

Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts mit besonderem Blick auf die Familienstiftung

Dominique Jakob*

I. Einleitung	63
II. Grundparameter	63
1. Einordnung der Schweizer Stiftung in Europa	63
2. Neuralgische Punkte und Schaltstellen im stiftungsrechtlichen Kontext	65
III. Motion Luginbühl	66
1. Inhalt	66
2. Schicksal	67
IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff	68
1. Traditionelle Begriffsmerkmale	68
2. Weitere Begriffsmerkmale	68
a. Stifterfreiheit	68
b. Governance	68
c. Weitere Merkmale	69
3. Stiftungsindizes	69
V. Die Schweizer Familienstiftung	71
1. Ausgangslage: Mit voller Kraft in die Sackgasse	71
2. Bedürfnis nach Veränderungen	72
3. Lösungsansätze	73
a. Auslegung des Art. 335 ZGB	73
b. (Re-) Justierung der Rechtsprechung	73
c. Modifikation von Art. 335 ZGB	74
d. Totalrevision des Stiftungsrechts	74
e. Schaffung eines neuen Rechtsinstituts	74

* Prof. Dr. iur. DOMINIQUE JAKOB, M.I.L. (Lund), ist Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich (<http://www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch>).

- f. Schaffung eines schweizerischen Trustrechts 77
 g. Familienstiftung und Eintragungspflicht 78

VI. Ausblick 78

Literaturverzeichnis

Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), *Kurzkommentar ZGB*, Basel 2012; von Campenhausen Axel/Richter Andreas (Hrsg.), *Stiftungsrechts-Handbuch*, 4. Aufl., München 2014; Clark Russel, *The Foundations (Guernsey) Law*, 2012: a genuine alternative, *Trusts and Trustees*, Vol. 18, No. 9, Oktober 2012, 886 ff.; Eckhardt Beate/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg, *Der Schweizer Stiftungsreport 2014*, Basel 2014; Edwards Sally, *Migration of foundations to Jersey: a brief guide*, *Trusts and Trustees*, Vol. 20, No. 6, Juli 2014, 583 ff.; Egger Philipp (Hrsg.), *Stiftungsparadies Schweiz – Zahlen, Fakten und Visionen. Zwischen gemeinnützigem und unternehmerischem Handeln*, Basel 2004; Grüniger Harold, *Innovative Vermögensbewirtschaftung im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht – Venture Philanthropy, Social Business, Mission Based Investments zwischen Vision und Haftung*, in: Jakob Dominique (Hrsg.), *Stiften und Gestalten*, Basel 2012, 37 ff.; Guthrie Matthew, *The Foundations (Guernsey) Law 2012*, *Trusts and Trustees*, Vol. 19, No. 6, Juli 2013, 591 ff.; Gutzwiller Peter Max, *Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltstiftung*, *AJP* 2010, 1559 ff.; Jakob Dominique, *Der Schutz des Stifterwillens*, in: Jakob Dominique/von Orelli Lukas (Hrsg.), *Der Stifterwille*, Basel 2014, 55 ff.; ders., *Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht/Le point sur le droit des associations et fondations*, *SJZ* 2014, 553 ff.; ders., *Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz*, *ZSR* 2013 II, 185 ff.; ders., *Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (Fundatio Europaea) – Streifzug durch eine europäische Kulissenlandschaft*, *hpoR* 1/2013, 1 ff.; ders., *Rechtliche Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Stiftungswesen*, in: Jakob Dominique (Hrsg.), *Stiften und Gestalten*, Basel 2012, 3 ff.; ders. (Hrsg.), *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa*, Basel 2010, 1 ff.; ders., *Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland – Rechtsvergleichender Überblick*, in: Beuthien Volker/Gummert Hans (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl., München 2009, § 119; ders., *Die liechtensteinische Stiftung – Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008*, *Schaan* 2009; ders., *Schutz der Stiftung*, *Tübingen* 2006; Jakob Dominique/Gauthey Ladner Danielle, *Die Implementierung des Haager Trust Übereinkommens in der Schweiz*, *IPRax* 2008, 453 ff.; Jakob Dominique/Picht Peter, *Responsible Investments by Foundations from a Legal Perspective*, *International Journal of Not-for-Profit Law* 2013, 53 ff.; dies., *Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung, materielle rechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ*, *AJP* 2010, 855 ff.; Jakob Dominique/Studen Goran, *Die European Foundation – Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts?*, *ZHR* 2010, 61 ff.; Koele Ineke A., *The Dutch private foundation: a robust but flexible tool in dynastic structuring*, *Trusts and Trustees*, Vol. 20, No. 6, Juli 2014, 615 ff.; Kossmann Christoph N., *The Luxembourg patrimonial foundation: an up-date of the current state*, *Trust and Trustees*, Vol. 20, No. 6, Juli 2014, 601 ff.; Le Cornu Philip, *The Foundations (Jersey) Law 200[-]*, *Trusts and Trustees*, Vol. 15, No. 3, Mai 2009, 40 ff.; Mews James, *Jersey: the foundation – key concepts and principles*, *Trusts and Trustees*, Vol. 15, No. 5, Juli 2009, 364 ff.; Mews James/Jones Roberts, *Continuances, mergers and winding up procedures under the newly enacted Jersey Foundation Law*, *Trusts and Trustees*, Vol. 16, No. 6, Juli 2010, 464 ff.; Opel Andrea, *Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient? Eine Analyse unter zivil- und steuerrechtlichem Blickwinkel mit Verbesserungsvorschlägen*, *Jusletter* vom 31. August 2009; Schönenberg Daniela, *Venture Philanthropie. Zulässigkeit und haftungsrechtliche Konsequenzen für Schweizer Stiftungen und deren Organe*, Basel 2011; Sprecher Thomas, *Anstiftung zum Geben*, *Schweizer Monat* 1001/2012, November 2012, 45 ff.; ders., *Braucht die Schweiz ein neues Vehikel zur privatnützigen*

Vermögensperpetuierung?, in: Jakob Dominique (Hrsg.), Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, Basel 2010, 181 ff.; Thévenoz Luc, A Swiss Perspective, Trusts and Trustees, Vol. 19, No. 3 und 4, April/Mai 2013, 296 ff.; Vez Parisima, Les sous-ensembles flous de la fondation, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonmaz Pascal/Hürlimann-Kaup Bettina/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 145 ff.; Vicari Andrea, Country Report: San Marino, The Columbia Journal of European Law Online, 81 ff., abrufbar unter http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2012/03/countryreport_sanmarino81-92.pdf; Wilson David Wallace/López Nagai, Country Report: Switzerland, The Columbia Journal of European Law Online, 26 ff., abrufbar unter http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2012/01/countryreport_switzerland26-35.pdf.

I. Einleitung

Die Stiftung ist ein zweckneutrales und damit auch heterogenes Rechtsinstitut, liegt gemeinnützigen und privatnützigen Stiftungen doch die im Grundsatz gleiche zivilrechtliche Figur zugrunde. Allerdings werden diese verschiedenen Stiftungsarten von ganz unterschiedlichen Wertungen getragen und auch von divergierenden Entwicklungen ausserhalb des reinen Stiftungsrechts begleitet. Das erschwert die Weiterentwicklung des Schweizer Stiftungsrechts, sowohl in allgemeiner Hinsicht als auch im Hinblick auf die Familienstiftung.

Dieser Beitrag möchte zunächst einige Grundparameter betrachten, um dann einen kurzen Blick auf die Motion Luginbühl¹ zu werfen, welche kürzlich das Schweizer Stiftungsrecht auf den Prüfstand des Gesetzgebers gehoben hat.² Im Anschluss sollen einige Gedanken zum «Stiftungsbegriff» angestellt werden. Diese Gedanken beruhen zum Teil auf einer Grundlagenstudie, die der Verfasser angesichts des Schweizerischen Juristentags 2013 angestellt hat,³ werden hier jedoch auf das hiesige Spezialthema übertragen: die Weiterentwicklung der Schweizer Familienstiftung.

