

Die Haftung des Trustee in ausgewählten zivilrechtlichen Rechtsordnungen

Dr. Stephan Ochsner, LL.M.

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	1
II.	Haftung des Treuhänders in Liechtenstein	2
	A. Anwendbares Recht	2
	B. Pflichten des Treuhänders	3
	1. Pflicht zur Beachtung der Treuhandurkunde	3
	2. Beschränktes Weisungsrecht des Treugebers	4
	C. Haftung des Treuhänders	5
	1. Treuhandbruch	5
	2. Bei Geschäften zu eigenen Gunsten	5
	3. Anwendbarkeit der Business Judgement Rule?	6
	D. Potenzielles Haftungsrisiko des Treuhänders	6
	1. Allgemeines	6
	2. Steuern	8
	3. Verwaltung von „bankable assets“	8
	4. Verwaltung von „non bankable assets“	11
	E. 10 mögliche Handlungen, um Risiken zu mildern	12
III.	Haftung des Trustees in der Schweiz	13
	A. Anwendbares Recht	13
	B. Konklusion	14

I. Einleitung

Der Trust ist ein Rechtsverhältnis mit hoher internationaler Akzeptanz. Obwohl er vor allem in Common Law Ländern gebräuchlich ist, hat Liechtenstein bereits 1926 als einziges kontinentaleuropäisches Land den Trust in seinem Zivilrecht verankert.

Der Trust ist eine Rechtsbeziehung zwischen drei Parteien: dem Settlor (Treugeber), dem Trustee (Treuhänder ¹) und den Beneficiaries (Begünstigten). Im

¹ Das Personen- und Gesellschaftsrecht verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff „Treuhänder“. Das Treuhändergesetz verwendet ebenfalls den Begriff „Treuhänder“, aber vor einem anderen Hintergrund: Hier geht es um Personen, welche im Kern berufsmässig Verbandspersonen, Gesellschaf-

Dr. Stephan Ochsner, LL.M.

Gegensatz zur Stiftung geht beim Trust das eingebrachte Vermögen in das Eigentum des Treuhänders über, welcher dieses als Treugut im eigenen Namen als selbständiger Rechtsträger zu Gunsten eines oder mehrerer Dritter (Begünstigte) mit Wirkung gegenüber jedermann verwaltet oder verwendet².

Aktuell wird der Trust immer wieder mit der Problematik der Steuerhinterziehung in Verbindung gebracht. Zuweilen wird sogar seine Existenzberechtigung in Frage gestellt. Dabei wird übersehen, dass nicht der Trust als Rechtsform per se problematisch ist, sondern seine gelegentliche missbräuchliche Verwendung. Genauso wie man nach einem Autounfall nicht das Auto per se in Frage stellt, sollte man das auch beim Trust nicht tun.

Hingegen ist festzustellen, dass die Anforderungen und damit die Risiken für Trustees laufend zunehmen. Ein Trustee läuft Gefahr, eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung oder eine ähnliche Handlung zu begehen, wenn er weiss oder wissen müsste, dass die einzubringenden Vermögenswerte nicht versteuert sind. Die stetig zunehmende Transparenz in diesem Bereich bis hin zum automatischen Informationsaustausch in Steuersachen verschärft diese Problematik noch zusehends.

Auch ausserhalb des Steuerbereichs nimmt das Haftungsrisiko für Trustees laufend zu. Dies mag damit zusammenhängen, dass bei versteuerten Vermögenswerten die Wahrscheinlichkeit höher ist, dass bei einer vermeintlichen Pflichtverletzung des Trustees gegen diesen eine Haftungsklage instanziiert wird, als bei nicht versteuerten Vermögenswerten. Ein weiterer Grund ist wohl auch die generell steigende Klagefreudigkeit im Finanzdienstleistungsbereich. Ein Trustee tut deshalb gut daran, seine Risiken zu kennen und Massnahmen zu ergreifen, um diese bestmöglich zu mitigieren.

II. Haftung des Treuhänders in Liechtenstein

A. Anwendbares Recht

Der Trust wird in Art. 897 bis 932 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) geregelt und als „Treuhänderschaft“ bezeichnet. Zudem wurde zusätzlich nach

ten und Treuhänderschaften für Dritte im eigenen Namen und auf fremde Rechnung gründen (vgl. Art. 2 Treuhändergesetz). Wenn nachfolgend für liechtensteinische Verhältnisse der Begriff „Treuhänder“ verwendet wird, bezieht sich dieser auf das Personen- und Gesellschaftsrecht, soweit nicht explizit Bezug auf das Treuhändergesetz genommen wird.

