



Zürcherisches Notaren-Kollegium

Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich

Präsidenten: Beat Franz (ZNK), c/o Notariat Bülach
Tel. 044 859 28 00
beat.franz@notariate.zh.ch

Jan Rohner (gns), c/o Notariat Küsnacht
Tel. 044 947 57 02
jan.rohner@notariate.zh.ch

www.deinnotar.ch

Bülach/Küsnacht, März 2022

Per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau
Bundesrätin Karin Keller-Sutter

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Zustellung der Vernehmlassungsunterlagen und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Zu ausgewählten, unsere Arbeit betreffenden Artikeln halten wir unsere Gedanken und Überlegungen gleich im Anschluss fest. Vorab jedoch eine generelle Bemerkung: aus den Vernehmlassungsunterlagen ist zu entnehmen, dass Liechtenstein bisher das einzige Land in Kontinentaleuropa sei, welches den Trust kodifiziert hat; alle anderen Länder entschieden sich für die Treuhand. Mit der Vorlage soll nicht einfach ausländisches Recht übernommen werden, sondern auf dem Weg der Nachbildung das Instrument Trust im Schweizer Recht geschaffen werden, welches auf bereits im Schweizer Recht bekannten Rechtsinstituten beruhen soll. Zwar trifft die Erwähnung im erläuternden Bericht zu, dass mit der vorgeschlagenen Konzeption keine Änderungen im Sachenrecht, Erbrecht, Betreibungsrecht etc. nötig werden; jedoch soll per Gesetz ein neues Instrument zur Verfügung gestellt werden, welches in ganz erheblichem Masse ermöglichen würde, von wichtigen Grundsätzen und gesetzlichen Vorschriften in erwähnten (und zahlreichen weiteren) Rechtsgebieten abzuweichen oder diese schlicht zu umgehen. Um dem in der Regulierungsfolgenabschätzung offenbar erkannten bisherigen Regulierungsversagen im Schweizer Recht zu begegnen, würden als Antwort darauf Bestimmungen im Obligationenrecht eingefügt, die jenen in Teilen des ZGB, SchKG, BewG etc. teilweise komplett entgegenstünden. Jene bereits bestehenden Bestimmungen und Grundsätze aus der Rechtsprechung werden jedoch nicht in einem gesetzgeberischen Prozess oder durch Änderung der Rechtsprechung aufgehoben oder geändert.

Zu Art. 529a:

Vorgesehen ist, dass der Trust durch schriftliche Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet wird. Nicht vorgesehen ist, dass die sogenannte Trusturkunde hinterlegt wird oder für die Entstehung des Trusts ein Registereintrag notwendig sei.

Die öffentliche Beurkundung hat sich in der Schweiz bewährt. Die thematisch verwandte Errichtung einer Stiftung erfolgt mittels öffentlicher Beurkundung (vgl. Art. 81 Abs. 1 ZGB). Wir erachten es als sachlogisch, dass auch die Trusterrichtung in einer öffentlichen Urkunde festgehalten wird und somit auch dieses Rechtsgeschäft öffentlich beurkundet werden müsste. Mit der öffentlichen Beurkundung ist u.a. sichergestellt, dass die öffentliche Urkunde sicher aufbewahrt wird und die wertvolle Funktion der öffentlichen Beurkundung ihre volle Wirkung entfalten kann. Dies ist auch deshalb angebracht, weil vorgesehen ist, dass der Trust zur Entstehung in kein Register (z.B. das Handelsregister) einzutragen ist. Eine schriftliche Erklärung erbringt den Beweis gemäss Art. 9 ZGB nicht; dies ist der öffentlichen Urkunde vorbehalten. Verfehlt erscheint uns in diesem Kontext ebenfalls, dass eine weitere Zuwidmung an den Trust, sofern der Begründer und der Trustee identisch sind, schriftlich erfolgen kann (vgl. Art. 529l Abs. 2). Gleiches gilt auch für das Formerfordernis von Änderungen an der Trusturkunde (vgl. Art. 529t Abs. 2).