II. Grundparameter

1. Einordnung der Schweizer Stiftung in Europa

Beginnen wir mit einigen kurzen Gedanken zu Ruf und Umfeld der Rechtsfigur Stiftung. Die Stiftung – dies ist in den letzten Jahren mehr als deutlich geworden – hat durchaus das Potenzial zu polarisieren. *Gemeinnützige* Stiftungen gelten grund-

¹ Motion Luginbühl (09.3344) «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» vom 20. März 2009.

² Vgl. dazu den Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (09.3344) vom 20. März 2009, BBl 2013, 2213 ff.; siehe zum Gesamtvorgang aus analysierender und wertender Perspektive ausführlich JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, 185, 205 ff.

³ JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 250 ff.

sätzlich als etwas Gutes. Aber Steuerprivilegien stehen immer Steuerausfälle der öffentlichen Hand gegenüber und letztere könnte sogar in ihrer Haushaltshoheit tangiert sein, weil der Staat die Gelder, auf die er verzichtet, gleichsam hingibt in die Hände einiger weniger, demokratisch nicht legitimierter Privater, die das Vermögen nach ihren Wertvorstellungen verteilen. Und so haftet bereits solchen gemeinnützigen Stiftungen eine gewisse Legitimationsfrage an.⁴ *Privatnützige* Stiftungen hingegen sind für Anliegen geeignet, die im heutigen Rechtsumfeld zunehmend als «verpönt» erscheinen, wie etwa zur Perpetuierung von Vermögen, zum Erhalt eines (Familien-) Unternehmens oder schlicht zum Schutz des Vermögens (neudeutsch: «Asset-Protection»). Zwar mutet es eigentlich als nachvollziehbare Motivation an, privates Vermögen durch Pooling und Perpetuierung zusammenhalten zu wollen. Aber derartige Gestaltungen kommen eben häufig in Konflikt mit den Verteilungsgrundsätzen des Erbrechts und durch die typische Diskretion, die ihnen jedenfalls bisher häufig zugrunde lag, auch in den Generalverdacht der Steuerhinterziehung. Zu diesen ganz unterschiedlichen Wertungen, die diese gemeinnützigen und privatnützigen Erscheinungsformen begleiten, kommt ferner eine grosse Komplexität der Materie, nicht zuletzt durch zahlreiche Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten, was häufig zu einem fehlenden Durchblick der politischen Akteure und bisweilen auch der Gesetzgeber im In- und Ausland führt. Und betrachtet man schliesslich die neuen internationalen Regulierungstendenzen – etwa nur die Recommendations der FATF, FATCA oder den automatischen Informationsaustausch (AIA) –, so lässt sich konstatieren: Der Ton für Stiftungen hat sich in den letzten Jahren erheblich verändert. Es ist ein bemerkenswerter Rechtfertigungsdruck entstanden, zudem eine Bürokratisierung, die das Stiftungsleben erschwert.

Fokussiert man auf das Schweizer Stiftungsrecht, handelt es sich im internationalen Vergleich⁵ um ein ausgewogenes Modell – grundsätzlich klassisch-traditionell geprägt, aber doch inzwischen angereichert mit modern-funktionalen Elementen. Es setzt auf Freiheitlichkeit, ohne Missbrauch anzuregen, betont externe (Stiftungsaufsicht) und interne (Revisionsstellenpflicht) Governance-Elemente, bei beteiligtenfreundlichem Rechtsschutz durch grundsätzlich kooperative Behörden und sachkundige Gerichte, verbunden mit der Reputation eines klassischen Stiftungsmodells sowie einem funktionierenden und politisch stabilen Wirtschafts-, Finanz- und Dienstleistungsstandort. Diese Umschreibung klingt nach paradiesischen Zuständen,⁶ doch der Feind des Guten ist bekanntlich das Bessere.⁷ In der Tat hat sich in den letzten Jahren ein Wettbewerb der Standorte um gemeinnütziges wie privatnützi-

4 Siehe hierzu JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 192 ff.

5 Siehe zum schweizerischen Stiftungsrecht im internationalen Kontext kompakt KUKO-ZGB JAKOB, Vor Art. 80–89a N 16 ff. sowie ausführlich JAKOB, in: Stiftungsrechts-Handbuch, § 44 Rn. 60 ff.

6 Siehe hierzu etwa EGGER, *Stiftungsparadies Schweiz – Zahlen, Fakten und Visionen*. Zwischen gemeinnützigem und unternehmerischem Handeln, Basel 2004. Zu diesem stiftungsrechtlichen «Unwort» SPRECHER, *Anstiftung zum Geben*, Schweizer Monat 1001/2012, 45 ff.

7 Insoweit richtig auch die grundsätzliche Stossrichtung der Motion Luginbühl, wenngleich im Wortlaut deutlich überzogen: «Der Stiftungsstandort Schweiz lebt derzeit vor allem von sei-

ges Stiftungskapital herausgebildet. Und so gibt es eine ganze Reihe von Brenn- und Diskussionspunkten, die sich in der internationalen Gesamtschau als Schaltstellen für ein erfolgreiches Stiftungswesen herauszukristallisieren scheinen. An dieser Stelle können nur einige wenige dieser Punkte kurz benannt werden.⁸ Vor allem soll es darum gehen, ein Gespür dafür zu entwickeln, auf welchen unterschiedlichen Ebenen heutzutage im Stiftungswesen diskutiert wird.

2. Neuralgische Punkte und Schaltstellen im stiftungsrechtlichen Kontext

Zu den genannten Diskussionspunkten lassen sich etwa folgende Fragen zählen: Benötigt das Schweizer Stiftungswesen – in Anbetracht der kontinuierlich steigenden Stiftungszahlen⁹ – nicht mehr Qualität statt Quantität und wie liesse sich das erreichen (Massnahmen gegen Inaktivität, Kooperationen, Dachstiftungsmodelle)? Wie soll in einem Stiftungswesen der Zukunft das Verhältnis von Stiftungsvermögen und Stiftungszweck ausgestaltet sein (Stiftungen auf Zeit, Verbrauchsstiftungen)?¹⁰ Wie lassen sich innovative Formen der Vermögensbewirtschaftung und neue Investitionsformen (sustainable/impact/mission based investments, venture philanthropy) in Einklang bringen mit den Grundsätzen des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts?¹¹ Ist unsere Stiftungsaufsicht noch zeitgemäss?¹² Brauchen wir nicht stärkere Stifterrechte, um eine neue, unternehmerischer geprägte Generation von Stiftern zu «begrüssen»?¹³ Bedarf es nicht eines Mehrs an Rechtsschutz für die Stiftungsbeteiligten, die ihre Rollen immer mündiger zu interpretieren verstehen?¹⁴ Sollten die Begünstigten nicht bereits an sich in den Kontrollprozess der Stiftung einbezogen werden?¹⁵ Und könnte das nicht zu einem ganzheitlichen Konzept einer «Foundation Governance»¹⁶ führen und wenn ja, wie könnte ein solches aussehen?

Im Bereich des Steuerrechts stellt sich die grosse Frage: Sind der Umfang und die Grenzen des Schweizer Gemeinnützigkeitsbegriffs noch zeitgemäss? Hier gibt es ei-

nem guten Ruf. Wenn er nicht bald substanziell verbessert bzw. steueroptimiert wird, gerät die Schweiz ins Hintertreffen, dies zu einem denkbar schlechten Zeitpunkt.»

8 Siehe zu einem umfassenderen Überblick JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 199 ff.

9 Vgl. Zahlen und Fakten, Der Schweizer Stiftungsreport 2014, 4 ff.

10 Diese Stiftungsmodelle, die zu immer stärkerer Geltung gelangen, sind nur zwei der hier angesiedelten Punkte; siehe zu diesen ausführlich JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 283 ff. m.w.N.

