

# Fiduciary Risk Conference

Am 2. Februar 2010 fand in Zürich die von IIR/IBC organisierte Fiduciary Risk Conference statt. Ein auserlesenes Publikum hörte interessante Vorträge zu aktuellen Themen (in englischer Sprache) über welche nachfolgend auszugsweise berichtet wird.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle  
Rechtsanwalt  
Partner, Kendris private AG

## Investitionsrisiko

Guy Paterson (Unigestion) und Patrick O'Hagan (UBS) widmeten sich dem Investitionsrisiko mit dem Untertitel «Konzipierung und Umsetzung einer globalen Investitionsstrategie». Es ging vor allem darum, dass der Trustee das Investitionsrisiko beherrschen muss. Die Investitionsregeln haben sich beim Trustee von der Prudent Man Rule zur Prudent Investor Rule entwickelt. Die moderne Portfoliotheorie verlangt zur Reduzierung des Risikos eine *Diversifikation der Anlagen*. Dem Trustee wird empfohlen, sich unabhängig beraten zu lassen. Sodann muss sich der Trustee Gedanken zur Delegation und insbesondere zum Einbezug der Beneficiaries machen. Auch sollte ein Custodian beigezogen werden, um eine wirksame Überwachung der Strategie durchführen zu können. Wenn der Trustee seine Aufgabe sorgfältig erfüllt, kann man ihn auch in Zeiten sinkender Börsenkurse nicht für die schlechte Performance verantwortlich machen. Haftbar wird er dagegen, wenn

er seine Sorgfaltspflicht verletzt, insbesondere wenn er unerlaubte Anlagen tätigt.

## Steuerliche Risiken

Das Risiko des Trustees, haftbar gemacht zu werden, erhöht sich zunehmend, wenn die steuerliche Deklaration nicht korrekt ist. Markus Summer (Marxer & Partner) berichtete über die aktuellen internationalen Entwicklungen im Bereich der Steuern. 2009 wurden über 110 Doppelbesteuerungsabkommen verhandelt oder unterzeichnet. Die weitere Entwicklung ist noch offen: Diskutiert werden die Fortsetzung der Zinsbesteuerung, eine Abgeltungssteuer, neue Geldwäschereivorschriften usw. Liechtenstein hat mit England ein *Tax Information Exchange Agreement* abgeschlossen. Dieses Abkommen sieht für die Zeit vom 1. September 2009 bis zum 31. März 2015 besondere Offenlegungsmöglichkeiten vor, welche alle Steuern umfassen und attraktive Bedingungen enthalten.

## Trusts und Erbrecht

Richard Frimston (Russel-Cook LLP) schilderte die jüngste Entwicklung des europäischen Erbrechts. Die Europäische Union fördert das Prinzip des freien Verkehrs von Waren, Dienstleistungen und Personen und somit die Mobilität der Europäer und ihrer Handelstätigkeit. Am 30. November 2000 wurde ein Programm verabschiedet, wonach Entscheidungen aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung, aus der Trennung unverheirateter Paare und aus der Erbschaft gegenseitig anerkannt werden sollen. 2002 folgte ein Bericht von Heinrich Dörner und Paul Lagarde mit einer Übersicht über die nationalen Regelungen in Europa: *Rechtsvergleichende Studie* der erbrechtlichen Regelungen des internationalen Verfahrensrechts und internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ([www.dnoti.de/eu\\_studie/031\\_Schlussbericht\\_deutsch.pdf](http://www.dnoti.de/eu_studie/031_Schlussbericht_deutsch.pdf)).

2004 fand in Brüssel eine Konferenz zu diesem Thema statt. Nachdem in Europa über 5 Millionen Menschen in

einem Staat leben, dessen Nationalität sie nicht besitzen und (als ein Beispiel) 1 Million Deutsche Grundstücke in anderen Staaten Europas besitzen, kommt diesen Themen eine zunehmende Bedeutung zu. 2005 ist das *Grünbuch* Erb- und Testamentsrecht erschienen (KOM/2005/0065 endg.).

