

Schweizerisches
Bundesgericht, Urteil vom
12. April 2012, BGer.
5A_436/2011,
5A_443/2011– Trust –
Errichtung zum Schein /
«Sham»

2. Privatrecht / Droit privé

2.5. Erbrecht – allgemein / Droit des successions – en général

2.5.2. Erbgang / Succession

(3) Trust – Errichtung zum Schein / «Sham».

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil BGer 5A_436/2012 vom 12. April 2012 i.S. *A.X. und B.X. C.c. A. X. und B. X.*



OLIVER ARTER

lic. iur. HSG, TEP, Rechtsanwalt, Zürich

I. Sachverhalt

(Übersetzung des französischsprachigen Originaltextes;
Übersetzung durch Rezensenten)

X., britischer Staatsangehöriger, geboren am 26. Mai 1920, ist am 13. Februar 2003 in Genf, wo er seinen letzten Wohnsitz hatte, verstorben. Er hinterlässt zwei Erben, nämlich seine beiden Töchter A.X. und B.X. – C., welche den Erblasser schon seit Langem kannte, war seit dem Jahr 1996 oder 1997 seine Lebensgefährtin.

X. hat ein Testament, datierend vom 7. April 1997, in welchem er seinen Töchtern verschiedene Vermächnisse ausgerichtet hat, sowie einen Testamentsnachtrag, datierend vom 12. November 1997, beide handschriftlich verfasst, hinterlassen. Mittels Letzterem vermachte er seinen Töchtern sowie C. bestimmte Werke von Diego Giacometti.

Im Laufe seiner letzten Lebensjahre hat X. beträchtliche Geldbeträge erhalten, die dazu bestimmt waren, die notwendigen Auslagen für den gemeinsamen Haushalt mit C. zu bestreiten. Diese Mittel stammten von einer Gruppe von Offshore-Gesellschaften, bestehend namentlich aus den Gesellschaften D., mit Sitz in Panama, sowie E. Ltd. mit Sitz in den Bermudas. Beide Gesellschaften wurden durch den Trust Y. gehalten. Die Gesellschaft F. fungierte als Treuhänder von Y. Bei Letzterem handelt es sich um einen nach dem Recht der British Virgin Islands errichteten Ermessenstrust, bei welchem X. weder Errichter noch Begünstigter war. Alle Ausgaben des Trusts wurden jedoch gemäss den Wünschen des Erblassers getätigt, welcher in ständigem Kontakt stand mit der G.H. AG und der G.I. AG (nachfolgend: G.) mit Sitz in Genf bzw. Panama.

¹ Der Autor bedankt sich bei lic. iur. MIRIANA EMANUELE, Zürich, EVA WETTSTEIN, Kommunikatorin FH, Zürich und NADINE LÄSER, Zürich, für ihre wertvolle Mitarbeit beim Verfassen dieses Artikels sowie für die Abschlussredaktion.

Diese fungierten als Intermediäre der vorne genannten Offshore-Gesellschaften und tätigten Auszahlungen insbesondere an den Erblasser und an seine Lebensgefährtin. Zwischen 1998 und 2000 ist ein Gesamtbetrag in der Höhe von 632'621 Franken ausgerichtet worden. Im Weiteren hat C. zwischen dem 22. Dezember 1999 und dem 25. Januar 2001 einen in drei Raten gegliederten Betrag in der Höhe von 213'180 Franken für die Rückzahlung einer im Zusammenhang mit dem Kauf einer Wohnung stehenden Hypothek erhalten.

Auf Antrag von A.X. hat das Genfer Vormundschaftsgericht am 2. Februar 2001 X. provisorisch die Ausübung seiner zivilen Rechte entzogen und Rechtsanwalt K. vorläufig als dessen gesetzlichen Vertreter ernannt. Das Gericht war der Ansicht, dass die fortschreitende Degeneration seiner geistigen Fähigkeiten, die 1995 begann, ihn unfähig machte, seine Vermögenswerte selbst zu verwalten.

Am 28. September 2005 haben A.X. und B.X. eine Forderungsklage erhoben, mittels welcher C. einerseits aufgefordert wurde, ihnen den Gegenwert der Werke von Giacometti auszuliefern – C hatte diese für 240'100 Franken verkauft [...] –, und andererseits die ihrem Vater gehörenden Guthaben, über welche C. während ihres gemeinsamen Lebens mit Letzterem unberechtigterweise verfügt habe, zurück zu erstatten. Sie beriefen sich insbesondere auf die Nichtigkeit des Testamentsnachtrags vom 12. November 1997 [...].

Mit Widerklage vom 6. Februar 2009 forderte C. den Gegenwert der Werke (geschätzt auf 160'000 Franken), welcher ihr gemäss dem umstrittenen Testamentsnachtrag zustehe. In Bezug auf die von den Töchtern des Erblassers beanspruchten Summen machte sie die Verrechnung mit zwei Forderungen in der Höhe von 145'000 Franken geltend, welche ihr gegenüber der Erbschaft zustehen würden.

Mit Urteil vom 3. August 2010 verurteilte das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf C. zur Zahlung folgender Beträge an die Beschwerdeführerinnen: 325'000 Franken nebst Zins zu 5% seit dem 13. Mai 2003, entsprechend dem Gegenwert der Werke, die durch den Erblasser an die Erben vermacht worden waren, unter Abzug des bereits zurückbezahlten Betrags von 84'900 Franken, sowie 296'811 Franken nebst Zins zu 5% seit dem 14. Februar 2003 als Rückerstattung der Guthaben des Erblassers, welche die Beschwerdegegnerin zu ihrem eigenen Nutzen während des Zusammenlebens mit dem Erblasser verwendet hatte.

Auf Berufung von C. hat der Gerichtshof des Kantons Genf dieses Urteil mit Entscheid vom 20. Mai 2011 in dem Sinne geändert, dass die vorne erwähnten Beträge auf 165'000 Franken und 162'870 Franken reduziert wurden.

Am 27. Juni 2011 haben A.X. und B.X. gegen dieses Urteil Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht erhoben. Sie verlangen dessen Abänderung in dem Sinne, dass der Nachtrag vom 12. November 1997 aufgehoben und C. verurteilt wird, die Beträge in der Höhe von 240'100 Franken nebst Zins zu 5% seit dem 13. Mai 2003, auf 325'000 Franken und seit dem 17. Juni 2004 auf 240'100 Franken sowie 285'111 Franken nebst Zins zu 5% seit dem 20. Dezember 2001 zu bezahlen.

Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 hat C. beim Bundesgericht gegen dieses Urteil ebenfalls Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Sie verlangt die Abänderung des Urteils in dem Sinne, dass A.X. und B.X. verpflichtet werden, ihr den Betrag von 64'900 Franken nebst Zins zu 5% seit dem 20. Juni 2004 zu bezahlen, nämlich den Gegenwert der ihr gemäss dem umstrittenen Testamentsnachtrag zustehenden Werke in der Höhe von 160'000 Franken sowie ihre Forderung in der Höhe von 145'000 Franken gegenüber der Erbschaft. Von diesen Beträgen hat sie den Gegenwert der Werke von Giacometti – welche den Töchtern des Erblassers zukommen – in der Höhe von 240'100 Franken abgezogen (325'000 Franken – 94'900 Franken, welche bereits bezahlt wurden). Ausserdem beantragt sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

Der Präsident dieses Gerichts hat diesem Antrag mit Beschluss vom 19. Juli 2011 stattgegeben. Aufgefordert, sich zu den Beschwerden zu äussern, beantragt jede Partei die Abweisung der Beschwerde der Gegenseite. Der Gerichtshof verweist auf die Erwägungen seines Urteils. Im Weiteren hat jede Partei zusätzliche Bemerkungen eingebracht, in denen sie ihre Schlussfolgerungen bekräftigen.

II. Erwägungen

(Übersetzung des französischsprachigen Originals, Übersetzung durch den Rezensenten)

[...] 4. Vor Bundesgericht sind noch drei Streitgegenstände offen: Zunächst einmal geht es um die geltend gemachte Forderung in der Höhe von 160'000 Franken bzw. die in der Widerklage durch die Beschwerdegegnerin beantragte Verrechnung dieses Betrags, welcher dem Gegenwert der Werke von Giacometti entspricht, die ihr der Erblasser im Testamentsnachtrag vom 12. November 1997 – dessen Gültigkeit von den Beschwerdeführerinnen bestritten wird – zugewiesen hatte. Sodann geht es um die Forderung auf Rückerstattung gewisser Beträge durch die Beschwerdegegnerin, welche diese Summen für die Führung des Haushalts in den Jahren von 1998 bis 2000 bezogen hat; dies aufgrund der ungeklärten Verwaltung dieser Beträge. Und schliesslich geht es um den Betrag von 213'180 Franken, welcher die Beschwerdegegnerin erhalten hat, um die Hypothekenschuld ihrer Wohnung zurückzuzahlen. [...].

Die Beschwerdegegnerin bestreitet zunächst jegliche Verpflichtung zur Rückerstattung und verweist auf die rechtliche Dualität zwischen dem Erblasser einerseits und dem Trust Y. sowie den durch diesen gehaltenen Offshore-Gesellschaften andererseits. [...].

7. In tatsächlicher Hinsicht hat das kantonale Gericht festgestellt, dass die durch den Erblasser für die Anlage seines Vermögens gewählte Struktur besonders undurchsichtig und verwirrend war. Bezugnehmend auf das Rechtsgutachten eines englischen Anwalts wurde festgehalten, die Struktur sei ein Offshore-Wirrwarr, geführt durch Genfer Financiers, welche den Anschein erweckten, zu wenig über das Trust-Recht zu wissen, da die von F. dargestellten Tatsachen widersprüchlich und verwirrend waren.

Bezugnehmend auf das genannte Rechtsgutachten hat das kantonale Gericht in rechtlicher Hinsicht erwogen, dass es sich um einen Schein-Trust handelt; dies aufgrund der regelmässigen Auszahlung von beträchtlichen Beträgen an den Erblasser und aufgrund der Tatsache, dass die Auszahlungen des Trusts gemäss den Wünschen des Letzteren sowie im Einvernehmen mit ihm ausgeführt wurden. Daraus hat es abgeleitet, dass der Erblasser zu keiner Zeit das Eigentum und die Kontrolle über die Vermögenswerte, die durch den Trust oder eine von ihm abhängige Offshore-Gesellschaft gehalten wurden, verloren hatte. Es hat folglich angenommen, dass die von der Beschwerdegegnerin für die Haushaltsausgaben erhaltenen Beträge aus dem Vermögen des Erblassers stammten. [...].