11 Vgl. JAKOB/PICHT, Responsible Investments by Foundations from a Legal Perspective, *International Journal of Not-for-Profit Law* 2013, 53 ff.; SCHÖNENBERG, *Venture Philanthropie. Zulässigkeit und haftungsrechtliche Konsequenzen für Schweizer Stiftungen und deren Organe*, Zürich 2011; GRÜNINGER, in: *Stiften und Gestalten*, 50 ff.

12 Vgl. hierzu den Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht des EJPD vom 23. Dezember 2010, abrufbar unter: <http://www.ejpd.ch>, sowie den Bericht vom Bundesrat zur Abschreibung der Motion Luginbühl (09.3344) vom 20. März 2009, BBl 2013, 2213, 2224 f. Siehe ausserdem JAKOB, in: *Stiften und Gestalten*, 3 ff.

13 JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 295.

14 Vgl. JAKOB, *Schutz der Stiftung*, 498 ff. sowie JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 201, 319 ff.

15 Vgl. zum liechtensteinischen Recht JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung*, Rn. 397 f.

16 Vgl. JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 255 ff.

nige kritische Punkte (Förderung im Ausland, innovative Investitionsformen, Vergütung von Stiftungsratsmitgliedern), die das zunehmend fraglich erscheinen lassen. Brauchen wir nicht eine Erhöhung oder zumindest Flexibilisierung des Spendenabzugs sowie eine interkantonale Anerkennung oder Freizügigkeit von gemeinnützigen Stiftungen und Spenden, wenn nicht gar eine internationale Freizügigkeit gemeinnütziger Kapitalien (Cross-Border Giving)? Im EU-Kontext verstärkt sich die Problematik durch die europäischen Grundfreiheiten (Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit) und die möglicherweise dereinst (oder auch nicht) kommende¹⁷ supranationale Europäische Stiftung.¹⁸

Jenseits des Stiftungsrechts muss die Reform des Pflichtteilsrechts angegangen werden. Diese hat offensichtlich grossen Einfluss auf das Stiftungswesen, weil die Pflichtteilsbindung – derzeit zu statisch und rigide – den Löwenanteil eines Nachlassvermögens (bei einem Kind: dreiviertel) einer Stiftungsgestaltung entzieht;¹⁹ zumindest über Privilegien für gemeinnützige Zuwendungen, wie sie in anderen Ländern existieren, sollte nachgedacht werden.

Und schliesslich dürfte mit Blick auf das vorliegende Thema nicht zu viel vorweggenommen sein, wenn konstatiert wird: Die Schweizer Familienstiftung befindet sich in einer Sackgasse. Sie leidet unter dem zu engen Korsett des Art. 335 ZGB und unter diskriminierenden steuerrechtlichen Fallstricken.

III. Motion Luginbühl

1. Inhalt

Vor dem Hintergrund all dieser Punkte ist es nicht überraschend, dass im März 2009 eine Motion zum Stiftungsrecht eingereicht wurde: die Motion Luginbühl zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz».²⁰ Überraschend war allerdings der Inhalt der Motion. Wörtlich wollte die Motion den Bundesrat beauftragen, «den Stiftungsstandort Schweiz für in- und ausländische Stifter und Stiftungen attraktiv zu halten. [...] Die Rahmenbedingungen für gemeinnützige Förderstiftungen wie auch Familienstiftungen sind fiskalisch ebenso attraktiv auszugestalten, wie

¹⁷ Siehe zu diesem nicht gerade als glücklich zu bezeichnenden Ringen um die Fundatio Europaea aktuell JAKOB, in: Der Schweizer Stiftungsreport 2014, 19, 22.

¹⁸ Siehe ausführlich zur Fundatio Europaea und ihrer Entwicklung JAKOB/STUDEN, Die European Foundation – Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts, ZHR 2010, 61 ff.; JAKOB, Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (Fundatio Europaea) – Streifzug durch eine europäische Kulissenlandschaft, npoR 1/2013 1 ff.

¹⁹ Siehe zum Problemkreis «Stiftung und Pflichtteil» und vor allem zum Potential von lebzeitigen Gestaltungen KUKO-ZGB JAKOB, Art. 82 N 1 ff. sowie rechtsvergleichend JAKOB, in: Stiftungsrechts-Handbuch, § 44 Rn. 151 ff.

²⁰ Motion Luginbühl (09.3344) «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» vom 20. März 2009.

sie es im benachbarten Ausland sind. Dann sollen die Stiftungen aber auch in ihrer gemeinnützigen Rolle mehr Bedeutung erlangen [...]»²¹ Es ist schnell ersichtlich, dass in diesem Motionstext die wesentlichen Elemente des Stiftungswesens miteinander vermengt werden: Privatrecht und Steuerrecht, gemeinnützige Förderstiftungen und Familienstiftungen. Durch die viel zu wenig präzise Formulierung ist das Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht gleichsam als Ganzes auf den Prüfstand gehoben worden, und das mit dem alles beherrschenden, aber durchaus fragwürdigen Auftrag, den Standort «attraktiver» zu machen.

2. Schicksal

Am 27. Februar 2013 hat der Bundesrat einen Bericht zur Motion veröffentlicht und die Abschreibung beantragt mit der Begründung, die Schweiz sei als Stiftungsstandort ausreichend attraktiv.²² Es bestehe weder in zivilrechtlicher noch in steuerrechtlicher Hinsicht ein zwingender Handlungsbedarf. Der Bundesrat hat sich in seinem Bericht zwar eine breite Auswahl an Themen vorgenommen, allerdings – diese Wertung sollte erlaubt sein – mit einer viel zu unpräzisen Durchdringung und einer nicht ausreichend dogmatischen Argumentation. Vor allem werden die Fragen ausschliesslich unter der zweifelhaften Fragestellung geprüft, ob durch eine Gesetzesänderung der Standort attraktiver würde. Tatsächlich ist im Bundesratsbericht regelmässig zu lesen, dass die ein oder andere Handlungsmöglichkeit zwar bestünde, ob dadurch aber der Standort attraktiver würde, sei nicht gesagt, weshalb von Massnahmen abzusehen sei. Und das war sicherlich der strukturelle Fehler der Motion: Es kann nicht um die «Attraktivität» eines Standorts als strukturelles Ziel gehen, Attraktivität beschreibt allenfalls den Sekundäreffekt von strukturellen Massnahmen. Es hätte vielmehr darum gehen sollen, einen Rechtsbestand sinnvoll fortzuentwickeln und auf nachhaltig moderne Beine zu stellen.²³ Oder aus einer anderen Perspektive um die ganzheitlich zugespitzte Frage: Welche Stiftungsstrategie braucht die Schweiz?

An der Stelle sollen einige grundlegende Gedanken angestellt werden. Denn es ist der springende Punkt und wird die Kunst sein, diese so unterschiedlichen, aber doch inhaltlich zusammenhängen Ebenen nicht willkürlich und singular, sondern in einer homogenen Systematik weiterzuentwickeln; also *einheitliche Leitwertungen* zu finden, die die einzelnen Protagonisten auf den verschiedenen Ebenen und in den unterschiedlichen Fragestellungen auf einem einheitlichen Weg halten und leiten können. Sucht man nach solchen Leitwertungen, muss man sich auf die Grundlagen der Rechtsform besinnen, und das ist im Stiftungsrecht der sogenannte «Stiftungsbegriff».

²¹ Vgl. vorhergehende Fn. 20.

²² Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (09.3344) vom 20. März 2009, BBl 2013, 2213, 2248. Dem Votum des Bundesrates haben sich der Nationalrat am 12. Juni 2014 (AmtlBull NR, SS 2014 vom 12. Juni 2014) sowie der Ständerat am 11. September 2014 (AmtlBull SR, HS 2014 vom 11. September 2014) angeschlossen.

²³ Siehe zu einer wertenden Analyse der Motion Luginbühl und ihres Inhalts ausführlich JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 205 ff.

