



Trusts und Bankbeziehungen – Wer ist «Wirtschaftlich Berechtigter»?

OLIVER ARTER

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in diversen Urteilen mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen ein Begünstigter eines Trusts als «Wirtschaftlich Berechtigter» zu qualifizieren ist, insbesondere, wenn ein Trust durch einen Settlor oder Begünstigten faktisch kontrolliert und das «Spiel des Trusts nicht gespielt» wird. Die vom Bundesverwaltungsgericht erarbeiteten Kriterien sind unter den dargestellten Aspekten der faktischen Kontrolle zu ergänzen, etwa indem zusätzlich darauf abgestellt wird, ob die notwendigen Beschlüsse durch den Trustee vorliegen, ob allfällige Transaktionen mit Dritten «at arm's length» stattfinden, ob bei von Trusts beherrschten Gesellschaften Dividenden bezahlt werden, ob eine Vermischung von Vermögenswerten stattfindet, ob Transaktionen und von Trusts beherrschte Gesellschaften ausreichend kapitalisiert sind usw. Interessant wird künftig sein, ob schweizerische Gerichte die vom Bundesverwaltungsgericht erarbeiteten Kriterien auch bei der Beurteilung von sog. Sham Trusts, Durchgriffstatbeständen («piercing the corporate veil»), Ansprüchen von Ehegatten, Erben oder Gläubigern oder Unvereinbarkeit des Trusts mit dem schweizerischen «ordre public» zur Anwendung bringen werden.

Dans différents arrêts, le Tribunal administratif fédéral s'est penché sur la question de savoir à quelles conditions le bénéficiaire d'un trust devait être qualifié d'« ayant droit économique », en particulier lorsqu'un trust est, de fait, contrôlé par un settlor ou un bénéficiaire et que « les règles du jeu ne sont pas respectées ». Les critères élaborés par le Tribunal administratif fédéral doivent être complétés sous les aspects présentés du contrôle effectif, notamment en se basant à titre supplémentaire sur la question de savoir si les décisions nécessaires sont arrêtées par le trustee, si d'éventuelles transactions avec des tiers sont exécutées aux conditions du marché, si les sociétés contrôlées par les trusts versent des dividendes, s'il y a un mélange de valeurs patrimoniales, si les transactions et les sociétés contrôlées par les trusts sont suffisamment capitalisées, etc. Il sera intéressant de voir à l'avenir, si les tribunaux suisses appliqueront les critères mis au point par le Tribunal administratif fédéral également pour l'examen des sham trusts, les situations concernant le principe de transparence (« piercing the corporate veil »), les droits des conjoints, héritiers ou créanciers ou encore l'incompatibilité du trust avec l'« ordre public » suisse.

Inhaltsübersicht

1. Problemaufriss
2. Der Begünstigte eines Trusts
3. Die Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusbekämpfung im Zusammenhang mit Trusts
4. Pflichten bezüglich der Vertragspartei
 - 4.1. Zu identifizierende Vertragspartei
 - 4.2. Berechtigung für die Eröffnung einer Geschäftsbeziehung bei einer Bank
 - 4.2.1. Allgemeines
 - 4.2.2. Zivilrechtliches Eigentum an den Vermögenswerten eines Trusts
 - 4.2.3. Erfordernis einer Bestätigung
 - 4.2.4. Überprüfung mittels Trust-Bestimmungen vs. Haftung als Constructive Trustee
 - 4.2.5. Rechtsgutachten oder einfache Bestätigung durch den Trustee
 - 4.2.6. Urkundenfälschung und Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung
 - 4.3. Aufklärungspflicht der Bank
5. Pflichten bezüglich der wirtschaftlich berechtigten Person
 - 5.1. Definition «Wirtschaftlich Berechtigter» im Kontext der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung
 - 5.1.1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung
 - 5.1.2. Empfehlungen der Financial Action Task Force FATF
 - 5.1.3. Wolfsberg-Principles
 - 5.1.4. Botschaft zum Geldwäschereigesetz
 - 5.1.5. Eigene Definition des «Wirtschaftlich Berechtigten»
 - 5.2. Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten» im Allgemeinen
 - 5.2.1. Grundsatz: Vermutung, dass der Vertragspartner mit dem «Wirtschaftlich Berechtigten» identisch ist
 - 5.2.2. Ausnahme 1: Vertragspartner ist erkennbar nicht mit dem «Wirtschaftlich Berechtigten» identisch oder hieran bestehen Zweifel
 - 5.2.3. Ausnahme 2: Vertragspartei ist eine Sitzgesellschaft
 - 5.2.4. Ausnahme von der Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten»: Vermögenswerte ohne wirtschaftliche Berechtigung
 - 5.3. Was ist eine Sitzgesellschaft?
 - 5.3.1. Definition gemäss Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei
 - 5.3.2. Definition gemäss Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF)
 - 5.3.3. Rundschreiben der FINMA
 - 5.3.4. Eigene Abgrenzung zwischen «operativer Tätigkeit» vs. «Verwaltung des Vermögens»
 - 5.3.5. Sitzgesellschaft oder nicht: Trusts vs. Schweizerische Familienstiftungen
 - 5.3.6. Commercial Trusts
 - 5.3.7. Charitable Trusts
 - 5.3.8. Unit Trusts, Investment Trusts, REITs
 - 5.3.9. Börsenkotierte Trusts
 - 5.3.10. Trusts mit Holdingfunktion
 - 5.4. Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten» bei Trusts nach schweizerischem Recht
 - 5.4.1. Berechtigung bestimmter Personen: Irrevocable Fixed Trust
 - 5.4.2. Keine Berechtigung bestimmter Personen: Irrevocable Discretionary Trust
 - 5.4.3. Revocable Trusts
6. Der «Beneficial owner» im Sinne des Staatsvertrages 10 mit den USA
 - 6.1. Abkommenstext
 - 6.2. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
 - 6.2.1. Begriff «wirtschaftlich berechtigt»
 - 6.2.2. Begriff «offshore company accounts»
 - 6.2.3. «Wirtschaftliche» Kontrollmöglichkeit und Verfügungsmacht
7. Fazit und Ausblick

OLIVER ARTER, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

1. Problemaufriss

Die Aufnahme der Geschäftsbeziehung eines Trustees mit einer Bank¹ unterliegt einigen Besonderheiten. Diese liegen weniger im zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Trustee und Bank, sondern vielmehr in der Bestimmung der sog. «Wirtschaftlich Berechtigten», auch bezeichnet als wirtschaftlich berechtigte Person. Vorerst findet sich der Begriff des «Wirtschaftlich Berechtigten» bei der Eröffnung einer Bankbeziehung, weil die Bank gemäss der Gesetzgebung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung diesen festzustellen hat². Hierzu verwenden Banken standardmässig die sog. Formulare «A» und «T»³.

Darüber hinaus wird der Begriff des «Wirtschaftlich Berechtigten» in der Praxis oftmals irrtümlich – daran hat die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens⁴ nichts geändert – als Synonym zum Begriff des Begünstigten eines Trusts verwendet⁵.

Weiter kommt dem Konzept des «Wirtschaftlich Berechtigten» im Steuerrecht erhöhte Bedeutung zu, aktuell im Zusammenhang mit dem Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG⁶ und den daraus folgenden diversen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts, aber auch betreffend die Auslegung des Begriffs des «Nutzungsberechtigten»⁷ nach dem Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU⁸ oder neustens dem Begriff der «betroffenen Person» nach dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich⁹ sowie dem Abkommen

scheidungen im internationalen Verhältnis – unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts, Zürich 2010, 123 ff.

¹ Für die englische Version dieses Artikels vgl. OLIVER ARTER, Trusts and Banking Relationships – Who is a Beneficial Owner?, *Trust Law International*, Vol. 26, No. 1, 2012, 3 ff. Wenn ein Bankkunde die Errichtung eines Trustees wünscht oder eine Bank dem Bankkunden die Errichtung eines Trusts vorschlägt, die Bank anschliessend für den Bankkunden selber oder zusammen mit Hilfspersonen für die Errichtung und allenfalls Verwaltung eines Trusts besorgt ist oder die Bank Vermögensverwaltungsdienstleistungen für den Trustee anbietet, stellen sich gesonderte Rechtsfragen, auf welche an dieser Stelle nicht eingegangen wird. Vgl. dazu OLIVER ARTER, Die anwaltliche Tätigkeit bei der Errichtung und Verwaltung von Trusts, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi CFPG (Hrsg.), *Trust e istituti particolari del diritto anglosassone*, Basel 2009, 35 ff., sowie OLIVER ARTER, Aspekte der Vermögensverwaltung für Trustvermögen, *ST* 2005, 592 ff.

² Vgl. insbesondere Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor, SR 955.0; Verordnung vom 8. Dezember 2010 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA), GwV-FINMA, SR 955.033; Verordnung vom 18. November 2009 über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF), SR 955.071; Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Rundschreiben 2011/1, Finanzintermediation nach GwG, Ausführungen zur Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF), 1. Januar 2011; Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung («SBVg») einerseits und den unterzeichnenden Banken («Banken») andererseits vom 7. April 2008, nachfolgend zitiert als «VSB 08».

³ Vgl. dazu VSB 08 (FN 2).

⁴ Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, SR 0.221.371.

⁵ Zur Bedeutung des Begriffs im schweizerischen Zivilrecht vgl. GUY STANISLAS, *Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignement de la banque*, *SJ* 1999, 413 ff., sowie spezifisch im Zusammenhang mit Informationsrechten und Trusts CLAUDIO WEINGART, Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Ent-

⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, SR 0.672.933.612.

⁷ Vgl. Art. 4 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, SR 0.641.926.81. Vgl. zu Trusts und Zinsbesteuerung EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG, *Wegleitung zur EU-Zinsbesteuerung (Steuerrückbehalt und freiwillige Meldung)*, Bern 1. Januar 2011, Ziff. 79 ff.:

«⁷⁹ Bei einem Trustverhältnis gilt der Trustee als Nutzungsberechtigter im Sinne des Abkommens oder er ist Zahlstelle.

⁸⁰ Der Trustee ist dann Zahlstelle, wenn er verpflichtet ist, die aus dem Trustvermögen fliessenden Erträge als solche direkt den Berechtigten zukommen zu lassen. Dies trifft insbesondere auf Trusts der Typen «fixed interest trust», «life interest trust», «interest in possession trust» und «bare trust» zu.

⁸¹ In allen andern Fällen gilt grundsätzlich der Trustee als nutzungs-berechtigt im Sinne des Abkommens. (...)»

⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, SR 0.641.926.81.

⁹ Vgl. insbesondere Art. 2 h) des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich:

«^{b)} bedeutet «betroffene Person» eine im Vereinigten Königreich ansässige natürliche Person, die: als Vertragspartner einer schweizerischen Zahlstelle Konto- oder Depotinhaber sowie nutzungs-berechtigte Person der Vermögenswerte ist; oder nach den von einer schweizerischen Zahlstelle gestützt auf die geltenden schweizerischen Sorgfaltspflichten und unter Berücksichtigung sämtlicher ihr bekannten Umstände getätigten Feststellungen als nutzungs-berechtigte Person von Vermögenswerten gilt, die gehalten werden von: – einer Sitzgesellschaft (insbesondere juristischen Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmen und ähnlichen Verbindungen, die kein Handels-, Fab-

zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt¹⁰.

Schliesslich ist der Begriff – hierauf wird nachfolgend nicht weiter eingetreten – bei Offenlegungspflichten gemäss dem Börsen- und Effektenhandelsgesetz¹¹ von Bedeutung.

2. Der Begünstigte eines Trusts

Trusts können nach unterschiedlichen Kriterien unterschieden werden. Nach der Art der Errichtung werden Express Trusts¹², Trusts by Operation of Law¹³ sowie

rikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben); oder

- einer Lebensversicherungsgesellschaft im Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsmantel; oder
- einer anderen natürlichen Person, die über ein Konto oder Depot bei einer schweizerischen Zahlstelle verfügt.

Eine Sitzgesellschaft im obengenannten Sinne gilt ausnahmsweise als nutzungsberechtigte Person, wenn der Nachweis erbracht ist, dass sie aufgrund den nach dem Recht des Ortes ihrer Errichtung oder der tatsächlichen Verwaltung anwendbaren allgemeinen Regeln für die direkten Steuern selbst effektiv besteuert wird oder nach dem Recht des Vereinigten Königreichs als intransparent bezüglich ihres Einkommens gilt. Eine im Vereinigten Königreich ansässige natürliche Person gilt nicht als betroffene Person hinsichtlich Vermögenswerten von Personenverbindungen, Vermögenseinheiten, Trusts oder Stiftungen, wenn keine feststehende wirtschaftliche Berechtigung an solchen Vermögenswerten besteht, z.B. aufgrund des Ermessenscharakters der entsprechenden Vereinbarung.»

¹⁰ Im Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt findet sich mit Art. 2 h) eine analoge Bestimmung wie im Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich. Vgl. dazu vorne FN 9. Zur Sitzgesellschaft im deutschen Steuerrecht vgl. etwa HEIKO KUBAILE/HENDRIK KUHL, Neueste Entwicklungen im deutschen Steuerrecht, StR 2011, 878 ff.

¹¹ Vgl. etwa das Urteil im Fall *Ronny Pecik* sowie *Georg Stumpf gegen Sulzer AG* sowie Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA betreffend börsenrechtliche Meldepflicht, Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 9. November 2010, B-1215/2009. Vgl. zum «Wirtschaftlich Berechtigten» im Börsengesellschaftsrecht DIETER DUBS/URS BRÜGGER, Transparenz im Aktionariat durch (objektiv-)geltungszeitliche Interpretation des Art. 685d Abs. 2 OR – Die Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten als Anerkennungsvoraussetzung, Zugleich (auch) ein Ansatz zur Verhinderung des «Empty-Voting», SZW 2007, 282 ff., 284 f.

¹² Trusts, welche durch rechtsgeschäftliche, einseitige Willensäusserung des Settlors errichtet werden.

¹³ Trusts von Rechts wegen. Bei Trusts by Operation of Law werden weiter unterschieden Resulting Trusts (d.h. Trusts, die auf Grund eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Verhaltens des Settlors entstehen) sowie Constructive Trusts (d.h. Trusts, die unabhängig vom Willen des Settlors auf Grund der Billigkeitsrechtsprechung entstehen).

Statutory Trusts¹⁴ unterschieden. Nach der Art der Berechtigung der Begünstigten am Trust lassen sich Express Trusts in Fixed Trusts und Discretionary Trusts unterscheiden. Beim Fixed Trust haben die Begünstigten einen bestimmbareren, festen Anspruch auf einen Teil des Trustsertrages oder Trustkapitals¹⁵. Beim Discretionary Trust dagegen besteht kein bestimmbarer, fester Anspruch auf einen Teil des Trustsertrages oder Trustkapitals, sondern es steht im Ermessen des Trustees, wer als Mitglied einer Klasse von Begünstigten, falls überhaupt, Trustserträge oder Trustkapital ausbezahlt erhält oder wer von der Klasse der Begünstigten, für eine bestimmte Zeitperiode oder dauernd, umfasst oder ausgeschlossen wird¹⁶. Bei Discretionary Trusts kann weiter unterschieden werden, ob der Trustee verpflichtet ist, Trustserträge auszuschütten und ihm Ermessen lediglich zukommt, an wen diese ausbezahlt werden¹⁷, oder ob der Trustee zusätzlich entscheiden kann, ob und in welchem Ausmass überhaupt Ausschüttungen vorgenommen werden^{18/19}. Wesentlicher Unterschied zwischen einem Fixed Trust und einem Discretionary Trust ist, dass ein Begünstigter beim Fixed Trust einen *Anspruch* gegenüber dem Trustee auf seinen Anteil am Trusteigentum hat, währenddessen er beim Discretionary Trust lediglich die *Hoffnung* hat, dass der Trustee seine Befugnisse zu seinen Gunsten ausübt. Erst wenn der Trustee bei einem Discretionary Trust seine Befugnisse über die Auszahlung von Trustserträgen oder Trustkapital zu Gunsten eines Begünstigten ausgeübt hat, steht diesem gegenüber dem Trustee ein Anspruch zu.

