

# Die kollisionsrechtliche Behandlung von *trusts* im Zusammenhang mit der EuErbVO

Von RAPHAEL DE BARROS FRITZ, Hamburg

Wenige Rechtsinstitute bereiten mehr Schwierigkeiten im Rahmen der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) als *trusts*. So besteht schon über die Reichweite der gerade für *trusts* geschaffenen Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO bisher kaum Einigkeit. Auch für eine Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf *trusts* wird in der Literatur verbreitet eingetreten, obwohl bislang weder generell die genauen Konturen dieser enigmatischen Vorschrift noch die genaue Funktionsweise dieser Regelung im Zusammenhang mit *trusts* feststehen. Der vorliegende Beitrag widmet sich deshalb der Frage, wie *trusts* innerhalb der EuErbVO zu behandeln sind. Dabei wird vor allem zu zeigen sein, wie Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO vor dem Hintergrund des ErwG 13 zu verstehen ist. Darüber hinaus wird die Frage aufgeworfen, inwiefern Art. 31 EuErbVO überhaupt eine eigenständige Bedeutung im Zusammenhang mit *trusts* besitzt.

*The Treatment of Trusts under the European Succession Regulation.* – Few legal institutions cause more difficulties in the context of the European Succession Regulation (ESR) than trusts. There is, for instance, hardly any agreement on the scope of the exception created for trusts in Art. 1 para. 2 lit. j ESR. There is also widespread support in academic literature for the application of Art. 31 ESR to trusts, although neither the precise contours of this enigmatic provision nor its exact functioning in connection with trusts has yet been established. The present article addresses, therefore, the question of how trusts are to be treated within the ESR. In particular, it will be shown how Art. 1 para. 2 lit. j ESR is to be understood against the background of Recital 13. In addition, the question will be raised as to what extent Art. 31 ESR has any importance at all in connection with trusts.

## Inhaltsübersicht\*

I. Der Anwendungsbereich der EuErbVO in Bezug auf trusts . . . . .	621
1. Die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung des Art. 1	
Abs. 2 lit. j EuErbVO . . . . .	622
a) Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO und express trusts . . . . .	622
b) Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO und statutory trusts . . . . .	628
2. Veranschaulichung der entwickelten allgemeinen Grundsätze	
anhand eines Beispielsfalls . . . . .	629
a) Verstoß gegen den Grundsatz des numerus clausus der	
letztwilligen Verfügungen? . . . . .	630
b) Die Bedeutung des Sachenrechtsstatuts bei der Errichtung eines	
testamentary trust . . . . .	633
c) Vorliegen einer wirksamen declaration of trust . . . . .	635
II. Zur Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf trusts . . . . .	639
1. Zur direkten Anwendung des Art. 31 EuErbVO . . . . .	640
a) Verstoß gegen den numerus clausus des deutschen Sachenrechts? . . . . .	641
b) Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung des E im Wege	
der Auslegung oder Umdeutung . . . . .	645
c) Entbehrlichkeit einer Anpassung nach Art. 31 EuErbVO . . . . .	646
2. Zur analogen Anwendung des Art. 31 EuErbVO . . . . .	646
a) Substitutions- und Transpositionsprobleme im Zusammenhang	
mit trusts . . . . .	647
b) Art. 15 Abs. 2 HÜT als ein Argument für die Anwendung des	
Art. 31 EuErbVO auf Substitutions- und Transpositionsprobleme	
. . . . .	648
c) Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke . . . . .	649
III. Fazit . . . . .	651

## I. Der Anwendungsbereich der EuErbVO in Bezug auf trusts

Wie bei anderen europäischen Verordnungen<sup>1</sup> hat der europäische Gesetzgeber wegen der Brisanz der Materie auch in der EuErbVO<sup>2</sup> eine Bereichsausnahme für trusts vorgesehen. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. j werden die Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines trust vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen. Bei der Ermittlung des genauen Anwendungsbereichs der Verordnung auf trusts ist somit eine gründliche Auseinan-

\* Mein besonderer Dank gilt Herrn PD Dr. Jan Peter Schmidt für seine zahlreichen Anregungen und Anmerkungen. Zudem bedanke ich mich herzlich bei Herrn Prof. Dr. Dennis Solomon und Herrn Georg Joecker für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

<sup>1</sup> Siehe etwa Art. 1 Abs. 2 lit. h Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6, und Art. 1 Abs. 2 lit. e Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40.

<sup>2</sup> 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, ABl. 2012 L 201/107.

dersetzung mit dieser Bereichsausnahme unumgänglich. Im Folgenden sollen deshalb zunächst die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO dargestellt (I.1.) und anschließend die herausgearbeiteten allgemeinen Leitlinien zur Anwendung des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO anhand eines Beispielsfalls veranschaulicht werden (I.2.).

## 1. Die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO

### a) Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO und *express trusts*

(1) *Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO gilt sowohl für inter vivos trusts als auch für testamentary trusts.* – In Common-Law-Jurisdiktionen wird üblicherweise zwischen *express trusts* und sonstigen *trusts* unterschieden.<sup>3</sup> Hat der *settlor* seinen Wunsch (entweder ausdrücklich oder konkludent) kundgetan, dass er einen *trust* errichten will, so ist ein *express trust* gegeben.<sup>4</sup> *Express trusts* können entweder *testamentary trusts* oder *inter vivos trusts* sein. *Testamentary trusts* sind *trusts*, die erst nach dem Tod des *settlor* wirksam werden, wohingegen *inter vivos trusts* solche *trusts* sind, die bereits vor dem Tod des *settlor* wirksam sind.<sup>5</sup> Obwohl vereinzelt die Ansicht geäußert wird, dass *testamentary trusts* von der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO nicht erfasst seien,<sup>6</sup> zeigt schon der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO, der nicht zwischen *inter vivos trusts* und *testamentary trusts* unterscheidet, dass *testamentary trusts* sehr wohl hiervon erfasst sind.<sup>7</sup> Dies wird auch durch die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO bestätigt. Denn im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 3 lit. i des Kommissionsentwurfs (dem Vorgänger des jetzigen Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO) wurde der Vorschlag gemacht, *testamentary trusts* durch die Formulierung „except trusts created by testamentary disposition“ vollständig von der in Art. 1 Abs. 3 lit. i des Kommissionsentwurfs vorgesehenen Bereichsausnahme herauszunehmen und der EuErbVO zu unterwerfen.<sup>8</sup> Diese Formulierung fand indes keinen Eingang in die end-

<sup>3</sup> *Amy Morris Hess / George Gleason Bogert / George Taylor Bogert*, Bogert: The Law of Trusts and Trustees (2020) § 1; *David J. Hayton*, Underhill/Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees<sup>19</sup> (2016) 85–86.

<sup>4</sup> Bogert: Law of Trust and Trustees (Fn. 3) § 1; Underhill/Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees (Fn. 3) 85–86; der Begriff des *express trust* sollte also nicht so verstanden werden, dass der *settlor* seinen Willen, einen *trust* zu errichten, *ausdrücklich* äußern muss.

<sup>5</sup> 76 American Jurisprudence 2d Trusts § 4 (2020); *Pitt v. United States*, 319 F.2d 564, 567 (8th Cir. 1963).

<sup>6</sup> *Peter Mankowski*, in: Deixler-Hübner/Schauer, EuErbVO<sup>2</sup> (2020) Art. 1 EuErbVO Rn. 108.

<sup>7</sup> Wie hier im Ergebnis auch *Christoph Döbereiner*, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil I), Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins 2013, 358–366, 361.

<sup>8</sup> *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the Euro-

gültige Fassung des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO, und ErwG 13 Satz 3<sup>9</sup> zeigt, dass *testamentary trusts* nur im Hinblick auf *bestimmte* Fragen der EuErbVO unterfallen sollen, im Übrigen aber außerhalb des Anwendungsbereichs der EuErbVO stehen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber im Einklang mit dem Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Januar 1992 (im Folgenden HÜT)<sup>10</sup> und dem Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht vom 1. August 1989<sup>11</sup> in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO nicht zwischen *inter vivos trusts* und *testamentary trusts* unterscheiden und somit grundsätzlich auch Letztere der EuErbVO entziehen wollte. Die hier vertretene Ansicht führt indes freilich *nicht* dazu, dass *sämtliche* Fragen in Bezug auf einen *testamentary trust* vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen werden (dazu näher unten I.1.a) (2)). Das ändert allerdings nichts daran, dass der Begriff des *trust* in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO auch *testamentary trusts* erfasst.

Auch *inter vivos trusts* werden von Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO erfasst. Dies gilt ebenfalls für *revocable inter vivos trusts*, die als sogenannte *will substitutes*<sup>12</sup> verwendet werden. Zwar weisen diese (wie schon der Name andeutet) eine funktionale Nähe zu Verfügungen von Todes wegen auf.<sup>13</sup> Da aber sogar *testamentary trusts* von der Bereichsausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO erfasst werden, muss dies erst recht für *revocable inter vivos trusts* gelten, die als *will substitutes* eingesetzt werden. Dieses Ergebnis wird auch durch Art. 1 Abs. 2 lit. g EuErbVO untermauert, der andere *will substitutes* vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausnimmt. Schließlich stellt auch Art. 2

---

pean Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of 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) 522–720, 548, 556–559 Tz. 44–49.

<sup>9</sup> Siehe die deutsche Fassung („so sollte *im Hinblick auf* den Übergang der Vermögenswerte und die Bestimmung der Berechtigten das nach dieser Verordnung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht gelten“) und die englische Fassung („*with respect to* the devolution of the assets and the determination of the beneficiaries“) (Hervorh. durch den Verf.).

<sup>10</sup> Art. 2 HÜT; *Alfred E. von Overbeck*, Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention, <https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=2949&dtid=3> (27.4.2021), S. 379.

<sup>11</sup> Vgl. dessen Art. 14 Abs. 1.

<sup>12</sup> Der Begriff der *will substitutes* hat sich in Rechtsordnungen des Common Law (und dort vor allem im US-amerikanischen Recht) zur Bezeichnung lebzeitiger Rechtsgeschäfte eingebürgert, die (wie etwa *pension plans* oder *insurance contracts*) faktisch dieselbe Wirkung besitzen wie letztwillige Verfügungen; zu einer Definition von *will substitutes* siehe etwa *Restatement 3d of Property: Wills and Other Donative Transfers*, § 7.1 (2003).

<sup>13</sup> *John H. Langbein*, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, 97 *Harvard Law Review* 1108–1141, 1113 (1983/84) („Only nomenclature distinguishes the remainder interest created by such a [revocable] trust from the mere expectancy arising under a will. Under either the trust or the will, the interest of the beneficiaries is both revocable and ambulatory“).

HÜT klar, dass dieses Übereinkommen selbst dann noch über das auf einen *trust* anwendbare Recht entscheidet, wenn der *inter vivos trust* als *will substitute* eingesetzt wird.<sup>14</sup>

(2) *Der genaue Umfang der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO.* – Indem sowohl *inter vivos trusts* als auch *testamentary trusts* unter Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO fallen, erlangt die genaue Umschreibung der darin aufgelisteten Materien eine zentrale Bedeutung für die Ermittlung des Anwendungsbereichs der EuErbVO. Deren Art. 1 Abs. 2 lit. j nimmt die „Errichtung“, „Funktionsweise“ und „Auflösung“ von *trusts* vom Anwendungsbereich der EuErbVO aus. Erwägungsgrund 13 Satz 3 zeigt wiederum, dass die Auflistung in Art. 1 Abs. 2 lit. j nicht dahin gehend verstanden werden darf, dass *sämtliche* Fragen, die sich im Zusammenhang mit *trusts* stellen, vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind. Es muss somit genau ermittelt werden, wie weit die genannte Bereichsausnahme reicht, was vor allem bei *testamentary trusts* Schwierigkeiten bereiten kann.

Zur Beantwortung dieser Frage bietet sich ein Vergleich mit dem HÜT an. Denn bei der Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO geht es letztlich um nichts anderes als die Qualifikation bestimmter Vorschriften als erbrechtliche oder trustrechtliche Normen. Bei der Qualifikation einer gesetzlichen Regelung muss indes unter anderem die Systematik des kollisionsrechtlichen Regelwerks berücksichtigt werden, in dessen Rahmen die Qualifikation vorgenommen wird. Handelt es sich (wie bei der EuErbVO) um ein Regelwerk auf der Ebene des europäischen Rechts, so bedingt eine systematische Auslegung im Rahmen des Qualifikationsvorganges nicht nur die Berücksichtigung anderer europäischer Regelwerke, sondern auch die Berücksichtigung internationaler Übereinkommen, die (wie das HÜT) von einigen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden.<sup>15</sup>

Nach Art. 8 HÜT werden die Gültigkeit, die Auslegung (*construction*), die Wirkungen und die Verwaltung eines *trust* vom Truststatut umfasst. Wegen der ähnlichen Formulierung in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO und zur Vermeidung von Überschneidungen zwischen den Anwendungsbereichen des HÜT und der EuErbVO<sup>16</sup> sollte bei der Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO davon ausgegangen werden, dass auch die in Art. 8 HÜT genannten Materien nicht mehr von der EuErbVO erfasst werden.

Genauso wie Art. 4 HÜT stellt ErwG 13 Satz 3 zudem klar, dass das Truststatut Fragen bezüglich des Übergangs der Vermögenswerte, die den Gegen-

---

<sup>14</sup> *Andrea Bonomi*, in: Bonomi / Wautelet, *Le droit européen des successions*<sup>2</sup> (2016) Art. 1 Rn. 95.

<sup>15</sup> *Jan D. Lüttringhaus*, *Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht*, *RabelsZ* 77 (2013) 31–68, 42–43.

<sup>16</sup> Überschneidungen würden insb. in solchen Mitgliedstaaten (wie etwa Italien und den Niederlanden), die auch das HÜT unterzeichnet haben, zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Anwendung beider Regelwerke führen.

stand des *trust* bilden, nicht mehr erfasst.<sup>17</sup> Erwägungsgrund 13 Satz 3 ordnet zusätzlich an, dass die Bestimmung der Berechtigten ebenfalls nicht vom Truststatut geregelt wird. Zum genauen Verständnis dieser beiden Klarstellungen in ErwG 13 Satz 3, die bereits zu dem kritischen Verdikt Anlass gaben, ErwG 13 Satz 3 stehe in einem „massiven Konflikt“ zu Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO,<sup>18</sup> erscheint es angebracht, kurz auf die Voraussetzungen zur Errichtung eines *express trust* einzugehen.<sup>19</sup> *Express trusts* werden im Wesentlichen dadurch errichtet, dass eine Person (*settlor*) ihre Berechtigung (*title*)<sup>20</sup> zur Ausübung eines Rechts (*interest*)<sup>21</sup> an einem Gegenstand<sup>22</sup> auf eine andere Person (*trustee*)<sup>23</sup> mit dem (hinreichend nach außen zum Ausdruck kommenden) Willen überträgt, dass diese Berechtigung zur Ausübung eines Rechts fortan *in trust* für einen Dritten (*beneficiary*) verwaltet werden soll. Die Errichtung eines *trust* besteht also zum einen aus einer sogenannten *declaration of trust* (also der Erklärung des *settlor*, dass er einen *trust* errichten will) und zum anderen aus einer Vermögensübertragung auf den *trustee*. Obwohl die *declaration of trust* und die Vermögensübertragung in derselben Urkunde enthalten sein

<sup>17</sup> Die Ähnlichkeit zwischen ErwG 13 Satz 3 und Art. 4 HÜT wird insb. in der englischen Fassung beider Regelungen deutlich („devolution of the assets/acts by virtue of which assets are transferred to the trustee“).