² Art. 897 Personen- und Gesellschaftsrecht.

Art. 932a PGR das Treuunternehmensgesetz (TruG), welches die Geschäftstreuhand regelt, in das PGR eingefügt. Schliesslich ist das Haager Trust-Übereinkommen für Liechtenstein am 1. April 2006 in Kraft getreten.

Nach Art. 910 Abs. 1 PGR ist für die Auslegung des Treuhandverhältnisses zwischen Treugeber, Treuhänder und Begünstigten in erster Linie der Inhalt der Treuhandurkunde massgebend. Sollte der Inhalt der Treuhandurkunde den zwingenden Vorschriften oder der öffentlichen Ordnung des Landes widersprechen, ist die Treuhandurkunde vorbehältlich einer anderen Regelung im Gesetz oder in der Urkunde selbst so auszulegen, dass sie damit im Einklang steht³. Regelt die Treuhandurkunde eine bestimmte Frage nicht, kommen subsidiär die Bestimmungen des PGR zur Anwendung⁴.

Damit wird jetzt schon klar, dass dem Inhalt der Treuhandurkunde eine entscheidende Rolle im Rahmen der Haftung des Treuhänders zukommt. Es besteht eine grosse Flexibilität bei der Ausgestaltung der Treuhandurkunde. Der Treuhänder sollte deshalb bestrebt sein, dass seine Pflichten in der Treuhandurkunde so klar wie möglich geregelt werden, um in Zukunft allfällige Angriffsflächen zu vermeiden⁵.

B. Pflichten des Treuhänders

1. Pflicht zur Beachtung der Treuhandurkunde

Der Treuhänder ist nach Art. 922 PGR verpflichtet, die Bestimmungen der Treuhandurkunde und die damit nicht im Widerspruch stehenden subsidiär geltenden Bestimmungen des PGR zu beachten. Darüber hinaus ist er verpflichtet, das Treugut mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu verwahren, zu verwalten und, wo es üblich und angemessen erscheint, das Vermögen gegen Gefahren zu versichern. Der liechtensteinische Oberste Gerichtshof (OGH) hat vom Treuhänder sogar eine höhere Sorgfalt als in eigenen Angelegenheiten verlangt⁶. Grundsätzlich dürfte die geforderte Sorgfalt des Treuhänders mit zunehmender Komplexität der zu bearbeitenden Themen steigen.

³ Art. 910 Abs. 2 PGR.

⁴ Art. 910 Abs. 3 PGR.

⁵ So auch Schurr, Verhältnis des Trustee zum Errichter und zu den Begünstigten beim liechtensteinischen Trust, Liechtenstein Journal 1/2011, S. 8.

⁶ Sammlung der Entscheidungen der liechtensteinischen Gerichte (LES) 1987, 114.

2. Beschränktes Weisungsrecht des Treugebers

Die Treuhandurkunde kann ein beschränktes Weisungsrecht des Treugebers vorsehen. Nach Art. 918 Abs. 1 PGR darf der Treugeber jedoch keine Bestimmungen aufstellen, die den Treuhänder an fortlaufende Weisungen des Treugebers binden. Dabei ist grundsätzlich zu beachten, dass ein Weisungsrecht des Treugebers nicht nur zivilrechtliche, sondern auch steuerrechtliche Konsequenzen hat. Oftmals werden bei einem Weisungsrecht des Treugebers die Vermögenswerte der Treuhänderschaft steuerrechtlich dem Treugeber zugerechnet. Dies kann zuweilen aus steuerlicher Sicht gewünscht, bzw. angestrebt werden. Deshalb kann nicht gesagt werden, dass bei einer Treuhänderschaft – genauso wie bei anderen Rechtsträgern – ein Weisungsrecht des Treugebers in jedem Fall vermieden werden sollte. Ebenso kann es Sinn machen, das Weisungsrecht des Treugebers in einem Mandatsvertrag festzuhalten, um dieses klar zu umschreiben und abzugrenzen. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass die Bestimmungen des Mandatsvertrages den Bestimmungen der Treuhandurkunde nicht widersprechen. Wäre dies der Fall, würde der Treuhänder einer Interessenkollision unterliegen und Gefahr laufen, durch eine allfällige Nichtbeachtung der Treuhandurkunde eine Treuverletzung zu begehen⁷.

