

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 174 vom 8. August 2024**

BE Verwaltungsgericht, 2024-08-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2022\\_174](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2022_174)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 174 du 8 août 2024

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2022 174 del 8 agosto 2024

## **Regeste**

Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Feststellungsverfügung des Regierungsstatthalter-Stv. des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli vom 6. Mai 2022; bo 4/2022) | Andere

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 Bst. c BewG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Einführungsgesetzes vom 25. September 1988 zum BewG [EG BewG; BSG 215.126.1]).

### **E. 1.2**

Das BJ verlangt zunächst die vollumfängliche Aufhebung der Dispositiv-Ziff. 2, 4 und 5 sowie teilweise der Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung (Rechtsbegehren 1; vorne Bst. C). Insoweit ist das Bundesamt von Gesetzes wegen zur Beschwerde befugt, nachdem das Amt für Wirtschaft

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 5 des Kantons Bern auf eine Beschwerde verzichtet hat (Behördenbeschwerde; Art. 79 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Bst. b BewG; act. 1C). Darüber hinaus stellt es ein Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren 2; vorne Bst. C). Strittig ist hier, ob der Grundstückerwerb der Bewilligungspflicht gemäss BewG unterliegt oder von der Bewilligungspflicht ausgenommen ist. Der Feststellungsantrag nimmt Bezug auf eine konkrete Pflicht, nämlich die Unterstellung des Grundstückerwerbs unter das Bewilligungserfordernis bzw. die Verpflichtung zur Einholung einer Bewilligung gemäss BewG. Diese Frage kann namentlich nicht mit einem Leistungsbegehren geklärt werden. Das Feststellungsbegehren des BJ ist deshalb zulässig (BGE 147 II 281 [BGer 2C\_589/2020 vom 22.3.2021] nicht publ. E. 1.2; BGer 2C\_325/2022 vom 21.12.2023 E. 1.2; BVR 2022 S. 406 E. 1.2; allgemein zur Zulässigkeit von Feststellungsbegehren BGE 148 I 160 E. 1.6 [Pra 112/2023 Nr. 1]; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 72 ff.).

### **E. 1.3**

Das BJ beantragt sodann die Verweigerung der Erwerbsbewilligung (Rechtsbegehren 2; vorne Bst. C). Der Entscheid in der Sache ist ebenso wie das Verfahren grundsätzlich auf den Streitgegenstand beschränkt. Dieser bezeichnet im Beschwerdeverfahren den Umfang,

in dem das Rechts- verhältnis umstritten ist, welches mit der angefochtenen Verfügung bzw. dem angefochtenen Entscheid (Anfechtungsobjekt) geregelt wird (BVR 2020 S. 59 E. 2.2; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 f.). – Das Gesuch der Beschwerdegegnerschaft 1 vom 25. Februar 2022 beinhaltet das Feststellungsbegehren, dass die Gesuchstellerin berechtigt sei, die Ferienwohnung auf den Gesuchsteller zu übertragen und dieser die Wohnung im Anschluss, unter Auflagen, auf den Trust übertragen dürfe (vorne Bst. A). In der Begründung wurde dargelegt, weshalb die Übertragungen bewilligungsfrei möglich seien. Mit keinem Wort äusserte sich die Beschwerdegegnerschaft 1 zur Frage der Bewilligungsfähigkeit für den Fall, dass der Erwerb der Bewilligungspflicht unterstehen würde (Gesuch vom 25.2.2022; Akten RSA 4A Register 2). Auch wenn der Wortlaut der Begehren es allenfalls zuliesse, darin einen (Eventual-)Antrag auf Erteilung einer Erwerbsbewilligung zu erkennen (Replik act. 10 Rz. 14), überzeugt daher, dass der stellvertretende Regierungsstatthalter einzig von einem Feststellungsgesuch ausging (angefochtene

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 6 Verfügung E. 3). Vor Verwaltungsgericht hat die Beschwerdegegnerschaft dieses Verständnis im Übrigen bestätigt (Beschwerdeantwort act. 7 Rz. 36). Hat die Beschwerdegegnerschaft 1 nie um eine Erwerbsbewilligung ersucht, kann eine solche auch nicht Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren sein. Soweit das BJ die Verweigerung der Erwerbsbewilligung beantragt, ist auf die Beschwerde folglich nicht einzutreten (vgl. BGE 147 II 281 [BGer 2C\_589/2020 vom 22.3.2021] nicht publ. E. 1.2; BGer 2C\_325/2022 vom 21.12.2023 E. 1.2; BVR 1998 S. 538 [VGE 19373 vom 18.5.1998] nicht publ. E. 1; VGE 20901 vom 20.6.2000 E. 1b).

#### **E. 1.4**

Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 20 Abs. 3 BewG sowie Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt von E. 1.3 hiervor einzutreten.

#### **E. 1.5**

Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG). Da eine Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, urteilt es in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdegegner 1 (Ehemann) hat im Zuge seiner Nachlassplanung einen Trust nach amerikanischem Recht errichtet (Beschwerdeantwort act. 7 Rz. 23). Die bis anhin je im hälftigen Eigentum stehende Ferienwohnung der Beschwerdegegnerschaft 1 soll in das Trustvermögen überführt werden. In einem ersten Schritt soll der hälftige Eigentumsanteil der Beschwerdegegnerin 1 (Ehefrau) auf den Ehemann übereignet werden, was unbestrittenermassen keiner Bewilligung bedarf (angefochtene Verfügung Dispositiv-Ziff. 1 und Ziff. 3, soweit Ziff. 1 betreffend; Beschwerde Rz. 18; vgl. Art. 2 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Art. 7 Bst. b und c BewG). In einem zweiten Schritt beabsichtigt der Ehemann, die gesamte Ferienwohnung auf den Trust zu übertragen. Auch das hat der stellvertretende Regierungsstatthalter als bewilligungsfrei erachtet (angefochtene Verfügung Dispositiv-Ziff. 2 und 3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 7 Gegen diese Feststellung richtet sich die Beschwerde. Das BJ ist der Ansicht, die Übertragung der Ferienwohnung auf den Trust bedürfe einer Erwerbsbewilligung nach BewG, die nicht erteilt werden könne, weil eine Ferienwohnung nur unmittelbar durch eine natürliche (ausländische) Person auf persönlichen Namen erworben werden dürfe (Beschwerde Rz. 15 und 24).

## **E. 2.2**

Nach Art. 17 Abs. 1 BewG haben Erwerberinnen und Erwerber, deren Bewilligungspflicht sich nicht ohne weiteres ausschliessen lässt, um die Feststellung nachzusuchen, dass sie keiner Bewilligung bedürfen. Der stellvertretende Regierungsstatthalter ging davon aus, mangels anderslautender Vorschriften sei diese Bestimmung auch auf Veräusserinnen und Veräusserer anzuwenden. Zudem sei das Feststellungsinteresse auch gestützt auf Art. 50 VRPG gegeben (angefochtene Verfügung E. 1). – Wie es sich damit verhält, muss hier nicht vertieft werden, weil sowohl die Ehefrau als auch die Söhne als Erwerberin und Erwerber im Sinn des BewG gelten und der Ehemann zwar in erster Linie Veräusserer ist, aber ebenfalls als Erwerber in Betracht kommt (vgl. hierzu hinten E. 5).

## **E. 2.3**

Das BJ stellt das Feststellungsinteresse der Beschwerdegegenschaft in Frage. Der Trust sei nach amerikanischem Recht allenfalls ungültig, da Trustees und Beneficiaries übereinstimmten (Beschwerde Rz. 35 ff.; Replik act. 10 Rz. 11; zu den Begriffen hinten E. 3.1). – Eine Behörde ist verpflichtet, ein Gesuch materiell zu behandeln, wenn daran ein schutzwürdiges Interesse besteht (Art. 50 Abs. 2 VRPG). Daran fehlt es, wenn die gesuchstellende Person aus dem Verwaltungsakt keinen aktuellen und praktischen Nutzen ziehen kann (BVR 2018 S. 310 E. 4.2; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 50 N. 9). Ein solcher Nutzen wäre zu verneinen, wenn der Trust ungültig wäre. Im Feststellungsverfahren nach BewG müsste dies allerdings offensichtlich sein. Das BJ meldet insoweit lediglich allgemeine Zweifel an. Aus diesen lässt sich nicht auf eine offenkundige Ungültigkeit schliessen, zumal die in der Beschwerdeschrift zitierte Fundstelle in der Rechtsordnung des Staates New York personelle Beteiligungen am Trust, wie sie hier zur Diskussion stehen, unter Umständen gerade zulässt (Beschwerde Rz. 37; vgl. <[www.law.justia.com](http://www.law.justia.com)>, Rubriken «New York Law/2022 New York

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 8 Consolidated Laws/EPT – Estates, Powers and Trusts/Article 7 – Trusts/Part 1 – Rules Governing Trusts/7-1.1 – When trust interests not to merge»; vgl. auch Affidavit Regarding E. \_\_\_\_\_ Trust, act. 7A und 14A Duplikbeilage 5). Die Vorinstanz durfte auf das Gesuch folglich eintreten.