<sup>18</sup> Deixler-Hübner / Schauer / Mankowski (Fn. 6) Art. 1 EuErbVO Rn. 106; siehe auch Jan Peter Schmidt, Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse, *RabelsZ* 77 (2013) 1–30, 17 Fn. 88.

<sup>19</sup> Zum Folgenden Raphael de Barros Fritz, Die Anwendung der Rom I-VO auf die Errichtung eines „express inter vivos trust“, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 2020, 734–737, 734–735 m. w. N.

<sup>20</sup> Ausführlich zum Begriff des *title* siehe unten II.1.a).

<sup>21</sup> Zum Begriff des *interest* Restatement 1st of Property, § 5 (1936); Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*<sup>4</sup> (2010) 34.

<sup>22</sup> Genau genommen hält der *trustee* also nicht einen bestimmten Gegenstand *in trust*, sondern allein die Berechtigung (*title*) an einem Recht (*interest*); siehe im Zusammenhang mit *trusts* insb. J. E. Penner, *The Law of Trusts*<sup>11</sup> (2019) Rn. 2.32 („So although it is perfectly fine in most contexts to say that a trustee ‘holds property on trust’, what that means is that the trustee holds the *legal title* he has to the trust assets on trust“), und generell G. Battersby / A. D. Preston, *The Concepts of „Property“, „Title“ and „Owner“ Used in the Sale of Goods Act 1893*, (1972), 35 *Modern Law Review* 268–288, 270. Die sog. *trust property* – hier als Trustgegenstand übersetzt – ist also lediglich die Berechtigung (*title*) an einem *interest*. Der Gegenstand selbst (also etwa der Wagen oder das Grundstück), auf den sich dieser *interest* bezieht, ist dagegen nicht die *trust property*, sondern der *subject matter of the trust*; vgl. zu dieser terminologischen Unterscheidung Restatement 3d of Trusts § 2 cmt. c, § 3 cmt. b, *Introductory Note Chapter 8* (2003).

<sup>23</sup> Ein *settlor* kann aber zugleich *trustee* sein. In einem solchen Fall entfällt das Erfordernis einer Vermögensübertragung. Vielmehr muss der *settlor* lediglich erklären, dass er einen ihm gehörenden Gegenstand *in trust* verwalten will. In England wird in einem solchen Fall von einer *declaration of self as trustee* gesprochen, wohingegen in den Vereinigten Staaten von einer *declaration of trust* die Rede ist; hierzu siehe de Barros Fritz, Die Anwendung (Fn. 19) 734 Fn. 6. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird hier der Begriff der *declaration of self as trustee* dazu verwendet, um die *declaration of trust* im Sinne des US-amerikanischen Rechts zu bezeichnen, und der Begriff der *declaration of trust* allein dann benutzt, wenn über die Erklärung des *settlor* gesprochen wird, dass er einen *trust* errichten will.

können und das Dokument, in dem die *declaration of trust* enthalten ist,<sup>24</sup> auch dazu verwendet werden kann, die Voraussetzungen für eine wirksame Vermögensübertragung zu erfüllen, stellen sie zwei unterschiedliche Rechts-handlungen<sup>25</sup> dar. Dies macht sich einerseits dann bemerkbar, wenn die Rechtsfolgen einer unwirksamen *declaration of trust* bzw. einer unwirksamen Vermögensübertragung betrachtet werden, und andererseits dann, wenn die für die jeweilige Rechtshandlung geltenden Formerfordernisse ermittelt werden müssen. So muss etwa bei der Errichtung eines *trust* in Bezug auf einen *fee simple* an einem Grundstück in England die Vermögensübertragung in der Form eines *deed* erfolgen (s. 52(1) Law of Property Act 1925) und eine Eintragung (*registration*) vorgenommen werden (s. 4 Land Registration Act 2002), wohingegen nach s. 53(1)(b) Law of Property Act 1925 die *declaration of trust* entweder durch ein Schreiben, das von einer Person unterzeichnet ist, die imstande ist, den infrage stehenden *trust* zu errichten, oder durch ein Testament einer solchen Person bewiesen werden muss.

Die zur Errichtung eines *trust* erforderliche Vermögensübertragung erfolgt in Common-Law-Rechtssystemen bei einem *inter vivos trust* regelmäßig<sup>26</sup> im Wege eines *gift* (Schenkung) und bei einem *testamentary trust* im Wege eines *devise* oder *legacy*<sup>27</sup> (einer letztwilligen Verfügung), das in einem *will* (Verfügung von Todes wegen) enthalten ist.<sup>28</sup> Gerade auf diese Vermögensübertragung nimmt ErWG 13 Satz 3 (und auch Art. 4 HÜT) Bezug.<sup>29</sup> Deshalb ist im Fall eines *testamentary trust* die von der EuErbVO berufene Rechtsordnung für die Entscheidung zuständig, unter welchen Voraussetzungen und wann der Gegenstand, der auf den *trustee* zu übertragen ist, durch eine in einer Verfügung von Todes wegen enthaltene letztwillige

<sup>24</sup> Das sog. *trust instrument*; vgl. *Alastair Hudson*, *Equity and Trusts*<sup>6</sup> (2010) 78.

<sup>25</sup> *The Scottish Law Commission*, Discussion Paper 133 (2006) Rn. 3.1, spricht in diesem Zusammenhang sogar von zwei Rechtsgeschäften (*juristic acts*).

<sup>26</sup> Zu den anderen Möglichkeiten, eine Vermögensübertragung auf den *trustee* vorzunehmen, siehe *Jill E. Martin*, *Hanbury/Martin: Modern Equity*<sup>18</sup> (2009) Rn. 2-031, 4-008; *Jonathan Garton*, *Moffat's Trusts Law*<sup>6</sup> (2015) 153.

<sup>27</sup> Der Begriff des *devise* wird in Common-Law-Jurisdiktionen in der Regel zur Bezeichnung einer letztwilligen Verfügung verwendet, die *real property* betrifft, wohingegen der Begriff des *legacy* eine letztwillige Verfügung erfasst, die *personal property* zum Gegenstand hat; vgl. hierzu *Roger Kerridge*, *Parry/Clark: The Law of Succession*<sup>13</sup> (2016) Rn. 9-06.

<sup>28</sup> *Restatement 3d of Trusts*, § 16 cmt. a (2003).

<sup>29</sup> Siehe im Zusammenhang mit der EuErbVO *Jonathan Harris*, *The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges*, (2008) 22 *Trust Law International* 181-235, 201-204, und im Zusammenhang mit Art. 4 HÜT *Underhill/Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (Fn. 3) 1372-1373, 1377-1378; *David Hayton*, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition*, (1987) 36 *International & Comparative Law Quarterly* 260-282, 268; *Paul Torremans*, *Cheshire/North/Fawcett: Private International Law*<sup>15</sup> (2017) 1385; *Hein Kötz*, *Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust*, *RabelsZ* 50 (1986) 562-585, 568-569; *Luigi Fumagalli*, *Commento all'art. 4, Le nuove leggi civili commentate* 1993, 1238-1242, 1238-1239; *Akers v. Samba Financial Group*, [2015] 2 *W.L.R.* 1281, 1295; *Sabine Herzog*, *Trusts und schweizerisches Erbrecht* (2016) Rn. 110-130.

Verfügung auf den *trustee* übergeht. Wird etwa das englische Recht als Form- und Errichtungsstatut berufen, so hat es über die formellen und materiellen Voraussetzungen der Verfügung von Todes wegen des Erblassers zu befinden. Ist das englische Recht darüber hinaus auch die *lex successionis*, so ist es ihm überlassen, welche Voraussetzungen die in der Verfügung von Todes wegen des Erblassers enthaltenen letztwilligen Verfügungen erfüllen müssen, um wirksam zu sein. Ferner ist dem englischen Recht als *lex successionis* auch die Entscheidung überlassen, ob der Gegenstand unverzüglich nach dem Tod des Erblassers auf den *trustee* übergeht oder ob der Gegenstand zuerst dem *personal representative*<sup>30</sup> zustehen soll, der dann mittels eines *assent* den Gegenstand für den *trustee* freigibt.<sup>31</sup> Die *lex successionis* entscheidet auch (was ErwG 13 Satz 3 für die EuErbVO ebenfalls klarstellt, was aber ebenso im Zusammenhang mit Art. 4 HÜT gilt) über die Person des Berechtigten,<sup>32</sup> also vor allem darüber, ob der *trustee* eines *testamentary trust*, auf den der infrage stehende Gegenstand im Wege einer letztwilligen Verfügung übertragen werden soll, diesen als Erbe oder Vermächtnisnehmer erhält. Ausweislich des Art. 23 Abs. 2 lit. g EuErbVO fällt unter die *lex successionis* auch die eng mit der Person des Berechtigten verbundene Frage nach seiner Haftung für Nachlassverbindlichkeiten.<sup>33</sup> Schließlich richtet sich nach der *lex successionis* die Frage, ob die Pflichtteilsberechtigten im Wege einer Herabsetzungsklage (beispielsweise nach italienischem Recht)<sup>34</sup> die Schenkung oder letztwillige Anordnung des Erblassers zugunsten des *trustee* eines *inter vivos trust* oder eines *testamentary trust* beseitigen können mit der Folge, dass kein Vermögensübergang auf den *trustee* stattfindet und somit kein *inter vivos*

<sup>30</sup> Dieser stellt keinen *trustee* dar; siehe unten Fn. 41.

<sup>31</sup> Der *assent* des englischen Rechts sollte ebenfalls der *lex successionis* unterliegen (a. A. Jan Peter Schmidt, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht (2016) Art. 23 EuErbVO Rn. 73). Denn ein *assent* bewirkt lediglich, dass die letztwillige Verfügung des Erblassers ihre Wirkungen entfalten kann. Der durch eine letztwillige Verfügung Begünstigte erwirbt also die ihm überlassenen Vermögenswerte *nicht* aufgrund des *assent* selbst, sondern allein aufgrund der letztwilligen Verfügung des Erblassers; siehe zu dieser Wirkung des *assent* John Ross Martyn / Nicholas Caddick, Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate<sup>20</sup> (2013) Rn. 81-04, 81-10; vgl. auch Cheshire/North/Fawcett: Private International Law (Fn. 29) 1333 („The personal representative usually exercises his power to collect assets and to clear debts, pursuant to the law of administration, before distributing assets to the beneficiaries under the law of succession“).

<sup>32</sup> Zum Begriff des „Berechtigten“ vgl. ErwG 47.

<sup>33</sup> Dies spielt vor allem dann eine Rolle, wenn der *trustee* als Erbe eingesetzt wird und die als Erbstatut berufene Rechtsordnung eine persönliche Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten vorsieht; hierzu aus der Sicht des schweizerischen Rechts Herzog, Trusts und schweizerisches Erbrecht (Fn. 29) Rn. 375–379.

<sup>34</sup> Im italienischen Recht bewirkt die *azione di riduzione* die *inefficacia relativa* der herabgesetzten letztwilligen Verfügung bzw. der herabgesetzten Schenkung; siehe Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup> (1966) 263–264; Luigi Mengoni, *Successione necessaria* (1967) 267. Die *inefficacia relativa* führt dazu, dass die Wirkungen des betroffenen Rechtsgeschäfts im Verhältnis zur Person, die sie geltend macht, beseitigt werden; hierzu Vincenzo Roppo, *Il contratto*<sup>2</sup> (2011) 688–693.

*trust* bzw. *testamentary trust* entsteht.<sup>35</sup> Sobald aber der Vorgang der Vermögensübertragung auf den *trustee* abgeschlossen ist, greift wieder die Bereichsausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO, sodass die EuErbVO nicht mehr zur Anwendung kommt.<sup>36</sup> Dies wird auch durch Art. 23 Abs. 2 lit. e und Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO bestätigt, die allein den *Übergang* der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte dem Erbstatut unterwerfen und die Art der dinglichen Rechte (also das *Ergebnis* des erbrechtlichen Übertragungsaktes) der Regelungsbefugnis der EuErbVO entziehen. Die Grenzziehung im Rahmen des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO kann somit dadurch plastisch zum Ausdruck gebracht werden, dass dem *trustee* ein Gegenstand zuerst überhaupt gehören muss, damit sich der *trust* daran „festhalten“ und dadurch die Anwendbarkeit des Truststatuts auslösen kann.<sup>37</sup>

#### b) Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO und *statutory trusts*

Neben dem *express trust* existieren die Typen des *constructive*, des *resulting* und des *statutory trust*.<sup>38</sup> Im Zusammenhang mit der EuErbVO wird insbesondere diskutiert, inwiefern das von dieser Verordnung berufene Erbrecht auch die *statutory trusts* regelt. Dabei handelt es sich um *trusts*, die von Gesetzes wegen entstehen.<sup>39</sup> Schon ErWG 13 Satz 3, der *statutory trusts* ausdrücklich erwähnt, zeigt, dass sie von der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO erfasst werden. Zu beachten ist aber, dass nicht sämtliche gesetzlichen Bestimmungen, die von einem *trust* sprechen, auch zur Entstehung eines „wahren“ *trust* führen, der von der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO erfasst wird. Dies gilt insbesondere für s. 33(1) Administration of Estates Act 1925, der zwar von einem *trust* spricht,<sup>40</sup> der aber eigent-

<sup>35</sup> Vgl. zu einer ähnlichen Argumentation im Zusammenhang mit dem HÜT *Hayton*, The Hague Convention (Fn. 29) 268; *Cheshire/North/Fawcett: Private International Law* (Fn. 29) 1385; *Harris*, The Proposed EU Regulation (Fn. 29) 203–204. Richtet sich dagegen der Rechtsbehelf der Pflichtteilsberechtigten (wie im Grundsatz bei Anwendung deutschen Erbrechts) nicht gegen den Empfänger der Zuwendung des Erblassers, sondern gegen den Erben, sodass die Zuwendung des Erblassers unberührt bleibt, kann zwar die Zuständigkeit der *lex successionis* nicht mit der gerade verwendeten Argumentation begründet werden. Sie ergibt sich aber aus Art. 23 Abs. 2 lit. h, i EuErbVO; so auch bezüglich Art. 4 HÜT *Underhill/Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (Fn. 3) 1384.

<sup>36</sup> Siehe die zutreffende Formulierung in *Akers v. Samba Financial Group* (Fn. 29) 1281, 1295, in Bezug auf Art. 4 HÜT („the line is to be drawn once the assets have been transferred to the trustee“).

<sup>37</sup> Vgl. auch *Underhill/Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (Fn. 3) 1373 („Another image is that a trust must ‘bite’ on property owned by the trustee so that some law other than the trust law has to determine whether the relevant property has been validly transferred into the trustee’s ownership“).

<sup>38</sup> *Underhill/Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (Fn. 3) 85–92; *John G. Riddall, The Law of Trusts*<sup>5</sup> (1996) 10.

<sup>39</sup> *Underhill/Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (Fn. 3) 85; *Austin W. Scott / William F. Fratcher, The Law of Trusts*<sup>1</sup> (1987) § 17.5.

