

Dominique Jakob / Michelle Kalt

Der Vorentwurf für einen Schweizer Trust

Am 12. Januar 2022 publizierte der Bundesrat den Vorentwurf für ein schweizerisches Trustrecht und eröffnete das Vernehmlassungsverfahren, welches am 30. April 2022 endete. Dieser Aufsatz, der auf dem eingereichten Vernehmlassungsbeitrag der Autoren beruht, beleuchtet die zivilrechtlichen Aspekte des neuen Trustrechts und seine Einbettung in das übrige Privatrecht, insbesondere das Stiftungs- und Erbrecht.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Trusts, Erbrecht, Personenrecht, Obligationenrecht, Gesellschaftsrecht

Zitiervorschlag: Dominique Jakob / Michelle Kalt, Der Vorentwurf für einen Schweizer Trust, in: Jusletter 8. August 2022

Inhaltsübersicht

1. Hintergrund
2. Ausgewählte Aspekte des Trustrechts «Made in Switzerland»
 - 2.1. Rechtsinstitut sui generis
 - 2.2. Zulässige Zwecke
 - 2.3. Ausgestaltung der Begünstigung
 - 2.4. Begründerrechte
 - 2.5. Kompetenzen des Trustees
 - 2.6. Austausch von Trustees und Übergang der Rechte am Trustvermögen
 - 2.7. Begünstigtenrechte
 - 2.8. Änderung und Auflösung des Trusts
 - 2.9. Streitbeilegung
3. Einbettung in das Schweizer Privatrecht
 - 3.1. Stiftungsrecht
 - 3.2. Erbrecht
4. Zusammenfassung und Ausblick

1. Hintergrund

[1] Am 12. Januar 2022 publizierte der Bundesrat die Vernehmlassung über den Vorentwurf für ein schweizerisches Trustrecht und eröffnete das entsprechende Vernehmlassungsverfahren. Er kam damit dem Auftrag des Parlaments nach, welches ihn mit Motion 18.3383 bereits im Jahr 2018 zur Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesentwurfs aufgefordert hatte. Eine Ende 2019 publizierte Regulierungsfolgenabschätzung (RFA), welche sich mit den volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Schweizer Trustrechts befasst hatte, war zum Schluss gekommen, dass in der Schweiz ein sog. *Regulierungsversagen* vorliegt: Der Markt sei zwar in der Lage, die Nachfrage nach Vehikeln zur Vermögensstrukturierung und Nachlassplanung zu befriedigen; das Marktergebnis selbst sei jedoch ineffizient, weil inländische Instrumente die Bedürfnisse nur teilweise befriedigen würden und der Einbezug ausländischer Vehikel kostenintensiv und mit gewissen Rechtsunsicherheiten behaftet sei.¹ Ein Schweizer Trustrecht, so die Autoren der RFA, hätte ein positives Kosten-Nutzen-Verhältnis und würde, so es sich denn am Markt etablieren könne, in Kombination mit einer Liberalisierung des Stiftungsrechts ein taugliches Instrument für die Nachlassplanung darstellen.²

[2] Nachdem ein eigentlicher Entwurf eines Schweizer Trustrechts – pandemiebedingt – länger auf sich hatte warten lassen als ursprünglich gedacht, publizierte der Bundesrat den Vorentwurf zu Beginn des Jahres 2022, zusammen mit einem 120 Seiten starken erläuternden Bericht.³ Wie schon das Regelungsmodell der Expertengruppe, das der RFA zugrunde lag,⁴ sieht der Vorentwurf eine Einführung des Trusts durch Ergänzung des Obligationenrechts vor, nämlich im Rah-

¹ MARIO MORGER/THOMAS LIESCH/ANDREA OPEL, Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen, Bern 2019, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Regulierung/Bereitsdurchgef%C3%BChrteRFA/rfatrustschlussberichtbass20191205.pdf.download.pdf/rfatrustschlussberichtbass20191205.pdf, S. 41.

² MORGER/LIESCH/OPEL (Fn. 1), S. 74.

³ Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts. Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht/vn-ber.pdf> (zuletzt abgerufen am 29. Juni 2022).

⁴ Zu den Einzelheiten des Regelungsmodells siehe MORGER/LIESCH/OPEL (Fn. 1), S. 42.

men eines neuen Titels Zweiundzwanzig^{bis} im Anschluss an Leibrente und Verpfändung und vor der einfachen Gesellschaft.

[3] Dieser Beitrag soll die zivilrechtlichen Aspekte des neuen Trustrechts beleuchten, unter Ausschluss der finanzmarktrechtlichen und steuerrechtlichen Implikationen.⁵ In einem ersten Teil werden ausgewählte Eigenschaften des geplanten Trusts «Made in Switzerland» analysiert und auf ihre praktische Bedeutung untersucht. Im zweiten Teil wird die Einbettung des Trustrechts ins übrige Zivilrecht, insbesondere ins Schweizer Stiftungs- und Erbrecht, kritisch gewürdigt.

2. Ausgewählte Aspekte des Trustrechts «Made in Switzerland»

2.1. Rechtsinstitut *sui generis*

[4] Der Vorentwurf definiert den Trust als «*Zuwidmung von Vermögenswerten durch einen oder mehrere Begründer zu einem Sondervermögen, das von einem oder mehreren Trustees im Interesse eines oder mehrerer Begünstigter gehalten und verwaltet wird*» (Art. 529a Abs. 1 VE-OR). Errichtet wird der Trust durch schriftliche (einseitige) Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) (Art. 529a Abs. 2 VE-OR); er erwirbt seine Rechtswirksamkeit indes erst, nachdem der Trustee seiner Ernennung schriftlich zugestimmt und die Trustvermögenswerte erworben hat (Art. 529b Abs. 5 VE-OR). Ohne dass es aus dem Gesetzestext explizit hervorgehen würde, hat sich der Vorentwurf damit zum Ziel gesetzt, die wesentlichen Merkmale eines angelsächsischen Trusts in Form eines neuen Rechtsinstituts *sui generis* nachzubilden⁶ (und nicht etwa, wie es namentlich von LUC THÉVENOZ vorgeschlagen worden war, dessen rechtliche Wirkungen durch Weiterentwicklung bestehender Instrumente wie z.B. des Treuhandvertrages funktional nachzuahmen⁷). Dieser Schritt scheint gerade für Schweizer Verhältnisse mutig, präsentiert sich das neue Trustrecht doch (aus Sicht des angelsächsischen Rechts folgerichtig) weder als Vertrag noch als juristische Person.⁸ Gleichwohl bleiben die in der Schweiz bekannten Rechtsinstitute und Prinzipien grundsätzlich anwendbar, was ein hohes Mass an Rechtssicherheit garantieren soll.⁹

