermann*, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 74; *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 47.

²⁹⁹ Vgl *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 30.

³⁰⁰ Nach Art 2 des HTÜ wird der Trust allgemein definiert als „eine von einer Person, dem Begründer, unter Lebenden oder für den Todesfall geschaffene Rechtsbeziehung, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustees unterstellt worden ist“.

*in old cases, cestuis que Trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.*³⁰¹

Wie schon an verschiedener Stelle vorstehend ausgeführt, ist der Express Trust in der Regel eine Dreiecksbeziehung³⁰² zwischen dem Settlor als Errichter, dem/den Trustee/Trustees als Verwalter und dem/den Beneficiary/Beneficiaries als Nutznießer des Vermögens(ertrages). Beim Testamentary Trust ist der Settlor der Testator.³⁰³ Der Testator überträgt auf den Trustee – aufschiebend bedingt auf den Tod des Testator – das Eigentum an bestimmtem Vermögen, welches der Trustee nach bestimmten Vorgaben zugunsten eines oder mehrerer (zeitlich aufeinander folgender) Beneficiaries zu verwalten hat. Dies führt – wie aufgezeigt – zur Spaltung (Doppelung) der Eigentumsrechte in *legal ownership* des Trustee und *equitable ownership* des Beneficiary. Weil der Testator mit seinem Tod wegfällt, lässt sich sein Wille nur aus dem Trust-Instrument ableiten, dessen Bestimmungen entscheidende Richtlinie für den Trustee sind und diesen binden.³⁰⁴

4.3 Keine Rechtspersönlichkeit und keine Publizität

Ein Trust hat keine eigene Rechtspersönlichkeit.³⁰⁵ Zwar handelt es sich um ein verselbständigtes Zweckvermögen, das im „formellen“ Eigentum des Trustee steht. Der Trust selbst kann aber weder Eigentümer des Trust-Vermögens sein, noch Rechtsgeschäfte tätigen. Nach außen hin handelt nur der Trustee („*acting for and on behalf of the Trust*“). Der Private Express Trust unterliegt ferner keiner Registrierungspflicht, sodass das Bestehen des Trust nach außen hin nicht durch ein offizielles Dokument nachgewiesen werden kann. Das Trust-Instrument³⁰⁶ ist zwar rechtlich verbindlich, aber sein Inhalt in der Regel nicht für die Öffentlichkeit bestimmt.³⁰⁷

³⁰¹ *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 2.

³⁰² *Häusler, Angelsächsischer Trust* 234.

³⁰³ *Kessler/Sartin, Drafting Trusts and Will Trusts*¹¹ (2013) 275.

³⁰⁴ Vgl. *Häusler, Angelsächsischer Trust* 240.

³⁰⁵ *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 3; *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 3.

³⁰⁶ Siehe noch unten Pkt. 4.6.

³⁰⁷ *Häusler, Angelsächsischer Trust* 238; bei größeren Vermögen werden aus diesem Grund häufig Gesellschaften dazwischen geschaltet, deren Anteile (Mehrheitsanteile) dann auf den Trustee übertreten werden.

4.4 Funktion des Testamentary Trust

Ein Testamentary Trust kann als Mittel der Nachlassplanung mehreren Zwecken dienen.

4.4.1 Langfristige Bindung des Nachlassvermögens

Mit dem Testamentary Trust wird eine langfristige Bindung des vom Testator vererbten Vermögens erreicht. Der Testator kann dafür Sorge tragen, dass für einen möglichst langen Zeitraum nach seinem Ableben die Rechtsnachfolge in seinen Nachlass festgelegt ist.³⁰⁸ Ein Trust kann über Generationen errichtet werden. Zeitliche Grenze ist allein die *perpetuity period*, die 21 Jahre nach dem Ableben des letzten, zum Zeitpunkt der Trust-Errichtung lebenden Begünstigten endet.³⁰⁹ Dies gibt somit einen Planungsspielraum, der über die Möglichkeiten eines Testaments nach den engen Schranken des anwendbaren Erbrechts hinausgeht.

4.4.2 Flexibilität

Der Testator kann beliebige und detaillierte Anordnungen darüber treffen, was nach seinem Tode mit seinem Vermögen geschehen soll, insbesondere darüber, wer Nutznießer des Nachlasses sein soll. Der Testator kann hierzu gleichzeitig oder in zeitlicher Abfolge mehrere – auch zum Zeitpunkt seines Ablebens noch nicht lebende – Personen wie Kinder, Enkel, Urenkel, sonstige Freunde und Verwandte als Beneficiaries einsetzen, ohne dass er ihnen neben dem Recht zur Nutznießung auch die formelle Eigentümerposition, die einerseits die grundsätzlich unbefugte Verfügungsbefugnis, andererseits die Vermögensverwaltung mitsamt der verbundenen Risiken und Pflichten mit sich bringt, überträgt. Die soziale Funktion des Trust besteht vielmehr darin, Nutznießung und Verwaltungsobliegenheit zu trennen.³¹⁰

³⁰⁸ Vgl. Kötz, Trust und Treuhand 40.

³⁰⁹ Siehe noch unten Pkt. 4.11.3.

³¹⁰ Kötz, Trust und Treuhand 39 verweisend auf Nußbaum, Clo.L.Rev 38 (1938) 408 ff.: „*While the Beneficiary [...] gets the benefits, the responsibility rest with the Trustee, he alone being liable to third persons either for contracts or torts originating in the management of the Trust.*“

4.4.3 Kontrollierte Verwaltung

Die Einsetzung eines geeigneten Trustee als Vertrauensperson zur Verwaltung des Trust-Vermögens dient der Kontrolle, dass das Vermögen der vom Testator beabsichtigten Verwendung auch wirklich zugeführt und die Anordnungen des Errichters eingehalten werden. Bei einer Mehrzahl von Beneficiaries, können zudem Schwierigkeiten bei der zügigen und sachgemäßen Verwaltung des Trust-Vermögens aufscheinen. Durch wenige, unter Umständen auch professionelle Trustees lässt sich hingegen die Verwaltung des Vermögens besser organisieren und lassen sich Konflikte vermeiden.³¹¹ Ein besonderes Bedürfnis für sachkundige Verwaltung des Nachlasses kann bestehen, wenn die Interessen jener Personen zu wahren sind, die selbst vorübergehend oder auf Dauer nicht zur Vermögensverwaltung in der Lage sind, wie beispielsweise noch ungeborene, minderjährige, geschäftsunfähige, kranke oder abwesende Personen. Auch kann der Testator bestimmte Personen, für nicht fähig oder geeignet halten, den Nachlass selbst zu verwalten.

4.4.4 Familienfürsorge

Die klassische Funktion des englischen Testamentary Trust liegt im Bereich der privaten Familienvorsorge (*Family Trust*)³¹² – im Unterschied etwa zu den häufig zum Zweck der Steuerschonung und Vermögensverschleierung genutzten und *inter vivos* errichteten *offshore Business Trusts*. Der englische Testamentary Trust wird in der Regel anstelle eines dem Kontinentaleuropäer vertrauten klassischen Testamentes eingesetzt, dh im Falle eines durchschnittlichen Erblassers werden die Familienimmobilie, Wertgegenstände, Fonds und Bankguthaben in den Trust eingebracht, wobei vorrangig ein überlebender Ehegatte versorgt und dann auf zweiter Ebene Abkömmlinge und sonstige Personen (letzt-)begünstigt werden sollen.

4.4.5 Vermögensschutz

Insbesondere bei größeren Nachlassvermögen wie Anteilen an einem Familienunternehmen oder umfangreichen Kunstsammlungen kann ein Testamentary Trust dazu dienen, das Trust-Vermögen vor der Zerschlagung durch Erbgänge bzw

³¹¹ Czermak, express trust 75; Häusler, Angelsächsischer Trust 238.

³¹² Vgl Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 24.

durch nachfolgende Erbengenerationen durch zu schützen und das Lebenswerk des Testators zu bewahren. Oft sind die Nachkommen eher auf die „Versilberung“ des vom Testator erwirtschafteten Vermögens aus. Bei Unternehmensanteilen besteht zudem die besondere Gefahr, dass mit einer Vermögensteilung eine Einflussminderung einhergeht. Durch die Einbringung eines Familienunternehmens in einen Trust kann dieses Risiko vermieden und die Kontinuität gesichert werden. Der Trustee kann mit der Erhaltung des Unternehmens beauftragt und Ausschüttungen können auf die realisierten Erträge aus dem Unternehmen beschränkt werden.³¹³ Ein Trust ist weiters ein ideales Instrument, um das Nachlassvermögen vor dem Zugriff Dritter zu schützen. Weil das Trust-Vermögen nicht in das formelle Eigentum der Beneficiaries übergeht, können (zukünftige) Gläubiger weder in das Trust-Vermögen vollstrecken, noch bei Insolvenz des Beneficiary auf das Trust-Vermögen zugreifen.

4.5 Errichtung des Testamentary Trust

4.5.1 Form

Die Verfügung eines Testamentary Trust ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und bedarf nicht der Mitwirkung weiterer Personen, insbesondere nicht des Trustee. Die Gründung des Testamentary Trust unterliegt den allgemeinen erbrechtlichen Formvorschriften über letztwillige Verfügungen. Das Formerfordernis nach englischem Recht besteht gemäß den Bestimmungen des Wills Act 1837 in der Regel darin, dass das eigenhändig geschriebene und unterschriebene Testament von mehreren (mindestens zwei) Personen als Zeugen schriftlich bestätigt wird.³¹⁴ In der Regel verfügt der Testator den Testamentary Trust in zeitlichem und inhaltlichem Zusammenhang mit seinem Testament (*Will*) bzw unmittelbar in diesem.³¹⁵

³¹³ Häusler, Angelsächsischer Trust 249.

³¹⁴ Siehe Wills Act 1837, Section 9; „No will shall be valid unless – (a) it is in writing, and signed by the Testator, or by some other person in his presence and by his direction; and (b) it appears that the Testator intended by his signature to give effect to the will; and (c) the signature is made or acknowledged by the Testator in the presence of two or more witnesses present at the same time; and (d) each witness either – (i) attests and signs the will; or (ii) acknowledges his signature, in the presence of the Testator (but not necessarily in the presence of any other witness) but no form of attestation shall be necessary.“

³¹⁵ Czermak, express trust 45.

4.5.2 Pour over Trust

Der Testator hat bei der Verfügung eines Testamentary Trust zwei Möglichkeiten: Zum einen kann er erstmalig einen Testamentary Trust an seinem Nachlass oder an einzelnen Nachlassgegenständen begründen. Zum andern kann er testamentarisch anordnen, dass sein Vermögen nach seinem Tode in einen vor oder gleichzeitig mit seiner letztwilligen Verfügung geschaffenen Trust übergehen soll (sog *pour over* Trust oder *pour over gift from will to revocable* Trust).³¹⁶ Im Regelfall ist dieser *inter vivos* Trust zu Lebzeiten des Testator widerruflich (*revocable*) ausgestaltet, sodass der Testator die Flexibilität erlangt, zu Lebzeiten durch Änderung des Trust (zB durch Änderung der Begünstigten) faktisch seine letztwillige Verfügung zu ändern, ohne die dafür notwendigen Förmlichkeiten einhalten zu müssen.³¹⁷ Dem *inter vivos* Trust muss der Testator zu Lebzeiten keinen Vermögensgegenstand zuwenden, die Stellung des *inter vivos* Trust als Begünstigter der letztwilligen Verfügung wird für ausreichend erachtet.³¹⁸ Der Trustee ist zu Lebzeiten des Testator nicht befugt, die Bestimmungen des Trust in irgendeiner Weise abzuändern, andernfalls gilt der *pour over* Trust als nicht verfügt.³¹⁹

4.5.3 Abgrenzung Trustee und Executor

Nach englischem Recht geht der Nachlass mit dem Tod des Testator nicht unmittelbar auf die Erben oder Trustees über, sondern zunächst immer auf einen Nachlassverwalter, der den Nachlass abwickelt. Man unterscheidet zwischen dem Administrator, der vom Gerichte eingesetzt wird, und dem *Executor*, der vom Erblasser selbst berufen worden ist.³²⁰ In der Regel setzt der Testator, der einen Testamentary Trust anordnet, den Trustee auch zum *Executor* ein.³²¹ Was nach Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten übrig bleibt, geht auf den Trustee als Trust-Vermögen über. So enthalten Trust-Instrumente zur Errichtung eines Testamentary Trust, sofern darin der gesamten Nachlass des Testator geregelt werden soll, häufig die Klausel:

³¹⁶ Vgl. *Czermak*, express trust 45; *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1049; *Häusler*, Angelsächsischer Trust 240; *Kessler/Sartin*, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ 278.

³¹⁷ *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1049.

³¹⁸ *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1049.

³¹⁹ *Kessler/Sartin*, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ 279.

³²⁰ *Odersky*, Die Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle (2001) 6.

³²¹ *Kötz*, Trust und Treuhand 56.

„I appoint ... to be my Executor(s) and Trustee(s).

My executor shall:

1. *pay my debts, funeral and testamentary expenses, legacies and inheritance tax on all property which vests in them.*
2. *hold the remainder (my residuary estate) in a Trust as set out below³²²*

Die Rechtsstellung des *Executor* stimmt nach englischem Recht mit der des *Trustee* in vielen Punkten überein.³²³ Die Erben haben gegen treuwidrige Verfügungen des *Executor* ein den Beneficiaries entsprechendes Verfolgungsrecht (*tracing the property*).³²⁴ Weiters unterliegt der *Executor* ähnlich strengen Sorgfaltspflichten wie der *Trustee*.³²⁵

Nach Beendigung der Nachlassabwicklung und Rechnungslegung ist schließlich der *Trustee* mit der Dauerfürsorge für das Trust-Vermögen betraut. Liegt Personenidentität vor, tauscht der *Executor-cum-Trustee* gleichsam seinen „Hut“ als Nachlassverwalter gegen seinen „Hut“ als *Trustee*.³²⁶ Erst zum Zeitpunkt, wenn der Nachlass abgewickelt ist, steht den Beneficiary das *equitable interest* am Trust-Vermögen zu.³²⁷

4.6 Three certainties

Im Trust-Instrument schreibt der Testator die „*three certainties*“ fest: den Widmungswillen (*certainty of intention*) sowie die Bestimmung oder Bestimmbarkeit der zu widmenden Vermögenswerte (*certainty of subject*) und der Begünstigten (*certainty of objects*)³²⁸.

³²² Kessler/Sartin, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ 527, 531, 535.

³²³ Der Trustee Act 1925 ist nach Section 8 (1) seinem ganzen Umfang nach auf *personal representatives*, dh auch auf *Executors*, anwendbar, vgl *Kötz*, Trust und Treuhand 56.

³²⁴ *Odersky*, Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle 28.

³²⁵ *Kötz*, Trust und Treuhand 56, siehe hierzu noch unten Pkt.4.8.5.

³²⁶ *Daragan*, ZEV 2007, 205 mit Verweis auf *Moffat*, Trusts Law⁴ (2005), 17.

³²⁷ *Hayton*, The Law of Trusts 145.

³²⁸ *Hayton*, The Law of Trusts (2003) 74: „A Trust is an enforceable, feasible, practicable set of obligations burdening a Trustee of property so there must be certainty of intention to create a Trust (as opposed to some other legal relationship or some moral obligation), certainty of subjects-matter of the Trust and certainty of the objects of the Trust, so that the Trust is administratively workable and capable of being policed by the court.“, siehe auch *Mitchell*, Trusts and Equitable Remedies¹³ (2010) 141 f.

4.6.1 Certainty of intention

Der Wille, einen Trust zu errichten und diesem bestimmte Vermögenswerte zu widmen, muss hinreichend nach außen hin deutlich sein, beim Testamentary Trust sohin aus der formgültig errichteten letztwilligen Verfügung hervorgehen.³²⁹ Besondere technische Ausdrücke sind hierbei nicht erforderlich, vielmehr lautet die regelmäßig verwendete, einfache Formel: „*I give the Trust fund to the Trustee*“.³³⁰

Das Trust-Instrument enthält sowohl die Manifestierung der Widmung durch den Testator als auch weitere Bestimmungen, welche den Trustee bei der Verwaltung und Verteilung des Trust-Vermögen bzw der Vermögenserträge an die Beneficiary, binden. Somit ist das Trust-Instrument wesentlich für die Analyse des Rechtsverhältnisses zwischen Trustee und Beneficiary.³³¹

4.6.2 Certainty of subjects

Die Vermögensmasse, die in den Trust eingebracht werden soll, muss in ihrem Umfang und ihrer Zusammensetzung im Zeitpunkt der Entstehung des Trust anhand des vom Testator errichteten Trust-Instrumentes so genau bestimmt oder zumindest bestimmbar sein, dass aus Sicht des Trustee eine Zugehörigkeit zum Trust-Vermögen eindeutig ist.³³² Jeder Vermögenswert, der rechtsgeschäftlich übertragen werden kann, kann Gegenstand eines Trust sein.³³³ Ein bestimmtes Mindestkapital muss nicht aufgebracht werden. Die übertragene Rechtsposition kann auf Common Law (*legal interest*) oder auf *equity* (*equitable*³³⁴ *interest*) beruhen, auf beweglichem oder unbeweglichem Vermögen, auf materiellen oder immateriellen Gütern. Die Rechtsposition muss im Zeitpunkt der Trust-Begründung (beim Testamentary Trust beim Tod des Testator) aber bereits entstanden sein³³⁵. Eine bloße Erwartung oder Möglichkeit auf ein Recht ist somit

³²⁹ Vgl *Hayton*, *The Law of Trusts* 75.

³³⁰ *Mitchell*, *Trusts and Equitable Remedies*¹³ 142.

³³¹ *Häusler*, *Angelsächsischer Trust* 240.

³³² *Czermak*, *express trust* 28.

³³³ *Czermak*, *express trust* 28;

³³⁴ *Bösch*, *Liechtensteinische Treuhänderschaft* 190

³³⁵ Vgl *Czermak*, *express trust* 28.

nicht ausreichend. In der Regel errichtet ein Testator einen Trust über Grundbesitz, Bankguthaben, Wertpapiere, Aktien oder (Grund-) Pfandrechte.³³⁶

4.6.3 Certainty of objects

Aus dem Trust-Instrument muss zumindest mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hervorgehen, wer dem Begünstigtenkreis angehört und wer nicht.³³⁷ Dies dient der etwaigen Kontrolle des Trustee und der gegebenenfalls nötigen Durchsetzung des Trust durch ein Gericht.³³⁸ Als Beneficiary eines Trust kann jede natürliche oder juristische Person eingesetzt werden.³³⁹ Auf die Geschäftsfähigkeit kommt es nicht an. Minderjährige, Entmündigte und sogar ein *nasciturus* können Beneficiaries sein. Begünstigte können namentlich genannt oder als Klassen oder mit Hilfe von Kriterien definiert werden. Der Errichter kann mehrere Beneficiaries gleichzeitig oder eine zeitliche Abfolge zwischen mehreren Beneficiaries vorsehen.³⁴⁰ Auch der Trustee kann Beneficiary sein, allerdings darf er dann nicht der einzige Beneficiary sein, weil sonst *legal ownership* und *equitable ownership* zufallen fallen würden, was dem Wesen des Trust widerspricht.³⁴¹

4.7 Gestaltung der Begünstigtenstellung

Je nach Ausgestaltung der Begünstigtenstellung wird zwischen Fixed Trust und Discretionary Trust unterschieden. Ein Beneficiary kann je nachdem in einer sehr starken Position, aber auch in einer sehr schwachen Position sein. Weiters kann dem Trustee ein Ernennungsrecht (*power of appointment*) zugestanden werden. Die Qualität der Begünstigtenstellung bestimmt einerseits die Rechte der Beneficiaries, andererseits die Pflichten der Trustees.

4.7.1 Fixed Trust

Legt der Settlor in der Trust-Urkunde die Begünstigten namentlich fest und bestimmt, in welchem Ausmaß diese berechtigt werden sollen, liegt ein Fixed Trust vor, wonach dem Beneficiary ein durchsetzbarer Anspruch auf Ausschüt-

³³⁶ Czermak, express trust 28.

³³⁷ Mc Phail vs Doulton [1979] 2 All ER 228 at 246.

³³⁸ Mitchell, Trusts and Equitable Remedies¹³164; siehe zur Kontrolle durch das Gericht noch unten Pkt. 4.10.

³³⁹ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 369.

³⁴⁰ Czermak, express trust 32.

³⁴¹ Czermak, express trust 33.

tungen der Erträge aus dem Trust-Vermögen zusteht.³⁴² Das *fixed interest* verkörpert somit einen bestimmten oder zumindest bestimmbareren Vermögensanspruch, der den Beneficiary zum *equitable owner* an einzelnen Vermögensanteilen macht und ihm ein Bezugs- oder Nutzungsrecht am Trust-Vermögen zuspricht.³⁴³ Gewährt werden kann ein Anspruch am Trust-Einkommen (*fixed interest in income*)³⁴⁴ oder am Trust-Kapital im Sinne des Vermögenstammes (*fixed interest in capital*).³⁴⁵

Die Vermögensansprüche können nach dem Willen des Settlor auch einer bestimmten Klasse von Beneficiaries (*class of Beneficiaries*) zukommen, so zum Beispiel denjenigen Nachkommen, die nach dem Tod des Testator am Leben sind („*on Trust for the children who survive me*“).³⁴⁶ Nach Equity besteht in diesem Fall die Vermutung, dass die Kinder zu gleichen Teilen begünstigt werden sollen.

Der Beneficiary kann sein absolutes Recht am Trust-Vermögen verpfänden oder veräußern.³⁴⁷ Andererseits kann aber auch auf sein Recht zugegriffen werden. So können Gläubiger des Beneficiary in die Rechte des Beneficiary am Trust-Vermögen vollstrecken.³⁴⁸ Weiters kann ein Gericht im Falle der Insolvenz den Beneficiary verpflichten, sein Recht auf Ausschüttung aus dem Trust auszuüben, um seine Gläubiger befriedigen zu können.³⁴⁹

In der Regel will der Testator nacheinander mehreren Personen (oder auch mehreren Generationen seiner Nachkommen) Rechte am Trust-Vermögen zuwenden (*successive Beneficiaries*). Der Testator bestimmt insofern im Trust-Instrument, dass zunächst ein *income interest* einem oder mehreren Erstbegünstigten oder mehreren Begünstigten nacheinander auf bestimmte Zeit, in der Regel

³⁴² *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 97 f; *Häusler, Angelsächsischer Trust* 244; *Bösch, Liechtensteinische Treuhänderschaft* 169.

³⁴³ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 176.

³⁴⁴ *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 98: „*A fixed Trust in which the Beneficiary has a current fixed entitlement to an ascertainable part of the net income, if any, of the Trust fund after deduction of sums paid by the Trustees in the exercise of the administrative powers of management: the Beneficiary has an interest in possession under the Trust.*“; siehe auch *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 166; ein *fixed income interest* kann zum Beispiel als lebenslanger Anspruch (life interest) gewährt werden.

³⁴⁵ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 166; ein *fixed interest in capital* kann zum Beispiel einem Letztbegünstigten (*remainderman*) gewährt werden.

³⁴⁶ *Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft* 39.

³⁴⁷ *Flick/Piltz, Internationaler Erbfall Rz* 1073.

³⁴⁸ *Flick/Piltz, Internationaler Erbfall Rz* 1073.

³⁴⁹ *Häusler, Angelsächsischer Trust* 244.

auf Lebenszeit als *life interest*, zugewendet wird. Weiter wird festgelegt, wer nach Ablauf der Zeit, bzw nach dem Ableben der Beneficiaries mit *life interest*, die Letztbegünstigten (*remaindermen*) sein sollen. Zu Lebzeiten der Beneficiaries mit *life interest* erwerben die *remaindermen* zunächst ein Anwartschaftsrecht, das sich erst mit Erlöschen des vorgehenden *life interest* in einen Anspruch gegen den Trustee auf Zahlung des Trust-Einkommens oder gar Herausgabe des Trust-Vermögens umwandelt.³⁵⁰ Während der Erstbegünstigte in der Regel nur von den Erträgen aus dem Trust-Vermögen profitieren darf, erstreckt sich die Begünstigung der *remaindermen* auf das gesamte verbleibende Trust-Vermögen, beinhaltet also auch ein Substanzfallrecht zu einem bestimmten Zeitpunkt, in der Regel bei Beendigung des Trust.³⁵¹

4.7.2 Discretionary Trust

Häufig besteht der Wunsch des Testator, das Trust-Vermögen vor dem Zugriff von Gläubigern des Beneficiary zu schützen – insbesondere vor Ansprüchen eines geschiedenen Ehegatten oder vor Ansprüchen von Gläubigern aus unternehmerischer Tätigkeit des Beneficiary. Weiters können beim Testator Bedenken hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Beneficiary im Umgang mit dem Vermögen bestehen. Zudem kann es der Wunsch des Testator sein, Personen wie etwa seine Kindes-Kinder zu bedenken, die zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch gar nicht geboren sind oder deren Existenz überhaupt noch ungewiss ist. Auch kann der Wille bestehen, dass die Zuwendungen an soziale und ökologische Lagen angepasst oder dass vorhersehbare und unvorhersehbare familiäre Entwicklungen entsprechend berücksichtigt werden.³⁵² Weiters bedarf es, um die Verteilung von Familienvermögen und die Versorgung der Angehörigen zu regeln, regelmäßig einer besonderen Flexibilität. Aus all diesen Gründen wählt ein Testator sehr häufig die Gestaltungsform eines Discretionary Trust, bei dem die Auswahl und das Ausmaß der Begünstigung in das Ermessen (*discretion*) des Trustee gelegt wird.^{353, 354} Häufig wird auch hier die Begünstigung verschiedener aufeinander folgender Personen oder Generationen verfügt.

³⁵⁰ Vgl *Kötz*, Trust und Treuhand 58.

³⁵¹ *Häusler*, Angelsächsischer Trust 244; *Klein*, ZVglRWiss 2002, 183.

³⁵² *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 53.

³⁵³ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 52 f.

Das Trust-Instrument kann beim Discretionary Trust zwar bestimmte Voraussetzungen oder Klassifizierungen für die Begünstigung vorsehen, ein klagbarer Anspruch für den Begünstigten besteht aber nicht.³⁵⁵ Der Beneficiary ist somit im Vergleich zum Fixed Trust in einer weitaus schwächeren Position. Ein typischer Discretionary Trust gibt dem Trustee zum einen Ermessen darüber, ob das Vermögen oder ein Teil des Vermögens angehäuft oder ausgeschüttet wird, zum andern darüber, an wen aus einer Klasse von Begünstigten Vermögen ausgeschüttet wird.³⁵⁶ So lautet eine übliche Formulierung:

„During the Trust period

- 1. The Trustees may accumulate the whole or part of the income of the Trust fund. That income shall be added to the Trust fund.*
- 2. The Trustees shall pay or apply the remainder of the income to or for the benefit of any Beneficiaries, as the Trustees think fit.*³⁵⁷

Der Testator kann die Verteilung des Trust-Vermögens entweder – wie vorstehend formuliert – vollständig dem Trustee überlassen oder sie auch zusätzlich an zeitliche oder sachliche Kriterien oder Bedingungen knüpfen wie beispielsweise an das Erreichen einer bestimmten beruflichen Qualifikation oder eines bestimmten Alters.³⁵⁸

Vor Ermessensausübung ist ein Recht des Beneficiary auf Leistungen aus dem Trust-Vermögen weder abtretbar, noch können Gläubiger des Beneficiary darauf zugreifen.³⁵⁹ Die Rechtsposition des Begünstigten vor der Ermessensausübung ist vielmehr eine „bloße Hoffnung“ auf Ausschüttungen, die sich bis zur Entscheidung durch den Trustee in einem Schwebezustand befindet und kann mit der im Civil Law Rechtskreis bekannten Anwartschaft verglichen werden, die dann anzunehmen ist, wenn die Vollendung des noch unvollendeten Tatbestandes als

³⁵⁴ Zum Beispiel liegt ein Fixed Trust vor, wenn der Testator zugunsten seiner Kinder verfügt „on Trust in equal shares“, hingegen ein Discretionary Trust, wenn der Testator verfügt „on Trust for such of my children as my Trustee shall select“, vgl Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 40.

³⁵⁵ Häusler, Angelsächsischer Trust 244.

³⁵⁶ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 97.

³⁵⁷ Kessler/Sartin, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ 517, 529; Mitchell, Trusts and Equitable Remedies¹³ 49.

³⁵⁸ Vgl Hayton, The Law of Trusts⁴ 101 f.

³⁵⁹ Flick/Piltz, Internationaler Erbfall Rz 1075.

wahrscheinlich erwartet wird.³⁶⁰ Allerdings heißt das nicht, dass dem Beneficiary überhaupt keine Ansprüche zustehen. Der Trustee darf sich nicht in Untätigkeit zurückziehen, er ist vielmehr verpflichtet, sein Ermessen auszuüben³⁶¹ und zwar unter Beachtung eines hohen Sorgfaltsmaßstabes, was vom Beneficiary auch einklagbar ist.³⁶²

Im Hinblick auf die Ertragsausschüttung (*distribution of income*) kann ein Discretionary Trust so konzipiert sein, dass nach dem Willen des Settlor das gesamte Vermögen ausgeschüttet werden soll (*exhaustive Discretionary Trust*).³⁶³ Dann bezieht sich das Ermessen des Trustee lediglich darauf, wie die Begünstigung zwischen den einzelnen Beneficiaries auszusehen hat.³⁶⁴ Ebenso ist es zulässig, dass ein bestimmtes Vermögen bis zum Ende der Trust-Periode im Trust verbleiben muss (*non-exhaustive Discretionary Trust*).³⁶⁵ Dann ist der Trustee nicht verpflichtet, den angefallenen Ertrag auszuschütten.³⁶⁶

4.7.3 Mischtypen (Mixed Trust)

Mischtypen von Fixed Trust (absolute Begünstigung) und Discretionary Trust (Ermessensbegünstigung) sind zulässig und gängig. So kann ein Anspruch eines Begünstigten auf Ausschüttung bestehen, solange nicht der Trustee nach dem ihm eingeräumten Ermessen einen anderen Begünstigten auswählt oder ein anderer Begünstigter überhaupt erst geboren wird.³⁶⁷ Häufiger werden aber auch bei den

³⁶⁰ Bösch, Liechtensteinische Treuhänderschaft 169; Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 45, 91 („suspensiv-bedingter Rechtstitel“); anders Czermak, der beim Discretionary Trust aufgrund der Ermessensfreiheit des Trustee nicht von einem sicher begründeten Anwartschaftsrecht ausgeht, vgl Czermak, express trust 79; Czermak müsste richtigerweise an dieser Stelle jedoch zwischen Discretionary Trust (*trust power*) und *power of appointment (mere power)* differenzieren; vgl Pkt. 4.7.4.

³⁶¹ Hayton, The Law of Trusts⁴ 183; Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 97.

³⁶² Siehe hierzu unten Pkt. 4.10.1.1.

³⁶³ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 98.

³⁶⁴ Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 41.

³⁶⁵ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 98; zur Abgrenzung von exhaustive Discretionary Trust und non exhaustive Discretionary Trust: Sainsbury v Inland Revenue Commissioners [1970] 1 Ch 712: „The House of Lords have recently in *Gartside v Inland Revenue Commissioners* [1968] A.C. 553 considered whether the Discretionary Trust in that case conferred on its objects interest possession under Section 43 [gemeint: Section 43 Finance Act 1940]. The main distinction between the Discretionary Trust in that case and in our case is that in the *Gartside* case [...] the Trust was not exhaustive in the sense that it did not require the whole of the income to be distributed between the objects; whereas in our case the Trusts are exhaustive in the sense that the Trustee are required to distribute the whole income and have merely discretion as to whether any and what part of the whole which must be distributed is to be distributed to or for the benefit of any individual objects.“

³⁶⁶ Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 41.

³⁶⁷ Re Trafford's Settlement [1985] CH 32, [1984] 1 All ER 1108.

Mischtypen zeitlich aufeinander folgende Begünstigungen (*successive Beneficiaries*) gewählt. Zunächst wird ein *life interest* für den überlebenden Ehegatten eingeräumt und dann ein Discretionary Trust zugunsten von (gemeinsamen) Kindern und Kindeskindern. So lautet die gängige Formulierung in einem Testament etwa:

- „1. *The Trustee shall pay the income of the Trust fund to my spouse during her life.*
2. *The Trustees may accumulate the whole or part of the income of the Trust fund. That income shall be added to the Trust fund.*
3. *The Trustees shall pay or apply the remainder of the income to or for the benefit of any Beneficiaries, as the Trustees think fit.*³⁶⁸

Möglich ist auch ein Fixed Trust zugunsten des Ehegatten für den Fall, dass der Ehegatte den Testator überlebt, wobei nur im Nichtüberlebensfall ein Discretionary Trust zugunsten anderer Beneficiaries verfügt wird.

„My Executor shall hold the remainder (my residuary estate) on Trust for my spouse if she survives me absolutely.

(...)

During the Trust period

1. *The Trustees may accumulate the whole or part of the income of the Trust fund. That income shall be added to the Trust fund.*
2. *The Trustees shall pay or apply the remainder of the income to or for the benefit of any Beneficiaries, as the Trustees think fit.*³⁶⁹

Der Testator kann weiters vorrangig dem Ehegatten ein *life interest* einräumen und für den Fall, dass der Ehegatte beim Tod des Testator nicht mehr lebt, ein *fixed interest* für seine Kinder und nachrangig ein *discretionary interest* für seine Kindeskindern oder andere Personen vorsehen.

³⁶⁸ Kessler/Sartin, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ 533.

³⁶⁹ Kessler/Sartin, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ 535 f.

„My executor shall hold the remainder (my residuary estate) on Trust for my spouse if she survives me absolutely.

(...)

During the Trust period

1. *The Trust fund shall be divided into equal shares so that there shall be one share for each of the children (wether or not living at the time of my death).*
2. *The Trustee shall pay the income of the shares to the child during is or her life.*
3. *Subject to that, during the Trust period, the Trustees shall pay or apply the income of the share to or for the benefit of any Beneficiaries as the Trustee think fit.*^{370, 371}

4.7.4 Power of appointment

Bei einem Discretionary Trust wird ein Testator dem Trustee oder einer anderen Person in der Regel auch eine sogenannte *discretionary fiduciary power of appointment over income and capital (power of appointment)* einräumen.³⁷² Es handelt sich hierbei um ein Gestaltungsrecht des Trustee, das dieser durch Willenserklärung ausüben kann.³⁷³ Dem Trustee kommt demnach das Recht zu, aus einem bestimmten Kreis von Personen (*special power*) oder jedermann (*general power*), wozu auch er selbst zählt, einen Empfänger der Begünstigung zu ernennen.³⁷⁴ Wer als potentieller Empfänger einer Begünstigung in Frage kommt, ist *object of the power*.

³⁷⁰ Kessler/Sartin, Drafting Trusts and Will Trusts¹¹ 541 f.

³⁷¹ Es sind weitere Gestaltungsmöglichkeiten denkbar. Von Bedeutung sind insbesondere auch Trust-Instrumente, in denen der Testator festlegt, an welchen/welche der Beneficiaries der steuerliche Freibetrag (*nil rate band*) als Vermächtnis (*gift*) zugewendet werden soll; vgl Kessler/Sartin, Drafting trusts and will Trusts¹¹ 546 f; diese Formen von Testamentary Trusts unterscheiden sich jedoch in ihrem Wesen nicht von den aufgezeigten (Misch-) Formen von Fixed Trust und Discretionary Trust und sollen daher nicht näher behandelt werden.

³⁷² Hayton, The Law of Trusts⁴ 177.

³⁷³ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 39: „A particularly significant distributive power is the power of appointment which enables the donee of the power (whether a Trustee or a relative of the Settlor or whoever) to determine who are to be the beneficial recipients of property whether of an income or capital nature.“

³⁷⁴ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 39.

Objects of the power sind in solchen Fällen in einer schwächeren Position als die Beneficiaries mit *discretionary interest*. Sie haben keinerlei Ansprüche auf Trust-Vermögen oder irgendein Tätigwerden des Trustee.³⁷⁵ Liegt ein Discretionary Trust zugunsten bestimmter Begünstigter vor, so entscheidet der Trustee darüber, wer aus einer Klasse von Begünstigten, wieviel Trust-Vermögen bekommt. Räumt die Treuhandurkunde dem Trustees hingegen die *power of appointment* ein, so entscheidet der Trustee nicht nur, wer wieviel bekommt, sondern auch darüber, ob überhaupt jemand etwas bekommt.³⁷⁶

4.8 Rechtstellung des Trustee

4.8.1 Wer kann Trustee sein?

Jede geschäftsfähige, natürliche oder juristische Person kann Trustee sein.³⁷⁷ Ursprünglich wurden Vertrauenspersonen des Testators zum Trustee eingesetzt. Mittlerweile werden insbesondere Fachleute, aber auch Banken oder besondere „Trust companies“ als Trustee bestellt.³⁷⁸ Es können auch mehrere Trustees bestellt werden, die je nach Bestimmung im Trust-Instrument gemeinsam verpflichtet werden oder einzelne Zuständigkeiten erhalten sollen.³⁷⁹ In der Praxis werden in einem Testament nach englischem Recht meist zwei oder mehrere Trustee bestellt, da nach englischem Recht nur zwei Trustee gemeinsam (oder eine Trust-Gesellschaft) Grundbesitz verkaufen können.³⁸⁰ Auch die Bestellung von Ausländern ist zulässig.³⁸¹ Die Wirksamkeit der Trust-Entstehung hängt aber nicht von der Person des Trustee ab, sofern im Trust-Instrument überhaupt eine Person als Trustee vorgeschlagen ist. Der Trustee kann schließlich die Annahme des Amtes ablehnen oder sonstwie wegfallen. In derartigen Fällen wird ein

³⁷⁵ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 177.

³⁷⁶ Vgl Bösch, *Liechtensteinische Treuhänderschaft* 201; *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 97.

³⁷⁷ *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 361: „Every person, male or female, married or unmarried, human or corporate, who has power to hold and dispose of any legal or equitable estate or interest in assets can create a Trust in respect thereof, and can be a Trustee thereof.“

³⁷⁸ Häusler, *Angelsächsischer Trust* 236; Klein, *ZVglRWiss* 2002, 184.

³⁷⁹ Czermak, *express trust* 31.

³⁸⁰ Vgl *Trustee Delegation Act 1999, Section 7*; *Odersky, Erbrecht in Großbritannien: England und Wales*, in *Süß, Erbrecht in Europa*² (2008), 743.

³⁸¹ Vgl *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 366.

Trustee durch das Gericht eingesetzt, um den Willen des Testators zu Erfüllung zu verhelfen.³⁸²

Auch ein Beneficiary eines Trust kann als Trustee desselben Trust tätig sein. Insofern gilt keine Inkompatibilitätsregel. Allerdings ist dies nur dann zulässig, wenn ein oder mehrere weitere Trustees im Amt sind, die selbst nicht als Beneficiaries am Trust-Vermögen berechtigt sind, da es – wie aufgezeigt – Voraussetzung für das wirksame Bestehen eines Trust ist, dass *legal ownership* und *equitable ownership* und sohin Pflichten und Rechte am Trust-Vermögen auf mehrere Personen verteilt sind und nicht in ein und derselben Person zusammenfallen.³⁸³

4.8.2 Ernennung eines neuen Trustee

Die ersten Trustees werden vom Testator im Trust-Instrument bestimmt, wobei nach Trustee Act 1925³⁸⁴ nicht mehr als vier Trustees zulässig sind, wenn das Trust-Vermögen aus Immobilien besteht. Neue oder zusätzliche Trustees dürfen nur unter einer ausdrücklichen Ermächtigung (*express power*) im Trust-Instrument oder mangels einer solchen gemäß Trustee Act 1925 eingesetzt werden.³⁸⁵ Bei Wegfall eines Trustee steht das Recht auf Ernennung eines Nachfolgers den noch vorhandenen Trustees zu.³⁸⁶ Verstirbt der einzige Trustee, übernimmt zunächst sein Vertreter im Nachlassverfahren (*personal representative*) das Amt des Trustee, bevor nach den Bestimmungen des Trust-Instruments bzw durch den *personal representative* ein neuer Trustee ernannt wird. Notfalls wird ein Nachfolger durch das Gericht benannt.³⁸⁷ Ein Trustee darf nicht aus seinem Amt entlassen, solange nicht mindestens zwei weitere Trustees im Amt sind oder der verbleibende Trustee eine Trust-Gesellschaft ist, es sei denn, der Testator hat bereits bei Trust-Errichtung nur einen Trustee bestimmt.³⁸⁸

³⁸² Czermak, express trust 31.

³⁸³ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 370; *Rye v Rye* [1962] AC 496, [1962] 1 All ER 146.

³⁸⁴ Trustee Act 1925, Section 36.

³⁸⁵ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 161.

³⁸⁶ Trustee Act 1925, Section 36.

³⁸⁷ Trustee Act 1925, Section 41.

³⁸⁸ Trustee Act 1925, Section 37.

4.8.3 Rücktritt eines Trustee

Ein Trustee kann sein Amt nur niederlegen, wenn ihm dieses Recht im Trust-Instrument ausdrücklich oder hinreichend implizit zugestanden wurde.³⁸⁹ In der Regel wird im Trust-Instrument geregelt, dass im Falle eines Rücktrittwunsches eine andere Person einen Nachfolger des Trustee bestimmt.³⁹⁰ Hilfsweise kann gemäß der gesetzlichen Ermächtigung nach Section 36 des Trustee Act 1925 ein neuer Trustee benannt werden, wenn zumindest zwei Trustee im Amt bleiben oder der verbleibende Trustee eine Trust-Gesellschaft ist. Ein Ausscheiden ist auch möglich, wenn alle Beneficiaries diesem zustimmen, was nur dann rechtswirksam möglich ist, wenn alle Beneficiaries volljährig und geschäftsfähig sind³⁹¹ oder wenn dies gerichtlich angeordnet wird.³⁹²

4.8.4 Trust-Vermögen ist Sondervermögen beim Trustee

In Kapitel 3. wurde bereits dargestellt, dass nach dem Trust-Konzept das auf den Trustee übertragene Vermögen ein aussonderbares Sondervermögen ist und nicht Bestandteil des Vermögens des Trustee wird. Somit ist das Trust-Vermögen insbesondere vor den Gläubigern des Trustee geschützt. So fassen *Underhill/Hayton* zusammen: „*Trust property within the separate fund is immune from claims of the Trustee's private creditors because the Beneficiaries have equitable proprietary interests in such property, subject to an equitable non-possessory lien in favour of the Trustee*“.³⁹³ Als Trust-Vermögen geschützt ist auch jedes Surrogat, das mit dem Trust-Vermögen erworben wird.³⁹⁴

4.8.5 Rechte und Pflichten des Trustee

Der Trustee erwirbt die formale Eigentumsberechtigung nach Common Law (*legal ownership*) mit Abschluss der Nachlassverwaltung.³⁹⁵ Von diesem Zeitpunkt an hat der Trustee grundsätzlich zwei Rollen zu erfüllen: Zum einen muss er das Trust-Vermögen bzw den Ertrag des Trust-Vermögens an die nach dem Trust-Instrument berechtigten Beneficiaries verteilen (*distributive role*), zum

³⁸⁹ *David v Richards and Wallington Industries Ltd* [1991] 2 All ER 563 at 581.

³⁹⁰ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 81.

³⁹¹ *Wilkinson v Parry* (1828) 4 Russ 272.

³⁹² *Re Gregson's Trust* (1886) 34 Ch D 209; *Re Chetwynd's Settlement* [1902] 1 Ch 692.

³⁹³ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 2.

³⁹⁴ Siehe hierzu noch unten Pkt. 4.9.2.

³⁹⁵ *Czermak*, express trust 48 f.

andern ist es seine Aufgabe, den Wert des Trust-Vermögens zu sichern und zu entwickeln (*managerial role*).³⁹⁶ Die Rechtsmacht des Trustee ist (*in equity*) begrenzt durch den Trust-Zweck sowie die Rechte der Beneficiaries.

Das englische Trust-Recht unterscheidet zwischen Berechtigungen (*powers*) und Pflichten (*duties*) des Trustee, wobei beide häufig korrelieren. Rechte und Pflichten des Trustee ergeben sich vorrangig aus den Bestimmungen des Trust-Instruments.³⁹⁷ Der Testator kann darin bis zur Grenze eines möglichen Gesetzverstoßes frei festlegen, wie die *distributive role* und die *managerial role* des Trustee ausgestaltet sein soll. Der Trustee muss – dies ist seine wichtigste Obliegenheit – die Anweisungen des Trust-Instruments, sofern sie nicht rechtswidrig sind, befolgen (*duty to obey directions of settlement*).³⁹⁸

Ist der Umfang der Rechte und Pflichten des Trustee im Trust-Instrument nicht oder nur unvollständig geregelt, greifen hilfsweise gesetzliche Regeln und die allgemeinen Grundsätze der Equity-Rechtsprechung.³⁹⁹ Während einige Rechte des Trustee in Gesetzen kodifiziert wurden⁴⁰⁰, obliegt der Bereich der strengen Treuepflichten des Trustee nach wie vor der Equity-Rechtsprechung.⁴⁰¹

4.8.5.1 Übernahme des Trust-Vermögens

Der Trustee ist verpflichtet, das Trust-Vermögen unter seine Kontrolle zu bringen und es von seinem Privatvermögen und von Trust-Vermögen, das ihm aufgrund einer anderen Trust-Errichtung übertragen wurde, getrennt zu halten, es sei denn, der Trustee wurde ermächtigt, das Trust-Vermögen mit anderem Trust-Vermögen zu vermischen. Wurden mehrere Trustee bestellt, genügt es, wenn das Trust-Vermögen nach außen hin von nur einem Trustee gehalten wird.⁴⁰²

³⁹⁶ Vgl. *Mitchell*, *Trusts and Equitable Remedies*¹³ 354 f.

³⁹⁷ Häufig wird ein Testamentary Trust von einem sogenannten *letter of wishes* begleitet, in welchem der Settlor seine Wünsche und Empfehlungen weiter ausführt. Ein solcher *letter of wishes* ist unverbindlich, soll aber vom Trustee bei Ausübung seines Amtes herangezogen werden – sofern seine Bestimmungen nicht gegen Gesetz und gute Sitten verstoßen, siehe *Häusler*, *Angelsächsischer Trust* 245.

³⁹⁸ *Underhill/Hayton*, *Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 661; *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 34.

³⁹⁹ *Czermak*, *express trust* 54.

⁴⁰⁰ *Statutory powers* ergeben sich insbesondere aus *Trustee Act 1925* und *Trustee Act 2000*.

⁴⁰¹ *Bösch*, *Liechtensteinische Treuhänderschaft* 191.

⁴⁰² *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 141.

4.8.5.2 Veranlagung des Trust-Vermögens (*power of investment*)

Der Trustee ist verpflichtet, den Wert des Trust-Vermögens durch Investitionen abzusichern, zu denen er durch das Trust-Instrument oder durch die Bestimmungen des Trustee Act 2000 ermächtigt ist (*power of investment*). In der Regel werden dem Trustee in jedem Trust-Instrument sehr weite ausdrückliche *powers of investment* zugestanden.⁴⁰³ Auch die Bestimmungen des hilfsweise anwendbaren Trustee Act 2000 sehen eine umfängliche Ermächtigung zu Vermögensveranlagung vor: „*a Trustee may make any kind of investment that he could make if he were absolutely entitled to the assets of the Trust.*“⁴⁰⁴

Vor Ausübung seiner Anlagebefugnis ist ein Trustee verpflichtet, Rat eines Experten einzuholen und diesem entsprechende Informationen zur Verfügung zu stellen.⁴⁰⁵ Auf die Einholung eines Expertenrates kann nur verzichtet werden, wenn der Trustee selbst über ausreichende Kenntnisse verfügt oder fremder Rat aufgrund von anderen vertretbaren Gründen nicht erforderlich ist.⁴⁰⁶ Der Trustee ist weiters verpflichtet, in regelmäßigen zeitlichen Abständen die getätigten Veranlagungen zu überprüfen⁴⁰⁷ und gegebenenfalls entsprechend der grundsätzlichen Kriterien für Veranlagungen (*standard investment criteria*) anzupassen.⁴⁰⁸ Um Probleme und Unsicherheiten zu vermeiden, kann das Trust-Instrument bestimmte zulässige Arten von Investments festlegen und andere ausschließen.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Zum Beispiel sehen die von *Kessler* verfassten Standardbestimmungen von STEP (Society of Trust and Estate Practitioners) 2nd Edition, auf die in Trust-Instrumenten oftmals verwiesen wird vor: „*The Trustees may invest Trust property in any manner as if they were absolutely entitled to it. In particular the Trustees may invest in land in any part of the world and unsecured loans*“; online abrufbar unter http://www.step.org/sites/default/files/Comms/SSP2_rebrand.pdf.

⁴⁰⁴ „*General power of investment*“ nach Trustee Act 2000, Section 3; „*Power to acquire freehold and leasehold land*“ nach Trustee Act, Section 8.

⁴⁰⁵ Trustee Act 2000, Section 5 (1), *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 143; *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 785.

⁴⁰⁶ Trustee Act 2000, Section 5 (3),

⁴⁰⁷ *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 784.

⁴⁰⁸ Standard Investment-Kriterien gemäß Trustee Act 2000, Section 4: „*a) the suitability to the Trust of investments of the same kind as any particular investment proposed to be made or retained and of that particular investment as an investment of that kind and b) the need for diversification of investments of the Trust, in so far as is appropriate to the circumstances of the Trust.*“

⁴⁰⁹ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 155; *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 785.

4.8.5.3 Gleichbehandlungsgebot, Loyalitätspflicht (*holding a fair balance between the Beneficiaries*)

Der Trustee hat das Trust-Vermögen ausschließlich im Interesse und zum Vorteil aller Beneficiaries zu verwalten und ein Gleichgewicht (*fair balance*) zwischen den Beneficiaries, die gegenwärtig am Trust-Vermögen berechtigt sind und jenen die zukünftig berechtigt sein werden, zu halten.⁴¹⁰ Dies bedeutet nicht, dass der Trustee nicht gewisse Beneficiaries bevorzugen darf, allerdings muss dies aus rationalen und nachvollziehbaren Gründen (*rationaly and properly*) geschehen.⁴¹¹

Besondere Regeln gelten zum Schutz nachfolgender Begünstigter (*successive beneficiaries*). Bei einem Testamentary Trust, der beispielsweise zunächst ein *life interest*⁴¹² für einen Ehegatten aus dem mit dem Trust-Vermögen erzielten Einkommen und nach dessen Tod einen klagbaren Anspruch eines weiteren Beneficiaries auf das Trust-Kapital vorsieht, wäre es nicht gerecht, wenn Verbindlichkeiten, Kosten und Aufwendungen am Trust-Vermögen einseitig zu Lasten des Trust-Einkommens oder zu Lasten des Trust-Kapitals angesetzt würden. Daher sind – sofern der Testator nichts anderes bestimmt hat – Lasten des Trust-Vermögens immer anteilig dem Trust-Einkommen und dem Trust-Kapital anzurechnen.⁴¹³

4.8.5.4 Richtige Beurteilung der eigenen Befugnisse (*due consideration of their power*)

Der Trustee muss streng unterscheiden, ob ein Discretionary Trust vorliegt oder ob ihm eine *power of appointment* zusteht.⁴¹⁴ Beim Discretionary Trust ist der Trustee verpflichtet, nicht nur zu prüfen, wer als Empfänger von Einkommen und/oder Kapital in Frage kommt, sondern er ist auch, in einem zweiten Schritt verpflichtet, dieses Einkommen und/oder Kapital auf die ausgewählten Begünstigten auszuschütten. Zumindest muss er von Zeit zu Zeit überprüfen und bewusst entscheiden, ob Zuwendungen an die Beneficiaries ausgeschüttet werden

⁴¹⁰ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 141, 144; *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 705 f.

⁴¹¹ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 141.

⁴¹² Siehe hierzu bereits Pkt. 4.7.1.

⁴¹³ *Allhusen v Whittell* [1867] L.R. 4 Eq 295.

⁴¹⁴ Siehe zur Gestaltung der Begünstigtenrechte bereits Pkt. 4.7.

⁴¹⁵ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 147

sollen oder nicht.⁴¹⁶ Insofern besteht ein Recht der Beneficiaries auf ordnungsgemäße Ermessensausübung.⁴¹⁷

Bei der *power of appointment* ist der Trustee hingegen lediglich verpflichtet, regelmäßig zu prüfen, ob von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch zu machen ist, jedoch besteht keine eigentliche Pflicht, die Befugnis auch tatsächlich auszuüben, dh Einkommen und/oder Kapital an die ausgewählten Begünstigten zu verteilen.⁴¹⁸ Übt der Trustee die *power of appointment* nicht aus, bestehen keinerlei Ansprüche der *objects of appointment*, vielmehr sind allein die Beneficiaries (mit *fixed interest* oder *discretionary interest*) am Trust-Vermögen berechtigt.⁴¹⁹

4.8.5.5 Richtige Verteilung des Trust-Vermögens (*strict duty to distribute trust property to right persons*)

Trustee sind nach strengen Maßstäben haftbar, wenn sie versäumen, das Trust-Vermögen an die richtige Person auszuschütten (zB bei Beendigung des Trust oder bei Ausüben der *power of appointment*), es sei denn, das Trust-Instrument schließt eine solche Haftung aus oder das Gericht entlässt den Trustee aus der Haftung, weil dieser nachweisen konnte, dass er nicht böswillig gehandelt hat.⁴²⁰

4.8.5.6 Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht (*duty to be ready with his accounts*)

Der Trustee ist zur umfänglichen Rechnungsführung und Rechnungslegung gegenüber den Beneficiaries verpflichtet. Er muss jederzeit dazu in der Lage sein, gegenüber dem Gericht oder den Begünstigten über den allgemeinen Stand des Trust-Vermögens, über die Veranlagungen des Trust-Vermögens sowie über die damit im Zusammenhang stehenden Geschäftsfälle Auskunft zu geben. Damit einher geht eine entsprechende Pflicht zur Dokumentation der Geschäftsfälle.⁴²¹ Der Trustee muss Buchhaltung und Trust-Dokumente zur Einichtnahme durch die Beneficiaries bereitstellen. So wird für die Beneficiaries sichergestellt, dass sie ihre Rechte überwachen und schützen und durch Prüfung der Rechnungslegung

⁴¹⁶ Turner v Turner [1984] Ch. 100.