<sup>40</sup> Nach s. 33(1) Administration of Estates Act 1925 soll der gesamte Nachlass bei Eintritt

lich keinen *statutory trust* anordnet.<sup>41</sup> Handelt es sich jedoch um einen „wahren“ *statutory trust*, der unter Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO fällt,<sup>42</sup> so gilt auch für ihn, dass der Übergang der Vermögenswerte und die Bestimmung der Berechtigten nicht zu den Fragen zählen, welche seine „Errichtung“, „Funktionsweise“ oder „Auflösung“ betreffen. Auch *statutory trusts* richten sich deshalb insoweit nach der *lex successionis* (vgl. ErWG 13 Satz 3). Indem der Übergang der Vermögenswerte auf den *trustee* bei *statutory trusts* kraft Gesetzes erfolgt, muss die gesetzliche Vorschrift, die einen *statutory trust* vorsieht, Bestandteil der *lex successionis* sein, um überhaupt einen *statutory trust* anordnen zu können, da sie anderenfalls nicht anwendbar ist.<sup>43</sup> Ist dies nicht der Fall, so entsteht auch kein *statutory trust*. Ist allerdings die gesetzliche Vorschrift von der *lex successionis* berufen und ordnet sie einen *statutory trust* an, so bleibt noch die Entstehung eines *statutory trust* möglich. Zu beachten ist aber, dass die weiteren Fragen, die sich im Zusammenhang mit diesem *trust* stellen, nach Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO nicht mehr in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen. In Bezug auf *statutory trusts* gilt also im Ergebnis nichts anderes als für *express trusts*.

## 2. Veranschaulichung der entwickelten allgemeinen Grundsätze anhand eines Beispielsfalls

Abschließend sollen die gerade herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätze zum Anwendungsbereich der EuErbVO anhand eines Beispielsfalls dargestellt werden. Bei der Lösung dieses Beispielsfalls soll auch gezeigt werden, dass die (vor allem in der Schweiz im Zusammenhang mit Art. 4 HÜT heftig diskutierte)<sup>44</sup> Frage, ob das Erbstatut auch für die erbrechtliche Zulässigkeit der Errichtung eines *testamentary trust* gilt, sich nach dem hier vertretenen Verständnis des Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO erübrigt.

Beispielsfall:<sup>45</sup> Erblasser E, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in England hat, ordnet in seinem Testament einen *testamentary trust* an einem sich in England befindenden Grundstück an, der von B (einer englischen *trust company* mit Haupt-

---

des Erbfalls vom *personal representative* des Erblassers *in trust* mit einem Recht zum Verkauf (*power to sell*) gehalten werden.

<sup>41</sup> Hierzu Dutta / Weber / J. P. Schmidt (Fn. 31) Art. 1 EuErbVO Rn. 111; vgl. auch Martyn / Caddick, Williams, Mortimer (Fn. 31) Rn. 81-02; Lionel D. Smith, *Scottish Trusts in the Common Law*, (2013) 17 *Edinburgh Law Review* 283–313, 300–303.

<sup>42</sup> Wie bei s. 46(1) *Administration of Estates Act 1925*.

<sup>43</sup> So im Ergebnis auch Harris, *The Proposed EU Regulation* (Fn. 29) 204.

<sup>44</sup> Siehe Herzog, *Trusts und schweizerisches Erbrecht* (Fn. 29) Rn. 207–217; Paul Eitel / Silvia Brauchli, *Trusts im Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts, successio 2012*, 116–153, 123–129; Thomas M. Mayer, *Trusts und schweizerisches Erbrecht, successio 2017*, 159–173, 162–163.

<sup>45</sup> Angelehnt an Anatol Dutta, in: *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>8</sup> (2020) Art. 23 EuErbVO Rn. 14.

verwaltung in London) als *trustee* zugunsten des C als *beneficiary* verwaltet werden soll. Nach der Testamentserrichtung verlegt E seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach Deutschland, wo er auch verstirbt.

a) Verstoß gegen den Grundsatz des *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungen?

Im Beispielsfall kommt über Art. 21 Abs. 1 EuErbVO deutsches Erbrecht zur Anwendung, da E zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland ansässig war. Unterstellt man die erbrechtliche Zulässigkeit eines *testamentary trust* der *lex successionis*, so ließe sich argumentieren, dass der *testamentary trust* des E unzulässig ist, weil das deutsche Erbrecht einen *numerus clausus* letztwilliger Verfügungen vorsieht, zu denen (da das deutsche Sachrecht die Rechtsfigur des *trust* nicht kennt) der *testamentary trust* nicht zählt.<sup>46</sup> Es wurde indes bereits oben festgestellt, dass ein *trust* eine wirksame Vermögensübertragung erfordert und dass sie sich im Fall eines *testamentary trust* nach dem Erbstatut richtet. Ist das deutsche Sachrecht Erbstatut, so erfolgt diese Vermögensübertragung dadurch, dass der *trustee*<sup>47</sup> als Erbe oder Vermächtnisnehmer durch eine letztwillige Verfügung *in der Form einer Erbeinsetzung oder eines Vermächtnisses* bedacht wird.<sup>48</sup> Die Erbeinsetzung und das Vermächtnis sind

<sup>46</sup> So MüKo BGB / Dutta (Fn. 45) Art. 23 EuErbVO Rn. 14; hierzu tendiert auch Dutta / Weber / J. P. Schmidt (Fn. 31) Art. 1 EuErbVO Rn. 115–116; a. A. aber anscheinend Bonomi / Wautelet / Bonomi (Fn. 14) Art. 1 Rn. 91. Bei dem im deutschen Recht allgemein anerkannten Grundsatz des *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungen geht es im Wesentlichen darum, dass nur die gesetzlich vorgesehenen letztwilligen Verfügungen Inhalt einer Verfügung von Todes wegen sein können; siehe hierzu allgemein Theodor Kipp / Helmut Coing, Erbrecht<sup>44</sup> (1990) § 20; Robert Sieghörtner, Grundlagen der gewillkürten Erbfolge, in: Hausmann / Hohloch, Handbuch des Erbrechts<sup>2</sup> (2010) Kap. 5 Rn. 83–87.

<sup>47</sup> Unabhängig davon, ob man den *beneficial interest* des *beneficiary* als ein *right in rem* oder in *personam* einordnen will, ist es in Common-Law-Jurisdiktionen inzwischen unumstritten, dass der *trustee* der alleinige Inhaber des *in trust* gehaltenen *interest* ist und dass der *beneficiary* lediglich dazu berechtigt ist, den *trustee* dazu zu zwingen, seine Rechte zugunsten des *beneficiary* auszuüben; vgl. Frederic William Maitland, Equity: A Course of Lectures<sup>2</sup> (1936) 17; DKL Holding Co (No 2) Pty Ltd v. Commissioner of Stamp Duties [1980] 1 NSWLR 510, 519; Re Transphere Pty Ltd (1986) 5 NSWLR 309, 311; Paul Matthews, From Obligation to Property, and Back Again? – The Future of the Non-Charitable Purpose Trust, in: Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds, hrsg. von David J. Hayton (2002) 203–241, 206; J. E. Penner, The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust, 27 Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 473–500, 475 (2014); vgl. auch Gerrit Merkel, Die Qualifikation des englischen Trusts im deutschen internationalen Privatrecht (2020) 100–104. Deshalb liegt es auch nahe, ihn und nicht den *beneficiary* als Berechtigten der vom Erblasser gemachten letztwilligen Verfügung anzusehen; siehe insb. Uniform Probate Code Sec. 1-201(11), wonach der *trustee* und nicht der *beneficiary* als *devisee* angesehen werden soll; vgl. auch Restatement 3d of Trusts, § 10 Illustration 1 (2003); a. A. aber etwa OLG Frankfurt 22.9.1965 – 7 U 222/64, IPRspr. 1966/67 Nr. 168a), 530, 535–536.

<sup>48</sup> Siehe in Bezug auf das schweizerische Erbrecht Herzog, Trusts und schweizerisches Erbrecht (Fn. 29) Rn. 365–388; Dominique Jakob / Peter Picht, Das Haager Trust-Übereinkommen und seine Geltungseinschränkungen – ein Fass der Danaiden?, in: FS Ivo Schwander (2011)

aber letztwillige Verfügungen, die im deutschen Recht vorgesehen und dementsprechend auch zulässig sind. Deshalb scheidet jedenfalls insoweit die Annahme eines Verstoßes gegen den Grundsatz des *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungen aus.<sup>49</sup>

Genauso wie der sachenrechtliche *numerus clausus*<sup>50</sup> besagt aber der Grundsatz des *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungen im deutschen Recht nicht nur, dass der Erblasser ausschließlich die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Arten der letztwilligen Verfügungen in Anspruch nehmen darf (Typenzwang), sondern auch, dass er den Inhalt der gesetzlich vorgesehenen letztwilligen Verfügungen jedenfalls nicht wesentlich verändern darf (Typenfixierung).<sup>51</sup> In Bezug auf *testamentary trusts* könnte man deshalb argumentieren, dass der *settlor* sich zwar einer zulässigen *Art* der letztwilligen Verfügung bedient, er indes durch die Errichtung eines *testamentary trust* eine auf längere Zeit angelegte (postmortale) Verwaltung seines Nachlasses durch den *trustee* herbeiführt, die im deutschen Erbrecht eigentlich nur durch eine Testamentsvollstreckung oder eine Vor- und Nacherbschaft erreicht werden kann, nicht aber mit einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtnis. Mit anderen Worten: Man könnte argumentieren, dass der *Inhalt* der von E getroffenen letztwilligen Verfügung von dem im deutschen Recht festgelegten Inhalt letztwilliger Verfügungen abweicht und somit den erbrechtlichen *numerus clausus* verletzt.

Eine solche Argumentation verwischt aber zwei Ebenen der Falllösung. Denn der *settlor* eines *testamentary trust* benutzt zur Errichtung seines *trust* eine Erbeinsetzung bzw. ein Vermächtnis *mit dem vom Gesetz vorgesehenen Inhalt*. Der *trustee* wird also bei einer Erbeinsetzung den Nachlass des *settlor* nach § 1922 Abs. 1 BGB in derselben Weise erben wie jeder andere Erbe, der im Sinne des deutschen Rechts als Erbe eingesetzt wird, und er wird bei einem Vermächtnis den Nachlass des *settlor* in derselben Weise erhalten wie jeder andere Vermächtnisnehmer, der im Sinne des deutschen Rechts als Vermächtnisnehmer eingesetzt wird.<sup>52</sup> Deshalb entspricht nur *das Ergebnis*

---

543–562, 545; Thomas M. Mayer, in: Zürcher Kommentar zum IPRG<sup>3</sup> (2018) Art. 149c IPRG R.n. 128; Claudio Weingart, Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen (2010) R.n. 191 Fn. 325; Dominique Jakob / Peter Picht, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung – Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, Aktuelle Juristische Praxis 2010, 855–886, 879.

<sup>49</sup> So ähnlich in Bezug auf Art. 4 HÜT Herzog, Trusts und schweizerisches Erbrecht (Fn. 29) R.n. 215–217.

<sup>50</sup> Christian Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2018) Einl. SachenR R.n. 94.

<sup>51</sup> Diese doppelte Ausprägung des Grundsatzes des *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungen liegt den Ausführungen der folgenden Autoren zugrunde, obwohl sie nicht explizit von einer Typenfixierung sprechen: Sieghörtner, Grundlagen (Fn. 46) Kap. 5 R.n. 85; Reinhard Kössinger / Damian Wolfgang Najdecki, Sonstige Schranken der Gestaltungsfreiheit, in: Nieder / Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung<sup>6</sup> (2020) § 3 R.n. 34; Gerhard Otte, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2017) Vorb. zu §§ 1937–1941 R.n. 15.

<sup>52</sup> Er wird also zunächst lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben erhalten.

des erbrechtlichen Übertragungsvorganges (die Entstehung eines *trust*) nicht dem, was im deutschen Recht vorgesehen ist. Das Ergebnis des erbrechtlichen Übertragungsvorganges unterliegt aber nicht mehr der EuErbVO,<sup>53</sup> sodass es für sich genommen auch keinen Verstoß gegen den erbrechtlichen *numerus clausus* begründen kann.

Gegen einen Verstoß lässt sich darüber hinaus auch ein Vergleich mit der Fallgestaltung anführen, in der der Erblasser ein Nießbrauchsvermächtnis nach § 1089 BGB verwendet, um faktisch die Wirkungen einer Vor- und Nacherbschaft zu erzielen. Denn auch in einem solchen Fall werden ein Rechtsinstitut des Erbrechts (Vermächtnis) und ein Rechtsinstitut des Sachenrechts (Nießbrauch) in einer Weise miteinander kombiniert, dass sie vom wirtschaftlichen Ergebnis her dieselben Wirkungen erzeugen wie ein anderes erbrechtliches Rechtsinstitut, nämlich das Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbschaft.<sup>54</sup> Niemand würde aber in einem solchen Fall behaupten, dass dadurch der erbrechtliche *numerus clausus* verletzt werde. Nichts anderes darf indessen dann gelten, wenn der Erblasser nicht nur inländische Rechtsinstitute des Erb- und Sachenrechts miteinander kombiniert, sondern (wie hier) ein inländisches und ein ausländisches Rechtsinstitut.

Eine Verletzung des Grundsatzes des *numerus clausus* letztwilliger Verfügungen ist somit im Ergebnis zu verneinen. Die Errichtung des *testamentary trust* des E kann deshalb selbst dann nicht am *numerus clausus* der letztwilligen Verfügungen nach deutschem Recht scheitern, wenn man davon ausgeht, dass die *lex successionis* für die Frage nach der erbrechtlichen Zulässigkeit eines *testamentary trust* zuständig ist.

In Bezug auf die von E getroffene letztwillige Verfügung ist noch anzumerken, dass es (jedenfalls wegen § 2087 Abs. 2 BGB, der Teil des hier als *lex successionis* berufenen deutschen Erbrechts ist) naheliegt, ein Vermächtnis zugunsten der B anzunehmen, da der *testamentary trust* nur an einem einzelnen Gegenstand (dem Grundstück) errichtet wurde. Beschwerft mit diesem Vermächtnis ist der Erbe des E, der im vorliegenden Fall *nicht* der *beneficiary* von dessen *trust* ist,<sup>55</sup> sondern dessen gesetzlicher Erbe, falls E in der Tat in seinem Testament nur über sein Grundstück verfügte.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Siehe oben I.1.a)(2).

<sup>54</sup> Hierzu *Claus-Henrik Horn*, Abgrenzungsfälle bei der Vor- und Nacherbfolge und bei Nießbrauch, in: ders./Kroiß, Testamentsauslegung<sup>2</sup> (2019) § 12 R.n. 23; *Martin Avenarius*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2019) § 2100 BGB R.n. 17.

<sup>55</sup> Siehe oben Fn. 47.

<sup>56</sup> Der gesetzliche Erbe des E wäre auch derjenige, der das Vermächtnis zugunsten der B vollziehen müsste, um (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen zur Errichtung eines *trust*; siehe sogleich) den *trust* zur Entstehung zu bringen. Dieser Übertragungsakt stellt einen Übertragungsakt unter Lebenden dar, der nicht mehr von der EuErbVO erfasst wird, sondern von der für das dingliche Rechtsgeschäft maßgebenden Rechtsordnung; vgl. hierzu generell Dutta/Weber/J. P. Schmidt (Fn. 31) Art. 1 EuErbVO R.n. 131–133.

b) Die Bedeutung des Sachenrechtsstatuts bei der Errichtung eines *testamentary trust*

Für die weiteren im Zusammenhang mit der Errichtung des *testamentary trust* des E stehenden Fragen ist die EuErbVO nach ihrem Art. 1 Abs. 2 lit. j nicht mehr anwendbar, sodass insoweit das autonome deutsche Kollisionsrecht maßgeblich ist. Demnach werden *testamentary trusts* mehrheitlich dem Erbstatut zugeordnet,<sup>57</sup> sodass nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO, der über Art. 25 EGBGB n. F. berufen wird, auch insoweit das deutsche Sachrecht anwendbar wäre. Da das deutsche Sachrecht das Rechtsinstitut des *trust* nicht kennt, könnte man erwägen, den *testamentary trust* des E (bzw. genauer: die *interests* des *trustee* und des *beneficiary*)<sup>58</sup> aufgrund eines Verstoßes gegen den *sachenrechtlichen numerus clausus* für unwirksam zu erklären.