[5] Ob es um die Rechtssicherheit tatsächlich so bestellt sein wird, wie es der Erläuternde Bericht verspricht, darf aufgrund des derzeit vorliegenden Vorentwurfs zumindest angezweifelt werden. So listet Art. 529b VE-OR die «*essentialia*» der Trusterklärung auf: Die Trusturkunde muss die Erklärung des Begründers, Vermögenswerte einem Trust zuzuwidmen, enthalten, eine Bezeichnung der Begünstigten und des Trustees sowie Bestimmungen über die Verwaltung des Trusts, wobei die Bezeichnung des Trustees unterbleiben kann, wenn der Trust mittels Verfügung von Todes wegen errichtet wird (Abs. 2 leg. cit.); im letzten Fall kann jede interessierte Person beim

⁵ Hierzu PAOLO BERNASCONI, *Novità svizzere per il trust*, *Novità fiscali* 3/2022, S. 128 ff., S. 131 f.; SIMONA GENINI/SAMUELE VORPE, *L'introduzione del trust in Svizzera: vietato sbagliare l'approccio fiscale*, *Novità fiscali* 3/2022, S. 126 ff.; PIERRE-ALAIN GUILLAUME/KALOYAN STOYANOV, *Die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht*, *Expert Focus* 4/2022, S. 183 ff., S. 185 ff.; ANDREA OPEL/STEFAN OESTERHELT, *Vorentwurf für einen Schweizer Trust. Analyse der steuerlichen Bestimmungen gemäss Vorschlag des Bundesrates vom 12. Januar 2022*, *Steuer Revue* 4/2022, S. 266 ff.

⁶ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 31 f.

⁷ Vgl. LUC THÉVENOZ, *Propositions pour un trust suisse*, *SZW* 2018, S. 99 ff.

⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 61.

⁹ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 3 und S. 31.

Gericht die Bezeichnung des Trustees verlangen. Auch der Begründer selbst kann Trustee sein, wobei die Trusturkunde in einem solchen Fall die Vermögenswerte, welche dem Trust zugewidmet werden, genau bezeichnen muss (Abs. 3 leg. cit.). In dieser Auflistung der «essentialia» liegen gleich zwei dogmatische Schwierigkeiten begraben.

[6] *Erstens* ist unklar, wie die «Bestimmungen über die Verwaltung des Trusts» konkret auszu- sehen bzw. welchen Detaillierungsgrad sie aufzuweisen haben, um dem zwingend notwendigen Inhalt der Trusterklärung (ohne welchen der Trust nicht wirksam wird¹⁰) zu entsprechen. Es wäre rechtssicherer und mit Blick auf die entsprechende Regelung bei Stiftungen¹¹ auch konsequen- ter, wenn sich die zwingend notwendigen Bestimmungen über die Administration des Trusts in der Benennung eines Trustees (welche bei der Trusterrichtung unter Lebenden ohnehin bereits zum notwendigen Inhalt der Trusturkunde gehört) erschöpfen würden; allfällige organisatorische Mängel können dann auf Antrag des Trustees oder der Begünstigten von einem Gericht behoben werden (Art. 529v Abs. 2 VE-OR sieht eine entsprechende Möglichkeit der gerichtlichen Ände- rung der Trusturkunde vor). Die Grundsätze über die Verwaltung des Trustvermögens (Inves- titionsgrundsätze etc.) könnten zudem ohne Probleme eine gesetzliche Basisregelung erfahren für den Fall, dass die Trusturkunde keine entsprechenden Regeln vorsieht. Alternativ könnten entsprechende Grundsätze durch die Rechtsprechung entwickelt werden, wie es auch bei den Stiftungen geschehen ist.¹²

[7] *Zweitens* schafft der Vorentwurf für den Fall der Trusterrichtung von Todes wegen die Mög- lichkeit eines *Schwebezustands*, in welchem der Trust zwar noch keine Rechtswirksamkeit auf- weist (weil der Trustee noch vom Gericht bestimmt werden und die Ernennung akzeptieren muss, Art. 529b Abs. 2 VE-OR), der noch nicht bezeichnete Trustee aber infolge Eintreten des Erbfal- les bereits Erbe oder Vermächtnisnehmer des Nachlasses geworden ist.¹³ Das erbrechtliche Prin- zip der materiellen Höchstpersönlichkeit verbietet es eigentlich, die Identität von Erben oder Vermächtnisnehmern (d.h. des Trustees) durch Dritte, z.B. ein Gericht, bestimmen zu lassen.¹⁴ Es wäre daher dogmatisch eleganter, in jenen Fällen, in denen die Verfügung von Todes wegen die Identität des Trustees nicht selbst bestimmt, die Erbengemeinschaft als Co-Trustees zu be- trachten, die sodann durch den vom Gericht bestimmten Trustee ersetzt werden. Denn zwischen Eintreten des Erbfalles und den notwendigen behördlichen Anordnungen (z.B. Sicherungsmass- nahmen, Ausstellen von Erbscheinen und Willensvollstreckerzeugnissen usw.) vergeht naturge- mäss selbst dann eine gewisse Zeit, wenn die berechtigten Personen von Anfang an bekannt sind. Die meisten «traditionellen» Trustrechtsordnungen wie England und Wales sowie zahlreiche US-Bundesstaaten kennen im Gegensatz zur Schweiz keinen unmittelbaren Übergang des Eigen- tums auf die Erben, sondern das Eigentum am Nachlass wächst dort typischerweise zunächst ei-

¹⁰ Der Erläuternde Bericht (Fn. 3), S. 88 bezeichnet die in Abs. 1 von Art. 529b VE-OR genannten Bestimmungen als «absolut unerlässlich».

¹¹ Art. 83d ZGB.

¹² Ein Überblick über die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung findet sich bei DOMINIQUE JAKOB, in: Dominique Jakob/Andrea Büchler, Kurzkomentar Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, Art. 83 N 13 m.w.N.

¹³ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 88.

