

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 132 (2013)

**Heft:** 2

**Artikel:** Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz

**Autor:** Jakob, Dominique

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895818>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 27.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz

DOMINIQUE JAKOB\*

---

\* Prof. Dr. iur. Dominique Jakob, M.I.L. (Lund), Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich.

Ich danke den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Lehrstuhls (Arthur Brunner, Nicola Haas, Claude Humbel, Michelle Kalt, Bärbel Reuschenbach, Matthias Uhl und Andreas Wehowsky) für die wertvolle Hilfe bei der Redaktion des Textes, die konstruktiven Anmerkungen und Diskussion sowie die menschlich wie fachlich stets inspirierende Zusammenarbeit.





## Inhaltsverzeichnis

A.	Das Stiftungsrecht der Schweiz im internationalen Umfeld	191
I.	Einleitung und Spannungsfelder	191
1.	Die Stiftung als Rechtsfigur	191
2.	Stiftungen und Stiftungsrecht in der Schweiz	194
3.	Ansatz des vorliegenden Gutachtens	197
II.	Kurzer Überblick über den Stiftungssektor der Schweiz	198
1.	Fakten und Zahlen	198
2.	Brennpunkte	199
3.	Motion Luginbühl	205
4.	Protagonisten	209
a.	Aufsichtsbehörden	209
b.	Verbände	211
c.	Universitäre Institute	211
d.	Private Institutionen	212
III.	Das Internationale Umfeld	212
1.	Einleitung: Rechtsvergleichung im Stiftungsrecht	212
2.	Zahlen	216
3.	Stiftungsmodelle	217
a.	Stifterfreiheit	218
aa.	Stifterfreiheit und Stiftungszweck	218
bb.	Stifterfreiheit und Stifterrechte	220
b.	Das Verhältnis von Stiftung und Staat	222
aa.	Grundmodelle staatlicher Teilhabe am Stiftungswesen	222
bb.	Errichtungs- und Aufsichtssysteme	223
cc.	Unterschiede im Aufsichtsrecht	225
c.	Foundation Governance	228
aa.	Begriff und Ansätze	228
bb.	Institutioneller Ordnungsrahmen	229
cc.	Materielle Regeln stiftungsrechtlicher Governance	230
d.	Familienstiftungen	232
aa.	Konzepte der Familienstiftung	232
bb.	Anerkennung ausländischer Unterhaltsstiftungen	234
4.	Europäische Entwicklungen	235
a.	Die Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH	235
aa.	Niederlassungsfreiheit und Internationales Privatrecht	235
bb.	Kapitalverkehrsfreiheit und Internationales Steuerrecht	237
b.	Die Entwicklung einer Europäischen Stiftung (Fundatio Europaea)	237
c.	Rechtslage in der Schweiz	240
IV.	Status der Schweizer Stiftung in Europa	242
B.	Welche Stiftungsstrategie braucht die Schweiz?	244
I.	Stiftungsstrategie: Was ist das?	244
II.	Verfolgt die Schweiz eine Stiftungsstrategie?	246
1.	Gesetzgeber	246
a.	Stiftungsrechtsreform vom 8. Oktober 2004	246
b.	Zwischenreformen	247
c.	Motion Luginbühl und Reaktionen	248
2.	Stiftungssektor	249

III.	Konsequenzen . . . . .	249
C.	Gedanken zum Stiftungsbegriff . . . . .	250
I.	Der heutige Stiftungsbegriff . . . . .	250
1.	Klassische Merkmale . . . . .	250
2.	Stifterfreiheit . . . . .	251
3.	Trennungs- und Erstarrungsprinzip . . . . .	253
II.	Weitere Begriffsselemente . . . . .	254
1.	Governance . . . . .	254
2.	Compliance . . . . .	256
3.	Transparenz . . . . .	257
4.	Vertraulichkeit . . . . .	259
5.	Rechte Dritter . . . . .	259
III.	Der Stiftungsbegriff als Typusbegriff . . . . .	261
IV.	Stiftungsindizes . . . . .	262
1.	Allgemeines . . . . .	262
2.	Governance-Index . . . . .	263
3.	Liberalitäts-Index . . . . .	265
4.	Relation der Indizes . . . . .	268
D.	Einzelfragen: Alte und neue Schaltstellen des Schweizer Stiftungsrechts . .	268
I.	Stiftungszweck . . . . .	268
1.	Zweckneutralität – Privatnützigkeit – Gemeinnützigkeit . . . . .	268
2.	Selbstzweckstiftung – Unternehmensstiftung – Doppelstiftung . . . . .	272
a.	Der Begriff der Selbstzweckstiftung . . . . .	272
b.	Die Unternehmensselbstzweckstiftung . . . . .	273
aa.	Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Zwecke . . . . .	273
bb.	Eigenständiger und realer (Neben-)Zweck . . . . .	274
c.	Die Doppelstiftung . . . . .	276
aa.	Begriff und Erscheinungsformen . . . . .	277
bb.	Zulässigkeit von «Stiftungsdoppelkonstruktionen» . . . . .	278
cc.	Zwischenergebnis . . . . .	281
3.	Zweckverwirklichung – Stiftung auf Zeit – Verbrauchsstiftungen . . . . .	282
a.	Zweckerfüllung und Wirkung . . . . .	282
b.	Stiftung auf Zeit . . . . .	283
c.	Verbrauchsstiftung und Umstellung auf Verbrauch . . . . .	285
4.	Zweckänderungen – Drittrechte – Stifterrechte . . . . .	287
a.	Zeitgemässe Zweckverwirklichung versus Trennungsprinzip . . . . .	287
b.	Drittrechte versus Stifterrechte . . . . .	288
c.	Gegenwart und Zukunft von Art. 86a ZGB . . . . .	289
d.	Neuinterpretation der «Errichtungsphase» einer Stiftung . . . . .	292
e.	Einführung einer «Rule against perpetuities light»? . . . . .	294
II.	Stiftungsvermögen . . . . .	296
1.	Vermögensanlage und Stiftungsstrategie . . . . .	296
a.	Vermögensanlage und Zweckverwirklichung . . . . .	297
b.	Vermögensgestaltung und Stiftereinfluss . . . . .	298
c.	Neue Paradigmen . . . . .	299
2.	Exkurs: Nachhaltige Investitionen und neue Formen des Vermögensesatzes . . . . .	299
a.	Einführung: Zweckbezogene Vermögensanlage . . . . .	299
b.	Nachhaltigkeit und Arten nachhaltiger Investitionen . . . . .	300

c.	Grundprinzipien der Anlage von Stiftungsvermögen . . . . .	301
aa.	Bindende Vorgaben und ordnungsgemässe Ermessensausübung . . . . .	302
bb.	Zweistufige Struktur massgeblicher Aspekte . . . . .	303
d.	Besonderheiten von SRI . . . . .	303
aa.	Statutarische Grundlagen für SRI . . . . .	304
bb.	Wahl der richtigen Vorgehensweise und Stiftungsplanung . . . . .	304
III.	Zweck – Vermögen – Gemeinnützigkeit . . . . .	305
1.	Innovative Vermögensbewirtschaftung und Steuerbefreiung . . .	305
2.	Gemischte Stiftungszwecke und Steuerbefreiung . . . . .	308
3.	System des Gemeinnützigkeitsrechts . . . . .	309
4.	Internationale Stiftungstätigkeit, Steuerbefreiung und Spendenabzug – Anforderungen an eine moderne «Cross Border Philanthropy» . . . . .	310
a.	Status Quo – EuGH-Rechtsprechung und Kontrolldefizit . .	311
b.	Equivalency Test . . . . .	312
c.	Expenditure Test . . . . .	312
d.	Implementierungsebene – Ein «Cross Border Philanthropy Code»? . . . . .	313
IV.	Organisation . . . . .	314
1.	Stiftungsorganisation und Foundation Governance . . . . .	314
2.	Die Stiftungsaufsicht . . . . .	315
a.	Relevante Fragen des Aufsichtsrechts . . . . .	316
aa.	Direktaufsicht vs. Oberaufsichtssystem . . . . .	316
bb.	Fachaufsicht vs. Rechtsaufsicht . . . . .	316
cc.	Klarstellung der Aufsichtsgrundlagen . . . . .	317
dd.	«Soft facts» . . . . .	317
b.	Der Bericht des EDI vom 9. Dezember 2012 zum Modell einer Oberaufsicht bei klassischen Stiftungen . . . . .	318
c.	Der Bericht des Bundesrates vom 27. Februar 2013 zur Abschreibung der Motion Luginbühl . . . . .	318
3.	Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde . . . . .	319
a.	Rechtsnatur . . . . .	319
b.	Antragslegitimation . . . . .	320
c.	Neuer Wertungsansatz? . . . . .	321
E.	Exkurs: Die Familienstiftung . . . . .	323
I.	Ausgangslage: Mit voller Kraft in die Sackgasse . . . . .	323
II.	Kritik und Reformvorschläge in der bisherigen Literatur . . . . .	324
III.	Bedürfnis für Veränderungen . . . . .	327
IV.	Lösungsansätze . . . . .	329
1.	(Re-)Justierung der Rechtsprechung . . . . .	329
2.	Auslegung des Gesetzes . . . . .	331
3.	Modifikation des Art. 335 ZGB . . . . .	333
4.	Familienstiftung und Eintragungspflicht . . . . .	333
5.	Totalrevision des Stiftungsrechts . . . . .	335
6.	Schaffung eines neuen Rechtsinstituts . . . . .	335
V.	Konsequenz und Wertungskonkordanz . . . . .	337
F.	Zusammenfassung und Ausblick . . . . .	338



## A. Das Stiftungsrecht der Schweiz im internationalen Umfeld

### I. Einleitung und Spannungsfelder

#### 1. Die Stiftung als Rechtsfigur

Die Stiftung nimmt im System der Rechtspersonen eine Sonderstellung ein: Ein Vermögen wird von einem Stifter zu einem bestimmten Zweck gewidmet, von seinem ursprünglichen Inhaber getrennt und als eigenständige Rechtsperson grundsätzlich ewig abstrahiert. Hierdurch wird es zu einem als juristische Person verselbständigten Zweckvermögen, ohne Eigentümer und ohne Mitglieder. Im System der Gesellschaftsformen handelt es sich um eine Anstalt des privaten Rechts (Art. 52 ZGB), in Abgrenzung zu körperschaftlich organisierten Personenverbindungen. Verwaltet wird die Stiftung durch Organe, die den Stifterwillen vollziehen und den Stiftungszweck i.d.R. durch Leistungen an die Begünstigten erfüllen. Der Zweck der Stiftung ist grundsätzlich neutral und kann gemeinnütziger oder privatnütziger Art sein.<sup>1</sup>

Die Stiftung, wie wir sie heute kennen, wurde im Wesentlichen von FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY konzipiert, der das Konzept der juristischen Person mittels der «Fiktionstheorie» rechtsdogmatisch konstruierte:<sup>2</sup> Er übertrug das Bild der natürlichen Person auf den Personenverband sowie die Vermögensgesamtheit und verlieh diesen Gebilden damit eine künstliche Vermögensfähigkeit.<sup>3</sup> Freilich sollte es allein dem Staat als Verwalter der Privatrechtsordnung obliegen, eine solche Fiktion zu bewerkstelligen, womit jener letztlich der Schöpfer des «Kunstsubjekts» einer juristischen Person blieb.<sup>4</sup> Die Notwendigkeit einer staatlichen Konzessionierung verfolgte dabei nicht nur den Zweck, dem Rechtsverkehr das Entstehen dieser Subjekte bekannt zu machen; vielmehr sollten diese sich selbst gehörenden und grundsätzlich unsterblichen Rechtsträger einem System staatlicher Kontrolle unterworfen sein.<sup>5</sup> Neben den Personenverbänden war die Stiftung somit eine *Rechtsperson eigener Art*<sup>6</sup> und wurde – in

- 
- 1 Siehe zum Überblick über die Rechtsfigur statt aller DOMINIQUE JAKOB, in: Andrea Bächler/Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkomentar ZGB*, Basel 2012, Vor Art. 80–89a ZGB Rn. 1 ff.
  - 2 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band II, Berlin 1840, S. 243 ff. Zur Bedeutung SAVIGNYS für die Entwicklung der Dogmatik des Stiftungsrechts auch HANS LIERMANN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, Band I, Geschichte des Stiftungsrechts, Tübingen 1963, S. 237 ff.
  - 3 Vgl. GERHARD LINGELBACH, *Stiftungen und Stiftungsrecht – ein historischer Überblick*, in: Olaf Werner/Ingo Saenger (Hrsg.), *Die Stiftung. Recht, Steuern, Wirtschaft*, Berlin 2008, § 2 Rn. 36 ff., Rn. 56 m.w.N.
  - 4 LINGELBACH, in: *Die Stiftung* (Fn. 3), § 2 Rn. 36 ff., Rn. 56 ff.
  - 5 RAINER HÜTTEMANN/PETER RAWERT, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 80–89 (Stiftungsrecht), Neubearbeitung, Berlin 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 54 f.; ähnlich REINER SCHULZE, *Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgeschichte*, in: Klaus J. Hopt/Dieter Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln u.a. 2001, S. 55 ff., S. 66 f.
  - 6 SCHULZE, in: *Stiftungsrecht in Europa* (Fn. 5), S. 55 ff., S. 66, S. 71.