9. In rechtlicher Hinsicht macht die Beschwerdegegnerin geltend, dass das kantonale Gericht die Begriffe des wirtschaftlich Berechtigten sowie des Eigentümers verwechselt habe, indem es erwog, dass die von G. zwischen 1998 und 2000 ausbezahlten Gelder, nämlich 632'621 Franken, dem Erblasser gehörten. Sie beruft sich auf die rechtliche Dualität zwischen der Struktur, welche den Trust Y. und die von diesem gehaltenen Offshore-Gesellschaften mitumfasst, einerseits, und dem Erblasser andererseits.

9.1 Das kantonale Gericht hat sich den Argumenten des Rechtsgutachtens eines englischen Anwalts, welches von den Töchtern des Erblassers eingereicht wurde, angeschlossen. Gemäss dem genannten Rechtsgutachten gibt es keine Beweise dafür, dass rechtsgültig ein Trust errichtet worden ist. Gewisse Elemente bestätigen jedoch die Existenz eines Trusts, bei welchem der Treuhänder beliebigen Personen, unabhängig von ernannten Begünstigten, Geld aushändigen kann. Es liege folglich ein Rechtsverstoss vor, weil die gesamte aufgesetzte Struktur einen Schein-Trust darstellt. Der Anwalt kommt zum Schluss, dass der Erblasser nie die Kontrolle über die Vermögenswerte, welche durch den Trust oder die angeblich durch diesen gehaltenen Offshore-

Gesellschaften verwaltet wurden, verloren habe, da die aufgestellte und von Genf aus verwaltete Struktur nur eine Fiktion sei.

9.2 Die Beschwerdegegnerin macht in erster Linie geltend, dass die Tatsache, dass die Ausgaben des Trusts gemäss den Wünschen des Erblassers und mit dessen Einvernehmen getätigt wurden, auf keinen Fall den Schluss zulasse, dass er der Eigentümer der von den Offshore-Gesellschaften gehaltenen Vermögenswerte war. Gemäss der Beschwerdegegnerin konnten diese die Vermögenswerte treuhänderisch halten und deren Eigentümer sein. In Bezug auf den Trust Y. bringt sie vor, die Tatsache, dass der Trust Geld an den Verstorbenen gezahlt habe, sei nicht ausreichend zur Annahme eines Schein-Trusts, und präziserte, dass der Verstorbene bloss Wünsche geäussert habe, wobei der Treuhänder frei gewesen sei, diesen stattzugeben oder nicht. Sie bestreitet auch die Richtigkeit des durch die Beschwerdeführerinnen eingereichten Rechtsgutachtens, soweit dieses auf nicht bewiesenen Aussagen der Letzteren beruhe. Des Weiteren meint sie, dass – selbst wenn der Trust Y., der die zwei Offshore-Gesellschaften hält, ein Schein-Trust wäre – dies in keinsten Weise die Rechtspersönlichkeit der gehaltenen Unternehmen, deren rechtliche Existenz sowie deren Verfügungsfähigkeit bestritten worden ist, beeinträchtigen würde. In dieser Hinsicht behauptet sie, dass es an den Beschwerdeführerinnen sei zu beweisen, dass die beiden Einheiten nicht Eigentümer der in Frage stehenden Vermögenswerte seien, da die Vermutung gelte, dass der Besitzer einer beweglichen Sache auch ihr Eigentümer ist. Betreffend die Urteilsfähigkeit des Erblassers weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass diese keine Auswirkungen auf die Gültigkeit der an den Erblasser gemachten Zuwendungen habe, da diese nicht von ihm selbst, sondern von den Gesellschaften G. in Auftrag gegeben wurden. In Bezug auf diese Gesellschaften ist nicht festgestellt worden, dass diese nicht dazu bereit waren, Zuwendungen zu machen. Die Beschwerdegegnerin schliesst daraus, dass die Beschwerdeführerinnen mangels Legitimation nicht berechtigt seien, irgendwelche Forderungen im Zusammenhang mit den betreffenden Zuwendungen zu stellen.

9.3 Im vorliegenden Fall hat die Gesellschaft D. ihren Sitz in Panama und die E. Ltd. auf den Bermudas; beide werden durch den Trust Y. gehalten, welcher ein Ermessenstrust nach dem Recht der British Virgin Islands ist. Der Rechtsstreit weist somit einen internationalen Bezug auf, und das Bundesgericht muss die Frage des anwendbaren Rechts prüfen [...].

9.3.1 Gemäss dem Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung [...], für die Schweiz am 1. Juli 2007 in Kraft

getreten, definiert sich der Trust als eine Rechtsbeziehung, bei welchem der Begründer (Treugeber) dem Treuhänder Vermögenswerte anvertraut, damit dieser sie im Interesse eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck verwaltet. Die Vermögenswerte bilden eine vom Vermögen des Treuhänders unabhängiges Sondervermögen. Letzterer erwirbt daran Eigentum. Er ist gehalten, die Vermögenswerte zu verwalten, zu bewirtschaften oder nach den Bestimmungen des Trusts darüber zu verfügen [...]. Gemäss der Lehre entsteht ein Trust, wenn der uneingeschränkte Eigentümer (der Settlor) den Rechtstitel der Vermögenswerte, die er in den Trust einbringen will, einer Person (dem Trustee) überträgt, damit Letztere das Eigentum zu Gunsten einer anderen Person (dem Begünstigten) in Übereinstimmung mit den durch den Settlor gestellten Bedingungen im Trust hält [...]. Der Trust wird durch das vom Settlor gewählte Recht beherrscht (Art. 6 Ziff. 1 des Haager Übereinkommens).

Ein Schein-Trust liegt vor, wenn der Treugeber den Trust auf künstliche, unnatürliche Art und Weise nutzt. Dies ist der Fall, wenn er faktisch alle Macht über das Vermögen des Trusts behält, welches er letzten Endes wiederzuerlangen beabsichtigt. Ein solcher Trust erweist sich unter Anwendung des Rechtsgrundsatzes «he who comes to equity must come with clean hands» als unwirksam [...].

Betreffend die Anerkennung in der Schweiz gilt, dass ein Trust, der nach dem auf ihn anwendbaren Recht errichtet wurde, als solcher anerkannt werden muss (Art. 11 Abs. 1 des Haager Übereinkommens). Vor dem Inkrafttreten des Haager Übereinkommens unterlagen die angelsächsischen Trusts, welche einen ausreichend hohen Grad an Organisation aufwiesen, den auf Gesellschaften anwendbaren Regeln [...]. Ein Schein-Trust kann in der Schweiz nicht anerkannt werden, sofern er nach dem auf ihn anwendbaren Recht unwirksam ist (Art. 11 Abs. 1 Haager Übereinkommen; [...]).

9.3.2 In Bezug auf Offshore-Gesellschaften wird die Anwendung der Theorie des Durchgriffs vom Recht, welches das Statut der beherrschten Gesellschaft regelt, bestimmt [...]. Wenn bei dieser Sachlage die gewählte ausländische Rechtsordnung den Grundsatz des Durchgriffs nicht kennt und dies zu einem Ergebnis führt, welches mit dem schweizerischen *ordre public* nicht übereinstimmt, so kann die Anwendung des ausländischen Rechts aufgrund des negativen *ordre public* ausgeschlossen werden [...].

Nach der Durchgriffstheorie, welche für alle Formen von juristischen Personen gilt [...], kann man nicht ohne Vorbehalt an der formellen Existenz von zwei rechtlich verschiedenen Personen festhalten, wenn alle oder fast alle Vermögenswerte einer Gesellschaft entweder direkt oder über eine dazwischengeschaltete Person derselben Person gehören, sei diese natürlich oder juristisch. Trotz des Du-

alismus der Personen in der Form gibt es keine unabhängigen Einheiten, da die Gesellschaft bloss ein Instrument in der Hand seines Schöpfers ist, der, wirtschaftlich, eins ist mit ihr. Infolgedessen ist in gewisser Hinsicht zuzugeben, dass es entsprechend der wirtschaftlichen Realität die Identität von Personen gibt und dass die Rechtsbeziehungen, welche eine Person verpflichten, auch die andere Person verpflichten; dies wird jedes Mal der Fall sein, wenn die Tatsache, dass die Verschiedenheit der Subjekte geltend gemacht wird, einen Rechtsmissbrauch darstellt oder eine offensichtliche Verletzung der berechtigten Interessen zur Folge hat [...].

9.3.3 Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann geltend gemacht werden, dass der angefochtene Entscheid nicht das gemäss dem schweizerischen Internationalen Privatrecht gewählte ausländische Recht angewendet hat [...] oder, in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten, dass das gemäss dem schweizerischen Internationalen Privatrecht gewählte ausländische Recht falsch angewendet worden ist [...]. Bei Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur ist es hingegen nicht möglich, eine falsche Anwendung des ausländischen Rechts geltend zu machen [...]; in diesem Fall kann der kantonale Entscheid nur wegen Verletzung von Art. 9 BV, nämlich wegen willkürlicher Anwendung des ausländischen Rechts, angefochten werden [...].

9.4 Im vorliegenden Fall hat sich das kantonale Gericht ausdrücklich auf das Rechtsgutachten bezogen, welches ein englischer Rechtsanwalt – Spezialist für Trusts und Offshore-Gesellschaften – erstellt hat, und welches von den Beschwerdeführerinnen beigebracht worden ist. Gestützt darauf hat es geschlossen, dass der Erblasser nie die Kontrolle über die durch den Trust oder die Offshore-Gesellschaften gehaltenen Vermögenswerte verloren hatte und deshalb die durch G. überwiesenen Beträge aus seinem Vermögen stammten. Auch hat das Gericht das ausländische Recht angewendet – angesichts der vorangehenden Erwägungen mit Recht –, als es erwogen hatte, dass der Trust, als Schein-Trust qualifiziert, unwirksam ist, und es die formelle rechtliche Existenz der Offshore-Gesellschaften ignoriert hatte, dies unter Anwendung der Theorie des Durchgriffs, auch wenn es das letztgenannte Prinzip nicht ausdrücklich erwähnte. Wenn die Beschwerdegegnerin eine Verletzung der Bestimmungen über das rechtliche Eigentum der gewährten Zuwendungen behauptet, beruft sie sich keineswegs auf das Recht, welchem der Trust oder die Offshore-Gesellschaften unterliegen, sondern argumentiert mit Verweis auf das schweizerische Recht, wobei sie überdies den Klagegrund hinsichtlich der Anwendung der Theorie des Durchgriffs bloss in ihren Bemerkungen in der Antwort erwähnt. In ihren einzigen Verweisen auf das englische Recht oder jenes der British Virgin Islands und der Ber-

mudas begnügt sie sich damit, das durch die Beschwerdeführerinnen beigebrachte Rechtsgutachten zu hinterfragen, indem sie auf der Tatsache beharrt, dass – insofern er über Vermögenswerte verfügte – der Erblasser diese rechtswirksam veräussert hat. Sie zeigt allerdings nicht klar auf, insbesondere durch Einreichung eines Rechtsgutachtens mit gegenteiliger Auffassung, inwiefern das ausländische Recht falsch angewendet wurde. Nun oblag es aber genau der Beschwerdegegnerin aufzuzeigen, dass das kantonale Gericht willkürlich vom dem anwendbaren ausländischen Recht abrückte [...]. Mangels einer genügenden Begründung [...] ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

9.5 Da die Beschwerdegegnerin nicht nachgewiesen hat, dass das kantonale Gericht das ausländische Recht willkürlich angewendet hatte, indem es erwog, dass die vom Erblasser errichtete juristische Struktur eine Fiktion war, weshalb sie nicht zu berücksichtigen sei, und dass daher davon auszugehen ist, dass die von G. geleisteten Zahlungen aus dem Vermögen des Erblassers stammten, entbehrt ihre gesamte Argumentation in Bezug auf die Identität des Zuwenders und des Empfängers der erwähnten Beträge sowie die Auswirkung der Urteilsfähigkeit des Erblassers auf die Gültigkeit der Zuwendungen jeglicher Relevanz. Gleiches gilt in Bezug auf die bestrittene Undurchsichtigkeit der errichteten Struktur. [...].