¹⁴ Statt aller MURIELLE FISCHER, Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit im Erbrecht, Jusletter vom 13. Februar 2017, Rz. 32 f. m.w.N. Der Fall ist auch nicht vergleichbar mit der (auf den ersten Blick parallelen) Frage der Entstehung der *Stiftung von Todes wegen*, bei der die Sonderbestimmung des Art. 493 ZGB die Existenz des (von vornherein bestimmten) Erben im Todeszeitpunkt garantiert, wie auch immer man diese Wirkung (was seit Jahrzehnten um- stritten ist) konstruieren will; vgl. zum Meinungsstand statt aller HAROLD GRÜNINGER, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 493 N 3.

nem «personal representative» (eine Art Testamentsvollstrecker) an, welcher das Vermögen dann an den Trustee überträgt.¹⁵

2.2. Zulässige Zwecke

[8] Wie gesehen, stellt auch die Bezeichnung der Begünstigten ein *essentialium* der Trusterrichtung dar, ohne welches der Trust nicht zustande kommen kann.¹⁶ Gemeinnützige und andere «purpose trusts» (d.h. Trusts, welche keine Begünstigten, sondern nur einen Zweck aufweisen) sind nicht vorgesehen.¹⁷ Vielmehr müssen die Begünstigten des Trusts namentlich bestimmt oder jedenfalls im Zeitpunkt der Ausrichtung der Leistung bestimmbar sein (Art. 529c Abs. 1 VE-OR), wobei aber auch gemeinnützige Organisationen als Begünstigte genannt werden können. Der Trustee darf nicht einziger Begünstigter sein.

[9] Der Ausschluss reiner *purpose trusts* ist konsequent, wenn man bedenkt, dass gerade nicht Ziel der Vorlage war, neben der Stiftung ein weiteres, mit dieser konkurrierendes Vehikel zur Verfolgung gemeinnütziger (oder anderer auf Dauer perpetuierter) Zwecke zu schaffen.¹⁸ Die Schweizer Stiftung erfüllt diese Funktion bereits zur hohen Zufriedenheit der jeweiligen Stakeholder. Ausserdem würde ein Trust ohne Begünstigte an einem «Aufsichtsvakuum» leiden, jedenfalls solange die Trusturkunde keinen Protektor i.S.v. Art. 529e Abs. 1 Ziff. 5 VE-OR vorsieht. Es scheint deshalb ratsam, dass das Parlament an diesem Ausschluss von *purpose trusts* festhält. Die Regel, dass der Trustee nicht einziger Begünstigter sein darf, ist aus demselben Grund ebenfalls zu begrüssen: Die Begünstigten nehmen bei einem Trust eine Aufsichtsfunktion wahr, welche bei vollkommener personeller Identität von Trustee und Begünstigtem nicht mehr gewährleistet wäre.

2.3. Ausgestaltung der Begünstigung

[10] Möglich ist eine Begünstigung mit Rechtsanspruch (i.S.e. «fixed interest trust») oder eine Ermessensbegünstigung (i.S.e. Anwartschaft der Begünstigten, «discretionary trust») (Art. 529d Abs. 1 VE-OR), wobei feste Rechtsansprüche an Bedingungen und Fristen geknüpft werden können (Abs. 2 leg. cit.). Anspruchsbegünstigungen sind – sofern die Trusturkunde nichts anderes vorsieht – abtret-, aber nicht vererbbar. Anwartschaften sind weder abtret- noch vererbbar (Abs. 3 leg. cit.). Begünstigte können jederzeit schriftlich auf ihre Rechte oder Anwartschaften aus dem Trust verzichten (Abs. 4 leg. cit.).

[11] Die Möglichkeit, sowohl *discretionary* als auch *fixed interest trusts* zu errichten, ist begrüssenswert und entspricht nicht nur dem Vorbild des idealtypischen angelsächsischen Trusts, sondern auch den Möglichkeiten, welche moderne Privatstiftungsrechtsordnungen wie etwa Lichtenstein zur Verfügung stellen. Dass Anwartschaften an einem *discretionary trust* nicht

¹⁵ A.J. OAKLEY, Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts, Rz. 1-060, 6. Aufl., London 2006, insbesondere Rz. 1-062 a.E., sowie Rz. 13-018 ff.; näher zum *personal representative* THOMAS M. MAYER, Die Stellung eines *personal representative* in der Schweiz, *successio* 2022, S. 79 ff.

¹⁶ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 88.

¹⁷ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 61 sowie S. 90 zu Art. 529c VE-OR.

¹⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 61. Es kann nach dieser Konzeption somit auch keinen Trust mit dem Zweck der Erhaltung eines bestimmten Unternehmens o.ä. geben.

übertrag- oder vererbbar sind, erscheint konsequent, zumal es sich nicht um geldwerte Rechte handelt. Indes erschliesst sich nicht ohne Weiteres, warum feste Ansprüche eines Begünstigten an einem *fixed interest trust* von Gesetzes wegen zwar zedier-, nicht aber vererbbar sein sollten; üblicherweise sind im Schweizer Recht persönliche Rechte *entweder* sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen übertragbar (so jedenfalls die gesetzliche Regelung für die allermeisten Forderungen, Immaterialgüterrechte, zahlreiche dingliche Rechte wie das Eigentum sowie Gesellschaftsanteile wie Aktien und Stammanteile) *oder* aber höchstpersönlich und gehen mit dem Tod des Rechteinhabers unter (so etwa Nutzniessungen und Wohnrechte). Es wäre daher konsequent und wünschenswert, der vermögenswerten Natur der Ansprüche aus einem *fixed interest trust* Rechnung zu tragen und zuzulassen, dass die Ansprüche – abweichende Anordnungen in der Trusturkunde vorbehalten – sowohl zedierbar als auch vererblich sind. Oder man orientiert sich an der Stiftung, wo die Begünstigtenstellung *im Normalfall* als höchstpersönlich und damit nicht fungibel anzusehen ist, wobei der Stifter aber ausdrücklich oder konkludent etwas anderes vorsehen darf.¹⁹ Offen ist aufgrund dieser Unterscheidung zwischen Abtret- und Vererbbarkeit ausserdem, ob die Begünstigung an einem *fixed interest trust* in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen einen Beneficiary verwertet werden kann. Der Vorentwurf äussert sich nur dazu, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren *gegen den Trustee* gemäss Art. 529n Abs. 2 VE-OR das Trustvermögen nur für die Verbindlichkeiten, die in den Bestimmungen der Trusturkunde bestimmt oder aus der gehörigen Erfüllung des Trusts entstanden sind, haftet; für alle anderen Forderungen ist die Zwangsvollstreckung in das Trustvermögen ausgeschlossen.²⁰ Der Fall einer Zwangsvollstreckung gegenüber einem Beneficiary bleibt dagegen unadressiert.

2.4. Begründerrechte

[12] Der Begründer (Settlor) kann sich in der Trusturkunde gemäss Vorentwurf diverse Befugnisse vorbehalten (Art. 529e VE-OR), so etwa das Recht auf Widerruf oder Auflösung des Trusts, das Recht, den Trustee zu ersetzen oder dessen Nachfolger zu bestimmen sowie das Recht, Handlungen des Trustees von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Dem Wortlaut der Bestimmung nach ist die Auflistung dieser Möglichkeiten nicht abschliessend («insbesondere»). Diese Begründerrechte sind vertretungsfeindlich (Abs. 2 *leg. cit.*).