## **E. 2.4**

In der Folge ist vorab auf das Rechtsinstitut des Trusts und dessen Ausgestaltung im vorliegenden Fall einzugehen (E. 3), bevor nach allgemeinen Erläuterungen zum BewG (E. 4) das hier zu beurteilende Rechtsgeschäft in das System des BewG eingeordnet wird (E. 5) und zu prüfen ist, ob die Ausnahmen von der Bewilligungspflicht greifen (E. 6). Es folgen Erwägungen zum Rechtsmissbrauch und zu Auflagen (E. 7).

## **E. 3.1**

Der Trust ist ein historisch gewachsenes Rechtsinstitut, das vor allem in den Common Law-Staaten verbreitet ist und unter anderem zur Nachlassplanung eingesetzt wird. Der Begriff bezeichnet ein Rechtsverhältnis, bei dem bestimmte Vermögenswerte auf eine oder mehrere Personen (Trustees) übertragen werden, welche diese zu verwalten und für einen von der Treugeberin oder vom Treugeber (Settlor oder Grantor) vorgegebenen Zweck zu verwenden haben. Der Zweck kann allgemein umschrieben sein oder die Begünstigung bestimmter Personen (Beneficiaries) beinhalten. Der Trust bildet ein verselbständigtes Sondervermögen der Trustees; dem Institut wird keinerlei Rechtsfähigkeit und damit auch keine Vermögensfähigkeit zugestanden (vgl. Art. 2 des Übereinkommens vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung [HTÜ; SR 0.221.371]; Botschaft des Bundesrats zur Genehmigung und Umsetzung des HTÜ, in BBl 2006 S. 551 ff. [nachfolgend: Botschaft HTÜ], S. 557 ff.; BGE 143 II 350 E. 3.1 [Pra 107/2018 Nr. 69]; aus der Literatur etwa Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, Lex Koller et Trusts, in AJP 2009 S. 1123 ff., 1123 f.). Es liegt eine doppelte Rechtsbeziehung vor zwischen Grantor und Trustees einerseits und zwischen Trustees und begünstigten Personen andererseits (Florence Guillaume, Fragen rund um die Eintragung eines im Trustvermögen befindlichen Grundstücks ins Grundbuch, in ZBGR 2009 S. 1 ff., 2). Die Begünstigungen der Beneficiaries können unterschiedlich ausgestaltet sein.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 9 Sie können beispielsweise in der unentgeltlichen Nutzung des Gutes, der Berechtigung an den daraus fliessenden Erträgen oder der blossen Anwartschaft auf das künftige Eigentum am Trustvermögen bestehen (vgl. Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1124; Adrian Plüss, Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung?, in SJZ 2023 S. 320 ff., 326; vgl. zum Ganzen auch Etienne Trandafir, Lex Koller: acquisitions indirectes, Diss. Fribourg 2019, N. 612 ff.; weiterführend zum Trustbegriff und zu den Rechten und Pflichten der Beteiligten Guillaume Grisel, Le trust en Suisse, 2020, S. 3 ff. und insb. S. 6 und 29 ff. betreffend die Begünstigungen). Schliesslich kann der Grantor eine Aufsichts-, Kontroll- und/oder Zustimmungsinstanz (sog. Protector) bestimmen und ihr z.B. die Befugnis einräumen, die Einhaltung der Trustbestimmungen zu überwachen oder Nachfolgetrustees zu benennen (statt vieler Adrian Plüss, a.a.O., S. 324).

### **E. 3.2**

Der Trust ist der schweizerischen Rechtsordnung unbekannt. Ein Vorentwurf für die Einführung eines Schweizer Trusts in Ergänzung des Obligationenrechts durchlief im Jahr 2022 zwar das Vernehmlassungsverfahren; mangels eines ausreichenden politischen Konsenses für die Neuerung hat der Bundesrat jedoch auf die Ausarbeitung einer Botschaft verzichtet (vgl. Medienmitteilungen des Bundesrats vom 15.9.2023 und 12.1.2022, einsehbar unter: <[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)>, Rubriken: «Aktuell/Medienmitteilungen»; ferner Adrian Plüss, a.a.O., S. 326 ff.). Das Institut ist von grosser wirtschaftlicher Bedeutung (vgl. Botschaft HTÜ S. 552, 557), weshalb die Schweiz am 26. April 2007 das HTÜ ratifiziert hat. Die Umsetzung des Abkommens erfolgte durch eine Änderung des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) und des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1). Das HTÜ bestimmt das auf Trusts anzuwendende Recht und regelt ihre Anerkennung (Art. 1 HTÜ). Ein Trust untersteht, mangels abweichender Rechtswahl, dem Recht, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist; dieses regelt insbesondere die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung (Art. 7 und

8 HTÜ). Ein Trust, der nach diesem Recht errichtet worden ist, wird von den Vertragsstaaten als Trust anerkannt (Art. 11 HTÜ). Das bedeutet grundsätzlich, dass der jeweilige Vertragsstaat die vom Truststatut im Rahmen seines sachlichen Geltungsbeurteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 10 reichs vorgesehenen Rechtswirkungen möglichst unverfälscht zu übernehmen hat (Thomas M. Mayer, in Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018 [nachfolgend: ZK], Art. 149c IPRG N. 41 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

### **E. 3.3**

Schweizer Recht ist anzuwenden, wenn Rechte an in der Schweiz gelegenen Grundstücken zu Lebzeiten vom Grantor auf Trustees übertragen werden (Art. 99 Abs. 1 IPRG). Insoweit ist nicht das HTÜ bzw. das Truststatut massgebend (vgl. Art. 4 bzw. Art. 15 Abs. 1 Bst. d HTÜ, wobei das Verhältnis zwischen den beiden Bestimmungen nicht ganz klar zu sein scheint; vgl. hierzu Jakob/Picht, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung, in AJP 2010 S. 855 ff., 871; Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1125; Thomas M. Mayer, ZK, Art. 149c IPRG N. 61 ff., 143 und 146 mit Hinweisen). Als Eigentümerinnen oder Eigentümer werden die Trustees in das Grundbuch eingetragen (Art. 149d IPRG; BGer 2C\_409/2009 vom 15.1.2010, in ZBGR 2010 S. 388 E. 3.2). Das dingliche Eigentum kommt mithin ausschliesslich den Trustees zu (Art. 656 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]; BGE 143 II 350 E. 4.1 f. [Pra 107/2018 Nr. 69]; Florence Guillaume, a.a.O., S. 6 f.; Thomas M. Mayer, ZK, Art. 149c IPRG N. 141). Bei einer Übertragung von Grundstücken im Rahmen eines Trustgeschäfts sind auch die Erwerbsbeschränkungen des BewG zu beachten. Dabei gilt das BewG als sogenannte Eingriffsnorm bzw. loi d'application immédiate (Art. 16 Abs. 1 HTÜ und Art. 18 IPRG; Etienne Trandafir, a.a.O., N. 538; Thomas M. Mayer, Die Behandlung von Trusts im Rahmen der Lex Koller, in AJP 2017 S. 45 ff. [nachfolgend: Trusts und Lex Koller], S. 46; Florence Guillaume, a.a.O., S. 7 f.; Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1126). Teilweise wird die Anwendbarkeit des BewG aber auch auf Art. 4 oder Art. 15 Abs. 1 Bst. d HTÜ gestützt (zu beidem Botschaft HTÜ S. 580).

### **E. 3.4**

Mit der Trusturkunde vom 14. Dezember 2020 (Akten RSA 4A pag. 58 ff.; nachfolgend: Trusturkunde) hat der Beschwerdegegner 1 (Ehemann) einen Trust nach dem Recht des Staates New York begründet (FIFTEENTH Trusturkunde). Dieser ist soweit hier interessierend wie folgt ausgestaltet:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 11

#### **E. 3.4.1**

Der Trust ist zwar unwiderruflich, der Ehemann ist aber berechtigt, ohne Zustimmung der Trustees Vermögenswerte des Trusts gegen wertgleiche Entschädigung zurückzukaufen (TENTH und FIFTH Trusturkunde). Als Trustees wurden die Ehefrau und die Söhne eingesetzt (Einleitung Trusturkunde). Beneficiaries sind die Beschwerdegegnerin 1 und die Nachkommen des Beschwerdegegners 1 (FIRST/A Trusturkunde). Darunter sind sowohl die Beschwerdegegner 2 und 3 (Söhne) als auch deren Nachkommen zu verstehen (SIXTEENTH/A Trusturkunde), wobei es solche offenbar (noch) keine gibt (Beschwerdeantwort act. 7 Rz. 10). Als Protectors hat der Ehemann die Söhne eingesetzt

(NINTH/H Trusturkunde).