III. Bemerkungen

1. Vorbemerkungen

Vorliegende Urteilsbesprechung beschränkt sich auf die Würdigung der trustrechtlichen Aspekte und geht insbesondere auf die Thematik von zum Schein errichteten Trusts («Sham») näher ein.

Vorab ist zu beachten, dass mit der Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht betreffend ausländischen Rechts nur gerügt werden kann, dass dieses durch die Vorinstanz nicht angewendet wurde, wie es das schweizerische internationale Privatrecht vorschreibt (Art. 96 lit. a Bundesgesetz über das Bundesgericht, nachfolgend «BGG»), oder dass das nach dem schweizerischen internationalen Privatrecht massgebende ausländische Recht nicht richtig angewendet wurde, sofern der Entscheid *keine vermögensrechtliche Sache* betrifft (Art. 96 lit. b BGG). Bei Streitigkeiten *vermögensrechtlicher Natur* kann ein kantonaler Entscheid einer unteren Instanz durch das Bundesgericht nicht auf eine allfällige *falsche Anwendung des ausländischen Rechts überprüft werden*, sondern eine Überprüfung ist nur wegen *willkürlicher Anwendung des ausländischen Rechts* möglich (Art. 9 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, nachfolgend «BV»; Art. 95 lit. a BGG. Vgl. BGE 133 III 446 ff., 447 f. E. 3.1). Damit ist die Aussagekraft vorliegenden Urteils eingeschränkt.

2. Anwendbares Recht betreffend Gültigkeit eines Trusts, einer Stiftung oder einer Offshore-Gesellschaft

2.1. Trustverhältnisse

Die Beurteilung der *Gültigkeit eines Trustverhältnisses* (Art. 8 Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, nachfolgend «HTÜ»; Art. 149c Abs. 1 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, nachfolgend «IPRG») richtet sich nach dem *Truststatut*, also der vom *Settlor bestimmten Rechtsordnung* (Art. 6 HTÜ) oder, in Ermangelung einer Rechtswahl, dem *Recht, mit dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist* (Art. 7 HTÜ). Nach dem Trust-Statut zu beurteilen ist damit auch, ob ein Trust als «Sham» zu qualifizieren ist. Ebenfalls – ob eine solche Möglichkeit überhaupt besteht, wird in der Literatur kontrovers diskutiert (dazu hinten Ziff. 6.3) – nach dem Truststatut (vgl. etwa BGE 128 III 346 ff., 348 ff. E. 3.1) zu prüfen ist, ob durch den Schleier eines Trusts allenfalls hindurchgegriffen («pierce the veil») werden kann.

Ist ein Trust nach dem anwendbaren Trust-Recht rechtsgültig errichtet worden und liegt kein «Sham» vor, ist der Trust als solcher anzuerkennen (Art. 11 Abs. 1 HTÜ).

2.2. Ausländische Stiftungen und Offshore-Gesellschaften

Die *Rechtsgültigkeit einer Stiftung* oder einer *Offshore-Gesellschaft* richtet sich nach dem *Gesellschaftsstatut* (Art. 154 f. IPRG. Vgl. betreffend ausländische Stiftungen OLIVER ARTER, *Ausländische Familienunterhaltstiftungen*, BGE 135 III 614, successio 2011, 125 ff., 126 f.). Nach ausländischem Recht beurteilt sich damit auch ein allfälliger Durchgriff (BGE 128 III 346 ff., 349 E. 3.1.3).

Ist eine ausländische Stiftung oder Offshore-Gesellschaft rechtsgültig errichtet worden und ist kein Durchgriffstatbestand gegeben, ist sie nach der in der Schweiz herrschenden Inkorporationstheorie (dazu BGE 117 II 494 ff., 496 f. E. 4.b) anzuerkennen (vgl. IVO SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht, Besonderer Teil*, St. Gallen/Lachen 1998, Rz. 793).

2.3. Exkurs: Ausnahmsweise Entbindung von der Anerkennung von Trusts, ausländischen Stiftungen und Offshore-Gesellschaften

Obwohl sich die Gültigkeit eines Trusts, einer ausländischen Stiftung oder einer Offshore-Gesellschaft und deren Durchbrechung («Sham»/Durchgriff) nach ausländischem Recht beurteilt, stellen sowohl das Haager Trust-Übereinkommen (Art. 15 HTÜ, Art. 16 HTÜ, Art. 18 HTÜ; auf Grund von Art. 149c Abs. 2 IPRG nicht aber Art. 13 HTÜ) als auch das schweizerische Internationale Privatrecht

(Art. 15 IPRG, Art. 17 IPRG, Art. 18 IPRG) Bestimmungen auf, nach welchen ausnahmsweise von der Anerkennung eines nach Truststatut gültig zustande gekommenen Trusts oder einer nach Gesellschaftsstatut gültig zustande gekommenen Stiftung oder Offshore-Gesellschaft (wenn also nach ausländischem Recht gerade kein «Sham»- oder «Durchgriffs-Tatbestand» vorliegt) *entbunden* wird (vgl. betreffend Trusts IVO SCHWANDER, Sham, Durchgriff und Ordre public vor Schweizer Gerichten, in: Heinrich Honzell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin [Hrsg.]: Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012, 233 ff., 242 ff.).

Soll von der Anerkennung eines Trusts, einer ausländischen Stiftung oder einer Offshore-Gesellschaft unter Anwendung schweizerischen Rechts ausnahmsweise auf Grund vorstehender Bestimmungen entbunden werden, weil die Trennung zwischen dem Trust, der Stiftung oder der Offshore-Gesellschaft und seinen Mitgliedern mangelhaft ist, käme allenfalls eine Anwendung der «Ordre public»-Bestimmungen in Frage (betreffend dem «negativen Ordre public» vgl. Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 1. Februar 1994, Proz. Nr. FB920075, OD-Bank in Liquidation gegen Konkursmasse des WKR betreffend Kollokation [im Konkurs WKR], ZR 98 [1999] N 52. E. 2.2.3: «Da die vorstehenden Erwägungen zum Ergebnis führten, dass der WKR-Trust nach dem anwendbaren Recht von Guernsey ungültig ist, erübrigt sich eine Beurteilung, ob im vorliegenden Fall der negative ordre public im Sinne von Art. 17 IPRG zu berücksichtigen ist.»). Unter einer Wertung nach dem «negativen Ordre public» (Art. 18 HTÜ; Art. 17 IPRG), welcher greift, sofern «das Ergebnis der Beurteilung nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt ist und dieses Ergebnis das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. auf stossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht» (BGE 128 III 201 ff., 204 E.1) als auch einer Wertung nach dem «positiven Ordre public» (Art. 16 HTÜ; Art. 18 IPRG) (sog. loi d'application immédiate), d.h. wenn von der Ermittlung und der hypothetischen Anwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts [...] von vornherein abzusehen [ist], wenn schweizerische Rechtsvorschriften [...] unmittelbar, das heisst unabhängig von dem durch das Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind (BGE 128 III 201 ff., 204 f. E.1), ist einem Trust, einer Stiftung oder einer Offshore-Gesellschaft infolge mangelnder Trennung des Vermögens zwischen einer solchen Struktur und deren Errichter unter *ausnahmsweiser Zugrundelegung schweizerischen Rechts* nach der hier vertretenen Ansicht allerdings nur unter sehr *restriktiven Voraussetzungen* – etwa wenn die Struktur nachweislich kriminellen Zwecken wie der Geldwäscherei oder Steuerhinterziehung dient – deren *zi-*

vilrechtliche Anerkennung zu versagen (vgl. auch ANDREA OPEL, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen, Basel 2009, 275 f.; zum deutschen Recht vgl. DOMINIQUE JAKOB/GORAN STUDEN, Die liechtensteinerische Stiftung in der aktuellen deutschen Zivilrechtsprechung, liechtenstein-journal 2011, 15 ff., 23).

3. «Sham»

3.1. Allgemeine Definition

Ein «Sham» – das *Vorspiegeln eines Rechtsgeschäfts* – lässt sich nach der Gerichtspraxis folgendermassen umschreiben: «[A]cts done or documents executed by the parties to the «sham» which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create» (so *Snook v. London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786, 802; vgl. zu «Shams» auch *Rahman v. Chase Bank Trust Company (CI) Ltd. and Others* (1991) JLR 103).

Die «Sham»-Doktrin des Trust-Rechts ist mit der Simulation (Art. 18 OR) des schweizerischen Rechts vergleichbar (SCHWANDER, a.a.O., 249). Eine Simulation liegt vor, wenn zwischen Parteien ein Geschäftswille kundgetan wird, mit welchem ein Dritter getäuscht werden soll, und die Parteien wissen, dass die Willenserklärungen zwischen ihnen keine oder nicht die kundgegebenen Rechtsfolgen bewirken sollen (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 3 Rz. 206). Simulierte Rechtsgeschäfte sind nichtig (vgl. BGE 52 II 65 ff., 68), es sei denn, die Berufung auf die Nichtigkeit selbst ist rechtsmissbräuchlich (vgl. BGE 78 II 221 ff., 226 f.).

