

---

## Trustbesteuerung in der Schweiz – eine Standortbestimmung



Toni Amonn  
Dr. iur., Rechtsanwalt, v. FISCHER, Bern

Im Zuge der Ratifizierung des Haager Trustübereinkommens<sup>1)</sup> hat die Schweizerische Steuerkonferenz den Versuch unternommen, die Praxis zur Trustbesteuerung zu vereinheitlichen. Im vorliegenden Beitrag werden die wichtigsten Grundregeln dieses Kreisschreibens vorgestellt und analysiert. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf dem Irrevocable Discretionary Trust. Es wird aufgezeigt, dass die Konzeption des Kreisschreibens für dessen Besteuerung rechtlich unhaltbar ist. Aufgrund der zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen muss hingenommen werden, dass das Trustvermögen und dessen Erträge vorübergehend nicht besteuert werden können. Dennoch ist nicht zu erwarten, dass daraus erhebliche Steuerausfälle resultieren würden.

*Au cours de la ratification de la convention de La Haye, la conférence suisse des impôts a essayé d'uniformiser l'imposition des trust. La contribution suivante présente et analyse les règles de base les plus importantes de cette Circulaire. L'attention principale se concentre sur les trusts irrévocables et discrétionnaires. Ainsi on démontre que la conception de la Circulaire est juridiquement insoutenable. Sur la base des conditions du droit civil et fiscal, on doit accepter que, temporairement, la fortune et les revenus du trust ne peuvent être taxées. Néanmoins, il ne faut pas s'attendre à une diminution considérable des recettes fiscales.*

### 1. Vorbemerkungen zum Zivilrecht

---

Das Verhältnis zwischen dem Zivilrecht und dem Steuerrecht ist eine faszinierende, aber auch komplexe und umstrittene Materie, die hier nicht als solche näher untersucht werden kann<sup>2)</sup>. Wesentlich für die nachfolgenden Überlegungen erscheint aber der Hinweis, dass gerade wenn es um Fragen der Trustbesteuerung geht, eine gründliche zivilrechtliche Analyse der konkreten Rechtsverhältnisse unabdingbar ist. Im Zentrum stehen dabei immer wieder zwei Fragen: erstens: *welcher Person* ist das Trustvermögen und dessen Ertrag für Steuerzwecke zuzurechnen und zweitens: unter welchen Umständen bestehen «feste Ansprüche», die eine Besteuerung rechtfertigen. Diese Fragen sind rechtlicher Na-

<sup>1)</sup> SR 0.221.371; [http://www.admin.ch/ch/d/sr/0\\_221\\_371/](http://www.admin.ch/ch/d/sr/0_221_371/)

<sup>2)</sup> Vgl. dazu grundlegend *Thomas Koller*, Privatrecht und Steuerrecht – Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993

tur, auch wenn der Begriff des Einkommens ein wirtschaftlicher ist und teilweise eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angewandt wird<sup>3)</sup>.

Nachfolgend wird für Steuerzwecke im Wesentlichen zwischen drei Typen von Trusts unterschieden. Das darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Trust ein extrem flexibles Gebilde ist. Wer einen Trust errichtet hat nahezu beliebig viele Möglichkeiten, dessen konkrete Ausgestaltung individuell zu definieren. Dementsprechend gibt es hunderte von Arten und Unterarten. Umso mehr drängt es sich auf, die *konkrete Ausgestaltung in jedem Einzelfall genau zu analysieren*, zuerst zivilrechtlich und anschliessend steuerrechtlich. Die zivilrechtliche Analyse *kann* dabei für die steuerlichen Schlussfolgerungen massgeblich sein, muss dies aber nicht in jedem Fall.

Wenn es z.B. um die Frage geht, ob das Trustvermögen für Steuerzwecke immer noch dem Settlor zugerechnet werden kann, ist zu prüfen, ob der Trust widerruflich «revocable» ist oder nicht («irrevocable»)<sup>4)</sup>. Wenn bereits zivilrechtlich ein Widerrufsrecht vorgesehen ist, kann und muss man steuerlich an dieses Ergebnis anknüpfen. Durch den Widerruf kann der Settlor das auf den Trust (bzw. Trustee) übertragene Vermögen jederzeit wieder in sein Eigentum überführen und frei darüber verfügen. Die steuerrechtliche Zurechenbarkeit ist schon aus diesem zivilrechtlichen Grund nicht ernsthaft zu bezweifeln.

Fehlt jedoch ein ausdrückliches Widerrufsrecht, bedeutet dies zwar zivilrechtlich, dass ein Irrevocable Trust vorliegt. Steuerlich ist dieser Schluss aber nicht zwingend. Bei der Vermögenssteuer z.B. ist die steuerrechtliche Zurechenbarkeit zu verstehen als Verbindung zwischen dem Vermögen und dem Settlor. Diese Verbindung ist nicht einzig zivilrechtlich geprägt. Es ist auch beim zivilrechtlich nicht widerruflichen Trust möglich, dass der Settlor durch *andere Einflussmöglichkeiten* eine so weitgehende *Kontrolle über das Trustvermögen behält*, dass man ihm dieses Vermögen steuerlich weiterhin zurechnen darf. Man könnte z.B. das Recht des Settlor, den Trustee jederzeit auszuwechseln, als solche Einflussmöglichkeit sehen<sup>5)</sup>. Die zivilrechtliche Analyse allein reicht hier für die Beurteilung der Steuerfolgen mithin nicht aus. Sie dient bloss dazu, sich über die Gesamtheit der Rechte der Beteiligten Klarheit zu verschaffen. Auf dieser Grundlage sind dann die Steuerfolgen zu beurteilen.

Am anderen Ende des Spektrums gelangen wir wieder zur Massgeblichkeit der zivilrechtlichen Analyse. Wenn diese ergibt, dass der Settlor tatsächlich *jegliche rechtliche Einflussmöglichkeit aufgegeben* hat, gibt es keinen rechtlich tragfähigen Grund, ihm dieses Vermögen (und dessen Erträge) steuerlich weiterhin zuzurechnen. In diesem Kontext ist auch die Bedeutung der Ratifikation des HTÜ zu sehen. Es ist zwar so, dass das Übereinkommen selber gemäss Art. 19 «die Befugnisse der Staaten in Steuersachen unberührt» lässt. Das bedeutet beispielsweise, dass die Staaten frei sind, ob sie den Trust als Steuersubjekt behan-

<sup>3)</sup> Insoweit vorbehaltlos zuzustimmen ist *Peter Böckli*, Der angelsächsische Trust, Ziff. I.B.

<sup>4)</sup> Nachfolgend Ziff. 2.4.

<sup>5)</sup> Dieser Schluss ist freilich nicht zwingend, vgl. etwa *Böckli*, Ziff. IV.C.3.2

deln wollen oder nicht und welche Steuerfolgen sie an welche Tatbestände knüpfen. Mit Art. 19 kann meines Erachtens aber nicht gemeint sein, dass man die Existenz eines gültig errichteten Trusts für Steuerzwecke beliebig beiseite schieben darf, etwa indem man das Trustvermögen steuerlich einer bestimmten Person zurechnet, obschon sie darauf trustrechtlich keinen Zugriff mehr hat<sup>6)</sup>.

Eine zivilrechtliche Analyse des konkreten Trustverhältnisses ist mithin zwar nötig, für die Beurteilung der Steuerfolgen aber nicht durchwegs verbindlich. Bereits diese Erkenntnis lässt die Schwierigkeiten erahnen, welchen wir bei der Trustbesteuerung begegnen.

## 2. Trustbesteuerung in der Schweiz

### 2.1. Uneinheitliche und intransparente Besteuerungspraxis

Es gibt in der Schweiz – soweit ersichtlich – weder im Bundessteuerrecht noch im kantonalen Steuerrecht ausdrückliche *gesetzliche* Regeln über die Besteuerung von Trusts. Da die relevanten Steuern entweder kantonale Steuern sind (Erbchafts- und Schenkungssteuern, Vermögenssteuern, Grundstückgewinnsteuern und Handänderungssteuern) oder von den kantonalen Steuerbehörden veranlagt werden (Einkommenssteuern), gab es zur Trustbesteuerung bis in die jüngste Zeit gesamtschweizerisch *keine einheitliche Praxis*. Es war vielmehr so, dass jeder Kanton seine eigenen Regeln entwickelt hat. Kleine Kantone und solche ohne internationalen Bezug waren mehrheitlich kaum mit dieser Materie konfrontiert und dementsprechend gab es dort keine oder jedenfalls keine gefestigte Praxis. Auch in den anderen Kantonen sind Truststrukturen kein sehr weit verbreitetes Phänomen<sup>7)</sup>. Dennoch gab es dort bereits eine mehr oder wenig gefestigte Praxis, die aber in der Regel nicht veröffentlicht wurde<sup>8)</sup>. Bis in die jüngste Zeit gab es dazu offenbar auch keinen kantonsübergreifenden Dialog zwischen den Steuerbehörden.