3. Die Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusbekämpfung im Zusammenhang mit Trusts

Die Sorgfaltspflichten einer Bank gemäss dem Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der

¹⁴ Von Gesetzes wegen entstehende Trusts, beispielsweise bei Konkurs, im Versterbensfall ohne Hinterlassen eines Testamentes oder bei Miteigentum an Grundstücken.

¹⁵ DAVID HAYTON/PAUL MATTHEWS/CHARLES MITCHELL, *Underhill and Hayton, Law relating to Trusts and Trustees*, London 2010, 84 f.; PHILIP H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford 2009, 76; A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows, The modern Law of Trusts*, London 2008, 43.

¹⁶ PETTIT (FN 15), 76, 77 f.; HAYTON/MATTHEWS/MITCHELL (FN 15), 85; OAKLEY (FN 15), 43 f.

¹⁷ Sog. Exhaustive Discretionary Trust.

¹⁸ Sog. Non-Exhaustive Discretionary Trust.

¹⁹ PETTIT (FN 15), 77 f.

Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor sehen u.a. vor, dass ein Finanzintermediär die *Vertragspartei zu identifizieren*²⁰ und die *wirtschaftlich berechtigte Person festzustellen*²¹ hat. Die Pflichten betreffend die Vertragspartei und die wirtschaftlich berechtigte Person unterscheiden sich also: Die Vertragspartei ist anhand eines beweiskräftigen Dokumentes zu identifizieren, die wirtschaftlich berechtigte Person anhand von Angaben der Vertragspartei oder deren Vertreter festzustellen, nicht aber zu identifizieren²².

4. Pflichten bezüglich der Vertragspartei

4.1. Zu identifizierende Vertragspartei

Die zu identifizierende Vertragspartei ist diejenige Person, welche mit der Bank eine Geschäftsbeziehung eingetragt²³. Bei Trusts ist die Vertragspartei der Trustee²⁴.

4.2. Berechtigung für die Eröffnung einer Geschäftsbeziehung bei einer Bank

4.2.1. Allgemeines

Weiter hat der Trustee – nach den Vorgaben der Schweizerischen Bankiervereinigung – *schriftlich zu bestätigen*, dass er *berechtigt* ist, für den Trust eine *Geschäftsbeziehung bei einer Bank* zu eröffnen²⁵.

²⁰ Vgl. Art. 3 GwG, insbesondere Art. 3 Abs. 1 GwG: «Der Finanzintermediär muss bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen die Vertragspartei aufgrund eines beweiskräftigen Dokumentes identifizieren. Handelt es sich bei der Vertragspartei um eine juristische Person, so muss der Finanzintermediär die Bevollmächtigungsbestimmungen der Vertragspartei zur Kenntnis nehmen und die Identität der Personen überprüfen, die im Namen der juristischen Person die Geschäftsbeziehung aufnehmen.»

²¹ Vgl. Art. 4 GwG, insbesondere Art. 4 Abs. 1 lit. a und b GwG: «Der Finanzintermediär muss von der Vertragspartei eine schriftliche Erklärung darüber einholen, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist, wenn:

- die Vertragspartei nicht mit der wirtschaftlich berechtigten Person identisch ist oder daran Zweifel bestehen;
- die Vertragspartei eine Sitzgesellschaft ist.»

²² BARBARA BRÜHWILER/KATHRIN HEIM, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, N 4 zu Art. 3 VSB 08.

²³ Vgl. Art. 1 Abs. 1 OR.

²⁴ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 106; Ziff. 15.3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 08; SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08), Basel 2008/2009/2011, Ziff. 15.

²⁵ Vgl. Ziff. 15.3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 08.

Was mit einer solchen Bestätigung bezweckt wird, ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar²⁶. Anzunehmen ist, dass die Bestimmung an Art. 3 Abs. 1 GwG angelehnt ist. Art. 3 Abs. 1 GwG sieht nämlich vor, dass der Finanzintermediär die Vertragspartei, sofern es sich um eine juristische Person handelt, nicht nur auf Grund eines beweiskräftigen Dokumentes zu identifizieren, sondern auch die Bevollmächtigungsbestimmungen der Vertragspartei zur Kenntnis zu nehmen hat. Da bei Trusts keine Bevollmächtigungsbestimmungen zur Kenntnis genommen werden können – Trusts sind üblicherweise nicht in handelsregisterähnliche Einrichtungen eingetragen –, dürfte die Bestätigung des Trustees das Äquivalent hierzu darstellen.

4.2.2. Zivilrechtliches Eigentum an den Vermögenswerten eines Trusts

Trusts sind gekennzeichnet durch ein Rechtsverhältnis von besonderem Vertrauenscharakter, bei welchem der Trustee die von einem Settlor übertragenen beweglichen und/oder unbeweglichen Vermögensgegenstände in Eigentum hält mit der Massgabe, diese zu Gunsten Dritter oder für einen bestimmten Zweck innezuhaben²⁷. Angelsächsische Trusts haben keine Rechtspersönlichkeit²⁸,

²⁶ Vgl. dazu die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, Rz. 3.13: «Da ein Trust aber keine Rechtspersönlichkeit aufweist, kann er auch keine Verträge abschliessen und insbesondere keine Bankbeziehung führen. Anstelle des Trust tritt daher der Trustee in seiner Funktion als (fiduziarischer) Eigentümer des Trustvermögens auf. Kontoinhaber und Vertragspartner der Bank ist folglich der Trustee. Die Identifikationspflicht bezieht sich auf den Trustee, bei dem es sich meistens um eine Treuhandunternehmung handelt. Die Bank hat vom Trustee das erforderliche Identifikationsdokument gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. a VSB (Handelsregisterauszug oder gleichwertiger Ausweis) einzuholen. Für den Fall, dass es sich beim Trustee nicht um eine juristische, sondern um eine natürliche Person handelt, gebieten Sinn und Zweck der Sorgfaltspflichtvereinbarung, dass diese nach den allgemeinen Regeln über die Identifikation bei natürlichen Personen zu identifizieren ist. Zusätzlich hat die Bank abzuklären, ob der Trustee berechtigt ist, ein Konto zu eröffnen und die ihm anvertrauten Vermögenswerte bei der Bank anzulegen. Diese Pflicht kann die Bank durch Entgegennahme und Prüfung der Trust-Urkunde («Declaration of Trust», «Settlement» usw.) erfüllen. Denkbar wäre beispielsweise aber auch, dass sich die Bank durch ein Rechtsgutachten eines Anwalts bestätigen liesse, dass der Trustee berechtigt ist, ein Konto zu eröffnen.»

²⁷ OLIVER ARTER, Anwalt und Trust, in: Winterthur Versicherungen (Hrsg.), Haftpflicht des Rechtsanwaltes, Zürich/St. Gallen 2006, 113 ff., 117.

²⁸ Anders etwa der liechtensteinische Trust reg. Beim Trust reg. handelt es sich um den Versuch der Rezeption des US-amerikanischen Business Trusts, der im liechtensteinischen Recht als Treuunternehmen mit Rechtspersönlichkeit bezeichnet wird. Vgl. dazu ARTER (FN 1), 592 ff., 593, Fn. 26.

weshalb zivilrechtlicher Eigentümer des Trustvermögens der Trustee ist²⁹. Entsprechend bestimmt das Haager Trust-Übereinkommen, dass die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts auf den Namen des Trustees oder auf den einer anderen Person in Vertretung des Trustees³⁰ lauten³¹.

Als zivilrechtlichem Eigentümer der Vermögenswerte des Trusts kommt dem Trustee ohne weiteres die Berechtigung zu, eine Geschäftsbeziehung mit einer Bank zu eröffnen; eine darüber hinausgehende spezielle Ermächtigung ist nicht erforderlich. Zudem finden sich bei einem Trust üblicherweise³² auch keine zur Kenntnis zu neh-

menden «Bevollmächtigungsbestimmungen», schon gar nicht dergestalt, dass nicht der Trustee, sondern eine andere Person zur Eröffnung einer Bankbeziehung berechtigt wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre deshalb eine gesonderte Bestätigung des Trustees, wonach dieser zur Eröffnung einer Geschäftsbeziehung mit einer Bank berechtigt ist, entbehrlich.

4.2.3. Erfordernis einer Bestätigung

Dessen ungeachtet verlangt die Schweizerische Bankiervereinigung vom Trustee eine schriftliche Bestätigung, dass er für den Trust eine Geschäftsbeziehung eröffnen darf, wobei an diese Bestätigung keine hohen Anforderungen gestellt werden. Es bestehen weder Formvorschriften³³ noch ist irgendein weiterer Nachweis für die Berechtigung des Trustees notwendig³⁴.

Die Bestätigung kann mittels *Formular T*, einem *Rechtsgutachten* oder *anders, beispielsweise durch Entgegennahme und Prüfung der Trust-Urkunde*, erfolgen³⁵.

4.2.4. Überprüfung mittels Trust-Bestimmungen vs. Haftung als Constructive Trustee

Grundsätzlich wäre es am zweckdienlichsten, wenn Banken die Berechtigung des Trustees zur Eröffnung einer Bankbeziehung anhand der Trust-Bestimmungen, etwa dem Trust Deed, prüfen würden, denn hiermit könnten die Befugnisse eines Trustees tatsächlich geprüft werden³⁶. Die Schweizerische Bankiervereinigung führt jedoch aus, dass Banken zwecks Vermeidung einer allfälligen Haftung als sog. «Constructive Trustee» kein Trust-Reglement entgegennehmen sollen³⁷, dass also die Berechtigung des Trustees zur Eröffnung der Bankbeziehung gerade nicht anhand der Trust-Bestimmungen geprüft werden soll. Ohne an dieser Stelle auf die Haftung von Banken als «Constructive Trustee» näher einzugehen, sei doch erwähnt, dass eine solche Haftung von Banken nur

²⁹ ARTER (FN 27), 113 ff., 126.

³⁰ Eine andere Definition, welche auf das Merkmal verzichtet, dass die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts auch auf eine andere Person in Vertretung des Trustees lauten können, findet sich in den sog. «Principles of European Trust Law». Gemäss diesen charakterisiert sich ein Trust insbesondere folgendermassen:

«¹In a trust, a person called the «trustee» owns assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (the «trust fund») for the benefit of another person called the «beneficiary» or for the furtherance of a purpose.

²There can be more than one trustee and more than one beneficiary; a trustee may himself be one of the beneficiaries.

³The separate existence of the trust fund entails its immunity from claims by the trustee's spouse, heirs and personal creditors.

⁴In respect of the separate trust fund a beneficiary has personal rights and may also have proprietary rights against the trustee and against third parties to whom any part of the fund has been wrongfully transferred.»

Entscheidend bezüglich Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ ist in jedem Fall, dass bezüglich des Trustvermögens gilt: «ownership must vest in the trustee», dass ein Vertreter das Trustvermögen also für den Trustee zu halten hat. So JONATHAN HARRIS, *The Hague Trust Convention*, Oxford/Portland 2002, 109. Kritisch zur Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ auch PETER MAX GUTZWILLER, *Schweizerisches Internationales Trustrecht*, Basel 2007, N 32 zu Art. 2 HTÜ. Entsprechend lässt sich aus Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ nichts ableiten, das für eine gesonderte Bestätigung des Trustees bei der Eröffnung einer Bankbeziehung spricht.

³¹ Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ. Daneben ist das anwendbare Trust-Recht einschlägig für die Ernennung, den Rücktritt und die Abberufung von Trustees, die Fähigkeit, als Trustee zu handeln, und die Übertragung der Aufgaben eines Trustees, vgl. Art 8 lit. a HTÜ.

³² Bei Trusts wird teilweise unterschieden zwischen dem sog. Custodian und dem Managing Trustee: Während der Custodian Trustee die Trustdokumente und das Trustvermögen in Eigentum hält, verwaltet der Managing Trustee das Trustvermögen und übt Ermessensentscheidungen und Befugnisse aus. Vgl. explizit etwa Section 50 New Zealand Trustee Act 1956, insbesondere Absatz 2, wonach «Subject to the provisions of the instrument (if any) creating the trust, where a custodian trustee is appointed of any trust, (a) the trust property shall be vested in the custodian trustee as if the custodian trustee were sole trustee, and for that purpose vesting orders may, where necessary, be made under this Act», aber «(b) the management of the trust property and the exercise of all powers and discretions exercisable by the trustee under the trust shall remain

vested in the managing trustees as fully and effectually as if there were no custodian trustee.» Vgl. auch ARTER (FN 27), 122.

³³ Kommentar zur Vereinbarung über die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 15.

³⁴ Kommentar zur Vereinbarung über die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 15.

³⁵ Kommentar zur Vereinbarung über die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 15; Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, Rz. 3.13.

³⁶ Vgl. auch Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, Rz. 3.13.

³⁷ Kommentar zur Vereinbarung über die Ständesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 15.

in Ausnahmefällen denkbar ist und eine allfällige Haftung einer Bank als «Constructive Trustee» weniger infolge Kenntnis des «Trust Deed» erfolgt, sondern vielmehr falls die Bank im täglichen Bankverkehr nicht mit dem Trustee, sondern dem Settlor oder den Begünstigten des Trusts verkehrt, damit die Struktur des Trusts sowie die Rechte und Pflichten der am Trust beteiligten Personen nicht wahrt und gegenüber den Begünstigten des Trusts einen möglichen Haftungstatbestand aus erwecktem Vertrauen bei unrechtmässigen Handlungen des Trustees schafft³⁸. Eine Überprüfung der Berechtigung des Trustees zur Eröffnung einer Bankbeziehung anhand der Trust-Bestimmungen sollte deshalb nicht an der Befürchtung einer allfälligen Haftung als «Constructive Trustee» scheitern.

4.2.5. Rechtsgutachten oder einfache Bestätigung durch den Trustee

Da die Schweizerische Bankiervereinigung einer Überprüfung der Berechtigung des Trustees zur Eröffnung einer Bankbeziehung anhand der Trust-Dokumente kritisch gegenüberstand – und immer noch steht³⁹ –, wurde die Berechtigung des Trustees in der Vergangenheit regelmässig mittels Rechtsgutachten eines Anwalts überprüft⁴⁰; dies war jedoch mit nicht unerheblichem zeitlichem Aufwand und Kosten verbunden. Mit der VSB 08 wurde dieser unbefriedigende Zustand korrigiert. In der heute geltenden Regelung ist explizit festgehalten⁴¹, dass eine schriftliche Bestätigung des Trustees, beispielsweise mittels Formular A oder T, ausreichend ist und ein Rechtsgutachten lediglich eine alternative, gleichwertige Bestätigungsmöglichkeit zur Prüfung der Berechtigung des Trustees darstellt⁴².

Entsprechend ergibt sich – auch wenn dies von gewissen Banken auf Grund der mittlerweile allerdings überholten⁴³ Rechtsprechung⁴⁴ der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken bislang noch anders ge-

handhabt wird –, dass Banken bei der Eröffnung einer Geschäftsbeziehung mit einem Trustee nicht verpflichtet sind, ein Rechtsgutachten einzuholen, dies aber eine zulässige Variante zur Erfüllung der Verpflichtung der Bank zur Einholung einer Bestätigung darstellt.

Verzichtet eine Bank auf die Überprüfung der Trust-Bestimmungen und wird auch kein Rechtsgutachten verlangt, erfolgt die Bestätigung am einfachsten mittels der Formulare A oder T.

4.2.6. Urkundenfälschung und Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung

Wer in den Formularen A oder T vorsätzlich falsche Informationen macht, macht sich allenfalls der Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB strafbar⁴⁵. Die Einhaltung der Sorgfaltspflichten betreffend die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung ist zudem unter dem Aspekt der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung⁴⁶ unter der Bankenaufsichtsgesetzgebung erforderlich⁴⁷.