#### **E. 3.4.2**

Über die den Trustees und den Beneficiaries im Einzelnen eingeräumten Rechte besteht unter den Parteien keine Einigkeit. Nach der Beschwerdegegnerschaft dürfen ausschliesslich die Beneficiaries, die zugleich Trustees sind, das Trustvermögen nutzen, namentlich auch die Ferienwohnung (Gesuch vom 25.2.2022 Akten RSA 4A pag. 14 f. Rz. 21; Beschwerdeantwort act. 7 Rz. 19), während das BJ die Ansicht vertritt, diese Einschränkung könne der Trusturkunde nicht entnommen werden (Beschwerde Rz. 10). Aus den von der Beschwerdegegnerschaft angerufenen Bestimmungen ergibt sich jedenfalls, dass die Trustees weitgehende Befugnisse haben; namentlich dürfen sie das Trustvermögen halten und darüber verfügen, es verkaufen und belasten (FOURTH Trusturkunde). Den Beneficiaries soll demgegenüber bis zum Tod der Ehefrau nach dem Ermessen der Trustees das Nettoeinkommen oder auch Kapital (bzw. Teile davon) ausbezahlt werden (FIRST/A Trusturkunde). Die Ehefrau hat zudem die Befugnis zu bestimmen, dass das Trustvermögen oder Teile davon den Nachkommen des Grantors oder den Ehegattinnen bzw. Ehegatten der Kinder des Grantors zu übertragen sei (FIRST/B). Schliesslich steht der Ehefrau sowie den direkten Nachkommen des Grantors (Kinder und Enkelkinder) das Recht zu, jährlich in einem bestimmten Umfang Vermögensgegenstände aus dem Trust zu entnehmen (Beschwerdeantwort Rz. 19 letztes Lemma; TWELFTH Trusturkunde).

#### **E. 3.4.3**

Nach dem Tod der Ehefrau wird bis dahin nicht verteiltes Trustvermögen in neue «child's trusts» übertragen, die je zugunsten der Kinder des Grantors oder bei deren Vorversterben zugunsten von deren lebenden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 12 Nachkommen errichtet werden (FIRST/C Trusturkunde). Den Beneficiaries dieser Child's Trusts kommt dannzumal das Recht zu, die Trustees der Child's Trusts anzuweisen, Trustvermögen an ihre Ehegattinnen bzw. Ehegatten und/oder ihre Nachkommen sowie Nachkommen des Grantors auszubezahlen (FIRST/C/2). Nach Ableben der Beneficiaries der Child's Trusts soll das Trustvermögen an ihre lebenden Nachkommen verteilt werden (FIRST/C/3 Trusturkunde) oder mangels solcher Verteilmöglichkeiten an die Nichten und Neffen des Ehemanns und der Ehefrau oder deren Nachkommen (FIRST/D Trusturkunde; vgl. auch SECOND Trusturkunde).

#### **E. 3.5**

Die hier interessierende Ferienwohnung soll – wohl neben anderen Vermögenswerten – in das Trustvermögen überführt werden. Aus Sicht des schweizerischen Rechts erfolgt dabei sachenrechtlich wie erwähnt eine Eigentumsübertragung vom Grantor auf die drei Trustees, d.h. die Ehefrau sowie die beiden gemeinsamen Söhne (vorne E. 3.3). Dieselben Personen sind (zurzeit einzige) Begünstigte des Trusts. Werden Grosskinder des Ehemanns geboren, treten sie als (weitere) Beneficiaries hinzu (SIXTEENTH/A Trusturkunde), ohne dass sich an der Truststruktur oder den sachenrechtlichen Eigentumsverhältnissen etwas ändert. Die Trustees werden unter bestimmten Umständen berechtigt, weiteren Personen (Ehegattinnen oder Ehegatten der Söhne, Nichten und Neffen des Grantors) Trustvermögen zukommen zu lassen, wobei in diesem Fall die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse ändern.

#### **E. 4.1**

Das BewG unterstellt den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland der Bewilligungspflicht (Art. 2 Abs. 1 BewG). Die Bewilligungspflicht hat (kumulativ) eine objektive (Art. 4 BewG: «Erwerb eines Grundstücks») und eine subjektive Seite (Art. 5 f. BewG: «Personen im Ausland»). Zudem sieht das Gesetz Ausnahmen von der Bewilligungspflicht vor (Art. 2 Abs. 2 und Art. 7 BewG; BGE 147 II 281 [BGer 2C\_589/2020 vom 22.3.2021] nicht publ. E. 3.2). Massgebend für die Prüfung der Voraussetzungen sind grundsätzlich die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundeigentums bzw. der Rechte an Grundstücken (BGE 107 Ib 12 E. 2, 106 Ib 11

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 13 E. 3a; BGer 2A.465/2002 vom 20.11.2002, in ZBGR 2005 S. 169 E. 1.2; BVR 2012 S. 314 E. 3.3; Brückner/Kuster, Die Grundstücksgeschäfte, Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Aufl. 2021, N. 2656).

#### **E. 4.2**

Als Erwerb eines Grundstücks (objektive Bewilligungspflicht) gilt unter anderem der Erwerb des dinglichen Eigentums (Allein-, Gesamt- oder Miteigentum einschliesslich Stockwerkeigentum; Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewG). Zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten sind aber auch verwandte Tatbestände der Bewilligungspflicht unterstellt. So gilt nach Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG als Grundstückserwerb jeder Erwerb von Rechten, die der Erwerberin oder dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie der Eigentümerin oder dem Eigentümer eines Grundstücks verschaffen, wobei auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen ist (vgl. dazu auch Art. 1 Abs. 2 der Verordnung vom 1. Oktober 1984 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland [BewV; SR 211.412.411]; BGer 2C\_854/2012 vom 12.3.2013, in ZBGR 2015 S. 65 E. 5.2, u.a. mit Hinweis auf BGE 107 Ib 12 E. 4; BVR 2012 S. 209 E. 3.2). Erfasst wird mithin jedes Rechtsgeschäft, das einer Person – objektiv und wirtschaftlich gesehen – erlaubt, die Verfügungsmacht über ein Grundstück zu erlangen (Mühlebach/Geissmann, Lex F., Kommentar zum BewG, 1986, Art. 4 N. 3; Merkblatt «Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland» des BJ vom 1.7.2009 [Stand 13.2.2024; nachfolgend: Merkblatt BJ] Ziff. 7, einsehbar unter: <<http://www.bj.admin.ch>>, Rubrik «Grundstückserwerb durch Personen im Ausland»; zum Ganzen BVR 2017 S. 399 E. 4.1). Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. f BewG ist auch die Einräumung (und Ausübung) eines Rückkaufsrechts objektiver Bewilligungstatbestand des BewG. Ein Rückkaufsrecht gibt der früheren Grundeigentümerin oder dem früheren Grundeigentümer die Befugnis, unabhängig vom Willen der verpflichteten Person das verkaufte Grundstück zurück zu erwerben (BGE 109 II 219 E. 2b [Pra 73/1984 Nr. 11]; Pfäffli/Wermelinger, Grundstückkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufrecht und Rückkaufsrecht, in SJZ 2017 S. 513 ff, 521).

#### **E. 4.3**

Als Personen im Ausland (subjektive Bewilligungspflicht) gelten nach Art. 5 Abs. 1 BewG unter anderem Staatsangehörige ausländischer Staaten, die ihren rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitz nicht in der Schweiz haben bzw. nicht das Recht haben, sich in der Schweiz niederzulassen (Bst. a

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 14 und abis), juristische Personen oder vermögensfähige Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die ihren statutarischen oder tatsächlichen Sitz im Ausland (Bst.

b) oder in der Schweiz mit Beherrschung durch Personen im Ausland haben (Bst. c), sowie natürliche und juristische Personen sowie vermögensfähige Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die nicht Personen im Ausland nach den Buchstaben a, abis und c sind, wenn sie ein Grundstück für Rechnung von Personen im Ausland erwerben (Bst. d). Bei einem treuhänderischen Erwerb im Sinn von Bst. d untersteht die Treuhänderin oder der Treuhänder persönlich der Bewilligungspflicht und ist Verfügungsadressatin oder -adressat. Für die Frage aber, ob eine Bewilligungspflicht gegeben ist und wenn ja, ob die Voraussetzungen für den Erwerb vorliegen, ist die Treugeberin oder der Treugeber massgebend (Mühlbach/Geissmann, a.a.O., Art. 5 N. 13 ff.; Gian Sandro Genna, Personen im Ausland und schweizerisches Grundeigentum, in Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 3. Aufl. 2022, N. 30.19; Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1129; Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 47 mit Hinweis auf die Verfügung der Commission foncière du Canton de Vaud vom 19.4.2013, in RDAF 2013 I 590 ff., 593 f.).

### **E. 5.1**

Umstritten ist, wer die streitbetroffene Ferienwohnung im Rahmen des E. \_\_\_\_\_ Trust erwirbt. Zur Beantwortung dieser Frage ist darauf abzustellen, welche konkreten Rechtsübertragungen als Grundstückserwerb im Sinn von Art. 4 BewG aufzufassen sind (objektive Bewilligungspflicht). Anschliessend ist zu klären, ob es sich bei der in diesem Sinn erwerbenden Person um eine solche im Ausland handelt (Art. 5 BewG; subjektive Bewilligungspflicht).