[13] Es ist nachvollziehbar, dass ein Trustrecht, welches die Privatautonomie des Begründers hochhält, auch weitgehende Begründerrechte zulassen will. Im Gegensatz zur Stiftung ist es weder notwendig noch wünschenswert, dass ein Trust «erstarrt» und der Wille des Begründers auf unbefristete Zeit zementiert wird. Aufgrund der strengen Transparenz- und Dokumentationsvorschriften und der steuerrechtlichen Regelung für widerrufliche Trusts²¹ erscheint auch die Gefahr eigentlicher *sham trusts*, bei welchen der Begründer gar nicht die Absicht hat, einen Trust zu errichten, nicht besonders hoch. Trotzdem dürfte es sinnvoll sein, den zulässigen voraussichtlichen Begründerrechten gewisse Schranken entgegenzuhalten; etwa könnte die Einräumung weitgehender Begründerrechte davon abhängig gemacht werden, dass Begründer und Trustee verschie-

¹⁹ Vgl. dazu DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung. Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2007, S. 197 f.

²⁰ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 102.

²¹ Bei widerruflichen Trusts wird das Trustvermögen nach einhelliger Meinung dem Settlor zugerechnet, siehe statt aller OPEL/OESTERHELT (Fn. 5), S. 268 m.w.N.

dene Personen sind, dass mehr als ein Trustee existiert oder zusätzlich ein Protektor ernannt wird (Art. 529e Ziff. 5 VE-OR; zu den Befugnissen des Protektors Art. 529f VE-OR); dies um sicherzustellen, dass der Trust auch bei weitgehenden Begründerrechten *lege artis* und nach dem Vier-Augen-Prinzip verwaltet wird.

2.5. Kompetenzen des Trustees

[14] Der Trustee ist – wie im angelsächsischen Modell – Eigentümer des Trustvermögens (Art. 529l VE-OR). Art. 529g bezeichnet die Befugnisse und Pflichten des Trustees: Er hat das Trustvermögen gemäss der Trusturkunde und den gesetzlichen Bestimmungen zu verwalten, zu verwenden und darüber zu verfügen (Abs. 1) und kann in eigenem Namen und in seiner Funktion als Trustee in allen Angelegenheiten des Trusts klagen und beklagt werden sowie betreiben und betrieben werden (Abs. 2). Auch hier entspricht der Vorentwurf von der Funktionsweise her einem angelsächsischen Trust. Bemerkenswert erscheint jedoch, dass der Trustee von Gesetzes wegen mit seinem persönlichen Vermögen *für die in Erfüllung seiner Pflichten als Trustee eingegangenen Verbindlichkeiten haftet* (Abs. 3), was nur durch abweichende Vereinbarung mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden kann. Dies gilt, obwohl das Trustvermögen und dessen Schulden – wiederum wie beim angelsächsischen Grundmodell – ansonsten ein vom persönlichen Vermögen des Trustees *getrenntes Sondervermögen* bilden (Art. 529n Abs. 1 VE-OR) und umgekehrt nur für die Verbindlichkeiten des Trusts sowie für in der Trusturkunde bestimmte Verbindlichkeiten haftet (Abs. 2 leg. cit.). Die persönliche Haftbarkeit des Trustees für Schulden des Trusts dürfte die Kosten für die Verwaltung eines Trusts tendenziell erhöhen und entsprechende Haftpflichtversicherungen notwendig machen. Aus Sicht des Begründers und der Begünstigten trägt dieses einseitige «ring-fencing» aber zur sorgfältigeren Geschäftsführung im Interesse des Trustvermögens bei und könnte sich als sinnvolles Governance-Instrument erweisen.

[15] Der Trustee hat seine Tätigkeit persönlich auszuüben (Art. 529g Abs. 4 VE-OR), was zu begrüssen ist; ihn treffen zahlreiche Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 529h VE-OR), darunter unter anderem diverse Informations- und Dokumentationspflichten wie etwa zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen. Trustees sind grundsätzlich entgeltlich tätig und haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Art. 529o Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR). Wird die Vergütung in der Urkunde nicht festgeschrieben, richtet sie sich nach den Umständen und muss objektiv angemessen sein.²² Obwohl verständlich ist, dass ein Bundesgesetz die Angemessenheit einer Vergütung nicht abstrakt definieren kann, wäre dennoch wünschenswert, dass das Gesetz sich immerhin dazu äussert, wie bei Streitigkeiten oder sonstigen Unsicherheiten vorzugehen ist (etwa, wenn die in der Trusturkunde vorgesehene Vergütung nicht [mehr] angemessen erscheint oder der Trustee aus Sicht der Begünstigten einen unangemessen hohen Zeitaufwand geltend macht). Gestützt auf den Vorentwurf ist davon auszugehen, dass auch für solche Fragen das Gericht anzurufen ist (Art. 529v Abs. 1 und 2 VE-OR). Allenfalls könnte es sich lohnen, diese Frage positivrechtlich zu regeln.

[16] Erwähnenswert ist weiter, dass der Begründer den Trustee von seinen grundsätzlich geltenden Pflichten zur Unabhängigkeit vom Begründer, zur Vermeidung von Interessenkonflikten, zur Unparteilichkeit gegenüber mehreren Begünstigten, zur getrennten Aufbewahrung des Trust-

²² Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 103.

vermögens vom persönlichen Vermögen und zur Anlage desselben mit Sorgfalt und Vorsicht im Sinne der Begünstigten *befreien kann* (Art. 529h Abs. 3 VE-OR). Dies unterstreicht den hohen Stellenwert, welchen der Bundesrat der Parteiautonomie beimisst. Eine gesetzliche Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Unabhängigkeit vom Begründer mag bei einem innerhalb einer Familie verwalteten Trust weiter gehen als in familiären Verhältnissen notwendig und durchführbar; es ist aber nicht ersichtlich, welche Vorteile sich aus der Wegbedingung einer Sorgfaltspflicht und einer Befreiung von der getrennten Aufbewahrung sowie der Unparteilichkeit gegenüber den Begünstigten ergeben. Es ist anzuraten, dass diese Freiheiten noch einmal überdacht werden.

2.6. Austausch von Trustees und Übergang der Rechte am Trustvermögen

[17] Art. 529s VE-OR regelt den Ersatz von Trustees und Protektoren. Sieht die Trusturkunde keine entsprechende Regel vor, sind Ersatzpersonen vom Gericht zu bestimmen (Abs. 3 leg. cit.). Ausser in Fällen, wo der Trustee verstorben ist, ohne dass Co-Trustees existieren, kommt es bei einem Trustee-Wechsel zu einer Singularsukzession der Vermögenswerte. Es ist ein schriftlicher Übertragungsvertrag notwendig; die Übertragung von Aktiven und Passiven kann mittels Vermögensübernahme gemäss Art. 181 OR erfolgen, das Fusionsgesetz ist nicht anwendbar (Abs. 4 leg. cit.).