4.3. Aufklärungspflicht der Bank

Die Bedeutung der Formulare A und T und wie diese auszufüllen sind, ist der Vertragspartei oftmals nicht genau bekannt. Es gehört deshalb zu den Aufklärungspflichten⁴⁸ der Bank, der Vertragspartei bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung die Formulare A und T sowie deren Bedeutung zu erklären.

Diese Ansicht wird auch von der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken geteilt, denn diese führt aus, dass eine Bank zur «Einhaltung ihrer vertraglichen bzw. vorvertraglichen Pflichten [...] den Kunden über die Rechtsnatur des Formulars A sowie über die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Falle einer Falschbeurkundung und den materiellen Inhalt der [...] verlangten Erklärun-

³⁸ Vgl. etwa *Re Montagu's Settlement Trusts* [1987] CH 264; *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd v Philip K.M. Tan* [1995] 2 AC 378 PC. Zudem allgemein JOHN MOWBRAY/LYNTON TUCKER/NICHOLAS LE POIDEVIN/EDWIN SIMPSON/JAMES BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, London 2008, 1623 ff., 1733 ff.

³⁹ Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 15.

⁴⁰ Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, Rz. 3.13.

⁴¹ Ziff. 15.3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 08.

⁴² Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 15.

⁴³ Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 15.

⁴⁴ Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, Rz. 3.13.

⁴⁵ Vgl. zur Strafbarkeit im Zusammenhang mit einem inhaltlich unrichtigen Formular A Bundesgericht, Urteil vom 27. September 1996, 6S.346/1999. Zur Strafbarkeit des Bankkunden auf Grund von Art. 251 StGB siehe auch GUNTHER ARZT, *Bankkunden, Bankformulare, Falschbeurkundung*, recht 2010, 37 ff.

⁴⁶ Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

⁴⁷ Zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten bei Geldwäscherei EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION, Bulletin 41, Bern 2000, 15 ff. Vgl. zum Ganzen OLIVER ARTER, *Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz*, Bern 2008, 123 ff.

⁴⁸ Vgl. allgemein zur Aufklärungspflicht im Anlagegeschäft SANDRO ABEGGLEN, «Point of Sale»-Aufklärung und Produkttransparenz – die Informationspflichten beim Anlagegeschäft der Banken, in: Peter R. Isler/Romeo Cerutti (Hrsg.), *Vermögensverwaltung II*, Zürich 2009, 61 ff.

gen, namentlich was unter dem Begriff wirtschaftlich Berechtigter zu verstehen ist, aufzuklären»⁴⁹ hat.

Grundsätzlich soll den Formularen A und T Bedeutung nur für die Belange der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zukommen⁵⁰; die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat jedoch gezeigt, dass die Angaben in diesen Formularen auch für Steuerbelange als Indiz für eine «Wirtschaftliche Berechtigung» verwendet werden⁵¹.

5. Pflichten bezüglich der wirtschaftlich berechtigten Person

5.1. Definition «Wirtschaftlich Berechtigter» im Kontext der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

5.1.1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Der Begriff des «Wirtschaftlich Berechtigten» ist in der schweizerischen Gesetzgebung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung nicht definiert⁵². Das schweizerische Bundesgericht definiert den «Wirtschaftlich Berechtigten» als denjenigen, «der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören.»⁵³ Entsprechend ist «für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen»⁵⁴. «Formaljuristische Konstruktionen»⁵⁵ sind bedeutungslos.

Die bundesgerichtliche Definition, dass der «Wirtschaftlich Berechtigte» derjenige sei, «der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören»⁵⁶, zeigt bereits das Di-

lemma einer fehlenden Begriffsdefinition: Einerseits stellt das Bundesgericht darauf ab, wer *über Vermögenswerte faktisch bestimmen* kann, andererseits enthält die Definition das Element, wer *an Vermögenswerten begünstigt* sein soll. Wenn das Bundesgericht nun die beiden Begriffselemente mit dem Adverb «mithin» in Beziehung setzt, so impliziert dies, dass derjenige, welcher über Vermögenswerte bestimmen kann, *folglich*⁵⁷ auch derjenige sei, welchem die Vermögenswerte aus *wirtschaftlicher Sicht gehören* – dem ist aber bei Trusts nicht zwingend so. Umso mehr gilt dies für die «umgekehrte Konstellation»: Wer an Vermögenswerten begünstigt ist, hat bei Trusts üblicherweise⁵⁸ – zumindest wenn das «Spiel des Trusts gespielt wird»⁵⁹ – keine Möglichkeit, über die Vermögenswerte des Trusts zu bestimmen.

Hinzu kommt, dass die bundesgerichtliche Terminologie «wem aus wirtschaftlicher Sicht Vermögenswerte gehören» unglücklich gewählt ist. Auch wenn sich der Bundesgerichtsentscheid mit der Geldwäscherei befasst, geht es bei der Thematik, «wem wirtschaftlich Vermögenswerte gehören», um zivilrechtliche Verhältnisse. Der Begriff des «wirtschaftlichen Gehörens», der letztlich auf das «wirtschaftliche Eigentum» abstellt, ist dem schweizerischen Sachenrecht nicht nur unbekannt, sondern der Begriff des «wirtschaftlichen Eigentums» ist irreführend, weil das Charakteristikum wirtschaftlichen Eigentums gerade darin besteht, dass es kein Eigentum ist⁶⁰. Auch das schweizerische Bundesgericht hat kürzlich in einem Urteil vom 17. Januar 2011 erneut bestätigt, dass das schweizerische Sachenrecht wirtschaftliches Eigentum nicht kennt⁶¹. Gerade im Zusammenhang mit Trusts empfiehlt sich deshalb der Terminus der «Begünstigung»⁶² an Vermögenswerten.

⁴⁹ Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998–2001, Rz. A.4.

⁵⁰ Vgl. insbesondere Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 4.2.1, und Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.2.4.

⁵¹ Vgl. etwa Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. Juni 2011, A-6662/2010, Ziff. 6.2. Vgl. zum Ganzen weiter hinten Ziff. 6.2.3. Siehe auch PETER NOBEL, UBS-Urteil: «Wirtschaftlich Berechtigter» ist nicht gleich wirtschaftlich Berechtigter, Jusletter 23. März 2009.

⁵² Vgl. dazu DAVID WALLACE WILSON, Le Trust, Janus de la réglementation bancaire: formulaire A ou formulaire T, in: Isabelle Augsburger-Bucheli/Bertrand Perrin (Hrsg.), Les enjeux juridiques du secret bancaire, Genf/Paris 2011, 125 ff.

⁵³ BGE 125 IV 139, 143.

⁵⁴ BGE 125 IV 139, 143.

⁵⁵ BGE 125 IV 139, 143.

⁵⁶ BGE 125 IV 139, 143.

⁵⁷ Der Begriff «mithin» (vgl. das Online Lexikon des Duden, abrufbar unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/mithin>) bedeutet: «folglich, dementsprechend, also».

⁵⁸ Zu klagbaren Ansprüchen der Begünstigten vgl. vorne Ziff. 2 sowie hinten Ziff. 5.4.1.

⁵⁹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 5.4.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 5.4.2; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 1. September 2011, A-6872/2010, Ziff. 9.3.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.2.5.

⁶⁰ So ROBERT HAAB/AUGSUT SIMONIUS/WERNER SCHERER/DIETER ZOBL (ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERER/ZOBL), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, Zürich 1977, N 24 zu Art. 641 ZGB.

⁶¹ Bundesgericht, Urteil vom 17. Januar 2011, 5A_732/2010, Ziff. 3.

⁶² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.

5.1.2. Empfehlungen der Financial Action Task Force FATF

Empfehlung 5 der «FATF 40 Recommendations» sieht hinsichtlich der «Customer Due Dilligence» über den «Wirtschaftlich Berechtigten» u.a. Folgendes vor: «Identifying the beneficial owner, and taking reasonable measures to verify the identity of the beneficial owner such that the financial institution is satisfied that it knows who the beneficial owner is. For legal persons and arrangements this should include financial institutions taking reasonable measures to *understand the ownership and control structure of the customer.*»⁶³ «Beneficial owner» ist somit «the natural person(s) who *ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted.* It also incorporates those persons who *exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.*»⁶⁴

Präzisierend zur Identifikation des «Beneficial Owners» führt die FATF zu Empfehlung 5 aus: «... Identify the beneficial owners, including forming an understanding of the ownership and control structure, and take reasonable measures to verify the identity of such persons. The types of measures that would be normally needed to satisfactorily perform this function would require identifying the natural persons with a controlling interest and identifying the natural persons who comprise the mind and management of the legal person or arrangement.»⁶⁵

Speziell bezüglich Trusts⁶⁶ wird in Empfehlung 34 der FATF ausgeführt: «Countries should take measures to prevent the unlawful use of legal arrangements by money launderers. In particular, countries should ensure that there is adequate, accurate and timely information on express trusts, including information on the *settlor, trustee and*

beneficiaries, that can be obtained or accessed in a timely fashion by competent authorities.»⁶⁷ In den einzelnen Staaten wird der Begriff des «beneficiary» unterschiedlich interpretiert⁶⁸. Uneinheitlich geregelt ist insbesondere, ob mit dem Begriff «beneficiary» lediglich «classes of beneficiaries» oder «specific individuals» gemeint sind⁶⁹.

Die Empfehlungen der FATF zeigen zweierlei: Einerseits ist/sind als «beneficial owner(s)» diejenige(n) Person(en) festzustellen, welche faktisch die Entscheidungsvorgänge über Vermögenswerte bestimmt/bestimmen, andererseits sollen bei Trusts – unabhängig vom Begriff des «Wirtschaftlich Berechtigten» – Informationen über den Settlor, Trustee sowie die Begünstigten verfügbar sein. Andererseits ergibt sich, dass entgegen der gerade dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Begriff des «Wirtschaftlich Berechtigten» derjenige, der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, nicht derjenige zu sein hat, dem die Vermögenswerte «aus wirtschaftlicher Sicht gehören» oder, anders ausgedrückt, der an diesen begünstigt ist. «Wirtschaftlich Berechtigter» kann damit entweder derjenige sein, der über Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, *oder* derjenige, welcher an diesen begünstigt ist⁷⁰.

5.1.3. Wolfsberg-Principles

Die Wolfsberg-Gruppe – eine Vereinigung von elf weltweit tätigen Banken, welche es sich zur Aufgabe gemacht haben, Standards u.a. für das Privatbankengeschäft zu definieren – führt zum «Wirtschaftlich Berechtigten» Folgendes aus: «The term «beneficial ownership» is conventionally used in anti-money laundering contexts [...] to refer to that level of ownership in funds that, as a practical matter, equates with *control* over such funds or *entitlement* to such funds. «Control» or «entitlement» in this practical sense is to be distinguished from mere signature authority or mere legal title. The term reflects a recognition that a person in whose name an account is opened with a bank is not necessarily the person who ultimately

⁶³ FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, 40 Recommendations, Empfehlung 5. Hervorhebung durch den Verfasser.

⁶⁴ FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, Money Laundering, Glossary to the 40 Recommendations. Hervorhebung durch den Verfasser.

⁶⁵ Interpretative Notes zu FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, 40 Recommendations, Empfehlung 5.

⁶⁶ Vgl. für juristische Personen wie Stiftungen, Anstalten, Vereine usw. FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, 40 Recommendations, Empfehlung 33: «Countries should take measures to prevent the unlawful use of legal persons by money launderers. Countries should ensure that there is adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership and control of legal persons that can be obtained or accessed in a timely fashion by competent authorities. In particular, countries that have legal persons that are able to issue bearer shares should take appropriate measures to ensure that they are not misused for money laundering and be able to demonstrate the adequacy of those measures.»

⁶⁷ FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, 40 Recommendations, Empfehlung 34. Hervorhebung durch den Verfasser.

⁶⁸ FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, Report Money Laundering Using Trust and Company Service Providers, Oktober 2010, Rz. 86.

⁶⁹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, Report Money Laundering Using Trust and Company Service Providers, Oktober 2010, Rz. 86.

⁷⁰ Vgl. zu künftigen Entwicklungen FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, Consultation Paper, The Review of the Standards – Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluation, Second public consultation, June 2011, Ziff. 8 ff.

controls such funds or who is ultimately entitled to such funds. This distinction is important because the focus of anti-money laundering guidelines [...] needs to be on the person who has this ultimate level of control or entitlement. Placing the emphasis on this person is a necessary step in determining what the source of funds is.»⁷¹

Bezüglich der «Wirtschaftlich Berechtigten» bei Trusts wird weiter ausgeführt: «In the typical case, it would be clear which person has «beneficial ownership» for purposes of the Guidelines. For instance, in the case of an industrialist who establishes a trust for the benefit of his wife or minor children, the «beneficial owner» would be the industrialist settlor, namely, the «provider of funds» [...]. The appropriate due diligence should be conducted with regard to the industrialist, including background checks and the requisite inquiry as to source of funds. If appropriate, the banker should consider identifying the beneficial owner by reference to official identity papers. Even though the wife or children have a beneficial interest in the trust, they should not be treated as «beneficial owners» for anti-money laundering purposes. That is, it would not make sense to do due diligence with respect to the wife's or children's source of funds, although it may be appropriate to do some due diligence with respect to their background and reputation.»⁷²

Die Begriffsdefinition des «Wirtschaftlich Berechtigten» nach den Prinzipien der Wolfsberg-Gruppe zeigt ebenfalls, dass zwischen Verfügungsmacht und Begünstigung keine Identität zu herrschen hat, sondern dass diesen beiden Elementen gesonderte Bedeutung zukommt, sie aber beide unter den Begriff des «Wirtschaftlich Berechtigten» fallen. Präzisierend ist anzufügen, dass die Wolfsberg-Principles bezüglich des «Wirtschaftlich Berechtigten» den Schwerpunkt der Pflichten betreffend die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusbekämpfung auf diejenige Person legen, welche Vermögenswerte allenfalls kontrolliert, und nicht auf diejenige Person, welche an diesen Vermögenswerten begünstigt ist. Zu beachten ist weiter, dass die Wolfsberg-Principles auch vorsehen, dass der «Wirtschaftlich Berechtigte» nicht nur festzustellen ist, sondern dass eine vertiefte Prüfung des Hintergrunds und der Herkunft der Mittel des «Wirtschaftlich Berechtigten» erforderlich ist; entsprechend ist durchaus nachvollziehbar, weshalb die Pflichten be-

züglich des «Wirtschaftlich Berechtigten» unterschieden werden nach denjenigen Personen, welchen Verfügungsmacht über Vermögenswerte zukommt, und den Personen, welche an Vermögenswerten begünstigt sein sollen.

5.1.4. Botschaft zum Geldwäschereigesetz

Der Botschaft zum Geldwäschereigesetz kann bezüglich den Pflichten bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person bei Trusts Folgendes entnommen werden: «Wenn die wirtschaftlich berechtigte Person noch nicht bestimmt ist – dies ist bei Trusts gelegentlich der Fall –, sind alle einschlägigen Informationen zusammenzutragen, beispielsweise die Namen der Personen, die beauftragt sind, der Vertragspartei Anweisungen zu geben, oder der Kreis der Personen, die als Begünstigte des Trusts in Frage kommen.»⁷³

Auch wenn sich der Botschaft zum Geldwäschereigesetz wenig entnehmen lässt, hält diese doch fest, dass sowohl die Personen als «wirtschaftlich Berechtigte» gelten, welche über Vermögenswerte faktisch bestimmen können, als auch diejenigen – soweit feststellbar –, welche aus den Vermögenswerten begünstigt sein sollen.