Justizentscheide zur Besteuerung von Trusts haben Seltenheitswert. Wer hier weiterkommen will, muss Urteile zu ähnlichen Konstellationen konsultieren, beispielsweise zur Familienstiftung oder zum Fideikommiss. Dabei wird man allerdings als einzigen gemeinsamen Nenner eine grosse Abneigung der Steuerjustiz gegenüber solchen Strukturen erkennen. Weder die Stiftung noch andere kontinentaleuropäische Rechtsinstitute sind mit einem Trust eins zu eins vergleichbar. Es mag in bestimmter Hinsicht Gemeinsamkeiten geben (mit der

<sup>6)</sup> Genau das ist aber im KS teilweise vorgesehen, vgl. dazu Ziff. 2.7.1. Diese Betrachtungsweise ist unvereinbar mit einem Hauptzweck des Übereinkommens, der Anerkennung eines gültig errichteten Trusts (Art. 11 HTÜ) und zwar nach Massgabe der vom Settlor gewählten Rechtsordnung (Art. 6 HTÜ).

<sup>7)</sup> Verbreitet ist in der Schweiz die Verwaltung von Trusts, was aber keine Steuerprobleme aufwirft, wenn die Beteiligten (insbesondere Settlor und Beneficiaries) im Ausland wohnen.

<sup>8)</sup> Soweit ersichtlich wurde eine kantonale Praxis (Zürich) erstmals (und auch nur teilweise) veröffentlicht durch *Philipp Betschart*, Grundzüge der Trustbesteuerung, StR 2007, S. 158 ff.

Stiftung z.B. die Übertragung von Vermögen), aber es gibt immer auch Unterschiede (im Vergleich zur Stiftung z.B. die fehlende Rechtspersönlichkeit des Trusts). Schweizerische Rechtsprechung ist daher auf Truststrukturen nur insoweit übertragbar als eine Stiftung (oder ähnliches Konstrukt) mit Blick auf die zu beurteilende Rechtsfrage mit einem Trust überhaupt vergleichbar ist.

Bezüglich Trustbesteuerung herrschte somit in der Vergangenheit eine grosse und letztlich *nicht überschaubare Vielfalt*. Das gilt insbesondere bei den unwiderruflichen Trusts<sup>9)</sup>. Das *pièce de résistance* ist dabei der *Irrevocable Discretionary Trust*. Dieser wird unten (Ziff. 2.7) noch eingehend behandelt. Vorwegnehmen kann man hier, dass das steuerliche Kernproblem dort in der Zurechenbarkeit des Vermögens und Einkommens zu einer Person liegt. Irrevocable bedeutet ja erstens, dass der Settlor die Verfügungsmacht unwiderruflich aufgegeben hat und (echt) discretionary bedeutet, dass noch niemand feste Ansprüche erworben hat (insbesondere auch noch kein Beneficiary). Das führt zum schwer verdaulichen Schluss, dass dieses Vermögen bzw. Einkommen (bis zur Ausschüttung) nicht besteuert werden kann.

## 2.2. Kreisschreiben der SSK zur Trustbesteuerung

Die Schweizerische Steuerkonferenz hat im August 2007 ein *Kreisschreiben* zur Trustbesteuerung verabschiedet, welches zumindest eine gewisse Vereinheitlichung anstrebt<sup>10)</sup>.

Bevor wir auf den Inhalt eingehen, sei noch eine generelle Vorbemerkung zum Institut des Kreisschreibens erlaubt. Der praktizierende Anwalt stellt zwar häufig fest, dass Kreisschreiben materiell nahezu Verfassungsrang haben. Ihre praktische Wirkung ist mithin keineswegs zu unterschätzen. Spätestens seit *Blumenstein* wissen wir aber, dass ein Kreisschreiben formell gesehen nicht mehr ist als eine «Wunschliste der Steuerverwaltung» (bzw. in casu der Steuerkonferenz). Es ist daher *keineswegs rechtswidrig*, wenn ein Kanton das vorliegende Kreisschreiben der SSK überhaupt nicht oder nur teilweise anwendet. Das ist hier besonders zu betonen, weil das erwähnte Kreisschreiben in einigen Punkten rechtlich schlicht unhaltbar ist und weil auch zahlreiche kantonale Steuerverwaltungen mit dessen Inhalt teilweise nicht einverstanden sind. Weil gesetzlich bzw. verfassungsrechtlich verankerte Grundsätze vorgehen, drängt sich die Abweichung vom vorliegenden Kreisschreiben im Kollisionsfall sogar auf.

In der Folge werden die wichtigsten Grundsätze dieses Kreisschreibens aufgezeigt. Bezeichnenderweise bleibt das Kreisschreiben in wichtigen Fragen allerdings unverbindlich oder thematisiert sie überhaupt nicht. Das ist teilweise wohl darauf zurückzuführen, dass es sehr schwierig war, gemeinsame Lösungen zu finden. Es gab einerseits zwischen den Kantonen unterschiedliche Meinungen und auch die ESTV soll starken Druck ausgeübt haben. Dementsprechend

<sup>9)</sup> Eine Darstellung der beiden Hauptströmungen ist zu finden bei *Böckli*, Ziff. IV.C.

<sup>10)</sup> [http://www.steuerkonferenz.ch/pdf/ks\\_30.pdf](http://www.steuerkonferenz.ch/pdf/ks_30.pdf)

weicht die letztlich publizierte Version teilweise erheblich von den Entwürfen ab, die im Vorfeld bereits in Fachkreisen zirkulierten.

### 2.3. Subjektive Steuerpflicht

Der *Trust selber* gilt in der Schweiz soweit ersichtlich *nie als Steuersubjekt*, weil er bereits zivilrechtlich keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt<sup>11)</sup>. In subjektiver Hinsicht interessieren steuerlich also nur die am Trustverhältnis beteiligten Personen, namentlich der Settlor, der Trustee und die Beneficiaries. Es erfolgt mithin immer eine transparente Besteuerung. Nach herkömmlicher Terminologie bedeutet transparente Besteuerung, dass nicht ein künstlicher Rechtsträger (z.B. eine Gesellschaft) besteuert wird, sondern die daran beteiligten Personen (z.B. die Gesellschafter). Der Begriff «transparente Besteuerung» wird im Kreisschreiben etwas anders verwendet. Die Steuerkonferenz meint damit die Zurechnung des Vermögens und Einkommens des Trust *zum Settlor*. Das Gegenstück dazu besteht aber nicht etwa in der Besteuerung des Trusts, sondern anderer Personen, namentlich der Beneficiaries, was m.E. auch eine transparente Besteuerung darstellt.

Der *Trustee* hat in der Regel keinen eigenen Anspruch auf das Trustvermögen und dessen Erträge, sondern er übt eher eine Art treuhänderische Funktion aus. Obschon er formell Eigentümer des Trustvermögens ist, muss er deshalb weder dieses Vermögen noch die entsprechenden Erträge versteuern. Erst recht nicht besteuert wird der *Protector*, dessen Funktion bloss in der Überwachung des Trustees besteht.

Somit kommen als Steuersubjekte nur noch der *Settlor* und die *Beneficiaries* in Frage. Welche dieser Personen welcher Besteuerung unterliegen, ist unterschiedlich, je nach Art des entsprechenden Trusts.

### 2.4. Arten von Trusts aus steuerlicher Sicht

Aus steuerlicher Sicht sind primär *drei Arten von Trusts* zu unterscheiden: die Revocable Trusts auf der einen und die Irrevocable Trusts auf der anderen Seite, wobei innerhalb der Irrevocable Trusts noch Fixed Interest Trusts und Discretionary Trusts zu unterscheiden sind.

Beim *Revocable Trust* behält sich der Settlor das Recht vor, den Trust zu einem späteren Zeitpunkt zu widerrufen und das verbleibende Vermögen zurückzuführen bzw. einem Dritten zukommen zu lassen. Der Settlor hat die Kontrolle über das Trustvermögen somit nicht definitiv preisgegeben. Wie einleitend bereits erwähnt wurde, braucht es für die steuerliche Qualifizierung als Revocable Trust nicht zwingend ein ausdrückliches Widerrufsrecht. Es genügt, wenn der Settlor durch vergleichbare Massnahmen die Verfügungsbefugnis über das Trustvermögen nicht endgültig aufgibt, sodass ihm dieses Vermögen weiterhin steuerlich zugerechnet werden darf. Diese Abgrenzung ist sehr heikel, weil es kaum

<sup>11)</sup> Kreisschreiben Ziff. 4.1, ausführlich dazu *Danon*, Express Trusts, S. 193 ff.

eine scharfe Trennlinie geben wird. Das Kreisschreiben enthält dazu einen Fragenkatalog, geht meines Erachtens in der Vorgabe der Ergebnisanalyse aber zu weit. Es werden dort nämlich einfach neun Fragen aufgelistet, mit dem Hinweis, dass die Bejahung einer einzigen dieser Fragen «für eine steuerliche Behandlung als Revocable Trust» spreche. Mit einer so grobschlächtigen Methode kann man der Komplexität von Trustverhältnissen nicht gerecht werden. So bedeutet etwa der Umstand, dass der Settlor später noch neue Beneficiaries einsetzen oder die Trusturkunde ändern kann, nicht in jedem Fall, dass dieses Vermögen deshalb ihm selber (wie eigenes) zugerechnet werden kann<sup>12)</sup>. Man darf nicht anhand eines einzelnen Kriteriums, sondern erst aufgrund der *gesamten Umstände* entscheiden, ob die steuerliche Zurechenbarkeit des Vermögens bzw. Ertrags zum Settlor gerechtfertigt ist oder nicht. Diese Abgrenzung wird daher in der Praxis wesentlich schwieriger sein als man auf den ersten Blick annehmen könnte. Sie dürfte auch von erheblicher praktischer Bedeutung werden, weil die publizierte Praxis zum Irrevocable Discretionary Trust kaum lange halten wird<sup>13)</sup>.