Sollte die Gesamtwürdigung der Umstände zum Schluss führen, dass entgegen Art. 918 Abs. 1 PGR der Treuhänder an fortlaufende Weisungen des Treugebers gebunden ist, könnte dies zum Schluss führen, dass überhaupt kein wirksames Treuhandverhältnis vorliegt, sondern die Treuhänderschaft als Scheingeschäft (Sham) zu betrachten ist⁸. Dabei ist es wohl Aufgabe des Treuhänders, sicherzustellen, dass bei einer (gewollt) kontrollierten Treuhänderschaft diese Grenze nicht überschritten wird und auch ein steuerlich angestrebtes Kontrollrecht so ausgestaltet wird, dass es nicht zur zivilrechtlichen Ungültigkeit der Treuhänderschaft führt.

⁷ So auch Schurr, Verhältnis des Trustee zum Errichter und zu den Begünstigten beim liechtensteinischen Trust, Liechtenstein Journal 1/2011, S. 9.

⁸ Siehe dazu auch Schurr, Verhältnis des Trustee zum Errichter und zu den Begünstigten beim liechtensteinischen Trust, Liechtenstein Journal 1/2011, S. 9.

C. Haftung des Treuhänders

1. Treuhandbruch

Nach Art. 924 Abs. 1 PGR haftet der Treuhänder dem Treugeber und, falls ein solcher nicht mehr vorhanden ist, dem Begünstigten nach den Grundsätzen des Vertragsrechts⁹ persönlich und mit seinem ganzen Vermögen, wenn er seine Pflichten gemäss Treuhandurkunde und subsidiär gemäss PGR verletzt (Treuhandbruch). Der bösgläubige Dritte soll dem Treugeber und Begünstigten nach den für unerlaubte Handlungen aufgestellten Grundsätzen haften, jedoch nur soweit diese nicht selbst zur Verletzung Anlass gegeben haben.

Mittreuhänder haften bei Treubruch, sofern die Treuhandurkunde es nicht anders bestimmt, unbeschränkt und solidarisch, soweit sie nicht nachzuweisen vermögen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in der Überwachung des Mittreuhänders angewandt haben. Dabei bleibt das Rückgriffsrecht auf den Schuldigen vorbehalten¹⁰.

Nach Art. 924 Abs. 3 PGR haftet der Treuhänder – mindestens soweit sich aus der Natur der einzelnen Treuhand nichts anderes ergibt - auch für Handlungen oder Unterlassungen eines Dritten, dem er die Besorgung von Treuhandgeschäften übertragen oder den er sonst hierbei verwendet hat. Auch hier bleibt das Rückgriffsrecht auf den Dritten vorbehalten.

2. Bei Geschäften zu eigenen Gunsten

Der Treuhänder ist mangels abweichender Anordnung der Treuhandurkunde und mit Ausnahme des Anspruchs auf Ersatz und Entschädigung nicht berechtigt, irgendwelche Vorteile aus dem Treuhandverhältnis zu ziehen¹¹.

⁹ § 1295 ff. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Allgemeine Haftungsvoraussetzungen sind dabei ein rechts-, bzw. pflichtwidriges Verhalten sowie ein Verschulden des Treuhänders, ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden sowie dem entstandenen Schaden sowie der Eintritt eines Schadens.

¹⁰ Art. 924 Abs. 2 PGR.

¹¹ Art. 925 Abs. 1 PGR. Art. 925 Abs. 2 bis 5 PGR enthalten weitere Ausführungen zu diesem Grundsatz.

3. Anwendbarkeit der Business Judgement Rule?

Die Business Judgement Rule (BJR) ist seit dem 1. April 2009 in Liechtenstein in Art. 182 Abs. 2 PGR kodifiziert. Die Bestimmung orientiert sich an der amerikanischen Vorlage zur BJR als auch an jener des deutschen Aktienrechts. Demnach handelt ein Mitglied der Verwaltung im Einklang mit den Grundsätzen einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung, wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten liess und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Verbandsperson zu handeln. Es ist ein Grundgedanke der BJR, einen „haftungsfreien Kernbereich unternehmerischen Ermessens bei Geschäftsentscheidungen“ zu schaffen ¹².

Die BJR ist formell nur für Verbandspersonen anwendbar. Der OGH hat jedoch mindestens vor der Kodifizierung der BJR diese auch auf Treuhänder von Treuhänderschaften angewendet ¹³. In der Literatur wird die Anwendbarkeit der BJR für Treuhänder zum Teil abgelehnt ¹⁴.

