



Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

vom 12. Januar 2022

Übersicht

In Beantwortung der Motion 18.3383 strebt der Vorentwurf die Einführung des Rechtsinstituts des Trusts in das Obligationenrecht an. Hierfür sind auch in anderen Erlassen sowie bei der steuerlichen Behandlung die notwendigen Anpassungen vorzunehmen. Ziel ist es, Personen und Unternehmen in der Schweiz ein für den Erhalt ihres Vermögens flexibles, zuverlässiges und geeignetes Rechtsvehikel zur Verfügung zu stellen und dem Finanzplatz neue Geschäftsmöglichkeiten zu eröffnen.

Ausgangslage

Die Schweiz hat bisher kein eigenes Trustrecht. Ausländische Trusts sind jedoch weit verbreitet und stellen eine rechtliche und wirtschaftliche Realität dar. Seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens im Jahr 2007 werden sie in der Schweiz vollständig anerkannt.

Seit 2016 hat das Parlament drei Vorstösse angenommen, die im Wesentlichen die Einführung eines «Schweizer Trusts» verlangen. Die jüngste, die Motion RK-S 18.3383 «Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung», wird mit vorliegendem Bericht umgesetzt. Auch wenn es sich beim Trust in erster Linie um ein Rechtsinstitut des common law handelt, gehen seine Wurzeln bis ins römische Recht zurück. Mehrere Länder mit zivilrechtlicher Tradition haben im Laufe der Jahre den Trust oder ähnliche Gebilde (fiducie, Treuhand) in ihre Gesetzgebung aufgenommen. Diesem europäischen und internationalen Trend folgt die Schweiz mit der beabsichtigten Integration des Trusts in ihre Rechtsordnung.

Bei der Ausarbeitung des Regelungsvorschlags wurde die Verwaltung von einer Expertengruppe für Privatrecht und von einer Arbeitsgruppe für Steuerrecht, je bestehend aus internen und externen Spezialistinnen und Spezialisten, unterstützt. Eine Regulierungsfolgenabschätzung wurde durchgeführt, um die wirtschaftlichen Auswirkungen des Projekts zur Einführung eines Schweizer Trusts zu untersuchen. Der 2019 veröffentlichte Bericht erkannte im nicht gedeckten Bedürfnis nach einem tauglichen Instrument für die Vermögensplanung ein Regulierungsversagen. Ein Schweizer Trust könnte diese Lücke schliessen und würde damit neue Geschäftsmöglichkeiten eröffnen sowie eine Chance für den Finanzplatz darstellen.

Inhalt des Entwurfs

Der Vorentwurf sieht eine Einführung des Trusts als neues Rechtsinstitut im Obligationenrecht vor. Der vorgeschlagene Trust trägt die wesentlichen Merkmale eines Trusts nach angelsächsischem Recht und entspricht der Definition des Haager Trust-Übereinkommens. Er ist somit eine echte Alternative für natürliche und juristische Personen, die weder ein ausländisches Rechtsinstitut noch ein Gebilde nach Schweizer Recht in Anspruch nehmen wollen oder können. Der Vorentwurf ist ausserdem nicht bloss einem Modell des ausländischen Rechts nachgebildet, sondern beruht auf

im Schweizer Recht bereits bekannten Regeln und Prinzipien, was einen hohen Grad an Rechtssicherheit garantiert.

Der vorgeschlagene Rechtsrahmen berücksichtigt die unter anderem im Ehe- und Erbrecht geltenden Verfügungsbeschränkungen und stellt insofern sicher, dass die Begründerin oder der Begründer die Vermögenswerte nicht zulasten Dritter veräußern kann. Zudem bietet er die nötige Flexibilität, um eine Verwendung des Trusts zu verschiedenen Zwecken und in verschiedenen Kontexten zu ermöglichen: privat oder geschäftlich, zur Vermögens- oder Nachlassplanung, zur Sicherheit, zum Erhalt von Vermögen usw. Einzig die Errichtung karitativer Trusts und anderer purpose trusts wird im Vorentwurf ausgeschlossen, um nicht mit der Rechtsform der Stiftung zu konkurrieren, die einen sehr guten Ruf genießt und die verschiedenen Bedürfnisse in diesem Bereich zu erfüllen scheint. Dies schliesst eine Änderung des Stiftungsrechts zu einem späteren Zeitpunkt und mit vergleichbarer Zielsetzung, namentlich im Bereich der Familienstiftungen, freilich nicht aus. Der Bundesrat ist solchen Änderungen grundsätzlich nicht verschlossen. Ausserdem kann ein Trust nur für eine bestimmte Zeit, die hundert Jahre nicht überschreiten darf, errichtet werden. Die Beschränkungen bezüglich Zweck und Dauer entsprechen der traditionellen Ausgestaltung in den Ländern des common law.

Da der Schweizer Trust auch im Ausland eingesetzt werden kann, ist es wichtig, dass er mit den Transparenzvorgaben der internationalen Standards vereinbar ist. Der Vorschlag berücksichtigt daher auch die Verpflichtungen der Schweiz bei der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung sowie im Bereich der Steuertransparenz. Er enthält die für die Einhaltung der Anforderungen der Financial Action Task Force (FATF) und des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum) erforderlichen Bestimmungen, insbesondere was die Pflicht zur Identifikation und Überprüfung der wirtschaftlich Berechtigten durch die oder den Trustee anbelangt. Soweit das geltende Schweizer Recht das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung eines Trusts bereits ausreichend vermeidet, so wird dieses Risiko mit der Schaffung eines Schweizer Trusts nicht erhöht.

Die Einführung eines Schweizer Trusts gibt Anlass, Trustverhältnisse auch in den Steuergesetzen explizit zu regeln. Derzeit erfolgt die Besteuerung von Trustverhältnissen nach Massgabe der allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätze sowie zweier Kreisschreiben. Bei der vorgeschlagenen steuergesetzlichen Regelung wird die in der geltenden Praxis übliche Zurechnung der Trusteinkommen an die Begründerinnen und Begründer, soweit es sich um einen widerruflichen Trust handelt, sowie die Zurechnung an die Begünstigten mit Rechtsansprüchen bei unwiderruflichen Trusts (Irrevocable Fixed Interest Trusts) beibehalten. Diese Regelungen stehen im Einklang mit der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, und mit ihrer Kodifizierung wird dem Legalitätsprinzip genüge getan. Beim sog. irrevocable discretionary trust sollen zukünftig neu Trusteinkommen und -vermögen dem Trust zugerechnet werden, welcher wie eine Stiftung als selbstständiges Steuersubjekt behandelt wird. Voraussetzung für diese Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten, wobei es der Praxis überlassen wird, wie diese Anteile betragsmässig ermittelt werden. Falls der Trust nach dem anwendbaren

Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, kann die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden die Einkommen und das Vermögen von Trusts den Begründerinnen und Begründern zugerechnet (subsidiäre Regel). Für die Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuer des Trusts vorgesehen (solidarische Haftung). Für bereits getätigte Vermögensdisposition ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben für diese Fälle eine Übergangsregelung (Grandfathering) vorgesehen.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Ausgangslage	9
1.1 Der Trust in der Schweiz	9
1.1.1 Allgemeines	9
1.1.2 Was ist ein Trust?	9
1.1.3 Anerkennung und Verbreitung des Trusts in der Schweiz	12
1.1.3.1 Übernahme des Haager Trust-Übereinkommens	12
1.1.3.2 Vereinbarkeit des Trusts mit der schweizerischen Rechtsordnung	13
1.1.3.3 Keine Schweizer Trusts, aber Trusts in der Schweiz	13
1.1.4 Die auf den Trust anwendbaren Regeln	14
1.1.4.1 Internationales Privatrecht	14
1.1.4.2 Betreibungsrecht und Grundbuchrecht	15
1.1.4.3 Aufsichtsrechtliche Bestimmungen für Trusts	16
1.1.4.4 Steuerrecht	17
1.1.5 Funktionen und Arten von Trusts	17
1.1.6 Abgrenzung zu Instituten des Schweizer Rechts	19
1.1.6.1 Abgrenzung zur Stiftung	19
1.1.6.2 Abgrenzung zur Treuhand	21
1.1.6.3 Andere Rechtsinstitute und Instrumente	22
1.1.7 Wirtschaftliche Bedeutung von Trusts	25
1.2 Handlungsbedarf und Ziele	26
1.2.1 Parlamentarische Vorstösse	26
1.2.1.1 Postulat 10.3332 «Analyse einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz»	26
1.2.1.2 Postulat 15.3098 «Prüfung einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts»	26
1.2.1.3 Parlamentarische Initiative 16.488 «Aufnahme des Rechtsinstituts des Trusts in die schweizerische Gesetzgebung»	26
1.2.1.4 Motion 18.3383 «Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung»	27
1.2.2 Vorarbeiten	27
1.2.3 Ziele	28
1.2.3.1 Behebung eines Regulierungsversagens	28
1.2.3.2 Stärkung des Finanzplatzes und der Finanzindustrie	28
1.2.3.3 Weitere Ziele	29
1.3 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung	29
1.3.1 Aufnahme des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung	29

1.3.2	Gewählte Lösung: Kodifikation des Trusts im Obligationenrecht	31
1.3.3	Änderung des Stiftungsrechts	32
1.4	Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)	33
2	Steuerrechtliche Behandlung von Trusts	34
2.1	Steuerliche Behandlung des Trusts in DBG und StHG	34
2.2	Steuerliche Behandlung des Trustees in DBG und StHG	35
2.3	Steuerliche Behandlung von Begründer und Begünstigten in DBG und StHG	35
2.4	Erbschafts- und Schenkungssteuer	38
2.5	Verrechnungssteuer und ausländische Quellensteuern	38
2.6	Stempelabgaben	40
2.7	Mehrwertsteuer	40
2.8	Würdigung der heutigen Praxis	41
3	Transparenz- und Anti-Geldwäscherei-Bestimmungen für Trusts	44
3.1	Internationale Standards	44
3.1.1	Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung	44
3.1.2	Transparenz in Steuersachen	46
3.2	Konformität des Schweizer Rechts mit den internationalen Standards	47
3.3	Anforderungen an einen Schweizer Trust	48
3.4	Entwicklungen der internationalen Standards	49
3.5	Transparenz gemäss internationalen Vorgaben	50
4	Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	50
4.1	Allgemeines	50
4.2	Länder des common law	51
4.2.1	England	51
4.2.2	Kaimaninseln	53
4.2.3	Jersey	54
4.3	Länder mit zivilrechtlicher und gemischtrechtlicher Tradition	54
4.3.1	Schottland	54
4.3.2	Quebec	55
4.3.3	Liechtenstein	57
4.3.4	Frankreich	58
4.4	Recht der Europäischen Union	59
5	Grundzüge der Vorlage	60
5.1	Die beantragte Neuregelung	60
5.1.1	Kodifizierung des Trusts im OR	60
5.1.1.1	Der Trust als Rechtsinstitut sui generis	60

5.1.1.2	Trust im Sinne des HTÜ, im Interesse von Begünstigten	61
5.1.1.3	Zeitliche Beschränkung und Widerruflichkeit des Trusts	62
5.1.1.4	Errichtung des Trusts durch einseitigen Willensakt der Begründerin oder des Begründers (Trusturkunde) und Vermögensübertragung	62
5.1.1.5	Pflichten und Rechte der Trustees	63
5.1.1.6	Rechte der Begünstigten	65
5.1.1.7	Getrennt gehaltenes Trustvermögen	66
5.1.1.8	Folgerecht für das Trustvermögen	67
5.1.1.9	Gerichtliche Anordnungen	68
5.1.1.10	Schiedsgerichtsbarkeit	68
5.1.2	Transparenz gemäss internationalen Vorgaben	68
5.1.3	Anpassung des bestehenden gesetzlichen Rahmens für Trusts	69
5.1.4	Änderung des Steuerrechts	70
5.1.4.1	Handlungsbedarf	70
5.1.4.2	Beschrieb der Optionen	72
5.1.4.3	Steuerfolgen der Optionen	74
5.1.4.4	Bewertung der Optionen	77
5.1.4.5	Begründung der vorgeschlagenen Regelung	83
5.2	Umsetzung	85
5.2.1	Grundbuchverordnung	85
5.2.2	Weitere Erlasse zu öffentlichen Registern	86
6	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	86
6.1	Obligationenrecht	86
6.2	Zivilgesetzbuch (ZGB)	110
6.3	Zivilprozessordnung (ZPO)	111
6.4	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)	113
6.5	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)	113
6.6	Strafgesetzbuch (StGB)	114
6.7	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)	115
6.8	Steuerharmonisierungsgesetz (StHG)	117
6.9	Verrechnungssteuergesetz (VStG)	117
6.10	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)	117
7	Auswirkungen	118
7.1	Auswirkungen auf den Bund	118
7.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	118
7.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	118
7.4	Auswirkungen auf die Gesellschaft	118

8	Rechtliche Aspekte	119
8.1	Verfassungsmässigkeit	119
8.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	120
8.3	Erlassform	120
8.4	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	120
8.5	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	120
8.6	Datenschutz	120

Erläuternder Bericht

1 Ausgangslage

1.1 Der Trust in der Schweiz

1.1.1 Allgemeines

Auch wenn das geltende Schweizer Recht das Rechtsinstitut des Trusts als solches nicht vorsieht, so sind Trusts heute auch in der Schweiz bekannt und verbreitet und eine rechtliche und wirtschaftliche Realität. Spätestens seit Inkrafttreten des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ)¹ in der Schweiz am 1. Januar 2007 werden ausländische Trusts nach Massgabe dieses Übereinkommens sowie der Regeln des Internationalen Privatrechts anerkannt (vgl. dazu ausführlich Ziff. 1.1.3), und sie unterstehen in verschiedener Hinsicht dem Schweizer Recht beziehungsweise spezifischen schweizerischen Regelungen für Trusts, namentlich in Bezug auf die Transparenz und Aufsicht (vgl. Ziff. 1.1.4.3), und die Steuern (vgl. Ziff. 1.1.4.4). Dabei erfüllen die verschiedenen Formen von Trusts unterschiedliche wirtschaftliche Funktionen (vgl. Ziff. 1.1.5), womit dem Trust heute eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung in der Schweiz zukommt (vgl. Ziff. 1.1.7).

1.1.2 Was ist ein Trust?

Der Trust ist ein in den Ländern des *common law* historisch gewachsenes Rechtsinstitut, dessen Wurzeln bis ins römische Recht zurückgehen.² Es handelt sich weder um eine juristische Person noch um einen Vertrag, sondern um ein eigenständiges Rechtsinstitut, das sich von der Treuhand und der Stiftung nach Schweizer Recht unterscheidet (siehe unten, Ziff. 1.1.6). Den Trust definieren zu wollen, ist ein heikles Unterfangen. Die Länder des *common law* verzichten in der Regel auf eine Legaldefinition, und die Rechtslehre neigt dazu, die Merkmale des Trusts zu umschreiben, anstatt den Trust abstrakt und allgemein zu definieren.³ Dennoch kann der Trust als ein privatrechtliches Rechtsverhältnis bezeichnet werden, bei dem Vermögen (Trustvermögen oder *trust fund*) der Aufsicht einer Person (*trustee*) unterstellt worden ist, damit diese es im Interesse von Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck verwaltet und verwendet. Diese Definition ergibt sich aus Artikel 2 HTÜ⁴ sowie aus Ziffer 2.1 des Kreisschreibens Nr. 30 «Besteuerung von Trusts» der Schweizerischen Steuerkonferenz vom

¹ SR 0.221.371

² Zu den römischen Wurzeln des Trusts siehe IRINA GVELESIANI, The Roman origin of the trust, in: Trusts & Trustees, Dezember 2020, S. 907–915.

³ LUC THÉVENOZ, Trust en Suisse, 2001, S. 20.

⁴ Gemäss Art. 2 Abs. 1 bedeutet «der Ausdruck <Trust> die von einer Person, dem Begründer, – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall – geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustees unterstellt worden ist.»

22. August 2007 (Kreisschreiben Nr. 30)⁵ und übernimmt die drei Grundvoraussetzungen (*three certainties*) des Trusts nach angelsächsischem Recht: Als Erstes muss aus den Worten und Handlungen der oder des *settlor* klar ersichtlich sein, dass er einen Trust begründen will (*certainty of intention*). Zweitens muss das Vermögen, mit welchem die oder der *settlor* den Trust errichten will, eindeutig bestimmt oder bestimmbar sein (*certainty of subject matter*). Und drittens muss klar ersichtlich sein, wer die Begünstigten des Trusts sind (*certainty of object*).⁶

Obwohl es auch Trusts gibt, die von Gesetzes wegen oder durch einen Gerichtsentcheid entstehen (*resulting trusts, constructive trusts* und *statutory trusts*), werden die meisten Trusts durch ein einseitiges Rechtsgeschäft der Begründerin oder des Begründers (*settlor*) errichtet, mit dem sie oder er bestimmte Vermögenswerte einem Trust zuwidmet und das Eigentum daran der oder dem Trustee überträgt.⁷ Diese Trusts nennt man «rechtsgeschäftliche Trusts» oder «*express trusts*». Aus formeller Betrachtung beruht ein rechtsgeschäftlicher Trust auf einer Willensäußerung der Begründerin oder des Begründers, die eine Bezeichnung des Zwecks oder der Begünstigten enthält sowie Angaben darüber, wie die oder der Trustee das Trustvermögen zu verwalten, zu verwenden und darüber zu verfügen hat. Die Willensäußerung der Begründerin oder des Begründers ist in der Trusturkunde (*trust deed*) enthalten. In der Regel bedarf sie der Schriftform, doch einige Rechtsordnungen lassen mündliche Trusts zu (siehe Ziff. 4.2). Die Willensäußerung kann unter Lebenden (Trust *inter vivos*) oder von Todes wegen (testamentarischer Trust) erfolgen. Sie allein genügt jedoch nicht für die Errichtung des Trusts, der im Prinzip erst mit der Übertragung der Vermögenswerte auf die oder den Trustee und mit deren oder dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Annahme rechtswirksam wird.

Grundsätzlich wird ein Trust zugunsten von Begünstigten errichtet. Diese müssen identifiziert oder mindestens identifizierbar sein. Den Begünstigten können feste und rechtlich durchsetzbare Ansprüche auf Ausschüttungen (*fixed interest trust*) oder blosse, dem Ermessen der Trustee oder des Trustees unterliegende Anwartschaften (*discretionary trust*) zustehen. Im letzteren Fall werden Betrag und Zeitpunkt der Ausschüttung dem freien Ermessen der Trustee oder des Trustees überlassen, wobei die in der Trusturkunde festgehaltenen Bedingungen einzuhalten sind. Abgesehen vom in der Trusturkunde anerkannten Anspruch auf Ausschüttung können die Begünstigten von der oder vom Trustee Rechenschaft verlangen. Sodann verfügen sie über rechtliche Handlungsmöglichkeiten (*remedies*), wenn die oder der Trustee ihre oder seine Pflichten nicht erfüllt. Insbesondere haben die Begünstigten das Recht, bei pflichtwidriger Veräusserung des Trustvermögens dessen Herausgabe zu verlangen (Folgerecht oder *tracing*). Ausnahmsweise hat ein Trust keine identifizierbaren Begünstigten. Diesfalls muss er

⁵ Kreisschreiben Nr. 30 «Besteuerung von Trusts» der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007 (Kreisschreiben Nr. 30) (abrufbar unter www.steuerkonferenz.ch > Dokumente > Kreisschreiben), wonach der Begriff Trust «ein Rechtsverhältnis [bezeichnet], welches entsteht, wenn der Errichter (Settlor) auf der Grundlage einer Errichtungsurkunde (Trust Deed) bestimmte Vermögenswerte auf eine oder mehrere Personen (Trustees) überträgt mit der Aufgabe, diese zum Vorteil der Begünstigten mit Wirkung gegenüber jedermann zu verwalten und zu verwenden.»

⁶ CINCELLI, *Der Common Law Trust*, 2017, Nr. 189.

⁷ LUC THÉVENOZ, *Trust en Suisse*, 2001, S. 20 f.; GUILLAUME GRISEL, *Le trust en Suisse*, 2020, S. 3.

einen Zweck haben, wobei die oder der Trustee verpflichtet ist, diesem Zweck entsprechend zu handeln. Man spricht dann von einem *purpose trust*. In gewissen Ländern des *common law* kann ein *purpose trust* nur rechtsgültig errichtet werden, wenn er einen gemeinnützigen Zweck verfolgt (*charitable trust*). Andere Länder, namentlich die sogenannten Offshore-Jurisdiktionen, erlauben die Errichtung von Trusts ohne Begünstigte und ohne gemeinnützigen Zweck. Solche Trusts nennt man *private purpose trusts*.

Gemäss der *rule against perpetuities* wird der Trust generell für eine bestimmte Dauer errichtet, die sich aus der Trusturkunde, dem Gesetz oder der Rechtsprechung ergibt. Diese Dauer wird im Gesetz oder in der Rechtsprechung festgelegt und variiert von Land zu Land. In England beispielsweise beträgt die erlaubte Höchstdauer 125 Jahre. In den letzten Jahren haben sich mehrere Rechtsordnungen dieser Regel entledigt und erlauben nunmehr Trusts mit zeitlich unbeschränkter Dauer.

Die oder der Trustee erhält das Eigentum am Trustvermögen (*trust fund*) und wird mit- hin Trägerin oder Träger aller damit verbundenen Rechte und Pflichten. Sie oder er handelt in eigenem Namen und nicht als Organ oder in Vertretung des Trusts. Auch wenn das Eigentum (gemäss *common law: legal interest*) bei der oder beim Trustee liegt, bildet das Trustvermögen ein von ihrem oder seinem persönlichen Vermögen getrenntes Sondervermögen. Dieses kann von den persönlichen Gläubigerinnen oder Gläubigern der Trustee oder des Trustees nicht belangt werden. Es fällt auch nicht in die Konkursmasse und wird weder Bestandteil des ehelichen Vermögens noch des Nachlasses der Trustee oder des Trustees. Im Übrigen kann die oder der Trustee nicht frei über das Trustvermögen verfügen, sondern hat es vielmehr im ausschliesslichen Interesse der Begünstigten oder dem Zweck des Trusts entsprechend zu verwalten, zu verwenden und darüber zu verfügen.

Bei der Errichtung eines Trusts entsteht zwischen der oder dem Trustee und den Begünstigten eine Rechtsbeziehung. Darin tritt die Begründerin oder der Begründer im Prinzip nicht mehr auf. Sie oder er kann sich jedoch im Zeitpunkt der Trusterrichtung gewisse Rechte vorbehalten. So kann die Begründerin beispielsweise sich selber begünstigen, indem sie sich als Begünstigte des Trusts einsetzt. Sie kann auch eine Kontrollbefugnis über den Trustee vorsehen, indem sie sich die Möglichkeit einräumt, bei wichtigen Entscheiden mitzuwirken oder sich ihnen zu widersetzen. Der Begründer kann sich zudem das Recht vorbehalten, den Trust aufzulösen und das verbleibende Vermögen wieder an sich zu ziehen. Der Trust wird diesfalls als «widerrufbar» bezeichnet.⁸ Umgekehrt kann ein unwiderruflicher Trust nicht widerrufen werden, weshalb die Begründerin oder der Begründer die Rechte am auf den Trust übertragenen Vermögen verliert. Diesfalls ist die Übertragung umfassend und endgültig.

Neben den Trusts nach *common law* gibt es Rechtskonstrukte, die vergleichbare Merkmale aufweisen und ihnen manchmal gleichgestellt werden (siehe Ziff. 4.1). So umfasst

⁸ Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (BBl 2006 551 557 f.).

der im Haager Trust-Übereinkommen verwendete Begriff «Trust» nicht nur angelsächsische Trusts, sondern auch ähnliche Rechtsinstitute anderer Rechtsordnungen.⁹ Dementsprechend behandeln die FATF¹⁰ sowie das Global Forum¹¹ gewisse Rechtskonstrukte wie einen *express trust* und unterstellen sie den für diesen geltenden Transparenzregeln. Dies trifft auch auf die Geldwäscherei-Richtlinie der Europäischen Union zu.¹² Als dem Trust ähnliche Rechtskonstrukte ausdrücklich genannt werden *fideicomiso* (gewisser zivilrechtlicher Länder), *fiducie* (nach französischem Recht), *Treuhand* (nach deutschem Recht) oder *waqf* (nach islamischem Recht).¹³ Hingegen hielt die FATF im letzten Länderbericht zur Schweiz fest, dass die Treuhand nach Schweizer Recht kein dem Trust ähnliches Rechtskonstrukt sei. Entscheidend dabei war, dass die schweizerische Treuhand keine Bildung von Sondervermögen zulässt, weshalb die von der Treugeberin oder vom Treugeber anvertrauten Vermögenswerte in die Konkursmasse der Treuhänderin oder des Treuhänders fallen.¹⁴

1.1.3 Anerkennung und Verbreitung des Trusts in der Schweiz

1.1.3.1 Übernahme des Haager Trust-Übereinkommens

Vor dem Inkrafttreten des HTÜ im Jahr 2007 gab es keine spezifischen Bestimmungen zur Anerkennung des Trusts nach ausländischem Recht, obwohl er von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung weitgehend anerkannt wurde.¹⁵ Seither existiert eine klare Rechtsgrundlage, aufgrund welcher den ausländischen Trusts diejenigen Rechtswirkungen zuerkennt, die sie nach dem jeweils für sie anwendbaren ausländischen Recht entfalten. Dadurch wurde die Rechtssicherheit erhöht. Sofern ein Trust nach ausländischem Recht gültig errichtet wurde, so muss er auch dann anerkannt werden, wenn er enge Verbindungen zur Schweiz aufweist und selbst dann, wenn die Begründerin

⁹ Siehe Art. 31 der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 73) in der aktuellen Fassung.

¹⁰ Internationale Standards zur Bekämpfung von Geldwäscherei, Terrorismus- und Proliferationsfinanzierung, Empfehlungen der FATF, 2012 (www.fatf-gafi.org > publications > recommendations). Empfehlungen zu Transparenz und wirtschaftlich Berechtigten von Trusts und anderen Rechtskonstrukten sind in der Empfehlung 25 enthalten und werden in einer Interpretativnote konkretisiert.

¹¹ OECD, Guide de mise en œuvre du bénéficiaire effectif, 2019, S. 13 ff. (www.oecd.org/tax/transparency > Resources > Reports and guidance).

¹² Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU.

¹³ Siehe Definition der Rechtskonstrukte im FATF-Glossar: «*Legal arrangements* refers to express trusts or other similar legal arrangements. Examples of other similar arrangements (for AML/CFT purposes) include fiducie, treuhand and fideicomiso.» (www.fatf-gafi.org > FATF glossary > legal arrangements); siehe auch Publikation der OECD, S. 14 (FN 11).

¹⁴ Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, Schweiz, Länderbericht 2016, Ziff. 87 (www.fatf-gafi.org > publications).

¹⁵ GRISEL, *ebd.*, S. 97; Botschaft HTÜ, S. 562.

oder der Begründer, die oder der Trustee und die Begünstigten alle in der Schweiz ansässig sind. Diese Anerkennung ist jedoch auf Trusts gemäss den im Haager Trust-Übereinkommen definierten Kriterien beschränkt. Sie erfasst daher sowohl Trusts unter Lebenden als auch Trusts von Todes wegen. Die Anerkennung gilt für Trusts, die im Interesse der Begünstigten errichtet wurden, und für Trusts mit einem bestimmten Zweck (*purpose trust*), wobei gleichgültig ist, ob es sich um einen gemeinnützigen Zweck (*charitable trust*) oder einen privaten Zweck (*private purpose trust*) handelt.¹⁶ Der Trust muss nicht unbedingt schriftlich errichtet worden sein, sondern kann auch aufgrund einer mündlichen Erklärung entstanden sein. Die Definition des Haager Trust-Übereinkommens umfasst nur Trusts, die durch ein Rechtsgeschäft errichtet worden sind.

1.1.3.2 Vereinbarkeit des Trusts mit der schweizerischen Rechtsordnung

Seit der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens besteht kein Zweifel mehr, dass der Trust mit unserer Rechtsordnung kompatibel ist.¹⁷ Artikel 335 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB)¹⁸ steht weder einer Anerkennung ausländischer Trusts in der Schweiz¹⁹ noch der Einführung eines Schweizer Trusts im Weg. Die anderen Charakteristika des Trusts sind ebenfalls mit unserer Rechtsordnung vereinbar, namentlich die Trennung des Trustvermögens vom persönlichen Vermögen des Trustees sowie die Aussonderung des Trustvermögens im Konkursfall.²⁰ Zudem wird davon ausgegangen, dass die erbrechtlichen Pflichtteile, die zivilrechtlichen Publizitätsregeln sowie der *numerus clausus* der dinglichen Rechte einer Anerkennung des Trusts in der Schweiz nicht entgegenstehen.²¹

1.1.3.3 Keine Schweizer Trusts, aber Trusts in der Schweiz

Spätestens seit der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens werden in der Schweiz die nach ausländischem Recht rechtsgeschäftlich errichteten Trusts (*express trusts*) vollständig anerkannt. Hingegen bedarf die Errichtung eines Trusts in unserem Land der Inanspruchnahme eines Konstrukts nach ausländischem Recht. Tatsächlich gibt es in unserer Gesetzgebung bis heute kein materielles Trustrecht, das die Errichtung eines Trusts nach Schweizer Recht zulassen würde. Die Idee, den Trust in die schweizerische Rechtsordnung einzuführen, ist nicht neu.²² Sie wurde bereits in den

¹⁶ GRISEL, *ebd.*, S. 98.

¹⁷ Message CLHT, Ziff. 1.7.2, FLORENCE GUILLAUME, *Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite*, 2000, SZIER 1/20, S. 1–36.

¹⁸ SR 210

¹⁹ BGE 135 III 614

²⁰ BGer 5C.169/2001 E. 6.b.dd.

²¹ GRISEL, *ebd.*, S. 111 ff.

²² CINCELLI, *ebd.*, Nr. 680.

1950er-Jahren geäussert²³ und wurde im Zeitpunkt der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens wieder aufgebracht. Damals wurde eine Anpassung des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR)²⁴ zwecks Kodifizierung des Treuhandrechts unter Anlehnung an das Trustrecht geprüft. Dieser Vorschlag, der aus einer von Professor Luc Thévenoz geführten und 2001 veröffentlichten Studie hervorging, wurde schliesslich verworfen,²⁵ da man zum Schluss gekommen war, dass eine solche Kodifizierung nicht wünschenswert und für die Implementierung des Haager Trust-Übereinkommens in der Schweiz nicht notwendig sei. In der Botschaft wurde jedoch festgehalten, dass eine Kodifizierung längerfristig durchaus erwägenswert sei, da sie unter anderem den Vorteil hätte, dass für Interessierte in der Schweiz eine Alternative zum ausländischen Trust bestünde.²⁶

Heute spielt der Trust für den Finanzplatz Schweiz eine wichtige Rolle, vor allem im Bereich der privaten Vermögensverwaltung (siehe Ziff. 1.1.7). Die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens und die damit einhergegangenen punktuellen Anpassungen der Rechtsordnung²⁷ haben der Trustindustrie die nötige Rechtssicherheit gebracht. Allerdings richtet sich dieser Markt in der Schweiz vor allem an eine ausländische Klientel. Die meisten in der Schweiz ansässigen Personen üben Zurückhaltung, wenn es darum geht, einen ausländischen Trust als Instrument für die Organisation und Strukturierung von Vermögen oder für den Geschäftsverkehr zu wählen.²⁸ Die rechtliche Behandlung von ausländischen Trusts sowie die mangelnde Vertrautheit mit dem Konzept des *common law* bilden für die schweizerische Klientel eine Hemmschwelle, die sie davon abhält, die Vorteile des Trusts in Anspruch zu nehmen.

1.1.4 Die auf Trusts anwendbaren Regeln

1.1.4.1 Internationales Privatrecht

Bei Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens in der Schweiz 2007 wurde das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG)²⁹ geändert, indem das Kapitel 9a über den Trust (Art. 149a bis 149e IPRG) zwischen dasjenige über das Obligationenrecht und dasjenige über das Gesellschaftsrecht eingefügt wurde. Das IPRG definiert den Trust nicht selbst, sondern verweist auf die Definition des Haager Trust-Übereinkommens (Art. 2 HTÜ). Auch betreffend das anwendbare Recht verweist Artikel 149c Absatz 1 IPRG auf die entsprechenden Bestimmungen im Haager Trust-Übereinkommen: Der Trust untersteht in erster Linie dem vom Begründer gewählten Recht (Art. 6 HTÜ). Die Wahlfreiheit des Begründers ist unbeschränkt. Er kann das Recht eines beliebigen Staates wählen, der das Institut des Trusts

²³ FRIEDRICH GUBLER, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1954, S. 215a–476a.

²⁴ SR 220

²⁵ Siehe LUC THÉVENOZ, Trust en Suisse, 2001 (FN 3).

²⁶ Botschaft HTÜ, S. 582.

²⁷ Bestimmungen im IPRG und SchKG, Eckwerte für die Besteuerung von Trusts, Bewilligungs- und Überwachungsregeln für berufsmässige Trustees, siehe GRISEL, *ebd.* S. 329.

²⁸ LUC THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, in: SZW 2/2018, S. 99 ff., 101.

²⁹ SR 291

kennt. Ist kein anzuwendendes Recht gewählt worden, so untersteht der Trust demjenigen Recht, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist (Art. 7 HTÜ). Das auf den Trust anwendbare Recht regelt die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung (Art. 8 HTÜ). Die Zuständigkeit sowie die Anerkennung ausländischer Entscheidungen sind direkt im IPRG oder, sofern anwendbar, im Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ)³⁰ geregelt. Gestützt auf Artikel 149*b* IPRG ist in trustrechtlichen Angelegenheiten die Gerichtsstandswahl gemäss den Bestimmungen des Trusts massgebend. Die Wahl gilt sowohl für die streitige als auch für die nichtstreitige Gerichtsbarkeit. Gemäss Artikel 149*e* IPRG müssen ausländische Entscheidungen in trustrechtlichen Angelegenheiten in der Schweiz anerkannt werden, wenn sie von einem gestützt auf eine Gerichtsstandswahl zuständigen Gericht getroffen worden sind oder wenn sie im Staat ergangen sind, in dem die beklagte Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hatte, oder wenn sie im Staat ergangen sind, in dem der Trust seinen Sitz hatte oder dessen Recht der Trust untersteht. Im Übrigen enthält Artikel 149*d* IPRG eine Bestimmung über die Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch beziehungsweise in den Registern für Immaterialgüterrechte.

1.1.4.2 Betreibungsrecht und Grundbuchrecht

Mit dem Beitritt zum Haager Trust-Übereinkommen verpflichtete sich die Schweiz zur Anerkennung des Trusts in seiner gegebenen Form und verzichtete darauf, ihn per Analogie gestützt auf die bestehenden Rechtsinstrumente nach Schweizer Recht zu erfassen. Die Schweiz entschied sich für eine Anpassung der Rechtsordnung, um dem Trust die Entfaltung seiner Rechtswirkungen zu ermöglichen. Änderungen wurden namentlich im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht vorgenommen, um eine Trennung des Trustvermögens vom persönlichen Vermögen der Trustee oder des Trustees zu gewährleisten. Hierfür wurde ein neuer Titel bestehend aus zwei Artikeln ins Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)³¹ eingefügt. Diese Bestimmungen berücksichtigen die Trennung des persönlichen Vermögens der Trustee oder des Trustees vom Trustvermögen und regeln das Zwangsvollstreckungsverfahren gegen das Trustvermögen.³²

Auch das Grundbuchrecht wurde geändert, um die Anmerkung eines Trustverhältnisses zu ermöglichen (Art. 149*d* IPRG und Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 [GBV]³³). Damit wird das Publizitätsprinzip nach Schweizer Recht gewährleistet.

30 SR **0.275.12**

31 SR **281.1**

32 Siehe dazu AUDE PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, 2011.

33 SR **211.432.1**

1.1.4.3 Aufsichtsrechtliche Bestimmungen für Trusts

Auch wenn im Zeitpunkt der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens aufsichtsrechtliche Bestimmungen für Trusts diskutiert, aber schliesslich verworfen wurden,³⁴ sehen die neuen Bundesgesetze vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)³⁵ und über die Finanzinstitute (FINIG)³⁶, die beide am 1. Januar 2020 in Kraft getreten, aufsichtsrechtliche Bestimmungen für Trusts vor. Heute unterliegen Trustees, die von der Schweiz aus gewerbsmässig Trusts verwalten, den Bewilligungs- und Aufsichtsregeln des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute (FINIG). Trustees gelten als Finanzinstitute im Sinne dieses Gesetzes, wenn sie ihre Tätigkeit gewerbsmässig ausüben (Art. 2 Abs. 1 Bst. b FINIG).³⁷ Diesfalls unterliegen sie der Aufsicht einer von der FINMA bewilligten Aufsichtsorganisation und benötigen eine Bewilligung. Deren Erteilung setzt die Einhaltung gewisser Pflichten betreffend juristische Struktur und Organisation der Trustee oder des Trustees, die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und die Meldung gewisser Tatsachen an die FINMA voraus.

Trustees unterliegen nicht nur den Bewilligungs- und Aufsichtsregeln, sondern grundsätzlich auch den Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei gemäss dem Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG).³⁸ So gelten Trustees als Finanzintermediäre, wenn sie einen nicht operativ tätigen Trust verwalten. Gleich wie juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Treuhandunternehmen und ähnliche Verbindungen wird der Trust diesfalls wie eine Sitzgesellschaft behandelt und die oder der Trustee wie eines ihrer Organe (Art. 6 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung [Geldwäschereiverordnung, GwV]³⁹). Verfolgt der Trust jedoch einen gemeinnützigen Zweck (*charity trust*) oder wird er im Rahmen einer Handelstätigkeit – zum Beispiel als Holding-Struktur von operativ tätigen Gesellschaften – eingesetzt, so unterliegt er den im Geldwäschereigesetz verankerten Pflichten nicht.⁴⁰ Trustees gelten im Übrigen nur dann als Finanzintermediäre, wenn sie ihre Tätigkeit berufsmässig ausüben.⁴¹ Nicht berufsmässige Trustees sind dem Geldwäschereigesetz somit nicht unterstellt. Trustees, die als Finanzintermediäre qualifizieren, benötigen für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine von

34 Botschaft HTÜ, S. 583.

35 SR 950.1

36 Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzinstitute; SR 954.1.

37 Art. 19 Abs. 1 FINIV (Verordnung vom 6. November 2019 über die Finanzinstitute, SR 954.11), der zur Definition von Gewerbsmässigkeit dieselben Kriterien verwendet wie das GwG (siehe FN 41).

38 SR 955

39 SR 955.01

40 Siehe Art. 2 Bst. a der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA, SR 955.033.0).

41 Siehe Art. 19 Abs 1 FINIV und 7 Abs. 1 GwV: Vermögensverwalter und Trustees üben ihre Tätigkeit gewerbs- und im Sinne des Geldwäschereirechts berufsmässig aus, wenn sie: a) damit pro Kalenderjahr einen Bruttoertrag von mehr als 50 000 Franken erzielen; b) pro Kalenderjahr mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufnehmen, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder pro Kalenderjahr mindestens 20 solche Beziehungen unterhalten; oder c) unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte haben, die zu einem beliebigen Zeitpunkt 5 Millionen Franken überschreiten.

der FINMA erteilte Bewilligung und müssen sich einer Aufsichtsorganisation anschliessen. Sie sind an Sorgfaltspflichten gebunden, die namentlich die Überprüfung der Identität der Vertragspartei (im Prinzip die Begründerin oder der Begründer), die Identifizierung der wirtschaftlich Berechtigten des Trusts⁴², die Identifizierung von Gegenstand und Zweck des Trusts sowie – wenn es die Umstände rechtfertigen – dessen Hintergründe betreffen. Zudem müssen sie bei Verdacht auf Geldwäscherei bei der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) Meldung erstatten.

1.1.4.4 Steuerrecht

Explizite gesetzliche Regelungen zur steuerlichen Behandlung von Trusts bestehen bis anhin nicht. Um die steuerliche Behandlung des nach ausländischem Recht errichteten Trusts mit Anknüpfung zur Schweiz (Begünstigte, Begründerin oder Begründer mit Ansässigkeit Schweiz) zu regeln, hat die Schweizerische Steuerkonferenz (SSK) am 22. August 2007 das Kreisschreiben Nr. 30 «Besteuerung von Trusts» (nachfolgend: KS 30) herausgegeben. Die ESTV hat dazu ergänzend das Kreisschreiben Nr. 20 «Besteuerung von Trusts» am 27. März 2008⁴³ (nachfolgend: KS 20) verfasst. Gemäss diesen KS wird der Trust abhängig von seiner konkreten Ausgestaltung einem der folgenden Typen zugeordnet: *revocable trust*, *irrevocable fixed interest trust* oder *irrevocable discretionary trust* (siehe Ziff. 2.3).

1.1.5 Funktionen und Arten von Trusts

Aufgrund seiner Merkmale ist der Trust ein extrem flexibles Rechtsinstrument, das eine Vielzahl von Funktionen erfüllen kann.⁴⁴ Je nach verfolgtem Zweck werden *private trust*, *charitable trust* und *commercial trust* unterschieden.

Zweck des *private trust* ist es, bestimmte oder bestimmbare Personen zu begünstigen. In der Praxis handelt es sich bei den Begünstigten oft um Familienangehörige. Insofern ist der Begriff *family trust* gebräuchlich. Der *private trust* wird häufig zur Vermögens- und/oder Nachlassplanung eingesetzt. Er ermöglicht die Übertragung gewisser Vermögenswerte über mehrere Generationen. Zudem macht er eine Trennung der Aktiven möglich und dient folglich deren Schutz vor Gläubigerinnen oder Gläubigern (*asset*

⁴² Zur Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten eines Trusts muss der Trustee vom Begründer über folgende Personen eine schriftliche Erklärung einholen: a) die effektive Gründerin oder den effektiven Gründer, b) die Trustees, c) allfällige Kuratorinnen und Kuratoren, Protektorinnen und Protektoren oder sonstige eingesetzte Personen, d) die namentlich bestimmten Begünstigten, e) falls noch keine Begünstigten namentlich bestimmt sein sollten: den nach Kategorien gegliederten Kreis von Personen, die als Begünstigte in Frage kommen, f) die Personen, die der Vertragspartei oder ihren Organen Instruktionen erteilen können, g) bei widerrufbaren Konstruktionen: die widerrufsberechtigten Personen (siehe Art. 64 GwV-FINMA).

⁴³ Die ESTV erklärt darin das KS 30 auch anwendbar für die direkte Bundessteuer und die Verrechnungssteuer.

⁴⁴ FLORENCE GUILLAUME, in: Commentaire Romand, IPRG / LugÜ, Einführung in die Art. 149a–149e IPRG, N. 2.

protection trust) oder vor sich selbst, namentlich bei Unerfahrenheit oder Verschwendung (*spendthrift trust*⁴⁵). Im familiären Kontext kann der Trust auch der Sicherstellung von Unterhaltsleistungen nach einer Scheidung dienen (*protective / child maintenance trust*).

Beim *charitable trust* wird das Vermögen nicht zugunsten bestimmter Personen eingesetzt, sondern einem karitativen Zweck zugeführt. Im Prinzip lässt das *common law* Trusts ohne Begünstigte (*purpose trusts*) nur zurückhaltend zu. Neben den *charitable trusts* sind gewisse Trusts (*trusts of imperfect obligation*) erlaubt, die in sehr spezifischen Fällen einen bestimmten Zweck erfüllen, beispielsweise den Unterhalt eines Tieres oder eines Monuments wie etwa ein Grab. Allerdings haben mehrere Offshore-Jurisdiktionen die Möglichkeit zur Errichtung eines *purpose trust* erweitert. Namentlich die Kanalinseln, die Bahamas, die Bermudas, die Britischen Jungferninseln und die Cayman Islands lassen die Errichtung von *purpose trusts* ohne gemeinnützigen Zweck zu. Diese Rechtsordnungen verlangen im Allgemeinen die Bezeichnung einer Person (*protector* oder *enforcer*), welche die oder den Trustee überwacht und vor Gericht auftreten darf, um die Trustbestimmungen durchzusetzen (siehe Ziff. 4.2.2 und 4.2.3).

Schliesslich wird der *commercial trust* verwendet, um Wirtschaftstransaktionen zu vereinfachen oder wirtschaftliche Ziele zu verfolgen. Auch wenn in der Schweiz die *commercial trusts* im Vergleich zu den *private trusts* eine untergeordnete Rolle spielen, nehmen sie im internationalen Geschäftsverkehr doch stetig zu. In den Ländern des *common law* überwiegen die *commercial trusts*. In den Vereinigten Staaten beispielsweise werden 90 Prozent des Trustvermögens in *commercial trusts* und nur etwa zehn Prozent in *private trusts* gehalten.⁴⁶ *Commercial trusts* dienen in erster Linie der Zusammenfassung von Vermögenswerten zu Anlagezwecken (*investment trust* und *unit trust*)⁴⁷ sowie der Finanzierung von Investitionen und Transaktionen (*securitization*

45 Bei einem *spendthrift trust* ist die freiwillige oder erzwungene Veräusserung eines Anteils (*interest*) durch alle oder gewisse Begünstigte ausdrücklich ausgeschlossen, so dass weder die Begünstigten darüber verfügen noch die Gläubigerinnen und Gläubiger der Begünstigten darauf zugreifen können (AUDE PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, 2011, S. 200 f.).

46 OLIVER ARTER, KATHARINA PETRI, *Business Trusts – der Trust im kommerziellen Umfeld*, *Der Schweizer Treuhänder* 6–7/04.

47 Mit einem *investment trust*, bei dem der *settlor* sein Vermögen (in der Regel Wertpapiere) auf eine Gesellschaft (sog. *investment trust company*) überträgt, die als *trustee* amtiert und selbst in andere Gesellschaften investiert, können Investorinnen und Investoren ihre Vermögenswerte gewinnbringend anlegen und erhalten im Gegenzug als Begünstigte Anteilsrechte der Gesellschaft zugesprochen (CINCELLI, *ibd.*, S. 81). Der *unit trust* ist eine Sonderform des *investment trust*, der namentlich bei Anlagefonds in der Form eines Trusts verwendet wird. Die Anteile der Investorinnen und Investoren werden in *units* dargestellt (GRISEL, *ibd.*, S. 71).

*trust*⁴⁸ und *debenture trust*⁴⁹). Auch kommen sie im Bereich der beruflichen Vorsorge zur Anwendung (*pension trust*). Darüber hinaus bestehen andere Verwendungen, etwa die Errichtung eines Trusts als Kontrollmittel eines Unternehmens (*voting trust*), im Rahmen von Beteiligungsplänen für Angestellte (*employee benefit trust*) oder zum Schutz der Klientengelderkonten von Anwältinnen und Anwälten, Notarinnen und Notaren sowie von Liegenschaftsverwaltungen im Konkursfall (*trust account*).⁵⁰

In den Ländern des *common law* erfüllen bestimmte Sonderformen des Trusts die Funktion von Personalvorsorgeeinrichtungen oder Gläubigergemeinschaften bei Anleiheobligationen. Zudem entsteht ein Trust unter gewissen Umständen von Gesetzes wegen (*statutory trust*), namentlich in den Bereichen Nachlass, Konkurs, Vormundschaft und Miteigentum an Grundstücken.

1.1.6 Abgrenzung zu den Schweizer Rechtsinstituten

1.1.6.1 Abgrenzung zur Stiftung

Zwischen Trust und Stiftung bestehen Gemeinsamkeiten, so dass diese traditionelle oft in einem Atemzug genannt wurden und werden und zwar entweder als gleichbedeutende Optionen oder aber als Alternativen, die sich gegenseitig ausschliessen würden. Wie der Trust ermöglicht auch die Stiftung nach Schweizer Recht die Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck (Art. 80 ZGB). Auch in ihren Funktionen und Zielsetzungen bestehen in vielerlei Hinsicht Übereinstimmungen. So verfolgen die meisten Stiftungen einen gemeinnützigen Zweck wie die *charity trusts* nach angelsächsischem Recht. Die Rechtsform der Stiftung wird in der Schweiz auch von Personalvorsorgeeinrichtungen verwendet (Art. 89a ZGB). Sie hat folglich eine dem angelsächsischen Trust ähnliche Funktion. Zwar können Stiftungen auch Privatinteressen dienen oder wirtschaftliche Ziele verfolgen (Unternehmensstiftungen, Holdingstiftungen), doch die Starrheit gewisser Regeln schränkt ihre Verwendung im Sinne eines *private trust* ein und schliesst ihren Gebrauch im Geschäftsbereich im Sinne eines *commercial trust* praktisch vollständig aus.

