

Der Protector

Alexander A. Bove, Jr., erstellt mit seiner Dissertation über den Protector die erste umfassende wissenschaftliche Arbeit zu diesem Thema.



*Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Titularprofessor Universität Zürich
Partner Kendris AG*

Dissertation

Im Januar 2014 erschien die von Alexander A. Bove, Jr., an der Universität Zürich verfasste und von Prof. Dominique Jacob und mir begutachtete Dissertation zum Thema «*The Development, Use, and Misuse of the Trust Protector and its Role in Trust Law and Practice*». Die Dissertation ist als Band 12 der Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht erschienen.

Alexander A. Bove, Jr., ist emeritierter (nebenamtlicher) Professor der Boston University (School of Law) und anerkannter Praktiker in den USA. Er hat mehrere Bücher zum Estate Planning veröffentlicht, unter anderem *The Complete Book of Wills, Estates and Trusts* (2005), *The Medicaid Planning Book* (1996) und *Joint Property* (1982). Er hat sich im hohen Alter entschlossen, zu einem Thema, mit welchem er sich bereits seit vielen Jahren in der täglichen Arbeit befasst hat, eine Dissertation zu verfassen.

Die Dissertation beleuchtet den *Trust-Protector* und seine Rolle in verschiedenen Trust-Jurisdiktionen. Dieses Institut wurde erst kürzlich von der Praxis geschaffen und zwar aus dem Bedürfnis

heraus, den Trustee (Verwalter des Trusts) zu kontrollieren. Einen *Protector* gibt es auch im *Stiftungsrecht*, wo das gleiche Bedürfnis besteht: Der Settlor errichtet einen Trust (eine Stiftung) und gibt somit das Zepter aus der Hand und möchte, dass ein «Freund der Familie» ein Auge darauf behält, was der Trustee (Stiftungsrat) genau macht, ohne dass formell eine (staatliche) Aufsichtsbehörde eingeschaltet werden muss.

Wenn man die praktische Bedeutung und die Häufigkeit der Anwendung sieht, erstaunt es, dass diese Institution bisher noch nicht umfassend wissenschaftlich aufgearbeitet wurde, weder im Trustrecht noch im Stiftungsrecht. Hintergrund dafür mag sein, dass das in der Praxis geschaffene Instrument über weite Strecken auch keine geschriebene gesetzliche Grundlage hat. Die Dissertation von Alexander A. Bove, Jr., ist somit die *erste umfassende wissenschaftliche Arbeit zu diesem Thema*.

Fiduciary

Die zentrale Aussage der Dissertation ist, dass der Protector (wie der Trustee und der Executor [Willensvollstrecker]) ein *Fiduciary* ist, dass er also eine treuhänderische Aufgabe wahrnimmt, welche er im besten Interesse der Begünstigten (Beneficiaries) ausüben muss. Dies hat auch eine umfassende Haftung zur Folge. Diese an sich naheliegende Lösung, welche ich nur unterstützen kann, ist nicht selbstverständlich, weil der Protector in der Lehre und Rechtsprechung häufig nicht als *Fiduciary* behandelt wird, sondern es werden ihm nur personenbezogene Pflichten auferlegt. Dies hat zur Folge, dass er keiner Haftung untersteht bzw. sich exkulpieren kann. Dies führte in vielen Trust-Jurisdiktionen dazu, dass man den Protector mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet hat, ohne dass er im Schadensfall haftet.

Robert T. McLean Trust

In Kapitel 2 der Dissertation wird geschildert, wie alles begann. Robert T. McLean war im Alter von 24 Jahren das Opfer

eines Autounfalls und in der Folge querschnittsgelähmt. In einem Vergleich bezahlte die Versicherung des Unfallverursachers die Summe von 1,7 Mio. US\$, welche in den Robert T. McLean Trust eingebracht wurden. Der Anwalt, welcher den Prozess führte, wurde als Trustee eingesetzt, und der Anwalt, welcher ihm den Fall vermittelt hatte, als Protector. Der Trust sollte Robert T. McLean, welcher eine Lebenserwartung von 22 Jahren hatte, für die Zeit seines Lebens mit zusätzlichen Mitteln versehen, welche ihm das Leben erleichtern sollten, und bei seinem Ableben sollte die Familie den Überrest erhalten.