5.1.5. Eigene Definition des «Wirtschaftlich Berechtigten»

Eine Definition des «Wirtschaftlich Berechtigten» für Belange der Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusbekämpfung nach schweizerischer Rechtsauffassung umfasst nach der hier vertretenen Ansicht zwei Elemente, nämlich (I) *Verfügungsmacht* sowie (II) *Begünstigung*, und könnte folgendermassen lauten: «Wirtschaftlich Berechtigter» ist derjenige, welcher entweder (I) (1) Eigentümer der Vertragspartei ist, (2) die Vertragspartei rechtlich oder tatsächlich beherrscht, (3) auf dessen Instruktion und Rechnung die Vertragspartei Transaktionen durchführt oder (II) dem als Begünstigter der Genuss an den durch die Vertragspartei gehaltenen Vermögenswerten (1) zukommt⁷⁴ oder (2) zukommen soll⁷⁵. Nicht «Wirtschaftlich Berechtigter» ist, wem Vermögenswerte allenfalls bloss zukommen könnten⁷⁶.

⁷¹ Wolfsberg FAQ's on Beneficial Ownership, Q.1. What does «beneficial ownership» mean?, abrufbar unter <http://www.wolfsberg-principles.com/faq-ownership.html#1>.

⁷² Wolfsberg FAQ's on Beneficial Ownership, Q.4. What does «beneficial ownership» mean in the context of trusts?, abrufbar unter <http://www.wolfsberg-principles.com/faq-ownership.html#4>.

⁷³ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1101 ff., 1125 f.

⁷⁴ Vgl. dazu Ziff. 2, Ziff. 5.4.1 sowie Ziff. 5.4.3.

⁷⁵ Vgl. dazu Ziff. 2, Ziff. 5.4.1 sowie Ziff. 5.4.3.

⁷⁶ Vgl. dazu Ziff. 2, Ziff. 5.2.4 sowie Ziff. 5.4.2.

5.2. Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten» im Allgemeinen

5.2.1. Grundsatz: Vermutung, dass der Vertragspartner mit dem «Wirtschaftlich Berechtigten» identisch ist

Grundsätzlich dürfen Banken von der Vermutung ausgehen, dass der Vertragspartner mit dem «Wirtschaftlich Berechtigten» identisch ist⁷⁷. Allerdings bestehen hiervon mehrere Ausnahmen⁷⁸.

5.2.2. Ausnahme 1: Vertragspartner ist erkennbar nicht mit dem «Wirtschaftlich Berechtigten» identisch oder hieran bestehen Zweifel

Ist der *Vertragspartner* erkennbar *nicht* mit dem «Wirtschaftlich Berechtigten» *identisch* oder bestehen daran Zweifel, ist vom Vertragspartner eine schriftliche Erklärung darüber zu verlangen, wer der «Wirtschaftlich Berechtigter» ist⁷⁹. Bei einem Trust ist der Trustee regel-

mässig⁸⁰ nicht mit dem «Wirtschaftlich Berechtigten» identisch.

5.2.3. Ausnahme 2: Vertragspartei ist eine Sitzgesellschaft

Weiter haben Banken von der Vertragspartei stets eine schriftliche Erklärung darüber einzuholen, wer die wirtschaftlich berechtigte Partei ist, wenn die Vertragspartei eine *Sitzgesellschaft* ist⁸¹. Was unter dem Begriff der Sitzgesellschaft zu verstehen ist, wird weiter hinten erläutert⁸².

5.2.4. Ausnahme von der Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten»: Vermögenswerte ohne wirtschaftliche Berechtigung

Bei Vermögenswerten ohne wirtschaftliche Berechtigung bestimmter Personen, beispielsweise diskretionär ausgestalteten Trusts oder Stiftungen, ist anstelle der Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten» vom Vertragspartner eine schriftliche Erklärung zu verlangen, welche diesen Sachverhalt bestätigt⁸³. Die Erklärung der Vertragspartei hat Angaben über den tatsächlichen, also nicht treuhänderischen, Stifter oder Settlor und, falls bestimmbar, Personen, die der Vertragspartei oder ihren Organen gegenüber instruktionsberechtigt sind sowie den Kreis von Personen, die als *Begünstigte* in Frage kommen können nach Kategorien, beispielsweise Familienangehörige des Stifters oder Settlors, zu enthalten⁸⁴. Falls Kuratoren oder Protektoren vorhanden sind, sind diese in der Erklärung der Vertragspartei aufzuführen⁸⁵. Für die Abgabe dieser Erklärung ist das Formular T – allenfalls in abgeänderter Form, aber inhaltlich gleichwertig – zu verwenden⁸⁶.

⁷⁷ Art. 3 Abs. 1 VSB 08. Vgl. auch DETLEV MICHAEL BASSE-SIMONSOHN, Effizientere Geldwäschereibekämpfung der Schweizer Banken und Effektenhändler mit der neuen Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB 08)?, recht 2008, 75 ff., 87.

⁷⁸ Vgl. für weitere, nachstehend nicht behandelte Ausnahmefälle Art. 3 Ziff. 3 und 4 VSB 08:

«³Bei Kassageschäften im Sinne von Art. 2 über Beträge von mehr als 25'000 Franken ist immer eine Erklärung des Vertragspartners über den wirtschaftlich Berechtigten zu verlangen. Die Banken halten die Erklärung des Vertragspartners schriftlich fest. Es steht ihnen frei, ob sie dafür das Formular A verwenden wollen oder nicht. ⁴Sind an einer Geschäftsbeziehung einfache Gesellschaften und nicht im Handelsregister eingetragene Gemeinschaften wirtschaftlich berechtigt, muss keine Erklärung über den wirtschaftlich Berechtigten eingeholt werden, wenn die Berechtigung der einfachen Gesellschaft oder der Gemeinschaft schriftlich festgehalten wird und die unter dieser Beziehung verbuchten Guthaben 25'000 Franken nicht übersteigen.»

Vgl. weiter Ziff. 26 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 betreffend Aufnahme der Geschäftsbeziehung mit einer natürlichen Person auf dem Korrespondenzweg: «Wird eine Geschäftsbeziehung mit einer natürlichen Person auf dem Korrespondenzweg aufgenommen, ist in jedem Fall die Erklärung auf Formular A zu verlangen. Ausgenommen sind die in Ziff. 18 genannten Spezialfälle.» Vgl. zudem Ziff. 32 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 betreffend Sammelkonten und Sammeldepots: «Im Falle von Sammelkonten und Sammeldepots hat der Vertragspartner der Bank eine vollständige Liste der wirtschaftlich Berechtigten [...] abzugeben [...]» Vgl. weiter Ziff. 33 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 betreffend kollektive Anlageformen und Beteiligungsgesellschaften: «Hat eine kollektive Anlageform oder Beteiligungsgesellschaft 20 oder weniger Investoren, so müssen diese als wirtschaftlich Berechtigte festgestellt werden.»

⁷⁹ Art. 3 Abs. 1 VSB 08.

⁸⁰ Vgl. aber einerseits etwa Art. 2 Abs. 3 HTÜ: «Die Tatsache, dass sich der Begründer bestimmte Rechte und Befugnisse vorbehält oder dass der Trustee selbst Rechte als Begünstigter hat, steht dem Bestehen eines Trusts nicht notwendigerweise entgegen». Es ist somit ohne weiteres mit den grundlegenden Prinzipien des Trusts vereinbar, wenn ein Trustee auch (nicht in seiner Eigenschaft als Trustee) Begünstigter eines Trusts ist.

⁸¹ Art. 4 Abs. 1 lit. b GwG; vgl. zudem Ziff. 37 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB.

⁸² Vgl. Ziff. 5.3.

⁸³ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB.

⁸⁴ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB.

⁸⁵ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB.

⁸⁶ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB.

5.3. Was ist eine Sitzgesellschaft?

5.3.1. Definition gemäss Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei

In der Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei wurde der Begriff der Sitzgesellschaften folgendermassen definiert: «Bei Sitzgesellschaften handelt es sich um Gesellschaften ohne eigentlichen Geschäftsbetrieb, die ihren Sitz wegen steuerrechtlicher Vergünstigungen an bestimmten, für sie vorteilhaften Orten errichtet haben ... Es kann sich dabei sowohl um Kapitalgesellschaften als auch um Stiftungen oder Trusts handeln. Juristische Form, Zweck oder Sitz sind dabei nicht von Bedeutung. Wesentlich ist jedoch, dass die Sitzgesellschaften nicht über eigene Lokalitäten verfügen und kein eigenes Personal aufweisen.»⁸⁷

Dem Kriterium der Besteuerung als Indiz für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft wurde seit längerem kaum Bedeutung zugemessen. Dies könnte sich aber künftig ändern, indem Sitzgesellschaften vermehrt als Rechtsgebilde definiert werden, welche nicht den Nachweis erbringen, dass sie am Ort ihrer Errichtung oder am Ort der tatsächlichen Verwaltung nach den anwendbaren allgemeinen Regeln über die direkten Steuern selbst effektiv besteuert werden⁸⁸.

5.3.2. Definition gemäss Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF)

Art. 6 Abs. 2 der Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF) definiert den Begriff der Sitzgesellschaft folgendermassen: «Als Sitzgesellschaften gelten juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.»

5.3.3. Rundschreiben der FINMA

Gemäss FINMA sind Sitzgesellschaften juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treu-

handunternehmungen und ähnliche Konstrukte, welche *keinen Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb* führen oder kein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (sog. «operative Gesellschaft»)⁸⁹ betreiben, sondern der Verwaltung des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten dienen⁹⁰. Sitzgesellschaften unterhalten keine eigenen Geschäftsräume, beschäftigen kein eigenes Personal oder das Personal erfüllt einzig administrative Aufgaben⁹¹.

Abgrenzungskriterien zwischen Sitzgesellschaft und operativer Gesellschaft finden sich gemäss der FINMA insbesondere in der Bilanz und Erfolgsrechnung: Stelle beispielsweise ein Wertschriftenportefeuille oder ein anderer Vermögenswert den dominierenden Bilanzposten dar und werden gleichzeitig in der Erfolgsrechnung überwiegend die aus den bilanzierten Vermögenswerten herrührenden Erträge oder Kapitalgewinne ausgewiesen, so lägen starke Indizien für die Bejahung einer Sitzgesellschaft vor⁹². In jedem Fall sei auf den Einzelfall abzustellen.

Der Begriff der Sitzgesellschaft ist mittels voranstehenden Umschreibungen nicht erschöpfend bestimmt⁹³. Negativ umschreibt die FINMA deshalb, dass u.a. juristische Personen und Gesellschaften, welche die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen – sofern sie ausschliesslich diese genannten statutarischen Zwecke

⁸⁷ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (FN 73), 1101 ff., 1125 f.

⁸⁸ Vgl. insbesondere Art. 2 h) Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich sowie Art. 2 h) Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt.

⁸⁹ Dass die Abgrenzung nicht einfach ist, hat die Aufsichtskommission erkannt. Sie führte dazu aus: «Es trifft zu, dass mit der von der Aufsichtskommission vertretenen Praxis mitunter auch Unternehmen unter den Begriff der Sitzgesellschaft fallen, welche in bescheidenem Umfang ein Gewerbe betreiben und entsprechend operativ tätig sind. Die Aufsichtskommission ist sich dieser Konsequenz jedoch stets bewusst gewesen und hat es aus Gründen der Rechtssicherheit vorgezogen, auf rein formelle, eindeutige und leicht überprüfbare Kriterien abzustellen, was letztlich auch im Interesse der Bank liegt.» So Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005 (FN 26), Rz. 3.1.

⁹⁰ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 102.

⁹¹ So der heute nicht mehr in Kraft stehende Art. 3 lit. b Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im übrigen Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA 3, GwV-FINMA 3).

⁹² FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 103.

⁹³ Dies zeigt sich auch anhand der Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005–2010. Vgl. dazu GEORG FRIEDLI/DOMINIK EICHENBERGER, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005–2010, SZW 2011, 47 ff., 49, 54 ff.

verfolgen –, nicht als Sitzgesellschaften gälten⁹⁴. Auch Familienstiftungen nach schweizerischem Recht seien grundsätzlich⁹⁵ keine Sitzgesellschaften⁹⁶.

5.3.4. Eigene Abgrenzung zwischen «operativer Tätigkeit» vs. «Verwaltung des Vermögens»

Bei der Abgrenzung zwischen «operativer Tätigkeit» und «Verwaltung des Vermögens des Wirtschaftlich Berechtigten»⁹⁷ gelten das Fehlen eigener Geschäftsräume, das Fehlen eigenen Personals⁹⁸ sowie die Zusammensetzung der Bilanz- und Erfolgsrechnung⁹⁹ als widerlegbare Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft¹⁰⁰.

Vorerst ist zu berücksichtigen, dass nicht jede «operative Tätigkeit» im selben Mass Führungs- und personelle Ressourcen benötigt¹⁰¹. Erforderlich ist eine Gesamtbe-

trachtung, welche sich beim Trust an den Pflichten des Trustees zu orientieren hat¹⁰². Die grundlegende Pflicht eines Trustees besteht in der Verwaltung und Investition des Trustvermögens sowie in der Ausrichtung von Zuwendungen an die Begünstigten¹⁰³. Auf Grund seiner Vertrauensstellung hat ein Trustee¹⁰⁴ zudem eine Aufbewahrungspflicht hinsichtlich des Trustgutes sowie die Pflicht, die Begünstigten gleich zu behandeln¹⁰⁵. Weiter ist der Trustee verpflichtet, sich an den Inhalt der Trusturkunde zu halten und von Zeit zu Zeit zu erwägen, ob er seine Befugnisse ausüben will oder nicht¹⁰⁶. Schliesslich ist der Trustee gegenüber den Begünstigten rechenschaftspflichtig, hat aber üblicherweise keine eigentliche Bilanz oder Erfolgsrechnung zu erstellen. Um seine Pflichten wahrzunehmen, benötigt ein Trustee kaum organisatorische Vorkehrungen. Abgesehen davon, dass professionelle Trustees meistens in eigenen Geschäftsräumen tätig sind und Personal beschäftigen, kann ein Trustee seine Tätigkeit auch allein und mit geringer «geschäftlicher» Infrastruktur, aber dennoch sorgfältig, ausüben; entscheidend ist, dass der Trustee über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten für seine Tätigkeit verfügt. Entsprechend können Trusts, auch wenn sie einzig im Finanzbereich tätig sind, «operativ» tätig sein; vorauszusetzen ist allerdings, dass der Trustee seine Tätigkeit autonom und unabhängig vom «Wirtschaftlich Berechtigten» ausübt¹⁰⁷. Das Fehlen eigener Geschäftsräume sowie das Fehlen eigenen Personals sind damit keine geeigneten Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft¹⁰⁸.

Zur Unterscheidung zwischen «operativer Gesellschaft» und «Sitzgesellschaft» ist damit entscheidendes Kriterium, ob der Trust ein *Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe*¹⁰⁹ betreibt oder ob er

⁹⁴ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 107.

⁹⁵ Zu beachten seien die Schranken von Art. 335 ZGB sowie Schranken gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 108 II 393. Der zitierte Bundesgerichtsentscheid scheint etwas beliebig gewählt. Wahrscheinlich wollte die FINMA auf die umstrittene Abgrenzung zwischen zulässigen Familienstiftungen und unzulässigen Unterhaltsstiftungen hinweisen. Vgl. dazu OLIVER ARTER, Ausländische Familienunterhaltsstiftungen – BGE 135 III 614, successio 2011, 125 ff., 129 mit Hinweisen u.a. auf Bundesgericht, Urteil vom 30. November 2006, 5C.68/2006, BGE 108 II 398 ff., BGE 108 II 393 ff., BGE 93 II 439 ff., BGE 89 II 437 ff., BGE 79 II 113 ff., BGE 75 II 81 ff., BGE 75 II 15 ff., BGE 73 II 81 ff. sowie den Leitentscheid BGE 71 I 265 ff. Abweichend zur Zuverlässigkeit der Unterhaltsstiftung gemäss Art. 335 ZGB PETER MAX GUTZWILLER, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung, AJP/PJA 12/2010, 1559 ff.