⁴⁸ Beim *securitization trust* werden Aktiven eines Unternehmens (Konsumentenkredite, Kreditkartenforderungen oder Hypothekarforderungen) in einem Pool zusammengefasst und anschliessend an ein besonderes Vehikel veräussert. Der Kaufpreis wird von diesem Vehikel durch die Emission von Wertpapieren – meist sind es Beteiligungsrechte oder Forderungspapiere auf dem Kapitalmarkt – refinanziert, wobei die übertragenen Aktiven als Sicherheit für diese Papiere dienen (GRISEL, *ebd.*, S. 71).

⁴⁹ Der *debenture trust* ermöglicht die Aufnahme von finanziellen Mitteln in Form von Anleihenkapital. Eine Verwalterin oder ein Verwalter (*trustee*) wird zwischen Schuldnerin oder Schuldner und Anleihegläubigerin oder Anleihegläubiger geschaltet, um die kollektiven Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger zu wahren, insbesondere was die Verzinsungs- und Rückzahlungspflicht angeht, und um sicherzustellen, dass die Sicherheiten der Schuldnerin oder des Schuldners zugunsten der Gläubigerinnen und Gläubiger verwendet werden.

⁵⁰ Beim *voting trust* werden Aktien auf eine oder einen Trustee übertragen, die oder der zwar Dividenden weiterleitet, das Stimmrecht jedoch selbst ausübt (OLIVER ARTER, KATHARINA PETRI, *Business Trusts – der Trust im kommerziellen Umfeld*, Der Schweizer Treuhänder 6–7/04).

Umgekehrt bestehen ebenso klare konzeptionelle und praktische Unterschiede zwischen Stiftungen und Trusts. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, dass die Stiftung eine *juristische Person* mit eigener *Rechtspersönlichkeit* ist, die sie mit Eintragung in das Handelsregister erlangt. Sie ist Eigentümerin des dem Stiftungszweck gewidmeten Vermögens. Ein anderer grundlegender Unterschied bezieht sich auf die im Zivilgesetzbuch verankerten Regeln zur *Unabhängigkeit der Stiftung* sowohl von der Stifterin oder vom Stifter als auch von den Begünstigten. Für Stiftungen gelten strenge Regeln, die sie deutlich weniger flexibel machen als Trusts. So bedürfen sie zur Errichtung und Änderung einer öffentlichen Beurkundung und einer Eintragung in das Handelsregister. Zudem unterliegen Stiftungen grundsätzlich einer staatlichen Aufsicht. Von dieser Regel ausgenommen sind einzig Familien- und Kirchenstiftungen (siehe nachfolgend).

Ausserdem gilt für Stiftungen das sogenannte *Trennungs- und Erstarrungsprinzip*. Demnach ist sowohl ein Verfügungsrecht der Stifterin oder des Stifters über das Stiftungsvermögen als auch eine *Selbstauflösung* ausgeschlossen. Eine Stiftung wird grundsätzlich auf unbestimmte Dauer errichtet und endet nur, wenn ihr Zweck unerreichbar geworden ist (Art. 88 Abs. 1 ZGB). Eine nachträgliche Änderung des Stiftungszwecks oder der Organisation ist lediglich unter sehr strengen Voraussetzungen möglich. Der Trust hingegen wird in der Regel für eine zeitlich begrenzte Dauer errichtet.

Für die Stiftung gelten Publizitätsvorschriften. Sie muss in das Handelsregister eingetragen werden, wobei die Stiftungsurkunde zu hinterlegen ist, damit sie von allen eingesehen werden kann (Art. 81 Abs. 2 ZGB). Für den Trust besteht im Prinzip keine solche Publizität, wenngleich *gewisse Rechtsordnungen ein Trustregister* führen. Allerdings wurden diese erst kürzlich eingeführt und sind nicht immer öffentlich. Sie dienen namentlich der Bekämpfung von Geldwäscherei und Steuerhinterziehung.

Stiftungen und Trusts unterscheiden sich auch bezüglich der den Begünstigten erteilten Rechte. Das Stiftungsrecht gewährt den Begünstigten keinen besonderen Schutz. Insbesondere sieht es kein Informationsrecht vor. Die Begünstigten haben auch kein Folgerecht am Stiftungsvermögen. Daraus folgt, dass die Begünstigten einer Stiftung im Allgemeinen weniger gut geschützt sind als diejenigen eines Trusts.

Spezialfall Familienstiftung

Familienstiftungen unterscheiden sich von gewöhnlichen Stiftungen durch ihren Zweck und ihren Destinatärskreis, die vom Gesetz eng definiert werden. Sie dienen einzig der Bestreitung der Erziehungskosten und der Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen (Art. 335 Abs. 1 ZGB). Anders als die gewöhnlichen Stiftungen unterstehen die Familienstiftungen keiner staatlichen Aufsicht und sind nicht verpflichtet, ihre Jahresrechnung einer Revisionsstelle zu unterbreiten. Ihre Auflösung erfolgt durch das Gericht (Art. 88 Abs. 2 ZGB). Ansonsten gelten für die Familienstiftungen dieselben Regeln wie für die gewöhnlichen Stiftungen, namentlich was die Errichtung (durch eine öffentliche Urkunde oder eine Verfügung von Todes wegen) und ihre Organisation

anbelangt.⁵¹ Sie sind somit ebenfalls in das Handelsregister einzutragen. Die diesbezügliche Ausnahmeregelung wurde aus Transparenzgründen per 1. Januar 2016 aufgehoben.⁵² Die Bestimmungen über die Änderung von klassischen Stiftungen sind analog auf die Familienstiftungen anwendbar.⁵³ Die Änderung des Stiftungszwecks auf Antrag der Stifterin oder des Stifters gemäss Artikel 86a ZGB ist bei Familienstiftungen allerdings nicht erlaubt.⁵⁴

Die als Unterhaltsstiftungen bezeichneten Familienstiftungen, die den Familienangehörigen die Erträge oder die Substanz des Stiftungsvermögens oder andere durch das Stiftungsvermögen vermittelte Vorteile ohne besondere, an eine bestimmte Lebenslage anknüpfende Voraussetzungen einfach deswegen zukommen lassen, um ihnen eine höhere Lebenshaltung zu gestatten, erfüllen die Voraussetzungen von Artikel 335 Absatz 1 ZGB nicht. Ausserdem verstossen sie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁵ gegen das in Artikel 335 Absatz 2 ZGB verankerte Verbot von Familienfideikommissen.

Familienstiftungen ermöglichen eine gewisse Annäherung an den Zweck der *family trusts*, die für den Erhalt von Familienvermögen verwendet werden. Wegen der für Familienstiftungen geltenden Restriktionen (Verbot von Unterhaltsstiftungen, Eintragung in das Handelsregister, Erfordernis der öffentlichen Beurkundung und begrenzte Änderungsmöglichkeiten) bleibt deren Verwendung indes beschränkt. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, stellen sie aktuell keine echte Alternative zum Trust dar (siehe Ziff. 1.3.3).

1.1.6.2 Abgrenzung zur Treuhand

Die Treuhand im Sinne des Schweizerischen Rechts ist ein Vertrag, mit dem die Treugeberin oder der Treugeber der Treuhänderin oder dem Treuhänder das Eigentum am Treugut überträgt, das diese oder dieser auf bestimmte, mit der Treugeberin oder dem Treugeber vereinbarte Weise zu verwenden hat, bevor sie oder er das Eigentum daran in der Regel wieder der Treugeberin oder dem Treugeber, manchmal auch einer oder einem Dritten überträgt.⁵⁶ Die Treuhand kann im Interesse der Treugeberin oder des Treugebers (Verwaltungstreuhand) oder der Treuhänderin oder des Treuhänders in der Eigenschaft als Gläubigerin oder Gläubiger (Sicherheitstreuhand) abgeschlossen werden, nicht aber zwecks Vermögensübertragung an Dritte. Die Praxis kennt keine Treuhand zugunsten Dritter und bedient sich für Zuwendungen nicht der Treuhand. Gleich wie beim Trust erfolgt auch bei der Treuhand eine Spaltung zwischen formellem Eigentum, das auf die Treuhänderin oder den Treuhänder übergeht, und wirtschaftlicher

⁵¹ HANS MICHAEL RIEMER, in: Berner Kommentar zum ZGB, Die Stiftungen, Systematischer Teil, N. 97, 104 und 161; HAROLD GRÜNINGER, in: Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 335 ZGB; PARISIMA VEZ, Commentaire Romand du Code Civil I, N. 127.

⁵² Art. 52 Abs. 2 ZGB wurde mit Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière geändert (AS 2015 1389; BBl 2014 605).

⁵³ Art. 85, 86 und 86b ZGB.

⁵⁴ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 23. Oktober 2003, BBl 2003 8153, hier 8170.

⁵⁵ BGE 93 II 439; siehe auch BGer 4A 339/2009 vom 17. November 2009.

⁵⁶ LUC THÉVENOZ, La fiducie, cendrillon du droit suisse: propositions pour une réforme, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1995 II, S. 253 ff.

Berechtigung, die bei der Treugeberin oder beim Treugeber verbleibt.⁵⁷ Obwohl die Treuhand und der Trust zu ähnlichen Zwecken verwendet werden können, namentlich im Bankenbereich, bestehen grundlegende Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsinstituten.⁵⁸

Die Treuhand nach Schweizer Recht beruht auf einem *Vertragsverhältnis* (Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR bei der Verwaltungstreuhand, Innominatkontrakt bei der Sicherungstreuhand), während der Trust durch ein einseitiges Rechtsgeschäft entsteht. Da die Treuhand ein zweiseitiger Vertrag ist, muss die Treuhänderin oder der Treuhänder den Auftrag annehmen, damit die vertragliche Beziehung entsteht. In der Regel gibt es bei der Treuhand nur zwei Vertragsparteien: die Treugeberin oder der Treugeber und die Treuhänderin oder der Treuhänder. Die Treuhand wird im Interesse einer dieser beiden Parteien errichtet, jedoch fast nie zugunsten Dritter.⁵⁹ Im Übrigen kann die Treugeberin oder der Treugeber mit Einverständnis der Treuhänderin oder des Treuhänders den Treuhandvertrag jederzeit ändern. Obwohl der Trust durch die Begründerin oder den Begründer errichtet wird, kommt dabei im Wesentlichen ein Rechtsverhältnis zwischen der oder dem Trustee und den Begünstigten zustande. Der Trust wird manchmal auch als *Dreiecksverhältnis* zwischen Begründerin oder Begründer, Trustee und begünstigter Person umschrieben.⁶⁰ Er kann unter Lebenden oder von Todes wegen errichtet werden, ohne dass die oder der Trustee unbedingt einzuwilligen braucht. Nach der Errichtung des Trusts hat die Begründerin oder der Begründer grundsätzlich keinen Einfluss mehr darauf, es sei denn, sie oder er habe sich diese Befugnis in der Trusturkunde vorbehalten.⁶¹ Das Trustvermögen bildet ein verselbstständigtes Vermögen, das in Bestand und Identität von den an ihm beteiligten Personen unabhängig ist.⁶² Ein wichtiger Unterschied besteht darin, dass beim Trust das Trustvermögen im Konkurs der oder des Trustees abgesondert wird. Bei der Treuhand ist dies grundsätzlich nicht der Fall.

1.1.6.3 **Andere Rechtsinstitute und Instrumente**

Gewisse Rechtsinstitute des Erbrechts können einige der Funktionen von testamentarischen Trusts erfüllen:

⁵⁷ LUC THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, in: SZW 2018, S. 104.

⁵⁸ GRISEL, *ebd.*, S. 13.

⁵⁹ LUC THÉVENOZ, Trust en Suisse, 2001, S. 24.

⁶⁰ MARIO MORGER / ROMAN LIESCH: Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen, im Auftrag des Bundesamts für Justiz (BJ), des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen (SIF) und des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), Büro BASS in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Andrea Opel (Universität Luzern), 2019, Bern (www.seco.admin.ch > Publikationen und Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Trust 2019), S. 5 und Hinweise in BÖCKLI 2007, S. 211.

⁶¹ In diesem Sinn auch Art. 2 Abs. 3 HTÜ, der ausdrücklich festhält, dass die Tatsache, dass sich der Begründer bestimmte Rechte und Befugnisse vorbehält oder dass der Trustee selbst Rechte als Begünstigter hat, dem Bestehen eines Trusts nicht notwendigerweise entgegensteht.

⁶² Botschaft HTÜ, S. 559.

-
- Die *Nacherbeneinsetzung* (Art. 488 ff. ZGB) ist ein Instrument der Nachlassplanung, mit dem eine Person (die Erblasserin oder der Erblasser) nacheinander zwei Personen begünstigen kann, wobei die erste Person (die Vorerbin oder der Vorerbe) verpflichtet ist, den Nachlass ganz oder teilweise der zweiten Person (die Nacherbin oder der Nacherbe) auszuliefern. Mit dem Tod der Erblasserin oder des Erblassers erwirbt die Vorerbin oder der Vorerbe das Eigentum an den von der Erbeneinsetzung betroffenen Nachlassteilen. Sie oder er ist jedoch verpflichtet, diese im Nacherbfall, mithin beim Tod der Vorerbin oder des Vorerben oder in einem von der Erblasserin oder vom Erblasser festgelegten Zeitpunkt der Nacherbin oder dem Nacherben auszuliefern. In der Zeit dazwischen genießt die Nacherbin oder der Nacherbe eine erbrechtliche Anwartschaft. Im Nacherbfall geht das Eigentum an den von der Erbeneinsetzung betroffenen Nachlassteilen von Gesetzes wegen von der Vorerbin oder vom Vorerben auf die Nacherbin oder den Nacherben über. Die Erblasserin oder der Erblasser darf nur eine Nacherbin oder einen Nacherben einsetzen. Diese oder dieser erwirbt den Nachlass endgültig. Eine mehrfache Nacherbeneinsetzung ist somit unzulässig. Das Gesetz legt keine zeitliche Beschränkung fest, doch die Lehre geht mehrheitlich von einer Höchstdauer von 100 Jahren bis zum Zeitpunkt der Auslieferung aus.⁶³ Die Erbschaft bildet bei der Vorerbin oder beim Vorerben ein Sondervermögen,⁶⁴ das sie oder er bewirtschaften, nutzen und verwalten darf. Als Eigentümerin oder Eigentümer darf sie oder er auch darüber verfügen, doch dieses Recht ist durch die Auslieferungspflicht an die Nacherbin oder den Nacherben beschränkt. Zur Wahrung der auszuliefernden Erbschaft muss die Vorerbin oder der Vorerbe ein Inventar errichten und Sicherstellung leisten, bevor sie oder er die Erbschaft erhält, sofern die Erblasserin oder der Erblasser sie oder ihn nicht von dieser Pflicht befreit hat.
 - Der *Willensvollstrecker* ist eine von der Erblasserin oder vom Erblasser mit letztwilliger Verfügung eingesetzte Person, welche die Erbschaft verwalten und den letzten Willen vollstrecken muss. Sie handelt unabhängig, in eigenem Namen, dem Willen der Erblasserin oder des Erblassers entsprechend, aber mit Wirkung für die Erbinnen und Erben. Dabei steht sie unter der Aufsicht einer vom kantonalen Recht bezeichneten Behörde. Die Einsetzung einer Willensvollstreckerin oder eines Willensvollstreckers wird namentlich empfohlen, wenn die Erblasserin oder der Erblasser befürchtet, dass die Erbinnen und Erben ihre Pflichten nicht erfüllen können oder wollen. Die Willensvollstreckung wird von der Lehre als privatrechtliches Institut *sui generis* bezeichnet.⁶⁵ Willensvollstreckerinnen und Willensvollstrecker sind weder Beauftragte noch Vertreterinnen oder Vertreter der Verstorbenen oder der Erbinnen und Erben.

⁶³ STEPHAN WOLF, STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2020, N. 696.

⁶⁴ MARGARETA BADDELEY, in: Commentaire Romand du Code Civil II, 2017, N. 1 zu Art. 490; FIORENZO COTTI, in: Commentaire du droit des successions, 2012, N. 8 zu Art. 491; STEPHAN WOLF, STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2020, Ziff. 717.

⁶⁵ GRÉGOIRE PILLER, in: Commentaire Romand du Code Civil II, 2016, Einführung in die Art. 517–518, N. 9.

Sie unterscheiden sich von amtlichen Erbschaftsverwalterinnen und Erbschaftsverwaltern, amtlichen Liquidatorinnen und Liquidatoren sowie Erbschaftsvertreterinnen und Erbschaftsvertretern, die von einer Behörde eingesetzt werden und andere Aufgaben erfüllen.⁶⁶ Die Erbschaft ist vom Vermögen der Willensvollstreckerin oder des Willensvollstreckers getrennt, weshalb sie weder unter die Regeln des Ehe- oder Partnerschaftsrechts fällt noch Bestandteil des Nachlasses oder der Konkursmasse wird. Doch im Unterschied zu der oder zum Trustee hat die Willensvollstreckerin oder der Willensvollstrecker an den Erbsachen kein Eigentum. Vielmehr liegt das Eigentum ab Erbgang vollumfänglich bei den Erbinnen und Erben.⁶⁷ Soweit für die Ausübung der Aufgabe erforderlich hat die Willensvollstreckerin oder der Willensvollstrecker allerdings das Recht, über die Erbschaft zu verfügen. Dementsprechend haben die Erbinnen und Erben zwar das Eigentum an der Erbschaft, dürfen jedoch weder darüber verfügen noch eine Verfügung der Vollstreckerin oder des Vollstreckers verhindern.

Zu den Rechtsinstituten, mit denen einige der Ziele des angelsächsischen Trusts erreicht werden können, gehören auch die *Schenkung* und die *Verfügungen von Todes wegen mit Auflagen* (Art. 245 f. OR und Art. 482 ZGB). Die Auflage enthält eine Aufgabe, die wirtschaftlicher Natur sein kann, zum Beispiel die Pflicht zu Zahlungen zu einem definierten Zweck oder an bestimmte Personen. Die Auflage kann zugunsten der Schenkerin oder des Schenkers oder von Dritten erfolgen. Selbst wenn die Auflage nur einer Person zugutekommt, erwächst der oder dem Begünstigten keine Forderung. Erfüllt die beschenkte Person die ihr auferlegten Pflichten nicht, so kann die Schenkerin oder der Schenker, nicht aber eine Drittbegünstigte oder ein Drittbegünstigter, die Vollziehung der Auflage verlangen.⁶⁸

Auch der *Auftrag* hat Ähnlichkeiten mit dem Trust. Der Auftrag ist ein Vertrag, mit dem sich eine Person (die oder der Beauftragte) verpflichtet, im Interesse und nach dem Willen einer anderen Person (die Auftraggeberin oder der Auftraggeber) Dienste zu besorgen, wobei der Vertrag nur dann unter das Auftragsrecht fällt, wenn er keinem anderen Vertragstypus zugeordnet werden kann (Art. 394 OR).⁶⁹ Die oder der Beauftragte hat gewisse Dienste im Hinblick auf ein gewisses Ergebnis zu erbringen. Dabei hat sie oder er gegebenenfalls die Weisungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers zu befolgen, ansonsten selbst die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um das angestrebte Ergebnis erreichen zu können. Die Bestimmungen des Auftragsrechts sind direkt oder per Analogie auf zahlreiche Dienstleistungsverträge anwendbar, namentlich im Bereich der Vermögensverwaltung.⁷⁰ Mit dem Auftrag werden der oder dem Beauftragten diverse Pflichten auferlegt (Sorgfalts- und Treuepflicht, Rechenschafts- und Erstattungspflicht, Haftung). Gleichzeitig erhält die oder der Beauftragte Rechte (Recht

⁶⁶ PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2015, Ziff. 1163a.

⁶⁷ GRÉGOIRE PILLER, in: *Commentaire Romand du Code Civil II*, 2016, Einführung in die Art. 517–518, N. 8; siehe auch HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, 2000, S. 11 ff.

⁶⁸ MARGARETA BADDELEY, in: *Commentaire Romand du Code des Obligations I*, 2012, N. 36 zu Art. 245 OR.

⁶⁹ PIERRE TERCIER, LAURENT BIERI, BLAISE, CARRON, *Les contrats spéciaux*, 2016, Ziff. 4301.

⁷⁰ MALEK ADJADJ, *Le mandat de gestion de fortune*, 2017, S. 103.

auf Auslagenersatz, Befreiung von Verbindlichkeiten und Ersatz des Schadens), die denjenigen der Trustee oder des Trustees ähnlich sind. Doch anders als der Trust führt der Auftrag bei der oder beim Beauftragten nicht zur Bildung von Sondervermögen. Das Auftragsrecht sieht eine Legalzession sowie ein Aussonderungsrecht vor, mit denen im Konkurs der oder des Beauftragten die Forderungsrechte und beweglichen Sachen, die gestützt auf den Vertrag der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber gehören, der Konkursmasse entzogen werden können (Art. 401 OR). Zwar bieten diese Bestimmungen der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber einen gewissen Schutz, doch betreffen sie einzig die beweglichen Sachen und Forderungsrechte. Die unbeweglichen Sachen werden davon nicht erfasst. Ausserdem gilt das Aussonderungsrecht nur für Sachen, welche die oder der Beauftragte von Dritten erworben hat, nicht hingegen für solche, die ihr oder ihm von der Auftraggeberin oder vom Auftraggeber überlassen worden sind. Darüber hinaus entspricht die Abgrenzung des Auftrags vom Trust derjenigen der Treuhand (siehe Ziff. 1.1.6.2).

Schliesslich kennt auch das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Rechtsgebilde wie den Vormund (Art. 327a ff. ZGB), den Beistand (Art. 308 ff. und Art. 390 ff. OR) oder den Vorsorgebeauftragten (Art. 360 ZGB), deren Zweck und Funktionsweise gewissen Trusts ähnlich sind (*protective trusts* oder *spendthrift trusts* beispielsweise).

1.1.7 Wirtschaftliche Bedeutung von Trusts

Im Rahmen der von einem externen Büro durchgeführten «Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen» wurde die derzeitige wirtschaftliche Bedeutung teilweise ermittelt (vgl. Ziff. 1.4).

Bereits 2008 wurde das potenzielle Volumen von Trusts in der Schweiz auf 2048 Milliarden Franken geschätzt, was etwa 56 Prozent der gesamthaft bei Banken in der Schweiz gehaltenen Privatvermögen entspricht.⁷¹ Heute ist davon auszugehen, dass in der Schweiz rund 27 000 Personen aus dem In- und Ausland Trusts und trustnahe Vehikel mit Bezug zur Schweiz haben (davon ungefähr 5900 Ansässige und ungefähr 21 000 Nichtansässige) und in der Schweiz rund 2000 bis 3000 Personen im Trustbereich tätig sind.⁷² In einer 2013 durchgeführten Umfrage schätzte die Swiss Association of Trust Companies (SATC), dass die 33 Trust-Gesellschaften, die Mitglieder des Verbands waren, mehr als 3000 Trusts mit Trustees in der Schweiz verwalteten und dabei Gesamtaktiven in der Höhe von über 45 Milliarden Franken vertraten.

Seit Inkrafttreten des Finanzinstitutsgesetzes benötigen berufsmässige Trustees eine Bewilligung. Gemäss den von der FINMA im April 2021 veröffentlichten Zahlen haben sich 387 Trustees zwecks Erhalt einer Bewilligung gemeldet.

⁷¹ OLIVER WÜNSCH, HANS GEIGER UND RUDOLF VOLKART, Trusts in der Vermögensverwaltung – Analyse der Branche in der Schweiz, Universität Zürich, Swiss Banking Institute, 2008.

⁷² La fin d'une mauvaise réputation, in: AGEFI vom 11. November 2015.

1.2 Handlungsbedarf und Ziele

1.2.1 Parlamentarische Vorstösse

1.2.1.1 Postulat 10.3332 «Analyse einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz»

Am 19. März 2010 reichte Nationalrätin Isabelle Moret das Postulat 10.3332 ein, womit der Bundesrat beauftragt werden sollte, seinen Bericht «Strategische Stossrichtung für die Finanzmarktpolitik» vom 16. Dezember 2009 durch zwei Analysen zu ergänzen: In der einen sollte untersucht werden, ob sich das Stiftungsrecht und das Steuerrecht für Stiftungen optimieren liessen, und in der anderen, ob die Stiftungen an ausländische Modelle angepasst werden sollten, namentlich durch die Einführung von Trusts. Der Bundesrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 26. Mai 2010 unter Hinweis auf die laufenden Arbeiten zur Revision des Stiftungsrechts gestützt auf die Motion 09.3344 «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» die Annahme des Postulats. Am 16. März 2012 wurde das Postulat zufolge Nichtbehandlung im Rat innert der Frist von zwei Jahren abgeschrieben.

1.2.1.2 Postulat 15.3098 «Prüfung einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts»

Am 11. März 2015 reichte die FDP-Liberale Fraktion das Postulat 15.3098 ein, das den Bundesrat beauftragt, im Rahmen seines Berichts «Strategische Stossrichtung für die Finanzmarktpolitik» eine mögliche Einführung des Rechtsinstituts des Trusts ins schweizerische Privatrecht sowie eine Anpassung des anwendbaren Steuerrechts zu prüfen. Der Bundesrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 8. Mai 2015 unter Hinweis auf frühere Berichte im Bereich der Stiftungen und des Bankgeheimnisses mangels zwischenzeitlicher Neuerungen und eines konkreten Bedürfnisses nach einem Schweizer Trust die Ablehnung des Postulats. Am 27. Februar 2017 hat der Nationalrat das Postulat mit 123 zu 67 Stimmen bei 2 Enthaltungen angenommen.⁷³

1.2.1.3 Parlamentarische Initiative 16.488 «Aufnahme des Rechtsinstituts des Trusts in die schweizerische Gesetzgebung»

Bereits am 13. Dezember 2016 reichte Nationalrat Fabio Regazzi eine parlamentarische Initiative in der Form der allgemeinen Anregung mit folgenden Anliegen ein: «In unserem Obligationenrecht oder in unserem Zivilgesetzbuch sind die rechtlichen Grundlagen für die Aufnahme des Rechtsinstituts des Trusts zu schaffen.» Zur Begründung seines Anliegens führte der Initiant aus, dass ausländische Trusts zwar in der Schweiz anerkannt würden, das Schweizer Recht aber den Trust nicht vorsehe, was als Lücke insbesondere im Zivilrecht zu betrachten sei, zumal der Trust in anderen Gebieten be-

⁷³ AB NR 2017 22

reits geregelt sei. Für die Aufnahme des Rechtsinstituts Trust in das Schweizer Zivilrecht würden zahlreiche Vorteile sprechen, namentlich weil das Instrument leichter zugänglich und besser verständlich wäre, weil damit Klarheit, Transparenz und mehr Rechtssicherheit geschaffen würden und sich daraus auch neue Tätigkeitsfelder für die Schweizer Fachleute ergeben würden.

Die zuständige Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) hat der Initiative am 20. Oktober 2017 Folge gegeben (15 zu 4 Stimmen bei 3 Enthaltungen). Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (RK-S) hat die parlamentarische Initiative an ihrer Sitzung vom 27. April 2018 beraten und ihr mit 6 zu 3 Stimmen bei 1 Enthaltung zugestimmt. Gleichzeitig hat die Kommission mit 7 zu 1 Stimmen bei 1 Enthaltung die Kommissionsmotion 18.3383 (vgl. Ziff. 1.2.1.4) verabschiedet, weil die Kommission der Ansicht war, dass für die entsprechenden Gesetzgebungsarbeiten primär der Bundesrat verantwortlich sei. Am 19. Juni 2020 hat der Nationalrat die Frist bis zur Frühlingssession 2022 verlängert.

1.2.1.4 Motion 18.3383 «Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung»

Im Rahmen ihrer Beratung der parlamentarischen Initiative 16.488 «Aufnahme des Rechtsinstituts des Trusts in die schweizerische Gesetzgebung» (vgl. Ziff. 1.2.1.3) hat die RK-S die Kommissionsmotion 18.3383 «Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung» eingereicht, die den Bundesrat damit «beauftragt, die rechtlichen Grundlagen für einen Schweizer Trust zu schaffen.»

In seiner Stellungnahme vom 23. Mai 2018 beantragte der Bundesrat unter Hinweis auf das angenommene Postulat 15.3098 (vgl. Ziff. 1.2.1.2) die Ablehnung der Motion. Nach Ansicht des Bundesrates sollten zuerst die damals bereits begonnenen Arbeiten am Bericht abgewartet und abgeschlossen werden, so dass gestützt auf die erwarteten Erkenntnisse die weiteren Schritte zur möglichen Schaffung eines Schweizer Trusts festgelegt werden sollten.

Am 12. Juni 2018 nahm der Ständerat die Motion mit 25 zu 16 Stimmen bei 2 Enthaltungen an.⁷⁴ Am 13. März 2019 nahm der Nationalrat die Motion mit 123 zu 58 Stimmen ebenfalls an.⁷⁵

1.2.2 Vorarbeiten

Nach Annahme des Postulats 15.3098 hatte das Bundesamt für Justiz (BJ) in Absprache mit dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) im Frühling 2018 eine

⁷⁴ AB SR 2018 508

⁷⁵ AB NR 2019 296

Expertengruppe mit Spezialistinnen und Spezialisten aus Wissenschaft und Praxis sowie den betroffenen Verwaltungsstellen zur Erarbeitung entsprechender Regulierungsvorschläge eingesetzt.⁷⁶

Parallel zu diesen Arbeiten wurde im Zeitraum 2018/2019 von einem externen Büro eine vertiefte Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz durchgeführt (vgl. dazu ausführlich Ziff. 1.4).

Die steuerliche Behandlung von Trusts wurde im Hinblick auf die Einführung eines Schweizer Trusts von einer Arbeitsgruppe der ESTV mit Vertreterinnen und Vertretern des Bundes, der Kantone und der Wissenschaft abgeklärt (vgl. dazu Ziff. 2). Die Analyse der Arbeitsgruppe ist in die Entscheidungsfindung des Bundesrates eingeflossen.

1.2.3 Ziele

1.2.3.1 Behebung eines Regulierungsversagens

Wie die Regulierungsfolgenabschätzung gezeigt hat (vgl. dazu Ziff. 1.4), liegt im Sektor der Trusts beziehungsweise trustnaher Vehikel im Schweizer Recht derzeit ein Regulierungsversagen vor: Zwar ist der Markt durchaus fähig, die sowohl im Binnenkontext als auch im internationalen Verhältnis nachgefragten Lösungen nach Vermögensstrukturierung und Nachlassplanung zu befriedigen. Das Marktergebnis ist allerdings ineffizient, weil die entsprechenden Bedürfnisse zum Teil durch sehr komplexe Strukturen «erkauft» werden müssen, sei es mittels ausländischer Rechtsvehikel oder inländischer Produkte, welche nur teilweise den Zweck erfüllen und deren Nutzung gegebenenfalls sogar Rechtsunsicherheit hervorruft. Mit der Einführung eines schweizerischen Trustrechts soll der Finanzindustrie und ihrer Klientschaft für Geschäftstätigkeiten und den Erhalt von Privatvermögen ein passendes Rechtsvehikel zur Verfügung gestellt werden.

1.2.3.2 Stärkung des Finanzplatzes und der Finanzindustrie

Die Stärkung des Finanzplatzes Schweiz wird von den Befürwortern eines Schweizer Trust als Hauptgrund für dessen Einführung angeführt. Bereits 2009 erwähnte der Bundesrat in seiner nach der Finanzkrise festgelegten Strategie zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Finanzsektors die Schaffung eines schweizerischen Trustrechts.⁷⁷ Dieses Anliegen geht auch aus verschiedenen parlamentarischen Vorstössen hervor (siehe Ziff. 1.2.1). Nachdem der Trust nicht nur im angelsächsischen Raum, sondern auch in zahlreichen anderen Staaten ein zunehmend geschätztes und zuverlässiges Instrument für die Nachlassplanung und für den Erhalt von Vermögen ist, vertreten die Befürworterinnen und Befürworter die Auffassung, dass der Finanzplatz

⁷⁶ Der Expertengruppe gehören neben Vertreterinnen und Vertretern der Verwaltung (Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF, Bundesamt für Justiz BJ, Eidg. Steuerverwaltung ESTV) Herr Prof. Paul Eitel, Frau Prof. Florence Guillaume, Herr Christian Lyk, Herr Prof. Luc Thévenoz und Herr David Wilson an.

⁷⁷ Strategische Stossrichtungen für die Finanzmarktpolitik der Schweiz, 16. Dezember 2009, Bericht in Beantwortung des Postulats Graber (09.3209), S. 25.

Schweiz durch die Verankerung des Trusts im schweizerischen Privatrecht mit Finanzplätzen wie London, Luxemburg oder Singapur mithalten könnte.⁷⁸ Diese Sichtweise findet in Lehre⁷⁹ und Praxis (Anwaltschaft, Liegenschaftsverwaltungen usw.)⁸⁰ breite Unterstützung. Die positive Wirkung eines Schweizer Trusts auf die Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzsektors wurde im Übrigen auch durch die Regulierungsfolgenabschätzung bestätigt (siehe Ziff. 1.4).

1.2.3.3 Weitere Ziele

In wirtschaftlicher Hinsicht würde sich ein Schweizer Trust positiv auf den Markt der Dienstleistungen im Trustbereich auswirken und könnte einen Mehrwert schaffen. Wie aus der Regulierungsfolgenabschätzung hervorgeht (siehe Ziff. 1.4), sollte der Trust tiefere Verwaltungskosten verursachen, was zu einer Zunahme der in der Schweiz errichteten Trusts führen würde. Die Einführung eines Schweizer Trusts könnte somit neue Geschäftsmöglichkeiten eröffnen. Mit dieser neuen Option, die sich in erster Linie an in der Schweiz ansässige Personen richtet, könnte ein vorhandenes Bedürfnis gedeckt werden, indem für die Vermögensplanung ein neues Instrument kostengünstig (Zunahme der Konsumentenrente) zur Verfügung gestellt wird. Mit der Zunahme von Trusts dürften auch die Steuereinnahmen zunehmen, was der Allgemeinheit zugutekäme. In rechtlicher Hinsicht würde die Einführung eines Schweizer Trusts zu mehr Rechtssicherheit führen, da nicht mehr auf ein ausländisches Rechtsinstitut ausgewichen werden müsste. Eine detaillierte Regelung dürfte zudem im Vergleich zu den bestehenden Alternativen nach Schweizer Recht, die nur mit ein paar Bestimmungen im Zivilgesetzbuch geregelt sind (Familienstiftung, Nacherbeneinsetzung) oder durch Rechtsprechung entstanden sind (Treuhand), die Vorhersehbarkeit verbessern.

1.3 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung

1.3.1 Aufnahme des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung

Die mit den erwähnten parlamentarischen Vorstössen (vgl. dazu Ziff. 1.2.1) verlangte Einführung eines Schweizer Trusts wird nicht nur unterschützt, sondern teilweise auch kritisiert. Gewisse Stimmen aus der Wissenschaft und der Praxis vertreten die Auffassung, dass der Trust mit den Prinzipien unserer Rechtsordnung nicht vereinbar ist.⁸¹ Allerdings zeigt die erfolgreiche Einführung des Trusts in zahlreichen Ländern mit zivilrechtlicher Tradition (siehe Ziff. 4.3), dass es möglich ist, die zumeist angeführten

⁷⁸ Postulat 15.3098 (vgl. dazu Ziff. 1.2.1.2).

⁷⁹ Siehe namentlich CINCELLI, *ebd.*, S. 542 ff.; GRISEL, *ebd.*, S. 330.

⁸⁰ NICOLE WILLIMANN VYSKOCIL, Trusts als Chance für den Finanzplatz Schweiz, *Die Volkswirtschaft* 7/2019, S. 21–23.

⁸¹ Für eine Übersicht über die Lehrmeinungen siehe CINCELLI, *ebd.*, Nr. 680 ff.; für weitere kritische Stimmen siehe FLORENCE GUILLAUME, *Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite*, in: *Revue suisse de droit international et européen* 2000, S. 1 ff.; siehe auch Regulierungsfolgenabschätzung, Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz, 2019, S. 70.

Hindernisse, um die Kompatibilität des Trusts mit den Prinzipien des kontinentalen Rechts zu verneinen, zu überwinden. Das erste dieser Hindernisse ist der *numerus clausus* des Sachenrechts, der die Zuerkennung eines dinglichen Rechts der Begünstigten am Trustvermögen verbieten würde. Ein zweites Hindernis ist das *Prinzip der Vermögenseinheit*, das gegen ein gesondertes Vermögen innerhalb des Vermögens der Trustee oder des Trustees sprechen würde. Doch das aus der zivilrechtlichen Tradition stammende Rechtsinstitut der Treuhand ermöglicht die Erzielung von trustähnlichen Rechtswirkungen. Bei der Treuhand erhält am Treugut einzig die Treuhänderin oder der Treuhänder ein dingliches Recht, das sie oder er Dritten gegenüber geltend machen kann. Der Treugeberin oder dem Treugeber sowie allfälligen Begünstigten gegenüber ist sie oder er nur vertraglich verpflichtet. Insoweit die Treuhand den Begünstigten einzig vertragliche Rechte erteilt, führt sie zu keiner «Zergliederung» von Eigentum am Treugut und erfordert auch kein gesondertes Vermögen.⁸²

Wird der Trust in unsere Rechtsordnung aufgenommen, so sind dessen Modalitäten zu definieren. Die Einführung des Trusts kann sich an verschiedenen Modellen orientieren, die mehr oder weniger genau dem Trust der Länder des *common law* entsprechen und sich mehr oder weniger einfach in unsere Rechtsordnung einfügen lassen. Hierfür kommen gemäss Wissenschaft die Vollrechtsrezeption, die Rezeption durch Nachbildung oder die funktionale Annäherung infrage.⁸³

Die erste Variante besteht in der Übernahme eines ausländischen Trustrechts, was auch als «Transplantat» oder «Copy-and-paste» (*legal transplant*) bezeichnet werden könnte.⁸⁴ Kein Land mit kontinentalem Recht hat übrigens diesen Weg beschritten, was zweifellos mit den Schwierigkeiten zusammenhängt, Konzepte des *common law* wie etwa die mit den Prinzipien des kontinentalen Sachenrechts nicht vereinbare Unterscheidung zwischen *legal title* und *beneficial interest* zu übernehmen. Nicht einmal Liechtenstein bei seiner weitreichenden Integration des Trusts in eine kontinentale Rechtsordnung ist so vorgegangen (siehe Ziff. 4.3.3).⁸⁵ Diese Variante muss deshalb zugunsten von Vorschlägen, die auf in der Schweiz bereits vorhandenen Konzepten und Rechtsinstituten beruhen, verworfen werden.

Eine Alternative zum «Copy-and-paste» eines ausländischen Trustrechts besteht in der Nachbildung, wobei ein neues Rechtsinstitut *sui generis* eingeführt wird, das dieselben Merkmale aufweist und dieselben Rechtswirkungen erzeugt wie ein ausländischer Trust, aber die Prinzipien des Landesrechts berücksichtigt.⁸⁶ Diese Methode wurde von praktisch allen zivilrechtlichen Ländern angewandt, die den Trust in ihr Rechtssystem integriert haben (namentlich von Liechtenstein, Québec und Louisiana). Einige Länder haben im Übrigen darauf verzichtet, den Trust vollständig zu rezipieren und sich auf

⁸² E. CASHIN RITAINE, Rapport introductif: Panorama comparé du droit matériel du trust (ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducie), Colloque «Le trust en droit international privé – Perspectives suisses et étrangères avant la ratification suisse de la Convention de la Haye», in: Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2005, Nr. 52, S. 17 ff.

⁸³ CINCELLI, *ibd.*, S. 369 ff.

⁸⁴ LUC THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, in: SZW 2018, S. 99 ff.; ROMAN CINCELLI, Der Common Law Trust – Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz, 2017, Nr. 566.

⁸⁵ CINCELLI, *ibd.*, Nr. 567.

⁸⁶ CINCELLI, *ibd.*, Nr. 567.

gewisse seiner Funktionen beschränkt. Dies ist namentlich in Frankreich der Fall, wo die Kodifikation der *fiducie* schlussendlich zu einem Ergebnis geführt hat, das weit vom angelsächsischen Trust entfernt ist (siehe Ziff. 4.3.4).

Eine dritte Möglichkeit, den Trust zu integrieren, besteht in der funktionalen Annäherung. Dabei wird von einem im Landesrecht bestehenden Rechtsinstitut ausgegangen, das so angepasst wird, dass daraus ein dem Trust ähnliches Konstrukt entsteht. Ein Beispiel für diese Art der Rezeption ist die Anpassung der Treuhand, wie sie vor einigen Jahren von Professor Luc Thévenoz vorgeschlagen wurde.⁸⁷ Je nach Umfang der vorgeschlagenen Anpassungen und Grad der Annäherung an den Trust handelt es sich jedoch nicht mehr um die simple Änderung eines bestehenden Rechtsinstituts, sondern um die Schaffung eines neuen Instruments. Damit der Schweizer Trust aber möglichst stark den angelsächsischen Trusts angenähert ist, genügt die Kodifikation einer «verbesserten» Treuhand nicht.

1.3.2 Gewählte Lösung: Kodifikation des Trusts im Obligationenrecht

Aus den oben dargelegten Überlegungen wurde im Vorentwurf der Weg der Nachbildung gewählt. Demnach wird der Trust als neues Rechtsinstitut des Obligationenrechts eingeführt, wobei er auf im Schweizer Recht bereits bekannten Rechtsinstituten beruht. Soweit möglich wird dabei auf Regeln verwiesen, die bereits im Gesetz verankert sind oder durch die Rechtsprechung präzisiert wurden. Dies ist beispielsweise der Fall bei den «treuhänderischen» Pflichten der Trustees gegenüber den Begünstigten, die denjenigen des Auftragsrechts entsprechen, beim Folgerecht (*tracing*) am Trustvermögen, das auf den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung beruht, oder bei der gerichtlichen Anordnung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die der Aufsichtsbehörde einer Stiftung ähnelt. Der Vorentwurf übernimmt keine Konzepte des *common law* und stellt insofern keine «Transplantation» von ausländischem Recht dar. Seine Tragweite ist im Übrigen auf das Obligationenrecht beschränkt. Er erfordert weder Änderungen im Sachenrecht noch in anderen Rechtsgebieten (Erbrecht, Eherecht, Betreibungsrecht usw.), unter Vorbehalt kleiner Anpassungen (siehe Ziff. 5.1.2 und 6.2 ff.).

Der vorgeschlagene Rechtsrahmen ist so flexibel wie möglich ausgestaltet, um einen Gebrauch des Trusts zu verschiedenen Zwecken und in verschiedenen Kontexten zu ermöglichen. Der Trust eignet sich deshalb sowohl als Familientrust, etwa zur Vermögensplanung, als auch in einem wirtschaftlichen oder kommerziellen Umfeld. Da der für die ausländischen Trusts in der Schweiz geltende Rechtsrahmen (GwG, FINIG usw.) für genügend Transparenz sorgt und die diesbezüglichen internationalen Verpflichtungen der Schweiz erfüllt, ist davon auszugehen, dass er unverändert auf Schweizer Trusts angewandt werden kann (siehe Ziff. 3). Der Vorentwurf sieht keine Beschränkungen in Bezug auf Begründer und Trustees vor, wodurch er sich vom Modell der französischen *fiducie* unterscheidet (siehe Ziff. 4.3.4). Hingegen gibt es Grenzen betreffend Zweck (Verbot der *purpose trusts*) und Dauer, womit eine «Verwechslung» mit der Stiftung vermieden werden soll. Zudem beschränkt sich der Vorentwurf auf

⁸⁷ Siehe FN 3.

express trusts, deren Errichtung durch eine Begründerin oder einen Begründer erfolgt. Nicht vorgesehen sind Trusts von Gesetzes wegen oder basierend auf einem Gerichtsentscheid (*resulting trusts*, *constructive trusts* und *statutory trusts*).

1.3.3 Änderung des Stiftungsrechts

Seit einigen Jahren gibt es Stimmen, die eine Änderung des Stiftungsrechts fordern, insbesondere zur Aufhebung des Verbots von Unterhaltstiftungen gemäss Artikel 335 ZGB. Mit der verlangten Änderung würden die gesetzlichen Restriktionen betreffend Ausschüttungen an Familienangehörige gestrichen (siehe Ziff. 1.1.6.1). Es wird geltend gemacht, dass mit einer auf diese Weise geänderten Familienstiftung dieselben Ziele erreicht werden könnten wie mit dem Trust nach angelsächsischem Recht und damit die Bedürfnisse und Forderungen der Stakeholder am Wirtschaftsstandort Schweiz erfüllt würden. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass von der bestehenden Rechtsform der Stiftung ausgegangen würde. Stellungnahmen, die eine Anpassung des Stiftungsrechts befürworteten, gab es namentlich im Rahmen der Analyse der Regulierungsfolgen (siehe Ziff. 1.4). Auch ein Teil der Lehre spricht sich dafür aus.⁸⁸ In der Regulierungsfolgenabschätzung wurde allerdings festgestellt, dass mit der Liberalisierung des Stiftungsrechts gleichzeitig auch die steuerlichen Rahmenbedingungen anzupassen wären, um eine steuerliche Doppelbelastung zu verhindern und die Unterhaltstiftung attraktiv zu gestalten.

Bereits anlässlich der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens im Jahr 2007 wurde eine Anpassung von Artikel 335 Absatz 2 ZGB in Erwägung gezogen. Die Idee wurde schlussendlich verworfen, da diese Bestimmung einer Anerkennung des Trusts in der Schweiz nicht entgegenstand.⁸⁹ Seither wurde kein parlamentarischer Vorstoss zur Legalisierung von Unterhaltstiftungen eingereicht. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass der in Umsetzung der parlamentarischen Initiative 14.470 (Luginbühl) zur Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz von der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates ausgearbeitete Vorentwurf keine solche Massnahme vorschlägt. Hingegen verlangten im entsprechenden Vernehmlassungsverfahren mehrere Teilnehmende eine entsprechende Änderung, wobei eine steuerliche Privilegierung insgesamt abgelehnt wurde.⁹⁰

Zwar sprechen überzeugende Argumente für eine Erweiterung der Zwecke von Familienstiftungen und die Zulassung von Unterhaltstiftungen. Es ist jedoch festzuhalten, dass sich dieses Rechtsinstitut erheblich vom Trust unterscheidet. Das Stiftungsrecht ist ein relativ *starres Gebilde* und bietet bezüglich Bestimmung von Zweck und Begünstigten sowie bei der Festlegung der Organisation nicht dieselbe Flexibilität wie ein

⁸⁸ DOMINIQUE JAKOB, MICHELLE KALT, Ein Trustrecht für die Schweiz?, in: Expert Focus 9/2019, S. 630–635; NATALIE PETER, Introduction of a trust law in Switzerland, in: Trusts & Trustees, Bd. 25, N. 6, Juli 2019, S. 578–586; MICHAEL FISCHER, NATALIE PETER, Der Trust passt nicht, in: NZZ Nr. 117 vom 24. Mai 2018, S. 9.

⁸⁹ Botschaft HTÜ, S. 574.

⁹⁰ Siehe Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 6. August 2020, S. 17 (abrufbar unter www.parlament.ch > Organe > Kommissionen > Sachbereichskommissionen > RK > Berichte und Vernehmlassungen).

Trust (siehe Ziff. 1.1.6.1).⁹¹ Die Verwendung der Unterhaltsstiftung wäre sodann auf den familiären Kontext und auf die erbrechtliche Planung begrenzt. Andere Anwendungsmöglichkeiten des Trusts, beispielsweise im Handels- oder Wirtschaftsbereich, würden eine vertiefte Revision sowohl des Stiftungsrechts als auch des Treuhandrechts voraussetzen. Angesichts dieser Begrenzungen würde die Zulassung der Unterhaltsstiftung im Zivilgesetzbuch den Auftrag des Parlaments zur Kodifizierung eines Trusts nicht erfüllen (siehe Ziff. 1.2.1). Dadurch könnten auch die oben erwähnten Ziele nicht erreicht werden (siehe Ziff. 1.2.3).

In der Vergangenheit bezweifelte der Bundesrat zwar die Notwendigkeit einer Revision des Stiftungsrechts, wenngleich er eine solche nicht gänzlich ausschloss.⁹² Heute ist er jedoch offen gegenüber einer Revision des Stiftungsrechts, insbesondere auch was die Familienstiftungen anbelangt. Notwendige Voraussetzung hierfür wäre ein politischer Auftrag, beruhend auf klaren Forderungen der interessierten Kreise und ausgehend von den diesbezüglichen Ergebnissen der Regulierungsfolgenabschätzung (siehe Ziff. 1.4). Im heutigen Kontext ist festzustellen, dass die Einführung der Unterhaltsstiftung im Zivilgesetzbuch nur im Rahmen einer umfassenden Revision des Stiftungsrechts vollzogen werden könnte. Wie bereits erwähnt, wäre die Unterhaltsstiftung unter Anwendung der aktuellen Regeln des Stiftungsrechts (staatliche Aufsicht, Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle, Eintragung in das Handelsregister, beschränkte Änderungsmöglichkeiten) im internationalen Vergleich kaum attraktiv. Zwar liessen sich diese Hindernisse beseitigen, indem man die Unterhaltsstiftungen spezifischen Regeln unterstellen würde, doch diese Differenzierung müsste sachlich gerechtfertigt sein und dürfte keine Ungleichbehandlung gegenüber anderen sogenannten «privaten» Stiftungen (namentlich gegenüber Unternehmensstiftungen oder Holdingstiftungen) bewirken. Vor allem müsste darauf geachtet werden, dass diese neue Unterhaltsstiftung den internationalen Standards bezüglich Transparenz entspricht, dem Ruf der Schweiz nicht schadet und sich nicht nachteilig auf die Evaluationen der FATF und des Global Forum auswirken.