Der Trustee erlaubte, dass in der Folge eine Stereo-Anlage für 150'000 US\$ angeschafft wurde und dass ein Zaun um das Haus des Begünstigten für 50'000 US\$ errichtet wurde. Und so kam es, dass nach 18 Monaten das Geld ausging. Robert T. McLean war in der Folge von der Fürsorge abhängig. Nachdem ein Prozess gegen den Trustee nicht die gewünschten Ergebnisse brachte, wurde ein zweiter Prozess gegen den Protector geführt. Ihm wurde vorgeworfen, dass er den Trustee nicht abgesetzt hat, nachdem ersichtlich wurde, dass dieser das Geld nicht angemessen verwaltet. Das hätte mindestens 1 Mio. US\$ gerettet, was Robert T. McLean ein angenehmeres Leben ermöglicht hätte. Das Gerichtsverfahren zeigte, dass weder beim Protector noch bei den Gerichten eine Vorstellung über die genaue Rolle und Aufgaben des Protector vorhanden war.

Asset Protection Trusts

In Kapitel 3 schildert Bove, wie in den 1980er Jahren Protectors vor allem im Rahmen von Asset Protection Trusts eingesetzt wurden, welche von Zahnärzten, Schönheitschirurgen und ähnlichen Berufsgattungen zum Schutz vor ihren Gläubigern (Kunden) errichtet wurden. Um den Schutz bestmöglich auszugestalten, wurden die Trusts unwiderruflich errichtet (Irrevocable Trusts) und mit Ermessensbegünstigungen (Discretionary Trusts) ausgestattet. Dies verhinderte eine Kontrolle sowohl durch den Gründer (Settlor),

als auch durch die Begünstigten (Beneficiaries). Zudem wurden diese Trusts in Jurisdiktionen errichtet, welche Urteile aus den USA nicht anerkannten. Das schuf das Bedürfnis nach einer anders gearteten Kontrolle der Trustees. Diese wurde in der Person des Protector geschaffen.

Noch frühere Wurzeln finden sich beim Trust Advisor, für welchen eine treuhänderische Stellung anerkannt ist.

Treuhänderische Befugnisse und Pflichten

In Kapitel 4 wird ein Vergleich des Protector mit dem Trustee gemacht und es werden die treuhänderischen Befugnisse und Pflichten mit den personenbezogenen Befugnissen und Pflichten verglichen. Die Gerichte prüfen im Einzelfall, welche der beiden Positionen vorliegt. Dabei wird auf Umstände abgestellt, wie die Bezahlung des Protector. Entscheidend ist der Wille des Settlor. Bove plädiert dafür, dass man dem Protector treuhänderische Pflichten auferlegt (und ihn somit auch haften lässt), wenn er aufgrund seiner Aufgaben eine entsprechende Position inne hat (was in der Regel der Fall ist) und zwar unabhängig davon, ob in den Dokumenten zur Trusterrichtung Haftungsausschlüsse vermerkt sind.

Powers

Im 5. und 6. Kapitel untersucht Bove die Aufgaben und Befugnisse (Powers) des Protector. Seine Hauptpflicht besteht darin, den *Trustee fortdauernd zu beobachten und zu kontrollieren*, soweit dies im Trust Deed nicht anders vorgesehen ist. Dazu kann auch gehören, den Trustee zu entfernen und durch einen neuen Trustee zu ersetzen oder Begünstigte neu zu bestimmen. Eine Mehrheit von Personen schafft beim Protector für ähnliche Probleme wie bei den Trustees und Executors: Es müssen im Zweifel Mehrheitsentscheidungen gefunden werden. Wichtig ist, dass der Protector seine Aufgabe aktiv angeht und dem Trustee nicht einfach freie Hand lässt. Er kann seine Aufgabe weder delegieren, noch nach eigenem Ermessen auf einen Teil seiner Befugnisse verzichten.