⁹⁶ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 107.

⁹⁷ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 103.

⁹⁸ So der heute nicht mehr in Kraft stehende Art. 3 lit. b Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im übrigen Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA 3, GwV-FINMA 3) sowie Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08 und Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 38. Vgl. dazu MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Zur Anwendbarkeit des Geldwäschereitabbestandes (Art. 305^{bis} StGB) und des Geldwäschereigesetzes (GwG) auf Rechtsanwälte, Zürich 2005, 258.

⁹⁹ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 103.

¹⁰⁰ Ebenfalls den Begriff «Indiz» wiederholend Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08 sowie Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 38.

¹⁰¹ PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, § 6 N 77. In der Neuauflage PETER NOBEL, Schweizerisches Finanz-

marktrecht und internationale Standards, Bern 2010, finden sich diese Ausführungen nicht mehr.

¹⁰² NOBEL (FN 101), § 6 N 78.

¹⁰³ Vgl. zum Ganzen ARTER (FN 27), 127.

¹⁰⁴ Zu Fragen des Haftungsausschlusses vgl. etwa ARMITAGE v. NURSE [1998] Ch. 241.

¹⁰⁵ *Nestle v. National Westminster Bank plc*, [1993] 1 WLR 1260; *Re Barton's Trust* (1868) LR 5Eq 238.

¹⁰⁶ ARTER (FN 27), 127.

¹⁰⁷ NOBEL (FN 101), § 6 N 78.

¹⁰⁸ So Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08 und Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 38.

¹⁰⁹ Dass die Abgrenzung nicht einfach ist, hat die Aufsichtskommission erkannt. Sie führte dazu aus: «Es trifft zu, dass mit der von der Aufsichtskommission vertretenen Praxis mitunter auch Unternehmen unter den Begriff der Sitzgesellschaft fallen, welche in bescheidenem Umfang ein Gewerbe betreiben und entsprechend

sich der *Verwaltung des eigenen* – nicht wie im FINMA-Rundschreiben 11/1 ausgeführt der Verwaltung des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten¹¹⁰ – *Vermögens* widmet. Abgrenzungskriterium ist der Marktauftritt: Während unter einem Gewerbe eine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen ist, die auf das Zusammenführen von Angebot und Nachfrage an Waren, Dienstleistungen und Rechten gerichtet ist¹¹¹, zeichnet sich die Verwaltung des eigenen Vermögens dadurch aus, dass kein eigentlicher Kundenverkehr stattfindet und nach aussen kein Eingriff in das Marktgeschehen erkennbar ist¹¹². Richtigerweise kann, wie von der FINMA ausgeführt, hierfür die Bilanz und Erfolgsrechnung Anhaltspunkte liefern, gerade wenn ein Wertschriftenportefeuille oder ein anderer Vermögenswert den dominierenden Bilanzposten darstellt und in der Erfolgsrechnung überwiegend die aus den bilanzierten Vermögenswerten herrührenden Erträge oder Kapitalgewinne ausgewiesen werden¹¹³.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist somit bei der Unterscheidung zwischen «operativer Gesellschaft» und Sitzgesellschaft auf den Marktauftritt des fraglichen Rechtsgebildes abzustellen, wobei die Bilanz und Erfolgsrechnung wesentliche Anhaltspunkte liefern können.

5.3.5. Sitzgesellschaft oder nicht: Trusts vs. Schweizerische Familienstiftungen

5.3.5.1. Allgemeines

Gemäss FINMA-Rundschreiben 11/1 ist der Trustee, der in oder von der Schweiz aus Trusts verwaltet, unabhängig davon, wo das Trustvermögen liegt und unabhängig von der Rechtsordnung, nach welcher der Trust errichtet wurde, «in der Regel» dem GwG unterstellt¹¹⁴. Gemäss demselben FINMA-Rundschreiben 11/1 gelten Familienstif-

tungen nach schweizerischem Recht «innerhalb der vom Gesetz»¹¹⁵ und vom Bundesgericht «aufgestellten Schranke»¹¹⁶ dagegen in der Regel nicht als Sitzgesellschaften. Wieso Trusts «in der Regel»¹¹⁷ als Sitzgesellschaften qualifiziert werden, schweizerische Familienstiftungen dagegen nicht, bedarf vertiefter Auseinandersetzung.

5.3.5.2. Charakteristiken der schweizerischen Familienstiftung

Familienstiftungen nach schweizerischem Recht¹¹⁸ charakterisieren sich dermassen, dass für eine Familie ein Vermögen zur Bestreitung der *Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen* oder zu *ähnlichen Zwecken* zur Verfügung steht¹¹⁹. Der Kreis der Begünstigten einer Familienstiftung ist auf die Angehörigen einer bestimmten Familie beschränkt, zu welchem insbesondere die durch Blutsverwandtschaft, Ehe oder Adoption verbundenen Personen gehören¹²⁰. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die im Gesetz enthaltene Aufzählung der Zwecke, zu denen Familienstiftungen errichtet werden dürfen, abschliessend¹²¹. Diese Zwecke stimmen darin überein, dass den zum Kreis der Begünstigten gehörenden Familienangehörigen in bestimmten Lebenslagen, nämlich im Jugendalter, bei Gründung eines eigenen Hausstandes oder einer eigenen Existenz sowie im Falle von Not und zur Befriedigung der sich daraus ergebenden besonderen

operativ tätig sind. Die Aufsichtskommission ist sich dieser Konsequenz jedoch stets bewusst gewesen und hat es aus Gründen der Rechtssicherheit vorgezogen, auf rein formelle, eindeutige und leicht überprüfbare Kriterien abzustellen, was letztlich auch im Interesse der Bank liegt.» So Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005 (FN 26), Rz. 3.1.

¹¹⁰ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 102.

¹¹¹ Vgl. Art. 2 lit. b HRegV.

¹¹² Vgl. etwa Zuger Steuerbuch, § 17, Ziff. 1.1, abrufbar unter <http://www.zug.ch/behoerden/finanzdirektion/steuerverwaltung/steuerbuch>.

¹¹³ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 103.

¹¹⁴ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 106.

¹¹⁵ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 107 mit Verweis auf Art. 335 ZGB.

¹¹⁶ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 107 mit Verweis auf BGE 108 II 39. Vgl. dazu vorne FN 93.

¹¹⁷ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 106 f.

¹¹⁸ Vgl. dazu demnächst OLIVER ARTER, Die schweizerische Familienstiftung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012.

¹¹⁹ Art. 335 Abs. 1 ZGB.

¹²⁰ Bundesgericht, Urteil vom 4. März 2002, 2A.457/2001; HANS MICHAEL RIEMER (BK-RIEMER), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, Bern 1990, BK-RIEMER, N 109 zu Systematischem Teil; MICHAEL HAMM/STEFANIE PETERS, Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *successio* 2008, 248. Nach modernem Verständnis sind wohl auch Konkubinatspartner, die in einer gefestigten Beziehung leben, zu den möglichen «Familien»-Begünstigten zu zählen.

¹²¹ BGE 108 II 393, 394. Art. 335 ZGB stellt zwingendes Recht dar. Vgl. dazu JUSTIN THORENS, L'article 335 CCS et le trust de common law, in: Pierre-Henri Bolle (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Basel 2000, 161 ff.; LUC THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye*, *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Zürich 2007, 68.

Bedürfnisse Hilfe geleistet werden soll¹²². Familienstiftungen, die den Begünstigten Vorteile aus dem Stiftungsvermögen ohne besondere, an eine bestimmte Lebenslage anknüpfende Voraussetzungen zukommen lassen (sog. Unterhaltsstiftungen), sind nach derzeit herrschender Auffassung und Rechtsprechung nicht zulässig¹²³.

5.3.5.3. Mögliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung

Entscheidendes Unterscheidungsmerkmal, welches die FINMA ihren Überlegungen zur unterschiedlichen Behandlung von Trust und schweizerischen Familienstiftungen zu Grunde gelegt haben dürfte, ist vermutlich, dass aus Trusts, zumindest oftmals, ohne besondere Voraussetzungen Leistungen an Begünstigte, etwa für deren Unterhalt, ausgerichtet werden können, währenddessen Destinatäre einer schweizerischen Familienstiftung nur unter bestimmten, eingeschränkten Voraussetzungen in den Genuss von Stiftungsmitteln kommen können.

Trusts und schweizerische Familienstiftungen unterscheiden sich weiter darin, dass Trusts widerruflich ausgestaltet werden können und das Trustvermögen damit an den Errichter des Trusts zurückfallen kann, währenddessen eine Rückübertragungsmöglichkeit auf den Stifter bei schweizerischen Familienstiftungen ausgeschlossen ist. Bei schweizerischen Familienstiftungen ist es nämlich nicht zulässig, dass der Stifter in der Stiftungsurkunde den Stiftungsorganen, sich selbst, seinen Rechtsnachfolgern, Destinatären oder Dritten ein freies Auflösungsrecht vorbehält¹²⁴. Gleiches gilt für die Abänderung oder Ergänzung der Stiftungsurkunde¹²⁵. Zudem kommt den Familiendestinatären kein Recht zu, mittels einstimmigem Beschluss die Familienstiftung aufzulösen¹²⁶. Anders bei Trusts: Hier können nicht nur sämtliche Begünstigten be-

schliessen, dass der Trust beendet wird¹²⁷, sondern es bestehen weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten, welche es dem Settlor oder Dritten erlauben, den Trust zu beenden oder aufzulösen oder die Trust-Urkunde abzuändern oder zu modifizieren¹²⁸.

Schliesslich dürfte auch eine Rolle gespielt haben, dass bei schweizerischen Familienstiftungen tendenziell davon ausgegangen wird, dass der Stiftungsrat unabhängig von den Destinatären handelt, währenddessen bei Trusts eher davon ausgegangen wird, dass diese durch «Wirtschaftlich Berechtigte» faktisch kontrolliert werden.

Ob diese Unterscheidungsmerkmale ausreichend sind, um den Trustee in der Regel dem GwG zu unterstellen, die schweizerische Familienstiftung dagegen nicht, ist zu bezweifeln. Denn auch Trusts sehen oftmals vor, dass die Begünstigten nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen vom Trustvermögen profitieren können. Jedenfalls sollte ein Trustee ebenfalls vom Anwendungsbereich des GwG ausgenommen werden, wenn die Begünstigten nur unter ähnlich einschränkenden Voraussetzungen vom Trustvermögen profitieren können wie die Destinatäre einer schweizerischen Familienstiftung und der Trustee seine Entscheidungen unabhängig vom «Wirtschaftlich Berechtigten» trifft und umsetzt.

5.3.6. Commercial Trusts

Trusts, welche auf Märkten «operativ» tätig sind¹²⁹, gelten nicht als Sitzgesellschaften¹³⁰. Gleiches gilt für Trusts, welche Immobilien halten und verwalten¹³¹.

5.3.7. Charitable Trusts

Trusts, welche die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche

¹²² BGE 108 II 393, 394. Vgl. zum Ganzen ARTER (FN 95), 125 ff., 128 ff.

¹²³ Bundesgericht, Urteil vom 30. November 2006, 5C.68/2006. Vgl. zum Ganzen BGE 108 II 398 ff., BGE 108 II 393 ff., BGE 93 II 439 ff., BGE 89 II 437 ff., BGE 79 II 113 ff., BGE 75 II 81 ff., BGE 75 II 15 ff., BGE 73 II 81 ff. sowie den Leitentscheid BGE 71 I 265 ff. Abweichend etwa GUTZWILLER (FN 95), 1559 ff.

¹²⁴ BK-RIEMER (FN 120), N 24 und N 162 zu Systematischem Teil, N 51 zu Art. 88/89 ZGB; vgl. auch Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), Basel 2010, BasK-GRÜNINGER, N 2 zu Art. 88 ZGB.

¹²⁵ BK-RIEMER (FN 120), N 25 ff. und N 162 zu Systematischem Teil; Bundesgericht, Urteil vom 1. Juni 2005, 5A.37/2004, E. 3.1.

¹²⁶ BK-RIEMER (FN 120), N 24 und N 162 zu Systematischem Teil.

¹²⁷ *Saunders v. Vautier* [1841] EWHC Ch J82 (1841) Cr & Ph 240, (1841) 4 Beav 115 8; 41 ER 482. Vgl. auch den englischen Variation of Trusts Act 1958 (C.62).

¹²⁸ Vgl. dazu m.w.H. ARTER (FN 27), 120.

¹²⁹ Vgl. zum Commercial Trust JOHN H. LANGBEIN, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, Yale Law Journal 1997, 165 ff.; ROBERT H. SITKOFF, *The Trust as «Uncorporation»: A Research Agenda*, University of Illinois Law Review 2005, 31; OLIVER ARTER, *Commercial Trusts*, in: Oliver Arter/ Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II*, Bern 2007, 307, 323 ff.

¹³⁰ Ziff. 39 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08. So auch WILSON (FN 52), 128.

¹³¹ Ziff. 39 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08.

Zwecke verfolgen¹³², gelten nicht als Sitzgesellschaften, solange sie ausschliesslich die genannten statutarischen Zwecke verfolgen¹³³.

5.3.8. Unit Trusts, Investment Trusts, REITs

Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch bei Unit Trusts, Investment Trusts oder Real Estate Investment Trusts (REITs) auf die Feststellung der «Wirtschaftlich Berechtigten» verzichtet werden¹³⁴.

5.3.9. Börsenkotierte Trusts

Ist ein Trust an einer Börse kotiert, kann von einer Feststellung der «Wirtschaftlich Berechtigten» abgesehen werden¹³⁵.

5.3.10. Trusts mit Holdingfunktion

Nicht als Sitzgesellschaften gelten Trusts, welche Beteiligungen an einer oder mehreren Gesellschaften¹³⁶ mehrheitlich halten, um diese durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammenzufassen¹³⁷. Dies gilt allerdings nur, falls die Leitungsorgane oder -personen ihre Leitungs- und Kontrollfunktion tatsächlich ausüben¹³⁸.

5.4. Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten» bei Trusts nach schweizerischem Recht

5.4.1. Berechtigung bestimmter Personen: Irrevocable Fixed Trust

Beim Fixed Trust haben die Begünstigten einen bestimmten, festen Anspruch auf einen Teil des Trustertrages oder Trustkapitals¹³⁹. Sie sind somit in ihrer Eigenschaft als «fix» Begünstigte mittels Formular A als «Wirtschaftlich Berechtigte» festzustellen.

Um den Anforderungen an die Feststellung der «Wirtschaftlich Berechtigten» zu genügen, reicht es allerdings nicht aus, die «fix» Begünstigten festzustellen, sondern es sind allenfalls auch weitere Personen festzustellen, welchen Verfügungsmacht über die Vermögenswerte des Trusts zukommt, selbst wenn diese selber an den Vermögenswerten nicht begünstigt sind.

Mittels Formular A – anders als mittels Formular T beim Irrevocable Discretionary Trust – wird der Settlor beim Fixed Trust nicht festgestellt. Dies ist gemäss den internationalen Standards der FATF ungenügend, wirkt sich allerdings praktisch nicht aus¹⁴⁰, da bei Fehlen eines persönlichen Kontakts zum Settlor – dies falls der Settlor nicht ohnehin auch «fix» Begünstigter des Trusts ist – Banken routinemässig die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte prüfen und den Settlor, allerdings nicht in Formular A, sondern anderweitig feststellen¹⁴¹.

5.4.2. Keine Berechtigung bestimmter Personen: Irrevocable Discretionary Trust

Bei Trusts, an welchen keine wirtschaftliche Berechtigung bestimmter Personen besteht – es gibt wohl «beneficiaries», diese sind aber nicht «beneficial owners»¹⁴² –, beispielsweise «Discretionary Trusts», ist anstelle der Feststellung des «Wirtschaftlich Berechtigten» vom Vertragspartner mittels Formular T eine schriftliche Erklärung zu verlangen, welche diesen Sachverhalt bestätigt¹⁴³.