Revocable Trusts werden beim Tod des Settlors zu Irrevocable Trusts, es sei denn, das Widerrufsrecht stehe einer anderen Person zu.

*Irrevocable Trusts* sind unwiderrufliche Trusts, d.h. Trust, die nicht revocable im oben erwähnten Sinn sind. Der Settlor hat hier die Verfügungsbefugnis über das Trustvermögen definitiv preisgegeben. Steuerlich zu unterscheiden sind zwei Unterarten:

- a) Beim *Fixed Interest Trust* definiert der Settlor im Voraus, welche Ansprüche die Beneficiaries haben. Es handelt sich damit um feste Ansprüche, welche die Beneficiaries nötigenfalls gegen den Trustee rechtlich durchsetzen können.
- b) Beim *Discretionary Trust* liegt es im Ermessen des Trustees, wann und in welcher Höhe er Zuwendung ausrichtet. In der Trusturkunde werden normalerweise nur bestimmte Klassen von Beneficiaries niedergelegt, beispielsweise die Nachkommen. Daneben kann der Settlor in einem Letter of Wishes seine Beweggründe für die Errichtung des Trusts und weitere Hinweise darlegen, an denen sich der Trustee orientieren kann.

Es gibt innerhalb der Revocable Trusts zwar auch Fixed Interest Trusts und Discretionary Trusts, aber steuerlich spielt diese Unterscheidung dort keine Rolle (siehe anschliessend).

## 2.5. Steuerfolgen beim Revocable Trust

In Ermangelung einer unwiderruflichen Entäusserung wird das Trustvermögen steuerlich weiterhin dem *Settlor* zugerechnet<sup>14)</sup>. Die Übertragung des Trustvermögens löst daher folgerichtig keine Besteuerung aus, insbesondere keine Schenkungssteuern. Falls der Settlor in der Schweiz ansässig ist, muss er auf

<sup>12)</sup> Dazu (und zu anderen Punkten) höchst kritisch auch *Böckli*, Ziff. IV.C.3.2.

<sup>13)</sup> Vgl. dazu unten Ziff. 2.7.

<sup>14)</sup> Kreisschreiben Ziff. 5.2.1.

dem Trustvermögen aber weiterhin die Vermögenssteuer entrichten und die Einkünfte als seine eigenen Einkünfte versteuern, obschon er formell nicht mehr Eigentümer ist.

*Ausschüttungen* an die Beneficiaries unterliegen der *Schenkungssteuer* im Wohnsitzkanton des Settlors bzw. im Kanton der betroffenen Grundstücke. Das Kreisschreiben überlässt die Festsetzung der Steuersätze den Kantonen. Diesbezüglich sind verschiedene Lösungen denkbar. Sachgerecht ist hier die Anwendung des Steuersatzes, der bei einer direkten Schenkung zwischen Settlor und Beneficiary anwendbar wäre<sup>15)</sup>. Bei Ausschüttungen an Ehegatten und Nachkommen ist das also häufig Null oder ein Satz von maximal etwa 3–5%. Die Kantone können evtl. auch von einer zweistufigen Ausschüttung über den Trustee ausgehen, was wegen meist fehlender Verwandtschaftsverhältnisse zu extrem hohen Schenkungssteuern führen würde (jedenfalls wenn Settlor und Trustee im Kanton ansässig sind). Nach der hier vertretenen Auffassung wäre das allerdings sachwidrig, weil man den Zwischenschritt – die Übertragung auf den Trustee – beim Revocable Trust steuerlich ja gerade ausblendet; das muss nicht nur für den Zeitpunkt und den Umfang der Schenkung gelten, sondern auch für das Verwandtschaftsverhältnis. Alles andere wäre methodendualistisch.

Beim *Widerruf* ist der Mittelrückfluss an den Settlor steuerfrei, weil man steuerlich ja gar keine Entreichung angenommen hat. Zuflüsse an Dritte werden erneut als Schenkungen des Settlors besteuert.

Vereinfacht gesagt *existiert ein Revocable Trust also steuerlich gar nicht*, jedenfalls solange der Settlor noch lebt. Diese Betrachtungsweise wird soweit ersichtlich generell als sachgerecht empfunden. Die Meinungen werden in der Praxis dort auseinander gehen, wo die Steuerbehörden aufgrund eines einzelnen Merkmals einen unwiderruflichen in einen widerruflichen Trust umqualifizieren. Es wird freilich auch den umgekehrten Fall geben: Wenn ein Settlor plötzlich mit (unerwarteten) Schenkungssteuerfolgen konfrontiert sein sollte, weil er einen Trust errichtet hat, wird der eine oder andere argumentieren, es handle sich bei richtiger Betrachtung um einen Revocable Trust, in der Hoffnung, die Schenkungsbesteuerung damit abzuwenden.

Mit dem *Ableben* des Settlors wird der Revocable Trust i.d.R. zum *Irrevocable Trust*. Die sich aus dem Tod des Settlors ergebenden Steuerfolgen werden im Kreisschreiben überhaupt nicht thematisiert. Grundsätzlich könnte man darüber nachdenken, in diesem Zeitpunkt eine *Erbschaftssteuer* zu erheben. Steuerpflichtig ist bei den Erbschaftssteuern aber der Erbe und das kann hier einzig der Beneficiary sein. Dieser hat allerdings keinen Anspruch auf die Substanz des Vermögens, sondern bestenfalls über regelmässige Erträge daraus (Fixed Interest Trust), oder er hat überhaupt keine Ansprüche, sondern bloss Anwartschaften (Discretionary Trust). Man stelle sich nun einmal vor, dass ein nichtverwandter Beneficiary 40% oder 50% Erbschaftssteuer auf einem vielleicht sehr grossen Trustvermögen bezahlen soll, pro Jahr aber höchstens einige Prozent Ausschüttungen

<sup>15)</sup> Ebenso Böckli, Ziff. IV.B.1.b).



erhält. Dieser Fall ist vergleichbar mit einem Bundesgerichtsentscheid vom 25.11.2002<sup>16)</sup>. Strittig war dort die Zulässigkeit der Erhebung der Erbschaftssteuer auf dem Vermögen eines Familienfideikommisses. Offenbar handelte es sich um einen altrechtlichen und daher zulässigen Fideikommiss. Das Bundesgericht hat die Stellung des Fideikommissars mit jener des Vorerben verglichen, welcher den Nachlass ungeschmälert dem Nacherben hinterlassen muss und nur die Erträge daraus für sich beanspruchen darf. Die Erhebung der Erbschaftssteuer auf dem gesamten Vermögen ist in solchen Fällen verfassungswidrig (Verstoss gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip). Zulässig wäre laut Bundesgericht die Erbschaftsbesteuerung auf Basis des kapitalisierten Ertragswerts (so besteuern viele Kantone den Vorerben, wenn er das Kapital nicht verzehren darf).

Dieser Gedanke passt – soweit vorliegend relevant – auch auf die Situation beim Revocable Trust, wenn der Settlor verstirbt. Es gibt dann zwar Beneficiaries, diese haben aber im Regelfall keinen Zugriff auf die Vermögenssubstanz. Die Erhebung einer Erbschaftssteuer scheint mir nur angebracht, wenn und soweit die Beneficiaries feste Ansprüche auf bestimmte Erträge haben und nur auf Basis des kapitalisierten Werts dieser Erträge. Dennoch muss man klar sehen, dass selbst diese Besteuerung noch problematisch sein kann, insbesondere wenn der Beneficiary mit dem Settlor nicht verwandt ist, weil dann meistens sehr hohe Steuersätze zur Anwendung kommen. Angenommen der Beneficiary erhält jährlich einen Betrag von CHF 200'000, würde die Erbschaftssteuer bei einem Kapitalisierungssatz von 5% auf Basis von CHF 4 Mio. erhoben. Wenn der Steuersatz darauf 40% beträgt, müsste der Beneficiary total CHF 1,6 Mio. Erbschaftssteuer bezahlen, obschon er jährlich bloss CHF 200'000 erhält. Sollte der Trustee – zur Lösung dieses Problems – die Erbschaftssteuern bezahlen, könnte man diesen Vorgang zudem als Ausschüttung betrachten, welche ganz oder teilweise der Einkommenssteuer unterliegt (siehe anschliessend). Ein Discretionary Trust wäre demnach wohl die bessere Lösung, weil dann – jedenfalls nach meiner Überzeugung – keine Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer erhoben werden darf (unten Ziff. 2.7).