Anlehnung an MÜHLENBRUCH<sup>7</sup> – verstanden als «Inbegriff von Vermögensgütern, welche einem bestimmten Zweck gewidmet sind».

In dieser Grundform hat die Stiftung im Jahre 1900 Eingang in das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) gefunden und 1907 mit Wirkung zum 1. Januar 1912 schliesslich in das Schweizer ZGB, wo sie fast 100 Jahre unangetastet geblieben ist. Relevante Änderungen brachten erst eine umfangreiche Revision des Stiftungsrechts durch das Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004,<sup>8</sup> in Kraft seit 1. Januar 2006,<sup>9</sup> sowie eine Reform des Gesellschaftsrechts durch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005,<sup>10</sup> in Kraft seit 1. Januar 2008, mit zahlreichen Auswirkungen auf Stiftungen, insbesondere in den Bereichen Revisionsrecht (mit Wirkung zum 1. Januar 2012 abermals angepasst),<sup>11</sup> Handelsregisterrecht, Buchführungspflicht sowie kleineren Änderungen bzgl. Sitz und Namensrecht.<sup>12</sup> Auch das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003,<sup>13</sup> in Kraft seit 1. Juli 2004, bezieht Stiftungen mit ein. Zur Ruhe ist das Stiftungsrecht seither nicht mehr gekommen. Neben neuerlichen kleineren Gesetzesvorhaben, etwa zum Rechnungslegungsrecht,<sup>14</sup> hat vor allem die Motion von Ständerat WERNER LUGINBÜHL (09.3344) vom 20. März 2009 zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» den Sektor in Bewegung gehalten.<sup>15</sup>

In der öffentlichen Wahrnehmung vermag die Stiftung zu polarisieren. Gemeinnützige Stiftungen werden im Grundsatz als etwas «Gutes» angesehen: Der Bürger setzt sein Privatvermögen zum Allgemeinwohl ein und unterstützt oder ergänzt damit den Staat bei seiner Aufgabenerfüllung. Da gemeinnützige Stiftungen aber i.d.R. Steuerprivilegien erwarten und erhalten, entstehen Nachteile für den Staatshaushalt durch Steuerausfälle, was den Staat in seiner Haushaltshoheit tangieren kann, weil er auf die konkrete Verwendung der steuerprivilegierten (und durch den Verzicht gleichsam mithingegebenen) Mittel keinen

7 CHRISTIAN FRIEDRICH MÜHLENBRUCH, *Rechtliche Beurtheilung des Stadel'schen Beerbungsfalles*, Halle 1828, S. 77 f.

8 AS 2005 4545.

9 Zu Einzelheiten DOMINIQUE JAKOB, *Das neue Stiftungsrecht der Schweiz*, RIW 2005, S. 669 ff., S. 671 ff.

10 AS 2007 4791.

11 Hierzu DOMINIQUE JAKOB/GORAN STUDEN/MATTHIAS UHL, *Verein – Stiftung – Trust*, Entwicklungen 2011, Bern 2012, njus.ch, S. 9 ff., S. 43 ff.

12 Hierzu DOMINIQUE JAKOB, *Verein – Stiftung – Trust*, Entwicklungen 2007, Bern 2008, njus.ch, S. 55 ff.; JAKOB, *Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht*, SJZ 2008, S. 518 f. Zu weiteren Reformvorschlägen siehe JAKOB/STUDEN/UHL, *Entwicklungen 2011* (Fn. 11), S. 47 ff.

13 AS 2004 2617.

14 JAKOB/STUDEN/UHL, *Entwicklungen 2011* (Fn. 11), S. 47 ff.

15 Zu den Perspektiven dieser Motion und den inhaltlichen Reformmöglichkeiten siehe DOMINIQUE JAKOB, *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa – Einblick und Ausblick*, in: Dominique Jakob (Hrsg.), *Perspektiven des Stiftungsrechts*, Basel 2010, S. 1 ff.; DOMINIQUE JAKOB, *Rechtliche Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Stiftungsrecht*, in: Dominique Jakob (Hrsg.), *Stiften und Gestalten, Anforderungen an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld*, Basel 2013, S. 3 ff.

Einfluss mehr hat.<sup>16</sup> Vielmehr liegt die Verfügungsmacht in den Händen einiger (nicht demokratisch legitimierter) Weniger, die nach *ihren* Wertungen über die Verteilung und damit auch über gewisse Wohlfahrtsaspekte der Bürger bestimmen können. Nachdem zudem das perpetuierte Vermögen dem allgemeinen Erb- und Wirtschaftskreislauf entzogen wird, kann bereits bei gemeinnützigen Stiftungen eine gewisse Legitimitätsfrage aufgeworfen werden.<sup>17</sup>

Nochmals verkompliziert wird die Lage aber durch die Heterogenität des Rechtsinstituts. Denn aufgrund ihrer Zweckneutralität kann die Stiftung nicht nur zu *gemeinnützigen*, sondern auch zu *privatnützigen* Zwecken eingesetzt werden. Sie kann zum Halten von Unternehmen, zur Perpetuierung von Familienvermögen, zur Unterstützung von Familienmitgliedern und damit auch bewusst zur Vermögenstrennung und zum Schutz des Vermögens (international: «Asset Protection») verwendet werden. Hier kann der Argwohn der Öffentlichkeit daraus resultieren, dass die Stiftung den Verteilungsgrundsätzen des Erbrechts entgegenstehen und gegebenenfalls das in der schweizerischen Gesetzgebung verankerte Verbot des Familienfideikommisses (Art. 335 Abs. 2 ZGB) tangieren kann. Hinzu kommen in der Schweiz und einigen anderen Staaten die traditionellen Grundsätze von Diskretion und Vertraulichkeit, so dass der Stiftung eine Aura des Verborgenen, gar Verbotenen angeheftet und sie, vor allem aus Sicht ausländischer Staaten, häufig pauschal in den Kontext von Steuerdelikten gestellt wird.

Wohl gemerkt: Bei diesen gemeinnützigen und privatnützigen Stiftungen handelt es sich – trotz der zum Teil völlig unterschiedlichen Wertungen, auf denen sie beruhen – in zivilrechtlicher Hinsicht um grundsätzlich ein und dasselbe Rechtsinstitut. Erfüllt eine Stiftung im Zweck- und Tätigkeitsbild gewisse Voraussetzungen, wird sie erst auf einer zweiten, nämlich der *steuerrechtlichen* Ebene steuerlich privilegiert und zu einer «gemeinnützigen» Stiftung erhoben.<sup>18</sup> Das *eine* Rechtsinstitut muss also *beide* Arten von Stiftungen beherbergen. Es verwundert nicht, dass durch diese Zweckneutralität und die unterschiedlichen Einsatzbereiche der Stiftung die Fortentwicklung des Rechtsinstituts eine anspruchsvolle Aufgabe darstellt: Gemeinnützige und privatnützige Stiftungen haben ihre eigenen rechtlichen «Bedürfnisse» und ihr eigenes rechtliches Umfeld, und auch die «Sektoren» der Fachöffentlichkeit (in groben Worten: «Gemeinnützigkeitssektor» versus «Sektor der privaten Vermögensverwaltung und -gestaltung») sprechen nicht zwangsläufig dieselbe Sprache.

Hinzu kommt, dass die Materie eine inhaltlich aussergewöhnliche Weite und Komplexität birgt. Angesiedelt im Personenrecht des ZGB, berührt die Stiftung

16 JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 12.

17 Vgl. MICHAEL FERBER, «Wer reich stirbt, stirbt in Schande», Schweizer Stiftungen auf der Spur von Warren Buffett sowie Bill und Melinda Gates, NZZ vom 16. Juni 2012, S. 43.

18 Siehe zu diesem Stiftungsverständnis rechtsvergleichend DOMINIQUE JAKOB, Internationales Stiftungsrecht, in: Volker Beuthien/Hans Gummert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, München 2009, § 119 Rn. 1 ff.



das Gesellschafts- und Obligationenrecht, das Familien- und Erbrecht und ist durch das öffentliche Aufsichtsrecht zentral mit dem (Bundes- oder kantonalen) Verwaltungsrecht verwoben. Ferner ist Stiftungsrecht nicht ohne das Steuerrecht denkbar und gewinnt dort auf zahlreichen Ebenen Relevanz (etwa in den Bereichen Gemeinnützigkeitsrecht, Einkommens-, Körperschafts-, Erbschafts-, Schenkungs-, Mehrwert-, Verrechnungs- sowie internationales Steuerrecht). Und schliesslich sind Stiftungssachverhalte in grosser Anzahl grenzüberschreitender Art, so dass sich Fragen des Internationalen Privatrechts und, sofern ein Bezug zur EU vorliegt, des Europarechts stellen. Versucht man also als Gesetzgeber, eine Schraube zu justieren, kann das Auswirkungen auf verschiedensten Ebenen zeitigen, ohne dass dies den handelnden (Gesetzgebungs-) Organen zwangsläufig bewusst werden muss.

## 2. *Stiftungen und Stiftungsrecht in der Schweiz*

Dennoch: All diesen Besonderheiten zum Trotz hat die Stiftung in der Schweiz, und nicht nur dort, eine herausragende Bedeutung erlangt. War die Schweiz aufgrund ihres liberalen Stiftungsrechts und ihrer sicheren politischen und wirtschaftlichen Strukturen schon lange als «Stiftungsparadies»<sup>19</sup> bekannt, erlebt die *gemeinnützige* Stiftung in den letzten Jahren einen regelrechten Boom, der sich in ein bis zwei Stiftungsgründungen pro Tag und im internationalen Vergleich in beeindruckenden Zahlen niederschlägt.<sup>20</sup>

Im Bereich *privatnütziger* Stiftungen ist die Bestandsaufnahme indes komplexer. Da Familienstiftungen nicht in das Handelsregister eingetragen werden müssen (Art. 52 Abs. 2 ZGB), sind verlässliche Zahlen nicht vorhanden. Nach der rigiden Rechtsprechung des BGer besitzen Familienstiftungen nach «Schweizer Art» zudem nur einen begrenzten Nutzen.<sup>21</sup> Neue Familienstiftungen werden kaum gegründet und bestehende Familienstiftungen begegnen Problemen.<sup>22</sup> Nachdem somit für das seit Jahren offenkundige Bedürfnis nach privatnützig-familiärer Vermögensplanung kein *Schweizer* Rechtsinstitut zur Verfügung steht, wurden aus der Schweiz heraus häufig Strukturen mit Hilfe von ausländischen Stiftungen errichtet – als Beispiel sei verwiesen auf die Stiftung liechtensteinschen Rechts. Gerade diese Strukturen sind freilich im Rahmen der Steuer- und

19 So etwa Philipp Egger (Hrsg.), *Stiftungsparadies Schweiz – Zahlen, Fakten und Visionen*. Zwischen gemeinnützigem und unternehmerischem Handeln, Basel 2004. Zu diesem stiftungsrechtlichen «Unwort» THOMAS SPRECHER, *Anstiftung zum Geben*, Schweizer Monat 1001, November 2012, S. 45 ff.

20 Siehe zu den Gründungszahlen seit 1990 und weiteren Daten BEATE ECKHARDT/DOMINIQUE JAKOB/GEORG VON SCHNURBEIN, *Der Schweizer Stiftungsreport 2012*, S. 8 ff.; BEATE ECKHARDT/DOMINIQUE JAKOB/GEORG VON SCHNURBEIN, *Der Schweizer Stiftungsreport 2013*, S. 6 ff.; vgl. auch PARISIMA VEZ, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code civil I*, Art. 1–359 CC, Basel 2010, Intro. art. 80–89<sup>bis</sup> CC Rn. 4.

21 Dazu unten E.IV.1.

22 KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 335 ZGB Rn. 1 ff.; DOMINIQUE JAKOB, *Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends*, SJZ 2008, S. 533 ff., S. 539 f.