Als im Entwurf nicht klar zum Ausdruck gebracht erachten wir das Formerfordernis für die einzelnen Übertragungsgeschäfte zwischen Begründer und Trustee (Art. 529b). Der im erläuternden Bericht enthaltene Hinweis, dass diese Übertragungen sich "nach den Modalitäten des Sachenrechtes" richten, lässt darauf schliessen, dass der Rechtsgrundausweis für Eigentumsübertragungen an Grundstücken der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 657 ZGB). Eine Auseinandersetzung mit dieser klaren Vorschrift in Art. 657 ZGB fehlt aus unserer Sicht jedoch. Solche Formvorschriften müssten u.E. zwingend gesetzgeberisch vorgeschrieben werden und sich nicht nur via Auslegung ergeben. Es erschliesst sich uns nicht, weshalb Eigentumsübertragungen an Grundstücken im Bereich des Trustrechtes von der allgemeinen Beurkundungspflicht (und dem dieser zugrundeliegenden Beurkundungszweck) ausgenommen werden sollen.

Das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung und die damit einhergehende Beratungs- und Belehrungspflicht der Urkundsperson erscheint uns zudem angebracht, wenn sich der Begründer in der Trusturkunde explizit diverse Mitwirkungs- und Kontrollrechte vorbehalten muss (z.B. Art. 529e, 529h Abs. 3, Art. 659i), was ein rechtsunkundiger Begründer bei einer schriftlichen Trusterrichtung leicht zu übersehen oder zu vergessen riskiert (siehe auch unsere Bemerkung zu Art. 529e etc. unten).

Wird der Trust durch mehrere Begründer errichtet, so bleibt ihnen für eine Trusterrichtung von Todes wegen wohl nur der Erbvertrag und nicht andere Formen der Verfügungen von Todes wegen (das Trustrecht sollte nicht dazu führen, dass ein sog. korrespondierendes Testament in der Schweiz plötzlich seine Berechtigung findet). Fraglich bleibt dann, ob es den Erbvertragsparteien überlassen ist, bei wessen Ableben der Trust zu errichten ist oder ob das Gesetz eine diesbezügliche Antwort vorzugeben hat.

Eine eindeutige Verletzung des im Erbrecht etablierten Gebotes der materiellen Höchstpersönlichkeit in einer letztwilligen Verfügung würde ermöglicht, wenn mittels einer solchen letztwilligen Verfügung ein Discretionary Trust errichtet würde und es dem eingesetzten Trustee dadurch überlassen wird, Begünstigte nach seinem eigenen Belieben hinzuzufügen (wie dies in Art. 512t VE-OR vorgesehen ist).

Ferner fragen wir uns, weshalb die verwendete Terminologie des Vorentwurfes von der sich bewährten Terminologie von Art. 80 ZGB (Stiftungsrecht) abweicht: "Zuwidmung" statt "Widmung", "Vermögenswerten" statt "Vermögen" und erkennen auf Grund der Vernehmlassungsunterlagen nicht, dass damit qualitativ etwas Anderes gemeint sein soll.

Zu Art. 529b:

In Abs. 1 sollte klar zum Ausdruck kommen, dass die den Trust umfassenden Vermögenswerte genau zu bezeichnen sind.

Abs. 2 widerspricht u.E. erneut dem erwähnten Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit im Erbrecht. Auch für die Errichtung mittels Verfügung von Todes wegen sollten die gleichen Grundsätze (vgl. Abs. 1 von Art. 529b) wie bei der Gründung inter vivos gelten.

Nicht nachvollzogen werden kann, wieso nicht generell die dem Trust gewidmeten Vermögenswerte bezeichnet werden müssen (vgl. Abs. 3). Diese Vermögenswerte müssen u.E. bereits definiert sein und nicht der späteren "Übertragung" an den Trustee überlassen werden (vgl. S. 90 des erläuternden Berichts). Letztendlich wird die Trusturkunde Dritten gegenüber (z.B. als Rechtsgrundausweis für eine Grundstücksübertragung seitens des Begründers an den Trustee, als Nachweis für ein Aussonderungsbegehren im Konkursverfahren über den Trustee etc.) ihre Rechtswirkung entfalten müssen.

Es wäre sinnvoll, in Abs. 5 zu erwähnen, in welcher Form der Trustee die zugewidmeten Vermögenswerte erwirbt. Bei Grundstücken gehen wir davon aus, dass Art. 67 GBV anwendbar ist und der Eintrag des Trustees im Grundbuch konstitutive Wirkung hat (vgl. S. 85 des erläuternden Berichts) und mittels Singularsukzession erfolgt (vgl. S. 106 erläuternder Bericht). Unklar scheint auch die Rechtsfolge hinsichtlich der Trusterrichtung, wenn (noch)

nicht alle zugewidmeten Vermögenswerte durch den Trustee erworben wurde, sondern nur einzelne davon.