Völlig anders ist die Situation, wenn ein Kanton eine *Nachlasssteuer* erhebt, weil er dann nicht die Erben, sondern den Nachlass als solchen besteuert. Nachlasssteuern gibt es in den Kantonen Graubünden und Solothurn. Da die Eigentums- und Verwandtschaftsverhältnisse hier irrelevant sind, dürfte die Existenz eines Revocable Trust die Besteuerung kaum verhindern, auch wenn die Beneficiaries darauf nicht zugreifen können. Der Tod des Settlers bewirkt den Wegfall der Widerrufsmöglichkeit und das Trustvermögen kann damit dem steuerbaren *Nachlass zugerechnet* werden (darin liegt der Unterschied zur Erbschaftssteuer, die eine *Zurechnung zum Erben* voraussetzt). Die Steuer muss dann aber nicht von den Beneficiaries, sondern aus dem Nachlass (hier also aus dem Trustvermögen) selber bezahlt werden, ohne entsprechende Steuerfolgen bei den Bene-

<sup>16)</sup> 2P.168/2002



ficiaries. Der Trustee darf (und muss) also diese Steuer direkt aus dem Nachlassvermögen begleichen.

## 2.6. Steuerfolgen beim Irrevocable Fixed Interest Trust

Beim Irrevocable Trust kommt es definitionsgemäss zu einer definitiven Entreichung des Settlors. Die Gründung eines solchen Trusts ist daher aus der Sicht der *Schenkungssteuer* zu beurteilen. Diese Steuer wird nur erhoben, wenn der Settlor im Zeitpunkt der Übertragung in der Schweiz Wohnsitz hat oder wenn Grundstücke in der Schweiz übertragen werden<sup>17)</sup>. Erfolgt eine solche Übertragung durch eine Person ohne Wohnsitz in der Schweiz bzw. wenn ausländische Grundstücke übergehen, erhebt m.W. kein Kanton eine Schenkungssteuer und zwar bereits aufgrund des internen Rechts<sup>18)</sup>.

Beim Fixed Interest Trust ist der Beneficiary gemäss Kreisschreiben wie ein *Nutzniesser* zu betrachten<sup>19)</sup>. Die Übertragung des Trustvermögens gilt daher als *Schenkung des Settlors an die Beneficiaries*. Diesem Gedanken vermag man durchaus noch zu folgen<sup>20)</sup>. Laut Kreisschreiben soll für die Schenkungssteuer dann aber der (gesamte) «Umfang des Trustkapitals» massgebend sein<sup>21)</sup>. Meines Erachtens geht das zu weit, weil auch dieser Vorgang mit einer Vorerbschaft bzw. einem Familienfideikommiss zu vergleichen ist. In Anwendung der oben erwähnten Rechtsprechung darf deshalb nicht das gesamte Trustvermögen besteuert werden, sondern höchstens der kapitalisierte Ertragswert<sup>22)</sup>. Die Festsetzung des Steuersatzes wird den Kantonen überlassen. Massgeblich ist hier nicht etwa die Verwandtschaft der Trustees, sondern diejenige zwischen Settlor und Beneficiaries.

Wie bei der Nutzniessung erheben die Kantone auch die *Vermögenssteuer* beim Nutzniesser. Steuerbar ist laut Kreisschreiben<sup>23)</sup> der Anteil des Beneficiary am Trustvermögen. Wenn dieser nicht feststellbar ist (was die Regel sein dürfte), kann der Ertrag kapitalisiert werden. Wenigstens für die Vermögenssteuer wird damit die Systematik der Kapitalisierung des Ertrags erkannt. Damit findet sich im Kreisschreiben selber eine Stütze für die vorstehende These bezüglich Bemessung bei der Schenkungssteuer.

Der Beneficiary muss schliesslich die Ausschüttungen als *Einkommen* versteuern<sup>24)</sup>. Gemeint sind damit grundsätzlich die *ausgeschütteten* Erträge<sup>25)</sup>. Wenn der Trust nicht bloss Erträge, sondern *Trustkapital* oder *Kapitalgewinne*

17) Vgl. dazu bspw. für den Kanton Bern Art. 2 ESchG.

18) Doppelbesteuerungsabkommen kennt die Schweiz ohnehin nur bezüglich Erbschaftsteuern und diese sind auf Schenkungen regelmässig nicht anwendbar.

19) Kreisschreiben Ziff. 3.7.2 und Ziff. 5.2.2.

20) Ebenso *Böckli*, Ziff. IV.C.2.1.).

21) Kreisschreiben Ziff. 5.2.2.

22) Bernisch ist hier Art. 12 ESchG anwendbar.

23) Ziff. 5.2.2.

24) Kreisschreiben Ziff. 5.2.2.

25) Dazu *Böckli*, Ziff. IV.C.2.1 und 2.2.

ausschüttet, sind diese laut Kreisschreiben zwar steuerfrei. Der Beneficiary trägt aber die entsprechende Beweislast. Trustkapital kann zudem – laut Kreisschreiben – erst ausgeschüttet werden, nachdem sämtliche Erträge ausgeschüttet wurden.

Nicht erwähnt wird im Kreisschreiben die Behandlung der *akkumulierten* (d.h. nicht ausgeschütteten) Erträge. Diese Erträge müssen meines Erachtens gleich behandelt werden wie die akkumulierten Erträge beim Discretionary Trust<sup>26)</sup>.

## 2.7. Steuerfolgen beim Irrevocable Discretionary Trust

Diese Variante ist steuerlich am meisten umstritten und dementsprechend auch am Interessantesten. Wie bereits erwähnt, sehe ich das Kernproblem hier darin, dass der Settlor die Verfügungsmacht über das Trustvermögen aufgegeben hat (sonst wäre der Trust nicht irrevocable), aber noch kein Dritter diesbezüglich feste Ansprüche erworben hat (sonst wäre der Trust nicht discretionary). Der einzige Rechtsträger ist der Trustee (der Trust ist kein Rechtssubjekt) und nur er hat die Verfügungsmacht über das Trustvermögen inkl. dessen Erträge. Er wiederum ist an diesem Substrat nicht wirtschaftlich berechtigt. *Daraus ergibt sich, dass dieses Vermögen und Einkommen im Prinzip bei niemandem besteuert werden kann.* Es liegt auf der Hand, dass diese erste Erkenntnis bei vielen eine «*das darf doch nicht sein-Reaktion*» auslöst. Das ist allerdings eine rein ergebnisorientierte Betrachtungsweise. Ohne rechtlichen Salto Mortale ist ein Resultat, «*das sein darf*» schlicht nicht herbeizuführen.

### 2.7.1. Steuerfolgen gemäss Kreisschreiben

Im Rahmen der Schlussarbeiten wurde das Kreisschreiben bezüglich dieser Art von Trust noch stark geändert, insbesondere durch Einführung einer *Unterscheidung* zwischen einem Settlor, der im Zeitpunkt der Errichtung *Wohnsitz* in der Schweiz hat und solchen, die im Ausland wohnhaft sind. Diese Unterscheidung bildet den *Salto Mortale # 1* (dazu unten 2.7.3).

Beim *Settlor mit Wohnsitz in der Schweiz* wird – aus rein steuerpolitischen Gründen – *Salto Mortale # 2* ausgeführt: das Kreisschreiben verweist für diesen Fall einfach auf die Steuerfolgen beim *Revocable Trust* und will das Trustvermögen sowie dessen Ertrag steuerlich weiterhin dem Settlor zurechnen<sup>27)</sup>. Er soll also Vermögen und Einkünfte versteuern, dessen er sich zivilrechtlich wirksam und unwiderruflich entäussert hat (dazu auch unten Ziff. 2.7.3). Einem hier wohnhaften Settlor wird mit anderen Worten das Recht abgesprochen, sich seines Vermögens durch Gründung eines Trusts steuerlich wirksam zu entledigen.

<sup>26)</sup> Diese Gleichbehandlung postuliert auch *Peter Böckli*, allerdings mit anderer Rechtsfolge. Er vertritt offenbar die Meinung, dass hier eine steuerliche Zurechnung zum Settlor erfolgen sollte (Ziff. IV.C.2.2.b) i.V.m. Ziff. IV.D.4), was meines Erachtens aber unhaltbar ist (dazu nachfolgend Ziff. 2.7).