1.4 Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)

Zur Untersuchung der wirtschaftlichen Auswirkungen eines Schweizer Trusts wurde vom Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS AG) in Bern in Zusammenarbeit mit der Luzerner Steuerrechtsprofessorin Andrea Opel eine Regulierungsfolgenabschätzung vorgenommen.⁹³ Diese stützt sich auf Interviews mit Expertinnen und Experten sowie auf eine Onlinebefragung bei verschiedenen Stakeholdern der Trustindustrie. Der am 5. Dezember 2019 veröffentlichte Bericht kommt zum Schluss, dass ein Bedürfnis nach einem tauglichen Instrument für die familiäre Vermögens- und Nachlassplanung besteht. Aufgrund der gesetzlichen Beschränkungen (siehe Ziff. 1.1.6.1) eignet sich die Familienstiftung nicht, um die Bedürfnisse in diesem Be-

⁹¹ GRISEL, *ebd.*, S. 329

⁹² Siehe Bericht vom 27. Februar 2013 zur Abschreibung der Motion 09.3344 Luginbühl vom 20. März 2009, BBl 2012 22094 ff.

⁹³ MARIO MORGER / ROMAN LIESCH: Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz.

reich abzudecken. Personen, die an einem Instrument für die Vermögensplanung interessiert sind, greifen auf ausländische Rechtsinstitute (Trusts oder Familienstiftungen nach ausländischem Recht) oder auf komplexe Strukturen zurück. Es liegt somit ein Regulierungsversagen vor, das mit der Einführung eines Schweizer Trusts behoben werden könnte. Das für die Folgenabschätzung verwendete Regelungsmodell, das die Hauptmerkmale des im Vorentwurf vorgeschlagenen Trusts umschreibt, hat die Mehrheit der befragten Personen überzeugt. Diese erachten das Modell als mit dem ausländischen Trust vergleichbar und würden es ihrer Klientschaft empfehlen.⁹⁴ Der Schweizer Trust wäre ein zielführendes Instrument, das sowohl für eine ausländische Klientel als auch für in der Schweiz ansässige Personen attraktiv sein könnte. Im Übrigen haben Berechnungen ergeben, dass mit einem Schweizer Trust die Kosten für die Errichtung und Verwaltung von Trusts gesenkt werden könnten und dass eine potenzielle Nachfrage für dieses Rechtsinstitut besteht. Eine Zunahme der Nachfrage hätte ein Umsatzwachstum der Dienstleisterinnen und Dienstleister im Trustbereich zur Folge. Im plausibelsten Szenario würde sich der Totalgewinn für Dienstleisterinnen und Dienstleister sowie Klientinnen und Klienten in der Schweiz auf ungefähr 139 Millionen Franken pro Jahr belaufen. Die Einführung eines Schweizer Trusts dürfte ausserdem zu einer Steigerung der Steuereinnahmen um etwa 57 Millionen Franken jährlich führen. Angesichts dieser Ergebnisse wird im Bericht die Auffassung vertreten, dass ein Schweizer Trust neue Geschäftsmöglichkeiten eröffnet und für den Finanzplatz Schweiz eine Chance darstellt. Auch wird festgehalten, dass mit einer Zulassung von Unterhaltungsstiftungen eine ähnliche Wirkung erzielt werden könnte, wenn gleichzeitig die steuerlichen Rahmenbedingungen angepasst würden, um eine steuerliche Doppelbelastung zu verhindern.⁹⁵

2 Steuerrechtliche Behandlung von Trusts

2.1 Steuerliche Behandlung des Trusts in DBG und StHG

Das Privatrecht verleiht dem Trust keine Rechtspersönlichkeit und im Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG)⁹⁶ sowie im Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG)⁹⁷ kommt ihm nicht die Eigenschaft als Steuersubjekt zu. Ein Trust ist auch keine «ausländische juristische Person» im Sinne von Artikel 49 Absatz 3 DBG und Artikel 20 Absatz 2 StHG, da diese gesetzlichen Bestimmungen nur Personengesamtheiten erfassen, denen das Privatrecht keine Rechtspersönlichkeit verleiht.⁹⁸

Ein Trust fällt nach überwiegender Lehrmeinung auch nicht unter den Anwendungsbereich der Artikel 11 DBG und 20 Absatz 2 StHG (ausländische Handelsgesellschaften

⁹⁴ ROMAN LIESCH, Soll die Schweiz Trusts einführen?, in: Die Volkswirtschaft 1–2/2020, S. 53–55.

⁹⁵ ROMAN LIESCH, Soll die Schweiz Trusts einführen?, in: Die Volkswirtschaft 1–2/2020, S. 53 ff.

⁹⁶ SR 642.11

⁹⁷ SR 642.14

⁹⁸ KS 30, Ziff. 4.1.

und andere ausländische Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit). Die in diesen Bestimmungen vorgesehene autonome steuerliche Qualifikation soll nur Einheiten erfassen, deren Mitglieder zueinander in einer «Personenverbindung» stehen. Es handelt sich dabei z. B. um Erbengemeinschaften oder auch um «partnerships» des angelsächsischen Rechts. Das diesen Instituten typische gemeinschaftliche Merkmal existiert in einem Trust nicht. Der Trust stellt ein Zweckvermögen dar.⁹⁹

Es gibt demnach im aktuellen schweizerischen Steuerrecht keine gesetzliche Grundlage, die es erlauben würde, einen Trust für Steuerzwecke einer juristischen Person gleichzusetzen.¹⁰⁰

2.2 Steuerliche Behandlung des Trustees in DBG und StHG

Das dem Trust zugewendete Vermögen und die damit erzielten Einkommen sind grundsätzlich auch nicht vom Trustee zu versteuern. Diese Sichtweise steht im Einklang mit dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 der Bundesverfassung¹⁰¹). Dieses Prinzip verlangt, dass einer steuerpflichtigen Person kein Einkommens- oder Vermögenselement zugerechnet werden darf, über das sie keine Verfügungsmacht besitzt. Der Trustee ist trotz zivilrechtlichem Eigentum wirtschaftlich nicht am Vermögen berechtigt.¹⁰² Klarerweise zu verbuchen und zu versteuern sind die Honorare bzw. Fees, die der Trustee für seine Tätigkeit erhält.¹⁰³

2.3 Steuerliche Behandlung von Begründer und Begünstigten in DBG und StHG

Die Konstellationen der möglichen Beziehungen an einem Trust sind sehr vielfältig. Im Folgenden werden nur die Grundsätze zur individuellen Behandlung von Begründer und Begünstigten anhand der drei Grundvarianten dargestellt.

Revocable Trust¹⁰⁴

Beim Revocable Trust entäussert sich der Begründer nicht endgültig des Vermögens, das dem Trust zugewendet wurde. Steuerlich werden das Vermögen und dessen Erträge deshalb weiterhin dem Begründer zugerechnet.¹⁰⁵ Mit anderen Worten wird das Vorliegen des Trustverhältnisses für steuerliche Zwecke ignoriert. Diese direkte steuerliche

⁹⁹ KS 30, a.a.O.

¹⁰⁰ KS 30, a.a.O.

¹⁰¹ SR 101

¹⁰² KS 30, Ziff. 4.2.

¹⁰³ KS 30, a.a.O.

¹⁰⁴ Vgl. KS 30, Ziff. 5.2.1.

¹⁰⁵ Diese Zurechnung an den Begründer erfolgt immer unter dem Vorbehalt der Besteuerung nach dem Aufwand. Nur das Vermögen und die Vermögenseinkünfte aus inländischen Quellen, auch solche aus Trusts, fliessen in die Kontrollrechnung ein (Art. 14 Abs. 3 Bst. d DBG und Art. 6 Abs. 6 Bst. c StHG).

Zurechnung ist vielfach auch im Interesse des Begründers. Bei einem Wertschriftenportefeuille beispielsweise, das hauptsächlich aus Aktien besteht, ermöglicht die transparente Behandlung die Erzielung steuerfreier privater Kapitalgewinne durch den Begründer.

Leistungen eines Revocable Trusts an die Begünstigten stellen bei diesen aufgrund der Einkommensgeneralklausel (vgl. Art. 16 Abs. 1 DBG und Art. 7 Abs. 1 StHG) grundsätzlich steuerbares Einkommen dar, ausser es liegt eine im Gesetz vorgesehene Ausnahme vor (z. B. eine Schenkung). Für die Beurteilung, ob eine im Gesetz vorgesehene Ausnahme vorliegt, ist auf das Verhältnis zwischen dem Begründer und den Begünstigten abzustellen. Handelt es sich bei den Begünstigten um die Nachkommen des Begründers, wird daher regelmässig eine Schenkung angenommen. Im Fall einer Schenkung liegt bei den Begünstigten kein steuerbares Einkommen vor (vgl. Art. 24 Bst. a DBG und Art. 7 Abs. 4 Bst. c StHG).

Bei Liquidation eines Revocable Trusts gibt es beim Rückfluss des Vermögens an den Begründer keine Steuerfolgen. Bei einem Zufluss des Trustvermögens an die Begünstigten hingegen liegt steuerlich eine Leistung des Begründers an die Begünstigten vor.

Irrevocable Fixed Interest Trust¹⁰⁶

Beim Irrevocable Fixed Interest Trust entäussert sich der Begründer endgültig des Vermögens, das dem Trust zugewendet wurde. Es stehen der Kreis der Begünstigten, Umfang und Zeitpunkt der Zuwendungen an die Begünstigten fest. Aufgrund des bestehenden und bekannten Rechtsanspruchs kann damit steuerlich eine Zurechnung des Trustvermögens im Umfang des Rechtsanspruchs an die Begünstigten erfolgen. Demzufolge wird der Begünstigte eines Fixed Interest Trust für steuerliche Zwecke dem Nutzniesser gleichgestellt.

Die Errichtung eines Irrevocable Fixed Interest Trusts führt bei den Begünstigten aufgrund der Einkommensgeneralklausel (vgl. Art. 16 Abs. 1 DBG und Art. 7 Abs. 1 StHG) grundsätzlich zu steuerbarem Einkommen, ausser es liegt eine im Gesetz vorgesehene Ausnahme vor (z. B. eine Schenkung).

Das Vermögen und die laufenden Einkommen eines Irrevocable Fixed Interest Trusts werden den Begünstigten zugerechnet. Letztere unterliegen für ihren Anteil am Trustvermögen der Vermögenssteuer. Kapitalgewinne wie auch Ausschüttungen von Trustkapital sind steuerfrei. Da der Trust in der Praxis von seiner Rechtsnatur her meistens als dauerhaftes Gebilde betrachtet wird, wird angenommen, dass das eingebrachte Trustkapital erst nach Ausschüttung aller Trusteinkommen ausgeschüttet werden kann.

Die Leistungen eines Irrevocable Fixed Interest Trusts an die Begünstigten haben keine Steuerfolgen (steuerfreie Vermögensumschichtungen).

Bei der Liquidation eines Irrevocable Fixed Interest Trusts sind die gleichen Regeln wie bei den Leistungen an die Begünstigten anwendbar.

¹⁰⁶ Vgl. KS 30 Ziff. 5.2.3.

Irrevocable Discretionary Trust¹⁰⁷

Beim Irrevocable Trust entäussert sich der Begründer endgültig des Vermögens, das dem Trust zugewendet wurde. Hat der Begründer seinen *Wohnsitz in der Schweiz*, liegt gemäss der geltenden Praxis jedoch nur dann eine Entreicherung des Begründers vor, wenn ein anderes Steuersubjekt bereichert wird. In allen anderen Fällen werden das Vermögen und der Vermögensertrag weiterhin dem Begründer zugerechnet.¹⁰⁵ Damit ergeben sich bei diesem Irrevocable Discretionary Trust die gleichen Steuerfolgen wie bei einem Revocable Trust.

Hatte der Begründer im Zeitpunkt der Errichtung eines Irrevocable Discretionary Trusts seinen *Wohnsitz im Ausland* und verlegte er danach seinen Wohnsitz in die Schweiz, wird das Trustvermögen – abweichend vom obigen Grundsatz der fehlenden Bereicherung eines anderen Steuersubjekts - weder dem Begründer noch den Begünstigten zugerechnet.

Die Rechte der Begünstigten eines Irrevocable Discretionary Trusts sind bloss anwartschaftlicher Natur. Der Zeitpunkt und Umfang der allfälligen Leistungen sind nicht festgelegt, da diese im Ermessen des Trustees liegen. Bisweilen wissen die Begünstigten gar nicht, dass sie Begünstigte eines Trusts sind. In der Praxis wird je nach Einzelfall im Todesfall des Begründers jedoch teilweise das laufende Vermögen und die Einkommen des Trusts beim in der Schweiz begründeten Trust den Begünstigten zugerechnet.

Leistungen eines Irrevocable Discretionary Trusts an die Begünstigten sind aufgrund der Einkommensgeneralklausel (vgl. Art. 16 Abs. 1 DBG und Art. 7 Abs. 1 StHG) grundsätzlich als deren Einkommen zu betrachten. Mangels steuerlicher Zurechnung des Trustvermögens an die Begünstigten kann die Leistung eigentlich weder ganz noch teilweise als privater Kapitalgewinn des Begünstigten von der Besteuerung ausgenommen werden (Art. 16 Abs. 3 DBG). In der geltenden Praxis werden teilweise auch steuerfreie Kapitalgewinne angenommen, wenn vom Trustee buchführungstechnisch nachgewiesen wird, dass der Leistung ein Kapitalgewinn zugrunde liegt. Die Besteuerung des Einkommens steht zudem unter dem Vorbehalt des Nachweises, dass beim Zufluss kein, oder nur teilweise, Einkommen vorliegt (Nachweis des eingebrachten Trustkapitals, welches bei der Einbringung bereits als Schenkung behandelt wurde; Art. 24 Bst. a DBG und Art. 7 Abs. 4 Bst. c StHG; diese Feststellung bezieht sich allerdings lediglich auf das bei der Gründung oder später eingelegte Kapital, wobei die Nachweispflicht der steuerpflichtigen Person obliegt). Zu beachten ist ferner, dass der Trust in der Praxis von seiner Rechtsnatur her meistens als dauerhaftes Gebilde betrachtet wird, so dass angenommen wird, dass das eingebrachte Trustkapital erst nach Ausschüttung aller Trusteinkommen ausgeschüttet werden kann.

Bei der Liquidation eines Irrevocable Discretionary Trusts sind die gleichen Regeln wie bei Leistungen aus dem Trust anwendbar.

¹⁰⁷ Vgl. KS 30 Ziff. 5.2.2.

2.4 Erbschafts- und Schenkungssteuer

Im Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuer sind die Kantone autonom. Der Bund hat hier keine Gesetzgebungskompetenz. Was das Bundesrecht jedoch für die Einkommenssteuer zum Steuerobjekt erklärt, kann nicht mehr Objekt der kantonalen Erbschafts- oder Schenkungssteuer sein. Einzelne Kantone kennen überhaupt keine Erbschafts- und/oder Schenkungssteuer. Die Tarife richten sich nach dem Verwandtschaftsgrad der Erben bzw. Beschenkten zur verstorbenen bzw. schenkenden Person. Bei Zuwendungen an Nichtverwandte kann die Steuerbelastung je nach Kanton bis zu rund 55 Prozent betragen.

Die Errichtung eines Trusts kann je nach kantonalem Recht Erbschafts- oder Schenkungssteuern auslösen, falls das Trustvermögen nicht mehr dem Begründer zugerechnet wird.

2.5 Verrechnungssteuer und ausländische Quellensteuern

Erzielt der Trust Einkünfte, die der Verrechnungssteuer unterliegen, kann der Trust mangels Rechtspersönlichkeit keine Rückerstattung beantragen.

Auch kann der Trust nicht als rückerstattungsberechtigte Handelsgesellschaft ohne juristische Persönlichkeit qualifiziert werden. Artikel 55 Buchstabe c der Verordnung vom 19. Dezember 1966 über die Verrechnungssteuer (VStV)¹⁰⁸ räumt den im Inland verwalteten Vermögensmassen, die einem besonderen Zweck gewidmet sind, jedoch das Recht der Persönlichkeit nicht erlangt haben, gleich den juristischen Personen einen Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer ein. Dieser Artikel kann auf den Trust nicht angewendet werden, da er keine «Vermögensmasse» darstellt.¹⁰⁹

Die Möglichkeit der Rückerstattung hat stattdessen diejenige Person, die für Vermögen und Vermögensertrag vermögens- oder kapital- bzw. einkommens- oder gewinnsteuerpflichtig ist. Sie hat die Voraussetzungen zu erfüllen, die sie zur Rückerstattung der auf den Erträgen des Trustvermögens erhobenen Verrechnungssteuer berechtigen; d. h. sie muss bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswerts besitzen (vgl. Art. 21 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer [VStG]¹¹⁰), Wohnsitz bzw. Sitz im Inland haben (vgl. Art. 22 Abs. 1 VStG bzw. Art. 24 Abs. 2 VStG) sowie die mit der Verrechnungssteuer belasteten Einkommen oder Vermögen, woraus solche Einkommen fliessen, gegenüber der zuständigen Steuerbehörde deklariert bzw. ordnungsgemäss als Ertrag verbucht haben (vgl. Art. 23 Abs. 1 VStG bzw. Art. 25 Abs. 1 VStG). Beim Revocable Trust sind diese Voraussetzungen in der Regel beim Begründer,¹¹¹ beim Irrevocable Fixed Interest Trust bei den Begünstigten zu prüfen.¹¹² Wenn bei einem Irrevocable Discretionary Trust zwischen dem Zeitpunkt der Truster-

¹⁰⁸ SR 642.211

¹⁰⁹ KS 30 Ziff. 7.2.

¹¹⁰ SR 642.21

¹¹¹ KS 30 Ziff. 7.2.1.

¹¹² KS 30 Ziff. 7.2.2.

richtung und demjenigen einer Ausschüttung das Trustvermögen sowie die darauf anfallenden Einkommen nicht (mehr) dem Begründer und (noch) nicht den Begünstigten zugerechnet werden, kann niemand rückerstattungsberechtigt sein, so dass die Verrechnungssteuer eine definitive Belastung zur Folge hat.¹¹³

Schliesslich ist zu erwähnen, dass im Ausland ansässige Personen unter bestimmten Voraussetzungen auch nach einem zwischen der Schweiz und ihrem Ansässigkeitsstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) einen Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer haben können.¹¹⁴

Insbesondere prüft die ESTV - vorbehaltlich besonderer Vorschriften in den DBA - bei einem Antrag eines Trusts ausländischen Rechts auf Rückerstattung zunächst, ob der Trust nach den Rechtsvorschriften dieses Staates eine "Person" ist, die in diesem Staat steuerlich ansässig ist (subjektive Steuerpflicht), und zwar entweder in Bezug auf den Trust selbst oder in Bezug auf die in diesem Staat ansässigen Trustees, was eine Steuerpflicht in diesem Staat impliziert. In diesem Fall hält die ESTV die Anwendung der Abkommensbestimmungen zur Reduktion der Doppelbesteuerung (Dividenden, Zinsen) für richtig und erstattet einen Teil der Verrechnungssteuer zurück; der Umstand, dass der Trust nach schweizerischem Recht (und nicht notwendigerweise nach dem Sinn des Abkommens) keine Rechtspersönlichkeit hat, ist vorliegend weniger bedeutend als die Tatsache, dass im anderen Vertragsstaat ein Steuersubjekt für die Erträge des Trusts vollumfänglich der ordentlichen Steuerpflicht unterliegt.¹¹⁵

Die Leistungen des Trusts an Begünstigte unterliegen nicht der Verrechnungssteuer.

Nach der heutigen Praxis können ausländische Quellensteuern auf Einkünfte aus einem Irrevocable Discretionary Trust, der von einer im Ausland ansässigen Person errichtet wurde, deren Beteiligte (Begründerinnen bzw. Begründer, Trustees und/oder Begünstigte) in der Schweiz Domizil haben, in der Regel nicht durch die DBA reduziert werden. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass der Trust nach der heutigen Praxis nicht als steuerlich ansässig oder begünstigt im Sinne der DBA gilt.

Solange hingegen die schweizerischen Steuerbehörden die in der Schweiz ansässigen Begünstigten von Trusteinkünften oder den Begründerinnen und Begründer besteuern, stellt sich die Frage, ob diese Personen auf der Grundlage eines von der Schweiz mit dem betreffenden Quellenstaat abgeschlossenen DBA Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer haben. In einem solchen Fall ist es aus Sicht der schweizerischen Steuerverwaltung unerlässlich, dass die antragstellende Person in der Schweiz ordentlich steuerpflichtig ist und dass ihr die fraglichen Einkünfte nach dem Gesetz und den Besteuerungsgrundsätzen des Rundschreibens der SSK zugerechnet wurden. Die schweizerische Steuerverwaltung wird den Antrag bestätigen und gibt ihn gemäss dem im Einzelfall anwendbaren Verfahren an die Begünstigten zurück oder leitet ihn an die zuständige ausländische Steuerbehörde im Quellenstaat der Einkünfte weiter, die die Quellensteuer erhoben hat. Ob und in welchem Umfang dem Rückerstattungsantrag stattgegeben wird, hängt davon ab, wie der andere Vertragsstaat die Trusteinkünfte bzw. den Trust und seine Begünstigten qualifiziert.¹¹⁶

¹¹³ KS 30 Ziff. 7.2.3.

¹¹⁴ KS 30 Ziff. 8.2.

¹¹⁵ KS 30 Ziff. 8.2.

¹¹⁶ KS 30 Ziff. 8.3.

2.6 Stempelabgaben

Gestützt auf das Prinzip der rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise bei den Stempelabgaben, wegen ihres formellen Charakters als Rechtsverkehrssteuer und der Tatsache, dass sich die Vermögenswerte des Trusts im Eigentum des Trustees befinden, hat der Trustee bei der Umsatzabgabe sowie bei der Abgabe auf Versicherungsprämien u. U. Steuerfolgen zu gewärtigen. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Vermögenswerte beim Begründer oder den Begünstigten in den Büchern stehen.¹¹⁷ Die Praxis gemäss KS Nr. 30 ist für den Bereich der Stempelabgaben folglich nicht anwendbar.

2.7 Mehrwertsteuer

Die Mehrwertsteuer bezweckt die Besteuerung des nicht unternehmerischen Endverbrauchs im Inland (Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer [MWSTG]¹¹⁸). Im Ausland erbrachte Leistungen unterliegen somit nicht der Schweizer Mehrwertsteuer. Für die Beurteilung, ob eine Leistung im In- oder Ausland erbracht gilt, sind die Ortsbestimmungsprinzipien gemäss Artikel 7 MWSTG für Lieferungen und Artikel 8 MWSTG für Dienstleistungen massgebend. Bei Lieferungen sowie bei Dienstleistungen, deren Ort sich nicht nach dem Empfängerortsprinzip (vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. a–g MWSTG) richtet, bietet die Bestimmung des Leistungsortes bei Leistungen an einen Trust keine Probleme. Bei Dienstleistungen nach dem Empfängerortsprinzip gemäss Artikel 8 Absatz 1 MWSTG gilt als Ort der Dienstleistung der Ort, an dem der Empfänger oder die Empfängerin der Dienstleistung den Sitz der wirtschaftlichen Tätigkeit oder eine Betriebsstätte hat, für welchen die Dienstleistung erbracht wird, oder in Ermangelung eines solchen Sitzes oder einer solchen Betriebsstätte der Wohnort oder der Ort seines oder ihres üblichen Aufenthaltes. Beim Trust handelt es sich nach schweizerischer Rechtsauffassung nicht um eine juristische Person, sondern um ein eigenes Rechtsinstitut. Bei Dienstleistungen nach dem Empfängerortsprinzip (Art. 8 Abs. 1 MWSTG) an einen Trust stellt sich deshalb die Frage, anhand welcher Kriterien der Trust dem In- oder Ausland zugeordnet wird bzw. an wessen Domizil für die Bestimmung des Leistungsortes angeknüpft wird.

Bei einem Revocable Trust wird für die Bestimmung des Leistungsortes auf das Domizil des Begründers/der Begründer abgestellt. Hat der Begründer oder mindestens die Hälfte der Begründer ihr Domizil im Inland (Kopfprinzip), gelten Dienstleistungen nach Artikel 8 Absatz 1 MWSTG als im Inland erbracht. Liegt das Domizil des Begründers oder der Mehrheit (mehr als 50%) der Begründer im Ausland, gilt die Dienstleistung als im Ausland erbracht. Die mehrwertsteuerliche Behandlung richtet sich nach der Art der erbrachten Leistung (Vermögensverwaltungsleistungen sind bspw. grundsätzlich steuerbar, Wertschriftentransaktionen sind von der Steuer ausgenommen [Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 Bst. e MWSTG]).

¹¹⁷ Vgl. BGer, 2C_996/2015 E. 2.2 und 4.1.

¹¹⁸ SR 641.20

Liegt ein Irrevocable Fixed Interest Trust oder ein Irrevocable Discretionary Trust vor und hat mindestens die Hälfte der Begünstigten bzw. der Trustees (falls die Begünstigten nicht bekannt bzw. bestimmt und auch nicht bestimmbar sind) ihr Domizil im Inland (Kopfprinzip), gelten Dienstleistungen nach Artikel 8 Absatz 1 MWSTG an den Trust als im Inland erbracht. Die mehrwertsteuerliche Behandlung richtet sich wiederum nach der Art der jeweiligen Leistung.

Werden steuerbare Dienstleistungen nach Artikel 8 Absatz 1 MWSTG von Unternehmen mit Sitz im Ausland bezogen, die nicht im Mehrwertsteuerregister eingetragen sind, unterliegen diese bei den Begünstigten bzw. bei den Trustees im Inland bei erfüllten Voraussetzungen der Bezugsteuer (Art. 45 MWSTG). Haben mehrere Begünstigte bzw. Trustees ihr Domizil im Inland, gelten sie als Personengesamtheit.

Liegt das Domizil der Mehrheit (mehr als 50%) der Begünstigten bzw. der Trustees dagegen im Ausland (Kopfprinzip), gelten die an den Trust erbrachten Dienstleistungen, die unter Artikel 8 Absatz 1 MWSTG fallen, als im Ausland erbracht und unterliegen nicht der Inlandsteuer.¹¹⁹

2.8 Würdigung der heutigen Praxis

Mit dem von der SSK herausgegebenen KS 30 wurden die Grundsätze zur steuerlichen Behandlung publiziert. Damit wurden viele Rechtsunsicherheiten über die Steuerfolgen bei Begründern und Begünstigten beseitigt. Wegen der kantonal unterschiedlichen Ausübung ihrer Steuerhoheit (Erbchafts- und Schenkungssteuern, siehe Ziff. 2.1) und der komplexen Thematik werden die durch einen Trust entstehenden Steuerfolgen üblicherweise mit den Steuerbehörden vorgängig geklärt und für den Einzelfall im Rahmen eines Rulings für beide Seiten verbindlich festgelegt. Dieser offene Dialog zwischen Begründer und Steuerbehörden ist auch ein wesentlicher Grund, weshalb die geltende steuerliche Behandlung von Praktikern kaum kritisiert wird und es bis anhin nur vereinzelte Steuerjustizverfahren gab.

Die Zurechnung des Revocable Trust an den Begründer wird in der Praxis sowohl von den Steuerpflichtigen als auch von den Steuerbehörden als sachgerecht betrachtet. Es sind auch kaum Fälle bekannt, in welchen diese Zurechnung strittig gewesen wäre. Indem der Begründer den Trust jederzeit widerrufen kann, hat er sich des Vermögens nicht definitiv entäussert und er behält weiterhin die Kontrolle über das Trustvermögen. Die Zurechnung trägt damit seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich beim Revocable Trust um Vermögen des Begründers.

Spiegelbildlich dazu ist die Zurechnung eines Irrevocable Fixed Interest Trust an die Begünstigten sachgerecht und erfährt Akzeptanz. Die Begünstigten haben einen Anspruch auf das Vermögen erworben und die Zurechnung entspricht der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Auch beim Irrevocable Discretionary Trust sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, in welchen diese Zurechnung hinterfragt wurde. Würde das Trustvermögen niemandem

¹¹⁹ Vgl. MBI 14, Ziff. 7.3.3.

zugerechnet, entginge es der Besteuerung und es entstünde eine Steuerlücke. Eine solche Steuerlücke stünde im Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen. Wirtschaftlich betrachtet bleibt bei einem Familientrust das Vermögen auch beim Irrevocable Discretionary Trust weiterhin mit dem Begründer bzw. dessen Familie verbunden. Auch nach dem Verständnis von Begründer und Begünstigten «gehört» das Trustvermögen nicht Drittpersonen, sondern weiterhin der Familie. Wirtschaftlich betrachtet liegt damit Familienvermögen vor und es wäre stossend, wenn die Besteuerung eines weiterhin dem Begründer bzw. den Begünstigten dienenden Vermögens durch Einbringung in einen Irrevocable Discretionary Trust umgangen werden könnte.

Die unterschiedliche Behandlung von Begründern mit in- oder ausländischem Wohnsitz bei einem Irrevocable Discretionary Trust wird mit den unterschiedlichen Rechtsordnungen begründet. Während im ausländischen Recht eine Entreicherung ohne Bereicherung möglich sein mag, ist diese dem geltenden schweizerischen Zivil- und Steuerrecht fremd.¹²⁰ Dennoch ist hinzuzufügen, dass selbst gewisse angelsächsische Staaten analog der Schweizerischen Praxis zwischen einem Trust mit inländischen Begründern¹²¹ und einem Pre-Immigration Trust unterscheiden.¹²² Im internationalen Vergleich ist die Schweizer Praxis also nicht ungewöhnlich. Die steuerliche Anerkennung von Pre-Immigration Trusts trägt ausserdem zur Standortattraktivität der Schweiz bei.

Die Analyse der Arbeitsgruppe Bund/Kantone/Wissenschaft hat ferner aufgezeigt, dass die Praxis der Kantone teilweise uneinheitlich ist. Bei den Erbschafts- und Schenkungssteuern liegt dies in der Natur der Sache, da es sich um einen Bereich handelt, in dem die Kantone autonom sind. Indes bestehen kantonal unterschiedliche Praxen teilweise auch in Bezug auf die Frage, ob Einkommens- und Vermögenssteuern geschuldet sind, obschon es sich dabei um einen harmonisierten Bereich handelt. Eine Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesen Fragestellungen liegt bislang nicht vor. Das Kreisschreiben wäre für das Gericht nicht verbindlich.

In der Regel verursacht die geltende Praxis keinerlei Probleme hinsichtlich der DBA-Konformität. Insbesondere ist es, im Zusammenhang mit den Trustverhältnissen, zulässig, dass dasselbe Einkommen von verschiedenen Personen, die in verschiedenen Vertragsstaaten domiziliert sind, gleichzeitig besteuert wird. Die sich daraus ergebende Doppelbesteuerung ist bekannt und wird akzeptiert, da die Staaten in diesem Bereich seit jeher mehrfache Zuständigkeitsregeln anwenden (dies ist der Fall, wenn Trusteinkommen von mehreren Staaten bei unterschiedlichen Steuersubjekten besteuert wird: z.B. Drittstaat besteuert den in der Schweiz begründeten Revocable Fixed Interest Trust aufgrund eines in diesem Drittstaat ansässigen Begünstigten, während die Schweiz die

¹²⁰ Vgl. KS 30 Ziff. 7.2.3.

¹²¹ Siehe bspw. § 679(a)(1) US Internal Revenue Code.

¹²² Siehe bspw. § 679(4) US Internal Revenue Code welcher eine unterschiedliche Handhabung vorsieht, wenn der Trust 5 Jahre vor der Wohnsitznahme begründet wurde (« Special rules applicable to foreign grantor who later becomes a United States person »).

Trusteinkommen dem Begründer zurechnet), und teilweise besteht kein DBA-Anspruch auf Quellensteuerreduktion/-befreiung.¹²³

In der Lehre wird die aktuelle, auf das Kreisschreiben abstellende Praxis vor allem in zweifacher Hinsicht kritisiert:

Steuerliche Behandlung des Revocable Trusts

In der geltenden Praxis wird beim Revocable Trust das dem Trust übertragene Vermögen mangels unwiderruflicher Entäusserung weiterhin dem Begründer zugerechnet, obschon dieser zivilrechtlich betrachtet nicht mehr als Eigentümer erscheint.¹²⁴ Damit wird steuerrechtlich von der zivilrechtlichen Ordnung abgewichen zugunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Fraglich ist, auf welcher Rechtsgrundlage die Zurechnung an den Begründer erfolgt. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass sich die zivilrechtliche Zuordnung der Vermögenswerte *de lege lata* nur überwinden lässt, wenn eine Steuerumgehung bzw. nach neueren Lehrmeinungen ein steuerrechtlicher Rechtsmissbrauch vorliegt.¹²⁵ Der Begründer, der sich seines Vermögens nicht definitiv entäussert, verhält sich wider Treu und Glauben, wenn er sich für Steuerzwecke dennoch auf die Vermögensentäusserung beruft.

Für die Annahme einer Steuerumgehung resp. eines steuerrechtlichen Rechtsmissbrauchs muss gemäss herrschender Lehrmeinung eine hohe Hürde genommen werden. Das geltende Kreisschreiben wird vor diesem Hintergrund in der Lehre als zu weitgehend kritisiert.

Steuerliche Behandlung des Irrevocable Discretionary Trust

Beim Irrevocable Discretionary Trust hat einerseits der Begründer die Verfügungsmacht über das übertragene Vermögen definitiv aufgegeben, ohne aber andererseits den Begünstigten feste Ansprüche einzuräumen. Das Trustvermögen befindet sich gleichsam «in der Schweb». Eine Zurechnung an den Trust ist im geltenden Recht mangels Steuersubjektivität, eine Zurechnung an den Trustee mangels wirtschaftlicher Berechtigung ausgeschlossen – darin ist sich die Lehre einig.

Gemäss Kreisschreiben werden dem Begründer Vermögen und Ertrag des Trusts zugerechnet, sofern dieser im Zeitpunkt der Trusterrichtung seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte.¹²⁶ Dies beruht auf dem von BÖCKLI aufgestellten Grundsatz, wonach es keine

¹²³ Im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Quelle und Domizil ist ein Teil der Lehre der Ansicht, dass bei einer korrekten Anwendung der Ausschüttungsregeln der Quellenstaat sein Besteuerungsrecht insoweit einschränken muss, dass die Einkünfte des Trusts, gemäss der Regelung des Domizilstaates, einer in diesem Staat ansässigen Person zugerechnet werden können. Siehe hierzu insb. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, 2004, S. 296 f.; SALOM, *Switzerland/International - The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law*, IBFD Bulletin 2011. Diese Interpretation basiert namentlich auf einer kontextuellen Auslegung (art. 3(2) MC OCDE) der Ausschüttungsregeln, mit welcher eine Doppelbesteuerung gemäss dem Zweck der DBAs verhindert wird (Art. 31 CVDT).

¹²⁴ Vgl. etwa AMONN, a.a.O., S. 498; OPEL, a.a.O., S. 278; NATALIE PETER, *Die liechtensteinsche Stiftung und der Trust im Schweizer Steuerrecht*, FStR 2003, S. 172.

¹²⁵ ROBERT DANON, *L'imposition du "private express trust": analyse critique de la Circulaire CSI du 22 août 2007 et proposition de modèle d'imposition de lege ferenda*, ASA 2007/2008, S. 435, S. 448;

¹²⁶ Kreisschreiben, Ziff. 5.1.1.2. und Ziff. 5.2.3.

Entreichung ohne korrespondierende Bereicherung geben könne.¹²⁷ Die überwiegende Lehre stuft die Zurechnung an den Begründer, der sich des Vermögens definitiv begeben hat, jedoch als verfassungswidrig ein.¹²⁸ Angenommen wird ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV).

Weiter erblickt die Lehre in der unterschiedlichen Behandlung des Begründers mit in- und ausländischem Wohnsitz einen Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV): Während bei einem inländischen Begründer eine Zurechnung erfolgt, bleibt diese beim Begründer mit ausländischem Wohnsitz im Zeitpunkt der Trusterrichtung aus – und zwar auch nach einem allfälligen Zuzug in die Schweiz. Damit werden Trusterrichtungen im Ausland privilegiert, ohne dass es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gäbe.¹²⁹

3 Transparenz- und Anti-Geldwäscherei-Bestimmungen für Trusts

3.1 Internationale Standards

3.1.1 Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

Im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung haben sich die von der *Financial Action Task Force (FATF)* 1990 ausgearbeiteten Empfehlungen zu einem anerkannten Standard etabliert. Die 40 nicht verbindlichen Empfehlungen sind keine direkt anwendbaren Rechtsnormen und müssen daher im nationalen Recht nachgebildet werden. Die Schweiz hat ihr Gesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei mit den dazugehörigen Ausführungserlassen 1997 geschaffen.¹³⁰

¹²⁷ Siehe etwa PETER BÖCKLI, *Der angelsächsische Trust - Zivilrecht und Steuerrecht*, 2007, S. 64 f.

¹²⁸ Vgl. etwa ROBERT DANON, *L'imposition du "private express trust": analyse critique de la Circulaire CSI du 22 août 2007 et proposition de modèle d'imposition de lege ferenda*, ASA 2007/2008, S. 435, S. 455 ; TONI AMÖNN, *Trustbesteuerung in der Schweiz – eine Standortbestimmung*, ASA 76 2007/2008, S. 502 ff.; XAVIER OBERSON, *Le traitement fiscal du trust en droit Suisse. Les limites à l'application des principes généraux de la fiscalité*, ASA 2007/2008, S. 485 f, S. 491; ANDREA OPEL, *Familienstiftung und Trust – Postulat für eine kohärente Besteuerung*, ASA 78 2009/2010, S. 282 f.

¹²⁹ ROBERT DANON, *L'imposition du "private express trust": analyse critique de la Circulaire CSI du 22 août 2007 et proposition de modèle d'imposition de lege ferenda*, ASA 2007/2008, S. 435, S. 455. Zudem werden die Argumente des Kreisschreibens (sich beziehn auf Art. 335 ZGB und dem Vorbehalt der Steuerumgehung) als nicht überzeugend betrachtet. Einerseits, wie vom Bundesgericht bestätigt, begründet Art. 335 ZGB nicht eine "loi d'application immédiate" im Sinne von Art. 18 IPRG welche die Anwendung eines ausländischen Gesetzes zu verdrängen vermag (BGE 135 III 614). Andererseits ist es nicht möglich zu beweisen, dass die Begründung eines Irrevocable Discretionary Trusts durch eine in der Schweiz wohnhafte Person als Tatbestand der Steuerumgehung gilt, ROBERT DANON, *L'imposition du "private express trust": analyse critique de la Circulaire CSI du 22 août 2007 et proposition de modèle d'imposition de lege ferenda*, ASA 2007/2008, S. 435, S. 454.

¹³⁰ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung; SR 955.0.

Die Empfehlung 25 (Recommendation 25; nachstehend R.25) behandelt die Transparenz und die wirtschaftlich berechtigten Personen bei Rechtsvereinbarungen, wozu auch der Trust gehört.¹³¹ Die R.25 zielt darauf ab, dass die Länder Massnahmen ergreifen sollen, um die Nutzung von Rechtsvereinbarungen für Zwecke der Geldwäscherei oder der Terrorismusfinanzierung zu verhindern, indem den zuständigen Behörden der Zugriff auf Informationen über diese Rechtsvereinbarungen gewährt wird. Dazu gehören auch die Informationen über die wirtschaftlich berechtigten Personen von juristischen Personen und anderen Rechtskonstruktionen, also die natürlichen Personen, die diese anonymen Rechtsträger und Rechtsgebilde tatsächlich besitzen und kontrollieren. Die FATF hat den Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person («beneficial owner») im Kontext ihrer Empfehlungen und im Hinblick auf deren Umsetzung in der Praxis definiert: «*Beneficial owner refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement. Reference to “ultimately owns or controls” and “ultimate effective control” refer to situations in which ownership/control is exercised through a chain of ownership or by means of control other than direct control [...]*».

Die Interpretativnote zur R.25 (Interpretive Note; nachstehend INR25) legt nahe, dass die Rechtsordnung des Staates, dem ein Trust untersteht, den Trustee verpflichten sollte, angemessene, korrekte und aktuelle Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten des Trusts einzuholen und aufzubewahren. Auf dieser Grundlage soll die Identität des Settlors, des Trustees, des Protektors (falls vorhanden), der Begünstigten oder der Gruppe der Begünstigten sowie jeder anderen natürlichen Person, die die tatsächliche Kontrolle über den Trust ausübt, festgestellt werden. Diese vorzusehenden Transparenz- und Sorgfaltspflichten von Trustees dienen u.a. auch dazu, Informationen über die wirtschaftlich berechtigten Personen den zuständigen Behörden verfügbar zu machen und im internationalen Verhältnis auszutauschen. Die Vorgaben der R.25 werden im schweizerischen Recht in Artikel 64 GwV-FINMA umgesetzt.

Darüber hinaus sollen auch die Finanzintermediäre und sog. «Designated non financial businesses and professions» (DNFBPs) im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten gemäss den FATF-Empfehlungen 10 und 22 die Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten des Trusts einholen, mit denen sie in geschäftlichen Beziehungen stehen. Wie bei den Informationen zu den rechtlichen Eigentumsverhältnissen müssen Finanzinstitute und DNFBPs ihre Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten ebenfalls auf dem neuesten Stand halten und erforderlichenfalls verifizieren, wenn Zweifel an deren Richtigkeit bestehen.

¹³¹ Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, Methodologie zur Empfehlung 25, FN 74: (<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/M%C3%A9thodologie%20GAFI.pdf>)

3.1.2 Transparenz in Steuersachen

Bei der internationalen Amtshilfe in Steuersachen tauschen die Steuerbehörden verschiedener Staaten zwecks Durchsetzung des nationalen Steuerrechts relevante Informationen aus. Die Schweiz hat sich 2009 zum OECD-Standard zur Amtshilfe bekannt. Das OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung von Einkommen und Vermögen (OECD-MA)¹³² ist eine rechtsunverbindliche Empfehlung der OECD an ihre Mitgliedstaaten. Nach Massgabe dieses Standards wurden bislang zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz mit Drittstaaten an die OECD-Vorgaben angepasst, so auch was den Informationsaustausch angeht (Art. 26 OECD-MA). 2013 unterzeichnete der Bundesrat schliesslich das multilaterale Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen (Amtshilfeübereinkommen)¹³³, wodurch die verbindliche völkerrechtliche Grundlage für den Informationsaustausch auf Ersuchen, den spontanen Informationsaustausch und den automatischen Informationsaustausch geschaffen wurde. Basis für die Übermittlung von Informationen im Einzelfall sind jedoch die zwischen der Schweiz und diversen Staaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und Steuerinformationsabkommen (SIA). Amtshilfe kann auch gestützt auf das Amtshilfeübereinkommen geleistet werden.

Die im Steuerbereich geltenden Anforderungen zu den beherrschenden Personen stützen sich grundsätzlich auf die FATF-Empfehlungen über die wirtschaftlich berechtigten Personen. Die unterschiedliche Zwecksetzung der FATF und des *Global Forum über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke* (Global Forum) haben jedoch zur Folge, dass die FATF-Empfehlungen im Bereich des steuerlichen Informationsaustauschs nicht gleich angewendet und interpretiert werden, was jedoch nichts am Grundsatz ändert, dass die Vorgaben der Empfehlungen, einschliesslich jener der R.25, auch im Steuerbereich eingehalten werden müssen.

Beim steuerlichen Informationsaustausch ist für die Beantwortung eines Ersuchens einzig massgebend, ob die erfragten Informationen für den ersuchenden Staat voraussichtlich relevant sind (foreseeably relevance). Demgemäss sind auch der Trust und die involvierten Personen (Settlor, Trustee, Protector, Beneficiaries, Controlling Persons) von Art. 26 OECD-MA erfasst, sodass im Rahmen eines Amtshilfeersuchens diesbezügliche Informationen gestützt auf ein standardkonformes DBA erfragt werden dürfen, sofern deren voraussichtliche Relevanz bejaht wird.

Das Global Forum überprüft auf der Grundlage von spezifischen Referenzkriterien und einer eigens dafür entwickelten Methodologie regelmässig, ob die Staaten den Informationsaustausch auf Ersuchen korrekt umsetzen. Referenzkriterium 1.4¹³⁴ hält die Staaten an, sie sollen angemessene Massnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die zuständigen Behörden auf Informationen zu den wirtschaftlich berechtigten Personen von Trusts, die (i) den Gesetzen dieses Staates unterliegen, (ii) in diesem Staat verwaltet werden, oder (iii) bei denen ein Trustee in diesem Staat ansässig ist, zugreifen können. Zu den Informationen über die wirtschaftliche Berechtigung beim Trust gehören die

¹³² Model Tax Convention on Income and on Capital: OECD iLibrary | Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version) (oecd-ilibrary.org)

¹³³ SR 0.652.1

¹³⁴ Exchange of Information on Request, Handbook for Peer Reviews 2016-2020, Terms of Reference (ToR 1.4): terms-of-reference.pdf (oecd.org).

Identität des Settlors, des/der Trustee(s), des Protektors (falls vorhanden), aller Begünstigten oder Kategorien von Begünstigten, und jede andere natürliche Person, die den Trust letztlich effektiv kontrolliert. Ferner sollen die zuständigen Behörden auf die von Banken, anderen Finanzdienstleistern, Institutionen und Personen, die als Beauftragte oder Treuhänder handeln (einschliesslich Nominees und Trustees), gehaltenen Informationen über die rechtlichen Eigentümer und wirtschaftlich berechtigten Personen von Trusts zugreifen können.

Der für den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen entwickelte Gemeinsame Meldestandard der OECD (Common Reporting Standard; CRS)¹³⁵ enthält Melde- und Sorgfaltspflichten für Finanzinstitute und nimmt im Zusammenhang mit den wirtschaftlich berechtigten Personen (Controlling Persons) ebenfalls Bezug auf die FATF-Empfehlungen. Qualifiziert ein Trust als meldendes Finanzinstitut, muss er bei Eigenkapitalbeteiligungen, die von einem Rechtsträger gehalten werden, die beherrschende(n) Person(en) dieses Rechtsträgers nach Massgabe der Vorgaben der R.25 als Halter feststellen, was dem allgemeinen Vorgehen der Finanzinstitute entspricht, wenn sie bei Trusts, die über ein Finanzkonto verfügen, die wirtschaftlich berechtigten Personen nach dem CRS eruieren müssen.

3.2 Konformität des Schweizer Rechts mit den internationalen Standards

Die Schweiz hat sich als Mitglied der FATF politisch zur Einhaltung von deren Empfehlungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei/Terrorismusfinanzierung verpflichtet und setzt diese Standards grösstenteils durch ihre Gesetzgebung im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei um. Die R.25 ist bereits heute auf ausländische Trusts anwendbar, die in der Schweiz verwaltet werden. Um die Wirksamkeit der Umsetzung der Empfehlungen zu überprüfen, hat die FATF 11 Schlüsselziele oder «Immediate Outcomes» (IO) identifiziert, die ein effektiver Rahmen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung erreichen sollte.¹³⁶ Bei der Evaluierung der Schweiz hat die FATF im Rahmen der IO5 gewisse Mängel bei der Umsetzung festgestellt,¹³⁷ deren Behebung mit der GwG-Revision von 2020 erfolgt ist.¹³⁸ Damit erfüllt die Schweiz in Bezug auf ausländische Trusts, die nach dem HTÜ anerkannt werden, die materiellen Anforderungen der R.25 weitgehend, soweit sie anwendbar sind.

Auch im Bereich der Steuertransparenz hat sich die Schweiz als Mitglied des Global Forum politisch verpflichtet, die internationalen Standards zur Bekämpfung der Steuerrückziehung umzusetzen. Demgemäss unterstehen auch ausländische Trusts, die in

¹³⁵ SR 0.653.1

¹³⁶ Die FATF bewertet in den gegenseitigen Evaluierungen die Wirksamkeit der Bemühungen eines Landes im Hinblick auf jedes dieser 11 thematisch gegliederten IO. Im Zusammenhang mit dem Trust ist insbesondere IO5 von Relevanz (Legal persons and arrangements are prevented from misuse for money laundering or terrorist financing, and information on their beneficial ownership is available to competent authorities without impediments).