Ohne die detaillierteren Regelungen in Bezug auf das Güterrecht, Erbrecht und SchKG ist davon auszugehen, dass diesbezügliche Streitigkeiten vermehrt gerichtlich entschieden werden müssten (vgl. Abs. 6).

Zu Art. 529e (sowie Art. 529h und 529i):

In diesen Artikeln des Vorentwurfes werden dem Begründer Möglichkeiten diverser Kontroll- und Mitwirkungsrechte am Trust geboten. Wir fragen uns, ob die Gesetzesregelung nicht umgekehrt (und damit dem mutmasslichen Regelfall angepasst) werden müsste, nämlich dergestalt, als dem Begründer diese Rechte grundsätzlich zustehen und er sie im Rahmen der Trusturkunde ausdrücklich ausschliessen müsste.

Zu Art. 529g:

In Absatz 5 Ziff. 1 werden mehrere Trustees als gemeinschaftliche Träger des Trustvermögens genannt. Dies führt infolge dessen zu einem gemeinschaftlichen Eigentumsverhältnis, wobei nicht bestimmt wird, ob es sich dabei um Miteigentum oder (eher) um Gesamteigentum handeln soll. In der Annahme, dass auf Grund des Grundverhältnisses Gesamteigentum vorliegen wird (Art. 652 ZGB), fragt es sich, ob sich dieses gestützt auf eine einfache Gesellschaft begründet hat oder ob das Trustrecht ein neues, Gesamteigentum begründendes Grundverhältnis schafft (was u.E. abzulehnen wäre).

Zu Art. 529j:

Die Identifikations- und Dokumentationspflicht aller den Trust kontrollierenden Personen ist auch in Bezug auf das BewG ("Lex Koller") zu begrüssen. Diesbezüglich geben wir zu bedenken, dass besonders im Falle der Errichtung eines Discretionary Trusts und dem vorbehaltenen Recht des Trustees, Begünstigte zu streichen und insbesondere auch zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt andere Begünstigte zu bezeichnen, grösste Probleme bzgl. Prüfung und Feststellung einer Bewilligungspflicht für den Eigentumserwerb vorprogrammiert sein dürften.

Unbegründet in den Vernehmlassungsunterlagen bleibt indes die Regelung von Abs. 6, wonach die Aufbewahrungsfrist solcher Unterlagen nicht den üblichen Aufbewahrungsfristen nach Art. 958f OR (10 Jahre) entspricht.

Zu Art. 529m:

Unklar erscheint uns, wie bzw. durch wen in einzelnen Fällen diese Anmerkung wieder im Grundbuch gelöscht werden kann. Befindet sich im Trust ein Stammanteil, müsste darauf auch im Handelsregister verwiesen werden. Es erscheint uns unklar, ob eine Anmerkung in diesem Fall möglich wäre. Gleiches gilt für andere öffentliche Register, die unseres Wissens eine Abteilung "Anmerkung" nicht kennen.

Zu Art. 529n:

Einziges Korrektiv zur geplanten Schaffung eines getrennten Sondervermögens beim Trustee scheint der Hinweis in Art. 529b Abs. 6 VE-OR zu sein, wonach die Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger (namentlich Anfechtungsansprüche nach Art. 285ff. SchKG) vorbehalten bleiben.

Jeder Betreibungs- und Konkursbeamte in der Schweiz wird bestätigen können, dass die Pfändung bzw. Verwertung eines dem Schuldner gehörenden Vermögenswertes deutlich mehr Aussicht auf Befriedigung der Gläubigerforderung bietet, als zuerst in einem mit grossen Kostenrisiken und Kautonierungspflichten verbundenen Prozess die vorausgegangene Zuwidmung von Vermögen des Schuldners in einen Trust anfechten zu müssen.

Störend erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass der Begründer gleichzeitig selber Trustee und zudem zumindest auch Co-Begünstigter sein kann (und/oder ihm nahestehende Personen einsetzen kann). Bedenkt man ferner den von uns schon bemängelten Umstand, dass eine Widmung von Vermögen in einen Trust durch blosser schriftliche Erklärung möglich sein soll (und somit noch nicht einmal Sicherheit über den für die Anfechtung zentralen Umstand bestehen kann, wann genau eine solche Zuwidmung vom Schuldner/Begründer effektiv unterzeichnet wurde), bedarf es keiner allzu grossen Fantasie, um zahlreiche Möglichkeiten zu erkennen, wie ein Schuldner sein Vermögen durch Zuwidmung in einen Trust vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen versuchen könnte.

