

# EIN TRUSTRECHT FÜR DIE SCHWEIZ?

## Über den Sinn der Einführung eines neuen Rechtsinstituts im Schweizer Recht

**Dieser Aufsatz befasst sich mit der Frage, ob die jüngsten Bestrebungen, einen Schweizer Trust einzuführen, von einem genügenden praktischen Bedürfnis getragen sind, wie ein solches Rechtsinstitut aussehen könnte und ob es allenfalls einfachere Wege gäbe, die damit verfolgten Ziele zu verwirklichen.**

### 1. EINLEITUNG

Am 13. März 2019 hat der Nationalrat als zweitbehandelnde Kammer die Motion 18.3383 *Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung* der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-SR) angenommen [1]. Das Schweizer Parlament hat damit dem Bundesrat den Auftrag erteilt, die rechtlichen Grundlagen für einen Schweizer Trust zu schaffen [2]. Die Annahme der Kommissionsmotion ist der einstweilen letzte Teil einer langen Reihe von Vorstössen mit dem Ziel, den Trust im Schweizer Privatrecht zu implementieren. Bereits 2010 wurde mit dem Postulat 10.3332 *Analyse einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz* von Nationalrätin Isabelle Moret eine Debatte zur Einführung des Trusts in das Schweizer Recht angeregt. Das Postulat wurde aber infolge fehlender Bearbeitung innert der gesetzlich vorgeschriebenen zwei Jahre wieder abgeschrieben [3]. 2015 griff die FDP das Thema mit dem Postulat 15.3098 *Prüfung einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts* (nachfolgend FDP-Postulat) wieder auf [4], und 2016 folgte die parlamentarische Initiative 16.488 *Aufnahme des Rechtsinstituts Trust in die schweizerische Gesetzgebung* des CVP-Nationalrats Fabio Regazzi [5]. Beiden Vorstössen wurde Folge gegeben. Die RK-SR vertrat anlässlich der Behandlung der parlamentarischen Initiative Regazzi die Meinung, der Bundesrat solle bei dem Gesetzgebungsprojekt die Federführung übernehmen, und verabschiedete schliesslich die bereits erwähnte Kommissionsmotion 18.3383.

Die Arbeiten zur Beantwortung des der Kommissionsmotion vorangehenden FDP-Postulats sind derzeit noch im

Gang. Das EFD hat eine Expertenkommission eingesetzt, die einen Katalog der mit dem Trust beabsichtigten Rechtswirkungen erarbeiten und gestützt darauf verschiedene Regelungsmodelle entwickeln soll. Parallel dazu läuft eine externe Regulierungsfolgeabschätzung, welche die wirtschaftliche Relevanz eines schweizerischen Trustrechts evaluiert [6]. Die ersten Ergebnisse dieser Arbeiten werden im Sommer 2019 erwartet. Die politische Unterstützung, die das Anliegen erfahren hat, ist beachtlich; obwohl der Bundesrat bislang alle Vorstösse zur Ablehnung empfohlen hat, haben diese im Parlament und in den Kommissionen meist deutliche Mehrheiten erzielt [7]. Manche Autoren sind deshalb bereits dazu übergegangen, sich Gedanken darüber zu machen, wie ein Schweizer Trust im Einzelnen aussehen könnte [8]. Der vorliegende Beitrag will zunächst einen Schritt zurücktreten und der Frage nachgehen, ob es ein schweizerisches Trustrecht tatsächlich braucht, bevor der Blick auf seine Ausgestaltung gerichtet wird.

### 2. AUSGANGSLAGE

Der Trust ist ein Instrument aus der angelsächsischen Rechtstradition des Common Law, dessen Begründer – der Settlor – Vermögenswerte auf eine andere Person – den Trustee – überträgt mit dem Auftrag, die Vermögenswerte entsprechend seiner Vorgaben getrennt von seinem Privatvermögen zu verwalten und zugunsten eines bestimmten Zwecks respektive bestimmter Personen – den Beneficiaries – zu verwenden [9]. Aus kontinentaleuropäischer Sicht bemerkenswert ist dabei die aus der Dualität zwischen Common



DOMINIQUE JAKOB,  
PROF. DR. IUR., M.I.L. (LUND),  
INDEPENDENT ADVISOR,  
ORDINARIUS FÜR  
PRIVATRECHT, LEITER,  
ZENTRUM STIFTUNGS-  
RECHT,  
UNIVERSITÄT ZÜRICH



MICHELLE KALT,  
MLAW, LL.M.,  
RECHTSANWÄLTIN,  
WISS. ASSISTENTIN,  
UNIVERSITÄT ZÜRICH

Law und Equity herrührende Aufspaltung des Eigentums am Trustvermögen: Dem Trustee kommt am Trustvermögen das formellrechtliche Eigentum – der sog. Legal Title – zu; den Beneficiaries obliegt demgegenüber der sog. Beneficial Title. Der Trustee verwaltet das Trustvermögen treuhänderisch zum Nutzen der Beneficiaries und ist dabei an die Vorgaben des Settlers gebunden, die von den einzelnen Beneficiaries durchgesetzt werden können [10]. Dem Trust fehlt es an Rechtspersönlichkeit; Rechtsträger des Trustvermögens ist der Trustee, wobei das Trustvermögen bei ihm ein Sondervermögen darstellt, das vor der Zwangsvollstreckung durch private Gläubiger des Trustees geschützt ist [11].