⁴¹⁷ Re Locker's S.T. [1977] 1 W.L.R. 1323.

⁴¹⁸ Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 90.

⁴¹⁹ Re Allen-Meyrick's W.T. [1966] 1 W.L.R. 499.

⁴²⁰ Siehe unten Punkt 4.10.4.

⁴²¹ Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 871 f.

etwaige Fehler des Trustee aufdecken können. Dies ist ein wesentlicher Kontrollmechanismus im Trust-Konzept.⁴²²

4.8.5.7 Verbot von Vorteilsnahme und von In-Sich-Geschäften (*duty against self-dealing*)

Ein Trustee darf sich nicht in die Lage versetzen, dass ein Eigeninteresse mit seinen treuhänderischen Pflichten kollidiert, oder dass eine treuhänderische Pflicht mit einer anderen treuhänderischen Pflicht kollidiert.⁴²³ Jegliche Vorteilsnahme aus seiner Position ist untersagt.⁴²⁴ Kauft ein Trustee etwa selbst Vermögen aus dem Trust, ist dieser Kauf unwirksam, unabhängig davon, ob der vom Trustee gezahlte Kaufpreis angemessen war.⁴²⁵

4.8.5.8 Persönliche Amtsausübung (*duty to act personally and not delegate / power of delegation*)

Jeder Trustee muss sein Amt persönlich ausüben, es sei denn, die Übertragung von Befugnissen auf andere Trustees, Beneficiaries oder sonstige Vertreter ist unter dem Trust-Instrument oder dem Trustee Act 2000 im Hinblick auf Verwaltungstätigkeiten (nicht im Hinblick auf die Vermögensverteilung) zulässig.⁴²⁶ Ein untätiger (*sleeping*) Trustee haftet für Handlungen der tätigen (*active*) Co-Trustees.⁴²⁷ Gemäß Trustee Act 1925, Section 25, kann ein Trustee seine Rechte und Pflichten (*managerial and distributive discretions*) durch schriftliche Vollmacht, die von einem Zeugen zu bestätigen ist, auf einen Co-Trustee übertragen. Dies ist allerdings nur bis zu einem maximalen Zeitraum von 12 Monaten zulässig. Um Land zu übertragen, sind aber gemäß Trustee Delegation Act 1999, Section 7, immer zwei Trustees oder eine Trust-Gesellschaft erforderlich.

⁴²² Siehe unten Pkt. 4.9.3. und 4.12.

⁴²³ *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 141, 150 f.

⁴²⁴ *Underhill/Hayton*, *Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 856; *Boardman v Phipps* [1967] 2 A.C. 46; *Chan v Zacharia* [1984] 154 C.L.R. 178.

⁴²⁵ *Tito v Wadell (No.2)* [1977] Ch. 106.

⁴²⁶ *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 141, 155 f; *Underhill/Hayton*, *Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 824.

⁴²⁷ *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 141.

4.8.5.9 Gemeinsame Geschäftsführungspflicht (*duty to act jointly where more than one*)

Mehrere Trustee sind in der Regel zur gemeinsamen Geschäftsführung verpflichtet. Sieht das Trust-Instrument nichts anderes vor, sind Entscheidungen über das Treugut immer einstimmig zu treffen (*the trust act must be the act of all*). Das Trust-Instrument kann Mehrheitsentscheide für solche Fälle vorsehen, in denen sich die Treuhänder über eine bestimmte Angelegenheit nicht einigen können.⁴²⁸

4.8.5.10 Unentgeltlichkeit des Amtes (*duty to act gratuitously unless authorised to charge*)

Die Trustee sind, es sei denn, im Trust-Instrument oder von Gesetzes wegen ist anderes vorgesehen⁴²⁹, nicht berechtigt, Vergütungen für ihren Arbeitsaufwand zu erhalten.⁴³⁰ In der Regel enthält das Trust-Instrument eine Bestimmung hierüber (*charging clause*), auch dann, wenn Familienmitglieder oder Freunde Trustee sind, weil deren Nachfolger gegebenenfalls nicht bereit sind, das Amt unentgeltlich zu übernehmen.⁴³¹ Gemäß Trustee Act 2000, Section 28 ff, haben Trustees, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit handeln, Anspruch auf eine angemessene Vergütung aus dem Trust-Vermögen, sofern jeder andere Trustee dem schriftlich zugestimmt hat.

4.8.5.11 Sorgfaltspflicht (*duty of care*)

Ein Trustee muss diejenige Sorgfalt anwenden, die im konkreten Fall angemessen ist, wobei folgende Maßstäbe zu beachten sind: Handelt der Trustee unbezahlt, wird von ihm erwartet, dass er die objektive Sorgfalt anwendet, die ein umsichtiger Geschäftsmann (*prudent man of business*) in seinen eigenen

⁴²⁸ Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 138.

⁴²⁹ „A Trustee acting in a professional capacity is entitled to receive reasonable remuneration out of the Trust fund for any services that he provides to or on behalf of the Trust. For this purpose, a Trustee acts in a professional capacity if he acts in the course of a profession or business which consists of or includes the provision of services in connection with: (a) the management or administration of Trusts generally or a particular kind of Trust, or (b) any particular aspect of the management or administration of Trusts generally or a particular kind of Trust“, vgl. Standardbestimmungen von STEP (Society of Trust and Estate Practitioners) 2nd Edition, online abrufbar unter http://www.step.org/sites/default/files/Comms/SSP2_rebrand.pdf.

⁴³⁰ *Robinson v Pett* (1734) 3 P. Wms. 249 at 251; *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 846.

⁴³¹ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 150.

Angelegenheiten anwenden würde.⁴³² Zum Beispiel wäre ein umsichtiger Geschäftsmann in eigenen Angelegenheiten bemüht, bei Verkauf von Land, den höchstmöglichen Preis zu erzielen.⁴³³ Im Falle von professionellen Trustees wie Anwälten, Steuerberatern oder Fund Managern, die für ihre Tätigkeit bezahlt werden, haben diese jene Sorgfalt anzuwenden, die vernünftigerweise von Sachkundigen in ihrem eigenen Spezialbereich erwartet werden kann (*degree of care and skill which could reasonably be expected of such professional people acting as experts in their own fields*).⁴³⁴

4.8.5.12 Breach of Trust und Haftung des Trustee

Die Tätigkeit des Trustee ist mit großer Verantwortung verbunden, weshalb vom Trustee ein hohes Maß an Gewissenhaftigkeit erwartet wird. *Underhill/Hayton* führen hierzu aus: „*Any act or neglect on the part of a Trustee which is not authorised or excused by the terms of the Trust instrument, is called a breach of Trust.*“⁴³⁵ Jede Pflichtverletzung stellt einen Treubruch (*breach of Trust*) dar, die den Trustee gegenüber den Beneficiaries ersatzpflichtig machen kann. Das englische Recht kennt zwei Arten der Haftung des Trustee:⁴³⁶ Wenn ein Trustee entgegen seiner Pflicht, das Trust-Vermögen nach den Bestimmungen des Trust-Instruments zu verteilen, dieses auszahlt oder vermindert, ist er zur Rückübertragung des Trust-Vermögen *in specie* oder zu einem entsprechenden Wertersatz verpflichtet.⁴³⁷ Die Beneficiaries müssen diesbezüglich weder ein vorwerfbares Verhalten („*wrongdoing*“), noch eine Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nachweisen (*substitute performance claims*).⁴³⁸ Diese Art der Haftung des Trustee ist verschuldensunabhängig.⁴³⁹ Wenn ein Trustee hingegen seine sonstigen Pflichten aus dem Trust verletzt, insbesondere seine Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung des Trust-Vermögens, ist der Trustee nur haftbar, wenn die Beneficiaries ein vorwerfbares Verhalten („*wrongdoing*“) des Trustee und einen kausalen Zusammenhang zu dem ihnen dadurch entstandenen Schaden

⁴³² *Speight v Gaunt* [1883] 9 App.Cas.1

⁴³³ *Buttle v Saunders* [1959] 2 All E.R. 193.

⁴³⁴ *Bartlett v Barclay's Bank Trust Co. Ltd* [1980] Ch. 515 at 534.

⁴³⁵ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 3; *Romer LJ in Green v Russell* [1959] 2 QB 226 at 241.

⁴³⁶ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 1113 f.

⁴³⁷ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 1113.

⁴³⁸ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 1113, 1123; Vgl *Eaves v Hickson* [1861] 30 Beav 136.

⁴³⁹ Vgl *Eaves v Hickson* [1861] 30 Beav 136.

behaupten und nachweisen können (*reparation claims*).⁴⁴⁰ Diese Art der Haftung des Trustee setzt somit ein Verschulden des Trustees voraus.

Im Trust-Instrument kann aber die Haftung des Trustee sowohl für die Zahlung an falsche Personen als auch für Managementfehler ausgeschlossen werden.⁴⁴¹ Ausgeschlossen werden kann nur die Haftung bis zur Stufe der Fahrlässigkeit (*negligence*), nicht hingegen die Haftung für Unredlichkeit (*dishonesty, fraud*) und Rücksichtslosigkeit (*recklessness*).⁴⁴² In der Regel wird die Fahrlässigkeitshaftung zumindest für Laien-Trustees ausgeschlossen.⁴⁴³ Das Gericht kann zudem den Trustee gemäß Trustee Act 1925, Section 61, ganz oder zum Teil aus der Haftung entlassen, wenn es der Überzeugung ist, dass der Trustee mit gutem Willen und vernünftig gehandelt hat (*honestly and reasonably*). Das Gericht darf aber bei seiner Beurteilung erwarten, dass sich der Trustee bei Unsicherheiten kundigen Rat einholt und notfalls Anweisungen durch das Gericht erbittet.⁴⁴⁴ Geht es um die Entlastung eines professionellen und entgeltlich handelnden Trustee, gilt ein strenger Maßstab.⁴⁴⁵

Ist ein Dritter als Helfer oder Anstifter an einem *breach of Trust* beteiligt, ist auch dieser *in equity* gegenüber den Beneficiaries persönlich haftbar.⁴⁴⁶ Gleiches gilt für einen Dritten, der eigenmächtig an Trust-Vermögen gelangt. Voraussetzung ist, dass der Dritte zumindest hätte erkennen können, dass er in einen *breach of Trust* involviert ist.⁴⁴⁷

⁴⁴⁰ *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 1113, 1118, 1120, 1123, 1128.

⁴⁴¹ Vgl *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 149.

⁴⁴² *Armatge v Nurse and others* [1997] EWCA Civ 1279, [1998] Ch 241, [1997] 3 WLR 1046, [1997] 2 All ER 705; nach Common Law existiert im Unterschied zum Civil Law die Kategorie „grobe Fahrlässigkeit“ nicht, diese fällt immer unter *fraud* bzw *recklessness*.

⁴⁴³ Die regelmäßig Klausel über einen Haftungsausschluss schließt die Haftung nur für Laien-trustees aus: „*Trustee shall not be liable for a loss to the Trust Fund unless that loss or damage was caused by his own actual fraud, provided that: (a) the Trustee acts as a lay trustee (within the meaning of Section 28 Trustee Act 2000); and (b) there is another Trustee who does not act as a lay Trustee*“, vgl Standardbestimmungen von STEP (Society of Trust and Estate Practitioners) 2nd Edition, online abrufbar unter http://www.step.org/sites/default/files/Comms/SSP2_rebrand.pdf.

⁴⁴⁴ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 186.

⁴⁴⁵ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 186.

⁴⁴⁶ *Mitchell, Trusts and Equitable Remedies*¹³ 500 f.

⁴⁴⁷ „*Knowledge is not confined to actual knowledge, but includes actual knowledge that would have been acquired but for shutting one's eyes to the obvious, or willfully and recklessly failing to make such inquiries as a reasonable and honest man would make; for in such cases there is a want of probity which justifies imposing.*“; *Re Montagu's Settlements* [1987] Ch 265 at 285.

Trustees sind bei *breach of Trust* als Gesamtschuldner haftbar (*jointly and severally liable*), da das Amt des Trustee ein gemeinschaftliches ist.⁴⁴⁸ Allerdings stehen den Trustee im Innenverhältnis Ausgleichsansprüche zu. Gemäß Civil Liability (Contribution) Act 1978, Section 2, ist der Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis durch das Gericht zu bemessen: „*such as may be found by the court to be just and equitable having regard to the extent of that person's responsibility for the damage in question*“.

Weil Trusts keine Rechtspersönlichkeit haben, haften die Trustees nach außen hin, gegenüber Dritten, persönlich und unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen aus Vertrag und Delikt, sowie für Schulden und Steuern des Trust.⁴⁴⁹ Die Außenhaftung kann im Trust-Instrument auf das Trust-Vermögen beschränkt sein, vorausgesetzt der Trustee hat nach Treu und Glauben gehandelt.⁴⁵⁰

4.9 Rechtstellung der Beneficiaries

Zwingende und unabdingbare Voraussetzung für das wirksame Bestehen eines Trust sind umfassende und einklagbare Rechte der Beneficiaries gegen den Trustee. Es gilt der Ausspruch von Lord Millett im bekannten Fall *Armitage v Nurse*: „*There is an irreducible core of obligations owed by the Trustees to the Beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a Trust. If the Beneficiaries have no right enforceable against the Trustee there are no Trusts.*“⁴⁵¹

Die im vorstehenden Kapitel dargestellten *powers* und *duties* des Trustee korrelieren mit entsprechenden Rechten der Beneficiaries. So sind die Beneficiaries berechtigt, einzufordern, dass der Trustee das Trust-Vermögen übernimmt und unter seiner Kontrolle hält, dass er das Trust-Vermögen sinnvoll und gewinnbringend investiert und dass er sein Ermessen regelmäßig und fehlerfrei ausübt. Die Beneficiaries haben weiters einen Anspruch auf Ersatz eines jeden Schadens (an Einkommen oder Vermögensstamm), den der Trustee durch *breach of Trust* verursacht hat. Im Folgenden werden die wichtigsten und für das Trust-Konzept fundamentalen Rechte der Beneficiaries genauer dargestellt.

⁴⁴⁸ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 158; *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 1147.

⁴⁴⁹ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 32; *Mitchell, Trusts and Equitable Remedies*¹³ 453 f.

⁴⁵⁰ Vgl *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 32.

⁴⁵¹ *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241 at 253; siehe auch *Re Tillott* [1892] 1 Ch 86; *A-G of Ontario v Stavro* [1994] 119 DLR (4th) 750.

4.9.1 Aussonderungsrecht und Spurfolgerecht (*equitable rights to trace*)

Fundamentales Recht des Beneficiary ist das gegenüber jedermann geltende Recht, das Trust-Vermögen und all seine Surrogate zu beanspruchen: „*The Beneficiaries have a continuing beneficial interest not merely in the Trust property but in it's traceable proceeds also*“ (Lord Millet in *Foskett v Mc Keown*).⁴⁵² Hierbei handelt es sich nicht um Schadenersatzrechte (*personal claims*), sondern um dingliche Ansprüche (*proprietary claims* oder *claim in rem*)⁴⁵³

Liegt ein *breach of Trust* vor, haben die Beneficiaries einen Anspruch gegen den Trustee auf persönliche Haftung für Schäden. Ist der Trustee aber insolvent, kann der Anspruch wertlos sein, weshalb den Beneficiaries zusätzlich zu einer Schadenersatzklage ein eigenes Recht *in equity* zukommt, die dem Trust gewidmeten Vermögenswerte als Trust-Vermögen zu beanspruchen.⁴⁵⁴ Die Beneficiaries haben insofern zum einen das Recht, zu fordern, dass das Trust-Vermögen getrennt vom Privatvermögen behandelt wird, sodass es nicht Teil der Insolvenzmasse wird und Gläubiger des Trustee nicht darauf zugreifen können.⁴⁵⁵ Zum andern haben die Beneficiaries das Recht, das ursprüngliche Trust-Vermögen herauszufordern.

Das *equitable interest* der Beneficiaries setzt sich weiters auch an Surrogaten fort (Surrogationsprinzip)⁴⁵⁶. Hat der Trustee Trust-Vermögen treuwidrig, dh entgegen der Bestimmungen der Trust-Urkunde oder des Gesetzes verwendet, indem er etwa mit Geldern aus dem Trust-Vermögen Gegenstände zu seinem eigenen Gebrauch angeschafft hat, fallen diese Surrogate automatisch in das Trust-Vermögen (*traced property*), ohne dass es eines weiteren Übertragungsaktes bedarf.⁴⁵⁷ Die Beneficiaries haben insofern einen Herausgabeanspruch gegen den Trustee. Hat der Trustee den Gegenstand bereits verkauft, oder davon andere

⁴⁵² *Foskett v Mc Keown* [2001]AC 102 at 129-130; siehe bereits oben Pkt. 3.1.2. und 3.1.3.

⁴⁵³ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 169; *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 77; siehe bereits oben Pkt. 3.1.2.

⁴⁵⁴ *Biedermann, Liechtensteinische Treuhänderschaft* 298, 174.

⁴⁵⁵ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 169; *Kötz, Trust und Treuhand* 30.

⁴⁵⁶ *Klein, ZVglRWiss* 2002, 181.

⁴⁵⁷ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 169; Lord Millet in *Foskett v Mc Keown* [2001] 1 AC 102 at 130: „*In principle it should not matter [...] whether the Trustee mixes the Trust money with his own and buys the new asset with the mixed fund or makes separate payments of the purchase price (whether simultaneously or sequentially) of the different funds. In every case the value formerly inherent in the Trusts property has become located within the value inherent in the new asset.*“

Surrogate erworben, besteht der Herausgabeanspruch hinsichtlich der Folgesurrogate fort.⁴⁵⁸ Ist das *traced property* mehr wert als das Trust-Vermögen, mit dem es erworben worden ist, hat der Beneficiary das Recht, das gesamte Surrogat oder auch nur einen Anteil herauszuverlangen; ist das *traced property* weniger wert, als das ursprüngliche Trust-Vermögen, kann der Beneficiary es als Anteil oder Pfand für die nach *breach of Trust* geschuldete Gesamtsumme herausverlangen.⁴⁵⁹

Vorstehende Herausgabeansprüche (*tracing rights*) gelten gegenüber jedermann, der im Besitz des Trust-Vermögens oder von Surrogaten des Trust-Vermögens ist, mit Ausnahme des gutgläubigen, entgeltlichen Erwerbers (*bona fide purchaser for value of a legal interest without notice*).⁴⁶⁰ Ansprüche des Beneficiary erlöschen jedoch, wenn das Surrogat bereits nicht mehr vorhanden ist, etwa weil es zerstört, verschwendet oder verbraucht wurde.⁴⁶¹ Weiters sind auch Ausnahmefälle denkbar, in denen ein Herausgabeanspruch wegen Unzumutbarkeit der Herausgabe scheitert, wobei hier nur ein Dritter schützenswert ist, dem lediglich Fahrlässigkeit hinsichtlich der Unkenntnis, dass es sich um Trust-Vermögen handelt, vorzuwerfen ist.⁴⁶²

Vermischt der Trustee Trust-Gelder mit seinem eigenen Vermögen, gehen die Rechte der Beneficiaries am Trust-Vermögen nicht unter. Es gilt die Vermutung, dass der Trustee zunächst sein eigenes Geld ausgibt und das Trust-Geld vorhanden bleibt und von den Beneficiary herausverlangt werden kann.⁴⁶³ Kauft der Trustee Vermögen zum Teil von eigenem Geld, zum Teil mit Trust-Geld, steht dieses den Beneficiaries entsprechend des Anteils des Trust-Geldes zu. Vermischt der Trustee Gelder aus unterschiedlichen Trusts, indem er damit Vermögenswerte erwirbt, stehen diese anteilig den Beneficiaries der verschiedenen Trusts zu.⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 169.

⁴⁵⁹ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 169.

⁴⁶⁰ Foskett v Mc Keown [2001] 1 AC 102.

⁴⁶¹ In diesen Fällen wird dem Beneficiary aber alternativ ggf ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Dritten zu; die Equity-Lehre betrachtet den Empfänger des Trust-Vermögens als *constructive Trustee*, der für die Sache genauso haftbar ist wie ein gewöhnlicher *express Trustee*, vgl Moosmann, *Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft* 156; ⁴⁶¹ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 33.

⁴⁶² Hayton, *The Law of Trusts* 170.

⁴⁶³ Vgl Re Halletts Estate (1880) 13 Ch.D. 696; Re Oatway [1903] 2 Ch. 356.

⁴⁶⁴ Clayton's Case (1816) 1 Mer. 572: vermischt der Trustee Trust-Geld aus unterschiedlichen Trusts hingegen im selben Bankkonto, gilt die Regel „*first in - first out*“.

4.9.2 Fundamentales Recht auf Einsicht und Information (*fundamental right to make Trustee account*)

Lord Millet führt in *Armitage v Nurse* aus: „*Every Beneficiary is entitled to see the Trust accounts, whether his interest is in possession or not, so that he has the means to discover whether there has been a breach of Trust which can be remedied. Thus, Beneficiaries with a life interest or an interest in remainder, whether in income or in capital and whether vested or contingent, have accounting rights, as do Beneficiaries under Discretionary Trusts and also (in principle) objects of a fiduciary power of appointment*“.

Das Recht eines jeden Beneficiary, den Trust durchzusetzen, indem von den Trustees Rechenschaft für deren Geschäftsgebaren und Offenlegung der Trust-Dokumente einschließlich aller Nebendokumente (*disclosure*) gefordert werden kann, ist das Herzstück des Trust-Konzeptes.⁴⁶⁵ Nur, wenn die Beneficiaries ausreichend über die Interna der Trust-Verwaltung informiert sind, können sie das vorgenannte Spurfolgerecht geltend machen.

Das Recht auf Einsicht und Information steht allen Beneficiaries zu, gleichgültig, ob sie Begünstigte mit klagbarem Anspruch (*fixed interest*) oder nur Ermessensbegünstigte (*discretionary interest*), ob sie derzeit begünstigt (*vested interest*) oder Beneficiaries mit einem zukünftigen Interesse (*contingent interest*) sind.⁴⁶⁶ In jüngster Rechtsprechung hat der englische Privy Council klar gestellt, dass nicht nur Begünstigte unter einem Discretionary Trust, sondern sogar auch *objects of the fiduciary power of appointment* dergleiche Ansprüche zustehen, sofern eine Aussicht (*realistic prospect*) auf Zuwendungen unter dem Trust-Instrument besteht.⁴⁶⁷ Das Recht auf Einsicht und Information besteht jedoch nur in dem Umfang wie das Recht des einzelnen Beneficiary betroffen ist.⁴⁶⁸ Damit die Einsichts- und Informationsrechte auch geltend gemacht werden können, besteht die Pflicht der Trustees zur Mitteilung über die Begünstigtenstellung gegenüber

⁴⁶⁵ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 166.

⁴⁶⁶ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 166; *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 873.

⁴⁶⁷ *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] UKPC 26, para 41.

⁴⁶⁸ *Schurr, A Comparative Introduction to the Trust in the Principality of Liechtenstein in Schurr (Hrsg), Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions* (2014) 26.

den Beneficiaries und – sofern nicht eine besonders große Personenzahl in Betracht kommt – auch gegenüber *objects of the power of appointment*.⁴⁶⁹

Die Einsicht kann nur in Ausnahmefällen verweigert werden. Häufig fügt der Testator dem Trust-Instrument eines Discretionary Trust einen sogenannten *letter of wishes* bei, in welchem der Testator wichtige, aber rechtlich nicht bindende Vorgaben wie bzw Anleitungen an den Trustee zum Umgang mit dem Trust-Vermögen und zur Auswahl und Begünstigung der Beneficiaries festlegt.⁴⁷⁰ Häufig können nur anhand des *letter of wishes* die Hintergründe dafür nachvollzogen werden, warum der Testator dem Trustee durch die Einräumung der *power of appointment* umfassende Rechte bei der Bestimmung und Auswahl der Beneficiaries sowie der Höhe der Zuwendungen eingeräumt hat, sodass diese Zwecke nur durch Einsicht in den *letter of wishes* überprüft werden könnten. Eine Einsicht durch die Beneficiaries in den *letter of wishes* ist aber ausgeschlossen, wenn der Testator hierüber ausdrücklich Vertraulichkeit angeordnet hat.⁴⁷¹ Der Testator kann explizit wünschen, dass bestimmte Personen nicht von ihrer Aussicht auf eine Begünstigtenstellung erfahren sollen, etwa um zu vermeiden, dass die Personen einen verschwenderischen Lebensstil führen.

4.9.3 *Saunders v Vautier*- Regel

Die Regel aus dem berühmten Fall *Saunders v Vautier*⁴⁷² gehört zu den wichtigsten Grundsätze der Equity-Rechtsprechung. Demnach können die Beneficiaries jederzeit den Trust beenden und die (teilweise) Übertragung von Trust-Vermögen verlangen, sofern sie jeweils geschäftsfähig und gemeinsam am Trust-Vermögen voll berechtigt (*absolutely entitled*) sind.⁴⁷³ Der Wille der Beneficiaries zur Beendigung der Vermögensbindung geht dann dem Willen des Testator vor. Das Kriterium „*absolutely entitled*“ entspricht der Summe der einzelnen *equitable interests* am Trust-Vermögen. Bei mehreren Beneficiaries sind somit nur alle zusammen *absolutely entitled* und können nur gemeinsam

⁴⁶⁹ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 166 f.

⁴⁷⁰ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 888 f.

⁴⁷¹ *Re Rabbaiotti's Settlement* [2002] W.T.L.R. 953

⁴⁷² *Saunders v Vautier* (1841) Cr & Ph 240.

⁴⁷³ *Saunders v Vautier* (1841) Cr & Ph 240: „*if all of the Beneficiaries in the Trust are of adult age and under no disability, the Beneficiaries may require the Trustee to transfer the legal estate to them and thereby terminate the Trust.*“

vorgehen.⁴⁷⁴ Dies setzt voraus, dass alle Beneficiaries bereits geboren und voll geschäftsfähig sind.⁴⁷⁵ Auch nur aufschiebend oder bedingt Berechtigte müssen einer Auflösung zustimmen. Hält der Trustee beispielsweise Vermögen zugunsten eines Beneficiary A mit *life interest*⁴⁷⁶, der einen Anspruch auf Trust-Einkommen hat, und zugunsten eines anderen Beneficiary B als *remainderman*, der nach dem Tod des A Anspruch auf Zahlung des Trust-Kapital hat, können A und B nur gemeinsam, sofern sie voll geschäftsfähig sind, den Trustee anweisen, mit dem Trust-Vermögen nach ihren Vorstellungen zu verfahren. A hat ein *equitable interest* am Vermögen selbst und B hat ein *equitable interest in remainder* am Vermögen.⁴⁷⁷

Beneficiaries eines Discretionary Trust sind in der Regel in einer schwachen Position. Im seltensten Fall sind alle Beneficiaries eines Discretionary Trust zur gleichen Zeit bestimmbar und voll geschäftsfähig. Nur dann können aber auch Beneficiaries eines Discretionary Trust gemeinsam nach der *Saunders v Vautier*-Regel über das Trust-Vermögen verfügen. Häufig setzt jedoch der Testator seine Nachkommen bzw die Nachkommen bestimmter Familienstämme nacheinander als Beneficiaries ein⁴⁷⁸. Eine Bestimmbarkeit aller Beneficiaries zu einem gewissen Zeitpunkt ist dann in der Regel ausgeschlossen bzw erst zum Ende der Trust-Dauer möglich. Insofern gilt, dass immer dann, wenn die Beneficiaries eine variable Gruppe von – zeitgenössischen und zukünftigen – Personen sind (*fluctuating class of persons*), die Rechte nach *Saunders v Vautier* nicht ausgeübt werden können.⁴⁷⁹

Bei Errichtung eines Discretionary Trust räumt der Testator dem Trustee zudem oftmals eine *fiduciary power of appointment* ein und somit die Rechtsmacht, den Kreis der Begünstigten nach eigenem Ermessen zu erweitern.⁴⁸⁰ Auch die *objects of the fiduciary power of appointment* können eine sich ständig ändernde

⁴⁷⁴ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 101; Underhill/Hayton, *Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 957 f; Moosmann, *Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft* 114.

⁴⁷⁵ Micheler, *Der englische Trust im Vergleich zur österreichischen Privatstiftung – Allgemeine Bemerkungen und ausgewählte Fragen zur Corporate Governance von Trust und Privatstiftung*, in Doralt/Kalss, *Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechtes*, 313.

⁴⁷⁶ Siehe hierzu oben Pkt. 4.7.1.

⁴⁷⁷ Vgl Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 177, 101.

⁴⁷⁸ Siehe schon oben Pkt. 4.7.1.

⁴⁷⁹ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 177, 101.

⁴⁸⁰ Hayton, *The Law of Trusts*⁴ 177; Klampfl, *Trust versus Privatstiftung – eine vergleichende Analyse aus dem Blickwinkel der Begünstigten*, in Eiselsberg (Hrsg), *Jahrbuch Stiftungsrecht* 2008, 436; siehe bereits oben Pkt 4.7.4.

Personengruppe sein.⁴⁸¹ *Objects of the fiduciary power of appointment* können zwar auch dann, wenn sie alle bestimmbar und voll geschäftsfähig sind, nicht gemeinsam den Trustee nach *Saunders v Vautier* anleiten.⁴⁸² Allerdings können sie die Beneficiaries von einer Beendigung des Trust oder Aufteilung des Trust-Vermögens abhalten⁴⁸³: Die *Saunders v Vautier*- Regel erfordert nämlich auch, dass die Personen, die gemeinsam behaupten, *equitable owner* des Trust-Vermögens zu sein, unanfechtbar berechtigt (*indefeasibly entitled*) sind.⁴⁸⁴ Dies ist nicht der Fall, wenn eine *power of appointment* ausgeübt werden kann, welche die Interessen und Rechte der Beneficiaries schmälern würde.⁴⁸⁵ Räumt das Trust-Instrument dem Trustee (oder einer anderen Person) eine *power of appointment* ein, schließt dies somit in der Regel die volle Berechtigung der Beneficiaries am Trust-Vermögen und letztlich die Anwendbarkeit der *Saunders v Vautier*- Regel aus.

Die Anwendung der *Saunders v Vautier*- Regel durch die Beneficiaries kann weiters auch – zumindest für einen gewissen Zeitraum – dadurch verhindert werden, dass der Testator die Auszahlung von Begünstigungen an eine Person unter eine Bedingung stellt oder aufschiebend befristet.⁴⁸⁶ Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass die *Saunders v Vautier*- Regel, die den Begünstigten eine überaus starke Herrschaftsmacht über das „Schicksal“ des Trust einräumt, überhaupt nur dann Anwendung finden kann, wenn die vom Testator vorgesehene Begünstigtenstruktur wenig komplex ist, wenn nämlich der Testator im Trust-Instrument eine fest umrissene Personenzahl an bestimmbareren Beneficiaries festgelegt hat, die bereits zeitgleich am Trust-Vermögen vollumfänglich berechtigt sein sollen.

4.9.4 Recht auf Abberufung eines Trustee

Ein Trustee kann grundsätzlich abberufen werden, wenn einem Beteiligten ein Abberufungsrecht ausdrücklich eingeräumt ist. Mangels einer solchen ausdrücklichen Regelung und sofern nicht anderweitige Bestimmungen des Trust-Instruments entgegenstehen, kann ein Trustee gemäß *Trusts of Land and Appointment of*

⁴⁸¹ *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 178.

⁴⁸² *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2002] UKPC 26, para 40.

⁴⁸³ *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2002] UKPC 26, para 41.

⁴⁸⁴ *Re Sharp's S.T.* [1973] Ch. 331 bei 338.

⁴⁸⁵ *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 101

⁴⁸⁶ *Hayton*, *The Law of Trusts*⁴ 101 f.

Trustee Act 1996, Section 19, auch ohne dass ein wichtiger Grund Vorliegen muss – durch einstimmigen Beschluss aller Beneficiaries, die (zusammen) uneingeschränkt am Trust-Vermögen berechtigt (*absolutely entitled*) sowie volljährig und geschäftsfähig sind, abberufen werden.⁴⁸⁷ Es gelten somit dieselben Voraussetzungen wie für die vorstehend erläuterte Anwendung der *Saunders v Vautier*- Regel.

4.9.5 Änderungsrecht (*variation of Trust*)

Unter den gleichen Voraussetzungen wie sie nach der *Saunders v Vautier*- Regel den Trust auflösen und über das Trust-Vermögen verfügen können, dh sofern sie alle bestimmbar und voll geschäftsfähig sind und somit gemeinsam das gesamte Begünstigteninteresse (*equitable ownership*) innehaben, sind die Beneficiaries berechtigt, den Trust abzuändern.⁴⁸⁸ Diejenigen, die den Trust beenden können, müssen auch die Rechtsmacht haben, den Trust sogar gegen den klar formulierten Willen des Testators zu ändern.⁴⁸⁹ Geändert werden können alle Bestimmungen des Trust-Instruments, sohin sowohl die Art und Weise der Verwaltung des Trust-Vermögens als auch die Gestaltung der Berechtigungen der Beneficiaries am Trust-Vermögen.

4.10 Rolle des Gerichts

4.10.1 Beratung des Trustee

Das Gericht steht einerseits dem Trustee mit Rat zur Seite: „...*he* [the judge] *is a guide, mentor and friend: privately, in a friendly chambers summons, he may be very liberal and helpful*“.⁴⁹⁰ Ist beispielsweise ein Trustee unsicher darüber, wie er in einer bestimmten Situation seine Pflichten zu erfüllen hat, ohne eine strenge Haftung wegen *breach of Trust* zu riskieren, kann er das Gericht um Einschätzung und Anweisungen bitten.⁴⁹¹ Fehlt nach den Bestimmungen des Trust-Instrumentes dem Trustee eine Rechtsmacht für eine gewisse Verfügung oder Transaktion, die dem Trust-Zweck dient oder gar für dessen Erreichung unabdingbar ist, kann das

⁴⁸⁷ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 980; die „Abberufung“ erfolgt, indem eine Anweisung an den betreffenden Trustee erteilt wird, das Amt niederzulegen und gleichzeitig den benannten neuen Trustee zu bestellen.

⁴⁸⁸ *Mitchell*, Trusts and Equitable Remedies¹³ 302.

⁴⁸⁹ Vgl *Klappfl*, Trust versus Privatstiftung 438.

⁴⁹⁰ *Hayton*, The Law of Trusts⁴ 181.

⁴⁹¹ *Finers v Miro* [1991]1 W.L.R. 35.

Gericht dem Trustee diese notwendigen Rechte übertragen (*authorising the unauthorised*).⁴⁹² Dies ist wichtig für den Schutz des Trustee, weil dieser sonst von künftigen, ungeborenen oder noch unbestimmten Beneficiaries wegen *breach of Trust* verklagt werden könnte.

4.10.2 Kontrolle des Trustee

Andererseits spielt das Gericht im Trust-Konzept eine entscheidende Rolle als Kontrollorgan: „*The Judge has to be a stern disciplinarian castigating Trustees in hostile proceedings in open court for their breaches of Trust.*“⁴⁹³

Bei Private Express Trusts schreitet das Gericht nicht von Amts wegen, sondern nur auf Verlangen der Rechtsschutzsuchenden ein.⁴⁹⁴ Die Beneficiaries können das Gericht um Hilfe anrufen, wenn sie eine Gefährdung ihrer Interessen durch den Trustee befürchten und um Kontrolle des Handelns des Trustee und gegebenenfalls um Intervention ersuchen. Das Gericht hat dann umfangreiche Rechte, um die Interessen der Beneficiaries zu schützen und durchzusetzen.

Zum einen ist das Gericht befugt, Ermessensentscheidungen des Trustee zu kontrollieren (*control of discretions*). So kann das Gericht hinsichtlich der Verteilung von Trust-Vermögen gegenüber dem Trustee anordnen, ein Ansuchen eines Beneficiary unter einem Discretionary Trust zu beachten und die Ausübung seines Ermessens zu überdenken⁴⁹⁵; es kann insofern beispielsweise auch Vertreter der Gruppen von Beneficiaries mit der Erstellung von Verteilungsschemata beauftragen oder gegebenenfalls selbst die Trustees anweisen, wie sie das Trust-Vermögen zu verteilen haben.⁴⁹⁶ Wie bereits aufgezeigt⁴⁹⁷, sind die Trustees bei einem Discretionary Trust grundsätzlich zwar verpflichtet, das Trust-Vermögen zu verteilen, allerdings haben sie ein Ermessen bezüglich der Entscheidung, an welchen Beneficiary und in welchem Umfang Begünstigungen ausgeschüttet werden sollen. Verweigert der Trustee, sein Ermessen auszuüben und Vermögen

⁴⁹² *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 185.

⁴⁹³ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 181.

⁴⁹⁴ *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 165, 178, 185; *Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees*¹⁸ 970, 1033; *Biedermann, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts* 510 f (Fn 6 und Fn 13 mwN).

⁴⁹⁵ *Re Manistry's Settlement* [1974] Ch. 17 at 25.

⁴⁹⁶ *Mc Phail v Doulton* [1971] A.C. 424 at 457; *Mettoy Pension Trustees Ltd v Evans* [1991] 2 All E.R. 513 at 549; *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] UKPC 26.

⁴⁹⁷ Siehe oben Pkt. 4.8.3.; *Hayton, The Law of Trusts*⁴ 183.

zu verteilen, hat das Gericht die Möglichkeit, den Trustee zu Ausschüttungen anzuweisen. Wird hingegen eine *power of appointment* nicht ausgeübt, verfällt sie nach gewisser Zeit. Das Gericht kann den Trustee nur anhalten, die Ausübung der *power of appointment* regelmäßig zu bedenken und zu entscheiden, ob er diese ausübt oder nicht. Die Gerichte können ihm hierzu auch eine Stellungnahme auftragen, um die Beweggründe des Trustee nachzuvollziehen.⁴⁹⁸ Entscheidet der Trustee, nichts zu unternehmen, ist dies sein Privileg und kann dies vom Gericht nicht beeinflusst werden. Verweigert der Trustee allerdings eine Stellungnahme, kann das Gericht unter Umständen sogar eine Zahlung anordnen.⁴⁹⁹

Weiters kann das Gericht Aufsicht über die Verwaltung des Trust ausüben und gegebenenfalls auch in der Verwaltung intervenieren.⁵⁰⁰ So kann das Gericht zur Durchsetzung der Rechte der Beneficiaries auf Einsicht und Information anordnen, dass der Trustee Trust-Dokumente offenlegen oder geeignete Informationen erteilen muss.⁵⁰¹ Das Gericht kann anordnen, dass nur Teile der Trust-Dokumente offen gelegt werden oder dass sonstige Schutzvorkehrungen durch das Gericht selbst oder einen Sachverständigen getroffen werden oder es kann festlegen, wofür die erlangten Dokumente und Informationen verwendet werden dürfen.⁵⁰²

4.10.3 Abberufung des Trustee

Als *ultima ratio* kann das Gericht auf Antrag eines Trust-Beteiligten den Trustee wegen groben Fehlverhaltens⁵⁰³, wegen Unfähigkeit zu ordnungsgemäßen Geschäftsführung⁵⁰⁴, wegen permanenten Unfriedens mit den Co-Trustees oder Beneficiaries⁵⁰⁵, wegen Straffälligkeit⁵⁰⁶ oder aus anderem gewichtigen Grund (*good reason*)⁵⁰⁷ abberufen und durch einen neuen Trustee ersetzen.⁵⁰⁸

⁴⁹⁸ Re Hay's ST.T. [1985] 1 W.L.R. 202.

⁴⁹⁹ Siehe bereits oben 4.8.3.

⁵⁰⁰ Schmidt v Rosewood Trust Ltd [2003] UKPC 26, para 51.

⁵⁰¹ Schmidt v Rosewood Trust Ltd [2003] UKPC 26;

⁵⁰² Schmidt v Roeswopd Trust Ltd [2003] UKPC 26, para 54.

⁵⁰³ Millard v Eyre [1793] 2 Ves 94; Palairet v Carew [1863] 32 Beav 564; Seray-Wurie v Charity Commission [2008] EWHC 1091 (Ch).

⁵⁰⁴ Buchanan v Hamilton [1801] 5 Ves 722; and Re Lemann's Trusts [1883] 22 Ch D 633; Re Phelp's Settlement Trusts [1885] 31 Ch D 351.

⁵⁰⁵ Letterstedt v Broers [1884] 9 App Cas 371 at 386.

⁵⁰⁶ Dolley v Ogunseitian [2009] EWHC 1601 (Ch).

⁵⁰⁷ Assets Realisation Co v Trustees, Executors and Securities Insurance Corp'n [1895] 65 LJ Ch 74.

⁵⁰⁸ Hayton, The Law of Trusts⁴ 167; Underhill/Hayton, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 980; siehe bereits oben Pkt. 4.8.3.

4.10.4 Änderung der Bestimmungen des Trust-Instrumentes (*variation of Trust*)

Unter dem Variation of Trust Act 1958 kann das Gericht nachträgliche Änderungen der Trust-Bestimmungen in Vertretung der Beneficiaries genehmigen, die die Rechte des Trustee betreffen. Die Bestimmungen des Variation of Trust Act 1958 kommen dann zur Anwendung, wenn nicht alle Beneficiaries voll geschäftsfähig oder nach dem Trust-Instrument noch nicht bestimmbar sind und daher eine Änderung nach der Saunderson v Vautier-Regel nicht herbeiführen können.⁵⁰⁹ Das Gericht muss in diesen Fällen der Überzeugung sein, dass die Änderungen zum Vorteil der Beneficiaries sind, selbst dann, wenn diese im Widerspruch zum erklärten Willen des Testators stehen.⁵¹⁰

4.11 Beendigung des Trust

4.11.1 Gründe

Ein Trust kann aus mehreren Gründen beendet sein. Zum einen kann die Trust-Urkunde einen Zeitablauf vorsehen oder die Dauer des Bestehens des Trust vom Eintritt eines Ereignisses abhängig machen.⁵¹¹ Weiterhin ist ein Trust dann endgültig beendet, wenn gemäß den Bestimmungen im Trust-Instrument sämtliches Trust-Vermögen an Beneficiaries verteilt worden ist.⁵¹² Wenn, nachdem die Begünstigungen der Beneficiaries gemäß den Bestimmungen des Trust-Instrumentes durchgeführt worden sind, das Trust-Vermögen nicht erschöpft ist, fällt dieses Restvermögen, sofern der Testator keinen Letztbegünstigten bestimmt hat, an die Krone (*vest in the Crown as bona vacantia*).⁵¹³ Hat der Testator aber beispielsweise einen *fixed trust for life* zugunsten einer Person verfügt und eine andere Person als *remainder* bestimmt⁵¹⁴, ist der *remainderman* mit dem Tod des Erstbegünstigten *absolutely entitled*. Die Übertragung des Trust-

⁵⁰⁹ Variation of Trust Act 1958, Section 1.

⁵¹⁰ Vgl. *Goulding v James* [1997] 2 All E.R. 239.

⁵¹¹ *Czermak*, express trust 88.

⁵¹² „Because a Trust of property cannot exist unless there is property held on Trust, once a Trust has been duly emptied of all of its assets, there is no Trust“, *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 413.

⁵¹³ *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 413, 415; *Westdeutsche Landesbank v Islington London Borough Council* [1996] AC 669 at 708.

⁵¹⁴ Sie hierzu bereits oben Pkt. 4.7.1.

Vermögens an den *remainderman* bzw die Auskehrung des Trust-Vermögens auf Verlangen des *remainderman* führt zur Beendigung des Trust.

4.11.2 Beendigung durch das Gericht

Wie aufgezeigt, können die Beneficiaries gemäß der *Saunders v Vautier*- Regel gemeinsam den Trust beenden, sofern sie voll geschäftsfähig und „*absolutely entitled*“ sind.⁵¹⁵ Sind jedoch einzelne Beneficiaries noch nicht volljährig oder ist nicht absolut sicher, dass keine weiteren Beneficiaries hinzukommen werden⁵¹⁶, können die übrigen geschäftsfähigen Beneficiaries gemeinsam bei Gericht die Genehmigung der Beendigung des Trust beantragen. Das Gericht erteilt die Genehmigung, wenn die Interessen des Minderjährigen gewahrt bleiben bzw wenn feststellbar ist, dass aller Wahrscheinlichkeit nach keine weiteren Beneficiaries hinzukommen werden.⁵¹⁷

4.11.3 Höchstdauer eines Trust (*rule against perpetuity*)

Trusts können nicht auf unbestimmte Zeit errichtet werden: „*Where capital is set on one side to be kept intact (endowment capital) with only the income thereof being used, this cannot last indefinitely. A Settlor cannot be allowed to rule the living from his grave for thousands of years or to compel capital to be used forever as „safe“ Trust capital instead of absolutely owned capital available for risky entrepreneurial ventures.*“⁵¹⁸

Daher galt nach der *rule against perpetuity*⁵¹⁹, dass ein Trust mit künftigen Berechtigten mit ungewissen oder aufschiebend bedingten Rechten (*contingent interest*) nur dann wirksam errichtet ist, wenn feststeht, dass das zukünftige ungewisse Ereignis und somit die Umwandlung in ein unbedingtes Recht (*vested interest*) vor Ablauf der *perpetuity period* eintreten wird. Die *perpetuity period*

⁵¹⁵ Siehe oben Pkt. 4.9.4.

⁵¹⁶ Re White [1901] 1 Ch 570; Davidson v Kimpton (1888) 18 Ch D 213; Re Pettifor's Will Trusts [1966] Ch 257; beispielsweise, wenn nach dem Willen des Testator Begünstigungen bis an die Enkelkinder ausgeschüttet werden sollen und aufgrund des Alters der Tochter allenfalls nur noch adoptierte oder durch künstliche Befruchtung gezeugte Enkel hinzukommen könnten, vgl *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 965.

⁵¹⁷ Re Pettifor's Will Trusts [1966] Ch 257 (Frau über 70); Bullas v Public Trustee [1981] 1 NSWLR 641 (entfernte Gebärmutter); *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 965.

⁵¹⁸ *Mitchell*, Trusts and Equitable Remedies¹³ 318.

⁵¹⁹ Die Regel wird im Hinblick auf „*people Trusts*“, also Trusts durch welche Privatpersonen begünstigt werden, als „*rule against remoteness of vesting*“ bezeichnet, vgl, *Mitchell*, Trusts and Equitable Remedies¹³ 318.

läuft spätestens 21 Jahre nach dem Tode einer im Zeitpunkt der Trust-Entstehung lebenden Person ab.⁵²⁰ Die Regel lässt also das Hinausschieben des Zeitpunktes, von dem ab jemandem ein unbedingtes Recht am Trust-Gut zusteht, nur innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen zu. Will der Testator Personen als Beneficiaries einsetzen, die im Zeitpunkt des Erbfalles noch nicht geboren sind, ist die Verfügung des Trust folglich nur dann wirksam, wenn im Zeitpunkt des Erbfalles feststeht, dass alle künftigen Beneficiaries spätestens beim Tode einer beim Erbfall lebenden Person geboren sind.⁵²¹

Die strenge Regel wurde durch den Perpetuities and Accumulation Act 1964 aufgeweicht, indem ein „*wait and see*“-Grundsatz ergänzt wurde, wonach eine Nichtigkeit nicht eintritt bis innerhalb der *perpetuity period* tatsächlich und sicher festgestellt werden kann, dass sich ein nur bedingter Anspruch (*contingent interest*) nicht in einen unbedingten Anspruch wandeln wird. Unter dem Perpetuities and Accumulation Act 2009 wurde die *perpetuity period* auf 125 Jahre (nach dem Tode des Erblassers) festgelegt.^{522, 523} Dies gilt zwingend, auch bei etwaigen anderslautenden Bestimmungen im Trust-Instrument.⁵²⁴ Die Periode beginnt, wenn das Testament in Kraft tritt (*takes effect*)⁵²⁵, sohin mit dem Tod des Testator.

4.12 Ergebnis der Analyse

Als Ergebnis der vorstehenden Analyse der rechtlichen Struktur des Testamentary Trust kann festgehalten werden: Der Trustee verwaltet als formeller Eigentümer das Trust-Vermögen zugunsten der Beneficiaries, sohin auf fremde Rechnung. Dies erfordert eine besondere Kontrolle des Trustee. Einerseits wird diese Kontrolle gewährleistet durch die Vielzahl von strengen Treu- und Sorgfaltspflichten, welche durch die Equity-Rechtsprechung über Jahrhunderte entwickelt worden sind. Andererseits misst das englische Trust-Recht den Beneficiaries als

⁵²⁰ *Mitchell*, Trusts and Equitable Remedies¹³ 318; *Underhill/Hayton*, Law of Trusts and Trustees¹⁸ 264.

⁵²¹ Vgl. *Kötz*, Trust und Treuhand 51.

⁵²² Perpetuities and Accumulation Act 2009, Section 5 (1).

⁵²³ Unter dem Perpetuities and Accumulation Act 2009 wurde (vgl. Section 13) auch die ehemals geltende „*rule against excessive accumulations*“ abgeschafft, die vormals in Section 164 des Law of Property Act 1925 und Section 13 des Perpetuities and Accumulations Act 1964 manifestiert war und wonach auch die Thesaurierung von Einkommen nur für eine bestimmte Periode zulässig war.

⁵²⁴ Perpetuities and Accumulation Act 2009, Section 5 (2).

⁵²⁵ Perpetuities and Accumulation Act 2009, Section 6.

wirtschaftlichen Nutznießern eine entscheidende Rolle beim Schutz des Trust-Vermögens und der Kontrolle der Trustee zu. Den Beneficiaries stehen zum einen unabdingbare Aussonderungs- und Spurfolgerechte am Trust-Vermögen zu, durch welche das Trust-Vermögen vor Vereitelung und Verlust bewahrt werden kann. Ein Schlüsselement des Trust-spezifischen Kontrollsystems ist das fundamentale Recht der Beneficiaries auf Einsicht und Information, das es den Beneficiaries erlaubt, das Geschäftsgebaren der Trustee zu überwachen und zu prüfen. Der Testator kann den Beneficiaries darüber hinaus im Trust-Instrument Einflussrechte zugestehen: Beneficiaries können – sofern es nicht begünstigte Co-Trustees gibt – selbst Trustee sein, sie können zur (Neu)Bestellung von Trustee oder zur Entscheidung über die Benennung oder Entscheidung über die Zuwendung an Beneficiaries ermächtigt werden. Die Beneficiaries haben, sofern sie geschäftsfähig und gemeinsam am Trust-Vermögen voll berechtigt sind, sowohl das Recht, den Trustee abzurufen⁵²⁶ als auch gemäß der *Saunders v Vautier*- Regel, das Trust-Instrument zu ändern sowie den Trust aufzulösen und die Übertragung des Trust-Vermögens zu verlangen. Diese starke Rechtsstellung der Beneficiaries kann allerdings durch entsprechende Gestaltungen im Trust-Instrument leicht verhindert werden. Insbesondere ist der Testamentary Trust regelmäßig ein Discretionary Trust, bei dem nicht alle Beneficiaries zur gleichen Zeit bestimmbar und voll geschäftsfähig sind. So können zum Kreis der Begünstigten jeweils noch nicht Geborene zählen oder der Testator kann dem Trustee oder einem Dritten die Rechtsmacht einräumen, den Kreis der Beneficiaries zu erweitern. Regelmäßig wird der Trustee auch mit einer *power of appointment* ausgestattet. Die Gestaltung des Trust-Instruments im Einzelfall ist demnach für das Kontrollgefüge des Trust absolut entscheidend. Ihre Rechte können die Beneficiaries notfalls mit Hilfe des Gerichts durchsetzen. Wird das Gericht von den Beneficiaries angerufen, kommen ihm starke Kontrollbefugnisse und Einflussrechte zu, um die Interessen der Beneficiaries zu schützen.

Für die Suche nach funktionsäquivalenten Instituten im österreichischen Recht können insgesamt folgende wesentliche Merkmale der Funktion und rechtlichen Struktur des englischen Testamentary Trust herangezogen werden:

⁵²⁶ Dies ist explizit geregelt im Trusts of Land and Appointment of Trustee Act 1996, Section 19.

-
- Die Hauptfunktion des Rechtsinstitutes ist die langzeitige Nachlassbindung, vorrangig zum Zweck der Versorgung von Personen (idR zur Familienfürsorge) und des Vermögensschutzes;
 - Das Rechtsinstitut verbindet die einseitige Einsetzung eines/ bzw mehrerer unparteiischer Verwalter (natürliche oder juristische Personen), die damit beauftragt sind, das Nachlassvermögen zu verwalten und zu verteilen, sowie die Anordnung (eines zeitlichen Nacheinanders) von Nachlassberechtigten;
 - Das Nachlassvermögen bildet keine eigene Rechtspersönlichkeit;
 - Die dingliche Rechtslage ist derart ausgestaltet, dass der Verwalter das formale Eigentum und somit Verfügungsbefugnis am Nachlassvermögen hat, hingegen den Nachlassberechtigten ein dingliches Nutzungsrecht am Nachlassvermögen zusteht;
 - Das Nachlassvermögen ist insofern Sondervermögen im Eigentum des Verwalters und vor dem Zugriff von Gläubigern des Verwalters geschützt;
 - Zum Nachlassvermögen gehören auch Surrogate, die aus dem Nachlassvermögen angeschafft worden sind (dingliche Surrogation);
 - Den Nachlassberechtigten kann je nach Gestaltung durch den Testator ein klagbarer Anspruch oder lediglich eine Begünstigung nach Ermessen des Verwalters zukommen; ob eine Person Begünstigter werden soll, kann auch ganz ins Ermessen des Verwalters gestellt werden;
 - Die Nachlassberechtigten verfügen hinsichtlich des Nachlassvermögens und seiner Surrogate über ein dingliches Spurfolgerecht und Herausgabeansprüche gegenüber Dritten, sofern diese nicht gutgläubige und entgeltliche Erwerber sind;
 - Der Verwalter unterliegt bei Ausübung seiner Funktion strengen Treue- und Sorgfaltspflichten sowie Loyalitätspflichten gegenüber den Nachlassberechtigten, wobei jede Pflichtverletzung grundsätzlich – sofern kein wirksamer Haftungsausschluss vorliegt – zu einer persönlichen Haftung gegenüber den Nachlassberechtigten führt; auch nach außen hin, im Verhältnis zu Dritten, haftet der Verwalter grundsätzlich persönlich und mit seinem gesamten Vermögen;
 - Die starke Rechtstellung der Nachlassberechtigten wird dadurch gestützt, dass ihnen gegenüber dem Verwalter umfassende Rechte auf Einsicht und

Information zustehen, die mit Hilfe des Gerichtes durchgesetzt werden können;

- Die Nachlassberechtigten können – allerdings nur, sofern im Trust-Instrument nichts anderes bestimmt ist und sofern sie zusammen uneingeschränkt am Nachlass berechtigt und geschäftsfähig sind – den Verwalter abberufen, die Auskehrung des Nachlassvermögen verlangen und das Rechtsinstitut beenden sowie auch die Bestimmungen des Trust-Instrumentes ändern;
- Das Gericht kontrolliert die Verwaltungstätigkeit und die Ermessensentscheidungen des Verwalters über die Verteilung von Nachlassvermögen; es verfügt hierbei über umfassende Kompetenzen bis zur Abberufung und Ersetzung des Verwalters, kann den Verwalter aber auch aus seiner persönlichen Haftung entlassen.
- Das Rechtsverhältnis zwischen Verwalter und Nachlassberechtigten endet jedenfalls nach Ablauf von 125 Jahren.