[18] Schwierigkeiten bereitet bei der aktuellen Regelung die Situation, in welcher der Trustee verstirbt, ohne dass ein weiterer Trustee existiert. In einem solchen Fall muss das Gericht (oder wer auch immer nach der Trusturkunde dazu befugt ist) einen neuen Trustee ernennen. Erst mit der Ernennung dieses Ersatz-Trustees geht das Vermögen des Trusts via Universalsukzession auf den neuen Trustee über, *ohne vorher in den Nachlass zu fallen*.²³ Mit anderen Worten wird das Trustvermögen im Todeszeitpunkt und bis zur Ernennung eines neuen Trustees *eigentümerlos*. Das mag man dogmatisch korrigieren, indem man den Rechtsübergang rückwirkend auf den Zeitpunkt des Erbfalles eintreten lässt; es löst jedoch das praktische Problem nicht, dass zwischen Tod und Einsetzung eines neuen Trustees eine beträchtliche Zeitspanne liegen kann, in welchem möglicherweise Verwaltungsmassnahmen notwendig werden (siehe dazu schon vorne Rz. 7). Dieses Problem sollte der Gesetzgeber lösen, etwa indem er entweder Protektoren oder Co-Trustees verpflichtend macht oder indem er das Eigentum und die Verwaltungskompetenz hinsichtlich des Trustvermögens bis zur Ernennung eines neuen Trustees einer anderen Person anwachsen lässt.

[19] Das Gesetz äussert sich ebenso wenig dazu, wie vorzugehen ist, wenn der Trustee während eines laufenden Prozesses, welcher den Trust resp. sein Vermögen betrifft, ausgetauscht wird. Aufseiten des Trusts kommt es dabei eigentlich zu einem Parteiwechsel gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO. Gleichzeitig haftet der alte Trustee aber gemäss Art. 529g Abs. 3 VE-OR mit seinem persönlichen Vermögen für allfällige Verbindlichkeiten des Trusts weiter. Um andere Prozessparteien nicht zu benachteiligen, ist wohl zuzulassen, den Prozess gegen den alten Trustee weiterzuführen resp. die dem alten Trustee gegenüber vorgenommenen Prozesshandlungen auch dem neuen Trustee entgegenzuhalten; dies jedenfalls so lange, als der Trustee-Wechsel der Gegenpartei nicht angezeigt worden ist. Auch hier wäre eine positivrechtliche Regelung wünschenswert.

²³ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 106.

2.7. Begünstigtenrechte

[20] Der Trustee hat den Begünstigten gegenüber diverse Rechenschaftspflichten (Art. 529i VE-OR) und den Begünstigten kommt ein Auskunftsrecht in Bezug auf ihre Rechte und Anwartschaften zu (Abs. 2 leg. cit.). Spannend ist darüber hinaus insbesondere das dem angelsächsischen Recht nachempfundene *Folgerecht* («tracing»), welches die «Nachverfolgung» unberechtigterweise veräusserten Trustvermögens nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung ermöglicht (Art. 529q Abs. 1 VE-OR). Indes besteht das Rückerstattungsrecht nicht gegenüber dem gutgläubigen, entgeltlichen Erwerber (Abs. 3 leg. cit.), was den Anwendungsbereich des Folgerechts erheblich einschränken, ja dieses geradezu zahnlos machen dürfte. Hier zeigt sich, wie schwierig die Interessenabwägung zwischen den Interessen der Begünstigten und des Begründers an der Durchsetzung des Trustinstruments und den Interessen des Rechtsverkehrs an Rechtssicherheit in Trustverhältnissen tatsächlich ist. Einen besseren Ausgleich dieser einander widerstrebenden Interessen könnte man allenfalls schaffen, indem man Rückerstattungsansprüche gegenüber entgeltlichen, gutgläubigen Erwerbern zwar *zulässt*, aber an eine kürzere (relative und absolute) Verjährungsfrist statt der gesetzlichen drei bzw. zehn Jahre knüpft.

[21] Die Begünstigten können ausserdem die Abberufung des Trustees sowie Ersatz des Schadens verlangen, welchen der Trustee ihnen oder dem Trust zugefügt hat (Art. 529k Abs. 2 VE-OR); ausserdem können sie Klage einreichen, um eigene Ansprüche gegenüber dem Trust durchzusetzen oder die Einhaltung der Trusturkunde zu verlangen.²⁴ Während diese Klagerechte der Begünstigten selbstredend gerechtfertigt sind, schweigt sich das Gesetz leider darüber aus, wie die Interessen des Trusts zu wahren sind, wenn ein Trustee zwar (noch) nicht abberufen worden ist, sich aber ein Rechtsstreit zwischen ihm und den Begünstigten oder einer anderen Partei abzeichnet und die Interessen des Trusts dabei gefährdet werden. In diesem Fall wird das Gericht entweder den Trustee im Rahmen des Prozesses abberufen und ersetzen müssen, oder das Gesetz müsste eine Möglichkeit vorsehen, dem Trust (u.U. auch superprovisorisch) vorübergehend einen Sachwalter zur Seite zu stellen, bis ein neuer Trustee gefunden ist. Dies ist auch deshalb notwendig, weil im Falle eines Schadenersatzprozesses, in welchem der Trustee zur Ersatzleistung «an den Trust» verpflichtet wird, diesen Ersatz sonst «an sich selbst» leisten müsste, was keine befriedigende Lösung darstellt, wenn der Trustee seine Pflicht zur Wahrung der Begünstigteninteressen bereits einmal verletzt hat.