¹³² Zur schweizerischen gemeinnützigen Stiftung OLIVER ARTER, Charitable Foundations and Associations in Switzerland, Trust Law International 2010, 50 ff.

¹³³ Art. 4 Abs. 2 VSB 08.

¹³⁴ Ziff. 33 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08:

«¹Hat eine kollektive Anlageform oder Beteiligungsgesellschaft 20 oder weniger Investoren, so müssen diese als wirtschaftlich Berechtigte festgestellt werden.

²Kollektive Anlageformen und Beteiligungsgesellschaften, die an einer Börse kotiert sind, haben keine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung abzugeben. Ebenso kann die Bank auf die Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten verzichten, wenn für eine kollektive Anlageform oder Beteiligungsgesellschaft ein Finanzintermediär im Sinne von Ziff. 34 als Promoter oder Sponsor auftritt und die Anwendung angemessener Regeln in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung nachweist.»

¹³⁵ Ziff. 42 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08. Vgl. auch WILSON (FN 52), 128.

¹³⁶ Sind die Tochtergesellschaften der Holdinggesellschaft als Sitzgesellschaften zu qualifizieren, gelten die Organe der Tochtergesellschaften als Finanzintermediäre.

¹³⁷ Sog. Holdinggesellschaften.

¹³⁸ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 108; Ziff. 39 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08.

¹³⁹ HAYTON/MATTHEWS/MITCHELL (FN 15), 97 f.; PETTIT (FN 15), 76; OAKLEY (FN 15), 43.

¹⁴⁰ In diesem Punkt wurden die schweizerischen Anstrengungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch die Financial Action Task Force FATF bei ihrem letzten Bericht entsprechend auch nicht kritisiert. Vgl. FINANCIAL ACTION TASK FORCE FATF, Rapport d'évaluation mutuelle, Rapport de suivi, Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Suisse, Paris 27. Oktober 2009.

¹⁴¹ Vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. b GwV-FINMA (FN 2).

¹⁴² So auch Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 43.

¹⁴³ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08.

Die Erklärung hat zudem Angaben über den effektiven (nicht treuhänderischen) Settlor und, falls bestimmbar, Personen, welche dem Vertragspartner oder seinen Organen gegenüber instruktionsberechtigt sind, sowie den Kreis von Personen, die als Begünstigte¹⁴⁴ in Frage kommen können (kategorieweise, beispielsweise «Familienangehörige des Gründers»), zu enthalten¹⁴⁵.

Sind Protektoren¹⁴⁶ vorhanden, sind diese in der Erklärung ebenfalls aufzuführen¹⁴⁷. Für die Abgabe der Erklärung durch den Vertragspartner können Banken das sog. *Formular T* oder eigene, entsprechende Formulare, welche einen gleichwertigen Inhalt wie das Musterformular aufweisen, verwenden¹⁴⁸.

Die von Banken festzustellenden Informationen bei Discretionary Trusts erfüllen die Anforderungen der FATF sowie der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung vollständig – auch der Settlor ist gemäss Formular T festzustellen, dies im Gegensatz zu den Vorgaben nach Formular A¹⁴⁹.

Etwas missverständlich ist, dass gemäss Formular T auch Protektoren festzustellen sind. Eine Präzisierung findet sich im Kommentar zur VSB 08, wonach Angaben zu Protektor(en) und/oder Dritten vom Vertragspartner nur anzugeben sind, wenn diese Begünstigte bestimmen oder über die Verwendung der Vermögenswerte entscheiden können und der Trustee daran gebunden ist¹⁵⁰.

Ob ein Protektor Finanzintermediär ist oder nicht, hängt von seinen Befugnissen ab¹⁵¹. Hat der Protektor keine weiteren Befugnisse, als den Trustee auszuwechseln, oder ein Vetorecht gegen Anlage- oder Ausschüttungsentscheide des Trustees, so ist er der Geldwäschereigesetzgebung nicht unterstellt¹⁵². Diese Nicht-Unterstellung unter die Geldwäschereigesetzgebung rechtfertigt sich prinzipiell dann, wenn sich die Befugnisse des Protektors

darauf beschränken, dass Handlungen des Trustees von der Zustimmung des Protektors abhängig sind oder dass dieser den Trustee auswechseln kann¹⁵³. Kommt einem Protektor aber die Befugnis zu, direkt über das Trustvermögen zu disponieren, so ist der Protektor mindestens als «Quasi»-Trustee zu qualifizieren und untersteht damit – nicht als Protektor, aber als «Quasi»-Trustee – der Geldwäschereigesetzgebung¹⁵⁴.

5.4.3. Revocable Trusts

Bei widerrufbaren Trusts (sog. «Revocable Trusts») sind die widerrufsberechtigten Personen mittels Formular A als «Wirtschaftlich Berechtigte» aufzuführen¹⁵⁵. Aus der Rechtsprechung der Aufsichtscommission zur Sorgfaltpflicht der Banken ergibt sich präzisierend, dass die Begünstigten eines «Revocable Trusts» nicht festzustellen sind, sondern «nur» die widerrufsberechtigte Person¹⁵⁶. Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht richtig, denn der Begriff des «Wirtschaftlich Berechtigten» umfasst auch die «fixed interest»-Begünstigten eines Trusts, da diesen ein Anspruch auf Erträge oder Kapital des Trusts so lange zukommt, bis der Trust widerrufen wurde.

Beim «Fixed Revocable Trust» sollten deshalb auch alle «fix» Begünstigten als «Wirtschaftlich Berechtigte» festgestellt werden, währenddessen beim «Discretionary Revocable Trust» ähnlich zu verfahren ist wie beim «Irrevocable Discretionary Trust» und der Kreis von Personen, die als Begünstigte in Frage kommen können, mittels Erklärung der Vertragspartei festzustellen sind.

6. Der «Beneficial owner» im Sinne des Staatsvertrages 10¹⁵⁷ mit den USA

6.1. Abkommenstext

Der Anhang zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue

¹⁴⁴ Der im Formular T verwendete Begriff «Erstbegünstigte» ist missverständlich, könnte dieser doch als «fixe» Begünstigung missverstanden werden. Vgl. Formular T, Ziff. 3 VSB 08. Der Begriff «Erstbegünstigte» sollte deshalb nach Sinn und Zweck der Bestimmung durch den Begriff «namentlich genannte Begünstigte» ersetzt werden.

¹⁴⁵ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08.

¹⁴⁶ Zum Protektor vgl. OLIVER ARTER, Protektor eines Trusts, ST 2006, 729 ff.

¹⁴⁷ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08.

¹⁴⁸ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08.

¹⁴⁹ Vgl. Ziff. 5.4.1.

¹⁵⁰ Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltpflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 43.

¹⁵¹ FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 106.

¹⁵² FINMA-RS 11/1, Finanzintermediation nach GwG (FN 2), Rz. 106.

¹⁵³ HAYTON/MATTHEWS/MITCHELL (FN 15), 47 f.

¹⁵⁴ ARTER (FN 146), 730.

¹⁵⁵ Ziff. 44 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08; Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltpflicht der Banken (VSB 08) (FN 24), Ziff. 44.

¹⁵⁶ Vgl. dazu die Praxis der Aufsichtscommission zur Sorgfaltpflicht der Banken 2001–2005 (FN 26), Rz. 3.15.

¹⁵⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, SR 0.672.933.612.

Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG legt Kriterien zur Gewährung von Amtshilfe fest¹⁵⁸. Üblicherweise setzt ein Amtshilfeersuchen die klare Identifikation der betroffenen Person(en) voraus. Allerdings müssen die Namen der US-Kunden der UBS AG Schweiz in diesem Amtshilfeersuchen nicht erwähnt werden, dies im Hinblick auf (i) das ermittelte spezifische Fehlverhalten gewisser einzelner US-Steuerpflichtiger, welche «non-W-9-accounts» bei der UBS AG in ihrem Namen oder im Namen einer nicht operativ tätigen Offshore-Gesellschaft, an welcher sie wirtschaftlich berechtigt waren, innehielten, und (ii) die Besonderheiten der in Ziffer 4 der Sachverhaltsdarstellung im Deferred Prosecution Agreement¹⁵⁹ zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der UBS AG vom 18. Februar 2009 beschriebenen Gruppe von natürlichen Personen¹⁶⁰.

Demnach und in Übereinstimmung mit Ziffer 4 der Darstellung der Tatsachen im Deferred Prosecution Agreement zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der UBS AG vom 18. Februar 2009 gilt die allgemeine Voraussetzung zur Identifikation der unter ein Amtshilfeersuchen fallenden Personen für folgende natürliche Personen als erfüllt:

A. Kunden der UBS AG mit Wohnsitz in den USA, welche «undisclosed (non-W-9) custody accounts» und «banking deposit accounts» von mehr als 1 Million Franken (zu irgendeinem Zeitpunkt während des Zeitraums von 2001 bis 2008) bei der UBS AG direkt hielten und daran *wirtschaftlich berechtigt* waren, wenn diesbezüglich ein begründeter Verdacht auf «Betrugsdelikte und dergleichen»¹⁶¹ dargelegt werden kann,

oder

B. US-Staatsangehörige (ungeachtet ihres Wohnsitzes), welche an «offshore company accounts», die während des Zeitraums von 2001 bis 2008 eröffnet oder geführt wurden, *wirtschaftlich berechtigt* waren, wenn diesbezüglich ein begründeter Verdacht auf «Betrugsdelikte und dergleichen»¹⁶² dargelegt werden kann¹⁶³.

Vermögenswerten und einer zu niedrigen Deklaration von Einkommen führten, basierend auf einem «Lügenderäude» oder dem Einreichen unrichtiger oder falscher Unterlagen. Wo solches Verhalten nachgewiesen worden ist, werden Inhaber von Konten mit Vermögenswerten von weniger als 1 Million Franken (mit Ausnahme von Konten mit Vermögenswerten von weniger als 250'000 Franken) während des relevanten Zeitraums auch zur Gruppe der unter dieses Ersuchen fallenden US-Personen gezählt; oder

- b. fortgesetzte und schwere Steuerdelikte, bei welchen die Schweizerische Eidgenossenschaft gemäss schweizerischem Recht und Verwaltungspraxis Auskünfte beschaffen kann, was gestützt auf die rechtliche Auslegung der Vertragsparteien Fälle einschliesst, in welchen (i) der in den USA domizilierte Steuerpflichtige die Einreichung eines Formulars W-915 während eines Zeitraums von mindestens 3 Jahren (welcher mindestens ein vom Ersuchen umfasstes Jahr einschliesst) unterliess und (ii) das UBS-Konto in einer beliebigen Dreijahresperiode, welche mindestens ein vom Ersuchen umfasstes Jahr einschliesst, jährliche Durchschnittseinkünfte von mehr als 100'000 Franken erzielte. Für den Zweck dieser Analyse werden die Einkünfte definiert als Bruttoeinkommen (Zinsen und Dividenden) und Kapitalgewinne (welche zur Beurteilung der Hauptsache dieses Amtshilfeersuchens als 50% der während des relevanten Zeitraums auf den Konten erzielten Bruttoverkaufserlöse berechnet werden).

«Lügenderäude» können gestützt auf die Bankunterlagen vorliegen, wenn wirtschaftlich Berechtigte (i) falsche Urkunden verwendeten; (ii) sich eines Handlungsmusters bedienen, welches in den «hypothetischen Fallstudien» im Anhang zum gegenseitigen Abkommen betreffend die Handhabung von Artikel 26 des Doppelbesteuerungsabkommens beschrieben ist (z.B. durch Einschaltung ihnen nahestehender juristischer oder natürlicher Personen als Durchlauf oder Strohmänner zur Repatriierung oder anderweitigen Überweisung von Vermögenswerten in den Offshore-Konten); oder (iii) Telefonkarten einsetzen, um die Quelle des Handels zu tarnen. Diese Beispiele sind nicht abschliessend. Je nach den massgeblichen Tatsachen und Umständen kann die EStV auch weitere Tätigkeiten als «Lügenderäude» qualifizieren.

- ¹⁶² Die vereinbarten Kriterien zur Bestimmung von «Betrugsdelikten und dergleichen» für dieses Ersuchen mit Bezug auf das geltende Doppelbesteuerungsabkommen werden wie folgt definiert: Bei «offshore company accounts» (wie in Ziffer 1.B dieses Anhangs beschrieben), bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass die wirtschaftlich berechtigten Amerikaner Folgendes begingen:

- a. als betrügerisches Verhalten vermutete Handlungen, einschliesslich Handlungen, welche zu einer Verschleierung von Vermögenswerten und einer zu niedrigen Deklaration von Einkommen führten, basierend auf einem «Lügenderäude» oder dem Einreichen unrichtiger oder falscher Unterlagen, mit Ausnahme von US-wirtschaftlich Berechtigten von Konten von Offshore-Gesellschaften, welche während des relevanten Zeit-

¹⁵⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, SR 0.672.933.612.

¹⁵⁹ United States District Court Southern District of Florida, Case No. 09-60033-CR-COHN, *United States of America vs. UBS AG*, Exhibit C to Deferred Prosecution Agreement, Statement of Facts.

¹⁶⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, SR 0.672.933.612, Anhang.

¹⁶¹ Die vereinbarten Kriterien zur Bestimmung von «Betrugsdelikten und dergleichen» für dieses Ersuchen mit Bezug auf das geltende Doppelbesteuerungsabkommen werden wie folgt definiert:

Bei «undisclosed (non-W-9) custody accounts» und «banking deposit accounts» (wie in Ziffer 1.A dieses Anhangs beschrieben), bei denen ein begründeter Verdacht besteht, dass die Steuerpflichtigen mit Wohnsitz in den USA Folgendes begingen:

- a. als betrügerisches Verhalten vermutete Handlungen, einschliesslich Handlungen, welche zu einer Verschleierung von

raums Vermögenswerte von weniger als 250'000 Franken innehielten; oder

- b. fortgesetzte und schwere Steuerdelikte, bei welchen die Schweizerische Eidgenossenschaft gemäss schweizerischem Recht und Verwaltungspraxis Einkünfte beschaffen kann, was gestützt auf die rechtliche Auslegung der Vertragsparteien Fälle einschliesst, in welchen es die US-Person trotz Aufforderung der EStV zu beweisen unterliess, dass die Person ihre steuerrechtlichen Meldepflichten in Bezug auf ihre Interessen an solchen Offshore-Gesellschaften erfüllte (d.h. durch Ermächtigung der EStV, beim IRS Kopien der FBAR-Erklärungen des Steuerpflichtigen für die relevanten Jahre einzuholen). Bei Fehlen einer solchen Bestätigung wird die Eidgenössische Steuerverwaltung Auskunft erteilen, sofern (i) das Konto der Offshore-Gesellschaft während eines längeren Zeitraums bestand (d.h. mindestens 3 Jahre, einschliesslich eines vom Ersuchen umfassten Jahres) und (ii) es in einer beliebigen Dreijahresperiode, welche mindestens ein vom Ersuchen umfasstes Jahr einschliesst, jährliche Durchschnittseinkünfte von mehr als 100'000 Franken erzielte. Für den Zweck dieser Analyse werden die Einkünfte definiert als Bruttoeinkommen (Zins und Dividenden) und Kapitalgewinne (welche zur Beurteilung der Hauptsache dieses Amtshilfeersuchens als 50% der während des relevanten Zeitraums auf den Konten erzielten Bruttoverkaufserlöse berechnet werden).