5 Analyse der liechtensteinischen von Todes wegen errichteten Treuhänderschaft ("liechtensteinischer Testamentary Trust")

In Kapitel 3.2 ist bereits aufgezeigt worden, dass der liechtensteinische Gesetzgeber in Artikel 897 bis 932 des liechtensteinischen PGR versucht hat, das englische Trust-Recht abzubilden. Während im englischen Recht die Hauptcharakteristika des Trust von den Gerichten durch Fallrecht (*case law*) entwickelt und konkretisiert worden sind, wurden in Liechtenstein die Konturen des Trust-Rechts in einen gesetzlichen Rahmen gegossen, der den Trust jedoch nicht abschließend regelt. So hat der Liechtensteinische Oberste Gerichtshof in den letzten Jahrzehnten mehrere Grundsatzentscheidungen zum liechtensteinischen Trust ausgesprochen, durch welche die gesetzlichen Regelungen der Artikel 897 ff PGR interpretiert und präzisiert worden sind.⁵²⁷ Generell können, bei Rechtsunsicherheit und fehlender liechtensteinischer Rechtsprechung relevante englische *case law*-Entscheidungen herangezogen werden.⁵²⁸

Wie vorstehend der englische Testamentary Trust, soll im Folgenden nun auch der liechtensteinische Testamentary Trust in seinen wesentlichen Merkmalen dargestellt werden, um eine Vergleichsgrundlage für die Suche nach funktionsäquivalenten Instituten des österreichischen Rechtes zu schaffen. Weil der liechtensteinische Trust mit den Worten *Bösch's* „in vielfacher – aber nicht in jeder! – Hinsicht dem Trust des Common Law nachempfunden ist“⁵²⁹, werden in der folgenden Betrachtung insbesondere die Abweichungen des liechtensteinischen vom englischen Trust herausgestellt.

5.1 Definition gemäß Artikel 897 PGR, rechtliche Einordnung und Abgrenzung

Artikel 897 PGR definiert den liechtensteinischen Trust wie folgt: „*Treuhänder (Trustee oder Salmann) im Sinne dieses Gesetzes ist diejenige Einzelperson, Firma oder Verbandsperson, welcher ein anderer (der Treugeber) bewegliches oder unbewegliches Vermögen oder ein Recht (als Treugut), welcher Art auch immer, mit der Verpflichtung zuwendet, dieses als Treugut im eigenen Namen als*

⁵²⁷ Schurr, Introduction to the Trust 5.

⁵²⁸ Schurr, Introduction to the Trust 9.

⁵²⁹ Bösch, LJZ, 2000, 91.

selbständiger Rechtsträger zu Gunsten eines oder mehrerer Dritter (Begünstigter) mit Wirkung gegen jedermann zu verwalten oder zu verwenden.“ Diese Definition umfasst den privaten, ausdrücklich geregelten Trust, der aufgrund eines Trust-Instrumentes entsteht, in welchem der Wille des Settlor zur Trust-Errichtung zum Ausdruck kommt, und bildet sohin den Private Express Trust ab.⁵³⁰ Der Trust iSd Artikel 897 ff PGR wird regelmäßig als Familientreuhänderschaft, dh als Instrument rechtlicher Strukturierung des Familienvermögens ausgestaltet (*Family Trust*) und dient somit vornehmlich der langfristigen Vermögensbindung über Generationen, der Gewährleistung sachgemäßer Vermögensverwaltung und dem Schutz einzelner Familienmitglieder – gegenüber sich selbst bzw bei Minderjährigkeit oder Krankheit gegenüber anderen Familienmitgliedern.⁵³¹ Gemäß Artikel 903 PGR kann auch nach liechtensteinischem Recht ein Trustee in einem Testament bestellt werden. Der liechtensteinische Gesetzgeber lässt somit – nach englischem Vorbild – auch den Testamentary Trust zu, der ein in der liechtensteinischen Beratungspraxis häufig gewähltes Gestaltungsmittel ist.^{532, 533}

Neben dem „klassischen“ Private Express Trust enthält das PGR auch Bestimmungen über das „Treuunternehmen“, das im unter Artikel 932a PGR eingefügten Treuunternehmensgesetz (TrUG) geregelt ist. Das Treuunternehmen ist ein Treuhandverhältnis, bei dem das Treugut durch ein Unternehmen gebildet wird. Es ist im Sinne einer Geschäftstreuhand, sohin als Instrument rechtlicher Sicherung geschäftlicher Interessen nach dem Vorbild des amerikanischen Business Trust konzipiert.⁵³⁴ In der vorliegenden Arbeit wird das Treuunternehmen nicht weiter behandelt. Allerdings ist zu beachten, dass gemäß der

⁵³⁰ Vgl; *Frick*, Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts, 217 ff; *Bauer*, Trust und Anstalt 3; *Wanger*, Liechtensteinisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht³ (1998), 188; diese Definition ähnelt der Definition des HTÜ, wonach der Trust „die von einer Person, dem Begründer, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines trustee unterstellt worden ist“ ist, siehe bereits oben Pkt. 2.5.

⁵³¹ *Biedermann*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 76; *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 53.

⁵³² *Schurr*, Introduction to the Trust 13.

⁵³³ Im Rahmen dieser Arbeit nicht relevant ist das in Art 898 PGR geregelte „bloß vermutete Treuhandverhältnis“, bei dem das Gesetz einer bestimmten Rechtssituation treuhänderische Wirkung zuweist und bei dem sich die Rechtsbeziehungen nur zwischen Auftraggeber und Beauftragtem abspielen (*Trust by operation of law* und *Statutory Trusts*); vgl *Bauer*, Trust und Anstalt als Rechtsformen liechtensteinischen Rechts (1995) 3; *Wanger*, Liechtensteinisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht³ 192.

⁵³⁴ *Coing*, Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäftes 237; Ausgangspunkt soll die Darstellung von Guy A. Thompson gewesen sein.

Verweisung in Artikel 910 Abs 5 PGR die Bestimmungen des TrUG gegebenenfalls ergänzend auf den Trust nach Artikel 897 bis 932 PGR anzuwenden sind.⁵³⁵

Der Trust nach Artikel 897 bis 932 PGR ist nach dem liechtensteinischen Obersten Gerichtshof von der fiduziarischen Treuhand abzugrenzen. In seiner Entscheidung vom 6.7.2000 zu 5 C 303/98 hat der liechtensteinische Oberste Gerichtshof in bewusster Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung festgestellt, dass der liechtensteinische Trust keine allumfassende Regelung aller treuhandrechtlichen Sachverhalte beinhaltet, sondern, dass das liechtensteinische Recht neben dem Trust nach Art 897 ff PGR noch andere treuhandrechtliche Vertragsverhältnisse kenne, wie insbesondere die in §§ 1002 ff ABGB geregelte fiduziarische Treuhand.⁵³⁶

5.2 Warum liechtensteinischer Testamentary Trust?

Hinsichtlich der Funktionen, die ein Testamentary Trust nach liechtensteinischem Recht erfüllen kann, kann grundsätzlich auf die Ausführungen zum englischen Trust verwiesen werden.⁵³⁷ Warum entscheiden sich Erblasser aber gerade für die Errichtung eines Trust nach liechtensteinischem Recht?

Der liechtensteinische Trust eignet sich für die Zusammenführung und Verwaltung von weltweitem Familienvermögen. Für im Common Law Rechtskreis lebende Personen ist der Trust als Instrument der Familienfürsorge vertrauter als beispielsweise eine Familienstiftung. Vermögen, das international belegen ist, wird in Rahmen der Vermögensnachfolgeplanung – auch aus steuerlichen Aspekten – in Trusts zusammengefasst, um Begünstigungen an international ansässige Personen vorzunehmen. Wird ein Trust bereits *inter vivos* errichtet, sind grundsätzlich spätere Zustiftungen zu Lebzeiten oder von Todes wegen durch den Errichter (*pour over Trust*) oder durch Dritte (Schenkung auf

⁵³⁵ Das TrUG enthält nämlich neben spezifisch auf das Treuunternehmen zugeschnittenen Bestimmungen auch allgemeine treuhandrechtliche Bestimmungen, obgleich es vielfach unklar ist, wann eine Bestimmung des TrUG ergänzend für die Treuhänderschaft herangezogen werden soll und wann nicht, vgl *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 53.

⁵³⁶ Für eine Abgrenzung muss die Rechtspraxis unterschieden: Liegt keine ausdrückliche Willensäußerung der Vertragspartner, also zwischen Treugeber und Treuhänder vor, muss zumindest im Sinne von Art. 898 Abs. 1 PGR eine Vermögensübertragung und Begünstigungsabsicht nachgewiesen werden, damit anstelle einer fiduziarischen Treuhand ein „vermutetes“ Treuhandverhältnis angenommen werden kann; vgl *Gasser*, Quo vadis Trust im Stiftungsrecht 153; *Bösch*, LJZ 2000, 91.

⁵³⁷ Siehe zu den Funktionen des Testamentary Trust bereits oben Pkt. 4.4.

den Todesfall, Vermächtnis) möglich.^{538, 539} Im Hinblick auf die der Dissertation gedanklich zugrundeliegenden Fallgestaltungen könnte somit auch insbesondere an eine gewünschte „testamentarische Zustiftung“ an einen bereits bestehenden liechtensteinischen Trust gedacht werden.

Im Vergleich zum englischen Trust-Recht oder zu anderen Common Law Trusts verfügt der liechtensteinische Trust über weitaus flexiblere Gestaltungsmöglichkeiten⁵⁴⁰; wie noch näher ausgeführt wird, sind beispielsweise die Kontrollrechte der Beneficiaries nach liechtensteinischem Recht von Gesetzes wegen wesentlich schwächer ausgestaltet als beim englischen Trust, können aber statuarisch ausgeweitet werden.⁵⁴¹ Das hohe Maß an Privatautonomie für den Errichter eines Trust erklärt sich aus dem generell liberalen Ansatz, welcher der liechtensteinischen Rechtstradition zu Grunde liegt.⁵⁴² Im Vergleich zu anderen Rechtsinstituten des liechtensteinischen Rechts sind die laufenden Kosten für einen liechtensteinischen Trust relativ gering. Denn, anders als etwa bei einer Stiftung, die zumindest zwei Stiftungsräte haben muss, ist beim liechtensteinischen Trust grundsätzlich ein einzelner Trustee ausreichend. Zudem bedarf es nicht einer Revisionsstelle (bzw eines Stiftungsprüfers) als Aufsichtsorgan. Ein weiterer Anreiz für die Wahl

⁵³⁸ Häusler, Angelsächsischer Trust 240; siehe zum *pour over trust* bereits oben Pkt 4.5.2

⁵³⁹ Für die Errichtung eines *inter vivos* Trust durch eine in Österreich ansässige Person (bzw zugunsten von in Österreich ansässigen Personen) ist seit seinem In-Kraft-Treten am 1. Jänner 2014 das zwischen Österreich und Liechtenstein vereinbarte „Abkommen über die Zusammenarbeit im Bereich der Steuern und Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens“ zu beachten; gemäß der „Gemeinsamen Erklärung der Vertragsstaaten zur Behandlung von Trusts“ haben die Vertragsstaaten erklärt, dass in Liechtenstein verwaltete Trusts mit und ohne Rechtsüersönlichkeit vom Anwendungsbereich des Abkommens erfasst sind, sofern der für die Abkommensanwendung allgemein erforderliche Bezug zu Österreich vorliegt. Trusts ohne Rechtspersönlichkeit werden unter dem Abkommen wie andere „transparente Strukturen“ iSd Abkommens behandelt. Nach Teil 3 des Abkommens unterliegen Trusts ohne Rechtspersönlichkeit daher – unabhängig davon, ob sie tatsächlich transparent oder intransparent im steuerrechtlichen Sinne sind, und ob es sich um Fixed Trusts oder Discretionary Trusts handelt – nicht einer einmaligen Besteuerung der Vermögenswidmung (Stiftungseingangssteuer), sondern einer der österreichischen Einkommensteuer entsprechenden laufenden Ertragsbesteuerung (durch anonyme Abgeltungssteuer oder nach freiwilliger Meldung) in Höhe von 25 %, die von liechtensteinischen Zahlstellen (iR dem Trustee) zu erheben ist (vgl Art 18 des Abkommens), s Petritz, Ausländische Stiftungen und Trusts unter dem Steuerabkommen Österreich – Liechtenstein, in Fitz/Kalss/Kautz/Kucsko/Lukas/Torggler (Hrsg) Festschrift Torggler (2013), 923 ff; Hosp/Langer, Das revidierte DBA und Steuerabkommen FL/AT, ZFS 2013, 1 ff.

⁵⁴⁰ Der liechtensteinische Gesetzgeber ist freilich – ähnlich wie die Gesetzgeber vieler anderer offshore-Trustrechtsordnungen – bewusst von der englischen Rechtstradition abgewichen, um einen Wettbewerbsvorteil zugunsten des heimischen Trust-Rechts zu erzielen; vgl Schurr, Verhältnis des Trustee zum Stifter und zu den Begünstigten beim liechtensteinischen Trust, Liechtenstein Journal 2011, 7.

⁵⁴¹ Schurr, Die Rechtstellung der Begünstigten im liechtensteinischen Trustrecht, PSR 2011, 21 f; siehe dazu noch unten Pkt. 5.7.

⁵⁴² Schurr, Introduction to the Trust 14.

des liechtensteinischen Trust ist, dass ein Mindestkapital für die Errichtung eines Trust – anders als bei der Stiftung⁵⁴³ – gesetzlich nicht vorgesehen ist.⁵⁴⁴ Zudem bietet nur der Trust besonders starken Vermögensschutz durch das (dem englischen Trust-Recht nachempfundene) Spurfolgerecht.⁵⁴⁵ Im Unterschied zur Stiftung unterliegt der Trust zudem keinerlei Zweckbeschränkungen und kann uneingeschränkt kommerziell tätig sein.⁵⁴⁶ Weiters unterliegt der liechtensteinische Trust, wenn sich sein Sitz oder der Ort seiner Verwaltung in Liechtenstein befindet, aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit gemäß Artikel 65 des liechtensteinischen Steuergesetzes lediglich einer geringen Mindestertragssteuer.⁵⁴⁷ Die steuerliche Privilegierung besteht, ohne dass dies unter Nachweis der nicht wirtschaftlichen Tätigkeit beantragt werden muss, wie es bei juristischen Personen, die den ertragssteuerlich begünstigten Status einer liechtensteinischen Privatvermögensstruktur (PVS) erlangen wollen, der Fall ist.⁵⁴⁸ Wesentlicher Wettbewerbsvorteil zu Trusts anderer Jurisdiktionen ist zudem, dass der liechtensteinische Trust auf unbegrenzte Zeit errichtet werden kann.⁵⁴⁹

5.3 Errichtung des liechtensteinischen Testamentary Trust

5.3.1 Trust-Instrument

Die Errichtung des liechtensteinischen Testamentary Trust erfolgt durch eine letztwillige Verfügung in Testamentsform (Trust-Instrument), in welcher der Trust *expressis verbis* bezeichnet⁵⁵⁰, der Trust-Zweck festgelegt und die

⁵⁴⁴ Lungkofler, PSR 2010, 187.

⁵⁴⁵ Siehe unten Pkt. 5.7.1. Das Spurfolgerecht als dinglicher Herausgabeanspruch wurde durch den liechtensteinischen Obersten Gerichtshof nicht im Wege der Analogie auf die liechtensteinische Stiftung ausgeweitet. Gründe für einen zusätzlichen Schutz der Stiftung seien nicht ersichtlich, eine Privilegierung der Stiftung gegenüber anderen Verbandspersonen sei nicht zu rechtfertigen; FL OGH 4.9.2003, I Cg 2001.379, LES 2004, 224; Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht Praxiskommentar (2013) 378.

⁵⁴⁶ Vgl Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht Praxiskommentar 61; gemäß Art 552 § 1 Abs 2 PGR darf eine liechtensteinische Stiftung ein „nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe“ nur dann ausüben, wenn es der Erreichung ihres gemeinnützigen Zwecks unmittelbar dient oder aufgrund einer spezialgesetzlichen Grundlage zulässig ist. Nur soweit es „die ordnungsgemäße Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens erfordert“, ist die Einrichtung eines kaufmännischen Betriebes auch bei privatnützigen Stiftungen zulässig.

⁵⁴⁷ Wanger, Kommentar Steuergesetz (STEG) (2011) 213.

⁵⁴⁸ Vgl Art 64 und 65 STEG 2011, Wanger, Kommentar Steuergesetz (STEG) (2011) 202 f.

⁵⁴⁹ Schurr, Introduction to the Trust 15; siehe unten Pkt. 5.9.

⁵⁵⁰ Art 903 Abs 1 und Art 899 Abs 3 PGR.

Übertragung von Vermögenswerten verfügt wird (*essentialia negotii*).⁵⁵¹ Das Trust-Instrument regelt – wie im englischen Trust-Recht – das Verhältnis zwischen Trustee und Beneficiaries.⁵⁵² Der Wille des Testator ist insofern die Kardinalmaxime.⁵⁵³ Subsidiär gelten die gesetzlichen Regelungen des PGR.⁵⁵⁴ In Anlehnung an das englische Recht sind für die wirksame Errichtung des Trust die *three certainties*, die namentlich aus der Legaldefinition des Art 899 Art 3 PGR hervorgehen, erforderlich: Die Bestimmtheit der Absicht (*certainty of intention*), die Bestimmtheit des Treugutes (*certainty of subject*) und die Bestimmtheit der Begünstigten bzw des Zweckes (*certainty of objects*).⁵⁵⁵ Die inhaltliche Gestaltung des Trust-Instrumentes und die darin enthaltenen Bestimmungen sind weitestgehend frei gestellt.⁵⁵⁶ Regelmäßig sind aber folgende Daten enthalten: Name und Wohnsitz bzw Firma und Sitze des Trustee, Bezeichnung (Name) des Trust, Datum und Errichtung des Trust, Dauer des Trust, Bezeichnung des Trust-Vermögens, Rechte und Pflichten des Trustee, Vorschriften und Regeln hinsichtlich der Befugnisse, Bestellung und Rechte der Beneficiaries, Bestimmungen über die Abberufung der Trustee sowie Vorschriften hinsichtlich der Unterstellung unter eine Aufsichtsbehörde, der Anlage des Vermögens, der Abänderung bzw der Aufhebung des Trust.⁵⁵⁷ Das Trust-Instrument eines liechtensteinischen Trust kann auch in Englisch formuliert sein, die deutsche Sprache ist nicht zwingend.⁵⁵⁸

5.3.2 Registrierungspflicht

Wird der Trust auf eine Dauer von mehr als 12 Monaten errichtet, ist er – nur wenn zumindest ein Trustee seinen (Wohn-) Sitz in Liechtenstein hat – gemäß Artikel 900 PGR beim Öffentlichkeitsregister (Treuhänderregister) innerhalb eines Jahres anzumelden.⁵⁵⁹ Die Registrierung wirkt nicht konstitutiv; der Trust entsteht

⁵⁵¹ *Lungkofler*, PSR 2010, 185, *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 216; *Coing*, Treuhänder kraft privaten Rechtsgeschäfts 242.

⁵⁵² Art 910 Abs 1 PGR.

⁵⁵³ Vgl *Lungkofler*, PSR 2010, 188.

⁵⁵⁴ Art 910 Abs 3 PGR.

⁵⁵⁵ *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 216 ff; *Schurr*, Introduction to the Trust 14.

⁵⁵⁶ *Schurr*, Introduction to the Trust 14; Grenze der Privatautonomie sind „zwingende Vorschriften“ und „die öffentliche Ordnung“, vgl Art 910 Abs 2 PGR.

⁵⁵⁷ *Lungkofler*, PSR 2010, 186; vgl auch Art 917 PGR.

⁵⁵⁸ *Schurr*, Introduction to the Trust 14 (Fn 51).

⁵⁵⁹ Vgl Art 900 ff PGR.

prinzipiell auch ohne Registrierung.⁵⁶⁰ Die Eintragung enthält die Bezeichnung des Treuhandverhältnisses, das Datum der Errichtung, die Dauer, den Namen, Vornamen und Wohnort bzw Firma und Sitz des Trustee.⁵⁶¹ Weil das Trust-Instrument nicht vorgelegt werden muss, bleiben Informationen über die Person des Testators und der Beneficiaries unbekannt. Die Anonymität von Testator und Beneficiaries gegenüber der Öffentlichkeit wird somit gewahrt. Jede Änderung einer der vorgenannten Tatsachen ist zur Eintragung anzumelden.⁵⁶² Bei der Eintragung braucht das Trust-Instrument selbst nicht vorgelegt werden. Ein Auszug aus dem Register enthält nur die vorgenannten Angaben.⁵⁶³ Alternativ zur Eintragung kann eine Ausfertigung des Trust-Instruments beim Grundbuchs- und Öffentlichkeitsregisteramt hinterlegt werden. Hinterlegte Dokumente sind der Öffentlichkeit nicht zugänglich, sodass auch hier die Anonymität gewahrt bleibt.⁵⁶⁴

5.3.3 Zwingende Annahmeerklärung des Trustee

Bei Bestellung des Trustee durch einseitige letztwillige Erklärung ist – gegebenenfalls nach Mitteilung der Bestellung durch die Verlassenschaftsbehörde⁵⁶⁵ – eine schriftliche Annahmeerklärung des Trustee erforderlich.⁵⁶⁶ Der Trust entsteht anders als nach englischem Recht⁵⁶⁷ erst mit der Annahmeerklärung des Trustee.⁵⁶⁸ Der Trustee hat binnen einer Frist von 14 Tagen der Behörde mitzuteilen, ob er den Trust annimmt oder nicht; bei Stillschweigen gilt die gesetzliche Vermutung, dass der Trustee das Amt ablehnt.⁵⁶⁹ Eine Ablehnung wird auch vermutet, wenn die Annahme bedingt, befristet oder unter einer Auflage oder mit einer sonstigen Einschränkung erfolgt und wenn die Treuhandurkunde dieses nicht vorsieht.⁵⁷⁰ Notfalls bestellt das Gericht einen Trustee.⁵⁷¹

⁵⁶⁰ *Schurr*, Introduction to the Trust 11.

⁵⁶¹ Art 900 Abs 2 PGR.

⁵⁶² Art 900 Abs 3 PGR.

⁵⁶³ *Wanger*, Liechtensteinisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht³ 193.

⁵⁶⁴ *Wanger*, Liechtensteinisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht³ 194.

⁵⁶⁵ Art 903 Abs 1 PGR.

⁵⁶⁶ Art 899 Abs 2 PGR.

⁵⁶⁷ Nach englischem Recht ist die Entstehung des Trust von einer Annahme des Trustee unabhängig, vgl Pkt. 4.5.

⁵⁶⁸ *Bauer*, Trust und Anstalt 6.

⁵⁶⁹ Art 903 Abs 2 PGR.

⁵⁷⁰ Art 903 Abs 3 PGR.

⁵⁷¹ Art 904 Abs 1 PGR; dies soll vorrangig die Liechtensteinische Landesbank sein, Art 904 Abs 4 PGR.

5.4 Keine Rechtspersönlichkeit

Der liechtensteinische Trust ist – wie sein englisches Vorbild – keine juristische Person; nach außen hin tritt vielmehr allein der Trustee als Vollrechtsinhaber auf.⁵⁷²

5.5 Gestaltung der Begünstigtenrechte

Nach liechtensteinischem Recht ist die reine Zwecktreuhänderschaft (*purpose Trust*) generell zulässig⁵⁷³, wohingegen dies beim englischen Trust nur zu gemeinnützigem Zweck erlaubt ist.⁵⁷⁴ Es bedarf lediglich einer klaren Zweckvorgabe im Trust-Instrument, sodass der Trustee in der Lage ist, zu entscheiden, wie das Trust-Einkommen zu verwenden ist.⁵⁷⁵ Im hier zu behandelnden Fall des (testamentarisch verfügten) Private Express Trust nach liechtensteinischem Recht werden die Begünstigten und der Umfang ihrer Berechtigung am Trust-Vermögen allerdings im Trust-Instrument beschrieben.⁵⁷⁶ Wie im englischen Recht kann zu den Beneficiaries auch der Trustee gehören, sofern er nicht der einzige Trustee ist.⁵⁷⁷ Dem Testator sind bei der Gestaltung der Begünstigung keine gesetzlichen Grenzen gesetzt. Er kann den Umfang der Begünstigung der von ihm bestimmten oder von anderen Personen zu bestimmenden Begünstigten im Trust-Instrument frei festlegen. Die Begünstigung kann die Zuwendung von Erträgen oder auch die Zuwendung von Vermögensteilen umfassen, kann bedingt, befristet, unbefristet oder mit einer Auflage verbunden sein.⁵⁷⁸

5.5.1 Fixed Trust und Discretionary Trust

Die Berechtigung der Beneficiaries am Trust-Vermögen kann wie im englischen Recht unterschiedlich stark ausgestaltet werden. Art 927 Abs 2 PGR nennt den „anspruchsberechtigten“ Beneficiary, der den Beneficiary mit klagbarem Anspruch,

⁵⁷² Vgl. Frick, Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts 222; Lungkofler, PSR 2010, 185.

⁵⁷³ Vgl. Art 927 Abs 7 PGR „Bei gemeinnützigen oder dergleichen Treuhänderschaften, wo anspruchsberechtigte Begünstigte fehlen und es sich aus der Treuhandurkunde nicht anders ergibt ...“.

⁵⁷⁴ Schurr, Introduction to the Trust 16.

⁵⁷⁵ Schurr, Introduction to the Trust 16; Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 218.

⁵⁷⁶ Schurr, Introduction to the Trust 16.

⁵⁷⁷ Art 927 Abs 6 PGR.

⁵⁷⁸ Art 932a § 79 Abs 1 PGR, Bauer, Trust und Anstalt 20.

dh mit *fixed interest* nach englischem Vorbild, entspricht.⁵⁷⁹ Der Discretionary Trust⁵⁸⁰ ist im PGR zwar nicht ausdrücklich geregelt, die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung lässt sich aber aus Art 927 Abs 1 PGR ableiten.⁵⁸¹ Der Discretionary Trust wird in der liechtensteinischen Treuhandpraxis oft eingesetzt, und zwar nach englischem Vorbild regelmäßig in Kombination mit der *power of appointment*.⁵⁸²

5.5.2 Power of appointment

Die ausdrückliche Übernahme der *power of appointment*, dh der Befugnis, inhaltlich bestimmte Begünstigungsrechte einzuräumen, fehlt in den Bestimmungen über die Treuhänderschaft im allgemeinen nach Artikel 897 bis 932 PGR. Allerdings sieht § 80 Abs 2 TrUG vor, dass „Rechte und Pflichten aus der Begünstigung ... insbesondere gemäss der Treuanordnung auch nach Errichtung des Treuunternehmens von ursprünglich Begünstigten, anderen Beteiligten oder Dritten als neuen Begünstigten in gleicher oder ungleicher Weise oder nach und nach begründet werden können (sukzessiv begründete Begünstigung)“. Bei ergänzender Anwendung des § 80 Abs 2 TrUG (vgl Artikel 910 Abs 5 iVm Artikel 932a § 80 Abs 2 PGR) besteht also auch beim liechtensteinischen Trust die der *power of appointment* nachempfundene Möglichkeit, bestimmten Personen die Befugnis einzuräumen, inhaltlich bestimmte Begünstigtenrechte zu verleihen.⁵⁸³

5.6 Rechtstellung des Trustee

5.6.1 Bindung an Trust-Instrument und umfassendes Verwaltungsrecht

Mit Annahme des Amtes ist der Trustee gemäß Artikel 918 Abs 3 PGR an die im Trust-Instrument aufgestellten Vorschriften gebunden. Von diesem Zeitpunkt an ist er gemäß Artikel 919 Abs 3 PGR – unter Vorbehalt seiner Verpflichtungen aus

⁵⁷⁹ Vgl *Bauer*, Trust und Anstalt 2; siehe oben Pkt. 4.7.1.

⁵⁸⁰ Siehe oben Pkt. 4.7.2.

⁵⁸¹ Vgl Art 927 Abs 1 „Der Begünstigte ist berechtigt, die Ausführungen der Treuhandbestimmungen zu verlangen, soweit durch die Treuhandurkunde die Ausführungen nicht in das freie Ermessen des Treuhänders gegenüber einzelnen oder allen Begünstigten geknüpft ist.“

⁵⁸² *Biedermann*, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 142; *Frick*, Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts 230.

⁵⁸³ *Biedermann*, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 139 f; im Unterschied zum englischen Trust-Recht sieht das TrUG weiters auch ein Vorschlagsrecht vor, das aber nur bei gleichzeitigem Bestehen eines Verleihungsrechtes anderer Personen als dem Vorschlagsberechtigten Anwendung finden kann (§ 111 Abs 2 TrUG).

dem Trust-Instrument – berechtigt, über das Trust-Vermögen „gleich einem selbständigen Träger von Rechten und Pflichten, wie namentlich ein Eigentümer, Gläubiger, Mitglied oder Organ einer Verbandsperson oder Gesellschaft oder dergleichen zu verfügen, für das Treugut vor allen Behörden und in allen Verfahren im eigenen Namen als Partei, Beteiligter, Beigeladener, Intervenient und dergleichen aufzutreten, die zu ihm gehörigen Rechte gegen alle Dritte gemäss der Treuhandurkunde zu verwalten und auszuüben und, soweit nötig, zu versilbern und neu anzulegen, wenn es sich aus dem Treuhandzweck nicht anders ergibt.“ Das Gesetz sieht somit grundsätzlich eine umfassende Verfügungsbefugnis sowie ein umfassendes Verwaltungs- und Anlagerecht des Trustee vor. Der Trustee hat Anspruch auf Auslagenersatz und auf eine angemessene Entschädigung, sofern sich aus dem Trust-Instrument nichts anderes ergibt (vgl Artikel 920 Abs 1 PGR).

5.6.2 Treuepflichten und daraus folgende Pflichten

In starker Anlehnung an das englische Trust-Recht ist Kernstück des Trust-Verhältnisses die absolute Treuepflicht des Trustee gegenüber den Beneficiaries.⁵⁸⁴ Daran knüpfen zahlreiche im PGR statuierte (wenn auch dispositive) Folgepflichten, die hier nur exemplarisch aufgezählt werden: Der Trustee darf keine Verfügungen über das Trust-Vermögen vornehmen, die den Zweck des Trust beeinträchtigen.⁵⁸⁵ Mangels anderer Anordnungen im Trust-Instrument sind die Trustees zum gemeinsamen Handeln verpflichtet.⁵⁸⁶ Das Trust-Vermögen ist streng von übrigen Vermögen abzusondern,⁵⁸⁷ bei Vermischung mit eigenen Geldern des Trustee entsteht ein Zinsanspruch.⁵⁸⁸ Der Trustee ist verpflichtet, ein Vermögensverzeichnis über das Trust-Vermögen anzulegen und es jährlich richtig zu stellen.⁵⁸⁹ Weiters ist er zur Rechnungslegung verpflichtet.⁵⁹⁰ Zuwendungen an die Beneficiaries haben, sofern der Testator nichts anderes bestimmt hat, nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Beneficiaries zu erfolgen.⁵⁹¹ Der Trustee ist nicht berechtigt, irgendwelche Vorteile aus dem Trust-Verhältnis zu

⁵⁸⁴ *Schurr*, Introduction to the Trust 32.

⁵⁸⁵ Art 922 Abs 2 PGR.

⁵⁸⁶ Art 922 Abs 3 PGR.

⁵⁸⁷ Art 922 Abs 4 PGR.

⁵⁸⁸ Art 925 Abs 4 PGR.

⁵⁸⁹ Art 923 Abs 1 PGR.

⁵⁹⁰ Siehe unten Pkt. 5.7.2.

⁵⁹¹ Art 932a § 94 Abs 2 PGR.

ziehen.⁵⁹² In-Sich-Geschäfte sind nur erlaubt, sofern es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die nicht über die ordentliche Verwaltung hinausgehen.⁵⁹³ Der Trustee kann – sofern es nicht auf eine persönliche Erfüllung der Treuepflichten ankommt – alle Verwaltungshandlungen an Dritte delegieren.⁵⁹⁴

Wie im englischen Trust-Recht richtet sich die Zulässigkeit von Investitionen vorrangig nach den Bestimmungen des Trust-Instruments. Im Vergleich zum englischen Trust-Recht lässt das liechtensteinische PGR grundsätzlich nur konservative Investitionsentscheidungen des Trustee zu. Wenn das Trust-Instrument nichts anderes bestimmt, darf der Trustee Trust-Vermögen nur bei der liechtensteinischen Landesbank bzw in den von ihr ausgegebenen Wertpapieren anlegen.⁵⁹⁵ Andere Anlagen müssen vom Gericht genehmigt werden.⁵⁹⁶ Diese Beschränkungen gelten nicht für nicht in Liechtenstein ansässige Trusts bzw Trustees (sog Sitztreuhänderschaften).⁵⁹⁷

5.6.3 Sorgfaltsmaßstab

Gemäß Art 922 Abs PGR hat der Trustee, angelehnt an das englische Recht, das Trust-Vermögen unter Beachtung der Bestimmungen des Trust-Instruments mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu verwalten. Der liechtensteinische Oberste Gerichtshof verlangt vom Trustee eine höhere Sorgfalt als in eigenen Angelegenheiten.⁵⁹⁸ Im Sorgfaltspflichtgesetz vom Mai 1996 sind einige erhöhte Sorgfaltspflichten für gewerbsmäßige Trustee (idR Banken, Finanzgesellschaften, Rechtsanwälte) definiert.⁵⁹⁹ Nach der *Business Judgement Rule*, die im Jahr 2009 nach amerikanischem Vorbild in Artikel 182 Abs 2 PGR für Verbandspersonen kodifiziert worden ist, soll ein haftungsfreier Kernbereich unternehmerischen Ermessens bei Geschäftsentscheidungen gewährt werden. Demnach entspricht es den Grundsätzen der sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung, wenn ein

⁵⁹² Art 925 Abs 1 PGR.

⁵⁹³ Art 925 Abs 2 PGR.

⁵⁹⁴ Art 919 Abs 5 PGR.

⁵⁹⁵ Bzw in Schuldverschreibungen oder in unverbrieften Forderungen, bei denen inländische Gemeinwesen die Verzinsung garantieren oder in Darlehen liechtensteinischer Gemeinwesen, vgl Art 913 PGR.

⁵⁹⁶ Art 913 Abs 2 PGR.

⁵⁹⁷ Art 913 Abs 4 PGR.

⁵⁹⁸ LES 1987, 114.

⁵⁹⁹ Die aktuelle Version des Gesetzes vom 11.12.2008 ist online einsehbar unter <http://www.thk.li/index.php/rechtliche-grundlagen/sorgfaltspflichtgesetz->; vgl auch *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 252.

Mitglied der Verwaltung sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und vernünftigerweise annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Verbandsperson zu handeln. Diese Grundsätze müssen auch im Hinblick auf die von einem Trustee zu erbringende Sorgfalt gelten.⁶⁰⁰

5.6.4 Haftung des Trustee bei Breach of Trust

Verletzt der Trustee seine Pflichten aus dem Trust-Instrument oder subsidiär gemäß PGR, haftet er – wie im englischen Recht⁶⁰¹ – gegenüber den Beneficiaries nach den Grundsätzen des Vertragsrechts persönlich und mit seinem ganzen Vermögen (Artikel 924 Abs 1 PGR iVm § 1293 ff des liechtensteinischen ABGB).⁶⁰² Die Haftung setzt immer ein schuldhaftes Verhalten des Trustee voraus (vgl § 1295 des liechtensteinischen ABGB).⁶⁰³ Dem Trustee steht der Entlastungsbeweis zu (vgl § 1298 ABGB).

Co-Trustees haften, sofern die Treuhandurkunde es nicht anders bestimmt, unbeschränkt und solidarisch, soweit sie nicht nachweisen können, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in der Überwachung der Mittrehänder angewandt haben.⁶⁰⁴ Ein Rückgriffsrecht auf den Schuldigen bleibt vorbehalten. Der Trustee haftet auch für das Handeln eines Dritten, auf den er die Besorgung von Treuhandgeschäften übertragen hat; auch hier bleibt ein Rückgriffsrecht auf den Dritten vorbehalten.⁶⁰⁵ Der Trustee kann sich auch gänzlich oder zumindest teilweise von seiner Verantwortung befreien, wenn er beweisen kann, dass er „stets in guten Treuen“ gehandelt hat.⁶⁰⁶ Insofern herrscht Übereinstimmung mit der Rechtslage nach englischem Trust-Recht.

Im Außenverhältnis haftet der Trustee wie im englischen Trust-Recht unbeschränkt für von ihm eingegangenen Schulden des Trust-Vermögens, soweit sie

⁶⁰⁰ Siehe etwa LES 2008, 82; *Schurr*, Introduction to the Trust 19 f.

⁶⁰¹ Siehe oben Pkt. 4.8.5.12.

⁶⁰² Der bösgläubige Dritte haftet gegenüber den Beneficiaries gemäß Art 924 Abs 1 PGR für den Schaden nach den für unerlaubte Handlungen aufgestellten Grundsätzen, soweit die Beneficiaries nicht selbst Anlass zur Verletzung gegeben haben, vgl zur englischen Rechtslage der Haftung des bösgläubigen Dritten aufgrund der Annahme eines *constructive trust* oben Fn 169.

⁶⁰³ *Biedermann*, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 170.

⁶⁰⁴ Art 924 Abs 2 PGR.

⁶⁰⁵ Art 924 Abs 3 PGR.

⁶⁰⁶ Art 932a §147 Abs 2 PGR.

durch das Trust-Vermögen nicht gedeckt sind (Artikel 916 Abs 1 PGR), wobei die Haftung des Trustee im Trust-Instrument auf das Trust-Vermögen beschränkt werden kann.⁶⁰⁷ Im Unterschied zum englischen Recht räumt das Gesetz dem Trustee allerdings ein Rückgriffsrecht gegenüber den Beneficiaries ein⁶⁰⁸, sofern die Voraussetzungen für eine Anfechtung oder eine ungerechtfertigte Bereicherung gegeben sind. Dieses Rückgriffsrecht wird in der Literatur kritisiert; es sei nicht mit den Prinzipien des Trust-Rechts vereinbar, sondern reflektiere Elemente des Auftragsrechts, obgleich die fiduziarische Treuhänderschaft vom Trust streng abzugrenzen sei.⁶⁰⁹

5.6.5 Kündigung und Abberufung

Gemäß Artikel 908 PGR verfügt der Trustee nach einer zwingenden Mindestamtszeit von einem Jahr über ein Kündigungsrecht. Die Kündigung kann zum Schluss je eines Kalenderjahres mit einer Frist von drei Monaten erfolgen. Anders als nach englischer Rechtslage kann der Trustee somit von Gesetzes wegen sein Amt kündigen, ohne, dass dies von der Zustimmung der Beneficiaries abhängig ist. Andererseits können die Beneficiaries von Gesetzes wegen den Trustee nicht abberufen. Ein mit dem englischen Trust-Recht vergleichbares Recht der am Trust-Vermögen voll berechtigten Beneficiaries auf Abberufung des Trustee⁶¹⁰, besteht nach liechtensteinischem Recht nicht. Ein Abberufungsrecht besteht nur dann, wenn dies im Trust-Instrument vorgesehen ist.⁶¹¹ Die Rechtsstellung des Trustee im Verhältnis zu den Beneficiaries ist somit nach liechtensteinischem Recht von Gesetzes wegen stärker ausgestaltet. Auch eine Abberufung eines Trustee durch die Co-Trustees ist im PGR nicht vorgesehen. Nur das Gericht kann gemäß Artikel 929 Abs 3 PGR in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörden den Trustee – von Amts wegen oder aufgrund einer Anzeige eines Trustee oder Beneficiary – aus wichtigen Gründen seines Amtes entheben.⁶¹²

⁶⁰⁷ Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 255.

⁶⁰⁸ Beim *inter vivos* Trust besteht das Rückgriffsrecht vorrangig gegenüber dem Settlor, vgl Art 916 Abs 1 PGR.

⁶⁰⁹ Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 256; Bösch, Liechtensteinische Treuhänderschaft 294.

⁶¹⁰ Siehe zum Abberufungsrecht nach Trusts of Land and Appointment of Trustee Act 1996 oben Pkt. 4.9.4.

⁶¹¹ Vgl Art 917 Abs 2 PGR.

⁶¹² Siehe unten Pkt. 5.8.

5.7 Rechtstellung der Beneficiaries

Wie im englischen Trust-Recht sind auch beim liechtensteinischen Trust die Rechte der Beneficiaries das Herzstück des Trust; weil den Beneficiaries eine eigentumsähnliche Rechtsposition zukommt (*equitable ownership*), müssen ihnen auch hinreichende Schutzrechte zustehen.

5.7.1 Spurfolgerecht (Herausgabeanspruch bei *breach of Trust*)

Weil der liechtensteinische Trust wie sein Vorbild der englischen Trust keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, bedarf es neben der schuldrechtlichen Treueverpflichtung auch einer sachenrechtlichen Absicherung. Im Hinblick auf den Surrogationserwerb (dingliche Surrogation) beim Trust regelt zum einen Artikel 911 Abs 1 PGR nach dem Vorbild des englischen Trust-Rechts, dass zum Trust-Vermögen auch alle Vermögenswerte gehören, die durch die Verwaltung des Trust erworben worden sind, und gemäß Artikel 911 Abs 3 PGR auch alles, was aufgrund eines zum Trust-Vermögen gehörenden Rechtes als Ersatz für die Zerstörung oder Entziehung eines zum Trust-Vermögen gehörenden Gegenstandes oder sonst mit Mitteln des Trust-Vermögens erworben wird. Wie im englischen Recht ist das Recht der Beneficiaries, bestimmte Vermögenswerte als Trust-Vermögen zu beanspruchen, ein bevorzugtes Gläubigerrecht, weil gemäß Artikel 915 PGR das gesamte Trust-Vermögen – folglich auch seine Surrogate – dem Zugriff der Gläubiger des Trustee in Zwangsvollstreckung und Konkurs entzogen ist.

Zum andern ist in Artikel 912 Abs 3 und Artikel 932 a §§ 30, 99 PGR ein an das englische Trust-Recht angelehntes Spurfolgerecht verankert. Gemäß Artikel 912 Abs 3 PGR kann ein Beneficiary dann, wenn Dritte zum Trust-Vermögen gehörende Sachen oder Rechte in Kenntnis ihrer Trust-Zugehörigkeit vom Trustee erworben haben, ohne dass dieser verfügungsberechtigt war, einen „Herausgabe- und Bereicherungsanspruch“ zu Gunsten des Trust-Vermögens geltend machen. Voraussetzung für den Herausgabeanspruch ist demnach die Kenntnis des Dritten im Hinblick auf die Trust-Zugehörigkeit, wohingegen es auf die Entgeltlichkeit des Erwerbes durch den Dritten nicht ankommt. Im Widerspruch hierzu schützt die Bestimmungen zum Treuunternehmen unter Artikel 932 a § 30 PGR – wie das

englische Common Law⁶¹³ – nur den gutgläubigen entgeltlichen Erwerber vor einem Herausgabeanspruch.⁶¹⁴ Die Literatur folgt dem auch für den liechtensteinischen Private Express Trust.⁶¹⁵

5.7.2 Recht auf Einsicht und Information

Eben weil der Trust über keine Rechtspersönlichkeit verfügt, ist die Bedeutung einer aktiven Kontrollfunktion der Beneficiaries beim Trust – etwa im Vergleich zur Stiftung, bei der auch die Begünstigtenrechte wichtiges Element einer ausgewogenen Foundation Governance sind, – wesentlich größer.⁶¹⁶ Aus Artikel 923 Abs 2 PGR ergibt sich, dass der Trustee eines Testamentary Trust vorrangig einer „in der Treuhandurkunde angeführten Revisionsstelle“ und nur in Ermangelung einer solchen „dem Begünstigten, dem ein Anspruch zusteht“ Rechnung zu legen und Auskunft zu geben hat. Haben die Beneficiaries keinen Leistungsanspruch gegen den Trustee, dann ist gemäß Artikel 923 Abs 4 PGR dem Landgericht gegenüber Rechnung zu legen. Gemäß Artikel 923 Abs 5 PGR können die Rechte der Begünstigten in Abweichung der skizzierten Rangfolge statuarisch geregelt und der subsidiäre Charakter des Auskunftsrechtes beseitigt werden. Die Auskunftsrechte der Begünstigten können aber gemäß Artikel 923 Abs 5 PGR auch weiter eingeschränkt und sogar der Trustee hiervon ganz entbunden werden. Nach dem Gesetzeswortlaut bestünde also eine völlig flexible Gestaltungsmöglichkeit.

Veröffentlichte Rechtsprechung zum Auskunftsanspruch von Begünstigten eines liechtensteinischen Trust liegt nicht vor.⁶¹⁷ In der Literatur wird die Regelung des Artikel 923 PGR stark kritisiert. Zum einen sei der völlige Ausschluss der Begünstigten von der Kontrolle bei Einsetzung einer „Revisionsstelle“ oder durch

⁶¹³ Siehe zum Grundsatz bona fide purchaser for value of a legal interest without notice oben Pkt. 4.9.1.

⁶¹⁴ Art 932 a § 30 PGR: „Hat ein Treuhänder oder Vertreter des Treuunternehmens entgegen Treuanordnung oder Gesetz Treugut unrechtmässig veräussert, so hat jeder andere Treuhänder oder Begünstigungs- oder Anwartschaftsberechtigte das Recht zur Spurfolge nach dem Treugute, und er kann dasselbe nach Mitteilung an die geschäftsführenden Treuhänder namens und zu Gunsten des Treuunternehmens nach den Besitzesregeln herausverlangen, sofern das Treugut nicht von einem Dritten, der keine Kenntnis von der Treuhändereigenschaft zur Zeit des Erwerbes hatte, gegen angemessenes Entgelt erworben worden ist.“

⁶¹⁵ *Schurr*, Introduction to the Trust 22; *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 265 ff.

⁶¹⁶ *Schurr*, PSR 2011, 22.

⁶¹⁷ Siehe auch *Summer*, „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“ – die Auskunftsrechte von Begünstigten im liechtensteinischen Stiftungs- und Treuhandrecht, LJZ 2005, 46.

einfache Anordnung im Trust-Instrument unverständlich und mit dem Wesen des Trust-Rechts, das Schutz vor Missbrauch durch den Trustee bieten muss, unvereinbar.⁶¹⁸ Zum andern sei die Berechtigung alleine der „anspruchsberechtigten“ Begünstigten im Unterschied zum anglo-amerikanischen Treuhandrecht nicht nachvollziehbar. Schließlich habe sich der liechtensteinische Gesetzgeber auch bei den Bestimmungen zum Treuunternehmen an das anglo-amerikanische Vorbild gehalten.

Gemäß § 68 TrUG⁶¹⁹ steht ein Recht auf Auskunft in billiger Weise nämlich „jedem Begünstigten einschließlich der Anwartschaftsberechtigten, soweit es deren Rechte betrifft“ zu. Dieser Gedanke muss auch für den Trust herangezogen werden – wobei § 68 TrUG wohl nicht direkt zur Anwendung kommen kann, weil das Treuhandrecht in Artikel 923 PGR eben eine eigene Regelung des Auskunftsrechtes der Begünstigten enthält.⁶²⁰ Unter Bezugnahme auf die englische Trust-Rechtsprechung wird die Beschneidung zumindest des „Herzstückes“ der Einsichts- und Informationsrechte der Beneficiaries von der Literatur jedenfalls abgelehnt. Einsichts- und Informationsrechte sind jeweils in Relation zum Grad des eigentumsähnlichen Rechts der Begünstigten (*equitable ownership*) zu beurteilen. Das Auskunftsrecht darf auch durch eine im Trust-Instrument enthaltene Vertraulichkeitsanordnung an den Trustee nicht völlig entleert werden.⁶²¹ Eine Beschränkung der Rechte im Trust-Instrument ist zulässig, sofern die Zweckausrichtung des Trust besondere Vertraulichkeit erfordert; Grenze des Auskunftsrechtes ist seine rechtsmissbräuchliche Ausübung.⁶²² Insgesamt sind im Vergleich zum englischen Trust-Recht die Einsichts- und Informationsrechte der Beneficiaries nach liechtensteinischem Recht aber schwächer; im liechtensteinischen Trust-Recht kann die Rolle der Beneficiaries als Kontrollorgan durch entsprechende Regelungen im Trust-Instrument geschaffen werden und resultiert nicht schon aus dem Gesetz.

⁶¹⁸ Biedermann, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 298, 301.

⁶¹⁹ Art 932 a § 68 PGR.

⁶²⁰ Bösch, Liechtensteinische Treuhänderschaft 79; Summer, LJZ 2005, 46.

⁶²¹ Schurr, PSR 2011, 24; iE auch Summer, LJZ 2005, 49, der dafür plädiert, dass Art 923 PGR durch einen Verweis auf § 68 TrUG ersetzt bzw gestrichen wird.

⁶²² Schurr, PSR 2011, 24 ff; Bauer, Trust und Anstalt 22.

5.7.3 *Saunders v Vautier*- Regel

Die schwächere Stellung der Beneficiaries nach liechtensteinischem Recht im Vergleich zum englischen Recht zeigt sich weiters insbesondere dadurch, dass die *Saunders v Vautier*- Regel nicht Eingang in das liechtensteinische Trust-Recht gefunden hat.⁶²³ Artikel 906 Abs 1 und 2 PGR sieht im Bezug auf die Beendigung des Trust durch die Beneficiaries keine Regelungen vor. Das bedeutet, dass im Unterschied zum englischen Recht die Beneficiaries nicht von Gesetzes wegen – sofern sie allesamt bestimmbar und gemeinsam voll am Trust-Vermögen berechtigt sind – den Trust beenden und die Vermögensübertragung verlangen können.⁶²⁴ Die Beneficiaries können den im Trust-Instrument manifestierten Willen des Testator insofern nicht durch gemeinsamen Beschluss übertreffen.

5.7.4 Änderung des Trust

Sofern der Testator im Trust-Instrument den Beteiligten kein Änderungsrecht eingeräumt hat, gilt gemäß Artikel 910 Abs 4 PGR, dass die Vorschriften über die Abänderung einer Stiftung durch das Gericht im Außerstreitverfahren entsprechend Anwendung finden. In entsprechender Anwendung des Artikel 565 Abs 1 PGR kann auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen nach Anhörung aller Beteiligten die Organisation des Trust abgeändert werden, wenn die Erhaltung des Trust-Vermögens oder die Wahrung des Trust-Zweckes die Abänderung dringend erfordert.⁶²⁵ Eine Änderung des Trust bzw des Trust-Instruments allein durch die Beneficiaries ist beim liechtensteinischen Trust von Gesetzes wegen somit nicht zulässig. Auch diesbezüglich zeigt sich die schwächere Stellung der Beneficiaries im liechtensteinischen Recht.

5.8 Rolle des Gerichtes

Wie im englischen Trust-Recht unterstehen auch liechtensteinische Private Express Trusts in Form des *Family Trust*⁶²⁶ nicht der ständigen Aufsicht durch das Gericht (vgl Artikel 929 PGR). Allerdings schreitet das Gericht ein, wenn die

⁶²³ *Schurr*, Introduction to the Trust 27; *Biedermann*, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 469 ff; *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 231 ff.

⁶²⁴ Siehe oben Pkt. 4.9.4.

⁶²⁵ Vgl *Moosmann*, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 226 f; *Bösch*, Liechtensteinische Treuhänderschaft 432 f; Art 910 Abs 4 PGR verdrängt insofern § 165 Abs 1 TrUG als *lex specialis*.

⁶²⁶ Das PGR spricht von der „Familien-Treuhänderschaft“, siehe Art 929 Abs 1 PGR.

Trust-Beteiligten dies begehren. So regelt Artikel 919 Abs 6 PGR, dass der Trustee, wenn er über die Zulässigkeit oder Angemessenheit einer Verwaltungshandlung oder einer Verfügung über das Trust-Vermögen im Zweifel ist oder wenn ein Co-Trustee seine Mitwirkung verweigert, das Gericht für eine bindende Auskunft anzurufen hat.

Das Antragsrecht der Beneficiaries ist im PGR nicht ausdrücklich vorgesehen, wird aber aus dem in den Bestimmungen des PGR verankerten Grundsatz der Realdurchsetzung bzw der Sicherung der Realdurchsetzung der Begünstigtenansprüche geschlossen.⁶²⁷ Gemäß Artikel 927 Abs 1 und 2 PGR und Artikel 932 a § 98 Abs 1 und § 99 Abs 1 PGR können die Beneficiaries Maßnahmen zu ihrer Rechtsdurchsetzung verlangen. Das Gericht hat dann – angelehnt an das englische Trust-Recht – eine umfängliche Kompetenz zu anordnender und unmittelbar selbst eingreifender punktueller Mitwirkung.⁶²⁸ Insbesondere kann das Gericht auf Antrag der Beneficiaries den Trustee wegen Verletzung seiner Pflichten abberufen (vgl Artikel 929 Abs 3 PGR).