2.8. Änderung und Auflösung des Trusts

[22] Die Trusturkunde kann – entsprechende Ermächtigung in selbiger vorausgesetzt – durch den Begründer, den Trustee oder einen Protektor geändert werden (Art. 529t VE-OR). Der Trust wird aufgelöst, wenn eine urkundlich festgelegte Dauer abgelaufen, Auflösungs Voraussetzungen erfüllt oder aber sämtliche Begünstigte weggefallen sind, spätestens jedoch nach 100 Jahren (Art. 529u Abs. 1 VE-OR; «rule against perpetuities»). Sind die Begünstigten in der Trusturkunde abschliessend bestimmt, können sie auch den Trust vorzeitig auflösen (Abs. 2 leg. cit.). Die zeitliche Beschränkung entspricht der angelsächsischen Tradition und den etablierten Prinzipien des Schweizer (Erb-) Rechts, welches dauerhafte Bindungen an die «tote Hand des Erblassers»

²⁴ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 66.

stets zu beschränken versucht hat (namentlich durch das Verbot von Familienfideikommissen, Art. 335 Abs. 2 ZGB, und das Verbot der mehrfachen Nacherbeneinsetzung, Art. 488 ZGB). Auch im Erbrecht ist es der Erbengemeinschaft möglich, durch einstimmige Abrede etwa von Teilungsanordnungen des Erblassers abzuweichen.²⁵ Die Zeitdauer von 100 Jahren ist wesentlich länger als die ursprünglich angedachten 60 Jahre, die der RFA zugrunde lagen.²⁶ Im Gegensatz zu Bau-rechten und Nutznießungen, welche im Erläuternden Bericht als Beispiele für Rechte zitiert werden, die ebenfalls nach längstens 100 Jahren untergehen, ist ein Trust freilich selten Grundlage für grössere Investitionen (z.B. Überbauung einer Liegenschaft), die es während einer längeren Laufzeit zu amortisieren gilt. Man könnte deshalb in Erwägung ziehen, die Maximaldauer z.B. auf 80 Jahre zu begrenzen oder einen Mechanismus ähnlich dem Urheberrecht einzuführen (Lebensdauer des Begründers plus 50 resp. 70 Jahre, vgl. Art. 29 Abs. 1 URG), um das Trustvermögen nicht länger als nötig dem Wirtschaftskreislauf zu entziehen. Würde man – was dringend anzuraten ist – das Recht der Familienstiftung liberalisieren und eine zeitlich begrenzte voraussetzungslose Unterhaltsstiftung zulassen, wäre eine parallele maximale Zeitdauer naheliegend, wenn nicht gar imperativ.²⁷ Bereits hieran sieht man, dass die Einführung eines Trusts ohne die Anpassung der Familienstiftung zu Wertungswidersprüchen führt.

2.9. Streitbeilegung

[23] Auch in Bezug auf die Rolle des Gerichts orientiert sich der Vorentwurf am angelsächsischen Vorbild. So soll ihm eine wichtige Funktion zur Klärung der Tragweite von Rechten und Pflichten der Trust-Beteiligten zukommen (Art. 529v Abs. 1 VE-OR). Das Gericht kann ausserdem die Trust-Urkunde anpassen oder die Auflösung des Trusts anordnen, sofern dies aus triftigen sachlichen Gründen geboten ist und keine Rechte von Begünstigten und Dritten verletzt werden (Abs. 2 leg. cit.). Hier irritiert, dass die *gerichtliche Änderung der Trusturkunde* (in einem Fall, wo diese Kompetenz nicht bereits einem anderen Trust-Beteiligten zukommt, Art. 529t Abs. 1 VE-OR) von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht wird als (jedenfalls unwesentliche) Änderungen einer Stiftungsurkunde; das ist vor allem insofern inkonsequent, als der Trust – wie gesehen – im Gegensatz zur Stiftung nicht «erstarren» soll und das Parlament für Stiftungen erst unlängst eine (vollkommen unstrittige) Neuformulierung von Art. 86b ZGB beschlossen hatte (neu sind unwesentliche Änderungen bei Stiftungen möglich, wenn sie «aus sachlichen Gründen als gerechtfertigt» erscheinen; sie müssen also nicht mehr «aus triftigen sachlichen Gründen geboten» sein).²⁸

[24] Ferner sind eine Schiedsklausel (Art. 529w VE-OR) oder eine Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 39a VE-ZPO) in der Trusturkunde nach dem Vorentwurf zulässig. Dies entspricht den jüngeren Entwicklungen, Schiedsklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen auch in Statuten, Stif-

²⁵ Sog. Prinzip der freien Erbteilung, Art. 607 Abs. 2 ZGB; siehe statt aller STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014, Art. 608 N 28 m.w.N.

²⁶ MORGER/LIESCH/OPEL (Fn. 1), S. 42.

²⁷ DOMINIQUE JAKOB, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda. Zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), Jusletter vom 20. April 2020, Rz. 46 ff. (zit. JAKOB, Reformen im Stiftungsrecht).

²⁸ BBl 2021 2992 S. 2.

tungsurkunden, Testamenten und anderen einseitigen Rechtsgeschäften zuzulassen und ist zu begrüßen.

3. Einbettung in das Schweizer Privatrecht

[25] Der Vorentwurf sieht nur sehr geringfügige Anpassungen des übrigen Schweizer Privatrechts vor, um den Trust in die Rechtsordnung einzubetten. Während dies Ausdruck der vielgelobten Schweizer Zurückhaltung sein mag, gibt es im Vorentwurf gleichwohl Auslassungen, welche für den Rechtsanwender mit Rechtsunsicherheiten verbunden sind.

3.1. Stiftungsrecht

[26] Die Autoren dieses Beitrags haben bereits in früheren Publikationen angeregt, anstelle (oder mindestens in Ergänzung zu) der Einführung eines Schweizer Trustrechts die Familienstiftung zu modernisieren und zumindest das längst nicht mehr zeitgemässe Verbot der Unterhaltstiftung abzuschaffen, und sei es auch in Verbindung mit einer Maximaldauer solcher Zwecke.²⁹ Auch der Bundesrat stand einer Öffnung der Familienstiftung ursprünglich offen gegenüber.³⁰ Der Vorentwurf verzichtet auf solche Anpassungen; der Erläuternde Bericht liefert dafür eine Begründung, die mehr als fragwürdig ist.

[27] Etwa wird angeführt, dass der (bei Publikation des Erläuternden Berichts notabene längst überholte) Vorentwurf zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative 14.470 (Luginbühl) zur Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz keine solche Massnahme vorschläge.³¹ Dieses Argument verfängt nicht, zumal die parlamentarische Initiative selbst ausschliesslich auf klassische gemeinnützige Stiftungen fokussiert war und gar keinen entsprechenden Vorschlag enthielt. Ausserdem umfasste die parlamentarische Initiative bereits mehrere umstrittene Anstösse zur Modernisierung des Stiftungsrechts (namentlich zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde, zur Haftungsbegrenzung von Stiftungsräten und zur Zulässigkeit der Entlohnung von Leitungsorganen gemeinnütziger, steuerbefreiter Stiftungen); dass somit der erst im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens geäusserten Forderung, die Familienstiftung in die Revision nachträglich einzubeziehen, nicht nachgekommen wurde, war angesichts der ohnehin grossen thematischen Vielfalt der parlamentarischen Initiative nicht weiter überraschend und kann nicht als Ausdruck fehlenden gesetzgeberischen Willens gewertet werden.