¹³⁷ Mutual Evaluation Report Switzerland, December 2016 (<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf>; Technical Compliance Annex)

¹³⁸ Geschäft 19.044, Geldwäschereigesetz. Änderung: 19.044 | Geldwäschereigesetz. Änderung | Geschäft | Das Schweizer Parlament.

der Schweiz verwaltet werden, den Vorgaben der einschlägigen Abkommen, deren Einhaltung im Rahmen von Peer Reviews überprüft werden. Anlässlich der Länderprüfung 2020¹³⁹ hat das Global Forum der Schweiz empfohlen, sie solle sicherstellen, dass auch nicht-professionelle Trustees, die weder ein Bankkonto haben noch GwG-unterstellte Fachpersonen engagieren, über Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten des Trusts verfügen (Ziff. 173 des Länderberichts). Begründet wurde diese Empfehlung damit, dass solche Trustees nicht den GwG-Pflichten unterstellt sind und somit die wirtschaftlich Berechtigten des Trusts nicht identifizieren müssen. Ferner hat das Global Forum der Schweiz empfohlen, zu überprüfen, ob nicht professionelle Schweizer Trustees von nicht kommerziellen ausländischen Trusts eine standardkonforme Buchhaltung führen und die Belege mindestens fünf Jahre aufbewahren (Ziff. 203 des Länderberichts).

3.3 Anforderungen an einen Schweizer Trust

Im Zuge der weltweiten Entwicklungen im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei, der Terrorismusfinanzierung und der Steuerhinterziehung hat sich ein umfassendes Netz von Transparenz- und Aufsichtsmechanismen etabliert, zu deren Einhaltung sich die Schweiz politisch verpflichtet hat. Auch eine schweizerische Trustgesetzgebung soll daher den diesbezüglichen internationalen Vorgaben entsprechen. Andernfalls besteht das Risiko, dass ein nicht standardkonformer schweizerischer Trust im Rahmen der Peer Reviews negativ beurteilt wird. Daraus könnten der hiesige Finanzplatz erneut in Kritik geraten und der Schweiz Nachteile im Standortwettbewerb im Bereich der Vermögensverwaltung erwachsen.

Neben der Einhaltung der R.25 wird die Schweiz in Zukunft auch die Wirksamkeit der getroffenen rechtlichen Massnahmen sicherstellen müssen.¹⁴⁰ Das geltende Schweizer Recht vermeidet das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung eines Trusts in der Schweiz bereits ausreichend.¹⁴¹ Dies gilt sowohl für Trusts, die nach ausländischem Recht errichtet sind, als auch für Trusts nach zukünftigem Schweizer Recht. Da der Schweizer Trust auch im Ausland eingesetzt werden kann, sind die Risiken der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung in der Schweiz potenziell erhöht. Aus diesem

¹³⁹ Peer Review Report on the Exchange of Information on Request, Switzerland 2020 (Second Round): OECD iLibrary | Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: Switzerland 2020 (Second Round): Peer Review Report on the Exchange of Information on Request (oecd-ilibrary.org)

¹⁴⁰ Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, Methodologie zur Empfehlung 1 und zum Immediate Outcome 5 (<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/M%C3%A9thodologie%20GAFI.pdf>)

¹⁴¹ Das Risiko der Geldwäscherei im Zusammenhang mit Trusts wurde im Bericht der Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), National Risk Assessment (NRA): Geldwäschereirisiken bei juristischen Personen, November 2017 analysiert (<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52564.pdf>). Der Bericht kommt zum Schluss, dass Trusts zwar zu den Strukturen gehören, bei denen das Risiko naturgemäss hoch ist, aber die Finanzintermediäre bei diesen Strukturen speziell wachsam sind und Trusts daher unter den ausländischen Rechtsträgern die Kategorie mit dem geringsten Risiko darstellen (Bericht, S. 61).

Grund ist es wichtig, dass der Schweizer Trust mit den Transparenzvorgaben der internationalen Standards vereinbar ist. Daher sind insbesondere auch nicht professionelle Trustees eines Schweizer Trusts zu verpflichten, die wirtschaftlich berechtigten Personen des Trusts festzustellen und zu identifizieren (vgl. dazu Art. 529j VE-OR sowie die Erläuterungen dazu). Anzuführen ist, dass bei einer allfälligen Anpassung von R.25 etwa dahingehend, dass eine genügende Verbindung zum Land verlangt wird, nach dessen Recht der Trust errichtet wurde, weitergehende Optionen zu einer konformen Umsetzung geprüft werden müssten (z.B. Pflicht, die Informationen bei einem Vertreter in der Schweiz zu hinterlegen, oder mindestens einen in der Schweiz ansässigen Trustee zu ernennen oder Einführung eines Trustregisters).

Während die schweizerische Gesetzgebung die Anforderungen der R.25 in Bezug auf ausländische Trusts, die auf ihrem Territorium tätig sind, bereits weitgehend erfüllt, wird darüber hinaus sichergestellt werden müssen, dass sie auch den spezifischen Anforderungen in der Methodologie zur R.25 in Bezug auf Länder mit einem Trustrecht entspricht.¹⁴² Die Kriterien 25.1(a) (Der Trustee muss die wirtschaftlich berechtigten Personen identifizieren und die entsprechenden Informationen halten) und 25.1(b) (Trustee muss Informationen über andere regulierte Beauftragte und Dienstleister des Trusts [Anlageberater, Vermögensverwalter, Buchhalter, Steuerberater] bereithalten) sind derzeit auf die Schweiz nicht anwendbar, müssten aber berücksichtigt werden, sobald der Schweizer Trust eingeführt wird. Gemäss Kriterium 25.5 sollen Trustees ausserdem verpflichtet sein, diese Informationen für mindestens fünf Jahre nach Beendigung ihrer Tätigkeit für den Trust aufzubewahren. Schliesslich sollten die Länder gemäss Kriterium 25.6 verlangen, dass die Informationen innerhalb einer angemessenen Frist nach jeder Änderung überprüft und aktualisiert werden müssen.

Diese Vorgaben gelten für sämtliche Trustees, unabhängig davon, ob sie der Finanzmarktgesetzgebung unterstehen oder nicht. Bei der Einführung eines Schweizer Trust muss somit sichergestellt werden, dass auch jene Trustees, die nicht der Finanzmarktgesetzgebung unterstellt sind, diese trustspezifischen Voraussetzungen erfüllen.

3.4 Entwicklungen der internationalen Standards

Derzeit finden Diskussionen und Analysen zur Revision der FATF-Empfehlungen statt, so insbesondere zur Empfehlung 24 (R.24). Im Rahmen der Revision der R.24 geht es insbesondere um Fragen zur Identifizierung der wirtschaftlich berechtigten Personen (im Sinne von natürlichen Personen). Die Revision befasst sich schwerpunktmässig mit i) der Qualität der Information über die wirtschaftlich berechtigten Personen (Relevanz, Korrektheit und Verfügbarkeit); ii) dem Zugang zu diesen Informationen innert einer angemessenen Frist; und iii) rechtlichen Hindernissen, die der Transparenz entgegenstehen (Inhaberaktien und «Nominees»). Im Zusammenhang mit der Qualität der Information und ihrem Zugang, stellt sich die Frage über die Art und Weise, wie diese Information gehalten werden (Frage von zentralen Registern, in denen diese Informationen erfasst werden) und wer unter welchen Voraussetzungen Zugang zu diesen Informationen haben soll. Diese Fragen werden auch im Rahmen der Revision der

¹⁴² Methodology (vgl. FN 13), Methodologie zur Empfehlung 25.

R.25 relevant sein. Die Arbeiten zur R.25 sollen voraussichtlich Mitte 2021 beginnen und 2022 beendet werden. Je nach den im FATF-Standard in Zukunft getroffenen Lösungen müssten die Vorschläge zur Transparenz angepasst werden. Die vorgeschlagene Lösung für einen Schweizer Trust genügt den geltenden Anforderungen der R.25, was nicht bedeutet, dass künftige, neue Anforderungen damit bereits abgedeckt wären, umso mehr als derzeit davon auszugehen ist, dass die internationalen Transparenzanforderungen für Rechtsvereinbarungen und damit auch für Trust künftig verschärft werden könnten.

3.5 Transparenz gemäss internationalen Vorgaben

Das Kriterium 25.1(a) der Empfehlung 25 (vgl. dazu ausführlich vorne Ziff. 3.1.1) gilt gemäss der aktuellen Finanzmarktgesetzgebung bereits für alle ihr unterstellten Trustees, sollte aber auch entsprechend für die übrigen Trustees gelten. Mit dem vorgeschlagenen Artikel 529j VE-OR soll diese Lücke geschlossen werden, indem die nicht der Finanzmarktgesetzgebung unterstellten Trustees im Rahmen des Trustrechts verpflichtet werden, die wirtschaftlich Berechtigten Personen des Trusts festzustellen und die entsprechenden Informationen zu halten. Damit lässt sich – im Gegensatz zu anderen Ländern – vermeiden, dass sämtliche Trustees der Finanzmarktgesetzgebung unterstellt werden, indem sie entweder beaufsichtigt werden oder über eine GwG-unterstellte Fachperson handeln müssen. Mit Artikel 529j VE-OR wird zudem das Kriterium 25.1 (b) im schweizerischen Recht umgesetzt. Schliesslich wird das Dispositiv zur Umsetzung der Empfehlungen des GAFI mit dem Vorschlag für einen neuen Artikel 327a VE-StGB (vgl. dazu die Erläuterungen hinten) ergänzt, wonach die Verletzung dieser trustrechtlichen Transparenzpflichten mit Busse bestraft wird.

4 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

4.1 Allgemeines

Da der Trust in erster Linie ein Rechtsinstitut der Länder des *common law* ist, definieren diese auch die international geltenden Standards. Der Trust, wie er in diesem Vorentwurf vorgeschlagen wird, muss daher anhand der in diesen Staaten geltenden Grundsätze analysiert werden (siehe Ziff. 4.2). Insofern kann der englische Trust als Referenzmodell betrachtet werden. Um die Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität des Schweizer Trusts sicherzustellen, wird auch auf die Länder, die in der internationalen Finanzwelt eine ähnliche Position innehaben wie die Schweiz (Singapur), sowie auf die Trusts eingegangen, die von den Offshore-Plätzen (Jersey, Kaimaninseln) angeboten werden. Wie bereits erwähnt, ist der Trust nicht nur auf die Länder des *common law* beschränkt geblieben, sondern hat mit den Jahren auch in den Staaten mit zivilrechtlicher Tradition Einzug gehalten (siehe Ziff. 4.3). Bei einigen handelt es sich um Mitglieder des Commonwealth (Schottland und Quebec). Doch Trusts und ähnliche

Rechtskonstruktionen (*trust-like arrangements*, wie beispielsweise die Treuhand¹⁴³) wurden auch in den Staaten des kontinentalen Rechts eingeführt, in gewissen Ländern vor langer Zeit (Liechtenstein), in anderen erst kürzlich (Frankreich). Der Abschluss des HTÜ im Jahr 1985 führte zu einer Verbreitung des Trusts in den ratifizierenden Staaten. Seither haben mehrere Länder den Trust in ihr innerstaatliches Recht aufgenommen oder erwägen eine solche Aufnahme. In der EU beispielsweise sehen drei Mitgliedstaaten Trusts vor, die ganz oder teilweise auf dem *common law* beruhen (Zypern, Irland, Malta), und sieben andere geben an, in ihrer Rechtsordnung Konstruktionen zu haben, die vergleichbar mit dem Trust sind (Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Rumänien, Tschechien und Ungarn).¹⁴⁴ Somit folgt die Schweiz mit dem Vorhaben, den Trust in ihre Rechtsordnung aufzunehmen, dem Trend auf europäischer und internationaler Ebene und wagt nicht etwa einen Alleingang.

4.2 Länder des *common law*

4.2.1 England

Die Ursprünge des Trusts reichen bis ins Mittelalter zurück. Es wird berichtet, dass Ritter (der *settlor*), die zu einem Kreuzzug aufbrachen, ihre Ländereien einer Vertrauensperson (dem *trustee*) anvertrauten, mit der Bitte, diese im Interesse ihrer Familienmitglieder (den *beneficiaries*) zu verwalten. Die Gerichte des *common law* betrachteten jedoch den Trustee als einzige dinglich berechtigte Person. Sie gewährten der Begründerin oder dem Begründer und den Begünstigten keinen Schutz. Wenn die oder der Trustee ihren oder seinen Pflichten nicht nachkam und die Ländereien im eigenen Interesse nutzte oder sich weigerte, sie zurückzugeben, riefen die Begründerin oder der Begründer oder die Begünstigten die *Equity*-Gerichtsbarkeit an, um ihre Rechte geltend zu machen. So wurde in den Grundsätzen der *Equity* das Institut des Trusts konkretisiert, das die oder den Trustee verpflichtete, ihre oder seine Eigentümerbefugnisse im Interesse der Begünstigten auszuüben. Die *Equity*-Gerichtsbarkeit weitete den Schutz der Begünstigten schrittweise aus, indem ihnen neben den persönlichen Ansprüchen gegenüber der oder dem Trustee auch dingliche Ansprüche am Trustvermögen gewährt wurden. Der Trust wurde daher Dritten gegenüber unwirksam: Wenn die oder der Trustee Trustvermögen in Verletzung ihrer oder seiner Pflichten abtrat, konnten die Begünstigten vor dem *Equity*-Gericht deren Rückgabe verlangen. Gutgläubige Dritte waren jedoch in ihrem Erwerb geschützt.¹⁴⁵

Die Rechtsquellen des englischen Trusts beruhen hauptsächlich auf der Rechtsprechung. Gewisse Aspekte des Trustrechts wurden in Gesetzen kodifiziert: dem Trustee Act 1925 (chapter 19), reformiert durch den Trustee Act 2000 über die Rechte und Pflichten der Trustees und den Charities Act 2006 über die gemeinnützigen Trusts. Die

¹⁴³ Siehe Ziff. 1.1.2 oben und FN 13.

¹⁴⁴ Siehe Liste der der Kommission mitgeteilten, unter das Recht der Mitgliedstaaten fallenden Trusts und ähnlichen Rechtsvereinbarungen (ABl.C 136 vom 27. April 2020, S. 5), siehe auch Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Prüfung, ob die Mitgliedstaaten alle unter ihr Recht fallenden Trusts und ähnliche Rechtsvereinbarungen ordnungsgemäss ermittelt haben und diese den in der Richtlinie (EU) 2015/849 festgelegten Verpflichtungen unterliegen (COM/2020/560 final).

¹⁴⁵ GRISEL, *ebd.*, S. 7 f.

Definition des englischen Trusts entspricht jener des HTÜ. Der englische Trust hat keine Rechtspersönlichkeit. Er kann durch die Willensäußerung der Begründerin oder des Begründers (*express trust, implied trust*) oder durch die Wirkung des Equity-Rechts (*constructive trust, resulting trust*) errichtet werden. Der *express trust* kann von Todes wegen (*testamentary trust*) oder unter Lebenden (*trust inter vivos*) errichtet werden. Er kann widerruflich oder unwiderruflich sein und den Begünstigten einen festen Rechtsanspruch an einer Ausrichtung (*fixed interest trust*) oder eine einfache Anwartschaft einräumen, die dem Ermessen der Trustee oder des Trustees unterliegt (*discretionary trust*). Der Trust darf grundsätzlich nur im Interesse der Begünstigten errichtet werden. Eine Ausnahme bilden die *charitable trusts*; (*private*) *purpose trusts* sind somit verboten. Das englische Recht sieht keine Einschränkung für die Person der Begründerin oder des Begründers, der Trustee oder des Trustees und der Begünstigten vor: Es kann sich um natürliche oder juristische Personen handeln. Die Errichtung eines Trusts zugunsten einer ungeborenen Person (*unborn person*) ist gestattet. Die Begründerin oder der Begründer sowie die oder der Trustee dürfen auch Begünstigte des Trusts sein, aber nicht die einzige begünstigte Person. Der Trust muss für eine befristete Dauer errichtet werden, die 125 Jahre nicht überschreiten darf. Er kann vorzeitig enden, wenn es keine Begünstigte mehr gibt oder sein Zweck vollumfänglich erfüllt ist, wenn er widerrufen wird, wenn das Vermögen des Trusts verloren geht oder durch einstimmigen Beschluss aller Begünstigten. Die englischen Trusts unterstehen keiner Eintragungs- oder Publizitätspflicht. Seit Januar 2019 sind jedoch alle Trusts, die im Vereinigten Königreich steuerpflichtig sind (Einkommenssteuer, Kapitalgewinnsteuer, Erbschaftssteuer, Stempelabgaben) bei den Steuerbehörden zur Eintragung verpflichtet. Dieses Trustregister wurde eingeführt, um die 4.¹⁴⁶ und 5.¹⁴⁷ Richtlinie der Europäischen Union zur Bekämpfung der Geldwäscherei umzusetzen (vgl. Ziff. 4.4). Es ist nicht öffentlich.

Die Errichtung des Trusts kann formlos erfolgen. Wenn die Begründerin oder der Begründer ihre oder seine Absicht, einen Trust zu begründen, klar äussert und sie oder er mit hinreichender Sicherheit die Begünstigten und die Vermögenswerte des Trusts bestimmt, ist eine mündliche Erklärung ausreichend. Der Trust ist nur dann gültig und entfaltet seine Wirkung, wenn die Begründerin oder der Begründer der oder dem Trustee das Eigentum am Trustvermögen überträgt oder wenn sie oder er sich selbst als Trustee bezeichnet. Wechselt die oder der Trustee, so muss das Eigentum am Trustvermögen an die Nachfolgerin oder den Nachfolger übertragen werden. In bestimmten Fällen erfolgt die Übertragung von Gesetzes wegen automatisch. Das Gericht darf intervenieren und unter verschiedenen Umständen Massnahmen ergreifen. Es kann insbesondere eine oder einen Trustee bestimmen oder ersetzen, der oder dem Trustee Anweisungen zu besonderen Fragen erteilen und über alle Fragen im Zusammenhang mit der Erfüllung der Trusts entscheiden sowie bestimmte Transaktionen bewilligen und die oder den Trustee von seiner Haftung befreien. Vorbehältlich einer anderslautenden Vereinbarung mit der Gläubigerin oder dem Gläubiger haftet die oder der Trustee unbeschränkt mit dem persönlichen Vermögen für Schulden des Trusts. Sie oder er haftet gegenüber dem Trust für den Schaden, den sie oder er diesem durch die Verletzung ihrer oder seiner Pflichten zufügt. Trustees haben Anspruch auf den Ersatz ihrer

¹⁴⁶ Richtlinie (EU) 2015/849, Fn. 9.

¹⁴⁷ Richtlinie (EU) 2018/843, Fn. 19.

Verwendungen, die sie in gehöriger Ausübung ihrer Funktion gemacht haben. Gewerbmässige Trustees haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Nicht gewerbmässige Trustees haben nur Anspruch darauf, wenn die Vergütung in den Bestimmungen der Trusturkunde vorgesehen ist. Trustees haben die Befugnis, das Trustvermögen zu verwalten, darüber zu verfügen und zu investieren. Im Gegenzug sind sie an spezifische Pflichten gebunden (das Trustvermögen zu halten und zu verwalten, die Trustbestimmungen einzuhalten, mit Vorsicht zu handeln, persönlich zu handeln, unparteiisch zu handeln, im Interesse der Begünstigten zu handeln, Rechnung zu führen, Informationen bereitzustellen, keinen Nutzen aus dem Trust zu ziehen, den Trust nicht zu konkurrenzieren, keine Vermögenswerte des Trusts zu kaufen).

4.2.2 Kaimaninseln

Die Kaimaninseln zählen zu den wichtigsten Finanzplätzen der Welt. Sie sind eines von vierzehn britischen Überseegebieten, die sich unter der Hoheitsgewalt des Vereinigten Königreichs befinden. Sie sind Teil der britischen Krone. Das kaimanische Rechtssystem gründet auf dem *common law* und der englischen *Equity*. Die englische Rechtsprechung, die lokalen Gesetze und die Rechtsprechung der lokalen Gerichte bilden die Quellen des Trustrechts. Die Kaimaninseln verabschiedeten das Trust Law im Jahr 1967. Seither wurde es mehreren aufeinanderfolgenden Revisionen unterzogen. Ursprünglich war dieses Gesetz dem englischen Trustee Act 1925 ähnlich, doch aufgrund der vielen Änderungen, denen es unterzogen wurde, entfernte es sich immer mehr vom englischen Recht. Das kaimanische Recht gestattet die Errichtung von Trustformen, die in den Ländern des *common law* traditionell nicht erlaubt sind. Insbesondere erlaubt es die Errichtung von «*STAR trusts*», die 1997 mit dem Special Trust Alternative Regime Law eingeführt und anschliessend in das Trust Law übertragen wurden. *STAR trusts* können im Interesse der Begünstigten oder zu einem bestimmten Zweck errichtet werden, der gemeinnützig sein kann oder nicht. Trusts, die sowohl zu einem bestimmten Zweck als auch im Interesse spezifischer Personen errichtet werden, heissen «*mixed trusts*». Wie andere Offshore-Gerichtsbarkeiten weicht das Recht der Kaimaninseln somit vom Grundsatz des *common law* ab, das lediglich *charitable purpose trusts* zulässt. *STAR trusts* unterscheiden sich von ordentlichen Trusts auch in anderen Punkten. Während die Höchstdauer der anderen Trustformen der Kaimaninseln 150 Jahre beträgt, gilt für den *STAR trust* keine zeitliche Begrenzung. Ausserdem muss ein *enforcer* bezeichnet werden. Seine Aufgabe besteht darin, die Aktivitäten der oder des Trustees zu überwachen und für die Einhaltung der Bestimmungen der Trusturkunde zu sorgen, was normalerweise die Rolle der Begünstigten ist. Die *enforcers* haben grundsätzlich die gleichen Rechte und Rechtsmittel wie die Begünstigten der ordentlichen Trusts. *Enforcers* können natürliche oder juristische Personen sein. Es kann sich um die Begründerin oder den Begründer, Begünstigte, Protektorinnen oder Protektoren oder Dritte handeln. Zudem muss mindestens einer der Trustees des *STAR trust* eine Gesellschaft (*trust corporation*) sein, die über eine Bewilligung verfügt und bestimmte Dokumente und Informationen aufbewahren muss (Trusturkunde, Identität der Trustees, der *enforcers* und der Begründerin oder des Begründers, Stand des Trustvermögens etc.).¹⁴⁸

¹⁴⁸ Für einen Überblick über das kaimanische Trustrecht siehe CINCELLI, *ebd.*, Nr. 562 ff.

Mit der Errichtung eines *STAR trust* behält die Begründerin oder der Begründer eine enge Kontrolle über den Trust, ohne Einmischung durch die Begünstigten. Der *STAR trust* eignet sich sowohl für die Errichtung von *family trusts* (*dynasty trusts*) oder *charity trusts* als auch für reine *private purpose trusts*, insbesondere zur Verwendung im Rahmen von Finanztransaktionen (als *special purpose vehicle*, SPV) oder zu kommerziellen Zwecken (*private trust company*, *voting trust*, *pension fund trust*). Die kaimanischen Trusts unterliegen keiner Eintragungspflicht und die sie betreffenden Informationen sind nicht öffentlich zugänglich.

4.2.3 Jersey

Jersey, das der britischen Krone unterstellt ist und zu den Kanalinseln gehört, ist ein wichtiges Offshore-Finanzzentrum. Das Trustrecht von Jersey weist die interessante Besonderheit auf, dass die Regeln des *common law* im Trust (Jersey) Law 1984 kodifiziert wurden. Dieses kann den Ländern mit Zivilrecht, die den Trust in ihre Gesetzgebung aufnehmen wollen, als Vorlage dienen. Das Trust Law enthält insbesondere einen Katalog der Pflichten (*duties*) und der Befugnisse (*powers*) der Trustees sowie Vorschriften über deren Haftung (*liability for breach of trust* und *trustee's liability to third parties*). Die funktionellen Merkmale des Trusts von Jersey sind grundsätzlich die gleichen wie jene des englischen Trusts. Der dingliche Charakter des *equitable interest* der Begünstigten geht ausdrücklich aus dem Gesetz hervor, das dieses als «*movable property*» bezeichnet und festhält, dass es verkauft oder verpfändet werden kann. Der Trust von Jersey weist jedoch einige Unterschiede auf, die zur Steigerung seiner Attraktivität eingeführt wurden. So gestattet das Recht von Jersey die Errichtung von Trusts für einen unbegrenzten Zeitraum, was eine Umgehung der *rule against perpetuities* ermöglicht. Es erlaubt auch die Errichtung von *non-charitable purpose trusts*, sofern ein *enforcer* bezeichnet wird, so wie es das kaimanische Recht für die *STAR trusts* vorsieht (siehe oben). Es gibt kein Trustregister in Jersey.

4.3 Länder mit zivilrechtlicher und gemischtrechtlicher Tradition

4.3.1 Schottland

Das schottische Rechtssystem ist ein sogenanntes Mischrechtssystem (*mixed legal system*), das vom Zivilrecht und dem *common law* beeinflusst ist. Es kennt keine *Equity*. Die privatrechtlichen Aspekte, insbesondere jene des dinglichen Rechts, richten sich nach den Grundsätzen des römischen Rechts. Der Trust ist heute dem dinglichen Recht angegliedert, aber während langer Zeit war er Teil des Obligationenrechts. Der schottische Trust, der ähnliche Funktionen wie der englische Trust erfüllt, entwickelte sich ausserhalb der Grundsätze des *common law* und somit ohne dass den Begünstigten ein «*equitable interest*» am Trustvermögen zugestanden wurde.¹⁴⁹ Er wird häufig als Beispiel für die Rezeption des Trusts in eine Zivilrechtsordnung angeführt.

¹⁴⁹ CINCELLI, *ebd.*, Nr. 530.

Erstmals wurde der Trust in Schottland im 17. Jahrhundert erwähnt. Im Verlauf des 17. und 18. Jahrhunderts erarbeitete die schottische Rechtsprechung schrittweise ein Trustregime. Auch heute noch ist die Rechtsprechung die Hauptquelle des schottischen Trustrechts. Dieses ist aber auch in Gesetzestexten geregelt. Die Haupttexte sind der Trusts (Scotland) Act von 1921 und 1961 und der Trustee Investments Act von 1961.

So wie im englischen Recht werden die dem Trust zugewidmeten Vermögenswerte der oder dem Trustee übertragen. Nach überwiegender Lehrmeinung ist die Übertragung des Eigentums des Trustvermögens Voraussetzung für die Errichtung des Trusts. Die oder der Trustee hat einen dinglichen Anspruch am Trustvermögen: Sie oder er ist fidejuzarische Eigentümerin bzw. fidejuzarischer Eigentümer. Das Trustvermögen bildet ein dem Zugriff der Privatgläubigerinnen und -gläubiger der oder des Trustees entzogenes Sondervermögen. Überträgt die oder der Trustee einer dritten Person Trustvermögen in Verletzung der Trustbestimmungen zu Eigentum, so wird die Dritterwerberin oder der Dritterwerber rechtliche Eigentümerin oder rechtlicher Eigentümer des Trustvermögens. In diesem Fall kann gegen die Erwerberin oder den Erwerber ein Folgerecht ausgeübt werden, jedoch nicht gegenüber von Erwerbenden, die in gutem Glauben entgeltlich erwerben. Der Trust gilt nicht als Vertrag, sondern als einseitiger Willensakt der Begründerin oder des Begründers und bedarf der Genehmigung durch die oder den Trustee. Die Modalitäten für die Errichtung des schottischen Trusts sind ähnlich wie jene des englischen Rechts: Ein Trust kann unter Lebenden oder von Todes wegen errichtet werden oder aus einem Rechtsgeschäft (*express trust*) oder dem Gesetz hervorgehen (*resulting* oder *constructive trust*). Bis 1995 musste das Bestehen eines Trusts mit einer schriftlichen oder notariellen Urkunde nachgewiesen werden können. Diese Anforderung wurde aufgehoben, sodass nun eine mündliche Erklärung ausreicht. Vorbehalten bleiben die Formvorschriften für die Übertragung von Immobilien an die oder den Trustee und die Vorschriften, die für die Verfügung von Todes wegen gelten. Ernennet sich die Begründerin oder der Begründer selbst zur oder zum Trustee eigener Vermögenswerte, so bedarf die Übertragung der Vermögenswerte auf den Trust einer schriftlichen Erklärung. Das schottische Recht sieht ebenfalls keine Pflicht zur Eintragung der Trusts in ein Register vor. Viele Trusts werden jedoch freiwillig in einem öffentlichen Register, dem *Books of Council and Session*, eingetragen, um von den Auswirkungen der Publizität zu profitieren. Für die Eintragung ist grundsätzlich die Hinterlegung einer Kopie der Trusturkunde erforderlich. Soweit in der Trusturkunde nichts anderes bestimmt ist, ist die Forderung der Gläubigerin oder des Gläubigers des Trusts durch das gesamte Vermögen der Trustee oder des Trustees, einschliesslich des persönlichen Vermögens, abgesichert.

4.3.2 Quebec

Quebec hat ebenfalls ein Mischrechtssystem, das vom französischen Recht und vom *common law* beeinflusst ist. Quebec nahm die Treuhand 1879 mit der Verankerung im Zivilgesetzbuch formell in sein Recht auf, wobei man sich dabei am angelsächsischen Trust orientierte. Ursprünglich hatte die Treuhand einen familiären Charakter und konnte, wie der testamentarische Trust, nur im Rahmen einer Schenkung oder eines Testaments eingesetzt werden. Der Anwendungsbereich der Treuhand wurde im Zuge der Rekodifizierung, die 1991 zur Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuches von

Quebec führte,¹⁵⁰ erweitert, um ihren Nutzen an jenen der Trusts der Nachbarprovinzen anzugleichen.

Heute ist die Treuhand in den Artikeln 1260 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt. Gemäss dem Wortlaut dieses Gesetzes entsteht die Treuhand durch ein Geschäft, mit dem eine Person, die Begründerin oder der Begründer, vom eigenen Vermögen einem anderen von ihr oder ihm begründeten Vermögen Vermögenswerte zuweist, die einem besonderen Zweck zugewidmet und von einer Treuhänderin oder einem Treuhänder gehalten und verwaltet werden, die oder der sich mit ihrer oder seiner Zustimmung dazu verpflichtet hat. Die Treuhand kann mittels entgeltlichem oder unentgeltlichem Vertrag oder mittels Testament sowie in bestimmten Fällen per Gesetz oder Gerichtsurteil errichtet werden. Es existieren drei Formen von Treuhand: Die *fiducie personnelle*, die unentgeltlich errichtet wird, mit dem Ziel, einer oder mehreren bestimmten Personen einen Vorteil zu verschaffen; die *fiducie d'utilité privée*, die die Aufbewahrung oder Verwendung eines Sachvermögens zum Ziel hat, und die *fiducie d'utilité sociale*, die in einem allgemeinen Interesse, insbesondere kultureller, erzieherischer, philanthropischer, religiöser oder wissenschaftlicher Art errichtet wird. Die Dauer der *fiducie personnelle* ist auf zwei aufeinanderfolgende Begünstigtenordnungen beschränkt; die *fiducie d'utilité privée* und die *fiducie d'utilité sociale* können von unbegrenzter Dauer sein. Im Recht von Quebec bildet das Treugut ein eigenständiges Zweckvermögen (*patrimoine d'affectation autonome*), das vom Vermögen der Begründerin oder des Begründers, der Treuhänderin oder des Treuhänders und der begünstigten Person getrennt ist und auf das niemand von diesen einen dinglichen Anspruch hat. Das Recht von Quebec unterscheidet sich somit vom *common law*, da die Verbindung, die zwischen dem Trustvermögen und seinen Eigentümern existiert – im *common law* (die/der *Trustee*) und in der *Equity* (die/der *Begünstigte*) – aufgehoben wird. Ausserdem hat die Treuhand von Quebec keine eigene Persönlichkeit, was sie von einer Gesellschaft oder Stiftung unterscheidet. Sie kann weder gerichtlich vorgehen noch Verpflichtungen gegenüber Dritten eingehen. Diese Befugnis liegt bei der Treuhänderin oder dem Treuhänder, die oder der das fremde Vermögen verwaltet. Die Treuhänderin oder der Treuhänder hat die ausschliessliche Hoheit und Verwaltung des Treuguts: Die Wertpapiere der darin enthaltenen Vermögenswerte sind auf ihren oder seinen Namen ausgestellt und sie oder er übt alle mit dem Vermögen verbundenen Rechte aus und kann alle Massnahmen zur Sicherstellung der Vermögenszuwendung ergreifen. Die Treuhänderin oder der Treuhänder untersteht der Aufsicht der Begründerin oder des Begründers oder, wenn diese oder dieser verstorben ist, ihrer oder seiner Erben sowie der Begünstigten. Die *fiducie d'utilité privée* und die *fiducie d'utilité sociale* stehen ebenfalls unter der Aufsicht einer gesetzlich bestimmten Stelle, bei der die Treuhänderin oder der Treuhänder eine Erklärung hinterlegen muss, in der Art und Gegenstand der Treuhand, deren Dauer sowie Name und Adresse der Treuhänderin oder des Treuhänders enthalten ist.

¹⁵⁰ Bürgerliches Gesetzbuch von Quebec (*Code civil du Québec*, CCQ-1991), in Kraft getreten am 1. Januar 1994.

4.3.3 Liechtenstein

Liechtenstein hat den Trust und den Business Trust 1926/1928 nach dem Modell des *common law* in Form der *Treuhänderschaft* und des *Treuunternehmens* in sein innerstaatliches Recht aufgenommen.¹⁵¹ Diese Regelung wurde seit ihrer Einführung nicht wesentlich geändert. Bis heute ist Liechtenstein das einzige Land Kontinentaleuropas, das den Trust kodifiziert hat; alle andern Länder entschieden sich für die Treuhand.

Artikel 897 PGR umschreibt das Treuhandverhältnis wie folgt: «Treuänder (Trustee oder Salmann) im Sinne dieses Gesetzes ist diejenige Einzelperson, Firma oder Verbandsperson, welcher ein anderer (der Treugeber) bewegliches oder unbewegliches Vermögen oder ein Recht (als Treugut), welcher Art auch immer, mit der Verpflichtung zuwendet, dieses als Treugut im eigenen Namen als selbstständiger Rechtsträger zu Gunsten eines oder mehrerer Dritter (Begünstigter) mit Wirkung gegen jedermann zu verwalten oder zu verwenden.» Wie der angelsächsische Trust hat auch die Treuhänderschaft keine Rechtspersönlichkeit. Es handelt sich um eine grundsätzlich dreiseitige Rechtsbeziehung (Begründer, Trustee und Begünstigter), die durch ein einseitiges Rechtsgeschäft der Begründerin oder des Begründers entsteht und für dessen Wirkung die Trusturkunde massgebend ist. Der Trust kann im Interesse einer oder mehrerer begünstigter Personen oder zu einem bestimmten Zweck errichtet werden: Somit sind *charitable* und *private purpose trusts* zulässig.

Die oder der Trustee muss das Trustvermögen gemäss den Bestimmungen der Trusturkunde verwalten und ist verpflichtet, es gesondert von ihrem oder seinem persönlichen Vermögen zu halten. Sie oder er muss das Trustvermögen in ein Inventar aufnehmen, das jedes Jahr aktualisiert werden muss. Das Trustvermögen fällt nicht in die Konkursmasse der Trustee oder des Trustees. Das liechtensteinische Recht sieht ebenfalls ein Folgerecht (*tracing*) für das Trustvermögen vor. Auch heute, fast ein Jahrhundert nach der Verabschiedung des Personen- und Gesellschaftsrechts, ist die rechtliche Einordnung der Rechte der Trustee oder des Trustees am Trustvermögen immer noch umstritten (mit der «Vollrechtstheorie» auf der einen Seite und dem «dinglichen Verwaltungsrecht» – mit dem ein neues beschränktes dingliches Recht begründet wird, das dem Trustee ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht einräumt – auf der anderen Seite)¹⁵². Offensichtlich taten die Lehrdebatten über die rechtliche Einordnung der Verbreitung des liechtensteinischen Trusts keinen Abbruch.

Begründerin oder Begründer sowie Trustee können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Mindestens eine oder ein Trustee muss ihren oder seinen Wohnsitz in Liechtenstein haben. Nur gewerbsmässige Trustees müssen über eine Bewilligung verfügen. Grundsätzlich ist der durch eine schriftliche Vereinbarung begründete Trust erst dann vollständig errichtet, wenn die Begründerin oder der Begründer das Trustvermögen an die oder den Trustee übertragen hat. Das liechtensteinische Recht legt keine Höchstdauer der Treuhänderschaft fest. Gemäss den Bestimmungen der Trusturkunde endet diese, wenn das Trustvermögen erschöpft ist, durch Gerichtsurteil oder durch Annullierung oder Widerruf. Alle Trusts mit einer Dauer von mehr als zwölf Monaten müssen im Handelsregister eingetragen werden, wobei Name, Gründungsdatum und

¹⁵¹ Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Februar 1926 (PGR), LGBl. 1926 Nr. 4, Art. 897–932 und 932a.

¹⁵² CINCELLI, *Der Common Law Trust*, 2017, Nr. 504.

Dauer des Trusts sowie Name und Adresse der Trustees angegeben werden müssen. Die Registrierung hat keine konstitutive Wirkung. Die Eintragung im Handelsregister ist nicht erforderlich, wenn die Trusturkunde beim Amt für Justiz hinterlegt wird. In diesem Fall sind die Informationen über den Trust nicht öffentlich zugänglich. Die im Handelsregister eingetragenen Trusts stehen unter der Aufsicht eines Gerichts. Diese Aufsicht gilt jedoch nicht für Familien-Treuhänderschaften und kann in der Trusturkunde ausgeschlossen werden. Auf Antrag der Begründerin oder des Begründers oder der Begünstigten kann das Gericht eingreifen und gewisse Befugnisse ausüben (Widerruf und Ernennung der Trustees, Festlegung ihrer Vergütung, Schutz des Vermögens, Verlangen der Rechenschaftslegung).

4.3.4 Frankreich

Die Treuhand wurde mit dem Gesetz Nr. 2007-211 vom 19. Februar 2007¹⁵³ in das französische Zivilgesetzbuch (Code civil) aufgenommen. Sie wird definiert als Operation, mit der ein oder mehrere Begründer derzeitige oder zukünftige Vermögenswerte, Rechte oder Sicherheiten oder eine Gesamtheit von Vermögenswerten, Rechten oder Sicherheiten an einen oder mehrere Treuhänder überträgt, die diese getrennt von ihrem Privatvermögen für einen bestimmten Zweck zugunsten einer oder mehrerer begünstigter Personen verwalten.

Die französische Treuhand ist ein Nominatvertrag, der bestimmte Formerfordernisse erfüllen muss. Sie beinhaltet die Übertragung des Eigentums an die Treuhänderin oder den Treuhänder, was ausschliesst, dass sich die Begründerin oder der Begründer selbst als Treuhänderin oder Treuhänder bezeichnen kann. Die Treuhand hat keine Rechtspersönlichkeit. Sie kann per Gesetz oder Vertrag errichtet werden. Sie muss ausdrücklich sein. Die Errichtung der Treuhand bedarf grundsätzlich der schriftlichen Form. Wenn die in das Treugut übertragenen Vermögenswerte, Rechte oder Sicherheiten aus einer zwischen den Ehepartnern bestehenden Gütergemeinschaft stammen oder die Ehegatten daran Miteigentum haben, bedarf es einer notariellen Beurkundung. Im Treuhandvertrag müssen die übertragenen Vermögenswerte, Rechte oder Sicherheiten, die Dauer der Übertragung (die höchstens 99 Jahre betragen darf), die Identität der Begründerin oder des Begründers, der Treuhänderin oder des Treuhänders und der Begünstigten (oder andernfalls die Vorschriften für deren Bezeichnung) sowie die Aufgabe der Treuhänderin oder des Treuhänders und der Umfang ihrer oder seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse festgehalten werden. Der Treuhandvertrag und dessen Änderungen sowie die Begünstigten werden in einem (nicht öffentlichen) nationalen Treuhandregister eingetragen.

Die Treuhänderin oder der Treuhänder erwirbt das Eigentum am Treugut, aber im Unterschied zum römischen Recht stellt dieses ein von ihrem oder seinem persönlichen Vermögen getrenntes Vermögen dar. Die Privatgläubigerinnen und -gläubiger der

¹⁵³ Dieser Text wurde geändert und ergänzt durch die *Loi no 2008-776 de modernisation de l'économie* vom 4. August 2008 und die *Ordonnance no 2009-112 portant diverses mesures relatives à la fiducie* vom 30. Januar 2009, die mit der *Loi no 2009-526 de simplification et de clarification du droit* vom 12. Mai 2009 ratifiziert wurden.

Treuhänderin oder des Treuhänders haben somit grundsätzlich keine Ansprüche am Treugut.

Das französische Recht legt einen sehr strengen Rahmen für die Einsatzmöglichkeiten der Treuhand fest. So ist der Treuhandvertrag nichtig, wenn es sich um eine willentliche und unentgeltliche Vermögenszuwendung zugunsten der Begünstigten handelt. Diese Nichtigkeit fällt unter die öffentliche Ordnung. Weiter endet der Treuhandvertrag durch den Tod der Begründerin oder des Begründers, wobei das Treugut von Gesetzes wegen in den Nachlass übergeht. Eine Verwendung der Treuhand zum Zweck der Nachlassplanung ist somit ausgeschlossen. Ausserdem dürfen nur bestimmte Kredit- und Versicherungsinstitute sowie Anwältinnen und Anwälte die treuhänderische Funktion ausüben.

In anderen Rechtsordnungen wurde ebenfalls eine Regelung der Treuhand gewählt. Dies trifft namentlich auf Luxemburg (*Loi relative au trust et aux contrats de fiducie* vom 27. Juli 2003) und Italien zu (Gesetz Nr. 51 vom 23 Februar 2006, mit dem Artikel 2645ter in das italienische Zivilgesetzbuch aufgenommen wurde).

4.4 Recht der Europäischen Union

Im Recht der Europäischen Union wird der Trust in der 4.¹⁵⁴ und 5.¹⁵⁵ Richtlinie zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung behandelt. Diese Richtlinien verlangen, dass die Mitgliedstaaten über öffentliche Zentralregister der wirtschaftlichen Eigentümerinnen und Eigentümer der Gesellschaften sowie der Trusts und anderer Rechtsvereinbarungen (*fiducie*, Treuhand, *fideicomiso* etc.) verfügen. Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die Trustees der in ihrem Hoheitsgebiet verwalteten Trusts angemessene, präzise und aktuelle Angaben zu den wirtschaftlichen Eigentümerinnen und Eigentümern einholen und aufbewahren. Im Unterschied zu den Verordnungen gelten die Richtlinien nicht unmittelbar, sondern müssen in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten übertragen werden. Diese hatten bis am 10. Januar 2020 Zeit, um die Register der wirtschaftlichen Eigentümerinnen und Eigentümer der Trusts zu erstellen. Mehrere Mitgliedstaaten setzten ihre Pflichten nicht innerhalb der gesetzten Frist oder setzten sie nur unvollständig um, insbesondere weil sie ihre Register nicht vollständig öffentlich gemacht haben.¹⁵⁶ Zudem ist die Qualität der in den verschiedenen nationalen Registern hinterlegten Informationen noch sehr heterogen.

Mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Trusts in ein öffentliches Register einzutragen, geht die europäische Regelung über die derzeitigen internationalen Standards hinaus. Sie geht insbesondere weiter, als es die GAFI und das globale Forum über Transparenz und Informationsaustausch in Steuerfragen verlangen. Da die Einrichtung eines öffentlichen Registers keine Voraussetzung für die Einführung des Trusts in unsere Rechtsordnung ist, und angesichts der Konsequenzen einer solchen Massnahme für alle Gesellschaften und Rechtskonstruktionen in der Schweiz, folgt der Vorentwurf

¹⁵⁴ Richtlinie (EU) 2015/849, siehe FN 9.

¹⁵⁵ Richtlinie (EU) 2018/843, siehe FN 12.

¹⁵⁶ Im Juni 2020 verfügten 23 von 27 Mitgliedstaaten der EU über ein Register der wirtschaftlichen Eigentümerinnen und Eigentümer. Davon gewährten lediglich 13 der Öffentlichkeit uneingeschränkten Zugang.

in diesem Punkt nicht der europäischen Regelung. Diese Frage kann im Rahmen der verschiedenen Arbeiten im Zusammenhang mit der Transparenz der juristischen Personen und der Rechtskonstruktionen behandelt werden.

Anzufügen ist, dass der Trust auch in der Brüssel-Ia-Verordnung¹⁵⁷ und im Lugano-Übereinkommen thematisiert wird. Für die Zwecke dieser Instrumente ist gemäss dem EuGH die Rechtsstellung der oder des Begünstigten nicht als dinglich zu qualifizieren.¹⁵⁸

5 Grundzüge der Vorlage

5.1 Die beantragte Neuregelung

5.1.1 Kodifizierung des Trusts im OR

5.1.1.1 Der Trust als Rechtsinstitut *sui generis*

Die Vorlage sieht vor, den Trust als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht einzuführen, das zwischen Treuhand und Stiftung einzuordnen ist. Es geht somit nicht um die Übernahme eines ausländischen Instituts, sondern um die Integration des Trusts in die bestehende Rechtsordnung. Der Schweizer Trust weist rechtlich in verschiedener Hinsicht ähnliche Eigenschaften auf wie die Treuhand: die Unterscheidung von rechtlichem Eigentum und wirtschaftlichem Nutzen, das Verpflichtungsverhältnis zwischen Trustee und Begünstigten, die Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten von Trustees usw. Andererseits rücken ihn Aspekte wie die Errichtung eines Sondervermögens, die Unabhängigkeit des Trusts gegenüber der Begründerin oder dem Begründer oder die Stellung der Begünstigten in die Nähe der Stiftung im Sinne des ZGB. Ergänzende Vorschriften stärken zudem die Rechte der Begünstigten. So sollen unter anderem ein erweitertes Auskunftsrecht, ein Folgerecht (*tracing*) für die Vermögenswerte des Trusts und eine freiwillige Gerichtsbarkeit eingeführt werden.

Der Vorentwurf sieht keine Änderung der sachenrechtlichen Vorschriften des Zivilgesetzbuchs und auch keine Ausnahmen davon vor. Diese Vorschriften bleiben somit vollumfänglich anwendbar. Trustees haben sämtliche Eigentumsrechte am Trustvermögen. Begünstigte verfügen nur über persönliche Rechte, doch werden diese gestärkt durch ein Konkursprivileg bei einer Zwangsvollstreckung gegen die Trustees und ein Folgerecht im Fall, dass Trustees im Trust gehaltene Vermögenswerte unberechtigterweise Dritten zu Eigentum übertragen haben. Die vorgeschlagene Regelung bringt somit keine «Zerstückelung» des Eigentums mit sich noch sieht sie vor, Konzepte des *common law*, wie die Unterscheidung von *legal ownership* und *equitable interest*, zu übernehmen.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L351 vom 20.12.2012, S. 1, in der aktuellen Fassung.

¹⁵⁸ Urteil vom 17.05.1994 in der Sache C-294/92 George Lawrence Webb gegen Lawrence Desmond Webb, ECLI:EU:C:1994:193. Das Urteil bezieht sich noch auf das in den relevanten Passagen gleichlautende Brüsseler Übereinkommen.

¹⁵⁹ THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, SZW 2/2018.

Der Schweizer Trust ist weder ein Vertrag noch eine Rechtseinheit, die über Rechts- und Handlungsfähigkeit verfügt, und schon gar keine juristische Person. Der Trust ist als Rechtsinstitut *sui generis* zu betrachten. Dieses besteht in einem auf Dauer ausgerichteten Verpflichtungsverhältnis, welches die oder den Trustee mit den Begünstigten verbindet und auf ein Sondervermögen ausgerichtet ist, das ausschliesslich im Interesse der Begünstigten zu nutzen ist und gegebenenfalls bestimmten Befugnissen untersteht, die sich die Begründerin oder der Begründer vorbehalten beziehungsweise einer Protektorin oder einem Protektor übertragen hat (siehe Ziff. 5.1.1.4). Der Verpflichtungscharakter des Schweizer Trusts erklärt, weshalb die darauf bezogenen Vorschriften im Obligationenrecht geregelt werden sollen. Da der Trust weder ein Vertrag noch eine Gesellschaft ist, wird vorgeschlagen, ihn in einem neuen 22.^{bis} Titel zu behandeln, der im zweiten Teil, unmittelbar vor dem Titel zur einfachen Gesellschaft, eingefügt wird.