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

1. Traditionelle Begriffsmerkmale

Der Stiftungsbegriff setzt sich traditionell aus drei Merkmalen zusammen: nämlich Zweck, Vermögen und Organisation.²⁴ Ein Vermögen wird für einen bestimmten Zweck gewidmet und in einer handlungsfähigen Organisation grundsätzlich dauerhaft zu einer juristischen Person abstrahiert. Indes: Möglicherweise ist es an der Zeit, diesen Begriff neu zu betrachten. Das Umfeld von und für Stiftungen hat sich in den letzten Jahren stark verändert. Und vielleicht bedarf es neuer und weiterer Merkmale, um die Stiftung des 21. Jahrhunderts in ihren unterschiedlichen Spielarten und Facetten, aber auch im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen zu verstehen und zu charakterisieren.²⁵

2. Weitere Begriffsmerkmale

a. *Stifterfreiheit*

Das erste Merkmal, welches als Leitwertung dienen kann, ist die Stifterfreiheit. Darunter versteht man die Freiheit, eine Stiftung zu errichten und den Zweck frei zu bestimmen, einhergehend mit einer weitgehenden Gestaltungs- und Organisationsfreiheit des Stifters. Die Stifterfreiheit ist und war immer eines der dominierenden Grundmerkmale des Schweizer Stiftungsrechts, und das ist im internationalen Rundblick keineswegs selbstverständlich. Umso wichtiger und wertvoller erscheint es daher für die Schweizer Stiftung, dieses Merkmal auch zu wahren und zu schützen. Freilich steht dieses Ziel in einem gewissen Spannungsfeld mit den neuen Regulierungstendenzen des Sektors, wodurch bereits Punkte zu Tage treten, für welche Lösungen gesucht und gefunden werden müssen.

b. *Governance*

Das zweite vorzustellende Merkmal ist die «Governance». Es ist allgemein bekannt, dass die «Foundation Governance» derzeit eines der beherrschenden Themen des Stiftungssektors ist. Der Governance-Gedanke knüpft am rechtsformtypischen Schutzdefizit der Stiftung an, sieht jedoch nicht nur die staatliche Stiftungsaufsicht als Schutzgaranten, sondern möchte auch die weiteren Stiftungsbeteiligten in die Verantwortung einbeziehen. Es geht also um ein Zusammenspiel verschiedener Kontrollmechanismen auf unterschiedlichen Ebenen (Gesetzgeber, Stifter, Handlungsorgane). Dieser Ansatz gibt dem Governance-Gedanken eine gestalterische Dimension und stellt ihn in den Kontext von Stifterfreiheit und Privatautonomie.²⁶

²⁴ Vgl. KUKO-ZGB JAKOB, Vor Art. 80–89a N 6; dazu auch ausführlich JAKOB, MüHB GesR, § 119 Rn. 23; zum klassischen Stiftungsbegriff auch JAKOB, Schutz der Stiftung, 37 ff.

²⁵ Siehe ausführlich zu den nachfolgenden Gedanken JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 250 ff.

²⁶ Weiterführend dazu JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 294 ff.; JAKOB, in: Der Stifterwille, 55 ff.

Gleichzeitig dürfte unbestritten sein, dass eine Stiftungsrechtsordnung heutzutage eine funktionierende Governance bieten muss, wenn sie als hochwertige Stiftungsrechtsordnung gelten möchte; nicht nur aus Sicht ausländischer Staaten, auch aus Sicht potentieller Stifter hat sich das Governance-System somit als Standortfaktor etabliert.²⁷ Zudem hat sich die internationale Staatengemeinschaft dahin entwickelt, dass besondere Stiftungsmodelle oder besonders freiheitliche Merkmale einer Stiftungsrechtsordnung, z.B. weitgehende Stifterrechte, heute nur noch dann rechtssicher und widerspruchlos verwirklicht werden können, wenn sie mit zupackenden Kontrollmechanismen verknüpft sind. Man sieht bereits an dieser Stelle: Stifterfreiheit und Governance schliessen sich nicht aus, sondern bedingen und regulieren sich gegenseitig.

c. Weitere Merkmale

Nur kurz hingewiesen sei an dieser Stelle²⁸ auf das Merkmal der «Compliance» als Unterfall der Governance sowie auf zwei weitere wichtige Merkmale, nämlich Transparenz und Vertraulichkeit, die sich zu widersprechen scheinen, aber wiederum beide zu grösstmöglicher Geltung und somit in eine praktische Konkordanz gebracht werden müssen. Schliesslich muss eine Rechtsordnung auch den Schutz der Rechte Dritter bieten; möchte sie als moderne und hochwertige Stiftungsrechtsordnung gelten, ist der Schutz legitimer Ansprüche von Erben, Ehegatten und Gläubigern ein nicht zu unterschätzender Faktor.

3. Stiftungsindizes

All die genannten Merkmale und Leitwertungen setzen sich wieder aus Einzelmerkmalen zusammen, die abermals erst in ihrer Gesamtschau die qualitative «Flughöhe» einer Rechtsordnung prägen. Um die Rechtsordnungen untereinander vergleichbar zu machen, können die einzelnen Begriffe daher in Einzelmerkmale aufgespalten und diese mit (hier subjektiv vergebenen) Punkten versehen werden, um auf diese Weise zu untereinander vergleichbaren Indizes zu kommen. Dieser an anderer Stelle ausführlich hergeleitete Ansatz²⁹ soll nachfolgend für die beiden Hauptmerkmale *Freiheit* und *Governance* und die Vergleichsländer Schweiz, Liechtenstein und Deutschland graphisch illustriert werden (Abbildungen 1 und 2). Die für diesen Beitrag allein entscheidende Botschaft bilden jedoch nicht die Einzelwertungen, auch nicht die Feststellung, dass eine Rechtsordnung im Bereich der Governance oder der Freiheitlichkeit vor der anderen liegt. Der Clou besteht vielmehr in der Relation der Indizes: Es ist nämlich nicht so, dass eine Rechtsordnung nur im

²⁷ KUKO-ZGB JAKOB, Art. 83 N20; zu möglichen Governance-Ansätzen als Charakteristikum einer Stiftungsrechtsordnung ferner JAKOB, in: Stiftungsrechts-Handbuch, § 44 Rn. 134; JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung, Rn. 442 ff.

²⁸ Siehe ausführlich zu den angesprochenen Gedanken JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 256 f.

²⁹ Ausführlich JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 262 ff.; JAKOB, in: Der Schweizer Stiftungsreport 2014, 13 ff.

Bereich der Freiheitlichkeit *oder* der Governance punkten, sondern vielmehr in beiden Bereichen vorne liegen kann. Freiheit und Governance schliessen sich also nicht aus, sondern können beide eine Rechtsordnung prägen. Und das sollte in der Tat das Ziel sein: Freiheit *und* Governance sowie auch die übrigen Leitwertungen möglichst alle zur grösstmöglichen Geltung zu bringen.

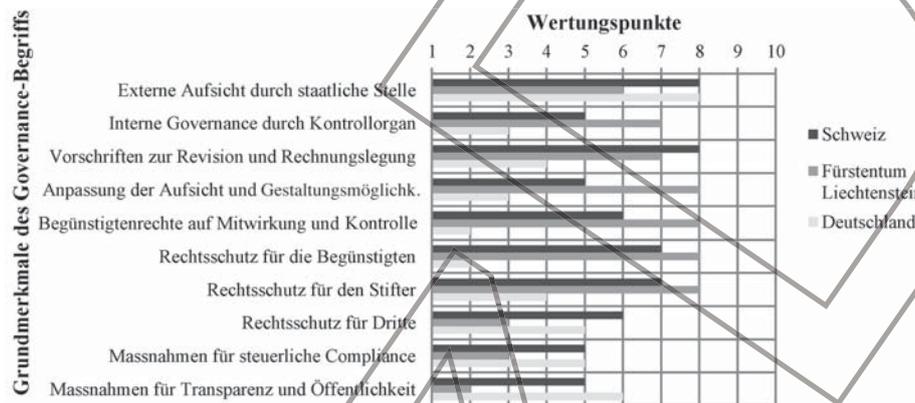


Abbildung 1: Governance-Index

Governance-Index: Schweiz 6,2 (8, 5, 8, 5, 6, 7, 7, 6, 5, 5), Fürstentum Liechtenstein 6,0 (6, 7, 7, 8, 8, 8, 8, 3, 3, 2), Deutschland 4,2 (8, 3, 4, 3, 2, 2, 4, 5, 5, 6).