Zu beachten ist aber, dass es allein dem Sachenrechtsstatut überlassen ist, darüber zu bestimmen, welche dinglichen Rechte zulässig sind.<sup>59</sup> Dies bedeutet nicht nur, dass das Sachenrechtsstatut ein bloßes „Vetorecht“ gegenüber dem Erbstatut besitzt<sup>60</sup> oder (was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft) dass es erst in einem zweiten Schritt der kollisionsrechtlichen Falllösung eingeschaltet und danach befragt wird, ob es „in seinen wesentlichen Grundsätzen“ berührt ist.<sup>61</sup> Vielmehr befindet das Sachenrechtsstatut ausschließlich über die gerade genannte Fragestellung. Mit anderen Worten: Diese Frage wird sachenrechtlich und nicht erbrechtlich *qualifiziert*.<sup>62</sup> Für

<sup>57</sup> Siehe *Peter Czermak*, Der express trust im internationalen Privatrecht (1986) 120–139; *Heinrich Dörner*, Der Trust im deutschen Internationalen Privatrecht, in: *Le trust en droit international privé*, hrsg. vom Institut suisse de droit comparé (2005) 73–91, 80; *Heinz-Peter Mansel*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB* (2015) Art. 43 EGBGB R.n. 254–255, 553.

<sup>58</sup> Vgl. *John Henry Merryman*, Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson), 48 *Tulane Law Review* (Tul.L.Rev.) 916–945, 941–942 (1973/74) („Since the *interests* of the parties to the trust are not included in the list of permitted interests, they receive no legal recognition“) (Hervorh. durch den Verf.).

<sup>59</sup> Zum deutschen internationalen Privatrecht vgl. *Czermak*, Der express trust (Fn. 57) 137–138; *Murad Ferid / Gerhard Kegel / Konrad Zweigert*, Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht 1977 (1979) Nr. 33 (Köln) 334; *Heinrich Dörner*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB* (2007) Art. 25 EGBGB R.n. 47–48, 286; *Gerhard Kegel*, in: *Soergel, BGB*<sup>11</sup> (1983) Vor. Art. 7 EGBGB R.n. 564; zur EuErbVO siehe *Anatol Dutta*, Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation, *RabelsZ* 73 (2009) 547–606, 557; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments (Fn. 8) 642 R.n. 202; *Dennis Solomon*, The Boundaries of the Law Applicable to Succession, *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici* 2016, 193–220, 215–216.

<sup>60</sup> So aber *Merkel*, Die Qualifikation (Fn. 47) 130.

<sup>61</sup> So zum deutschen Kollisionsrecht *J. P. Schmidt*, Die kollisionsrechtliche Behandlung (Fn. 18) 14–15; *ders.*, Ausländische Vindikationslegatäre über im Inland belegene Immobilien – zur Bedeutung des Art. 1 Abs. 2 lit. 1 EuErbVO, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* (ZEV) 2014, 133–139, 133–134.

<sup>62</sup> Bereits *George Melchior*, Die Selbstbeschränkung des deutschen internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 3 (1929) 733–751, 749, wies zutreffend darauf hin, dass die Abgrenzung zwischen Gesamt- und Einzelstatut ein Qualifikationsproblem darstellt; so offensichtlich auch *Soergel / Kegel* (Fn. 59) Vor. Art. 7 EGBGB R.n. 564 (der hervorhebt, dass hinter dem Satz

eine solche Qualifikation zugunsten des Sachenrechtsstatuts sprechen auch gute Gründe, da dem Erbstatut (insbesondere wegen der Interessen der Nachlassgläubiger) nur im Hinblick auf den Übergang der im Nachlass befindlichen Vermögenswerte ein Regelungsinteresse zukommen kann. In Bezug auf die Art und den genauen Inhalt des im Zuge des erbrechtlichen Übertragungsvorganges entstehenden dinglichen Rechts verfolgt es dagegen kein nennenswertes Interesse mehr. Stattdessen sind ab diesem Zeitpunkt die Interessen des Rechtsverkehrs berührt: Dritte müssen nämlich ab diesem Zeitpunkt auf ein im Zusammenhang mit dem erbrechtlichen Übertragungsvorgang entstandenes dingliches Recht Rücksicht nehmen, und Erwerbende steht es dann offen, dieses Recht zu erwerben. *Deren* Interessen müssen deshalb bei der Frage berücksichtigt werden, welche Rechtsordnung über Art und Inhalt der infolge eines erbrechtlichen Übertragungsvorganges entstehenden dinglichen Rechte befindet. Dies erfolgt am besten dadurch, dass man der Rechtsordnung des Ortes der Belegenheit der Sache und damit der Rechtsordnung des Ortes, an dem der Rechtsverkehr erfahrungsgemäß eher mit den dieser Sache anhaftenden dinglichen Rechten in Kontakt tritt, die Entscheidung überlässt, welche dinglichen Rechte hieran existieren können.<sup>63</sup> Die Alternative, diese Entscheidung dem Erbstatut (also der Rechtsordnung des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers oder derjenigen seiner Staatsangehörigkeit) zu überlassen, würde dagegen dem Rechtsverkehr abträglich sein, da sie es ihm erschweren würde, sich einen (schnellen und zuverlässigen) Überblick über die existierenden dinglichen Rechte zu verschaffen. Die Frage nach einem etwaigen Verstoß des *testamentary trust* des E gegen den *numerus clausus* des Sachenrechts richtet sich mithin allein nach der durch Art. 43 Abs. 1 EGBGB berufenen Rechtsordnung.

Das deutsche internationale Sachenrecht beruft in Art. 43 Abs. 1 EGBGB im Wege der IPR-Verweisung<sup>64</sup> das Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet. Dies ist hier England. Da das englische Kollisionsrecht für *immovables* ebenfalls an den Belegenheitsort anknüpft,<sup>65</sup> ist das englische Recht zur Beantwortung der Frage berufen, ob der *testamentary trust* des E gegen den sachenrechtlichen *numerus clausus* verstößt. Das englische Recht kennt die Rechtsfigur des *trust* (bzw. die *interests* des *trustee* und des *beneficiary*), sodass

---

„Das Gesamtstatut lebt von der Anerkennung der Einzelstatuten“ eigentlich ein Qualifikationsproblem stehe), und *Dutta*, *Succession* (Fn. 59) 556 („However, frictions between the applicable succession law and the *lex rei sitae* can easily be avoided without a dualistic system by clearly *delineating* the scope of the relevant conflict rules“).

<sup>63</sup> Für eine ähnliche Argumentation siehe *Solomon*, *The Boundaries* (Fn. 59) 215–216.

<sup>64</sup> Staudinger / *Mansel* (Fn. 57) Art. 43 EGBGB Rn. 1146.

<sup>65</sup> *Cheshire / North / Fawcett: Private International Law* (Fn. 29) 1255–1256. Hier soll davon ausgegangen werden, dass das englische Kollisionsrecht Fragen nach Art und Umfang der dinglichen Rechte, die im Wege der Erbfolge begründet werden, ebenfalls als sachenrechtliche qualifiziert, sodass kein *renvoi* kraft abweichender Qualifikation stattfindet; hierzu siehe etwa *Jan von Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup> (2020) Art. 4 EGBGB Rn. 81–86.

ein Verstoß gegen den sachenrechtlichen *numerus clausus* im vorliegenden Fall verneint werden muss.

c) Vorliegen einer wirksamen *declaration of trust*

Es stellt sich abschließend die Frage, ob die *declaration of trust* des E wirksam ist. Denn es wurde bereits dargelegt, dass die Errichtung eines *express trust* nicht nur eine wirksame Vermögensübertragung auf den *trustee* voraussetzt, sondern auch eine wirksame *declaration of trust*.<sup>66</sup> Da das englische Recht als Sachenrechtsstatut berufen ist, ließe sich vertreten, dass es auch für die Bestimmung des Vorliegens einer wirksamen *declaration of trust* zuständig ist. Demnach unterläge die *declaration of trust* des E allein dem englischen Recht. Für diese Lösung könnte man anführen, dass gerade festgestellt wurde, dass es allein dem Sachenrechtsstatut zusteht, darüber zu entscheiden, welche dinglichen Rechte zulässig sind. Ein *testamentary trust* wird deshalb nur dann wirksam an Sachen entstehen können, wenn das Sachenrechtsstatut einen solchen zulässt. Hängt also die Entstehung eines *testamentary trust* an Sachen maßgebend vom Sachenrechtsstatut ab, so könnte man argumentieren, dass auch ihm zu erlauben ist, über die Wirksamkeit einer *declaration of trust* zu befinden. Dagegen spricht indes, dass eine solche Anknüpfung dem *settlor* die Errichtung seines *trust* über Gebühr erschweren würde. Denn bezieht sich sein *trust* auf mehrere Sachen, die sich in unterschiedlichen Rechtsordnungen befinden, so müsste er zur Errichtung seines *trust* die Voraussetzungen einer Mehrzahl von Rechtsordnungen selbst dann erfüllen, wenn alle als Sachenrechtsstatut berufenen Rechtsordnungen *trusts* erlauben und deshalb keine grundsätzlichen Einwände gegen die Errichtung eines *trust* haben.<sup>67</sup> Die Frage nach dem Vorliegen einer wirksamen *declaration of trust* sollte somit nicht dem jeweiligen Sachenrechtsstatut überlassen werden. Stattdessen sollte man sich bemühen, diese Frage einer einzigen Rechtsordnung zu unterwerfen, die dann als Truststatut berufen wird.

<sup>66</sup> Siehe oben I.1.a). Eine *declaration of trust* muss insb. nach dem Grundsatz der *three certainties* hinreichend bestimmt sein (zu Letzterem siehe *Hudson, Equity and Trusts* (Fn. 24) 77–149; dazu, dass sich dieses Erfordernis auf die *declaration of trust* bezieht, vgl. vor allem *David Hayton / Charles Mitchell, Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*<sup>12</sup> (2005) 2–13).

<sup>67</sup> Die Voraussetzungen zur Errichtung eines *trust* können bei Rechtsordnungen, die diese Rechtsfigur kennen, auch durchaus unterschiedlich sein. So gehen etwa die meisten US-amerikanischen Gerichte davon aus, dass der *beneficiary* eines *trust* auch dann hinreichend bestimmt ist, wenn dem *trustee* ein *power of appointment* gewährt wird. Der Louisiana Trust Code verbietet dagegen ein derartiges *power of appointment*; siehe *Edward E. Chase, Jr., Louisiana Civil Law Treatise: Trusts*<sup>2</sup> (2019) § 6:3. Uneinigkeit innerhalb der Vereinigten Staaten scheint auch bezüglich der Frage zu bestehen, ob und inwiefern ein *trust* zugunsten eines Tieres errichtet werden kann; vgl. *Stewart E. Sterk / Melanie B. Leslie, Estates and Trusts*<sup>3</sup> (2015) 495–497. Darüber hinaus scheinen die Anforderungen, die an die Bestimmtheit eines *discretionary trust* gestellt werden, in England wegen des *is or is not test* höher zu sein als in den Vereinigten Staaten; zum *is or is not test* siehe bspw. *Hudson, Equity and Trusts* (Fn. 24) 125–131.

Es wurde oben erwähnt, dass *testamentary trusts* im deutschen Kollisionsrecht mehrheitlich erbrechtlich qualifiziert werden.<sup>68</sup> Truststatut ist demnach also das Erbstatut, sodass die über Art. 25 EGBGB n.F. berufene Rechtsordnung auch zur Behandlung der Frage nach der Wirksamkeit einer *declaration of trust* zuständig wäre. Dies wäre hier das deutsche Sachrecht. Da es keine *trusts* kennt, würde eine erbrechtliche Qualifikation zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass der *trust* des E nicht wirksam wäre, wengleich sowohl das über die EuErbVO berufene Recht bezüglich der Übertragung des Grundstücks auf den *trustee* im Wege der Erbfolge des E als auch das als Sachenrechtsstatut berufene englische Recht bezüglich der Entstehung des *trust* des E keine Einwände haben. Der *trust* des E sollte deshalb nicht dem Erbstatut unterstellt werden. Dafür spricht auch, dass sich die Grundstruktur eines *testamentary trust* auf der Ebene des Sachrechts größtenteils mit derjenigen eines *inter vivos trust* deckt<sup>69</sup> und diesem Umstand grundsätzlich auch kollisionsrechtlich Rechnung getragen wird, wie die EuErbVO<sup>70</sup> und das HÜT<sup>71</sup> zeigen. Es erscheint deshalb angebracht, auch im Rahmen des deutschen Kollisionsrechts beide gleich zu behandeln und nach denselben Kollisionsnormen anzuknüpfen.<sup>72</sup> Da *inter vivos trusts* innerhalb des deutschen Kollisionsrechts nicht erbrechtlich qualifiziert werden können, muss auch eine erbrechtliche Qualifikation der *testamentary trusts* ausscheiden.<sup>73</sup>

Das Trustrecht ist auf der Ebene des Sachrechts dadurch gekennzeichnet, dass man so weit wie möglich dem Willen des *settlor* zur Geltung verhilft.<sup>74</sup> Der *settlor* eines *express trust* (und zwar sowohl eines *inter vivos trust* als auch eines *testamentary trust*) hat also die nahezu uneingeschränkte Freiheit, seinen *trust* nach Belieben zu gestalten. Diese Besonderheit des Trustrechts auf der Ebene des Sachrechts sollte auch auf der kollisionsrechtlichen Ebene berücksichtigt werden.<sup>75</sup> *Express trusts* sind innerhalb des deutschen Kollisionsrechts mithin Kollisionsnormen zu unterstellen, die dem *settlor* Rechtswahlfreiheit

<sup>68</sup> Siehe oben I.2.b).

<sup>69</sup> Dies hebt *Merkel*, Die Qualifikation (Fn. 47) 146, zutreffend hervor.

<sup>70</sup> Dazu, dass Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO sowohl für *inter vivos trusts* als auch für *testamentary trusts* gilt, siehe oben I.1.a)(1).

<sup>71</sup> Zum HÜT siehe oben Fn. 10.

<sup>72</sup> So auch *Merkel*, Die Qualifikation (Fn. 47) 146–149; siehe auch *Ernst Rabel*, Conflict of Laws: A Comparative Study, Bd. IV (1958) 456–457.

<sup>73</sup> Dies führt auch *nicht* dazu, dass die Rechte der Pflichtteilsberechtigten gefährdet werden; hierzu *Merkel*, Die Qualifikation (Fn. 47) 148–149.

<sup>74</sup> *Eugene F. Scoles*, Choice of Law in Trusts: Uniform Trust Code, Sections 107 and 403, 67 Missouri Law Review 213–240, 215 (2002); Comment: Choice of Law: The Validity of Trusts of Movables – Intention and Validation, 64 Northwestern University Law Review 388–406, 395 (1969); Uniform Trust Code, Prefatory Note Art. 4; *In re Frank*, 2009-Ohio-1285, 12; 181 Ohio App. 3d 686, 689; 910 N.E.2d 523, 525.