5.1.1.2 Trust im Sinne des HTÜ, im Interesse von Begünstigten

Der vorgeschlagene Trust weist wesentliche Eigenschaften des Trusts nach angelsächsischem Recht auf und entspricht der Definition des HTÜ (siehe Ziff. 1.1.2). Somit sollte er auch im Ausland volle Anerkennung finden. So wird der Trust gemäss der Legaldefinition in Artikel 529a Absatz 1 VE-OR von einer oder mehreren Personen begründet, die Vermögenswerte einem Sondervermögen zuwidmen, das von einem oder mehreren Trustees im Interesse einer oder mehrerer begünstigter Personen gehalten und verwaltet wird. Gemäss dieser Bestimmung wird der Trust von einer oder mehreren Personen errichtet. Der Vorentwurf sieht also keine von Gesetzes wegen oder durch gerichtlichen Entscheid errichtete Trusts vor (Resulting Trusts, Constructive Trusts oder Statutory Trusts). Ein Trust muss im Interesse von Begünstigten errichtet werden. Folglich ist auch die Errichtung eines reinen *purpose trusts* nicht zulässig. Daher kommt der Trust auch nicht für gemeinnützige Organisationen als alternatives Rechtskonstrukt anstelle der Stiftung in Betracht. Diesbezüglich entspricht die Stiftung offenbar den Bedürfnissen der verschiedenen Akteure, sodass dafür die Einführung eines konkurrierenden Rechtskonstrukts, jedenfalls im Moment, nicht wünschbar ist. Ausserdem wird mit dem Verbot von *purpose trusts* nicht ausgeschlossen, dass ein Trust einen gemeinnützigen Zweck haben kann. Eine gemeinnützige Organisation oder Institution (Schule, NGO, Kirche, Sportclub usw.) kann nämlich als Begünstigte eines Trusts bezeichnet werden. In einem solchen Fall sollte der Trust auch einem gemeinnützigen Zweck dienen können.

Darüber hinaus sieht der Vorentwurf keine Beschränkungen beim Trustzweck vor. Ein Trust kann sowohl in einem familiären wie in einem professionellen Umfeld errichtet werden. Abgesehen von den Besonderheiten eines *purpose trusts* sollte ein Trust sämtliche Funktionen erfüllen können, die herkömmlicherweise den (Express) Trusts in den angelsächsischen Ländern zugewiesen werden (Vermögensplanung und -sicherung, Vermögensanlage und -verwaltung usw.). Auch bei den Tätigkeiten, die Trustees ausüben dürfen, sieht der Vorentwurf keine Beschränkungen vor. Soweit die Vorschriften zur Bezeichnung der Begünstigten befolgt werden, ist somit die Errichtung von Commercial Trusts im Rahmen von Wirtschafts- oder Handelstätigkeiten möglich. Daher ist auch nicht ausgeschlossen, dass der Trust sogar als Rechtskonstrukt eine Alternative

zum Einzelunternehmen oder zu den Handelsgesellschaften (AG, GmbH, Genossenschaft usw.) bilden kann.

5.1.1.3 Zeitliche Beschränkung und Widerruflichkeit des Trusts

Der Trust kann nur für eine beschränkte Dauer von höchstens 100 Jahren errichtet werden (Art. 529^u VE-OR). Die Dauer von 100 Jahren lehnt sich an die im Sachenrecht vorgesehene Höchstdauer des Baurechts (Art. 779^l Abs. 1 ZGB) oder der Nutzniessung (Art. 749 ZGB) an. Sie liegt auch in der Grössenordnung der Regelung in Staaten, in denen die *rule against perpetuities* gilt (z. B. 125 Jahre für den englischen Trust oder 99 Jahre für die französische *fiducie*). Grundsätzlich endet der Trust bei Ablauf der in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegten Dauer oder wenn keine begünstigte Person mehr existiert. Begründerinnen und Begründer können sich jedoch ein Widerrufsrecht vorbehalten, das ihnen erlaubt, den Trust zu beenden und das volle Eigentum am Trustvermögen wiederzuerlangen. Das Widerrufsrecht endet mit dem Tod der Begründerin oder des Begründers. Stirbt sie oder er, wird der Trust für immer unwiderruflich. Der Vorentwurf sieht überdies die Möglichkeit vor, den Trust durch einstimmigen Beschluss der Begünstigten vorzeitig aufzulösen. Endet der Trust, wird das verbleibende Trustvermögen nach Begleichung der Verbindlichkeiten entsprechend den Bestimmungen der Trusturkunde verteilt.

5.1.1.4 Errichtung des Trusts durch einseitigen Willensakt der Begründerin oder des Begründers (Trusturkunde) und Vermögensübertragung

Jede natürliche oder juristische Person kann einen Trust begründen, sofern sie handlungsfähig ist. Der Trust wird durch einen einseitigen Willensakt der Begründerin oder des Begründers errichtet, der schriftlich zu ihren oder seinen Lebzeiten oder durch Verfügung von Todes wegen erfolgen muss (Art. 529^a Abs. 2 VE-OR). Der Vorentwurf ermöglicht somit die Errichtung eines Erbtrusts in Analogie zu der im Stiftungsrecht vorgesehenen Erbstiftung (Art. 81 Abs. 1 und 493 ZGB). Der einseitige Willensakt, mit dem die Begründerinnen und Begründer ihren Willen äussern, einen Trust zu errichten und darin bestimmte Vermögenswerte aus ihrem persönlichen Vermögen zuzuwidmen, wird als «Trusturkunde» bezeichnet. Die Trusturkunde muss Bestimmungen enthalten, welche die oder den Trustee und die Begünstigten bezeichnen und die Verwaltung des Trusts regeln (Art. 529^b Abs. 1 VE-OR).

Mit der Errichtung des Trusts zieht sich die Person, die den Trust begründet, grundsätzlich aus diesem zurück. In die Rechtsbeziehungen zwischen Trustee und Begünstigten ist sie nicht involviert. Allerdings kann sie sich selber als Trustee oder begünstigte Person bezeichnen. Wenn der Begründer oder die Begründerin selber Trustee wird, darf sie oder er nicht die einzige begünstigte Person sein (Art. 529^c Abs. 2 VE-OR). Ausserdem können sich die Begründerinnen und Begründer im Zeitpunkt der Trusterrichtung bestimmte Rechte vorbehalten, mit denen sie eine mehr oder weniger umfangreiche Kontrolle über den Trust behalten. Sie können sich unter anderem das Recht

vorbehalten, den Trust zu widerrufen oder die Bestimmungen der Trusturkunde nach der Errichtung zu ändern (Art. 529e und 529t VE-OR). Der Vorentwurf setzt ihrer Änderungsbefugnis keine Grenzen. Diese erstreckt sich auf sämtliche Bestimmungen, insbesondere auch die, welche die Begünstigten, das anwendbare Recht, die Zuständigkeit des Gerichts oder eines Schiedsgerichts betreffen. Änderungen der Trusturkunde und ihrer Bestimmungen können nur schriftlich erfolgen (Art. 529t Abs. 2 VE-OR). Schliesslich können die Begründerinnen und Begründer auch eine gewisse Kontrolle über die Trustees behalten, indem sie sich die Befugnis zuweisen, die Zustimmung zu bestimmten Handlungen der Trustees zu geben, von diesen Rechenschaft über ihre Geschäftsführung zu verlangen oder sie sogar zu ersetzen. Je nach den Befugnissen, die sich die Begründerinnen und Begründer vorbehalten haben, gilt der Trust als Revocable (widerruflicher) oder Irrevocable (unwiderruflicher) Trust. Der Vorentwurf erlaubt den Begründerinnen und Begründern auch, ihre Rechte ganz oder teilweise Protektorinnen oder Protektoren (*protectors*) zu übertragen, die sie damit betrauen, die Tätigkeiten der Trustees zu kontrollieren und die Einhaltung der Bestimmungen der Trusturkunde sicherzustellen (Art. 529f VE-OR). Protektorinnen und Protektoren können unter anderem die Befugnis erhalten, die Zustimmung zu bestimmten Handlungen der Trustees zu geben, von diesen Rechenschaft über ihre Geschäftsführung zu verlangen, sie zu ersetzen oder ihre Nachfolgerinnen oder Nachfolger zu bestimmen.

Grundsätzlich erfordert die Errichtung des Trusts, neben der einseitigen Erklärung der Begründerin oder des Begründers, die Übertragung des Eigentums an zugewidmeten Vermögenswerten auf den Trustee (Art. 529b Abs. 2 VE-OR). Der Eigentumserwerb erfolgt gemäss den für die zu übertragenden Sache massgebenden Regeln (Art. 714 ZGB für Fahrnis, Art. 656 ZGB für Grundstücke, Art. 165 OR für Forderungen). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist vorgesehen, wenn die Begründerin oder der Begründer sich selber als Trustee eigener Vermögenswerte bezeichnet. Die Übertragung wird in diesem Fall durch eine schriftliche Erklärung der Begründerin oder des Begründers ersetzt. Auch bei einem Erbtrust wird die Errichtung des Trusts erst mit dem Übergang der Vermögenswerte auf den Trustee gültig. Die Zuwidmung der Vermögenswerte an den Trust und damit die Übertragung des Eigentums an die Trustees muss bei der Nachlassregelung der Begründerinnen und Begründer durch Erbeinsetzung der Trustees oder durch Vermächtnis angeordnet werden.

5.1.1.5 Pflichten und Rechte der Trustees

Keine Anforderungen bezüglich der Person

Jede natürliche oder juristische Person kann als Trustee bezeichnet werden, und es bestehen dafür keine besonderen Voraussetzungen. Die Funktion wird zwar in der Regel von professionellen Trustees ausgeübt, die der Bewilligungspflicht und der Aufsicht nach dem FINIG unterstehen (siehe Ziff. 1.1.4.3), doch können auch Personen ohne berufliche Qualifikationen und ohne entsprechenden Rechtsstatus diese Funktion übernehmen, zum Beispiel bei Trusts in einem familiären Umfeld. Eine Begründerin oder ein Begründer oder eine begünstigte Person kann ebenfalls Trustee werden, doch darf der Trustee nicht die einzige begünstigte Person sein (siehe Art. 529l Abs. 2 VE-OR).

Eigentum am Trustvermögen und damit verbundene Pflichten

Trustees erwerben das Eigentum am Trustvermögen, welches sie in einem von ihrem persönlichen Vermögen getrennten Sondervermögen halten. Sie sind, wie die Treuhänderinnen und Treuhänder gegenüber den Treugeberinnen und Treugebern, in der Ausübung ihrer Eigentumsrechte durch ihre Pflichten gegenüber den Begünstigten eingeschränkt. Sie müssen das Trustvermögen im ausschliesslichen Interesse der Begünstigten verwalten und dementsprechend darüber verfügen, wobei die jeweilige Regelung in den Bestimmungen der Trusturkunde massgebend ist (Art. 529a und 529g Abs. 1 VE-OR). Der wirtschaftliche Nutzen des Trustvermögens kommt nicht den Trustees zugute, sondern den Begünstigten. Trustees haften in eigenem Namen für die Verbindlichkeiten des Trusts. Sie handeln weder in Vertretung noch als Organ des Trusts. Verträge, die das Trustvermögen betreffen, werden von den Trustees in dieser Eigenschaft abgeschlossen. Sie sind auch legitimiert, in allen den Trust betreffenden Verfahren als klagende oder beklagte Partei aufzutreten. Ausserdem haften sie persönlich für alle in Erfüllung ihrer Pflichten als Trustees eingegangenen Verbindlichkeiten (Art. 529g Abs. 3 VE-OR). Sie haften also mit ihrem persönlichen Vermögen für die Schulden des Trustvermögens. Haben sie eine Verbindlichkeit des Trusts beglichen, haben sie Anspruch auf Ersatz aus dem Trustvermögen (Art. 529o Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR). Sind mehrere Personen Trustees, haften diese solidarisch für die Verbindlichkeiten des Trusts (Art. 529g Abs. 5 Ziff. 3 VE-OR).

Eine wesentliche Pflicht der Trustees besteht darin, das Trustvermögen von ihrem persönlichen Vermögen getrennt zu halten (Art. 529a Abs. 1 und 529h Abs. 3 Ziff. 4 VE-OR). Sie haben zudem verschiedene Verpflichtungen, welche die Trennung der beiden Vermögen sicherstellen sollen. So müssen Trustees bei der Errichtung des Trusts ein Inventar erstellen, eine vereinfachte Buchhaltung über das Trustvermögen führen und dafür sorgen, dass die in einem öffentlichen Register (z. B. Grundbuch) eingetragenen Vermögenswerte in geeigneter Weise angemerkt werden (Art. 529h Abs. 2 Ziff. 2 und 3 und 529m VE-OR).

Sorgfalts- und Treuepflicht, angemessene Berücksichtigung der Interessen

Trustees müssen ihre Funktion sorgfältig und getreu ausüben (Art. 529h VE-OR). Hierbei haben sie im Wesentlichen dieselben Pflichten wie Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer. Trustees müssen unabhängig von den Begründerinnen und Begründern handeln und jegliche Interessenkonflikte vermeiden. Sie müssen unterschiedliche Interessen der Begünstigten angemessen berücksichtigen und unparteiisch handeln.

Rechenschaftspflicht

Trustees müssen gegenüber den Begünstigten Rechenschaft über ihre Geschäftsführung ablegen und dem Trustvermögen alle Vermögenswerte und Vorteile, die sie in Ausübung ihrer Aufgaben erworben haben, zurückerstatten (Art. 529i und 529p VE-OR).

Haftung

Der Vorentwurf sieht eine Haftung der Trustees vor, die sich nach den Vorschriften über die vertragliche Haftung (Art. 97 ff. OR) richtet. Verletzen Trustees ihre Pflichten und fügen damit dem Trustvermögen oder den Begünstigten einen Schaden zu, sind sie persönlich dafür haftbar und müssen den Schaden ersetzen (Art. 529h Abs. 1 VE-OR).

Vergütung und Schadenersatz

Im Gegenzug zur Erfüllung ihrer Pflichten räumt der Vorentwurf den Trustees Rechte ein, die denen der Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer entsprechen. Trustees haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung, den Ersatz ihrer Auslagen und die Befreiung von den Verbindlichkeiten, die sie in gehöriger Ausübung ihrer Funktion eingegangen sind, sowie auf Ersatz des Schadens, der ihnen ohne ihr Verschulden erwachsen ist (Art. 529o Abs. 1 VE-OR). Trustees verfügen über ein Retentions- oder Verrechnungsrecht, das ihnen erlaubt, den entsprechenden Ersatz dem Trustvermögen zu entnehmen (Art. 529o Abs. 2 VE-OR).

5.1.1.6 Rechte der Begünstigten

Rechte und Anwartschaften der Begünstigten auf Trustleistungen – Fixed Interest Trust und Discretionary Trust

Die Rechte der Begünstigten gegenüber dem Trustvermögen werden in den Bestimmungen der Trusturkunde präzisiert. Die Begünstigten können einen festen Anspruch auf eine Leistung haben oder eine bloße Anwartschaft, die im Ermessen der Trustees liegt (Art. 529d VE-OR). Im ersten Fall handelt es sich um einen Fixed Interest Trust, im zweiten um einen Discretionary Trust. Nur die Begünstigten eines Fixed Interest Trusts haben einen Anspruch, den sie gerichtlich geltend machen können. Begünstigte können jederzeit durch schriftliche Erklärung auf die ihnen aus dem Trust zustehenden Vorteile verzichten (Art. 529d Abs. 4 VE-OR).

Bezeichnung der Begünstigten

Der Trust muss im Interesse einer oder mehrerer begünstigter Personen errichtet werden, die natürliche oder juristische Personen sein müssen. Die Begünstigten müssen von der Begründerin oder dem Begründer bezeichnet werden und in einer Bestimmung der Trusturkunde erwähnt sein (Art. 529b Abs. 1 und 529c VE-OR). Wie bereits erwähnt, ist die Errichtung eines Trusts ohne Begünstigte (Purpose Trust) im Vorentwurf nicht vorgesehen, wobei dieser bei der Bezeichnung der Begünstigten eine gewisse Flexibilität erlaubt. Sie müssen in der Trusturkunde nicht unbedingt namentlich genannt werden. Es genügt, wenn die Bestimmungen der Trusturkunde Kriterien enthalten, mit denen sich die Eigenschaft als begünstigte Person im Zeitpunkt der Ausrichtung einer Leistung bestimmen lässt (Art. 529c Abs. 1 VE-OR). Ausserdem können sich die Begründerinnen oder Begründer das Recht vorbehalten, die Bestimmungen der Trusturkunde, die sich auf die Begünstigten beziehen, zu ändern, insbesondere indem sie darin neue Begünstigte hinzufügen oder bisherige streichen (Art. 529t VE-OR). Dieselbe Befugnis können sie den Trustees oder Protektorinnen und Protektoren zuweisen. Bei einem Discretionary Trust können die Trustees, selbst wenn sie den Kreis der Begünstigten nicht ändern dürfen, zudem frei entscheiden, wem sie eine Leistung ausrichten wollen, wobei sie sich gegebenenfalls an die von der Begründerin oder dem Begründer in einem separaten Dokument (*letter of wishes*) formulierten Wünsche zu halten haben.

Informationsrecht und Kontrolle über die Trustees

Neben ihrem Anspruch auf die in den Bestimmungen der Trusturkunde vorgesehene Leistung haben die Begünstigten gewisse Befugnisse zur Kontrolle und Aufsicht über die Trustees. Der Vorentwurf räumt ihnen unter anderem ein Informationsrecht ein, das ihnen eine ähnliche Kontrolle erlaubt wie Auftraggeberinnen und Auftraggeber. Sie können von den Trustees insbesondere Auskünfte über die Vermögenslage und die Verwaltung des Trusts verlangen (Art. 529i VE-OR). Verletzen Trustees ihre Pflichten, haben die Begünstigten das Recht, deren Abberufung zu verlangen (Art. 529s Abs. 2 VE-OR). Sie können auch den Ersatz des Schadens verlangen, der dem Trust zugefügt worden oder ihnen unmittelbar aus einer Pflichtverletzung der Trustees erwachsen ist (Art. 529k Abs. 2 VE-OR). Die Begünstigten können auch Klage einreichen, um ihre Ansprüche geltend zu machen oder die Einhaltung der Bestimmungen in der Trusturkunde zu verlangen. Sie können insbesondere das Gericht anrufen, damit es in den im Vorentwurf vorgesehenen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidet (siehe Ziff. 5.1.1.9 und Art. 529v VE-OR).

5.1.1.7 Getrennt gehaltenes Trustvermögen

Zusammensetzung

Das Trustvermögen besteht aus den Vermögenswerten, die dem Trust bei der Errichtung oder nachträglich von der Begründerin oder dem Begründer oder von einer Drittperson zugewidmet werden. Es kann Sachen, Forderungen und andere Vermögenswerte umfassen. Die Schulden auf dem Trustvermögen werden ebenfalls dem Trustvermögen zugerechnet. Dazu gehören insbesondere auch Verbindlichkeiten, welche Trustees in gehöriger Ausübung ihrer Funktion eingegangen sind (Art. 529n Abs. 1 VE-OR). Zum Trustvermögen zählen auch die Erträge aus den Vermögenswerten sowie die Ersatzanschaffungen (Art. 529l Abs. 1 VE-OR).

Trennung

Der Trust ermöglicht die Errichtung eines Sondervermögens, das die Trustees von ihrem persönlichen Vermögen getrennt halten und verwalten. Wie erwähnt hat das Trustvermögen keine Rechtspersönlichkeit, womit es sich von der Stiftung unterscheidet (siehe Ziff. 1.1.6.1). Da das Trustvermögen vom persönlichen Vermögen der Trustees getrennt ist, gehört es weder zu ihrem ehelichen Vermögen noch zu ihrem Nachlass (Art. 529g Abs. 1 VE-OR). Überdies wird es dem Zugriff der Gläubigerinnen und Gläubiger der Trustees entzogen und kann bei deren Konkurs aus der Konkursmasse ausgeschieden werden, wie dies derzeit bereits für ausländische Trusts geregelt ist (Art. 284b SchKG). Das Trustvermögen haftet nur für die in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegten Verbindlichkeiten (z. B. Leistungen an die Begünstigten) und für solche, die aus der gehörigen Erfüllung des Trusts entstanden sind (Art. 529n Abs. 2 VE-OR).

Vermögensübertragung bei einem Wechsel der Trustees

Treten Trustees von ihrer Funktion zurück, müssen sie das Eigentum am Trustvermögen sowie die Schulden und Forderungen ihren Nachfolgerinnen oder Nachfolgern

übertragen. Eine solche Übertragung ist nicht erforderlich, wenn es für einen Trust mehrere Trustees gibt. Die Co-Trustees sind Gesamteigentümer des Trustvermögens (Art. 529c Abs. 5 Ziff. 1 VE-OR). Grundsätzlich ist für die Übertragung des Trustvermögens von den bisherigen Trustees an ihre Nachfolgerinnen oder Nachfolger ein schriftlicher Vertrag erforderlich und sind die für das jeweilige Vermögen geltenden Modalitäten einzuhalten (z. B. bei einem Grundstück eine beglaubigte Abtretungsurkunde und ein Grundbucheintrag). Der Vorentwurf sieht jedoch eine Universalsukzession vor, wenn es nur eine oder einen Trustee gibt und diese Person stirbt. Im Zeitpunkt ihres Todes geht das Trustvermögen ohne Weiteres auf die oder den neuen Trustee über. Ausserdem kann die Übertragung mittels Übergang des Trustvermögens nach Artikel 181 OR erfolgen. Die Anwendung der Vorschriften des Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG)¹⁶⁰ ist ausdrücklich ausgeschlossen.

Massnahmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Um die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger des Trusts zu schützen, sieht der Vorentwurf vor, dass die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur drohenden Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (Art. 529r VE-OR; Art. 725 und 725b OR) sinngemäss auch auf den Trust anwendbar sind. Die Anwendung dieser Vorschriften entspricht der bestehenden Regelung im Stiftungsrecht (Art. 84a ZGB) und ist insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil Trusts auch in einem kommerziellen Umfeld möglich sind.

5.1.1.8 Folgerecht für das Trustvermögen

Trustees haben, wie Treuhänderinnen und Treuhänder nach schweizerischem Recht, volle Verfügungsmacht über das Trustvermögen, sodass auch bei pflichtwidriger Veräusserung das Eigentum auf die Erwerberin oder den Erwerber übergeht. Um die Interessen der Begünstigten zu schützen, gewährt der Vorentwurf diesen einen persönlichen Anspruch auf Rückerstattung von Trustvermögen, das der Trustee in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen oder der Bestimmungen in der Trusturkunde einer Drittperson zu Eigentum übertragen hat (Art. 529h VE-OR). Dieses sogenannte Folgerecht (*tracing*) kommt auch den anderen Trustees sowie der Protektorin oder dem Protektor und der Begründerin oder dem Begründer zu, soweit dies in den Bestimmungen in der Trusturkunde vorgesehen ist. Es zielt auf die Rückerstattung und Rückgabe der veräusserten Vermögenswerte an das Trustvermögen ab. Das Folgerecht kann jedoch gegenüber Personen, die Vermögenswerte in gutem Glauben entgeltlich erworben haben, nicht ausgeübt werden. Demnach sind gutgläubige Erwerberinnen und Erwerber geschützt, sofern sie die Vermögenswerte nicht unentgeltlich erworben haben. Die Rückerstattungspflicht der Erwerberinnen und Erwerber richtet sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, wie dies für Bucheffekten geregelt ist (siehe Art. 29 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten [BEG]¹⁶¹).

¹⁶⁰ SR 221.301

¹⁶¹ SR 957.1

Im Unterschied zur Regelung in anderen Rechtsordnungen bilden pflichtwidrig veräusserte Vermögenswerte kein neues Sondervermögen innerhalb des Vermögens der rückerstattungspflichtigen Erwerberinnen und Erwerber und sind somit auch dem Zugriff ihrer Gläubigerinnen und Gläubiger nicht entzogen.

5.1.1.9 Gerichtliche Anordnungen

Gemäss dem Vorentwurf kann ein Gericht ersucht werden, in bestimmten Fragen zu entscheiden (Art. 529v VE-OR). Es handelt sich um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die das summarische Verfahren im Sinne der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO)¹⁶² gilt (Art. 39a und 250 Bst. b Ziff. 13 VE-ZPO). Bestehen berechnete Zweifel über die Tragweite der Rechte und Pflichten des Begründers, des Trustees oder des Protektors, so kann jede dieser Personen das Gericht ersuchen, die Übereinstimmung einer vorgesehenen Handlung mit den Bestimmungen der Trusturkunde zu beurteilen. Die Entscheide des Gerichts sind für Begünstigte, Trustees, Protektorinnen und Protektoren, Begründerinnen und Begründer bindend (Art. 529v Abs. 3 VE-OR). Zudem können Begünstigte, Trustees, Protektorinnen und Protektoren sowie Begründerinnen und Begründer, die sich in der Trusturkunde dieses Recht vorbehalten haben, das Gericht ersuchen, die Bestimmungen der Trusturkunde anzupassen oder die Auflösung des Trusts anzuordnen (Art. 529v Abs. 2 VE-OR).

5.1.1.10 Schiedsgerichtsbarkeit

Der Vorentwurf sieht die Möglichkeit vor, trustrechtliche Streitsachen einem Schiedsgericht zu unterbreiten (Art. 529w VE-OR). Wenn die Bestimmungen der Trusturkunde dies vorsehen, gilt die Schiedsklausel auch für gerichtliche Anordnungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 529v VE-OR).

5.1.2 Transparenz gemäss internationalen Vorgaben

Das Kriterium 25.1(a) der Empfehlung 25 (vgl. dazu ausführlich vorne Ziff. 3.1.1) gilt gemäss der aktuellen Finanzmarktgesetzgebung bereits für alle ihr unterstellten Trustees, sollte aber auch entsprechend für die übrigen Trustees gelten. Mit dem vorgeschlagenen Artikel 529j VE-OR soll diese Empfehlung umgesetzt werden, indem die nicht der Finanzmarktgesetzgebung unterstellten Trustees im Rahmen des Trustrechts verpflichtet werden, die wirtschaftlich Berechtigten Personen des Trusts festzustellen und die entsprechenden Informationen zu halten. Damit lässt sich – im Gegensatz zu anderen Ländern – vermeiden, dass sämtliche Trustees der Finanzmarktgesetzgebung unterstellt werden, indem sie entweder beaufsichtigt werden oder über eine GwG-unterstellte Fachperson handeln müssen. Mit Artikel 529j VE-OR wird zudem das Kriterium 25.1 (b) im schweizerischen Recht umgesetzt. Mit dem Vorschlag für einen neuen Artikel

¹⁶² SR 272

327a VE-StGB (vgl. dazu die Erläuterungen hinten), wonach die Verletzung dieser trustrechtlichen Transparenzpflichten mit Busse bestraft wird, wird das Dispositiv zur Umsetzung der Empfehlungen der FATF mit den erforderlichen Sanktionen ergänzt. Zu beachten ist, dass dieser Vorschlag im Falle einer Weiterentwicklung der internationalen Standards angepasst werden muss, um allfälligen neuen Anforderungen zu genügen (vgl. dazu Ziff. 3.3 und 3.4).

5.1.3 Anpassung des bestehenden gesetzlichen Rahmens für Trusts

Mit dem Inkrafttreten des HTÜ wurden gesetzliche Anpassungen in verschiedenen Rechtsbereichen vorgenommen, um die Anwendbarkeit auf ausländische Trusts zu ermöglichen (siehe Ziff. 1.1.4). Die Anwendung dieser Vorschriften auf den im Vorentwurf ausgestalteten Schweizer Trust ist grundsätzlich völlig angemessen. Insbesondere auch im Erb- und Eherecht gewährleisten die geltenden Rechtsvorschriften (sowie die in der jüngsten Revision des Erbrechts beschlossenen Änderungen)¹⁶³ einen hinreichenden Schutz der Interessen der Erbinnen und Erben, der Ehegattinnen und Ehegatten beziehungsweise der eingetragenen Partnerinnen und Partner. Dasselbe gilt für die Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts sowie des internationalen Privatrechts. Dennoch sieht der Vorentwurf einige Anpassungen vor, um der Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung Rechnung zu tragen und eine gewisse Kohärenz sicherzustellen. Es handelt sich um folgende Anpassungen:

Erbrecht

Der Vorentwurf sieht vor, dass Erblasserinnen und Erblasser befugt sind, mit dem verfügbaren Teil ihres Vermögens ganz oder teilweise einen Trust zu errichten (Art. 493 VE-ZGB), wie dies im geltenden Recht für Stiftungen vorgesehen ist. Zudem wird festgelegt, unter welchen Voraussetzungen Begünstigte bzw. Trustees zur Rückgabe von Zuwendungen an einen Trust verpflichtet werden können (Art. 528 Abs. 3 VE-ZGB). Darüber hinaus gilt, dass auch bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Zuwendungen der Ehegattin oder des Ehegatten an einen Trust zu Lebzeiten zur Errungenschaft hinzugerechnet werden (vgl. Art. 208 ZGB) und im Erbgang der Herabsetzung unterliegen (vgl. Art. 527 ZGB). Das ergibt sich auch aus dem Vorbehalt gemäss Artikel 529b Absatz 6 VE-OR.

Sachenrecht

Die Vorschrift, die derzeit in Artikel 149d IPRG zu finden ist und die Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch regelt sowie deren Wirkung gegenüber Dritten definiert, soll in das Zivilgesetzbuch aufgenommen werden (Art. 962b VE-ZGB).

Zivilprozessordnung

In der Zivilprozessordnung sollen die Gerichtsstandsregeln für trustrechtliche Angelegenheiten festgelegt werden. Wurde kein Gerichtsstand gewählt, kann die betreffende

¹⁶³ Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) vom 18. Dezember 2020. Diese Änderung tritt am 1. Januar 2023 in Kraft (AS 2021 312).

Angelegenheit beim Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei (ordentlicher Gerichtsstand) oder des Trustees rechtshängig gemacht werden (Art. 39a VE-ZPO). Der Vorentwurf sieht auch vor, nichtstreitige trustrechtliche Angelegenheiten in die Liste der Angelegenheiten, für die das summarische Verfahren gilt, aufzunehmen (Art. 250 Bst. b Ziff. 10–13 VE-ZPO).

Betreibungsrecht

Der Betreuungsort am Sitz des Trusts wird ersetzt durch den Betreuungsort am Wohnsitz der Trustee oder des Trustees (Art. 284a VE-SchKG), damit die Vorschrift mit der in der ZPO vorgeschlagenen Gerichtsstandsregel übereinstimmt (Art. 39a VE-ZPO).

Internationales Privatrecht

Mit den vorgeschlagenen Anpassungen sollen die Regeln des Gerichtsstands in trustrechtlichen Streitigkeiten präzisiert werden sowie in der Liste der Fälle, in denen das bezeichnete Gericht seine Zuständigkeit nicht ablehnen darf, soll die Anwendbarkeit von schweizerischem Recht auf den Trust hinzugefügt werden (Art. 149b Abs. 2 Bst. c VE-IPRG).

Strafgesetzbuch

Um eine wirksame Umsetzung der gesetzlichen Regelung sicherzustellen und den Anforderungen der FATF zu entsprechen, wird in Artikel 327a Buchstabe e VE-StGB, welcher die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Transparenzvorschriften mit Strafe bedroht, mit dem Tatbestand der Verletzung der Identifikations- und Dokumentationspflichten der Trustees (Art. 529j VE-OR) erweitert.

Bundesgesetz über die Finanzinstitute

Bei den finanzmarktrechtlichen Vorschriften wird nur eine terminologische Anpassung vorgeschlagen (Art. 17 Abs. 2 VE-FINIG). Ansonsten ist die bisherige, auf ausländische Trusts anwendbare Regelung ausreichend. Die damit gewährleistete Aufsicht und Transparenz genügen, sodass die Einführung eines Schweizer Trusts keine weiteren Anpassungen erfordert.

5.1.4 Änderung des Steuerrechts

5.1.4.1 Handlungsbedarf

Mit der Einführung eines Schweizer Trusts stellt sich die Frage, ob die geltende Praxis weitergeführt und gleichfalls auf Trusts nach Schweizer Recht angewendet werden soll. Die Einführung eines Schweizer Trusts gebietet es, auch die steuerlichen Rahmenbedingungen zu überprüfen. Die Arbeitsgruppe Bund/Kantone/Wissenschaft hat den Handlungsbedarf für Änderungen des Steuerrechts kontrovers beurteilt. Während die Vertreter der Lehre die geltende Praxis (die bereits heute auf ausländische Trusts Anwendung findet) als teilweise verfassungswidrig kritisieren, plädieren insbesondere die Kantonsvertreter für deren Beibehaltung und wollen die geltende Praxis neu auch auf

schweizerische Trusts anwenden. Anlässlich einer gemeinsamen Sitzung der Experten-
gruppe BJ und der Arbeitsgruppe Steuern haben sich beide Branchenvertreter ebenfalls
für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen.

Handlungsbedarf für eine steuergesetzliche Regelung des Trusts kann aus verschiede-
nen Gründen erkannt werden:

- Die geltende Praxis stützt sich weitgehend auf ein Kreisschreiben der Schwei-
zerischen Steuerkonferenz. Sie wird von der Lehre teilweise als verfassungs-
widrig kritisiert und es ist ungewiss, wie das Bundesgericht die Steuergesetze
auslegen würde. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht er-
höht sich der Bedarf, Trustverhältnisse auch im Steuerrecht auf Gesetzesstufe
zu regeln.
- Das bestehende Kreisschreiben der Schweizerischen Steuerkonferenz enthält in
Bezug auf den Irrevocable Discretionary Trust keine abschliessende Regelung.
Dies kann dazu führen, dass in der Praxis vergleichbare Sachverhalte in den
Kantonen unterschiedlich beurteilt werden, auch in Bezug auf die direkte Bun-
dessteuer und nach der heutigen Praxis können sich Steuerlücken ergeben.
- Für in der Schweiz ansässige Personen ist die Errichtung eines Irrevocable
Discretionary Trust unattraktiv, da ihr die eingebrachten Vermögenswerte steu-
erlich weiterhin zugerechnet werden.

Bei der vorliegend vorgeschlagenen steuergesetzlichen Regelung wird die in der gel-
tenden Praxis übliche Zurechnung der Trusteinkommen an den Begründer, soweit es
sich um einen Revocable Trust handelt, sowie die Zurechnung an die Begünstigten mit
Rechtsansprüchen bei unwiderruflichen Trusts (Irrevocable Fixed Interest Trusts) bei-
behalten.¹⁶⁴ Diese Regelungen stehen im Einklang mit der Besteuerung nach der wirt-
schaftlichen Leistungsfähigkeit und mit ihrer Kodifizierung wird dem Legalitätsprinzip
genüge getan.

Übersicht zu den Steuerfolgen bei Revocable Trusts und Irrevocable Fixed Interest Trusts

<i>Revocable Trust</i>	<i>Irrevocable Fixed Interest Trust</i>
<i>Errichtung des Trusts</i>	
keine Steuerfolgen, da die Vermögens- werte weiterhin dem Begründer zuge- rechnet werden.	Erbschafts- oder Schenkungssteuer ab- hängig vom kantonalen Recht.

¹⁶⁴ Der Einfachheit halber wird bei den Tabellen 1–3 davon ausgegangen, dass es sich bei den
am Trustverhältnis beteiligten Personen um natürliche Personen handelt (vereinfacht ausgedr-
ückt «Familientrusts»), da in der Mehrheit der heutigen Fälle die Begünstigten Familien-
mitglieder sind). Handelt es sich um juristische Personen, würde jeweils die Gewinnsteuer
an die Stelle der Einkommenssteuer und die Kapitalsteuer an die Stelle der Vermögens-
steuer treten. Ferner wird davon ausgegangen, dass alle Beteiligten ihren Wohnsitz in der
Schweiz haben. Hat der Begründer seinen Wohnsitz im Ausland, können sich bei der Er-
richtung keine Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerfolgen in der Schweiz ergeben. Hat der
Begünstigte seinen Wohnsitz im Ausland, unterliegt er nicht der schweizerischen Einkom-
mens- bzw. Vermögenssteuer.

<i>Revocable Trust</i>	<i>Irrevocable Fixed Interest Trust</i>
<i>laufende Einkommen und Vermögen des Trusts</i>	
Einkommens- und Vermögenssteuer beim Begründer; Kapitalgewinne sind steuerfrei.	Einkommens- und Vermögenssteuer bei den Begünstigten; Kapitalgewinne sind steuerfrei.
<i>Leistungen des Trusts</i>	
an Begründer: keine Steuerfolgen an Begünstigte: Erbschafts- oder Schenkungssteuer.	keine Steuerfolgen, da bereits die laufenden Einkommen und das Vermögen vom Begünstigten versteuert wurden.

5.1.4.2 Beschrieb der Optionen

Betreffend den Irrevocable Discretionary Trust hat die Arbeitsgruppe Bund/Kantone/Wissenschaft verschiedene Optionen zur steuergesetzlichen Regelung geprüft.

Option 1

Trusteinkommen und -vermögen werden dem Trust zugerechnet, welcher wie eine Stiftung als selbstständiges Steuersubjekt behandelt wird. Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, kann die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden die Einkommen und das Vermögen von Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuer des Trusts vorgesehen (solidarische Haftung).

Option 2

Trusteinkommen und -vermögen werden dem Trustee zugerechnet. Die Zurechnung erfolgt getrennt von den übrigen Einkünften und Vermögenswerten des Trustees (Sondervermögen), zu den ordentlichen Einkommens- und Vermögenssteuertarifen. Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Falls der Trustee im Ausland ansässig ist, kann die Schweiz die Besteuerung des Trustees regelmässig nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden die Einkommen und das Vermögen von Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel).

Option 3

Einkommen und Vermögenswerte des Trusts werden keiner Person zugerechnet, weil:

- der Begründer sich definitiv seines Vermögens entäussert hat, und

-
- die Begünstigten erst Anwartschaften und somit keine Ansprüche erworben haben.

Zwischen dem Zeitpunkt der Trusterrichtung und der Ausrichtung von Leistungen werden laufende Einkommen und Vermögen des Trusts daher nicht besteuert. Davon ausgenommen sind Einkommen des Trusts aus inländischen Geschäftsbetrieben, Betriebsstätten und Grundstücken. Solche Einkommen werden dem Trustee zugerechnet und bei diesem besteuert.

Option 4

Einkommen und Vermögen des Trusts werden dem Begründer zugerechnet. Stirbt der Begründer oder verlegt er seinen Wohnsitz ins Ausland, gibt es zwischen dem Zeitpunkt des Todes bzw. der Wohnsitzverlegung ins Ausland und der Ausrichtung von Leistungen – wie in Option 3 – keine Zurechnung von Trusteinkommen und -vermögen. Davon ausgenommen sind Einkommen des Trusts aus inländischen Geschäftsbetrieben, Betriebsstätten und Grundstücken. Solche Einkommen werden dem Trustee zugerechnet und bei ihm besteuert.

Option 5

Einkommen und Vermögen des Trusts werden dem Begründer zugerechnet. Stirbt der Begründer oder verlegt er seinen Wohnsitz ins Ausland, erfolgt eine Zurechnung von Trusteinkommen und -vermögen an die Begünstigten. Können die Begünstigten nicht bestimmt werden, gibt es – wie in Option 3 – keine Zurechnung von Trusteinkommen und -vermögen. Davon ausgenommen sind jedoch Einkommen des Trusts aus inländischen Geschäftsbetrieben, Betriebsstätten und Grundstücken. Solche Einkommen werden dem Trustee zugerechnet und bei ihm besteuert.

Option 6

Einkommen und Vermögen des Trusts werden den Begünstigten zugerechnet. Sind die Begünstigten nicht bestimmbar, werden Einkommen und Vermögen dem Begründer zugerechnet. Ist der Begründer gestorben und können keine Begünstigten bestimmt werden, gibt es zwischen dem Zeitpunkt des Todes des Begründers und der Ausrichtung von Leistungen – wie in Option 3 – keine Zurechnung von Trusteinkommen und -vermögen. Davon ausgenommen sind jedoch Einkommen des Trusts aus inländischen Geschäftsbetrieben, Betriebsstätten und Grundstücken. Solche Einkommen werden dem Trustee zugerechnet und bei ihm besteuert.

Option 7

Einkommen und Vermögen eines Trusts werden dem Begründer zugerechnet, sofern dieser bereits bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war. Beim im Ausland errichteten (Pre-Immigration) Trust und nach dem Tod des Begründers findet keine Zurechnung statt, das heisst bis zum Zeitpunkt, indem Leistungen ausgerichtet werden, gibt es keine Besteuerung von Trusteinkommen und -vermögen. Davon ausgenommen sind jedoch Einkommen des Trusts aus inländischen Geschäftsbetrieben, Betriebsstätten und Grundstücken. Solche Einkommen werden dem Trustee zugerechnet und bei ihm besteuert.

Bei der Besteuerung von **Leistungen**, die **aus dem vom Begründer dem Trust gewidmeten Vermögens-, Sachwerten und Forderungen** stammen, gibt es zu den Steuerfolgen für jede Option zusätzlich zwei mögliche Varianten:

- **Variante A** geht davon aus, dass die spätere Ausschüttung nicht als Schenkung, sondern als Einkommen zu behandeln ist.¹⁶⁵ Eine Schenkung im steuerrechtlichen Sinne liegt gemäss dem Bundesgericht vor, wenn die Leistung seitens des Schenkers an den Beschenkten unentgeltlich und mit Schenkungsabsicht erfolgt. Die Vermögenszuwendung muss somit ohne Gegenleistung seitens des Beschenkten erfolgen. Da der Begründer mit der Errichtung des Irrevocable Discretionary Trusts sich definitiv seines Vermögens entäussert hat, wird bei dieser Variante keine Schenkung seitens des Begründers angenommen. Der Trustee seinerseits erbringt Leistungen an die Begünstigten aufgrund seiner Verpflichtung durch die Trusturkunde und somit nicht freiwillig, weshalb ebenfalls keine Schenkung im soeben beschriebenen Sinne vorliegt. Folglich unterliegen die Leistungen an die Begünstigten grundsätzlich der Einkommenssteuer gemäss Art. 16 Abs. 1 DBG bzw. Art. 7 ff. StHG.
- **Variante B** geht hingegen davon aus, dass es sich bei einer späteren Ausschüttung der Kapitaleinlage um eine mittelbare Schenkung handelt. Eine mittelbare Schenkung deswegen, weil der Begründer die Einlage in den Trust gewissermassen mit der «Auflage» macht, diese zweckkonform zu verwenden bzw. den Begünstigten weiterzuleiten und die Einlage ja bereits bei der Errichtung steuerlich als Schenkung behandelt wurde. Folglich unterliegen die Leistungen an die Begünstigten nicht der Einkommenssteuer (Art. 24 Bst. a DBG, Art. 7 Abs. 4 Bst. c StHG).

5.1.4.3 Steuerfolgen der Optionen

Je nach Option zur gesetzlichen Regulierung des Irrevocable Discretionary Trusts variieren die Steuerfolgen stark.

Übersicht zu den Steuerfolgen der Optionen 1–7 bei Irrevocable Discretionary Trusts

<i>Errichtung</i>	
Option 1	Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht
Option 2	Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht
Option 3	Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht

¹⁶⁵ BGer, 2A.668/2004 vom 22. April 2005, E. 3.3 zur steuerrechtlichen Behandlung von Stiftungsleistungen.

Option 4	zu Lebzeiten des Begründers keine Steuerfolgen Errichtung von Todes wegen: Erbschaftssteuer abhängig vom kantonalen Recht
Option 5	zu Lebzeiten des Begründers keine Steuerfolgen Errichtung von Todes wegen: Erbschaftssteuer abhängig vom kantonalen Recht
Option 6	Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht
Option 7	zu Lebzeiten des Begründers keine Steuerfolgen Errichtung von Todes wegen: Erbschaftssteuer abhängig vom kantonalen Recht
<i>Laufende Einkommen und Vermögen</i>	
Option 1	Gewinn- und Kapitalsteuer beim Trust (Besteuerung analog zur Stiftung)
Option 2	In derselben Periode ausgeschüttete Einkommen: keine Steuerfolgen Akkumulierte Einkommen: Einkommens- und Vermögenssteuer beim Trustee (auch wenn dieser eine juristische Person ist); Kapitalgewinne sind steuerfrei.
Option 3	keine Steuerfolgen
Option 4	zu Lebzeiten des Begründers: Einkommens- und Vermögenssteuer beim Begründer danach keine Steuerfolgen
Option 5	zu Lebzeiten des Begründers: Einkommens- und Vermögenssteuer beim Begründer danach Einkommens- und Vermögenssteuer bei den Begünstigten wenn Begründer gestorben und Begünstigte nicht bestimmbar sind: keine Steuerfolgen
Option 6	Einkommens- und Vermögens- bei den Begünstigten wenn Begünstigte nicht bestimmbar sind: Einkommens- und Vermögenssteuer beim Begründer wenn Begünstigte nicht bestimmbar sind und Begründer gestorben: keine Steuerfolgen

Option 7	wenn Begründer im Zeitpunkt der Errichtung in der Schweiz ansässig war: Einkommenssteuer und Vermögenssteuer beim Begründer andernfalls keine Steuerfolgen
Leistungen	
Option 1	Variante a: Einkommenssteuer Variante b: Einkommenssteuer, ausser wenn die Begünstigten nachweisen, dass es eine Leistung aus dem Trust gewidmeten Vermögen ist (mittelbare Schenkung). Trust kann analog einer Stiftung die Leistung als geschäftsmässig begründeten Aufwand bei der Gewinnsteuer geltend machen.
Option 2	In derselben Periode ausgeschüttete Einkommen: Einkommenssteuer bei den Begünstigten Akkumulierte Einkommen: Keine Steuerfolgen Eingebrachtes Kapital: Variante a: Einkommenssteuer Variante b: keine Steuerfolgen (Leistungen aus dem Trust gewidmeten Vermögen ist mittelbare Schenkung) Leistung nicht abzugsfähig beim Sondervermögen des Trustees
Option 3	Variante a: Einkommenssteuer Variante b: Einkommenssteuer, ausser wenn die Begünstigten nachweisen, dass es eine Leistung aus dem Trust gewidmeten Vermögen ist (mittelbare Schenkung)
Option 4	zu Lebzeiten des Begründers: Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht nach Tod des Begründers: Variante a: Einkommenssteuer Variante b: Einkommenssteuer, ausser wenn die Begünstigten nachweisen, dass es eine Leistung aus dem Trust gewidmeten Vermögen ist (mittelbare Schenkung)

<p>Option 5</p>	<p>zu Lebzeiten des Begründers: Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht</p> <p>nach Tod des Begründers: Keine Steuerfolgen, da für die laufenden Einkommen und Vermögenswerte des Trusts eine Zurechnung an Begünstigte gemacht wurde</p> <p>mangels Zurechnung (Tod des Begründers und Begünstigte nicht bestimmbar):</p> <p>Variante a: Einkommenssteuer</p> <p>Variante b: Einkommenssteuer, ausser wenn die Begünstigten nachweisen, dass es eine Leistung aus dem Trust gewidmeten Vermögen ist (mittelbare Schenkung)</p>
<p>Option 6</p>	<p>wenn Zurechnung an Begünstigte erfolgte: keine Steuerfolgen</p> <p>wenn bis anhin eine Zurechnung an den Begründer erfolgte: Erbschafts- oder Schenkungssteuer bei Begünstigten, es sei denn es bestehe eine Ausnahme, wie bspw. Unterstützungsleistung</p> <p>mangels Zurechnung an Begünstigte und Begründer (Begünstigte nicht bestimmbar und Leistung nach Tod des Begründers):</p> <p>Variante a: Einkommenssteuer</p> <p>Variante b: Einkommenssteuer, ausser wenn die Begünstigten nachweisen, dass es eine Leistung aus dem Trust gewidmeten Vermögen ist (mittelbare Schenkung)</p>
<p>Option 7</p>	<p>wenn eine Zurechnung an den Begründer erfolgte: Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht</p> <p>wenn keine Zurechnung an den Begründer erfolgte:</p> <p>Variante a: Einkommenssteuer</p> <p>Variante b: Einkommenssteuer, ausser wenn die Begünstigten nachweisen, dass es eine Leistung aus dem Trust gewidmeten Vermögen ist (mittelbare Schenkung)</p>

5.1.4.4 Bewertung der Optionen

Verfassungsmässigkeit

Im Zeitpunkt der **Errichtung eines Trusts** steht die Frage im Vordergrund, ob Erbschafts- bzw. Schenkungssteuern anfallen. Aufgrund der kantonalen Autonomie in der Erbschafts- und Schenkungssteuer können die Kantone diejenige Person erbschafts- bzw. schenkungssteuerpflichtig erklären, der die Vermögenswerte und Einkommen nach der Errichtung des Trusts zugerechnet werden, insbesondere die Begünstigten, die

über einen Anspruch verfügen, den Trust (bei Option 1) oder den Trustee (bei Option 2). Auch wenn keine Zurechnung erfolgt (Option 3, je nach Konstellation auch bei den Optionen 4–7), erscheint die Erhebung einer Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer möglich,¹⁶⁶ wobei die Kantone allerdings das Steuersubjekt bestimmen müssen (damit verbunden ist die Frage des anwendbaren Steuersatzes: z.B. Nichtverwandtentarif oder mildere resp. Nichtbesteuerung bei direkten Nachkommen).