### **E. 5.2**

Der Trust selbst kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mangels juristischer Persönlichkeit und Vermögensfähigkeit kein Grundstück erwerben. Namentlich ist eine analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BewG ausgeschlossen. Der Trust ist folglich nicht als Person im Ausland im Sinn des BewG zu betrachten, zumal er nach traditioneller Auffassung keinen Sitz hat, auch wenn Art. 21 IPRG – als normativer Anknüpfungspunkt Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 15 für den Gerichtsstand – einen solchen bezeichnet. Massgeblich für die Bewilligungspflicht sind somit die einzelnen am Trustverhältnis beteiligten Personen (BGer 2C\_409/2009 vom 15.1.2010, in ZBGR 2010 S. 388 E. 3; Etienne Trandafir, a.a.O., N. 540; für «gesellschaftsähnliche» Trusts offenbar anders Gian Sandro Genna, a.a.O., N. 30.19 mit Fn. 36; vgl. auch Merkblatt BJ, Ziff. 5c). Dabei können objektiv unterschiedliche Erwerbstatbestände bei einer Person parallel erfüllt sein oder auch mehrere Personen gleichzeitig im Sinn des BewG erwerben. In einem weiteren Schritt ist für jede erwerbende Person zu prüfen, ob sie subjektiv bewilligungspflichtig ist (BGer 2C\_1069/2015 vom 3.11.2016, in ZBGR 2017 S. 442 E. 4.3, 2C\_409/2009 vom 15.1.2010, in ZBGR 2010 S. 388 E. 3.5; Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1138; Etienne Trandafir, a.a.O., N. 543 f. und 839). Unter BewG-Gesichtspunkten zulässig bleibt jeder einzelne Erwerb, der durch ein und dasselbe Rechtsgeschäft mit anderen verbunden ist, nur dann, wenn alle für sich genommen bewilligungsfrei oder bewilligungsfähig sind (vgl. auch Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 47). Deshalb ist in der Folge auf die Bewilligungspflicht aller am Trust beteiligten Personen einzugehen. Massgebend sind dabei die Verhältnisse im Einzelfall (vorne E. 3.1; vgl. auch Hinweis bei Guillaume Grisel: «il faut se garder de fixer des règles trop générales et trop rigides» [a.a.O., S. 178]).

### **E. 5.3**

Zu prüfen ist zunächst, ob der Rechtserwerb der Trustees bewilligungspflichtig ist.

### **E. 5.3.1**

Wie dargelegt werden zivilrechtlich die Trustees Eigentümerin und Eigentümer des fraglichen Grundstücks (vorne E. 3.3 f.). Diese Eigentumsübertragung unterliegt folglich der objektiven Bewilligungspflicht nach Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewG. Als Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland (Ehefrau) und der Vereinigten Staaten von Amerika (Söhne) sind die Trustees hier alle Personen im Ausland gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. abis BewG und unterstehen der subjektiven Bewilligungspflicht.

### **E. 5.3.2**

Entgegen der Ansicht von Marie-Noëlle Zen-Ruffinen (a.a.O., S. 1136 f.; ebenso, wenn auch ohne nähere Begründung, Brückner/Kuster, a.a.O., N. 2375; differenzierend Guillaume Grisel, a.a.O., S. 178) ist der zivilrechtliche Erwerb durch die Trustees nicht deshalb unbeachtlich, weil das

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 16 Grundstück nicht in das persönliche Vermögen dieser Personen fällt, sondern in ein Sondervermögen, das die Trustees zu Gunsten einer Drittperson zu verwalten haben (vorne E. 3.1). Auch wenn das BewG nicht nur auf den zivilrechtlichen Eigentumserwerb abstellt, sondern darüber hinaus eine wirtschaftliche Betrachtungsweise einnimmt (grundlegend BGE 107 Ib 12 E. 4; vgl. auch BGE 142 II 481 [Pra 107/2018 Nr. 4] E. 3.2 f.; BVR 2017 S. 399 E. 4.1; Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 4 N. 3 und 59 ff.), sprechen gegen diesen Ansatz sowohl der Wortlaut als auch die Systematik des Gesetzes. Der dingliche Eigentumserwerb steht an erster Stelle der objektiven Bewilligungspflicht als eigener Tatbestand (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewG). Grundsätzlich geht mit diesem das umfassende Herrschaftsrecht auf die erwerbende Person über (Eigentum als dingliches Vollrecht; Art. 641 Abs. 1 ZGB; Wolf/Wiegand, in Basler Kommentar, 7. Aufl. 2023, Vor Art. 641 ff. ZGB N. 42, Art. 641 ZGB N. 3, 12 ff. und 31 ff.). Dass der Vermögenswert dabei dem Sondervermögen und nicht dem persönlichen Vermögen zugeordnet wird, ändert daran nichts, selbst wenn damit je nach Truststatut gewisse Beschränkungen im Rechtsverkehr verbunden sein können (vgl. z.B. Art. 11 Abs. 3 HTÜ). Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb der zivilrechtliche Erwerb der Trustees nach dem BewG unbeachtlich sein soll, selbst wenn dabei bloss «das nackte Eigentum» übertragen würde (vgl. auch BGer 2C\_1069/2015 vom 3.11.2016, in ZBGR 2017 S. 442 E. 4.3). Solches lässt sich auch nicht aus Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG ableiten, der den sogenannten wirtschaftlichen Erwerb unter die objektive Bewilligungspflicht stellt. Diese Bestimmung wurde geschaffen, um die Umgehungsmöglichkeiten, die bei einer rein zivilrechtlichen Betrachtung bestehen würden, zu beseitigen und zusätzlich Rechtserwerbe zu erfassen, die wirtschaftlich einem zivilrechtlichen Erwerb gleichkommen (Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 4 N. 60; vgl. zum Ganzen auch Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 47; Etienne Trandafir, a.a.O., N. 595 f.). Wohl trifft sodann zu, dass sich die Funktion von Trustees weitgehend mit derjenigen von Treuhänderinnen und Treuhändern vergleichen lässt (vgl. hierzu im Einzelnen Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1137) und gemeinhin die Ansicht vertreten wird, bei Treuhandverhältnissen sei für die Frage der Bewilligungspflicht ausschliesslich auf die Treugeberin oder den Treugeber abzustellen, nicht aber auf die zivilrechtliche Eigentümerschaft (vorne E. 4.3). Diese Diskussion hängt in-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 17 des zusammen mit der Regelung von Art. 5 Abs. 1 Bst. d BewG. Sie unterstellt solche Erwerbende der subjektiven Bewilligungspflicht, die selbst keine Person im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a, abis oder c BewG sind, aber auf Rechnung einer Person im Ausland handeln, gewissermassen als deren Strohmann bzw. -frau. Insoweit liegt auf der Hand, dass die Person der Treuhänderin bzw. des Treuhänders nicht beachtlich ist, da sie selbst, ohne die erwähnte Bestimmung, der subjektiven Bewilligungspflicht gerade nicht unterstehen würde. Die besagte Regelung zielt folglich, ebenso wie Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG, darauf ab, Umgehungsversuchen entgegenzuwirken (zum Hintergrund anschaulich Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 5 N. 13 ff.). Ist aber die Treuhänderin oder der Treuhänder selbst eine Person im Ausland und subjektiv bewilligungspflichtig, findet Art. 5 Abs. 1 Bst. d BewG nach dem klaren Wortlaut keine Anwendung (vgl. auch Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 5 N. 17 am Ende; François Bianchi, Vente d'immeubles à des personnes à l'étranger: de la vigueur du droit actuel aux velléités d'abrogation de la Lex Koller, in Not@lex 2011 S. 17 ff., 20). Ein solches Verständnis ist sachgerecht, weil eine Treuhänderin oder ein Treuhänder im Ausland die volle Verfügungsmacht über das Treugut erwirbt, auch wenn sie oder er gegenüber der treugebenden Person (allenfalls) obligatorisch verpflichtet ist, das Gut z.B. nicht zu veräussern; die Treuhänderin oder der Treuhänder kann also mehr als sie oder er darf (Christoph Müller, in Berner Kommentar, 2018, Art. 18 OR N. 414; Wolf/Wiegand, a.a.O., Art. 641 ZGB N. 23). Mit Blick auf den Regelungszweck des BewG, den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zu beschränken, um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern (Art. 1 BewG), und das hiervor Gesagte rechtfertigt es sich deshalb gerade nicht, wie dies Marie-Noëlle Zen-Ruffinen vorschlägt (a.a.O., S. 1137), Art. 5 Abs. 1 Bst. d BewG auf sämtliche Trusts analog anzuwenden und Trustees gänzlich unberücksichtigt zu lassen. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass Trusts sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können und Trustees in ihrer Verfügungsmacht durchaus bloss wenigen (obligatorischen) Einschränkungen unterliegen können (vorne E. 3.1). Insofern kann es auch unter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerechtfertigt sein, ihre Person zu beachten.

#### **E. 5.4**

Weiter ist fraglich, ob die Beneficiaries des E.\_\_\_\_\_ Trust im Sinn des BewG ein Grundstück erwerben.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 18

##### **E. 5.4.1**

Die Rechte von Beneficiaries an einem Grundstück können nach der Trusturkunde so ausgestaltet sein, dass ein Erwerbstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 BewG erfüllt ist. Wenn ihnen nicht ein Nutzniessungsrecht am Grundstück zugestanden wird (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewG), dürfte die Übertragung von Rechten nach Art. 4 Abs. 1 Bst. f BewG oder allgemein von Rechten im Vordergrund stehen, die der erwerbenden Person eine eigentümerähnliche Stellung verleihen (Bst. g). Wie es sich damit verhält, ist grundsätzlich im Einzelfall zu prüfen (Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 47 f.; Etienne Trandafir, a.a.O., N. 617; anders aber Verfügung CH 1713 der Commission foncière du Canton de Vaud vom 19.4.2013, in RDAF 2013 I S. 590 ff., 593 f., welche Beneficiaries grundsätzlich eine eigentümerähnliche Stellung zuerkennt), was sich hier mit Blick auf die nachfolgenden

Erwägungen aber erübrigt.