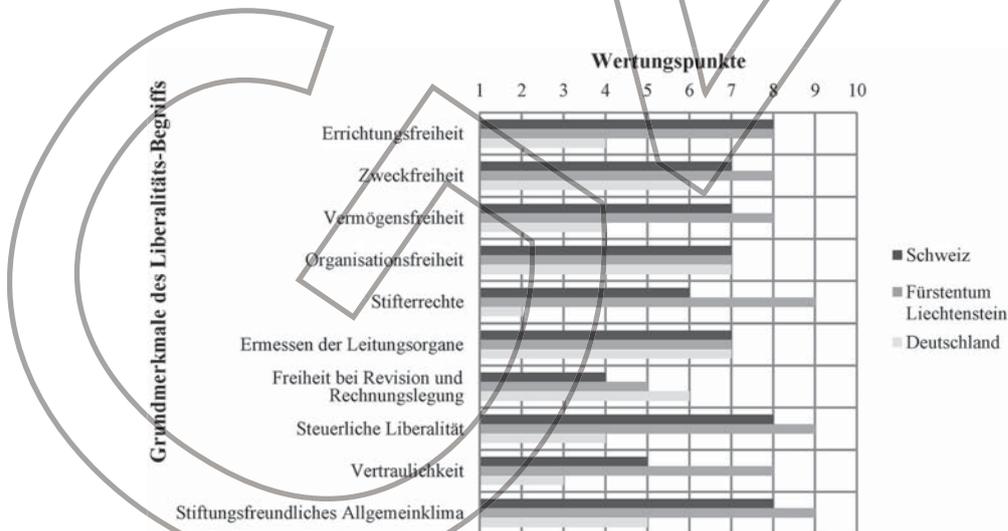


Abbildung 2: Liberalitäts-Index

Liberalitäts-Index: Schweiz 6,7 (8, 7, 7, 7, 6, 7, 4, 8, 5, 8), Fürstentum Liechtenstein 7,8 (8, 8, 8, 7, 9, 7, 5, 9, 8, 9), Deutschland 4,8 (4, 6, 4, 7, 2, 7, 6, 4, 3, 5).

Vor diesem Hintergrund sei nun die Perspektive gewechselt und auf die Familienstiftung geblickt.

V. Die Schweizer Familienstiftung

1. Ausgangslage: Mit voller Kraft in die Sackgasse

Es ist allgemein bekannt, dass sich der Streit um die Familienstiftung manifestiert an der Formulierung des Art. 335 ZGB,³⁰ welcher Familienstiftungen nur unter gewissen anlassbezogenen Zwecken und sogenannten ähnlichen Zwecken zulässt. Dahinter stehen die Wertvorstellungen des historischen Gesetzgebers, neofeudale Strukturen zu verhindern, dem Müssiggang nachfolgender Generationen vorzubeugen und die dauerhafte Immobilisierung von Wirtschaftsgütern zu vermeiden (wie sie auch von Art. 335 Abs. 2 ZGB, dem Verbot neuer Familienfideikommisse, getragen werden).³¹ Jedoch wird seit Jahrzehnten darüber diskutiert, ob man die strenge Interpretation der Rechtsprechung, die vom Bundesgericht erst im Jahre 1945 eingeführt wurde³² (davor wurden die heute verpönten Strukturen als zulässig erachtet) nicht lockern und die Schweizer Familienstiftung nicht doch (wieder) für voraussetzungslose Zahlungen, etwa von Unterhaltsleistungen, öffnen könne. Der Bundesrat hat dazu in seinem Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl vom 27. Februar 2013³³ Stellung genommen, mit folgenden Worten: «Die Kritik am geltenden Recht trägt (...) dem Umstand zu wenig Rechnung, dass der historische Gesetzgeber den Müssiggang bekämpfen und eine dauernde Bindung zur toten Hand vermeiden wollte. (...) Ob eine Neuregelung der Familienstiftung geeignet ist, eine Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz herbeizuführen, ist zu bezweifeln. Blosser Vermutungen oder rein fiskalische Gründe rechtfertigen keine Neuordnung des Privatrechts.»

In diesem Zitat kommt das gesamte strukturelle Problem der Motion illustrativ zum Ausdruck. Zum einen wäre es aufgrund der Verklammerung der Themen ein Wunder gewesen, wenn der Bundesrat die klassische Stiftung unberührt gelassen und nur an die Familienstiftung Hand angelegt hätte. Zum anderen wird deutlich, wie einfach sich der Bundesrat hinter der «Attraktivitätsfrage» verstecken kann, ohne

³⁰ Art. 335 Abs. 1 ZGB: Ein Vermögen kann mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird.

Art. 335 Abs. 2 ZGB: Die Errichtung von Familienfideikommissen ist nicht mehr gestattet.

³¹ Siehe ausführlich zu Hintergrund, Umfang und Wirkung von Art. 335 ZGB und zur Diskussion um seine Öffnung KUKO-ZGB JAKOB, Art. 335 N 2 ff., sowie JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 323 ff., jeweils mit umfassenden w.N.

³² BGE 71 I 265, E. 1.

³³ Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (09.3344) vom 20. März 2009, BBl 2013, 2213, 2227 f.

dogmatisch auf irgendeine Weise Farbe bekennen zu müssen. Aber dennoch bleibt die Frage bestehen, wie der Bundesrat zu einer derart lapidaren Aussage gelangen kann.

2. Bedürfnis nach Veränderungen

Blickt man auf die in den letzten Jahrzehnten ergangene Literatur zur Familienstiftung,³⁴ so wird, in einem Satz zusammengefasst, ein glasklares Bedürfnis nach einer Öffnung der Schweizer Familienstiftung formuliert. Und dieses Bedürfnis wird auch durch die empirische Bestandsaufnahme bestätigt. Wenn in den letzten Jahrzehnten derart viele ausländische Stiftungen und Trusts aus der Schweiz heraus errichtet wurden, scheint ein Gestaltungsbedürfnis zu bestehen – Stiftungen wohlgemerkt, die nach international-privatrechtlichen Grundsätzen anzuerkennen sind,³⁵ ebenso wie Trusts nach dem seit 2007 für die Schweiz in Kraft stehenden Haager Trust-Übereinkommen.³⁶ Diese Anerkennung ausländischer Gestaltungsformen ist dogmatisch wie rechtspolitisch der richtige Schritt,³⁷ zeigt aus einer anderen Perspektive aber deutlich, dass das, was früher noch als Selbstbeschränkung interpretiert werden konnte, längst zur Selbstdiskriminierung angewachsen ist. Und es sind diese ausländischen Stiftungsformen, die auch ein gewisses Stück zu den heutigen Problemen des Finanzplatzes beigetragen haben. Das ist keine Kritik an den ausländischen Rechtsinstituten, aber es scheint eben doch nicht ganz einfach gewesen zu sein, diese fremdrechtlichen Vehikel aus der Schweiz heraus richtig zu handhaben. Und deswegen wäre die Frage, die der Bundesrat hätte beantworten müssen, nicht diejenige gewesen, ob der Standort «attraktiver» würde, sondern die Frage, ob man Personen in der Schweiz mit legitimen Planungsinteressen wirklich weiterhin auf ausländische Rechtsvehikel verweisen darf oder nicht doch eine Schweizer Rechtsfigur zur Verfügung stellen muss, die nach schweizerischen Qualitätsgrundsätzen auch im Hinblick auf Governance und Compliance ausgestattet ist; und ob man angesichts der heutigen internationalen Anforderungen die Governance über derartige Gestaltungen nicht selbst ausüben muss, anstatt sie anderen Rechtsordnungen zu überlassen.