Die Zurechnung der in einen Trust eingebrachten Vermögenswerte bzw. der daraus fliessenden Einkommen für die Zwecke der Vermögens- und Einkommenssteuer fällt in den harmonisierten Bereich. Der Bundesgesetzgeber hat dabei insbesondere das Legalitätsprinzip sowie das Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten.

Alle Handlungsoptionen regeln diese Zurechnung zumindest in den Grundsätzen auf Gesetzesstufe. Damit würde dem Legalitätsprinzip Genüge getan. Die Beurteilung mit Bezug auf die Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist komplexer. Unproblematisch erscheint, dass die steuerliche Zurechnung weiterhin an den Begründer erfolgen soll, wenn sich dieser der Vermögenswerte nicht definitiv entäussert hat. Ebenso bereitet die Zurechnung an die Begünstigten keine Probleme, wenn diese einen Anspruch auf die Vermögenswerte bzw. auf die daraus fliessenden Einkommen haben. Sämtliche Handlungsoptionen folgen diesen Grundsätzen und erscheinen insofern verfassungskonform.

Eine Zurechnung an den Begründer bzw. an die Begünstigten, obgleich der Begründer die Verfügungsmacht über das übertragene Vermögen definitiv aufgegeben hat, ohne aber andererseits den Begünstigten feste Ansprüche einzuräumen, wird von der überwiegenden Lehre als verfassungswidrig beurteilt. Diese Fälle betreffen, je nach Konstellation, die Optionen 4–7. Kritik aus verfassungsrechtlicher Sicht könnte in gewissem Masse auch die Möglichkeit einer solidarischen Haftung der Option 1 betreffen. Angesichts des Anwendungsbereichs dieser subsidiären Haftungsregel und der damit verbundenen Zielsetzung zur Gewährleistung der Besteuerung und der Vermeidung einer Steuerlücke kann die Regelung als gerechtfertigt erachtet werden, was jedoch im Lichte der Ergebnisse der Vernehmlassung noch einmal genauer zu prüfen sein wird. Ebenso lässt sich die Kritik der Lehre an der unterschiedlichen Behandlung des Begründers mit in- und ausländischem Wohnsitz in der geltenden Praxis auf die Option 7 übertragen (vgl. Ziff. 2.8).

Auch hinsichtlich der **steuerlichen Behandlung von Leistungen** an die Begünstigten sind das Legalitätsprinzip sowie das Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit relevant. Grundsätzlich handelt es sich bei der einkommens- und gewinnsteuerlichen Behandlung von Leistungen gleichfalls um einen harmonisierten Bereich, den die Bundesgesetzgebung zu regeln hat. Stellt eine Leistung allerdings eine Erbschaft bzw. Schenkung dar, fällt sie in den Anwendungsbereich der Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer, und damit in den Zuständigkeitsbereich des kantonalen Gesetzgebers.

¹⁶⁶ Teilweise umstritten in der Lehre (vgl. etwa AMONN, a.a.O., S. 503, ebenso DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, 2004., S. 125).

Die evaluierten Handlungsoptionen folgen bei der Variante a den allgemeinen Regeln der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer. Dieser Ansatz erscheint als mit dem Legalitätsprinzip vereinbar. Trustverhältnisse können unterschiedliche Zwecke verfolgen und es gilt im Einzelfall zu prüfen, welche Rechtsnatur eine Leistung hat. Hat beispielsweise ein Unternehmen einen Trust eingerichtet, der Leistungen an ihre Arbeitnehmer erbringt, kann bei diesen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit vorliegen. Eine abschliessende gesetzliche Regelung der möglichen Konstellationen erweist sich vor diesem Hintergrund als unmöglich.

In Bezug auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist unbestritten, dass Leistungen keine Steuerfolgen auslösen dürfen, wenn die entsprechenden Vermögenswerte dem Empfänger steuerlich bereits zuvor zugerechnet wurden. Dies gilt für alle Fälle, in denen die Begünstigten einen Anspruch erworben haben.

Wenn die Vermögenswerte vorher dem Begründer zugerechnet wurden, ist es gleichfalls verfassungskonform auf der Leistung eine Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer zu erheben, sofern die übrigen Voraussetzungen einer Erbschaft- oder Schenkung nach kantonalem Recht erfüllt sind, oder beispielsweise von Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen, wenn es sich um eine Leistung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis handelt. Grundsätzlich ist für die steuerliche Qualifikation auch hier die Rechtsnatur der Leistung im Einzelfall zu prüfen.

Erfolgte die steuerliche Zurechnung weder an den Begründer, noch an die Begünstigten, sondern an einen Dritten (Trust als Steuersubjekt bei Option 1, Trustee bei Option 2, jeweils ausserhalb des Anwendungsbereichs der subsidiären Regel), ist es mit der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vereinbar die Leistungen bei den Begünstigten als steuerbares Einkommen hinzuzurechnen (ausgenommen Kapitalgewinne bei Option 2).

Hingegen können zur Variante b, wo bei Leistungen, die aus dem Trust gewidmeten Vermögenswerten gemacht werden, eine mittelbare Schenkung angenommen wird, unterschiedliche Ansichten zu einer verfassungskonformen Besteuerung vertreten werden (vgl. Ziff. 5.1.4.2).

Erfolgte keine steuerliche Zurechnung (insbesondere Option 3, je nach Konstellation auch in den übrigen Optionen), wäre es verfassungsgemäss, die Leistungen bei den Begünstigten mit der Einkommenssteuer zu erfassen. Inwiefern auch hier von einer mittelbaren Schenkung bei Leistungen aus eingebrachten Kapital auszugehen ist, kann wie schon erwähnt unterschiedlich beurteilt werden.

Attraktivität

Für die Attraktivität des Schweizer Trusts sind die folgenden Aspekte zentral:

- Bietet die Wahl eines Schweizer Trustees steuerliche Vor- bzw. Nachteile im Vergleich mit der Wahl eines ausländischen Trustees? Ist die Wahl mit Nachteilen verbunden, wirkt sich dies negativ auf den Wirtschaftsstandort Schweiz aus, da die Nachfrage nach Trust-Dienstleistungen bei Schweizer Anbietern geringer ausfällt und Trusts vornehmlich via ausländische Trustees begründet werden?

-
- Bietet die steuerliche Behandlung eines Trustverhältnisses steuerliche Vor- oder Nachteile im Vergleich zur Behandlung alternativer Instrumente? Ist sie mit Nachteilen verbunden, werden weniger Personen einen Trust errichten und stattdessen alternative Instrumente wählen. Dadurch reduziert sich die Nachfrage nach Dienstleistungen von Schweizer Trustees. Die Steuerfolgen hängen zudem massgebend davon ab, ob der Begründer bzw. die Begünstigten den Wohnsitz in der Schweiz oder im Ausland haben. Bei Familientrusts geht es um die Übertragung von Vermögenswerten auf die Nachkommen. Diesbezüglich drängt sich ein Vergleich mit einer schenkungs- bzw. erbrechtlichen Zuwendung einerseits sowie mit der Errichtung einer Familienstiftung andererseits auf.

Bei den Handlungsoptionen 3–7 hängen die Steuerfolgen nicht davon ab, ob ein Schweizer oder ein ausländischer Trustee gewählt wurde. Diese Handlungsoptionen wirken sich insofern neutral auf den Standort Schweiz aus.

Bei den Handlungsoptionen 1 und 2 können sich demgegenüber unterschiedliche Steuerfolgen ergeben, wenn ein schweizerischer bzw. ein ausländischer Trustee gewählt wird. Dies ist der Fall, wenn die im nationalen Recht vorgesehene Besteuerung des Trusts (Option 1) bzw. des Trustees (Option 2) daran scheitert, dass der Trust bzw. der Trustee gemäss einem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen in einem anderen Staat ansässig sind. Diesfalls kommt bei beiden Optionen die subsidiäre Regel zum Tragen, wonach die Zurechnung an den Begründer erfolgt. Die steuerlichen Auswirkungen dieser subsidiären Regel hängen von den Umständen des Einzelfalls (insbesondere dem Wohnsitz des Begründers) und von den Steuerfolgen ab, die sich im anderen Staat ergeben.

Ein Familientrust zu Gunsten von direkten Nachkommen ist steuerlich unattraktiv, sofern die übertragenen Vermögenswerte bei der Einbringung der Erbschafts-/Schenkungssteuer zum Tarif für Nichtverwandte und/oder bei der Ausrichtung von Leistungen der Einkommenssteuer unterliegen. Unter diesem Aspekt schneiden die Optionen 4–7 am besten ab. Der Grund liegt darin, dass diese eine möglichst weitgehende Zurechnung an den Begründer oder die Begünstigten vorsehen, was eine Erbschafts- und Schenkungssteuer zum Tarif für Nichtverwandte faktisch ausschliesst.

Im geltenden schweizerischen Zivilrecht sind Familienstiftungen nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig, anerkannt werden aber ausländische Familienstiftungen. Im Folgenden wird daher ein Vergleich mit einer ausländischen Familienstiftung gezogen.

Bei der ausländischen Familienstiftung kann zwischen drei Konstellationen unterschieden werden, die zu unterschiedlichen steuerlichen Behandlungen führen:

- Der Stifter hat sich der Vermögenswerte nicht definitiv entäussert, z.B., weil er sich das Recht vorbehalten hat, die Stiftung zu widerrufen. Die Stiftung wird in diesem Fall für steuerliche Zwecke ignoriert und steuerlich gleich wie ein Revocable Trust behandelt.
- Der Stifter hat sich definitiv der Vermögenswerte entäussert und die Begünstigten verfügen über feste Ansprüche, bzw. besitzen eine wirtschaftliche Verfügungsmacht über zumindest Teile des Stiftungskapitals. Die Kantone wenden

in solchen Fällen die gleiche Praxis wie beim Irrevocable Fixed Interest Trust an.

- Der Stifter hat sich definitiv der Vermögenswerte entäussert, und die Begünstigten verfügen über keine festen Ansprüche, bzw. besitzen keine wirtschaftliche Verfügungsmacht. Die steuerlichen Konsequenzen der Errichtung und der Ausrichtung von Leistungen der als Steuersubjekt anerkannten ausländischen Stiftung hängen von den Umständen des Einzelfalls, namentlich von der Ansässigkeit der beteiligten Personen, ab. Die Steuerbelastung im Sitzstaat der Stiftung dürfte in aller Regel tief ausfallen. Ein Vergleich mit den Steuerfolgen der entwickelten Handlungsoptionen zur Trustregulierung ist extrem schwierig, Es können sich je nach Ansässigkeit der beteiligten Personen steuerliche Vor- oder Nachteile ergeben.

Administrativer Aufwand und Praktikabilität

Steuerlich werden Trustverhältnisse in verschiedene Kategorien eingeteilt (revocable/irrevocable fixed interest/irrevocable discretionary) und ausgehend davon entweder dem Begründer, Begünstigten oder einer Drittperson/niemanden zugerechnet. Die Zuordnung zu diesen Kategorien bedarf einer Analyse der konkreten Umstände des Einzelfalls, was mit aufwändigen und anspruchsvollen Abklärungen verbunden sein kann. Diesbezüglich schneiden die Optionen 4–6 besser ab als die übrigen Optionen, weil sie nur zwei (statt drei) relevante Kategorien unterscheiden.

Probleme bei der Besteuerung können sich ergeben, wenn die steuerpflichtigen Personen nicht über ausreichende Informationsrechte gegenüber dem Trust verfügen, um ihren Mitwirkungspflichten nachzukommen. Diese Problematik kann sich in erster Linie für die Begünstigten stellen, die im Extremfall nicht einmal wissen, wer der Begründer eines Trusts ist.

Sodann können sich Probleme ergeben, wenn eine Person besteuert wird, die wirtschaftlich nicht über die betreffenden Vermögenswerte verfügt und durch die Steuerforderung in Liquiditätsschwierigkeiten geraten kann.

Praktische Schwierigkeiten ergeben sich ferner, wenn bei der Ausrichtung von Leistungen unterschieden wird zwischen den vom Begründer eingebrachten Vermögenswerten sowie den während der Dauer des Trustverhältnisses erzielten Einkommen.

Die Umsetzung der Option 1 bedingt im Falle von Begünstigten eines Irrevocable Discretionary Trusts in mehreren Kantonen oder im Ausland, dass Einkommen und Vermögen des Trusts auf diese betragsmässig aufgeteilt werden. Allerdings haben die Begünstigten im Fall eines Irrevocable Discretionary Trusts keine festen Ansprüche in Form von Quoten oder Beträgen. Wie diese Anteile im Einzelfall betragsmässig ermittelt werden, ist der Praxis überlassen.

Konformität mit bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen

Unter dem Gesichtspunkt der DBA-Konformität sind die Handlungsoptionen darauf zu untersuchen, ob die vorgesehene Besteuerung in der Schweiz durch Doppelbesteuerungsabkommen eingeschränkt wird. In diesem Fall könnte die betreffende Handlungsoption unter Umständen nicht durchgesetzt werden und die Option würde Gestaltungsmöglichkeiten schaffen zur Vereitelung einer Besteuerung durch die Schweiz.

Trustvermögen besteht regelmässig aus beweglichem Privatvermögen, das Dividenden und Zinsen abwirft. Nach dem OECD-Musterabkommen, das für die schweizerischen DBA in aller Regel als Vorlage dient, kann das bewegliche Privatvermögen nur vom Ansässigkeitsstaat der Person, der es zugerechnet wird, besteuert werden (Art. 22 OECD-Musterabkommen). Wenn das Trustvermögen in Drittstaaten investiert wird, können die daraus erzielten Dividenden und Zinsen auch nur im Ansässigkeitsstaat besteuert werden (Art. 21 OECD-Musterabkommen). Wenn das bewegliche Privatvermögen im anderen Vertragsstaat investiert wird als dem Ansässigkeitsstaat der Person, der die Einkommen zugerechnet werden, können die Einkommen auch nur im Ansässigkeitsstaat der Person besteuert werden unter Vorbehalt eines beschränkten Besteuerungsrechts des Quellenstaates für Dividenden und Zinsen (Art. 10 und 11 OECD-Musterabkommen).

Einschränkungen unter den DBA ergeben sich daher vor allem dann, wenn es sich beim Trustvermögen und den Erträgen daraus um Einkommen oder Vermögen einer im anderen Vertragsstaat ansässigen Person handelt, welcher die Schweiz die Einkommen oder das Vermögen zurechnet. Wenn dieselben Einkommen bzw. dasselbe Vermögen in der Schweiz unter Zurechnung zu einer in der Schweiz ansässigen Person besteuert werden, so liegt keine von den DBA verbotene rechtliche Doppelbesteuerung vor. Dies gilt selbst dann, wenn das Ausland die Zurechnung nach seinen Regeln an eine dort ansässige Person vornimmt und besteuert. Die Zurechnung von Einkommen und Vermögen erfolgt grundsätzlich nach nationalem Recht. Die Handlungsoptionen sind daher insbesondere daraufhin zu untersuchen, ob sie eine Zurechnung zu einer Person zur Folge haben können, die in einem DBA-Partnerstaat ansässig ist. Da die Beurteilung der DBA-Konformität hier insbesondere auch aus dem Blickwinkel der Gestaltungsanfälligkeit einer Option bezüglich Vermeidung einer Besteuerung durch die Schweiz zu beurteilen ist, stehen dabei jene Variablen im Fokus, die vom Begründer frei und unabhängig vom Zweck des Trusts wählbar sind. Dies trifft in erster Linie auf die Person bzw. den Ansässigkeitsstaat des Trustees zu.

Die verschiedenen Optionen werden im Folgenden auf mögliche DBA-Konflikte untersucht. Die Prüfung beschränkt sich auf den Fall eines Irrevocable Discretionary Trusts, für den die Optionen hauptsächlich unterschiedliche Zurechnungen vorsehen:

Option 1

Bei dieser Option wird der Irrevocable Discretionary Trust als eigenes Steuersubjekt besteuert für den Anteil des Vermögens und Einkommens, die auf in der Schweiz ansässige Begünstigte entfallen. In diesem Fall wäre die Besteuerung durch die Schweiz als Ansässigkeitsstaat ähnlich wie in angelsächsischen Staaten mit einem ähnlichen Modell.

Gilt der Trust unter einem DBA als eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person, rechnet die Schweiz das Einkommen und Vermögen des Trusts nach der «subsidiären Regel» dem in der Schweiz ansässigen Begründer zu und besteuert es bei ihm. Aufgrund dieser subsidiären Regel resultiert kein DBA-Konflikt und diese Option lässt sich unter den DBA durchsetzen. Die «subsidiäre Regel» ist allerdings in der Anwendung kompliziert, da sie in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht schwierige Feststellungen bedingt. So ist nämlich insbesondere abzuklären, ob der Trust nach dem nationalen Recht des Partnerstaates wie eine Körperschaft besteuert wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b

OECD-Musterabkommen). Zudem könnten Partnerstaaten die «subsidiäre Regelung» als einseitige Massnahme erachten, die das Gleichgewicht des Abkommens stört. Schliesslich kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein DBA-Partnerstaat, in der «subsidiären Regel» der Option 1 einen Verstoss gegen Treu und Glauben im Bereich der Staatsverträge (Art. 26 und 31 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge) erblickt. Sollte dies der Fall sein, wäre die Frage mit dem betreffenden Partnerstaat bilateral zu erörtern.

Option 2

Bei dieser Option werden das Trustvermögen und nicht innerhalb eines Jahres ausgeschüttete Erträge des Trustvermögens als Sondervermögen dem Trustee zugerechnet und bei diesem besteuert. In diesem Fall wäre die Besteuerung durch die Schweiz als Ansässigkeitsstaat ähnlich wie in angelsächsischen Staaten mit einem ähnlichen Modell. Wenn der Trustee eine nicht in der Schweiz persönlich zugehörige Person ist, werden das Trustvermögen und die Erträge nach der «subsidiären Regel» dem in der Schweiz ansässigen Begründer zugerechnet. Aufgrund dieser subsidiären Regel resultiert kein DBA-Konflikt und auch diese Option lässt sich unter den DBA durchsetzen. Die «subsidiäre Regel» ist in dieser Ausgestaltung im Vergleich zur «subsidiären Regel» der Option 1 weniger problematisch. Die Anwendung ist deutlich einfacher, da Abklärungen zum nationalen Steuerrecht anderer Staaten entfallen. Schliesslich dürfte die Option 2 auch im Verhältnis zu DBA-Partnerstaaten auf grössere Akzeptanz stossen, da deren «subsidiäre Regel» keine vom DBA abhängige Besteuerung vorsieht.

Optionen 3 bis 7

Einkommen und Vermögen eines Irrevocable Discretionary Trusts werden bei diesen Optionen dem Begründer, den Begünstigten oder auch keiner Person zugerechnet und bei dieser Person nach den allgemeinen Regeln der Steuerpflicht in der Schweiz besteuert. Ein DBA-Konflikt kann sich daher nicht ergeben. Diese Optionen entsprechen weitgehend der heutigen Praxis und haben nie zu Problemen hinsichtlich DBA-Konformität geführt. Die Zurechnung von Faktoren zu Begünstigten ist im Fall von Irrevocable Discretionary Trusts mitunter schwierig, da die Begünstigten keine festen Ansprüche haben und deren Ansprüche vom noch auszuübenden Ermessen des Trustees abhängig sind. Die Zurechnung von Faktoren zu den Begünstigten ist in den DBA jedoch grundsätzlich nicht geregelt, weswegen Inkompatibilitäten mit Zurechnungen durch Partnerstaaten zu dort ansässigen Begünstigten keine Verletzung des DBA darstellen.

5.1.4.5 Begründung der vorgeschlagenen Regelung

Sämtliche der vorgeschlagenen Handlungsoptionen erscheinen DBA-konform. Bezüglich Standortattraktivität und administrativer Aufwand/Praktikabilität schneiden die Optionen 1 und 2 weniger gut ab als die Optionen 4–6. Die Option 7 ist zwar Standortattraktiv, hingegen ist die verfassungsrechtliche Kritik an der Privilegierung des Pre-Immigration Trusts nicht zu vernachlässigen. Im Weiteren ist auch die Zurechnung von laufenden Einkommen und Vermögen des Trusts an den Begründer, der sich seines Vermögens definitiv entäussert hat oder an die Begünstigten ohne Ansprüche in den Optionen 4–7 nach der überwiegenden Lehre nicht verfassungskonform. Option 3 ist

zwar steuersystematisch korrekt, aber würde zu einer systematischen Steuerlücke beim Irrevocable Discretionary Trust führen.

Aus Sicht des Bundesrates ist die Verfassungskonformität das prioritäre Kriterium für die Beurteilung der Handlungsoptionen. Die Einführung einer Schweizer Trusts gibt Anlass, Trustverhältnisse auch in den Steuergesetzen explizit zu regeln. Die gesetzliche Neuregelung soll der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Lehre Rechnung tragen. Vor diesem Hintergrund stehen für den Bundesrat die Optionen 1 und 2 trotz des Vorbehalts hinsichtlich der solidarischen Haftung (siehe Ziff. 5.1.4.4) im Vordergrund.

Dabei ist die Option 1 gegenüber der Option 2 insbesondere aus zwei Gründen zu bevorzugen:

- Steuerliche Gleichbehandlung mit einer Familienstiftung. Diese kann ähnliche Zwecke verfolgen wie ein Familientrust und die Wahl zwischen diesen beiden Instrumenten soll möglichst nicht durch das Steuerrecht beeinflusst werden.
- Die subsidiäre Regel gelangt in weniger Konstellationen zur Anwendung als bei Option 2. Die Wahl eines ausländischen Trustees führt nicht ohne Weiteres zu anderen Steuerfolgen als die Wahl eines Schweizer Trustees.

Daneben hat die Option 1 auch geringe Vorteile bei der Veranlagung, da sie sich an die in der Schweiz bekannte Stiftung anlehnt.

Mit der Errichtung eines Trusts wurden unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Dies ist insbesondere beim Irrevocable Discretionary Trust der Fall, der nun steuerrechtlich neu geregelt werden soll. Daher ist es naheliegend nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine grosszügige Übergangsregelung (Grandfathering) zu schaffen.

Bei der Entscheidung zwischen den Varianten a und b liegt es in der Folge nahe, sich an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Stiftungen zu orientieren.¹⁶⁷ Nach der Auffassung des Bundesgerichts erfolgen Leistungen an die Destinatäre nicht freiwillig, sondern lediglich in Erfüllung einer ihr durch die Stiftungsurkunde auferlegten Rechtspflicht (beim Irrevocable Discretionary Trust würde dies den Auflagen aus der Trusturkunde entsprechen). Dementsprechend fällt die Annahme einer Schenkung im Zuge der Ausrichtung von Leistungen an die Begünstigten ausser Betracht und die Variante a, wonach Leistungen des Trusts an die Begünstigten deren Einkommen hinzuzurechnen sind, ist die sachgerechte Lösung.

Die Steuerfolgen bei der vorgeschlagenen steuergesetzlichen Regelung sehen zusammengefasst für Einkommens- und Vermögens- sowie Erbschafts- und Schenkungssteuern wie folgt aus:

¹⁶⁷ Vgl. BGer, 2A.668/2004 a.a.O., E. 3.4.3 mit Hinweisen.

Übersicht zu den Steuerfolgen bei der vorgeschlagenen Regelung

	Revocable Trust (wie bisher)	Irrevocable Fixed Interest Trust (wie bisher)	Irrevocable Discretionary Trust (neu)
Errichtung	keine Steuerfolgen, da die Vermögenswerte weiterhin dem Begründer zugerechnet werden	Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht ¹⁶⁸	Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht ¹⁶⁸
laufende Einkommen und Vermögen	Einkommens- und Vermögensteuer beim Begründer ¹⁶⁸ ; Kapitalgewinne sind steuerfrei	Einkommens- und Vermögensteuer bei den Begünstigten ¹⁶⁹ ; Kapitalgewinne sind steuerfrei	Gewinn- und Kapitalsteuer beim Trust (Besteuerung analog zur Stiftung) ¹⁶⁹
Leistungen	an Begründer: keine Steuerfolgen an Begünstigte: Erbschafts- oder Schenkungssteuer ¹⁶⁸	keine Steuerfolgen, da bereits die laufenden Einkommen und das Vermögen vom Begünstigten versteuert wurden	Einkommenssteuer ¹⁶⁹

5.2 Umsetzung

5.2.1 Grundbuchverordnung

Die GBV enthält bereits Bestimmungen zum Trust, die nach der Ratifizierung des HTÜ eingeführt wurden. Im Wesentlichen ermöglichen sie die Eintragung des Trustverhältnisses im Grundbuch (Art. 58, 128 und 137 GBV) und legen die Voraussetzungen für die Eintragung einer Eigentumsübertragung im Zusammenhang mit einem Trust fest (Art. 67 GBV). Diese Bestimmungen, die derzeit für ausländische Trusts gelten und auf Artikel 149d IPRG verweisen, sind anzupassen, damit sie der Möglichkeit, einen Trust nach schweizerischem Recht zu errichten, Rechnung tragen. Materiell sind die Bestimmungen der GBV mit der Regelung für den im Vorentwurf vorgeschlagenen Trust vereinbar. Sie müssen weiterhin auf ausländische Trusts anwendbar sein, für die andere Vorschriften massgebend sind. Somit bedarf es keiner grundlegenden Änderung der auf Trusts bezogenen Bestimmungen der GBV. Es genügen geringfügige Anpassungen, die insbesondere eine terminologische Vereinheitlichung mit sich bringen.

¹⁶⁸ Voraussetzung: Begründer hat Wohnsitz in der Schweiz.

¹⁶⁹ Voraussetzung: Begünstigter hat Wohnsitz in der Schweiz.

5.2.2 Weitere Erlasse zu öffentlichen Registern

Artikel 149d IPRG sieht vor, dass das Trustverhältnis nicht nur im Grundbruch eingetragen werden kann, sondern auch im Schiffsregister oder im Luftfahrzeugbuch sowie in den verschiedenen Immaterialgüterrechtsregistern. Rechtliche Grundlagen für diese Register sind die folgenden Gesetze und Verordnungen:

- Bundesgesetz vom 28. September 1923 über das Schiffsregister (SR 747.11) und Schiffsregisterverordnung vom 16. Juni 1986 (SR 747.111);
- Bundesgesetz vom 23. September 1953 über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz) (SR 747.30) und Seeschifffahrtsverordnung vom 20. November 1956 (SR 747.301);
- Bundesgesetz vom 7. Oktober 1959 über das Luftfahrzeugbuch (SR 748.217.1) und Vollziehungsverordnung vom 2. September 1960 zum Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuch (SR 748.217.11);
- Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) (SR 232.11);
- Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001 über den Schutz von Design (Designgesetz, DesG) (SR 232.12) und Verordnung vom 8. März 2002 über den Schutz von Design (Designverordnung, DesV) (SR 232.121);
- Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) (SR 232.14) und Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Erfindungspatente (Patentverordnung, PatV) (RS 232.141).

Die Anmerkungen in den verschiedenen öffentlichen Registern, die heute gestützt auf Artikel 149d IPRG eingetragen werden können, sollten auch bei nach schweizerischem Recht errichteten Trusts möglich sein, wie dies Artikel 529g Absatz 3 VE-OR vorsieht (siehe Erläuterungen unten). Die einzelnen Gesetze, die für diese öffentlichen Register massgebend sind, wurden nach der Aufnahme von Artikel 149d IPRG nicht geändert. Mit Ausnahme der GBV enthalten die verschiedenen Ausführungsverordnungen, die diese Register betreffen, auch keine Bestimmungen über Trusts. Für Trusts nach ausländischem Recht erscheint die bisherige Regelung angemessen. Daher sind sie es zweifellos auch für Trusts nach schweizerischem Recht, weshalb Änderungen auf Verordnungsebene nicht notwendig erscheinen. Allerdings sollte das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum prüfen, inwieweit die Bestimmung des Vorentwurfs in den betreffenden Verordnungen zu konkretisieren ist.

6 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

6.1 Obligationenrecht

Art. 529a Allgemeine Bestimmungen / I. Begriff und Form

Gemäss *Absatz 1* ist der Trust die Zuwidmung von Vermögenswerten durch eine oder mehrere Personen zu einem *Sondervermögen*, das von einer oder einem Trustee oder von mehreren Trustees im Interesse einer oder mehrerer begünstigter Personen gehalten

und verwaltet wird. Der Schweizer Trust ist somit ein Trust im Sinne von Artikel 2 HTÜ, der diesen definiert als «die von einer Person, dem Begründer, – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall – geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustees unterstellt worden ist».

Nach dem Wortlaut der Bestimmung kann der Trust von einer oder mehreren Personen begründet werden. Die *Begründerin* oder der *Begründer (settlor)* kann eine natürliche oder eine juristische Person sein. Zulässig ist auch die Trusterrichtung durch eine Personengesellschaft oder eine Rechtsgemeinschaft. Damit eine natürliche Person einen Trust begründen kann, muss sie handlungsfähig sein (Art. 17 ZGB). Sie muss also urteilsfähig und volljährig sein und darf nicht unter umfassender Beistandschaft stehen. Zudem muss die Begründerin oder der Begründer befugt sein, Vermögenswerte dem Trust zuzuwidmen.

Der Trust wird im Interesse einer oder mehrerer begünstigter Personen (*beneficiaries*) begründet, die natürliche oder juristische Personen sein müssen (siehe Erläuterungen zu Art. 529c VE-OR). Auch wenn das HTÜ dies erlaubt, ist somit nach schweizerischem Recht die Errichtung reiner *purpose trusts* nicht zulässig (siehe Ziff. 5.1.1.2). Allerdings sieht der Vorentwurf keinerlei Beschränkung beim Trustzweck vor. Ein Trust kann demnach im familiären oder professionellen Umfeld errichtet werden. Auch bei den Tätigkeiten, die Trustees ausüben dürfen, sieht der Vorentwurf keine Beschränkungen vor. Daher ist das Ausüben einer Geschäftstätigkeit oder das Betreiben eines Unternehmens nicht ausgeschlossen. In einem solchen Fall sind die Vorschriften über die Eintragung in das Handelsregister zu beachten.¹⁷⁰

Jede natürliche oder juristische Person kann als *Trustee* bezeichnet werden. Im Vorentwurf wird darauf verzichtet, besondere Anforderungen für Trustees einzuführen. Diese brauchen keine Bewilligung oder besonderen Kompetenzen. Nur professionelle Trustees unterstehen der Finanzmarkt- und Geldwäschereigesetzgebung (siehe Ziff. 1.1.4.3). Für die Errichtung eines Schweizer Trusts müssen Trustees auch nicht in der Schweiz wohnhaft sein. Eine Begründerin oder ein Begründer oder auch eine begünstigte Person kann ebenfalls Trustee sein. Die oder der Trustee darf jedoch nicht die einzige begünstigte Person sein (siehe Art. 529c Abs. 2 VE-OR).

Absatz 2 sieht *zwei Formen* für die Trusturkunde vor: die schriftliche Erklärung und die Verfügung von Todes wegen der Begründerin oder des Begründers. Beide Formen bedürfen einer ausdrücklichen Willensäußerung, sodass nur Express Trusts zugelassen und andere Truststypen (Implied Trusts, Resulting Trusts und Constructive Trusts; siehe Ziff. 1.1.2) ausgeschlossen sind.

Die erste Form der Trusterrichtung ist eine *schriftliche Erklärung* der Begründerin oder des Begründers zu Lebzeiten. Die Errichtung durch Erklärung ist möglich, wenn eine Drittperson als Trustee bezeichnet wird oder wenn die Begründerin oder der Begründer selber Trustee wird. Diese beiden Situationen unterscheiden sich jedoch bezüglich der weiteren Voraussetzungen der Errichtung

Die zweite Form der Trusterrichtung ist die *Verfügung von Todes wegen*. Der Vorentwurf sieht hier eine ähnliche Regelung vor, wie sie für die Errichtung einer Stiftung von

¹⁷⁰ Vgl. Art. 931 OR.

Todes wegen («Erbstiftung»; Art. 81 Abs. 1 und 493 ZGB) besteht. Die bei solchen Stiftungen anwendbaren Vorschriften gelten sinngemäss für den Erbtrust. Die Errichtung eines Trusts von Todes wegen erfordert ein Testament (Art. 498 ff. ZGB) oder einen Erbvertrag (Art. 512 ZGB). Die Zuwidmung der Vermögenswerte an den Trust muss im Nachlass der Begründerin oder des Begründers angeordnet werden. Ein Trust, der von einer Nachfolgerin beziehungsweise einem Nachfolger der Begründerin oder des Begründers mit dem ihr oder ihm übertragenen Vermögen errichtet wird oder der errichtet wird, ohne dem Trust Vermögenswerte aus dem Nachlass zuzuwidmen, gilt nicht als Erbtrust.¹⁷¹ Der Wille, einen Trust zu begründen, und der Wille, diesem Trust bestimmte Vermögenswerte zuzuwidmen, können in einer einzigen Verfügung von Todes wegen oder in zwei verschiedenen Urkunden geäussert werden.

Die Begründerin oder der Begründer kann dem Erbtrust Vermögenswerte direkt durch Erbeinsetzung oder durch Vermächtnis zuwidmen.¹⁷² Die Errichtung des Trusts wird erst mit dem Erwerb des Eigentums an den Vermögenswerten oder der Rechtsinhaberschaft der Trustee oder des Trustees rechtsgültig. Die Übertragung des Eigentums an den dem Trust zugewidmeten Vermögenswerten auf die oder den Trustee richtet sich nach den Bestimmungen des Erbrechts und hängt von der jeweiligen Art der Verfügung ab.

Art. 529b Errichtung und Rechtswirksamkeit

Gemäss *Absatz 1* enthält die Trusturkunde die Willensäusserung der Begründerin oder des Begründers zur Zuwidmung von Vermögenswerten an den Trust. Zudem enthält sie Bestimmungen zur Bezeichnung der Trustee oder des Trustees (vorbehaltlich der in *Absatz 2* vorgesehenen Ausnahme bei Erbtrusts), zur Bezeichnung der Begünstigten (siehe Art. 529c VE-OR) und zur Verwaltung des Trusts (siehe Art. 529g Abs. 1 VE-OR). Wie die Stiftungsurkunde ist die Trusturkunde eine nicht empfangsbedürftige *einseitige* Willenserklärung der Begründerin oder des Begründers. Dieser unilaterale Charakter steht der Errichtung eines Trusts durch ein bilaterales Rechtsgeschäft (Vertrag oder Erbvertrag)¹⁷³ oder der Errichtung durch mehrere Begründerinnen und Begründer (vgl. dazu Art. 529a VE-OR) nicht entgegen. Vom unilateralen Charakter der Trusterichtung zu unterscheiden ist sodann die in bestimmten Fällen notwendige schriftliche Zustimmung des Trustees zur rechtswirksamen Errichtung eines Trusts und zur Übertragung der Vermögenswerte (vgl. die Erläuterungen zu Abs. 5). Die in Absatz 1 erster Satz vorgesehenen Bestimmungen sind absolut unerlässlich. Ohne sie kommt die Trusturkunde nicht zustande. Sofern die formalen Anforderungen erfüllt sind (Abs. 2 und 3), kann die Trusturkunde nachträglich durch eine separate Urkunde ergänzt werden. Daneben kann die Trusturkunde weitere Bestimmungen enthalten, die von der gesetzlichen Regelung abweichen oder diese ergänzen. Sie können sich insbesondere auf die Befugnisse der Begründerin oder des Begründers (Art. 529e Abs. 1 VE-OR), die Bezeichnung einer Protektorin oder eines Protektors (Art. 529f VE-OR) und die Rechte der Trustee oder des Trustees (Art. 529o VE-OR) beziehen.

¹⁷¹ BADDELEY, CR-CC II, Art. 493 N. 17.

¹⁷² BADDELEY, CR-CC II, Art. 493 N. 27.

¹⁷³ VEZ, CR-CC I, Art. 81 N. 11 mwH.

Bei der Trusterrichtung durch Verfügung von Todes wegen gibt *Absatz 2* den Begründerinnen und Begründern die Möglichkeit, die oder den Trustee in der Trusturkunde nicht zu bezeichnen. Sie können in der Trusturkunde entweder die Voraussetzungen zur Ernennung der Trustee oder des Trustees regeln oder auf eine solche Angabe verzichten. Besteht keine Regelung, wird die oder der Trustee auf Antrag einer begünstigten Person oder einer anderen betroffenen Person (Erbin oder Erbe, Willensvollstreckerin oder -vollstrecker) vom Gericht bestimmt.

Absatz 3 definiert die Anforderungen, welche zu beachten sind, wenn die Begründerin oder der Begründer selber Trustee wird. In diesem Fall bleiben die Vermögenswerte im Eigentum der Begründerin oder des Begründers, doch werden sie als Sondervermögen von ihrem oder seinem persönlichen Vermögen getrennt. Gemäss dieser Bestimmung sind die dem Trust zugewidmeten Vermögenswerte in der Trusturkunde genau zu benennen. Die Bezeichnung der Vermögenswerte in der Erklärung der Begründerin oder des Begründers gilt als Verfügungsgeschäft, das die Übertragung des Vermögens ersetzt, die bei der Errichtung eines Trusts mit einer Drittperson als Trustee erforderlich ist (*Abs. 2 erster Satz*). Mit dieser Bezeichnung äussern die Begründerinnen und Begründer ihren Willen, bestimmte Vermögenswerte aus ihrem persönlichen Vermögen zu entnehmen und in ein Sondervermögen einzubringen. Die Anforderung der schriftlichen Erklärung wird in Artikel 529I Absatz 2 VE-OR übernommen, der nicht nur für die Zuwidmung der Vermögenswerte im Zeitpunkt der Trusterrichtung, sondern auch für spätere Zuwidmungen gilt (siehe Erläuterungen unten).

Die Trusturkunde muss auch eine Bezeichnung des Trusts enthalten, die dessen Identifikation ermöglicht (*Abs. 4*). Diese Bezeichnung hat eine ähnliche Funktion wie die Firmen von Gesellschaften oder die Namen juristischer Personen. Sie ist insbesondere in der Buchhaltung der Trustees zu verwenden sowie auch, wenn die Trustees erklären, gegenüber Dritten in dieser Eigenschaft zu handeln, oder wenn sie die Anmerkung eines Trustverhältnisses in einem öffentlichen Register anmelden. Die Bezeichnung zur Identifikation des Trusts ist kein unerlässlicher Bestandteil der Trusturkunde, sodass diese auch ohne eine solche Bezeichnung gültig ist.

Die Trusterrichtung durch schriftliche Erklärung der Begründerin oder des Begründers erfordert grundsätzlich die schriftliche Zustimmung der Trustee oder des Trustees und die Übertragung des Vermögens an sie oder ihn (*Abs. 5*). Die *Zustimmung der Trustees* bezieht sich auf die Annahme ihrer Ernennung und die Zuwidmung der ihnen übertragenen Vermögenswerte an ein Vermögen, das von ihrem persönlichen Vermögen getrennt ist. Zu Beweis Zwecken muss diese Zustimmung schriftlich erfolgen. Trustees können ihre Zustimmung in der Trusturkunde erteilen, indem sie diese mitunterzeichnen, oder dies in einer separaten Urkunde tun. Die *Übertragung* des Eigentums an den Vermögenswerten richtet sich nach den Modalitäten des Sachenrechts. Bei Fahrniseigentum braucht es für die Übertragung den Übergang des Besitzes (Art. 714 ZGB), bei Grundeigentum die Eintragung in das Grundbuch (Art. 656 ZGB). Aufgrund dieser Bestimmung ist die Übertragung des Vermögens unerlässlich für die Errichtung des Trusts, der nur Wirkung entfaltet, wenn die formalen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Zustimmung der Trustee oder des Trustees und die Übertragung des Vermögens sind nicht erforderlich wenn die Begründerin oder der Begründer sich selber als Trustee bezeichnet (siehe Abs. 3). Anders als bei Stiftungen müssen die dem Trust zugewidmeten

Vermögenswerte nicht zwingend in der Trusturkunde bezeichnet werden. Das ausländische Recht sieht in der Regel diesbezüglich keine Anforderungen vor, weshalb auch im Vorentwurf darauf verzichtet wird. Anhand des von der oder dem Trustee im Zeitpunkt der Trusterrichtung erstellten Inventars sollte es jedoch möglich sein, die Zuwidmung der Vermögenswerte an den Trust nachzuweisen (siehe Art. 529^h Abs. 2 Ziff. 2 VE-OR). Die Übertragung des Vermögens und das von der oder dem Trustee erstellte Inventar gewährleisten die Identifikation der Vermögenswerte, die die Begründerin oder der Begründer dem Trust zugewidmet hat. Damit wird die Möglichkeit eines Missbrauchs hinreichend eingeschränkt.

Die Errichtung eines Trusts erfordert die Bezeichnung der beteiligten Personen und der zugewidmeten Vermögenswerte. Sie darf somit nicht dazu dienen, die Identität von Personen oder Vermögenswerten zu verschleiern (siehe auch Ziff. 3). Die Trusterrichtung darf den Begründerinnen und Begründern auch nicht die Möglichkeit geben, ihr Vermögen zum Nachteil ihrer Gläubigerinnen und Gläubiger, ihrer Ehegatten oder Ehegattinnen beziehungsweise ihrer registrierten Partner oder Partnerinnen oder ihrer Erbinen und Erben abzutreten. Die gesetzlichen Bestimmungen, die diesen Personen ermöglichen, ihre Rechte geltend zu machen, sind daher ausdrücklich vorbehalten (*Abs. 6*). Es handelt sich insbesondere um die Vorschriften zur Anfechtung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Art. 285 ff. SchKG), zur güterrechtlichen Hinzurechnung und zur Auskunftspflicht der Eheleute (Art. 170 und 208 ZGB) sowie zu den Pflichtteilen, zur Herabsetzung, Auskunftspflicht, Ausgleichung und Hinzurechnung nach den erbrechtlichen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs (Art. 470 ff., 522 ff., 581 Abs. 2, 607 Abs. 3, 610 Abs. 2 und 626 ff. ZGB).

Art. 529c Bezeichnung der Begünstigten oder der Kategorien von Begünstigten

Die Errichtung eines Trusts ohne Begünstigte ist nicht zulässig (grundsätzliches Verbot von Purpose Trusts; siehe Erläuterungen zu Art. 529^a VE-OR). Gemäss der in Artikel 529^b Absatz 1 VE-OR festgelegten Regel, werden in der Trusturkunde die begünstigte Person oder mehrere Begünstigte bezeichnet. Die Bezeichnung von Begünstigten durch die Begründerin oder den Begründer ist ein objektiv wesentlicher Bestandteil der Trusturkunde. Fehlt eine diesbezügliche Bestimmung, ist die Trusturkunde nichtig. Der Begriff der oder des Begünstigten beschränkt sich auf natürliche und juristische Personen. Auch ein ungeborenes Kind («Nasciturus») kann begünstigt sein. Ein Tier kann nicht begünstigt werden. Soweit die Trusturkunde ihnen hierfür die Befugnis einräumen, können Begründerinnen und Begründer, Trustees, Protektorinnen und Protektoren in der Liste der begünstigten Personen neue Begünstigte hinzufügen oder bisherige streichen (Art. 529^p Abs. 1 VE-OR).

Die Begünstigten des Trusts müssen im Zeitpunkt der Ausrichtung einer Leistung hinlänglich bestimmt oder bestimmbar sein. Gemäss Absatz 1 können die Begünstigten in der Trusturkunde namentlich oder anhand anderer Kriterien zur Identifizierung bezeichnet werden. Es kann sich dabei um eine besondere Verbindung mit der Begründerin oder dem Begründer oder mit einer Drittperson, typischerweise eine familiäre Beziehung, handeln. Die Eigenschaft als begünstigte Person kann sich auch aus einem Vertragsverhältnis ergeben, beispielsweise wenn der Trust mit einer geschäftlichen Beziehung im Zusammenhang steht. Aufgrund der Verbindung mit einer Drittperson ist

es möglich, auch Begünstigte zu bezeichnen, die in keiner direkten Beziehung zur Begründerin oder zum Begründer stehen. Dies können Familienangehörige einer der Begründerin oder dem Begründer nahestehenden Person oder auch Mitglieder eines Vereins, Personen, die mit einer Organisation Kontakt pflegen, oder Angestellte einer Rechtseinheit sein. Die Trusturkunde kann auch andere Bestimmungskriterien vorsehen, soweit sich damit im Zeitpunkt der Ausrichtung einer Leistung sämtliche Begünstigten bestimmen lassen. Bei einem Discretionary Trust sind die Trustees jedoch nicht verpflichtet, eine vollständige Liste der Begünstigten zu erstellen. Sie müssen lediglich nachprüfen können, ob eine Person, die eine Leistung verlangt, die in den Bestimmungen der Trusturkunden festgelegten Kriterien erfüllt.

Gemäss *Absatz 2* können auch Trustees als begünstigte Personen bezeichnet werden, doch dürfen sie nicht die einzige begünstigte Person sein. Andernfalls wäre der Trust nichtig. Damit wird insbesondere auch verhindert, dass eine Person zugleich Begründer, Trustee und Begünstigter eines Trusts ist. Ansonsten wären die Beschränkungen, die der Trust der oder dem Trustee zugunsten der Begünstigten auferlegt, hinfällig.

Art. 529d Leistungen

Die Eigenschaft, bestimmte Leistungen aus dem Trust – in welcher Form auch immer – erhalten zu können, stellt die wesentliche Eigenschaft der Begünstigten dar. Die Trusturkunde kann den Begünstigten Rechte auf Leistungen oder lediglich Anwartschaften einräumen (*Abs. 1*). Diese beiden Konzepte entsprechen der traditionellen Unterscheidung zwischen dem Fixed Interest Trust und dem Discretionary Trust.

Gemäss *Absatz 2* kann das Recht auf Leistungen an Bedingungen und Fristen geknüpft werden. Der Begünstigte des Rechts kann es grundsätzlich an einen Dritten abtreten, doch kann die Abtretbarkeit in der Trusturkunde ausgeschlossen werden. Allerdings ist das Recht nicht übertragbar, das heisst, es geht nicht auf die Erben über.

Die Anwartschaften der Begünstigten auf eine Leistung, die im Ermessen der oder des Trustees liegen, sind weder abtretbar noch übertragbar (*Abs. 3*).

Absatz 4 beinhaltet das Recht der Begünstigten vor, jederzeit auf die Leistungen des Trusts zu verzichten. Die Verzichtserklärung muss schriftlich an die oder den Trustee gerichtet werden. Wenn alle Begünstigten auf die Leistungen des Trusts verzichten, wird der Trust gemäss Artikel 529u Absatz 1 VE-OR grundsätzlich aufgelöst. Die Trusturkunde kann jedoch die Möglichkeit vorsehen, neue Begünstigte zu benennen. Die Situation, in der alle Begünstigten auf die Leistungen des Trusts verzichten, ist von der in Artikel 529u Absatz 2 VE-OR genannten Situation zu unterscheiden, in der alle Begünstigten beschliessen, den Trust aufzulösen und somit das Vermögen zu ihren Gunsten zu verteilen.

Art. 529e Befugnisse des Begründers

Mit der Begründung eines Trusts ist die Rolle der Begründerin oder des Begründers grundsätzlich abgeschlossen. Sie oder er kann sich jedoch in der Trusturkunde einige Befugnisse vorbehalten und so weiterhin unterschiedlich stark auf die Haltung und Verwaltung des Trustvermögens, auf die oder den Trustee und ihre oder seine Aufgaben,

auf die Begünstigten sowie gegebenenfalls eine Protektorin oder einen Protektor Einfluss nehmen. Gibt es mehrere Begründerinnen und Begründer, üben diese ihre Befugnisse gemeinsam aus und treffen gemäss dem allgemeinen Grundsatz von Artikel 534 OR ihre Entscheidungen einstimmig, soweit die Trusturkunde nichts anderes vorsieht.

Absatz 1 enthält eine Liste mit Beispielen der Befugnisse, die sich die Begründerin oder der Begründer vorbehalten kann. Diese Befugnisse bestehen nur, wenn sie in den Bestimmungen der Trusturkunde vorgesehen sind. Sie müssen also entweder in der ursprünglichen Trusturkunde festgelegt oder bei einer Änderung der Bestimmungen der Trusturkunde nachträglich hinzugefügt worden sein (siehe Art. 529t VE-OR).

Die Bestimmungen der Trusturkunde können der Begründerin oder dem Begründer die Befugnis einräumen, den Trust zu widerrufen oder aufzulösen (*Ziff. 1*). Im ersten Fall fällt das Trustvermögen an die Begründerin oder den Begründer zurück. Im zweiten Fall wird der Trust liquidiert und das verbleibende Trustvermögen nach Massgabe der Bestimmungen der Trusturkunde verteilt (siehe Art. 529u Abs. 3 VE-OR).