«Lügendergebäude» können vorliegen, wenn aus den Bankunterlagen hervorgeht, dass die wirtschaftlich Berechtigten in dauernder Weise die Verwaltung und Anlage der im Konto der Offshore-Gesellschaft gehaltenen Vermögenswerte ganz oder teilweise leiteten und kontrollierten oder sonst wie die Formalitäten oder den Inhalt des angeblichen Gesellschaftseigentums missachteten (d.h. die Offshore-Gesellschaft funktionierte als Strohmänn, Scheingesellschaft oder Alter Ego des wirtschaftlich berechtigten Amerikaners), indem die wirtschaftlich Berechtigten (i) im Widerspruch zu den in der Kontodokumentation gemachten Ausführungen oder den dem IRS oder der Bank eingereichten Steuerformularen Anlageentscheide fällten; (ii) Telefonkarten oder spezielle Mobiltelefone verwendeten, um die Quelle des Handels zu tarnen; (iii) Lastschrift- oder Kreditkarten einsetzten, um auf täuschende Weise Kapital zu repatriieren oder auf andere Weise Kapital zu überweisen zur Zahlung persönlicher Auslagen oder zur Veranlassung von Routinezahlungen von Kreditkartenrechnungen für persönliche Auslagen unter Verwendung von Vermögenswerten des Kontos der Offshore-Gesellschaft; (iv) elektronische Geldüberweisungen oder andere Zahlungen vom Konto der Offshore-Gesellschaft auf Konten in den Vereinigten Staaten oder anderswo veranlassten, welche vom wirtschaftlich berechtigten Amerikaner oder einer nahestehenden Person gehalten oder kontrolliert wurden, um die wahre Herkunft der diese elektronischen Geldüberweisungen veranlassenden Person zu tarnen; (v) nahestehende juristische oder natürliche Personen als Durchlauf oder Strohmänner zur Repatriierung oder anderweitigen Überweisung von Vermögenswerten im Konto der Offshore-Gesellschaft einschalteten; oder (vi) dem wirtschaftlich berechtigten Amerikaner oder einer nahestehenden Person «Darlehen» gewährten, welche direkt aus den Vermögenswerten im Konto der Offshore-Gesellschaft stammten, dadurch gesichert waren oder damit bezahlt wurden. Diese Beispiele sind nicht abschliessend. Je nach den massgeblichen Tatsachen und Umständen kann die EStV auch weitere Tätigkeiten als «Lügendergebäude» qualifizieren. Der «begründete Verdacht» ergibt sich gemäss dem 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. 5.1, bereits daraus, dass eine in das Amtshilfeverfahren einbezogene Person – trotz (allfälliger) Aufforderung der EStV – zu beweisen

6.2. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

6.2.1. Begriff «wirtschaftlich berechtigt»

Eine eigentliche Definition des Begriffs «wirtschaftlich berechtigt» findet sich im Staatsvertrag 10 nicht¹⁶⁴. Das Identifikationskriterium «wirtschaftlich berechtigt» im Staatsvertrag 10 soll sicherstellen, dass Kontoinformationen von einer «US Person» an die amerikanischen Steuerbehörden weitergeleitet werden, wenn jene steuertechnisch ein körperschaftliches Gebilde vorgeschoben hat, um ihre Deklarationspflicht für das sich auf dem Konto der Gesellschaft befindliche Vermögen und für die daraus erzielten Einkünfte zu umgehen¹⁶⁵. Entsprechend soll der Begriff «wirtschaftlich berechtigt» dazu dienen, Konstellationen zu erfassen, «bei welchen unter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise («substance over form»¹⁶⁶) die

unterliess, dass sie ihre steuerrechtlichen Meldepflichten in Bezug auf ihre Interessen an der «offshore company» erfüllt hat, indem die EStV ermächtigt worden wäre, beim IRS Kopien der FBAR-Erklärungen (Reports of Foreign Bank and Financial Accounts) für die relevanten Jahre einzuholen. Vgl. auch Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 2.3. Zum «betrügerischen Verhalten» vgl. etwa Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2011, A-6906/2010, Ziff. 13.

¹⁶³ Zu den QI-Normen vgl. Urs R. BEHNISCH, Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen, Jusletter 26. Januar 2009. Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht sei es allerdings irrelevant, ob der Staatsvertrag 10 an das QI-Verfahren anknüpft oder nicht, weshalb in den entsprechenden Amtshilfeverfahren nicht auf die Vorbringen betreffend das US-amerikanische Steuerrecht einzugehen sei. So 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. 5.1.

¹⁶⁴ Am 19. August 2009 hatten die Schweizerische Eidgenossenschaft und die Vereinigten Staaten von Amerika ein Abkommen über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der USA betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, abgeschlossen (Abkommen 09, AS 2009 5669). Im Anschluss an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Januar 2010, A-7789/2009, vereinbarte der Bundesrat am 31. März 2010 mit den Vereinigten Staaten von Amerika ein Protokoll zur Änderung des Abkommens 09 (Protokoll 10, AS 2010 1459). Das Abkommen 09 und das Protokoll 10 wurden von der Bundesversammlung mit Bundesbeschluss vom 17. Juni 2010 genehmigt (AS 2010 2907). Die konsolidierte Version des Abkommens 09 und des Protokolls 10 wird als Staatsvertrag 10 bezeichnet (SR 0.672.933.612).

¹⁶⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

¹⁶⁶ Vgl. zu diesem Kriterium im US-amerikanischen Steuerrecht etwa *Weiss v. Stearn*, 265 U.S. 242, 254 (1924): «Questions of taxation must be determined by viewing what was actually done, rather than the declared purpose of the participants; and when applying the provisions of the Sixteenth Amendment and income laws ... we must regard matters of substance and not mere form.» Siehe auch

«offshore company» lediglich der Umgehung von steuerrechtlichen Meldepflichten oder zum Zweck der Steuerhinterziehung gegenüber den USA genutzt wurde.»¹⁶⁷

Für eine mögliche «wirtschaftliche Berechtigung» ist damit entscheidend, inwiefern der «Wirtschaftlich Berechtigte» die auf einem Bankkonto¹⁶⁸ befindlichen Vermögen und die daraus erzielten Einkünfte durch den formellen Rahmen einer «offshore company» weiterhin wirtschaftlich kontrollieren und darüber verfügen konnte¹⁶⁹.

6.2.2. Begriff «offshore company accounts»

Unter dem Begriff «offshore company accounts» sind Bankkonten von körperschaftlichen Gebilden im erweiterten Sinne zu verstehen, d.h. auch «offshore»-Gesellschaftsformen¹⁷⁰, die nach Schweizer oder ame-

rikanischem Gesellschafts- und/oder Steuerrecht nicht als eigenes (Steuer-) Subjekt anerkannt würden¹⁷¹. Diese Rechtseinheiten müssen lediglich dafür geeignet und in der Lage sein, eine dauerhafte Kundenbeziehung mit einer finanziellen Institution wie einer Bank zu führen bzw. «Eigentum zu halten»¹⁷². Als «company» zu gelten haben daher auch nach ausländischem Recht errichtete Stiftungen und Trusts, da beide dieser Rechtseinheiten in der Lage sind, «Eigentum zu halten» und eine Kundenbeziehung mit einer Bank zu führen¹⁷³.

6.2.3. «Wirtschaftliche» Kontrollmöglichkeit und Verfügungsmacht

In Anlehnung an das massgebliche Kriterium «Entscheidungsbefugnisse» beim Konzept des «beneficial owner» des DBA-USA 96 und des OECD-MA ist für eine mögliche wirtschaftliche Berechtigung («beneficially owned») an einem «offshore company account» im Sinne des Staatsvertrags 10 entscheidend, inwiefern die «US Person» das sich auf dem UBS-Konto der «offshore company» befindliche Vermögen und die daraus erzielten Einkünfte durch den formellen Rahmen hindurch weiterhin *wirtschaftlich kontrollieren* und *darüber verfügen konnte*¹⁷⁴.

Helvering v. Clifford, 309 U.S. 331 (1940); *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935); *Louis Markosian and Joan P. Markosian v. Commissioner of Internal Revenue*, 73 T.C. 1235 (1980); *George V. Zmuda and Walburga Zmuda v. Commissioner of Internal Revenue*, E731 F.2d 1417 (9th Cir. 1984).

¹⁶⁷ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

¹⁶⁸ Vgl. dazu auch 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. 3.2, wonach die Kriterien im Anhang zum Staatsvertrag 10 für jedes einzelne Konto, dessen Daten dem IRS ausgeliefert werden sollen, separat geprüft und vollständig erfüllt sein müssen und der Umstand, dass bezüglich eines Kontos sämtliche Voraussetzungen gemäss Staatsvertrag 10 – sowohl was die Eigenschaften des Kontos als auch was die Voraussetzungen bezüglich der daran beteiligten Person oder Personen betrifft – erfüllt sind, nicht ausreicht, um auch bezüglich weiterer Konten, bei denen diese Person(en) Kontoinhaber bzw. wirtschaftlich Berechtigter ist oder sind, Amtshilfe zu leisten. Vgl. dazu auch Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 15. August 2011, A-8261/2010, Ziff. 4, Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. Juni 2011, A-6939/2010, Ziff. 6.2, Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Mai 2011, A-6792/2010, Ziff. 9.1.2, Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 28. April 2011, A-52/2011, Ziff. 6.4, sowie Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, A-6258/2010, Ziff. 11.3. Vgl. zur liechtensteinischen Anstalt Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 5.4.4.

¹⁶⁹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

¹⁷⁰ Vgl. zum Begriff «offshore» 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. 6.1.2, wonach «offshore» bedeutet, dass die Gesellschaft in einem Staat niedergelassen ist bzw. gemäss den Gesetzen eines Staates gegründet wurde, in dem die staatliche Kontrolle (respektive Reglementierung) schwach ist oder in dem die genannte Gesellschaft von einer tiefen Steuer profitiert oder gar nicht besteuert wird. Ausserdem führen «Offshore»-Gesellschaften gemäss dem Bundesverwaltungsgericht in der Regel (den Hauptteil) ihrer Geschäftstätigkeit

ten nicht in jenem Staat aus, in dem sie offiziell ihren Sitz haben. Vgl. zudem Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2011, A-7017/2010, Ziff. 4.2.1.2, und Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Juni 2011, A-7242/2010, Ziff. 7.2.1.2. Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht können auch «operative» Gesellschaften «offshore companies» sein. Vgl. dazu 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. 6.1.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 18. August 2011, A-7018/2010, Ziff. 3.4; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. Juli 2011, A-6242/2010, Ziff. 3.8; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2011, A-7017/2010, Ziff. 6.2.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Juni 2011, A-7242/2010, Ziff. 7.4.2.

¹⁷¹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.2.1.

¹⁷² Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.2.1.

¹⁷³ 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. 6.1.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 22. August 2011, A-7018/2010, Ziff. 3.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. August 2011, A-6722/2010, Ziff. 3.4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 31. März 2011, A-6455/2010, E. 3.2.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.2.1.

¹⁷⁴ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

Hatte eine «US Person» die Entscheidungsbefugnis darüber, wie das Vermögen auf dem UBS-Konto verwaltet wurde und/oder ob und bejahendenfalls wie dieses oder die daraus erzielten Einkünfte verwendet worden sind, hat sich die «US Person» aus wirtschaftlicher Sicht nicht von diesem Vermögen und den damit erwirtschafteten Einkünften getrennt¹⁷⁵. Die «offshore company» ist in diesem Fall in einer «substance over form»-Betrachtung im Sinne des Staatsvertrags 10 als transparent anzusehen und die wirtschaftliche Berechtigung am «offshore company account» als gegeben zu erachten¹⁷⁶. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die wirtschaftliche Verfügungsmacht und Kontrolle über das sich auf dem UBS-Konto befindliche Vermögen und die daraus erzielten Einkünfte tatsächlich in der relevanten Zeitperiode von 2001 bis 2008 vorgelegen haben, ist im Einzelfall anhand des rein Faktischen zu beurteilen¹⁷⁷.

Die heranzuziehenden Kriterien und Indizien¹⁷⁸ sind auch davon abhängig, welche (Rechts-)Form für die «offshore company» gewählt wurde¹⁷⁹. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Rechtsprechung die nachfolgenden Indizien/Kriterien erkannt, welche auf die wirtschaftliche Verfügungsmacht und Kontrolle¹⁸⁰ eines wirtschaftlich Berechtigten hinweisen könnten:

- Es besteht ein Mandatsvertrag zwischen der «US Person» und dem Stiftungsrat¹⁸¹;
- Die «US Person» kann die Stiftungsstatuten jederzeit abändern¹⁸²;
- Die «US Person» ist in einem Beistatut als einziger Begünstigter zu Lebzeiten bezeichnet mit einer Nachfolgeregelung bei seinem Ableben¹⁸³;

2005. Vgl. dazu auch FINMA, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA, 18. Februar 2009, 14: «Kategorie (3) – «Sham»-, «Mere Conduit»-, «Nominee»- und «Agent»-Situationen: Grundsätzlich geht das U.S. Steuerrecht davon aus, dass eine Non-Flow-Through Gesellschaft an den von ihr gehaltenen Vermögenswerten im Sinne des U.S. Steuerrechtes wirtschaftlich berechtigt ist. Voraussetzung dafür war und ist aber, dass bei der Führung der Gesellschaft die rechtlichen Vorgaben betreffend Entscheidungsfindung sowie andere gesellschaftsrechtliche Anforderungen eingehalten sind. So können insbesondere Vermögenswerte einer solchen Struktur nur bezogen oder investiert werden, wenn dafür ein formeller Beschluss der kompetenten Organe vorliegt. Bei einzelnen strukturierten Kunden (Kunde der Bank ist die Struktur), die ihre Vermögenswerte bei der UBS AG im Depot hielten, waren diese Anforderungen nicht durchwegs eingehalten worden, indem der Kundenberater den hinter der Struktur stehenden wirtschaftlich Berechtigten als «eigentlichen Kunden» ansah und diesen auch wie einen «Direktkunden» bediente. Dies führte u.a. dazu, dass Geldabzüge ohne entsprechende Ausschüttungsbeschlüsse der kontoführenden Gesellschaft vollzogen wurden.»

¹⁷⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

¹⁷⁶ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

¹⁷⁷ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

¹⁷⁸ Vgl. grundlegend Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 15. Juli 2010, A-4013/2010. Vgl. dazu auch Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2011, A-6906/2010, Ziff. 4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 7. März 2011, A-6873/2010, Ziff. 5; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. Januar 2011, A-4904/2010, Ziff. 4.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. Oktober 2010, A-4876/2010, Ziff. 3.1. Zur Kritik am Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht RAINER J. SCHWEIZER, Der Rechtsstaat und die EMRK im Fall der Kunden der UBS AG, AJP/PJA 2011, 1007 ff., sowie MARTIN SCHAUB, Der UBS-Staatsvertrag und die EMRK, Bemerkungen zum Urteil A-4013/2010 des Bundesverwaltungsgerichts – gleichzeitig eine Studie zur Hierarchie des Völkerrechts, AJP/PJA 2011, 1294 ff. Auf verfahrensrechtliche Aspekte wird vorliegend nicht weiter eingegangen.

¹⁷⁹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Januar 2011, A-6053/2010, Ziff. 7.3.2.

¹⁸⁰ Sitzgesellschaften gelten als «offshore company» im Sinne des Staatsvertrags 10 und können somit nicht als wirtschaftlich Berechtigte anerkannt werden. Vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. Juni 2011, A-6662/2010, Ziff. 6.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2011, A-7017/2010, Ziff. 4.2.1.2 und Ziff. 6.2.1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Juni 2011, A-7242/2010, Ziff. 7.2.1.2. Vgl. zu Trusts allgemein auch Internal Revenue Service: Appeals Technical Guidance Program Appeals Settlement Guidelines, Domestic Abusive Trust Schemes, 18. April

¹⁸¹ 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.

¹⁸² 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.