D. Potenzielles Haftungsrisiko des Treuhänders

1. Allgemeines

- Ungenügende Treuhandurkunde: Die Treuhandurkunde regelt die Pflichten des Treuhänders nicht oder nicht genügend klar. Der Treuhänder läuft damit Gefahr, dass ihm bei negativen Entwicklungen der Vorwurf gemacht wird, dass der Schaden nicht entstanden wäre, wenn er sich anders verhalten hätte. Schliesslich wird dann wohl der Richter in Auslegung von allgemeinen Rechtsbegriffen (z.B. „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ ¹⁵) beurteilen, ob sich der Treuhänder rechtmässig verhalten hat oder nicht.
- Treuhänderschaft ist „sham“: Die Treuhänderschaft könnte aufgrund eines fortlaufenden Weisungsrechts als „sham“ und damit als nicht existierend angesehen werden. Personen, die daraus einen Schaden erlitten haben (z.B.

¹² Schwärzler/Wagner, Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2012, Seite 94.

¹³ Siehe etwa LES 2008, 82.

¹⁴ So etwa Schurr, Haftung des Trustee für Investitionsentscheidungen – Rechtsvergleichende Überlegungen zum Breach of Trust unter Berücksichtigung der Asset Protection, LJZ 1/2012, Seite 38.

¹⁵ Siehe Art. 922 Abs. 1 PGR.

die Begünstigten der Treuhänderschaft), könnten dem Treuhänder vorwerfen, er habe bei der Gründung der Treuhänderschaft diesen Punkt nicht beachtet und entsprechend falsch beraten.

- Haftung für Dritte: Der Treuhänder hat für die Verrichtung einzelner Tätigkeiten (z.B. die Vermögensverwaltung) Dritte beigezogen und diese nicht sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht. Der Treuhänder haftet grundsätzlich für Handlungen oder Unterlassungen von Dritten, dem er die Besorgung von Treuhandgeschäften übertragen hat ¹⁶.
- Kenntnis ausländischen Rechts: Generell stellt sich die Frage, wie gross das Wissen des Treuhänders über das Recht im Wohnsitzland des Treugebers oder der Begünstigten sein muss. Diese Frage lässt sich nicht eindeutig beantworten. Schwärzler/Wagner äussern sich dazu wie folgt:

„Nach Meinung der Autoren kann und soll eine Beratung durch einen liechtensteinischen Treuhänder ¹⁷ und Rechtsanwalt, mögen diese als Organe einer Gesellschaft oder ihr gleichgestellten Verbandspersonen hinzugezogen worden sein, die Rechts- und vor allem Steuerberatung im Herkunftsland des Mandanten nicht ersetzen. Trotzdem ist es für liechtensteiner Treuhänder und Rechtsanwälte unumgänglich, die Gesetzeslage und Rechtsprechung von Ländern wie Deutschland zu kennen [...]. Dies umso mehr, als das liechtensteinische Recht naturgemäss einen grossen internationalen Bezug hat und nunmehr liechtensteinische Gesellschaften weitestgehend internationale Anerkennung finden ¹⁸. Schliesslich wird jedoch darauf hingewiesen, dass der liechtensteinische Treuhänder sicherlich nie den in Deutschland tätigen Rechts- oder Steuerberater ersetzen darf und kann. Dennoch sollten die steuergesetzlichen Abwehrmassnahmen im Grundsatz bekannt sein. Der liechtensteinische Treuhänder oder Rechtsanwalt kann so „die daraus resultierenden Folgen erkennen, auf diese hinweisen und etwaige schwerwiegende Beratungsfehler vermeiden ¹⁹.“

¹⁶ Art. 924 Abs. 3 PGR.

¹⁷ Gemeint ist hier der Treuhänder gemäss Treuhändergesetz. Die Aussagen können jedoch ohne weiteres auf den Treuhänder gemäss PGR übertragen werden.

¹⁸ Schwärzler/Wagner, Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2012, Seite 29.

¹⁹ Schwärzler/Wagner, Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2012, Seite 29, mit Verweis auf Hosp, Liechtensteinische Juristen-Zeitung (LJZ) 2003, Seite 8 ff.