In Abweichung vom englischen Recht, wonach das Gericht nur auf Antrag der Beneficiaries tätig wird, kann das Gericht nach liechtensteinischem Recht auch von Amts wegen einschreiten. Das Gericht kann von Amts wegen ein Abberufungsverfahren gegen einen Trustee einleiten und diesen nach Anhörung der Beteiligten und nach vorheriger Ermahnung aus wichtigem Grunde abberufen (Artikel 929 Abs 3 PGR).⁶²⁹

5.9 Beendigung des liechtensteinischen Trust

Wie im englischen Recht endet der Trust nach den Bestimmungen des Testators im Trust-Instruments oder wenn das Trust-Vermögen untergeht und kein Ersatz an seine Stelle tritt (Artikel 906 Abs 1 PGR). Sieht das Trust-Instrument keine Bestimmungen über die Beendigung des Trust vor, kann der Testamentary Trust in Anwendung der Bestimmung über das Treuunternehmen (vgl Artikel 910 Abs

⁶²⁷ *Biedermann*, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 540.

⁶²⁸ *Biedermann*, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 541.

⁶²⁹ *Schurr*, Liechtenstein Journal 2011, 12; diese extensive Auslegung von Art 929 Abs 3 PGR ist für die Glaubwürdigkeit Liechtensteins als Trust-Rechtsordnung essentiell.

5 iVm Artikel 932a § 17 Abs 2 Ziffer 2 PGR) durch das Gericht nur dann beendet werden, wenn alle Beneficiaries und alle Trustees einer Auflösung zustimmen.⁶³⁰

Ein wesentlicher Unterschied zum englischen Trust liegt darin, dass der liechtensteinische Trust auf unbegrenzte Zeit errichtet werden kann: Das liechtensteinische Recht kennt weder die „*rule against perpetuity*“ noch die „*rule against accumulation*“.⁶³¹ Dies ist darauf zurückzuführen, dass im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen in Liechtenstein der Fideikomiss ausdrücklich im Gesetz zugelassen ist.⁶³²

5.10 Ergebnis der Analyse

Funktion und rechtliche Struktur des liechtensteinischen Testamentary Trust sind stark an das englische Vorbild angelehnt, wobei der liechtensteinische Gesetzgeber das Trust-Recht in kontinentaleuropäische Rechtsstruktur und -begriffe „übersetzt“ hat. Im Gegensatz zum englischen Trust entsteht der Trust erst mit Annahme durch den Trustee und es besteht durch die Registrierungspflicht eine gewisse Publizität, wobei die Person des Testators und der Beneficiaries nicht bekannt gegeben werden müssen. Im Übrigen gelten die unter Kapitel 4.12. für den englischen Trust aufgestellten Kriterien im Wesentlichen auch für den liechtensteinischen Testamentary Trust. Allerdings hat der liechtensteinische Gesetzgeber das englische Trust-Konzept an manchen Stellen mehr oder weniger geringfügig adaptiert, um dem Trust-Errichter einen besonderen Gestaltungsspielraum zu verleihen. An dieser Stelle sind nur die wesentlichen Unterschiede zum englischen Trust-Recht herauszustellen, die von den unter Kapitel 4.12. aufgezählten Merkmalen des englischen Trust abweichen.

So unterscheidet sich der liechtensteinische Testamentary Trust hinsichtlich der Rechtstellung der Beneficiaries vom englischen Trust. Der liechtensteinische Gesetzgeber hat die Einflussrechte der Beneficiaries bewusst eingeschränkt, um den liechtensteinischen Trust wettbewerbsfähiger zu machen. Die Beneficiaries haben nach dem Verständnis des liechtensteinischen Trust-Rechts (sofern sie

⁶³⁰ Biedermann, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 478 ff; Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 230 f; die Bestimmungen des § 17 Abs 2 TrUG gehen insofern Art 906 Abs 2 PGR vor.

⁶³¹ Biedermann, Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts 161.

⁶³² Vgl Moosmann, Angelsächsischer trust und liechtensteinische Treuhänderschaft 230; Frick-Tabarelli, Treuhänderschaft gemäß Art 897 ff PGR 108 f.

nicht selbst auch Trustee sind) nur eine passive Kontrollfunktion und dürfen grundsätzlich keine aktive Rolle einnehmen, wobei abweichende Anordnungen des Testator zulässig sind⁶³³:

- Die passive Rolle der Nachlassberechtigten zeigt sich zum einen dadurch, dass ihnen gegen dem Verwalter grundsätzlich nur stark eingeschränkte Einsichts- und Informationsrechte zustehen; bei Ermessensbegünstigten ist jedenfalls gegenüber dem Gericht Rechnung zu legen.
- Die Nachlassberechtigten sind zudem grundsätzlich weder alleine noch gemeinsam berechtigt, den Verwalter abzurufen, noch die Auskehrung des Nachlassvermögens zu verlangen und das Rechtsinstitut zu beenden, noch die Bestimmungen des Trust-Instrumentes zu ändern

Hingegen übernimmt das Gericht von Gesetzes wegen eine im Vergleich zum englischen Recht stärkere Kontrollfunktion:

- Das Gericht ist zum einen berechtigt, das Gebahren des Trustee von Amts wegen zur überprüfen und den Trustee beim Vorliegen von wichtigen Gründen notfalls abzurufen.
- Weiters ist das Gericht – ggf unter Mitwirkung aller Beteiligten (dh aller Nachlassberechtigten und Verwalter) ermächtigt, das Trust-Verhältnis zu ändern oder vollends aufzulösen.

Eine Besonderheit im Vergleich zum englischen Trust gilt hinsichtlich der Außenhaftung des Verwalters:

- Der Verwalter haftet nach außen hin, im Verhältnis zu Dritten, persönlich und mit seinem ganzen Vermögen, kann jedoch Regress bei den Nachlassberechtigten nehmen, wenn diese durch sein pflichtwidriges Verhalten einen Vorteil erlangt haben.

Ein weiterer gewichtiger Unterschied zum englischen Trust besteht hinsichtlich der Dauer des Bestehens des Trust:

- Sofern der Testator nichts anderes verfügt hat und Vermögen vorhanden ist, besteht das Rechtsinstitut auf unbestimmte Zeit.

⁶³³ Schurr, Liechtenstein Journal 2011, 10.

6 Funktionsverwandte Rechtsinstitute im österreichischen Recht

Im Weiteren soll nun das österreichische Recht auf Rechtsinstitute untersucht werden, mit denen die Zwecke und Funktionen eines Testamentary Trust im österreichischen Recht erreicht werden können. Auf jene Rechtsinstitute könnte – abhängig vom jeweiligen Einzelfall – im Rahmen einer gegebenenfalls vorzunehmenden Umdeutung bzw Anpassung zurückgegriffen werden.

6.1 Ausgangslage

Ausgangspunkt für den funktionalen Rechtsvergleich ist die Identifizierung jener Rechtsinstitute, die – ungeachtet ihrer systembedingten rechtskonstruktiven Ausgestaltung⁶³⁴ – zur Erreichung gleicher bzw möglichst ähnlicher Rechtsfolgen verwendet werden. Ausgehend von der vorstehenden Analyse ist das besonders kennzeichnende Merkmal des Testamentary Trust die langfristige und auch gegenüber Dritten zwingende Bindung des Nachlasses durch Einsetzung eines unparteiischen Verwalters zugunsten mehrerer (in der Regel aufeinander folgender) Nachlassberechtigter.⁶³⁵ Die besondere Nachlassbindung und Begünstigung mehrerer Generationen wird durch zwei Techniken zur privaten Erbrechtssetzung erreicht.⁶³⁶ Weil der Verwalter der formale Eigentümer des Nachlassvermögens ist, hat dies zum einen zur Folge, dass die Nachlassberechtigten über die Nachlassgegenstände weder zu Lebzeiten noch von Todes wegen verfügen können. Zum andern ist auch das Amt des Verwalters nicht vererblich.⁶³⁷ Sowohl die Nutzteilhabe der Berechtigten wie die Verwaltungsteilhabe des Verwalters sind somit dem gesetzlichen Erbrechtsmodell entzogen.⁶³⁸ Weiters dient die Einsetzung eines neutralen Dritten als Verwalter insbesondere dazu, Interessenkollisionen zwischen den nebeneinander stehenden oder nacheinander folgenden Nachlassbegünstigten zu lösen.⁶³⁹

Auch die österreichische Rechtsordnung kennt Rechtsfiguren, wonach die Summe der subjektiven Rechte an Vermögensgegenständen auf zwei oder mehrere

⁶³⁴ Vgl *Klein*, ZVglRWiss 2002, 185.

⁶³⁵ Vgl *Kötz*, Trust und Treuhand 33; *Klein*, ZVglRWiss 2002, 197.

⁶³⁶ Vgl *Dutta*, Warum Erbrecht? (2014) 86.

⁶³⁷ Das Amt des Trustee ist grundsätzlich nicht vererblich, sondern ein Nachfolger wird – sofern das Trust-Instrument nichts anderes regelt – von den übrigen Trustee bzw nach Tod des einzigen Trustee von dessen *personal representative* ernannt; siehe bereits oben Pkt. 4.8.2.

⁶³⁸ Vgl *Dutta*, Warum Erbrecht? 86.

⁶³⁹ *Kötz*, Trust und Treuhand 97.

Personen verteilt sind, sodass die Nutzung einer Sache („Nutzungsteilhabe“)⁶⁴⁰ einer anderen Person obliegt als alle übrigen Befugnisse an der Sache (insbesondere die „Verwaltungsteilhabe“⁶⁴¹). Klar ist, dass es aufgrund der Abweichungen vom österreichischen Sachenrecht kein vollständiges Äquivalent zum Trust gibt, sodass keine „exakte“ Übersetzung des Trust möglich und gegebenenfalls eine Kombination von mehreren Rechtsfiguren herbeizuführen ist.

Welche Rechtsfiguren des österreichischen Rechtes kommen nun für eine vergleichbare langfristige Nachlassbindung unter kontrollierter Verwaltung in Betracht?⁶⁴² Im Falle, dass die Festlegung eines Vermögens zugunsten von Begünstigten in einem Testament verfügt wird, stellt das österreichische Erbrecht eine Reihe von Instituten zur Verfügung: Am Nachlass berechtigt können Erben oder Vermächtnisnehmer sein. Eine Bindungswirkung bzw ein zeitliches Nacheinander mehrerer Nachlassberechtigter lässt sich durch die Einsetzung von Vor- und Nacherben sowie durch die Anordnung eines Vor- oder Nachvermächtnisses erreichen. Als neutralen Dritten, der eine Verlassenschaft verwaltet, kennt das österreichische Erbrecht den testamentarisch eingesetzten Testamentsvollstrecker. Das österreichische Erbrecht sieht zudem das Instrument der Auflage an den Erben vor, durch welche der Erbe zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet wird. Verlassenschaftsgegenstände können auch mit einem letztwilligen Veräußerungs- und Belastungsverbot belegt werden. Im Hinblick auf eine erbrechtliche Auflage könnte man an die Umdeutung des Testamentary Trust in die Auflage an die Erben zur Errichtung eines Trust unter Lebenden denken.⁶⁴³ Es sei insofern aber nochmals daran erinnert, dass aufgrund der sachenrechtlichen Unvereinbarkeit mit dem österreichischen Recht die Trust-Errichtung an im Inland belegtem Vermögen nicht möglich ist.⁶⁴⁴ Zu denken ist aber an eine Auflage an die Erben zum Abschluss eines Treuhandvertrages mit dem vom Erblasser benannten Trustee. Das Trust-Instrument könnte weiters auch als postmortale Vollmacht zugunsten einer mit der Vermögensverwaltung betrauten Person verstanden werden.

⁶⁴⁰ Vgl *Dutta*, Warum Erbrecht? 86.

⁶⁴¹ Vgl *Dutta*, Warum Erbrecht? 86.

⁶⁴² Vgl hierzu nur *Eiselsberg/Wolff*, Trusts 204.

⁶⁴³ So *Tuppa*, GeS 2009, 215.

⁶⁴⁴ Siehe oben Pkt. 3.4.2.

Langfristige Vermögensbindung und Vermögensverwaltung zugunsten mehrerer Berechtigter kann insbesondere auch durch Errichtung einer Privatstiftung erreicht werden. Das österreichische Recht kennt die Privatstiftung zu rein privatem oder zu auch privatem Zwecke, die durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden kann.

Bei Geltung des deutschen Erbstatuts wird im Hinblick auf die Umdeutung als Äquivalent eines Testamentary Trust auch eine sogenannte „unselbständige Stiftung“ von Todes wegen in Betracht gezogen.⁶⁴⁵ Bei dieser von der Kautelarjurisprudenz herausgebildeten Figur überträgt der Stifter Stiftungsvermögen nicht auf eine rechtsfähige Stiftung, sondern wird eine natürliche oder juristische Person durch einseitige Verfügung zum Erben oder Vermächtnisnehmer des Stiftungsvermögens eingesetzt und durch Auflage zur Einhaltung eines bestimmten Stiftungszweckes veranlasst.⁶⁴⁶ Im österreichischen Recht ist die Errichtung einer unselbständigen Stiftung allerdings nur zu gemeinnützigem bzw mildtätigen Zwecken anerkannt⁶⁴⁷ (vgl § 646 ABGB), sodass das Rechtsinstitut für nachfolgende Untersuchungen ausscheidet.

6.2 Rechtsvergleich mit Erbeinsetzung und Legat unter Anordnung der Testamentsvollstreckung

In der deutschen Rechtsprechung und Literatur wird vertreten, dass im Falle der Testierung nach englischem Recht durch Errichtung eines Testamentary Trust regelmäßig nicht der Trustee als Erbe anzusehen ist, sondern in aller Regel seine Einsetzung in die Anordnung einer (Dauer-) Testamentsvollstreckung gemäß §§ 2197 ff BGB umzudeuten ist, während die Beneficiaries als Erben bzw Vor- und Nacherben oder Vermächtnisnehmer in Betracht kommen.⁶⁴⁸ Zwar gewährt

⁶⁴⁵ *Süß*, Der Trust als Gestaltungsmittel deutscher Erblasser in *DNotI* (Hrsg), Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut (2003) 400 f.

⁶⁴⁶ *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, Kommentar zum BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil⁴ (2010) Vorbem zu § 80 ff Rz 231 ff.

⁶⁴⁷ *Weiß* in *Klang* Kommentar zum ABGB III² 472,474.

⁶⁴⁸ OLG Schleswig v. 9.7.2014, 3 Wx 15/14, FamRZ 2015, 357 f, BeckRS 2014, 17906; KG Berlin v. 3.4.2012, 1 W 557/11, ZEV 2012, 593 (594 f) mit Anm *Lehmann*; BayObLG v. 18. 3. 2003, 1Z BR 71/02, ZEV 2003, 503 (508); OLG München v. 26.7.2006 32 Wx 88/06, ZEV 2006, 456 f mit Anm *Werner* (458) unter Hinweis auf BayObLG v. 1. 2. 1980, 1Z 72/79, IPRax 1982, 111 (Dauertestamentsvollstreckung) und OLG Frankfurt v. 2. 5. 1972, 20 W 130/71, DNotZ 1972, 543; v. 29. 2. 1965, 7 U 222/64, IPRspr 1966/67 Nr. 168a; v. 29. 12. 1962, 6 W 481/60, IPRspr 1962/63 Nr. 146; LG Nürnberg/Fürth v. 29. 12. 1962, 22 T 181/60, IPRspr 1962/63 Nr. 148 (Vor-und Nacherbschaft iVm Testamentsvollstreckung); *J.*

das Trust-Recht dem Trustee das formale Eigentum und schmälert dieses zugunsten der Beneficiaries um das Nutzungsrecht am Nachlass, wohingegen bei der Testamentsvollstreckung die Beneficiaries Erben sind und die Verfügungs- und Vertretungsbefugnis über den Nachlass abgespalten wird. Bezogen auf ihren jeweiligen Rechtskreis wird aber von der deutschen Rechtsprechung und Literatur eine funktionelle Äquivalenz der Rechtsinstitute Testamentary Trust und Testamentsvollstreckung konstatiert. Im Folgenden wird insbesondere untersucht, ob diese Annahme grundsätzlich auch für das österreichische Recht zutreffend ist, dh ob die Erbeneinsetzung unter Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht mit dem Testamentary Trust (nach englischem und liechtensteinischem Recht) funktional vergleichbar ist.

6.2.1 Wer kommt als Erbe, wer als Vermächtnisnehmer in Betracht?

Zunächst ist zu fragen, welcher der am Testamentary Trust Beteiligten bei einer Umdeutung – je nach Ausgestaltung des Testamentary Trust im Einzelfall – als „Erbe“ bzw als „Vermächtnisnehmer“ nach österreichischem Recht qualifiziert werden kann. Der Trust selbst kommt mangels Rechtspersönlichkeit nicht als Erbe in Betracht. Der Trustee ist zwar *legal owner* des Trust-Vermögens, allerdings soll das Trust-Vermögen nach der Vorstellung des Erblasser die Verfügungsgewalt des Trustee wieder verlassen und an die Beneficiaries ausgekehrt werden, ohne dass dem Trustee irgendwelche Nutzungsrechte am Nachlass zustehen. Der *legal title* dient allein dazu, dem Trustee die Verfügungsbefugnis über das Trust-Vermögen zu verschaffen. Dies lässt sich auch anhand der zum liechtensteinischen Trust vertretenen Auffassung über das dem Trustee zustehende (bloße) Verwaltungsrecht *sui generis* nachvollziehen.⁶⁴⁹ Nach dem Willen des Erblassers soll der Trustee gerade nicht Rechtsnachfolger des Erblassers sein, der wirtschaftliche Nutzen des Nachlasses soll vielmehr den Beneficiaries zukommen. Diesen stehen auch die nach „außen“ hin wirkenden,

Mayer in MünchKomm BGB IX⁶ § 2369 Rn 35; *Dutta* in MünchKomm BGB XI⁶ Art 31 EuErbVO Rz 10; *Dörner*, Trust 224; *Flick/Piltz*, Internationaler Erbfall Rz 1041.

⁶⁴⁹ Siehe hierzu oben Pkt.3.2.2.

dinglichen Schutzrechte zu. Als Erben bzw als Vermächtnisnehmer kommen unter diesem Gesichtspunkt allein die Beneficiaries in Betracht.⁶⁵⁰

Für die Unterscheidung zwischen Erbeinsetzung und Legat nach österreichischem Recht ist es zunächst wichtig, ob der Erblasser den Bedachten zum Universalsukzessor⁶⁵¹ oder zum Einzelrechtsnachfolger machen wollte.⁶⁵² Ein Beneficiary kann daher überhaupt nur als Erbe angesehen werden, wenn ihm letztlich der ganze Nachlass oder ein quotenmäßiger Anteil am ganzen Nachlass zustehen soll, jede sonstige Begünstigung muss als Legat übersetzt werden.⁶⁵³

Wie in Kapitel 4.7. und 5.5 aufgezeigt, hat der Testator im Hinblick auf die Rechstellung der Beneficiaries einen weiten Gestaltungsspielraum. Das Trust-Recht unterscheidet insofern zwischen unterschiedlichen Begünstigtenkategorien, auf die der Testator zurückgreifen kann: Begünstigte mit Anspruch auf Bezugs- oder Nutzungsrechten am Trust-Vermögen (*fixed interest*), Ermessensbegünstigte (*discretionary interest*) und bloße *objects of power of appointment*. Nach österreichischem Recht muss der Erblasser den Erben selbst bestimmen (§ 565 ABGB). Der Erbe muss zwar nicht namentlich bezeichnet, aber zumindest bestimmbar sein.⁶⁵⁴ Der Erblasser darf die Benennung nicht einem Dritten, dh auch nicht einem anderen Erben überlassen.⁶⁵⁵ Ebenso ist es ungültig, wenn verfügt wird, dass der Anteil des Erben durch einen Dritten bestimmt wird.⁶⁵⁶ Hingegen ist gemäß § 651 ABGB beim Vermächtnis die Bestimmung der Begünstigten durch den Erben oder durch einen Dritten (zB durch den Testamentsvollstrecker) durchaus zulässig.

⁶⁵⁰ Klein, ZVglRWiss 2002, 187; Kötz, Trust und Treuhand 578; Czermak, express trust 294; OLG Schleswig v. 9.7.2014, 3 Wx 15/14, FamRZ 2015, 357 f.; BayObLG v. 18.3.2003, 1 Z BR 71/02, ZEV 2003, 503; KG v. 3. 4. 2012, 1 W 557/11 ZEV 2012, 594.

⁶⁵¹ Der Erbe haftet nach Einantwortung somit grundsätzlich auch für die Erblässerschulden; anderes gilt nur, wenn er eine bedingte Erbantrittserklärung abgegeben hat, worauf ein Inventar zu erstellen ist und der Erbe nur auf den Nachlass beschränkt haftet (vgl § 801 f ABGB).

⁶⁵² OGH in EvBl 1951/35; NZ 1984, 130.

⁶⁵³ Vgl Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 563; Eccher/Apathy, Bürgerliches Recht VI³ 105.

⁶⁵⁴ Welser in Rummel, ABGB- Erbrecht⁴ (2014) § 565 Rz 2.

⁶⁵⁵ Zulässig ist allenfalls, dass der Erblasser einem Dritten die Auswahl des Erben unter mehreren Personen nach sachlichen Gesichtspunkten überträgt; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴, 565.

⁶⁵⁶ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 565; Welser in Rummel, ABGB⁴ § 565 Rz 3.

Der Erblasser muss die Vermächtnisnehmer zumindest „der Kategorie nach“ umschreiben und somit die Personengruppe eingeeengt haben (Verteilungsvermächtnis).⁶⁵⁷ Der Erblasser kann gemäß § 651 ABGB einem Dritten neben der Auswahl der Person auch die Bestimmung der Höhe der Zuwendung überlassen.⁶⁵⁸ Bei der Übersetzung des Testamentary Trust in österreichisches Recht kommen somit als Erben nur jene in der Trust-Urkunde namentlich bestimmt oder bestimmbaren Beneficiaries in Betracht, denen – gegebenenfalls gemeinsam⁶⁵⁹ – ein endgültiger vermögensmäßiger Anteil am Nachlass zukommen soll. Dies können insbesondere Beneficiaries mit *fixed interest* – dh klagbarem Anspruch auf Übertragung von Trust-Vermögen – sein oder vom Erblasser benannte Letztbegünstigte, denen bei Beendigung des Trust das verbleibende Trust-Vermögen übertragen werden soll (*remaindermen*⁶⁶⁰). Für die Übersetzung in die starke Stellung eines Erben spricht insbesondere, wenn der am gesamten Trust-Vermögen berechnete Beneficiary nach den Bestimmungen der Trust-Urkunde (etwa in der Position als Co-Trustee) über etwaige Zuwendungen an Ermessensbegünstigte entscheiden darf.⁶⁶¹ Soll nach dem Willen des Testator bei Wegfall eines am Trust-Vermögen voll berechtigten Beneficiary an seiner Stelle ein anderer Beneficiary eintreten, kann von Ersatzerbschaft im Sinne der §§ 604 ff ABGB ausgegangen werden.

⁶⁵⁷ Welser in Rummel, ABGB⁴ § 651 Rz 1; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2013) § 651 Rz 1, 2; Eccher in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar zum ABGB Band III⁴ (2014) § 651 Rz 1.

⁶⁵⁸ Siehe auch Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba, Erbeinsetzung und Vermächtnis in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 494.

⁶⁵⁹ Mehrerer Erben bilden hinsichtlich ihres Erbrechts vor der Einantwortung eine Erbengemeinschaft. Ihr Anteil richtet sich nach ihren Erbquoten. Die Gemeinschaft bleibt nach Einantwortung hinsichtlich der einzelnen Sachen und Rechte der Verlassenschaft solange aufrecht bis die Gemeinschaft durch Erbteilungsübereinkommen oder Teilungsklage geteilt wird. Teilbare Forderungen (idR Geldforderungen) zerfallen mit Einantwortung in selbständige Teilforderungen, vgl Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 550 Rz 1 f. Die Erbengemeinschaft ist gemäß § 550 ABGB schlichte Rechtsgemeinschaft. Da jeder Miterbe vollständiger Eigentümer seines Anteils ist, kann er diesen unabhängig von den anderen Miterben verpfänden, vermachen oder veräußern (vgl § 829 ABGB).

⁶⁶⁰ Siehe oben Pkt. 4.7.1.

⁶⁶¹ Vgl OLG Schleswig v. 9.7.2014, 3 Wx 15/14, FamRZ 2015, 357 f; als von zentraler Bedeutung für die Anordnung der Alleinerbenstellung wurde hier beurteilt, dass den Begünstigten das Grundvermögen und zusätzlich der gesamte Restnachlass der nach Bildung des Sondervermögens („*discretionary fund*“) und Begleichung der Schulden verbleibt, zugewiesen wurde. „Weil sie [die Begünstigte] zudem über ihre starke Stellung als Mit-Trustee auch über die Errichtung des Sondervermögens und dessen Verteilung in der Weise mitbestimmt, dass nicht ohne ihren Willen gehandelt werden kann, kommt ihr die eigentliche Stellung der Letztbegünstigten am Nachlass im Sinne einer Alleinerbenstellung nach deutschem Recht zu.“

Wenn allerdings ein Discretionary Trust zugunsten einer Klasse von Beneficiaries vorliegt, entscheidet nach dem Willen des Erblassers der Trustee über die Auswahl des einzelnen Begünstigten und gegebenenfalls über den Gegenstand und das Ausmaß der Begünstigung. Die Beneficiaries haben dann zwar einen Anspruch gegen den Trustee auf Ausübung des Ermessens, allerdings nicht auf eine bestimmte Begünstigung.⁶⁶² Mangels ausreichender Bestimmtheit scheidet somit eine Erbenstellung aus. Vielmehr ist der Beneficiary mit *discretionary interest* vergleichbar mit einem Vermächtnisnehmer gemäß § 651 ABGB, der durch den Trustee bestimmt wird. Der durch das Vermächtnis erlangte schuldrechtliche und nötigenfalls einklagbare Anspruch des Vermächtnisnehmers⁶⁶³ ist in diesem Falle ein Anspruch auf Tätigwerden des Trustee (bzw des Testamentsvollstreckers). Beneficiaries unter einem Discretionary Trust sind daher als Vermächtnisnehmer anzusehen.⁶⁶⁴ Ihre Vermächtnisse in Form von Bezugs-, Nutzungs- oder Nießbrauchrechten beschweren jene Beneficiaries, die als Erben betrachtet werden können. Auch die Einsetzung von Ersatzlegataren ist zulässig (§ 652 ABGB). Bloßen *objects of power of appointment* stehen wie aufgezeigt keine Ansprüche auf Begünstigung bzw auf Tätigwerden des Trustee zu. Daher können diese auch nicht als Vermächtnisnehmer im Sinne des österreichischen Rechts behandelt werden. Zuwendungen im Rahmen der *power of appointment* sind allenfalls zum Aufgabenbereich des Nachlassverwalters zu zählen oder als Auflage an den Erben zu verstehen.

Kann auch nach Auslegung der Bestimmungen des Testaments unter den Beneficiaries kein (erbfähiger) eingesetzter Erbe festgestellt werden, weil etwa alle Zuwendungen aus dem Nachlass in das Ermessen des Trustee gestellt sind, sodass alle Beneficiaries als Vermächtnisnehmer anzusehen sind, bleibt bei einer Übersetzung des Testamentary Trust nichts anderes übrig, als den Trustee selbst als testamentarisch eingesetzten Erben zu betrachten.⁶⁶⁵ Wenn ein und dieselbe Person – zB ein überlebender Ehegatte – gleichzeitig als (Co-)Trustee und als Beneficiary eingesetzt wird, kann dies angesichts der umfassenden Zuweisung von Befugnissen ebenso als – gegebenenfalls mit Vermächtnissen zugunsten von

⁶⁶² Siehe oben Pkt. 4.7.2.

⁶⁶³ Vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 601, 603.

⁶⁶⁴ Vgl OLG Schleswig, 9.7.2014, 3 Wx 15/14, FamRZ 2015, 357 f.

⁶⁶⁵ Vgl *Wittuhn*, Internationales Privatrecht des trust 419.

discretionary Beneficiaries belastete – Erbeinsetzung anzusehen sein.⁶⁶⁶ Bei einer entsprechenden Umdeutung könnten dann die im Trust-Instrument enthaltenen Anweisungen an den Trustee über die Verwaltung und Verteilung des Trust-Vermögens unter Umständen als Auflage an den Erben im Sinne von § 709 f ABGB behandelt werden⁶⁶⁷, wodurch die Interessen der Vermächtnisnehmer abgesichert werden könnten.

Im Falle, dass der Erblasser testamentarisch verfügt hat, dass nur über einen Teil seines Nachlasses ein Testamentary Trust errichtet werden soll, können die Beneficiaries des Testamentary Trust im Rahmen der Umdeutung selbstredend nicht als Erben des gesamten Nachlasses nach dem Erblasser betrachtet werden. Vielmehr sind dies die testamentarisch eingesetzten bzw mangels solcher die gesetzlichen Erben, deren Erbteile als mit Vermächtnissen zugunsten der vom Erblasser bestimmten Beneficiaries belastet anzusehen sind.

Im Falle eines *pour over* Trust⁶⁶⁸, bei dem der Erblasser testamentarisch verfügt, dass Nachlassvermögen auf einenen bereits zu Lebzeiten errichteten Trust übertragen werden soll, muss Vorgesagtes entsprechend gelten, dh entscheidet die Ausgestaltung des Trust darüber, ob der Trustee oder Beneficiaries als Erben bzw Vermächtnisnehmer am Nachlassvermögens anzusehen sind.

6.2.2 Vor- und Nacherbschaft gemäß §§ 608 ff ABGB

Für eine Umdeutung relevant sein kann weiters das Institut der Vor- und Nacherbschaft, die sog fideikommissarische Substitution⁶⁶⁹ gemäß §§ 608 ff ABGB.⁶⁷⁰ Diese bietet wie der Testamentary Trust die Möglichkeit, Nachlassvermögen langfristig zu binden und den Nutzen mehreren, aufeinander folgenden Generationen zuzuwenden.⁶⁷¹ Der Erblasser kann – vergleichbar mit der Anordnung von *successive Beneficiaries* beim Trust – bestimmen, dass nach einem ersten Erben weitere Personen zur Erbschaft gelangen sollen.

⁶⁶⁶ *Siß*, Trust als Gestaltungsmittel deutscher Erblasser 397.

⁶⁶⁷ Siehe zur Auflage an die Erben auch unten Pkt. 6.5.1.

⁶⁶⁸ Sie hierzu oben 4.5.2 und 5.2.

⁶⁶⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht III 4 584 f.

⁶⁷⁰ Die Bestimmungen über die Vor- und Nacherbschaft gemäß §§ 608 ABGB wurden durch das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 lediglich sprachlich aktualisiert.

⁶⁷¹ Vgl auch *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba*, Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens 517.

Bei Eintritt des Substitutionsfalles soll nach dem Vorerben der Nacherbe (Substitut) den Nachlass erhalten (§ 608 ABGB). Hierbei muss insbesondere der Nacherbe noch nicht zum Zeitpunkt des Erbfalles, sondern erst zum Zeitpunkt des Substitutionsfalles erbfähig sein (vgl § 612 ABGB), sodass auch zum Zeitpunkt des Erbfalles noch nicht geborene Personen wie etwa noch ungeborene Nachkommen des Erblassers als Nacherben in Betracht kommen. Auch die Bestellung eines Substituten kann nur vom Erblasser vorgenommen werden und muss hinreichend bestimmt sein.⁶⁷² Der Erblasser kann daher die Einsetzung des Nacherben nicht etwa dem Vorerben oder einem Dritten überlassen.⁶⁷³ Die Auswahl aus einer Personengruppe durch einen Dritten nach sachlichen Kriterien ist aber zulässig.⁶⁷⁴ Mit Einantwortung wird der Vorerbe Eigentümer des Nachlasses, wobei seine Eigentumsstellung durch den Nacherbfall auflösend bedingt oder befristet ist. Dem Nacherben fällt die Erbschaft, wenn er aufschiebend bedingt berufen ist, mit Eintritt der vom Erblasser bestimmten Bedingung (vgl § 703 ABGB) und, wenn er terminisiert berufen ist, bereits mit dem Tod des Erblassers (vgl § 705 ABGB) an.⁶⁷⁵ Ein zugunsten eines Beneficiary verfügtes *life interest* am Trust-Vermögen kann insofern eine Vorerbenstellung darstellen, wobei der Eintritt der Nacherbenstellung der Letztbegünstigten (*remaindermen*) auf den Tod des Vorerben terminiert ist. Verstirbt der Vorerbe, fällt das Vermögen dann nicht in den Nachlass des Vorerben⁶⁷⁶, was der Rechtslage beim Trust bei vom Erblasser angeordneten *successive Beneficiaries* entspricht.⁶⁷⁷

Als Eigentümer kann der Vorerbe den Nachlass bis zum Eintritt des Nacherbfalles zunächst in vollem Umfang nutzen, wobei er aber die Substanz des Nachlasses zu schonen hat, um die spätere Herausgabe an den Nacherben nicht zu gefährden.⁶⁷⁸ Die Rechtstellung des Vorerben ist ähnlich der eines Fruchtnießers, weshalb weitgehend die Vorschriften über den Fruchtgenuss anzuwenden sind (vgl § 613

⁶⁷² *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht Band II¹⁴ 585.

⁶⁷³ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 585; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 565 Rz 3.

⁶⁷⁴ *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba*, Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens 520.

⁶⁷⁵ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 586; Der terminiert berufene Nacherbe kann sein Erbrecht sofort vererben, der bedingt eingesetzt Erbe erst, wenn er den Nacherbfall erlebt.

⁶⁷⁶ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht Band II¹⁴ 587.

⁶⁷⁷ Siehe hierzu oben Pkt. 4.7.1.

⁶⁷⁸ Die Beschränkung der fideikommissarischen Substitution ist auch in den Einantwortungsbeschluss mitaufzunehmen (s § 178 Abs 2 AußStrG).

ABGB).⁶⁷⁹ Dies kann den vom Erblasser bei einem Testamentary Trust gewünschten Absichten entsprechen. Hat der Erblasser einem Beneficiary etwa ein *life interest in income* aus dem Trust-Vermögen zugestanden, ist der Trustee verpflichtet, die Erträge an den Beneficiary herauszugeben bis nach dem Willen des Erblassers die *successive Beneficiaries* bzw *remaindermen* in die Begünstigtenstellung nachrücken.⁶⁸⁰

Für das Substitutionsvermögen gilt das Prinzip der dinglichen Surrogation, dh dass alle aus Nachlassmitteln erworbenen Güter ebenfalls in den Nachlass fallen.⁶⁸¹ Die Position des Nacherben wird weiters dadurch gesichert, dass der Vorerbe mit einer Verfügungsbeschränkung im Hinblick auf die Substanz des Nachlasses belastet ist.⁶⁸² Die fideikommissarische Substitution beinhaltet insofern ein Veräußerungs- und Belastungsverbot, für das die Schranken des § 364 c ABGB nicht gelten.⁶⁸³ Dies entspricht der Situation beim Trust, wo die Beneficiaries grundsätzlich nicht verfügungsbefugt sind.⁶⁸⁴ Die Beschränkung des Eigentumsrechtes des Vorerben mit den sich aus dem Recht des Nacherben ergebenden Beschränkungen wird im Grundbuch eingetragen.⁶⁸⁵ Eine den Nacherben beeinträchtigende Verfügung ist auch gegenüber Dritten ungültig. Ein gutgläubiger Wegerwerb durch einen Dritten ist allerdings möglich.⁶⁸⁶

Gläubiger des Vorerben können das Substitutionsgut nur insofern zur Befriedigung ihrer Ansprüche verwenden, als dem Vorerben eigene Rechte daran zustehen, dh insbesondere können sie auf die Früchte des Nachlasses zugreifen⁶⁸⁷, was der Rechtslage bei *life interest* am Trust-Vermögen ähnelt. Die Nacherben können bis zum Nacherbfall das in das Vollstreckungs- bzw Insolvenzverfahren gegenüber dem Vorerben einbezogene Substitutionsgut exszindieren (§ 37 EO) bzw

⁶⁷⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht Band II¹⁴ 587; *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 613 Rz 5.

⁶⁸⁰ Siehe hierzu oben Pkt. 4.7.1.

⁶⁸¹ RIS RS0012225, *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 613 Rz 5; nach einer Meinung wird daher vertreten, dass der Vorerbe über Geld beliebig verfügen kann.

⁶⁸² *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 613 Rz 5.

⁶⁸³ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 519; *Welser in Rummel*, ABGB⁴ § 613 Rz 6; ⁶⁸³ *Kletečka*; Ersatz und Nacherbschaft (1999) 203 f.

⁶⁸⁴ Vgl oben Pkt 3.1.2.

⁶⁸⁵ *Feil/Friedl/Bayer*, GBG § 20 Rz 64.

⁶⁸⁶ *Kletečka*, Ersatz und Nacherbschaft 232 f; strittig ist, ob der Vorerbe das Substitutionsgut veräußern oder belasten kann, wenn dabei die Substitutionsbindung aufrechterhalten wird, *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 588 mwN.

⁶⁸⁷ *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 613 Rz 6; Zwangsverwaltung, Zwangsverpachtung oder Ertragspfand sind demnach zulässig.

aussondern (§ 44 IO).⁶⁸⁸ Insgesamt ist das Eigentumsrecht zwischen Vorerbe und Nacherbe funktionell geteilt; nur beide zusammen haben die Rechte eines freien Eigentümers.⁶⁸⁹ Sie können zB nur gemeinsam die Substitution aufheben und der Vorerbe kann nur mit Zustimmung des Nacherben über die Substitutionsmasse verfügen.⁶⁹⁰ Dadurch kann wie beim Trust Schutz vor Zerschlagung des Nachlasses über Generationen hinweg erreicht werden.

Gemäß § 612 ABGB ist die Nacherbschaft nur über einen begrenzten Zeitraum zulässig. Der Erblasser kann nur aus seinen „Zeitgenossen“ dh aus bei der Testamentserrichtung bereits geborenen Personen⁶⁹¹, unbegrenzt viele Nacherben hintereinander einsetzen. Setzt er keine Zeitgenossen als Nacherben ein, so ist die Nacherbschaft bei beweglichen Sachen auf zwei, bei unbeweglichen Sachen auf einen Nacherben beschränkt. Diese wäre bei der Umdeutung des Testamentary Trust zu beachten und führt gegebenenfalls zu einer kürzeren Vermögenbindung als dies unter Anwendung der *rule against perpetuity* nach englischem Trust-Recht möglich wäre.

Im Falle, dass *successive Beneficiaries* des Testamentary Trust nicht als Erben iSd österreichischen Rechts qualifiziert werden können, ist zu beachten, dass die Regeln der Nacherbschaft auch auf Vermächtnisse anwendbar sind (sog Nachvermächtnis, vgl § 652 ABGB), sodass bei der Umdeutung in aufeinanderfolgende Vermächtnisnehmer auch die jeweiligen Vorvermächtnisnehmer insbesondere die Substanz des Vermächtnisgegenstandes zu schonen haben und in ihrer Verfügung über den Vermächtnisgegenstand beschränkt sind.

6.2.3 Testamentsvollstreckung gemäß § 816 ABGB

Wenn Beneficiaries und Trustee(s) (zumindest teilweise) personenverschieden sind und zumindest ein Beneficiary als Erbe nach österreichischem Recht angesehen werden kann, kommt für die Umdeutung bzw Anpassung des Testamentary Trust die Erbeinsetzung (bzw Einsetzung als Vor- und Nacherben)

⁶⁸⁸ *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 613 Rz 6; *Kletečka*; Ersatz und Nacherbschaft 251 f.

⁶⁸⁹ *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 613 Rz 3.

⁶⁹⁰ *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 613 Rz 3 mwN.

⁶⁹¹ *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba*, Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens 518.

in Kombination mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung als funktionsverwandtes Institut des österreichischen Rechts in Betracht.

6.2.3.1 Allgemeines

Die Testamentsvollstreckung ist im österreichischen ABGB – im Vergleich zu den 35 Paragraphen des deutschen BGB – in nur einem einzigen Paragraphen, nämlich in § 816 ABGB, geregelt. Gemäß § 816 Satz 1 ABGB kann der Erblasser letztwillig einen „Vollstrecker seines letzten Willens“ ernennen. § 816 Satz 2 ABGB bestimmt weiters, dass, wenn der Testamentsvollstrecker diese Aufgabe annimmt, er entweder „als Machthaber“ die Anordnungen des Erblassers selbst vollziehen oder deren Einhaltung zu überwachen und den säumigen Erben zur Vollziehung derselben zu veranlassen hat. Weitere Bestimmungen zu Inhalt und Umfang der Testamentsvollstreckung sieht das ABGB nicht vor.⁶⁹² *Rappaport* vermutet den Grund für die Dürftigkeit der gesetzlichen Regelung darin, dass der Gesetzgeber dem um die Wende zum 19. Jahrhundert herrschenden praktischen Stand der Testamentsvollstreckung gelten lassen und der weiteren Rechtsentwicklung freien Spielraum geben wollte.⁶⁹³ Angesichts der unzulänglichen gesetzlichen Regelung, erklärt sich von selbst, dass das Wesen der österreichischen Testamentsvollstreckung sowie Umfang der Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers äußerst unklar und strittig sind.⁶⁹⁴ Rechtsprechung und Lehre haben nur einige Fragen geklärt, die als unstreitig betrachtet werden können. Dies hat zur Folge, dass die Testamentsvollstreckung in Österreich bei der erbrechtlichen Gestaltung kaum eingesetzt wird.⁶⁹⁵ Der österreichische Gesetzgeber hat auch mit dem jüngsten Erbrechts-Änderungsgesetz⁶⁹⁶ in 2015 nicht die Chance genutzt, Regelungslücken bei der österreichischen Testamentsvollstreckung zu

⁶⁹² Das AußStrG nennt den Testamentsvollstrecker nur in § 174, wonach, wenn im Zuge der Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger eine mündliche Verhandlung anberaumt wird, auch der Testamentsvollstrecker zu laden ist.

⁶⁹³ *Rappaport*, Zum Problem des Testamentsvollstreckers im österreichischen Recht ZBl 1928, 772.

⁶⁹⁴ *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 240 f; *Kralik* in Kralik/Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ 271.

⁶⁹⁵ Vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II⁴ 582; in Deutschland hingegen hat die Testamentsvollstreckung eine große praktische Bedeutung; als Auseinandersetzungstestamentsvollstreckung, als Abwicklungsvollstreckung und insbesondere als Dauer-, dh Verwaltungsvollstreckung drängt sie die Verfügungs- und Verwaltungsrechte des Erben nach Maßgabe des Erblasserwillens weiträumig zurück, vgl *Knöchlein*, Anmerkungen zur Testamentsvollstreckung, NZ 1996, 222 f.

⁶⁹⁶ Siehe Fn 12.

füllen und somit die Testamentsvollstreckung als erbrechtliches Gestaltungsmittel zu stärken.⁶⁹⁷

6.2.3.2 Bestellung des Testamentsvollstreckers

Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist stets ein Rechtsgeschäft von Todes wegen und muss in einer formgültigen letztwilligen Verfügung erfolgen.⁶⁹⁸ Der Erblasser kann wie auch beim Testamentary Trust einen oder mehrere Testamentsvollstrecker einsetzen, ebenso können juristische Personen berufen werden.⁶⁹⁹ Mangels anderweitiger Regelung kann auch ein Miterbe Testamentsvollstrecker sein.⁷⁰⁰ Das Gericht hat den Testamentsvollstrecker von der Anordnung des Erblassers zu verständigen.⁷⁰¹ Der ernannte Testamentsvollstrecker ist nicht verpflichtet, das Amt anzunehmen, Rechte und Pflichten entstehen erst bei – auch schlüssiger – Übernahme des Amtes.⁷⁰² Die Rechte des Testamentsvollstreckers sind unübertragbar und unvererblich.⁷⁰³

6.2.3.3 Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

Rechte und Pflichten des österreichischen Testamentsvollstreckers sind in großem Maße umstritten.⁷⁰⁴ Sie richten sich grundsätzlich nach den Anordnungen, die der Erblasser durch seine letztwillige Verfügung getroffen hat.⁷⁰⁵

6.2.3.3.1 Überwachender und verwaltender Testamentsvollstrecker

Die grundsätzliche, sich aus dem Wortlaut des § 816 ABGB ergebende Funktion des österreichischen Testamentsvollstreckers ist die Unterstützung und Überwachung des Abhandlungsgerichtes bei der Durchführung des letzten

⁶⁹⁷ § 816 ABGB wurde nur sprachliche geändert.

⁶⁹⁸ Arg § 156 Abs 2 AußStrG; *Kralik* in *Kralik/Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemein Privatrechts³ 272; *Welser* in *Rummel*, ABGB⁴ § 816 Rz 1.

⁶⁹⁹ *Fritsch* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 241; *Kralik* in *Kralik/Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ 273.

⁷⁰⁰ Vgl zum deutschen Recht *Weidlich* in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ (2015) § 140 Rz 6.

⁷⁰¹ *Kralik* in *Kralik/Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ 273; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 3.

⁷⁰² *Fritsch* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 241; *Kralik* in *Kralik/Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ 273; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 3.

⁷⁰³ *Kralik* in *Kralik/Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ 273.

⁷⁰⁴ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 581; *Fritsch* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 241

⁷⁰⁵ *Kralik*, in *Kralik/Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ 273.

Willens des Erblassers (sog „überwachender Testamentsvollstrecker“).⁷⁰⁶ Der Testamentsvollstrecker hat zu diesem Zweck auf die Erben und Legatäre einzuwirken, gegen zuwiderhandelnde Personen vorzugehen und erforderlichenfalls entsprechende Verfügungen des Abhandlungsgerichtes zu erwirken.^{707, 708} Der überwachende Testamentsvollstrecker wird nach herrschender Ansicht bereits durch die Verfügung von Todes wegen vom Erblasser bestellt, einer gerichtlichen Bestellung bedarf es nicht.⁷⁰⁹ Die Überwachungsfunktion des Testamentsvollstreckers ist nicht widerrufbar, weil sie eine gegenüber dem Erben unabhängige Stellung erfordert.⁷¹⁰ Anerkannt ist, dass der Testamentsvollstrecker Antrags- und Rekursrechte hat, um dem Willen des Erblassers zum Durchbruch zu verhelfen.⁷¹¹ Unstrittig ist ferner, dass die Aufgabe des Testamentsvollstreckers nicht mit der Einantwortung erlischt, sondern vielmehr auch danach über die Einhaltung des erblasserischen Willens zu wachen ist.⁷¹² Die rein überwachende Funktion ist insgesamt allenfalls ähnlich zu der eines Executor nach englischem Recht.⁷¹³ Wie aufgezeigt ist dem Testamentary Trust aber immanent, dass der Trustee mit der gegebenenfalls dauerhaften Verwaltung des Trust-Vermögens zugunsten der Beneficiaries beauftragt ist.

Die Verwaltung des Nachlasses hingegen fällt grundsätzlich nicht in den Aufgabenbereich des österreichischen Testamentsvollstreckers.⁷¹⁴ Nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Lehre kann der Erblasser dem Testamentsvollstrecker neben den Überwachungsfunktionen auch Verwaltungs- und Vertretungsaufgaben, die auch über die Beendigung des Abhandlungsverfah-

⁷⁰⁶ *Sprung/Flink*, Letztwillig angeordnete Nachlassverwaltung im österreichischen Recht, JBl 1996, 205; *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 243; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 816 Rz 5; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 581; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 5.

⁷⁰⁷ *Sprung/Flink*, JBl 1996, 205; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 581; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 5; OGH in SZ 40/70; vgl auch EvBl 1990/20.

⁷⁰⁸ Weil das österreichische Recht ein gerichtliches Abhandlungsverfahren unter Einsetzung des Notars als Gerichtskommissärs vorsieht, dessen Aufgabe es schon ist, sicherzustellen, dass der Erblasserwille durchgesetzt wird, bleibt für den überwachenden Testamentsvollstrecker in der Praxis kaum Raum zur Einflussnahme, vgl *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 1.

⁷⁰⁹ *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 242.

⁷¹⁰ *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 243; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 12.

⁷¹¹ *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 8; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 9; *Bydlinski*, Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, 73.

⁷¹² *Bydlinski*, JBl 1981, 73; *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 246.

⁷¹³ Siehe hierzu oben Pkt. 4.5.3.

⁷¹⁴ *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 1; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 6.

rens hinausreichen können, übertragen (sog „verwaltender Testamentvollstrecker“).⁷¹⁵ Der Erblasser kann den Testamentvollstrecker – auch über die Einantwortung hinaus – durch besondere Anordnung mit einzelnen Akten der Nachlassverwaltung, aber auch mit der Verwaltung (und Vertretung) des gesamten Nachlasses betrauen.⁷¹⁶ Der Erbe kann den Testamentvollstrecker auf Erfüllung solcher Pflichten klagen.⁷¹⁷ Nach einer Ansicht⁷¹⁸ handelt es sich hierbei um ein Kuratel im Sinne von § 156 Abs 2 AußStrG, wonach der Erblasser nicht unmittelbar einen Nachlasskurator bestellen kann, sondern, die Entscheidung, ob und wer vom Kurator ernannt wird, allein vom Gericht abhängt. Der vom Erblasser berufene Testamentvollstrecker ist nicht zum Kurator zu ernennen, wenn er unter Berücksichtigung der konkreten Umstände dafür nicht geeignet ist.⁷¹⁹ Ein solches Ermessen des Gerichts hinsichtlich der Prüfung der Eignung vor Ernennung des Testamentvollstreckers ist im Vergleich zum Trust-Recht jedenfalls ein „Mehr“ an Kompetenz für das Gericht.

Nach anderer Ansicht⁷²⁰ ist die Rechtsgrundlage für den verwaltenden Testamentvollstrecker dessen Stellung als ein vom Erblasser auf den Todesfall bestellter „Machthaber“ gemäß §§ 1002 ff BGB. In der Bestellung durch den Erblasser in Verbindung mit der Annahmeerklärung des Testamentvollstreckers „liegt zwar gewiss nicht der Abschluss eines gewöhnlicher Bevollmächtigungsvertrages (§§ 1002 ff ABGB), aber doch infolge der beidseitigen Willensakte eine Situation, die so verwandt ist, dass die gesetzliche Formel ‚als ein Machthaber‘ in

⁷¹⁵ *Bydlinski*, JBl 1981, 73 f; *Sprung/Flink*, JBl 1996, 205 f; *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 242 f; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 4; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 816 Rz 6; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 582; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 10 ff; *Zankl*, Vertretungs- und schadenersatzrechtliche Aspekte der Testamentvollstreckung, JBl 1998, 293 f; *ders*, Testamentvollstreckung und Nachlassverwaltung NZ 1998, 71; OGH v. 23.12.2014, 1 Ob 233/14t; OGH v. 14.3.2013, 1 Ob 3/13t; OGH v. 6.3.1997, 10 Ob 507/95; OGH v. 14.5.1992, 6 Ob 536, 537/992; OGH v. 14.2.2008, 2 Ob 1/08y.

⁷¹⁶ *Sprung/Flink*, JBl 1996, 208 f; *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 244; *Bydlinski*, JBl 1981, 74; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 582.

⁷¹⁷ *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 10.

⁷¹⁸ Siehe *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 244 mwN; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 12.

⁷¹⁹ OGH 6.3.1997, 10 Ob 507/95.

⁷²⁰ *Bydlinski*, JBl 1981, 76 f; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 5; *Ehn*, Der Testamentvollstrecker, NZ 1977, 37.

§ 816 ABGB ernst genommen und als Verweisung auf die Regelung in §§ 1002 ff ABGB verstanden werden muss.⁷²¹

6.2.3.3.2 Widerrufbarkeit der verwaltenden Testamentsvollstreckung durch die Erben

Streitig ist, inwiefern die Beauftragung des Testamentsvollstreckers mit der Nachlassverwaltung das Verwaltungsrecht der Erben ausschließt bzw inwiefern die Erben gezwungen werden können, die Verwaltung durch den Testamentsvollstreckter zu dulden. Die wohl überwiegende Ansicht⁷²² geht davon aus, dass die vom Erblasser dem Testamentsvollstreckter übertragenen Verwaltungs- und Vertretungsrechte durch § 810 ABGB im Verlassenschaftsverfahren dahin beschränkt sind, dass sie hinter dem Verwaltungs- und Vertretungsrecht des erbserklärten und ausgewiesenen (Mit-)Erben zurücktreten und dass sich der Testamentsvollstreckter daher damit begnügen muss, auf den Erben einzuwirken, damit dieser die Anordnungen des Erblassers befolgt. Ein vom Erblasser bestimmter Machthaber ist weiters nur dessen Machthaber, nicht jener der Erben. Es stehen ihm keine Befugnisse zur Vertretung der Erben zu, wenn diese die vom Erblasser erteilte Vollmacht widerrufen oder ihm gar keine Verwaltungsvollmacht erteilen oder eigene konkurrierende Verwaltungshandlungen setzen. Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers ist somit insgesamt nachrangig zum Verwaltungsrecht des erbserklärten und ausgewiesenen Erben. Die Erben können die Testamentsvollstreckung somit jederzeit grundlos widerrufen. Die beliebige Absetzbarkeit des Testamentsvollstreckers durch die (Mit-)Erben folgt aus dem anwendbaren § 1020 ABGB über den Widerruf des Bevollmächtigungsvertrages. Die allgemeinen Grundsätze gemäß § 1020 ABGB sind im Rahmen der Testamentsvollstreckung vom Gesetzgeber nicht erkennbar modifiziert worden.⁷²³ Nach anderer Ansicht⁷²⁴, die sich auf die Testierfreiheit des Erblassers beruft und darauf, dass der Erbe nehmen muss, „was und wie es ihm gegeben wird“, darf der

⁷²¹ Bydlinski, JBl 1981, 77.

⁷²² Bydlinski, JBl 1981, 76 f; Sprung/Flink, JBl 1996, 208; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 816 Rz 6; Spruzina in Kletečka/Schauer,^{1,01} (2013) § 816 Rz 12; OGH v. 23.12.2014, 1 Ob 233/14t; OGH v. 14.3.2013, 1 Ob 3/13t; OGH v. 14.2.2008, 2 Ob 1/08y; OGH v. 6.3.1997, 10 Ob 507/95; OGH v. 14.5.1992, 6 Ob 536, 537/992.