Die Definition des «Shams» ist ähnlich. Ein «Sham» liegt vor, wenn formell und materiell eigentlich rechtsgenügend vorgenommene Handlungen oder errichtete Dokumente dazu dienen, gegenüber Dritten den Anschein von bestehenden Rechten und Pflichten zwischen den Parteien zu erwecken und die in Wahrheit beabsichtigte Schaffung von davon abweichenden Rechten und Pflichten zu verschleiern (so SCHWANDER, a.a.O., 249).

3.2. Wille zum «Sham» bei Trusts

3.2.1. Wille beim Settlor

Reicht es aus, dass der Settlor allein den Willen zum «Sham» hat, oder muss dieser Wille auch beim Trustee vorliegen?

Dazu wurde *in the Matter of the Esteem Settlement (Abacus (C.I.) Limited as Trustee), Grupo Torras S.A. and Culmer v. Al Sabah and Four Others*, [2003] JLR 188, folgendes ausgeführt: «For the above reasons we conclu-

de that the principles laid down in *Snook* [...] and *Hitch v. Stone* [...] are applicable to settlements where there is a settlor and a trustee. Accordingly, in order to find a sham, the court must find that both the settlor and the trustee had the intention that the true position should be otherwise than as set out in the trust deed which they both executed».

Bezugnehmend darauf wurde in *Shalson and others v Russo and others*, [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281 (bestätigt etwa in *MacKinnon v Regent Trust Company Limited* 2004 JLR 477, geschützt durch Jersey Court of Appeal, [2005] JCA 066, [2005] WTLR 1367, sowie *A v A and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 [Fam]), präzisierend ausgeführt: «When a settlor creates a settlement he purports to divest himself of assets in favour of the trustee, and the trustee accepts them on the basis of the trusts of the settlement. The settlor may have an unspoken intention that the assets are in fact to be treated as his own and that the trustee will accede to his every request on demand. But unless that intention is from the outset shared by the trustee (or later becomes so shared), I fail to see how the settlement can be regarded as a sham. Once the assets are vested in the trustee, they will be held on the declared trusts, and he is entitled to regard them as so held and to ignore any demands from the settlor as to how to deal with them. I cannot understand on what basis a third party could claim, merely by reference to the unilateral intentions of the settlor, that the settlement was a sham and that the assets in fact remained the settlor's property. One might as well say that an apparently outright gift made by a donor can subsequently be held to be a sham on the basis of some unspoken intention by the donor not to part with the property in it. But if the donee accepted the gift on the footing that it was a genuine gift, the donor's undeclared intentions cannot turn an ostensibly alid disposition of his property into no disposition at all. To set that sort of case up the donee must also be shown to be a party to the alleged sham. In my judgment, in the case of a settlement executed by a settlor and a trustee, it is insufficient in considering whether or not it is a sham to look merely at the intentions of the settlor. It is essential also to look at those of the trustee».

Die Gerichtspraxis zeigt somit, dass der Wille des Settlors zum Sham allein nicht ausreicht, damit ein Trust als ungültig qualifiziert wird, sondern der Trustee den Willen zum Sham teilen muss.

3.2.2. Wille beim Trustee

Zum «Willen zum Sham» beim Trustee werden unterschiedliche Ansichten geäußert. In *Midland Bank plc v Wyatt*, [1995] 3 FCR 11, [1995] 1 FLR 697, wurde ausgeführt: «I consider a sham transaction will still remain a sham transaction even if one of the parties to it merely went along

with the «shammer» not either knowing or caring about what he or she was signing. Such a person would still be a party to the sham...». In the Matter of the *Esteem Settlement (Abacus (C.I.) Limited as Trustee), Grupo Torras S.A. and Culmer v. Al Sabah and Four Others*, [2003 JLR 188], wurde dargelegt: «It follows that in our judgment, in order to succeed, the plaintiffs will need to establish that, as well as Sheikh Fahad, Abacus intended that the assets would be held upon terms otherwise than as set out in the trust deed or, alternatively, went along with Sheikh Fahad's intention to that effect without knowing or caring what it had signed, and that both parties intended to give a false impression of the position to third parties or to the court». Oder wie in *A v A and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 (Fam) ausgedrückt: «What is required is a common intention, but reckless indifference will be taken to constitute the necessary intention».

Allein die qualitativ mangelhafte Verwaltung des Trusts durch den Trustee führt dagegen nicht zu einer Qualifizierung des Trusts als «Sham»; sie kann aber als Indiz für einen Willen zum Sham bedeutsam sein (*Official Assignee in Bankruptcy in the Property of Gary Martin Reynolds vs. Alexander McLennan Wilson, Judith Ann Harvey and Susan Judith Clyma*, CA88/06 [2008] NZCA 122).

3.2.3. Ergebnis

Ein «Sham» liegt vor, wenn ein Trust nur zum Schein errichtet wird, weil der *Settlor* die Schaffung von davon abweichenden Rechten und Pflichten *beabsichtigt* und der Trust gegenüber Dritten einen falschen Anschein bezüglich der entstandenen Rechte und Pflichten erwecken soll und der *Trustee* entweder den *Willen des Settlors teilt* oder ihn *zumindest in Kauf nimmt* (vgl. auch IVO SCHWANDER, a.a.O., 249 f. und CLAUDIO WEINGART, Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen im internationalen Verhältnis – unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 111 f.).

4. Zeitpunkt des Vorliegens eines «Sham»

4.1. Grundsatz: Wille zum Sham muss bei Errichtung des Trusts vorliegen

Allgemein gilt, dass ein Trust nur dann als «Sham» qualifiziert werden kann, wenn die Sham-Tatbestände bereits *bei Errichtung des Trusts* oder *kurz danach* gegeben sind (vgl. JEREMY KOSKY, Sham Trusts and Reserved Powers, in: Sara Collins/Steven Kempster/Morven McMillan/Alison Meek, *International Trust Disputes*, Oxford 2012, 63 ff., Rz. 4.16). Dazu wurde etwa in *Hitch, Hitch, Handy v. Stone*, [2001] EWCA Civ 63 ausgeführt: «...the fact that parties subsequently depart from an agreement does not necessarily

mean that they never intended the agreement to be effective and binding. The proper conclusion to draw may be that they agreed to vary their agreement and that they have become bound by the agreement as varied».

4.2. Ausnahme: Späteres gemeinsames Zusammenwirken aller Beteiligten

In *A v A and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99 (Fam) wurde zur Thematik, ob auch ein späteres Zusammenwirken der Beteiligten eines Trusts dazu führen kann, dass ein Trust als «Sham» zu qualifizieren ist, folgendes ausgeführt: «It seems to me that as a matter of principle a trust which is not initially a sham cannot subsequently become a sham. [...] Once a trust has been properly constituted, typically by the vesting of the trust property in the trustee(s) and by the execution of the deed setting out the trusts upon which the trust property is to be held by the trustee(s), the property cannot lose its character as trust property save in accordance with the terms of the trust itself, for example, by being paid to or applied for the benefit of a beneficiary in accordance with the terms of the trust deed. Any other application of the trust property is simply and necessarily a breach of trust; nothing less and nothing more». Weiter wurde in diesem Entscheid ausgeführt: «The only way, as it seems to me, in which a properly constituted trust which is not, ab initio, a sham could conceivably become a sham subsequently would be if all the beneficiaries were, with the requisite intention, to join together for that purpose with the trustees [...]». Umgekehrt gilt gemäss diesem Entscheid: «I turn to consider the converse case. Can a trust which is initially a sham subsequently lose that character? I see no reason in principle why that should not be possible».

4.3. Ergebnis

Ein «Sham» liegt allenfalls vor, wenn der Wille zum «Sham» oder dessen Inkaufnahme bereits bei *Errichtung* des Trusts vorlag. *Ausnahmsweise* kann auch ein *späteres gemeinsames Zusammenwirken* aller Begünstigten mit dem Trustee zu einer Qualifikation als «Sham» führen.

5. Ex tunc Nichtigkeit als Folge eines «Sham»

Ist ein Trust als «Sham» zu qualifizieren, werden formell und materiell rechtsgenügend vorgenommene Handlungen oder errichtete Dokumente für unwirksam erklärt, da diese gegenüber Dritten nur den Anschein von bestehenden Rechten und Pflichten zwischen den Parteien erwecken und die in Wahrheit beabsichtigte Schaffung von davon abweichenden Rechten und Pflichten verschleiern sollen (SCHWANDER, a.a.O., 249). Ein Trust, der als «Sham» zu qualifizieren ist, ist deshalb «wholly invalid and of no effect» (so *Rahman v. Chase Bank Trust Company (CI) Ltd. and Others* (1991) JLR 103) und wird ex tunc als nichtig erklärt (SCHWANDER, a.a.O., 250).

6. «Sham» vs. «Piercing the (corporate) veil»

6.1. Definition des Durchgriffs

Das schweizerische Körperschaftsrecht (Gesellschaftsrecht) beruht in persönlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht auf der Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern (ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, § 2 N 43). Wird die juristische Person durch ihre Mitglieder zur Erreichung *rechtsmissbräuchlicher Zwecke* verwendet, ist die hinter der rechtlichen Form liegende wirtschaftliche Realität zu berücksichtigen und auf die Mitglieder durchzugreifen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., § 2 N 43). Bei nach englischer Terminologie als «piercing the veil»-Tatbestände bezeichneten Handlungen – nach schweizerischer Terminologie handelt es sich um Anwendungsfälle des Durchgriffs (vgl. zum anwendbaren Recht im internationalen Verhältnis etwa BGE 128 III 346 ff., 348 ff. E. 3.1 m.w.H.) – hat die Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern der wirtschaftlichen Realität im Einzelfall ebenfalls zu weichen, wenn die juristische Person durch den Gründer missbräuchlich verwendet wird (SCHWANDER, a.a.O., 253 ff.).

Eine gesetzliche Definition des Durchgriffs besteht nicht. Durchgriff wird meistens beschrieben «als Aufhebung der Trennung zwischen der Gesellschaft und ihrem Anteilseigner, das Ignorieren der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person, das Ausserachtlassen der Rechtsform und der formaljuristischen Selbständigkeit oder die Gleichstellung der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern durch Beiseiteschieben des Schleiers der juristischen Person» (MARLENE KOBIERSKI, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Bern 2012, 35). Tatbeständen, welche zum Durchgriff führen, ist gemeinsam, dass zivilrechtlich ein besonderer Rechtsträger geschaffen wird, dass dieser aber wirtschaftlich kein selbständiges Gebilde darstellt, sondern vollständig in der Hand seines Schöpfers und seinem Willen dienstbar bleibt (BGE 71 II 272 ff., 274).