2. Steuern

- Beihilfe zur Steuerhinterziehung: Die Steuerbehörden gewisser Länder, allen voran die U.S.A und Deutschland, verfolgen seit einigen Jahren immer aggressiver nicht nur Personen, welche eine Steuerhinterziehung begangen haben, sondern auch ihre Helfer. Es ist denkbar, dass in Anwendung des entsprechenden anwendbaren ausländischen Steuerstrafrechts²⁰ auch ein liechtensteinischer Treuhänder eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung oder eine ähnliche Handlung begehen könnte. Dies ist etwa dann denkbar, wenn der liechtensteinische Treuhänder gewusst hat, dass die in die Treuhänderschaft einzubringenden Vermögenswerte nicht versteuert waren und die Treuhänderschaft trotzdem für den Treugeber errichtet – oder ihm sogar deswegen dazu geraten – hat. Die mögliche Anwendung des Tatbestandes der Beihilfe zur Steuerhinterziehung auf den liechtensteinischen Treuhänder ist natürlich keine Frage des liechtensteinischen Zivilrechts. Aufgrund ihrer Bedeutung rechtfertigt es sich an dieser Stelle aber trotzdem, diese Problematik zu thematisieren.
- In dieselbe Kategorie fällt die mögliche Haftung des liechtensteinischen Treuhänders für die Verletzung von Reporting-Pflichten gegenüber ausländischen Steuerbehörden (z.B. in Frankreich) oder die mögliche Haftung des Trustees für nicht mehr einbringbare ausländische Steuerschulden.
- Eine Frage des Zivilrechts ist hingegen ein Fehler bei einer Steuerberatung, begangen durch den Treuhänder selbst oder einen durch ihn mandatierten Dritten. Der Schaden – zu viel bezahlte Steuern – könnte durch die Geschädigten beim Treuhänder gelten gemacht werden. Insbesondere bei einer ausländischen Steuerberatung wird sich die Frage stellen, wie viel Wissen über das ausländische Steuerrecht beim liechtensteinischen Trustee vorausgesetzt werden kann²¹.

3. Verwaltung von „bankable assets“

- „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“: Der Treuhänder verwaltet das Vermögen der Treuhänderschaft üblicherweise nicht selbst, sondern er beauftragt damit einen Vermögensverwalter. Selbst wenn er die Vermö-

²⁰ Der liechtensteinische Treuhänder unterliegt nicht direkt dem ausländischen Steuerstrafrecht. Instanziert der ausländische Staat aber ein Strafverfahren gegen den liechtensteinischen Treuhänder und erlässt dabei einen internationalen Haftbefehl, würde der Treuhänder unter Umständen riskieren, verhaftet zu werden, wenn er sich ins Ausland begibt.

²¹ Siehe oben Ziff. II./D./2.

gensverwaltung selbst wahrnehmen würde, würde er dafür keine Bewilligung gemäss Vermögensverwaltungsgesetz benötigen. Der Grund dafür ist, dass der Treuhänder rechtlich gesehen „eigene“ Vermögenswerte verwaltet, im Gegensatz zu einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, welche die Vermögenswerte Dritter verwaltet. Mehr noch: Er könnte eine Bewilligung gemäss Vermögensverwaltungsgesetz als in Liechtenstein bewilligter Treuhänder²² auch gar nicht erhalten, es müsste eine separate Vermögensverwaltungsgesellschaft gegründet werden. In aufsichtsrechtlicher Hinsicht wird vom Treuhänder also nicht verlangt, die für Vermögensverwalter geltenden Pflichten zu erfüllen. Wie sieht es nun aber zivilrechtlich aus? Der Treuhänder hat die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ walten zu lassen. Es würde nun meines Erachtens zu weit gehen, wenn man diese Sorgfalt mit der Sorgfalt und den Pflichten eines aufsichtsrechtlich bewilligten Vermögensverwalters gleichsetzen würde. Der Gesetzgeber hat den Bereich Vermögensverwaltung strikt vom Treuhandbereich getrennt. Damit kann bezüglich der manchmal sehr formalistischen Pflichten des Vermögensverwaltungsgesetzes die Sorgfalt eines „ordentlichen“ Treuhänders nicht mit der Sorgfalt eines „ordentlichen“ Vermögensverwalters gleichgesetzt werden. Trotzdem ist der Treuhänder in der Regel berufsmässig tätig und ist verantwortlich für die Vermögenswerte der Treuhänderschaft. Damit wäre es auch falsch, den Treuhänder in dieser Hinsicht als Laien zu behandeln.