<sup>75</sup> Zur Bedeutung sachrechtlicher Wertungen innerhalb des Qualifikationsvorganges siehe vor allem *Klaus Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht (1981) 98–102.

gewähren.<sup>76</sup> Für eine Rechtswahlfreiheit des *settlor* spricht zudem, dass weltweit eine derartige Tendenz zu verzeichnen ist,<sup>77</sup> sodass dadurch der äußere Entscheidungseinklang gefördert wird.<sup>78</sup> Schließlich ist (und war schon immer) die objektive Anknüpfung einer derart mannigfaltigen Rechtsfigur wie derjenigen des *trust* mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.<sup>79</sup> Die Rechtswahl gibt dem *settlor* mithin die Rechtssicherheit, die ihm bei einer objektiven Anknüpfung oft fehlen würde.<sup>80</sup>

Zur Erreichung dieses Ziels bietet es sich an, *trusts* nach den schuldvertragsrechtlichen Kollisionsnormen anzuknüpfen.<sup>81</sup> Zwar würde teilweise<sup>82</sup> auch über eine gesellschaftsrechtliche<sup>83</sup> bzw. stiftungsrechtliche<sup>84</sup> Qualifika-

<sup>76</sup> Für eine ähnliche Argumentation im Zusammenhang mit der Parteiautonomie siehe *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (2006) § 40 III 2; *Frank Diedrich*, Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I-Verordnung, RIW 2009, 378–385, 379.

<sup>77</sup> Vgl. etwa Art. 6 HÜT, Art. 930 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, Art. 124 Code de droit international privé belge, Art. 3107 Civil Code of Québec. Zum US-amerikanischen Recht siehe *Scotes*, Choice (Fn. 74) 216; Restatement 2d of Conflict of Laws §§ 269–272 (1971). Zum australischen Recht in solchen Fällen, in denen das HÜT wegen des Trusts (Hague Convention) Act 1991 (Cth) s. 7(1) nicht anwendbar ist, siehe *Reid Mortensen / Richard Garnett / Mary Keyes*, Private International Law in Australia<sup>4</sup> (2019) Rn. 19.28.

<sup>78</sup> So auch *Dörner*, Der Trust (Fn. 57) 79; *Merkel*, Die Qualifikation (Fn. 47) 185.

<sup>79</sup> Als Anknüpfungsmomente zur Ermittlung des räumlichen Schwerpunkts eines *trust* kommen etwa der gewöhnliche Aufenthalt des *trustee*, derjenige des *settlor*, der Ort der Trustverwaltung usw. in Betracht.

<sup>80</sup> Zu diesem Aspekt im Zusammenhang mit der Parteiautonomie siehe *Stefan Leible*, Außenhandel und Rechtssicherheit, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 1998, 286–319, 289; *Bernd von Hoffmann*, Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ 38 (1974) 396–419, 397. – Der Rechtswahlfreiheit im Zusammenhang mit *trusts* kann auch *nicht* entgegengehalten werden, dass *trusts* nur in einer Minderheit von Rechtsordnungen bekannt seien (so *Staudinger / Mansel* (Fn. 57) Art. 43 EGBGB Rn. 564). Denn allein in den Vereinigten Staaten und Kanada existieren über 50 Rechtsordnungen, die dieses Rechtsinstitut kennen und die vom *settlor* gewählt werden können sollen.

<sup>81</sup> So auch (und zwar ebenfalls für *testamentary trusts*) *Merkel*, Die Qualifikation (Fn. 47) 140–149; für eine schuldvertragsrechtliche Qualifikation des *inter vivos trust* siehe etwa *Dörner*, Der Trust (Fn. 57) 76–80.

<sup>82</sup> Wird allerdings auf die Sitztheorie bei einer gesellschaftsrechtlichen bzw. stiftungsrechtlichen Qualifikation abgestellt, so scheidet von vornherein eine Rechtswahlmöglichkeit des *settlor* aus.

<sup>83</sup> Hierfür (im Zusammenhang mit *inter vivos trusts*) *Alexander Lüderitz*, in: *Soergel*, BGB<sup>11</sup> (1983) Vor. Art. 7 EGBGB Rn. 257; *Hans Stoll*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB (1996) Int SachenR Rn. 174; *Bernhard Großfeld*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB (1998) Int-GesR Rn. 779, 777; *Gerald Mäsch*, in: *Bamberger / Roth / Hau / Poseck*, BGB: Kommentar<sup>4</sup> (2020) Art. 12 EGBGB Rn. 37. Gemeint ist die Anknüpfung für Außengesellschaften, da für Innengesellschaften das Vertragsstatut gilt; siehe *Staudinger / Großfeld* (diese Fn.) IntGesR Rn. 772, 777.

<sup>84</sup> So (im Zusammenhang mit *inter vivos trusts*) *Peter Mankowski*, Der Tod des Trustees im deutschen Internationalen Privatrecht, in: *FS Gunther Kühne* (2009) 795–807, 798–799; *Staudinger / Mansel* (Fn. 57) Art. 43 EGBGB Rn. 565–568. Gemeint ist die Anknüpfung für *rechtsfähige* Stiftungen. Denn für nicht rechtsfähige Stiftungen gelten die schuldvertragsrecht-

tion des *trust* dem *settlor* die Möglichkeit verschafft werden, das auf seinen *trust* anwendbare Recht zu wählen. Denn man könnte etwa bei nicht registrierten *trusts*<sup>85</sup> die Gründungstheorie so auslegen, dass im Ergebnis der Wille des *settlor* maßgebend ist.<sup>86</sup> Derartige Vorschläge zur Qualifikation von *trusts* besitzen aber im Vergleich zur schuldvertragsrechtlichen Qualifikation keinerlei Vorteile. Insbesondere bilden sie das Rechtsinstitut des *trust* nicht besser ab, weil der *common law trust* ein „Sonderzweckvermögen“<sup>87</sup> bzw. ein „Sondervermögen mit eigener Zweckbindung“<sup>88</sup> sei. Denn der *common law trust* stellt *kein* Sondervermögen dar, jedenfalls nicht ein solches, das demjenigen einer Außengesellschaft oder einer rechtsfähigen Stiftung vergleichbar wäre. Denn wäre dies so, so müsste das *in trust* gehaltene Vermögen zumindest im Regelfall für Ansprüche der Gläubiger eines *trust*<sup>89</sup> als Haftungsmasse zur Verfügung stehen. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Die Gläubiger eines *trust* haben dagegen regelmäßig<sup>90</sup> *keinen* direkten Zugriff auf die *in trust* gehaltenen Gegenstände. Vielmehr ist allein der *trustee* ihr Schuldner und er haftet nur mit seinem Privatvermögen. Ein Zugriff der Gläubiger eines *trust* auf das *in trust* gehaltene Vermögen ist deshalb im Regelfall nur dadurch möglich, dass sie sich (genauso wie andere Privatgläubiger des *trustee*) den sich *im Privatvermögen* des *trustee* befindlichen Anspruch des *trustee* auf Befriedigung aus dem Trustvermögen (*indemnity right*)<sup>91</sup> übertragen lassen und ihn anstelle des *trustee* geltend machen.<sup>92</sup> Neben der man-

lichen Kollisionsnormen; siehe etwa Jochen Hoffmann, in: Richter/Wachter, Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (2007) § 10 Rn. 11.

<sup>85</sup> Die meisten *trusts* werden nicht in ein Register eingetragen.

<sup>86</sup> Für ein derart subjektives Verständnis der Gründungstheorie Günther Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts (1970) Rn. 521–522; Matthias Terlau, Das internationale Privatrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (1999) 187–197. Für ein vordergründig objektives Verständnis der Gründungstheorie dagegen Christoph Trautrim, Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften (2009) 149–154.

<sup>87</sup> Mankowski, Der Tod (Fn. 84) 799.

<sup>88</sup> Staudinger/Mansel (Fn. 57) Art. 43 EGBGB Rn. 566.

<sup>89</sup> „Gläubiger des *trust*“ sind diejenigen, die in Kontakt mit dem *trustee* im Zusammenhang mit der Ausübung seines Amtes als *trustee* kommen; Lionel D. Smith, Trust and Patrimony, in: Trusts and Patrimonies, hrsg. von Remus Valsan (2015) 42–61, 46.

<sup>90</sup> Zu den seltenen Fällen, in denen die Gläubiger eines *trust* nach den traditionellen Regeln des Trustrechts einen direkten Zugriff auf das *in trust* gehaltene Vermögen haben, siehe Charles Mitchell/Stephen Watterson, Subrogation: Law and Practice (2007) Rn. 12.23. In den letzten Jahrzehnten ist zudem in den Vereinigten Staaten eine Tendenz bemerkbar, entgegen diesen traditionellen Regeln Gläubigern eines *trust* Klagen gegen den *trust* zu erlauben; siehe Restatement 3d of Trusts, Introductory Note to Chapter 21, § 105 (2012).

<sup>91</sup> Obwohl der *trustee* insoweit berechtigt ist, sich aus dem Trustvermögen zu befriedigen, darf in diesem Zusammenhang *nicht* von einem Anspruch gegen den *trust* gesprochen werden, da der *trust* selbst keine Rechtsfähigkeit besitzt. Da sich dieser Anspruch auch nicht gegen die *beneficiaries* des *trust* richtet, könnte man sogar erwägen, diesen „Anspruch“ des *trustee* entsprechend der Lehre von Hohfeld nicht als einen Anspruch (*right*), sondern als *power* einzustufen; vgl. L. D. Smith, Scottish Trusts (Fn. 41) 286 Fn. 11.

<sup>92</sup> Sehr lehrreich hierzu Aleksii Ollikainen-Read, Creditors' Claims Against Trustees and Trust Funds, 24 Trusts & Trustees 177–193 (2018); Mitchell/Watterson, Subrogation (Fn. 90)

gelanden Fähigkeit, die Rechtsnatur des *common law trust* besser wiederzugeben als eine schuldrechtliche Qualifikation, hat eine gesellschaftsrechtliche bzw. stiftungsrechtliche Qualifikation den Nachteil, dass sie zu noch mehr Unsicherheit bei der Ermittlung des auf *trusts* anwendbaren Rechts führt. Denn einerseits müsste der Rechtsanwender bei Zugrundelegung einer solchen Qualifikation immer ermitteln, ob eine „eigene oder ausreichende Organisation“<sup>93</sup> bzw. eine „organisierte Vermögenseinheit“<sup>94</sup> gegeben ist, da bei Fehlen einer solchen sogar die Vertreter einer gesellschaftsrechtlichen bzw. stiftungsrechtlichen Qualifikation die Anwendung der schuldvertragsrechtlichen Kollisionsnormen befürworten.<sup>95</sup> Zu deren Ermittlung fehlen aber genau umrissene Maßstäbe.<sup>96</sup> Andererseits müsste er sich mit der Frage auseinandersetzen, wie das Gründungsrecht im Sinne der Gründungstheorie bei nicht registrierten *trusts* festzulegen ist, was bereits bei nicht eingetragenen Gesellschaften problematisch ist.<sup>97</sup> Die Wirksamkeit einer *declaration of trust* richtet sich also nach den schuldvertragsrechtlichen Kollisionsnormen. Da hier sowohl der *trust* an einem in England belegenen Grundstück errichtet wurde als auch der *trustee* seine Hauptverwaltung in England hat, wird auch insoweit mangels einer Rechtswahl des E nach Art. 4 Abs. 1 lit. c, Abs. 2, 19 Abs. 1, 20 Rom I-VO analog<sup>98</sup> das englische Sachrecht berufen. Da im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die *declaration of trust* unwirksam ist, wird der *testamentary trust* des E wirksam entstehen, sobald sein gesetzlicher Erbe dem *trustee* B das Grundstück überträgt.

## II. Zur Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf *trusts*

Betrifft ein Sachverhalt *trusts*, so darf sich das entscheidende Gericht nicht allein mit dem Anwendungsbereich der EuErbVO befassen. Es muss sich darüber hinaus fragen, ob und gegebenenfalls welche Rolle Art. 31 EuErbVO für den von ihm zu beurteilenden Fall spielt, da in der Literatur verbreit-

Rn. 12.01–12.38; *J. Dyson Heydon / Mark J. Leeming*, *Jacobs' Law of Trusts in Australia*<sup>8</sup> (2016) Rn. 21-02–21-16; *L. D. Smith*, *Trust and Patrimony* (Fn. 89) 47–50; gegen eine Einordnung des *common law trust* als (Sonder-)Vermögen (*patrimony*) siehe *Paul Matthews*, *Square Peg, Round Hole? – Patrimony and the Common Law Trust*, in: *Valsan* (Fn. 89) 62–84; *L. D. Smith*, *Trust and Patrimony* (Fn. 89) 42–61; *ders.*, *Trust and Patrimony*, 38 *Revue Generale de Droit* 379–403 (2008).

<sup>93</sup> Soergel / Lüderitz (Fn. 83) Vor. Art. 7 EGBGB Rn. 257; Staudinger / Stoll (Fn. 83) *Int SachenR* Rn. 174.

<sup>94</sup> Staudinger / Mansel (Fn. 57) Art. 43 EGBGB Rn. 568.

<sup>95</sup> Bamberger / Roth / Hau / Poseck / Mäsch (Fn. 83).

<sup>96</sup> Kritisch auch Dörner, *Der Trust* (Fn. 57) 78–79.

<sup>97</sup> Siehe oben Fn. 86.

<sup>98</sup> Zur analogen Anwendung der Rom I-VO auf *trusts* siehe Merkel, *Die Qualifikation* (Fn. 47) 181–183 (der aber auf S. 184 die Heranziehung des Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO analog ablehnt).

tet eine Anwendung dieser Vorschrift auf *trusts* befürwortet wird. Im Folgenden soll mithin zunächst eine direkte und anschließend eine analoge Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf *trusts* einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

### 1. Zur direkten Anwendung des Art. 31 EuErbVO

Sowohl die Überschrift des Art. 31 EuErbVO als auch dessen Normtext streiten für die Annahme, dass es sich bei dieser Regelung um eine Anpassungsvorschrift handelt<sup>99</sup> und sie dementsprechend im Zusammenhang mit *trusts* dann anzuwenden ist, wenn eine bestimmte Konstellation Anpassungsprobleme auslöst. Untermauert wird diese Schlussfolgerung insbesondere dadurch, dass bereits vor Erlass der EuErbVO als ein gängiges Beispiel für eine sogenannte „qualitative Normendiskrepanz“ (für eine Fallgruppe also, die offenbar Anpassungsprobleme hervorruft) die Konstellation genannt wurde, in der ein *trust* an einer Sache errichtet wird, die in einem Land belegen ist, dessen Rechtsordnung die Rechtsfigur des *trust* nicht kennt, da in solchen Fällen der *trust* im Widerspruch zur *lex rei sitae* stehe.<sup>100</sup> Anhand des folgenden Beispielsfalls wird allerdings zu zeigen sein, dass bereits die Bejahung eines derartigen Widerspruchs nicht vorschnell erfolgen sollte. Zudem wird darzulegen sein, wie selbst bei Annahme eines derartigen Widerspruchs die Fälle einer „qualitativen Normendiskrepanz“ im Wege einer sauberen kollisions- und sachrechtlichen Prüfung gelöst werden können (und auch *müssen*), sodass jedenfalls diese Fälle einen Rückgriff auf Art. 31 EuErbVO im Zusammenhang mit *trusts* nicht rechtfertigen können.