[28] Es mutet deshalb auch seltsam an, dass der Erläuternde Bericht weiter anführt, eine Einführung der Unterhaltstiftung könne nur im Rahmen einer umfassenden Revision des Stiftungsrechts und mit einem «politischen Auftrag, beruhend auf klaren Forderungen der interessierten Kreise» vollzogen werden.³² Dabei wäre im Gegenteil die vorliegende Reform der richtige Zeitpunkt, der notwendige Auftrag und der entsprechende thematische Kontext gewesen. Der Bun-

²⁹ DOMINIQUE JAKOB/MICHELLE KALT, Ein Trustrecht für die Schweiz?, ExpertFocus 9/2019, S. 630 ff.; gl.M. NATALIE PETER, Introduction of a trust law in Switzerland, Trusts & Trustees, Vol. 25, No. 6, July 2019, S. 578 ff.

³⁰ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 32, wonach «überzeugende Argumente für eine Erweiterung der Zwecke von Familienstiftungen und die Zulassung von Unterhaltstiftungen» sprechen.

³¹ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 32.

³² Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 33.

desrat wurde durch die Motion 18.3383 beauftragt, die «rechtlichen Grundlagen» für die Einführung eines Trusts zu schaffen, was naturgemäss auch eine Anpassung der umliegenden Rechtsgebiete erfordert. Im Kern geht es in dem Auftrag darum, den Rechtsbereich der Vermögens- und Nachlassplanung neu zu gestalten und sinnvoll zu ergänzen. Die Familienstiftung steht aber viel näher am Thema der privaten Vermögens- und Nachlassplanung als am gemeinnützigen Stiftungssektor. Die RFA hat klar vor Augen geführt, dass die Bedürfnisse des Sektors (und die Beseitigung des Regulierungsversagens) die Adressierung des Trusts *und* der Familienstiftung erfordern und eine Liberalisierung letzterer das deutlich einfachere und im Zweifel effektivere Ansinnen wäre.³³ Wer vor diesem Hintergrund behauptet, es gäbe kein Mandat für den Einbezug der Familienstiftung in die Vorlage, verschliesst die Augen vor der politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Realität.

[29] Auch der Verweis auf die Notwendigkeit einer umfassenden Reform des Stiftungsrechts geht fehl. Zum einen hat eine solche «umfassende Reform» des Stiftungsrechts gerade stattgefunden und ist am 17. Dezember 2021 verabschiedet worden (Parlamentarische Initiative 14.470). An der Behandlung der parlamentarischen Initiative kann man zum einen erkennen, wie schwer sich der Gesetzgeber mit einer echten, systematisch-ganzheitlichen Reform des Stiftungsrechts tut bzw. tun würde, und zum anderen, dass es in den nächsten Jahren sicherlich keine weitere Reform des Stiftungsrechts geben wird. Vor allem aber ist eine umfassende Revision des Stiftungsrechts zur Modernisierung der Familienstiftung und zur Einführung der Unterhaltsstiftung schlicht nicht nötig. Theoretisch würde *ein* neuer Halbsatz in Art. 335 ZGB³⁴ (oder in Art. 87 ZGB³⁵), der Unterhaltszwecke für die Dauer von z.B. 100 Jahren zulässt, genügen. Die aufsichtsrechtlichen Bedürfnisse einer Unterhaltsstiftung unterscheiden sich nicht von jenen einer «normalen» Familienstiftung; auch sie kann ohne weiteres mithilfe entsprechender Antragsrechte der Destinatäre vom Gericht beaufsichtigt werden. Sodann erscheint eine Steuerreform zwar wünschenswert (zumal die Familienstiftung heute steuerlich als sehr unattraktiv gilt), aber für die Liberalisierung nicht unmittelbar zwingend; jedenfalls muss sie nicht zeitgleich mit der zivilrechtlichen Revision erfolgen. Auch für das Trustrecht sind die steuerrechtlichen Revisionen offensichtlich kein Hindernis.³⁶ Alle übrigen Rahmenregelungen (etwa in Bezug auf die internationalen Standards) greifen entweder heute schon oder könnten durch die Gerichte justiert werden. Der entscheidende Effekt für die Praktikabilität (oder gar die vom Erläuternden Bericht genannte Attraktivität) des Rechtsinstituts wäre bereits, dass durch die «Abschaffung» des (ohnehin lediglich durch die Rechtsprechung kreierte³⁷) «Verbots» einer Unterhaltsstiftung die Rechtsgrundlage für die Diskriminierung der Familienstiftung durch die Gerichte und die Handelsregisterbehörden entfallen würde.

³³ Siehe nur das Fazit bei MORGER/LIESCH/OPEL (Fn. 1), S. 76 f.

³⁴ So bereits DOMINIQUE JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013/II, S. 333 ff. (zit. JAKOB, Stiftungsbegriff) sowie DOMINIQUE JAKOB, Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts mit besonderem Blick auf die Familienstiftung, in: Dominique Jakob (Hrsg.), Stiftung und Familie, Basel 2015, S. 74 (zit. JAKOB, Freiheit durch Governance).

³⁵ Siehe JAKOB, Reformen im Stiftungsrecht (Fn. 27), Rz. 46 ff., wo ein etwas weiter reichender Vorschlag für eine Neugestaltung der Art. 87 ff. ZGB gemacht wird, der aber durchaus auch als Matrix für die vorliegende Reform dienen könnte.

³⁶ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 3, wonach Vermögen und Einkommen eines *discretionary trust* (welcher von der Funktion her einer typischen Unterhaltsstiftung am nächsten kommen dürfte) neu dem Trust zugerechnet werden, welcher wie eine Stiftung als selbständiges Steuersubjekt behandelt wird.

³⁷ Hierzu JAKOB, Stiftungsbegriff (Fn. 34), S. 329 ff.