- Fehlende Kenntnisse und Erfahrungen des Treugebers im Anlagebereich: Eine liechtensteinische Vermögensverwaltungsgesellschaft hat ein Kundenprofil zu erstellen, um die für den betreffenden Kunden geeignet erscheinenden Dienstleistungen und Finanzinstrumente erbringen bzw. empfehlen zu können. Die Vermögensverwaltungsgesellschaft holt dazu von ihren Kunden die für die Erstellung des Kundenprofils erforderlichen Angaben über deren Finanzlage, Anlageziele sowie Kenntnisse und Erfahrungen im Anlagebereich ein²³. Es stellt sich nun die Frage, ob den liechtensteiner Treuhänder ähnliche Pflichten treffen. Dies ist im Grundsatz zu verneinen, schliesslich ist ja das Vermögensverwaltungsgesetz auf Treuhänder²⁴ gerade nicht anwendbar. Nach Art. 913 PGR sollen Treuhänderschaften grundsätzlich dem „Leitbild“ einer äusserst konservativen und ri-

²² Gemeint ist hier der Treuhänder gemäss Treuhändergesetz. Die gemachten Aussagen können aber ohne weiteres auf den Treuhänder gemäss PGR übertragen werden.

²³ Art. 15 Abs. 1 und 2 Vermögensverwaltungsgesetz.

²⁴ Gemeint ist hier der Treuhänder gemäss Treuhändergesetz. Die gemachten Aussagen können aber ohne weiteres auf den Treuhänder gemäss PGR übertragen werden.

sikoarmen Veranlagungsstrategie unterliegen²⁵. Immerhin stellt Art. 913 PGR grundsätzlich dispositives Recht dar, welchem der Inhalt der Treuhandurkunde vorgeht. Zudem regelt Abs. 4 dieser Bestimmung, dass die genannten Beschränkungen nicht für Treuhänderschaften gelten, welche Vermögen zum Gegenstand haben, das im Ausland wohnhaften Personen gehört. Dennoch tut der Treugeber gut daran, in diesem Bereich höchste Vorsicht walten zu lassen, sich dennoch an einer konservativen und risikoarmen Veranlagungsstrategie zu orientieren und die zugelassenen Finanzinstrumente in der Treuhandurkunde möglichst genau zu umschreiben. Da jede Treuhandurkunde ein Abbild der Vorstellungen des Treugebers hinsichtlich des Umgangs mit Vermögenswerten ist²⁶, sollte dies noch in einem grösseren Masse gelten, je geringer die Kenntnisse des Treugebers im Anlagebereich sind.

- Interessenkonflikt bei der Auswahl des Vermögensverwalters: Es ist dem Treuhänder nicht untersagt, bei der Auswahl eines Vermögensverwalters eine Gesellschaft zu berücksichtigen, welche z.B. derselben Finanzgruppe angehört wie der Treuhänder selbst. Es ist jedoch festzustellen, dass in einem solchen Fall bei Anwendung der BJR jedenfalls aufgrund der bestehenden Interessenkollision kein „safe harbor“ mehr gegeben ist. In einem solchen Fall ist dem Treuhänder anzuraten, den Vermögensverwalter eng zu überwachen und diese Überwachung auch zu dokumentieren.
- Mangel an Kontrolle des Vermögensverwalters: Grundsätzlich haftet ein Treuhänder, wenn zwischen einem Treuhandbruch und einem erlittenen Vermögensverlust ein Kausalzusammenhang besteht²⁷. Ob ein Treuhandbruch vorliegt, beurteilt sich in erster Linie aufgrund des Inhalts der Treuhandurkunde. Es ist daher anzuraten, in der Treuhandurkunde zu regeln, in welchem Umfang der Treuhänder den Vermögensverwalter zu kontrollieren hat. Auszuschliessen ist eine Gefährdungshaftung des Treuhänders, es muss in jedem Fall ein schuldhaftes Verhalten desselben vorliegen²⁸.
- Rendite unter der Benchmark: Sinkt die Rendite eines Portfolios unter die Rendite eines Vergleichsindex (Benchmark), stellt sich die Frage, ob sich für den Treuhänder ein Handlungsbedarf ergibt. Diese Frage ist nicht ein-

²⁵ Schurr, Haftung des Trustee für Investitionsentscheidungen – Rechtsvergleichende Überlegungen zum Breach of Trust unter Berücksichtigung der Asset Protection, LJZ 1/2012, Seite 39.

²⁶ So Schurr, Haftung des Trustee für Investitionsentscheidungen – Rechtsvergleichende Überlegungen zum Breach of Trust unter Berücksichtigung der Asset Protection, LJZ 1/2012, Seite 39.

²⁷ Schurr, Haftung des Trustee für Investitionsentscheidungen – Rechtsvergleichende Überlegungen zum Breach of Trust unter Berücksichtigung der Asset Protection, LJZ 1/2012, Seite 39.