Obschon ein Institut angelsächsischer Provenienz, hat das Konzept des Trusts auch in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen Interesse geweckt, und einzelne Länder mit Civil-Law-Tradition (so etwa Liechtenstein, San Marino und Ungarn) haben den Trust in einer mehr oder weniger an ihr Rechtssystem angepassten Fassung eingeführt [12]. Dem schweizerischen materiellen Recht ist der Trust nach wie vor fremd. Die Schweiz anerkennt nach ausländischem Recht errichtete Trusts aber seit etwas mehr als einem Jahrzehnt auf der Grundlage des per 1. Juli 2007 in Kraft getretenen Haager Trust-Übereinkommens (HTÜ) [13]. Die mit der Ratifikation des HTÜ zur Pflicht gewordene Anerkennung ausländischer Trusts hat auch Anpassungen des inländischen Rechts notwendig gemacht; so kennen heute zahlreiche Rechtsgebiete vom Grundbuch- über das Zwangsvollstreckungs- und Steuerrecht bis hin zur Finanzmarktregulierung trustspezifische Bestimmungen. Trusts sind aber nicht nur in (internationalprivat-)rechtlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht seit geraumer Zeit eine Realität in der Schweiz und ein beachtlicher Teil der hiesigen Finanzindustrie erbringt heutzutage Dienstleistungen im Zusammenhang mit Trusts. Das Recht hat mit diesen Entwicklungen Schritt gehalten: Ausländische Trusts resp. deren in der Schweiz ansässige Trustees gehören seit jeher zum Adressatenkreis der Geldwäschereigesetzgebung, und das 2018 verabschiedete und per 1. Januar 2020 in Kraft tretende Finanzinstitutsgesetz (FINIG) wird Trustees neu erstmals sowohl einer Aufsicht als auch einer Bewilligungspflicht unterstellen [14]. Und als nächster Schritt ein Schweizer Trust?

### 3. DIE ARGUMENTE IM ÜBERBLICK

Die Befürworter eines schweizerischen Trustrechts argumentieren, dass damit der Finanzplatz Schweiz gestärkt werde: Mit einem eigenen Trustrecht könnten eine Lücke im Angebot der Schweizer Banken und Vermögensverwalter geschlossen und in der Schweiz vergleichbare Bedingungen geschaffen werden wie in Rechtsordnungen, die den Trust bereits heute kennen. In Zeiten zunehmender Steuertransparenz würden damit Wettbewerbsnachteile gegenüber Offshore-Jurisdiktionen verhindert [15]. Der Privatwirtschaft sollen eine breite Palette unternehmerischer Organisationsformen und den Privaten möglichst vielfältige Instrumente zur Planung ihres Vermögens bzw. ihres Nachlasses zur Verfügung gestellt werden [16].

Die Argumente der Gegenseite lassen sich grob in solche rechtspolitische und solche rechtsdogmatischer Natur ein-

teilen. In politischer Hinsicht wird geltend gemacht, die Schweiz habe sich mit grossem Aufwand den internationalen Vorgaben zur Steuertransparenz angepasst, weshalb es nicht opportun sei, nun ein eigenes Trustrecht einzuführen. Es sei widersprüchlich, auf der einen Seite eine bessere Überwachung von Offshore-Finanzzentren zu befürworten und auf der anderen Seite deren Vermögensverwaltungsinstrumente zu kopieren [17]. In dogmatischer Hinsicht wird vertreten, angelsächsische Trusts würden Eigenschaften aufweisen, die im römisch-rechtlich geprägten schweizerischen Recht kaum abzubilden seien, so etwa die Aufspaltung des Eigentums in Legal Title und Beneficial Title. Für die Bedürfnisse und Probleme, die bei der Nachlassplanung entstehen, stelle das Schweizer Recht ausserdem bereits heute eine (ausreichende) Vielzahl von Lösungen zur Verfügung, namentlich die Stiftung, die Treuhand sowie die Nacherbeneinsetzung, die ihrerseits optimiert werden könnten [18]. Nachfolgend sollen die für und gegen die Einführung eines Schweizer Trusts angeführten Argumente einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

#### 3.1 Rechtspolitische Überlegungen

**3.1.1 Finanzplatz Schweiz und regulatorisches Umfeld.** Das zugunsten eines Schweizer Trustrechts angeführte Hauptargument ist wirtschaftspolitischer Natur: Es basiert auf der Annahme, dass ein Schweizer Trust den Akteuren des Finanzplatzes zusätzliche Tätigkeitsfelder eröffnen würde, die ihm bislang verschlossen blieben. In dieser Annahme ist die Vermutung inhärent, dass auf dem Finanzplatz Schweiz ein Bedürfnis nach einem Schweizer Trust besteht, das durch ein bereits existierendes in- oder ausländisches Vehikel nicht oder nicht in gleichem Masse befriedigt werden kann.

Die hiesige Rechtsordnung ist freiheitlich geprägt und misst dem Recht des Individuums, sein Vermögen diskret und ohne staatliche Einflussnahme individuell zu strukturieren, traditionell grosse Bedeutung zu. Dieses Bekenntnis zur ökonomischen Privatsphäre des Einzelnen kam kaum je deutlicher zum Ausdruck als in der Debatte um das Schicksal des Bankkundengeheimnisses, mit dessen *De-facto-Aufgabe* für ausländische Kunden sich die Schweizer Politik bekanntlich mehr als schwer getan hat [19]. Die Einführung eines Rechtsinstituts, das die individuelle Vermögens- und Nachlassplanung zusätzlich flexibilisiert, stünde mit den Grundpfeilern der schweizerischen Vermögensverwaltungstradition also durchaus im Einklang. Das gilt umso mehr für den Trust, der traditionell häufig in Situationen verwendet wird, in denen Vertraulichkeit von grosser Wichtigkeit ist [20]. Im Lichte der Schweizer Bankentradition und der nach wie vor guten Reputation des hiesigen Finanzplatzes erscheint der Ruf nach einem neuen Vermögensverwaltungsinstrument daher durchaus konsequent.