#### **E. 5.4.2**

Soweit die Ehefrau und die Söhne zusätzlich zu ihrer Funktion als Trustees Begünstigte des Trusts sind, kommt den ihnen in dieser Funktion zugestandenen Berechtigungen – unter dem Blickwinkel des BewG – keine über das Eigentum hinausgehende Bedeutung zu. Namentlich ist unerheblich, ob mit diesen Berechtigungen für sich genommen Rechte übertragen werden, die eine eigentümerähnliche Stellung verleihen. Der damit angesprochene Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG bezweckt wie dargelegt, Umgehungen des BewG zu verhindern. Solche könnten sich daraus ergeben, dass eine Person im Ausland zivilrechtlich kein Eigentum erwirbt, wirtschaftlich betrachtet aber eine vergleichbare Verfügungsmacht über ein Grundstück erlangt. Erwirbt diese Person mit demselben Rechtsgeschäft zivilrechtlich Eigentum und wirtschaftliche Berechtigungen, ist die Gefahr einer Umgehung hinsichtlich dieser Person ausgeschlossen, weil ihre Bewilligungspflicht ohnehin zu prüfen ist (zu diesen Überlegungen schon vorne E. 5.3.2; vgl. auch Etienne Trandafir, a.a.O., N. 630).

#### **E. 5.4.3**

Nach der Trusturkunde können sodann weitere Personen unter bestimmten Umständen durch den Trust begünstigt werden. In Betracht kommen hier die (weiteren) Nachkommen des Grantors, die Ehegattinnen oder Ehegatten der Söhne sowie die Nichten und Neffen des Grantors (vorne E. 3.4). Diese Personen sind am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt; für sie wurde kein Feststellungsbegehren im Sinn von Art. 17 BewG gestellt.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 19 Das schadet indes nicht, weil keine dieser Personen durch die Trusturkunde im Sinn des BewG ein Grundstück erwirbt: Zurzeit existieren unbestrittenermassen keine weiteren Nachkommen des Grantors. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass solche gezeugt worden wären. Nach schweizerischer Rechtsauffassung ist das ungezeugte Kind (sog. Nondum Conceptus) nicht, auch nicht bedingt, rechtsfähig (Art. 11 ZGB; zum Ganzen Bucher/Aebi-Müller, in Berner Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 11 ZGB N. 42). Die Voraussetzungen für den Beginn und das Ende der Rechtsfähigkeit werden in den nationalen Rechtsordnungen jedoch unterschiedlich geregelt. Nach Art. 34 Abs. 2 IPRG unterstehen Beginn und Ende der Persönlichkeit (im Sinn von Rechtsfähigkeit) dem Recht des Rechtsverhältnisses, das die Rechtsfähigkeit voraussetzt. Der Erwerb von nicht dinglichen Rechten untersteht grundsätzlich dem Truststatut (vorne E. 3.2), weshalb sich die Rechts- und damit Erwerbsfähigkeit der potenziellen Nachkommen des Grantors hier womöglich nach dem Recht des Staates New York richtet. Unabhängig davon, ob zivilrechtlich ein Erwerb vorliegt, ist nach Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG entscheidend, dass die erwerbende Person wirtschaftlich eine eigentümerähnliche Stellung erhält. Davon kann hier nicht die Rede sein, da ein ungezeugtes Kind über ein Grundstück keinerlei Verfügungsmacht haben kann. Eine andere Frage ist, ob für die Situation, dass ein solches künftig einmal rechtsfähig wird, Vorkehrungen zu treffen sind (hierzu hinten E. 7). Was sodann (potenzielle) Ehegattinnen oder Ehegatten der Söhne anbelangt, so erhalten diese durch die Trusturkunde keine Ansprüche auf das Trustvermögen. Denn die Ehefrau und nach deren Ableben die Söhne werden bloss berechtigt, nicht aber dazu verpflichtet, den Ehegattinnen oder Ehegatten Zuwendungen zu machen (vorne E. 3.4.2 f.). Damit erhalten letztere keinerlei (wirtschaftliche) Verfügungsmacht über die bzw. andere Be-

rechtigungen an der Ferienwohnung, womit (potenzielle) Ehegattinnen oder Ehegatten auch nicht als erwerbende Personen im Sinn von Art. 4 Abs. 1 BewG zu betrachten sind. Dasselbe gilt in Bezug auf die Neffen und Nichten des Grantors, deren Ansprüche davon abhängen, dass (in unbestimmter Zukunft) die Trustees einmal über Vermögenswerte verfügen, für deren Verteilung keine andere Bestimmung des Trusts Anwendung findet (vorne E. 3.4.3). Ob diese Konstellation einmal eintreten wird und ob sich die fragliche Ferienwohnung dannzumal noch im Trustvermögen befinden wird, ist vollkommen ungewiss. Insoweit ist ein Erwerb im Sinn von Art. 4 Abs. 1

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 20 BewG zum heutigen Zeitpunkt ebenfalls zu verneinen. Das ist mit Blick auf die Zielsetzung des BewG unproblematisch, weil eine Begünstigung der genannten Personen ein zusätzliches Rechtsgeschäft voraussetzt, für welches gegebenenfalls ein neues Feststellungs- bzw. Bewilligungsverfahren zu eröffnen sein wird (vgl. auch Etienne Trandafir, a.a.O., N. 628 ff.; Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 47; ferner Beschwerdeantwort Rz. 19).

### **E. 5.5**

Ob die Söhne zusätzlich in ihrer Funktion als Protectors einen Erwerbstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 BewG erfüllen, kann sodann aus denselben Gründen offenbleiben wie bei ihrer Funktion als Begünstigte (vorne E. 5.4.2), zumal umstritten ist, ob den Protectors unter dem BewG überhaupt eine Bedeutung zukommen kann (verneinend Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1137; Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 47; differenzierend Etienne Trandafir, a.a.O., N. 558 ff. und N. 606 ff.).

### **E. 5.6**

Zu prüfen bleibt, ob die Stellung des Ehemanns als Grantor die Bewilligungspflicht nach BewG auslöst.

#### **E. 5.6.1**

Die Lehre ist sich nicht einig, ob für die subjektive Bewilligungspflicht auch auf den Grantor abzustellen ist (offenbar bejahend Replik act. 10 Ziff. 2). Je nach Ansicht ist dies zu bejahen, wenn er zugleich die Stellung eines Beneficiary oder Trustee hat, der Trust widerrufenlich ist oder das fragliche Grundstück nachträglich (und nicht im Rahmen der Gründung durch den Grantor) ins Trustvermögen überführt wird (vgl. zu dieser Diskussion Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1138 f.; Guillaume Grisel, a.a.O., S. 178; Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 48; Etienne Trandafir, a.a.O., N. 551 ff.). – Jedenfalls wenn wie hier keine dieser Voraussetzungen erfüllt ist, erscheint der Grantor im Sinn des BewG grundsätzlich als veräussernde Person. Ob es sich dabei um eine Person im Ausland handelt, hat auf die Bewilligungspflicht der Eigentumsübertragung ebenso wenig einen Einfluss wie – Auflagen vorbehalten (hinten E. 6.5.1) – die bisherige Nutzung des Grundstücks (Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 2 N. 9; Merkblatt BJ Ziff. 3; zur Massgeblichkeit der beabsichtigten Nutzung BVR 2022 S. 406 E. 3.2 mit Hinweis).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 21

#### **E. 5.6.2**

Fraglich ist allerdings, ob daran etwas ändert, dass der Ehemann hier berechtigt ist, jederzeit und ohne Zustimmung der Trustees, Vermögenswerte des Trusts (und damit die

Ferienwohnung) zurückzukaufen (vorne E. 3.4.1). Das dem Ehemann mit der Trusturkunde eingeräumte Recht dürfte einem Rückkaufsrecht nach schweizerischem Recht entsprechen (vorne E. 4.2). Soweit die hier interessierende Ferienwohnung betreffend, ist folglich zu prüfen, ob der Ehemann durch das Rückkaufsrecht in Bezug auf das streitbetroffene Grundstück zugleich veräussernde und – im Sinn von Art. 4 Abs. 1 Bst. f BewG – erwerbende Person ist (vgl. auch BGer 2C\_1069/2015 vom 3.11.2016, in ZBGR 2017 S. 442 E. 4.3 betreffend den Erwerb einer Nutzniessung). Wie es sich damit verhält, muss mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen (namentlich hinten E. 6) nicht abschliessend beurteilt werden.

### **E. 5.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Frage der subjektiven Bewilligungspflicht nicht auf den Trust selbst, sondern auf alle beteiligten Akteurinnen und Akteure einzeln abzustellen ist, soweit sie Rechte erwerben, die im Sinn von Art. 4 BewG als Grundstückserwerb zu betrachten sind. Im vorliegenden Fall sind erwerbende Personen einzig die Ehefrau und die Söhne sowie allenfalls, sofern man das «Behalten eines Rückkaufsrechts» als Erwerb betrachtet, der Ehemann. Sie allesamt sind, wie dargelegt, Personen im Ausland (Art. 5 Abs. 1 Bst. abis BewG). Die Übertragung der Ferienwohnung auf sie unterliegt damit grundsätzlich der Bewilligungspflicht, sofern nicht eine Ausnahme davon gegeben ist. Das ist nachfolgend zu prüfen.