Grundsätzlich üben Trustees ihre Tätigkeiten völlig unabhängig aus und sind nicht an die Anweisungen der Begründerinnen und Begründer gebunden. Die Bestimmungen der Trusturkunde können den Begründerinnen und Begründern jedoch eine gewisse Kontrollbefugnis einräumen. So können sie vorsehen, dass bestimmte Handlungen der Trustees der Zustimmung der Begründerinnen und Begründer bedürfen (*Ziff. 2*). Ohne deren Zustimmung wird eine Handlung zwar nicht nichtig, doch wenn die Genehmigung fehlt, können die Trustees gemäss Artikel 529k VE-OR dafür haftbar gemacht werden.

Die Begründerinnen und Begründer können sich das Recht vorbehalten, die Rechnungslegung des Trusts zu verlangen und deren Revision anzuordnen (*Ziff. 3*). Die Bestimmungen der Trusturkunde können den Begründerinnen und Begründern auch erlauben, Trustees zu ersetzen oder deren Nachfolgerinnen oder Nachfolger zu bestimmen (*Ziff. 4*). Schliesslich können sie ihnen auch das Recht einräumen, Protektorinnen oder Protektoren im Sinne von Artikel 529f VE-OR zu bezeichnen, diese zu ersetzen oder deren Nachfolgerinnen oder Nachfolger zu bezeichnen (*Ziff. 5*). Die Liste in diesem Artikel ist nicht erschöpfend. Der Vorentwurf enthält weitere Bestimmungen, aufgrund derer den Begründerinnen und Begründern bestimmte Befugnisse eingeräumt werden können. Dies gilt insbesondere für Artikel 529i Absatz 1 VE-OR, wonach sich die Begründerinnen und Begründern das Recht vorbehalten können, von den Trustees jederzeit Rechenschaft über ihre Geschäftsführung zu verlangen, für Artikel 529k Absatz 2 VE-OR, wonach sich Begründerinnen und Begründer das Recht vorbehalten können, den Ersatz eines dem Trustvermögen zugefügten Schadens zu verlangen, und für Artikel 529t VE-OR, wonach ihnen Befugnisse zur Änderung der Bestimmungen der Trusturkunde eingeräumt werden können.

Die Begründerinnen und Begründer üben die ihnen nach den Bestimmungen der Trusturkunde oder von Gesetzes wegen eingeräumten Befugnisse persönlich aus (*Abs. 2*). Dies bedeutet, dass diese Befugnisse nicht delegiert oder an Dritte übertragen werden können. Nur die Begründerinnen und Begründer sind zu deren Ausübung berechtigt. Wie die höchstpersönlichen Rechte (Art. 19c ZGB) können auch diese Befugnisse nicht vererbt oder in Vertretung ausgeübt werden. Die Bestimmungen der Trusturkunde können jedoch vorsehen, dass die Befugnisse gemäss dieser Bestimmung einer

Protetktorin oder einem Protetktor oder mehreren Protetktoren übertragen werden (Art. 529f Abs. 1 VE-OR). Als Ausgleich für die nicht zulässige Vertretung lässt sich mit der Bezeichnung von Protetktorinnen oder Protetktoren insbesondere gewährleisten, dass dem Willen der Begründerinnen oder Begründer entsprochen wird, wenn diese urteilsunfähig werden und demzufolge ihre Befugnisse nicht mehr ausüben können.

Art. 529f Befugnisse des Protetktors

Die Begründerinnen oder Begründer können die Kontrolle über die Tätigkeiten der Trustees Protetktorinnen oder Protetktoren übertragen. Diese müssen sicherstellen, dass die Trustees den im Gesetz oder in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegten Pflichten nachkommen. Hierfür sieht *Absatz 1* vor, dass die Bestimmungen der Trusturkunde einer Protetktorin oder einem Protetktor oder mehreren Protetktorinnen und Protetktoren ganz oder teilweise die Befugnisse gemäss Artikel 529e VE-OR übertragen können. So können die Protetktorinnen oder Protetktoren die Berechtigung erhalten, den Trust zu widerrufen oder aufzulösen. Die Widerrufsbefugnis der Begründerinnen und Begründer ist nicht übertragbar und endet mit ihrem Tod. Um zu verhindern, dass der Trust nach ihrem Tod widerrufen werden kann, sieht die Vorlage vor, dass die Widerrufsbefugnis der Protetktorinnen oder Protetktoren nur zu Lebzeiten der Begründerinnen oder Begründer ausgeübt werden kann. Mit deren Tod wird der Trust unwiderruflich und kann nur enden, wenn er gemäss der Regelung von Artikel 529u VE-OR aufgelöst wird. Dass der Trust nach dem Tod der Begründerin oder des Begründers nicht mehr widerrufen werden kann, ermöglicht eine angemessene steuerliche Behandlung des Trusts (siehe Ziff. 1.1.4.4). Protetktorinnen und Protetktoren kann auch die Befugnis übertragen werden, die Zustimmung zu bestimmten Handlungen der Trustees zu geben, von ihnen eine Rechnungslegung zu verlangen und deren Revision anzuordnen, sie zu ersetzen oder ihre Nachfolgerinnen und Nachfolger zu bestimmen. Protetktorinnen und Protetktoren können auch die Befugnis erhalten, Co-Protetktorinnen und Co-Protetktoren zu bezeichnen, diese zu ersetzen oder ihre Nachfolgerinnen und Nachfolger zu bestimmen. Jede natürliche oder juristische Person kann als Protetktorin beziehungsweise Protetktor bezeichnet werden. Sie braucht hierfür keine besonderen Qualifikationen. Eine Person kann jedoch nicht gleichzeitig Protetktorin beziehungsweise Protetktor und Begründerin beziehungsweise Begründer oder Trustee sein. Sie kann jedoch auch Begünstigte des Trusts sein.

Wie Trustees, Begründerinnen und Begründer üben Protetktorinnen und Protetktoren ihre Befugnisse persönlich aus und können sich nicht vertreten lassen (*Abs. 2*). Bei Verhinderung oder Handlungsunfähigkeit der Protetktorinnen und Protetktoren sind gemäss der Regelung in Artikel 529s VE-OR Ersatzpersonen zu bestimmen.

Gemäss *Absatz 3* üben Protetktorinnen und Protetktoren die ihnen übertragenen Befugnisse im Interesse der Begünstigten aus, wenn die Bestimmungen der Trusturkunde nichts anderes vorsehen. Die Bestimmungen der Trusturkunde können insbesondere vorsehen, dass die Protetktorinnen und Protetktoren dem Interesse der Begründerinnen und Begründer Rechnung tragen müssen, wenn sie die Befugnis haben, den Trust zu widerrufen oder die Zustimmung zu bestimmten Handlungen der Trustees zu geben. Sind die Protetktorinnen und Protetktor selber Begünstigte, müssen sie das Interesse aller Begünstigten angemessen berücksichtigen.

Absatz 4 sieht vor, dass mehrere Protetktorinnen und Protetktoren ihre Entscheidungen grundsätzlich mit absoluter Mehrheit treffen müssen. Allerdings kann in den Bestimmungen der Trusturkunde etwas anderes vorgesehen werden. Diese können beispielsweise eine einstimmige Entscheidung verlangen, womit jede Protetktorin und jeder Protetktor ein Vetorecht erhält.

Art. 529g Befugnisse und Pflichten des Trustees / I. Im Allgemeinen

Absatz 1 beschreibt die allgemeine Aufgabe der Trustee bzw. des Trustees, die darin besteht, das Trustvermögen gemäss der Trusturkunde und den gesetzlichen Bestimmungen zu verwalten, zu verwenden und darüber zu verfügen.

Gemäss *Absatz 2*, kann die bzw. der Trustee klagen oder beklagt werden sowie betreiben oder betrieben werden. Sie bzw. er handelt in seinem eigenen Namen.

Absatz 3 begründet eine persönliche Haftung der Trustee bzw. des Trustees für alle als Trustee eingegangenen Verpflichtungen. Die bzw. der Trustee haftet daher grundsätzlich mit ihrem bzw. seinem Privatvermögen für die Schulden des Trustvermögens. Die Haftung der Trustee bzw. des Trustees kann jedoch durch eine Vereinbarung zwischen der bzw. dem Trustee und der Gläubigerin bzw. dem Gläubiger ausgeschlossen werden. Die Haftung der Trustee bzw. des Trustees ist unbeschränkt. Eine bzw. ein Trustee, die bzw. der eine Trustschuld beglichen hat, hat jedoch Anspruch auf Rückerstattung aus dem Trustvermögen (Art. 529o Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR). Gibt es mehrere Trustees, so haften sie für die Schulden des Trusts nach der Vorschrift von Absatz 5 solidarisch.

Grundsätzlich hat die bzw. der Trustee ihre bzw. seine Pflichten persönlich zu erfüllen (*Abs. 4*). Sie bzw. er ist jedoch befugt, auf Hilfspersonen oder Stellvertreterinnen und Stellvertreter zurückzugreifen, wenn die Bestimmungen der Trusturkunde dies vorsieht oder die Umstände es erfordern, beispielsweise im Falle eines vorübergehenden Hinderungsgrunds, der die Beendigung ihrer bzw. seiner Tätigkeit nicht rechtfertigen würde.

Die Situation, in der es mehr als eine bzw. einen Trustee gibt, wird in *Absatz 5* behandelt. Gemäss dieser Bestimmung sind die Co-Trustees Miteigentümerinnen bzw. Miteigentümer des gesamten Trustvermögens (*Ziff. 1*). Wenn also eine bzw. ein Co-Trustee aus dem Amt ausscheidet, verliert sie bzw. er seinen Anteil an der Gemeinschaft, was zu einer Erhöhung des Anteils der verbleibenden Co-Trustees führt. Wenn eine bzw. ein neuer Co-Trustee ihr bzw. sein Amt antritt, wird sie bzw. er ebenfalls Mitglied der Gemeinschaft der Trustees. Gehören zum Trustvermögen Immobilien, muss die Änderung der Gemeinschaft im Grundbuch eingetragen werden, wobei die Eintragung nur deklaratorisch ist. In der Regel werden alle Beschlüsse der Co-Trustees einstimmig gefasst, doch können die Bestimmungen der Trusturkunde etwas anderes vorsehen (*Ziff. 2*). Die Co-Trustees haften solidarisch für die Verbindlichkeiten, die sich aus den Bestimmungen der Trusturkunde und dem Gesetz ergeben (*Ziff. 3*). Es handelt sich um einen Fall von passiver Solidarität, der in den Artikel 143–149 OR geregelt ist. Die Vorschriften über Miteigentum und Solidarität sind zwingend und die Bestimmungen der Trusturkunde dürfen davon nicht abweichen, im Gegensatz zu den Vorschriften zur Entscheidungsfindung.

Art. 529h *Sorgfalts- und Treuepflichten*

In *Absatz 1* wird die Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der oder den begünstigten Personen des Trusts festgeschrieben. Die Begründerin oder der Begründer wird von dieser Bestimmung nicht erfasst. Die Vorlage führt eine Sorgfalts- und Treuepflicht ein, die der Pflicht der Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer im Vertragsrecht entspricht (Art. 398 OR).

Absatz 2 enthält einen Katalog von zwingenden Verpflichtungen der Trustees gegenüber den Begünstigten, welche die in Absatz 1 verankerte allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht konkretisieren:

- Trustees müssen gemäss den Bestimmungen der Trusturkunde und dem Gesetz mit der *zu erwartenden Sorgfalt* handeln (*Ziff. 1*). Der Grad der von ihnen zu erwartenden Sorgfalt lässt sich wie bei den Mitgliedern der Verwaltung von Gesellschaften objektivieren.¹⁷⁴ Er ist abhängig von den persönlichen Fähigkeiten der Trustees und der bei einer berufsmässigen Ausübung zu erwartenden Qualifikation. Somit ist er bei professionellen Trustees höher als bei nicht professionellen. Allfällige Berufspflichten für professionelle Trustees aufgrund von anderen, insbesondere finanzmarktrechtlichen Vorschriften kommen ergänzend zur Anwendung. Die Geheimhaltungspflicht der Trustees gegenüber den Begünstigten des Trusts und gegenüber Dritten ist in der Vorlage nicht ausdrücklich vorgesehen, lässt sich jedoch von der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht der Trustees ableiten.
- Bei der Errichtung des Trusts müssen die Trustees ein *Inventar* der Aktiven und Passiven des Trustvermögens erstellen (*Ziff. 2*). Mit dem Inventar lässt sich die Zuwidmung der Vermögenswerte an den Trust dokumentieren. Die Aktiven und Passiven sind als vom persönlichen Vermögen der Trustees getrennt anzusehen und gelten als Bestandteil des Trustvermögens. Das Inventar hat keine konstitutive Wirkung. Ist ein Vermögenswert im Inventar nicht aufgeführt, bedeutet dies somit nicht, dass er dem Trust bei dessen Errichtung nicht gültig zugewidmet worden ist. Ebenso wenig heilt die Nennung eines Vermögenswertes im Inventar eine allfällige Verletzung der Vorschriften zur Trusterrichtung (Art. 529b VE-OR) oder zur Eigentumsübertragung.
- Solange der Trust besteht, müssen die Trustees über die Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage des Trusts *Buch führen* (*Ziff. 3*). Die Buchführung des Trusts muss den Vorschriften entsprechen, die für die in Artikel 957 Absatz 2 OR erfassten Rechtseinheiten gelten, nämlich für Einzelunternehmen, Personengesellschaften, Vereine und Stiftungen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung. Es handelt sich um eine vereinfachte Buchführung, anhand derer es möglich sein muss, der Zustand des Trustvermögens jederzeit festzustellen und dieses vom persönlichen Vermögen der Trustees zu unterscheiden. Die Bestimmungen der Trusturkunde können zusätzliche Anforderungen vorsehen. Zu beachten ist, dass für Trustees, die dem GwG unterstehen, aufgrund finanzmarktrechtlicher Regelungen weitergehende Rechnungslegungsvorschriften anwendbar sein können (vgl. Art. 32 FINIV).

¹⁷⁴ PETER/CAVADINI, CR-CO II, Art. 717 N. 8.

Absatz 3 ergänzt den Katalog der Pflichten der Trustees mit einer Liste von Auffangbestimmungen, von denen die Bestimmungen der Trusturkunde abweichen können:

- In *Ziffer 1* wird der Grundsatz der *Unabhängigkeit* der Trustees gegenüber den Begründerinnen und Begründern festgeschrieben. Damit wird die in Absatz 1 vorgesehene Pflicht, im ausschliesslichen Interesse der Begünstigten zu handeln, konkretisiert. Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes kann ebenfalls in den Bestimmungen der Trusturkunde eingeschränkt werden. Diese können den Begründerinnen und Begründern eine Reihe von Rechten einräumen (siehe Art. 529e VE-OR), beispielsweise die Befugnis, bestimmten Handlungen der Trustees zuzustimmen.
- Trustees müssen *Interessenkonflikte* vermeiden und dürfen keine nicht erlaubten Vorteile aufgrund ihrer Funktion annehmen (*Ziff. 2*). Verletzen sie diese Vorschrift, sind sie zur Rückerstattung nach Artikel 529p VE-OR verpflichtet. Die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze, die sich auf Interessenkonflikte von Mitgliedern des Verwaltungsrates beziehen, gelten sinngemäss für Trustees. Bei Trustees kann sich ein Interessenkonflikt aufgrund der von der Begründerin oder dem Begründer gewollten Situation ergeben, beispielsweise wenn die Trustees gleichzeitig Begünstigte des Trusts sind. In einem solchen Fall müssen die Begründerinnen oder Begründer in den Bestimmungen der Trusturkunde Vorkehrungen treffen, mit denen sich die Folgen eines solchen Konflikts begrenzen lassen. Sie können insbesondere Co-Trustees, Protektorinnen oder Protektoren bezeichnen, deren Zustimmung zur Ausrichtung von Leistungen an die Trustees erforderlich ist.
- Trustees müssen gegenüber den verschiedenen Begünstigten *unparteiisch* handeln und deren Interessen angemessen berücksichtigen (*Ziff. 3*). Der Grundsatz der Unparteilichkeit wird nicht verletzt, wenn eine Ungleichbehandlung sich aus objektiven Gründen rechtfertigt oder wenn diese von der Begründerin oder dem Begründer gewollt ist und sich aus den Bestimmungen der Trusturkunde ergibt. Diese können somit unterschiedlich hohe oder verschiedenartige Leistungen für die einzelnen Begünstigten vorsehen. Die Verletzung des Grundsatzes der Unparteilichkeit kann je nach Umständen einen schwerwiegenden Verstoss gegen die Pflichten der Trustees darstellen und den geschädigten begünstigten Personen das Recht geben, ihre Abberufung zu verlangen. (Art. 529t Abs. 2 VE-OR).
- Der mit der Trust-Definition verknüpfte Grundsatz der Vermögenstrennung (siehe Art. 529a Abs. 1 VE-OR) verpflichtet die Trustees, die Vermögenswerte des Trusts von ihrem persönlichen Vermögen getrennt zu halten (*Ziff. 4*).
- Bei der Verwaltung des Trusts sind die Trustees an eine Sorgfalts- und Vorsichtspflicht gebunden. Sie müssen das verfügbare Vermögen des Trusts im Interesse der Begünstigten *investieren* (*Ziff. 5*). Eine riskantere oder von anderen Grundsätzen geleitete Investitionspolitik ist möglich, soweit die Bestimmungen der Trusturkunde dies zulassen.

Art. 529i Rechenschaftspflicht und Informationsrecht der Begünstigten

Mit *Absatz 1* wird Trustees die Pflicht auferlegt, über ihre Geschäftstätigkeit im Zusammenhang mit dem Trust Rechenschaft abzulegen. Diese Pflicht entspricht derjenigen der Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer (siehe Art. 400 OR). Trustee haben diese Pflicht in erster Linie gegenüber den Begünstigten zu erfüllen, Diese können bspw. Einsicht in die Bücher des Trusts verlangen. Die bereitgestellten Informationen müssen es den Begünstigten ermöglichen, ihre Rechte geltend zu machen und die Aktivitäten der Trustees zu kontrollieren. Trustees müssen nicht nur gegenüber den Begünstigten über ihre Geschäftstätigkeit Rechenschaft ablegen, sondern auch gegenüber allfälligen Co-Trustees und Protektorinnen oder Protektoren sowie gegenüber den Gründerinnen oder Begründern, soweit die Bestimmungen der Trusturkunde dies vorsehen.

Grundsätzlich haben die Begünstigten das Recht, über ihre Rechte und Anwartschaften aufgrund der Bestimmungen der Trusturkunde informiert zu werden (*Abs. 2*). Der Vorwurf enthält keine Bestimmung, die von den Trustees ausdrücklich verlangen würde, die Begünstigten aktiv zu suchen, um ihnen von sich aus Informationen zu geben. Grundsätzlich müssen Trustees lediglich die von ihnen verlangten Auskünfte erteilen. Aus ihrer allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht und aus ihrer Verpflichtung zur Unparteilichkeit (Art. 529h Abs. 1 und Abs. 3 Ziff. 3 VE-OR) lässt sich jedoch ableiten, dass Trustees die ihnen zumutbaren Massnahmen treffen müssen, um die in den Bestimmungen der Trusturkunde bezeichneten Begünstigten zu kontaktieren.

Das Informationsrecht der Begünstigten kann in den Bestimmungen der Trusturkunde eingeschränkt, aber nicht völlig ausgeschlossen werden. In jedem Fall sind den Begünstigten die Auskünfte zu erteilen, die sie für die Ausübung ihrer Rechte benötigen. *Absatz 3* nennt die Fälle, in welchen die Trustees die Auskunftserteilung an die Begünstigten verweigern können. Als wichtiger Grund kann beispielsweise das junge Alter genannt werden. Die Bestimmungen der Trusturkunde können daher vorsehen, dass eine begünstigte Person erst über die Existenz des Trusts und ihre damit verbundenen Rechte informiert wird, wenn sie ein bestimmtes Alter erreicht hat. Auskünfte können auch verweigert werden, wenn die Auskunftserteilung die berechtigten Interessen von anderen Begünstigten beeinträchtigt. So könnten sich Trustees aus Gründen der Vertraulichkeit weigern, ausführliche Informationen über die an andere Begünstigte ausgerichteten Leistungen zu verbreiten.

Bestehen Zweifel hinsichtlich der Informationen, die Begünstigten erteilt werden sollen, können die Trustees das Gericht anrufen (Art. 529v Abs. 1 VE-OR). Verweigern die Trustees eine Auskunft, können die Begünstigten das Gericht ersuchen, in einem summarischen Verfahren über das Auskunftsbegehren zu entscheiden (siehe Art. 250 Bst. b Ziff. 12 VE-ZPO).

Art. 529j Identifikations- und Dokumentationspflicht

Diese Bestimmung auferlegt dem Trustee umfangreiche Identifikations- und Dokumentationspflichten und stellt sicher, dass die zuständigen Behörden auf die Informationen zu den wirtschaftlichen berechtigten Personen des Trusts zugreifen können. Mit der Bestimmung soll verhindert werden, dass ein Trust für Geldwäscherei, Terrorismusfi-

nanzierung oder Steuerhinterziehung missbraucht wird. Die vorgeschlagene Bestimmung zielt darauf ab, die internationalen Transparenzstandards, die von der FATF und vom Global Forum festgelegt wurden, zu erfüllen (vgl. Ziff. 3.3). Im Falle einer Weiterentwicklung der internationalen Standards wird der Vorschlag angepasst werden müssen, um den neuen internationalen Transparenzvorschriften zu entsprechen (vgl. Ziff. 3.3 und 3.4). Gleichzeitig gelten für Trustees, die der Finanzmarktgesetzgebung unterstehen, bei der Feststellung und Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen des Trusts die Vorgaben des GwG (Art. 4 ff.) unverändert.

Gemäss *Absatz 1* muss die oder der Trustee mit der gebotenen Sorgfalt die Begründer, Trustees, Protektoren, Begünstigten oder Personen, die zu einer Kategorie von Begünstigten gehören, sowie alle anderen natürlichen Personen, welche letztendlich die tatsächliche Kontrolle über den Trust innehaben, feststellen und deren Identität überprüfen. Diese Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass ein Trust über keine wirtschaftlich berechtigten Personen nach dem Konzept von wirtschaftlich berechtigten Personen von Körperschaften verfügt. Der FATF-Standard behilft sich mit der Fiktion, dass sämtliche in den Trust involvierten Personen als wirtschaftlich berechtigt gelten und entsprechend festzustellen und zu identifizieren sind. Nach dem FATF-Standard und den Referenzkriterien des Global Forum sind alle Begründer, Trustees, Protektoren oder Begünstigte stets beherrschende Personen, wie auch Personen, welche die effektive Kontrolle über den Trust innehaben («practical control over the trust»), wobei die Definition «beherrschende Person» jener der FATF-Empfehlungen entspricht. Damit besteht eine explizite Pflicht des Trustees, sämtliche in diesen Personenkreis fallende, potenziell wirtschaftlich berechtigten Personen des Trusts festzustellen und zu identifizieren.

Absatz 2 verpflichtet den Trustee darüber hinaus dazu, die grundlegenden Informationen einzuholen über Banken, Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen sowie über Buchhalter, Steuerberater, Anlageberater, Vermögensverwalter und andere Dienstleister, die mit dem Trust in geschäftlichen Beziehungen stehen. Diese Pflicht ergibt sich aus Kriterium 25.1(b) der Methodologie der FATF. Damit soll sichergestellt werden, dass jeder Trustee (unabhängig davon, ob sie oder er den Finanzmarktgesetzen untersteht oder nicht) jederzeit grundlegende Informationen über andere regulierte Beauftragte und Dienstleister, die mit dem Trust in geschäftlichen Beziehungen stehen, bereithält. In den meisten Fällen dürfte es sich dabei um Informationen handeln, über die der Trustee aus praktischer Notwendigkeit in jedem Fall verfügen muss, andernfalls er seine Pflichten nicht korrekt erfüllen kann. Als regulierte Beauftragte und Dienstleister gelten natürliche oder juristische Personen, die dem Finanzmarktrecht unterstehen und deren Tätigkeit einer Bewilligungspflicht und/oder Aufsicht (im weiteren Sinn) unterstellt ist. Konkret handelt es sich um Finanzintermediäre im Sinne des Finanzmarktrechts, wie etwa Banken, Finanzinstitute und Versicherungen, sowie Finanzintermediäre und designierte nichtfinanzielle Unternehmen und Berufe (Designated Non-Financial Businesses and Professions; DNFBPs), wie etwa Anlageberater, Vermögensverwalter, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Trust and Company Service Providers (TCSP), die im Rahmen der Geschäftsbeziehungen im Auftrag des Trustees bestimmte vertraglich vereinbarte Dienstleistungen für den Trust erbringen und damit dessen Funktionen sicherstellen sollen. Dabei handelt es sich um Dienstleistungen, die etwa mit der Verwaltung des Trustvermögens, mit der Rechnungsführung des Trusts oder allgemein mit der Vorbereitung oder Vornahme von Rechtshandlungen des Trusts in

Zusammenhang stehen. Tätigkeiten, die keinen unmittelbaren Bezug zur Administration des Trusts oder des Trustvermögens haben, dürften keine Informationsbeschaffungspflicht des Trustees zur Folge haben. Zu denken ist beispielsweise an den Anwalt, der den Trustee in einer Rechtsstreitigkeit vertritt. Demgegenüber gilt ein Rechtsanwalt, der Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit der Besteuerung des Trusts erbringt, als DNFBP, dessen Basisinformationen durch den Trustee zu erheben sind. Im Gegensatz zu den wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss Absatz 1 verlangt Absatz 2 keine formelle Feststellung und Identifikation dieser natürlichen oder juristischen Personen. Diese Informationen dienen lediglich der Feststellung, welche Beauftragten und Dienstleistenden der Trustee im Rahmen der Administration des Trusts verpflichtet hat, Tätigkeiten zu erbringen, die zum Funktionieren des Trusts beitragen.

Gemäss *Absatz 3* umfassen die Informationen über potenzielle wirtschaftlich berechnigte Personen im Sinne von Absatz 1, die der Trustee erheben muss, den vollständigen Namen, das Geburtsdatum, die Staatsangehörigkeit und die Adressanschrift der natürlichen Person, bzw. die Firma und die Adresse des eingetragenen Sitzes der juristischen Person sowie die Funktion, die diese Personen im Trust innehaben (Begründer, Trustee, Protektor, Begünstigter usw.). Nur natürliche Personen können wirtschaftlich berechnigte Personen im Sinne der FATF-Empfehlungen und der Anforderungen des Global Forum sein. Handelt es sich bei einer der in Absatz 1 aufgeführten Personen um eine juristische Person oder Personengesellschaft, muss der Trustee Informationen über die natürlichen Personen einholen, die diese juristische Person oder Personengesellschaft kontrollieren. Dies gilt insbesondere für einen «corporate trustee», d. h. eine juristische Person, die als Trustee eines Trusts fungiert. Die grundlegenden Informationen über Beauftragte und Dienstleister gemäss Absatz 2 umfassen den vollständigen Namen oder die Firmenbezeichnung der Beauftragten und Dienstleister, ihre Geschäftsadresse oder die Adresse ihres eingetragenen Sitzes sowie die Funktion, die sie im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehung für den Trust ausüben (z.B. Anlageberater, Steuerberater).

Absatz 4 legt die Informationen fest, welche die bzw. der Trustee einholen muss, wenn in den Bestimmungen der Trusturkunde Kategorien von Begünstigten bezeichnet werden. In diesem Fall muss die bzw. der Trustee lediglich die Kriterien für die Feststellung der Begünstigteneigenschaft angeben. Diese Kriterien müssen grundsätzlich in der Treuhandurkunde erwähnt werden (siehe Art. 529c, Abs. 1 VE-OR).

Um die Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten, muss die bzw. der Trustee gemäss *Absatz 5* die Informationen, die sie bzw. er gemäss Absatz 1 und Absatz 2 festgestellt oder eingeholt hat, dokumentieren. Die bzw. der Trustee kann die Dokumentation mittels eines Verzeichnisses aber auch durch anderweitige Massnahmen führen. Es obliegt der bzw. dem Trustee zu bestimmen, wie sie bzw. er die Informationen unter den gegebenen Umständen hält, solange Aufbewahrung und Zugriff auf die Belege gemäss Absatz 6 gewährleistet sind. Die bzw. der Trustee überprüft regelmässig, ob die im Rahmen ihrer bzw. seiner Sorgfaltspflichten einzuholenden Belege zu den festgestellten und identifizierten Personen noch aktuell sind. Bei Bedarf müssen diese Unterlagen aktualisiert werden.

Nach *Absatz 6* hat die bzw. der Trustee die Belege so aufzubewahren, dass auf sie jederzeit im Land seines Wohnsitzes oder Sitzes jederzeit zugegriffen werden kann und zwar während fünf Jahren seit Beendigung ihrer bzw. seiner Funktion. Sinn und Zweck

dieser Aufbewahrungspflicht ist es, dass die zuständigen Behörden oder Gerichte jederzeit auf die von den Trustees gehaltenen Informationen und auf deren Dokumentation zugreifen können. Zu beachten ist, dass für Trustees, die dem GwG unterstehen, eine Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren gilt (Art. 7 Abs. 3 GwG). Da der Schweizer Trust als Rechtskonstrukt auch im Ausland und ohne Bezug zur Schweiz genutzt werden kann, das heisst insbesondere auch mit im Ausland ansässigen Trustees, muss sichergestellt sein, dass die Informationen und die Dokumentation im Land des Wohnsitzes oder des Sitzes der Trustees zugegriffen werden kann. Auch wenn diesbezüglich die Dienste von in der Schweiz ansässigen Leistungserbringenden in Anspruch genommen werden, ändert dies nichts an der Tatsache, dass die Trustees (unabhängig von ihrem Wohnsitz oder Sitz) für die Informationen und die Dokumentation verantwortlich sind. Die Trustees müssen die Informationen beziehungsweise die Dokumentation noch fünf Jahre nach Beendigung ihrer Funktion als Trustee aufbewahren. Dies entspricht den Vorgaben des FATF- bzw. des OECD-Standards zur Aufbewahrung von Belegen.

Art. 529k *Haftung*

Gemäss *Absatz 1* haften Trustees für den Schaden, den sie dem Trust oder den Begünstigten durch die Verletzung ihrer Pflichten zufügen. Ihre Haftung richtet sich nach den Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung (Art. 97–101 OR). Eine ausservertragliche Haftung oder eine Haftung, die auf anderen Grundlagen beruht, bleibt vorbehalten. Für die Haftung der Trustees gelten die allgemeinen Grundsätze der Haftung, insbesondere die Voraussetzungen der Haftung wie Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden und Kausalzusammenhang. Entsprechend dem Grundsatz von Artikel 99 OR haften Trustees für jedes Verschulden. Bereits bei leichter Fahrlässigkeit sind sie haftbar. Sie haften auch für den von ihren Hilfspersonen verursachten Schaden (Art. 101 OR). Die Bestimmungen der Trusturkunde können die Haftung der Trustees innerhalb der Schranken der Artikel 100 und 101 OR wegbedingen. Hier weicht der Vorentwurf von der allgemeinen Regelung von Artikel 101 Absatz 2 OR ab, die es erlaubt, die Haftung für Hilfspersonen im Falle von rechtswidriger Absicht oder grober Fahrlässigkeit auszuschliessen, und die in der Lehre kritisiert wird.¹⁷⁵

Diese Bestimmung sieht die Klage auf Zahlung eines Schadenersatzes an den Trust vor (*Abs. 2*). Sie entspricht der Gesellschafterklage (*actio pro socio*) im Gesellschaftsrecht (Art. 754 OR) und ist notwendig, weil der Trust nicht als juristische Person gilt und nicht handlungsfähig ist. Da der Trust nicht auf Ersatz des seinem Vermögen zugefügten Schadens klagen kann, muss die Klage von einer oder einem anderen Trustee, einer Protektorin oder einem Protektor oder einer begünstigten Person eingereicht werden. Wenn die Begründerin oder der Begründer sich dieses Recht in den Bestimmungen der Trusturkunde vorbehalten hat, ist auch sie oder er klageberechtigt. Für diese Haftungs- und Verantwortlichkeitsansprüche gilt die Verjährungsfrist von zehn Jahren nach Artikel 127 OR.

¹⁷⁵ THÉVENOZ, CR-CO I, Art. 101 N. 38.

Art. 529l Trustvermögen / I. Im Allgemeinen

Gemäss *Absatz 1* sind die Trustees Eigentümerinnen beziehungsweise Eigentümer der dem Trust zugewidmeten Vermögenswerte. Das Trustvermögen und seine Schulden bilden ein vom persönlichen Vermögen der Trustees getrenntes *Sondervermögen*. Diese müssen das Trustvermögen gemäss den Bestimmungen der Trusturkunde und den gesetzlichen Bestimmungen verwalten, verwenden und darüber verfügen (Art. 529g Abs. 1 VE-OR). Das Eigentum der Trustees wird durch das in Artikel 529q VE-OR festgeschriebene Folgerecht beschränkt, das die Rückerstattung eines unberechtigterweise veräusserten Vermögenswertes ermöglicht.

Das Trustvermögen kann Sachen, Forderungen und andere Vermögenswerte umfassen. Im Zeitpunkt der Zuwidmung müssen diese bestimmt oder objektiv bestimmbar, aber nicht unbedingt beziffert sein. Die Begründerin oder der Begründer kann die oder den Trustee als Erbin oder Erben einsetzen. Es ist auch möglich, ein ganzes Vermögen mit Aktiven und Passiven dem Trust zuzuwidmen, wie dies bei Stiftungen vorgesehen ist. In diesem Fall müssen jedoch die Aktiven grösser sein als die Passiven.¹⁷⁶

Das Trustvermögen umfasst die dem Trust bei der Errichtung oder nachträglich von der Begründerin oder dem Begründer oder von einer Drittperson zugewidmeten Vermögenswerte sowie deren Erträge, Vermögenszuwächse und alle entsprechenden Ersatzanschaffungen. Diese Bestimmung konkretisiert ähnliche Grundsätze, wie sie sinngemäss in den güterrechtlichen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs festgeschrieben sind. So kommen dem Trustvermögen die Erträge einzelner seiner Vermögenswerte und deren Zuwachs, das heisst der konjunkturelle Mehrwert dieser Vermögenswerte, zugute. Nach dem Grundsatz der vermögensrechtlichen Surrogation ersetzt zudem ein Vermögenswert, der durch einen Teil des Trustvermögens erworben wurde, im Trustvermögen den veräusserten Vermögenswert.¹⁷⁷

Bei der Zuwidmung von Vermögenswerten im Zeitpunkt der Trusterrichtung sind die in Artikel 529a *Absatz 2* VE-OR vorgesehenen formalen Anforderungen für die verschiedenen Formen der Trusterrichtung (schriftliche Erklärung oder Verfügung von Todes wegen) einzuhalten. Für spätere Zuwidmungen durch die Begründerin oder den Begründer oder durch Dritte gelten keine besonderen Formvorschriften. Ist jedoch die Begründerin oder der Begründer selber Trustee, müssen gemäss *Absatz 5* Vermögenswerte im Eigentum der Begründerin oder des Begründers, die dem Trust zugewidmet werden, schriftlich genau bezeichnet werden.

Art. 529m Eintragung in einem öffentlichen Register

Bei Trustvermögen, das in einem öffentlichen Register eingetragen ist, muss durch eine Anmerkung auf das Trustverhältnis hingewiesen werden. Konkret heisst dies, dass die bzw. der Trustee einen Antrag auf Eintragung der Verbindung zum Trustvermögen in das Register stellen muss und zwar gemäss den in den geltenden Bestimmungen festgelegten Vorschriften (z. B. bei Immobilien die des Grundbuchs). Zu den betroffenen öffentlichen Registern gehören namentlich das Grundbuch, das Schiffsregister, das Luftfahrzeugregister und die verschiedenen Register für geistige Eigentumsrechte

¹⁷⁶ VEZ, CR-CC I, Art. 80 N. 17.

¹⁷⁷ STEINAUER, CR-CC I, Art. 196 N. 4.

(Marken, Patente usw.).¹⁷⁸ Grundsätzlich betrifft die Verpflichtung sowohl schweizerische als auch ausländische Register. Der Vorentwurf übernimmt die derzeit in Artikel 149d IPRG vorgesehene Regelung und sieht ausdrücklich vor, dass die Verbindung mit dem Trust Dritten, die in gutem Glauben handeln, nur dann entgegengehalten werden kann, wenn sie im Register erwähnt wurde. Wird das Trustverhältnis in dem Register nicht angemerkt, wird davon ausgegangen, dass es zum persönlichen Vermögen der Trustees gehört. Die Anmerkung ist somit erforderlich, um die Integrität des Trustvermögens zu bewahren und das Interesse der Begünstigten zu schützen.

Der Vorentwurf verankert damit im Obligationenrecht die rechtliche Grundlage dafür, in den verschiedenen öffentlichen Registern, das Verhältnis zu einem nach schweizerischem Recht errichteten Trust anzumerken. Es geht um dieselben Register, die heute in Artikel 149d IPRG erfasst sind: Grundbuch, Schiffsregister, Luftfahrzeugbuch und Immaterialgüterrechtsregister. Was das Grundbuch betrifft, wird diese Vorschrift auch in Artikel 962b VE-ZGB aufgenommen. Im Vorentwurf wird darauf verzichtet, sie auch in den einzelnen Gesetzen, die für die anderen öffentlichen Register massgebend sind, einzufügen. Diese Gesetze wurden nach der Einführung von Artikel 149d IPRG nicht angepasst. Eine Anpassung der verschiedenen Spezialgesetze erscheint daher nicht erforderlich. Sie könnte jedoch bei kommenden Revisionen dieser Gesetze vorgenommen werden (siehe Ziff. 5.2.2). Artikel 149d IPRG wird beibehalten und gilt weiterhin für die Eintragung von Verhältnissen zu ausländischen Trusts in die öffentlichen Register.

Art. 529n Rechte Dritter am Trustvermögen

Gemäss *Absatz 1* bilden das Trustvermögen und die Schulden, die darauf lasten, ein vom persönlichen Vermögen der Trustees getrenntes Sondervermögen. Ausserdem ist das Trustvermögen weder Bestandteil des ehelichen Vermögens noch des Nachlasses der Trustees. Folglich muss das Trustvermögen bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht berücksichtigt werden und können die Trustees in ihrem Nachlass nicht darüber verfügen.

Absatz 2 regelt die Vermögenshaftung des Trusts. Aufgrund dieser Vorschrift haftet das Trustvermögen nur für die Verbindlichkeiten, die in den Bestimmungen der Trusturkunde bestimmt oder aus der gehörigen Erfüllung des Trusts entstanden sind. Für jede andere Verbindlichkeit ist eine Zwangsvollstreckung in das Trustvermögen ausgeschlossen. Diese Regelung ergänzt die heute bereits in Artikel 284b SchKG vorgesehene entsprechende Regelung für Trusts nach ausländischem Recht, wonach im Konkurs der Trustees das Trustvermögen nach Abzug ihrer Ansprüche gegenüber diesem Vermögen aus der Konkursmasse ausgeschieden wird. Demnach belasten nur die Schulden, welche die Trustees pflichtgemäss eingegangen sind, das Trustvermögen. Das Trustvermögen haftet nur für die von den Trustees in dieser Eigenschaft berechtigterweise eingegangenen Verbindlichkeiten. Es haftet auch bei persönlichen Forderungen der Trustees gegenüber dem Trust. Haben sie in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen oder der Bestimmungen der Trusturkunde gehandelt, haftet das Trustvermögen nicht. In diesem Fall können die Gläubigerinnen und Gläubiger ihre

¹⁷⁸ Siehe Art. 58 HRegV; Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Wegleitung für die Grundbuchämter, 1. Juli 2009, Ziff. 33; THOMAS MAYER, Die Eintragung des Trusts in das schweizerische Handelsregister, AJP/PJA, 5/2017, S. 653 ff.

Ansprüche nur gegenüber den Trustees persönlich geltend machen und erhalten keinen Ersatz aus dem Trustvermögen.

Art. 529o Rechte des Trustees am Trustvermögen

Absatz 1 legt fest, in welchen Fällen die Trustees, vorbehaltlich gegenteiliger Bestimmungen in der Trusturkunde, Rechte am Trustvermögen geltend machen können. Gemäss den Ziffern 1 und 2 haben Trustees Anspruch auf *Ersatz* ihrer Auslagen und Verwendungen, die sie in Ausübung ihrer Funktion getätigt haben, und auf *Befreiung* von den Verbindlichkeiten, die sie in ihrer Eigenschaft als Trustees eingegangen sind. Die in der Vorlage vorgesehene Bestimmung entspricht derjenigen für den Auftrag (Art. 402 OR). Anspruch auf Ersatz besteht nur, wenn die Trustees gemäss den Bestimmungen der Trusturkunde und dem Gesetz gehandelt haben. Gehen sie Verbindlichkeiten in Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht ein oder tätigen sie ungerechtfertigte Auslagen, haben sie keinen Anspruch auf Ersatz.

Den Trustees steht eine *angemessene Vergütung* zu, sofern die Bestimmungen der Trusturkunde nichts anderes vorsehen (*Ziff. 3*). Hier weicht die Vorlage von den Vorschriften über den Auftrag ab (Art. 394 Abs. 3 OR), da die Annahme der Unentgeltlichkeit nicht mehr der heutigen Realität entspricht.¹⁷⁹ Werden die Höhe der Vergütung oder die Kriterien dafür nicht in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegt, ist die Vergütung unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände zu bestimmen und muss den erbrachten Leistungen objektiv angemessen sein. Dabei sind insbesondere der Zeitaufwand, die Komplexität der ausgeführten Tätigkeiten, Umfang und Dauer des Auftrags sowie die damit verbundene Verantwortung zu berücksichtigen. Die Trustees können selber den Betrag für ihre Entschädigung dem Trustvermögen entnehmen. Die Höhe der Vergütung oder die Berechnungsart kann in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegt werden.

Trustees haben Anspruch auf *Ersatz* des Schadens, der ihnen ohne ihr Verschulden in gehöriger Ausübung ihrer Funktion erwachsen ist (*Ziff. 4*). Sie werden damit ähnlich behandelt wie Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer (Art. 422 OR), auch wenn sie entgeltlich handeln. Das Trustvermögen haftet für die Risiken der Verwaltung und Geschäftsführung des Trusts. Trustees, die schuldhaft gehandelt haben, haben keinen Anspruch auf Zahlung eines Ersatzes.

Gemäss *Absatz 2* steht Trustees für ihre Forderungen gemäss dieser Bestimmung ein Retentions- oder Verrechnungsrecht gegenüber dem Trustvermögen zu.

Art. 529p Rückerstattungspflicht des Trustees

Trustees müssen dem Trustvermögen alle Vermögenswerte oder Vorteile, die sie bei Ausübung ihrer Aufgaben – aus welchem Grund auch immer – erworben oder erhalten haben, zurückerstatten (*Abs. 1*). Diese Bestimmung sieht einen Anspruch auf Rückerstattung und Gewinnabschöpfung vor, wie er beim Auftragsverhältnis (Art. 400 OR) und bei der Geschäftsführung (Art. 423 OR) besteht. Damit soll verhindert werden, dass Trustees sich zum Nachteil der Begünstigten bereichern können.

¹⁷⁹ WERRO, CR-CO I, Art. 394 N. 38.

Absatz 2 sieht eine besondere Regelung für den Fall vor, dass eine oder ein Trustee für mehrere Trusts Trustee ist und pflichtwidrig das Vermögen eines dieser Trusts zugunsten eines anderen verwendet. Gegenüber dem geschädigten Vermögen besteht ein Anspruch auf Rückerstattung des daraus entnommenen Beitrags (je nachdem durch Natural- oder Wertersatz) sowie eines allfälligen Anteils am Mehrwert. Diese Bestimmung weicht somit von den für die ungerechtfertigte Bereicherung geltenden Grundsätzen ab. Die Rückerstattung bleibt geschuldet, auch wenn beim anderen Vermögen die Bereicherung nicht mehr besteht, und dem geschädigten Vermögen kann auch mehr zukommen als der Betrag, um den es vermindert wurde. Diese Regelung, die sich an die in den traditionellen Truststaaten geltenden Vorschriften anlehnt, weist Ähnlichkeiten mit dem Ersatzmechanismus des Eherechts auf.¹⁸⁰ Sie ergänzt die Pflicht der Trustees, dem Trust Vermögenswerte und Vorteile, die sie bei Ausübung ihrer Aufgaben erworben oder erhalten haben, zurückzuerstatten (*Abs. 1*) sowie die Bestimmungen zum Folgerecht (Art. 529q VE-OR), das nur bei der Übertragung von Vermögenswerten des Trusts an eine Drittperson anwendbar ist, und zur Pflicht der Trustees,

Art. 529q Folgerecht

Dieser Artikel sieht ein Folgerecht für Trustvermögen vor, das die oder der Trustee in Verletzung der Bestimmungen der Trusturkunde oder gesetzlichen Bestimmungen einer Drittperson zu Eigentum übertragen hat (*Abs. 1*). Er ermöglicht die Rückerstattung des Vermögens oder seines Surrogats. Das Folgerecht richtet sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62–67 OR). Weitere Ansprüche aus Vorschriften des Obligationenrechts bleiben ausdrücklich vorbehalten. Zu nennen sind insbesondere die Bestimmungen zur deliktischen Haftung, zu den Vertragsverhältnissen und zur Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Vorentwurf sieht hier ein ähnliches System vor wie bei der Regelung für Bucheffekten (siehe Art. 29 BEG).

Gemäss *Absatz 2* kann das Folgerecht von einer oder einem anderen Trustee, einer Prokuratorin oder einem Protektor und jeder begünstigten Person ausgeübt werden. Wenn die Bestimmungen der Trusturkunde dies zulassen, kann auch die Begründerin oder der Begründer das Recht ausüben.

Das Folgerecht kann sich gegen jede Erwerberin und jeden Erwerber von Trustvermögen richten, gleichviel wie es erworben wurde. Gutgläubige Erwerberinnen und Erwerber sind jedoch geschützt, sofern sie den Vermögenswert entgeltlich erworben haben (*Abs. 3*). Das Folgerecht erlischt ihnen gegenüber sowie gegenüber allen späteren Erwerberinnen und Erwerbern. Personen, die den Vermögenswert unentgeltlich erworben haben, sind dagegen nicht geschützt. Ihr Interesse wird – im Unterschied zur allgemeinen Regelung nach Artikel 933 ZGB, aber in Übereinstimmung mit Artikel 29 Absatz 1 BEG) – dem Interesse der Begünstigten an der Erhaltung des Trustvermögens hintangestellt.

Der Anspruch auf Rückerstattung verjährt aufgrund der Regelung von Artikel 67 OR (relative Frist von drei Jahren, absolute Frist von zehn Jahren).

¹⁸⁰ Art. 206 und 209 ZGB.

Art. 529r Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Die im Vorentwurf vorgesehenen Regelung bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung des Trusts entspricht den Vorschriften für Stiftungen, in denen auf die Bestimmungen des Aktienrechts¹⁸¹ verwiesen wird. Bei Zahlungsunfähigkeit haben die Trustees insbesondere die Pflicht, eine Liquiditätsplanung nach Artikel 725 OR zu erstellen. Besteht begründete Besorgnis, dass der Trust überschuldet ist, muss das in Artikel 725b OR beschriebene Verfahren befolgt werden. Die Trustees müssen dann einen Zwischenabschluss erstellen und einer zugelassenen Revisorin oder einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen. Bestätigt sich die Überschuldung, müssen die Trustees das Gericht benachrichtigen. Die Benachrichtigung kann in Form eines Gesuchs um provisorische Nachlassstundung oder um Eröffnung des Konkurses erfolgen. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, dass die Trustees auf die Benachrichtigung des Gerichts verzichten, wenn die Voraussetzungen nach Artikel 725b Abs. 4 OR erfüllt sind.

Art. 529s Ersatz des Trustees oder des Protektors

In *Absatz 1* werden die Situationen aufgezählt, in denen die Funktion von Trustees oder von Protektorinnen oder Protektoren endet. Dies ist erstens der Fall, wenn die betreffende Person zurücktritt (*Ziff. 1*). Für den Rücktritt gelten keine formalen Anforderungen. Er muss einer oder einem Trustee beziehungsweise einer Protektorin oder einem Protektor, je nachdem auch einer begünstigten Person oder dem Gericht bekanntgegeben werden, damit wenn nötig eine Ersatzperson bestimmt werden kann. Die Funktion von Trustees oder von Protektorinnen oder Protektoren endet auch, wenn die betreffende Person zahlungsunfähig wird (*Ziff. 2*), wenn sie handlungsunfähig wird oder aus einem anderen Grund ausserstande ist, ihre Funktion auszuüben (*Ziff. 3*) oder wenn sie stirbt (*Ziff. 4*). Neben den in der Vorlage genannten Gründen können in den Bestimmungen der Trusturkunde weitere Gründe für die Beendigung der Funktion vorgesehen werden. Darin kann insbesondere die Dauer der Funktion festgelegt werden oder den Begründerinnen oder Begründern, den Begünstigten oder den Protektorinnen oder Protektoren das Recht eingeräumt werden, die Funktion zu beenden.