Datenkonflikte, etwa mit Deutschland und den USA, unter Druck geraten, wodurch zahlreiche Auflösungen nötig wurden und die «Privatstiftung» in der Wahrnehmung von Öffentlichkeit und Klienten in eine Art Krise geraten ist. Zum Ganzen kommt, dass das internationale Umfeld für alle Arten von Finanztransaktionen und -vehikeln in Veränderung begriffen ist, nicht nur, aber auch für Stiftungen.<sup>23</sup>

So weist die Financial Action Task Force (FATF) – ein der OECD beigeordnetes intergouvernementales Gremium – in der zum Februar 2012 überarbeiteten Fassung ihrer «Recommendations» zur Bekämpfung des Missbrauchs von Finanzsystemen auf die spezielle Gefährdungslage von Non-Profit-Organisationen, Stiftungen und Trusts hin. Demgemäss seien (auch gemeinnützige!) Stiftungen aufgrund gewisser Schutzdefizite einer erhöhten Missbrauchsgefahr unter anderem durch terroristische Organisationen ausgesetzt. Die FATF rät daher zu stärkerer Regulierung und Kontrolle des Non-Profit-Sektors, beispielsweise durch den Ausbau von Informations- und Rechnungslegungspflichten und die Stärkung allgemeiner aufsichtsrechtlicher Befugnisse.<sup>24</sup> Obgleich die FATF Recommendations lediglich Soft Law darstellen, haben die Impulse für den Schweizer Gesetzgeber nicht lange auf sich warten lassen, der am 27. Februar 2013 mit zwei Vernehmlassungsvorlagen durch den Bundesrat reagiert hat.<sup>25</sup> Im Entwurf eines «Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière» ist vorgesehen, die Transparenz juristischer Personen zu erhöhen. Hierzu sollen sich, um Rechtspersönlichkeit zu erlangen, künftig *alle* Stiftungen ins Handelsregister eintragen müssen. Dies hätte fundamentale Konsequenzen für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen,<sup>26</sup> die nach geltender Rechtslage nicht eintragungspflichtig sind.<sup>27</sup> Die zweite Vernehmlassungsvorlage betrifft Änderungen des Geldwäschereigesetzes, mit denen gesteigerte Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre implementiert werden sollen. Die Vernehmlassungsfristen laufen jeweils bis zum 15. Juni 2013.

23 Vgl. als Überblick den Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/02679/index.html?lang=de>.

24 Financial Action Task Force (Hrsg.), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations, February 2012, S. 54 ff., abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/recommendations>.

25 Beide Vorlagen sind abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=47934>, siehe dort auch zur Medienmitteilung des Bundesrats vom 27. Februar 2013.

26 Siehe hierzu noch unten E.IV.4.

27 So ist beabsichtigt, diese Stiftungstypen aus der Reihe der bislang nicht eintragungspflichtigen juristischen Personen in Art. 52 Abs. 2 ZGB zu streichen. Die diesbezügliche Übergangsbestimmung (neuer Art. 6b Abs. 2<sup>bis</sup> SchlT ZGB) besagt: «Für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, die beim Inkrafttreten der Änderung vom ... (Art. 52 Abs. 2) nicht im Handelsregister eingetragen sind, dauert die Anpassungsfrist zwei Jahre.» Sind diese Stiftungen also nach Ablauf der Zweijahresfrist noch nicht im Handelsregister eingetragen, werden sie nicht mehr als juristische Personen anerkannt.

Auch die Entwicklungen im Bereich des internationalen Steuerrechts werfen ihre Schatten. Der im Jahre 2010 in den USA erlassene «Foreign Account Tax Compliance Act» (FATCA)<sup>28</sup> hat weltweiten Aktionismus ausgelöst; in der Schweiz mündete er im Februar 2013 in die Unterzeichnung eines neuen Abkommens zwischen der Schweiz und den USA, welches ab 2014 zu einem erleichterten Informationsaustausch zwischen hiesigen Finanzinstituten und den amerikanischen Steuerbehörden (Internal Revenue Service, IRS) führen soll.<sup>29</sup> Und auch alle weiteren Regulierungsmassnahmen des Finanzplatzes Schweiz, die neben weiteren Stossrichtungen etwa der Geldwäscherei vorbeugen sollen,<sup>30</sup> werden in ihren Auswirkungen auf den Stiftungssektor erst allmählich wahrgenommen.

Freilich sind alle Gesichtspunkte, die auf eine «Compliance» von bisher nicht ordnungsgemäss geführten Stiftungen hinwirken wollen, grundsätzlich zu begrüssen. Doch auch für «normale» Stiftungen, seien sie gemeinnütziger oder privatnütziger Art, hat sich der Ton verändert. Während sie bisher in der Schweiz in einem rechtssicher geregelten und grundsätzlich liberalen Ambiente in Frieden leben und gedeihen konnten, ist nun ein bemerkenswerter Rechtfertigungsdruck entstanden. Zugleich droht die Gefahr, dass eine zunehmende Bürokratisierung das Stiftungsleben erschwert.

Blickt man auf das Stiftungsrecht an sich, kann die Schweiz ein grundsätzlich klassisches Stiftungsmodell für sich in Anspruch nehmen,<sup>31</sup> das man als liberal und ausgewogen bezeichnen darf und welches sich seit über 100 Jahren bewährt. Allerdings liegen – vor dem Hintergrund des Zusammenwachsens der Staatenwelt, der Kapital- und Niederlassungsfreiheit in Europa sowie einer zunehmend grenzüberschreitenden Stiftungstätigkeit – für den (potentiellen) Stif-

28 FATCA verpflichtet sogenannte «Foreign Financial Institutions» (FFI), wozu auch Trusts und gewisse Stiftungen zählen können, Informationen betreffend sämtliche «US owners» von Vermögenswerten dem IRS zu übermitteln. FATCA und das Umsetzungsabkommen dürften damit auch für Schweizer Stiftungen bedeutsam werden und schwierige Fragen im Hinblick auf das «wirtschaftliche Eigentum» auslösen. Vgl. zum Ganzen etwa ROBIN BOLLI, Auswirkungen von FATCA auf Schweizer Privatbanken, ST 2011, S. 632 ff.; THOMAS BROTZER/LUKAS KÜTTEL, FATCA für Pensionskassen? – Neue Herausforderungen, ST 2011, S. 426 ff.; JEANINE BLUMER/URS KAPALLE, US Foreign Account Tax Compliance Act – Ab 2013 neue weltweit anwendbare Melde- und Quellensteuerregeln für Investoren im US-Kapitalmarkt, ST 2010, S. 731 ff.; zum Abkommen zwischen der Schweiz und den USA weiter REDAKTION ZSIS, Bilaterale Verträge und Doppelbesteuerungsabkommen, zsis 2012, Aktuell Nr. 6e.

29 Das Abkommen muss den Eidgenössischen Räten zur Genehmigung unterbreitet werden (vermutlich in der Sommersession 2013) und unterliegt dem fakultativen Referendum. Nach derzeitigem Stand lehnen die SVP und die Grünen das Abkommen ab; die SP macht ihre Zustimmung von der Haltung des Bundesrates in Sachen automatischer Informationsaustausch mit der EU abhängig. BDP, CVP, FDP und GLP stimmen dem Abkommen (grundsätzlich) zu.

30 Siehe nochmals den Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012 (Fn. 23). Zu den jüngsten Entwicklungen im Überblick auch PETER NOBEL, Das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 2011 bis Mitte 2012, SZW 2012, S. 450 ff.

31 Siehe zu Stiftungsmodellen JAKOB, in: MÜHBGESR V (Fn. 18), § 119 Rn. 13, sowie unten A. III.3.

ter der *einen* Nation die Stiftungsrechte der *anderen* Staaten heute «näher» denn je. Ein zunehmender Wettbewerb der Stiftungsstandorte ist die Folge, der sich zwar in seinen Nuancierungen stetig ändert,<sup>32</sup> aber jedenfalls auch darauf ausgerichtet ist, einen möglichst attraktiven Standort für gemeinnützige und/oder privatnützige Stiftungsvorhaben zu bieten. In diesem Wettbewerb könnten solche Stiftungsrechtsordnungen einen Nachteil verspüren, die es nicht vermögen, potentiellen Stiftern geeignete Rechtsgefässe für ihre konkreten Gestaltungsanliegen zu bieten. Nachdem sich diese Gestaltungsanliegen aber wandeln und weiterentwickeln, sehen sich klassische Stiftungsrechtsordnungen (wie auch die Schweiz) häufig mit der Frage konfrontiert, ob nicht die traditionell gewachsenen Strukturen gelockert und jedenfalls teilweise funktionaleren Tendenzen geöffnet werden sollten. Freilich: Dieses Spannungsfeld zwischen Tradition und Funktionalismus geht weit über die Grenzen der reinen Stiftungsrechtsdogmatik hinaus und tangiert allgemeine Fragen bis hin zur Reputation eines Standorts. Und so ist auch nicht gesagt, dass ein unreflektiertes «Öffnen» eines Stiftungsmodells als der Weisheit letzter Schluss anzusehen ist, möchte man das Stiftungsrecht mit Weitsicht weiterentwickeln und zukunftsfähig machen.

### 3. *Ansatz des vorliegenden Gutachtens*

Die Frage nach der Position des Stiftungsstandortes Schweiz im europäischen Umfeld, nach den Brennpunkten, Herausforderungen und Perspektiven, hat der Verfasser des vorliegenden Berichts bereits mehrfach gestellt. Als Antrittsvorlesung an der Universität Zürich im Jahre 2008 hat er versucht, «Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des 3. Jahrtausend» zu verorten,<sup>33</sup> ein Beitrag, der im (deutschen) Nachdruck unter dem Titel «Das Stiftungsrecht der Schweiz zwischen Tradition und Funktionalismus» erschienen ist.<sup>34</sup> Anlässlich des 1. Zürcher Stiftungsrechtstags 2010 hat der Verfasser die Frage gestellt nach den «Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa – Einblick und Ausblick»,<sup>35</sup> um im Rahmen des 2. Zürcher Stiftungsrechtstags 2012 nochmals über aktuelle «rechtliche Entwicklungen des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa»<sup>36</sup> und dort vor allem über Sinn und Unsinn der Arbeiten im Rahmen der Motion Luginbühl<sup>37</sup> und der «Europäischen Stiftung» zu reflektieren.

32 Vgl. DOMINIQUE JAKOB, Internationales Stiftungsrecht, in: Axel Freiherr von Campenhausen/Andreas Richter (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl., München 2013, § 11 Rn. 29.

33 JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 533 ff.

34 DOMINIQUE JAKOB, Das Stiftungsrecht der Schweiz zwischen Tradition und Funktionalismus, ZEV 2009, S. 165 ff.

35 JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1 ff.

36 JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3 ff.

37 Siehe zur Motion Luginbühl JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1 ff.; JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 9 ff.

Freilich wird auch von einem Bericht zum Schweizer Juristentag<sup>38</sup> erwartet, dass die Frage gestellt wird, was das «Schweizer Stiftungsrecht der Zukunft» braucht und was dem Stiftungsstandort im heutigen internationalen Ambiente gut zu Gesicht stünde. Gleichwohl sollen nicht nur die bereits entwickelten Erkenntnisse zusammengetragen werden. Vielmehr soll der Versuch unternommen werden, in einem grundlegenden Beitrag, geschrieben für alle Juristen (und nicht nur für die Stiftungsexperten), eine Bestandsaufnahme vorzunehmen und die Thematik rechtlich und rechtspolitisch weiterzuentwickeln. Hierzu soll auch gehören, nicht erst bei den Symptomen und konkreten Therapien anzusetzen, sondern der Sache möglichst auf den Grund zu gehen. Im Stiftungsrecht gelangt man hierbei zum sogenannten «Stiftungsbegriff» – was ist die Stiftung, was macht sie aus, wo steht sie und wohin soll sie gehen? Der Stiftungsbegriff ist so alt wie die Stiftung selbst. So soll am Ursprung angesetzt werden, um die Fragestellungen von heute in den Griff zu bekommen.

## II. Kurzer Überblick über den Stiftungssektor der Schweiz

### 1. Fakten und Zahlen

In der Schweiz gibt es derzeit (Stand zum 1. Januar 2013) 17647 im Handelsregister eingetragene Stiftungen.<sup>39</sup> Hiervon sind 12957 sogenannte «klassische», d.h. gemeinnützige und gemischte Stiftungen, mit einem darin gebundenen Vermögen von ca. 70 Milliarden CHF.<sup>40</sup> Die Differenz dieser Zahlen besteht aus den gut 5000 übrigen eingetragenen Stiftungen wie z.B. Personalvorsorgestiftungen oder Anlagestiftungen. Die Zahl der Familienstiftungen lässt sich mangels Eintragungspflicht derzeit nicht genau bestimmen.