Zu Art. 529s:

In Abs. 4 ist vorgesehen, dass bei Ableben des Trustees und Fehlen von Co-Trustees das Trustvermögen im Zeitpunkt des Todes ohne Weiteres auf den neuen Trustee übergeht. Diese Bestimmung erscheint uns unklar bzw. wir müssen aus Mangel an Erläuterungen annehmen, dass für diese Fälle bereits ein Ersatztrustee in der Urkunde ernannt worden ist. Vorgesehen ist, dass eine Universalsukzession stattfindet, nicht aber gemäss Art. 560 ZGB an die Erben des Erblassers, sondern -und damit entgegen bisherigen Schweizerischen Rechtsgrundsätzen- an eine Drittperson. Dies insbesondere auch ohne Verfügung durch die

Erben des im Grundbuch eingetragenen Trustees. Offenbar soll dies die konsequente Folge der geplanten Zugehörigkeit des Trustvermögens zu einem Sondervermögen sein. Auch dieser Aspekt zeigt auf, wie wichtig es ist, dass die Universalsukzession anhand einer öffentlichen Urkunde und mit dem entsprechenden Todesschein verifiziert werden kann und nicht aufgrund einer schriftlichen Erklärung die Universalsukzession eruiert werden muss, da die Universalsukzession ohne Erbschein vollzogen wird.

Zu Art. 529v:

Es können durchaus auch Dritte berechtigte Zweifel über die Tragweite der Rechte und Pflichten des Trustees (oder anderer Beteiligten) haben. So z.B. die Urkundsperson und/oder der Grundbuchverwalter in Bezug auf die Frage, ob der Trustee zur Übertragung von Grundeigentum aus dem Trustvermögen an Dritte (oder an Begünstigte, an Nachfolgetrustees etc.) berechtigt ist oder nicht. Auch solchen Dritten müsste der Weg zur Feststellung dieser Frage an das Gericht zur Verfügung stehen.

Zum Zivilgesetzbuch:

Es ist zu begrüßen, dass das schweizerische Trustrecht das Pflichtteilsrecht der pflichtteilsberechtigten Erben berücksichtigt (Art. 493 Abs. 1 ZGB), obschon damit ein ganz wesentliches Motiv der angelsächsischen Trusterrichtung dem Schweizer Trust verwehrt bleibt.

Möglicherweise sind aber weitere Anpassungen innerhalb des Erbrechtes zu prüfen. Wir denken insbesondere an besondere Bewertungsvorschriften des unentgeltlich veräusserten Trustvermögens im Rahmen von Ausgleichung (oder Herabsetzung). So ist es doch höchstwahrscheinlich, dass ein professioneller/institutioneller Trustee das Trustvermögen wertvermehrend anlegen wird und damit das Todesfallprinzip (bzw. das Datum der Erbteilung) für die Teilungsrechnung möglicherweise zu unbeabsichtigten Rechtsfolgen für ausgleichungs- oder herabsetzungspflichtige Erben führt.

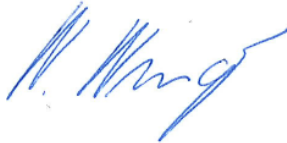
Zu guter Letzt stellt sich die Frage, ob der Trust mit einem Minimalkapital ausgestattet werden müsste, damit ein Trust errichtet werden kann. Ob dieser einer breiten Bevölkerungsschicht des Mittelstandes als Planungsinstrument zur Nachlassregelung dienen kann und wird, kann zumindest angezweifelt werden.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unserer Anliegen.

Zürcherisches Notaren-Kollegium

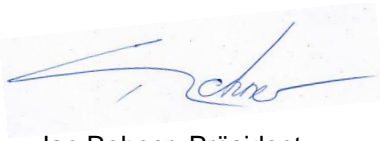


Beat Franz, Präsident



Werner Wenger, Beisitzer

Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich



Jan Rohner, Präsident



Matthias Eisenhut, Vize-Präsident

Kopie an:
Notariatsinspektorat des Kantons Zürich