34 Siehe die Zusammenfassung der Argumente der wichtigsten Autoren mit zahlreichen w.N. JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 324 f.

35 Siehe zur Anerkennung ausländischer Stiftungen Art. 154 IPRG; ferner JAKOB, MüHB GesR, § 119 Rn. 34; KUKO-ZGB JAKOB, Art. 335 N 17 ff., sowie zur Anerkennung liechtensteinischer Stiftungen in der Schweiz JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung, Rn. 721.

36 Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Juli 1985, SR 0.221.371; siehe hierzu JAKOB/GAUTHY LADNER, Die Implementierung des Haager Übereinkommens in der Schweiz, IPRax 2008, 453 ff. Zu Aspekten der Nachlassplanung unter Einsatz von Trust-Strukturen ausserdem JAKOB/PICHT, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung, AJP 2010, 855 ff.

37 Richtig etwa auch BGE 135 III 614: Art. 335 ZGB ist keine «loi d'application immédiate», ausländische Unterhaltsstiftungen sind anzuerkennen. Siehe hierzu KUKO-ZGB JAKOB, Art. 335 N 18.

3. Lösungsansätze

Wenn man sich darauf einlassen wollte, die Situation zu überdenken, gäbe es zahlreiche Ansätze, und es sei vorweggenommen, dass diese – entgegen der Aussagen des Bundesrats³⁸ – keinesfalls zwingend zu einer «Neuordnung des Privatrechts» führen müssten.

a. Auslegung des Art. 335 ZGB

Man könnte damit beginnen, Art. 335 ZGB liberaler auszulegen. Dies wäre aus Sicht des Verfassers bereits heute möglich,³⁹ ist vor dem Hintergrund der zum Teil unreflektierten Rechtsprechung aber mit Rechtsunsicherheiten verbunden.

b. (Re-) Justierung der Rechtsprechung

Des Weiteren wäre darauf zu hoffen, dass das Bundesgericht zur Bereitschaft gelangen würde, seine Rechtsprechung zu justieren bzw. zu rejustieren. Es ist inzwischen mehrfach wissenschaftlich hergeleitet worden,⁴⁰ dass jene zur Wehrsteuer ergangene Leitentscheidung aus dem Jahre 1945,⁴¹ die ja überhaupt erst zu dieser restriktiven Handhabung der Vorschrift geführt hat,⁴² zwar für sich genommen im Ergebnis richtig war, weil eine sehr spezielle Situation zu beurteilen war,⁴³ vom Bundesgericht aber kaum als pauschales Verbot voraussetzungsloser Ausschüttungen gedacht gewesen sein konnte; und dass diese Entscheidung in den nachfolgenden Jahrzehnten wohl schlicht und einfach überinterpretiert wurde, und zwar ohne dass das Bundesgericht sich seit jeher nochmals mit der Frage ernsthaft dogmatisch beschäftigt hätte.⁴⁴ Das wäre eigentlich der einzige Appell: Dass sich das Bundesgericht nochmals ernsthaft mit der Frage auseinandersetzt, hierbei die Entwicklung der Gesellschaft in den letzten Jahrzehnten einbezieht, die Argumente der Literatur würdigt und dann zu einer begründeten Entscheidung gelangt. Diese Entscheidung mag aussehen wie sie will, aber es wäre für die Rechtspraxis fundamental zu wissen, wie die Zukunft des Rechtsinstituts aus Richtersicht auszusehen hat.

38 Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (09.3344) vom 20. März 2009, BBl 2013, 2213, 2228.

39 Siehe dazu KUKO-ZGB JAKOB, Art. 335 N 3 ff.; JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 331 ff.

40 GUTZWILLER, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung, AJP 2010, 1559 ff.; JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 329 ff.; VEZ, in: Une empreinte sur le Code Civil Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, 2013, 145, 148 f.

41 BGE 71 I 265.

42 Siehe zum Rechtszustand vor dieser Zeit und den damaligen Gestaltungsmöglichkeiten GUTZWILLER, AJP 2010, 1559.

43 Vgl. JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 329 ff.

44 Siehe etwa BGer vom 12. Dezember 2010, 2C_157/2010, 2C_163/2010, E. 11.3; BGE 108 II 393, E. 6a; vgl. KUKO-ZGB JAKOB, Art. 335 N 4.

c. *Modifikation von Art. 335 ZGB*

Soll mehr geschehen (und möchte man Unabhängigkeit von der Haltung der Rechtsprechung erlangen), wäre der Gesetzgeber aufgerufen, über eine Gesetzesänderung nachzudenken. Hier steht zuvörderst eine Modifikation des Art. 335 ZGB im Raum. Nach Ansicht des Verfassers sollte die Vorschrift nicht abgeschafft werden; aber wenn man der *dauerhaften* Perpetuierung von Wirtschaftsgütern entgegenwirken möchte, könnte man auch eine zeitliche Grenze für das Unterhaltselement einführen. Hier bestünde grosses Potential für gemischte Gestaltungsmodelle, bei welchen unbegrenzte gemeinnützige Zwecke mit einem zeitlich begrenzten Privatnützigkeitsteil (auch zur unterhaltsartigen Versorgung der nächsten Generation) kombiniert werden würden. Oder man könnte eine die Unterhaltskomponente begrenzende Vermögens- oder Ausschüttungsquote festsetzen, das Unterhaltselement anhand einer besonderen Nähe der Familienmitglieder kanalisieren oder die Wertungen des Pflichtteilsrechts als Korrektiv nehmen.⁴⁵ Es gibt also mehrere Möglichkeiten, die sich technisch alle relativ einfach bewerkstelligen lassen, sich innerhalb der Wertungen des Erbrechts einfinden und keinesfalls eine Neuordnung des Privatrechts erfordern würden.

d. *Totalrevision des Stiftungsrechts*

Möchte man sich an die Struktur des geltenden Stiftungsrechts heranwagen, könnte man auch über eine Totalrevision des Stiftungsrechts nachdenken. Das liegt vielleicht nicht auf der Hand, wäre aber sicherlich ein spannendes Projekt mit Potenzial für neue, *ganzheitliche* Ansätze. Etwa könnte man sich verabschieden von dem heutigen Konzept, welches nur die klassische Stiftung neben einzelnen Sonderformen kennt. Stattdessen könnte das Stiftungsrecht darauf ausgerichtet werden, auch stiftungsrechtlich zu trennen in die *privatnützige* Stiftung auf der einen und die *gemeinnützige* Stiftung auf der anderen Seite und daran auch die Voraussetzungen der Gründung und die Governance zu knüpfen. Auf diesem Gedanken basiert die Totalrevision des liechtensteinischen Stiftungsrechts zum 1. April 2009,⁴⁶ welche insofern auch für die Schweiz kein völlig fernliegendes Gedankenmodell wäre.

e. *Schaffung eines neuen Rechtsinstituts*

Schliesslich: Wenn man noch weiter gehen möchte, könnte man die Stiftung lassen wie sie ist und neben ihr ein neues Rechtsinstitut schaffen, gerade für die spezifischen Bedürfnisse der privaten Vermögensverwaltung. Das Sympathische an dieser Lösung wäre, dass sowohl das heutige klassische Stiftungsrecht unangetastet bleiben könnte (was auch dem Gemeinnützigkeitssektor die Bauchschmerzen nehmen würde) als auch die Familienstiftung mit den ihr immanenten Wertungen. Dieses Thema war bereits Gegenstand des 1. Zürcher Stiftungsrechtstags.⁴⁷ THOMAS SPRE-

⁴⁵ Vgl. JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 333.

⁴⁶ Hierzu im Detail JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung, Rn. 9 ff.

⁴⁷ Vgl. JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, 143 ff.