Haftung

Im 7. Kapitel wird die Haftung des Protector untersucht. Bove befürwortet eine Haftung des Protector neben dem Trustee. Den Umfang wird das Gericht im Einzel-

fall bestimmen. Ähnlich wie im schweizerischen Haftpflichtrecht (Art. 100 Abs. 1 OR) begrenzen die Gesetze einzelner Länder die Möglichkeit des *Haftungsausschlusses*. Bove erwähnt in diesem Zusammenhang § 25 Trust Act 1996 von Saint Kitts.

Rechte

In Kapitel 8 werden die Rechte des Protector untersucht. Das *Informationsrecht* des Protector ist umso grösser, je stärker seine Stellung treuhänderisch geprägt ist. Der Protector hat das Recht, seine Befugnisse gerichtlich durchzusetzen, er darf ein Honorar erwarten und will schadlos gehalten werden.

Verhältnis zum Trustee

Im 9. Kapitel wird das Verhältnis zum Trustee näher beleuchtet. Wenn sich *zwei Fiduciaries* begegnen, ist das gegenseitige Verhältnis ziemlich komplex und es treten Fragen auf wie: Ist der Trustee an die Instruktionen des Protector gebunden oder muss er sogar umgekehrt auch den Protector kontrollieren?

Ein Fall aus den USA (In Re Cross) weist hier die Lösung: Ein Trustee wollte Wertschriften verkaufen, erhielt aber die (notwendige) Zustimmung des Co-Fiduciary wiederholt nicht. Dies führte zum Verlust fast des ganzen Trustvermögens. Der Trustee (und nicht etwa der pflichtwidrig sich weigernde Co-Fiduciary) wurde von einem Begünstigten verklagt, weil er es unterlassen hatte vom Gericht Instruktionen einzuholen und er wurde auch zu Schadenersatz verurteilt. Die Lösung ist somit, *Instruktionen durch das Gericht* zu suchen.

Nochmals komplexer ist das Verhältnis beim *Directive Trust*, bei welchem der Trustee Instruktionen zur Verwaltung seines Vermögens oder zu Ausschüttungen von einem Dritten empfängt. Auch hier wird vermehrt nur die Instruktion durch das Gericht eine verbindliche Lösung bringen.

Weiter befasst sich Bove mit der *Veto Power*: Häufig wird der Protector mit der Befugnis ausgestattet, dass Handlungen des Trustees immer die Zustimmung des Protector erfordern. Das macht den Protector ungewollt zum «de facto managing partner of the trust». Um solches zu ver-

hindern, wird dem Protector in manchen Trust Deeds erlaubt, dem Trustee eine «Carte blanche» zu erteilen, meist für eine beschränkte Zeit. Dies zeigt, dass das Zusammenspiel der beiden Fiduciaries noch weit entfernt von einer befriedigenden Lösung ist. Es besteht die Gefahr, dass Gerichte hier eingreifen und dem Protector zwingende Pflichten auferlegen.

Gerichte

Im 10. Kapitel wird die Rolle der Gerichte näher untersucht. Die Gerichte haben einerseits – wie gesehen – das Verhältnis zwischen Trustee und Protector zu klären, sie sind aber andererseits auch dazu da, um den Protector selbst (seine Bestellung, Tätigkeit, Absetzung usw.) zu überwachen.

Praktische Fragen

In Kapitel 11 geht die Dissertation auf praktische Fragen ein, wie die Auswahl des Protector (eine oder mehrere Personen, natürliche oder juristische Personen), die Formulierung des Trust Deed (genaue Bestimmung der Befugnisse, Änderung des Sitzes und des anwendbaren Rechts, Nachfolgeregelungen usw.).

Formulierungsvorschläge

In der Dissertation sind keine Formulierungsvorschläge für die Praxis enthalten. Bove plant, in den USA 2014 oder 2015 eine weitere Publikation herauszugeben, die derartige Vorschläge enthalten wird.

h.kuenzle@kendris.com

www.kendris.com