⁷²³ Bydlinski, JBl 1981, 77.

⁷²⁴ Welser in Rummel, ABGB⁴ Rz 12, 17; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 582; Zankl, JBl 1998, 294 f; ders, NZ 1998, 72 f; Till, Freie Widerrufbarkeit der Nachlassverwaltung durch die Erben? Wertungswiderspruch mit erbrechtlichen Prinzipien, iFamZ 2015, 132 (134).

Erbe durchaus durch die Einsetzung des Testamentsvollstreckers beschwert werden, ohne, dass ihm ein Recht zukommt, diese Belastung zu beseitigen; vielmehr schließe die Bestellung eines Nachlassverwalters das Verwaltungsrecht der Erben gemäß § 810 ABGB aus. Es wird darauf verwiesen, dass ein Erbe grundsätzlich sogar dinglichen Verfügungsverboten unterliegen kann wie im Falle der fideikommissarischen Substitution oder des § 364 c ABGB, sodass die bloß schuldrechtlich wirkende Bindung durch einen Testamentsvollstrecker zulässig sein muss. Auch nach dieser Auffassung muss aber das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers spätestens dann hinter dem Verwaltungsrecht der Erben zurücktreten, wenn der Nachlass rechtswirksam an die Erben eingantwortet ist. Nimmt der Erbe für die Dauer des Verlassenschaftsverfahrens auch eine schwächere Position ein, erlangt er doch mit der Einantwortung grundsätzlich (außer bei fideikommissarischer Substitution oder eines Veräußerungs- und Belastungsverbotes) die volle Herrschaft über den Nachlass.⁷²⁵ Spätestens ab Einantwortung kann die Testamentsvollstreckung sohin durch die eingantworteten Erben widerrufen werden, ohne dass es einer Genehmigung durch das Abhandlungsgericht bedarf. Nicht geklärt ist, ob im Falle einer fideikommissarischer Substitution für einen wirksamen Widerruf der Testamentsvollstreckung ein Zusammenwirken von Vor- und Nacherben erforderlich ist.⁷²⁶

Zum Vergleich: Im deutschen Recht ist ein Widerruf der Testamentsvollstreckung durch die Erben nicht zulässig⁷²⁷, vielmehr kann der Testamentsvollstrecker allein durch das Gericht aufgrund eines wichtigen Grundes gemäß § 2227 BGB abberufen werden. Die freie Widerrufbarkeit der Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht spiegelt nicht die Situation zwischen Trustee und Beneficiaries nach dargelegtem Trust-Recht wieder. Nach liechtensteinischem Trust-Recht können die Begünstigten den Trust grundsätzlich überhaupt nicht eigenmächtig beenden. Nach der *Saunders v Vautier*- Regel des englischen Trust-Rechts ist die Beendigung des Trust bzw Abwahl des Trustee durch die Beneficiaries nur dann möglich, wenn alle aus dem Trust-Instrument hervorgehenden Beneficiaries, die voll geschäftsfähig und gemeinsam umfänglich

⁷²⁵ So iE auch Zankl, NZ 1998, 72 f.

⁷²⁶ Von der Notwendigkeit des Zusammenwirkens ist auszugehen, da nach der Literatur nur Vor- und Nacherbe gemeinsam die Rechte eines freien Eigentümers haben sollen; siehe oben Pkt. 6.3.

⁷²⁷ Vgl §§ 2197 ff BGB.

berechtigt (*absolutely entitled*) sind, zusammenwirken.⁷²⁸ Wie unter Punkt 6.2. aufgezeigt, kämen bei der Übersetzung des Testamentary Trust in das österreichische Recht als Erben des Trust-Vermögens nur jene Beneficiaries mit *fixed interest*, die über einen klagbaren Anspruch verfügen, in Betracht. Sieht ein Testamentary Trust nach englischem Recht ausschließlich Begünstigte mit klagbarem Anspruch vor, wäre zwar durch diese eine Abwahl des Trustee nach *Saunders v Vautier* möglich. Insofern würde die Rechtsposition der Beneficiaries mit *fixed interest* der Rechtsposition der Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker nach österreichischem Recht ähneln. In der Regel bestimmt der Testator aber auch *discretionary Beneficiaries* oder räumt dem Trustee eine *power of appointment* zur Begünstigung weiterer Personen ein. Die Beneficiaries mit klagbarem Anspruch sind dann nicht vollumfänglich am Nachlassvermögen berechtigt.⁷²⁹ Als Erben nach österreichischem Recht könnten sie aber ihre Erbschaft eigenmächtig von der Testamentsvollstreckung befreien, ohne dass die vom Erblasser vorgesehenen weiteren Begünstigten zu beteiligen wären. Die Interessen jener Begünstigten, die nicht über einen klagbaren Anspruch verfügen, könnten – anders als nach englischem Trust-Recht – leicht vereitelt werden, wenn der Verwalter, der nach den Bestimmungen des Erblassers über die Ermessenbegünstigungen entscheiden soll, durch die aktuell am Nachlass Berechtigten seines Amtes enthoben wird.

6.2.3.3 Weitere Rechte und Pflichten und Haftung des Testamentsvollstreckers

Einigkeit herrscht darüber, dass sich der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung seiner Pflichten – wie auch der Trustee – zwar Gehilfen bedienen, er seine Aufgaben jedoch nicht auf einen anderen übertragen darf, es sei denn, der Erblasser hat dies für bestimmte Aufgaben gestattet.⁷³⁰ Folgt man der Ansicht, dass die Bestimmungen über das Auftragsrecht gemäß §§ 1002 ff ABGB auf die Testamentsvollstreckung anwendbar sind, lassen sich weitere Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers konkretisieren. Der Testamentsvollstrecker hat den aus der Geschäftsbesorgung entspringenden Nutzen dem Erben zu

⁷²⁸ Siehe oben Pkt. 4.8.3.

⁷²⁹ Siehe oben Pkt. 4.9.3.

⁷³⁰ *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,01} § 816 Rz 16; *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 246.

überlassen (vgl § 1009 ABGB). Der Testamentsvollstrecker hat ein Kündigungsrecht (vgl § 1021 ABGB). Der Testamentsvollstrecker ist gegenüber den Erben verpflichtet, zur Überprüfung seiner Tätigkeit Rechnung zu legen (vgl § 1012 ABGB). Er ist zu einer erhöhten Sorgfalt bei der Geschäftsausübung verpflichtet, indem er seine Geschäfte „emsig und redlich“ zu besorgen hat (vgl § 1009 ABGB). Ähnlich wie beim Trust⁷³¹ ist auch der Testamentsvollstrecker bei schuldhafter Pflichtverletzung verpflichtet, dem Erben den entstanden Schaden zu ersetzen, wobei er mit seinem gesamten Vermögen haftet (vgl § 1012 ABGB). Eine verschuldensunabhängige Haftung wie dies nach englischem Trust-Recht für den Fall der treuwidrigen Auszahlung von Trust-Vermögen vorgesehen, ist, gibt es bei der Testamentsvollstreckung aber nicht. Dem Testamentsvollstrecker stehen weiters gegenüber dem nichteingeworteten Nachlass bzw gegenüber den eingeworteten Erben Aufwendungsersatz- und Schadenersatzansprüche zu (vgl § 1014 ABGB). Einen Entgeltsanspruch hat der Testamentsvollstrecker nur, wenn dies aus dem letzten Willen ausdrücklich oder nach dem Berufsstand als auch nur stillschweigend vereinbart abzuleiten ist (§ 1004 ABGB). Sind mehrere Testamentsvollstrecker ernannt, können diese im Zweifel nur gemeinsam handeln (§ 1011 ABGB). Vorstehende Rechte und Pflichten sind zumindest im Wesentlichen mit jenen, die einem Trustee nach Trust-Recht obliegen, vergleichbar, wobei der Katalog der Treuepflichten eines Trustee wie aufgezeigt wesentlich umfangreicher ist.⁷³²

6.2.3.3.4 Problem: Verfügungsbefugnis der Erben bei Testamentsvollstreckung

Während beim Testamentary Trust das Eigentum durch Aufteilung der Verwaltungsteilhabe und der Nutzungsteilhabe gespalten ist, erlangt bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht der Erbe Eigentum am Nachlassvermögen, der Testamentsvollstrecker hat lediglich Überwachungs- bzw Verwaltungs- und Vertretungsrechte inne. Mit Einantwortung sind die Erben daher vollumfänglich am Nachlassvermögen Verfügungsberechtigt.

⁷³¹ Zur Haftung des Trustee siehe oben Pkt. 4.8.5.12.

⁷³² Siehe oben Pkt. 4.8.5.

Um das Nachlassvermögen vor einem Zugriff durch die Erben zu schützen, sieht das deutsche Recht eine Verfügungsbeschränkung des mit Testamentsvollstreckung belasteten Erben vor. Gemäß § 2211 Abs 1 BGB kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen. Nur ein gutgläubiger Wegerwerb ist möglich (vgl § 2211 Abs 2 BGB). Die Testamentsvollstreckung ist auch gemäß § 2364 BGB im deutschen Erbschein zu vermerken. Gemäß § 52 der deutschen Grundbuchordnung (GBO) ist die Testamentsvollstreckung über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand auch im Grundbuch anzumerken.⁷³³ Die so erlangte Kenntnis eines Dritten schließt den gutgläubigen Wegerwerb aus (§ 2366 BGB bzw § 892 BGB).

Das österreichische Recht sieht hingegen keine Verfügungsbeschränkung der Erben bei Testamentsvollstreckung vor. Die Testamentsvollstreckung wird daher auch nicht in die Einantwortungsurkunde eingetragen⁷³⁴ und nicht im Grundbuch vermerkt⁷³⁵. Nach älterer Ansicht⁷³⁶ wurde eine Verfügungsbeschränkung (sowie eine entsprechende Aufnahme in den Einantwortungsbeschluss) auch im österreichischen Recht angenommen, weil die Normen des BGB insoweit für „ohne weiteres für das österreichische Recht fruchtbar“ gemacht werden könnten. Ein solche „Transplantation“ fremden Rechts ist jedoch nach überwiegender Ansicht⁷³⁷ unzulässig, vielmehr führt die Testamentsvollstreckung zu einer rein obligatorischen Bindung des Erben, die seine Verfügungsfähigkeit nicht beschränkt, weshalb der Wegerwerb von Nachlassvermögen möglich ist.⁷³⁸

Im Unterschied zur Rechtslage nach Trust-Recht können nach österreichischem Recht somit die mit Testamentsvollstreckung beschwerten Erben (bzw bei fideikommissarischer Substitution Vor- und Nacherben gemeinsam⁷³⁹) wirksam

⁷³³ Der Testamentsvollstrecker wird weder im Erbschein noch im Grundbuch namentlich erwähnt, sondern es wird lediglich der Umstand aufgenommen, dass Testamentsvollstreckung angeordnet ist; *Weidlich in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*⁷⁴ (2015) § 2364 Rz 1.

⁷³⁴ Vgl § 178 AußStrG, siehe auch zur alten Rechtslage *Iro, Ist der Testamentsvollstrecker in der Einantwortungsurkunde einzutragen?*, NZ 1977, 18 f.

⁷³⁵ Vgl § 20 GBG, das Verwaltungsrecht am Grundstück ist nach österreichischem Recht eben nicht beschränkt.

⁷³⁶ *Rappaport*, ZBl 1928, 778.

⁷³⁷ *Iro*, NZ 1977, 18; *Bydlinski*, JBl 1981, 78; *Zankl*, JBl 1998, 71 f; *ders.*, JBl 1998, 297 f.

⁷³⁸ Dingliche Verfügungsbeschränkungen sind nach österreichischem Recht nur bei der fideikommissarischen Substitution sowie beim Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 364 c ABGB zulässig.

⁷³⁹ Vor- und Nacherbe teilen sich das volle Recht des Eigentümers; siehe oben Pkt. 6.3.

über das Nachlassvermögens verfügen. Stehen nach Einantwortung etwaige Vermächtnisse zugunsten anderer Begünstigter aus, besteht daher die Gefahr, dass die als „Vermächtnisnehmer“ geltenden Begünstigten⁷⁴⁰ aufgrund Wegveräußerung durch die Erben ihres Vermächtnisgegenstandes verlustig gehen.

6.2.3.3.5 Hinreichender Schutz des Nachlassvermögens vor Vermögensvereitelung?

Das deutsche Recht sieht bei Testamentsvollstreckung neben der Verfügungsbeschränkung der Erben weitere Mechanismen zum Schutz des Nachlasses vor. Der Testamentsvollstrecker nach deutschem Recht ist zwar grundsätzlich – sofern der Erblasser nichts anderes angeordnet hat – berechtigt, über den Nachlass zu verfügen (§ 2205 Satz 2 2. Halbsatz BGB), dies umfasst aber grundsätzlich nicht die unentgeltliche Verfügung (vgl. § 2205 Satz 3 BGB). Eine unentgeltliche Verfügung ist schwebend unwirksam und wird erst wirksam, wenn alle Erben (auch Vor- und Nacherben, nicht aber Ersatzerben) und Vermächtnisnehmer zustimmen.⁷⁴¹ Verfügt der Testamentsvollstrecker entgegen dem im Testament erklärten Willen des Erblassers über Nachlassvermögen, überschreitet er also seine Befugnisse, ist die Verfügung unwirksam, wenn sie dem Dritten bekannt oder im Testamentsvollstreckerzeugnis erwähnt ist (vgl. §§ 2366, 2368 BGB).⁷⁴² So wird im deutschen Recht insgesamt ein zum Trust-Recht ähnliches Ergebnis erreicht: Wie aufgezeigt, ist nach englischem Trust-Recht der unentgeltliche Erwerber sowie der entgeltliche, bösgläubige Erwerber zur Herausgabe von Trust-Vermögen verpflichtet.⁷⁴³ Das liechtensteinische Recht setzt für die Unwirksamkeit der Verfügung stets die Kenntnis des Dritten von der Zugehörigkeit zum Trust-Vermögen voraus.⁷⁴⁴

Das österreichische Recht hingegen verfügt über keinerlei vergleichbare Schutzmechanismen. Es besteht die Gefahr der Vermögensvereitelung. Verfügt der österreichische Testamentsvollstrecker treuwidrig über das Nachlassvermögen, haftet er allenfalls schuldrechtlich nach den Grundsätzen des Auftragsrechtes für sein treuwidriges Verhalten (vgl. § 1012 ABGB). Von Rechtsprechung und

⁷⁴⁰ Siehe zur Behandlung des Beneficiary mit *discretionary interest* als „Vermächtnisnehmer“ oben Pkt. 6.2.

⁷⁴¹ Weidlich in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ § 2205 Rz 30 mwN.

⁷⁴² Weidlich in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ § 2208 Rz 5; Kötz, Trust und Treuhand 580.

⁷⁴³ Siehe zum *equitable rights to trace* nach englischem Recht oben Pkt. 4.9.1.

⁷⁴⁴ Siehe zum Spurfolgerecht nach liechtensteinischem Recht oben Pkt. 5.7.1.

Literatur⁷⁴⁵ zur österreichischen Testamentsvollstreckung nicht geklärt ist weiters, ob – wie dies nach englischen und liechtensteinischen Trust-Recht gilt – das Surrogationsprinzip⁷⁴⁶ im Hinblick auf treuwidrige Verfügungen des österreichischen Testamentsvollstreckers anzuwenden ist, dh, ob auch Vermögenswerte, die der Testamentsvollstrecker im Austausch gegen Nachlassvermögen erwirbt, in den Nachlass fallen. Die in Deutschland herrschende Meinung vertritt, dass auch vom Testamentsvollstrecker treuwidrig erlangte Surrogate gemäß § 2041 BGB analog in den Nachlass fallen.⁷⁴⁷

Nach Trust-Recht wird das Trust-Vermögen insbesondere dadurch geschützt, dass zum einen die Gläubiger des Trustee (als *legal owner*) nicht auf das Trust-Vermögen als Sondervermögen zugreifen können, zum anderen ist das Trust-Vermögen, weil es im formellen Eigentum des Trustee steht, dem Zugriff der Gläubiger der Beneficiaries entzogen. Solange der Trust errichtet ist können die Gläubiger der Begünstigten nur bei einem *fixed interest* allfällige Ansprüche pfänden.⁷⁴⁸ Sie können jedoch – bis zur Beendigung des Trust – nicht auf die gesamte, dem Trust unterstehende Vermögenssubstanz zugreifen. Vergleichbar ist nach deutschem Recht das unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlassvermögen dem Zugriff der Gläubiger der Erben entzogen (vgl § 2214 BGB). Ein entsprechender Schutz vor dem Zugriff Dritter auf das Nachlassvermögen existiert bei der österreichischen Testamentsvollstreckung hingegen grundsätzlich nicht. Ein solcher besteht nur dann, wenn die Testamentsvollstreckung mit der fideikommissarischen Substitution verbunden ist, bei der die Gläubiger des Vorerben allein auf die Früchte des Nachlasses zugreifen können.⁷⁴⁹

6.2.3.4 Rolle des Gerichtes

Das Abhandlungsgericht hat die Erfüllung des letzten Willens des Erblassers zu überwachen. Dazu gehört auch die Überwachung der Handlungen des überwachenden Testamentsvollstreckers, weil die Erfüllung des Erblasserwillens eine

⁷⁴⁵ Angedeutet nur bei *Zankl*, JBl 1998, 298.

⁷⁴⁶ Siehe zum englischen Recht oben Pkt. 4.9.1. und zu Art 911 Abs 1 PGR nach liechtensteinischem Recht oben Pkt. 5.7.1.

⁷⁴⁷ *Klein*, ZVglRWiss 2002, 193; *Kötz*, Trust und Treuhand 102; *Werner* in Staudinger, Kommentar zum BGB - Buch 5: Erbrecht¹⁴ § 2041 Rz 12; *Weidlich* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ § 2205 Rz 5.

⁷⁴⁸ Siehe oben Pkt. 4.7.1.

⁷⁴⁹ Siehe oben Pkt. 6.3.

Voraussetzung der Einantwortung der Erbschaft bildet.⁷⁵⁰ Hinsichtlich des Umfanges der Aufsicht des Abhandlungsgerichtes über den verwaltenden Testamentsvollstrecker ist die Rechtslage unklar. Nach der Ansicht, wonach der vom Erblasser berufene Testamentsvollstrecker vom Gericht zu bestellen ist, steht auch der verwaltende Testamentsvollstrecker unter der Aufsicht des Verlassenschaftsgerichtes und bedarf zu Einzelakten der gerichtlichen Ermächtigung wie ein verwaltender Erbe.⁷⁵¹ Gemäß § 810 ABGB bedürfen bis zur Einantwortung Verwaltungs- und Vertretungshandlungen sowie Veräußerungen von Gegenständen aus dem Verlassenschaftsvermögen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören. Die Aufsicht des Gerichtes ist nach dieser Ansicht jedenfalls auf die Dauer der Anhängigkeit des Verlassenschaftsverfahrens begrenzt. Nach Einantwortung steht der verwaltende Testamentsvollstrecker jedenfalls nicht unter gerichtlicher Aufsicht.

Nach Rechtsprechung und Literatur hat das Gericht zumindest die Möglichkeit, bei grobem Fehlverhalten des Testamentsvollstreckers einzuschreiten. Das Gericht kann den Testamentsvollstrecker von Amts wegen oder auf Antrag der Erben aus wichtigem Grund abberufen.⁷⁵² Ein wichtiger Grund liegt etwa bei Vertrauensunwürdigkeit oder Interessenkollision vor.⁷⁵³ Hinsichtlich weiterer Kontrollbefugnisse des Gerichts besteht keine Rechtsklarheit bzw. Rechtssicherheit. Das deutsche BGB kennt zwar auch keine gerichtliche oder behördliche Dauerbeaufsichtigung des Testamentsvollstreckers, allerdings sind gesetzliche Fälle, in denen dem Gericht besondere Eingriffs- bzw. Kontrollfunktion zukommen, vorgesehen: Neben dem Recht auf Abberufung aus wichtigem Grund (§ 2227 BGB) ist das Gericht bei Gefahr für den Nachlass zur Außerkraftsetzung letztwilliger Anordnungen des Erblassers über die Nachlassverwaltung ermächtigt (§ 2216 Abs 2 Satz 2 BGB). Das Gericht entscheidet diesbezüglich auch über Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten (§ 2216 Abs 2 Satz 2 BGB) sowie

⁷⁵⁰ OGH v. 3.9.1996 10 Ob 2204/96g; OGH v. 16.5.2002, 6 Ob 196/01v; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 6.

⁷⁵¹ *Welser* in *Rummel*, ABGB⁴ § 816 Rz 10; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 6.

⁷⁵² *Welser* in *Rummel*, ABGB⁴ § 816 Rz 14; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*,^{1.01} (2013) § 816 Rz 15; *Fritsch* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht* 247; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III⁴ § 816 Rz 9.

⁷⁵³ *Welser* in *Rummel*, ABGB⁴ § 816 Rz 14.

über Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern (§ 2224 Abs 1 Satz 1 BGB).

Derartige Befugnisse des Gerichts können im österreichischen Recht nicht rechtssicher festgestellt werden. Im Unterschied zum Trust-Konzept, wonach das Gericht zur Umsetzung des Erblasserwillens ermächtigt ist, dem Trustee Anregungen und Anordnungen über die Ausübung des Ermessens und die Verwaltung des Trust-Vermögens zu erteilen, ist die Rolle des Gerichts bei der österreichischen Testamentsvollstreckung insgesamt eher passiv und schwach.

6.2.3.5 Dauer der Testamentsvollstreckung

Es herrscht Einvernehmen darüber, dass die Testamentsvollstreckung bei Erledigung der vom Erblasser auferlegten Aufgaben sowie bei Eintritt einer vom Erblasser auferlegten Bedingung oder eines Endtermins endet.⁷⁵⁴ Der verwaltende Testamentsvollstrecker kann sein Amt selbst kündigen (§ 1021 ABGB), die Erben können die Nachlassverwaltung zudem frei widerrufen (§ 1020 ABGB). Das BGB setzt für die Nachlassverwaltung eine Höchstdauer von 30 Jahren (vgl § 2210 BGB). Wie auch bei der Vor- und Nacherbschaft soll eine Dauerbeschränkung des Erben im Bezug auf den Nachlass vermieden werden.⁷⁵⁵ Entsprechend wird in der Literatur zur österreichischen Testamentsvollstreckung vertreten, dass eine auf ewige Zeiten verfügte Nachlassverwaltung auch mit den Grundwerten des ABGB nicht vereinbar ist. Auch für das österreichische Recht sei eine wertungsmäßige Parallele der letztwillig verfügte Nachlassverwaltung mit der fideikommissarischen Substitution konstatierbar. Daher seien die gemäß §§ 611, 612 ABGB festgelegten Beschränkungen sinngemäß auf die Nachlassverwaltung zu übertragen. Nach dieser Ansicht kann die verwaltende Testamentsvollstreckung jedenfalls für den ersten Erben auf Lebzeiten angewendet werden, für Erben, die zum Zeitpunkt des Erbfalles noch nicht geboren sind, ist die Testamentsvollstreckung bei Geldsummen und beweglichen Sachen auf den zweiten Grad nach dem Erblasser, bei unbeweglichen Sachen auf den ersten Grad nach dem Erblasser beschränkt. Vergleichbar mit dem Testamentary Trust nach englischem Recht

⁷⁵⁴ *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 816 Rz 15; *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 246; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 816 Rz 15; *Eccher/Apathy*, Bürgerliches Recht VI⁵ 88.

⁷⁵⁵ *Weidlich* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ § 2210 Rz 1.

würde das unter Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht stehende Vermögen somit nicht auf ewig gebunden.

6.2.3.6 Ergebnis des Rechtsvergleichs

Die Rechtslage hinsichtlich der Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht ist mangels unzureichender gesetzlicher Regelung in vielen Punkten umstritten und unklar. Vergleicht man mit den umfänglichen Rechtsätzen und Bestimmungen des englischen und des liechtensteinischen Trust-Rechts, muss ein extremes Ungleichgewicht der Regelungsdichte konstatiert werden. Nach vorstehenden Ausführungen zur (umstrittenen) Rechtslage bei österreichischer Testamentsvollstreckung im Vergleich mit den nach Analyse des Trust-Rechts aufgestellten wesentlichen Merkmalen des englischen und liechtensteinischen Testamentary Trust kann jedenfalls festgehalten werden:

Wie ein Trustee eines englischen oder liechtensteinischen Testamentary Trust ist auch der Testamentsvollstrecker nach österreichischem Recht ein unparteiischer Dritter, der über die Einantwortung hinaus mit der Nachlassverwaltung im Sinne des Erblassers beauftragt werden kann. Durch die Testamentsvollstreckung entsteht am Nachlassvermögen wie beim Trust keine eigene Rechtspersönlichkeit. Wie beim Trust kann der Erblasser sowohl juristische Personen als auch Begünstigte als Testamentsvollstrecker bestimmen. Unvereinbarkeitsbestimmungen gelten insofern nicht. Der Testamentsvollstrecker ist wie ein Trustee zu besonderer Sorgfalt bei der Nachlassverwaltung und zur Rechnungslegung gegenüber den Erben verpflichtet. Bei Pflichtverstößen ist er den Erben zum Schadenersatz verpflichtet. Er ist wie der Trustee – im Rahmen der rechtlichen Zulässigkeit – an die vom Erblasser im Trust-Instrument ausdrücklich beschriebenen Rechte und Pflichten gebunden. Ein mit dem Trust-Recht vergleichbarer umfänglicher Katalog an Treuepflichten des Testamentsvollstreckers besteht hingegen nicht.

Bei der österreichischen Testamentsvollstreckung können die Erben die Testamentsvollstreckung frei widerrufen. Dies steht im klaren Widerspruch zum liechtensteinischen Trust-Konzept, wonach grundsätzlich kein Abberufungsrecht der nur mit schwachen Rechten ausgestatteten Beneficiaries besteht. Eine Vergleichbarkeit mit der Rechtsposition der Beneficiaries eines englischen

Testamentary Trust kann insofern allenfalls angenommen werden, wenn ausschließlich Begünstigte mit einem klagbarem Anspruch (*fixed interest*) bzw bestimmbare Letztbegünstigte (*remaindermen*) vorhanden sind, die jeweils geschäftsfähig und zusammen am Nachlass voll berechtigt sind und somit den Trust auch nach englischem Recht gemeinsam jederzeit beenden könnten. Eine Vergleichbarkeit mit den häufig eingesetzten Mischformen (*mixed Trust*), wonach im Trust-Instrument sowohl Beneficiaries mit klagbarem Anspruch (*fixed interests*) als auch Ermessensbegünstigte (*discretionary interests*) vorgesehen sind, kann nicht konstatiert werden, da die Beneficiaries, die als Erben nach österreichischem Recht einzustufen sind, durch Widerruf der Testamentsvollstreckung die Interessen der nachfolgenden Ermessensbegünstigten vereiteln können, indem sie den Trust vorzeitig und zu ihren Gunsten auflösen können.

Im starken Gegensatz zu den Beneficiaries eines Testamentary Trust sind bei der österreichischen Testamentsvollstreckung die Erben keineswegs von der Nachlassverwaltung ausgeschlossen. Die Erben erlangen durch die Einantwortung Volleigentum am Nachlassvermögen. Sie werden durch die Testamentsvollstreckung nicht in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt, sondern können wirksam über Nachlassgegenstände verfügen und diese somit aus dem Nachlassvermögen hinauslösen. Dies widerspricht zum einen dem regelmäßigen Willen eines Testator, der mit der Trust-Errichtung eine langfristige Bindung bzw den Schutz des Nachlassvermögens erreichen will. Zum andern besteht die Gefahr der Vermögensvereitelung auf Seiten der Erben zu Lasten nachrangiger Begünstigter wie *discretionary Beneficiaries* oder etwa auch zu Lasten von *successive Beneficiaries*, die erst künftig in die Begünstigtenstellung einrücken sollen oder noch nicht geboren sind.

Während beim Testamentary Trust der Nachlass für die Dauer der Trust-Errichtung einerseits als Sondervermögen im Vermögen des Trustee dem Zugriff Dritter vorenthalten ist und andererseits die Beneficiaries nicht Vollrechtsinhaber (*legal owner*) sind, sodass auch die Gläubiger der Beneficiaries nicht auf das Trust-Vermögen zugreifen können, ist das unter Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht stehende Nachlassvermögen nicht vor dem Zugriff von Gläubigern der Erben geschützt. Nur im Falle, dass *successive Beneficiaries* vorhanden sind, die bei einer Umdeutung als Vor- und Nacherben angesehen

werden können, besteht ein Schutz insofern, als die Gläubiger des Vorerben bis zum Eintritt des Substitutionsfalles nur in die Früchte und nicht in die Vermögenssubstanz vollstrecken können. Kein Schutz vor dem Zugriff Dritter auf die Vermögenssubstanz besteht hingegen insbesondere bei einem *mixed Trust*, bei dem die Begünstigten mit *fixed interest* bzw die *remaindermen* als Erben und die Begünstigten mit *discretionary interest* als Vermächtnisnehmer umzudeuten sind.⁷⁵⁶ Hier bestünde aufgrund des möglichen Zugriffs der Gläubiger der Erben die Gefahr des Vermögenverlustes zu Lasten der Vermächtnisnehmer.

Zudem finden sich bei der österreichischen Testamentsvollstreckung keine Schutzmechanismen, die mit dem im Trust-Recht geltenden Spurfolgerecht sowie dem Surrogationsprinzip vergleichbar wären. Auf Seiten des Testamentsvollstreckers besteht die Gefahr der Vermögensveruntreuung und des Verlustes von Nachlassvermögen. Der Testamentsvollstrecker könnte das Vermögen nicht zum Vorteil der Erben, sondern zum eigenen persönlichen Vorteil verwenden. Dieses Kontrolldefizit wird auch nicht durch eine starke Stellung des Gerichts ausgeglichen, vielmehr hat – jedenfalls bei der über die Einantwortung hinaus dauernden verwaltenden Testamentsvollstreckung – das Gericht keine gesetzlich definierten Kontrollkompetenzen.

Von einer Funktionsäquivalenz der österreichischen Testamentsvollstreckung mit einem Testamentary Trust nach englischem oder liechtensteinischem Recht kann somit nicht generell ausgegangen werden. Durch Umdeutung der letztwilligen Trust-Anordnung (allein) in eine Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht wird im Regelfall der Erblasserwille nicht hinreichend nachgezeichnet werden können.

6.3 Kombination der Erbeinsetzung unter Testamentsvollstreckung mit weiteren erbrechtlichen Instrumenten

Um den auf Errichtung eines Testamentary Trust zielenden Erblasserwillens besser zu übersetzen, muss bei einer Umdeutung die Erbeinsetzung unter Testamentsvollstreckung gegebenenfalls mit weiteren erbrechtlichen Instrumenten kombiniert werden. Wie aufgezeigt kann der Erbe bei aufrechter Testamentsvollstreckung spätestens ab Einantwortung den Nachlass auch selbst verwalten,

⁷⁵⁶ Siehe oben Pkt. 6.2.

Nachlassgegenstände veräußern sowie die Testamentsvollstreckung widerrufen. Um zumindest dem Erblasserwillen widersprechende Interventionen durch die Erben zu verhindern, sind bei der Umdeutung bzw Anpassung der letztwilligen Verfügung zusätzlich zur Anordnung der Testamentsvollstreckung (ggf in Kombination mit der Vor- und Nacherbschaft) weitere Sicherungsmittel zur Verhinderung der Beendigung der Nachlassverwaltung und Zerschlagung des Nachlassvermögens vorzusehen.

6.3.1 Auflage an die Erben zur Duldung der Testamentsvollstreckung

Gemäß § 709 f ABGB kann der Erblasser Erben wie auch Vermächtnisnehmer durch eine letztwillig verfügte Auflage belasten. Diese bedarf der Testamentsform.⁷⁵⁷ Die Auflage dient besonderen Interessen des Erblassers, indem sie den Zuwendungsempfänger zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, ohne dass einem Dritten ein Forderungsrecht darauf zustände.⁷⁵⁸ Dieses kann in jeder Leistung bestehen, in einem Tun oder Unterlassen.⁷⁵⁹ Bei einer vom Erblasser verfügten auflösenden Bedingung hingegen hängt die Aufhebung des Rechtes von einem ungewissen Ereignis ab.⁷⁶⁰ Im Unterschied zur Bedingung eignet sich die Auflage besser zu einer gewünschten „Kontrolle“ der Erben, da sie durch Klage erzwingbar ist, was voraussetzt, dass ein Auflageberechtigter vorhanden ist.⁷⁶¹ Die Auflage an die Erben ist gemäß § 178 Abs 2 Ziffer 1 AußStrG auch in die Einantwortungsurkunde aufzunehmen. Die Auflage an den Erben ist Last bzw Pflicht im Sinne von §§ 563, 606 ABGB und trifft daher auch den Nachberufenen (bzw den Nacherben).⁷⁶²

Die herrschende Meinung billigt es dem Erblasser zu, durch Auflage den Erben von dem ihm sonst frei stehendem Widerruf der Testamentsvollstreckung sowie von eigenen (konkurrierenden) Vertretungs- oder Verfügungshandlungen abzuhalten.⁷⁶³ Verstößt der Erbe gegen diese Auflage, soll er die Erbenstellung

⁷⁵⁷ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 568; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 709 Rz 4.

⁷⁵⁸ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 568; *Eccher/Apathy*, Bürgerliches Recht VI⁵ 77; *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer Kommentar zum ABGB III² 689, 692.

⁷⁵⁹ *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 709 Rz 1.

⁷⁶⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 566.

⁷⁶¹ Vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 568; *Eccher/Apathy*, Bürgerliches Recht VI⁵ 78; *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 709 Rz 5.

⁷⁶² *Welser* in Rummel, ABGB⁴ § 709 Rz 4.

⁷⁶³ *Iro*, NZ 1977, 20; *Fritsch* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 245 f; OGH v. 14.2.2008, 2 Ob 1/08y,

wegen des Eintritts einer auflösenden Bedingung verlieren (vgl § 710 ABGB). Es wird betont, dass nur, wenn ein solcher Widerruf und eigenes Verwaltungshandeln verbindlich, eindeutig und zweifelsfrei ausgeschlossen oder dem Erben die Duldung der Verwaltung durch den Vertrauensmann des Erblassers ausdrücklich zur Pflicht gemacht wurde und er nach dem Erblasserwillen ansonsten seine Begünstigtenstellung bzw seine Erbenstellung vollends und endgültig verlieren soll, eine Auflage angenommen werden kann.⁷⁶⁴ Ob dem Trust-Instrument ein entsprechender Wille des Erblassers zur Annahme einer Auflage an die Erben zu entnehmen ist, ist im Rahmen der Umdeutung im Einzelfall zu entscheiden. Verstöß der Erbe gegen die ihm auferlegte Pflicht zur Duldung der Testamentsvollstreckung, tritt die Verwirkung des Erbrechtes jedenfalls nicht *ipso iure* ein, sondern es obliegt dem Testamentsvollstrecker, die Erfüllung der Auflage vom Bedachten zu verlangen und im Falle der Weigerung im Klagewege durchzusetzen. Der Testamentsvollstrecker wird unter diesem Aspekt zum Auflageberechtigten.⁷⁶⁵

Die Auflage führt jedoch mangels absoluter Wirkung zum einen nicht dazu, dass Verfügungen der Erben über das Nachlassvermögen unwirksam sind, ein Wegerwerb durch Dritte ist vielmehr möglich, sodass im Ergebnis bei der Umdeutung des Testamentary Trust in die Testamentsvollstreckung auch durch die ergänzende Anordnung einer Auflage an die Erben zur Duldung der Testamentsvollstreckung kein dem Trust-Recht entsprechender Vermögensschutz erreicht werden kann. Insbesondere kann die erbrechtliche Auflage nicht über die Gefahren des Zugriffs durch Gläubiger der Erben hinweghelfen. Zum andern besteht auch bei entsprechender Auflage an die Erben der bereits festgestellte Mangel an Kontrolle über das Gebaren des Testamentsvollstreckers.⁷⁶⁶

6.3.2 Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 364 c ABGB

Eine Verfügungsbeschränkung der Erben kann im österreichischen Recht weiters durch ein letztwillig verfügbares dinglich wirkendes Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 346 c ABGB erreicht werden. Ein solches Belastungs- und Veräußerungsverbot kann jedoch nur bezüglich Liegenschaften und dinglichen

⁷⁶⁴ Vgl *Bydlinski*, JBl 1981, 79; OGH v. 14.5.1992, 6 Ob 536, 537/92.

⁷⁶⁵ *Ehn*, NZ 1977, 36.

⁷⁶⁶ Siehen oben Pkt. 6.2.3.7.

Rechten an Liegenschaften angeordnet werden. Es darf zudem nur zwischen bestimmten Angehörigen aufgestellt werden und zwar gemäß der taxativen Aufzählung des § 364 c ABGB zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern. Der österreichische Gesetzgeber erachtet demnach den Erhalt von Familienbesitz als besonder schutzwürdig.⁷⁶⁷ Im Hinblick auf die Umdeutung des Testamentary Trust kommt das Belastungs- und Veräußerungsverbot daher nur in begrenztem Rahmen in Betracht, nämlich sofern der als „Erbe“ zu qualifizierende Beneficiary enger Familienangehöriger ist und das Trust-Vermögen sich aus Liegenschaften zusammensetzt.

Mit dem Belastungs- und Veräußerungsverbot kann weiters nur der erste Eigentümer, nicht dessen Rechtsnachfolger, gebunden werden, dh durch das Belastungs- und Veräußerungsverbot kann nur eine Generation nach dem Erblasser beschwert werden. Das Belastungs- und Veräußerungsverbot entfaltet erst mit der Verbücherung seine Wirkung. Durch die gegebenenfalls durch das Nachlassgericht angeordnete Eintragung des Belastungs- und Veräußerungsverbots können die dem Nachlass zugehörigen Liegenschaften für den Nachlass gesichert werden. Das verbücherte Belastungs- und Veräußerungsverbot wirkt absolut und macht daher verbotswidrige Verfügungen grundsätzlich unwirksam.⁷⁶⁸ Anders als bei der vorstehend behandelten Auflage an die Erben zur Duldung der Testamentsverwaltung sind die dem verbücherte Belastungs- und Veräußerungsverbot unterliegenden Liegenschaften auch vor dem exekutiven Zugriff von Gläubigern der Verbotsbelasteten geschützt.⁷⁶⁹

6.4 Postmortaler Auftrag/ postmortale Vollmacht

Untersucht wird weiters, inwiefern die Rechtsfigur des postmortalen Auftrages bzw der postmortalen Vollmacht herangezogen werden kann, um eine mit dem Testamentary Trust vergleichbare Rechtslage zu erzielen.

⁷⁶⁷ Vgl *Oberhammer* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 816 Rz 1.

⁷⁶⁸ *Spielbüchler* in Rummel, ABGB I³ § 364 c Rz 6, 16; *Oberhammer* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 816 Rz 14; die Wirksamkeit von Verpflichtungsgeschäften, die auf verbotswidrige Verfügungen gerichtet sind, bleibt vom Belastungs- und Veräußerungsverbot hingegen unberührt, was aber ggf nur zu Schadenersatzpflichten des Verbotsbelasteten führen kann.

⁷⁶⁹ *Oberhammer* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 816 Rz 19 mwN; die Zwangsversteigerung der verbotsgetroffenen Liegenschaften ist unzulässig, es sei denn, dem betreibenden Gläubiger steht ein dem Belastungs- und Veräußerungsverbot vorrangiges oder gleichrangiges Pfandrecht zu.

6.4.1 Zulässigkeit

Die Rechtstellung des Trustee beim Testamentary Trust könnte zum einen als postmortaler Auftrag bzw als postmortale Vollmacht an den Verwalter zur Verwaltung und Verteilung des Nachlasses verstanden werden. Die Vollmacht auf den Todesfall und deren regelmäßiger Rechtsgrund, der Auftrag auf den Todesfall (*mandatum post mortum*), sind nach österreichischem Recht grundsätzlich zulässig.⁷⁷⁰ Bei der Übersetzung des Testamentary Trust wäre im Innenverhältnis von einem Auftragsverhältnis zwischen Erblasser (Testator) und beauftragtem Verwalter (Trustee) auszugehen, welches als zweiseitiges Rechtsgeschäft jedenfalls der Annahme durch den Beauftragten bedarf, und im Außenverhältnis von einer durch den Erblasser an den Beauftragten erteilten Innenvollmacht.⁷⁷¹ Ist die Vollmacht in einem Testament enthalten, kann es am Zugang der Willenserklärung fehlen⁷⁷², bzw ist dieser unter Umständen durch das Verlassenschaftsgericht herbeizuführen. Das Anbot des Testators auf Abschluss eines Auftragsverhältnisses kann grundsätzlich auch nach dem Ableben des Testators noch angenommen werden; der Tod des Testators hebt insofern das Anbot nicht auf.⁷⁷³ Gemäß § 1022 Satz 1 ABGB wird eine Vollmacht zwar in der Regel durch den Tod des Vollmachtgebers aufgehoben. Gemäß § 1022 Satz 2, 2. Variante, erlischt die Vollmacht jedoch nicht, wenn sich die Vollmacht „selbst auf den Sterbefall richtet“. Auftrag und Vollmacht können zudem ausdrücklich so gestaltet sein, dass sie über den Tod des Geschäftsherrn hinaus fortdauern.⁷⁷⁴ Es handelt sich hierbei um die Erfüllung einer aufgetragenen Geschäftsbesorgungspflicht bzw um die Gebrauchnahme einer eigens dafür eingeräumten Rechtsmacht.

Die Erbeninteressen spielen im Hinblick auf die Wirksamkeit dieser Rechtsmacht keine Rolle, dh es ist irrelevant, ob die Geschäftsbesorgung nach dem Tod des Erblassers für die Erben nachteilig oder vorteilig ist.⁷⁷⁵ Der Bevollmächtigte ist somit nach Zugang der Vollmacht und mit dem Tod des Erblassers am Nachlass berechtigt und verpflichtet, den übernommenen Auftrag zu erfüllen – und zwar

⁷⁷⁰ *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1022 Rz 27; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1022 Rz 15.

⁷⁷¹ Siehe hierzu näher *Apathy*, in Schwimann/Kodek ABGB IV⁴ § 1002 Rz 3.

⁷⁷² *Schubert* in MünchKomm I⁷ (2015) § 168 Rz 47.

⁷⁷³ Vgl § 862 ABGB; eine Annahme ist grds auch möglich, wenn der Antragende zwischen Abgabe des Anbots und Zugang beim Treuhänder verstirbt.

⁷⁷⁴ *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1022 Rz 26.

⁷⁷⁵ *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1022 Rz 22.

unabhängig von einem Mitwirken des Verlassenschaftsgerichts.⁷⁷⁶ Der Bevollmächtigte ist mit dem Tod des Erblassers Geschäftsbesorger der zur Vertretung der Verlassenschaft berufenen Personen wie des Testamentsvollstreckers oder der erbserklärten und ausgewiesenen Erben. Diese Personen treten in das Grundverhältnis zwischen Erblasser und Vertreter ein, d.h. es stehen ihnen gegenüber dem Bevollmächtigten alle einem Geschäftsherrn zukommenden Rechte zu.⁷⁷⁷

Den Umfang des postmortalen Auftrags bzw. Vollmacht bestimmt der Erblasser bei der Erteilung, sodass seine Willenserklärung auszulegen ist.⁷⁷⁸ Der Auftrag bzw. die Vollmacht kann sich jedenfalls nur auf den Nachlass beziehen.⁷⁷⁹ Gegenstand und Inhalt von Auftrag und Vollmacht müssten sich bei der Umdeutung des Testamentary Trust eng an den Vorgaben des Erblassers im Trust-Instrument über die Vermögensverwaltung und -verteilung und den diebezüglichen vom Erblasser verfügten Besonderheiten ausrichten; gegebenenfalls müssten bei der Auslegung auch die Besonderheiten des Trust-Rechts berücksichtigt werden.

6.4.2 Widerruf und Duldung durch die Erben

Wie bereits zur Testamentsvollstreckung dargestellt⁷⁸⁰, ist die Bevollmächtigung über die Verwaltung des Nachlasses, solange die beauftragten Tätigkeiten noch nicht ausgeführt sind, durch die Erben widerrufbar. Die Erben können auch im Rahmen des Grundverhältnisses neue Weisungen erteilen. Der Widerruf kann bei Beauftragung ausdrücklich ausgeschlossen werden, sodass die Erben auf einen Widerruf aus wichtigen Gründen beschränkt sind.⁷⁸¹ Zum Teil wird für den Auftrag auf den Todesfall vertreten, dass das Vermächtnischarakter habende und nach erbrechtlichen Formvorschriften errichtet *mandatum post mortem* nicht durch die Erben widerruflich sei.⁷⁸² Die Duldung der Vertretung durch den bevollmächtigten

⁷⁷⁶ Siehe zur Testamentsvollstreckung oben Punkt 6.2.3.2.

⁷⁷⁷ *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1022 Rz 27; vgl. auch *Schubert* in MünchKomm I⁷ § 168 Rz 57.

⁷⁷⁸ Vgl. *Schubert* in MünchKomm I⁷ § 168 Rz 51.

⁷⁷⁹ Vgl. *Schubert* in MünchKomm I⁷ § 168 Rz 51.

⁷⁸⁰ Siehe oben Punkt 6.2.3.3.2.

⁷⁸¹ Vgl. *Schubert* in MünchKomm I⁷ § 168 Rz 55.

⁷⁸² *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1022 Rz 27

Verwalter lässt sich jedenfalls durch entsprechende Auflage an die Erben sichern.⁷⁸³

6.4.3 Verhältnis zur Testamentsvollstreckung

Geht man davon aus, dass es sich bei der verwaltenden Testamentsvollstreckung um ein Kuratel im Sinne von § 156 Abs 2 AußStrG handelt⁷⁸⁴, hätte eine Umdeutung des Testamentary Trust in eine postmortalen Auftrag/Vollmacht zur Folge, dass eine Bestellung des Nachlassgerichts nicht notwendig ist, damit der Verwalter wirksam den Nachlass bzw nach Einantwortung die Erben vertreten kann. Der Vertreter würde generell nicht unter die Kontrolle des Verlassenschaftsgerichtes fallen.

Folgt man hingegen der Ansicht, dass auch der verwaltende Testamentsvollstrecker ein vom Erblasser auf den Todesfall bestellter „Machthaber“ gemäß §§ 1002 ff BGB ist, bestehen keine Abweichungen zu den bereits zur Testamentsvollstreckung getroffen Feststellungen. Im Ergebnis bietet eine Umdeutung in einen postmortale Auftrag bzw postmortale Vollmacht sohin keinen weiteren Gewinn als die Testamentsvollstreckung. Auf die Ausführungen zum Auftragsrecht (Schutzes des Vermögens des Auftraggebers, Auftragsdauer etc) unter Punkt 6.2.3 kann verwiesen werden.

6.5 Rechtsvergleich mit einem durch erbrechtliche Auflage errichteten Treuhandverhältnis

Zu untersuchen ist weiterhin, inwiefern ein Treuhandverhältnis als Funktionsäquivalent für den Testamentary Trust in Betracht kommt. In Frage kommt die „fremdnützige fiduziarische Treuhand“, bei der der Treugeber das Eigentum am Treugut auf den Treuhänder überträgt, mit dem Auftrag, dieses im Sinne des Treugebers zu verwalten.⁷⁸⁵

⁷⁸³ Vgl oben zur Auflage zur Duldung des Testamentsvollstreckers Pkt 6.3.1.

⁷⁸⁴ Siehe oben Pkt 6.2.3.3.1

⁷⁸⁵ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 93 f; Strasser in Rummel, ABGB I³ § 1002 Rz 42 f; die Treuhand ist in Österreich wie auch in Deutschland nicht gesetzlich geregelt, sie wird aber grundsätzlich als aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit als zulässig anerkannt.

6.5.1 Allgemeines

Die fiduziarische Treuhand (im folgenden nur „Treuhand“) wird als Äquivalent des zu Lebzeiten errichteten (*inter vivos* Trust) gesehen⁷⁸⁶, weil die Treuhand das für den *inter vivos* Trust typische Dreipersonenverhältnis abbildet: Der Treugeber überträgt das Treugut auf den Treuhänder, um es zugunsten der Begünstigten verwalten zu lassen. Nach außen hin tritt der Treuhänder als Eigentümer des Treuguts in eigenem Namen auf. Die zwischen Treugeber und Treuhänder bestehende Treuhandabrede bindet den Treuhänder im Innenverhältnis. Der Treuhänder muss die Interessen des Treugebers sowie der Begünstigten wahrnehmen. Die einseitige Errichtung eines Treuhandverhältnisses durch Verfügung von Todes wegen bzw eine Treuhand auf den Todesfall ist im österreichischen Recht jedoch nicht vorgesehen. Die Treuhand gründet gerade auf der zweiseitigen Treuhandabrede, die in der Regel ein Auftrag ist. Die Übersetzung des Testamentary Trust in eine Erbeinsetzung des Trustee, der mit der erbrechtlichen Auflage belastet ist, gemäß dem Willen des Erblassers das Nachlassvermögen zugunsten der Beneficiaries treuhänderisch zu verwalten bzw der vom Erblasser durch postmortalen Auftrag bevollmächtigt ist, scheitert wie bereits aufgezeigt⁷⁸⁷ (siehe oben Pkt 6.2.1.) regelmäßig daran, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung gerade nicht der Trustee, sondern die Beneficiaries als die Erben nach dem Testator zu betrachten sind, da ihnen der Genuss des Nachlassvermögens zufließen soll.

Daher kommt für die Übersetzung des Testamentary Trust allenfalls eine Auflage an die Erben bzw an die Vermächtnisnehmer (oder an Erben und Vermächtnisnehmer gemeinsam) zum Abschluss eines Treuhandvertrages mit dem vom Erblasser bestimmten Trustee und Übertragung der Rechte am Treugut auf den Trustee in Betracht. Ein Verstoß der Erben gegen die erbrechtliche Auflage führt dann zum Verlust der Erbenstellung (vgl § 710 ABGB). Weiters müssen die Erben – sofern die Begünstigten gemäß den Bestimmungen des Trust-Instruments nicht über die Änderung oder Beendigung des Trust entscheiden sollen⁷⁸⁸ – durch

⁷⁸⁶ BGH v. 13.6.1984, IVa ZR 196/82, IPrax 1985, 221; *Kötz*, Trust und Treuhand 120 f; *Czermak*, express trust 185 f; *Dörner*, Trust 226; *Wolff*, Trusts 1336.

⁷⁸⁷ Vgl oben zur Auflage zur Duldung des Testamentsvollstreckers Pkt 6.3.1.

⁷⁸⁸ Siehe zum Recht der Beneficiaries zur Änderung und Auflösung des Trust oben Pkt. 4.9.3 bis 4.9.5.

die Auflage verpflichtet werden, das Treuhandverhältnis nicht entgegen den Willen des Erblassers zu ändern, zu widerrufen oder zu beenden.

6.5.2 Innenverhältnis zwischen Erben und Treuhänder

Im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder gilt das Auftragsrecht, dh der Treugeber kann frei über den Inhalt des Auftrages bestimmen und dem Treuhänder Weisungen erteilen.⁷⁸⁹ Die Erben müssen durch die erbrechtliche Auflage verpflichtet sein, das Innenverhältnis zum Treuhänder entsprechend den Bestimmungen im Trust-Instrument auszugestalten, dh die Anordnungen wie das Nachlassvermögen verwaltet und verteilt werden soll, muss sich nach den testamentarisch verfügten Anordnungen des Erblassers richten. Der Auftrag an den Treuhänder muss derart ausgestaltet sein, dass die Trustverfügung nachgezeichnet wird. Enthält die Treuhandabrede nicht selbst entsprechende Regelungen, sind im Übrigen die Bestimmungen über das Auftragsrecht gemäß §§ 1002 ff ABGB heranzuziehen. Bei berufsmäßigen Parteienvertretern als Treuhänder gelten auch die berufsrechtlichen Vorschriften wie die Notariatsordnung, Rechtsanwaltsordnung sowie Wirtschaftstreuhänder-Berufsordnung.⁷⁹⁰

6.5.3 Rechte, Pflichten und Haftung des Treuhänders

Ausschließlich dem Treuhänder stehen die aus treuhändigem Rechtspositionen oder Rechten erwachsenden Ansprüche zu. Der Treuhänder ist somit im Außenverhältnis voll Verfügungsbefugter und nur im Innenverhältnis durch die Treuhandabrede obligatorisch gebunden. Lediglich der Treuhänder kann – wie auch der Trustee – das treuhändige Recht an Dritte derivativ übertragen. Auch der entgegen der Treuhandabrede veräußernde Treuhänder räumt daher Eigentum am Treugut ein.

Im Innenverhältnis ist der Treuhänder wie der Trustee verpflichtet, die Treuhand entsprechend der Treuhandabrede auszuführen.⁷⁹¹ Es trifft ihn eine umfassende Treuepflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Treugeber (hier also der Erben). Der Treuhänder ist wie der Trustee verpflichtet, die Treugeber über

⁷⁸⁹ *Umlauf*, Die Treuhand aus zivilrechtlicher Sicht, 38.

⁷⁹⁰ *Umlauf*, Die Treuhand aus zivilrechtlicher Sicht, 37.

⁷⁹¹ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 107; *Umlauf*, Die Treuhand aus zivilrechtlicher Sicht, 39.

den Stand der Vermögensverwaltung zu informieren.⁷⁹² Hierzu gehört gemäß § 1012 ABGB auch die Pflicht, zur gehörigen Zeit Rechnung zu legen. Lässt die Treuhandabrede es zu, kann der Treuhänder die Treuhandverpflichtung substituieren und sich Erfüllungsgehilfen bedienen.⁷⁹³

Der Treuhänder haftet gegenüber dem Treugeber grundsätzlich für jeden Schaden, den er rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat (vgl § 1012 ABGB). Es gelten die allgemeinen schadensersatzrechtlichen Bestimmungen der §§ 1293 ff ABGB. Das Verschulden des Treuhänders wird gemäß § 1298 ABGB vermutet. Für professionelle Treuhänder gilt gemäß § 1299 ABGB ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab. Generell gelten die bereits zur Testamentsvollstreckung näher ausgeführten Bestimmungen des Auftragsrechtes.⁷⁹⁴

6.5.4 Hinreichender Schutz des Nachlassvermögens vor Vermögensvereitelung?

Zu untersuchen ist, welche besonderen Mechanismen das Treuhandrecht zum Schutz des Treugutes vorsieht.