### **E. 6.1**

Ausnahmen von der Bewilligungspflicht sollen Besonderheiten des Erwerbsvorgangs Rechnung tragen, die sich aus Beziehungen zwischen den Beteiligten oder dem mit dem Erwerb verfolgten Zweck ergeben können (Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1129). Es lassen sich objektbezogene (bzw. die objektive Bewilligungspflicht betreffende) und subjektbezogene (bzw. die subjektive Bewilligungspflicht betreffende)

Ausnahmetatbestände unterscheiden (Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 2 N. 2, Art. 7 N. 1). Zu letzteren gehört Art. 7 Bst. b BewG, wonach Verwandte der Veräusserin

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 22 oder des Veräusserers in auf- und absteigender Linie sowie deren bzw. dessen Ehegattin oder Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner keiner Bewilligung bedürfen. Befreiungsgründe nach Art. 7 BewG gelten grundsätzlich für jeden der in Art. 4 Abs. 1 BewG genannten Erwerbsvorgänge, namentlich auch für Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG (vgl. Etienne Trandafir, a.a.O., N. 646).

### **E. 6.2**

Die Ehefrau sowie die Söhne des Grantors erfüllen die Ausnahmenvoraussetzungen von Art. 7 Bst. b BewG und sind damit grundsätzlich von der Bewilligungspflicht befreit (so auch angefochtene Verfügung E. 5.3). Dasselbe gilt für den Ehemann, wäre er durch die Einräumung des Rückkaufsrechts als Erwerber im Sinn von Art. 4 Abs. 1 Bst. f BewG zu betrachten (vorne E. 5.6). Er würde das Recht – wenn nicht ohnehin «von sich» – so doch von seiner Ehefrau und seinen Söhnen erwerben. Diese sind alle Personen im Sinn von Art. 7 Bst. b BewG, womit auch er von der Bewilligungspflicht befreit wäre. Daran ändert nichts, dass künftig andere Personen Trustee oder Beneficiary werden könnten. Denn das Rückkaufsrecht wird mit der hier zu beurteilenden Trusturkunde eingeräumt. Eine allfällige spätere Ausübung desselben stellt einen separaten Bewilligungstatbestand dar (Art. 4 Abs. 1 Bst. f BewG). Die Bewilligungsvoraussetzungen wären dann – zumal neu zu prüfen (BVR

2017 S. 399 E. 4.2).

### **E. 6.3**

Zu prüfen ist, ob der Ausnahmetatbestand von Art. 7 Bst. b BewG auch bei einem Grundstückserwerb im Rahmen eines Trusts greift, was ein Teil der Lehre bejaht (Etienne Trandafir, a.a.O., N. 643 ff.; Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 49; ferner Guillaume Grisel, a.a.O., S. 179 f.; vgl. auch Merkblatt BJ, Ziff. 5c), das BJ aber verneint. Zwar stellt es sich nicht auf den Standpunkt, in Trustkonstellationen könnten Ausnahmetatbestände von vornherein nicht angerufen werden. Seines Erachtens kann es aber nicht sein, dass eine Person «in zweiter Generation» ein Grundstück auf eine Art und Weise erwerben dürfe, die der «ersten Generation» nicht hätte bewilligt werden können. Nach dem BJ hätte der Ehemann die Ferienwohnung nicht als Trustee «indirekt über einen Trust erwerben» können, weshalb das für die Ehefrau sowie die Söhne auf dem Umweg von Art. 7 Bst. b BewG ebenso wenig zulässig sei. Die gegenteilige Sicht sei mit Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 BewV nicht vereinbar (Beschwerde Rz. 26 ff.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 23

### **E. 6.4**

Das BJ wirft damit die Frage auf, welche Bedeutung dem Bewilligungsgrund von Art. 9 Abs. 2 BewG i.V.m. Art. 8 BewV im Zusammenhang mit einem grundsätzlich bewilligungsfreien Erwerb zukommt.

#### **E. 6.4.1**

Nach Art. 9 Abs. 2 BewG können die Kantone durch Gesetz bestimmen, dass einer natürlichen Person der Erwerb als Ferienwohnung oder als Wohneinheit in einem Apparthotel im Rahmen des kantonalen Kontingents bewilligt werden kann. Dabei bestimmen die Kantone die Orte, die solcher Erwerbe bedürfen, um den Fremdenverkehr zu fördern (Art. 9 Abs. 3 BewG). Von dieser Ermächtigung hat der Kanton Bern Gebrauch gemacht (Art. 6 Abs. 3 EG BewG) und Grindelwald als sog. Fremdenverkehrsgemeinde bezeichnet (Art. 7 i.V.m. Anhang 1 Art. A1-1 Abs. 2 Bst. f Ziff. 6 EG BewG). Als Erwerb durch eine natürliche Person im Sinn von Art. 9 Abs. 2 BewG gilt unter anderem der unmittelbare Erwerb auf deren persönlichen Namen (Art. 8 Bst. a BewV). Das schliesst die Möglichkeit aus, eine Ferienwohnung über eine juristische Person, eine Personengesellschaft ohne juristische Persönlichkeit oder treuhänderisch zu erwerben. Nach dem von Mühlebach/Geissmann (a.a.O., Art. 9 N. 37 i.V.m. N. 15) geprägten und seither oft zitierten Satz verbietet dies jede «Dazwischenschaltung eines irgendwie gearteten juristischen Gebildes zwischen das zu erwerbende Objekt und den eigentlichen und tatsächlichen Erwerber» (vgl. auch Merkblatt BJ, Ziff. 10f: kein indirekter Erwerb über eine Gesellschaft). Die erwerbende Person muss beabsichtigen, die Wohnung für persönliche Zwecke zu nutzen und nicht, sie vorab Dritten zur Verfügung zu stellen (Etienne Trandafir, a.a.O., N. 640). Ein Teil der Lehre schliesst daher den Erwerb einer Ferienwohnung im Rahmen eines Trusts grundsätzlich aus, weil Trustees – dieser Meinung nach – in der Regel zivilrechtliches Eigentum erwerben, während Beneficiaries den wirtschaftlichen Nutzen tragen (Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1139; vgl. auch Beschwerde Rz. 20). Davon ausgenommen seien allenfalls Situationen, in welchen Trustees und Beneficiaries personell übereinstimmen, weil so das zivilrechtliche und wirtschaftliche Eigentum zusammenfalle (Guillaume Grisel, a.a.O., S. 180; Etienne Trandafir, a.a.O., N. 642).

### **E. 6.4.2**

Wortlaut und Systematik des BewG legen nahe, dass die Voraussetzungen für eine Erwerbsbewilligung, mithin auch Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 BewV, nicht erfüllen muss, wer keiner Bewilligung bedarf (vgl.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 24 BGer 2C\_10/2014 vom 4.9.2014, in ZBGR 2016 S. 412 E. 4.6 und 4.8, 2C\_190/2017 vom 15.9.2017 E. 3.2, je betreffend einen zwingenden Verweigerungsgrund nach Art. 12 BewG; weiter Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 12 N. 3; ebenso im Ergebnis Etienne Trandafir, a.a.O., N. 642 und 646, je am Ende; Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 49). Es ist daher fraglich, ob Art. 8 BewV in Fällen von Art. 7 Bst. b BewG beizuziehen ist, wie in der Lehre z.T. vertreten wird (Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, a.a.O., S. 1139) und auch das BJ zu meinen scheint (Beschwerde Rz. 28). Auf Verordnungsstufe verweist Art. 8 BewV seinem Wortlaut nach abschliessend auf diejenigen Artikel des BewG, die ausdrücklich einen «Erwerb durch eine natürliche Person» verlangen. Entgegen dieser Wendung reicht zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften nicht aus, dass in solchen Fällen die erwerbende Person eine natürliche im Sinn des ZGB ist (Art. 11 ff. ZGB), sondern wird verlangt, dass sie die Wohnung auch tatsächlich für persönliche Zwecke erwirbt (E. 6.4.1 hiervor). Verwandte bzw. Ehegattinnen und Ehegatten sind zwar zwingend (auch) natürliche Personen; auf sie bezieht sich Art. 8 BewV aber nicht ausdrücklich.