Beispielsfall: Der englische Erblasser E ist in England wohnhaft. Er errichtet einen *testamentary trust* nach englischem Recht an einem in Deutschland belegenen Grundstück. In dem Testament, in dem er seinen *testamentary trust* errichtet

<sup>99</sup> Heinrich Dörner, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, ZEV 2012, 505–513, 509; Wolfgang Burandt/Stefan Schmuck, in: Burandt/Rojahn, ErbR<sup>3</sup> (2019) Art. 31 EuErbVO Rn. 2; MüKo BGB/Dutta (Fn. 45) Art. 31 EuErbVO Rn. 1; Patrick Wautelet, in: Bonomi/Wautelet, Le droit européen des successions<sup>2</sup> (2016) Art. 31 Rn. 5, 17; a.A. Erik Jayme, Kodifikation und Allgemeiner Teil im IPR, in: Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung?, hrsg. von Stefan Leible/Hannes Unberath (2013) 33–49, 44 (der sich für eine Einordnung als Substitutionsvorschrift ausspricht), und José Siméon Rodríguez Sánchez, in: Buigues/Moreno, Sucesiones internacionales (2015) Art. 31 Rn. 2 (der sich für eine Einordnung als Transpositionsregelung ausspricht).

<sup>100</sup> Paul Heinrich Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts<sup>2</sup> (1976) 357; Jan Kropholler, Die Anpassung im Kollisionsrecht, in: FS Murad Ferid (1978) 279–289, 280; Christoph Benicke, Anpassung im internationalen Privatrecht, in: FS Jan Schapp (2010) 61–77, 67–68; MüKo BGB/von Hein (Fn. 65) Einl. IPR Rn. 270, 290; Staudinger/Dörner (Fn. 59) Art. 25 EGBGB Rn. 746, 757; so auch bereits Hans Döle, Internationales Privatrecht<sup>2</sup> (1972) 84; im Zusammenhang mit Art. 31 EuErbVO siehe Andreas Köhler, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht<sup>2</sup> (2019) Art. 31 EuErbVO Rn. 8; Dirk Looschelders, in: NomosKommentar zum BGB<sup>3</sup> (2019) Art. 31 EuErbVO Rn. 15.

hat, hat E auch noch eine Rechtswahl zugunsten des englischen Erbrechts getroffen. Er verstirbt in England.

Hier kommt über Artt. 22 Abs. 1, 24 Abs. 2, 34 Abs. 2 EuErbVO englisches Erbrecht zur Anwendung. Nach dem bereits Gesagten regelt dieses den erbrechtlichen Übertragungsvorgang auf den *trustee* des *testamentary trust* des E. Weil E seine Berechtigung (*title*) zur Ausübung eines *interest* an einem Grundstück auf den *trustee* übertragen hat, erfolgte die Vermögensübertragung in der Form eines *specific devise*.<sup>101</sup> Das Grundstück des E ist indes in Deutschland belegen, sodass nach Art. 43 Abs. 1 EGBGB deutsches Recht als Sachenrechtsstatut berufen ist.<sup>102</sup> Das deutsche Sachenrecht kennt nur eine begrenzte Anzahl dinglicher Rechte (*numerus clausus*), zu denen der *trust* (bzw. die *interests*, die der *trustee* und der *beneficiary* innehaben) nicht zählt. Es stellt sich somit die Frage, ob der *trust* des E (bzw. die zur Errichtung des *trust* verwendete letztwillige Verfügung des E) gegen den Grundsatz des *numerus clausus* des deutschen Sachenrechts verstößt, was wiederum seine Nichtigkeit zur Folge hätte.<sup>103</sup>

a) Verstoß gegen den *numerus clausus* des deutschen Sachenrechts?

Die Vertreter einer „qualitativen Normendiskrepanz“ bejahen die Frage, ob ein Verstoß gegen den *numerus clausus* des deutschen Sachenrechts vorliegt, ohne sich mit weiteren Argumentationsmöglichkeiten näher auseinanderzusetzen. Bedenkt man allerdings, dass der *trustee* aufgrund der für die Errichtung eines *trust* erforderlichen Vermögensübertragung aus rechtlicher Sicht alleiniger Inhaber des Trustgegenstandes<sup>104</sup> ist, so ließe sich argumentieren, dass er funktional betrachtet im Fall einer Sache als ihr Eigentümer anzusehen sei.<sup>105</sup> Geht man zudem noch davon aus, dass der *beneficiary* eines *trust* lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den *trustee* besitzt,<sup>106</sup> so erscheint es gar nicht mehr so fernliegend, einen Verstoß gegen den Grundsatz des *numerus clausus* des deutschen Sachenrechts zu verneinen.

<sup>101</sup> Zur Unterscheidung zwischen *specific devise*, *general devise* und *residuary devise* vgl. *Caroline Sawyer / Miriam Spero*, Succession, Wills and Probate<sup>3</sup> (2015) Rn. 10.1.6.

<sup>102</sup> Hierzu oben I.2.b).

<sup>103</sup> Zu dieser Rechtsfolge *Czermak*, Der express trust (Fn. 57) 285–286; *Staudinger / Heinze* (Fn. 50) Einl. SachenR Rn. 115.

<sup>104</sup> Zu diesem Begriff siehe oben Fn. 22.

<sup>105</sup> *Ernst Heymann*, Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr (1910) 23; BGH 13.6.1984 – IVa ZR 196/82, IPRspr. 1984 Nr. 121, 282, 287; *Merkel*, Die Qualifikation (Fn. 47) 180, 204–205; *Dutta / Weber / J. P. Schmidt* (Fn. 31) Art. 31 EuErbVO Rn. 23; *Eitel / Brauchli*, Trusts (Fn. 44) 126; *Zürcher Kommentar / Th. M. Mayer* (Fn. 48) Vorb. Art. 149a–149e IPRG Rn. 30; *Herzog*, Trusts und schweizerisches Erbrecht (Fn. 29) Rn. 38; BGer 7.3.2017 – 2C\_996/2015, E. 4.1.

<sup>106</sup> So in Bezug auf den *common law trust* etwa *Maitland*, Equity (Fn. 47) 54; *John H. Langbein*, The Contractarian Basis of the Law of Trusts, 105 Yale Law Journal 625–675 (1995/96); *Harlan F. Stone*, The Nature of the Rights of the „Cestui Que Trust“, 17 Columbia Law Review 467–501 (1917).

Diese Argumentation ist indes jedenfalls in dieser Allgemeinheit verfehlt. Denn zwar gehört aus einer rechtlichen Perspektive allein dem *trustee* der *interest*, der ihm vom *settlor* an dem Trustgegenstand übertragen wurde.<sup>107</sup> Dieser *interest* muss aber nicht notwendigerweise eine *fee simple absolute* sein, also der *interest*, der dem Eigentum des deutschen Rechts am nächsten kommt.<sup>108</sup> Vielmehr ist denkbar, dass dem *trustee* bloß ein *life estate*, ein *future interest*<sup>109</sup> oder sogar lediglich ein *equitable interest* zusteht, den er dann *in trust* für einen *beneficiary* hält, der seinerseits einen *equitable interest* hält.<sup>110</sup> In all diesen Fällen ist es indes nicht mehr möglich zu behaupten, der *trustee* sei einem Eigentümer im Sinne des deutschen Rechts gleichzusetzen.

Wurde aber dem *trustee* ein *interest* in der Form des *fee simple absolute* übertragen, so könnte man zwar noch einen funktionalen Vergleich mit dem Eigentumsrecht im Sinne des deutschen Rechts in Betracht ziehen. Das Konzept des *ownership* (also des Eigentums im Sinne der Civil-Law-Rechtssysteme) findet aber keine Entsprechung in Common-Law-Jurisdiktionen.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Die Feststellung, dass der *trustee* alleiniger Inhaber des ihm vom *settlor* übertragenen *interest* ist, ist also durchaus zutreffend (vgl. erneut oben Fn. 47). Dies bedeutet aber nicht zugleich, dass er (wie der Eigentümer des deutschen Rechts) alleiniger Inhaber der Sache ist. Denn im Sachenrecht der Common-Law-Jurisdiktionen besitzt eine Person nur Rechte an einer Sache und nicht die Sache selbst (vgl. hierzu etwa *Paul Matthews*, *The Compatibility of the Trust with the Civil Law Notion of Property*, in: *The Worlds of the Trust*, hrsg. von Lionel Smith (2013) 313–339, 315; *Herzog*, *Trusts und schweizerisches Erbrecht* (Fn. 29) Rn. 58). Dementsprechend ist etwa eine Person, die alleinige Inhaberin (*owner*) eines *life interest* an einem Gegenstand ist, nicht zugleich alleinige Inhaberin des Gegenstandes selbst.

<sup>108</sup> Der *fee simple absolute* ist der umfassendste *interest* in Common-Law-Jurisdiktionen. Genauso wie der Eigentümer im Sinne des deutschen Rechts darf der Inhaber eines *fee simple absolute* nach Belieben mit der Sache verfahren. Insb. ist er im Gegensatz zum Inhaber eines *life estate* nicht durch die Doktrin des *waste* (hierzu *Joseph William Singer*, *Introduction to Property*<sup>2</sup> (2005) 323–324) in seinen Befugnissen beschränkt und sein *interest* erlischt nicht mit seinem Tod bzw. mit dem Tod einer anderen Person (im letzteren Fall spricht man von einem *life estate pur autre vie*; vgl. *Restatement 3d of Property: Wills and Other Donative Transfers*, § 24.5 cmt. c (2003)).

<sup>109</sup> Zu dieser Möglichkeit *Scott / Fratcher*, *The Law* (Fn. 39) § 77; *Restatement 3d of Trusts*, § 2 cmt. d, § 40 (2003).

<sup>110</sup> *George T. Bogert*, *Trusts*<sup>6</sup> (1987) § 32 (insb. S. 109, 114–115); *Bogert: Law of Trust and Trustees* (Fn. 3) § 112; *Scott / Fratcher*, *The Law* (Fn. 39) § 83; *Underhill / Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (Fn. 3) 79; *Gilbert v. Overton*, 2 H.&M. 110 (1864). Deshalb ist die Behauptung unzutreffend, dass der *trustee* stets einen *legal interest* besitze. Ebenfalls unzutreffend ist die (leider selbst unter Common-Law-Rechtsgelehrten verbreitete) Behauptung, dass der *trustee* stets einen *legal title* innehat. Denn ist eine Person lediglich Inhaber eines *equitable interest*, so kann sie immer nur Inhaber eines *equitable title* sein, da der Begriff des *title* immer Bezug auf den von einer Person gehaltenen *interest* nimmt; vgl. *Restatement 3d of Trusts*, § 2 cmt. d (2003). Zur Unterscheidung zwischen *equitable interest* und *equitable title* siehe *McKendrick*, *Goode* (Fn. 21) 43–45, und zum Begriff des *title* siehe sogleich.

<sup>111</sup> *Merryman*, *Ownership* (Fn. 58) 916–945; *Sjef van Erp / Bram Akkermans*, *Cases, Materials and Text on Property Law* (2012) 306, 307, 312, 348; *Michael Bridge*, *Personal Property Law*<sup>4</sup> (2015) 44, 79, 101; *William Swadling*, *Rescission, Property, and the Common Law*, (2005) 121 *Law Quarterly Review* 123–153, 133; *ders.*, *Unjust Delivery*, in: *Mapping the Law: Essays in Honour of Peter Birks* (2006) 277–298, 281; *ders.*, *Ignorance and Unjust Enrichment: The*

Dies ist insbesondere auf die Doktrin der „Relativität des *title*“ (*relativity of title*) zurückzuführen. Denn im Zentrum von Rechtsstreitigkeiten, die eine Sache betreffen, steht in Common-Law-Rechtssystemen nicht die Idee eines absoluten Rechts wie des Eigentums, sondern die Idee eines *better title* (also so etwas wie eine „bessere Berechtigung“) des Klägers. Ein Kläger muss also bei seiner Klage (etwa einer *conversion*-Klage) nicht beweisen, dass er *die beste* Berechtigung (*title*) in Bezug auf eine Sache besitzt, sondern lediglich, dass seine Berechtigung (*title*) in Bezug auf eine Sache *besser* ist als die Berechtigung (*title*) des Beklagten.<sup>112</sup> Die rechtlichen Mechanismen in Common-Law-Jurisdiktionen zum Schutz von Rechten an Sachen sind somit relativer und nicht absoluter Natur; sie betreffen das Verhältnis zwischen den Parteien eines Rechtsstreits. Der Begriff des *title* ist eng mit demjenigen des *interest* verbunden. Denn zum einen bezieht er sich auf die Berechtigung zur *Ausübung eines interest*, was – da der Begriff des *interest* dazu verwendet wird, die Rechte an einer Sache zu bezeichnen<sup>113</sup> – letztlich bedeutet, dass er sich auf die Berechtigung zur *Ausübung dieser Rechte* bezieht.<sup>114</sup> Bezieht sich also der *title* einer Person auf einen *interest* in der Form des *fee simple absolute*,<sup>115</sup> so ist diese Person dazu berechtigt, die diesen *interest* kennzeichnenden Rechte auszuüben. Zum anderen setzt der Begriff des *title* notwendigerweise voraus, dass der Inhaber des *title* auch Inhaber des *interest* ist, auf den sich sein *title* bezieht.<sup>116</sup> Die Feststellung, dass jemand einen *fee simple title* besitzt, bedeutet deshalb zugleich, dass diese Person auch Inhaberin eines *fee simple interest* ist, selbst wenn ihr *title* nicht der *beste title* zu diesem *interest* ist. Wegen der Doktrin der „Relativität des *title*“ können also unterschiedliche Personen gleichzeitig Inhaber eines *fee simple absolute* in Bezug auf dieselbe

---

Problem of Title, 28 Oxford Journal of Legal Studies 627–658, 640 (2008); *Matthew Hoyle*, Possession is Nine Tenths of the (Common) Law, Oxford University Undergraduate Law Journal 2018, 39–59 (der aber eine Ausnahme für den Inhaber von *registered land* macht).

<sup>112</sup> *Frederick Pollock / Frederic William Maitland*, The History of English Law<sup>2</sup>, Bd. II (1952) 77 („No one is ever called upon to demonstrate an ownership good against all men; he does enough even in a proprietary action if he proves an older right than that of the person whom he attacks“); zust. *William W. Buckland / Arnold D. McNair*, Roman Law and Common Law<sup>2</sup> (1952) 67; *Waverley Borough Council v. Fletcher* [1996] QB 334, 345 (CA) („However, the English law of ownership and possession, unlike that of Roman Law, is not a system of identifying absolute entitlement but of priority of entitlement“); zust. *Bridge*, Personal Property (Fn. 111) 44.

<sup>113</sup> Siehe oben Fn. 21.

<sup>114</sup> *McKendrick*, Goode (Fn. 21) 34; *Michael G. Bridge / Louise Gullifer / Kelvin F. K. Low / Gerard McMeel*, The Law of Personal Property<sup>2</sup> (2018) R.n. 1-054; *H. L. Ho*, Some Reflections on Property and Title in the Sale of Goods Act, 56 Cambridge Law Journal 571–598, 577 (1997); *Battersby / Preston*, The Concepts (Fn. 22) 270; siehe auch Restatement 3d of Trusts, § 2 cmt. d (2003).

<sup>115</sup> Hierzu siehe insb. *Rosenberg v. Cook* (1881) 8 QBD 162, 165; *Swadling*, Unjust Delivery (Fn. 111) 281; *Hoyle*, Possession (Fn. 111) 47–48.