Bedeutung erlangen diese Zahlen vor allem für den Bereich der gemeinnützigen Stiftungen, weil ein florierender Gemeinnützigkeitssektor einen Indikator für eine funktionierende Zivilgesellschaft darstellt und daher auch in den Rela-

38 Beim deutschen Juristentag (DJT) war das Stiftungsrecht einmal Gegenstand der Diskussion, nämlich im Rahmen der Verhandlungen des 44. DJT (1962). Unter dem Arbeitstitel: *Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?*, finden sich zwei Bände mit Gutachten von BALLERSTEDT und SALZWEDEL sowie einem Referat von MESTMÄCKER; vgl. auch die von der Studienkommission des DJT veröffentlichten *Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts*, 1968. Diskutiert wurden vor allem eine Kodifikation des gesamten Stiftungsrechts durch ein Bundesstiftungsgesetz, der Übergang zu einem Normativsystem, die Einrichtung eines Stiftungsregisters mit Publizitätswirkung, die Bestimmung von Grenzen für unternehmensverbundene und privatnützige Stiftungen sowie die Beschränkung der Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtskontrolle und ihre mögliche Übertragung auf die Organe der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Siehe zum Ganzen STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 62 ff.

39 Vgl. HAROLD GRÜNINGER, *Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich*, successio 2013, S. 116, S. 117.

40 Vgl. ECKHARDT/JAKOB/SCHNURBEIN, *Der Schweizer Stiftungsreport 2013* (Fn. 20), S. 6 f.; ausserdem CHRISTOPH DEGEN/ROMAN BAUMANN LORANT, *Stiftungsland Schweiz 2013 – Zahlen, Entwicklungen, Trends*, proFonds, Basel 2013, S. 3.



tionen interessiert. So ist die Gesamtzahl der Stiftungen<sup>41</sup> nach wie vor steigend, wenn auch 2011 und 2012 weniger Stiftungen gegründet wurden als in den Jahren zuvor. In absoluten Zahlen gibt es die meisten eingetragenen Stiftungen im Kanton Zürich, wo man aktuell 2232 Stiftungen zählt; auf ihn folgen die Kantone Waadt mit 1430, Bern mit 1369 und Genf mit 1123 Stiftungen. Über die geringste Anzahl Stiftungen verfügen Obwalden mit 60, Uri mit 43 und Appenzell Innerrhoden mit 32 Stiftungen. Die höchste Stiftungsdichte herrscht in Basel-Stadt mit 46,8 Stiftungen/10000 Einwohner, die niedrigste im Kanton Aargau mit 7,9 Stiftungen/10000 Einwohner, gefolgt vom Thurgau mit einem Wert von 9,7 auf dem vorletzten und von St. Gallen mit 10,5 auf dem drittletzten Platz. Die niedrigste Stiftungsdichte in der Schweiz ist aber immer noch eine höhere als diejenige der stiftungsreichsten Stadt Deutschlands (Würzburg mit 7,7).<sup>42</sup> Diese Zahlen belegen die Bedeutung der gemeinnützigen Stiftung in der Schweiz und den Stellenwert des Stiftungsstandorts Schweiz in Europa.

## 2. Brennpunkte

Freilich ist bereits an dieser Stelle anzumahnen, dass die Quantität der Stiftungen an sich nur wenig über deren Qualität und diejenige des Stiftungssektors aussagt. Denn in der Schweiz geht man neben diesen Zahlen davon aus, dass ca. 3000 Stiftungen inaktiv sind, weil sie zwar über zu viel Vermögen verfügen, um liquidiert zu werden, aber über zu wenig, um ihren Zweck effektiv zu erfüllen, sie mithin «zu viel zum Sterben und zu wenig zum Leben» haben.<sup>43</sup> Es ist durchaus zutreffend, dass viele dieser Stiftungen sinnvollerweise gar nie (oder jedenfalls nicht in Form einer rechtsfähigen Stiftung) hätten errichtet werden sollen. Indes hat sich die Erkenntnis, dass es zur Verwirklichung gemeinnütziger oder stiftungsartiger Ziele nicht immer «die *eigene* Stiftung» sein muss, noch nicht allzu lange Geltung verschafft.<sup>44</sup> Und so ist es heute ein wichtiges Thema des Sektors, wie inaktive Stiftungen «reanimiert», ob und wie kleine Stiftungen zusammengelegt oder ob auf sonst eine Weise, etwa durch Kooperationen,<sup>45</sup> die Kräfte im Stiftungssektor gebündelt werden können. Zudem wird

41 Siehe zu den nachfolgenden Zahlen und Daten ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungsreport 2013 (Fn. 20), S. 8 ff.

42 Laut aktueller Verlautbarung des Bundesverbands Deutscher Stiftungen vom Januar 2013 soll die Stiftungsdichte in Würzburg inzwischen auf 8,2 angewachsen sein; siehe Die Stiftung 2/2013, S. 6.

43 SPRECHER, Schweizer Monat 1001 (Fn. 19), S. 49.

44 JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 9.

45 Hierbei kann Zusammenarbeit im weitesten Sinne verstanden werden und den Zusammenschluss von Individuen (Bürgerstiftungen, Sammelstiftungsmodelle), die Kooperation von Stiftern untereinander oder mit Stiftungen (Mit- oder Gemeinschaftsstiftungen, Zustiftungen, Dachstiftungen) oder auch die Kooperation von Stiftungen (*joint funding*, Projektverträge, administrative Kooperation, Zusammenlegung von Stiftungen) bedeuten. Schon die soeben verwendeten Begriffe werden allerdings keineswegs einheitlich gebraucht und sind in ihren rechtlichen Strukturen kaum konsolidiert. Siehe JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 5 ff.; THOMAS

verstärkt über Ersatzformen der Stiftung, und hierbei vor allem über *unselbständige* (rein schuldrechtlich konstruierte) Stiftungsformen nachgedacht, deren rechtliche Behandlung in vielen Bereichen ungeklärt ist.<sup>46</sup> Das betrifft in besonderem Masse sogenannte Dachstiftungen und die von ihnen gehaltenen (unselbständigen) Unterstiftungen,<sup>47</sup> bezüglich deren Herausforderungen in Recht und Wirklichkeit zwar ein steigendes, aber noch kein ausreichendes Problembewusstsein vorhanden ist.<sup>48</sup>

Doch es gibt weitere Brennpunkte, die den Sektor bewegen. Diese sollen nachfolgend schlaglichtartig aufgeworfen werden, wobei der Blick über das Stiftungsrecht zum Steuerrecht schwenken wird:

- Der Gedanke, dass ein Stifter mit der Stiftungserrichtung seinen Willen zementiert und sich für immer von seinem Vermögen trennt (sogenanntes «Trennungs- und Erstarrungsprinzip»), ist ein tragendes Wesensmerkmal der Stiftung; gleichzeitig begründet er jedoch ihren archetypischen Interessenkonflikt, weil ein noch lebender Stifter häufig auch nach Errichtung Einfluss auf «seine» Stiftung ausüben will.<sup>49</sup> Einige Stiftungsrechtsordnungen haben das Trennungs- und Erstarrungsprinzip daher gelockert und besondere «Stifterrechte» eingeführt.<sup>50</sup> Heute wird auch in klassischen Stiftungsrechtsordnungen verstärkt über die Rechte des lebenden Stifters nachgedacht, weil es nahe liegen könnte, dass sich ein Stifter leichter von seinem Vermögen trennt,

---

SPRECHER, Vertragsgestaltung im Stiftungsrecht: Zuwendungsverträge, unselbständige Stiftungen, Kooperationsvereinbarungen, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 108 ff. Siehe auch schon den Abschlussbericht der interdisziplinär durchgeführten Studie «Initiative zur Stärkung der Philanthropie in der Schweiz», Stärkung der Philanthropie in der Schweiz – Strategien und Massnahmen für mehr Kooperation und eine bessere Wahrnehmung des Philanthropiesektors, Juni 2010, abrufbar unter: [http://www.rwi.uzh.ch/oe/stiftungsrecht/aktuellesausdemzentrum/DE\\_Rapport\\_Philanthropie.pdf](http://www.rwi.uzh.ch/oe/stiftungsrecht/aktuellesausdemzentrum/DE_Rapport_Philanthropie.pdf). Zum Themenkomplex der Zusammenarbeit von Stiftungen fand im Februar 2013 an der Universität Basel eine Tagung statt; siehe hierzu ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungsreport 2013 (Fn. 20), S. 36 f.

46 KuKo-JAKOB (Fn. 1), Vor Art. 80–89a ZGB Rn. 10 ff., 13 ff.; JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 1, S. 5 ff.; SPRECHER, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 103 ff.

47 Eingehend dazu GORAN STUDEN, Die Dachstiftung. Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Basel 2011; GORAN STUDEN, Dachstiftungsmodelle – Dogmatik, Möglichkeiten und Grenzen, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 37 ff.; THOMAS SPRECHER, Die Dachstiftung – eine Skizze, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 51 ff.; SPRECHER, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 93, S. 103 ff., S. 109 f.

48 JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 5 ff.; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Vor Art. 80–89a ZGB Rn. 10 f.

49 JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 533 ff., S. 535 f.

50 Siehe zur Natur und Klassifikation dieser Rechte KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 86a ZGB Rn. 1 ff.; DOMINIQUE JAKOB, Stifterrechte zwischen Privatautonomie und Trennungsprinzip – Möglichkeiten und Konsequenzen der Einflussnahme des Stifters auf seine Stiftung unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen des schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Rechts, in: Walter Bayer/Elisabeth Koch/Torsten Körber/Ingo Saenger (Hrsg.), Gründen und Stiften – Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, Baden-Baden 2009, S. 101 ff.

wenn er Einfluss auf dessen Verwendung behalten kann.<sup>51</sup> Das trifft in besonderem Masse auf eine jüngere und unternehmerisch geprägte Generation von Stiftern zu.

- Die Stiftungsaufsicht war in der Schweiz lange eine ruhige Domäne. Nach einigen öffentlichkeitswirksamen Missbrauchsfällen mit Stiftungsbezug<sup>52</sup> wurde sie indes auf die politische Agenda gehoben und die Frage nach einer grundlegenden Umstellung des Aufsichtssystems gestellt (Verhältnis von Fach- und Rechtsaufsicht, Einführung eines Oberaufsichtssystems).<sup>53</sup> Zudem wurden die kantonalen Aufsichtsinstanzen im Rahmen der BVG-Strukturreform mit Wirkung zum 1. Januar 2012 neu strukturiert, was das tägliche Aufsichtsleben verändert hat.<sup>54</sup>
- Neben der *top-down* geprägten Staatsaufsicht hat sich der Gedanke Geltung verschafft, dass auch die Stiftungsbeteiligten selbst, allen voran die Begünstigten, in den Kontrollprozess der Stiftung einbezogen werden könnten.<sup>55</sup> Begünstigte würden nach diesem Ansatz also nicht als reine Bittsteller, sondern als notwendige Interessenträger angesehen, in deren Person der Stiftungszweck erst verwirklicht wird.
- Auf einer ersten Ebene heisst dies, dass der Rechtsschutz der Beteiligten gesichert und gegebenenfalls verstärkt werden muss.<sup>56</sup> Im Schweizer Kontext wäre etwa über eine Justierung der Antragsbefugnis im Rahmen der allgemeinen Stiftungsaufsichtsbeschwerde (Art. 84 Abs. 2 ZGB) nachzudenken.<sup>57</sup>
- In einem zweiten Schritt gelangt man zu einem weiter verstandenen Konzept einer «Foundation Governance», in deren Rahmen neue Mechanismen für eine *interne Governance* (i.S.v. *checks and balances* durch die Beteiligten selbst) überlegt werden könnten, die möglicherweise sogar die Staatsaufsicht als *externe* Aufsicht reduzieren könnten.<sup>58</sup> In einem ähnlichen Zusammenhang, aber regulatorisch eine Stufe tiefer, stehen freiwillig umzusetzende Foundation Governance Kodizes, die den Stiftungsrat zu einer *best practice* anhalten sollen.<sup>59</sup>

51 JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 18.

52 Siehe hierzu etwa den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats, «Aspekte der Stiftungsaufsicht am Beispiel der Stiftungen von Dr. Gustav Rau» vom 7. April 2006.

53 Grundlagenbericht des EJPD zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht vom 23. Dezember 2010. Siehe hierzu JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 10 ff.

54 Zu den hierbei auftretenden Problemen JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 6 ff.

55 Siehe etwa DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung. Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006, S. 267, S. 512 ff.

56 JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 498 ff.

57 JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 538; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 84 ZGB Rn. 10 ff.