<sup>27)</sup> Kreisschreiben Ziff. 5.2.3 (Absatz 1).

Ganz anders soll die Rechtslage sein, wenn der *Settlor bei der Errichtung Wohnsitz im Ausland* hatte. Hier wird nun (wenn auch nicht konsequent) anerkannt, dass das Trustvermögen steuerlich *weder dem Settlor noch dem Beneficiary zugerechnet* werden kann. Im Einzelnen ergeben sich daraus laut Kreisschreiben folgende Grundsätze der steuerlichen Behandlung:

Die Übertragung des Vermögens auf den Trustee «gilt als Schenkung des Settlor im Umfang des Trustkapitals». Wir befinden uns damit offenbar im Bereich der *Schenkungssteuer*. Nach dem Konzept des Kreisschreibens ist die Schenkungssteuer zwar nur von geringer *praktischer* Relevanz, weil der Settlor definitionsgemäss Wohnsitz im Ausland hat und damit einzig schweizerische Grundstücke besteuert werden könnten<sup>28)</sup>. Dennoch ist nicht bloss aus akademischen Gründen zu hinterfragen, ob die Erhebung einer Schenkungssteuer bei der Errichtung solcher Trusts *überhaupt vertretbar* ist oder nicht. Man wird wahrscheinlich auch beim Settlor in der Schweiz früher oder später anerkennen müssen, dass eine definitive Entreichung stattfindet (siehe unten). Beim Settlor mit Schweizer Wohnsitz geht es dann nicht nur um die Immobilien, sondern um das gesamte übertragene Vermögen.

Das Kreisschreiben unterstellt beim Irrevocable Discretionary Trust eine *Schenkung* und zwar eine solche «an den Trust bzw. *an die Trustees*» – und vollbringt damit *Salto Mortale* # 3. Das hätte in der Regel die Anwendung der Schenkungssteuersätze unter Nichtverwandten zur Folge<sup>29)</sup>. Da beim Discretionary Trust im Zeitpunkt der Schenkung aber noch niemand einen festen Anspruch hat – und schon gar nicht der Trust oder Trustee – ist die Annahme einer Schenkung freilich bereits im Ansatz verfehlt<sup>30)</sup>. Das Kreisschreiben selbst definiert in Ziff. 5.1 den steuerrechtlichen Begriff der Schenkung und bezeichnet dort ausdrücklich die «Zuwendung unter Lebenden» sowie «die *Bereicherung*» als Voraussetzungen, damit eine Schenkung vorliegt. Weder die Beneficiaries noch der Trust oder Trustee sind hier aber bereichert<sup>31)</sup>. Die Erhebung einer Schenkungssteuer ist beim Discretionary Trust daher unhaltbar, jedenfalls im Zeitpunkt der Trusterrichtung. Vertretbar ist die Annahme einer Schenkung allerdings *im Zeitpunkt der Ausschüttung* und zwar mit Bezug auf die Ausschüt-

<sup>28)</sup> Der im Kreisschreiben enthaltene Hinweis «im Umfang des Trustkapitals» ist deshalb sinnlos geworden. Er entstammt noch einem Entwurf des Kreisschreibens, welcher auch beim Settlor mit Wohnsitz in der Schweiz eine Schenkungssteuer vorgesehen hatte.

<sup>29)</sup> Im Entwurf des Kreisschreibens wurde zwar noch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Festsetzung des Steuersatzes je nach Kanton vom Verwandtschaftsgrad der Beneficiaries abhängig sein könne. Ein solcher Hinweis fehlt allerdings in der publizierten Version. Wenn man eine Schenkung an den Trustee annimmt, dürfte eher dieses Verwandtschaftsverhältnis massgebend sein.

<sup>30)</sup> Ebenso *Danon*, *Express Trusts*, S. 125.

<sup>31)</sup> Auch *Böckli* betont zwar, dass in der Trusterrichtung, dem Verzicht auf Weisungsrecht und Rückübertragung des Treuguts keine Schenkung an den Trustee liegt, obwohl sich der Settlor damit entreichert (Ziff. II.D.5). Weiter hinten (Ziff. IV.C.3.4.a)(i)) erachtet er offenbar aber trotzdem als «haltbar», wenn man steuerlich eine «Schenkungen an den Trust supponiert». Diesem Gedanken vermag ich nicht zu folgen.

tung der eingebrachten Substanz (die Erträge bilden Einkommen, siehe unten). In diesem Zeitpunkt kommt es zu einer Bereicherung und dann ist auch klar *welche Person* bereichert ist und wie die Verwandtschaftsverhältnisse sind. Fragwürdig ist mithin nicht die Erhebung einer Schenkungssteuer als solche, sondern die Erhebung bereits im Zeitpunkt der Trusterrichtung. Sachgerecht ist die Erhebung der Schenkungssteuer, sobald Substanz ausgeschüttet wird, die in den Trust eingebracht wurde.

Diese Betrachtungsweise steht auch im Einklang mit derjenigen bei der *Vermögenssteuer*. Wenigstens dort wird nämlich auch im Kreisschreiben das Fehlen fester Ansprüche anerkannt. Wegen der fehlenden Zurechnungsmöglichkeit müssen die Beneficiaries das Trustvermögen richtigerweise nicht versteuern. Auch dem Settlor ist dieses Vermögen nicht mehr zuzurechnen, jedenfalls wenn er im Zeitpunkt der Errichtung Wohnsitz im Ausland hatte<sup>32)</sup>. Die Vermögensbesteuerung entfällt, solange das Trustvermögen nicht ausgeschüttet wird.

Ähnlich verhält es sich im Bereich der *Einkommenssteuer*. Die Erträge des Trustvermögens können weder dem Settlor, noch den Beneficiaries zugerechnet werden, jedenfalls solange noch keine Ausschüttung erfolgt. Dementsprechend ist diesbezüglich auch niemand berechtigt, die Verrechnungssteuer zurückzufordern, die allenfalls auf den Trusterträgen erhoben wurde<sup>33)</sup>. Erst die Ausschüttung an einen Beneficiary ist von diesem als *Einkommen* versteuern (sofern er in der Schweiz subjektiv steuerpflichtig ist). Wenn er nachweisen kann, dass ihm Trustkapital ausbezahlt wurde, erfolgt laut Kreisschreiben keine Besteuerung. Das Kreisschreiben verlangt zwar zusätzlich den Nachweis, dass die «Einbringung bereits als Schenkung behandelt wurde». Aus den oben erwähnten Gründen ist diese Bedingung freilich verfehlt<sup>34)</sup> bzw. als redaktionelles Versehen<sup>35)</sup> zu werten. Trustkapital kann – immer laut Kreisschreiben – erst ausgeschüttet werden, nachdem sämtliche Erträge ausgeschüttet wurden. Aus steuerlicher Sicht muss der Trust also z.B. zuerst alle Zinsen, Dividenden und übrigen Erträge ausschütten und der Beneficiary muss diese voll als Einkommen versteuern. Erst wenn die Ausschüttung den Gesamtbetrag dieser (allenfalls über längere Zeit aufgelaufenen) Erträge übersteigt, wird Kapital ausgeschüttet, welches der Beneficiary dann nicht als Einkommen versteuern muss. Bei Finanzanlagen dürfte diese Unterscheidung kompliziert sein. Bei eingebrachten Sachwerten (z.B. Edelmetallen oder Kunstgegenständen) dürfte indessen immer eine steuerfreie Kapitalausschüttung vorliegen. Wie wird man aber den Fall beurteilen, wenn ein Beneficiary aus dem Trustvermögen ein eingebrachtes Gemälde erhält, anstatt aufgelaufene Zinsen? Dieses Problem ist vielschichtiger als es auf

<sup>32)</sup> Kreisschreiben Ziff. 5.2.3 (Absatz 2).

<sup>33)</sup> Kreisschreiben Ziff. 7.2.3.

<sup>34)</sup> Eine Schenkung liegt eben im Zeitpunkt der Errichtung eines Discretionary Trust gerade noch nicht vor.

<sup>35)</sup> Wenn damit die Schenkungssteuer gemeint sein soll, hat man wohl übersehen, dass eine solche wegen des ausländischen Wohnsitzes im Regelfall ohnehin nicht erhoben wurde, jedenfalls nicht in der Schweiz.

den ersten Blick erscheint. Schon allein diese eine Frage zeigt, dass diese «Sahne-Milch-Theorie» nicht über jeden Zweifel erhaben ist.