Der Fall des Bankkundengeheimnisses und die zunehmende Finanzmarktregulierung zeigen jedoch deutlich, dass sich die Zeiten auch in der Schweiz gewandelt haben. Ein Schweizer Trust würde aktuell in ein regulatorisches Umfeld «hineingeboren», in dem er seine traditionellen Funktionen kaum mehr so zu erfüllen vermöchte, wie er es zu seinen «besten Zeiten» im Ausland tat. Der Wandel zeigt

sich nicht zuletzt daran, dass selbst die traditionell unter dem Radar des Register- und Aufsichtsrechts existierenden schweizerischen Familienstiftungen neuerdings der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister unterstehen, und der Ruf nach einer gleichlautenden Pflicht für (notabene ausländische) Trusts ist in der Vergangenheit ebenfalls bereits laut geworden [21]. Gleichzeitig steht in Zeiten des automatischen Informationsaustauschs in Steuersachen (AIA), der zunehmenden Regulierung der Trustee-Tätigkeit und der fortwährend strenger werdenden Geldwäschereigesetzgebung [22] der traditionell (auch) formlos möglichen Errichtung und unkomplizierten Administration des Trusts ein Regulierungsapparat gegenüber, der viele der Vorteile zunichtemacht, die den Trust im angelsächsischen Raum so beliebt machten und die vonseiten seiner Befürworter auch in der laufenden Diskussion immer wieder betont werden. Deshalb ist es nach Ansicht der Autoren fraglich, ob ein Trustrecht, das sich im beschriebenen regulatorischen Umfeld behaupten muss, für die hiesigen Vermögensverwaltungskunden jenen Mehrwert bieten würde, den sich die Initianten erhoffen und der für das neue Institut eine genügende Nachfrage generieren würde. Ob der Trust den Finanzplatz stärken würde, darf vor diesem Hintergrund zumindest vorsichtig angezweifelt werden. Ob diese wirtschaftlichen Vorteile darüber hinaus ein Ausmass annehmen würden, welches den mit dem Projekt verbundenen Gesetzbearbeitungsaufwand (dazu noch später) rechtfertigen würde, erscheint umso fraglicher.

**3.1.2 Missbrauchsgefahr und Governance.** Die Gegner eines Schweizer Trusts weisen zuweilen darauf hin, dass das Rechtsinstitut missbrauchsanfällig sei und insbesondere gerne zur Steuerhinterziehung verwendet werde [23]. Dass die meisten Offshore-Finanzplätze, die fast schon definitionsgemäss Misstrauen hervorrufen, ein eigenes Trustrecht haben, dürfte dem Ansehen des Rechtsinstituts kaum helfen. Den Trust deshalb als solchen zu verteufeln, wäre allerdings falsch. Dem Argument der Missbrauchsgefahr ist entgegenzuhalten, dass auch zahlreiche Rechtsordnungen, die nicht den Ruf einer Steueroase geniessen, ein Trustrecht aufweisen [24], und dass für Missbrauch nicht ein Rechtsinstitut, sondern die kriminelle Energie der Missbrauchenden verantwortlich ist. Gerade die eingangs beschriebenen Regulierungstendenzen verfolgen das Ziel, diese Wildwüchse zu vermeiden; insofern ist die Missbrauchsanfälligkeit eines Rechtsinstituts weniger eine Frage des materiellen (Privat-) Rechts als eine der anwendbaren Steuer-, Finanzmarkt- und Strafrechtsgesetzgebung [25] und hängt nicht zuletzt davon ab, in welchem Ausmass die betreffende Rechtsordnung Amts- und Rechtshilfe leistet. Daneben sei daran erinnert, dass die Schweiz bereits durch die Anerkennung ausländischer Trusts (insbesondere durch die damit verbundene Ansässigkeit von Trustees und der Belegenheit von Trustvermögen in der Schweiz) mit diesen Fragen konfrontiert wurde und entsprechende Lösungen entwickelt hat, die auch auf inländische Trusts anwendbar wären [26]. Die Erarbeitung eines inländischen Trustrechts mag in diesem Zusammenhang den Vorteil haben, dass man dessen Missbrauchsanfälligkeit durch entsprechende Governance-Vorschriften bes-

ser minimieren könnte, als es derzeit bei der Anerkennung ausländischer Gebilde der Fall ist [27]. In der Tat könnte ein «Swiss Made»-Trust für Schweizer Verlässlichkeit und Governance stehen und sich dadurch von der ausländischen Konkurrenz abheben. Freilich stellt sich wieder die bereits beschriebene Problematik, dass ein allzu stark regulierter Schweizer Trust im Wettbewerb mit flexibleren ausländischen Instrumenten einen schweren Stand haben und das Ziel, die Konkurrenzfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu stärken, schwer zu erreichen sein dürfte.

**3.2 Rechtsdogmatische Überlegungen.** Die rechtsdogmatischen Bedenken gegen die Einführung eines angelsächsischen Trustrechts wurden bereits kurz angeschnitten. An dieser Stelle der Diskussion tut es Not, kurz innezuhalten und zu überlegen, wie ein Schweizer Trust überhaupt aussehen könnte. In Betracht kommen ein Trustrecht nach klassisch-angelsächsischem Vorbild, aber auch ein neues Instrument, das zwar die meisten *Rechtswirkungen* eines angelsächsischen Trusts nachbildet, sich ansonsten aber an einem hierzulande bereits bekannten Rechtsinstitut (etwa an der Stiftung oder der Treuhand) orientiert.