²⁸ Schurr, Haftung des Trustee für Investitionsentscheidungen – Rechtsvergleichende Überlegungen zum Breach of Trust unter Berücksichtigung der Asset Protection, LJZ 1/2012, Seite 40.

fach zu beantworten. Zunächst ist es nicht immer ganz einfach, eine geeignete Benchmark für das entsprechende Portfolio zu definieren. Zudem stellt sich im Rahmen der Vermögensverwaltung regelmässig die Frage, wie hoch bei einer bestimmten erreichten Rendite das theoretisch eingegangene Risiko war (Sharpe-Ratio). Ein absoluter Vergleich der Renditen ohne Berücksichtigung des theoretisch eingegangenen Risikos hinkt damit. Weiter kann eine Rendite in einem Jahr unter, im anderen Jahr über der Benchmark liegen. Liegt jedoch die Rendite eines Portfolios jahrelang unter der definierten Benchmark und liefert auch die Sharpe-Ratio keine Gegenargumente, dürfte ein Handlungsbedarf des Treuhänders nur schwer zu verneinen sein. In der Praxis wurden auch schon Konstellationen beobachtet, in welcher ein Portfolio unter drei Vermögensverwaltern aufgeteilt und periodisch derjenige mit der schwächsten Rendite ersetzt wurde. Auch in einem solchen Fall ist jedoch primär der Inhalt der Treuhandurkunde entscheidend für die Frage der Handlungspflicht des Treuhänders.

4. Verwaltung von „non bankable assets“

Enthält die Treuhandurkunde keine besonderen Regeln zur Verwaltung von „non bankable assets“ (z.B. Mobilien, Immobilien, Gesellschaften, etc.), findet der Sorgfaltsmassstab des Art. 922 Abs. 1 PGR Anwendung (Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes). Bei Mobilien und Immobilien stellen sich üblicherweise Versicherungsfragen, die geregelt werden müssen. Bei der Verwaltung von Gesellschaften können sich komplexe Fragen stellen, insbesondere wenn es um operativ tätige Gesellschaften geht.

Der OGH führte in seinem Beschluss vom 14.6.2007²⁹ bezüglich der Pflichten des Treuhänders bei der Verwaltung von Gesellschaften Folgendes aus:

„Für die Treuhänder gilt der Sorgfaltsmassstab des Art. 922 Abs. 1 PGR. Sie sind verpflichtet, die Bestimmungen der Treuhandurkunde und des Gesetzes zu befolgen und haben das Treugut mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu verwahren und zu verwalten. Im gegenständlichen Fall haben die Treuhänder für ihre Entscheidungen einen von der Treuhandurkunde weiten Ermessensspielraum. Darüber hinaus bestimmt [...] der Treuhandurkunde deutlich, dass die Treuhänder nicht verpflichtet sind, sich in das Management einer Gesellschaft oder die Geschäftsführung von Gesellschaften einzuschalten, an denen der Trust beteiligt ist. In diesem von der Treuhandurkunde vorgegebenen Rahmen haben sie das beste für das Treuhandvermögen zu tun. Wie

²⁹ LES 2008, 82.

und auf welche Art dies erreicht wird, bleibt grundsätzlich ihnen überlassen. Bewegen sich die Entscheidungen der Treuhänder hinsichtlich des Trustvermögens, insbesondere der Gesellschaften des Trusts, im Rahmen des Spielraums der Treuhandurkunde, auf einer angemessenen Informationsgrundlage, frei von Interessenkonflikten und im guten Glauben, dass ihre Entscheidungen im besten Interesse des zu verwaltenden Vermögens sind, dann handeln die Treuhänder konform mit ihren Verpflichtungen. [...] Demnach: Besetzen Treuhänder auf informierter Basis die Funktionen der Geschäftsführung und Verwaltung in den Mutter- und Tochtergesellschaften des Trusts mit Personen, die nach obigen Eckpunkten für die optimale Verwaltung dieser Gesellschaften in Frage kommen und ausgesucht wurden, dann ist dies unbedenklich. Damit „entledigen“ sie sich keinesfalls ihrer Sorgfaltsverpflichtungen, wie der [...] irrig meint, sondern sie trifft bei der Auswahl dieser Personen ein hohes Mass an Verantwortung. [...] Daher ist aus den Sorgfaltspflichten des Treuhänders ebenso wenig die Forderung des [...] abzuleiten, die Treuhänder müssten selbst in Verwaltungsräten der Gesellschaften Einsitz nehmen.“