Im Unterschied zum Fixed Interest Trust will die Steuerkonferenz beim Discretionary Trust schliesslich nicht zulassen, dass *Kapitalgewinne* steuerfrei ausgeschüttet werden. Begründet wird dies mit dem Hinweis, dass dem Beneficiary das Trustvermögen nicht zugerechnet werden kann. Hierin liegt *Salto Mortale* # 4. Massgeblich sind bei der Besteuerung von Kapitalgewinnen zwei Fragen: erstens ob ein Kapitalgewinn oder ein Kapitalertrag vorliegt und zweitens ob es private oder geschäftliche Kapitalgewinne sind. Mit beiden Fragen hat die Zurechenbarkeit des Trustvermögens zum Beneficiary nichts zu tun. Trustvermögen wird nicht wegen der Truststruktur zu Geschäftsvermögen und auch auf die Abgrenzung zwischen Kapitalgewinn und Kapitalertrag hat die Existenz eines Trusts keinen Einfluss. Es geht hier im Kern erneut um einen steuerpolitischen Gedanken, wonach der Verlust der Besteuerungsmöglichkeit beim Vermögen durch die Steuerbarkeit des Kapitalgewinns kompensiert werden soll. Eine solche Überlegung bedürfte aber einer neuen gesetzlichen Grundlage und kann nicht auf dem Wege der Auslegung der bestehenden Steuergesetze herbeigeführt werden. Die Umqualifizierung von Kapitalgewinn in steuerbares Einkommen aufgrund der Truststruktur ist rechtlich nicht haltbar<sup>36)</sup>.

### 2.7.2. Effekt gemäss Kreisschreiben

Trotz dieses vierfachen Salto Mortale verbleibt auch gemäss Kreisschreiben die Feststellung, dass der Settlor, der Vermögen vor seiner Wohnsitznahme in der Schweiz auf einen Irrevocable Discretionary Trust überträgt, die *vollständige Abkoppelung* des Trustvermögens von der eigenen Einkommens- und Vermögensbesteuerung erwirkt. Das Vermögen selbst sowie die Erträge daraus sind bis zur Ausschüttung auch bei den Beneficiaries nicht steuerbar. Eine Schenkungssteuer fällt (faktisch) auch nicht an (oder höchstens im Ausland). Je nach Klient können diese Wirkungen zahlenmässig ins Gewicht fallen. Allein die Vermögenssteuer beträgt bei einem durchschnittlichen Steuersatz von 0,5% auf einem Vermögen von beispielsweise CHF 200 Mio. immerhin CHF 1 Mio. pro Jahr.

Das haben die Schweizer Steuerbehörden natürlich erkannt, und deswegen provoziert der Irrevocable Discretionary Trust einen heftigen Abwehrreflex. In den Entwürfen zum Kreisschreiben begegnete man diesem Problem noch mit einem relativ diffusen Abwehrdispositiv. In der vorliegenden Version wurde die bereits erwähnte Unterscheidung nach dem Wohnsitz des Settlors eingeführt. Der Grundgedanke ist offensichtlich: Wer in der Schweiz wohnt (insbesondere Schweizer) darf keinen solchen Trust errichten. Wer diese Sünde schon früher – als Steuerausländer – vollzogen hat, den will man auch bei Wohnsitznahme in der Schweiz nicht unnötig behelligen.

<sup>36)</sup> Ebenso *Robert Danon*, Switzerland's direct and international taxation of private express trusts, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 207 und 232, sowie *Böckli*, Ziff. IV.C.3.4.a)(ii).

### 2.7.3. Würdigung des Kreisschreibens

Rein fiskalpolitisch betrachtet ist diese Konzeption vielleicht noch nachvollziehbar. Sie ist aber rechtlich nicht haltbar. Darüber hinaus wird das Schreckensgespenst «herrenloser (oder genauer steuerungsloser) Vermögen» überschätzt.

*Salto Mortale # 1* besteht in der Unterscheidung zwischen einem Settlor mit in- oder ausländischem Wohnsitz. Es gibt dafür bei gleicher Truststruktur keinen rechtlich tragfähigen Grund. Was spielt es denn *rechtlich* für eine Rolle, ob der Settlor bei der Errichtung im In- oder Ausland wohnte, wenn es nun – im Zeitpunkt da beide in der Schweiz Wohnsitz haben – um die Frage geht, ob ihm das Trustvermögen und dessen Einkünfte steuerlich zuzurechnen ist oder nicht? Weil diese Frage offen bleibt, verletzt diese Unterscheidung das Rechtsgleichheitsgebot. Die Frage der Zurechenbarkeit von Vermögen und Einkünften ist nun mal in beiden Fällen genau gleich zu beurteilen.

Auch der Settlor mit Wohnsitz in der Schweiz gibt sein Vermögen unwiderruflich preis, wenn er es auf einen Irrevocable Discretionary Trust überträgt. Es darf ihm daher steuerlich nicht mehr zugerechnet werden<sup>37)</sup>. Deshalb ist die im Kreisschreiben postulierte Besteuerung des Trustvermögens und seiner Erträge beim Settlor rechtlich nicht haltbar (*Salto Mortale # 2*). Vermutlich wird es hier früher oder später zu einer Gleichbehandlung kommen (müssen). Die entscheidende Frage ist dann, ob das für «Steuerausländer» geltende System auf alle (namentlich auch Inländer) ausgedehnt wird oder umgekehrt. Aufgrund des erwähnten Abwehrreflexes besteht natürlich die Gefahr, dass man die Bereicherungs- und Entreicherungslogik *generell* anwendet, den Trust steuerlich also immer (auch beim ausländischen Settlor) negiert, solange noch kein Dritter im steuerlichen Sinne bereichert ist. Soweit ersichtlich wird diese Auffassung aber einzig von *Böckli* unterstützt<sup>38)</sup>, obschon er im gleichen Beitrag beschreibt, dass sich der Settlor beim unwiderruflichen Trust sehr wohl entreichert<sup>39)</sup> und der Beneficiary beim Discretionary Trust in diesem Zeitpunkt noch keine durchsetzbaren Ansprüche hat<sup>40)</sup>, unter Umständen sogar noch nicht einmal als solcher bestimmt ist<sup>41)</sup>. Diese Lösung bedeutet freilich nichts anderes, als *Salto Mortale # 1* durch *Salto Mortale # 2* zu ersetzen. Rechtlich korrekt wäre die Ausdehnung der «Ausländerlösung» auch auf Settlors mit Wohnsitz in der Schweiz. Nur auf diese Weise beseitigen wir sowohl # 1 als auch # 2 (siehe unten Ziff. 2.7.4).

*Salto Mortale # 3* (Schenkungsbesteuerung) und # 4 (Umqualifizierung von Kapitalgewinn in steuerbares Einkommen) wurden oben schon behandelt.

<sup>37)</sup> Ebenso *Danon*, Express Trusts, S. 211 f. (mit Hinweisen auf die herrschende Lehre).

<sup>38)</sup> Ziff. IV.D.4.c).

<sup>39)</sup> Ziff. II.D.5.

<sup>40)</sup> Ziff. II.D.6.

<sup>41)</sup> Ziff. II.D.9.

#### 2.7.4. Lösungsvorschlag

Es gehört gerade zum *Wesenskern* des Irrevocable Discretionary Trust, dass eine *Entreicherung noch ohne sofortige Bereicherung* stattfindet. Die Besteuerung von Vermögen und Erträgen bei einer Person, die weder Eigentümerin ist, noch über irgendwelche rechtliche Verfügungsgewalt verfügt, widerspricht in krassesstem Masse dem aus dem Rechtsgleichheitsgebot abgeleiteten Leistungsfähigkeitsprinzip. Das gilt sowohl für den Settlor als auch für den Beneficiary und jede andere Person. Die Besteuerung beim Settlor wäre auch rein vollstreckungstechnisch gar nicht durchsetzbar, jedenfalls wenn der Settlor den Grossteil seines Vermögens auf einen Trust übertragen hat. Mit welchen Mitteln sollte er denn diese Steuern bezahlen und wie müsste man sich hier eine allfällige Zwangsvollstreckung vorstellen?

Zu einer rechtlich einwandfreien Lösung (ohne Salto Mortale) kommen wir nur, wenn wir der rechtlichen Grundstruktur dieser Sorte von Trust Punkt für Punkt folgen und daher anerkennen, dass *Entreicherung und Bereicherung gerade keine siamesischen Zwillinge* sind.

Daraus ergeben sich folgende Besteuerungsregeln:

- Im Zeitpunkt der Errichtung des Trusts liegt noch keine Schenkung vor, weshalb dann noch keine Schenkungssteuer erhoben werden darf (unabhängig vom Wohnsitz der Beteiligten);
- Es findet beim Settlor sofort eine Entreicherung statt, d.h. das Trustvermögen und der Ertrag daraus sind nicht mehr bei ihm steuerbar;
- Es findet trotzdem noch keine Bereicherung statt, d.h. das Trustvermögen und dessen Ertrag kann vorübergehend nirgends besteuert werden;
- In den Steuerbereich gelangt dieses Substrat erst wieder im Zuge der Ausschüttung.
- Die Ausschüttung der aufgelaufenen Erträge ist steuerbares Einkommen des Empfängers (Beneficiary).
- Wenn Substanz ausgeschüttet wird (d.h. eingebrachtes Kapital oder eingebrachte Sachwerte), kann man diesen Vorgang nun als Schenkung (oder Erbschaft) besteuern, wobei man für die Ermittlung des Verwandtschaftsverhältnisses auf die Beziehung zwischen Settlor und Empfänger abstellen muss.
- Kapitalgewinne gehören zur Substanz, d.h. sie unterliegen bei der Ausschüttung der Schenkungssteuer und nicht der Einkommenssteuer.