**3.2.1 Regelungsmodelle im Einzelnen.** Ein Schweizer Trust nach angelsächsischem Vorbild hätte sich wohl an einer Modellrechtsordnung – etwa am englischen Recht als Ursprungsrechtsordnung des Trusts oder an einem jüngeren und moderneren Common-Law-Trustrecht – zu orientieren. Dies hätte zur Folge, dass typische Merkmale des angelsächsischen Trusts wie die geteilte Berechtigung am Trustvermögen (Split Ownership) und das Spurfolgerecht (Tracing) in das Schweizer Recht «übersetzt» werden müssten, was fast zwingend die Einführung neuer Instrumente (z. B. neuer beschränkter dinglicher Rechte) bedeuten würde [28]. Civil-Law-Rechtsordnungen mit einem eigenen Trustrecht nach angelsächsischem Vorbild sind die absolute Ausnahme. Dem angelsächsischen Trust am nächsten kommt wohl derzeit die liechtensteinische Treuhänderschaft [29]. Auch wenn es sich dabei nicht um die exakte Kopie eines Common-Law-Trusts handelt und gewisse Unterschiede existieren, überwiegen nach Ansicht der Rechtsgelehrten die Gemeinsamkeiten zwischen Treuhänderschaft und Trust in dem Masse, dass für die Auslegung des liechtensteinischen Rechts englische und amerikanische Trustliteratur beigezogen werden kann [30]. Namentlich kommt es auch bei der liechtensteinischen Treuhänderschaft zu einer Aufteilung der Berechtigung am Treuhandvermögen [31] und kennt das liechtensteinische Recht der Treuhänderschaft wie sein angelsächsisches Vorbild ein Spurfolgerecht [32].

Eine zweite und in der Literatur populäre Möglichkeit bestünde darin, ein *Trustrecht nach dem Modell der Treuhand* zu entwickeln. Bei der – positivrechtlich kaum geregelten, aber gerichtlich anerkannten – Treuhand erwirbt der Treuhänder durch Übertragung des Treuguts das Eigentum an diesem, wobei dem Treugeber durch fiduziarische Abrede dem Treuhänder gegenüber (obligatorische) Rechte eingeräumt werden [33]. Zwar sind bereits jetzt diese obligatorischen Rechte zum Teil konkursfest [34]. Für eine trustähnliche Ausgestal-



tung müsste jedoch (zusätzlich) insbesondere eine Lösung für das Problem gefunden werden, dass Treugeber und Begünstigter beim Trust – im Gegensatz zur klassischen Treuhand – verschiedene Personen sein können, deren Interessen der Treuhänder gleichermaßen und in unabhängiger Weise zu wahren hätte, wie es auch der Trustee tun muss. Die Treuhandabrede ist also keine Trust Relationship, sondern ein Vertrag, der von einem Zweipersonen- zu einem Dreipersonenverhältnis ausgestaltet werden müsste. Ausserdem kann der Treuhänder aktuell als Eigentümer des Treuguts über dieses im Aussenverhältnis auch entgegen der fiduziarischen Abrede verfügen (überschiessende Rechtsmacht), ohne dass der Treugeber dies verhindern könnte [35]. Eine Weiterentwicklung der Treuhand käme somit wohl kaum umhin, die Stellung des Begünstigten in gewisser Weise zu «verdinglichen» [36].

Als dritte, aber freilich nicht einzige weitere [37] Möglichkeit der Nachbildung eines Trusts mit Mitteln des Schweizer Rechts sei hier noch das *stiftungsrechtliche Regelungsmodell* angesprochen. Etwa anerkennt die Lehre bereits heute die Möglichkeit der Errichtung einer *unselbstständigen Stiftung*, bei der einem existierenden Rechtsträger (z. B. einer juristischen Person) ein Vermögen als *Sondervermögen* beigeordnet wird, das dieser entsprechend der angeordneten Zweckbindung einzusetzen hat [38]. Konstruiert wird eine solche Rechtsbeziehung in der Regel als Schenkung oder Vermächtnis unter der Auflage, das Vermögen stiftungsartig zu verwalten [39]. Auch dieses Modell würde sich ggf. für eine Weiterentwicklung zum Trust anbieten. Abgesehen davon, dass die dogmatische Qualifikation der unselbstständigen Stiftung schon an sich nicht unumstritten ist, würden sich bei deren Weiterentwicklung ähnliche Fragen stellen wie bei der Treuhand.

**3.2.2 Trustrecht nach angelsächsischem Vorbild.** Gegen die Einführung eines Trusts nach angelsächsischem Vorbild wird meist ins Feld geführt, dass sich die Aufspaltung des Eigentums kaum ins Schweizer Recht übertragen lasse. Und in der Tat: Eine Eins-zu-eins-Übernahme von Legal Title und Beneficial Title scheint kein realistisches Zukunftsszenario zu sein. Selbst in der Pionier-Rechtsordnung Liechtenstein geht die überwiegende Ansicht davon aus, dass dem Treuhänder nicht das Vollrecht am Treugut, sondern lediglich ein dingliches Verwaltungsrecht zukommt [40], was am Ende doch wieder auf eine funktionale Nachbildung des Trusts anstelle der «Vollrezeption» hinausläuft [41]. Die Aufspaltung in Legal Title und Beneficial Title dient als Exempel für die vielen fundamentalen Unterschiede zwischen dem Schweizer Recht und den Common-Law-Rechtsordnungen, aus welchen hervorgeht, dass zumindest die Übernahme eines angelsächsischen Trusts *ohne* fundamentale Wesensveränderungen unmöglich sein dürfte. Es scheint also kein Weg daran vorbeizuführen, ein massgeschneidertes Trustrecht für die Schweiz zu entwickeln, welches die Besonderheiten unserer Rechtsordnung berücksichtigt. Dies wird freilich mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbunden sein.