Nach der schweizerischen Rechtsprechung bei Familienstiftungen (Art. 335 Abs. 1 ZGB) erfolgt ein zivilrechtlicher *Durchgriff* etwa, wenn zwischen Stifter und Stiftung eine *Vermögens- und Sphärenvermischung* stattfindet, wenn die Stiftung durch den Stifter oder ihm weisungsgebundenen Personen *fremdgesteuert* wird oder eine *Unterkapitalisierung* vorliegt (KOBIERSKI, a.a.O., 111 ff.).

6.2. Unterschied zwischen «Sham» und «piercing the veil»

6.2.1. Rechtsfolge

Der grundlegende Unterschied zwischen «Sham» und «piercing the veil» besteht nach der hier vertretenen Ansicht darin, dass bei Vorliegen eines «Sham» ein Rechtsträger, etwa ein Trust, als unwirksam und ex tunc nichtig

qualifiziert wird, währenddessen beim «piercing the veil» am Bestand des Rechtsträgers nicht gerüttelt, dieser aber im Einzelfall durchbrochen und auf die dahinterstehende Person zurückgegriffen wird (vgl. etwa JONAS P. HERMANN, *Asset Protection Trusts*, Baden-Baden 2012, 146 ff., 154). Für das Vorliegen sowohl von «Sham»- als auch «piercing the veil»-Tatbeständen bildet die Kontrolle durch denjenigen, welcher Vermögenswerte auf einen Rechtsträger übertragen hat, entscheidendes Kriterium.

6.2.2. Wille zum Sham und Durchgriff

Ein weiterer Unterschied zwischen «Sham» und «piercing the veil» besteht darin, dass ein Trust grundsätzlich nur dann als «Sham» qualifiziert wird, wenn der «Wille zum Sham» bereits bei Errichtung des Trusts gegeben war, währenddessen ein Durchgriff auch erfolgen kann, wenn die rechtliche Selbständigkeit des Rechtsträgers erst zu einem späteren Zeitpunkt missachtet wird (vgl. dazu betreffend Trusts PATRICK O'HAGAN, *The reluctant settlor – property, powers and pretences*, *Trusts & Trustees* 2011, 905 ff., 919).

6.3. «Piercing the veil» bei Trusts?

6.3.1. Kontroverse Diskussion

Ob das Konzept des «piercing the veil» auch auf Trusts anwendbar ist oder nicht, wird in der Literatur kontrovers diskutiert (vgl. etwa WILLIAM RICHMOND-COGGAN, *Attacking the assets of a trust: the courts use of freezing orders*, *Trust & Trustees* 2007, 18 ff., 20 f.; JOHANNA NIEGEL, *Donner et retenir ne vaut? Reflections on the retention of founder's rights*, *Trusts & Trustees* 2011, 451 ff., 459 ff.). Abgelehnt wird jedenfalls die «umgekehrte» Anwendung der zivilrechtlichen «Sham Doktrin» auf Gesellschaften und Stiftungen (so DAVID HAYTON, *Foundations and trusts contrasted*, *Trusts & Trustees* 2011, 462 ff.); entsprechend findet, sofern Gesellschaften oder Stiftungen missbräuchlich verwendet werden, stets ein Durchgriff statt (HAYTON, a.a.O., 463).

6.3.2. Gerichtsentscheidungen in England und Jersey

Gerichte in England (*Shalson and others v Russo and others*, [2003] EWHC 1637 (Ch), [2005] Ch 281) und Jersey (*In the Matter of the Esteem Settlement (Abacus (C.I.) Limited as Trustee), Grupo Torras S.A. and Culmer v. Al Sabah and Four Others*, [2003] JLR 188) verneinen die Anwendung von «piercing the veil»-Kriterien auf Trusts tendenziell (vgl. auch TOBY GRAHAM/JOANNA POOLE, «Switching assets from one shadowy hand to another»: piercing the veil of company and trust, *Trusts & Trustees* 2010, 705 ff., 714 ff.; anders offenbar der High Court der Isle of Man, *Kakay v Frearson* [2010] WTLR 1029, welcher impliziert, auch den Schleier eines Trusts durchbrechen zu können. Zit. nach – der im Übrigen hinsichtlich der Verneinung einer «piercing

the veil»-Möglichkeit bei Stiftungen abzulehnenden Meinung – MATTHEW THOMPSON/OLIVER PASSMORE, *Jersey foundations – may the court pierce the veil?*, *Trusts & Trustees* 2013, 435 ff., 437 ff.).

6.3.3. Gerichtsentscheidungen in New York

New Yorker Gerichte dagegen wenden «piercing the veil»-Kriterien in Fällen *betrügerischer Vermögensübertragungen* oder *Verschleierungen von Vermögenswerten* auf Trusts an (vgl. *Joseph Yerushalmi [Chapter 7 Debtor]*, *Marc A. Pergament [Chapter 7 Trustee of Trustee of the Estate of Joseph Yerushalmi] v. Malka Yerushalmi, Joseph Yerushalmi and Malka Yerushalmi as Trustees for September 7, 1995 Qualified Personal Residence Trust*, 2009 WL 2982964, at *7 [EDNY Bankr 14 September 2009]; *Joseph Yerushalmi [Chapter 7 Debtor]*, *Marc A. Pergament [Chapter 7 Trustee of Trustee of the Estate of Joseph Yerushalmi] v. Malka Yerushalmi, Joseph Yerushalmi and Malka Yerushalmi as Trustees for September 7, 1995 Qualified Personal Residence Trust*, 2012 WL 5839938 [Bkrtcy. E.D.N.Y., Slip Copy, Nov. 19, 2012]; *In Re: Vytautas Vebeliunas, Roy Babitt, Citibank, N.A., Chase Manhattan Bank v Vanda Vebeliunas, individually, Vanda Vebeliunas, as trustee of an Irrevocable Vart Trust, Vytautas Vebeliunas, Vytautas Vebeliunas, as trustee of a Revocable Vart Trust, Daniel Lipman, Melissa Lipman, Roy Babitt, Trustee*, 332 F.3d 85, 90–91 [2d Cir. 2003]; *United States of America v Jacob Evseroff et al*, No. 00-CV-06029 [KAM], 2012 WL 1514860 at *13–14 [E.D.N.Y. Apr. 30, 2012]; *Posner v S. Paul Posner 1976 Irrevocable Family Trust*, 688 N.Y.S.2d 548 [N.Y. App. Div. 1st 1999]; *Sheila B. Goldberg v Barton L. Goldberg*, 568 N.Y.S.2d 394 [N.Y. App. Div. 1st 1991]; *Mary L. Pappas v James C. Freund*, 660 N.Y.S.2d 302 [Sup. Ct. 1997]; *National Union Fire Ins. Co. of Pittsburgh, Pa. v Eagle Equip. Trust*, 221 A.D.2d 212, 633 N.Y.S.2d 308, 308–09 [1st Dep't 1995]; *Wm Passalacqua Builders, Inc v Resnick Developers South, Inc*, 933 F.2d 131, 143 [2d Cir 1991] sowie TIM PRUDHOE/JESSICA NOTEBAERT, *Piercing the veil – an American introduction*, *Trusts & Trustees* 2010, S. 727 ff., S. 737).

Nicht abschliessend geäußert haben sich die New Yorker Gerichte bislang dazu, ob Trusts, welche aus Gründen der *Nachlassplanung* errichtet wurden, ebenfalls einem Durchgriff unterliegen können (*Joseph Yerushalmi [Chapter 7 Debtor]*, *Marc A. Pergament [Chapter 7 Trustee of Trustee of the Estate of Joseph Yerushalmi] v. Malka Yerushalmi, Joseph Yerushalmi and Malka Yerushalmi as Trustees for September 7, 1995 Qualified Personal Residence Trust*, 2012 WL 5839938 [Bkrtcy. E.D.N.Y., Slip Copy, Nov. 19, 2012]; *In Re: Vytautas Vebeliunas, Roy Babitt, Citibank, N.A., Chase Manhattan Bank, v Vanda Vebeliunas, individually, Vanda Vebeliunas, as trustee of an Irrevocable*

Vart Trust, Vytautas Vebeliunas, Vytautas Vebeliunas, as trustee of a Revocable Vart Trust, Daniel Lipman, Melissa Lipman, Roy Babitt, Trustee, 332 F.3d 85, 90–91 [2d Cir. 2003]).

6.3.4. Ergebnis

Bislang besteht international keine einheitlich Praxis bezüglich der Durchbrechung von Trusts mittels Durchgriffskriterien. Deshalb ist stets im Einzelfall nach dem anwendbaren Trustrecht zu prüfen, ob Trusts allenfalls einem Durchgriff unterliegen können oder nicht.

6.4. Exkurs: «Bare Trust»

Von einem Trust, welcher als «Sham» qualifiziert wird, zu unterscheiden ist der sog. «Bare Trust». Ein «Bare Trust» ist ein Trust, bei welchem der Trustee die Vermögenswerte des Trusts als «Nominee» hält. Den Trustee trifft keine Pflicht und er hat auch kein Recht, bei der Aushändigung des Trustvermögens die Interessen der Begünstigten abzuwägen, sondern den Begünstigten kommt ein absoluter Anspruch auf Aushändigung des Trustvermögens zu (DAVID HAYTON/PAUL MATTHEWS/CHARLES MITCHELL, *Underhill and Hayton, Law of Trusts and Trustees*, London 2010, Rz. 4–1; GERAINT THOMAS/ALASTAIR HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford 2010, Rz. 1.27; FILIPPO NOSEDA, *Praktische Auswirkungen des Haager Trust-Übereinkommens für den Schweizer Trustee, Protector, Trust Administrator und Investment Advisor*, AJP/PJA 2006, 482 ff., 483 f.).

6.5. Exkurs: Rechtsfolgen bei widerrechtlichem oder unsittlichem Zweck nach schweizerischem Recht

Verfolgt eine juristische Person anfänglich oder nachträglich einen *widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck* (beispielsweise eine schweizerische Familienstiftung, welche entgegen Art. 335 Abs. 2 ZGB voraussetzungslos Ausschüttungen an Begünstigte für den allgemeinen Lebensunterhalt ausrichtet; vgl. etwa BGE 108 II 393 ff., 494 ff. E. 6; BGE 108 II 398 ff., 403 f. E. 4, und zum Ganzen OLIVER ARTER, *Die schweizerische Familienstiftung*, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, 107 ff., 159 f.) liegt kein Durchgriffstatbestand vor, sondern die Errichtung der Familienstiftung ist *ex tunc nichtig* (Art. 52 Abs. 3 ZGB; Art. 19 Abs. 2 OR; Art. 20 Abs. 1 OR; Art. 57 Abs. 3 ZGB), wobei das gewidmete Vermögen an den Stifter oder allenfalls an seine Erben zurückfällt (ARTER., a.a.O., 159).