E. 10 mögliche Handlungen, um Risiken zu mildern

1. In der Gründungsphase einer Treuhänderschaft sollte genügend Zeit verwendet werden, sicherzustellen, dass der Treuhänder die Bedürfnisse des Treugebers wirklich versteht und der Treugeber wiederum versteht, wie die Treuhänderschaft funktioniert und aufgesetzt werden soll.
2. Die Treuhandurkunde sollte alle wesentlichen Punkte regeln, um dem Treuhänder einen Handlungsrahmen zu geben. Je detaillierter einzelne Pflichten umschrieben sind, desto grösser ist die Rechtssicherheit des Treuhänders. Auf der anderen Seite bringt dies die Pflicht des Treuhänders mit, diese Pflichten auch entsprechend (detailliert) zu erfüllen und die Einhaltung der Pflichten entsprechend zu dokumentieren.
3. Ist die Treuhandurkunde komplex und schwer überblickbar, sollte eine Checkliste mit den wichtigsten Pflichten des Treuhänders erstellt werden. Hat der Treuhänder bestimmte Kontrollen durchzuführen (z.B. bezüglich des eingesetzten Vermögensverwalters), sollte die Durchführung dieser Kontrollen dokumentiert werden.
4. Der Treuhänder sollte mindestens ein grobes Verständnis über die relevante Rechtslage im Heimatland des Kunden haben.

5. Der Entscheidungsprozess sollte der BJR entsprechen und umfassend dokumentiert sein. Wo das Fachwissen des Treuhänders nicht ausreicht, sollten externe Experten beigezogen werden.
6. Interessenkonflikte sollten wenn immer möglich vermieden werden. Wo dies nicht möglich ist, sollte umfassend dokumentiert werden, welche Massnahmen ergriffen wurden, um den Interessenkonflikt bestmöglich zu lösen.
7. Der Treugeber sollte schriftlich bestätigen, dass die einzubringenden Vermögenswerte ordentlich versteuert wurden. In Einzelfällen ist das Einholen zusätzlicher Unterlagen oder Bestätigungen zu empfehlen.
8. Es sollte sichergestellt sein, dass die Vertragsvorlagen des Treuhänders aktuell sind, inklusive allfälliger Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Es sollten wo nötig, bzw. sinnvoll Schadloserklärungen eingeholt werden.
9. Es sollte vermieden werden, dass Drittpersonen über Einzelzeichnungsrechte namens der Treuhänderschaft verfügen.
10. In einer grösseren Organisation sollte ein griffiges Compliance- und Risikomanagement vorhanden sein, um vorhandenen Risiken zu identifizieren und bestmöglich zu mitigieren. Treuhandunternehmen sind in diesem Bereich weniger reguliert, als z. B. Banken. Das heisst aber nicht, dass bei Treuhandunternehmen nicht auch entsprechenden Risiken vorhanden wären.

III. Haftung des Trustees in der Schweiz

A. Anwendbares Recht

Kapitel 9a des schweizerischen Gesetzes über internationales Privatrecht (IPRG) wurde im Zuge des per 1. Juli 2007 in Kraft getretenen Haager Trust-Übereinkommens in das IPRG eingefügt und regelt folgende Bereiche:

- Art. 149a IPRG definiert den Trust und verweist dabei auf das Haager Trust-Übereinkommen.
- Art. 149b IPRG regelt die Voraussetzungen für eine gültige Wahl des Gerichtsstandes.

Dr. Stephan Ochsner, LL.M.

- Art. 149c IPRG verweist bezüglich des auf den Trust anzuwendenden Rechts auf das Haager Trust-Übereinkommen. Demnach ist grundsätzlich das durch den Treugeber bestimmte Recht auf den Trust anwendbar.
- Art. 149d IPRG enthält besondere Vorschriften über die Registrierung von bestimmten Arten von Trustvermögen in öffentlichen Registern.
- Art. 149e IPRG regelt die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen.

B. Konklusion

Das schweizerische Zivilrecht kennt den Trust nicht. Trotzdem ist der (ausländische) Trust seit langem eine wirtschaftliche und rechtliche Realität in der Schweiz.

Seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens am 1. Juli 2007 ist der Trust in der Schweiz offiziell anerkannt.

In der Praxis wird auf einen Trust ausländisches Recht anwendbar sein, selbst wenn der Trustee in der Schweiz domiziliert ist. Dies ist auch der Grund, dass es weder schweizerische Gesetzesbestimmungen, noch schweizerische Gerichtsurteile gibt, welche sich mit der Haftung des Trustees auseinandersetzen.