6.5.4.1 Publizität?

Nach herrschender Ansicht kann die Treuhandbindung weder im Firmen- noch im Grundbuch eingetragen werden.⁷⁹⁵ Nur teilweise wird die Möglichkeit der Anmerkung im Grundbuch gemäß dem Vorbild der fideikommissarischen Substitution bejaht, um die Publizität der Treuhand an Liegenschaften zu verwirklichen.⁷⁹⁶ Dies würde die Treugeber vor einem gutgläubigen Wegerwerb der Liegenschaft schützen.

6.5.4.2 Dingliche Rechtsposition?

Den Treugebern ist das Treugut nur wirtschaftlich zurechenbar. Anders als beim Trust haben die Treugeber am Treugut keine dinglichen Rechte. Die Treugeber können – ander als im Trust-Recht – gegenüber Dritten gerade nicht geltend

⁷⁹² *Umlauf*, Die Treuhanderschaft aus zivilrechtlicher Sicht, 39.

⁷⁹³ *Umlauf*, Die Treuhanderschaft aus zivilrechtlicher Sicht, 39.

⁷⁹⁴ Siehe oben Pkt. 6.2.3.3.3.

⁷⁹⁵ *Strasser* in Rummel, ABGB I³ § 1022 Rz 42a; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 129 mwN.

⁷⁹⁶ *Umlauf*, Die Treuhanderschaft aus zivilrechtlicher Sicht, 46 f.

machen, sie seien die wahren Eigentümer des Treuguts.⁷⁹⁷ Den Treugebern kommt vielmehr nur gegenüber den Treuhändern ein Anspruch auf Herausgabe des Treugutes zu. Die Treugeber können daher allenfalls ihren auf aussonderungsfähiges Treugut gerichteten Herausgabeanspruch gegen den Treuhänder veräußern.⁷⁹⁸ Das Vollrecht des Treuhänders verhindert weiters den direkten Zugriff der Gläubiger der Treugeber. Die Gläubiger der Treugeber können aber deren Ansprüche gegen den Treuhänder, insbesondere den Anspruch auf Herausgabe des Treugutes und den Rechnungslegungsanspruch, exequieren.⁷⁹⁹

6.5.4.3 Treuhandmissbrauch

Jede gegen die Treuhandabrede verstoßende Verfügung des Treuhänders stellt einen Treuhandmissbrauch dar. Der Treuhänder verfügt aber auch bei Treuhandmissbrauch wirksam über sein Vollrecht, weshalb ein Dritter wirksam Rechte am Treugut erwirbt. Die Treugeber haben lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Treuhänder auf die vom Dritten erhaltene Gegenleistung bzw auf Abtretung der Forderung gegen den Dritten (§ 1009 ABGB).⁸⁰⁰ Die Treugeber können allenfalls auch den Ersatz eines allfälligen Nichterfüllungsschadens vom untreuen Treuhänder begehren.⁸⁰¹

Ein unter Treuhandmissbrauch geschlossenes Rechtsgeschäft ist gemäß § 879 ABGB nichtig, wenn der Dritte an der Untreue (§ 153 StGB) des Treuhänders wissentlich teilnimmt⁸⁰² oder wenn Kollusion, dh gemeinsames absichtliches Schädigen des Treugebers durch den Treuhänder und den Dritten, vorliegt.⁸⁰³ Die hA wendet die für den Vollmachtmissbrauch entwickelten Regeln an. Demnach ist der Vertrag mit dem Dritten bis zur Genehmigung durch den Treugeber schwebend unwirksam, wenn der Dritte den Treuebruch kennt oder wegen Offenkundigkeit fahrlässig nicht kennt.⁸⁰⁴

⁷⁹⁷ *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ § 1002 Rz 15.

⁷⁹⁸ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 131.

⁷⁹⁹ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 133.

⁸⁰⁰ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 189.

⁸⁰¹ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 190.

⁸⁰² Liegt Veruntreuung (§ 133 StGB) vor genügt für nichtigkeitsbegründende Beitragstäterschaft des Dritten *dolus eventualis*; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 191.

⁸⁰³ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 191.

⁸⁰⁴ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 190 mwN; *Umlauf*, Die Treuhand-schaft aus zivilrechtlicher Sicht, 64.

6.5.4.4 Surrogationsprinzip

Im Treuhandrecht gilt – wie im Trust-Recht⁸⁰⁵ – nach herrschender Ansicht das Surrogationsprinzip, dh alles, was dem ursprünglichen Treugut wächst oder an dessen Stelle tritt, wächst den Treugebern zu. Diese Sachen werden von der Treuhandabrede erfasst und sind den Treugebern nach Maßgabe der Treuhandabrede auszufolgern (obligatorische Surrogation).⁸⁰⁶

6.5.4.5 Vollstreckungsschutz

Auf Rechtsfolgenebene sieht das österreichische Recht einen besonderen Vollstreckungsschutz der Treugeber vor, welcher der exekutionsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Absicherung des Herausgabeanspruchs dient. Den Treugebern kommt das Exszindierungsrecht (§ 37 EO) und das Aussonderungsrecht (§ 44 Abs 1 IO) zu.⁸⁰⁷ Das Treugut steht – sofern es aussonderungsfähig ist – den Treugebern haftungsmäßig vor allen dinglich ungesicherten Gläubigern des Treuhänders zu.⁸⁰⁸ Nach herrschender Ansicht unterliegt auch der Surrogationsanspruch dem Vollstreckungsschutz.⁸⁰⁹ Nicht unter den Vollstreckungsschutz fällt der Anspruch des Treugebers auf Herausgabe der Gegenleistung nach § 1009 im Falle, dass der Treuhänder vorsätzlich treuwidrig über Treugut verfügt hat.⁸¹⁰

6.5.5 Dauer des Treuhandverhältnisses

Das Treuhandverhältnis endet entsprechend der in der Treuhandabrede getroffenen Vereinbarung.⁸¹¹ Ist in der Treuhandabrede eine Dauer nicht vorgesehen, ist für die Bestimmung des Endes des Treuhandverhältnisses der Zweck der Treuhand maßgeblich.⁸¹² Die Treuhand wäre zum Beispiel dann aufzulösen, wenn der Nachlass, wie vom Erblasser verfügt, vollständig verteilt worden ist. Dem Treuhänder kommt grundsätzlich das Recht zu, das Vertragsver-

⁸⁰⁵ Siehe zum englischen Recht oben Pkt. 4.9.1. und zu Art 911 Abs 1 PGR nach liechtensteinischem Recht oben Pkt. 5.7.1.

⁸⁰⁶ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 113; *Umlauf*, Die Treuhandschaft aus zivilrechtlicher Sicht, 46 f.

⁸⁰⁷ RIS-Justiz RS0107635, RS0107635.

⁸⁰⁸ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 111.

⁸⁰⁹ *Umlauf*, Die Treuhandschaft aus zivilrechtlicher Sicht, 46 f.

⁸¹⁰ *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 Rz 189.

⁸¹¹ *Umlauf*, Die Treuhandschaft aus zivilrechtlicher Sicht, 66.

⁸¹² *Umlauf*, Die Treuhandschaft aus zivilrechtlicher Sicht, 66.

hältnis zu kündigen, soweit nicht die Vereinbarung bzw der Zweck der Treuhand entgegenstehen (vgl § 1021 ABGB).⁸¹³

Wie aufgezeigt kann der Treugeber das Treuhandverhältnis widerrufen (vgl §1020 ABGB). Sind gemäß dem Trust-Instrument auch Ermessenbegünstigte vorgesehen und sollen den Begünstigten daher gemäß dem Erblasserwillen die starken Begünstigtenrechte zur Änderung und Auflösung des Trust gerade nicht zukommen, ist die Dauer des Treuhandverhältnisses dadurch abzusichern, dass die Rechtsnachfolger nach dem Testator mit der (weiteren) erbrechtlichen Auflage belegt werden, das Treuhandverhältnis nicht zu widerrufen.

6.5.6. Ergebnis des Rechtsvergleiches

Im Unterschied zur Erbeinsetzung unter Testamentsvollstreckung sind die Rechtsnachfolger, die durch die erbrechtliche Auflage zur Errichtung eines Treuhandverhältnisses verpflichtet sind, von der Nachlassverwaltung schon grundsätzlich ausgeschlossen. Die mit der Auflage belasteten Rechtsnachfolger nach dem Testator, dh Erben und Vermächtnisnehmer, müssen – abhängig von der Ausgestaltung ihrer Begünstigtenstellung im Trust-Instrument – jene Begünstigten sein, denen der Nachlass oder ein Teil des Nachlasses nach dem Willen des Erblassers letztlich zu Gute kommen soll. Der Nachlass, der auf den Treuhänder zur Verwaltung und Verteilung zu übertragen ist, ist den Erben nur wirtschaftlich zuzuordnen; eine Verfügungsbefugnis der Erben bzw Vermächtnisnehmer besteht nicht. Der Nachlass ist somit vor dem Zugriff der Gläubiger der Erben und Vermächtnisnehmer geschützt. Diesen Gläubigern wäre ein Zugriff auf den Nachlass gegenebenfalls in der Zeitspanne zwischen Einantwortung und Übertragung des Eigentums am Treugut auf den Treuhänder möglich. Im Hinblick darauf ist vom Nachlassgericht dafür Sorge zu tragen, dass Einantwortung und Errichtung des Treuhandverhältnisses – durch Vereinbarung der Treuhandabrede und Übertragung der (Eigentums-) Rechte am Treugut – in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang erfolgen, sodass die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger allenfalls für eine „juristische Sekunde“ besteht.

Aufgrund der Tatsache, dass der Nachlass durch Übertragung auf den Treuhänder dem Zugriff der Erben und Vermächtnisnehmer entzogen ist, ist der durch

⁸¹³ *Umlauft*, Die Treuhand aus zivilrechtlicher Sicht, 67.

Verfügung eines Testamentary Trust auf langfristige Bindung seines Nachlassvermögens gerichtete Wille des Testators umsetzbar. Insbesondere ist die Gefahr gebannt, dass vorrangige Begünstigte den Nachlass zu Lasten der nachrangig Begünstigten (*successive Beneficiaries*) oder der bloßen Ermessensbegünstigten (*discretionary Beneficiaries*) schmälern können.

Im Unterschied zur Testamentsvollstreckung kennt das österreichische Treuhandrecht besondere Mechanismen zum Schutz des Treugutes: Zum einen gilt das Prinzip der obligatorischen Surrogation, wonach den Treugeber gegen den Treuhänder auch das Recht auf Herausgabe von erlangten Surrogaten für das Treugutes zukommt. Zum andern stärkt das österreichische Treuhandrecht die Rechte der Treugeber, indem es den Herausgabeanspruch der Treugeber insolvenz- und exekutionsrechtlich absichert. Aus Exszindierungsrecht und Aussonderungsrecht können aber keine weitere Rechtsfolgen abgeleitet werden, insbesondere kann nicht von einer dinglichen oder quasidinglichen Rechtsposition der Treugeber gesprochen werden, der Treuhänder kann Eigentum am Treugut vielmehr unbelastet an Dritte übertragen.⁸¹⁴ Mit dem Spurfolgerecht des Trustrechts vergleichbare dingliche Herausgabeansprüche gegen Dritte bestehen nicht. Im Falle des Treuhandmissbrauchs kommt den Treugebern allenfalls ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Treuhänder auf die vom Dritten erhaltene Gegenleistung zu.

Entscheidender Unterschied zum Trust-Konzept ist die bei der Treuhandschaft grundsätzlich völlig fehlende Rolle des Gerichts. Bei der Testamentsvollstreckung kann zumindest von einer gewissen amtswegigen Kontrolle ausgegangen werden.⁸¹⁵ Unklar und eher unwahrscheinlich ist, dass das Gericht im Falle der Errichtung des Treuhandverhältnisses durch die auflageverpflichteten Rechtsnachfolger von Amts wegen irgendeine Kontrollfunktion wahrnehmen kann. Mangels gesetzlicher Grundlage ist dies abzulehnen. Ob das Vermögen in Folge nach dem Willen des Erblassers verwaltet wird, steht somit allein in der Kontrollzuständigkeit der Erben bzw Vermächtnisnehmer. Beim Konzept des Testamentary Trust kommt hingegen gerade dem Gericht eine wichtige Funktion zur Kontrolle der Umsetzung des Erblasserwillens zu.

⁸¹⁴ Vgl *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1002 Rz 135.

⁸¹⁵ Siehe hierzu oben Pkt 6.2.3.5.

Der Treuhänder ist allenfalls als Auflagenberechtigter berechtigt, das Gericht anzurufen, wenn es die Erben bzw Vermächtnisnehmer unternehmen, den Inhalt der Treuhandabrede entgegen den Wünschen des Testators abzuändern oder dem Willen des Testators entgegenstehende Weisungen erteilen. Der Wille des Erblassers kann andererseits aber dann umgangen werden, wenn Treuhänder und Treugeber – vom Gericht unbemerkt – zusammenwirken.

Die Annahme einer Treuhanderschaft scheint insbesondere im Bezug auf die Fallgruppe 2 („Anpassung“)⁸¹⁶ sowie im Falle eines *pour over* Trust⁸¹⁷ zweckmäßig, da hier von einem bereits bestehendem Treuhandverhältnis nach fremdem Recht auszugehen ist. Entscheidend ist die Ausgestaltung des Trusts im Einzelfall, dh ob dem Trustee (im Falle des Discretionary Trust und bei *power of appointment*) oder den Beneficiaries (im Falle des Fixed Trust) der beherrschende Einfluss bzgl der Verwaltung und Verteilung des Trustvermögens zukommt. In ersterem Fall liegt die Rechtszuständigkeit nach dem Willen des Settlers beim Trustee und kann dieser als fiduziarischer Eigentümer und Treuhänder angesehen werden.

6.6 Rechtsvergleich mit der österreichischen Privatstiftung

Als funktionsverwandtes Rechtinstitut für den Testamentary Trust kommt im österreichischen Recht die Privatstiftung gemäß Privatstiftungsgesetz (PSG) in Betracht. In den Materialien zum PSG wird zur „Stiftungsidee“ ausgeführt: „Der Stiftung liegt der Gedanke zu Grunde, dass mit einem eigentümerlosen Vermögen ein bestimmter Zweck besser, zielstrebig und auch dauerhafter verwirklicht werden kann, als wenn das Vermögen mit dem Schicksal des Stifters und dem seiner Rechtsnachfolger verbunden bliebe und etwa in eine Gesellschaft eingebracht würde, die von den Gesellschaftern beeinflussbar ist. Mit der Errichtung einer Stiftung soll daher die Verselbständigung des Vermögens erreicht und dessen Verwendung an den einmal erklärten Willen des Stifters gebunden werden.“⁸¹⁸ Die Privatstiftung bietet wie der Trust die Möglichkeit, Vermögen zu einem bestimmten Zweck langfristig zu binden, in dem es (für eine gewisse Dauer) der Verwaltung durch unabhängige Vermögensverwalter

⁸¹⁶ Siehe eingangs Pkt. 1.2.

⁸¹⁷ Siehe oben Pkt. 4.5.2 und 5.2.

⁸¹⁸ Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, Allgemeiner Teil, abgedruckt bei *N. Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ (2013) 728.

unterstellt wird, wobei die Nachkommen an den Früchten des Vermögens partizipieren können.⁸¹⁹

6.6.1 Allgemeines

Die Privatsstiftung ist in Österreich eine recht junge Rechtsform. Mit der Schaffung des PSG in 1993⁸²⁰ folgte der österreichische Gesetzgeber der rechts- und gesellschaftspolitischen Forderung nach einem – im Vergleich zum Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz 1974 (BStFG) – „modernem Stiftungsrecht,“ das zur Vermögens- und Unternehmensstrukturierung eingesetzt werden kann.^{821, 822} Mit seinen 42 Paragraphen bietet das PSG ein relativ dichtes Regelungswerk.

Gemäß § 1 Abs 1 PSG ist eine Privatstiftung ein Rechtsträger mit Rechtspersönlichkeit, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzen, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zweckes zu dienen. Der Stiftungszweck kann wie der Zweck eines Testamentary Trust als Form des Private Express Trust rein privatnützig aber auch gemeinnützig sein. Eine Privatstiftung nach PSG kann unter Lebenden, aber auch von Todes wegen errichtet werden (vgl § 8 PSG). Mit Ausnahme weniger Sondervorschriften für die Privatstiftung von Todes wegen sieht das PSG einheitliche Bestimmungen vor. Die Stiftung von Todes wegen wird wie der Testamentary Trust durch den Tod des Stifters wirksam, dh die Stiftungserklärung ist durch den Tod des Stifters aufschiebend bedingt.⁸²³ Die Stiftung erwirbt somit aus dem Nachlass als Erbe oder Vermächtnisnehmer.⁸²⁴

⁸¹⁹ Vgl *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 18.

⁸²⁰ Das PSG ist seit 1. September 1993 in Kraft, BGBl 1993/694.

⁸²¹ Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Privatstiftungsgesetz (1995) Einl Rz 1 mwN; *Helbich*, Die Privatstiftung als neue Rechtsform in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 4 f; wobei auch dem Abfluss von Vermögen ins Ausland – etwa in liechtensteinische Privatstiftungen – entgegengewirkt werden sollte, vgl ErlRV Allgemeiner Teil.

⁸²² Zwischenzeitlich wurde das BStFG durch das Gemeinnützigkeitsgesetz 2015 (153/ME) novelliert, mit dem Ziel, die Zuführung von Vermögenswerten zu Zwecken der Gemeinnützigkeit zu fördern. Hierfür wurde der Gründungsvorgang erleichtert, indem nicht mehr von einem Bewilligungssystem, sondern von einem (Nicht-) Untersagungssystem ausgegangen wird, und die weitgehende Selbstkontrolle der Stiftung in Anlehnung an das PSG eingeführt. Die Erläuterungen zum Ministerialentwurf des Gemeinnützigkeitsgesetzes, 153/ME XXV. GP, sind online einsehbar unter www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00153/imfname_471285.pdf.

⁸²³ *N. Arnold*, PSG³ § 8 Rz 3; *Schauer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 8 Rz 13.

⁸²⁴ *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung 128.

6.6.2 Rechtspersönlichkeit der Privatstiftung

Im Unterschied zum Trust, der keine Rechtspersönlichkeit hat und bei dem der Trustee Träger von Rechten und Pflichten ist⁸²⁵, ist die Privatstiftung als juristische Person ein eigenständiger Rechtsträger (vgl § 1 Abs 1 2. Halbsatz PSG).⁸²⁶ Die Privatstiftung ist aber weder Gesellschaft, noch sind die Begünstigten der Privatstiftung anteilsberechtigter Gesellschafter, vielmehr ist sie eigentümerlos⁸²⁷, das Stiftungsvermögen ist als Vermögenssubstrat⁸²⁸ verselbständigt⁸²⁹. Aufgrund der Eigentümerlosigkeit kommt den Organwaltern eine bedeutende Rolle zu, deren Kontrolle zum Schutz vor Missbrauch daher in ausreichendem Maße sicherzustellen ist.⁸³⁰

6.6.3 Funktionen der Privatstiftung und zulässiger Stiftungszweck

Der Stiftungszweck ist als wesentliches Merkmal der Privatstiftung eine Zulässigkeitsvoraussetzung.⁸³¹ Er gehört zum Mindestinhalt jeder Stiftungsurkunde (§ 9 Abs 1 Ziffer 2 PSG iVm § 10 Abs 2 Satz 1 PSG). Eine Privatstiftung darf gemäß § 1 Abs 1 PSG zu jedem beliebigen Zweck gegründet werden, solange er erlaubt ist, dh nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstößt⁸³², und sich „nach außen“ richtet⁸³³. Gemäß § 1 Abs 2 PSG darf eine Privatstiftung nicht eine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben, die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen, oder unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft sein. Die wesentliche Funktion der Stiftung ist es, Vermögen (jedweder

⁸²⁵ Siehe oben Pkt. 4.3. und Pkt. 5.4.

⁸²⁶ *N. Arnold*, PSG³ Einl Rz 12; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 7/10; *Helbich*, Die Privatstiftung als neue Rechtsform in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 2.

⁸²⁷ Vgl ua OGH v. 15.7.1999, 6 Ob 74/99x; v. 25.2.1999, 6 Ob 332/98 m; v. 11.3.1999, 6 Ob 331/98 i, v. 26.4.2001, 6 Ob 60/01 v; v. 16.5.2001, 6 Ob 85/01w; v. 30.5.2012, 8 Ob 115/11m; kritisch zum Begriff der „Eigentümerlosigkeit“ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 1 Rz 13.

⁸²⁸ *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung 14.

⁸²⁹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 7/10.

⁸³⁰ *Helbich*, Die Privatstiftung als neue Rechtsform in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 2; siehe zur Corporate Governance der Privatstiftung noch unten Pkt. 6.6.5.

⁸³¹ *N. Arnold*, PSG³ § 1 Rz 11.

⁸³² *N. Arnold*, PSG³ § 1 Rz 15; *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung 16.

⁸³³ Reine „Selbstzweckstiftungen“, also Stiftungen, deren Zweck sich darin erschöpft, Vermögen innerhalb der Stiftung zu akkumulieren, sind unzulässig, *N. Arnold*, PSG³ § 1 Rz 13; *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung 17.

Art⁸³⁴) zusammenzuhalten und davor zu schützen, dass es beliebig weiterveräußert und der Aufteilung unterworfen wird.⁸³⁵ In Abgrenzung zur „gemeinnützigen“ Privatstiftung zeichnet sich die „eigennützige“ Privatstiftung dadurch aus, dass die Erträge aus der Stiftung ganz bestimmten Personen als Begünstigten zufließen sollen, wie Familienmitgliedern des Stifters („Familienstiftung“ oder „Versorgungsstiftung“).⁸³⁶ Die Familienstiftung ist keine besondere Privatstiftung und findet auch im Privatstiftungsgesetz keine eigene Erwähnung. Nach *Torggler* ist die Familienstiftung in ihrer Reinform aber „der Prototyp der privatnützigen Stiftung.“⁸³⁷ Sie bindet Familienvermögen, entzieht es dem Zugriff der Nachkommen bzw der Zersplitterung durch Erbteilung und lässt dennoch die Nachkommen am Vermögensgenuss teilhaben. Man unterscheidet hierbei „entmündigende“ von „mitwirkungsoffenen“ Stiftungen, je nachdem, inwiefern die Begünstigten als wirtschaftlich Interessierte in die Geschäftsführung bzw Kontrolle der Geschäftsführung miteingebunden sind.^{838, 839} Die Privatstiftung erfüllt damit in Österreich die gleichen Funktionen wie ein englischer bzw liechtensteinischer Private Express Trust (insbesondere in seiner häufigsten Form des Family Trust).⁸⁴⁰ Wie der Testamentary Trust bietet auch die Privatstiftung von Todes wegen Flexibilität, kontrollierte Verwaltung, Familienfürsorge und Vermögensschutz.⁸⁴¹

⁸³⁴ *N. Arnold*, PSG³ § 4 Rz 20.

⁸³⁵ *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 709.

⁸³⁶ Vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/16; *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 709; *Torggler*, Die Familien-Privatstiftung aus der Sicht der Nachfolge-Generationen in Eiselberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2008, 91 f.

⁸³⁷ *Torggler*, Die Familien-Privatstiftung aus der Sicht der Nachfolge-Generationen 92.

⁸³⁸ Vgl *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/16; *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 709.

⁸³⁹ Siehe zu den Grenzen der Zulässigkeit der Einbeziehung der Begünstigten in die Stiftungsorganisation noch unten Pkt. 6.5.8.5.

⁸⁴⁰ Vgl auch *Micheler*, Der englische Trust im Vergleich zur österreichischen Privatstiftung 293, 305.

⁸⁴¹ Siehe zu den Funktionen des Testamentary Trust oben Pkt. 4.4.

6.6.4 Errichtung der Privatstiftung von Todes wegen

6.6.4.1 Zwingendes Formerfordernis

Die Privatstiftung von Todes wegen wird durch einseitige letztwillige Verfügung in Form einer letztwilligen Stiftungserklärung errichtet (§ 8 Abs 1 PSG).⁸⁴² Neben dem Formerfordernis für letztwillige Verfügungen (Testamentsform) muss die letztwillige Erklärung zur Errichtung einer Privatstiftung darüber hinaus auch der Form eines Notariatsaktes entsprechen (§ 39 Abs 1 PSG). Das strenge Formerfordernis gilt für die gesamte Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde)⁸⁴³ und folgt aus dem Perpetuierungszweck der Privatstiftung⁸⁴⁴; der Notariatsakt dient der Beweissicherung, dem Übereilungsschutz sowie der Beratung des Stifters durch den Notar.⁸⁴⁵ Die Errichtung eines Notariatsaktes durch einen österreichischen Notar ist in §§ 52 ff Notariatsordnung (NO) geregelt. Bei der Stiftungserrichtung haben daher (zumindest) zwei Notare mitzuwirken bzw sind ein Notar und zwei Zeugen hinzuzuziehen (§ 56 NO).

Bei Abgabe entsprechender Erklärungen im Ausland dürfte die Beachtung einer der Funktion des österreichischen Notariatsaktes entsprechenden am Ort der Abgabe der Erklärung zulässigen Form hinreichend sein.⁸⁴⁶ Für die Errichtung des Testamentary Trust nach englischem wie nach liechtensteinischem Recht genügt hingegen die Form einer letztwilligen Verfügung, sodass im Hinblick auf die dieser Arbeit zugrundeliegenden Fallüberlegungen der letztwilligen Verfügungen über die Errichtung eines Testamentary Trust nicht vom Vorliegen eines Notariatsaktes ausgegangen werden kann.⁸⁴⁷ Auf die Problematik eines etwaigen Formmangels zur Errichtung einer Privatstiftung und eine Lösung im Hinblick auf die Umdeutung wird im Anschluss an den funktionellen Rechtsvergleich weiter eingegangen.

⁸⁴² Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 8 Abs 1 PSG; *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung 108; einer Annahmeerklärung durch den Vorstand bedarf es nicht, vgl zum liechtensteinischen Trust oben Pkt. 5.3.3.

⁸⁴³ *Werkusch*, Gründung der Privatstiftung, in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechtes 76.

⁸⁴⁴ Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 39 Abs 1 PSG.

⁸⁴⁵ *Huber* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 39 Ru 2; *Werkusch*, Gründung der Privatstiftung 76.

⁸⁴⁶ *N. Arnold*, PSG³ § 39 Rz 3 mit Hinweis auf OGH v. 23.2.1989, 6 Ob 525/89.

⁸⁴⁷ Siehe weiter hierzu unten Pkt. 6.6.

6.6.4.2 Stiftungserklärung

Die Stiftungserklärung ist – vergleichbar mit dem Trust-Instrument – die Rechts- und Organisationsgrundlage der Privatstiftung.⁸⁴⁸ Für die Errichtung genügt die Stiftungsurkunde. Eine Stiftungszusatzurkunde ist fakultativ möglich (vgl § 10 Abs 2 PSG). Die Stiftungsurkunde muss gemäß § 9 Abs 1 PSG über folgenden gesetzlichen Mindestinhalt verfügen⁸⁴⁹: die Widmung des Vermögens, den Stiftungszweck, die Bezeichnung der Begünstigten oder die Angabe einer Stelle zur Feststellung der Begünstigten, Name und Sitz der Privatstiftung, Angaben zum Stifter (den Stiftern) und die Dauer der Stiftung. Insofern besteht eine Ähnlichkeit zu den für die Errichtung eines Trust zwingend zu erklärenden Mindestvoraussetzungen, den *three certainties (intention, subject, object)*.⁸⁵⁰ Darüber hinaus kann die Stiftungserklärung weitere Bestimmungen enthalten, etwa über die Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstandes, Stiftungsprüfers oder der Einrichtung weiterer Organe (vgl § 9 Abs 2 PSG). Die fakultativen Bestimmungen müssen zum Teil in der Stiftungsurkunde geregelt werden (vgl § 10 Abs 2 PSG). In die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen werden können insbesondere Regelungen über Vergütungen der Stiftungsorgane, die nähere Bestimmung der Begünstigten, die Festlegung eines Mindestvermögensstandes, der durch Zuwendungen an Begünstigte nicht geschmälert werden darf, die Bestimmung eines Letztbegünstigten, Regelungen über die innere Ordnung von kollegialen Stiftungsorganen sowie Angaben über die Widmung eines das Mindestvermögen übersteigenden Stiftungsvermögens.⁸⁵¹

Wie beim Testamentary Trust dem Trust-Instrument⁸⁵² kommt bei der Stiftung von Todes wegen der Stiftungserklärung entscheidende Bedeutung bei der Ermittlung des Stifterwillens zu. Nach *Kalss* ist die Privatstiftung „Ergebnis bzw Substrat des formal in der Stiftungserklärung niedergelegten Stifterwillens“.⁸⁵³ Ebenso wie die Trustees den im Trust-Instrument manifestierten Willen des Testators zu befolgen haben, sind auch bei der Stiftung die Mitglieder des Stiftungsvorstandes bei der Verwaltung und Vertretung der Privatstiftung durch

⁸⁴⁸ *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 714.

⁸⁴⁹ *N. Arnold*, PSG³ § 7 Rz 4.

⁸⁵⁰ Vgl hierzu oben Pkt. 4.6.

⁸⁵¹ Vgl § 10 Abs 2 PSG iVm § 9 Abs 2 Ziffer 9 bis 14.

⁸⁵² Vgl oben Pkt. 4.2. und .Pkt. 5.6.1.

⁸⁵³ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/10.

den in der Stiftungserklärung niedergelegten Stifterwillen gebunden (§ 17 Abs 1 Satz 2 PSG). Wie beim Trust sind neben der Stiftungserklärung auch Absichtserklärungen des Stifters (*letters of intent*) möglich, die für den Stiftungsvorstand jedoch nicht verbindlich sind.⁸⁵⁴

6.6.4.3 Sitz, Name, Mindestvermögen

Die Privatstiftung muss ihren Sitz im Inland haben (§ 1 Abs 1 2. Halbsatz PSG). Sie benötigt einen Namen, der sich von allen im Firmenbuch eingetragenen Privatstiftungen deutlich unterscheidet (§ 2 PSG). Anders als beim Testamentary Trust ist bei der Privatstiftung ein Mindestvermögen erforderlich, das gesetzlich mit EUR 70.000,- vorgegeben ist (§ 4 PSG). Das Mindestvermögen kann in Bar- oder Sachwidmungen eingebracht werden (§ 11 Abs 1 PSG). Die Mindestvermögensschwelle dient als „Missbrauchsschranke“ bzw. „Einstiegsschwelle“.⁸⁵⁵ Die laufenden Kosten einer Privatstiftung sind relativ hoch sind. Den Mitgliedern des Stiftungsvorstandes steht eine angemessene Vergütung zu (vgl § 19 PSG), hinzu kommen die Honorare für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. In der Praxis wird eine Privatstiftung daher erst bei größeren Vermögenswerten ab ca 2 Millionen Euro empfohlen.⁸⁵⁶

6.6.4.4 Eintragung ins Firmenbuch

Die Privatstiftung entsteht gemäß § 7 Abs 1 2. Halbsatz PSG erst mit der Eintragung ins Firmenbuch als eigständiger vollständig ausgebildeter Rechtsträger.⁸⁵⁷ Die Eintragung wirkt demnach konstitutiv.⁸⁵⁸ Gemäß § 12 Abs 1 PSG ist die Privatstiftung vom ersten Stiftungsvorstand unter Vorlage der Stiftungsurkunde zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Bei Nichteinhaltung der Formvorschrift oder Fehlen des zwingenden Mindestinhaltes der Stiftungsurkunde liegt ein Eintragungshindernis vor. Eintragungsgegenstände gemäß § 13 Abs 3 PSG iVm § 3 FBG⁸⁵⁹ sind insbesondere der Stiftungszweck, das

⁸⁵⁴ *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 715.

⁸⁵⁵ *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung 42; *N. Arnold*, PSG³ § 4 Rz 2.

⁸⁵⁶ Vgl *Nowotny*, Stifterrechte – Möglichkeiten und Grenzen, JBl 2003, 778, *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba*, Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens 518.

⁸⁵⁷ *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 717.

⁸⁵⁸ Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 7 PSG; die seit Abgabe der Stiftungserklärung bestehende „Vorstiftung“ endet; näher hierzu *N. Arnold*, PSG³ § 7 Rz 5 f.

⁸⁵⁹ Eintragungsgegenstände bei der Privatstiftung sind Firma, Sitz, Geschäftsanschrift, Stichtag für den Jahresabschluss, Stiftungszweck, Angaben über die Vertretungsbefugnis und die

Datum und jede Änderung der Stiftungsurkunde und falls vorhanden der Stiftungszusatzurkunde sowie Namen und Geburtsdatum der Mitglieder des Stiftungsvorstandes. Nicht einzutragen sind hingegen der/die Stifter, die Begünstigten, das Kapital, die Mitglieder anderer Organe als der Stiftungsvorstand und Aufsichtsrat sowie der Stiftungsprüfer, welche daher nicht auf dem Firmenbuchauszug aufscheinen.⁸⁶⁰

Nur die Stiftungsurkunde, hingegen nicht die Stiftungszusatzurkunde sind in der Urkundensammlung des Firmenbuchgerichtes öffentlich – seit 2005 auch elektronisch – einsehbar.⁸⁶¹ Die Bestimmungen der Stiftungszusatzurkunde unterliegen somit besonderer Diskretion, weshalb in der Praxis sämtliche Regelungen, die nicht zwingend in der Stiftungsurkunde aufscheinen müssen, in die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen werden. So kann insbesondere die Anonymität der Begünstigten gewahrt werden. Eine weitreichende Diskretion wie im liechtensteinischen Recht, wonach das Trust-Instrument für die Registrierung beim Treuhandregister nicht vorgelegt werden muss und neben den Begünstigten auch der Testator gegenüber der Öffentlichkeit anonym bleiben kann, ist nach österreichischem Recht aber nicht möglich.⁸⁶²

6.6.5 Zwingender Rahmen der Foundation Governance der Privatstiftung und Gestaltungsfreiheit des Stifters

Im Unterschied zum Trust – der keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt – muss die Privatstiftung als juristische Person, um tätig werden zu können, über Organe verfügen. Während ein Testamentary Trust bzw das Trust-Verhältnis grundsätzlich nur aus einem Trustee und einem Beneficiary bestehen kann, sieht das PSG für die Privatstiftung eine zwingende Organisationsstruktur vor. Zwingendes Organ der Privatstiftung ist der aus mindestens drei Mitgliedern bestehende Stiftungsvorstand, der die Stiftung verwaltet und vertritt (§ 17 Abs 1 PSG). Dem Vorstand wird als Kontrollorgan der Stiftungsprüfer zur Seite gestellt (§ 14 Abs 1 PSG). In besonderen Fällen sieht das PSG verpflichtend einen Aufsichtsrat vor,

Anzahl der Mitglieder des Stiftungsvorstandes, Datum der geltenden Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde und jede Änderung der Urkunden, Name und Anschrift der Mitglieder des Stiftungsvorstandes, vgl *N. Arnold*, PSG³ § 13 Rz 12 f.

⁸⁶⁰ Vgl *N. Arnold*, PSG³ § 13 Rz 13.

⁸⁶¹ Die Stiftungszusatzurkunde ist allerdings der Finanzbehörde vorzulegen, *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 715.

⁸⁶² Siehe zum liechtensteinischen Recht oben Pkt. 5.3.2.

welcher mangels Relevanz für diese Arbeit nicht näher betrachtet wird.⁸⁶³ Der Stifter und die Begünstigten hinegegen – dh jene Personen, die ein maßgebliches ökonomisches Interesse an der zweckentsprechenden und effizienten Vermögensverwaltung haben (die „stiftungsorientierten Personen“) – sind keine Organe der Privatstiftung.⁸⁶⁴ Die Zweckerfüllung obliegt vielmehr allein dem Stiftungsvorstand, der als Verwalter fremden Vermögens naturgemäß auch seine eigenen Interessen verfolgt und daher besonders kontrolliert werden muss.⁸⁶⁵ Der Stifter kann jedoch weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszweckes bestimmen (§ 14 Abs 2 PSG) wie beispielsweise einen Beirat, der auch mit Begünstigten besetzt werden kann.

Die „Eigentümerlosigkeit“ der Privatstiftung und das Fehlen von Mitgliedern führt nach Auffassung von Literatur und Rechtsprechung bei der Privatstiftung zu einem (möglichen) „Kontrolldefizit“ („stiftungstypisches strukturelles Kontrolldefizit“).⁸⁶⁶ Nach *Kalss* löst das PSG das Kontrolldefizit mit nur sparsamen Mitteln und lässt dem Stifter – wie dies auch beim Trust möglich ist – einen gewissen Spielraum bei der Gestaltung der Foundation Governance.⁸⁶⁷ Die zwingenden

⁸⁶³ Der Aufsichtsrat kommt in der Praxis äußerst selten vor; vgl *N. Arnold*, PSG³ § 22 Rz 1; gemäß § 22 Abs 1 PSG ist ein Aufsichtsrat zu bestellen, wenn 1. die Anzahl der Arbeitnehmer der Privatstiftung dreihundert übersteigt oder 2. die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 Prozent beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften beziehungsweise Genossenschaften im Durchschnitt dreihundert übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.

⁸⁶⁴ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/35; *Kalss*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG Einl Rz 18.

⁸⁶⁵ Vgl Doktrin der institutionenökonomischen Agenturtheorie („*principal agent theorie*“), wonach davon auszugehen ist, dass jeder Mensch sich bei seinem Handeln grundsätzlich an seinen individuellen Nutzen orientiert und es deshalb in Konstellationen, in denen die Person des Kapitalgebers und Trägers des wirtschaftlichen Risikos („*principal*“) und die Person des für das Kapital handelnden Verwalters („*agent*“) auseinanderfallen zum Interessenkonflikt; vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/35; *Briem*, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12.

⁸⁶⁶ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/35; *Kalss*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG Einl Rz 18; *Nowotny*, Die Organisation der Privatstiftung in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994), 147; *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 9; 6 Ob 239/08b = GesRZ 2009, 301 (*Arnold*); 6 Ob 244/10s = GesRZ 2011, 170 (*Zollner*); 6 Ob 195/10k = JBI 2011, 321 (*Karollus*) = ZfS 2011, 68 (*Kalss*); 6 Ob 82/11v = PSR 2011/30 (*Hofmann*); 6 Ob 82/11v = PSR 2011/30 (*Hofmann*); 6 Ob 244/11t = ZfS 2012, 45 (*Haslwantner*); OGH 6 Ob 157/12z.

⁸⁶⁷ Der Begriff der „Foundation Governance“ hat sich für die Privatstiftung in Anlehnung an die Corporate Governance von Kapitalgesellschaften herausgebildet; vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG Einl Rz 18; *Schurr*, Die Foundation Governance als Schlüsselement im Wettbewerb der Stiftungsrechtsordnungen, PSR 2010, 13; *Lauss/Langeder*, Foundation Governance: Ein Vorschlag für eine modernere Organisation und

Aufgaben der Stiftungsorgane sind im PSG umschrieben. Die im Gesetz vorgezeichnete Struktur der Privatstiftung und die Aufgabenverteilung zwischen den Organen darf durch die Gestaltung der Stiftungserklärung, soweit nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt besteht, nicht unterlaufen werden.⁸⁶⁸ Das PSG gibt insofern gewisse zwingende Kontrollmechanismen vor, die den Rahmen für die Gestaltung durch den Stifter abstecken.⁸⁶⁹ Diese werden im Folgenden noch weiter erörtert.

6.6.6 Gestaltung der Begünstigtenstellung

Wie beim Trust ist auch bei der Privatstiftung das Vorhandensein von Begünstigten Voraussetzung für die Errichtung des Rechtsinstitutes.⁸⁷⁰ Das PSG umschreibt zwar im Hinblick auf die Begünstigtenrechte den Begriff des Begünstigten nicht weiter. Dem PSG liegt aber ein differenzierter Begünstigtenbegriff zugrunde.⁸⁷¹ Bei der Gestaltung der Begünstigtenstellung in der Stiftungserklärung hat der Stifter einen vergleichbar weiten Spielraum wie der Testator beim Trust. So kann der Stifter – wie beim Fixed Trust⁸⁷² – Begünstigten einen klagbaren Anspruch auf Leistung von Zuwendungen einräumen, welche der Vorstand an die Begünstigten auszuzahlen hat.⁸⁷³ Die Zuwendungen können in mit dem Trust-Recht vergleichbarer Weise frei ausgestaltet werden.⁸⁷⁴ Sie können in jeder geldwerten Leistung, dh sowohl als Geld- als auch als Sachleistungen bestehen und können aus dem Vermögenstamm oder aus dem erwirtschafteten Einkommen gezahlt werden. Neben der Eigentumsübertragung kommt auch die Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit am Trust-Vermögen in Betracht. Die Zuwendungen können in der

Überwachung von Privatstiftungen, ZfS 2015, 153 f; gemeint ist der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens bzw der Stiftung, vgl Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex vom Jänner 2015, online einsehbar unter <http://www.corporate-governance.at/>.

⁸⁶⁸ Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 14 PSG.

⁸⁶⁹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/36.

⁸⁷⁰ Dies ergibt sich zum einen aus dem notwendigen Inhalt der Stiftungserklärung gemäß § 9 Abs 1 Z 3 PSG und zum andern aus der Notwendigkeit eines nach außen gerichteten Stiftungszweckes, vgl *Kalss/Zollner*, Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten, GesRZ 2008, 125.

⁸⁷¹ *Kalls/Zollner*, GesRZ 2008, 125.

⁸⁷² Siehe oben Pkt. 4.7.1.

⁸⁷³ Vgl *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 47 f; nach *Arnold* bedarf es für einen klagbaren Anspruch der Begünstigten nicht der expliziten Einräumung des Klagerechts in der Stiftungserklärung, vielmehr sei ein klagbarer Anspruch anzuerkennen, wenn Begünstigter, Höhe der Zuwendungen und Fälligkeit derselben in der Stiftungserklärung konkret genannt werden und keine weiteren Konkretisierungen durch Entscheidungen einer anderen Stelle oder des Stiftungsvorstandes erforderlich sind.

⁸⁷⁴ *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 11.

Höhe und Art differieren. Einmalige oder regelmäßige Leistungen durch die Privatstiftung sind möglich, die auch von einer Bedingung abhängig gemacht oder mit Auflagen verbunden werden können. Wie beim Trust kann der Stifter die Begünstigten entweder konkret bezeichnen oder sie durch objektivierbare Umstände (zB Auswahlkriterien) konkretisieren (vgl § 5 Satz 1 PSG); er kann mehrere Begünstigte gleichzeitig vorsehen, Ersatzbegünstigte bestellen oder sonstige Bestimmungen über nachfolgende Begünstigte treffen.⁸⁷⁵ Ebenso ist es zulässig, dass der Stifter den Begünstigten das Recht einräumt, ihre Nachfolger zu bestimmen.⁸⁷⁶ Der Begünstigte kann über den Leistungsanspruch, sobald dieser entstanden ist, frei verfügen. Der Stifter kann aber auch eine „Stelle, die die Begünstigten feststellt“ benennen (vgl § 9 Abs 1 Ziffer 3 iVm § 5 Satz 2 PSG).

Die „Stelle“ kann vom Stifter frei ausgewählt werden.⁸⁷⁷ So kann insbesondere der Stiftungsvorstand als „Stelle“ benannt werden. Der Stifter kann in der Stiftungs-urkunde aber auch Begünstigte als „Stelle“ einsetzen, die über Zuwendungen (auch an sich selbst) entscheiden können.⁸⁷⁸ Der Stifter kann der „Stel-le“ überlassen, zu entscheiden, wer, bzw wer aus einem bestimmten Kreis von Personen, Begünstigter der Stiftung sein soll. Auch die Ausgestaltung der Höhe, Art und Häufigkeit der Zuwendungen kann in das Ermessen der Stelle gelegt werden.⁸⁷⁹ Es kann ebenso im Ermessen der Stelle stehen, in welchem Umfang erwirtschaftete Gewinne in der Stiftung angehäuft oder ausgeschüttet werden. Soweit noch eine Ermessensübung im Raum steht, hat der Begünstigte keinen Leistungsanspruch. Wie nach Trust-Recht ist auch ein Nebeneinander von in der Stiftungserklärung konkret bezeichneten Begünstigten und solchen, die durch die

⁸⁷⁵ N. Arnold, PSG³ § 5 Rz 21, 23; in die Stiftungsurkunde ist in jedem Falle eine allgemeine Beschreibung des Begünstigtenkreises aufzunehmen, nähere Bestimmungen können auch in der Stiftungszusatzurkunde erfolgen.

⁸⁷⁶ Dann sind die Begünstigten „Stelle“ iSv § 5 Satz 2 PSG.

⁸⁷⁷ N. Arnold, PSG³ § 5 Rz 30; Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 5 Rz 6.

⁸⁷⁸ Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 5 Rz 6; Klampfl, Trust versus Privatstiftung 446. Die Annahme, dass Begünstigte bzw eine Kreis von Begünstigten vom Stifter als „Stelle, die die Begünstigten feststellen“ iSv § 9 Abs 1 Z 3 PSG benannt werden können, gilt auch nach der Entscheidung des OGH v. 9.9.2013, 6 Ob 139/13d zum „aufsichtsratsähnlichen Beirat (siehe noch unten Pkt. 6.6.7.5.). Hier hält es der OGH für unzulässig, wenn die Bestellung von Begünstigten und Vornahme von Ausschüttungen an Begünstigte von der Zustimmung eines Begünstigtenbeirates abhängig ist und somit Begünstigte über ihre eigen Begünstigung bestimmen könnten. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt (dies wird vom OGH betont, vgl Punkt 9.1. der Entscheidung) hatte der Stifter die Begünstigten gerade nicht als „Stelle“ zur Festlegung der Begünstigten iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG bestimmt.

⁸⁷⁹ N. Arnold, PSG³ § 5 Rz 12.

„Stelle“ festgestellt werden, möglich.⁸⁸⁰ Im Hinblick auf die Bestimmung der Begünstigten sind somit all jene Gestaltungen zulässig, wie sie auch bei einem Discretionary Trust – bei dem in der Regel dem Trustee das Ermessen im Hinblick auf Zuwendungen an die Beneficiaries zukommt – möglich sind.⁸⁸¹

Die vom Stifter benannte „Stelle“ hat bei der Benennung der Begünstigten und Festlegung der Höhe der Zuwendungen ihr Ermessen pflichtgemäß und unter Beachtung des Stiftungszweckes und der Bestimmungen der Stiftungserklärung auszuüben.⁸⁸² Denjenigen, die nach den Bestimmungen der Stiftungserklärung als Begünstigte in Frage kommen, steht insofern kein durchsetzbarer, abtretbarer oder pfändbarer Anspruch auf Zuwendung zu.⁸⁸³ Ob die „Stelle“ eine Pflicht zur Ausübung des Ermessens trifft, hängt vorrangig von der Ausgestaltung der Stiftungserklärung ab. Nach *Arnold* ist aufgrund des Wortlauts des § 9 Abs 1 Ziffer 3 PSG („festzustellen hat“) eine solche Pflicht grundsätzlich anzunehmen⁸⁸⁴, wobei im Einzelfall die Zuwendung auch mit Null festgesetzt werden kann.⁸⁸⁵ Ist in der Stiftungserklärung kein Zeitpunkt bestimmt, ist die Entscheidung jedenfalls innerhalb angemessener Frist zu treffen.⁸⁸⁶ Ob die Ausübung des Ermessens durch die Stelle hingegen von den Begünstigten einklagbar ist, hängt wiederum von den Bestimmungen der Stiftungserklärung ab; die Durchsetzbarkeit muss in der Stiftungserklärung explizit zugestanden werden.⁸⁸⁷ Der österreichische Gesetzgeber überlässt es – vergleichbar mit der Gestaltungsfreiheit des Testators beim Trust – dem Stifter, ob er den Begünstigten einen klagbaren Anspruch einräumen will. Bei der Privatstiftung kann demnach ein mit der Rechtslage bei einem Discretionary Trust vergleichbarer durchsetzbarer Anspruch der Begünstigten auf Ausübung des Ermessens⁸⁸⁸ eingeräumt werden.

⁸⁸⁰ *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 30.

⁸⁸¹ Siehe oben Pkt. 4.7.2.

⁸⁸² *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 33.

⁸⁸³ Vgl. *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 47 ff.

⁸⁸⁴ *N. Arnold*, PSG³ (2013) § 5 Rz 34; iE auch *Größ*, Rechtsfragen der Begünstigtenstellung, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 215.

⁸⁸⁵ *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 3

⁸⁸⁶ *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 35.

⁸⁸⁷ *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 36.

⁸⁸⁸ Siehe oben Pkt. 4.7.2.

Je nachdem, ob die Begünstigtenstellung bereits begonnen hat, unterscheiden Rechtsprechung und Lehre „aktuell Begünstigte“ und „potentiell Begünstigte“.⁸⁸⁹ Aktuell Begünstigte sind Personen, denen in der Stiftungserklärung oder durch eine Entscheidung der vom Stifter berufenen „Stelle“ eine Begünstigtenstellung zuerkannt wurde, die aber (noch) nicht über einen klagbaren Anspruch verfügen. Erfasst sind diejenigen, die zu dem durch den Stifter oder die Stelle konkretisierten Kreis der möglichen Begünstigten gehören, wobei die tatsächliche Zuwendung noch von der Entscheidung des Vorstandes bzw der Stelle abhängt.⁸⁹⁰ Hingegen ist bei bloß potentiell Begünstigten die tatsächliche Begünstigung nicht nur von einer positiven Entscheidung des Vorstandes oder der Stelle abhängig, vielmehr hängt das Entstehen einer aktuellen Begünstigtenstellung vom Eintritt weiterer Umstände ab (wie etwa vom Vorversterben eines aktuell Begünstigten).⁸⁹¹ Nur aktuell Begünstigte können die im PSG definierten Begünstigtenrechte geltend machen.⁸⁹² Der Begünstigtenbegriff bei der Privatstiftung kategorisiert insofern anders als das Trust-Recht.⁸⁹³ Das PSG unterscheidet weiters auch zwischen den Begünstigten und den Letztbegünstigten, deren Rechte im Gesetz eigens beschrieben sind (vgl § 6 PSG, § 35 Abs 2 Ziffer 3 PSG).⁸⁹⁴ Im Hinblick auf die Bestimmung von Letztbegünstigten, denen nach Abwicklung der Privatstiftung das verbleibende Vermögen der Privatstiftung zustehen soll, gilt, dass der Stifter auch diese entweder konkret benennen oder zumindest bestimmbar festlegen kann.⁸⁹⁵ Auch die Feststellung der Letztbegünstigten kann in der Stiftungserklärung einer Stelle übertragen werden.⁸⁹⁶ Die Stellung als Letztbegünstigter kann wie beim Trust auch bedingt, befristet oder mit Auflagen verbunden sein.^{897, 898}

⁸⁸⁹ *Kalls/Zollner*, GesRZ 2008, 125; *N. Arnold*, PSG³ § 5 Rz 2a, 26; *Klampfl*, Die Interessen des Begünstigten als „Torwächter“ in der Privatstiftung, GesRZ 2015, 105 f; siehe ua OGH 15.10.2012, 6 Ob 157/12z; 17.12.2010, 6 Ob 244/10s; 15.12.2004, 6 Ob 180/04w.

⁸⁹⁰ *Kalls/Zollner*, GesRZ 2008, 126; *Klampfl*, GesRZ 2015, 108.

⁸⁹¹ *Kalls/Zollner*, GesRZ 2008, 126; *Klampfl*, GesRZ 2015, 108.

⁸⁹² Siehe unten Pkt. 6.5.8.1. und Pkt. 6.5.8.2.

⁸⁹³ Siehe zum Trust-Recht oben Pkt. 4.7.

⁸⁹⁴ Siehe unten Pkt. 6.5.8.3.

⁸⁹⁵ *N. Arnold*, PSG³ § 6 Rz 8.

⁸⁹⁶ Die Zulässigkeit dererartiger Gestaltungen ist daraus abzuleiten, dass § 36 Abs 4 und 5 PSG jeweils abweichende Regelungen der Stiftungserklärung für zulässig erklären; *N. Arnold*, PSG³ § 6 Rz 8.

⁸⁹⁷ *N. Arnold*, PSG³ § 6 Rz 11.

⁸⁹⁸ Ist kein Letztbegünstigter vorhanden oder will dieser das verbleibende Vermögen nicht übernehmen und ergibt sich aus der Stiftungserklärung keine sonstige Regelung, fällt gemäß § 36 Abs 3 PSG das verbleibende Vermögen der Republik Österreich anheim.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Privatstiftungsrecht wie das Trust-Recht Begünstigte mit klagbarem Anspruch, Ermessensbegünstigte (mit bloßem Anspruch auf Ermessensausübung) und Letztbegünstigte des Stiftungsvermögens kennt. Weil dem Stifter insofern Freiheit bei der Gestaltung der Stiftungserklärung zukommt, ist auch die Einräumung einer nur schwachen Begünstigungsaussicht vergleichbar mit der Position eines *object of the power of appointment* zulässig. Ebenso sind wie beim Trust Mischformen verschiedener Begünstigtenstellungen zulässig.