**3.2.3 Massgeschneidertes Trustrecht.** Mit der Entwicklung eines massgeschneiderten, auf die Eigenheiten und Bedürfnisse

des Schweizer Rechtssystems abgestimmten Trustrechts hat es indes nicht sein Bewenden. Die Verschiedenheit von Common Law und Civil Law ist nämlich nicht das einzige rechtsdogmatische Problem, das sich bei der Einführung eines Trustrechts stellt: Ebenso problematisch sind aus Sicht der Verfasser die aus Art. 335 ZGB herrührenden Wertungswidersprüche. Das Schweizer Recht lässt nämlich Familienstiftungen mit reiner Unterhaltsfunktion zufolge Art. 335 ZGB und der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesem Artikel nicht zu [42]. Das an sich legitime Bedürfnis nach einem zusätzlichen Instrument zur Nachlassplanung dürfte nicht zuletzt in diesen Restriktionen begründet sein [43]. Ausländische Vehikel (seien es Trusts, seien es liechtensteinische Familienstiftungen) werden demgegenüber trotz Art. 335 ZGB hierzulande anerkannt, weil die Bestimmung gemäss einem bundesgerichtlichen Urteil aus dem Jahr 2009 keine «loi d'application immédiate» darstellt [44]. Nachdem die Wertung des Art. 335 ZGB, insbesondere auch dessen Abs. 2, nicht auf Familienstiftungen beschränkt ist, müsste sich ein Schweizer Trust (notabene anders als ein ausländischer Trust) diese Norm ebenfalls entgegenhalten lassen. Die zeitgenössische Literatur fordert deshalb die Öffnung der Familienstiftung für Unterhaltszwecke und die Abschaffung oder zumindest Neuformulierung des Art. 335 ZGB [45], und das nicht zuletzt aufgrund des Wertungswiderspruchs zwischen der Anerkennung ausländischer Vehikel und der fehlenden Verfügbarkeit eines entsprechenden schweizerischen Instruments. Dass die Idee eines Schweizer Trusts im Parlament auf grosse Zustimmung gestossen ist, ist ein weiteres Zeichen, dass der Gesetzgeber tätig werden muss. Aus Sicht der Verfasser sollte man deshalb zuerst hier den Stift ansetzen; dass der Schweizer Gesetzgeber einerseits ein Trustrecht einführt, das u. a. die vorbehaltlose Begünstigung von Familienmitgliedern (oder auch anderen Personen als dem Settlor) zulässt, während andererseits das Errichten von reinen Unterhaltstiftungen bei Nichtigkeitsfolge verboten bleibt, wäre aus Sicht der Verfasser schwer zu rechtfertigen.

**3.3 Praktische Überlegungen.** Schliesslich gilt es im Auge zu behalten, welche praktischen Schwierigkeiten dem Vorhaben Schweizer Trust entgegenstehen. Mögen manche Befürworter auch der Meinung sein, die Einführung des Trusts wäre gesetzgeberisch «kein grosser Wurf» [46]: Trivial wäre ein solches Unterfangen keineswegs. Zwar wurden im Zusammenhang mit der Ratifikation des HTÜ bereits diverse Bestimmungen des Schweizer Rechts so angepasst, dass eine einwandfreie Interaktion mit (ausländischen) Trusts sichergestellt ist, so etwa Bestimmungen des SchKG und des Grundbuchrechts. Insofern hat der Gesetzgeber durch die Regelung der Anerkennung ausländischer Trusts beträchtliche Vorarbeit geleistet, an welche ein Schweizer Trustrecht ohne Weiteres anknüpfen könnte. Darüber hinaus haben sich Finanzmarkt- und Steuerrecht seit jeher mit ausländischen Trusts auseinandersetzen müssen; und die neuesten Entwicklungen in der Finanzmarktregulierung (insbesondere die Einführung der Bewilligungs- und Aufsichtspflicht für die Trustee-Tätigkeit) dürften die Antwort auf manche

Fragen vorwegnehmen. Gleichwohl müsste ein materielles Trustrecht zahlreiche Themen lösen, die gegenwärtig noch offen sind: Sollen die (Eigentums-)Rechte am Trustvermögen zwischen dem Trustee und dem Beneficiary ähnlich der liechtensteinischen Treuhänderschaft aufgespalten werden (etwa in Form eines neuen beschränkten dinglichen Rechts, wie es in der Literatur zuweilen vorgeschlagen wird [47]) oder sollen die Ansprüche des Beneficiars rein obligatorisch ausgestaltet werden? Welche Möglichkeiten gibt man dem Beneficiary an die Hand, sich gegen Verstösse des Trustees gegen die Bestimmungen des Trusts (Breaches of Trust) zur Wehr zu setzen: Soll der Beneficiary etwa direkt gegen (Dritt-)Empfänger von unzulässig veräussertem Trustvermögen vorgehen und dieses beim Empfänger herausverlangen können (in der Tradition des angelsächsischen Spurfolgerechts)? Welcher Maximaldauer soll der Trust unterliegen [48]? Welche Rechte sollen dem Beneficiary im Konkurs des Trustees zukommen? Soll der Trust auch für gemeinnützige oder sonstige andere Zwecke als jenen der privaten Vermögensstrukturierung geöffnet werden (und stünde er dann ggf. unter staatlicher Aufsicht) [49]? Sodann müssten bei der Schaffung eines materiellen Trustrechts (endlich) all die Fragen gesetzgeberisch geklärt werden, welche die Literatur seit Inkrafttreten des HTÜ ausgiebig diskutiert, aber kaum abschliessend gelöst hat: Soll der Schweizer Trust von Todes wegen errichtet werden können? Kann eine Begünstigtenstellung in einem Schweizer Trust im Lichte der Biens-aisément-négociables-Doktrin einen Pflichtteilsanspruch erfüllen, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Wie sind Trusts in güter- und erbrechtlichen Prozessen (insbesondere um Ausgleich und Herabsetzung) zu behandeln [50]?