<sup>116</sup> *McKendrick*, Goode (Fn. 21) 37 („If he has neither the best right to the interest he claims nor a possessory title, he has no interest at all“); Restatement 3d of Trusts, § 2 cmt. d (2003) („A person who holds an interest has ‘title’ to the interest“).

Sache sein, was unweigerlich zu einer Verwässerung oder Relativierung des Konzepts des *ownership* führt<sup>117</sup> und somit einen Vergleich mit dem Konzept des deutschen Eigentumsrechts erschwert.

Unabhängig davon muss berücksichtigt werden, dass das Prinzip des *numerus clausus* des deutschen Sachenrechts besagt, dass nur die vom deutschen Recht vorgesehenen dinglichen Rechte begründet werden dürfen.<sup>118</sup> Man müsste also selbst dann einen Verstoß des *interest* des *trustee* gegen den Grundsatz des *numerus clausus* bejahen, wenn man annähme, dass der *trustee* funktional einem Eigentümer vergleichbar ist und der *equitable interest* des *beneficiary* ausschließlich obligatorischer Natur ist, weil das deutsche Recht schlechthin dieses dingliche Recht nicht vorsieht, woran selbst eine etwaige funktionale Nähe zum deutschen Eigentum nichts ändern kann. Hier wird also der Unterschied (der regelmäßig nicht ausreichend betont wird)<sup>119</sup> zwischen der Annahme, dass der *trustee* eines *common law trust* einem Eigentümer nach deutschem Recht funktional *vergleichbar* ist, und derjenigen, wonach er ein Eigentümer nach deutschem Recht *ist*, sehr deutlich: Der *interest* des *trustee* eines *common law trust* kann zwar unter funktionalen Gesichtspunkten (etwa zu Substitutions- und Transpositionszielen)<sup>120</sup> mit dem deutschen Eigentumsrecht *verglichen* werden; er *ist* aber keinesfalls ein solches,<sup>121</sup> sodass seiner Entstehung bei Anwendbarkeit des deutschen Sachenrechts der *numerus clausus*-Grundsatz entgegensteht. Um es in den Worten von Paul Matthews zu fassen: „To say that something *tastes* like something else does not mean that it *is* that something else“.<sup>122</sup>

Im Ergebnis sprechen somit die besseren Gründe dafür, im vorliegenden Fall (und somit zugleich allgemein in den Fällen einer „qualitativen Normdiskrepanz“) eine Nichtigkeit des *trust* des E aufgrund eines Verstoßes gegen den *numerus clausus* des deutschen Sachenrechts anzunehmen.

<sup>117</sup> Pollock / Maitland, The History of English Law (Fn. 112) 77; Buckland / McNair, Roman Law (Fn. 112) 67.

<sup>118</sup> Jan Wilhelm, Sachenrecht<sup>6</sup> (2019) Rn. 13; Staudinger / Heinze (Fn. 50) Einl. SachenR Rn. 94; Reinhard Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup> (2020) Einl. SachenR Rn. 11; Julia Rakob, Ausländische Mobiliarsicherungsrechte im Inland (2001) 36.

<sup>119</sup> Vgl. etwa Merkel, Die Qualifikation (Fn. 47) 204–205 (der an einer Stelle behauptet, dass der *trustee* als Eigentümer nach deutschem Recht zu „behandeln“ sei, und an anderer Stelle behauptet, dass er ein solcher „ist“); Zürcher Kommentar / Th. M. Mayer (Fn. 48) Vorb. Art. 149a–149e IPRG Rn. 30 (wo einerseits behauptet wird, dass die Berechtigung des *trustee* als Eigentümer zu „betrachten“ sei, und andererseits, dass der *trustee* ein Eigentümer „ist“).

<sup>120</sup> Für eine solche Konstellation siehe unten II.2.a).

<sup>121</sup> Eigentlich ist er nicht einmal ein Eigentumsrecht im Sinne der Civil-Law-Rechtssysteme. Denn es wurde bereits gezeigt, dass das Konzept des *ownership* den Common-Law-Jurisdiktionen fremd ist, sodass der *interest* des *trustee* von vornherein kein *ownership sein* kann. Zudem funktioniert der *interest* des *trustee* anders als das Eigentumsrecht in Civil-Law-Jurisdiktionen; vgl. Ronald J. Scalise Jr., Some Fundamentals of Trusts: Ownership or Equity in Louisiana?, 92 Tul.L.Rev. 53–126, 84–95 (2017).

<sup>122</sup> Matthews, Square Peg (Fn. 92) 82.

b) Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung des E im Wege der Auslegung oder Umdeutung

Mit einer solchen Nichtigkeit kann es aber nicht sein Bewenden haben, da ansonsten einerseits das Interesse des E am Bestand seiner letztwilligen Verfügung und andererseits das Interesse des durch den *trust* Begünstigten an der zu seinen Gunsten erfolgten Zuwendung vollständig ignoriert würden. Die Vertreter einer „qualitativen Normendiskrepanz“ würden deshalb eine Anpassung vornehmen und den *trust* des E in ein dem Sachenrechtsstatut bekanntes Rechtsinstitut „umdeuten“. Zur Erreichung einer solchen „Umdeutung“ ist aber ein Rückgriff auf die Grundsätze der Anpassung nicht erforderlich.

Denn wäre hier deutsches Sachrecht als Errichtungsstatut berufen, so könnte eine solche „Umdeutung“ ohne Weiteres bereits durch die bloße Anwendung des § 2084 BGB erreicht werden, der den Grundsatz der wohlwollenden Auslegung enthält.<sup>123</sup> Anwendbar ist hier zwar als Erb- und Errichtungsstatut nach Artt. 22 Abs. 1, 24 Abs. 2 EuErbVO nicht das deutsche, sondern allein das englische Recht, sodass ein Rückgriff auf § 2084 BGB nicht möglich ist. Unterstellt man aber, dass auch das englische Recht Mechanismen auf der materiell-rechtlichen Ebene kennt, die einer letztwilligen Verfügung im Wege der Auslegung oder der Umdeutung zur Geltung verhelfen, so kann auch im vorliegenden Fall durch eine konsequente Anwendung des englischen Sachrechts die letztwillige Verfügung des E aufrechterhalten werden, ohne dass es einer Anpassung bedürfte.

Möglich wäre hier etwa eine Umdeutung in ein Vermächtnis eines Nießbrauchs zugunsten des als *beneficiary* Eingesetzten,<sup>124</sup> das als ein „Nießbrauchs*devise*“ ausgestaltet wäre, da in Bezug auf das *devise* englisches Erbrecht und in Bezug auf den Nießbrauch deutsches Sachenrecht anwendbar wäre, gekoppelt mit einem „Eigentums*devise*“ in Bezug auf das Grundstück zugunsten des *trustee* des E. Erwägenswert ist hier auch eine Umdeutung des *trust* des E in eine Verwaltungstreuhand, wobei dann auf den Treuhandvertrag nach Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO deutsches Recht anwendbar wäre.<sup>125</sup> Eine Umdeutung in eine Vor- und Nacherbschaft bzw. in eine Testamentsvollstreckung deutschen Rechts scheidet dagegen trotz der funktionalen

<sup>123</sup> Wegen Art. 26 Abs. 1 lit. d EuErbVO ist § 2084 BGB Teil des Errichtungsstatuts nach Art. 24 EuErbVO. Dazu, dass auch § 2084 BGB von Art. 26 Abs. 1 lit. d EuErbVO erfasst ist, siehe nur MüKo BGB/ Dutta (Fn. 45) Art. 26 EuErbVO Rn. 11.

<sup>124</sup> Hier ist also *nicht* der *trustee*, sondern der *beneficiary* der durch das Vermächtnis (bzw. *devise*) Begünstigte. Dies stellt auch keinen Widerspruch zur obigen Ansicht dar, dass der *trustee* und gerade nicht der *beneficiary* bei Vorliegen eines wirksam entstandenen *trust* als Erbe oder Vermächtnisnehmer anzusehen ist; vgl. oben I.2.a). Denn hier kann gerade kein *trust* errichtet werden, sodass es allein darum geht, wie man den *trust* des E in ein anderes Rechtsinstitut umdeuten kann.

<sup>125</sup> Hierzu (bei einer Verwaltungstreuhand) Christopher Wilhelm, Die Anknüpfung von Treuhandverträgen im Internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rom I-VO, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2012, 392–399, 396.

Verwandtschaft dieser Rechtsinstitute mit *testamentary trusts* von vornherein aus, da hier Erb- und Errichtungsstatut gerade nicht das deutsche Recht, sondern allein das englische Recht ist.

c) Entbehrlichkeit einer Anpassung nach Art. 31 EuErbVO

Eine Lösung der notorischen Fälle der „qualitativen Normendiskrepanz“ ist somit (zumindest im Zusammenhang mit *trusts*) ohne Weiteres durch eine saubere kollisions- und sachrechtliche Prüfung möglich. Die Konstellation, die seit jeher als Hauptanwendungsfall für die Anwendung der Grundsätze zur Anpassungsproblematik in Trustkonstellationen genannt wird, kann mithin nicht die Heranziehung des Art. 31 EuErbVO rechtfertigen. Da zudem keine weiteren Konstellationen mit *trusts* denkbar sind, die im Zusammenhang mit der EuErbVO Anpassungsprobleme auslösen können, muss eine direkte Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf *trusts* abgelehnt werden.

## 2. Zur analogen Anwendung des Art. 31 EuErbVO

Es ist indes noch der Frage nachzugehen, ob Art. 31 EuErbVO unter Umständen auf andere kollisionsrechtliche Probleme anzuwenden ist, die sich in Fällen ergeben können, in denen *trusts* involviert sind. Denkbar sind insoweit vor allem Substitutions- und Transpositionsprobleme, die (da sie keine Anpassungsprobleme sind)<sup>126</sup> allenfalls eine analoge Anwendung des Art. 31 EuErbVO begründen könnten.

---

<sup>126</sup> Zwar wird vereinzelt vertreten, dass es sich bei der Substitution und der Transposition um Unterfälle der Anpassung handelt; siehe *Giorgio Cansacchi*, Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois, in: Recueil des cours, Bd. II (1953) 79–162, 128, 151; *François Rigaux*, Le conflit mobile en droit international privé, in: Recueil des cours, Bd. I (1966) 329–444, 397. Dies stellt aber nicht nur in Deutschland eine Mindermeinung dar (siehe etwa *Bernd von Hoffmann / Karsten Thorn*, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> (2007) § 6 Rn. 38–41; *Heinz-Peter Mansel*, Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht, in: FS Werner Lorenz (1991) 689–715, 702–703; *Carsten Schulz*, Die Subsumtion ausländischer Rechtstatsachen (1997) 39–41), sondern europaweit (vgl. *António Marques dos Santos*, Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado (1988) 14; *Luís de Lima Pinheiro*, Direito Internacional Privado<sup>3</sup>, Bd. I (2014) 631; *Afonso Patrão*, A „adaptação“ dos direitos reais no Regulamento Europeu das Sucessões, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 2016, 121–168, 152–153; *Buigues / Moreno / Rodríguez Sánchez* (Fn. 99) Art. 31 Rn. 2; *Hans Leuwald*, Règles générales des conflits de lois (1941) 148; *Bernard Audit / Louis d'Avout*, Droit international privé<sup>7</sup> (2013) Rn. 378–383).

a) Substitutions- und Transpositionsprobleme im Zusammenhang mit *trusts*

Substitutionsprobleme sind etwa in solchen Fällen denkbar, in denen Trust- und Erbstatut auseinanderfallen und auf einen *trust* die pflichtteilsrechtlichen Bestimmungen einer Rechtsordnung angewendet werden müssen, der die Rechtsfigur des *trust* unbekannt ist.<sup>127</sup> So ist etwa der Fall denkbar, dass der Erblasser zugunsten eines nach deutschem Erbrecht Pflichtteilsberechtigten als *beneficiary* einen *inter vivos trust* an einem in England belegenen Gegenstand errichtet hat und ein deutsches Gericht danach befragt wird, ob die Zuwendung des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten ein „Geschenk“ im Sinne des § 2327 Abs. 1 BGB darstellt. In Betracht kommt auch der Fall, in dem ein Erblasser in England einen *inter vivos trust* an einem dort belegenen Gegenstand errichtet und ein Pflichtteilsberechtigter nach dessen Tod bei Geltung des deutschen Rechts als Erbstatut einen Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB mit der Behauptung geltend macht, dass es sich hierbei um eine „Schenkung“ im Sinne dieser Vorschrift handele.<sup>128</sup> All diese Fälle betreffen offensichtlich nicht Anpassungs-, sondern Substitutionsprobleme,<sup>129</sup> da es insoweit allein darum geht, ob der Tatbestand einer Norm so auszulegen ist, dass der wirksam errichtete *trust* dem zu subsumieren ist.<sup>130</sup>

Auftreten können darüber hinaus auch Transpositionsprobleme. In Anlehnung an Lewald<sup>131</sup> geht es bei solchen Fällen vordergründig darum, dass eine Sache, an der *bereits wirksam im Ausland* ein dingliches Recht begründet wurde, ins Inland verbracht wird und infolgedessen mit einer Rechtsordnung in Berührung kommt, die dieses dingliche Recht nicht kennt. Auf *trusts* übertragen kann sich also eine solche Transpositionskonstellation dann ergeben, wenn an einer sich im Ausland befindenden Sache ein *trust* errichtet wird und die Sache anschließend nach Deutschland verbracht wird. Als konkretes Beispiel für eine solche Konstellation kann der Fall angeführt werden, in dem an einer im Ausland belegenen Sache ein *testamentary trust*

<sup>127</sup> Hier wird nochmals darauf hingewiesen, dass das Pflichtteilsrecht nicht vom Trust-, sondern stets allein vom Erbstatut beherrscht wird; zur pflichtteilsrechtlichen Herabsetzungsklage siehe oben I.1.a)(2).

<sup>128</sup> Siehe für eine ähnliche Konstellation die *Zieseniss*-Entscheidung der Cour de cassation, wo das Gericht zu entscheiden hatte, ob ein *inter vivos trust* als eine Verfügung von Todes wegen oder eine lebzeitige Schenkung im Wege der Herabsetzungsklage (*action en réduction*) zu reduzieren war; Cass.civ. 1<sup>re</sup> 20.2.1996, *Revue critique de droit international privé* 1996, 692–693.

<sup>129</sup> Zum Substitutionsproblem *Sabine Hug*, *Die Substitution im internationalen Privatrecht* (1983); *Mansel*, *Substitution* (Fn. 126) 689–715; *Edoardo Vitta*, *Diritto internazionale privato*, Bd. I (1972) 480; *Audit/d'Avout*, *Droit international privé* (Fn. 126) Rn. 379–380; *Patrão*, A „adaptação“ (Fn. 126) 147–148.

<sup>130</sup> Zur Unterscheidung zwischen Substitution und Anpassung *Kropholler*, *IPR* (Fn. 76) § 33 I; *Mansel*, *Substitution* (Fn. 126) 702–703.