Am 14. Oktober 2009 folgte ein Vorschlag für eine *Erbrechtsverordnung* (KOM/2009/154 endg.). Die Kommission nahm einen Vorschlag an, durch den die Abwicklung von Nachlasssachen mit Auslandsbezug in der Europäischen Union erheblich vereinfacht werden soll. Der Vorschlag enthält gemeinsame Vorschriften, mit deren Hilfe sich die zuständige Behörde und das auf den gesamten Nachlass anwendbare Recht unabhängig von der Belegenheit der Nachlassgegenstände leicht ermitteln lassen. Die Verordnung stärkt nicht nur die Rechte der Erben, Vermächtnisnehmer und sonstigen Beteiligten, sondern gibt dem Erblasser auch Gelegenheit, seinen Nachlass besser zu regeln, indem sie ihm die Wahl des Rechts überlässt, nach dem der Übergang des Nachlasses vonstatten gehen soll. Die Kommission schlägt auch die Einführung eines europäischen Nachlasszeugnisses vor, das Erben und Nachlassverwaltern überall in der Union den problemlosen Nachweis ihrer Rechtsstellung ermöglichen soll.

Das Thema Testament wurde weitgehend aus der Vorlage gestrichen. Als anwendbares Recht wird dasjenige des *gewöhnlichen Aufenthalts* vorgeschlagen (unter Vorbehalt einer abweichenden Rechtswahl), und dieses soll auf den ganzen Nachlass anwendbar sein. Die Unterscheidung in bewegliches und unbewegliches Nachlassgut entfällt damit und auch die Rückverweisung. Beim Thema Willensvollstrecker (Personal Representatives) sind noch einige Unklarheiten vorhanden. Nach wie vor Probleme bereiten die (nur in wenigen Ländern bekannten) Erbverträge. Der europäische Erbschein sollte die Abwicklungen von Nachlässen vereinfachen.

Ein vereinheitlichtes europäisches Erbrecht dürfte viele Vorteile mit sich bringen, wenngleich der Weg dorthin noch schwierig sein wird. Nach wie vor ungelöst ist etwa der unterschiedliche Umfang der Erbschaft (gehören Trusts dazu? Lebzeitige Zuwendungen?). Die bessere Rechtsdurchsetzung beim Erbrecht dürfte grössere *Angriffsflächen* bei Trusts mit sich bringen. Das bedeutet, dass beim Aufsetzen dieser Instrumente noch mehr Sorgfalt anzuwenden ist und ebenso beim anfänglichen Transfer der Mittel. Für Schenkungen wäre es sodann von Vorteil, wenn die Wahl eines Gerichtsstands zugelassen würde.

### Trusts und Scheidungen

Mark Harper (Withers) schilderte die strengen Regeln des englischen Scheidungsrechts. Es gilt die Grundregel, dass die Ehefrau bei einer Scheidung 50% des Vermögens erhält. Praktische Fälle aus der jüngeren Vergangenheit, in welchen es um grosse Summen ging (White, Charman, Miller) haben gezeigt, dass das Einbringen von Vermögen in einen Trust nicht unbedingt einen wirksamen Schutz gegen eine Aufteilung des Vermögens bildet. Eine wirksame *Asset Protection* braucht eine sorgfältige und vorausschauende Planung.

### Risiko des Verlustes der Handlungsfähigkeit des Treugebers

Ich habe mich zu diesem Thema geäussert. Ein ganz oder teilweise handlungs- bzw. urteilsunfähiger Treugeber (Settlor) kann (im Verkehr mit dem Trustee) Probleme verursachen und ein Risiko darstellen. Das schweizerische Recht beschäftigt sich in *Art. 16 ZGB* mit der Urteilsfähigkeit. Die Anforderung ist eine relative, weil die Urteilsfähigkeit in Bezug zu einer bestimmten Handlung gesetzt werden muss. Beispiel: Ein Testament betrifft den Erblasser zwar nicht mehr (was für geringe Anforderungen spricht), aber es wird darin über das ganze Vermögen verfügt (was für hohe Anforderungen spricht).

Die bisherige Rechtsprechung zu *Art. 16 ZGB* beschäftigte sich hauptsächlich mit Minderjährigen (BGE 131 III 553; 104 II 186, 90 II 9 und 107 II 22) und weniger mit den hier interessierenden Senioren. Im konkreten Fall muss ein Arzt die Urteilsfähigkeit beurteilen: Der

Hausarzt ist meist nahe am Geschehen, neigt aber da und dort zu Gefälligkeiten. Der Spezialarzt ist zwar in der Lage, ein präzises Urteil abzugeben, er ist aber zeitlich oft nicht nahe genug am Geschehen. Entscheidend ist sowohl die Zeit der Beratung als auch die Zeit des Vollzugs eines Geschäfts (BGer. 5A\_12/2009).