Absatz 2 verleiht den Begünstigten das Recht, beim Gericht die Absetzung von Trustees, Protektorinnen oder Protektoren zu verlangen, wenn die betreffenden Personen in schwerwiegender Weise gegen ihre Pflichten verstossen. Die Abberufung kann auch von anderen Trustees oder von Protektorinnen oder Protektoren verlangt werden. Ausser in diesem Fall können die Begünstigten Trustees, Protektorinnen oder Protektoren grundsätzlich nicht absetzen lassen. In den Bestimmungen der Trusturkunde kann jedoch etwas anderes bestimmt werden.

Der Ersatz von Trustees, Protektorinnen oder Protektoren nach Beendigung ihrer Funktion wird in *Absatz 3* geregelt. Grundsätzlich werden die Ersatzpersonen nach Massgabe der Bestimmungen in der Trusturkunde bestimmt. Mit der Wahl einer Ersatzperson kann beispielsweise ein *appointor* betraut werden. Gibt es für einen Trust mehrere Trustees oder mehrere Protektorinnen oder Protektoren kann auch auf die Bestimmung einer Ersatzperson verzichtet werden. Enthalten die Bestimmungen in der Trusturkunde

¹⁸¹ Siehe Art. 84a ZGB und 725 sowie 725b OR, die im Rahmen der Revision des Aktienrechts vom 19. Juni 2020 geändert wurden.

keine diesbezüglichen Angaben, müssen die neuen Trustees beziehungsweise die neuen Protektorinnen oder Protektoren vom Gericht bestimmt werden.

Gemäss *Absatz 4* bedarf die Übertragung des Trustvermögens von den bisherigen Trustees an ihre Nachfolgerinnen oder Nachfolger eines schriftlichen Übertragungsvertrags. Die Übertragung der Aktiven und Passiven kann mittels Übernahme eines Vermögens nach Artikel 181 OR erfolgen. Die Bestimmungen des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003 gelten nicht für die Übertragung des Trustvermögens, auch wenn die bisherigen Trustees oder deren Nachfolgerinnen oder Nachfolger im Handelsregister eingetragene juristische Personen sind. Aufgrund der geltenden Vorschriften zur Übernahme eines Vermögens sind die Aktiven des Trusts nach den dafür vorgesehenen Modalitäten zu übertragen. So erfordert die Übertragung von Grundstücken eine beglaubigte Urkunde und eine Eintragung im Grundbuch. Die Übertragung der Schulden des Trustvermögens erfolgt mit der Mitteilung der Übernahme an die Gläubigerinnen und Gläubiger, deren Zustimmung nicht erforderlich ist (Art. 181 Abs. 1 OR). Die bisherigen Trustees haften jedoch noch während drei Jahren solidarisch mit ihren Nachfolgerinnen oder Nachfolgern (Art. 181 Abs. 2 OR). Die Übertragung des Trustvermögens erfolgt grundsätzlich im Rahmen einer Singularsukzession. Im besonderen Fall, dass eine natürliche Person Trustee ist und stirbt, wobei es keine Co-Trustees gibt, sieht der Vorentwurf jedoch eine Universalsukzession vor. Das Trustvermögen geht dann im Zeitpunkt des Todes ohne Weiteres an die Nachfolgerin oder den Nachfolger über. Das Trustvermögen gelangt damit gemäss Artikel 529n Absatz 1 VE-OR nicht in den Nachlass der Trustees. Ihre Erbinnen und Erben müssen nichts unternehmen, um die Übertragung des Trustvermögens zu ermöglichen, wodurch diese erleichtert wird. Die Übertragung ist auch dann rechtsgültig, wenn die neuen Trustees im Zeitpunkt des Todes der Vorgängerinnen oder Vorgänger noch nicht bekannt waren. In einer solchen Situation gelangt das Trustvermögen nicht in den Nachlass der verstorbenen Trustees. Das Eigentum am Trustvermögen wird von den Nachfolgerinnen oder Nachfolgern erworben, sobald sie gemäss Absatz 3 bestimmt worden sind.

Art. 529t Befugnis zur Änderung und Auflösung / I. Änderung

Gemäss *Absatz 1* kann Begründerinnen und Begründern, Trustees, Protektorinnen und Protektoren die Befugnis eingeräumt werden, die Bestimmungen in der Trusturkunde zu ändern. Dies entspricht der Regelung, die allgemein für Trusts nach ausländischem Recht gilt. Mit dieser Befugnis ergibt sich ein grundlegender Unterschied zu den Stiftungen, für die das sogenannte Erstarrungsprinzip gilt.¹⁸² Die Änderungsbefugnis kann sich auf sämtliche Bestimmungen in der Trusturkunde beziehen oder auf ausgewählte Bestimmungen beschränkt sein. Sie kann entweder frei ausgeübt werden, oder ihre Ausübung kann an bestimmte Bedingungen geknüpft sein. In der Vorlage werden der Änderungsbefugnis keine Grenzen gesetzt. Folglich können wesentliche Punkte der Trusturkunde geändert werden, soweit die Bestimmungen der Trusturkunde dies zulassen. Der Gesetzestext erwähnt beispielsweise die Änderung von Bestimmungen betreffend die Begünstigten, das anwendbare Recht und die gerichtliche Zuständigkeit oder die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts. Eine solche Änderung ist somit nicht mit ei-

¹⁸² GRÜNINGER, BSK-ZGB I, Art. 88/89 N. 2.

nem Widerruf des Trusts beziehungsweise der Errichtung eines neuen Trusts gleichzusetzen. Was die Befugnis zur Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit betrifft, entspricht die im Vorentwurf vorgesehene Möglichkeit der Lösung nach Artikel 149b Absatz 1 IPRG, wonach die Begründerinnen und Begründer die Gerichtsstandswahl an Dritte, wie die Trustees oder die Protektorinnen oder Protektoren, delegieren können.¹⁸³

Gemäss *Absatz 2* müssen Änderungen der Bestimmungen der Trusturkunde schriftlich erfolgen. Wird der Trust durch schriftliche Erklärung errichtet (Art. 529a Abs. 2 VE-OR), entspricht diese Vorschrift dem allgemeinen Grundsatz der Parallelität der Formen nach Artikel 12 OR. Dieser besagt, dass formale Anforderungen, die für die Errichtung einer Urkunde gesetzlich vorgeschrieben sind, auch für jede wesentliche Änderung der Urkunde gelten. Eine Ausnahme ist möglich, wenn der Trust durch Verfügung von Todes wegen errichtet wurde. Auch in diesem Fall bedarf jedoch die Änderung der Bestimmungen der Trusturkunde der schriftlichen Form.

Art. 529u Auflösung

Gemäss *Absatz 1* endet der Trust bei Ablauf der in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegten Dauer oder Voraussetzungen oder wenn keine Begünstigten mehr existieren, spätestens aber 100 Jahre nach der Errichtung des Trusts. Der Trust wird somit für eine bestimmte Dauer errichtet, die grundsätzlich in der Trusturkunde festgelegt wird, aber 100 Jahre nicht überschreiten darf. Enthält die Trusturkunde keine Vorschrift, welche die Dauer des Trusts bestimmt, endet der Trust von Gesetzes wegen nach Ablauf der Höchstdauer von 100 Jahren. Die zeitliche Beschränkung unterscheidet den Trust von der Stiftung. Sie ist eines der Merkmale des Trusts nach angelsächsischem Recht (siehe Ziff. 1.1.2). Sie kann entweder absolut festgelegt werden oder durch Verwendung anderer Mechanismen wie insbesondere der Festlegung auflösender Bedingungen, die mit einer Höchstdauer verknüpft sind. Die Höchstdauer beginnt ab der effektiven Errichtung des Trusts, das heisst ab dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen nach Artikel 529b VE-OR erfüllt sind. Der Zeitpunkt der Abfassung der Trusturkunde ist nicht massgebend. Wenn die Bestimmungen der Trusturkunde dies zulassen, kann die anfängliche Dauer verlängert werden, aber nur bis zur Höchstdauer von 100 Jahren.

Der Trust kann auch aus anderen als den in diesem Artikel genannten Gründen enden. So kann in der Trusturkunde der Begründerin oder dem Begründer beziehungsweise einer Protektorin oder einem Protektor die Befugnis zum Widerruf oder zur Auflösung des Trusts eingeräumt werden (siehe Art. 529e Abs. 1 Ziff. 1 und 529f Abs. 1 VE-OR).

Absatz 2 gibt den Begünstigten das Recht, den Trust vorzeitig aufzulösen. Eine vorzeitige Auflösung ist nur möglich, wenn alle Begünstigten bestimmt sind und der Beendigung des Trusts zustimmen. Ausserdem können die Bestimmungen der Trusturkunde die Zustimmung der Begründerin oder des Begründers zur Auflösung vorbehalten. Bei einem solchen Vorbehalt sind in den Bestimmungen der Trusturkunde keine strengeren Voraussetzungen für eine Auflösung durch die Begünstigten festzulegen. Für die vorzeitige Auflösung braucht es einen einstimmigen Beschluss der Begünstigten in schriftlicher Form. Auch wenn die Zustimmung der Trustees nicht erforderlich ist, müssen sie

¹⁸³ Botschaft HTÜ, S. 589 f.; GUILLAUME, CR-LDIP, Art. 149b N. 12.

über den Auflösungsbeschluss informiert werden, damit sie die erforderlichen Massnahmen für die Liquidation des Trustvermögens treffen können. Grundsätzlich ist eine gerichtliche Anordnung nicht erforderlich. Bestehen jedoch Zweifel an den Voraussetzungen einer Auflösung, kann das Gericht aufgrund von Artikel 529v VE-OR angerufen werden.

Gemäss *Absatz 3* ist das Trustvermögen nach Beendigung des Trusts zu liquidieren. Die Verbindlichkeiten des Trusts müssen beglichen und das verbleibende Trustvermögen umgehend nach Massgabe der Trusturkunde verteilt werden. Diese können die Verteilung an die Begünstigten des Trusts oder an eine gemeinnützige Organisation vorsehen. Enthalten die Bestimmungen der Trusturkunde keine diesbezüglichen Angaben, entscheiden die Trustees, unter Berücksichtigung der Interessen der Begünstigten (Art. 529h Abs. 1 VE-OR), über die Verteilung des Liquidationsgewinns. Sie können gemäss Artikel 529v VE-OR das Gericht um Beurteilung der vorgesehenen Verteilung ersuchen.

Die Liquidation wird grundsätzlich durch die Trustees besorgt. Im Konkursfall besorgt sie die Konkursverwaltung gemäss den Vorschriften über den Konkurs. Die Vorschriften über die Liquidation juristischer Personen sind auf die Liquidation des Trusts nicht anwendbar. Insbesondere besteht keine Verpflichtung zum Schuldenruf nach Artikel 742 OR. Die persönliche Haftung der Trustees für die Verbindlichkeiten des Trusts (Art. 529g Abs. 3 VE-OR) bietet einen hinreichenden Schutz der Gläubigerinteressen. Daher müssen für das Verfahren zur Liquidation des Trusts zusätzlich zu der für juristische Personen geltenden Regelung keine weiteren Schutzbestimmungen vorgesehen werden.

Art. 529v Verfahren / I. Gerichtliche Anordnungen

Gemäss *Absatz 1* kann das Gericht ersucht werden, die Übereinstimmung einer Handlung der Trustees mit den Bestimmungen der Trusturkunde und dem Gesetz zu beurteilen, wenn berechtigte Zweifel über die Tragweite einer Pflicht oder eines in den Bestimmungen der Trusturkunde eingeräumten Rechts bestehen. Auch die Begründerinnen oder Begründer und die Protektorinnen oder Protektoren können an das Gericht gelangen. Haben Trustees, Begründerinnen oder Begründer, Protektorinnen oder Protektoren Zweifel hinsichtlich der Anwendung einer Vorschrift der Bestimmungen in der Trusturkunde, können sie das Gericht ersuchen, deren Übereinstimmung mit der geplanten Handlung zu bestätigen, bevor sie eine Entscheidung treffen. Damit lässt sich ein späterer Haftpflichtfall ausschliessen.

Absatz 2 sieht die Möglichkeit vor, eine Anpassung der Bestimmungen in der Trusturkunde zu verlangen, wenn dies aus triftigen sachlichen Gründen geboten erscheint und die Rechte von Begünstigten oder Dritten nicht beeinträchtigt. Unter denselben Voraussetzungen kann das Gericht ersucht werden, die Auflösung des Trusts anzuordnen. In den Bestimmungen der Trusturkunde kann die Möglichkeit einer gerichtlichen Anpassung eingeschränkt, aber nicht völlig ausgeschlossen werden. Änderungen müssen möglich bleiben, wenn sie für die Erhaltung des Trustvermögens oder die Wahrung des Trustzwecks erforderlich sind oder wenn der ursprüngliche Zweck des Trusts eine ganz

andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, sodass der Trust dem Willen der Begründerin oder des Begründers offenbar entfremdet worden ist (Art. 85 und 86 ZGB sinngemäss).

Gemäss *Absatz 3* haben die Begründerinnen und Begründer, die Trustees sowie die Protektorinnen und Protektoren in den Fällen nach den Absätzen 1 und 2 dieses Artikels (gerichtliche Anordnungen) sowie nach Artikel 529b Absatz 2 (Bezeichnung der Trustees bei Errichtung des Trusts durch Verfügung von Todes wegen) und Artikel 529s Absätze 2 und 3 VE-OR (Abberufung und Ersatz von Trustees) Gelegenheit zur Stellungnahme. Können nicht alle Begünstigten Stellung nehmen, weil sie noch nicht identifiziert sind, weil ihre Identifizierung sich als aussergewöhnlich schwierig erweist oder weil ihnen aus einem anderen sie innert einer nützlichen Frist keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden kann, kann das Gericht eine Vertreterin oder einen Vertreter mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragen. Es kann darauf verzichten, wenn die Angelegenheit und deren Folgen für die Begünstigten von geringer Bedeutung sind oder wenn aus anderen Gründen die Bezeichnung einer gemeinsamen Vertretung nicht angezeigt ist. Dementsprechend und aufgrund dieses Rechts zur Stellungnahme sieht der Vorentwurf vor, dass die Entscheide des Gerichts für Begründerinnen und Begründer, Trustees, Protektorinnen und Protektoren sowie Begünstigte bindend sind.

Art. 529w Schiedsgerichtsbarkeit

Der Schiedsgerichtsbarkeit kommt im Trustrecht eine besondere Bedeutung zu, weil sie für die an einem Trust beteiligten oder von einem Trust betroffenen Personen im Streitfall eine Erledigung ihrer Streitigkeiten durch eine selbstbestimmte, oft über besondere Fach-, Branchen- oder persönlichen Kenntnisse verfügende Person oder Institution nach einer angepassten oder abgestimmten, rechtlich abgesicherten Verfahrensordnung unter Wahrung der grösstmöglichen Diskretion erlaubt. Der Vorentwurf sieht daher ausdrücklich vor, dass Schiedsklauseln in den Bestimmungen Trusturkunde materiellrechtlich zulässig sind und als solche für alle Fragen, die sich aus dem Trust ergeben, für den Begründer, die Trustees, die Begünstigten und die Protektoren bindend sind (*Abs. 1*). Diese Regelung bildet damit für das neue schweizerische Trustrecht quasi das Gegenstück zu den neuen schiedsrechtlichen Regelungen von Artikel 358 Absatz 2 ZPO und Artikel 178 Absatz 4 IPRG betreffend Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften. Das erlaubt es, Streitigkeiten aus einem Trust nach Schweizer Recht gestützt auf eine Schiedsklausel in der Trusturkunde durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen, was erfahrungsgemäss einem grossen praktischen Bedürfnis, gerade in Familientrusts, entspricht.

Absatz 2 hält weiter fest, dass die Bestimmungen der Trusturkunde vorsehen können, dass eine Schiedsklausel auch die Anordnungen gemäss Artikel 529b Absatz 2, Artikel 529s, Absatz 2 und 3, und Artikel 529v VE-OR umfasst.

Gemäss *Absatz 3* gelten die Regeln über die Möglichkeit der Bestimmung und Bestellung eines möglichen Vertreters gemäss Artikel 529v Absatz 3 VE-OR auch bei Zuständigkeit eines Schiedsgerichts.

6.2 Zivilgesetzbuch (ZGB)

Art. 493 Randtitel und Absätze 1 und 2 Stiftungen und Trusts

Mit dieser Bestimmung im Erbrecht wird ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, gleich einer Stiftung auch einen Trust von Todes wegen zu errichten und ihm Güter aus dem Nachlass zuzuwidmen. Diese Bestimmung findet im Obligationenrecht ihre Entsprechung in Artikel 529a Absatz 1 Ziffer 2 VE-OR, wonach der Trust durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden kann. Die Grundsätze des Erbrechts, die für die Errichtung der Stiftung geltend, sind sinngemäss anwendbar.

Art. 528 Abs. 3

Der Vorentwurf behält sich ausdrücklich die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Rechte der Erben der Begründer eines Trusts vor (vgl. Art. 529b Abs. 6 VE-OR), insbesondere diejenigen der Herabsetzung nach Artikel 522 ff ZGB. Wie bereits bei der Gründung einer Stiftung oder gar eines Trusts nach ausländischem Recht werden somit Zuwendungen, die durch Abtretung an einen Trust nach schweizerischem Recht erfolgen, der Herabsetzung nach Artikel 527 ZGB unterworfen.¹⁸⁴ Wenn zum Beispiel die Zuwidmung an einen Trust im Übrigen die Voraussetzungen gemäss Artikel 527 Ziffer 1 ZGB erfüllt, unterliegt sie der erbrechtlichen Herabsetzung. Entspricht die Zuwidmung einer Schenkung, unterliegt sie nur dann der Herabsetzung, wenn sie frei widerruflich ist oder während der letzten fünf Jahre vor dem Tod ausgerichtet worden ist (Art. 527 Ziff. 3 ZGB). Ist die Zuwidmung offenbar zum Zweck der Umgehung der Verfügungsbeschränkung errichtet worden, unterliegt sie der erbrechtlichen Herabsetzung sogar zeitlich unbeschränkt der Herabsetzung. Das Gleiche gilt für das Eheerbrecht, wonach die Zuwendungen eines Ehegatten zu Lebzeiten an einen Trust nach den Voraussetzungen von Artikel 208 ZGB zur Errungenschaft hinzugerechnet wird.

Der neue *Absatz 3* legt fest, dass im Falle von Zuwendungen an einen Trust die Herabsetzungsklage gegen jede begünstigte Person für schon erhaltene Leistungen und gegen die oder den Trustee für das Trustvermögen erhoben werden muss. Die oder der Trustee ist daher nur insoweit zur Rückleistung verpflichtet, als die Zuwendungen im Trustvermögen verblieben und nicht zur Ausrichtung einer Leistung an die Begünstigten verwendet worden sind. Ebenso sind die Begünstigten nur zur Rückleistung tatsächlich erhaltener Leistungen verpflichtet und, wenn sie gutgläubig sind, nur insoweit sie im Zeitpunkt des Erbgangs noch bereichert sind (Art. 528 Abs. 1 ZGB).

Art. 962b Von Trustverhältnissen

Dieser Artikel übernimmt im Titel des ZGB, der die Bestimmungen über das Grundbuch enthält, die im Vorentwurf in Artikel 529m VE-OR, der Inhalt entspricht dem bisherigen Artikel 149d IPRG (siehe die Erläuterung weiter unten). *Absatz 1* sieht vor, dass bei einem Grundstück, das einem Trust zugewiesen wird, das Trustverhältnis im Grundbuch angemerkt werden kann. Die Voraussetzungen für die Anmerkung sind bereits in Artikel 58 GBV festgelegt. Gemäss diesem Artikel wird die Anmerkung eines

¹⁸⁴ Siehe insb. PIOTET, CR-CC, Art. 527 N 13.

Trustverhältnisses eingetragen gestützt auf: a) eine Anmeldung des im Grundbuch eingetragenen Begründers oder der im Grundbuch eingetragenen Begründerin im Zusammenhang mit dem Einbringen des Grundstücks in den Trust; b) eine Anmeldung von im Grundbuch eingetragenen Trustees; c) ein Urteil eines schweizerischen Gerichts.

Absatz 2 präzisiert die Wirkungen der Anmerkung des Trustverhältnisses. Gemäss dieser Bestimmung ist ein Trustverhältnis gutgläubigen Dritten gegenüber nur wirksam, wenn es im Grundbuch angemerkt ist. Fehlt die Anmerkung gilt das Grundstück als Teil des persönlichen Vermögens der Eigentümerin oder des Eigentümers. Bei der in gutem Glauben vorgenommenen Übertragung an eine Drittperson kann somit das Folgerecht nach Artikel 529h Absatz 2 VE-OR nicht ausgeübt werden, selbst wenn das Grundstück unentgeltlich erworben wurde. Dasselbe gilt bei der Errichtung eines Rechts (insbesondere eines Pfandrechts) auf dem Grundstück. Hatten die Erwerberinnen oder Erwerber beziehungsweise die Rechtsinhaberinnen oder Rechtsinhaber Kenntnis vom Trustverhältnis, werden sie als bösgläubig angesehen und können nicht die fehlende Anmerkung im Grundbuch geltend machen, um die Rückerstattung des Grundstücks oder das Erlöschen des Rechts zu verhindern. Umgekehrt können die Erwerberinnen oder Erwerber des Grundstücks, wenn das Trustverhältnis im Grundbuch angemerkt ist, auch nicht geltend machen, sie hätten vom Vorhandensein des Trustverhältnisses in gutem Glauben keine Kenntnis gehabt. Denn gemäss dem Grundsatz der positiven Wirkung der Öffentlichkeit des Grundbuchs nach Artikel 970 Absatz 4 ZGB, der auch für Anmerkungen gilt, ist die Einwendung, dass jemand eine Grundbucheintragung nicht gekannt habe, ausgeschlossen.¹⁸⁵

6.3 Zivilprozessordnung (ZPO)

7a. Abschnitt: Trust

Art. 39a

Um die örtliche Zuständigkeit für trustrechtliche Angelegenheiten festzulegen, sieht der Vorentwurf vor, im 2. Kapitel (Örtliche Zuständigkeit) des 2. Titels (Zuständigkeit der Gerichte und Ausstand) der ZPO einen neuen 7a. Abschnitt (Trust) einzufügen.

Die Klagen und Angelegenheiten, welche in dieser Bestimmung erwähnt werden, sind dieselben wie in Artikel 149b IPRG. Sie umfassen sowohl Streitigkeiten als auch Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie betreffen sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Errichtung und Auflösung des Trusts, mit seiner Organisation und den internen Beziehungen beim Trust.¹⁸⁶ Allgemein beziehen sie sich auf sämtliche rechtlichen Forderungen, die mit den Rechtswirkungen des Trusts oder mit der Änderung oder Auslegung der Bestimmungen der Trusturkunde zusammenhängen.¹⁸⁷

¹⁸⁵ MOOSER, CR-CC II, Art. 970 N. 37.

¹⁸⁶ Botschaft HTÜ, S. 602.

¹⁸⁷ GUILLAUME, CR-LDIP, Art. 149b N. 4 f.

Der Trust besitzt keine Rechtspersönlichkeit und damit auch keine Partei- und Prozessfähigkeit. Deshalb müssen gegen den Trust gerichtete Klagen gegen die oder den Trustee als solche erhoben werden (siehe Art. 529c Abs. 3 VE-OR). Ein Beispiel ist der Fall, in dem eine potenziell begünstigte Person, die ihren Anspruch auf eine Leistung geltend machen will. Wird die oder der Trustee zur Zahlung einer Geldsumme verurteilt, kann sie oder er den geschuldeten Betrag aus dem Trustvermögen bezahlen. Trustees können für Handlungen im Rahmen ihrer Funktion auch persönlich belangt werden. Sie können insbesondere auch haftbar gemacht werden.

Artikel 39a VE-ZPO bietet die Möglichkeit, den Gerichtsstand für trustrechtliche Klagen und Angelegenheiten zu wählen. Der Gerichtsstand kann bei Errichtung des Trusts oder später in den Bestimmungen der Trusturkunde vereinbart werden. Aufgrund von Artikel 17 Absatz 2 ZPO muss die Vereinbarung schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht.

Fehlt eine Gerichtsstandsvereinbarung, kommen drei alternative Gerichtsstände in Betracht: der erste am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei, der zweite am Wohnsitz oder Sitz der Trustee beziehungsweise des Trustees, der dritte am Ort der Verwaltung des Trusts. Der Gerichtsstand am Wohnsitz der beklagten Partei entspricht dem ordentlichen Gerichtsstand für Klagen (Art. 10 ZPO). Der zweite und der dritte Gerichtsstand tragen den Besonderheiten des Trusts Rechnung. Hier weicht die im Vorentwurf vorgeschlagene Lösung von den auf Trusts anwendbaren Gerichtsstandsregeln nach dem IPRG ab (vgl. Art. 149b Abs. 3 IPRG). Trotz der Unterschiede dürfte die Anwendung dieser Regeln in vielen Fällen zu einem ähnlichen Ergebnis führen, nämlich zur Wahl eines Gerichtsstands am Wohnsitz der Trustee oder des Trustees.¹⁸⁸ Dieser Gerichtsstand hat den Vorteil, dass er sich leicht bestimmen lässt. Er ist umso mehr angezeigt, als die oder der Trustee legitimiert ist, in allen den Trust betreffenden Verfahren als klagende oder beklagte Partei aufzutreten (vgl. Art. 529g Abs. 2 VE-OR). Der Gerichtsstand am Ort der Verwaltung des Trusts entspricht weitgehend der Regelung im IPRG, wobei nur der tatsächliche Ort der Verwaltung des Trusts massgebend ist. Der Vorentwurf sieht somit keine Möglichkeit vor, in den Bestimmungen der Trusturkunde einen «fiktiven» Verwaltungsort zu bezeichnen. Dies würde nämlich einen falschen Anschein erwecken, was sich mit der schweizerischen Rechtsordnung nicht vereinbaren liesse. Statt die Bezeichnung des Ortes der Verwaltung zu erlauben, sieht der Vorentwurf die Möglichkeit einer Gerichtsstandswahl vor, die letztendlich zum gleichen Ergebnis führt. Zudem wird darauf verzichtet, im Landesrecht den Ausdruck «Sitz des Trusts» einzuführen¹⁸⁹, zumal das entsprechende «*seat of the trust*» in den traditionellen Truststaaten ungebräuchlich ist und dort meistens von «*place of administration of the trust*» gesprochen wird.¹⁹⁰ Ebenso wird darauf verzichtet, einen Gerichtsstand am Ort der Niederlassung des Trusts zu schaffen, wie er im IPRG vorgesehen ist.¹⁹¹

¹⁸⁸ Botschaft HTÜ, S. 602.

¹⁸⁹ Gemäss der Definition in Art. 21 Abs. 3 IPRG gilt als Sitz des Trusts der in den Bestimmungen des Trusts bezeichnete Ort seiner Verwaltung oder, falls eine solche Bezeichnung fehlt, der tatsächliche Ort seiner Verwaltung.

¹⁹⁰ Botschaft HTÜ, S. 598.

¹⁹¹ Für eine kritische Stellungnahme dazu siehe u. a. FLORENCE GUILLAUME, CR-LDIP/CL, Art. 21 N 19 ff. und Art. 149a–149e IPRG, N. 25 ff.; *contra* THOMAS MAYER, ZK IPRG, Art. 149b N 37 ff.

Gibt es mehrere Trustees, können mehrere Gerichtsstände gewählt werden. Mehrere Trustees bilden eine Streitgenossenschaft, und zwar grundsätzlich eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von Artikel 70 ZPO. Zudem ist gemäss Artikel 15 Absatz 1 ZPO das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Parteien zuständig.

Art. 250 Bst. b Einleitungssatz und Ziff. 10–13

Aufgrund von Artikel 248 Buchstabe e ZPO gilt für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das summarische Verfahren. Im Vorentwurf wird vorgeschlagen, für alle nichtstreitigen trustrechtlichen Angelegenheiten ausdrücklich das summarische Verfahren vorzusehen. Somit sollen in der Liste der obligationenrechtlichen Angelegenheiten, die in Artikel 250 Buchstabe b ZPO aufgeführt sind, folgende Angelegenheiten ergänzt werden: die Ernennung und Abberufung der Trustee oder des Trustees nach den Artikeln 529b und 529s VE-OR (*Ziff. 10*), die Rechenschaftspflicht der Trustees nach Artikel 529i VE-OR (*Ziff. 11*), die Anordnung der Auskunftserteilung an Begünstigte des Trusts nach Artikel 529i VE-OR (*Ziff. 12*) und Anordnungen im Zusammenhang mit einem Trust aufgrund von Artikel 529v VE-OR (*Ziff. 13*).

6.4 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)

Art. 284a Abs. 1 und 2

Diese Bestimmung, die die Betreibung für Schulden eines Trustvermögens regelt, wird angepasst, damit sie der Möglichkeit, einen Trust nach schweizerischem Recht zu errichten, Rechnung trägt. Die in den *Absätzen 1 und 2* enthaltenen Verweise auf die Bestimmungen des IPRG werden gestrichen. Zudem wird der Betreibungsort am Sitz des Trusts ersetzt durch einen Betreibungsort am Wohnsitz oder Sitz der Trustee oder des Trustees und einen zweiten Betreibungsort am Ort der Verwaltung des Trusts. Diese Vorschrift entspricht der in der ZPO (Art. 39a VE-ZPO) vorgeschlagenen Regelung. Der überflüssig gewordene zweite Satz von *Absatz 2* wird gestrichen. Ansonsten bleibt der Inhalt der Norm unverändert.

6.5 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

Art. 5 Abs. 3 Bst. c

Für trustrechtliche Streitigkeiten kann der massgebende Gerichtsstand über eine Gerichtsstandswahl festgelegt werden. Diese kann entweder einseitig in den Bestimmungen der Trusturkunde oder gestützt auf eine Ermächtigung in diesen erfolgen oder zweiseitig, durch eine Vereinbarung zwischen den Parteien. Sowohl Artikel 149b IPRG, der die Gerichtsstandswahl in Trustbestimmungen regelt, als auch Artikel 5 IPRG, der ganz allgemein Gerichtsstandsvereinbarungen regelt, enthalten eine Bestimmung, wonach das gewählte Gericht in bestimmten Fällen seine Zuständigkeit nicht ablehnen darf. Die betreffenden Aufzählungen überschneiden sich, sind jedoch nicht deckungsgleich. Weil

im Rahmen der laufenden Revision der ZPO Artikel 5 Absatz 3 IPRG ergänzt und um bestimmte Fälle von Gerichtsstandsvereinbarungen erweitert werden soll,¹⁹² stellt sich die Frage des Verhältnisses von Artikel 149b und Artikel 5 IPRG zueinander. Durch die Einfügung eines neuen Buchstaben c in Artikel 5 Absatz 3 IPRG wird klargestellt, dass sämtliche Gerichtsstandsvereinbarungen unter Artikel 5 Absatz 3 fallen, für Gerichtsstandsvereinbarungen in trustrechtlichen Streitigkeiten aber zusätzlich auch die in Artikel 149b Absatz 2 IPRG genannten Fälle eines Bezugs zur Schweiz, namentlich die Anwendung des zukünftigen Schweizer Trustrechts, gelten.

Art. 149b Abs. 2 Bst. c

In Absatz 2 wird aufgezählt, in welchen Fällen das bezeichnete Gericht seine Zuständigkeit nicht ablehnen darf. Durch einen neuen *Buchstaben c* wird die Anwendbarkeit von schweizerischem Recht auf den Trust in die Liste der Fälle aufgenommen, in denen ein bezeichnetes Gericht seine Zuständigkeit nicht ablehnen darf. Damit wird sichergestellt, dass bei Streitigkeiten über einen Trust, der nach den Bestimmungen des Obligationenrechts errichtet wurde, ein schweizerisches Gericht entscheidet.

6.6 Strafgesetzbuch (StGB)

Art. 327a Randtitel, Einleitungssatz und Bst. e

Verletzung der obligationenrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Pflichten zum Halten von Informationen

Um eine wirksame Umsetzung der Transparenzvorschriften für Trusts sicherzustellen, sieht die Vorlage eine neue Strafbestimmung vor, die die Verletzung der in Artikel 529j VE-OR vorgesehenen Identifikations- und Dokumentationspflicht der Trustees mit Busse bedroht. Trustees, die ihre Pflichten verletzen, können damit gleich bestraft werden wie leitende Personen, die gegen ihre Pflichten aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zum Führen von Listen und Registern verstossen. Diese Strafnorm braucht es, um den in Ziffer 11 der Interpretativnote zur FATF-Empfehlung 25 beschriebenen Anforderungen zu entsprechen. Darin wird präzisiert, dass die Staaten über wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen verfügen müssen, die bei Missachtung der Transparenzvorschriften für Trusts anzuwenden sind (vgl. Ziff. 3.3). Die Busse kann gleichermassen gegen professionelle und nicht professionelle Trustees verhängt werden. Damit ergänzt die Strafnorm die bestehenden Mechanismen zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung. Die neue Titelbezeichnung trägt ferner dem Umstand Rechnung, dass es sich allgemein um obligationenrechtliche Pflichten zum Halten von Informationen handelt.

¹⁹² Vgl. dazu 20.026 Zivilprozessordnung, Änderung sowie BBl 2020 2697, 2779 f.

Art. 10a Trusts

Gemäss *Absatz 1* werden bei einem Revocable Trust die laufenden Einkommen aus dem Trustvermögen dem Begründer zugerechnet. Von einem Revocable Trust wird dann ausgegangen, wenn der Begründer sich das Recht vorbehält, den Trust zu einem späteren Zeitpunkt zu widerrufen und das verbleibende Vermögen zurückzuführen bzw. einem Dritten zukommen zu lassen. Der Begründer hat sich somit seines Vermögens nicht definitiv entäussert. Auch ein Trust mit der Bezeichnung «irrevocable» fällt bei nicht endgültiger «Entäusserung» in die Kategorie der Revocable Trusts. Es ist also entscheidend, ob sich der Begründer aufgrund der Trusterrichtung definitiv seines Vermögens entäussert oder sich mittels rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorkehrungen weiterhin den Zugriff auf das Trustvermögen vorbehalten hat.¹⁹³ Revocable Trusts werden beim Ableben des Begründers zu Irrevocable Trusts, ausser wenn das Widerrufsrecht einer weiteren Person zusteht oder auf diese übergeht.¹⁹⁴

Gemäss *Absatz 2* werden bei einem Irrevocable Fixed Interest Trust die laufenden Einkommen aus dem Trustvermögen den Begünstigten zugerechnet. Beim Fixed Interest Trust gehen die Einzelheiten bezüglich der Begünstigten des Trusts und ihrer Rechte aus der Trusturkunde (Trust Deed) hervor. Der Trustee besitzt somit bei diesem Trusttyp keine Ermessensfreiheit bei der Zuteilung des Einkommens aus dem Trustvermögen und/oder Vermögenswerte des Trusts. Bei der Errichtung des Irrevocable Fixed Interest Trusts entäussert sich der Begründer definitiv seines Vermögens. Es erscheint daher sachgerecht, die in den Trust eingebrachten Vermögenswerte nicht mehr dem Begründer, sondern den Begünstigten zuzurechnen.

In *Absatz 3* wird die Zurechnung für einen Irrevocable Discretionary Trust geregelt. Beim Irrevocable Discretionary Trust werden in der Trusturkunde (Trust Deed) normalerweise lediglich abstrakte Klassen von Begünstigten bezeichnet. Der Entscheid darüber, wer und wann in den Genuss von Zuwendungen des Trusts kommen soll, liegt in der Regel im Ermessen des Trustees. Neu soll dieser Trusttyp wie eine Stiftung besteuert werden. Der Absatz 3 regelt nur die laufende Besteuerung des Einkommens aus dem Trustvermögen. Die Errichtung kann, abhängig vom kantonalen Recht, Erbschafts- oder Schenkungssteuer zum Höchstsatz, zum Verwandtentarif oder keine Steuerfolgen auslösen.

Einkommen des Trusts werden wie bei der Stiftung mit einer Gewinnsteuer von 4.25% erfasst; Gewinne unter 5'000 Franken werden nicht besteuert (Art. 71). Es erscheint sachgerecht, die laufenden Einkommen des Trusts nur soweit zu besteuern, als es in der Schweiz ansässige Begünstigte gibt. Im Weiteren wurde für den Fall, dass die Begünstigten (noch) nicht bestimmbar sind, eine Zurechnung an den in der Schweiz ansässigen Begründer vorgesehen. Damit werden mögliche Steuerlücken vermieden.

In *Absatz 4* wird mit der subsidiären Regel verhindert, dass der Schweiz kein Besteuerungsrecht zusteht, wenn nach dem anwendbaren DBA der Trust nach Absatz 3 im Ausland ansässig ist.

¹⁹³ Vgl. auch KS 30, Ziff. 3.7.

¹⁹⁴ Vgl. auch KS 30, Ziff. 3.7.1.

Zusätzlich ist klarzustellen, dass Leistungen bei den Begünstigten nach den allgemeinen Bestimmungen zur Einkommensbesteuerung nach den Artikel 16 ff. besteuert werden (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Art. 24 Bst. a).

Art. 24 Bst. a zweiter Satz

Gemäss geltendem Recht ist der Vermögensanfall infolge Erbschaft, Vermächtnis sowie Schenkung von der Einkommenssteuer ausgenommen. Die neue Bestimmung präzisiert den Anwendungsbereich dieser Ausnahme in Bezug auf Leistungen von Trusts und Stiftungen.

Bei Trusts nach Artikel 10a Absatz 3 und Stiftungen, die als eigenes Steuersubjekt behandelt werden, erfolgt aus steuerlicher Sicht eine Vermögensübertragung des Trusts bzw. der Stiftung an die Begünstigten. Mangels Schenkungswillen des Trusts bzw. der Stiftung kann keine Schenkung angenommen werden. Daher sind die Leistungen bei den Begünstigten als Einkommen steuerbar, sofern kein anderweitiger gesetzlicher Ausnahmetatbestand vorliegt.

Bei Trusts oder Stiftungen, die steuerlich transparent behandelt werden, kann demgegenüber ein Schenkungswille vorliegen. Dies ist namentlich der Fall, wenn die eingebrachten Vermögenswerte weiterhin dem Begründer bzw. Stifter zugerechnet wurden und es sich bei den Begünstigten um dessen Familienangehörige handelt. Beruht die Zuwendung in einem solchen Fall auf einem Schenkungswillen, sind die Leistungen von der Einkommenssteuer ausgenommen, unterliegen aber je nach kantonalem Recht der Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer.

Die neue Regelung schliesst sowohl Vermögenswerte ein, die der Begründer bzw. Stifter ursprünglich in den Trust bzw. in die Stiftung eingebracht hatte, als auch Vermögenswerte, die der Trust bzw. die Stiftung seither erwirtschaftet hat.

Art. 55 Abs. 5

Sofern der Trust, welcher wie eine Stiftung besteuert wird, seinen steuerlichen Verpflichtungen nicht nachkommt, soll eine solidarische Haftung von Begünstigten und Begründern greifen. Dies macht insbesondere dann Sinn, wenn der Trust von einem ausländischen Trustee verwaltet wird, welcher der Zahlungspflicht nicht nachkommt (vgl. zur Verfassungskonformität Ziff. 5.1.4.4).

Art. 67a Trusts

Ein Trust kann nicht nur von natürlichen Personen, sondern auch von juristischen Personen errichtet werden. Gleichermassen kann es sich bei den Begünstigten auch um juristische Personen handeln. Die Bestimmungen für natürliche Personen sollen daher analog Anwendung finden.

Art. 205g und 207c Übergangsbestimmungen zur Änderung vom ...

Für bestehende Trusts, die vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen gegründet wurden, wird vorgeschlagen, sie weiterhin nach der geltenden Praxis gemäss Kreisschrei-

ben zu beurteilen. Diese Bestimmung steht unter dem Vorbehalt, dass nach dem Inkrafttreten der Begründer keine weiteren Sachen, Forderungen oder andere Vermögenswerte dem Trust zuwidmet.

6.8 Steuerharmonisierungsgesetz (StHG)

Art. 6a Trusts

Neben der Zurechnung von Einkommen von Trusts wird auch die Zurechnung des Trustvermögens geregelt. Im Übrigen wird auf die Erläuterungen zu Artikel 10a VE-DBG verwiesen.

Art. 7 Abs. 4 Bst. c

Siehe Erläuterungen zu Artikel 24 Bst. a VE-DBG.

Art. 26b Trusts

Neben der Zurechnung von Einkünften von Trusts wird auch die Zurechnung des Trustvermögens geregelt. Im Übrigen wird auf die Erläuterungen zu Artikel 67a VE-DBG verwiesen.

Art. 78h Übergangsbestimmung zur Änderung vom ...

Es wird auf die Erläuterungen zu den Artikeln 205g und 207c VE-DBG verwiesen.

6.9 Verrechnungssteuergesetz (VStG)

Art. 21 Abs. 1 Bst. a^{bis}

Wer einkommenssteuerpflichtig ist, soll auch die Rückerstattung der Verrechnungssteuer beantragen können, sofern er die übrigen Voraussetzungen erfüllt. Dies gilt auch für Trusts.

6.10 Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)

Art. 17 Abs. 2

In der Definition von «Trustee» wird der Verweis auf das HTÜ gestrichen.

7 Auswirkungen

7.1 Auswirkungen auf den Bund

Abgesehen von der Erhöhung der Steuereinnahmen sollte die Einführung des Schweizer Trusts grundsätzlich keine finanziellen oder personellen Auswirkungen haben. Mit der steigenden Zahl von Trusts dürften die Aufsichtskosten zunehmen, doch werden diese durch die erhobenen Gebühren gedeckt.

7.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Kantone und Gemeinden sollten ebenfalls von den höheren Steuereinnahmen profitieren. Die Umverteilung der Einnahmen käme der Allgemeinheit zugute.

Aufgrund der Rolle, die den Gerichten bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen wird (siehe Ziff. 5.1.1.9), ist damit zu rechnen, dass die Einführung des Trusts zu einer höheren Arbeitsbelastung der Gerichte führen wird. Allerdings unterstehen trustrechtliche Angelegenheiten häufig der Schiedsgerichtsbarkeit. Die kantonalen Einführungsgesetze zur Zivilprozessordnung und die kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze wären ebenfalls anzupassen. Der Wirtschaftsstandort Schweiz würde zusätzlich an Attraktivität gewinnen, was günstige Auswirkungen auf urbane Zentren mit entsprechender Geschäftstätigkeit hätte. Agglomerationen und Berggemeinden dürften von der Vorlage nicht betroffen sein.

7.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen des Vorentwurfs wurden in einer Regulierungsfolgenabschätzung untersucht, deren Ergebnisse bereits dargelegt wurden (vgl. Ziff. 1.4). Der Schweizer Trust würde der Trust-Industrie neue Geschäftsmöglichkeiten eröffnen und so einen Mehrwert schaffen. Der Trust würde sich auf die Attraktivität des Schweizer Finanzplatzes positiv auswirken, der damit wiederum ein Instrument erhielte, mit dem er wettbewerbsfähig bleiben kann. Dies ist unerlässlich, wenn die Schweiz weiterhin internationale Kundschaft in ihre Geschäftszentren anziehen und verhindern will, dass hier ansässige Personen, die derzeit über kein ihren Bedürfnissen entsprechendes Nachlass- und Vermögensplanungsinstrument verfügen, ins Ausland abwandern. Der Vorentwurf steht somit vollkommen im Einklang mit den Anstrengungen zur Belebung des Wirtschaftsstandorts Schweiz.

7.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Recht wird jeder Person die Freiheit zugestanden, zu Lebzeiten oder von Todes wegen über ihr Vermögen zu verfügen, wie es ihrem eigenen Interesse oder den Interessen von ihr nahestehenden Personen entspricht. Die Rechte der Ehegattin oder des Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder

des eingetragenen Partners, der Erbeninnen und Erben sowie der Gläubigerinnen und Gläubiger bleiben dabei gewahrt, denn diese dürfen durch die Errichtung eines Trusts nicht beeinträchtigt werden. Der Vorentwurf distanziert sich damit endgültig von aus heutiger Sicht überholten sittlichen Erwägungen, die auf die Verhinderung von Müsiggang zielten und damals massgeblich zum Verbot des Familienfideikommiss und anderer Unterhaltstiftungen beitrugen.¹⁹⁵ Er öffnet damit auch den Weg für weitere gesetzgeberische Entwicklungen im Zusammenhang mit der Vermögens- und Nachlassplanung (siehe Ziff. 1.3.3).

Mit dem Trust lässt sich für eine Dauer von bis zu hundert Jahren die Erhaltung des Vermögens für künftige Generationen sicherstellen. Das kann jungen Menschen zugutekommen, indem der Trust beispielsweise die Kosten für ihre Ausbildung deckt, aber auch älteren Menschen, deren Rente oder Medikamente über den Trust finanziert werden. Dadurch wird die Solidarität zwischen den Generationen gestärkt. Indem der Vorentwurf die Bezeichnung von Begünstigten ausserhalb des engeren Familienkreises zulässt, trägt er auch den gesellschaftlichen Entwicklungen (Patchworkfamilien, neue Formen des Zusammenlebens usw.) Rechnung. Er bietet mit dem Trust auch ein neues Instrument zur Sicherstellung und Auszahlung von Alimenten und Unterhaltsbeiträgen an. Wird der Trust in einem solchen Kontext eingesetzt, trägt er dazu bei, die Sicherheit der einzelnen Begünstigten zu verbessern.

8 Rechtliche Aspekte

8.1 Verfassungsmässigkeit

Die Vorlage stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes ist. Für den Bereich der direkten Steuern verleiht Artikel 128 BV dem Bund die Befugnis, eine direkte Bundessteuer auf dem Einkommen natürlicher Personen zu erheben. Der Bund legt im StHG die Grundsätze über die Harmonisierung der direkten Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden fest. Dabei erstreckt sich die Harmonisierung auf die Steuerpflicht, den Gegenstand und die zeitliche Bemessung der Steuern, das Verfahrensrecht und das Steuerstrafrecht. Von der Harmonisierung ausgenommen bleiben insbesondere die Steuertarife, die Steuersätze und die Steuerfreibeträge (Art. 129 BV). Im Bereich der Verrechnungssteuer hat der Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz (Art. 132 Abs. 2 BV).

Insgesamt entsprechen die Vorschläge zum Steuerrecht dem Legalitätsprinzip sowie dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Bezüglich der für im Ausland verwalteten *Irrevocable Discretionary Trusts* vorgesehenen solidarischen Haftung des Begründers und der Begünstigten in der Schweiz wird die Verfassungskonformität im Lichte der Ergebnisse der Vernehmlassung noch einmal genauer geprüft werden (siehe Ziff. 5.1.4.4).

¹⁹⁵ Botschaft HTÜ, S. 564 f.

8.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Bei der Erarbeitung des Vorentwurfs wurde den Verpflichtungen der Schweiz zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie im Bereich der Transparenz und des steuerlichen Informationsaustauschs Rechnung getragen. Die vorgeschlagene Regelung erfüllt die Anforderungen der FATF und des Global Forum über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke (siehe Ziff. 3). Falls es sich jedoch im Laufe der weiteren Arbeiten als nötig erweisen sollte, ist die Vorlage den veränderten internationalen Anforderungen anzupassen. Die im Vorentwurf vorgeschlagenen Anpassungen des IPRG bewegen sich in dem vom HTÜ vorgegebenen Rahmen und hindern die Schweiz nicht, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Ansonsten tangiert die Vorlage keine internationalen Verpflichtungen der Schweiz und hat keine Auswirkungen auf die geltenden Verträge zwischen der Schweiz und der EU sowie auf die bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen und Steuerinformationsabkommen.

8.3 Erlassform

Die Vorlage enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen, die nach Artikel 164 Absatz 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Die Zuständigkeit der Bundesversammlung für den Erlass des Gesetzes ergibt sich aus Artikel 122 Absatz 1 BV.

8.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Mit der Vorlage werden weder neue Subventionsbestimmungen noch neue Verpflichtungskredite oder Zahlungsrahmen beschlossen. Die Vorlage ist somit nicht der Ausgabenbremse (Art. 159 Abs. 3 Bst. b BV) unterstellt.

8.5 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Mit der Vorlage werden keine neuen Rechtsetzungsbefugnisse an den Bundesrat delegiert.

8.6 Datenschutz

Die Vorlage betrifft keine Fragen in Verbindung mit dem Datenschutz.