Dieses Konzept mag auf den ersten Blick vielleicht als dreist erscheinen. Dem ist aber erstens entgegenzuhalten, dass es über weite Strecken der *bernschen*



*Praxis* vor Erlass des Kreisschreibens entspricht<sup>42)</sup>. Zweitens ist dieses Konzept rechtlich konsequent. Insbesondere das steuerliche Interregnum ist folgerichtig, wenn man sich vor Augen hält, dass das Vermögen sowie dessen Ertrag während dieser Zeit von niemandem genutzt werden kann, also die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von keiner Person erhöht. Und drittens ist diese Lösung – bei nüchterner Betrachtung – auch aus Sicht des Fiskus gar nicht so gefährlich. Hand aufs Herz: Würden Sie Ihr Vermögen aufgrund dieser steuerlichen Verlockung wirklich unwiderruflich und ohne wesentliche Kontrollmöglichkeit in einen Trust einbringen? Überwiegt nicht bei weitem der Nachteil, dieses Vermögen unwiderruflich aufzugeben? Der Trust ist uns nicht nur in rechtlicher Hinsicht fremd, sondern er ist auch kulturell in der Schweiz nicht verankert. Ich würde sogar behaupten, dass der Trust, namentlich der Irrevocable Discretionary Trust dem typisch schweizerischen Sicherheitsdenken diametral entgegensteht. In der Praxis sind es fast ausschliesslich Ausländer, welche solche Trusts errichten. Es braucht meines Erachtens gar keine Unterscheidung nach dem Wohnsitz des Settlors, um zu verhindern, dass in der Schweiz nun massenhaft Irrevocable Discretionary Trusts errichtet werden. Und selbst bei den wenigen (primär Ausländern), die das tun würden, käme man da und dort zur Erkenntnis, dass sich der Settlor noch wirksame Kontrollmöglichkeiten vorbehalten hat, die eine steuerliche Qualifikation als Revocable Trust zulassen.

Ich meine, dass sich der Fiskus vor diesem Hintergrund in stark übertriebenem Masse vor einem Verlust von Steuersubstrat fürchtet. Selbst wenn man dem hier vertretenen Konzept der Trustbesteuerung folgen sollte, würde der Trust – insbesondere der Irrevocable Discretionary Trust – hierzulande kein Massenphänomen, das einen spürbaren Effekt auf das Steueraufkommen hätte. Sicher ist aber das Folgende: wenn ein Kanton dem hier vorgeschlagenen Konzept folgt, verletzt er kein Recht, im Gegenteil. Verfassungsrechtlich bedenklich ist die Lösung des Kreisschreibens.

## 2.8. Weitere Steuerfragen

Es gibt ausserhalb der oben erwähnten Steuern noch weitere Steuerarten, die zu beachten sind. Insbesondere die Einbringung von schweizerischen Grundstücken in einen Trust sowie die Veräusserung solcher Grundstücke durch einen

<sup>42)</sup> Diese Praxis wurde zwar nie publiziert, war aber in Fachkreisen bekannt. Trustvermögen sowie die Erträge daraus wurden nach bernischer Praxis ebenfalls nicht besteuert, solange keine Ausschüttung erfolgte. Steuerbar als Einkommen waren nur die ausgeschütteten Erträge. Einzig bei der Schenkungssteuer hat auch Bern schon bei der Errichtung besteuert, allerdings ausdrücklich «aus Gründen der Verfahrensökonomie», mithin im Bewusstsein, dass dies rechtlich fragwürdig ist. Massgebend war der Verwandtschaftsgrad zum am weitesten vom Settlor entfernten Beneficiary. Weil Beneficiaries (wenn bestimmt oder bestimmbar) häufig Ehegatten oder Nachkommen sind, spielte die Schenkungssteuer faktisch meist keine Rolle. Wenn man Dritte begünstigen wollte, konnte man dafür einen separaten Trust errichten und den Schaden somit auf das Zeitelement begrenzen (sofortige Besteuerung anstatt erst wenn die Ausschüttung erfolgt).

Trust können *Grundstückgewinnsteuern* und *Handänderungssteuern* auslösen. Auch dabei handelt es sich um kantonale (oder kommunale) Abgaben, mit entsprechender Artenvielfalt in der Praxis.

In der Literatur sowie in der Rechtsprechung hat man sich mit den Grundstückgewinnsteuern und Handänderungssteuern soweit ersichtlich noch überhaupt nicht befasst, soweit es um Truststrukturen geht. Auch das Kreisschreiben schweigt sich dazu völlig aus. Aufgrund der sog. Lex Koller (Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland) mag es zwar noch relativ wenig Fälle geben, in denen ein Trust (bzw. Trustee) in der Schweiz überhaupt Grundeigentum erwerben darf. Die Lex Koller ist aber seit 5 Jahren auf EU-Bürger mit Wohnsitz in der Schweiz nicht mehr anwendbar und auf Schweizer Bürger ohnehin nicht. Es wird daher zunehmend Fälle geben, bei denen ein Trust (bzw. Trustee) Grundeigentum erwirbt (oder verkauft). Es werden diesbezüglich zahlreiche Fragen aufkommen, die an dieser Stelle nicht eingehend behandelt, sondern – am Beispiel des bernischen Rechts – nur kurz angesprochen werden können:

- Löst die Übertragung des Grundstücks auf den Trustee eine Handänderungssteuer aus? Eine zivilrechtliche Handänderung liegt an sich vor, und zwar auch bei Revocable Trust, obschon dort schenkungssteuerrechtlich «nichts passiert».
- Löst die Übertragung einer Immobiliengesellschaft auf den Trustee eine Handänderungssteuer aus? Grundsätzlich ist das wohl zu bejahen. Beim Revocable Trust ist die Situation aber anders. Es liegt dort weder zivilrechtlich noch wirtschaftlich eine Handänderung vor, weil die Verfügungsmacht beim Revocable Trust eher beim Settlor bleibt als auf den Trustee übergeht.
- Entfällt eine Besteuerung gestützt auf eine Ausnahmebestimmung betreffend Schenkung<sup>43)</sup>? Das wäre m.E. zu bejahen, gilt aber nur bei reinen Schenkungen.
- Welches Verwandtschaftsverhältnis gilt bei einer gemischten Schenkung, insbesondere wenn aufhaftende Hypotheken mit übertragen werden<sup>44)</sup>?
- Falls eine Handänderungssteuer erhoben wird: in welchen Fällen greifen allfällige reduzierte Steuersätze<sup>45)</sup>?
- Löst die Einbringung in den Trust eine Grundstückgewinnsteuer aus? Möglicherweise stellt sich hier die Frage der Unentgeltlichkeit<sup>46)</sup>.

<sup>43)</sup> Bernisch z.B. gemäss Art. 12 lit. d HPG.

<sup>44)</sup> Gemäss Art. 12 lit. e HPG (Bern) ist ein solcher Vorgang nur dann von der Steuer ausgenommen, wenn es sich um eine «Abtretung auf Rechnung künftiger Erbschaft» handelt oder bei der Schenkung an einen gesetzlichen Erben. Wenn man hier auf den Trustee sieht, ist diese Bedingung kaum je erfüllt.

<sup>45)</sup> Bernisch beispielsweise der halbe Satz von 0.9% gemäss Art. 11 Abs. 2 HPG, bei der Übertragung auf Ehegatten oder Nachkommen. Wiederum erfüllen Trustees selten diese Bedingung, häufig aber die Beneficiaries.

<sup>46)</sup> Bernisch gilt z.B. die Übertragung mit Überbindung der aufhaftenden Grundpfandforderungen als unentgeltliches Rechtsgeschäft, allerdings nur beim «Erbsvorbezug», d.h. bei der Übertragung auf einen gesetzlichen Erben. Auch hier dürfte der Trustee diese Eigenschaft selten haben, und es fragt sich, ob man dann auf die Beneficiaries abstellen wird.

- Falls eine Grundstückgewinnsteuer ausgelöst wird, stellt sich die Frage der Gewinnbemessung (insbesondere bezüglich Höhe des Erlöses).
- Vom Steuereffekt her wesentlicher dürfte allerdings die Frage sein, ob die Übertragung auf den Trust die Besitzesdauer unterbricht oder nicht.
- Was passiert beim Verkauf eines Grundstücks durch den Trust (bzw. Trustee)? Wer ist in diesem Fall überhaupt subjektiv steuerpflichtig? Formell wird man zunächst auf den zivilrechtlichen Eigentümer (den Veräusserer) blicken, dann aber feststellen, dass dieser den Gewinn ja gar nicht selber (und vor allem nicht auf eigene Rechnung) realisiert.
- Wem ist ein solcher Grundstücksgewinn denn steuerlich überhaupt zuzurechnen, insbesondere beim Irrevocable Discretionary Trust? Gelten hier die gleichen Grundsätze wie gemäss Kreisschreiben bei der Einkommenssteuer?
- Selbst wenn – beispielsweise beim Fixed Interest Trust – eine Zurechnung möglich wäre: gibt es überhaupt eine gesetzliche Grundlage um eine andere Person als den Veräusserer (namentlich einen Beneficiary) zu besteuern?