58 JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 538 f.; JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 528 ff.

59 THOMAS SPRECHER/PHILIPP EGGER/MARTIN JANSSEN, Swiss Foundation Code 2009, Basel 2011. Siehe zu den verschiedenen «Ebenen» einer Foundation Governance unten C.II.1.



- In Zeiten niedriger Zinserträge entwickelt sich die Stiftung weg von einer rein renditeorientierten Rechtsform.<sup>60</sup> In Bezug auf die Vermögensbewirtschaftung werden daher zunehmend innovative Lösungen gesucht, die insbesondere nicht nur die Erträge, sondern das Vermögen selbst zum Einsatz bringen wollen, was in neuartigen Vergabe-, aber auch Investitions- und Anlagearten münden kann. Zunehmend *en vogue* sind etwa nachhaltige Vermögensanlagen oder «Sustainable and Responsible Investments» (SRI).<sup>61</sup> Dies trifft auf einer höheren Ebene auch für die sogenannten «neuen Formen der Philanthropie» zu, wie etwa «Impact Investments»,<sup>62</sup> «Venture Philanthropie»<sup>63</sup> oder die verschiedenen Formen des Sozialunternehmertums («Social Business»)<sup>64</sup>. Insgesamt gilt: Was früher reine Vermögensanlage war, ist heute zu einem entscheidenden Faktor der *Stiftungsstrategie* geworden. Allerdings steht die Auswertung der tatsächlichen und rechtlichen Herausforderungen dieser Ansätze erst am Anfang.<sup>65</sup> Sie operieren vielfach in rechtsdogmatisch ungeklärten Bereichen und müssen von den Aufsichts- und Steuerbehörden erst noch nachvollzogen werden.
- Weniger exotisch, aber von ähnlicher Relevanz sind die allgemeinen Grenzen der Begriffe «Stiftungszweck» und «Stiftungsvermögen», vor allem in ihrer Relation zueinander. Im Zusammenhang mit den neuen Formen der Vermögensbewirtschaftung steht etwa das zunehmende Gewicht von sogenannten «Verbrauchsstiftungen»; hiermit geht die Vorstellung einher, dass Stiftungen keine *ewigen* Gebilde sind, so dass im Streben nach Effizienz auch über zeitlich begrenzte Stiftungsprojekte nachgedacht wird. Ferner ist das Phänomen der «Selbstzweckstiftung» nicht zu unterschätzen, wenn es um die Beurteilung von Unternehmensstiftungskonstruktionen geht.
- Dauerbrenner sind Schicksal und Zukunft der Schweizer Familienstiftung. Während die ganz h.M. in Literatur und Praxis seit Jahren eine Auflockerung des Art. 335 ZGB und seiner strengen Interpretation durch das BGer

60 Vgl. DAVID HERTIG/GEORG VON SCHNURBEIN, Die Vermögensverwaltung gemeinnütziger Stiftungen: State of the Art?, Basel 2013, S. 11; GEORG VON SCHNURBEIN/PHILIPP EGGER, Innovation statt Stagnation, Basel 2013, *passim*.

61 DOMINIQUE JAKOB/PETER PICT, Responsible Investments by Foundations from a Legal Perspective, International Journal of Not-for-Profit Law 2013, 53 ff., sowie DOMINIQUE JAKOB/PETER PICT, Vom Stiftungszweck zur Anlagestrategie, Stiftungsrechtliche Überlegungen zu nachhaltigen und verantwortlichen Investitionen von Stiftungen, Stiftung & Sponsoring 6/2012, S. 26 ff.

62 Siehe IVO KNOEPFEL, in: Der Schweizer Stiftungsreport 2012 (Fn. 20), S. 32 ff.

63 Hierzu DANIELA SCHÖNENBERG, Venture Philanthropie, Zulässigkeit und haftungsrechtliche Konsequenzen für Schweizer Stiftungen und deren Organe, Zürich 2011.

64 Vgl. dazu etwa Helga Hackenberg/Stefan Empter (Hrsg.), Social entrepreneurship – social business: für die Gesellschaft unternehmen, Wiesbaden 2011.

65 Siehe HAROLD GRÜNINGER, Innovative Vermögensbewirtschaftung im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht – Venture Philanthropy, Social Business, Mission Based Investments zwischen Vision und Haftung, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 50 ff.; JAKOB/PICT, Stiftung & Sponsoring 6/2012 (Fn. 61), S. 28.

fordert (Stichwort: verpönte Unterhaltszwecke),<sup>66</sup> hat das BGer bei nationalen Sachverhalten bislang keine Bewegung gezeigt.<sup>67</sup> Daher wird darüber diskutiert, ob *de lege ferenda* Art. 335 ZGB abgeschafft, modifiziert oder ein völlig neues und eigenständiges Gefäss zur privatnützigen Vermögensperpetuierung geschaffen werden soll.<sup>68</sup>

- In Bezug auf die Anerkennung *ausländischer* Stiftungen (insbesondere mit Unterhaltszweck) hat das BGer hingegen im Jahre 2009<sup>69</sup> die h.M. bestätigt, dass Art. 335 ZGB vor dem Hintergrund der ihm zugrunde liegenden Wertungen keine *loi d'application immédiate* (unmittelbare Eingriffsnorm) i.S.d. Art. 18 IPRG darstellt und somit ausländischen Stiftungen nicht entgegengehalten werden kann.<sup>70</sup> Durch die Anerkennung von ausländischen Unterhaltstiftungen unter gleichzeitigem Verbot ihrer Schweizer Pendant ist die heutige Schweizer Praxis der Selbstbeschränkung zur *Selbstdiskriminierung* angewachsen, was die eben genannte Problematik nochmals pointiert.
- Die Fragen der Anerkennung ausländischer Stiftungen, die grenzüberschreitende Sitzverlegung, die Aufsicht über ausländische Stiftungen sowie nicht zuletzt der grenzüberschreitende Stiftungs- und Spendenverkehr werden im EU-Kontext durch die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit garniert, innerhalb welcher auch die Schweizer Praxis ihren Weg finden muss.<sup>71</sup> Das gilt auch für die Perspektive einer supranationalen Europäischen Stiftung

66 Siehe etwa PETER MAX GUTZWILLER, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltstiftung, AJP 2010, S. 1559 ff.; HANS RAINER KÜNZLE, Familienstiftung – Quo vadis?, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 173 ff.; zur Gesamtproblematik weiter JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 15 ff. Ablehnend aber weiterhin (als aus der aktuellen Literatur soweit ersichtlich einzige Stimme) HANS MICHAEL RIEMER, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89<sup>bis</sup> ZGB): mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Bern 2012, Art. 87 ZGB Rn. 17 ff.

67 Zuletzt BGer, Urteil vom 12. Dezember 2010, 2C\_157/2010, 2C\_163/2010, E. 11.3; vgl. auch BGE 108 II 393, E. 6a; 89 II 437, E. 1; 79 II 113, E. 6a; 75 II 81, E. 3b; 75 II 15, E. 4b; 73 II 81, E. 5 f.

68 Vgl. JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 15; SPRECHER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 183 ff.

69 BGE 135 III 614 ff.

70 Zu dieser Entscheidung etwa OLIVER ARTER, Ausländische Familienunterhaltstiftungen, successio 2011, S. 125 ff.; SIMON OTHENIN-GIRARD, Fondations d'entretien et interdiction des fidéicommiss de famille en droit international privé suisse – Quelques jalons posés par l'ATF 135 III 614, AJP 2010, S. 1261 ff.; mit Trustbezug DOMINIQUE JAKOB/PETER PICT, Der Trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung – Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, AJP 2010, S. 855 ff.

71 Hierzu JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 540 f.; JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 32 ff.; BIRGIT WEITEMEYER, Entwicklungen im europäischen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht (unter Einbezug der European Foundation), in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 98 ff. Zum Problem der Aufsicht über ausländische Stiftungen (auch aus der Perspektive der Schweiz) MATTHIAS UHL, Das Internationale Privatrecht der Stiftungen und das Aufsichtsrecht, in: Rainer Hüttemann/Peter Rawert/Karsten Schmidt/Birgit Weitemeyer (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2012/2013 (im Erscheinen).

(Fundatio Europaea),<sup>72</sup> auf deren (derzeit noch ungewisses) Kommen sich die Schweiz einstellen muss.

Die grenzüberschreitende Philanthropie leitet über zum Steuerrecht, wo weitere Fragen aktuell sind:

- Etwa wird diskutiert, ob man den Spendenabzug bundesweit vereinheitlichen und/oder erhöhen und eine Spendenvortragsmöglichkeit einführen könnte, im Rahmen welcher im ersten Jahr nicht abzugsfähige Spenden in zukünftige Jahre «vorgetragen» werden könnten.<sup>73</sup> Auch steht die fehlende Abzugsfähigkeit von Spenden an *ausländische* Organisationen in der Diskussion.
- Zum anderen geht es schwerpunktmässig um Umfang und Grenzen der Gemeinnützigkeit und des Schweizer Gemeinnützigkeitsbegriffs,<sup>74</sup> was sich beispielsweise an der umstrittenen und rechtsunsicheren Frage der Förderung im Ausland kristallisiert, ebenso wie an der Behandlung potentieller wirtschaftlicher (Investitions-)Tätigkeiten von Stiftungen. Auch an der Vergütung von Stiftungsratsmitgliedern scheiden sich weiterhin die Geister.<sup>75</sup>
- Fragen bestehen zudem in Bezug auf die Mehrwertsteuer für gemeinnützige Organisationen, insbesondere vor dem Hintergrund des umstrittenen «Teils B» der Mehrwertsteuerreform.<sup>76</sup>
- Auch die Besteuerung von Familienstiftungen wirft in Bezug auf ihre Einheitlichkeit und Kalkulierbarkeit Zweifel auf.<sup>77</sup>

72 JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 15 ff.; DOMINIQUE JAKOB/GORAN STUDEN, *Die European Foundation – Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts?*, ZHR 2010, S. 61 ff.

73 So die Motion 09.3344 Luginbühl «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» vom 20. März 2009; hierzu CHRISTOPH DEGEN, *Das Schweizer Gemeinnützigkeitsrecht im europäischen Kontext*, in: *Perspektiven des Stiftungsrechts* (Fn. 15), S. 107, S. 115 f.

74 Zum Gemeinnützigkeitsbegriff siehe das Kreisschreiben Nr. 12 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. Juli 1994 betreffend die Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke (Art. 56 Bst. g DBG) oder Kultuszwecke (Art. 56 Bst. h DBG) verfolgen; Abzugsfähigkeit von Zuwendungen (Art. 33 Abs. 1 Bst. i und Art. 59 Bst. c DBG); hierzu DEGEN, in: *Perspektiven des Stiftungsrechts* (Fn. 15), S. 107 ff.; grundlegend schon MARKUS REICH, *Gemeinnützigkeit als Steuerbefreiungsgrund*, ASA 1989, S. 465 ff.

75 JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 12 f. Siehe zur Vergütung des Stiftungsrats auch die Interpellation 12.4063 Recordon «Status der Mitglieder von Stiftungsräten» vom 6. Dezember 2012. Die Interpellation wurde vom Bundesrat am 13. Februar 2013 beantwortet und vom Ständerat am 14. März 2013 erledigt. Nachdem in dieser Interpellation die Vergütungsfrage allerdings unter dem eigentlich unproblematischen Aspekt des Stiftungs- (nicht Steuer-)rechts thematisiert wurde, hat LUC RECORDON am 22. März 2013 eine zweite Interpellation 13.3283 «Steuergesetzgebung für Stiftungen» eingereicht, die vom Bundesrat am 22. Mai 2013 beantwortet wurde.

76 Hierzu DOMINIQUE JAKOB/KARIN MESSMER/PETER PICT/GORAN STUDEN, *Verein – Stiftung – Trust*, Entwicklungen 2010, njus.ch, Bern 2011, S. 11 f.

77 ANDREA OPEL, *Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient? Eine Analyse unter zivil- und steuerrechtlichem Blickwinkel mit Verbesserungsvorschlägen*, Jusletter vom 31. August 2009; ANDREA OPEL, *Familienstiftung und Trust – Postulat für eine kohärente Besteuerung*, ASA 2009, S. 265 ff.