<sup>131</sup> *Lewald*, *Règles générales* (Fn. 126) 129–132.

errichtet und diese Sache anschließend nach Deutschland verbracht wird, wo sie auch entwendet wird. Macht dann der *trustee* gegen den Dieb einen Herausgabeanspruch aus Eigentum nach § 985 BGB geltend, so muss ermittelt werden, ob der *interest des trustee* in Deutschland als „Eigentum“ „fortbesteht“, damit der *trustee* einen Anspruch als „Eigentümer“ geltend machen kann. Das mit der Sache befasste Gericht muss, anders formuliert, ermitteln, ob der *trustee* als „Eigentümer“ im Sinne des § 985 BGB anzusehen ist mit der Folge, dass er den dort geregelten Anspruch auch geltend machen kann. Im Grunde geht es also auch hier um Substitutionsprobleme.<sup>132</sup>

b) Art. 15 Abs. 2 HÜT als ein Argument für die Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf Substitutions- und Transpositionsprobleme

Für eine analoge Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf solche kollisionsrechtlichen Probleme kann möglicherweise Art. 15 Abs. 2 HÜT ins Feld geführt werden, der verbreitet als Vorbild für Art. 31 EuErbVO angesehen wird.<sup>133</sup> Artikel 15 Abs. 2 HÜT nimmt auf Art. 15 Abs. 1 HÜT Bezug. Die dort enthaltene Formulierung wird verbreitet so verstanden, dass Art. 15 Abs. 1 HÜT sogenannte „intern zwingende Normen“ betrifft.<sup>134</sup> Dies mag man aus dogmatischen Gründen zwar bezweifeln.<sup>135</sup> Nicht angezweifelt

<sup>132</sup> Auch *Jochen Schröder*, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen (1961) 42, *Rakob*, Ausländische Mobiliarsicherungsrechte (Fn. 118) 34–42, *Dirk Looschelders*, Praxiskommentar Internationales Privatrecht (2004) Art. 43 EGBGB Rn. 51, und *Marques dos Santos*, *Breves considerações* (Fn. 126) 12–14, gehen davon aus, dass es bei der Transposition um Substitutionsfälle geht; a. A. aber *Philipp Drömann*, Die Integration ausländischer Sachenrechte im deutschen internationalen Privatrecht (2013) 198–200; *C. Schulz*, Die Subsumtion (Fn. 126) 39–41.

<sup>133</sup> *Dutta/Weber/J. P. Schmidt* (Fn. 31) Art. 31 EuErbVO Rn. 1; *Jaume Tarabal Bosch*, *Adaptación de derechos reales a efectos sucesorios*, in: El reglamento (UE) 650/2012 su impacto en las sucesiones transfronterizas, hrsg. von M. Esperança Ginebra Molins / Jaume Tarabal Bosch (2016) 219–235, 221; *Patrick Wautelet*, in: *Bonomi/Wautelet*, Le droit européen des successions (2013) Art. 31 Rn. 20. Auch *Jessica Schmidt*, in: Beck-Online, Großkommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.11.2020) Art. 31 EuErbVO Rn. 2, weist auf die Ähnlichkeiten zu Art. 15 Abs. 2 HÜT hin.

<sup>134</sup> *Maria Beatrice Deli*, *Commento all'art. 15, Le nuove leggi civili commentate 1993*, 1286–1293, 1288–1289; *Jakob/Picht*, Das Haager Trust-Übereinkommen (Fn. 48) 554; *Herzog*, Trusts und schweizerisches Erbrecht (Fn. 29) Rn. 180; zu den „intern zwingenden Normen“ aus der Sicht des deutschen Rechts siehe *Kropholler*, IPR (Fn. 76) § 3 II 1.

<sup>135</sup> „Intern zwingende Normen“ werden nämlich normalerweise innerhalb des Statuts durchgesetzt, dem sie angehören; siehe Artt. 6 Abs. 2, 8 Abs. 1 Rom I-VO. In Bezug auf die in Art. 15 Abs. 1 HÜT genannten Materien würde dies bedeuten, dass sie auch noch dem Truststatut des HÜT zugeordnet werden müssten. Indes setzt Art. 15 Abs. 1 HÜT nach seinem Wortlaut voraus, dass die „intern zwingenden Normen“ von den Kollisionsnormen der *lex fori* und gerade nicht von den Kollisionsnormen des HÜT berufen werden. Das HÜT geht also selbst davon aus, dass die in Art. 15 Abs. 1 HÜT genannten Vorschriften nicht mehr vom Truststatut erfasst werden; siehe auch *Re Barton (Deceased)*, *Tod v. Barton* [2002] EWHC 264 (Ch), [2002] WTLR 469 („The purpose of Article 15 is to preserve the mandatory effect of the rules of the law designated by the conflict of laws rules for matter other than trusts“); Che-

werden kann aber, dass er dazu führt, dass die dort genannten Vorschriften im Einzelfall *neben* den durch das HÜT berufenen und auf den *trust* anwendbaren Vorschriften zur Anwendung gelangen.<sup>136</sup> Zudem steht fest, dass Art. 15 Abs. 1 HÜT primär den Zeitpunkt nach der Errichtung des *trust* betrifft.<sup>137</sup> Er kann also durchaus Konstellationen wie die oben beschriebenen betreffen. Dies gilt wegen Art. 15 Abs. 1 lit. c HÜT insbesondere für solche Fälle, in denen das deutsche Erbrecht berufen wird und mit einem wirksam errichteten *trust* vor dem Hintergrund des deutschen Pflichtteilsrechts umgegangen werden muss. Da Art. 15 Abs. 2 HÜT sich gerade auf Art. 15 Abs. 1 HÜT bezieht und deshalb in den von Abs. 1 erfassten Fällen anwendbar ist, kann man diese Vorschrift als ein Argument für die Anwendung des Art. 31 EuErbVO für die Zeit nach der wirksamen Errichtung eines *trust* anführen.

### c) Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke

Im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 2 HÜT spricht Art. 31 EuErbVO aber ausdrücklich von einer „Anpassung“. Eine Anpassung ist allerdings nicht mit einer „Substitution“ bzw. „Transposition“ gleichzustellen.<sup>138</sup> Dementsprechend kann Art. 31 EuErbVO (anders als Art. 15 Abs. 2 HÜT) allenfalls analog auf Substitutions- und Transpositionsprobleme angewendet werden. Eine Analogie setzt indes eine planwidrige Regelungslücke voraus. Die Entstehungsgeschichte des Art. 31 EuErbVO zeigt aber eindeutig, dass ihm ausschließlich ein deklaratorischer Charakter zukommen sollte. Denn im Kommissionsentwurf<sup>139</sup> war eine Regelung wie Art. 31 EuErbVO noch nicht vorgesehen. Der Grund dafür ergibt sich aus einem Dokument vom 29. Oktober 2010, worin der Repräsentant der Europäischen Kommission darauf hinweist, dass aufgrund des damaligen Art. 1 Nr. 3 lit. j EuErbVO (heute: Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO) und ErwG 10 (heute: ErwG 15) es von vornherein ausgeschlossen sei, dass ein Mitgliedstaat ein dingliches Recht registrieren müsse, das dieser nicht kenne. Er führt dann weiter aus, dass ein dingliches Recht, das dem registerführenden Mitgliedstaat unbekannt sei,

---

shire / North / Fawcett: Private International Law (Fn. 29) 1393 („Such conflicts rules must be rules other than those contained in the Convention, ie rules applicable to an issue classified as other than one concerning the validity or recognition of a trust“).

<sup>136</sup> Sehr eindeutig in diesem Sinne *Herzog*, Trusts und schweizerisches Erbrecht (Fn. 29) R.n. 175.

<sup>137</sup> Für eine ausführliche Diskussion der in Art. 15 Abs. 1 HÜT genannten Materien *Deli*, Commento (Fn. 134) 1289–1292; Underhill / Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees (Fn. 3) 1404–1408.

<sup>138</sup> Siehe oben Fn. 126.

<sup>139</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of 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, 14.10.2009, 2009/0157 (COD), C7-0236/09.

an das in der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaates am ehesten vergleichbare Recht angepasst werden müsse und dass der Kommissionsentwurf deshalb über diese Pflicht zur Anpassung geschwiegen habe, weil sie bereits ein allgemeines Prinzip des internationalen Privatrechts sei und somit keiner besonderen Erwähnung in der EuErbVO bedürfe.<sup>140</sup> Deshalb war Art. 31 EuErbVO lediglich als Bestätigung eines allgemeinen Prinzips des IPR gedacht.<sup>141</sup> Dies erklärt auch eine weitere Anmerkung des Repräsentanten der Europäischen Kommission, die in einem Dokument vom 12. November 2010 enthalten ist und die aller Wahrscheinlichkeit nach auch erklärt, warum in ErwG 17 klargestellt wird, dass die in Art. 31 EuErbVO vorgesehene Anpassung nicht andere Formen der Anpassung im Zusammenhang mit der Anwendung der EuErbVO ausschließt. Im besagten Dokument wird festgehalten, dass die Europäische Kommission grundsätzlich offen für den Vorschlag sei, eine Regelung in die EuErbVO aufzunehmen, welche die Anpassungstechnik ausdrücklich anspreche, soweit eine solche Regelung so verfasst werden könne, dass sie keinen Raum für einen Umkehrschluss eröffne.<sup>142</sup> Die Europäische Kommission befürchtete also, dass die mitgliedstaatlichen Behörden durch eine Regelung in der EuErbVO dazu verleitet werden könnten, die Anpassungstechnik nur für die in dieser Regelung angesprochenen Konstellationen anzuwenden und eine Anpassung in anderen Konstellationen deshalb zu unterlassen, weil sie im Wege eines Umkehrschlusses folgern, dass der europäische Gesetzgeber nur in einer bestimmten Konstellation eine Anpassung gewollt habe, obwohl eine Anpassung auch in diesen Konstellationen aufgrund der allgemeinen Prinzipien des IPR geboten gewesen wäre.

So wiederholt Art. 31 EuErbVO bloß ein allgemeines Prinzip des IPR und hat mithin lediglich einen deklaratorischen Charakter.<sup>143</sup> Zudem ist diese Norm nicht abschließend und erlaubt ohne Weiteres einen Rückgriff auf die allgemeinen Prinzipien des IPR, um problematische Fälle zu lösen. Es besteht also keinerlei Bedarf, Art. 31 EuErbVO für die hier behandelten Konstellationen analog heranzuziehen, sodass bereits das Vorliegen einer für

<sup>140</sup> Dok. 14837/10 vom 29.10.2010, JUSTCIV 173 CODEC 1014, 4.

<sup>141</sup> Siehe auch Dok. 13508/10 vom 5.10.2010, JUSTCIV 154 CODEC 803, 7 („under the general principles of private international law“) und die noch in Fn. 1 des Dok. 18096/10 vom 22.12.2010, JUSTCIV 238 CODEC 1560 EJUSTICE 139 vorgeschlagene Formulierung („It should also be indicated that where an unknown right in rem is invoked before a Member State’s competent authority, the Member State concerned would apply the general private international law principle of adaptation in order to determine an equivalent right in rem which could be recorded in that State“).

<sup>142</sup> Dok. 15872/10 vom 12.11.2010, JUSTCIV 190 CODEC 1207, 6.

<sup>143</sup> Obwohl sich der europäische Gesetzgeber selbst des deklaratorischen Charakters des Art. 31 EuErbVO bewusst war, lässt sich seine Entscheidung, diese Vorschrift letztlich doch in die EuErbVO aufzunehmen, dadurch erklären, dass er gefürchtet hat, dass ohne eine ausdrückliche Verankerung des allgemeinen Prinzips der Anpassung in der EuErbVO die mitgliedstaatlichen Behörden in der Praxis eine solche Anpassung nicht vornehmen würden; siehe insb. Dok. 14837/10 vom 29.10.2010, JUSTCIV 173 CODEC 1014, 5.

eine analoge Anwendung dieser Regelung erforderlichen planwidrigen Regelungslücke zu verneinen ist. Selbst wenn man das aber anders sehen will, ändert dies nichts daran, dass zum einen die problematischen Fälle anhand der für die Substitutionsproblematik entwickelten Grundsätze zu lösen sind<sup>144</sup> und dass zum anderen die in Art. 31 EuErbVO enthaltenen Vorgaben ohnehin im Wesentlichen mit den für das Substitutionsproblem entwickelten Grundsätzen<sup>145</sup> übereinstimmen, sodass eine analoge Anwendung des Art. 31 EuErbVO auch im Ergebnis für den Rechtsanwender keinen Mehrwert hätte.<sup>146</sup>

### III. Fazit

Die vorliegende Untersuchung begann mit der Ermittlung des Anwendungsbereichs der EuErbVO auf *trusts*. Dabei erfolgte eine Auseinandersetzung mit der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO, in deren Rahmen insbesondere dargelegt wurde, wie sich der Aussagegehalt des ErwG 13 mit Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO in Einklang bringen lässt.

Gegenstand des zweiten Teils war dann die Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 31 EuErbVO auf *trusts*. Anhand eines Beispielsfalls wurde zunächst gezeigt, dass es einer Anpassung in den Fällen einer sogenannten „qualitativen Normendiskrepanz“ nicht bedarf, was wiederum dazu führt, dass eine direkte Anwendung des Art. 31 EuErbVO auf *trusts* richtigerweise zu verneinen ist.

<sup>144</sup> Hierzu *Rakob*, Ausländische Mobiliarsicherungsrechte (Fn. 118) 42–51; *Mansel*, Substitution (Fn. 126) 696–700.

<sup>145</sup> So auch *Patrão*, A „*adaptação*“ (Fn. 126) 154. So verlangt Art. 31 EuErbVO, dass das dingliche Recht „soweit erforderlich und möglich an das in der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaates am ehesten vergleichbare Recht anzupassen“ ist. Auch eine Substitution setzt voraus, dass die maßgebliche Sachnorm es nach ihrem Sinn und Zweck zulässt, eine ausländische Rechtsfigur ihrem Tatbestand zu subsumieren (siehe nur MüKo BGB / *von Hein* (Fn. 65) Einl. IPR Rn. 252). In den Worten des Art. 31 EuErbVO bedeutet dies, dass eine „Anpassung“ nur dann erfolgen darf, wenn die Rechtsordnung des Mitgliedstaates, dem das dingliche Recht unbekannt ist, eine „Anpassung“ ermöglicht. Ferner muss bei einer Substitution die Gleichwertigkeit zwischen dem ausländischen und dem inländischen Rechtsinstitut festgestellt werden (vgl. erneut nur MüKo BGB / *von Hein* (Fn. 65) Einl. IPR Rn. 255). In den Worten des Art. 31 EuErbVO bedeutet dies, dass eine „Anpassung“ an das in der Rechtsordnung des Mitgliedstaates, dem das dingliche Recht unbekannt ist, „am ehesten vergleichbare Recht“ zu erfolgen hat.

<sup>146</sup> Dies gilt auch für die in Art. 31 EuErbVO vorgesehene Pflicht der Mitgliedstaaten zur Vornahme einer Anpassung. Denn als allgemeines Prinzip des IPR, das nicht nur von anderen Regelungen in der EuErbVO selbst vorausgesetzt wird (vgl. Art. 32 EuErbVO), sondern auch in anderen europäischen Verordnungen angesprochen wird (siehe etwa Art. 29 EuGüVO), wäre es bei Gerichten und Behörden, die an Recht und Gesetz gebunden sind, sehr schwierig, überzeugend darzulegen, warum sie nicht schon generell eine Pflicht haben, dieses allgemeine Prinzip des IPR bei der Falllösung zu beachten.

Abschließend wurde noch eine analoge Anwendung des Art. 31 EuErbVO zur Lösung von Substitutions- und Transpositionsproblemen in Trustkonstellationen problematisiert. Eine derartige analoge Anwendung wurde allerdings im Ergebnis abgelehnt, da es insoweit an einer für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke fehlt.