¹⁸³ 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

- Die «US Person» kann gemäss einem Reglement uneingeschränkt über Vermögenswerte verfügen¹⁸⁴;
- Die «US Person» ist in den Stiftungsstatuten als Letztbegünstigter vorgesehen¹⁸⁵;
- Es besteht Personenidentität zwischen der «US Person» und dem Stiftungsrat sowie der begünstigten Person¹⁸⁶;
- Die «US Person» hat ein Zeichnungsrecht für die Bankkonten der Stiftung¹⁸⁷;
- Die «US Person» ist als solche im Formular A (dies stelle nicht nur einen Hinweis, sondern einen hinreichenden Anhaltspunkt dar) aufgeführt¹⁸⁸;
- Die «US Person» verfügt über eine Generalvollmacht¹⁸⁹;
- Die «US Person» verfügt über eine Verfügungsvollmacht¹⁹⁰;
- Die «US Person» hat Überweisungsaufträge über Bankkonten zur Ausführung gebracht¹⁹¹;
- Die «US Person» kann ohne Einwilligung des Stiftungsrats über die Anlage der Vermögenswerte selbst entscheiden¹⁹²;
- Aus Beschlüssen eines Trusts oder einer Stiftung ist ersichtlich, dass Bezüge der «US Person» 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 der «US Person» abzulehnen, und dass in dem Zusammenhang bezeichnend ist, dass die Organe Bezüge der «US Person» in der Regel für mehrere Jahre zusammen und im Nachhinein bewilligten¹⁹³;

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.

¹⁸⁴ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.1.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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: «Dementsprechend

ist für die vorliegende Entscheidungsfindung nicht von Bedeutung, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer 2 von der UBS AG als wirtschaftlich Berechtigter am Konto der Beschwerdeführerin 1 genannt wird. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Sachverhaltsannahme, welche von den Beschwerdeführenden klarerweise und entscheidend zu entkräften ist. Gelingt es ihnen nicht, dem Bundesverwaltungsgericht im erwähnten Sinn aufzuzeigen, dass der Beschwerdeführer 2 zu Unrecht von der UBS AG auf den entsprechenden Formularen als wirtschaftlich Berechtigter am Konto der Beschwerdeführerin 1 genannt wird bzw. er in den Jahren 2001 bis 2008 zu keinem Zeitpunkt die wirtschaftliche Verfügungsmacht und Kontrolle über das sich auf dem UBS Konto der Beschwerdeführerin 1 befindliche Vermögen und die daraus erzielten Einkünfte hatte, ist an der diesbezüglichen Annahme der Vorinstanz festzuhalten». 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. Zum Verhältnis Steuerrecht vs. Formular A vgl. ausführlich BEHNISCH (FN 163), Rz. 42.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.3.3.

¹⁹¹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.1.

¹⁹² Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 8. April 2011, A-6676/2010, Ziff. 4.4.4.

¹⁹³ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Juni 2011, A-6874/2010, Ziff. 6.3.

- Fehlen einer Buchhaltung¹⁹⁴;
- Faktisch besteht wirtschaftliche Kontrolle und Verfügungsmacht über das sich auf dem «offshore company account» befindliche Vermögen und die daraus erzielten Einkünfte¹⁹⁵.

Nicht «Wirtschaftlich Berechtigter» ist dagegen etwa:

- wer als Ermessensbegünstigter (Begünstigter ohne Rechtsanspruch) in Übereinstimmung mit den Statuten und dem Beistatut und auf der Grundlage entsprechender Stiftungsratsbeschlüsse zu 5 % pro Jahr Begünstigter am Stiftungsvermögen ist, ansonsten aber keine Einfluss- oder Kontrollmöglichkeiten hat¹⁹⁶;
- wer in der Begünstigungsordnung einer Stiftung als Erstbegünstigter zu Lebzeiten an Kapital und Erträgen der jeweiligen Stiftung genannt wird, aber nicht in der Lage ist, auch auf Zeitpunkt und Umfang von Zuwendungen an sich selbst im massgeblichen Sinn Einfluss zu nehmen¹⁹⁷, wobei hierfür als Indiz auf die Statuten und Begünstigungsordnungen der Stiftungen und auf allfällige «Articles of Association» von «underlying companys»¹⁹⁸ abzustellen ist¹⁹⁹;
- eine in das Amtshilfverfahren einbezogene Person, wenn das «Spiel der Stiftung» «gespielt wird»²⁰⁰ und diese somit keine Kontroll- oder Verfügungsmacht über Vermögenswerte hat;
- wer allenfalls durch jederzeitig mögliche Abänderung der Begünstigtenordnung durch den Stiftungsrat zum Kreis der Begünstigten gehören könnte²⁰¹;

- wer Trustee eines Trusts ist, da der Trustee an die in der Trusturkunde festgelegten Bestimmungen gebunden ist und damit nicht als wirtschaftlich Berechtigter des Trustvermögens gelten kann, da ihm dazu die wirtschaftliche Verfügungsmacht fehlt²⁰².

Quintessenz der diversen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts ist, dass die «Wirtschaftliche Berechtigung» einer «US Person» dann als gegeben betrachtet wird, wenn eine «US Person» in der Funktion des Begünstigten einer «offshore company» auf Zeitpunkt und Umfang von Zuwendungen an sie selbst im massgeblichen Sinn Einfluss nehmen konnte, sei es weil sie «fix» begünstigt ist, sei es weil es sich um einen «revocable» trust, eine widerrufbare Stiftung usw. handelt oder sei es weil faktisch Kontrolle und Verfügungsmacht über die Vermögenswerte der «offshore company» ausgeübt werden konnte und das «Spiel des Trusts, der Stiftung usw.» nicht gespielt wurde.

7. Fazit und Ausblick

Am 1. Juli 2007 ist für die Schweiz das Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung in Kraft getreten²⁰³. Wie der Botschaft zum Haager Trust-Übereinkommen entnommen werden konnte, wurde dem «Trust-Geschäft» ein grosses Wachstumspotential attestiert, da die sog. Offshore-Zentren, auf denen bisher ein grosser Teil der Trusts errichtet wurde, zunehmend unter internationalen Druck geraten seien und die Schweiz sich hier als seriöse Alternative anbieten könne, weil sie auf der einen Seite qualitativ hoch stehende Verwaltungs- und Beratungsdienstleistungen sowie Diskretion und auf der anderen Seite eine international anerkannte Bankenaufsichts- und Geldwäscherei-Gesetzgebung anzubieten habe²⁰⁴. Vorstehende eigene Ausführungen haben jedoch gezeigt, dass trotz der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens im Umgang mit Trusts nach wie vor diverse Unsicherheiten bestehen. Diese sind dadurch bedingt, dass bei schweizerischen Dienstleistern oftmals ungenügende Kenntnisse bestehen, für welche Anwendungsfälle sich Trusts eignen,

¹⁹⁴ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 5. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008, Ziff. 5.5.3.3.

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14. Februar 2011, A-5974/2010, Ziff. 4.1.2.

¹⁹⁷ Wobei in den Statuten sowie in der jeweiligen Begünstigungsordnung festgehalten wurde, dass die Begünstigten der Stiftung keinen klagbaren Anspruch auf Zuwendungen des Stiftungsvermögens haben, was dahingehend zu deuten wäre, dass es sich nicht um einen «Fixed Trust», sondern um einen «Discretionary Trust» handelt. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 5.4.1 f.

¹⁹⁸ Mit Verweis auf Art. 154 Abs. 1 IPRG. Vgl. dazu auch ARTER (FN 95), 125 ff.

¹⁹⁹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. August 2011, A-6660/2010, Ziff. 5.3.2, Ziff. 5.4.2.

²⁰⁰ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 5.4.3; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 5.4.2.

²⁰¹ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12. September 2011, A-6807/2010 und A-6682/2010, Ziff. 5.4.3. Vgl. zur liechtensteini-

schen Anstalt Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2011, A-6680/2010 und A-6756/2010, Ziff. 5.4.4.

²⁰² Offengelassen in Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. August 2011, A-6722/2010 und A-6936/2010, Ziff. 3.5.6.

²⁰³ Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, SR 0.221.371.

²⁰⁴ Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005, BBl 2007 551 ff., 557.

was die Konsequenzen der Errichtung eines Trusts für die Beteiligten – insbesondere den Settlor und die Begünstigten – sind und welche Anforderungen an einen Trustee bei der Verwaltung des ausländischen Trusts gestellt werden. Dreh- und Angelpunkt aus schweizerischer Perspektive ist dabei oft die mangelnde oder unsorgfältige Administration eines Trusts, die ihre Begründung in der faktischen Kontrolle des Trustees durch den Settlor oder einen Begünstigten finden mag.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in diversen Urteilen mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen ein Begünstigter eines Trusts als «Wirtschaftlich Berechtigter» zu qualifizieren ist, insbesondere, weil ein Trust durch einen Settlor oder Begünstigten faktisch kontrolliert und das «Spiel des Trusts nicht gespielt» wird. Die vom Bundesverwaltungsgericht erarbeiteten Kriterien sind unter den dargestellten Aspekten der faktischen Kontrolle zu ergänzen, etwa indem zusätzlich darauf abgestellt wird, ob die notwendigen Beschlüsse durch den Trustee vorliegen, ob allfällig Transaktionen mit Dritten «at arm's length»²⁰⁵ stattfinden, ob bei von Trusts beherrschten Gesellschaften Dividenden bezahlt werden, ob eine Vermischung von Vermögenswerten stattfindet, ob Transaktionen und von Trusts beherrschte Gesellschaften ausreichend kapitalisiert sind usw.

Interessant wird künftig sein, ob schweizerische Gerichte die vom Bundesverwaltungsgericht erarbeiteten Kriterien auch bei der Beurteilung von sog. Sham Trusts²⁰⁶, Durchgriffstatbeständen («piercing the corpo-

rate veil»)²⁰⁷, Ansprüchen von Ehegatten²⁰⁸, Erben²⁰⁹ oder Gläubigern²¹⁰ oder Unvereinbarkeit des Trusts mit dem

prised in the trust as his own and the trustee as though it were his mere agent or nominee. There was a retention by (Mr. Rahman).»

²⁰⁷ Vgl. *Esteem Settlement (Abacus (C.I.) Limited as trustee): Grupo Torras S.A. and Culmer v. Al Sabah* [2003] JLR 188. Vgl. auch Entscheid des liechtensteinischen Fürstlichen Obersten Gerichtshofs OGH 2 CG. 2006.315 vom 1. Oktober 2009 zum umgekehrten Durchgriff: «In Betracht kommt die Haftung der Beklagten aber auch unter dem Gesichtspunkt des nach dem Gesellschaftsstatut, somit nach liechtensteinischem Recht zu beurteilenden sogenannten umgekehrten Durchgriffs. Dieser umgekehrte Durchgriff gestattet es, auf die hinter dem Haftenden stehende juristische Person (Stiftung) mit der Rechtsfolge durchzugreifen, dass jene für die Verpflichtung ihres Hintermannes haftet. Ein solcher Durchgriff setzt u.a. voraus, dass die Berufung auf die Selbständigkeit der Verbandsperson (Stiftung) im Sinne des Art. 2 PGR (Art. 2 ZGB) rechtsmissbräuchlich ist. Es bedarf also primär einer offenbar zweckwidrigen, missbräuchlichen Verwendung der juristischen Person. Diese Voraussetzung ist beispielsweise dann zu bejahen, wenn die Errichtung einer juristischen Person (Stiftung) dazu dient, ihren Hintermann ausserstande zu setzen, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen.» Vgl. zudem Entscheid des liechtensteinischen Fürstlichen Obersten Gerichtshofs 11 UR 2005.48–92 vom 3. November 2005: «Hat der Gründer oder wirtschaftlich Berechtigte einer juristischen Person in subjektiv missbräuchlicher Weise diese eingesetzt oder benutzt, damit ein Gesetz umgangen, betrügerische Handlungen gedeckt, vertragliche Verpflichtungen bewusst gebrochen oder fundamentale Grundsätze des Gesellschaftsrechtes verletzt, dann ist der Durchgriff auf die juristische Person als ein ausserordentliches Abhilfemittel dem Richter erlaubt.»

²⁰⁸ Art. 15 Abs. 1 lit. b HTÜ. Vgl. dazu Art. 48 IPRG. Hier insbesondere Art. 208 Abs. 1 ZGB: «Zur Errungenschaft hinzugerechnet werden:

1. unentgeltliche Zuwendungen, die ein Ehegatte während der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstandes ohne Zustimmung des andern Ehegatten gemacht hat, ausgenommen die üblichen Gelegenheitsgeschenke;
2. Vermögensentäusserungen, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes vorgenommen hat, um den Beteiligungsanspruch des andern zu schmälern.»

Vgl. auch Art. 220 Abs. 1 ZGB: «Deckt das Vermögen des verpflichteten Ehegatten oder seine Erbschaft bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Beteiligungsforderung nicht, so können der berechtigte Ehegatte oder seine Erben Zuwendungen, die der Errungenschaft hinzuzurechnen sind, bis zur Höhe des Fehlbetrages bei den begünstigten Dritten einfordern.»

²⁰⁹ Art. 15 Abs. 1 lit. c HTÜ. Vgl. dazu Art. 90 IPRG. Hier insbesondere Art. 470 ff. ZGB hinsichtlich des Pflichtteils und den entsprechenden Rechtsbehelfen der Herabsetzung gemäss Art. 522 ff. ZGB, insbesondere Art. 527 ZGB: «Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

1. die Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind;
2. die Erbabtretungen und Auskaufsbeträge;
3. die Schenkungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte, oder die er während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke;

²⁰⁵ Vgl. *Dahlstrom v. Cm. 61 TCM 2863* (1991): «... transfer assets in non-arm's-length transactions back and forth, creating layers of documentation to impede any examination or investigation... Petitioners owned and enjoyed the income, funnelled through the layers of trusts and paperwork they generated to disguise or hide their income, and they are taxable on that income...».

²⁰⁶ Vgl. dazu etwa WKR-TRUST, ZR 98 (1999) N 52: «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 allein dem Trustee zugestanden. Aus dem Verhalten WKRs geht auch hervor, dass ihm die Trustsidee als solche nicht genügend bekannt war oder dass er dieser nicht nachleben und sich 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 Settlers WKR als ungültig zu qualifizieren.» Vgl. auch *Rahman v. Chase Bank Trust Company (CI) Ltd. And Others* (1991) JLR 103: «We were unanimously satisfied ... that from the date on which (Mr. Rahman) purported to constitute the settlement he exercised dominion and control over the trustee in the management and administration of the settlement, including distributions of capital to himself, to others as gifts or loans, and the making and disposal of investments. He treated the assets com-

schweizerischen «ordre public»²¹¹ zur Anwendung bringen werden.

In jedem Fall werden sich schweizerische Dienstleister, seien dies Berater oder Trust-Servicegesellschaften, bei der Ausübung ihrer Tätigkeit – also der Errichtung und Verwaltung von Trusts – an signifikant höheren Standards orientieren müssen; dazu gehört auch, dass sich die Verwaltung von Trusts nicht nur am anwendbaren Trust-Statut zu orientieren hat, sondern auch spezifische Anforderungen der Steuergesetzgebung sowie etwa des Ehe-, Erb- sowie Schuldbetreibungs- und Konkursstatuts zu beachten sind.

4. die Entäusserung von Vermögenswerten, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat.»

Hinsichtlich Ausgleichung vgl. Art. 626 ZGB:

- «1. Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat;
2. was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.»

²¹⁰ Art. 15 Abs. 1 lit. e HTÜ. Relevant sein können insbesondere die Schenkungspauliana sowie die Absichtspauliana, allenfalls aber auch die Überschuldungspauliana. Zur Schenkungspauliana vgl. Art. 286 Abs. 1 SchKG: «Anfechtbar sind mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat». Zur Absichtspauliana vgl. Art. 288 SchKG: «Anfechtbar sind endlich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.» Zur Passivlegitimation vgl. Art. 290 SchKG: «Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und gegen bösgläubige Dritte. Die Rechte gutgläubiger Dritter werden durch die Anfechtungsklage nicht berührt.»

²¹¹ Art. 18 HTÜ sowie Art. 17 IPRG. Vgl. etwa Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 30. April 2011, I-22 U 126/06.

This document is for information purpose only. 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.

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201,
8034 Zurich, Switzerland, Tel.: 0041 44 386 6000.**