All diese Fragen bedürfen einer sorgfältigen Prüfung. Allein: Ihre Beantwortung garantiert noch nicht, dass ein so geschaffener Schweizer Trust den Bedürfnissen des Finanzplatzes Schweiz entsprechen wird, wie es das Ziel der Initianten ist. Arbeitet man nun viele Jahre an einem Rechtsinstrument, das am Ende niemand braucht? Nach Ansicht der Autoren ist es jedenfalls fraglich, ob die auf das Gesetzgebungsprozedere verwendeten Ressourcen und die erhofften Vorteile in einem vernünftigen Verhältnis stehen werden.

#### 4. FAZIT UND AUSBLICK

Der vorliegende Überblick zeigt: Das Anliegen eines Schweizer Trustrechts ist grundsätzlich berechtigt und sicherlich keine legislatorische Unmöglichkeit. Allerdings stehen dem Projekt nicht zu übersehende rechtsdogmatische und praktische Schwierigkeiten entgegen. Die Politik sei deshalb gehalten, im Rahmen der Debatte um den Schweizer Trust Weitsicht walten zu lassen und nicht aus den Augen zu verlieren, dass mit einem vergleichsweise geringen gesetzgeberischen Aufwand – nämlich einer Revision von Art. 335 ZGB – dem Bedürfnis nach einem zusätzlichen Nachlassplanungsinstrument mindestens zum Teil entsprochen werden könnte. Die Revision der Familienstiftung ist ein Must-have, das Schaffen eines neuen Schweizer Trusts ein Nice-to-have. Es wäre bedauerlich, wenn die jahrelange Verweigerung von Rechtsprechung und Politik, sich des Art. 335 ZGB anzunehmen, zur Folge hätte, dass man im Rahmen eines umständlichen Gesetzgebungsverfahrens ein neues Instrument mit ähnlichem Zweck entwickelt, das sich am Ende nicht richtig durchzusetzen vermag. ■

**Anmerkungen:** 1) Siehe: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183383>, Zugriff am 10. Juli 2019. 2) Der Kommissionstext lautet: «Der Bundesrat wird beauftragt, die rechtlichen Grundlagen für einen Schweizer Trust zu schaffen.» 3) Siehe: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20103332>, Zugriff am 10. Juli 2019. 4) Siehe: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=2015>

3098, Zugriff am 10. Juli 2019. 5) Siehe: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160488>, Zugriff am 10. Juli 2019. 6) Stellungnahme des Bundesrates vom 25. Mai 2018 zur Kommissionenmotion 18.3383, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183383>, Zugriff am 10. Juli 2019. 7) Das Postulat 15.3098 wurde im Nationalrat mit 123 zu 67 Stimmen (bei 2 Enthaltungen) angenommen; die Motion 18.3383

wurde im Nationalrat mit 123 zu 58 Stimmen und im Ständerat mit 25 zu 16 Stimmen (bei 2 Enthaltungen) angenommen. Der parlamentarischen Initiative 16.488 wurde in der RK-NR mit 15 zu 4 Stimmen (bei 3 Enthaltungen) und in der RK-SR mit 6 zu 3 Stimmen (bei 1 Enthaltung) zugestimmt. 8) So etwa Thévenoz, L., Propositions pour un trust suisse, SZW 2018, S. 99 ff.; Cincelli, R., Der Common Law Trust: Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus

Sicht der Schweiz, Diss. Freiburg, Zürich 2017, Rz. 680 ff. **9)** Hierzu und im Folgenden die Originaldefinition bei Hayton, D., Matthews, P., Mitchell, A., Underhill and Hayton: *Law of Trusts and Trustees*, 19. Auflage, London 2016, S. 2: «A trust is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property (called trust property) owned by him as a separate fund, distinct from his own private property, for the benefit of persons (called beneficiaries [...]), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation»; Pettit, P.H., *Equity and Trusts*, 12. Auflage, Oxford 2012, S. 25; Hudson, A., Thomas, G., *The Law of Trusts*, 2. Auflage, Oxford 2010, Rz. 1.05. **10)** Hayton, Matthews, Mitchell (Anm. 9), S. 2. **11)** Hudson, Thomas (Anm. 9), Rz. 1.05. **12)** Vgl. dazu rechtsvergleichend Panico, P., *New Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions*, ZVglRWiss 2018, S. 283 ff.; Tajti, T., Whitman, R., *Common Law Trusts in Hungary and Other Continental European Civil Law Systems*, *The Marshall Law Review* 2016, S. 709 ff. **13)** SR o.221.371. **14)** Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b FINIG (Bewilligungspflicht); Art. 61 Abs. 1 und 2 FINIG (Aufsicht). **15)** Bernasconi, P., *Es ist Zeit für einen Schweizer Trust*, in: *Neue Zürcher Zeitung*, 20. April 2019, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/meinung/zeit-fuer-einen-schweizer-trust-ld.1378414>, Zugriff am 10. Juli 2019; Willimann Vyskocil, N., *Trusts als Chance für den Finanzplatz Schweiz*, in: *Die Volkswirtschaft* 7/2019, S. 21 ff. Für eine Übersicht der von politischer Seite geäußerten Ansichten siehe Schmid, S., *Braucht die Schweiz den Trust?*, in: *Tages Anzeiger*, 10. April 2013, abrufbar unter <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Braucht-die-Schweiz-den-Trust/story/18177056>, Zugriff am 10. Juli 2019; siehe ausserdem die Begründung des Postulats 15.3098, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20153098>, Zugriff am 10. Juli 2019. **16)** So bereits im Jahr 2013 NR Thomas Aeschi, zitiert bei Schmid (Anm. 15). **17)** So die Meinung des Bundesrates, zitiert bei Bernasconi (Anm. 15); gleicher Meinung waren – zumindest noch im Jahr 2013 – NR Corrado Pardini (SP) und NR Martin Landolt (BDP), zitiert bei Schmid (Anm. 15). **18)** Fischer, M., Peter, N., *Der Trust ist keine gute Lösung für die Schweiz*, in: *Neue Zürcher Zeitung*, 24. Mai 2018, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/meinung/nachlassplanung-der-trust-ist-keine-gute-loesung-fuer-die-schweiz-ld.1384440>, Zugriff am 10. Juli 2019; so – jedenfalls im Jahr 2013 – auch noch die Auffassung des Eidgenössischen Finanzdepartements, zitiert bei Schmid (Anm. 15). **19)** Ausführlich zur Geschichte des Bankgeheimnisses bis hin zu dessen Aufgabe mit Bezug auf ausländische Bankkunden Tobler, S., *Der Kampf um das Schweizer Bankgeheimnis: Eine 100-jährige Geschichte von Kritik und Verteidigung*, Zürich 2019. **20)** Zum Diskretionsbedürfnis als Grund für die Verwendung eines Trusts siehe Deininger, R., Götzenberger, A., *Internationale Vermögensnachfolgeplanung mit Auslandsstiftungen und Trusts*, *Angelbachtal* 2006, S. 65; zur Verwendung von Trusts als «Testamentsersatzgeschäft» (Will Substitute), zumal Trustsgeschäfte unter Lebenden im Gegensatz zu Testamenten in den meisten US-Bundesstaaten nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, Remde, J., *Der Trust als Gestaltungsmittel der Vermögensvererbungsabwicklung und des Vermögensschutzes*, Diss. Köln 2011, Frankfurt a.M. 2012, S. 80 f. **21)** Siehe die Motion 13.3356 Registrierungs-pflicht für Trusts und andere Offshore-Konstrukte von NR Ursula Schneider Schüttel (abgelehnt) sowie die Motion 17.4251 *Paradise Papers*. Juristische Personen und Trusts, Transparenz der wirtschaftlich Berechtigten, Register von NR Susanne Leutenegger Oberholzer (im Rat noch nicht behan-

delt). **22)** Als Beispiel für die immer strenger werdende Regulierung sei an dieser Stelle nur erwähnt, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c des Vorentwurfs zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 1. Juni 2018 inskünftig auch Personen, die nur als Berater Dienstleistungen im Zusammenhang mit Trusts erbringen, den Sorgfaltspflichten des GwG unterstehen sollen (wohingegen derzeit noch notwendig ist, dass Vermögenswerte angenommen, angelegt oder aufbewahrt resp. bei diesen Tätigkeiten Hilfe geleistet wird; siehe dazu auch den Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 1. Juni 2018 des Eidgenössischen Finanzdepartements, S. 8. Vorentwurf und Erläuternder Bericht sind abrufbar unter [https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news\\_list.msg-id-70973.html](https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-70973.html), Zugriff am 10. Juli 2019. **23)** Dem hält Bernasconi (Anm. 15) entgegen, Missbräuche von Trusts seien seiner Erfahrung nach selten (Anm. der Verfasser: Der zitierte Autor ist ehemaliger Tessiner Staatsanwalt). **24)** So gelten weder die einzelnen Rechtsordnungen des Vereinigten Königreiches (England und Wales, Schottland, Nordirland) noch die meisten Bundesstaaten der USA (mit Delaware als Hauptausnahme) als klassische Steuerparadiese resp. Offshore Jurisdictions. **25)** Dazu Bernasconi (Anm. 15): Die Klarheit und Bestimmtheit von internen Rechtsnormen sei die beste Missbrauchsbe-kämpfung. **26)** Willimann Vyskocil (Anm. 15), S. 23. **27)** So auch Bernasconi (Anm. 15) sowie Willimann Vyskocil (Anm. 15), S. 23. **28)** So Cincelli (Anm. 8), Rz. 742. **29)** Cincelli (Anm. 8), Rz. 497 m.w.H.; Marxer, P. et al., *Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht*, Vaduz 2009, S. 116. **30)** Cincelli (Anm. 8), Rz. 497; Marxer et al. (Anm. 29), S. 116. **31)** Strittig ist aber, wie sich die Aufteilung in dogmatischer Hinsicht gestaltet: Nach der Vollrechtstheorie wird der Treuhänder Vollrechtsträger des Treuhandvermögens und kommt dem Begünstigten ein dinglich verstärktes obligatorisches Recht am Treuhandvermögen zu (für die Vollrechtstheorie etwa Biedermann, K., *Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts*, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law, unter Berücksichtigung des Gesetzes betreffend das Treuunternehmen, Diss. Bern 1980, S. 369 ff.). Nach der dinglichen Verwaltungstheorie wird der Treuhänder lediglich Träger eines dinglichen Verwaltungsrechts, aber nicht des Eigentums am Treuhandvermögen (so etwa Bösch, H., *Die liechtensteinische Treuhänderschaft zwischen Trust und Treuhand*, Schaan 1995, S. 295 ff.), welches – soweit ersichtlich – beim Treugeber verbleiben soll (so Bösch, a.a.O., S. 299, mit Verweis auf Koziol, H., *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wien/New York 1967, S. 113). **32)** Art. 912 Abs. 3 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR). **33)** Cincelli (Anm. 8), Rz. 721; Thévenoz (Anm. 8), S. 104. **34)** Eingehend dazu Cincelli (Anm. 8), Rz. 729 f. **35)** BGE 119 II S. 328 ff.; Cincelli (Anm. 8), Rz. 732 ff., der gleichzeitig Lösungsvorschläge präsentiert, wie dieses Problem bei einer Weiterentwicklung der Treuhand zu einem Schweizer Trust zu lösen wäre. **36)** Cincelli (Anm. 8), Rz. 732 ff. **37)** Weitere Regelungsmodelle bei Cincelli (Anm. 8), Rz. 699 ff. **38)** Siehe dazu statt aller Jakob, D., in: Jakob, D., Bächler, A. (Hrsg.), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2. Auflage, Basel 2018, Vor Art. 80–89a N 10; Sprecher, T., *Vertragsgestaltung im Stiftungsrecht: Zuwendungsverträge, unselbständige Stiftungen, Kooperationsvereinbarungen*, in: Jakob, D. (Hrsg.), *Stiften und Gestalten, Anforderungen an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld*, Basel 2013, S. 85 ff.,