- *Last but not least* ist das bereits erwähnte, neue regulatorische Umfeld für Stiftungen als Teil des Spannungsfelds Finanzdienstleistung, Finanzintermediäre, Finanzaufsicht im Kontext der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Geldwäscherei im nationalen und internationalen Umfeld mit den entsprechenden Deklarationspflichten in den Griff zu bekommen.<sup>78</sup>
- Schliesslich: Jede unentgeltliche Veräusserung oder Separierung von Vermögen stösst an eine allgemeine, gleichermassen strenge wie umfassende Grenze: das geltende Pflichtteilsrecht. Hier ist eine rechtsformübergreifende, aber im Stiftungswesen besonders relevante Diskussion entbrannt, ob man den Zugriff des Pflichtteilsrechts im Hinblick auf Berechtigte, Quoten, Umfang, Fristen oder Ausnahmen lockern oder zumindest Privilegien für gemeinnützige Zuwendungen einführen könnte.<sup>79</sup>

Diese hier exemplarisch aufgeführten (Schwer-)Punkte sollten einen kompakten ersten Überblick geben, was den Sektor bewegt und wie die Dinge zusammenhängen. Einige (nicht alle) dieser Problemkreise werden im Laufe des Beitrags wieder aufgegriffen, vertieft und Lösungsvorschlägen zugeführt.

### 3. *Motion Luginbühl*

Einige der soeben genannten Brennpunkte führten dazu, dass Ständerat WERNER LUGINBÜHL am 20. März 2009 eine Motion (09.3344) zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» einreichte, mit welcher insbesondere eine Angleichung der fiskalischen Rahmenbedingungen an das benachbarte Ausland gefordert wurde. Während der Ständerat der Motion nach einigen Modifikationen (das Desiderat einer «minimalen Ausschüttungsquote» wurde gestrichen und der Bundesrat beauftragt, die Zweckmässigkeit einer Revision der Stiftungsaufsicht zu prüfen) am 1. März 2010 zustimmte, verwarf er eine von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats

78 Siehe dazu den Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes (Fn. 23), S. 11 ff. Siehe ausserdem zur Thematik OLIVER ARTER, *Trusts und Bankbeziehungen – Wer ist «Wirtschaftlich Berechtigter»?*, AJP 2012, S. 506 ff.; DAVID WALLACE WILSON, *Le Trust, Janus de la réglementation bancaire: formulaire A ou formulaire T*, in: Isabelle Augsburger-Bucheli/Bertrand Perrin (Hrsg.), *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Genf/Paris 2011, S. 125 ff. Aus internationaler Sicht vgl. CLIVE CUTBILL, *Issues relating to money laundering and terrorist financing*, in: Clive Cutbill/Alison Paines/Murray Hallam (Hrsg.), *International Charitable Giving*, Oxford 2012, S. 129 ff.

79 JAKOB, in: *Perspektiven des Stiftungsrechts* (Fn. 15), S. 12 f.; JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 2; MANUEL LIATOWITSCH/ANDREA DORJEE-GOOD, *Das (zukünftige) Schweizer Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld zu internationaler Asset Protection und Gemeinnützigkeit*, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 139 ff.; rechtsvergleichend ANNE RÖTHEL, *Das Pflichtteilsrecht auf dem Prüfstand: Ausblicke aus rechtsvergleichender und internationaler Perspektive*, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 119 ff. In politischer Hinsicht ist zu verweisen auf die Motion 10.3524 Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» vom 17. Juni 2010.

zusätzlich eingereichte und vom Nationalrat angenommene Zusatzmotion (09.3971),<sup>80</sup> die den Bundesrat hätte beauftragen sollen, die statistischen Grundlagen zum schweizerischen Stiftungswesen zu verbessern und für ein öffentliches Stiftungsregister zu sorgen. Der Bundesrat erklärte aber, dass er bei der Umsetzung der Motion Luginbühl diese Anliegen prüfen und allfällige Vorschläge unterbreiten werde.<sup>81</sup> Seither wurde an verschiedenen Stellen an der Motion gearbeitet, beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) und beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD), teilweise unter Einbezug der Kantone. Es ist ein typisches und oben bereits angedeutetes Merkmal des Stiftungsrechts, dass es Berührungspunkte zu zahlreichen Bereichen des Privatrechts, des Steuerrechts und der öffentlichen Verwaltung hat und zudem kantonal geprägt ist, so dass die Abläufe häufig vielschichtig und schwerfällig sind.

Ein Charakteristikum dieser Motion war, dass sie sich mit konkreten inhaltlichen Forderungen zurückgehalten und mehr oder weniger allgemein eine Verbesserung der Rahmenbedingungen gefordert hat,<sup>82</sup> womit gleichsam das Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht als Ganzes auf den Prüfstand gehoben wurde. Hinzu kommt, dass von verschiedenen Seiten weitere Anliegen in die Motion eingespeist wurden, etwa die eben genannte Überprüfung der Stiftungsaufsicht,<sup>83</sup> die Einführung eines Stiftungsregisters bzw. die Schaffung einer neuen Datengrundlage für den Sektor<sup>84</sup> und die Frage der Anpassung der Stiftung an ausländische Modelle (insbesondere Trusts),<sup>85</sup> die im Rahmen der Motion Luginbühl mitbehandelt werden sollen. Bereits diese Stichpunkte zeigen, dass die Motion eine gewisse Eigendynamik gewonnen hatte, weil ein eher harmloser Text mit so elementaren Punkten aufgeladen wurde, dass es – gleichsam unbemerkt – ans «Eingemachte» hätte gehen können. Dies war vor allem deswegen alarmierend, weil sich sämtliche Prozesse allein auf der Ebene der

80 Zusatzmotion 09.3971 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) «Stiftungswesen. Schaffung eines nationalen Registers und Verbesserung der statistischen Grundlagen» vom 6. Oktober 2009.

81 Siehe näher DOMINIQUE JAKOB/LAURA SCHWEIZER/GORAN STUDEN, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2009, Bern 2010, njus.ch, S. 47 ff.

82 Vgl. den Text der Motion: «Der Bundesrat wird beauftragt, [...] 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 sie es im benachbarten Ausland sind. Dann sollen die Stiftungen aber auch in ihrer gemeinnützigen Rolle mehr Bedeutung erlangen. [...]»

83 Vgl. dazu auch den Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht des EJPD vom 23. Dezember 2010, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-02-23/ber-ejpd-2010-d.pdf>.

84 Siehe die Zusatzmotion der WAK-N (Fn. 80).

85 Postulat 10.3332 Moret «Analyse einer allfälligen Regelung von Trusts in der Schweiz» vom 19. März 2010. Der Bundesrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 26. Mai 2010 die Annahme desselben und stellte eine gemeinsame Behandlung des Postulates und der Motion Luginbühl in Aussicht.



Ämter abgespielt und keine externen Experten hinzugezogen wurden, was vor dem Hintergrund der vielschichtig verbundenen Spezialmaterie nicht unbedenklich erscheint.

Insbesondere die Notwendigkeit, eine Verbesserung der Stiftungsaufsicht zu prüfen, erwies sich denn auch als unglückliche Hypothek für die Motion, weil sich zunehmend alle Überlegungen auf diese (vom Motionär gar nicht vorgebrachte) Materie zu konzentrieren schienen. So arbeitete das EDI einen Report zum «Modell einer Oberaufsicht bei klassischen Stiftungen» aus, welcher am 9. Dezember 2012 dem Bundesrat übermittelt wurde. Auch das Bundesamt für Justiz (BJ) erstellte einen Bericht, welcher aber nicht separat veröffentlicht wurde und direkt in den Bericht des Bundesrates eingegangen zu sein scheint. Greift man an dieser Stelle nur die Schlagworte heraus, die in diesem Bereich zur Prüfung standen (Verhältnis von Fach- und Rechtsaufsicht, Einführung eines Oberaufsichtssystems), wird ersichtlich, dass hier Weichenstellungen diskutiert wurden, die das Stiftungswesen in der Schweiz hätten zentral verändern können und sicher nicht unter dem Stichwort «Steigerung der Attraktivität» zu verorten gewesen wären. Aus diesem Grund war eine gewisse Nervosität im Sektor wahrzunehmen, mit dem Tenor: Lieber keine Änderung, als eine «Verschlimmbesserung», die sich zu Lasten des Sektors auswirken würde.

Am 27. Februar 2013 hat der Bundesrat den lange erwarteten Bericht zur Motion Luginbühl vorgelegt.<sup>86</sup> Nach Auffassung des Bundesrats ist die Schweiz als Stiftungsstandort ausreichend attraktiv, so dass er die Abschreibung der Motion beantragt. Bemerkenswert ist hierbei, dass der Bundesrat doch eine recht umfassende Bestandsaufnahme der Materie vorgenommen hat, jedenfalls was die *Breite* der Themen betrifft, nicht freilich die *Tiefe* der Prüfung und der Argumentation. Hierzu gehören auf zivilrechtlicher Ebene die Präzisierung der Definition der Stiftung, formelle Erleichterungen für die Errichtung und den Mindestinhalt der Stiftungsurkunde, die Pflicht zum Handelsregistereintrag für alle Stiftungen, die Übernahme der Aufsicht durch die Aufsichtsbehörde *vor* der Eintragung ins Handelsregister, die Präzisierung der Regeln zur Organisation von Stiftungen, die Stiftungsaufsicht, die Verkürzung oder Aufhebung der Frist für eine Zweckänderung durch die Stifterin oder den Stifter sowie die Regelung der Familienstiftungen. Auf fiskalischer Ebene umfasst die Prüfung des Bundesrats einerseits die stiftungsrechtliche Situation im Bereich der Mehrwertsteuer. Andererseits wurden auch Aspekte der direkten Steuer in die Betrachtung miteinbezogen, so die Steuerbefreiung von Stiftungen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, die Abzugsfähigkeit von (insbesondere grenzüberschreitenden) Zuwendungen an gemeinnützige Stiftungen, die steuerliche Behandlung von Familien- und Unterhaltungsstiftungen, die steuerliche Behandlung von Zustiftungen so-

---

86 Bericht des Bundesrates vom 27. Februar 2013 zur Abschreibung der Motion 09.3344 Luginbühl, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-02-27/ber-br-d.pdf>.

wie gewisse europarechtliche Fragen. Schliesslich wurde der stiftungsrechtliche Stand im Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuer untersucht. Unter den Tisch gefallen ist hingegen die Befassung mit der Datengrundlage des Sektors und einem möglichen Stiftungsregister.

Greift man an dieser Stelle nur die Leitlinien des Berichts heraus, ist auffällig, dass der Bundesrat die Motion insoweit wörtlich nimmt, als er viele Fragen tatsächlich ausschliesslich unter der (zweifelhaften) Fragestellung prüft, ob durch eine entsprechende Gesetzesänderung der Stiftungsstandort «attraktiver» würde. Dabei ist dies erstens im Hinblick auf Einzelmassnahmen selten klar zu beurteilen (was auch einer der häufigsten Ablehnungsgründe des Bundesrats für Veränderungen ist), und zweitens schon an sich eine fragwürdige Fragestellung, weil es ja darum gehen sollte, einen Rechtsbestand sinnvoll fortzuentwickeln und auf nachhaltig moderne Beine zu stellen (um auf diese Weise die Grundlage zu schaffen, dass sich ein Standort auf lange Sicht durch seine Funktionsfähigkeit als attraktiv erweisen könnte).

Der Bundesrat sieht insbesondere in Bezug auf die Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht keine Änderungen angezeigt.<sup>87</sup> Vielmehr teilt er die Bedenken des EDI, einer Oberaufsichtsbehörde tatsächlich sinnvolle Aufgaben zuweisen zu können.<sup>88</sup> Auch in allen übrigen Bereichen sieht der Bundesrat weder zivil- noch steuerrechtlich einen zwingenden Handlungsbedarf. Eine vorschnelle Angleichung an europäische Vorgaben könne vielmehr dazu führen, dass der hiesige Standort seine Attraktivität gegenüber dem Ausland verliere.<sup>89</sup> Der Bundesrat war sich also bewusst, dass Affekthandlungen ohne überlegte Abklärung ihrer Reflexwirkungen mit Vorsicht zu geniessen sind: «Sofern keine absolut zwingende Notwendigkeit für eine Gesetzesrevision besteht, sollte deshalb von einer Änderung der bewährten Rechtsgrundlagen abgesehen werden. Die Voraussetzungen für einen attraktiven Stiftungsstandort sollten daher nur mit grösster Vorsicht angepasst werden».<sup>90</sup> Letzterer Ansatz ist zu begrüessen. Anstelle einer vorschnellen unsachgemässen Reform, sollten die wirklich wichtigen Dinge nach ausreichender Vorbereitung separat angegangen werden. Vor diesem Hintergrund ist bedeutsam, dass der Bundesrat die Zielsetzung der Motion im Grundsatz teilt. Er will die internationalen Entwicklungen im Stiftungsbereich verfolgen und die zivil- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz regelmässig auf ihre Wettbewerbsfähigkeit hin überprüfen.<sup>91</sup> Als ein positives Resultat der Motion ist somit zu hoffen, dass der Gesetzgeber für die

87 Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), dort vor allem S. 5, S. 13.