[30] Es ist mehr als schade, dass der Bundesrat trotz wiederholter (und gleichsam einstimmiger) Kritik der Lehre und Praxis am Status Quo und sogar eigener positiver Positionierungen³⁸ im Rahmen eines derart aufwändigen und thematisch passenden Gesetzgebungsprojekts die Augen weiter verschliesst und darauf verzichtet hat, die Restriktionen zulässiger Familienstiftungszwecke zu lockern. Und last but not least könnte dieses fortdauernde «Regulierungsversagen» auch der Trustvorlage das Genick brechen: Den vorgestellten Trust einzuführen, ohne Art. 335 ZGB anzupassen, würde nämlich zu einem krassen Wertungswiderspruch in der Gesamtrechtsordnung führen, der kaum widerspruchslos hinzunehmen wäre, wenn der Trust «kann», was der Familienstiftung weiterhin versagt sein soll. Aus Sicht der Autoren wäre die Liberalisierung von Art. 335 ZGB somit geradezu notwendig, um eine wertungswiderspruchsfreie Einführung des Trusts überhaupt erst zu ermöglichen, möchte man «Unterhaltstrusts» nicht wegen Art. 335 ZGB verbieten.³⁹

3.2. Erbrecht

[31] Auch im Erbrecht hält sich der Vorentwurf mit Anpassungen vornehm zurück. Die einzigen Änderungen sind in Art. 493 VE-ZGB (Trusterrichtung von Todes wegen) und Art. 528 Abs. 3 VE-ZGB zu finden, wonach bei Zuwendungen an einen Trust die Herabsetzungsklage gegen jeden Begünstigten für schon erhaltene Leistungen sowie gegen den Trustee für das Trustvermögen erhoben werden kann. Während die vorgesehenen Bestimmungen an sich nicht zu beanstanden sind, bleiben doch gerade im Erbrecht zahlreiche Fragen offen.

[32] Zwar behält Art. 529b Abs. 6 VE-OR die Rechte der Erben eines Begründers ausdrücklich vor. Indes fehlt eine gesetzliche Bestimmung analog Art. 82 ZGB (bzw. eine Erweiterung dieser Bestimmung), welche *sämtliche* Trusterrichtungen gleich einer Schenkung für anfechtbar erklärt. Das bedeutet, dass der Rechtsanwender sich gezwungen sehen wird, im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung herauszufinden, ob eine Trusterrichtung unter Lebenden bzw. eine Begünstigung daraus eine herabsetzbare Zuwendung gemäss Art. 527 Ziff. 1–4 ZGB darstellt, und wenn ja, welche dieser Normen anwendbar ist, ohne dass der Gesetzgeber hierbei Hilfe leisten würde. Dies ist insbesondere bei *discretionary trusts* dogmatisch unschön, in denen die Begünstigten einerseits keine fixen Ansprüche haben, der Trustee aber andererseits selbst aus einem Trustvermögen nicht bereichert ist und damit streng genommen gar keine «Zuwendungsempfänger» existieren.⁴⁰ Auch ist unklar, welche der (wie gesehen) sehr umfangreichen möglichen Begründerrechte ein Nichtanlaufen der Fünfjahresfrist von Art. 527 Ziff. 3 ZGB zur Folge hätten (ist es nur das Widerrufsrecht, oder sind es auch Änderungs- oder Zustimmungsrechte?).⁴¹ Auch zur Reihenfolge der Herabsetzung äussert sich der Gesetzgeber nicht, was insbesondere dann Fragen aufwirft, wenn

³⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 3), S. 32 f.

³⁹ JAKOB/KALT (Fn. 29), S. 634.

⁴⁰ DOMINIQUE JAKOB/PETER PICHT, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung. Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, AJP 2010, S. 855 ff., S. 868, mit dem Ergebnis, dass Art. 527 Ziff. 3 ZGB auf *discretionary trusts* – jedenfalls *de lege lata* – keine direkte Anwendung findet. Vgl. ausführlich zu den verschiedenen Lehrmeinungen SABINE HERZOG, 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/Basel/Genf 2016, Rz. 419 ff., insbesondere Rz. 421–425 m.w.N.

⁴¹ Siehe dazu im Kontext des Stiftungsrechts etwa DOMINIQUE JAKOB, in: Katharina Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2015, S. 123 ff., S. 130 ff.

einerseits noch herabsetzbares Vermögen beim Trustee liegt, andererseits gewisse Begünstigte bereits Ausschüttungen aus dem Trust erhalten haben: Hat dies zur Folge, dass diese bereits erfolgten Ausschüttungen *vor* dem Trustvermögen herabsetzbar sind, weil sie ja streng genommen jüngeren Datums sind (Art. 532 ZGB)? Dies wäre insbesondere in Fällen von *fixed interest trusts* unbefriedigend, wo die einzelnen Begünstigten grundsätzlich gleiche Ansprüche haben, welche aber zu unterschiedlichen Zeiten ausgeschüttet werden.

[33] Auch im Ausgleichsrecht ist ohne gesetzgeberische Intervention Konfliktpotenzial begraben: So ist einerseits – wie schon bei der Herabsetzung von Trusterrichtungen unter Lebenden aufgrund von Art. 527 ZGB – ohne explizite gesetzliche Regelung fraglich, wann eine Trust-Begünstigung überhaupt eine ausgleichende Zuwendung darstellt; andererseits ist es natürlich möglich, dass der Erblasser einem *discretionary trust* zugunsten gesetzlicher Erben (insbesondere seinen Nachkommen) Vermögen gewidmet hatte; ohne eine erblasserische Ausgleichsdispens und mangels vorgängig definierter Ansprüche ist aber völlig unklar, in welcher Höhe solche Anwartschaften auszugleichen sind. Auch in welchem Umfang Trust-Begünstigungen unter Umständen zur Deckung des Pflichtteils hinreichen können (etwa im Zusammenhang mit *fixed interest trusts*), ist ungewiss. Nachdem es sich bei Herabsetzung und Ausgleich ohnehin schon um schwierige und umstrittene Rechtsgebiete handelt, ist die geübte Zurückhaltung bei der Einbettung des Trusts umso schwieriger nachvollziehbar.

4. Zusammenfassung und Ausblick

[34] Der Vorentwurf des Trustrechts überzeugt durch seine Flexibilität, seine inhaltliche Schlüssigkeit und illustriert den bemerkenswerten Mut des Gesetzgebers, Neuland zu betreten und hierzulande unbekannte Vehikel ins Schweizer Recht einzuführen. Gleichzeitig werden vor allem in den Rechtsbereichen, welche traditionell häufig mit dem Trust und den ihm zugrunde liegenden Gestaltungsanliegen in Berührung kommen, wichtige Anpassungen versäumt. Bei der Ausserachtlassung der Familienstiftung dürfte es sich gar um eine historisch einmalige verpasste Chance handeln. Der Gesetzgeber täte gut daran, dieses Grossprojekt dazu zu benutzen, längst überfällige dogmatische und politische Diskussionen gesetzlich zu lösen.

Prof. Dr. DOMINIQUE JAKOB, M.I.L. (Lund), ist Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich. Daneben fungiert er als unabhängiger Berater im Bereich des nationalen und internationalen Stiftungsrechts sowie der Vermögens- und Nachlassplanung (www.dominique-jakob.com).

RA MLaw MICHELLE KALT, LL.M., ist wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Lehrstuhl von Professor Jakob.