S. 103 ff. **39)** Jakob (Anm. 38), N 10. **40)** Hauptvertreter dieser Theorie ist Bösch (Anm. 31), S. 295 ff.; zustimmend Marxer et al. (Anm. 29), S. 117; siehe dazu Cincelli (Anm. 8) Rz. 506 ff. **41)** Für eine solche Lösung Cincelli (Anm. 8), Rz. 509. **42)** Hierzu BGE 71 I S. 265 ff. E. 1.; BGE 93 II S. 439 ff. E. 2. **43)** Siehe dazu bereits Jakob, D., *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, Einblick und Ausblick*, in: Jakob, D. (Hrsg.), *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa*, Basel 2010, S. 1 ff., S. 15 ff.; Jakob, D., *Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz*, in: ZSR 2013 II, S. 185 ff., S. 327 f.; Thévenoz (Anm. 8), S. 99 f. **44)** BGE 135 III S. 614 ff. E. 4. **45)** Siehe nur Grüniger, H., in: Geiser, T., Fountoulakis, Ch. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 6. Auflage, Basel 2018, Art. 335 N 3; Gutzwiller, P.M., *Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung*, in: *AJP* 2010, S. 1559 ff.; Hamm, S., Peters, M., *Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?*, in: *successio* 2008, S. 248; Jakob (Anm. 43), in: ZSR 2013 II, S. 323 ff.; Jakob, D., *Stiftung und Familie*, in: Jakob, D. et al. (Hrsg.), *Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2015, S. 123 ff., S. 133 f.; Jakob, D., Picht, P., *Der Trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung*, in: *AJP* 2010, S. 855 ff., S. 862 f.; Künzle, H.R., *Familienstiftung – Quo vadis?*, in: Breitschmid, P. et al. (Hrsg.), *Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag*, Bern 2007, S. 173 ff.; Opel, A., *Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient? Eine Analyse unter zivil- und steuerrechtlichem Blickwinkel mit Verbesserungsvorschlägen*, in: *Jusletter* vom 31. August 2009. **46)** So Merlini, G., *Trust «Swiss made» – eine Chance, die nicht ungenutzt bleiben sollte*, in: *Neue Zürcher Zeitung*, 22. März 2019, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/meinung/trusts-eine-chance-fuer-den-schweizer-finanplatz-ld.1461030>, Zugriff am 10. Juli 2019. **47)** Zu dieser Möglichkeit ausführlich Cincelli (Anm. 8), Rz. 743 ff., insbesondere Rz. 748 ff. **48)** Hierzu auch Thévenoz (Anm. 8), S. 108 f. Dass ein Trust nicht unbegrenzt bestehen bleiben können soll, ist soweit ersichtlich unstrittig; nicht umsonst kennen auch die meisten angelsächsischen Trustrechte eine sog. Rule Against Perpetuities und schiebt das Schweizer Recht auf unbegrenzte Zeit abgeschlossenen Rechtsgeschäften auf verschiedene Art und Weise einen Riegel vor, z.T. mit Beschränkung auf eine einzige (Erben-) Generation (Art. 488 ZGB für die Nacherbensetzung, Art. 749 Abs. 1 ZGB für die Nutznießung, die mit dem Tod des Nutznießers endet), z.T. mittels pauschaler Maximaldauer (100 Jahre für die Nutznießung, die nicht bereits mit dem Tod des Nutznießers endet, Art. 749 Abs. 2 ZGB). Auch Verträge unterliegen aufgrund von Art. 27 ZGB (Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung) einer Höchstdauer, die jedoch von den Umständen des Einzelfalls abhängt (vgl. allgemein zum Verbot ewiger Verträge BGE 93 II S. 290 ff. E. 7.; siehe sodann BGE 40 II S. 233 ff. und 114 II S. 159 ff., jeweils zur Höchstdauer von Bierlieferungsverträgen, wobei im zweiten Fall die zulässige Höchstdauer eines solchen Vertrags auf 20 Jahre bemessen wurde). **49)** Dazu Kratz-Ulmer, A., *Ein philanthropischer bzw. gemeinnütziger Trust für die Schweiz – Gegenüberstellung zweier Rechtsinstitute verschiedener Rechtsordnungen*, in: *Expert Focus* 2019/3, S. 199 ff. **50)** Dazu insbesondere Herzog, S., *Trusts und schweizerisches Erbrecht: Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts – unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung*, Diss. Luzern, Zürich 2016, passim.