6.6.7 Rechtsstellung des Stiftungsvorstandes

6.6.7.1 Wer kann Mitglied des Stiftungsvorstandes sein? - Unvereinbarkeitsbestimmungen

Im Unterschied zur möglichen Einsetzung einer beliebigen Anzahl von Trustees bei einem Testamentary Trust muss der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung zwingend aus zumindest drei Mitgliedern bestehen (§ 15 Abs 1 PSG). Hauptgrund hierfür ist die wechselseitige interne Kontrolle zwischen den Mitgliedern des Stiftungsvorstandes.⁸⁹⁹ Zwei Mitglieder müssen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR haben (§ 15 Abs 1 PSG). Während die Funktion des Trustee nach englischem oder liechtensteinischem Recht auch von juristischen Personen ausgeübt werden kann, können Mitglieder des Stiftungsvorstandes nur natürliche Personen sein (vgl § 15 Abs 2 PSG). Wird die gesetzliche Mindestanzahl der Vorstandsmitglieder (oder eine höhere in der Stiftungsurkunde bestimmte Mindestanzahl von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes) unterschritten, hat die bestellungsbefugte Stelle, subsidiär das Gericht, die fehlenden Mitglieder zu bestellen.⁹⁰⁰

Das PSG sieht in § 15 PSG zwingende Unvereinbarkeitsbestimmungen vor, durch welche die Objektivität des Stiftungsvorstandes bei der Vollziehung der Begünstigtenregelungen gewahrt werden soll.⁹⁰¹ So darf ein Begünstigter aber auch eine zum Begünstigten in einem Näheverhältnis stehende Personen wie sein

⁸⁹⁹ N. Arnold, PSG³ § 15 Rz 9; § 14 Rz 30; Briem, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12.

⁹⁰⁰ N. Arnold, PSG³ § 15 Rz 14.

⁹⁰¹ N. Arnold, PSG³ § 15 Rz 18 f.

Ehegatte⁹⁰², Lebensgefährte sowie Personen, die mit dem Begünstigten verwandt sind, nicht Mitglied des Stiftungsvorstandes sein (§ 15 Abs 2 PSG).⁹⁰³ Gemäß § 15 Abs 3 a PSG sind auch Personen ausgeschlossen, die von Begünstigten (oder anderen in § 15 Abs 2 PSG genannten Personen) mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt sind.⁹⁰⁴ Durch die Trennlinie zwischen Begünstigten und Stiftungsvorstand soll die Objektivität des operativen Organs sowie daraus folgend die Vollziehung des Stifterwillens sichergestellt werden.⁹⁰⁵ Derartige Unvereinbarkeitsbestimmungen gibt es – wie aufgezeigt – im Trust-Recht nicht; vielmehr kann auch ein Begünstigter bzw eine unter dem Einfluss eines Begünstigten stehende Person das Amt des Trustee ausüben.⁹⁰⁶ Bei der Privatstiftung hat der Stifter dennoch die Möglichkeit, die Position der Begünstigten durch Einsetzung eines Begünstigtenbeirates zu stärken, der in gewissem Maße Einfluss auf den Stiftungsvorstand nehmen kann.⁹⁰⁷ Die Unvereinbarkeitsbestimmungen nach PSG gelten zudem nicht für Letztbegünstigte, sofern diese nicht gleichzeitig aktuell Begünstigte der Stiftung sind.⁹⁰⁸

6.6.7.2 Bestellung des Stiftungsvorstandes

Die Bestellung des ersten Stiftungsvorstandes muss durch den Stifter erfolgen (§ 15 Abs 4 PSG). Die Zuständigkeit der Bestellung von nachfolgenden Mitgliedern des Stiftungsvorstandes kann – wie beim Testamentary Trust⁹⁰⁹ – durch Regelungen in der Stiftungsurkunde einer oder mehreren Personen (wie den Begünstigten), bestimmten Stellen oder Stiftungsorganen wie etwa einem vom Stifter als „weiteres Organ“ geschaffenen Beirat (vgl § 14 Abs 2 PSG) übertragen werden.⁹¹⁰ Wird die gesetzliche Mindestanzahl der Vorstandsmitglieder (oder eine höhere in der Stiftungsurkunde bestimmte Mindestanzahl von Mitgliedern des

⁹⁰² Gemäß § 43 Ziffer 14 EPG auch der eingetragene Partner.

⁹⁰³ § 15 Abs 3 PSG dehnt den Kreis auf gewisse Beteiligte einer juristischen Person, die Begünstigte ist, aus.

⁹⁰⁴ § 15 Abs 3a PSG erfordert eine Weisungsgebundenheit des Vertreters, die Bestimmung wurde vom Gesetzgeber aufgrund der sog „Rechtsanwaltsentscheidung“, in der der OGH ausgesprochen hat, dass die Unvereinbarkeitsregelungen des § 15 Abs 2 PSG auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken seien, eingefügt; vgl *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 42a f.

⁹⁰⁵ Vgl *Cerha*, Einflussmöglichkeiten der Begünstigten von Privatstiftungen, in *GedS Helbich* (2014) 49.

⁹⁰⁶ Vgl oben Pkt. 4.8.1.

⁹⁰⁷ Siehe hierzu unten Pkt. 6.5.8.5.

⁹⁰⁸ *N. Arnold*, PSG³ § 6 Rz 12, 15 Rz 28.

⁹⁰⁹ Siehe oben Pkt. 4.8.2.

⁹¹⁰ *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 71; *Nowotny*, Die Organisation der Privatstiftung 154 f.

Stiftungsvorstandes) unterschritten, hat die bestellungsbefugte Stelle, subsidiär das Gericht (vgl § 27 Abs 1 PSG), die fehlenden Mitglieder zu bestellen.⁹¹¹

6.6.7.3 Rücktrittsrecht

Mangels besonderer Regeln ist ein Mitglied des Stiftungsvorstandes grundsätzlich berechtigt, von seinem Amt zurückzutreten und zwar – im Unterschied zum Trustee nach englischem Recht⁹¹² – auch unabhängig davon, ob ihm ein Rücktrittsrecht in der Stiftungserklärung eingeräumt worden ist. Eine nähere Ausgestaltung des Rücktrittsrechtes des Stiftungsvorstandes in der Stiftungserklärung ist aber zulässig.⁹¹³ Eine Mindestamtszeit wie nach liechtensteinischem Trust-Recht⁹¹⁴ ist nach PSG nicht vorgesehen.

6.6.7.4 Rechte und Pflichten des Stiftungsvorstandes

Mit Errichtung wird die Stiftung Eigentümerin des Stiftungsvermögens. Der Stiftungsvorstand wird – anders als der Trustee, der selbst Eigentum am Trust-Vermögen erlangt⁹¹⁵, nicht Eigentümer, sondern übernimmt lediglich die Funktion eines Fremdverwalters. § 17 Abs 1 PSG formuliert allgemein, dass es die Aufgabe des Stiftungsvorstandes ist, die Privatstiftung zu verwalten und zu vertreten sowie für die Erfüllung des Stiftungszweckes zu sorgen, wobei er die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten hat.

6.6.7.4.1 Vertretungsbefugnis

Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind nur gemeinsam vertretungsbefugt, sofern nicht durch die Stiftungserklärung bzw den Vorstand einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte ermächtigt sind (vgl § 17 Abs 3 PSG). Dies entspricht der gemeinsamen Geschäftsführungspflicht der Trustees.⁹¹⁶

6.6.7.4.2 Geschäfte mit Mitgliedern des Stiftungsvorstandes

Rechtsgeschäfte zwischen Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes bedürfen gemäß § 17 Abs 5 PSG, sofern kein Aufsichtsrat eingerichtet ist,

⁹¹¹ N. Arnold, PSG³ § 15 Rz 14.

⁹¹² Siehe oben Pkt. 4.8.3.

⁹¹³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/53.

⁹¹⁴ Siehe oben Pkt. 4.6.5.

⁹¹⁵ Siehe oben Pkt. 3.1.2.

⁹¹⁶ Siehe oben Pkt. 4.8.4.9.

der Zustimmung der übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts.⁹¹⁷ Nach *Arnold*⁹¹⁸ ist der Anwendungsbereich des § 17 Abs 5 PSG interpretativ auf all jene Fälle zu erweitern, in denen der Geschäftsabschluss zumindest wirtschaftlich einem solchen mit dem Mitglied des Stiftungsvorstandes gleichkommt. Durch diese strenge Kontrolle wird wie im Trust-Recht eine unbillige Vorteilsnahme durch ein Mitglied des Stiftungsvorstandes verhindert.⁹¹⁹ Im Vergleich mit dem Trust-Recht zeigt sich: Während nach Trust-Recht ein In-Sich-Geschäft grundsätzlich unzulässig ist (*duty against self-dealing*)⁹²⁰, kann ein solches nach PSG in Ausnahmefällen genehmigt werden.

6.6.7.4.3 Anspruch auf Vergütung

Sieht die Stiftungserklärung nichts anderes vor, haben die Mitglieder des Stiftungsvorstandes Anspruch auf eine „mit der Lage der Privatstiftung in Einklang stehenden“ Vergütung, deren Höhe vom Gericht zu bestimmen ist (vgl § 19 PSG). Wie aufgezeigt haben auch professionelle Trustees nach Trust-Recht von Gesetzes wegen einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung aus dem Trust-Vermögen.

6.6.7.4.4 Treue- und Sorgfaltspflichten

Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind gegenüber der Privatstiftung zu Loyalität verpflichtet. Diese organschaftliche Treuepflicht hält die Mitglieder des Stiftungsvorstandes dazu an, alles zu unterlassen, was dem Wohl der Privatstiftung abträglich ist.⁹²¹ Die Treuepflicht besteht demnach nicht wie beim Trust gegenüber den Beneficiaries⁹²², sondern gegenüber der Stiftung als Rechtsträger. Wenn der Stiftungszweck aber die Versorgung der Beneficiaries vorgibt, hat der

⁹¹⁷ Dies entspricht der Rechtslage bei der GmbH und der AG; auch dort ist ein In-sich-Geschäft zulässig, wenn die Gesellschafter oder der Aufsichtsrat als deren Vertreter zustimmen, vgl § 25 Abs 4 GmbHG und *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 20 Rz 23; vgl insbesondere § 97 AktG und *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/383; an die Stelle der Zustimmung durch die Gesellschafter tritt bei der Privatstiftung die gerichtliche Zustimmung.

⁹¹⁸ *N. Arnold*, PSG³ § 17 Abs 92a.

⁹¹⁹ Der Anwendungsbereich des § 17 Abs 5 PSG ist auf jene Fälle auszudehnen, in denen der Geschäftsabschluss zumindest wirtschaftlich einem solchen mit dem Mitglied des Stiftungsvorstandes gleichkommt zB bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit einer GmbH, deren alleiniger Gesellschafter (oder Geschäftsführer) ein Mitglied des Stiftungsvorstandes ist; vgl *N. Arnold*, PSG³ § 17 Rz 92a „wN“.

⁹²⁰ Siehe oben Pkt. 4.8.5.7. und Pkt. 5.6.2.

⁹²¹ OLG Wien v. 16.7.2012, 28 R 7/12y, 28 R 8/12w, 28 R 10/12i, PSR 2012, 134 [Anm *Zollner*], ZFS 2012, 179 [Anm *Oberndorfer*].

⁹²² Siehe oben Pkt. 4.8.5. und Pkt. 5.6.2.

Stiftungsvorstand nach den Bestimmungen der Stiftungserklärung das Vermögen gerade im Interesse der Begünstigten zu verwalten. Eine Stiftung, die als Versorgungstiftung konzipiert ist, kann insofern kein gegenläufiges „Eigeninteresse“ haben.

Vergleichbar mit dem vom Trustee zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab⁹²³ hat der Stiftungsvorstand seine Aufgaben mit der „Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters“ zu erfüllen (§ 17 Abs 2 Satz 1 PSG). Die Rechtsprechung konkretisiert insofern, dass sich ein Mitglied des Stiftungsvorstandes wie ein „ordentlicher und gewissenhafter, das geschäftliche Unternehmen auf eigene Rechnung betreibender Unternehmer“⁹²⁴ zu verhalten hat. Der österreichische Gesetzgeber betont weiters, dass der Stiftungsvorstand seine Aufgaben „sparsam“ zu erfüllen hat (§ 17 Abs 2 Satz 1 PSG). Es ist davon auszugehen, dass nicht nur Sparsamkeit, sondern auch Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vom Stiftungsvorstand gefordert sind.⁹²⁵ Der Vorstand kann sich generell bei der Erfüllung einzelner Aufgaben Dritter bedienen.⁹²⁶ Der Sorgfaltsmaßstab darf jedoch nicht insofern überspannt werden, dass dem Stiftungsvorstand bei seiner Entscheidung kein Ermessensspielraum mehr bleibt.⁹²⁷ Die Grundsätze der *Business Judgement Rule*⁹²⁸ sind auf Organe der Privatstiftung anzuwenden.⁹²⁹ Das PSG konkretisiert im Unterschied zum Trust-Recht die allgemeine Sorgfaltspflicht des Stiftungsvorstandes bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens und Vertretung der Stiftung durch nur wenige gesetzlich normierte Einzelpflichten. So obliegt dem Stiftungsvorstand – wie dem Trustee – insbesondere die Pflicht zur ordnungsgemäßen Rechnungslegung (§ 18 PSG). Weiters hat der Stiftungsvorstand – ähnlich wie der Trustee – den Begünstigten Auskunft und Einsicht in die Bücher der Privatstiftung zu geben (§ 30 Abs 1 PSG).⁹³⁰ Obgleich auch die Investitions- und Verfügungsbefugnisse des Verwalters nicht wie im Trust-Recht

⁹²³ Siehe oben Pkt. 4.8.5.11. und Pkt. 5.6.3.

⁹²⁴ Vgl OGH v. 31.10.1973, 1 Ob 179/73, NZ 1974, 190; v. 10.1.1078, 3 Ob 536/77, GesRZ 1978, 36; v. 2.1.1979, 5 Ob 699/78, GesRZ 1979, 122.

⁹²⁵ N. Arnold, PSG³ § 17 Rz 55.

⁹²⁶ N. Arnold, PSG³ § 17 Rz 23; die Einräumung einer Generalvollmacht an einen Dritten ist aber unzulässig.

⁹²⁷ N. Arnold, PSG³ § 17 Rz 51; vgl zum „unternehmerischen Ermessen des Stiftungsvorstandes“ Kalss/Müller, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 783.

⁹²⁸ Siehe schon oben Pkt. 5.6.3.

⁹²⁹ N. Arnold, PSG³ § 17 Rz 51.

⁹³⁰ Siehe hierzu noch Pkt. 6.6.7.1.

näher definiert sind⁹³¹, ist auch der Stiftungsvorstand – sofern dies dem Stiftungszweck dient – ermächtigt, über das Stiftungsvermögen zu verfügen, etwa indem er es gewinnbringend anlegt.⁹³² Wie der Trustee verfügt der Stiftungsvorstand über eine wirtschaftlich weite Verfügungsmacht.⁹³³ Der erhöhte Sorgfaltsmaßstab lässt in jedem Falle nur seriöse und gewinnversprechende Investitionen zu, wobei bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt gegebenenfalls Expertenrat einzuholen ist.⁹³⁴

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Stiftungsvorstand – auch wenn das PSG keinen mit der Vielzahl der durch die Equity-Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen vergleichbaren Katalog an Treuepflichten enthält – sein Verwaltungs- und Vertretungshandeln nur innerhalb der Grenzen eines strengen Maßstabes von Treue- und Sorgfaltspflichten ausrichten darf. Insofern besteht eine mit dem Trust-Recht vergleichbare Rechtslage.

6.6.7.4.5 Haftung

Ein Mitglied des Stiftungsvorstandes haftet gemäß § 29 PSG für jede schuldhafte Pflichtverletzung, sohin auch bei nur leichter Fahrlässigkeit.⁹³⁵ Die reine Verschuldenshaftung nach PSG entspricht der Haftung des Trustee nach liechtensteinischem Recht.⁹³⁶ Wie aufgezeigt sieht hingegen das englische Trust-Recht eine verschuldensunabhängige Haftung des Trustee im Falle vor, dass der Trustee Auszahlungen tätigt, die nicht von den Bestimmungen des Trust-Instruments gedeckt sind.⁹³⁷ Nach englischem Recht kann das Gericht den Trustee aber auch in diesen Fällen (ggf auf Antrag) aus der Haftung entlassen, wenn nach Ansicht des Gerichts ein vorwerfbares Verhalten des Trustee nicht vorliegt.⁹³⁸ Dadurch wird der Unterschied der von der englischen Rechtsprechung in

⁹³¹ Siehe zum Trust-Recht oben Pkt. 4.8.5.2. und Pkt. 5.6.2.

⁹³² Vgl. *Micheler*, Der englische Trust im Vergleich zur österreichischen Privatstiftung 309.

⁹³³ So auch *Kalss/Nicolussi*, GesRZ 2015, 229.

⁹³⁴ *Csoklich*, Haftung des Vorstandes einer Privatstiftung, RdW 1999, 255; *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 788.

⁹³⁵ *N. Arnold*, PSG³ § 29 Rz 12.

⁹³⁶ Siehe oben Pkt. 5.6.4.

⁹³⁷ Siehe oben Pkt. 4.8.5.12.

⁹³⁸ Siehe oben Pkt. 4.8.5.12.

bestimmten Fällen angenommenen verschuldensunabhängigen Haftung zur verschuldensabhängigen Haftung nach PSG faktisch stark relativiert.⁹³⁹

Anders als nach Trust-Recht ist Gläubiger dieses Haftungsanspruches im Innenverhältnis die Privatstiftung und sind dies nicht die Begünstigten.⁹⁴⁰ Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes haften gegenüber der Stiftung persönlich und unbeschränkt.⁹⁴¹ Zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen hat das Gericht notfalls die Mitglieder des Stiftungsvorstandes abzurufen und durch neue zu ersetzen.⁹⁴² Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes haben nur ihr eigenes Verschulden und nicht das Verschulden der anderen Mitglieder des Stiftungsvorstandes oder von Arbeitnehmern oder Erfüllungsgehilfen der Privatstiftung zu vertreten.⁹⁴³ Wie im Trust-Recht⁹⁴⁴ haften die Stiftungsvorstände solidarisch zur ungeteilten Hand, haben aber je nach Verschuldensanteil Regressansprüche untereinander.⁹⁴⁵ Nach außen hin, gegenüber Dritten, haften – anders nur bei deliktischem Verhalten – nicht die Mitglieder des Stiftungsvorstandes unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen, sondern allein die Privatstiftung mit dem Stiftungsvermögen.⁹⁴⁶ Eine vergleichbare Einschränkung der Haftung auf das Trust-Vermögen wird oftmals auch im Trust-Instrument eines englischen oder liechtensteinischen Trust eingeräumt.⁹⁴⁷

6.6.8 Rechtsstellung der Begünstigten

Die Begünstigten der Privatstiftung sind zwar wie die Beneficiaries nach Trust-Regime die wirtschaftlichen Eigentümer des Stiftungsvermögens⁹⁴⁸, jedoch steht das Stiftungsvermögen tatsächlich im Eigentum der Stiftung selbst. Daher

⁹³⁹ *Micheler* misst insofern dem Unterschied zwischen Trust und Privatstiftung aufgrund der verschuldensunabhängigen Haftung beim Trust ein zu starkes Gewicht zu, vgl. *Micheler*, Der englische Trust im Vergleich zur österreichischen Privatstiftung 310 f.

⁹⁴⁰ Vgl. *N. Arnold*, PSG³ § 29 Rz 12; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 1330.

⁹⁴¹ *Csoklich*, Haftung des Vorstandes einer Privatstiftung, RdW 1999, 253; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 1330.

⁹⁴² *N. Arnold*, PSG³ § 17 Rz 56.

⁹⁴³ *N. Arnold*, PSG³ § 17 Rz 56; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 1330.

⁹⁴⁴ Siehe oben Pkt. 4.8.5.12. und Pkt. 5.6.4.

⁹⁴⁵ *N. Arnold*, PSG³ § 29 Rz 17.

⁹⁴⁶ *N. Arnold*, PSG³ § 17 Rz 74.

⁹⁴⁷ Siehe oben Pkt. 4.8.5.12.

⁹⁴⁸ *Kalss/Nicolussi*, GesRZ 2015, 227; *Doralt*, Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 134.

verfügen die Begünstigten der Privatstiftung auch nicht über mit dem Trust-Recht vergleichbare dingliche Schutzrechte. Das PSG gesteht den Begünstigten aber vereinzelte Herrschaftsrechte zu, die teilweise mit dem Trust-Regime vergleichbar sind.

6.6.8.1 Auskunftsanspruch und Einsichtsrecht gemäß § 30 PSG

Zu den im PSG normierten und unabdingbaren Herrschaftsrechten der Begünstigten zählt zum einen das Auskunfts- und Einsichtsrecht gemäß § 30 Abs 1 PSG. Vergleichbar mit dem fundamentalen Recht auf Einsicht und Information (*fundamental right to make trustee account*)⁹⁴⁹ der Beneficiaries eines Trust ist auch der Begünstigte einer Privatstiftung berechtigt, die Erteilung von Auskünften über die Erfüllung des Stiftungszweckes sowie die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Prüfungsbericht, die Bücher, die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde zu verlangen. Das Auskunfts- und Einsichtsrecht dient der Überwachung und Kontrolle des Stiftungsvorstands und wird als wesentlicher Baustein der Foundation Governance angesehen.⁹⁵⁰ Adressat dieser Rechte ist die Privatstiftung vertreten durch die Mitglieder des Stiftungsvorstands.⁹⁵¹ Wie nach englischem Trust-Recht ist jede inhaltliche Beschränkung dieses Auskunftsanspruches und Einsichtsrechts unzulässig.⁹⁵² Beim liechtensteinischen Trust bestehen diese Rechte zwar nicht von Gesetzes wegen, können jedoch im Trust-Instrument eingeräumt werden bzw ist nach überzeugender Literaturansicht auch nach dem liechtensteinischen Trust-Regime den Beneficiaries jedenfalls ein Mindestmaß an Auskunftsrechten zuzugestehen.⁹⁵³ Die Grenzen der Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechtes der Begünstigten gemäß § 30 PSG liegen aber wie beim Trust in der Schikane und im Rechtsmissbrauch.⁹⁵⁴ Das Auskunftersuchen muss auch verhältnismäßig sein.⁹⁵⁵ Kommt die Privatstiftung dem Verlangen nicht in angemessener Frist nach, kann das Gericht auf Antrag der Begünstigten die Einsicht anordnen (§ 30 Abs 2 PSG). Vermeintlich Begünstigten steht ein

⁹⁴⁹ Siehe oben Pkt. 4.9.2.

⁹⁵⁰ Vgl *Csoklich*, Grenzen des Auskunftsrechts des Begünstigten, ZfS 2015, 112.

⁹⁵¹ *N. Arnold*, PSG³ § 30 Rz 8; OGH v. 16.6.2011, 6 Ob 82/11c, GesRZ 2011, 380 [Anm *Hochedlinger*].

⁹⁵² *N. Arnold*, PSG³ § 30 Rz 7,10; *Hofmann*, Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung, GesRZ 2006, 20.

⁹⁵³ Siehe oben Pkt. 5.7.2.

⁹⁵⁴ Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 Abs 1 PSG.

⁹⁵⁵ *Csoklich*, ZfS 2015, 115; *Hofmann*, GesRZ 2006, 26.

vorgelagerter Auskunftsanspruch über das Vorliegen einer Begünstigtenstellung zu⁹⁵⁶, eine Pflicht des Stiftungsvorstandes zur Information von Begünstigten über ihre Begünstigtenstellung sieht das PSG hingegen nicht vor⁹⁵⁷

Das Auskunftsanspruch und Einsichtsrecht steht – sofern die Stiftungserklärung nichts anderes bestimmt – nur den Begünstigten mit klagbarem Anspruch und den aktuell Begünstigten⁹⁵⁸ zu.⁹⁵⁹ Auch ehemalige aktuell Begünstigte sind nach § 30 Abs 1 PSG berechtigt, zumindest sofern ihre Rechte als frühere Begünstigte betroffen sind.⁹⁶⁰ Potentiell Begünstigte⁹⁶¹ haben allenfalls einen vorgelagerten Auskunftsanspruch, wonach sie über das Vorliegen bzw über die Qualität ihrer Begünstigtenstellung und somit über ihre Begünstigtenrechte nach PSG zu informieren sind.⁹⁶² Nach *Kalls/Zollner* kommen die Rechte aus § 30 Abs 1 PSG potentiell Begünstigten auch dann zu, wenn es bei der Stiftung keine anderen Begünstigten mit durchsetzbarem Anspruch oder aktuell Begünstigte gibt, damit überhaupt ein Mindestmaß an Kontrolle durch Begünstigte gegeben ist.⁹⁶³

Wie aufgezeigt, stehen die fundamentalen Einsichts- und Kontrollrechte jedenfalls beim englischen Trust grundsätzlich allen Begünstigten, dh auch den künftigen Begünstigten (*vested interest*) sowie Personen mit bloßer Aussicht auf eine Begünstigtenstellung (*objects of the power of appointment*) zu.⁹⁶⁴ Der Stifter einer Privatstiftung hat aber die Möglichkeit, durch explizite Bestimmungen in der Stiftungsurkunde den Kreis der Auskunfts- und Einsichtsberechtigten auch auf potentiell Begünstigte oder andere zu erweitern.⁹⁶⁵ Durch entsprechende Gestaltung in der Stiftungsurkunde können demnach mit dem Trust-Recht vergleichbare Kontrollrechte der Begünstigten geschaffen werden.

⁹⁵⁶ *N. Arnold*, PSG³ § 30 Rz 1 f; *Csoklich*, ZfS 2015, 112.

⁹⁵⁷ Siehe zur Rechtslage beim englischen Trust oben Pkt. 4.9.2.

⁹⁵⁸ Siehe zum Begriff oben Pkt 6.5.6.

⁹⁵⁹ *N. Arnold*, PSG³ § 30 Rz 2 und § 27 Rz 29.

⁹⁶⁰ Ihr Begünstigtenstellung „wirkt“ insofern „nach“, vgl *N. Arnold*, PSG³ § 30 Rz 2, § 5 Rz 39; OGH v. 15.10.2012, 6 Ob 157/12z; *Csoklich*, ZfS 2015, 113.

⁹⁶¹ Siehe zum Begriff oben Pkt 6.5.6.

⁹⁶² *N. Arnold*, PSG³ § 30 Rz 1a.

⁹⁶³ *Kalls/Zollner*, GesRZ 2008, 134.

⁹⁶⁴ Siehe oben Pkt. 4.7.3.

⁹⁶⁵ *N. Arnold*, PSG³ § 30 Rz 3; der Kreis der Auskunfts- und Einsichtsberechtigten kann in der Stiftungserklärung sogar auf Personen, die nicht Begünstigte sind, erweitert werden.

6.6.8.2 Recht auf Abberufung des Stiftungsvorstandes

Der Stifter kann in der Stiftungsurkunde⁹⁶⁶ nähere Regelungen über die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands vorsehen. Die Zuständigkeit zur Abberufung kann in der Stiftungsurkunde einer Person, einer Stelle oder einem Stiftungsorgan (mit Ausnahme des Stiftungsprüfers) übertragen werden (§ 9 Abs 2 Z 1 PSG), so kann ein Abberufungsrecht insbesondere einem Beirat, der sich (auch) aus Begünstigten zusammensetzt, eingeräumt werden. Allerdings sind die nach dem PSG erforderlichen Stimmrechtsmehrheiten zu beachten: Für eine Entscheidung über die Abberufung eines Stiftungsvorstandes in einem vom Stifter vorgesehenen „weiteren Organ“ (zum Beispiel einem Beirat) ist eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich (§ 14 Abs 3 PSG).^{967, 968} Eine Abberufung setzt von Gesetzes wegen einen „wichtigen“ Grund voraus. § 27 Abs 2 PSG nennt als wichtigen Grund exemplarisch eine „grobe Pflichtverletzung“, die „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben“ oder Insolvenz des Vorstandsmitgliedes. Der Stifter kann in der Stiftungsurkunde auch weitere wichtige Gründe für eine Abberufung vorsehen, die von der Objektivierbarkeit und der Gewichtigkeit aber mit den Gründen nach § 27 Abs 2 PSG vergleichbar sein müssen.⁹⁶⁹ Eine jederzeitige Abberufbarkeit ist aber unzulässig, da der Stiftungsvorstand sonst zum „bloßen Vollzugsorgan“ der Abberufungsberechtigten degradiert würde.⁹⁷⁰ (§ 14 Abs 4 PSG).⁹⁷¹ Dies bedeutet, dass eine Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstandes ausschließlich durch Begünstigte (dh ohne die Mitwirkung Dritter) nur aus den in § 27 Abs 2 PSG genannten Gründen zulässig ist. Derartige

⁹⁶⁶ Nicht in der Stiftungszusatzurkunde, vgl § 10 Abs 2 PSG.

⁹⁶⁷ Hat das Organ weniger als vier Mitglieder, ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich (§ 14 Abs 3 2. Halbsatz PSG).

⁹⁶⁸ § 14 Abs 3 PSG wurde als Reaktion des Gesetzgebers auf die sog „Beirats-Entscheidung“ eingeführt, wonach der OGH die mehrheitliche Besetzung von Begünstigten in einem Beirat für unzulässig erachtet, wenn der Beirat „aufsichtsratsähnlich“ ist und dass insofern die für den Aufsichtsrat geltende Unvereinbarkeitsbestimmung gemäß § 23 Abs 2 Satz 2 PSG analog gelte, siehe OGH v. 5.8.2009, 6 Ob 42/09 h, GesRZ 2009, 372 [Anm *Hochedlinger*], siehe hierzu noch unten Pkt. 6.6.7.5.

⁹⁶⁹ *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 120 § 27 Rz 26.

⁹⁷⁰ *N. Arnold*, PSG³ § 15 Rz 120; OGH v. 26.4.2001, 6 Ob 60/01v, GesRZ 2002, 27; ErlRV zum BBG 2011, 981 BlgNR XXIV. GP, zu Z 2.

⁹⁷¹ § 14 Abs 4 PSG wurde als Reaktion des Gesetzgebers auf die sog „Rechtsanwalts-Entscheidung“ eingeführt, in welcher die Inkompatibilitätsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG auf Vertreter bzw Vertrauenspersonen des Begünstigten erweitert wurden, was die Besetzung des Stiftungsvorstandes wesentlich erschwerte, siehe OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09 f, GesRZ 2010, 63 [Anm *Kalss*].

Beschränkung eines den Begünstigten ausdrücklich gewährten Abberufungsrechtes kennt das englische wie auch das liechtensteinische Trust-Recht nicht. Dort kann der Testator den Beneficiaries ein inhaltlich unbeschränktes Abberufungsrecht einräumen⁹⁷², wobei auch ein an sich unbeschränktes Abberufungsrecht wohl nicht rechtsmissbräuchlich – insbesondere nicht in einer die anderen Beneficiaries schädigenden Weise – ausgeübt werden darf.⁹⁷³

Unabhängig von den Bestimmungen der Stiftungserklärung kann aber bei Gericht ein Antrag auf Abberufung eines Mitgliedes des Stiftungsvorstandes wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes iSd § 27 Abs 2 PSG gestellt werden. Ein Antragsrecht kommt nach hM den Organen der Privatstiftung sowie auch jedem einzelnen Organmitgliedern zu.⁹⁷⁴ Es steht als Instrument zur Kontrolle des Stiftungsvorstandes grundsätzlich auch den Begünstigten der Privatstiftung zu.⁹⁷⁵ Die Antragslegitimation zur Einleitung eines Abberufungsverfahrens gemäß § 27 Abs 2 PSG haben nach Rechtsprechung und Literatur nur Begünstigte mit einem klagbarem Anspruch und aktuell Begünstigte, denen ein rechtliches Interesse zuzuerkennen ist.⁹⁷⁶ Auch ehemaligen aktuell Begünstigten kommt eine Antragslegitimation zu, soweit als Abberufungsgründe solche Gründe angeführt werden, die sich auf die Verletzung von Pflichten gegenüber den Begünstigten beziehen.⁹⁷⁷ Nach *Arnold* kann aber der Stifter in der Stiftungsurkunde den Kreis der Antragslegitimierten im Abberufungs- und Sonderrufungsverfahren auf weitere Personen wie „potentiell“ Begünstigte ausdehnen.⁹⁷⁸ „Anträgen“ von

⁹⁷² Siehe oben Pkt. 4.9.4. vgl zu diesem Unterschied zwischen Stiftung und Trust auch *Klampfl* Trust versus Privatstiftung 447 f.

⁹⁷³ Die Ausübung von *powers* darf grundsätzlich nicht in absichtlich schädigernder Weise ausgeführt werden, *Klampfl*, Trust versus Privatstiftung 446 mit Hinweis auf *Parker/Mellows*, *The modern law of trusts*⁸, (2003) 201 f.

⁹⁷⁴ *N. Arnold*, PSG³ § 27 Rz 29; vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 27 Abs 1 PSG; OGH v. 31.1.2002, 6 Ob 305/01y; zu Mitgliedern des Stiftungsvorstandes: OGH v. 16.10.2009, 6 Ob 145/09f; zu einem Beiratsmitglied: OGH v. 18.7.2011, 6 Ob 98/11x.

⁹⁷⁵ *N. Arnold*, PSG³ § 27 Rz 29 f; nur durch die rechtsschutzfreundliche Auslegung der Bestimmungen, die einzelnen Personen die Legitimation zur Stellung von Anträgen an das Gericht einräumen, kann nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes das tendenziell bestehende Kontrolldefizit durch eine umfassende Prüfung und Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ausgeglichen werden, OGH v. 15.10.2012, 6 Ob 195/10k.

⁹⁷⁶ *N. Arnold*, PSG³ § 27 Rz 29; ErlRV zu § 27 Abs 1 PSG; OGH v. 15.10.2012, 6 Ob 157/12z.

⁹⁷⁷ OGH v. 15.10.2012, 6 Ob 157/12z; nach *Arnold* kann dies nur gelten, soweit die Verletzung der Pflichten gegenüber den Begünstigten weiterhin relevant ist, etwa aufgrund der Verweigerung des Einsichtsrechtes oder aufgrund des rechtswidrigen Ausschlusses von der Begünstigtenstellung, vgl *N. Arnold*, PSG³ § 27 Rz 29.

⁹⁷⁸ *N. Arnold*, PSG³ § 27 Rz 29 f; § 31 Rz 4; das erforderliche rechtliche Interesse zur Antragsstellung ergibt sich insofern daraus, dass der Stifter durch Zuerkennung der Antrags-

tatsächlich nicht antragslegitimierten Personen hat das Gericht jedenfalls von Amts wegen nachzugehen und gegebenenfalls ein Verfahren gemäß § 27 Abs 2 PSG einzuleiten.⁹⁷⁹

Im Unterschied zum Trust-Recht gibt es somit im Privatstiftungsrecht von Gesetzes wegen nur ein Antragsrecht auf Abberufung durch das Gericht und kein mit dem englischen Trust-Recht⁹⁸⁰ vergleichbares Recht der Begünstigten zur Abberufung des Vorstandes auch ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein solches gesetzliches Abberufungsrecht besteht aber auch nach englischem Recht nur dann, wenn die Beneficiaries uneingeschränkt am Trust-Vermögen berechtigt und geschäftsfähig sind.⁹⁸¹ Wie bereits in Kapitel 4 aufgezeigt⁹⁸² kann der Testator durch Gestaltung im Trust-Instrument leicht verhindern, dass jemals alle Beneficiaries des Trust vollends bestimmbar und vollumfänglich am Trust-Vermögen berechtigt sind. In der Regel besteht daher insbesondere bei einem Discretionary Trust das gesetzliche Abberufungsrecht der Beneficiaries nicht, sondern haben die Beneficiaries auch hier lediglich die Möglichkeit, einen Antrag auf gerichtliche Abberufung aus wichtigen Gründen zu stellen.⁹⁸³ Insofern besteht eine mit der Privatstiftung vergleichbare Situation. Nach liechtensteinischem Recht ist eine Abberufung des Trustee durch die Beneficiaries von Gesetzes wegen ohnehin nicht vorgesehen, sondern ist allein ein Antragsrecht der Beneficiaries auf Einleitung eines gerichtlichen Abberufungsverfahrens normiert⁹⁸⁴, weshalb auch hier eine mit dem österreichischen Privatstiftungsrecht vergleichbare Rechtslage vorliegt.

6.6.8.3 Antragsrecht auf Auflösung der Privatstiftung gemäß § 35 Abs 3 und 4 PSG

Gemäß § 35 Abs 2 PSG hat der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald ein im Gesetz genannter Grund vorliegt.⁹⁸⁵ Fasst

legitimation in der Stiftungsurkunde zum Ausdruck bringt, dass der betreffenden Person erhöhte Kontrollrechte eingeräumt werden soll.

⁹⁷⁹ Die „Anregung“ an das Gericht führt jedoch nicht zur Parteistellung und Rechtsmittellegitimation der sie tätigen Person im Abberufungsverfahren, vgl *N. Arnold*, PSG³ § 27 Rz 30.

⁹⁸⁰ Section 19 Trusts of Land and Appointment of Trustee Act 1996, siehe oben Pkt. 4.9.4.

⁹⁸¹ Siehe oben Pkt. 4.9.4.

⁹⁸² Siehe oben Pkt. 4.9.3.

⁹⁸³ Siehe oben Pkt. 4.10.12.

⁹⁸⁴ Siehe oben Pkt. 5.8.

⁹⁸⁵ Siehe zu den Auflösungsgründen noch unten Pkt. 6.5.12.

der Stiftungsvorstand dennoch keinen Auflösungsbeschluss, sind die Begünstigten oder Letztbegünstigten berechtigt, die Auflösung durch das Gericht zu beantragen. Der Stifter kann gemäß § 35 Absatz 2 Ziffer 4 PSG in der Stiftungserklärung über die gesetzlichen Auflösungsgründe hinaus weitere Auflösungsgründe benennen. Die Willensentscheidung einer Person, die nicht Stifter ist, kann aber niemals als Auflösungsgrund ausgestaltet sein, da sonst § 34 PSG und § 3 Abs 3 PSG umgangen würden, wonach das Recht auf Widerruf der Privatstiftung nur dem Stifter zusteht, sofern er sich dieses Recht in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat, und nicht auf eine andere Stelle übertragen werden kann.⁹⁸⁶ Die Beschlussfassung durch Begünstigte oder einen Begünstigtenbeirat über die Auflösung der Privatstiftung ist somit unzulässig. Dies entspricht der Rechtslage nach liechtensteinischem Trust-Recht.⁹⁸⁷ Eine Rechtsmacht der Begünstigten zur Auflösung der Stiftung ohne besonderen Grund wie sie den Beneficiaries beim englischen Trust nach der *Saunders v Vautier*- Regel zukommt, besteht hingegen nicht. Auch an dieser Stelle ist zu betonen, dass die *Saunders v Vautier*- Regel in der Praxis bei entsprechender Gestaltung der Begünstigtenbestimmungen nicht nur Anwendung kommt.⁹⁸⁸

6.6.8.4 Kein Recht auf Änderung der Stiftungserklärung

Nach PSG kann sich allein der Stifter in der Stiftungsurkunde das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten (vgl § 33 Abs 2 S 1 und § 3 Abs 3 PSG). Ist eine Änderung insbesondere wegen des Todes des Stifters nicht möglich, kann allein der Stiftungsvorstand unter Wahrung des Stiftungszweckes Änderungen zur Anpassung an geänderte Verhältnisse vornehmen (§ 33 Abs 2 S 2 PSG). Diese Änderungen bedürfen einer gerichtlichen Genehmigung (§ 33 Abs 2 S 3 PSG). Im Unterschied zur *Saunders v Vautier*- Regel nach englischem Trust-Recht kommt den Begünstigten demnach kein Änderungsrecht zu und kann ein solches auch nicht in der Stiftungserklärung eingeräumt werden. Dies entspricht der Rechtslage nach liechtensteinischem PGR, das ein Änderungsrecht der Beneficiaries nicht vorsieht.⁹⁸⁹

⁹⁸⁶ Siehe *N. Arnold*, PSG³ § 35 Rz 16 mwN.

⁹⁸⁷ Siehe oben Pkt. 5.7.3.

⁹⁸⁸ Siehe oben Pkt. 4.9.3.

⁹⁸⁹ Siehe oben Pkt. 5.7.4., ein Änderungsrecht kann aber im Trust-Instrument eingeräumt werden.

6.6.8.5 Weitere Kontroll- und Mitwirkungsrechte?

Weitere Kontroll- und Mitwirkungsrechte räumt das PSG den Begünstigten nicht ein. Dem Stifter ist es aber wie auch beim Testamentary Trust erlaubt, den Begünstigten bzw dem Begünstigtenbeirat in der Stiftungserklärung weitere Einflussrechte zu gewähren und dadurch deren Stellung zu stärken.⁹⁹⁰ Den Gesetzesmaterialien zu § 15 Abs 2 PSG ist zu entnehmen, dass der Stifter einen Beirat mit „kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender Funktion“ einrichten kann.⁹⁹¹ Die generelle Bindung des Stiftungsvorstandes an die Zustimmung der Begünstigten (bzw sonstiger Organe) ist aber grundsätzlich unzulässig; ein Beirat darf kein generelles Weisungsrecht gegenüber dem Stiftungsvorstand haben, weil der Stiftungsvorstand keinesfalls zu einem „bloßen Vollzugsorgan“ degradiert werden darf.⁹⁹²

Der Oberste Gerichtshof vertritt in jüngerer Rechtsprechung darüber hinaus einen äußerst restriktiven Standpunkt. Obwohl das PSG für einen Beirat, als weiteres vom Stifter vorgesehenes Organ, keine Unvereinbarkeitsbestimmungen⁹⁹³ vorsieht, wendet der Oberste Gerichtshof diese analog auf einen „aufsichtsratsähnlichen Beirat“ an. Ein solcher liege vor, wenn die Befugnisse des Beirats denen eines Aufsichtsrates entsprechen, insbesondere, wenn die Stiftungserklärung entsprechende Zustimmungsvorbehalte zu bestimmten wichtigen Geschäften (vgl § 25 Abs 1 PSG) vorsieht, wenn dem Beirat die Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus "wichtigem" Grund obliegt, die Abberufung des Vorstands an seine Zustimmung gebunden ist, ihm weitreichende Kontrollmöglichkeiten einschließlich eines Weisungsrechts gegenüber dem Stiftungsprüfer, Zustimmungsrechte bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungsvorstand und bei der Bestimmung der Begünstigten sowie des Umfangs der an diese zu erbringenden Leistungen zukommen (vgl sog „Beiratsentscheidung“).⁹⁹⁴ Bei einem mit derlei Kompetenzen ausgestatteten Beirat dürfen somit Begünstigte oder deren Angehörige (bzw Beauftragte dieser Personen) nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen (§ 23 Abs 2 Satz 2, 3 PSG).

⁹⁹⁰ *Kalls/Zollner*, Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Begünstigten – Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters, GesRZ 2008, 351.

⁹⁹¹ Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP §15 PSG.

⁹⁹² OGH v. 10.04.2014, 6 Ob 230/13 m; *N. Arnold*, PSG³ § 14 Rz 26 f.

⁹⁹³ Vgl § 15 Abs 2 bis 3a PSG (Stiftungsvorstand) und § 23 Abs 2 PSG (Aufsichtsrat).

⁹⁹⁴ OGH v. 13.8.2008, 6 Ob 42/09 h; vgl auch RIS-Justiz RS0107655.

Der österreichische Gesetzgeber hat – als Reaktion auf die „Beiratsentscheidung“⁹⁹⁵ – bei der Novellierung des PSG durch das Budgetbegleitgesetz 2011 (BBG 2011) ausdrücklich vorgesehen, dass Begünstigte in einem Beirat an der Entscheidung über die Abberufung des Stiftungsvorstands mitwirken können. Weiters ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zum BBG 2011, dass einem auch mit Begünstigten besetzten Beirat auch „Zustimmungsrechte“ vorbehalten werden können.⁹⁹⁶ Eine über die Unvereinbarkeitsbestimmungen hinausgehende „Trennlinie zwischen Begünstigten und Vorstand“ hat auch der historische Gesetzgeber nicht beabsichtigt.⁹⁹⁷ Dennoch hält der Oberste Gerichtshof an seiner strengen Ansicht zum Umfang der Kompetenzen des aufsichtsratsähnlichen Beirats fest und betont die vom historischen Gesetzgeber beabsichtigte Trennlinie zwischen Begünstigten und Vorstand.⁹⁹⁸ Unklar ist, welcher Spielraum dann noch für einen begünstigtendominierten Beirat bleiben soll, der – wie die Gesetzesmaterialien es vorsehen – mit „kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender“ Funktionen ausgestattet werden könne. Nach *Briem* können – neben dem ohnehin gesetzlich zugestandenen Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 30 PSG und der von der Judikatur zugesprochenen Antragslegitimation für einen Abberufungsantrag nach § 27 Abs 2 PSG – den Begünstigten wohl nur noch schwache Mitwirkungsrechte wie Beratungs- und Stellungnahmerechte eingeräumt werden.⁹⁹⁹ Eine effektive Kontrolle des Stiftungsvorstandes durch die Begünstigten als am Stiftungsvermögen meist Interessierten ist somit nicht möglich.

Wie aufgezeigt kennt das Trust-Recht keine Unvereinbarkeit zwischen der Ausübung des Amtes als Trustee und der Stellung als Beneficiary. Vielmehr kann der Testator dem Beneficiary problemlos beliebige Einfluss- und Mitwirkungsrechte wie Weisungsrechte, Vetorechte oder Zustimmungsrechte bei der Verwaltung und Verteilung des Trust-Vermögens einräumen, was einen

⁹⁹⁵ *Briem*, Besprechung der Entscheidung des OGH vom 9.9.2013, 6 Ob 139/13 d, GesRZ 2014, 65 (66).

⁹⁹⁶ ErlRV 981 BlgNR 24. GP zu § 14 Abs 3 und 4 PSG; nach der Literatur besteht über die gesetzlichen Unvereinbarkeitsbestimmungen hinaus gerade keine weitere Trennlinie, die vom historischen Gesetzgeber beabsichtigt ist, vgl *Cerha*, Einflussmöglichkeiten der Begünstigten von Privatstiftungen 47.

⁹⁹⁷ Vgl *Cerha*, Einflussmöglichkeiten der Begünstigten von Privatstiftungen 49.

⁹⁹⁸ OGH v. 9.9.2013, 6 Ob 139/13 d unter Hinweis auf OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10 k.

⁹⁹⁹ *Briem*, GesRZ 2014, 67.

grundlegenden Unterschied zum Stiftungskonzept darstellt.¹⁰⁰⁰ Für eine Bewertung der Begünstigtenstellung im Rahmen des Rechtsvergleichs mit der Privatstiftung sind immer die Bestimmungen der Trust-Urkunde im Einzelfall zu beleuchten. Je nach Gestaltung des Trust-Instruments tritt der Unterschied zwischen Trust-Konzept und Stiftungs-Konzept hervor oder nicht. Sieht etwa das Trust-Instrument keine starken Mitwirkungsrechte der Beneficiaries vor, kann durchaus eine Vergleichbarkeit mit der Rechtsposition der Begünstigten bei der Privatstiftung konstatiert werden.

6.6.9 Der Stiftungsprüfer

Der Stiftungsprüfer ist dem Stiftungsvorstand als zwingendes Kontrollorgan zur Seite gestellt.¹⁰⁰¹ Der Stiftungsprüfer muss beeideter Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater (bzw eine entsprechende Gesellschaft) sein und wird vom Gericht bestellt (§ 20 Abs 1 und 2 PSG). Die Unvereinbarkeitsbestimmungen gelten auch für den Stiftungsprüfer (vgl § 20 Abs 3 PSG). Aufgabe des Stiftungsprüfers ist die Prüfung des Jahresabschlusses der Stiftung einschließlich der Buchführung und des Lageberichts (§ 21 Abs 1 PSG). Seine Aufgabe geht aber über die eines Abschlussprüfers bei einer Gesellschaft hinaus, denn er prüft auch das gesamte Gebaren des Stiftungsvorstandes auf Einhaltung des Stiftungszweckes (vgl § 18 Satz 2 PSG). Insbesondere hat er zu untersuchen, ob und in welcher Höhe im Berichtsjahr Zuwendungen geleistet wurden, wie der Empfänger als Begünstigte ausgewählt wurden und ob generell der Abgang von Stiftungsvermögen vom Inhalt der Stiftungs(zusatz-)urkunde gedeckt ist.¹⁰⁰²

Die vom Vorstand geführte Verwaltung des Stiftungsvermögens ist auf Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit hin zu prüfen (vgl § 17 Abs 2 PSG).¹⁰⁰³ Weiters sind etwa auch die Vergütung des Stiftungsvorstandes gemessen am Arbeitsaufwand sowie etwaige Vorstands- und Organgeschäfte zu beleuchten oder Veranlagungsrichtlinien zu prüfen.¹⁰⁰⁴ Der Stiftungsprüfer darf vom Stiftungsvorstand alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die er für eine sorgfältige

¹⁰⁰⁰ Siehe auch *Klampfl*, Trust versus Privatstiftung 445.

¹⁰⁰¹ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 14 PSG.

¹⁰⁰² *Nowotny*, Der Stiftungsprüfer als Element der Corporate Governance der Privatstiftung, ZfS 2015, 167.

¹⁰⁰³ *Nowotny*, ZfS 2015, 167.

¹⁰⁰⁴ *Nowotny*, ZfS 2015, 168.

Prüfung benötigt.¹⁰⁰⁵ Stellt der Stiftungsprüfer Unvereinbarkeiten mit der Stiftungserklärung fest, hat er dies in seinem Bericht und – sofern nicht unwesentlich – auch im Bestätigungsvermerk festzuhalten; weiters kann die Ausübung der Redepflicht gegenüber den Mitgliedern des Vorstandes und bei besonderer Gefährdung des Stiftungszweckes gegenüber dem Gericht geboten sein.¹⁰⁰⁶ Aufgrund seiner Stellung als Organ der Privatstiftung hat der Stiftungsprüfer das Antragsrecht auf Anordnung einer Sonderprüfung gemäß § 31 Abs 1 PSG¹⁰⁰⁷ sowie das Antragsrecht auf gerichtliche Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes gemäß § 27 Abs 2 PSG. Bei wesentlichen Unredlichkeiten oder Pflichtverletzungen trifft den Stiftungsprüfer zum Schutz der Privatstiftung vor Veruntreuung des Stiftungsvermögens eine Pflicht zur entsprechenden Antragstellung.¹⁰⁰⁸

Eine mit dem Stiftungsprüfer vergleichbare Stelle gibt es im Trust-Regime nicht. So ist insbesondere das Amt eines *Protector*, der gelegentlich beim Trust als Vertrauensperson des Testators oder der Beneficairies zur Überwachung des Trustee bestimmt wird, nicht mit dem Amt des Stiftungsprüfer vergleichbar. Der Stiftungsprüfer ist trotz seiner Organstellung der verlängerte Arm der staatlichen Aufsicht¹⁰⁰⁹ und gerade nicht den wirtschaftlichen Interessen der Stiftungsbeteiligten verpflichtet.

6.6.10 Sonderprüfung

Das PSG sieht zur Wahrung des Stiftungszweckes als weiteres Kontrollinstrument die Sonderprüfung vor (§ 31 PSG).¹⁰¹⁰ Jedes Stiftungsorgan und jedes Mitglied eines Stiftungsorgans kann bei Gericht einen Antrag auf Anordnung einer Sonderprüfung stellen (§ 31 Abs 1 PSG). Der Stifter kann in der Stiftungsurkunde auch Personen, denen keine Organstellung zukommt (wie Begünstigten), das Recht einräumen, eine Sonderprüfung zu beantragen.¹⁰¹¹ Wenn im Antrag

¹⁰⁰⁵ N. Arnold, PSG³ § 21 Rz 10.

¹⁰⁰⁶ Nowotny, Der Stiftungsprüfer als Element der Corporate Governance der Privatstiftung, ZfS 2015, 164 (167).

¹⁰⁰⁷ Siehe unten Pkt. 6.5.10.

¹⁰⁰⁸ Siehe näher zur „erweiterten Redepflicht des Stiftungsprüfers“ Leitgeb/Pohl, Die Redepflicht des Stiftungsprüfers im Spannungsverhältnis zwischen seiner Organstellung und seiner Funktion als Abschlussprüfer in Eiselsberg (Hrsg) Jahrbuch Stiftungsrecht 2011, 207 f.

¹⁰⁰⁹ Kalss/Nicolussi, GesRZ 2015, 228.

¹⁰¹⁰ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 31.

¹⁰¹¹ N. Arnold, PSG³ § 31 Rz 4 mwN.

glaubhaft gemacht wird, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand (oder ein anderes Organ) vorgekommen sind, muss das Gericht die Sonderprüfung anordnen (§ 31 Abs 2 PSG). Das Gericht kann die Sonderprüfung zur Aufklärung der behaupteten Missstände selbst durchführen¹⁰¹² oder einen Wirtschaftsprüfer als Sonderprüfer bestellen (§ 31 Abs 4 iVm § 20 Abs 2, 3 PSG).¹⁰¹³ Diesem kommt ein umfängliches Auskunftsrecht gegenüber den Organen der Stiftung zu (§ 31 Abs 4 PSG iVm § 272 UGB): Gegebenenfalls ist auch die Stiftungszusatzurkunde offen zu legen.¹⁰¹⁴ Das Gericht stellt aufgrund der Ergebnisse der Sonderprüfung fest, ob die behaupteten Pflichtverletzungen vorgekommen sind. Bei positiver Feststellung, hat das Gericht darüber hinaus die erforderlichen Maßnahmen zur Wahrung des Stiftungszweckes durchzuführen; es kann Aufträge erlassen und das entsprechende Organmitglied auch gemäß § 27 Abs 2 PSG abberufen.¹⁰¹⁵ Ein vergleichbares Sonderprüfungsverfahren gibt es unter den Trust-Regimen nicht.

6.6.11 Gericht

Das Gericht ist das stärkste Glied im Kontrollsystem des PSG. Auch wenn das PSG keine generelle gerichtliche Aufsicht der Stiftungsverwaltung vorsieht, normiert es eine Vielzahl einzelner (wenn auch teils nur subsidiärer) Kontrollkompetenzen: Bei Wegfall oder Fehlen eines Mitgliedes des Stiftungsvorstandes (bzw eines Mitglied eines Organs) bestellt das Gericht – sofern die Stiftungserklärung keine andere Stelle bestimmt¹⁰¹⁶ – ein neues Mitglied.¹⁰¹⁷ Es bestellt insbesondere auch den ersten Stiftungsprüfer.¹⁰¹⁸ Das Gericht kann insbesondere von Amts wegen ein Mitglied des Stiftungsvorstandes (bzw ein Mitglied eines Organs) aus wichtigem Grund abberufen.¹⁰¹⁹ Eine Sonderprüfung kann vom Gericht hingegen nur auf Antrag eines Stiftungsorgans angeordnet werden.¹⁰²⁰ Im

¹⁰¹² Etwa wenn das Vorliegen von Unredlichkeiten oder groben Verletzungen des Gesetzes auch mit Urkunden oder durch sonstige Beweismittel dargelegt werden kann, vgl Erl RV 1132 BlgNR 18. GP zu § 31 Abs 3 PSG.