Es ist also mehr als offensichtlich, dass Trusts in der Schweizer Steuerlandschaft noch weit mehr Fragen aufwerfen werden als die im Kreisschreiben behandelten.

### 3. Zusammenfassung

---

Die Schweizerische Steuerkonferenz hat im Sommer 2007 ein Kreisschreiben publiziert, das eine Vereinheitlichung der Trustbesteuerung anstrebt. Das Kreisschreiben geht vom kaum umstrittenen Grundsatz aus, dass der Trust selber kein Steuersubjekt darstellt. Als Steuerpflichtige in Frage kommen einzig der Settlor und die Beneficiaries. Steuerliche Abklärungen müssen jeweils im Wohnsitzkanton dieser Personen vorgenommen werden oder am Belegenheitsort wenn es um Grundstücke geht.

Laut Kreisschreiben ist steuerlich zu unterscheiden zwischen Revocable und Irrevocable Trust und bei den Irrevocable Trusts zwischen Fixed Interest und Discretionary Trusts. Der *Revocable Trust* hat beim Settlor steuerlich keine Auswirkungen, solange der Settlor noch lebt. Das Trustvermögen und die Erträge daraus werden ihm weiterhin voll zugerechnet. Ausschüttungen an die Beneficiaries werden als Schenkungen des Settlors an die Beneficiaries besteuert. Hier besteht kein Anlass zur Kritik. Es fehlen einzig Ausführungen zu den Steuerfolgen des Ablebens des Settlors.

Der *Irrevocable Fixed Interest Trust* ist mit der Nutzniessung zu vergleichen. Die Errichtung gilt als Schenkung an die Beneficiaries und unterliegt bei diesen der Schenkungssteuer. Das Trustvermögen unterliegt der Vermögenssteuer bei den Beneficiaries. Einkünfte des Trustvermögens werden bei den Beneficiaries als Einkommen besteuert, aber nur im Umfang der erfolgten Ausschüttungen. Unsachgemäss ist hier primär der Umstand, dass man die Schenkungssteuer auf dem gesamten Trustvermögen entrichten soll, obschon bei der Vermögenssteuer anerkannt wird, dass nur der kapitalisierte Ertragswert massgeblich sein kann.

Der *Irrevocable Discretionary Trust* ist das Sorgenkind. Er soll laut Kreisschreiben steuerlich gleich behandelt werden wie der *Revocable Trust*, wenn der Settlor bei der Errichtung Wohnsitz in der Schweiz hat. Nur bei ausländischem Wohnsitz wird die steuerliche Abkoppelung des Trustvermögens und seiner Erträge vom Settlor anerkannt. Die Einbringung soll dann zwar Schenkungssteuer unterliegen, was faktisch aber keine Rolle spielen wird, weil den Kantonen mangels Wohnsitz grösstenteils die Steuerhoheit fehlen wird. Die Beneficiaries sollen erst im Zeitpunkt und nur im Ausmass der Ausschüttungen besteuert werden. Einkommen bildet dabei nur der ausgeschüttete Ertrag, ohne die eingebrachte Substanz, aber unter Einbezug der Kapitalgewinne. Diese Konzeption ist durchwegs unhaltbar. Eine konsequente Besteuerungspraxis darf nicht resultatorientiert entwickelt werden, sondern sie muss den zivilrechtlichen Eigenheiten dieser Art von Trust folgen, auch wenn uns diese fremd sein mögen. Auf dieser Basis müsste man akzeptieren, dass das Trustvermögen und dessen Ertrag nach der Errichtung und vor der Ausschüttung der Einkommens- und Vermögensbesteuerung entzogen bleiben. Die Ausschüttung von Erträgen wäre bei den Beneficiaries steuerbares Einkommen. Die Ausschüttung von Substanz, inkl. Kapitalgewinn, könnte mit der Schenkungssteuer erfasst werden, aber erst im Zeitpunkt der Ausschüttung.

Das Kreisschreiben beantwortet also einige, aber keineswegs alle Fragen zur Trustbesteuerung. Es beinhaltet zudem eine beachtliche Anzahl von Regeln, die umstritten bleiben werden oder gar rechtlich unhaltbar sind. Das Kreisschreiben wird deshalb nicht zu einer vollständigen Harmonisierung der Trustbesteuerung führen. Man darf sich in der Beratung keinesfalls allein auf dessen Inhalt verlassen, sondern muss nach wie vor in jedem Einzelfall abklären, welche konkreten Steuerfolgen ein bestimmtes Trustkonstrukt in der Schweiz haben wird. Wenn der entsprechende Spielraum besteht, ist man sicher auch gut beraten, solche Abklärungen in mehr als einem Kanton zu treffen. Ohne jeden Zweifel werden die Ergebnisse unterschiedlich ausfallen, insbesondere wenn es um sehr wohlhabende Personen geht.

Der eine oder andere mag diesen Befund bedauern. Ich persönlich sehe darin auch einen *nicht zu unterschätzenden Vorteil*. Die Frage der Trustbesteuerung ist bei sehr wohlhabenden Privatpersonen unter Umständen ein *entscheidender Standortfaktor*. Das gilt insbesondere für Ausländer, die keine Pauschalbesteuerung erlangen können oder wollen. Bei Schweizern und den meisten anderen Kontinentaleuropäern wird der *Irrevocable Discretionary Trust* aus kulturellen Gründen in absehbarer Zeit nicht zu einem Massenphänomen werden. Aus rein fiskalischer Sicht erscheint mir ein genereller Abwehrreflex daher als unnötig, eher sogar kontraproduktiv.

Im gegenwärtigen Zeitpunkt kann jeder Kanton die bestehenden Spielräume nutzen und zwar ohne befürchten zu müssen, dass er damit Recht verletzt oder dass auf breiter Front das Steuersubstrat einbricht. Ich bin deshalb nicht der Meinung, dass eine weitere Harmonisierung der Trustbesteuerung überhaupt erstrebenswert ist.

*Literaturhinweise*

- Andina Camillo*, Die Besteuerung von in der Schweiz wohnhaften Empfänger von Leistungen seitens Angelsächsischer Trust, in: StR 1993
- Behnisch Urs*, Besteuerung von Trusts, in: Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz, Zürich 2003, S. 143 ff.
- Betschart Philipp*, Grundzüge der Trustbesteuerung – dargestellt anhand der Praxis des Kantons Zürich, Steuerrevue 2007, S. 158 ff.
- Böckli Peter*, Der angelsächsische Trust - Zivilrecht und Steuerrecht, in: Steuerrevue 2007, S. 710 ff. und 774 ff. (auch publiziert in GesKR 3/2007, S. 209 ff.)
- Cretti Sibilla Giselda*, Le trust – Aspects fiscaux, 2. Auflage, Basel 2006;
- Danon Robert*, Switzerland's direct and international taxation of private express trusts – with particular references to US, Canadian and New Zealand trust taxation, Diss., Zürich 2004, abgekürzt zitiert mit «Express Trusts»;
- Danon Robert*, Trusts express privés et impôts sur le revenu et la fortune. Analyse du régime actuel et réflexions de lege ferenda, in: ASA 72, S. 257 ff.
- Gutzwiller Peter Max*, Schweizerisches Internationales Trustrecht, Kommentar zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anwendbare Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006;
- Gutzwiller Peter Max*, Trusts für die Schweiz, in: Anwaltsrevue 2007, S. 156 ff.
- Koller Thomas*, Privatrecht und Steuerrecht – Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993
- Landolf Urs/Graf Thomas*, Der Trust im schweizerischen Steuerrecht, in: ASA 63, S. 1 ff;
- Nosedo Filippo*, Praktische Auswirkungen des Haager Trust-Übereinkommens für den Schweizer Trustee, Protector, Trust Administrator und Investment Advisor, in: AJP 2006, S. 482 ff;
- Peter Nathalie*, Die liechtensteinische Stiftung und der Trust im Schweizerischen Steuerrecht, in IFF Forum für Steuerrecht 2003, S. 163 ff
- Ryser Walter*, Rapports de trust et impôts directs, in ASA 61, S. 749 ff;
- Ryser Walter*, Trusts and double taxation treaties concluded by Switzerland, in ASA 65, S. 316 ff;
- Ryser Walter*, Switzerland – in: The International Guide to the Taxation of Trusts, Amsterdam 1998