Im praktischen Alltag (z.B. von Notaren) werden zunehmend Tests angewendet, um die Urteilsfähigkeit bestimmen zu können. Der bekannteste unter ihnen ist der *Mini-Mental-Status Test*. Hinweise kann sodann ein plötzlicher Sinneswandel geben, welcher bei sogenannten Turnaround-Testamenten vorkommt (der Berater wird anstelle einer gemeinnützigen Institution kurz vor dem Tod als Begünstigter eingesetzt). Die Problematik liegt darin, dass die Testamentsinhalte nicht immer sehr rational sind. Das Bundesgericht hat die Fähigkeit, sich fremdem Einfluss zu entziehen, als wichtiges Kriterium herausgeschält (BGer. 5A\_748/2008: älterer Erblasser mit Beziehung zu jüngerer Frau).

Was kann man gegen mögliche Handlungs- oder Urteilsunfähigkeit vorgehen? Bis 2012 kann man in *Vollmachten* (Art. 32 ff. OR) den Passus einbauen, dass diese auch dann weiter gelten, wenn der Vollmachtgeber handlungsunfähig wird. Das Bundesgericht (BGE 132 III 222) hat dies einem Unfallopfer erlaubt, welches einen Prozess laufen hatte. Die Problematik liegt darin, dass die Kontrolle fehlt, welche im Falle einer Beistandsbestellung vorhanden wäre.

2013 wird das neue Vormundschaftsrecht in Kraft treten und die *Patientenverfügung* (Art. 370 ZGB) und den *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff., insbesondere Art. 374 ff. ZGB) regeln. Das neue Recht schreibt vor, dass solche Regelungen handschriftlich zu verfassen sind, und eine Erwachsenenschutzbehörde wird die Aufsicht führen. Die Errichtung dieser Aufsichtsbehörden nimmt viel Zeit in Anspruch, zumal sie auf kantonaler, regionaler oder Gemeindeebene errichtet werden.

Wenn der Treugeber handlungsunfähig wird, endet die Möglichkeit, dass er selbst Stiftungen oder Trusts ändern, widerrufen oder auflösen kann. Dies kann dazu führen, dass die Natur von Strukturen sich verändert (aus einem Revocable Trust wird ein Irrevocable Trust),

was zu ungewollten steuerlichen Konsequenzen führen kann. An der Stelle des Treugebers kann möglicherweise ein *Beistand* handeln. In besonderen Fällen (wie einer Scheidung) kann es allerdings wieder notwendig sein, den Beistand zu entfernen. Deshalb fragt es sich, ob es Instrumente gibt, mit denen solche Unsicherheiten gesteuert werden können.

In den *Bylaws* von Stiftungen und Trusts können Bestimmungen aufgenommen werden, welche den Fall der Urteils- oder Handlungsunfähigkeit des Settlers regeln. Dort kann ein «privater» Beistand (Guardian) ernannt werden und auch wer allenfalls dessen Nachfolge übernimmt, wenn dieser wiederum ausscheidet.

Das Ministerkomitee des Europarats hat am 23. Februar 1999 die Empfehlung Nr. R (99) 4 zu den Grundsätzen für den Rechtsschutz geschäftsunfähiger Volljähriger herausgegeben. Am 13. Januar 2000 wurde das *Haager Übereinkommen* über den internationalen Schutz von Erwachsenen abgeschlossen, welches für die Schweiz am 1. Juli 2009 in Kraft getreten ist (AS 2009, 3107). Es dient dazu, ausländische vormundschaftliche Massnahmen (wie den Beistand) zu anerkennen. Damit soll auch bestimmt werden, welcher Staat sich mit diesen Fragen auseinandersetzen soll (Behörde am gewöhnlichen Aufenthalt der betroffenen Person).

Das Ministerkomitee des Europarats hat am 9. Dezember 2009 die *Empfehlung CM/Rec (2009) 11* zu Dauervollmachten und Vorausverfügungen für den Fall der Handlungsunfähigkeit erlassen. Danach sollen die Staaten Dauervollmachten und Vorausverfügungen erlauben, indem sie die Form regeln (schriftlich) und entsprechende Aufsichten bereitstellen. Bei den Vorausverfügungen haben die Staaten in ihrer Gesetzgebung sodann zu entscheiden, wie weit diese verbindlichen Charakter haben.

Es ist Bewegung in diese wichtigen Fragen gekommen. Bis die nationalen Regeln alle vorhanden sind, tut der Treugeber gut daran, die ihm heute zur Verfügung stehenden Mittel (Vollmacht, *Bylaws*) zu nutzen, damit eine allfällige Handlungs- oder Urteilsunfähigkeit weder zur Blockierung des Trustees noch zu ungewollten Rechtsfolgen führt.

[www.kendris.com](http://www.kendris.com) ●