¹⁰¹³ Der Gegenstand der Sonderprüfung ist nicht auf die behaupteten Missstände beschränkt, vielmehr sind auch weitere, im Rahmen der Sonderprüfung zu Tage kommende Pflichtverletzungen aufzudecken; *N. Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ (2013) § 31 Rz 29.

¹⁰¹⁴ *N. Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ (2013) § 31 Rz 33.

¹⁰¹⁵ *N. Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ (2013) § 38.

¹⁰¹⁶ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 27 Abs 1 PSG.

¹⁰¹⁷ § 27 Abs 1 PSG, siehe oben Pkt. 6.5.7.2.

¹⁰¹⁸ § 20 Abs 1 PSG; siehe oben Pkt. 6.5.9.

¹⁰¹⁹ § 27 Abs 2 PSG; siehe oben Pkt. 6.5.8.2.

¹⁰²⁰ § 31 Abs 1 PSG; siehe oben Pkt. 6.5.10.

Rahmen seiner Genehmigungskompetenzen entscheidet das Gericht über Rechtsgeschäfte, die zwischen der Privatstiftung einerseits und den Mitgliedern des Stiftungsvorstandes andererseits abgeschlossen werden¹⁰²¹ und genehmigt allfällig erforderliche Änderungen der Stiftungserklärung.¹⁰²² Weiters entscheidet das Gericht im Falle einer Auskunftsverweigerung über die Gewährung der Bucheinsicht.¹⁰²³ Die wesentlichen Kontrollbefugnisse liegen somit allesamt beim Gericht.¹⁰²⁴

Der Vergleich von englischem und liechtensteinischem Trust-Konzept mit dem Stiftungs-Konzept nach PSG zeigt, dass dem Gericht eine ähnlich starke Kontrollfunktion zukommt. Im Vergleich zum englischen Trust-Recht ist die Stellung des Gerichts insofern stärker, als das Gericht gemäß § 27 Abs 2 PSG von Amts wegen ein Abberufungsverfahren gegen Mitglieder des Stiftungsvorstandes einleiten kann, was der Rechtslage nach liechtensteinischem Recht entspricht.¹⁰²⁵ In der Praxis wird das österreichische Gericht aber meist nicht von sich aus tätig, da eine ständige Überwachung aller Privatstiftungen innerhalb eines Gerichtssprengels kaum möglich ist. Das Gericht ist vielmehr darauf angewiesen, dass ihm die Stiftungsbeteiligten Pflichtverletzungen zur Kenntnis bringen oder entsprechende Anträge stellen.¹⁰²⁶ Im Unterschied zum Trust-Recht beschränkt sich die Kompetenz des Gerichts nach PSG allerdings auf seine (starken) Kontrollbefugnisse. Derart weitreichende Interventions- und Anordnungsrechte in die Verwaltung des gebundenen Vermögens, wie sie nach Trust-Recht zum Schutz der Rechte der Beneficiaries bestehen¹⁰²⁷, sieht das Stiftungskonzept nach PSG nicht vor.

6.6.12 Beendigung der Stiftung

Die Privatstiftung wird insbesondere aufgelöst, sobald die in der Stiftungserklärung vorgesehene Dauer abgelaufen ist oder sich die Privatstiftung im Konkurs befindet (vgl § 35 Abs 1 PSG). Sie wird weiters aufgelöst, wenn der Stiftungsvor-

¹⁰²¹ § 17 Abs 5 PSG; siehe oben Pkt. 6.5.7.4.2.

¹⁰²² § 33 Abs 2 S 3 PSG; siehe oben Pkt. 6.5.8.4.

¹⁰²³ § 30 Abs 2 PSG; siehe oben Pkt. 6.5.8.1.

¹⁰²⁴ So auch *Briem*, GesRZ 2009, 14.

¹⁰²⁵ Siehe oben Pkt. 5.8.

¹⁰²⁶ *Lauss/Langeder*, ZfS 2015, 158.

¹⁰²⁷ Vgl oben Pkt. 4.10.1. und Pkt. 5.8.

stand einen Auflösungsbeschluss gefasst hat, weil ein zulässiger Widerspruch des Stifters zugegangen ist, der Stiftungszweck erreicht oder nicht mehr erreichbar ist oder andere in der Stiftungserklärung genannte Gründe vorliegen (vgl § 35 Abs 2 PSG). Insofern sind die Beendigungsgründe mit jenen des Trust-Rechts vergleichbar. Vergleichbar mit der *rule against perpetuity* des englischen Rechts¹⁰²⁸ sieht auch das PSG eine Höchstdauer für eine Versorgungsstiftung vor. Eine nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, ist nach 100 Jahren ab ihrer Errichtung aufzulösen. Allerdings sieht das PSG vor, dass die Letztbegünstigten einstimmig beschließen können, die Privatstiftung für einen weiteren Zeitraum, längstens jedoch jeweils für weitere 100 Jahre, fortzusetzen (§ 35 Abs 2 Ziff 3 PSG). Die Fortsetzung kann auch wiederholt auf jeweils bis zu 100 Jahre erfolgen.¹⁰²⁹

6.6.13 Ergebnis des Rechtsvergleichs

Der Rechtsvergleich von englischem und liechtensteinischem Trust mit der Privatstiftung zeigt insgesamt: Zwischen Trust und Privatstiftung besteht der systematische Unterschied, dass der Trust keine Rechtspersönlichkeit hat, sondern das Trust-Vermögen im formalen Eigentum des Trustee übergeht, wohingegen die Stiftung als juristische Person selbst Rechtsträgerin der eingebrachten Vermögenswerte ist. Im Unterschied zum Trust-Recht sieht das PSG für die Privatstiftung eine strenge Governance durch zwingende Stiftungsorgane und eine vergleichsweise kompliziertere Organisationsstruktur als der Trust vor. Anders als ein englischer oder liechtensteinischer Trust entsteht die österreichische Privatstiftung erst mit Eintragung im Firmenbuch, wozu die Stiftungsurkunde vorzulegen ist, weshalb im Vergleich zum Trust Diskretion nur in eingeschränktem Maße möglich.

Andererseits liegt hinsichtlich der Funktion Übereinstimmung zwischen Trust und Privatstiftung vor. Die Privatstiftung dient aus österreichischer Sicht den gleichen Zwecken, die mit einem Testamentary Trust erreicht werden können, insbesondere kann mit der Privatstiftung Vermögen über Generationen hinweg zusammengehalten und auf verschiedene Begünstigte verteilt werden. Vergleichbar mit den Bestimmungen eines Trust-Dokuments sieht das Stiftungsrecht die

¹⁰²⁸ Siehe oben Pkt. 4.11.3.

¹⁰²⁹ Arg „jeweils für 100 Jahre“; N. Arnold, PSG³ § 35 Rz 15.

Stiftungserklärung als „Verfassung“ vor, in welcher der Stifterwille fixiert ist und deren Bestimmungen den Stiftungsvorstand unmittelbar binden.

Auch im Hinblick die Rechtsstellung der Beteiligten sind starke Übereinstimmungen erkennbar. So ist die Rechtsstellung der Begünstigten der Stiftung und deren Chance auf Begünstigung auffallend gleich wie beim Trust gestaltbar¹⁰³⁰: auch die Privatstiftung kennt Begünstigte mit klagbarem Anspruch, Ermessensbegünstigte (mit bloßem Anspruch auf Ermessensausübung) und Letztbegünstigte. Wie beim Trust kann auch eine nur schwache Aussicht auf Begünstigung eingeräumt werden. Für die langfristige Nachlassverteilung können wie beim Trust bedingte oder befristete Begünstigungen, Begünstigtenketten sowie Begünstigtenstämme bestimmt werden.

Weiters ist die Rechtsstellung von Stiftungsvorstand und Trustee in vielen Punkten vergleichbar: Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes trifft wie die Trustees eine gemeinsame Geschäftsführungspflicht. Sie unterliegen Sorgfalts- und Treuepflichten, die im Ergebnis zu einer mit dem Trust-Recht vergleichbaren strengen Bindung des Stiftungsvorstandes führen. Der Stiftungsvorstand verfügt weiters über eine ebenso weite Verfügungsmacht über das gebundene Vermögen wie die Trustee.¹⁰³¹ In der Stiftungserklärung können wie beim Trust gewisse Investitionen zugelassen oder untersagt werden. Die verschuldensabhängig Haftung der Stiftungsvorstände entspricht der Haftung der Trustee nach liechtensteinischem Recht und ist im Ergebnis auch mit dem englischen Recht vergleichbar, wonach der Trustee zwar im Falle unzulässiger Vermögensauszahlungen verschuldensunabhängig haftet, er aber wegen fehlender Vorwerfbarkeit vom Gericht aus der Haftung entlassen werden kann. Nach außen hin haften bei der Privatstiftung nicht die Mitglieder des Stiftungsvorstandes mit ihrem Privatvermögen, sondern allein die Privatstiftung mit dem Stiftungsvermögen. Eine vergleichbare Haftungsbeschränkung wird häufig auch in Trust-Instrumenten festgelegt.

Hinsichtlich der Einflussrechte der Begünstigten haben *Kalss/Nicolussi* betont, dass die Privatstiftung deshalb nicht mit einem englischen Trust gleichgesetzt werden könne, weil der „entscheidende Unterschied“ sei, dass die Beneficiaries

¹⁰³⁰ So auch *Klampfl*, Trust versus Privatstiftung 434.

¹⁰³¹ So auch *Kalss/Nicolussi*, GesRZ 2015, 229.

des Trust anders als die Begünstigten der Privatstiftung den Trustee durch einstimmigen Beschluss jederzeit und ohne Grund abberufen sowie den Trust beenden oder ändern könnten.¹⁰³² Den Begünstigten der Privatstiftung kommen aber keine vergleichbaren Rechte zu. Wie vorstehend aufgezeigt, stehen die starken Herrschaftsrechte nach englischem Trust-Recht jedoch nur jenen Beneficiaries zu, die gemeinsam am Trust-Vermögen voll berechtigt sind.¹⁰³³ In der Praxis bestimmt der Erblasser aber häufig eine variable Gruppe von Begünstigten oder räumt dem Trustee Ermessen oder eine *fiduciary power of appointment* ein. Insbesondere bei den häufig eingesetzten Discretionary Trusts, mit denen Familienvermögen über Generationen geschützt und verteilt werden soll, sind alle am Vermögen gemeinsam voll berechtigten Begünstigten nie – bzw allenfalls erst gegen Ende der Trust-Dauer – zur gleichen Zeit bestimmbar, geboren und geschäftsfähig. Die starken Herrschaftsrechte der Begünstigten und somit der „entscheidende Unterschied“ zwischen englischem Trust und Privatstiftung bestehen bei diesen Trusts somit gerade nicht.¹⁰³⁴ Auch bei der Privatstiftung können die Begünstigten jedenfalls die Abberufung des Stiftungsvorstandes aus wichtigem Grund bei Gericht beantragen.¹⁰³⁵ Der liechtensteinische Trust kennt weder ein Recht der Begünstigten auf grundlose Abberufung des Trustee noch auf Beendigung oder Änderung des Trust, weshalb insofern ohnehin eine Vergleichbarkeit mit der österreichischen Privatstiftung angenommen werden kann.

Eine weitere auffallende Übereinstimmung im Hinblick auf die Rechtsposition der Begünstigten von Trust und Privatstiftung sind die jeweils zustehenden, unentziehbaren und umfassenden Einsichts- und Informationsrechte der Begünstigten¹⁰³⁶, die mit Hilfe des Gerichts durchgesetzt werden können.

Im Unterschied zum Trust-Recht gelten für die Privatstiftung strenge Unvereinbarkeitsbestimmungen, durch welche die Begünstigten (hingegen nicht die Letztbegünstigten!) vom Amt des Stiftungsvorstandes bzw von der Teilhabe an

¹⁰³² Kalss/Nicolussi, GesRZ 2015, 229.

¹⁰³³ Siehe oben Pkt. 4.9.3. und Pkt. 4.9.4.

¹⁰³⁴ Siehe oben Pkt. 4.9.3.

¹⁰³⁵ Bzw kann auch bloß potentiell Begünstigten ein solches Antragsrecht in der Stiftungserklärung eingeräumt werden, siehe oben Pkt. 6.5.8.2.

¹⁰³⁶ In der Stiftungserklärung können diese Rechte auch weiteren Personen als den aktuell Begünstigten eingeräumt werden, siehe oben Pkt. 6.5.8.1.

der Verwaltung des Stiftungsvermögens ausgeschlossen sind. Allerdings können auch den Begünstigten besondere Mitwirkungsrechte eingeräumt werden, etwa indem ein Begünstigtenbeirat eingesetzt wird. Nach der Rechtsprechung können dem Beirat zumindest schwache Mitwirkungsrechte in Form von Beratungs- und Stellungnahmerechten eingeräumt werden. Einem Begünstigtenbeirat kommt als weiteres Organ der Stiftung jedenfalls die Antragslegitimation zur Einleitung eines gerichtlichen Abberufungsverfahrens sowie zur Einleitung einer Sonderprüfung zu.

Im Hinblick auf die Einflussrechte der Begünstigten auf die Verwaltung des Nachlasses kann insgesamt festgehalten werden, dass ein Funktionsäquivalenz zwischen Trust und Privatstiftung umso mehr besteht, umso schwächer die Rechte sind, die der Erblasser den Beneficiaries beim Trust einräumen wollte.

Aufgrund ihrer Struktur und der zwingenden Organe bietet die Privatstiftung – im Unterschied zu dem zuvor untersuchten Institut der Erbeinsetzung unter Testamentsvollstreckung sowie der Auflage an die Erben zur Errichtung eines Treuhandverhältnisses – einen besonders starken Vermögensschutz. Dieser ergibt sich in zweifacher Hinsicht: Zum einen steht das Stiftungsvermögen allein im Eigentum der Privatstiftung und geht gerade nicht auf die Erben über. Der Nachlass ist somit weder der Verfügungsgewalt der Erben noch einem etwaigen Zugriff durch Gläubiger der Erben ausgesetzt. Vorrangige Begünstigte können den Nachlass nicht zum Schaden von nachrangigen Begünstigten mindern. Zum andern sieht das Governance-Konzept des PSG – durch eine Mischform von externer und interner Governance¹⁰³⁷ – starke Kontrollmechanismen vor, durch welche der Stiftungsvorstand kontrolliert und Veruntreuung von Stiftungsvermögen von Seiten des Stiftungsvorstandes hintangehalten werden kann.

Die Besetzung des Stiftungsvorstandes mit drei Mitgliedern dient der wechselseitigen Selbstkontrolle; es gilt insofern grundsätzlich ein „6-Augen Prinzip“. Weiters obliegt es dem Stiftungsprüfer als Kontrollorgan, das Gebaren des Stiftungsvorstandes auf Einhaltung des Stiftungszweckes zu überprüfen, wobei er ein umfassendes Informationsrecht hat. Als weiteres Mittel zur Kontrolle des Stiftungsvorstandes kennt das PSG das Sonderprüfungsverfahren, das von allen

¹⁰³⁷ Vgl. Müller/Melzer, Die rechtsschutzfreundliche Auslegung von Begünstigtenrechten als Beitrag zur Überwindung des Kontrolldefizites in der Privatstiftung?, JEV 2005, 6.

Organen bzw Organmitgliedern eingeleitet werden kann und ebenfalls der Wahrung des Stiftungszweckes dient. Zusätzlich kommt dem Gericht eine besonders starke Kontrollfunktion zu, da es nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen berechtigt ist, Mitglieder des Stiftungsvorstandes wegen groben Fehlverhaltens abzurufen. Wenn es auch aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Struktur bei einer Privatstiftung keine mit dem Trust-Recht vergleichbare dinglich abgesicherte Rechtsstellung der Begünstigten durch Spurfolgerecht und Surrogationsprinzip gibt, so kann dieses „Weniger“ an Schutz doch in gewissem Maße durch die besonderen starken Kontrollmechanismen des PSG ausgeglichen werden, die den Stiftungsvorstand zu redlicher und effizienter Vermögensverwaltung anhalten und einer allfälligen Vermögensvereitelung entgegenwirken sollen.

Im Ergebnis muss sich die Entscheidung, ob eine Vergleichbarkeit zwischen Testamentary Trust und Privatstiftung vorliegt und deshalb die Privatstiftung im Rahmen einer vorzunehmenden Umdeutung der Trust-Verfügung eingesetzt werden kann, an der konkreten Gestaltung des Trust ausrichten. Wie aufgezeigt können die Rechtspositionen der am Testamentary Trust Beteiligten vom Erblasser wie jene bei einer Privatstiftung ausgestaltet worden sein, sodass die Privatstiftung sich im Einzelfall durchaus als Funktionsäquivalent zum Testamentary Trust darstellen kann. Die Beurteilung muss auf Basis einer Gesamtschau erfolgen, die im Einzelfall auch die Prüfung voraussetzt, ob die Errichtung der Privatstiftung wirtschaftlich sinnvoll ist. Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sind die etwaigen steuerlichen Belastungen durch Stiftungseinkommenssteuer, Zwischensteuer, Kapitalertragsteuer und Grunderwerbsteuer zu berücksichtigen.¹⁰³⁸ Angesichts des relativ hohen Kostenaufwandes für Verwaltung und Prüfung wird die Privatstiftung grundsätzlich wohl nur für größere Vermögenswerte in Betracht kommen.¹⁰³⁹

¹⁰³⁸ Auf die steuerliche Behandlung kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

¹⁰³⁹ Siehe hierzu bereits oben Pkt. 6.5.4.3.

6.7 Erbrechtliche Auflage bzw Auftrag zur Errichtung einer Privatstiftung unter Lebenden

Führen auch vorstehende Untersuchungen zu dem Ergebnis, dass – im Hinblick auf eine vorzunehmende Umdeutung – im Einzelfall eine österreichische Privatstiftung das funktionsäquivalente Rechtsinstitut zum Testamentary Trust sein kann, hilft dies gegebenenfalls nicht über das Fehlen der für die Errichtung einer Privatstiftung zwingenden Notariatsaktsform der Stiftungserklärung hinweg.¹⁰⁴⁰ Bei der Umdeutung müssen aber jedenfalls die Wirksamkeitserfordernisse des Rechtsgeschäfts, in das umgedeutet wird, erfüllt sein.¹⁰⁴¹ Wird die Notariatsaktsform nicht eingehalten, mangelt es an der Voraussetzung für die Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch.¹⁰⁴² Es bleibt daher nichts anderes übrig, als den Formmangel zu heilen, indem der Notariatsakt „nachgeholt“ wird. In Betracht kommt, den Rechtsnachfolger des Erblassers mit der erbrechtlichen Auflage zu belasten, eine Privatstiftung unter Lebenden zu errichten. Nach den Gesetzesmaterialien zum PSG ist eine solche Auflage zulässig.¹⁰⁴³

6.7.1 Vergleichbarkeit mit „fehlerhafter“ Stiftungserklärung

Im Falle einer nicht in Form eines Notariatsaktes erklärten und somit „fehlerhaften“ bzw „formnichtigen“ letztwilligen Stiftungserklärung geht die herrschende Meinung davon aus, dass zur Verwirklichung des Willen des Erblassers, der die Vermögenbindung in der Stiftung beabsichtigt hat, die Stiftungserklärung umzudeuten und den Erben bzw den Vermächtnisnehmern als Auflage die Errichtung einer Stiftung aufzutragen ist.¹⁰⁴⁴ Die dann errichtete Stiftung ist – wie *Schauer* betont – aber nicht eine Stiftung des Erblassers, sondern eine von den Rechtsnachfolgern unter Lebenden errichtete Stiftung. Die Stiftung erwirbt daher das Vermögen nicht als Erbe oder Vermächtnisnehmer.¹⁰⁴⁵ Wenn die Errichtung der Stiftung nach der Einantwortung erfolgt, erwirbt die Stiftung auch nicht aus

¹⁰⁴⁰ Siehe bereits oben Pkt. 6.5.4.1.

¹⁰⁴¹ Vgl in *Ellenberger* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁴ § 140 Rz 5; *Leipold* in Münch Komm zum BGB⁵ § 2084 Rz 130; *Weiss* in Klang Kommentar zum ABGB III² 316; OGH RS0012477, RS0012477; siehe bereits oben Pkt. 3.3.

¹⁰⁴² *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 1312; *Werkusch*, Gründung der Privatstiftung 76.

¹⁰⁴³ Erl RV 1132 BlgNR 18. GP zu § 8 Abs 1.

¹⁰⁴⁴ *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung 118; *Kalss/Müller*, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe 709; *Werkusch*, Gründung der Privatstiftung 76; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 709 ABGB Rz 4.

¹⁰⁴⁵ *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung 118.

dem Nachlass, sondern aus dem Vermögen der Rechtsnachfolger. Dem Stiftungsvermögen droht somit die Gefahr des Zugriffes durch Gläubiger der Erben bzw Vermächtnisnehmer.¹⁰⁴⁶

Der OGH hat in einer Entscheidung vom 3.9.1996 zu 10 Ob 2204/96 g¹⁰⁴⁷ eine vergleichbare Situation behandelt. Der OGH hat hier hinsichtlich einer letztwilligen Stiftungserklärung, die zwar die Formvorschriften des Erbrechts, nicht aber jene des PSG erfüllte, die Umdeutung in eine Auflage zur Gründung eines Vereins als zulässig erachtet.¹⁰⁴⁸ Nach dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte die Erblasser testamentarisch, aber nicht in Notariatsaktsform, die Errichtung einer Stiftung über das Nachlassvermögen verfügt. Weiters hat die Erblasserin die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers bestimmt und mit der Durchsetzung ihres Willens beauftragt. Da alle am Verlassenschaftsverfahren Beteiligten (der erbserklärter Erbe und der von der Erblasserin eingesetzter Testamentsvollstrecker) von der Unwirksamkeit der Stiftungserklärung ausgingen, wurde der Testamentsvollstrecker vom Erstgericht als „Verlassenschaftskurator mit dem Wirkungskreis der Gründung eines Vereines“ nach den Vorstellungen der Erblasserin bestellt.

Der OGH verwies auf die von der Literatur vertretene Auffassung, wonach dem Willen des Erblassers (Stifters) etwa durch Umdeutung in eine an den Erben gerichtete Auflage möglichst nahe zu kommen ist. Er beanstandete aber den von den Vorinstanzen auf gemeinsamen Vorschlag aller Beteiligten beschrittenen Weg zur Umsetzung des Erblasserwillens durch Umdeutung in die Beauftragung eines Verlassenschaftskurators mit der Vereinserrichtung nicht¹⁰⁴⁹, sondern merkte lediglich an, dass es aufgrund der bereits erfolgten Bestellung zum Testamentsvollstreckers wohl nicht einer weiteren Beauftragung bedurft hätte.¹⁰⁵⁰ Der OGH

¹⁰⁴⁶ *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung 118.

¹⁰⁴⁷ OGH v. 3.9.1996, 10 Ob 2204/96g, JBl 1997, 643 = *ecolex* 1997, 85 (*Wilhelm*); vgl auch OGH v. 16.09.1997, 10 Ob 227/97y.

¹⁰⁴⁸ Die Vereinsgründung scheiterte aber letztendlich an dem von der Erblasserin verfolgten Zweck.

¹⁰⁴⁹ „Wenn die Vorinstanzen - in am Willen und den persönlichen Vorstellungen der Erblasserin orientierter Auslegung (...), daß möglichst der von ihr erstrebte Erfolg eintritt (SZ 46/34, SZ 63/148, 1 Ob 656/87) - hiefür über gemeinsamen Vorschlag aller Beteiligten, insbesondere auch des erbserklärten Gesetzeserben sowie letztlich des bestellten Testamentsvollstreckers und Verlassenschaftskurators, die Gründung eines demselben Zwecke gewidmeten Vereins propagierten, so wäre diese Vorgangsweise grundsätzlich für sich nicht zu beanstanden.“; siehe OGH v. 3.9.1996, 10 Ob 2204/96g, JBl 1997, 643 (645).

¹⁰⁵⁰ OGH v. 3.9.1996, 10 Ob 2204/96g, JBl 1997, 643 (645); *Knöchlein*, NZ 1996, 224.

billigte demnach grundsätzlich die Errichtung des Vereins innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens durch einen Vertreter des Nachlasses.

Bei der hier zu behandelnden Umdeutung des Testamentary Trust könnte ähnlich verfahren werden. Bei der Umdeutung des Erblasserwillens ist entweder den Erben oder den Vermächtnisnehmern die Errichtung einer Privatstiftung als Auflage aufzutragen. Wer als Erbe oder Vermächtnisnehmer in Betracht kommt, richtet sich nach den testamentarischen Bestimmungen und nach der den Beneficiaries im Trust-Instrument eingeräumten Rechtsposition.¹⁰⁵¹ Um das Stiftungsvermögen vor dem Zugriff durch Gläubiger der Erben zu schützen, sollte versucht werden, die Stiftung innerhalb des laufenden Verlassenschaftsverfahrens zu errichten und das Stiftungsvermögen einzubringen. Hierzu könnte es hilfreich sein, wenn ein vom Gericht bestellter Testamentsvollstrecker als Auflagenberechtigter¹⁰⁵² die Stiftungerrichtung durch die Erben überwacht und notfalls im Klagewege durchsetzt.¹⁰⁵³ In Anlehnung an die vorgenannte Entscheidung des OGH zu 10 Ob 2204/96 g ist es alternativ als zulässig zu betrachten, wenn innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens ein Testamentsvollstrecker oder ein Verlassenschaftskurator¹⁰⁵⁴ mit der Errichtung einer Privatstiftung gerichtlich beauftragt wird, wobei das Amt mit Aufgabenerfüllung endet. Stifter der Privatstiftung wäre dann folglich nicht der oder die Erben, sondern der „ruhende Nachlass“ als juristische Person¹⁰⁵⁵ vertreten durch den Testamentsvollstrecker bzw Verlassenschaftskurator.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵¹ Siehe hierzu bereits oben Pkt. 6.2.

¹⁰⁵² Siehe bereits oben Pkt. 6.3.1.

¹⁰⁵³ Siehe zur Aufgabe des Testamentsvollstreckers, die Erfüllung von Auflagen des Erblassers durch die Erben auch noch nach Rechtskraft der Einantwortung zu überwachen und dabei das Abhandlungsgericht zu unterstützen bereits oben Pkt. 6.2.3.3.1. und OGH v. 26.11.1996, 1 Ob 2138/96k, JBl 1997, 306 f. Dort hatte eine Erblasserin einen Verein als Vermächtnisnehmer bestimmt, wobei sie hierfür die Errichtung einer Stiftung angeordnet hat; der OGH behandelte die eingesetzte Testamentsvollstreckerin als Auflagenberechtigte hinsichtlich der Durchsetzung der Auflage an die Alleinerbin bzw Vermächtnisnehmer zur Errichtung einer Stiftung.

¹⁰⁵⁴ Ein Verlassenschaftskurator kann grundsätzlich auch aus anderen als in § 173 Abs 1 AußStrG genannten Gründen, auch für bloß bestimmte Angelegenheiten, bestellt werden, vgl *Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 810 Rz 7.

¹⁰⁵⁵ Vgl OGH v. 20.9.2012, 2 Ob 166/12v: Der ruhende Nachlass ist als juristische Person Rechtsträger und Besitzer, er ist parteifähig und nur er und nicht der Erbe ist bis zur Einantwortung aktiv und passiv klagslegitimiert. Erst danach existiert er nicht mehr. (T4)

¹⁰⁵⁶ Auch eine juristische Person kann Stifter einer Privatstiftung sein, vgl § 3 Abs 1 PSG.

6.7.2 Erfordernis der „stiftungrechtlichen Übersetzung“

Um den Erblasserwillen bestmöglich umzusetzen, müssen bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Stiftungserklärung die Bestimmungen des Trust-Instrumentes – soweit dies rechtlich zulässig ist – ggf unter der Kontrolle des Verlassenschaftsgerichts möglichst genau „stiftungsgerechtlich übersetzt“ und in den Bestimmungen der Stiftungserklärung abgebildet werden. Dabei sind die formalen und inhaltlichen Anforderungen des PSG an die Stiftungsrichtung und den Inhalt der Stiftungserklärung zu beachten (siehe hierzu oben Punkt 6.4.4.). Wie aufgezeigt bestehen nach dem Stiftungskonzept des PSG Grenzen der Gestaltungsfreiheit, so ist insbesondere der Mindestinhalt der Stiftungsurkunde zwingend vorgegeben bzw müssen gewisse Bestimmungen in die Stiftungsurkunde und dürfen nicht in eine (fakultative) Stiftungszusatzurkunde aufgenommen werden.¹⁰⁵⁷ Gegebenenfalls wären Angaben wie etwa die Bestimmung von Sitz und Namen der Privatstiftung durch die Stifter, dh durch die als Erben oder Vermächtnisnehmer festgestellten Personen (bzw durch den Vertreter des Nachlasses), zu ergänzen. Weiters muss die zwingende Foundation Governance der Privatstiftung¹⁰⁵⁸ beachtet werden. Beispielsweise sind, wenn der Erblasser ursprünglich weniger als drei Trustees vorgesehen hat, weitere Mitglieder des ersten Stiftungsvorstandes zu benennen. Sieht das Trust-Instrument Einfluss- und Mitwirkungsrechte der Beneficiaries bei der Verwaltung und Verteilung des Vermögens vor, die nach dem stiftungsgerechten Grundsätzen bei einer Privatstiftung unzulässig sind¹⁰⁵⁹, können diese bei der Übersetzung ins Stiftungsrecht zwar nicht voll umgesetzt werden, dennoch sind den Begünstigten (zB als Mitglieder in einem Begünstigtenbeirat) zumindest die nach PSG und höchstgerichtlicher Rechtsprechung zulässigen Einflussrechte in der Stiftungserklärung einzuräumen.

Zu fragen ist weiters, ob sich die mit der Stiftungerrichtung beauftragten Erben bzw Vermächtnisnehmer in der Stiftungserklärung Änderungs- und Widerrufsrechte einräumen dürfen, wodurch sie die Stiftung faktisch beherrschen könnten. Gemäß §§ 33, 34 PSG kann eine (*inter vivos* errichtete) Privatstiftung widerrufen werden, sofern sich der Stifter bei der Errichtung der Stiftung entsprechende

¹⁰⁵⁷ Siehe hierzu oben Pkt. 6.5.4.2.

¹⁰⁵⁸ Siehe hierzu oben Pkt. 6.5.5.

¹⁰⁵⁹ Siehe hierzu oben Pkt. 6.5.7.1. und Pkt. 6.5.8.5.

Rechte vorbehalten hat.¹⁰⁶⁰ Im Rahmen der Umdeutung des Testamentary Trust kann der Vorbehalt von weitreichenden Stifterrechten, die dem Stifter Einfluss auf den Bestand der Stiftung sowie die Verwaltung und Verteilung des Stiftungsvermögen geben, nur dann zulässig sein, wenn die Einräumung solcher Rechte dem im Trust-Instrument fixierten Erblasserwillen bzw dem nach den Vorstellungen des Erblassers anwendbaren Trust-Recht entspricht. Entscheidend müsste folglich auch an dieser Stelle sein, ob den Beneficiaries die nach der *Saunders v Vautier*-Regel zustehenden starken Rechte zur Auflösung und Änderung des Trust zukommen sollen. Wie aufgezeigt findet die *Saunders v Vautier*-Regel – sofern im Trust-Instrument nicht anderes bestimmt ist – beim liechtensteinischen Trust keine Anwendung. Bei der Umdeutung eines englischen Trust kommt der Vorbehalt des Änderungs- und Widerrufrechtes durch die Stifter überhaupt nur dann in Betracht, wenn die mit der Stiftungserrichtung beauftragten Erben bzw Vermächtnisnehmern gleichzeitig jene Personen sind, die nach dem Willen des Erblassers bereits bei Stiftungserrichtung am Nachlassvermögen voll berechtigt (*absolutely entitled*) sein sollen. Hat der Erblasser zeitlich nachfolgende Begünstigungen von weiteren (bestimmten oder noch unbestimmten) Personen verfügt oder abweichende Letztbegünstigte bestimmt, wird der Vorbehalt eines Änderungs- bzw Widerrufsrecht durch die Auflagenverpflichteten in jedem Falle unzulässig.

Auch wenn bei der Umdeutung des Testamentary Trust der „Umweg“ über die Erbeinsetzung bzw Vermächtniseinsetzung unter der Auflage der Errichtung einer Privatstiftung insgesamt einen hohen Aufwand erfordert, könnte er doch im Einzelfall zur bestmöglichen Umsetzung des Erblasserwillens erforderlich sein. Wie aufgezeigt kommt die Privatstiftung als Äquivalent zum Testamentary Trust insbesondere dann in Betracht, wenn der Erblasser damit ein großes Nachlassvermögen langfristig und über Generationen sichern und verteilen will. Der zu erbringende Aufwand kann vor diesem Hintergrund durchaus gerechtfertigt sein.

¹⁰⁶⁰ Siehe bereits oben Pkt. 6.5.8.4.

7 Zusammenfassung und Schlussbemerkung

Die vorstehenden Untersuchungen der Behandlung eines Testamentary Trust unter österreichischem Recht können wie folgt zusammengefasst werden:

Auf kollisionsrechtlicher Ebene wirft die Behandlung des Testamentary Trust nach geltender Rechtslage Fragen auf. Als erbrechtlich einzuordnendes Rechtsinstitut wurde die „Errichtung, Funktionsweise und Auflösung“ des Testamentary Trust vom Anwendungsbereich der Bestimmungen der EuErbVO ausgenommen, wohingegen der „Übergang des Vermögens“ und die „Bestimmung der Berechtigten“ des Testamentary Trust in den Anwendungsbereich der EuErbVO fallen sollen. Unklar ist, wie jene Rechtsbereiche, die vom Anwendungsbereich der EuErbVO fallen, nach österreichischem Internationalen Privatrecht zu behandeln sind, da der österreichische Gesetzgeber diese Fälle im Durchführungsgesetz zur EuErbVO im Rahmen des Erbrechtsänderungsgesetz 2015 nicht aufgegriffen hat. Rechtssicherheit und Praktikabilität im Umgang mit einem Testamentary Trust lassen sich jedenfalls nur durch eine einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung des Rechtsinstituts erreichen. Um eine Aufspaltung zu vermeiden, sind die Bestimmungen der EuErbVO hinsichtlich der Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines Testamentary Trust analog anzuwenden bzw ist auf die Bestimmungen der EuErbVO über § 7 ABGB („natürliche Rechtsgrundsätze“) zurückzugreifen.

Sofern die Errichtung und Durchführung eines Testamentary Trust nach dem geltenden Kollisionsrecht dem österreichischen Sachrecht unterfällt, stehen dem Erblasser ausschließlich die erbrechtlichen Aktstypen des österreichischen Rechts zur Verfügung – und sohin nicht der Testamentary Trust. Um den Erblasserwillen umzusetzen, ist ein letztwillig verfügter Trust in ein funktionsverwandtes Institut des österreichischen Rechts „umzudeuten“. Sofern die Errichtung und Durchführung des Testamentary Trust fremdem Trust-Recht unterfällt, ist aus österreichischer Sicht der Trust dem österreichischen Recht dann „anzupassen“, wenn Trust-Beteiligten ihre Rechte an in Österreich belegtem Vermögen geltend machen. Der Testamentary Trust ist sohin jeweils in ein funktionsverwandtes Institut des österreichischen Rechts zu „übersetzen“. Eine genaue Abbildung des Trust-Rechtsverhältnisses im österreichischen Recht scheitert in jedem Fall an der

für den Trust typischen Eigentumsspaltung (*split ownership/ duality of ownership*), die mit den Grundsätzen des österreichischen (Sachen-)rechts nicht vereinbar ist. Die österreichischen erbrechtlichen Institute können sich dem Funktions- und Regelungsgehalt des Testamentary Trust somit in jedem Fall nur annähern.

Das englische Trust-Recht ist ein Instrument zur Vermögensplanung über Generationen, beruhend auf dem über Jahrhunderte gewachsenen Zusammenspiel von Common Law und Equity. Der Trustee verwaltet als formeller Eigentümer unter strengen Treu- und Sorgfaltspflichten das Trust-Vermögen zugunsten der Beneficiaries. Diese kontrollieren – sofern der Testator dies letztwillig nicht anders gestaltet – den Trust mit starken Kontrollrechten, wie insbesondere Einsichts- und Informationsrechten und dem dinglich wirkenden Spurfolgerecht. Das Recht der Beneficiaries, das Trust-Instrument zu ändern oder den Trust aufzulösen und die Übertragung des Trust-Vermögens zu verlangen, besteht dann, sofern die Beneficiaries geschäftsfähig und gemeinsam am Trust-Vermögen voll berechtigt sind. Häufig verhindert der Testator aber den Einfluss der Beneficiaries, indem er einen Discretionary Trust verfügt oder den Trustee mit einer *power of appointment* zur Nominierung von Behünstigten ausstattet. Die Gestaltung des Trust-Instruments im Einzelfall ist demnach für das Kontrollgefüge des Trust absolut entscheidend. Ihre Rechte können die Beneficiaries notfalls mit Hilfe des Gerichts durchsetzen, dem dann starke Kontrollbefugnisse und Einflussrechte zukommen.

Dem liechtensteinischen Gesetzgeber gelang der Kunstgriff, das Trust-Recht des Common Law in kontinentaleuropäische Rechtsbegriffe zu übersetzen, wobei beim liechtensteinischen Trust zum Zwecke seiner Wettbewerbsfähigkeit von Gesetzes wegen die Rechtsstellung der Beneficiaries schwächer und passiver ist als beim englischen Trust, insbesondere sind die Einsichts- und Informationsrecht eingeschränkt und besteht kein gesetzliches Recht auf Abberufung der Trustee oder Beendigung des Trust. Im Gegenzug ist die Kontrollfunktion des Gerichtes von Amts wegen stärker. Ein liechtensteinischer Trust (von Todes wegen) kann zudem mangels Geltung der *rule against perpetuity* auf unbestimmte Zeit errichtet werden.

Bei der Übersetzung des Testamentary Trust in das österreichische Recht kommt im Wesentlichen entweder die Übersetzung in eine Erbeinsetzung unter Testamentsvollstreckung, die gegebenenfalls durch die Auflagen an die Erben zur Duldung der Testamentsvollstreckung ergänzt wird, die Übersetzung in eine Erbeinsetzung unter der Auflage der Errichtung eines Treuhandverhältnisses oder die Übersetzung in die Auflage an die Erben zur Errichtung einer Privatstiftung in Betracht.

Als Erben können nur jene in der Trust-Urkunde namentlich bestimmt oder bestimmbaren Beneficiaries betrachtet werden, denen – gegebenenfalls gemeinsam – ein klagbarer Anspruch (*fixed interest*) auf Übertragung des Nachlassvermögens eingeräumt bzw den bei Erbfall bereits lebenden Letztbegünstigte. Der Ermessensbegünstigte (*discretionary interest*) ist bei einer Übersetzung des Testamentary Trust in das österreichische Recht lediglich als Vermächtnisnehmer anzusehen. Zuwendungen im Rahmen der *power of appointment* sind allenfalls zum Aufgabenbereich des Nachlassverwalters zu zählen. Verfügt der Testator, dass mehrere Beneficaries zeitlich aufeinander folgen sollen (*successive Beneficiaries*), besteht eine Vergeichbarkeit mit der Vor- und Nacherbschaft bzw einem Vor- und Nachvermächtnis.

Die Testamentsvollstreckung unter österreichischem Recht ist mangels hinreichender gesetzlicher Regelungen in vielen Punkten strittig und bietet bei weitem nicht die mit dem Trust-Recht vergleichbare Rechtsklarheit. Allerdings wird – vergleichbar mit dem Trust – keine eigene Rechtspersönlichkeit geschaffen und ist es wie nach Trust-Recht auch zulässig, dass eine Begünstigter zugleich einer (von mehreren) der Trustee ist. Der Testamentsvollstrecker hat jedenfalls die vom Erblasser im Testament ausdrücklich beschriebenen Pflichten, soweit diese rechtlich zulässig sind, zu befolgen. Die Erben können jedoch die Testamentsvollstreckung nach österreichischem Recht frei widerrufen und sind zudem nicht von der Nachlassverwaltung ausgeschlossen, sondern können wirksam über den Nachlass verfügen. Dies ähnelt der Rechtslage bei einem Testamentary Trust mit am Trust-Vermögen voll berechtigten Beneficiaries, denen die starken Begünstigtenrechte zur Änderung und Beendigung des Trust zukommen. Bei Discretionary Trusts kann eine Funktionsäquivalenz zwischen Testamentary Trust und Testamentsvollstreckung hingegen nur bei Ergänzung durch eine Auflage an

die Erben zur Duldung der Testamentsvollstreckung in Betracht kommen, wobei auch unter der Auflage mangels absoluter Wirkung kein dinglicher Schutz gegen Vermögensvereitelung besteht. Eine Ergänzung durch das Instrument eines Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 364 c ABGB kommt hingegen nur für einen engen Anwendungsbereich bezüglich auf Familienangehörige übertragene Liegenschaften in Frage und kann auch nur die erste Generation nach dem Erblasser binden.

Die fiduziarische Treuhanderschaft nach österreichischem Recht ermöglicht, dass Vermögen langfristig zugunsten von Begünstigten aufgrund eines entsprechenden Auftrages fremdverwaltet wird. Eine Treuhanderschaft von Todes wegen sieht das österreichische Recht nicht vor. Im Rahmen der Umdeutung könnten die Erben bzw Vermächtnisnehmer nach dem Testator daher allenfalls mit der Auflage belastet werden, ein Treuhandverhältnis zu errichten. In der Treuhandabrede müsste der Willen des Testators über die Verwaltung und Verteilung des Nachlasses als Auftrag an den Treuhänder aufgenommen werden. Weil im Rahmen der Begründung des Treuhandverhältnisses das Eigentum am Nachlass auf den Treuhänder zu übertragen ist, ist der Nachlass vor dem Zugriff der Begünstigten und deren Gläubiger gesichert.

Das österreichische Treuhandrecht sieht als Mechanismen zum Schutz des Treugutes die obligatorische Surrogation vor, wonach den Treugebern gegen den Treuhänder auch das Recht auf Herausgabe von Surrogaten des Treugutes zukommt. Weiters ist der Herausgabeanspruch der Treugeber insolvenz- und exekutionsrechtlich abgesichert. Daraus kann aber nicht eine dingliche oder quasidingliche Rechtsposition der Treugeber abgeleitet werden, die dem Erwerb von Trust-Gut durch Dritte entgegengehalten werden könnte. Die Rolle des Gerichts als Kontrollinstanz fehlt; die Durchsetzung des Willen des Erblassers obliegt allein dem Treuhänder und kann allenfalls durch die Erben bzw Vermächtnisnehmer als Treugeber, die gleichzeitig auch die Begünstigten des Nachlassvermögens sein sollen, kontrolliert werden. Als Auflagenberechtigter kann der Treuhänder im Falle, dass die Erben bzw Vermächtnisnehmer versuchen, den Inhalt der Treuhandabrede entgegen den Wünschen des Erblassers abzuändern, jedenfalls das Gericht anrufen. Andererseits besteht die Gefahr, dass

Treuhänder und Treugeber zusammenwirken, um den Willen des Erblassers zu umgehen.

Für eine „Anpassung“ (vgl Fallgruppe 2)¹⁰⁶¹ der Rechtswirkung eines nach fremden Recht errichteten Trust im österreichischen Recht bleibt – da die Errichtung einer Privatstiftung als juristische Person im Inland nicht praktikabel ist – nichts anderes übrig, als das Trust-Rechtsverhältnis wie eine Erbeinsetzung unter Testamentsvollstreckung zu behandeln bzw den Trustee bei starker Ausgestaltung seiner Befugnisse als Erben oder Vermächtnisnehmer anzusehen. Sofern der Trustee sein Amt tatsächlich bereits aufgenommen hat (also eine Zweiseitigkeit im Verhältnis zwischen Trustee und Beneficiaries schon besteht) oder im Falle eines *pour over* Trust¹⁰⁶², könnte bei der Übersetzung in das österreichische Recht auch von einer fiduziarischen Treuhandschaft ausgegangen werden. Entsprechend dieser funktionsähnlichen Rechtsinstitute ist die Rechtzuständigkeit (Eigentums-, Besitzrecht) an in Österreich belegtem Trust-Vermögen zu beurteilen. Hingegen kann das dem Trustrecht eigene umfassende dingliche Spurfolgerecht nicht ohne weiteres zu Herausgabensprüchen, etwa der Beneficiaries gegen einen Trustgut bzw Surrogate besitzenden Dritten, in Österreich führen, sondern müsste in ein vergleichbares Recht angepasst werden.¹⁰⁶³ Wie aufgezeigt sehen die mit dem Testamentary Trust funktionsverwandten Rechtsinstitute dingliche Spurfolgerechte aber nicht vor bzw sind dem österreichischen Recht dingliche Spurfolgerechte nicht bekannt, sodass die Beneficiaries auf die lediglichen Schutzmechanismen der österreichischen funktionsähnlichen Rechtsinstitute verwiesen wären.

Die Privatstiftung ist im Unterschied zum Trust eine juristische Person mit vergleichsweise komplizierter, zwingender Organisationsstruktur. Die Stiftungsvorstände dürfen gemäß dem Stiftungszweck über das Stiftungsvermögen verfügen und unterliegen hierbei, wie die Trustee, strengen Sorgfalts- und Treuepflichten. Die Rechtstellung der Begünstigten ist ähnlich gestaltbar wie beim Trust (Begünstigte mit klagbarem Anspruch, Ermessensbegünstigte, Begünstigte mit bloßer Aussicht auf Zuwendungen und Letztbegünstigte). Mit dem Trust-Recht vergleichbare starke Rechte jener Begünstigten, die am

¹⁰⁶¹ Siehe eingangs Pkt 1.2.

¹⁰⁶² Siehe oben Pkt. 4.5.2 und 5.2.

¹⁰⁶³ Siehe oben Punkt 3.4.

Vermögen vollberechtigt sind, zur Abberufung der Vorstände, Änderung der Stiftung und Auflösung der Stiftung, sieht das PSG hingegen nicht vor. Wenn der Testator aber – wie dies häufig vorkommt – Discretionary Trusts oder eine *fiduciary power of appointment* einsetzt, sollen diese starken Einflussrechte der Begünstigten nach dem Willen des Erblassers ohnehin gerade nicht bestehen.

Eine auffallende Übereinstimmung im Hinblick auf die Rechtsposition der Begünstigten von Trust und Privatstiftung sind die jeweils zustehenden, unentziehbaren und umfassenden Einsichts- und Informationsrechte der Begünstigten, die mit Hilfe des Gerichts durchgesetzt werden können. Ein besonderer Vermögensschutz wird bei der Privatstiftung insbesondere durch den zwingenden Stiftungsprüfer, das Instrument der Sonderprüfung und die starke Stellung des Gerichts ermöglicht. Trotzdem es keine mit dem Trust-Recht vergleichbare dinglich abgesicherte Rechtsstellung der Begünstigten durch Spurfolgerecht und Surrogationsprinzip gibt, kann somit dieses „Weniger“ an Vermögensschutz doch in gewissem Maße ausgeglichen werden. Im Einzelfall kann die Privatstiftung daher durchaus ein Funktionsäquivalent zum Testamentary Trust darstellen. Aufgrund der zwingenden Notariatsaktsform zur Errichtung der Privatstiftung sind die als Erben zu betrachtenden Begünstigten gegebenenfalls im Rahmen der Umdeutung mit der Auflage zur Errichtung einer Privatstiftung (unter Lebenden) „im Sinne des Erblassers“ zu belegen.

Es kann festgehalten werden, dass eine Umdeutung (vgl Fallgruppe 1)¹⁰⁶⁴ in eine Privatstiftung dann in Frage kommt, wenn ein Testamentary Trusts mit komplizierteren Begünstigtenstrukturen, bei denen nicht einzelnen Begünstigten beherrschender Einfluss auf die Verteilung des Nachlasses zukommen, sondern die Vermögensverwalter mehr Entscheidungsbefugnisse haben sollen. Bei Testamentary Trusts mit einfacheren Begünstigtenstrukturen, bei denen mit dem Erbfall bestimmbare Begünstigte starke Herrschaftsrechte über den Nachlass zukommen sollen, wird auf das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung oder auch auf eine Erbeinsetzung unter Auflage der Errichtung eines Treuhandverhältnisses zurückzugreifen sein.

¹⁰⁶⁴ Siehe eingangs Pkt 1.1.

Grundsätzlich kann die Privatstiftung angesichts des relativ hohen Kostenaufwandes für Verwaltung und Prüfung wohl nur im Hinblick auf größere Nachlassvermögen ein Äquivalent zum Testamentary Trust sein. Es zeigt sich somit deutlich eine Lücke im österreichischen Recht: Ein erbrechtliches Gestaltungsmittel, das die Vermögensplanung über Generationen erlaubt, und zugleich wirksamen Schutz vor Vermögensvereitelung durch Nachlassverwalter oder Begünstigte bietet, fehlt für den Mittelstand. Abhilfe geschaffen werden könnte durch eine Reform des Institutes der Testamentsvollstreckung, gegebenenfalls nach deutschem Vorbild, oder durch Eingliederung des Trust in die österreichische Rechtsordnung, gegebenenfalls nach liechtensteinischem Vorbild.

8 Abstract

Die Einordnung des dem Common Law Rechtskreis entstammenden Testamentary Trust in das österreichische Recht ist auf zwei Ebenen problematisch: Zum einen auf der Ebene des Kollisionsrechts, zum anderen auf der Ebene des materiellen Rechts, weil sich Umdeutungs- und Anpassungsschwierigkeiten ergeben, wenn ein Testamentary Trust österreichischem Recht untersteht oder österreichisches Recht auf einzelne mit dem Trust zusammenhängende Rechtsfragen anzuwenden ist.

Als Grundlage für eine Suche nach funktionsverwandten Rechtsinstituten des österreichischen Rechts werden (exemplarisch) der Testamentary Trust nach englischem sowie nach liechtensteinischem Recht analysiert. Als funktionsverwandte Rechtsinstitute des österreichischen Rechts werden insbesondere Erbeinsetzung und Vermächtnis, Testamentsvollstreckung, Auflagen an die Erben, Belastungs- und Veräußerungsverbot gemäß § 364 c ABGB, postmortale Vollmacht, fiduziarische Treuhandenschaft und Privatstiftung (von Todes) untersucht und mit dem Trust-Konzept verglichen.

Die Dissertation bietet Gelegenheit zur (auch herauslösbaren) Betrachtung folgender Themen: die kollisionsrechtliche Behandlung des Testamentary Trust, die sachenrechtliche Unvereinbarkeit des Trust mit dem österreichischen Recht, die Analyse des englischen Trust-Rechts, der Rechtsvergleich des englischen Trust-Rechts mit dem liechtensteinischen Trust-Recht, der Rechtsvergleich zwischen Testamentary Trust und funktionsverwandten Instituten des österreichischen Rechts und hierbei insbesondere die Auseinandersetzung mit dem nach österreichischer Rechtspraxis und Rechtsfortbildung vernachlässigten Institut der Testamentsvollstreckung sowie eine Untersuchung der Foundation Governance der österreichischen Privatstiftung und deren Vergleich mit dem Trust-Konzept.

Es zeigt sich, dass ein erbrechtliches Gestaltungsmittel, das die Vermögensplanung über Generationen erlaubt, und zugleich wirksamen Schutz vor Vermögensvereitelung durch Nachlassverwalter oder Begünstigte bietet, in Österreich für den Mittelstand fehlt. Abhilfe geschaffen werden könnte durch eine Reform des Institutes der Testamentsvollstreckung, gegebenenfalls nach

deutschem Vorbild, oder durch Eingliederung des Trust in die österreichische Rechtsordnung, gegebenenfalls nach liechtensteinischem Vorbild.

Under Austrian law the classification of the testamentary trust as a common law institution is problematic at the following levels: first, at the level of conflict of law, second, at the level of substantive law, since difficulties arise when it comes to the reinterpretation or adoption of the testamentary trust in cases where the testamentary trust or certain legal question in connection with the testamentary trust are governed by Austrian law.

As a basis for finding Austrian legal institutions which are functionally related to the testamentary trust the author (exemplary) analyses the English testamentary trust and the Liechtenstein testamentary trust. The author particularly investigates the Austrian legal institutions of appointment of heirs (*Erbeinsetzung*), legacy (*Vermächtnis*), executorship (*Testamentsvollstreckung*), testamentary instructions to the successor (*Auflagen an die Erben*), prohibition of encumbrances and sale (*Belastungs- und Veräußerungsverbot*) according to article § 364 c of Austrian Civil Code (*ABGB*), post mortem power of attorney (*postmortale Vollmacht*), fiducia (*fiduziarische Treuhandschaft*) and the Austrian private foundation (established by will), and compares it with the trust concept.

The doctoral thesis provides views to the following topics: the conflict of law rules governig the testamentary trust, the incompatibility of the trust concept with the Austrian property law concept, the analysis of English trust law, the legal comparison between English and Liechtenstein trust concept, the legal comparison between testamentary trust and the functionally related Austrian instituitons and in particular the analysis of the executorship (*Testamentsvollstreckung*), which is very much unattended in the Austrian legal practice and development of law, as well as the analysis of the Austrian private foundation and it's comparison with the trust concept.

It becomes clear that in the Austrian legal system a legal tool which allows estate planning over several generations and which at the same time provides effective asset protection against trustee or beneficiaries is missing when it comes to the middle class. Remedy could be found by amending the institution of executorship (*Testamentsvollstreckung*), potentially based on the German model, or by

integrating the trust in the Austrian legal system, potentially based on the Liechtenstein model.