7. «Sham» in der schweizerischen Rechtsprechung

7.1. Urteil des Bezirksgerichts Zürich

Im Entscheid WKR-Trust wurden diverse «Übergriffe und Verstösse gegen die Grundsätze des Trust», mithin «Sham-Tatbestände», erkannt und dazu insbesondere ausgeführt:

«Obwohl WKR weder als Begründer noch als Begünstigter des WKR-Trusts Befugnisse hatte, dessen Geschäfte zu führen, übte er mehrfach dessen Geschäfte aus. Dies wäre jedoch alleine dem Trustee zugestanden. Aus dem Verhalten WKR geht auch hervor, dass ihm die Trustidee als solche nicht genügend bekannt war, oder dass er dieser nicht nachleben und sich nicht an die rechtlichen Folgen der Gründung des WKR-Trusts halten wollte. WKR behandelte überdies das Trustvermögen mehrfach und unzulässigerweise wie sein eigenes Vermögen. Auf Grund dieser Umstände ist der WKR-Trust demnach mangels Trustabsicht des Settlors WKR als ungültig zu qualifizieren.» (so Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 1. Februar 1994, Proz. Nr. FB920075, OD-Bank in Liquidation gegen Konkursmasse des WKR betreffend Kollokation [im Konkurs WKR], ZR 98 [1999] N 52. E. 2.2.3). Entscheidend für die Qualifizierung des Trusts als «Sham» war, dass «die Gesamtheit der Umstände [...] darauf schliessen lassen, dass der Settlor WKR die Trustidee beim WKR-Trust nicht verwirklichte bzw. nie verwirklichen wollte.» (so Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 1. Februar 1994, Proz. Nr. FB920075, OD-Bank in Liquidation gegen Konkursmasse des WKR betreffend Kollokation [im Konkurs WKR], ZR 98 [1999] N 52. E. 2.2.2).

7.2. Bundesgericht, Urteil vom 26. April 2012 (BGer., 5A_259/2010)

In einem kurz nach vorliegendem Urteil ergangenen Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes (BGer., Urteil vom 26. April 2012, 5A_259/2010) betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfolgte eine *Zurechnung* von auf einen Trust übertragenen Vermögenswerten zum ehelichen Vermögen des Begründers des Trusts. Die Zurechnung erfolgte allerdings nicht, weil der Trust als «Sham» qualifiziert wurde (dies wurde überhaupt nicht geprüft), sondern aufgrund eines *Durchgriffs* unter Anwendung *materiellen Eherechtes der lex fori*. Entsprechend lassen sich aus diesem Entscheid keine Erkenntnisse für das Vorliegen von «Sham-Tatbeständen» gewinnen.

7.3. Diverse Urteile des Bundesverwaltungsgerichts

Für das Vorliegen eines «Sham»/eines Durchgriffstatbestandes sind *teilweise* auch die durch das Bundesverwaltungsgericht in Belangen der *steuerrechtlichen Amtshilfe* entwickelten nachfolgenden Kriterien (vgl. zum aktuellen Stand insbesondere Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 13. März 2013, A-6011/2012) hinzuzuziehen:

- Vorliegen eines *Mandatsvertrages* zwischen dem Settlor/Stifter und dem Trustee/Stiftungsrat (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2011, A-7976/2010, A-7978/2010, A-7979/2010,

- A-7980/2010, A-7982/2010, A-7983/2010, Ziff. 6.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 4.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 4.4, Ziff. 5.4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 4.3; Urteil vom 4. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.3.3.);
- der Settlor/Stifter kann die *Trust- oder Stiftungs-Statuten jederzeit abändern* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2011, A-7976/2010, A-7978/2010, A-7979/2010, A-7980/2010, A-7982/2010, A-7983/2010, Ziff. 6.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 4.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 4.4, Ziff. 5.4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 4.3; Urteil vom 4. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.3);
 - der Settlor/Stifter ist gemäss eines Beistatuts oder eines «Letter of Wish» *einzigster Begünstigter zu Lebzeiten*, bezeichnet mit einer *Nachfolgeregelung* bei seinem Ableben (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2011, A-7976/2010, A-7978/2010, A-7979/2010, A-7980/2010, A-7982/2010, A-7983/2010, Ziff. 6.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 4.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 4.4, Ziff. 5.4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 4.3; Urteil vom 4. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.3.);
 - der Settlor/Stifter kann gemäss eines Reglements *uneingeschränkt über Vermögenswerte* des Trusts/der Stiftung *verfügen* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.1);
 - der Settlor/Stifter ist in den Trust- oder Stiftungs-Statuten als *Letztbegünstigter* vorgesehen (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2011, A-7976/2010, A-7978/2010, A-7979/2010, A-7980/2010, A-7982/2010, A-7983/2010, Ziff. 6.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 4.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 4.4, Ziff. 5.4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 4.3; Urteil vom 4. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.3.);
 - es besteht *Personenidentität* zwischen dem *Settlor/Stifter* und dem *Trustee/Stiftungsrat* sowie der *begünstigten Person* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2011, A-7976/2010, A-7978/2010, A-7979/2010, A-7980/2010, A-7982/2010, A-7983/2010, Ziff. 6.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 4.4, Ziff. 5.4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 4.3; Urteil vom 4. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.3.);
 - der Settlor/Stifter hat ein *Zeichnungsrecht für die Bankkonten* des Trusts/der Stiftung (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 17. April 2013, A-6478/2012, Ziff. 7.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2011, A-7976/2010, A-7978/2010, A-7979/2010, A-7980/2010, A-7982/2010, A-7983/2010, Ziff. 6.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 4.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 4.4, Ziff. 5.4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 4.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 8. April 2011, A-6676/2010, Ziff. 4.4.4; Urteil vom 4. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.3.);
 - der *Settlor/Stifter erscheint bei Bankkonten als wirtschaftlich Berechtigter gemäss Formular A* oder wird in Bankakten *als «Wirtschaftlich Berechtigter» bezeichnet* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 6. Juli 2013, A-6385/2012, Ziff. 9.3.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. Mai 2013, A-6530/2012, Ziff. 5.3.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 17. April 2013,

- A-6478/2012, Ziff. 7.2.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. August 2011, A-6722/2010, Ziff. 3.5.2. ff.; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 21. März 2011, A-7012/2010, Ziff. 5.3.1 f.; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 4.2.1. Vgl. dazu auch Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 4.2.2. Vgl. zudem Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 4.2.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2011, A-7976/2010, A-7978/2010, A-7979/2010, A-7980/2010, A-7982/2010, A-7983/2010, Ziff. 2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 15. Juli 2010, A-4013/2010, Ziff. 2.2 sowie Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.2.4.);
- der Settlor/Stifter verfügt über eine *General- oder eine Verfügungsvollmacht betreffend Vermögenswerte* des Trusts/der Stiftung (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.3.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.3.3.);
 - der Settlor/Stifter hat *Überweisungsaufträge über Bankkonten des Trusts/der Stiftung zur Ausführung gebracht oder selber Gelder bezogen* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. Mai 2013, A-6530/2012, Ziff. 5.3.2 f.; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. März 2013, A-6473/2012, Ziff. 7.2.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.1);
 - der Settlor/Stifter kann ohne Einwilligung des Trustees/des Stiftungsrates über die *Anlage der Vermögenswerte selbst entscheiden* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 8. April 2011, A-6676/2010, Ziff. 4.4.4.) oder nimmt bei der Bank Einsicht in das Portfolio des Trusts/der Stiftung, lässt sich über verschiedene Anlagemöglichkeiten und die Wertentwicklungen einzelner Depotpositionen sowie über die aktuellen Darlehensbedingungen informieren und teilt mit, dass die eigenen Anlagen neu strukturiert werden sollen (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. Mai 2013, A-6530/2012, Ziff. 5.3.3);
 - der Settlor/Stifter oder Begünstigte eines Trusts stehen bezüglich des *auf den Trustee lautenden Bankkontos ganz allgemein in Kontakt mit der Bank* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 13. März 2013, A-6011/2012, Ziff. 12.2.2);
 - aus Beschlüssen eines Trusts/einer Stiftung ist ersichtlich, dass Bezüge des Stifters/Settlers wohl von den zuständigen Organen bewilligt und damit die Anforderungen an die Verwaltung eingehalten wurden, dass jedoch gemäss weiteren Dokumenten die *Organe letztlich keine Handhabe haben, die Anträge des Stifters/Settlers abzulehnen*, und dass in dem Zusammenhang bezeichnend ist, dass die Organe *Bezüge* des Stifters/Settlers in der Regel für *mehrere Jahre zusammen und im Nachhinein bewilligen* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. Mai 2013, A-6530/2012, Ziff. 5.3.2 f.; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.3.);
 - faktisch besteht *wirtschaftliche Kontrolle und Verfügungsmacht* über das auf den Namen des Trusts/der Stiftung lautende Vermögen und die daraus erzielten Einkünfte (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. Mai 2013, A-6530/2012, Ziff. 5.3.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 4.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 4.4.).
- Keine Zurechnung des Vermögens zum Settlor/Stifter, dies lässt sich wiederum aus diversen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts in Amtshilfesachen entnehmen, erfolgte etwa bei folgenden Konstellationen:
- wenn ein *Ermessensbegünstigter* (Begünstigter ohne Rechtsanspruch) in Übereinstimmung mit den Statuten und dem Beistatut und auf der Grundlage entsprechender Trusteebeschlüsse/Stiftungsratsbeschlüsse zu 5% pro Jahr Begünstigter am Trust-/Stiftungsvermögen ist, ansonsten aber keine Einfluss- oder Kontrollmöglichkeiten hat (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 4.1.2.);
 - wenn eine Person in der Begünstigungsordnung eines Trusts/einer Stiftung als *Erstbegünstigter* zu Lebzeiten an Kapital und Erträgen des/der jeweiligen Trusts/Stiftung genannt wird, aber *nicht in der Lage ist, auch auf Zeitpunkt und Umfang von Zuwendungen an sich selbst im massgeblichen Sinn Einfluss zu nehmen* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 5.4.1 f.), wobei hierfür als Indiz auf die Statuten und Begünstigungsordnungen des Trusts/der Stiftung und auf allfällige «Articles of Association» von «underlying companys» abzustellen ist (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 5.3.2, Ziff. 5.4.2.);
 - wenn das «*Spiel des Trusts/der Stiftung*» «*gespielt wird*» (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 5.4.3; Bun-

- desverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 5.4.2.) und der Settlor/Stifter somit keine Kontroll- oder Verfügungsmacht über Vermögenswerte hat;
- wenn eine Person, allenfalls durch jederzeitig mögliche Abänderung der Begünstigtenordnung durch den Trustee/Stiftungsrat, *zum Kreis der Begünstigten gehören könnte* (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 5.4.3. Vgl. zur liechtensteinischen Anstalt Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 5.4.4.);
 - wenn eine Person *Trustee/Stiftungsrat eines Trusts/einer Stiftung* ist, da der Trustee/Stiftungsrat an die in der Trust-/Stiftungsurkunde festgelegten Bestimmungen gebunden ist und damit nicht als wirtschaftlich Berechtigter des Trust-/Stiftungsvermögens gelten kann, da ihm dazu die wirtschaftliche Verfügungsmacht fehlt (offengelassen in Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. August 2011, A-6722/2010 und A-6936/2010, Ziff. 3.5.6.), *es sei denn*, die Bankakten zeigten, dass in dieser Funktion *nicht im Sinne des Trusts/der Stiftung gehandelt wurde*, sondern über das Konto wie über ein *Privatkonto* verfügt wurde, beispielsweise indem gewisse Anlageentscheide zuerst mit der Familie besprochen wurden, Treffen bei der Bank zum Teil im Beisein weiterer Familienangehöriger stattfanden, ohne dass diese Personen irgendeine Funktion innerhalb des Trusts/der Stiftung inne hatten, gewisse Zahlungen einzig für *persönliche Bedürfnisse* erfolgten und der Trustee/Stiftungsrat selber (nicht in seiner Funktion) gegenüber der Bank als Kunde auftrat (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 6. Juli 2013, A-6385/2012, Ziff. 9.3.3);
 - wenn eine Person lediglich *«effektiver Gründer»* eines Trusts/einer Stiftung ist (vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. Mai 2013, A-6530/2012, Ziff. 5.3.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 29. März 2013, A-6473/2012, Ziff. 7.2.2).

Diese durch das Bundesverwaltungsgericht entwickelten Kriterien eines «steuerrechtlichen Sham» können für das Vorliegen eines «zivilrechtlichen Sham» allerdings *nicht ohne weiteres analog herangezogen werden*. Insbesondere ist ein Trust nicht ohne weiteres als «Sham» zu qualifizieren, wenn der Errichter eines Trusts an diesem auch begünstigt ist.

8. «Sham-Kriterien» in der internationalen Rechtsprechung

Die internationale Rechtsprechung hat – auszugsweise und nicht abschliessend – Trusts bei Vorliegen folgender Tatbestandselemente als «Sham» qualifiziert:

- der Settlor errichtet einen Trust aus einem *bestimmten Zweck* (auch relevant zur Bestimmung eines allfälligen «Vorsatzes zum Sham» (In the Matter of the *Esteem Settlement [Abacus (C.I.) Limited as Trustee]*, *Grupo Torras S.A. and Culmer v Al Sabah and Four Others [2003 JLR 188]* oder *Midland Bank plc v Wyatt [1995] 3 FCR 11 [1995] 1 FLR 697*), beispielsweise zur Schädigung von Gläubigern;
- der Settlor behält *Kontrolle* oder *Einfluss* auf das *Trustvermögen*, etwa wenn (I) der Settlor ermächtigt ist, Trustvermögen, auch wenn dazu die Zustimmung des Trustees erforderlich ist, an sich zu übertragen, (II) der Trustee unter Auslassung der Wahrung der Interessen der Begünstigten Trustvermögen an den Settlor übertragen kann, (III) der Trustee für die wesentlichen Verwaltungs- und Investitionsentscheidungen vorerst der Zustimmung des Settlers bedarf, (IV) der Settlor ermächtigt ist, einen Anlageberater zu ernennen und der Trustee, falls er den Anlagevorschlägen Folge leistet, selbst einer Verantwortung für den Erfolg der Investitionen entbunden ist, (V) der Trustee für die Ernennung eines Anlageberaters der Zustimmung des Settlers bedarf, (VI) der Trustee ein Bankkonto für den Trust errichtet und (a) der Settlor die Möglichkeit hat, über die Vermögenswerte bei der Bank direkt Anlageentscheidungen zu treffen, (b) der Settlor mit der Bank die Kosten eines Vermögensverwaltungsmandates verhandelt und die Anlagestrategie festlegt, (c) der Settlor der Bank direkt Anlageentscheidungen zustellt und der Trustee somit «umgangen» wird, (d) die Bank sich direkt an den Settlor oder dessen Repräsentanten wendet und das Trustportfolio als dem Settlor gehörend benennt oder (e) der Settlor den Bankverkehr direkt führt, (VII) der Settlor den Trustee instruiert, das Trustvermögen zu einer anderen Bank zu transferieren, der Trustee dem ohne weitere Fragen zu stellen nachkommt und nachfragt, ob die Anlagestrategie unverändert bleiben soll, (VIII) der Settlor mit der Bank eine Bonus-Vereinbarung aushandelt, (IX) dem Trustvermögen bei der Bank ohne Wissen des Trustees innert kurzer Zeit grosse Summen zugeführt oder von diesem abgeführt werden, (X) der Settlor ganz allgemein das Trustvermögen als sein eigenes Vermögen bezeichnet, (XI) der Settlor den Trust als letztwillige Verfügung bezeichnet, (XII) die Wünsche des Settlers über allem stehen und keinerlei eigene unabhängige Entscheidungsgründe seitens des Trustees ersichtlich sind, (XIII) der Trust als «vertraulich» erachtet wird, (XIV) für verschiedene Zwecke unterschiedliche «Letter of Wishes» vorhanden sind und (XV) ganz allgemein der Trustee den Settlor in seinen Handlungen gewähren lässt und er sich rein passiv verhält (*Rahman v Chase*

Bank Trust Company [CI] Ltd. and Others (1991) JLR 103 sowie *Meher Rohinton Minwalla v Darayus Cyrus Minwalla, DM Investments SA, Midfield Management Limited, CI Trustees Limited as Trustees of the Fountain Trust, [2004] EWHC 2823 [Fam.]*; in krassen Fällen, in welchen der Trustee als reine Marionette erscheint, wird teilweise auch von «Alter Ego Trust» gesprochen, vgl. etwa DAVID G. RUSSELL/BRADLEY L. JONES, Sham and alter ego trusts in Australia and New Zealand – a recent perspective, *Trust & Trustees* 2009, 498 ff., 500., wobei diese Theorie für Neuseeland spätestens seit der jüngsten Entscheidung des Court of Appeal, *Official Assignee in Bankruptcy in the Property of Gary Martin Reynolds v Alexander McLennan Wilson, Judith Ann Harvey and Susan Judith Clyma, CA88/06 [2008] NZCA 122*, abzulehnen ist. Vgl. zu dieser Entscheidung etwa NICOLA PEART/MARK HENAGHAN/GREG KELLY, Trusts and relationship property in New Zealand, *Trusts & Trustees* 2011, 866 ff., 873 f. Der Begriff des «Alter Ego Trusts» stützt sich dabei allerdings nicht auf das anwendbare Trust-Recht, sondern erfolgt auf Grund einer materiellrechtlichen Anwendung von eherechtlichen Bestimmungen, welche besagen, dass die verfügbaren Mittel eines Ehegatten bei der Zuweisung ehelichen Vermögens auf Grund einer Scheidung zu berücksichtigen sind, weshalb es zulässig ist zu prüfen, welcher Ehegatte in welchem Ausmass von Vermögenswerten eines Trusts profitieren wird. So PEART/HENAGHAN/KELLY, .a.a.O., 873);

- beim Trust handelt es sich um eine *verkappte letztwillige Verfügung*, was sich etwa daran zeigt, dass (I) der Settlor die Vermögenswerte weiterhin kontrolliert und der Trustee als sein Beauftragter handelt, (II) der Settlor den Trustee von seiner Verantwortlichkeit entlasten kann, (III) die Begünstigten keinerlei Rechte haben, vom Trustee Rechenschaft oder Information zu verlangen, (IV) der Trust Aktien einer Gesellschaft hält und es dem Trustee verwehrt ist, auf die Gesellschaft, ohne Zustimmung des Settlors, Einfluss zu nehmen oder (V) der Settlor die Rechte seines Ehegatten und der Nachkommen annullieren kann (*Rahman v Chase Bank Trust Company [CI] Ltd. and Others [1991] JLR 103*);
- der Trustee benötigt, bevor er Anlageentscheidungen trifft, die *Zustimmung des Hauptbegünstigten oder dessen Beauftragten* und wird im Gegenzug, wenn er im Sinne dieser Zustimmung handelt, schadlos gehalten (*Private Trust Corporation v Grupo Torras [1997] 1 OFLR 443*);
- jeder *Begünstigte* hat das *Recht*, vom Trustee *Ausschüttungen* an sich zu *verlangen* (*Private Trust Corporation v Grupo Torras [1997] 1 OFLR 443*);
- der *Trustee* kann jederzeit *durch einen Protektor*, welcher vom Hauptbegünstigten ernannt wurde, abgesetzt werden (*Private Trust Corporation v Grupo Torras [1997] 1 OFLR 443*);
- die *Entschädigung* des *Trustees* war *Gegenstand* einer *Vereinbarung* mit dem *Hauptbegünstigten* (*Private Trust Corporation v Grupo Torras [1997] 1 OFLR 443*);
- die *Tätigkeit* des *Trustees* wird *beendet*, sobald *bestimmte Umstände* eintreten, beispielsweise wenn behördliche oder gerichtliche Massnahmen den Trust auszusetzen oder zu beenden drohen oder die Übertragung von Vermögenswerten des Trusts beschränkt werden könnten und in diesem Fall die Vermögenswerte des Trusts sofort auf andere Trusts zu übertragen sind (*Private Trust Corporation v Grupo Torras [1997] 1 OFLR 443*: «Even if, for sake of argument, this conclusion were not inevitable, the Bluebird Trust itself contains provisions for the automatic cessation of the tenure of the trustee, the divestment of the trust property and the title thereto, the succession to the trusteeship by a similarly named trustee incorporated in the Turks and Caicos Islands, the ouster of the jurisdiction of the Bahamian Courts and its transfer to the exclusive jurisdiction of the Courts of the Turks and Caicos Islands. All of the foregoing automatic consequences arise from the occurrence of any of a number of specified events, including action by or on behalf of any [judicial authority].»);
- der Settlor übt *erhebliche und wirksame Kontrolle* über die Vermögenswerte des Trusts aus (*Private Trust Corporation v Grupo Torras [1997] 1 OFLR 443*: «In a practical world, a Judge in Mareva proceedings ought not to shy away from the conclusion that the settlor of a trust in such a situation is in a position virtually equivalent to having substantial and effective control over the trust funds. [...] Finally, Article 1.2 allows the trustee in its sole discretion to apply either principal or net income of the trust fund to or for the benefit of any one or more of the beneficiaries. In the event that the principal becomes exhausted the trust shall terminate. The words of Article 1.2 clearly demonstrate how accessible the funds of the trust are to Sheikh Fahad should he desire a distribution to himself of the whole or part of either its principal or net income. Only the unimpeachable exercise of the trustee's discretion lies between any request by the Sheikh for such quite proper distribution and the grant of the request. These are the words of that provision in the Declaration: <1.2 Income and Principal Distributions. The Trustee may pay or apply to or for the benefit of any one or more of the Beneficiaries so much or all of the net income of the trust fund as the Trustee,