### **E. 6.4.3**

Bereits im Bundesbeschluss vom 23. März 1961 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (AS 1961 S. 203 ff.; nachfolgend: BewB 1961) wurden Verwandte in auf- und absteigender Linie privilegiert: Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a BewB 1961 war eine Bewilligung zu verweigern, wenn für den Erwerb kein berechtigtes Interesse dargetan werden konnte. Davon ging die Rechtsprechung aus, wenn das Objekt nicht dem persönlichen Aufenthalt der erwerbenden Person diene (Botschaft des Bundesrats über die Weiterführung der Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, in BBl 1969 II 1385, S. 1391 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Blutsverwandten der Veräusserin oder des Veräusserers in auf- und absteigender Linie durfte der Erwerb gemäss Art. 6 Abs. 3 Bst. a BewB 1961 aber auch dann nicht verweigert werden, wenn Gründe für die Bewilligungsverweigerung im Sinn von Abs. 1 oder 2 gegeben wären (Botschaft des Bundesrats über die Einführung der Genehmigungspflicht für die Übertragung von Boden an Personen im Ausland [BewB 1961], in BBl 1960 II 1261, S. 1282 f.). Mit dem Bundesbeschluss über die Weiterführung der Bewilligungspflicht für

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 25 den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 30. September 1965 (AS 1965 S. 1239, nachfolgend: BewB 1965) wurden die Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie sowie die Ehegattin bzw. der Ehegatte der veräussernden Person ganz von der Bewilligungspflicht befreit (Art. 5 Bst. bbis BewB 1965; vgl. auch die Botschaft des Bundesrats zum BewB 1965, in BBl 1964 II 1249, S. 1258). Zur Legaldefinition des berechtigten Interesses wurde die Rechtsprechung betreffend die persönliche Nutzung des zu erwerbenden Grundstücks später kodifiziert (Art. 6 Abs. 2 Bst. a des Bundesbeschlusses über die Weiterführung der Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 24.6.1970; AS 1970 S. 1199);

am Privileg der Verwandten und Ehegattinnen bzw. Ehegatten wurde aber nichts geändert. Dieses wurde schliesslich in das BewG übernommen (Art. 7 Bst. b BewG). Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte ist nicht einzusehen, weshalb das heute als Bewilligungsvoraussetzung positiv und nicht mehr als Verweigerungsgrund negativ formulierte Erfordernis von Art. 8 Bst. a BewV (unmittelbarer Erwerb auf den persönlichen Namen) bei einem bewilligungsfreien Erwerb nach Art. 7 Bst. b BewG erfüllt sein muss, liegt der Grund für die Privilegierung doch nicht in der Art der Wohnung und deren Nutzung, sondern in der Beziehung zwischen der veräussernden und erwerbenden Person (vorne E. 6.1; Elmar Reize, Das BewG, Allgemeine Bemerkungen und erste Erfahrungen, in ZBGR 1985 S. 321 ff., 324).

#### **E. 6.4.4**

Die verschiedenen Auslegungselemente sprechen somit eher dafür, Art. 8 BewV nicht anzuwenden, wenn es um einen bewilligungsfreien Erwerb nach Art. 7 BewG geht. Wie es sich damit verhält, muss im vorliegenden Fall jedoch nicht abschliessend beurteilt werden, weil Trustees und Beneficiaries identisch sind. Anders als in der vom BJ angeführten Situation, wo Trustees formelles Eigentum erwerben und davon personell abweichende Beneficiaries die Ferienwohnung ihrem Zweck entsprechend nutzen (Beschwerde Rz. 24), fallen zivilrechtliches Eigentum und wirtschaftliche Berechtigung hier gerade nicht auseinander (vorne E. 6.4.1). Von einem indirekten Erwerb kann folglich nicht die Rede sein, zumal anders als bei der vom BJ erwähnten Ein-Mann-Aktiengesellschaft nicht der Trust als Rechtsperson die Ferienwohnung erwerben soll (Beschwerde Rz. 27), sondern die Trustees. Daran

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 26 ändert im Übrigen die Zuweisung des Trustvermögens in ein Sondervermögen nichts (vorne E. 5.3.2).

#### **E. 6.5**

Das BJ stellt dieses Ergebnis schliesslich mit der Überlegung in Frage, dass die ursprünglich mit dem Erwerb der Ferienwohnung verfügten Auflagen auch für Erwerberinnen und Erwerber gälten, die nicht der Bewilligungspflicht nach BewG unterstehen (Replik BJ act. 10 Ziff. 7).

##### **E. 6.5.1**

Bedingungen und Auflagen sollen sicherstellen, dass das Grundstück zu dem von der Erwerberin oder vom Erwerber geltend gemachten Zweck verwendet wird (Art. 14 Abs. 1 BewG). Sie können etwa verlangen, dass das Grundstück dauernd für diesen Zweck verwendet und für jede Zweckänderung die Einwilligung der Bewilligungsbehörde einzuholen ist oder die Ferienwohnung nicht ganzjährig vermietet wird (Art. 14 Abs. 2 BewG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 Bst. a und f BewV). Auflagen sind als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anzumerken (Art. 14 Abs. 3 BewG; allgemein für öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen Art. 53 Abs. 2 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 [GBV; SR 211.432.1]). Sie können gegenüber jeder Erwerberin und jedem Erwerber durchgesetzt werden, namentlich auch solchen, die das Grundstück bewilligungsfrei erworben haben. Erwerberin oder Erwerber ist dabei jede Person, die das Grundstück im Sinn von Art. 4 Abs. 1 BewG erwirbt und nicht bloss, wer das zivilrechtliche Eigentum erlangt. So muss etwa die ursprünglichen Auflagen einhalten, wer eine Nutzniessung erwirbt (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BewG), aber nach Art. 7 Bst. b BewG von

der Bewilligungspflicht befreit ist (zum Ganzen BGer 2C\_1069/2015 vom 3.11.2016, in ZBGR 2017 S. 442 E. 3.4 und 4.3; ferner BGer 2C\_190/2017 vom 15.9.2017 E. 3.3.4).

### **E. 6.5.2**

Die Erwerbsbewilligung vom 30. Oktober 2002 für die hier interessierende Ferienwohnung wurde dem Ehemann und der Ehefrau unter folgenden Auflagen erteilt (act. 26A2 S. 5 Ziff. 2): «Die Stockwerkeinheit - darf nur als Ferienwohnung verwendet werden, - darf nicht ganzjährig vermietet werden und - muss innert zwei Jahren veräussert werden, falls sie die Erwerber nicht mehr als Ferienwohnung verwenden.»

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 27 Die Trustees als neue Eigentümerin bzw. Eigentümer müssen diese Auflagen nach dem Gesagten einhalten, d.h. die Ferienwohnung zu Ferienzwecken nutzen und sie nicht ganzjährig vermieten. Weshalb die Einhaltung der Auflagen aufgrund der mit dem Trust geregelten Rechtsbeziehungen und insbesondere der Verpflichtungen gemäss der Trusturkunde verunmöglicht sein soll, ist nicht erkennbar, zumal Trustees und Beneficiaries identisch sind.

### **E. 6.6**

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdegegnerschaft die Ferienwohnung im Rahmen des Trusts bewilligungsfrei erwerben kann, ist somit grundsätzlich nicht zu beanstanden.

### **E. 7.1**

Zu prüfen bleibt, ob der bewilligungsfreie Erwerb im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich ist. – Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist ein allgemeiner Grundsatz in der schweizerischen Rechtsordnung (BGE 130 II 113 E. 4.2 [Pra 93/2004 Nr. 171]; vgl. auch Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es gilt auch im Anwendungsbereich des BewG (BGer 2C\_190/2017 vom 15.9.2017 E. 3.3; vgl. insb. Art. 12 Bst. c BewG).

### **E. 7.2**

Die Bedenken des BJ gegenüber Trustkonstellationen sind grundsätzlich nachvollziehbar. Das Konstrukt ist aufgrund der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten schwer zu fassen und die Handhabung im Anwendungsbereich des BewG entzieht sich allgemeingültigen Kriterien. Der Einwand, wonach künftige Veränderungen bei den Berechtigten unbemerkt neue Bewilligungstatbestände auslösen könnten bzw. über Trusts unzulässige indirekte Erwerbe ermöglicht würden (Beschwerde Rz. 24 und 26 ff.), zielen allerdings dahin, Grundstückserwerbe im Rahmen eines Trusts «vorsorglich» zu untersagen. Das geht nicht an; vielmehr ist – wie dargelegt – der Einzelfall massgebend (vorne E. 3.1). Schon von Anfang an wurde darauf hingewiesen, dass gerade die Befreiung von der Bewilligungspflicht nach Art. 7 Bst. b BewG zur Gesetzesumgehung missbraucht werden kann (Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 7 N. 8; Elmar Reize, a.a.O., S. 324).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 28 Unter den Begriff der Gesetzesumgehung fällt ein Handeln, das darauf abzielt, Rechte an schweizerischem Boden zu erwerben, obwohl dafür die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen. Erforderlich ist, dass die Person im Ausland (juristische oder wirtschaftliche) Eigentümerin einer Liegenschaft wird, obschon dafür nie eine (erforderliche) Bewilligung erteilt wurde, oder dass die Bewilligung durch Vorgabe von Gründen erwirkt wurde, die zwar einen Erwerb gestatten, aber im konkreten Fall nicht

erfüllt sind (BGE 114 Ib 11 E. 3a; vgl. auch BGer 2C\_1070/2016 vom 3.10.2017, in ZBGR 2018 S. 225 E. 3.3).