CHER hat damals in seinem Tagungsbeitrag⁴⁸ den Arbeitstitel «Privatfonds» für eine solche Rechtsform geprägt, um auch eine terminologische Abgrenzung zum Stiftungswesen zu erreichen. Hauptmerkmale einer solchen Rechtsform wären etwa die folgenden: Es handelt sich um eine juristische Person, die versuchen würde, Stifterfreiheit und Privatsphäre möglichst weitgehend zur Geltung zu bringen, bei gleichzeitiger (vor allem interner) Governance, Compliance und dem Schutz der Rechte Dritter; zudem bedürfte es einer sinnvollen, nicht länger diskriminierenden,⁴⁹ sondern ganzheitlichen Besteuerung.⁵⁰ Der Clou wäre, dass hierdurch weder die Wertungen von Art. 335 ZGB noch diejenigen des Steuerrechts unterlaufen würden, sondern vielmehr durch ein neues Gesamtkonzept modernen Gestaltungsbedürfnissen trotz bestmöglicher Kontrolle Rechnung getragen würde – liberale Gestaltungsfreiheit also bei starker Compliance und Governance. Die Schweiz könnte hiermit im internationalen Standortmarkt doppelt punkten: Weil sie (endlich) eine rechtssichere Rechtsform für privatnützige Vermögensperpetuierung zur Verfügung stellt, gleichzeitig aber eine moderne Kontrolle zu Händen der internationalen Staatenwelt ausübt.⁵¹

An dieser Stelle mag die Frage auftreten, ob sich die Schweiz ein solches gesetzgeberisches Vorgehen im heutigen internationalen Umfeld überhaupt erlauben könnte, ohne sich hierdurch auf eine Liste mit den «Offshore-Jurisdiktionen» zu kapitulieren. Die Antwort hängt natürlich direkt proportional davon ab, mit wieviel Augenmass und Kompetenz das mögliche Institut gestaltet würde. Um jedoch ein Gespür dafür zu entwickeln, in welchem internationalen Umfeld sich die Schweiz befindet, soll ein kurzer und bewusst exemplarischer Überblick gegeben werden, was andere Rechtsordnungen derzeit in ähnlichen Situationen tun.

Blicken wir auf Luxemburg: Das Grossherzogtum hat mit Gesetzesentwurf No. 6595 vom 22. Juli 2013⁵² kürzlich ein neues Institut vorgestellt, eine «fondation patrimoniale», mit welcher gerade Unternehmer, Familien und Privatpersonen ihr (Familien-) Vermögen erhalten und Nachlassplanung betreiben können, und dies nicht zuletzt als Reaktion auf die Abschaffung des Bankgeheimnisses und die Einführung des automatischen Informationsaustauschs.⁵³ In ihrer Struktur ist die «fondation patrimoniale»⁵⁴ eine juristische Person, entsteht mit notarieller Beurkun-

48 SPRECHER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, 181 ff.

49 Siehe zur derzeitigen problematischen Besteuerung der Familienstiftung statt vieler OPEL, Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient? Eine Analyse unter zivil- und steuerrechtlichem Blickwinkel mit Verbesserungsvorschlägen, Jusletter vom 31. August 2009.

50 Siehe dazu bereits JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, 1, 19.

51 Siehe zu diesen Gedanken bereits JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 336.

52 Gesetzesentwurf des Grossherzogtums Luxemburg Nr. 6595/00 vom 22. Juli 2013 zur «fondation patrimoniale», abrufbar unter <http://www.chd.lu>.

53 Vgl. etwa FERRIAN/TAKERKART-WOLF/SCHMIT, The Luxembourg Private Foundation, abrufbar unter <http://www.wildgen.lu>.

54 Siehe zu den Einzelheiten der Rechtsform KOSSMANN, The Luxembourg patrimonial foundation: an up-date of the current state, Trusts and Trustees, Vol. 20, No. 6, 2014, 601 ff.

dung und Handelsregistereintrag, darf nicht zu kommerziellen Zwecken errichtet werden, bietet Vertraulichkeit im Hinblick auf Stifter und Begünstigte und den Vorbehalt gewisser Rechte des Stifters; es gibt Vorschriften zur Rechnungslegung, ein Revisionsorgan und ein (privates) Aufsichtsorgan, eine vom Stifter zum Teil gestaltbare interne Governance, Beteiligtenrechte im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfung des Organverhaltens und eine sinnvolle Besteuerung. Am 29. April 2014 hat der Staatsrat einige Änderungen vorgeschlagen,⁵⁵ zu welchen er am 7. Oktober 2014 nochmals Stellung bezogen hat.⁵⁶ Diese neue Rechtsform kann hier nicht evaluiert und soll auch nicht beworben werden; zur Kenntnis zu nehmen ist aber der Versuch, neben dem klassischen Stiftungsrecht eine zeitgemässe Rechtsform zu schaffen für die private Vermögensverwaltung, die diejenigen Grundparameter verwirklichen möchte, die auch in diesem Beitrag genannt wurden.

Ebenfalls interessante Anschauungsobjekte sind die Jersey-Foundation⁵⁷ und die Guernsey-Foundation⁵⁸; diese in den Jahren 2009 bzw. 2012 geschaffenen Rechtsfiguren sind bereits stärker im «offshore»-Bereich anzusiedeln, so dass die Schweiz versuchen müsste, sich inhaltlich abzugrenzen. Aber es schadet nicht, auch diese Institute in den Blick zu nehmen, um zu sehen, welche Ansätze andere Rechtsordnungen (hier mit angloamerikanischer Prägung) derzeit verfolgen. Und schliesslich ist zu beobachten, dass traditionelle Stiftungsrechts-Jurisdiktionen ihre bestehenden Gebilde neu in Stellung zu bringen versuchen, z.B. in den Niederlanden, wo die private Stiftung («Stichting») bereits 1956 gesetzlich verankert wurde, letztere aber durch eine Änderung der steuerlichen Rahmenbedingungen im Jahr 2010⁵⁹ von einem Mauerblümchen zu einem sehr beliebten und häufig gebrauchten Institut für die internationale Vermögensstrukturierung geworden ist.

55 Änderung des Gesetzesentwurfs des Grossherzogtums Luxemburg Nr. 6595/01 zur «fondation patrimoniale» vom 29. April 2014, abrufbar unter <http://www.chd.lu>.

56 Änderung des Gesetzesentwurfs des Grossherzogtums Luxemburg Nr. 6595/03 zur «fondation patrimoniale» vom 7. Oktober 2014, abrufbar unter <http://www.chd.lu>.

57 Foundations (Jersey) Law 2009, abrufbar unter <http://www.jerseylaw.je>. Siehe dazu MEWS, Jersey: the foundation – key concepts and principles, *Trusts and Trustees*, Vol. 15, No. 5, 2009, 364 ff.; LE CORNU, The Foundations (Jersey) Law 200[–], *Trusts and Trustees*, Vol. 15, No. 3, 2009, 40 ff.; zum Zuzug von Stiftungen nach Jersey siehe EDWARDS, Migration of foundations to Jersey: a brief guide, *Trusts and Trustees*, Vol. 20, No. 6, 2014, 583 ff.; für einen weitergehenden Überblick vgl. MEWS/JONES, Continuances, mergers and winding up procedures under the newly enacted Jersey Foundation Law, *Trusts and Trustees*, Vol. 16, No. 6, 2010, 464 ff.

58 Foundations (Guernsey) Law 2012, abrufbar unter <http://www.guernseylegalresources.gg>. Siehe dazu GUTHRIE, The Foundations (Guernsey) Law 2012, *Trusts and Trustees*, Vol. 19, No. 6, 2013, 591 ff.; CLARK, The Foundations (Guernsey) Law, 2012: a genuine alternative, *Trusts and Trustees*, Vol. 18, No. 9, 2012, 886 ff.