88 Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 11 ff.

89 Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 2 f.

90 Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 5.

91 Medienmitteilung des EJPD vom 27. Februar 2012, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-02-27.html>; für nähere Ausführungen vgl. den Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 38.

Problemkreise der Zukunft sensibilisiert worden ist. Im aktuellen Bericht macht es sich der Bundesrat freilich häufig viel zu einfach oder argumentiert nicht ausreichend präzise. Nachdem zahlreiche Einzelheiten des Berichts aber Problemkreise betreffen, die in nachfolgender Darstellung eine vertiefte Auseinandersetzung erfahren, sollen sie an Ort und Stelle aufgenommen und kommentiert werden.

#### 4. Protagonisten

Wer den Schweizer Stiftungssektor verstehen möchte, muss schliesslich einen Blick auf seine Protagonisten werfen. Neben Politik und Gesetzgebung wird die Szene vor allem durch folgende «Player» geprägt.

##### a. Aufsichtsbehörden

Die Aufsichtsbehörden sind von Gesetzes wegen dazu berufen, darüber zu wachen, «dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird» (Art. 84 Abs. 2 ZGB).<sup>92</sup> Stiftungen mit gesamtschweizerischer und internationaler Bedeutung werden durch den Bund (Generalsekretariat des EDI, Eidgenössische Stiftungsaufsicht; Art. 3 Abs. 2 lit. a OV-EDI), Stiftungen mit kantonaler Bedeutung durch die jeweiligen kantonalen Aufsichtsbehörden beaufsichtigt.<sup>93</sup> Was einfach klingt und lange war, wurde jedoch mit der Strukturreform des BVG (also einer thematisch gar nicht das klassische Stiftungsrecht betreffenden Reform) verändert und – um es vorwegzunehmen – unüberlegt und ohne Not verkompliziert.

Denn alle Kantone waren gesetzlich verpflichtet, die BVG-Aufsicht auf öffentlich-rechtliche Anstalten zu übertragen. Aufgrund der in den Kantonen bestehenden funktionalen Verbindung der BVG-Aufsicht mit der Aufsicht über klassische Stiftungen hat dieser Vorgang jedoch zugleich erheblichen Einfluss auf die Struktur der *kantonalen* Stiftungsaufsicht gezeitigt. Etwa haben einige Kantone den neuen Anstalten die Aufsicht sowohl über Vorsorgeeinrichtungen als auch über klassische Stiftungen übertragen. Andere haben diese Übertragung indes ausschliesslich für die Vorsorgeeinrichtungen vorgenommen, während die Aufsicht über klassische Stiftungen in der kantonalen Verwaltung verblieben ist. Die Aufsicht ist somit in mehrfacher Hinsicht gespalten worden, nicht nur in

92 Zu dieser nicht ganz treffsicheren Formulierung siehe JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 11 f.

93 Nach Art. 84 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB können die Kantone die ihren Gemeinden angehörenden Stiftungen der kantonalen Aufsichtsbehörde unterstellen. Die innerkantonale Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden wird durch die kantonale Einführungsgesetzgebung zum ZGB geregelt. Im Kanton Zürich etwa ist der Gemeinderat gemäss § 34 Ziff. 2 EG ZGB für die Aufsicht über Stiftungen zuständig, die ihrer Bestimmung nach der Gemeinde angehören. Analoge Regelungen bestehen für den Bezirks- und den Regierungsrat (§ 37 und § 44 Ziff. 12 EG ZGB) für die Aufsichtstätigkeiten, die in deren räumliche Zuständigkeit fallen.



BVG- versus Stiftungsaufsicht, sondern auch in Bezug auf die zuständigen Aufsichtskörperschaften (öffentlich-rechtlichen Anstalten versus Verwaltungsbehörden); das kann sich auf die Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis und des Rechtsschutzes auswirken.<sup>94</sup> Dass die Aufsicht in einigen Kantonen zur Bündelung von Ressourcen in sogenannten Konkordaten zusammengelegt wurde,<sup>95</sup> ist vor diesem Hintergrund schon fast als Marginalie zu beurteilen.

Die Grundvorstellung hinter dieser (BVG-motivierten) Umstrukturierung war die Idee einer höheren Professionalisierung, Transparenz und Governance im Aufsichtswesen (und diese Ziele werden innerhalb einzelner Aufsichtsanstalten sicherlich auch erreicht werden können). Die Neuregelung trägt indes kaum zur Übersichtlichkeit des kantonalen Aufsichtswesens bei und es scheint, als hätte man weder bei Bund noch Kantonen wahrgenommen, welche Konsequenzen es auf die *Struktur* der Stiftungsaufsicht zeitigen kann, dass die *klassischen* Stiftungsaufsichten entweder auf die BVG-Anstalten übertragen *oder* in der kantonalen Verwaltung belassen werden konnten. Struktur und Charakter dieser Protagonisten des Stiftungswesens sind jedenfalls verändert worden und es wird dauern, bis sich wieder alle Bausteine gefunden haben, die neuen Strukturen transparent nach aussen vermittelt und die Umstrukturierungsmassnahmen intern vollendet sind. Zudem sollte man kritisch beobachten, dass kein Personal- und Know-how-Gefälle zu Lasten der *klassischen* Stiftungen entsteht, weil man ja geneigt sein könnte, sich strukturmässig auf die *Aufsichtsanstalten* (anstelle der Verwaltungsbehörden) zu konzentrieren, und innerhalb der Anstalten auf die BVG-Aufsicht (anstelle der klassischen Stiftungsaufsicht).

94 Ausführlich zum Ganzen sowie zu den Konsequenzen für die Bundesaufsicht JAKOB/STUDEN/UHL, Entwicklungen 2011 (Fn. 11), S. 59 ff.; überblicksartig JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 6 ff.

95 Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht als Konkordat der Kantone Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden und Zug seit 2006; Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht als Konkordat der Kantone Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Glarus, Graubünden, St. Gallen und Thurgau seit 2008; BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB) für Basel-Landschaft und Basel-Stadt seit 2012; Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (Westschweizer BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörde) für die Kantone Waadt, Valais, Neuenburg und Jura seit 2012; der Kanton Schaffhausen hat sich in einer Vereinbarung zum 1. Januar 2012 der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS) und der Kanton Freiburg in einem Vertrag zum 1. Januar 2012 der Bernischen BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA) angeschlossen. Das Tessin hat sich in einem «Progetto di accordo» (Zusammenarbeitsvertrag) zum 1. Januar 2012 an das Ostschweizer Konkordat angehängt, verfügt aber über eine italienischsprachige «Filiale» im Tessin. «Ein-Kantons-Anstalten» leisten sich (derzeit) somit nur die Kantone Solothurn (BVG- und Stiftungsaufsicht), Aargau (BVG- und Stiftungsaufsicht Aargau [BVSA]) und Genf (Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance [ASFIP]). Siehe zur genauen Verteilung der Zuständigkeiten und der Rechtsgrundlagen die Tabelle bei ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungsreport 2012 (Fn. 20), S. 16 f.

b. *Verbände*

Meinungsbildend wirken im Schweizer Stiftungssektor vor allem zwei Verbände: ProFonds<sup>96</sup> und SwissFoundations<sup>97</sup>. ProFonds wurde 1990 gegründet und fungiert heute mit gut 300 Mitgliedern als Dachverband für gemeinnützige (fördernde und operativ tätige) Stiftungen und Vereine. Eines der Ziele ist die Wahrung der Interessen dieser Institute bei Gesetzesprojekten und Sachgeschäften im Bereich des Zivil-, Aufsichts- und Steuerrechts.

SwissFoundations wurde 2001 gegründet und möchte die gemeinnützigen Förderstiftungen der Schweiz vereinen, um deren Image und die Entwicklungsmöglichkeiten in der Schweiz zu verbessern. Die derzeit 95 Mitglieder von SwissFoundations schütteten 2011 rund 210 Millionen Franken aus und repräsentieren damit mehr als 20 % des gesamten jährlichen Ausschüttungsvolumens aller Schweizer Stiftungen. Bekannt wurde der Verband unter anderem durch den Swiss Foundation Code, welchen SwissFoundations gemeinsam mit einer interdisziplinär zusammengesetzten Arbeitsgruppe 2005 für Förderstiftungen in Europa entwickelt hat und der 2009 in der zweiten Auflage (mit Kommentierung) erschienen ist.<sup>98</sup> Ein zweites Projekt mit Aussenwirkung ist der Schweizer Stiftungsreport, welcher jährlich gemeinsam mit dem CEPS und dem Zentrum für Stiftungsrecht an der Universität Zürich herausgegeben wird.<sup>99</sup>

c. *Universitäre Institute*

Das Centre for Philanthropy Studies (CEPS) der Universität Basel wurde 2008 auf Initiative von SwissFoundations als interdisziplinäres Forschungs- und Weiterbildungszentrum für das Schweizer Stiftungswesen gegründet. Es versteht sich als universitärer Think Tank zum Themenbereich Philanthropie und bezieht sich auf alle Formen des privaten, gemeinnützigen Handelns, insbesondere die Gründung und Führung von Stiftungen.<sup>100</sup>

Das Institut für Verbands-, Stiftungs- und Genossenschaftsmanagement (VMI) ist ein Institut der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Ue. Es wurde 1976 gegründet und befasst sich mit der wissenschaftlich-interdisziplinären Forschung, Lehre und Beratung im Bereich des Nonprofit-Managements.<sup>101</sup>

Die einzige *juristische* universitäre Institution ist das Zentrum für Stiftungsrecht an der Universität Zürich.<sup>102</sup> Es wurde 2008 vom Verfasser des vorliegenden Gerichts gegründet mit dem Ziel, eine universitäre Anlaufstelle für alle mit dem Stif-

96 <http://www.profonds.org>.

97 <http://www.swissfoundations.ch>.

98 Vgl. SPRECHER/EGGER/JANSSEN (Fn. 56); siehe ausserdem <http://www.swissfoundations.ch/de/swiss-foundation-code>.

99 <http://www.stiftungsreport.ch>.

100 Vgl. <http://ceps.unibas.ch/ueber-das-ceps>.

101 Vgl. <http://www.vmi.ch>.

102 Vgl. <http://www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch>.

tungsrecht befassten Personen und Institutionen zu bieten. Es dient der Förderung von Studierenden, Forschenden und Wissenschaftlern/innen aus der Schweiz und aus dem Ausland und bildet eine Kommunikationsplattform für Politik, Wissenschaft und Stiftungspraxis (Stifter, Stiftungsräte, Berater und Aufsichtsbehörden). Das Zentrum verfolgt einen ganzheitlichen Ansatz und betrachtet das Stiftungsrecht sowohl aus Sicht der Gemeinnützigkeit als auch aus Sicht der privaten Vermögensgestaltung und Nachlassplanung. Ferner ist das internationale Stiftungsrecht sowie das Trust-Recht Bestandteil der Forschung. Flagship-Produkte sind etwa der Zürcher Stiftungsrechtstag, die Schriftenreihe «Schriften zum Stiftungsrecht» und der schon genannte Schweizer Stiftungsreport.

#### *d. Private Institutionen*

Daneben gibt es einige privat geführte Institutionen, die sich als Dienstleister verstehen, aber durch Veranstaltungen oder Lobbyarbeit auch fort- und Meinungsbildend wirken. Wie obige Verbände und Institute (mit Ausnahme des Zentrums für Stiftungsrecht) konzentrieren sie sich schwerpunktmässig auf die gemeinnützige Seite des Sektors.

Im Hinblick auf privatnützige Stiftungen ist der Sektor deutlich weniger stark organisiert. Dort wird die Szene vor allem durch die Protagonisten der privaten Vermögensverwaltung geprägt. Es wird aber schnell deutlich, dass eine einheitliche Stimme, etwa ein Verband zur Förderung von Familienstiftungen und zur Weiterentwicklung des Rechtsinstituts, fehlt.<sup>103</sup> Hier ist es vor allem Aufgabe von Wissenschaft und Praxis, in den Medien oder eben der rechtswissenschaftlichen Literatur auf Missstände hinzuweisen oder auf eine Weiterentwicklung hinzuwirken.