in its sole discretion, considers advisable. In addition to the net income of the Trust Fund, the Trustee may pay or apply to any one or more of the Beneficiaries such part or all of the principal of the Trust Fund as the Trustee, in its sole discretion, considers advisable for the support, maintenance or general welfare of any Beneficiary. In the event all of the principal is so paid or applied, the Trust shall terminate. No adjustment shall be required upon termination of the Trust Fund for any prior unequal distribution of income or principal.» A close analysis of Article 1.2 shows that all of the trust fund while in the safe keeping of the trustee under cover of the trust, is in reality as distinct from legal theory, the Sheikh's money placed by him where it is available to himself as an object of the trust, in the lawful exercise of the trustee's discretion upon the Sheikh's request. Since Article 1.2 expressly contemplates the termination of the trust upon exhaustion of the principal of the trust fund by such distribution, it is wholly unreal to think that the trustee, relying only on his «sole discretion», would stand against the Sheikh who requests distribution to himself of the trust fund (his own money) for his «support, maintenance or general welfare». That is perfectly lawful because of express provision in the trust contemplating it and permitting it. It is no disparagement of a trustee in the shoes of PTC under a trust framed like the Bluebird Trust, to regard the trustee, at least, *prima facie*, as being amenable to a beneficiary's self-serving proposals for distribution once they fall within the terms of the trust.»); eine *faktische Kontrolle* allein reicht jedoch für die Qualifizierung als «Sham» nicht aus, da Trustees die Wünsche von Begünstigten bei ihren Entscheiden miteinbeziehen dürfen, sofern sie diesen nicht blindlings folgen (vgl. *A v A and St George Trustees Limited* [2007] EWHC 99; *Official Assignee in Bankruptcy in the Property of Gary Martin Reynolds v Alexander McLennan Wilson, Judith Ann Harvey and Susan Judith Clyma*, CA88/06 [2008] NZCA 122 sowie zum Ganzen PATRICK O'HAGAN, *Trusts in Switzerland (a tale of two conventions)*, *Trusts & Trustees* 2012, 732 ff., 743 f.); die Kontrolle kann auch dadurch ausgeübt werden, dass der Trustee eine sog. «*Private Trust Company*» ist, welche im Eigentum des Settlors steht oder von diesem sonst wie kontrolliert wird (vgl. BONNIE STEINER, *Private trust companies: a double edged sword? The pros & the cons*, *Trusts & Trustees* 2009, 458 ff., 465 ff.);

- *notwendige Beschlüsse* des Trustees *liegen nicht vor*;
- allfällige *Transaktionen* mit den Begünstigten oder Dritten finden *nicht «at arm's length»* statt;
- die *von einem Trust beherrschten Gesellschaften schützen keine Dividenden aus*, insbesondere, weil der Settlor

des Trusts direkten Zugriff auf die Vermögenswerte der Gesellschaft hat (*Meher Rohinton Minwalla v Darayus Cyrus Minwalla, DM Investments SA, Midfield Management Limited, CI Trustees Limited as Trustees of the Fountain Trust*, [2004] EWHC 2823 [Fam.]);

- es findet allgemein eine *Vermischung von Vermögenswerten* zwischen Trust, von diesem beherrschten Gesellschaften und den Vermögenswerten des Settlors statt;
- Transaktionen des Trusts sind *nicht ausreichend kapitalisiert*.

9. Sham-Kriterien in vorliegendem Urteil

In vorliegendem Entscheid wurde auf Kriterien für das Vorliegen eines «Sham» kaum eingegangen, was sich einerseits mit der eingeschränkten Kognition des Schweizerischen Bundesgerichts und der Tatsache, dass die Vorinstanz insbesondere auf ein Rechtsgutachten abstellte, erklären lässt. Andererseits wurde vor Bundesgericht nicht ausreichend dargelegt, weshalb das ausländische Trust-Recht von der Vorinstanz unrichtig angewandt wurde, weshalb für das Bundesgericht keine Notwendigkeit bestand, auf zum Schein errichtete Trusts näher einzugehen.

Zutreffend führt das Bundesgericht jedenfalls aus, dass ein Trust nur zum Schein vorliegt, wenn der Begründer den Trust auf künstliche, unnatürliche Art und Weise nutzt, was dann der Fall ist, wenn er faktisch alle *Macht* über das Vermögen des Trusts behält und er dieses am Ende wiederzuerlangen beabsichtigt (Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 12. April 2012, 5A_436/2011, 5A_443/2011. E. 9.3.1).

Weiter beschäftigte sich das Bundesgericht mit dem erwähnten Rechtsgutachten, welches zum Schluss kam, dass der in Frage stehende Trust nur zum Schein errichtet wurde, weil der Begründer des Trusts regelmässige Auszahlungen von beträchtlichen Beträgen aus dem Trustvermögen erhielt und diese Auszahlungen gemäss den Wünschen des Begründers und mit dessen Einvernehmen ausgeführt wurden. Daraus wurde abgeleitet, dass das Eigentum und die Kontrolle über die Vermögenswerte, die durch den Trust oder eine von diesem abhängige Offshore-Gesellschaft gehalten wurden, durch den Begründer des Trusts nie aufgegeben wurden und der Trust nur zum Schein errichtet wurde (Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 12. April 2012, 5A_436/2011, 5A_443/2011. E. 9.4). Gegen dieses Rechtsgutachten wurde insbesondere geltend gemacht, dass die Tatsache, dass die Ausgaben des Trusts gemäss den Wünschen des Begründers des Trusts und mit dessen Einvernehmen getätigt wurden, nicht den Schluss zulassen, dass das Eigentum an den auf den Trust übertragenen Vermögenswerten nicht aufgegeben wurden. Insbesondere wurde präzisiert, dass es nicht ausreicht, einen Trust als nur zum Schein errichtet zu qualifizieren, wenn der Begründer

des Trusts Wünsche betreffend Auszahlungen geäussert hätte und der Trustee frei gewesen sei, diesen stattzugeben oder nicht (Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 12. April 2012, 5A_436/2011, 5A_443/2011. E. 9.2). Letzteren Ausführungen ist zuzustimmen: äussert ein Begründer eines Trusts Wünsche betreffend Auszahlungen aus dem Trust und entscheidet der Trustee über diese Ausschüttungen unabhängig, so ist ein Trust nicht als zum Schein errichtet zu qualifizieren. Da die Beschwerdegegnerin allerdings nicht nachgewiesen hat, dass das kantonale Gericht das ausländische Recht *willkürlich* angewendet hatte, wurde die Beschwerde vor Bundesgericht abgewiesen.

10. Schlussfolgerungen

Vorliegendes Urteil bringt bezüglich Trusts, welche zum Schein errichtet werden, wenig Neues. Allgemein sollte bei einer Beurteilung, ob ein Trust lediglich zum Schein errichtet wurde, jedoch folgendes beachtet werden. Erstens: Ein «Sham» liegt lediglich dann vor, wenn ein Trust nur zum Schein errichtet wurde, der *Settlor* die Schaffung von davon abweichenden Rechten und Pflichten *beabsichtigt* und der Trust gegenüber Dritten einen falschen Anschein bezüglich der entstandenen Rechte und Pflichten erwecken soll, und der *Trustee* entweder den *Willen des Settlers teilt* oder ihn *zumindest in Kauf nimmt*. Zweitens: Ein «Sham» liegt nur vor, wenn der Wille zum «Sham» oder dessen Inkaufnahme bereits bei *Errichtung* des Trusts vorlag; *ausnahmsweise* kann auch ein *späteres gemeinsames Zusammenwirken* aller Begünstigten mit dem Trustee zu einer Qualifikation als «Sham» führen.

Um die Qualifizierung eines Trusts als «Sham» zu vermeiden, sollte deshalb folgendes befolgt werden. Erstens: Die Errichtung des Trusts ist lückenlos zu dokumentieren. Zweitens: Die Verwaltungshandlungen und die Gründe, welche den Trustee bewegen, Entscheidungen zu treffen, beispielsweise über die Ausschüttung von Trustkapital oder Trusterträgen, sind ausreichend zu dokumentieren. Und drittens: der Settlor darf keine *erhebliche Kontrolle* oder keinen *erheblichen Einfluss* auf das *Trust-Vermögen* oder den *Trustee* ausüben, wobei stets zu beachten ist, dass es unter dem anwendbaren Trust-Recht durchaus zulässig sein kann, dass dem Settlor gemäss der Trust-Urkunde gewisse Befugnisse und Rechte eingeräumt werden.

Schliesslich sollte nicht vergessen werden, dass die Anzahl Fälle, in welchen internationale Gerichte zum Schluss kamen, dass ein Trust nur zum Schein errichtet wurde, gering ist. Trusts sind deshalb *nur ausnahmsweise als «Sham» zu qualifizieren* (vgl. zu künftigen Herausforderungen ROBERT HUNTER, *The fraudulent use of trusts, Trusts & Trustees* 2013, 312 ff.).

This publication may qualify as “Attorney Advertising” requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

This publication is for general information purposes only, and not intended to constitute legal or other professional advice, and should not be relied on or treated as a substitute for specific advice relevant to particular circumstances. Consequently, this publication should not be relied upon for specific legal and/or tax advice, only be used as a guide to potential legal and/or tax issues and you should seek additional information and advice from legal counsel.

An offer to provide a free consultation, or an actual consultation, in person or by phone, signing up for, or attending, seminars and or workshops does not create an attorney-client relationship. An attorney-client relationship is only formed by a signed written agreement.

Oliver Arter accepts no responsibility for any loss which may arise from reliance on information or materials in this publication.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.

If you do not wish to receive e-mails from Oliver Arter and want to be removed from the electronic mailing list, please reply to the e-mail with “remove” in the subject heading.

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201, 8034 Zurich, Switzerland,
Tel.: 0041 44 386 60 00, Email: oarter@froriep.ch**