### **E. 7.3**

Es ist durchaus denkbar, dass mit Trustkonstellationen versucht wird, Personen im Ausland Berechtigungen an Grundstücken zu verschaffen, die sie selbst nicht erlangen könnten. Aus diesem Grund ist für jede beteiligte Person einzeln zu untersuchen, ob sie die Erwerbsvoraussetzungen einhalten muss und gegebenenfalls einhält (vorne E. 5.2). Bei den hier im Sinn des BewG erwerbenden Personen handelt es sich um die Ehefrau des Veräusserers bzw. den Ehemann in Bezug auf das Rückkaufsrecht und die beiden gemeinsamen Söhne. Sie alle sind von der Bewilligungspflicht befreit und dürften die Ferienwohnung auch anders, z.B. als Schenkung, erwerben. Der Trust ermöglicht ihnen daher nicht den Erwerb von Rechten, die sie auf anderem Weg nicht erlangen könnten. Offenbar haben sie aus erbrechtlichen Gründen eine Trustkonstellation gewählt (Beschwerdeantwort act. 7 Rz. 23). Ob noch weitere Motive bestehen, ist nicht bekannt, aber auch nicht entscheidend; für den Grundstückserwerb in der Schweiz entstehen ihnen durch ihre Vorgehensweise jedenfalls keine verpönten Vorteile.

### **E. 7.4**

Entgegen den Andeutungen des BJ (Beschwerde Rz. 24) ist eine Gesetzesumgehung auch nicht mit Blick auf potenzielle weitere Begünstigte erkennbar. Dass Kontrollschwierigkeiten entstehen können, weil Beneficiaries nicht im Grundbuch erscheinen (Beschwerde Rz. 29 f.), ist kein trustspezifisches Problem, sondern im BewG angelegt. Auch ein langfristiger Mietvertrag mit unüblichen Konditionen, der nach Art. 4 Abs. 1 Bst. g BewG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a BewV einen bewilligungspflichtigen Erwerbstatbestand darstellt, führt nicht zu Änderungen im Grundbuch und dürfte nur schwer erkennbar sein. Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung begründen für sich allein noch keinen Rechtsmissbrauch. Einem künftigen (unbemerkten)

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 29 Erwerb von eigentümerähnlichen Rechten durch Personen im Ausland ist mit Auflagen und gegebenenfalls eigenständigen Feststellungs- oder Bewilligungsverfahren beizukommen (vgl. auch Thomas M. Mayer, Trusts und Lex Koller, S. 47; Guillaume Grisel, a.a.O., S. 179; Nater-Bass/Seiler, Die Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch aus praktischer Sicht, in successio 2013 S. 220 ff., 221). Der stellvertretende Regierungsstatthalter hat daher zu Recht Auflagen angeordnet (angefochtene Verfügung Dispositiv-Ziff. 4, vorne Bst. B).

### **E. 7.5**

Dem BJ ist allerdings zuzustimmen, dass der Entscheid, ob einer Person eigentümerähnliche Stellung eingeräumt wird (angefochtene Verfügung Dispositiv-Ziff. 4c), nicht bei der Beschwerdegegnerschaft liegt (Beschwerde Rz. 24 und 30). Diese Auflage ist daher dahingehend anzupassen, dass die Trustees eine Feststellungsverfügung oder eine Bewilligung einholen müssen, wenn weitere Personen begünstigt werden, denen im Sinn des BewG eine eigentümerähnliche Stellung zukommen könnte (vgl. auch Art. 14 Abs. 5 BewG). Das BJ beantragt sodann, dass die Trustees an die Bewilligungsbehörde gelangen müssen, wenn Trustees aus ihrem Amt oder die Ferienwohnung (oder ein Teil davon) aus dem Trustvermögen ausscheiden. Dies, um «sicherzustellen, dass die Behörden Gewissheit darüber behalten könn[...], wer Eigentumsrechte bzw. eigentümerähnliche

Rechte im Sinne des BewG an der Ferienwohnung hält» (Beschwerde Rz. 34). Zwar untersteht bloss der Erwerb, nicht aber die Veräusserung bzw. Eigentumsaufgabe der Bewilligungspflicht. Mit Blick darauf, dass hier einige Fragen aufgrund der personellen Identität von Trustees und Beneficiaries offengelassen werden konnten und diese durch das Ausscheiden eines Trustees wegfallen kann, sowie angesichts des womöglich grösseren Rechtsmissbrauchspotenzials bei Trustkonstellationen rechtfertigt sich hier aber die Anordnung der beantragten Auflagen.

## **E. 8**

Trotz grundsätzlich nachvollziehbarer Bedenken gegenüber Trustkonstellationen im Kontext des BewG erscheint die Eigentumsübertragung der Ferien-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 30 enwohnung an die Ehefrau und die beiden Söhne in der hier zu beurteilenden Situation weder bewilligungspflichtig noch rechtsmissbräuchlich. Die Beschwerde erweist sich daher im Wesentlichen als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.3). Begründet ist die Beschwerde hinsichtlich der Formulierung der Auflage in Dispositiv-Ziff. 4c der angefochtenen Verfügung sowie einer zusätzlichen Auflage betreffend Ausscheiden von Trustees aus ihrem Amt oder der Ferienwohnung aus dem Trustvermögen (E. 7.5 hiervor). In diesem Punkt ist die Beschwerde demnach unter Abänderung und Ergänzung der angefochtenen Verfügung gutzuheissen.

## **E. 9.1**

Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt das BJ grossmehrheitlich und wird an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Als Bundesbehörde, die nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, hat es jedoch keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 2 VRPG; BVR 2017 S. 51 [VGE 2014/12/13/17 vom 20.4.2016] nicht publ. E. 6.1, 2003 S. 385 E. 9a; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 31). Das BJ hat der Beschwerdegegnerschaft allerdings die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Das teilweise Obsiegen des BJ rechtfertigt keine Kostenausscheidung.

## **E. 9.2**

Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht macht der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerschaft innerhalb des Rahmentarifs gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) ein Honorar von Fr. 10'432.-- zuzüglich Auslagen und MWSt geltend (Kostennote vom 25.1.2024; act. 30). Das BJ stellt in Frage, ob dieser Aufwand geboten war (act. 31). – Entgegen den Ausführungen des BJ waren im vorliegenden Verfahren komplexe Rechtsfragen zu beantworten. Die Behandlung von Trusts im Rahmen des BewG wirft Probleme auf, die von der Rechtsprechung noch nicht behandelt worden sind; in der Literatur werden unterschiedliche Lösungsansätze vertreten. Die Schwierigkeit des Prozesses, die Bedeutung der Streitsache sowie der gebotene Zeitaufwand

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 31 müssen als überdurchschnittlich bezeichnet werden (vgl. zu den Bemessungskriterien Art. 41 Abs. 3 KAG). Das zeigen auch die Eingaben der Parteien (zweiter

Schriftenwechsel, weitere Stellungnahmen). Nicht zielführend ist der Hinweis des BJ, wonach sich die Beschwerdegegnerschaft aufgrund eines früheren, zufolge Rückzugs des Gesuchs vor Verwaltungsgericht gegenstandslos gewordenen Feststellungsverfahrens in der gleichen Sache mit identischen bzw. sehr ähnlichen Rechtsfragen auseinanderzusetzen hatte (vgl. Abschreibungsverfügung vom 17.12.2020 im Verfahren 100.2020.448). Die am damaligen Verfahren beteiligte Beschwerdegegnerschaft 1 hatte einen anderen Rechtsvertreter (wenn auch von der gleichen Kanzlei), weshalb nicht von wesentlichen Synergieeffekten gesprochen werden kann. Es besteht daher kein Grund, das geltend gemachte Honorar zu kürzen.

### **E. 9.3**

Entgegen der Kostennote vom 25. Januar 2024 ist ein Mehrwertsteuerersatz von 7,7 % und nicht von 8,1 % zu berücksichtigen, da die anwaltlichen Leistungen vor dem 31. Dezember 2023 erbracht worden sind (vgl. Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 112 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20]). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird dahin gutgeheissen, dass die Verfügung des stellvertretenden Regierungstatthalters Interlaken-Oberhasli vom 6. Mai 2022 wie folgt abgeändert und ergänzt wird: «4. Auflagen Die Trustees müssen jeweils eine Feststellungsverfügung bzw. Bewilligung des Regierungstatthalteramts Interlaken-Oberhasli einholen, wenn: a) [...] b) [...] c) weitere Personen aus dem Trust begünstigt werden (Beneficiaries), denen im Sinn des BewG eine eigentümerähnliche Stellung zukommen könnte;

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 08.08.2024, Nr. 100.2022.174U, Seite 32 d) Trustees aus ihrem Amt ausscheiden; e) die oder eines der Grundstücke Grindelwald-Gbbl. Nrn. 1\_\_\_\_\_ - 1 (Wohnung), 1\_\_\_\_\_ -2 (Abstellraum), 1\_\_\_\_\_ -1-1 und 1\_\_\_\_\_ 1-2 (Autoabstellplätze) aus dem Trustvermögen des E.\_\_\_\_\_ Trust ausscheiden bzw. ausscheidet.» Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerschaft für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 11■319.25 (inkl. Auflagen und MWSt), zu ersetzen. 4. Zu eröffnen: - Beschwerdeführer - Beschwerdegegnerschaft - Regierungstatthalteramt Interlaken-Oberhasli - Einwohnergemeinde Grindelwald und mitzuteilen: - Amt für Wirtschaft des Kantons Bern Die Abteilungspräsidentin: Die Gerichtsschreiberin: Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.