59 Vgl. KOELE, The Dutch private foundation: a robust but flexible tool in dynastic structuring, *Trusts and Trustees*, Vol. 20, No. 6, 2014, 615.

f. Schaffung eines schweizerischen Trustrechts

Last but not least sind Stimmen zu vernehmen, die sich für die Schaffung eines eigenen schweizerischen materiellen Trustrechts aussprechen.⁶⁰ Denn bekanntlich verpflichtet das Haager Trust-Übereinkommen die Schweiz nur dazu, ausländische Trusts anzuerkennen,⁶¹ schafft aber kein schweizerisches Trustrecht. Es hat verschiedene parlamentarische Vorstösse in diese Richtung gegeben, die bisher aber niemals ernsthaft behandelt wurden.⁶² Und in der Tat wäre dies ein schwieriger und auch ambivalenter Prozess. Dagegen spricht, dass das Common Law-Institut Trust nicht gerade einfach in unsere Civil Law-Rechtsordnung zu integrieren wäre. Ausserdem liegen dem Trustrecht viele hundert Jahre angloamerikanisches Case Law zugrunde, was die Schweizer Richter zu Umstellungen zwingen würde. Indes: Auch im Hinblick auf den Trust ist interessant, was in anderen Rechtsordnungen geschieht. In Liechtenstein ist ein materielles Trustrecht bereits seit 1926 im PGR kodifiziert.⁶³ Aber es gibt auch neue Trustrechte in Kontinentaleuropa, etwa hat die Republik San Marino im Jahre 2010 ein solches geschaffen.⁶⁴ Und möglicherweise ist noch relativ unbekannt, dass im Zivilgesetzbuch Ungarns mit Wirkung zum Jahre 2014 ein Trustrecht in Kraft gesetzt wurde.⁶⁵ An dieser Stelle soll und kann nicht bewertet werden, von welcher Qualität diese Rechtsinstitute sind und wie gut sie funktionieren werden. Dennoch wird offensichtlich, dass die «Unmöglichkeit» des Vorhabens nicht als Argument Platz greifen darf. Aber es wäre mit Sicherheit eine schwierige Aufgabe und ein langwieriger Prozess mit ungewissem Ausgang, so dass diese Bewegung nach Ansicht des Verfassers nur als *zusätzlicher* Weg zu gehen sein sollte. Für ein besseres Verständnis der Rechtsanwender, Gerichte und Steuerbehörden im Hinblick auf das Rechtsinstitut würde sie jedoch in jedem Fall sorgen.

60 Vgl. THÉVENOZ, A Swiss Perspective, Trusts and Trustees, Vol. 19, No. 3 und 4, 2013, 296, 300 f.

61 Dazu JAKOB/PICHT, AJP 2010, 855, 856; JAKOB/GAUTHEY LADNER, IPRax 2008, 453 ff.

62 Vgl. WILSON/LÓPEZ NAGAI, Country Report: Switzerland, The Columbia Journal of European Law Online, 26, 34 ff., abrufbar unter http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2012/01/countryreport_switzerland26-35.pdf.

63 Hierzu JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung, Rn. 72 ff. Siehe ausserdem den Beitrag von FRANCESCO A. SCHURR in diesem Band.

64 Trust Law vom 1. März 2010 Nr. 42, geändert durch das Dekret vom 25. Juli 2013 Nr. 98. Siehe hierzu VICARI, Country Report: San Marino, The Columbia Journal of European Law Online, 81 ff., abrufbar unter http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2012/03/country-report_sanmarino81-92.pdf.

65 Siehe das neue, am 15. März 2014 in Kraft getretene ungarische Zivilgesetzbuch (Akt V von 2013) betreffend die Regelung des ungarischen Trusts. Vgl. hierzu Dentons Budapest Newsletter: Die Stiftung im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch, Beitrag vom 2. Januar 2014, sowie Dentons Budapest Newsletter: Die Treuhandenschaft im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch, Beitrag vom 13. Februar 2013, beide abrufbar unter <http://www.dentons.com>.

g. *Familienstiftung und Eintragungspflicht*

Den vorstehenden Ausführungen mag entgegengehalten werden, dass es nur wenige Signale gibt, die Hoffnung darauf machen würden, dass sich der Schweizer Gesetzgeber wirklich zu einem dieser visionären Projekte durchringen würde. Gleichwohl liegt vor uns ein Gesetzgebungsvorhaben, das – obwohl eigentlich in die entgegengesetzte Richtung zielend – der Thematik einen entscheidenden Anstoss geben könnte. Es handelt sich um den Entwurf eines «Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlung der Groupe d'action financière»⁶⁶, welcher eine Änderung von Art. 52 Abs. 2 ZGB dergestalt herbeiführen will, dass *alle* Stiftungen (also auch Familienstiftungen) zu ihrer Entstehung konstitutiv ins Handelsregister eingetragen werden müssten. Dieses Änderungsvorhaben würde ein beträchtliches neues Governance-Element einführen, weil die der Familienstiftung typische Vertraulichkeit aufgehoben würde. Somit birgt dieser Eingriff in die gesetzliche Systematik der Familienstiftung zwar für sich einige Fragwürdigkeit, hätte aber Konsequenzen, wenn man den hier entwickelten Ansatz zu Ende denkt: Wenn man auf der einen Seite die *Governance* erhöht, dann könnte und müsste man auf der anderen Seite auch die *Freiheitlichkeit* anheben. Wird die Familienstiftung also im Rahmen des gesetzgeberisch geplanten Paradigmenwechsels durch Eintragung auf eine neue Kontrollebene gehoben, könnte dies der Mosaikstein sein, aufgrund dessen sich das Bundesgericht zur Änderung seiner Rechtsprechung veranlasst sehen, liberaleren Auslegungsansätzen zugestimmt werden oder der Gesetzgeber bei einer Modifikation des Art. 335 ZGB ansetzen könnte.⁶⁷

VI. Ausblick

Zieht man ein Resümee, so ist die Abschreibung der Motion Luginbühl relativ emotionslos hinzunehmen, weil eine sinnvolle Weiterentwicklung des Stiftungsrechts unter diesen Motionsvorgaben ohnehin nur schwer möglich gewesen wäre. Der Bundesrat hat immerhin erklärt, die internationale Entwicklung zu verfolgen und die stiftungsrechtlichen Rahmenbedingungen regelmässig auf ihre Wettbewerbsfähigkeit zu überprüfen.⁶⁸ Indes: In Bezug auf die Familienstiftung hat er die Probleme bereits verkannt, denn ein Handeln wäre schon aus heutiger Sicht dringend geboten. In der Innovationsforschung ist man sich einig: Das Schlimmste, das wir der Zukunft antun können, ist der Versuch, die Vergangenheit zu bewahren. Es geht also nicht um «preserving the past», sondern um «protecting the

⁶⁶ Entwurf des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière, BBl 2014, 705 ff. Siehe zum aktuellen Stand JAKOB, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 2014, 553.

⁶⁷ Siehe zu diesem Gedanken bereits JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 333 ff.

⁶⁸ Siehe den Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (09.3344) vom 20. März 2009, BBl 2013, 2213, 2250.

future».⁶⁹ Was der Bundesrat und die Gerichte derzeit in Bezug auf die Familienstiftung machen, ist jedoch ausschliesslich «preserving the past». Dabei ist es eine alte Weisheit, dass man die Zukunft gestalten sollte, bevor sie einen selbst gestaltet. In jedem Fall aber sollte man, wenn man Hand ans Stiftungsrecht legt, sich auf einheitliche Leitwertungen besinnen. Zwei dieser Leitwertungen, die besonders wichtig erscheinen, auch im Verhältnis zueinander, sollten in diesem Beitrag näher vorgestellt werden. Denn das Credo «Freiheit durch Governance» könnte ein Schlüssel zu einem Stiftungsrecht der Zukunft sein.⁷⁰

⁶⁹ Frei nach LAURENT HAUG, How Technical Trends Drive the Future of Society, Vortrag am Schweizer Stiftungssymposium vom 20. Mai 2014.

⁷⁰ Siehe bereits JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 340.