### **III. Das Internationale Umfeld**

#### *1. Einleitung: Rechtsvergleichung im Stiftungsrecht*

Möchte man das Schweizer Recht weiterentwickeln, ist ein Blick auf das internationale Umfeld und dort zunächst auf den rechtsvergleichenden Kontext imperativ. Die Schweiz ist eingebettet in einen Umkreis von Staaten, die sich ebenfalls durch bedeutsame Stiftungsrechtsordnungen auszeichnen;<sup>104</sup> diese stehen entweder unter einem ähnlichen aktuellen Regulierungsdruck wie die Schweiz (z.B. das Fürstentum Liechtenstein) oder üben einen solchen aus (z.B. Deutschland). Ist die Bedeutung der Rechtsvergleichung als Erkenntnisgewinn für die Rechtsentwicklung als solche unbestritten, erlangt sie im Stif-

---

103 Im Trust-Bereich gibt es die Swiss Association of Trust Companies (<http://www.satc.ch>), welche (Lobby-)Arbeit betreibt, um das Trustwesen in der Schweiz auf einem möglichst hochstehenden Standard fortzuentwickeln.

104 Vgl. für einen Überblick etwa CR-VEZ (Fn. 20), Intro. art. 80–89<sup>bis</sup> CC Rn. 23 ff.

tungsrecht nochmals eine eigene Priorität. Natürlich kann eine Stiftungsrechtsordnung von den Gedanken und Entwicklungen, die in anderen Staaten zu beobachten sind, lernen. Das Besondere jedoch ist, dass im heutigen Umfeld ein gewisser internationaler Harmonisierungsdruck und zugleich eine globale Unsicherheit zu verspüren ist, welche Merkmale eine Stiftung im Detail charakterisieren und welche Rechte ihre Beteiligten haben sollten. Damit geht die Frage einher, wie und mit welchen Leitwertungen der in Teilbereichen amorphe und in verschiedenen Staaten unterschiedlich ausgeprägte Stiftungsbegriff gefasst werden sollte und im Europa der Zukunft ausgestaltet werden darf. Nachdem die Bedürfnisse der meisten Stiftungsrechtsordnungen aber vergleichbar sind, erscheint es wichtig, die Lösungen der anderen Rechtsordnungen zu kennen, um die eigenen Ansätze und die gegebenenfalls noch nicht ausgeschöpften Spielräume einordnen zu können. Das kann letztlich zu der Frage führen, ob auch stiftungsrechtspolitisch neue Wege zu gehen sind und es sinnvoll erscheint, in das heimische Recht Faktoren Einzug halten zu lassen, die der traditionellen Stiftungssystematik eigentlich fremd sind.

Rechtsvergleichen im Stiftungsrecht ist eine vergleichsweise junge Disziplin,<sup>105</sup> die im näheren Umfeld erst wenigen Gesetzgebungsprojekten «aktiv» zugrunde gelegt wurde. In Deutschland wurde als Grundlage des Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15. Juli 2002<sup>106</sup> eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht eingesetzt, mit dem Auftrag, das Vorliegen von Reformbedarf zu prüfen und Vorschläge zu entwickeln. Von anderen Kritikpunkten abgesehen ist die Rubrik «Rechtsvergleich», welche im Bund-Länder-Bericht<sup>107</sup> immerhin enthalten ist, in Inhalt und Tiefe kümmerlich ausgefallen;

105 Zu Länderberichten siehe Clive Cutbill/Alison Paines/Murray Hallam (Hrsg.), *International Charitable Giving* (Fn. 78); Andreas Richter/Thomas Wachter (Hrsg.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, Angelbachtal 2007; Klaus J. Hopt/Dieter Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa* (Fn. 5). Für eine systematische, integrative Gesamtdarstellung siehe JAKOB, in: *MüHBGesRV* (Fn. 18), § 119; sowie JAKOB, in: *SRHB* (Fn. 32), § 11. Einen guten, wenngleich zum Teil notwendigerweise vereinfachenden Überblick gibt neuerdings auch das vom European Foundation Centre (<http://www.efc.be>) herausgegebene Kompendium «Comparative Highlights of Foundation Laws. The operating environment for foundations in Europe» (2011), abrufbar unter: [http://www.efc.be/programmes\\_services/resources/Documents/ComparativeHighlightsOfFoundationsLaws\\_2011.pdf](http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/ComparativeHighlightsOfFoundationsLaws_2011.pdf), welches eine tabellarische Gegenüberstellung der Stiftungsrechte der 27 EU-Staaten plus Schweiz, Türkei und Ukraine enthält und auf den ebenfalls vom EFC in Auftrag gegebenen Country Reports (abrufbar unter: [http://www.efc.be/programmes\\_services/resources/Pages/Legal-and-fiscal-country-profiles.aspx](http://www.efc.be/programmes_services/resources/Pages/Legal-and-fiscal-country-profiles.aspx)) beruht. Zur Schweiz siehe etwa DOMINIQUE JAKOB/BEATE ECKHARDT, *EFC Country Profile* (January 2011): Switzerland (abrufbar unter: [http://www.efc.be/programmes\\_services/resources/Documents/switzerland.pdf](http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/switzerland.pdf)).

106 Hierzu im Überblick STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 73 m.w.N.; DIETER REUTER, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2012, Vor §§ 80–88 BGB Rn. 25 ff.

107 Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, Bericht vom 19. Oktober 2001 Anhang Rechtsvergleich. Zum Bericht, seiner Kritik und zur weiteren Literatur betreffend die Reformdiskussion siehe statt vieler STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 72 ff.; MüKo-REUTER (Fn. 106), Vor §§ 80–88 BGB Rn. 21 ff.

und so wurde der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu Recht vorgeworfen, «Rechtsvergleichung auf Graswurzelniveau» betrieben<sup>108</sup> und die Erkenntnisse auch nicht in ihre Willensbildung einbezogen zu haben.<sup>109</sup> In Österreich und Liechtenstein ist hingegen eine interessante, wenngleich rein bilaterale Wechselwirkung zu beobachten: Während Österreich sein Privatstiftungsgesetz 1993<sup>110</sup> an der Stiftung des liechtensteinischen PGR ausgerichtet hat, hat der liechtensteinische Gesetzgeber sich bei seiner Totalrevision 2009<sup>111</sup> wiederum am österreichischen PSG orientiert.<sup>112</sup> In der Schweiz schliesslich wird aus den Materialien der Initiative Schiesser<sup>113</sup> nur schwer deutlich, ob und inwieweit rechtsvergleichende Erkenntnisse in die Revision des Stiftungsrechts eingeflossen sind.<sup>114</sup> Im Bereich der Einführung eines Zweckänderungsrechts für den Stifter (Art. 86a ZGB) ist eine Orientierung an den Stifterrechten der Privatstiftungsrechtsordnungen (Österreich und Liechtenstein) zwar offensichtlich;<sup>115</sup> es ist aber fraglich, wie weit und tief hier der Blick gewandert ist.

108 So PETER RAWERT, Was aber bleibt, stiften die Stifter – Mit Savigny gegen Rockefeller: Das neue Stiftungsgesetz, das an diesem Freitag vom Bundestag beschlossen wird, führt zurück ins 19. Jahrhundert, FAZ vom 23. April 2002, S. 51. Zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe auch JENS WIESNER, Korporative Strukturen bei der Stiftung bürgerlichen Rechts, Hamburg 2012, S. 3.

109 So MÜKo-REUTER (Fn. 106), Vor §§ 80–88 BGB Rn. 23.

110 Bundesgesetz über Privatstiftungen und Änderungen des Firmenbuchgesetzes, des Rechtspflegegesetzes, des Gerichtsgebührengesetzes, des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes, des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes und der Bundesabgabenordnung, BGBl Nr. 694/1993. Am 31. Oktober 2010 trat die erste materielle Änderung seit Erlass des PSG in Kraft (veröffentlicht am 30. Dezember 2010 im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2011, BBG 2011, BGBl Nr. 111/2010).

111 Siehe das Gesetz über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts vom 26. Juni 2008, LGBI. 2008 Nr. 220.

112 Siehe zu dieser Wechselwirkung DOMINIQUE JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung. Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, Vaduz 2009, Rn. 21 m.w.N.

113 Parlamentarische Initiative 00.461 Schiesser «Revision des Stiftungsrechtes» vom 14. Dezember 2000.

114 Im Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 23. Oktober 2003, «Parlamentarische Initiative Reform des Stiftungsrechts», BBl 2003 8156, findet man den lapidaren Satz: «Vergleiche mit Ländern wie den USA, Österreich oder Frankreich zeigen, dass die flexible oder eben wie im Falle Frankreichs die nicht flexible Ausgestaltung des Stiftungsrechts einen grossen Einfluss auf die Zahl der Stiftungen hat.» Auch in den parlamentarischen Beratungen zur Initiative Schiesser (abrufbar unter: [http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4704/107517/d\\_n\\_4704\\_107517\\_107523.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4704/107517/d_n_4704_107517_107523.htm)) gab es immer wieder (oberflächliche) Verweise auf die Stiftungsrechtsordnungen anderer Länder, wobei erstaunlicherweise nicht auf die umliegenden Stiftungsstandorte, sondern vor allem auf das liberale Stiftungswesen der USA Bezug genommen wurde (vgl. etwa die Voten der Nationalräte BÜHRER, LEUTENEGGER OBERHOLZER und BAADER).

115 Vgl. auch HANS MICHAEL RIEMER, Wollen wir im schweizerischen Stiftungsrecht liechtensteinische Verhältnisse?: Kritische Beurteilungen zur parlamentarischen Initiative Schiesser vom 14. Dezember 2000, in: Hans Michael Riemer/Reto Schildknecht (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Stiftungsrecht, unter Einbezug der Gesetzesrevision, Bern 2002, S. 9 ff.



Interessante rechtsvergleichende Anschauungen lassen sich im Stiftungsrecht auf vielerlei Ebenen gewinnen. Dies beginnt bereits bei den Stiftungsmodellen, die von einem unterschiedlichen inhaltlichen Verständnis des Stiftungsbegriffs bis hin zu einer unterschiedlichen dogmatischen Konstruktion der Rechtsfigur (etwa: anstaltsartige juristische Personen des Privatrechts bis hin zum Trust oder zur Stiftungskörperschaft angloamerikanischer Prägung) reichen. Im Detail liesse sich nachdenken über den Stiftungsbegriff im internationalen Vergleich (mit einem Blick auf einen möglichen «funktionalen Stiftungsbegriff»<sup>116</sup>), über das staatliche Aufsichtsregime oder das Verhältnis von Stiftung und Staat, über die Rechte des Stifters, die Rolle der Stiftungsorgane und der Begünstigten sowie hiervon ausgehend über die Anforderungen an eine moderne Foundation Governance; des Weiteren über Zweckänderung, Umwandlung, Auflösung und Beendigung der Stiftung, die Rolle von Drittpersonen (etwa Erben, Gläubigern und Ehegatten), die Mechanismen des internationalen Privat- und Verfahrensrechts sowie den Einfluss in- und ausländischer Steuerrechte.<sup>117</sup>

Dieser Bericht wird von diesen Aspekten nur einen Ausschnitt behandeln können. Hierbei wird der rechtsvergleichende Schwerpunkt auf den Rechtsordnungen des deutschsprachigen Raumes liegen, also auf Deutschland, Liechtenstein und Österreich. Dies hat zum einen mit der Stiftungswirklichkeit zu tun, binden doch die meisten Stifter, wenn sie sich für das Ausland entscheiden, ihr Stiftungsvermögen in einer der Rechtsordnungen, die der eigenen «nahe liegt». Auf der anderen Seite bieten sie sich deswegen zum Vergleich an, weil

116 Massgebliche Teile der jüngeren deutschen stiftungsrechtlichen Literatur wollen die formale Definition der Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB um einen rechtsformunabhängigen Funktionstypus, d.h. um ein funktionales Verständnis des Lebenssachverhalts «Stiftung» ergänzen. Nach dem «funktionalen Stiftungsbegriff» versteht man unter «Stiftung» ein Vermögen, das aufgrund eines freiwilligen und endgültigen Übertragungsaktes auf einen vom Stifter zu wählenden, aber von ihm verschiedenen Rechtsträger beliebiger Art übergeht und von diesem nach Massgabe bestimmter Zwecke (und gegebenenfalls getrennt von seinem sonstigen Vermögen) als Sondervermögen dauerhaft zu verwalten ist. Dieser Begriff setzt weder das Entstehen einer juristischen Person voraus, noch verbietet er korporative Strukturen des die Vermögensmasse verwaltenden Rechtsträgers. Eine «Stiftung» soll somit primär die aus einem Stiftungsakt hervorgehende Vermögensmasse sein, die von einem Stifter ausgesondert und einer eigenen, dauerhaften Zweckbestimmung unterworfen wird, und erst sekundär die aus dem Errichtungsakt hervorgehende juristische Person, die das Zuordnungssubjekt der Rechte und Pflichten der gestifteten Vermögensmasse bildet. Die Position als «Treuhänderin» des gestifteten Vermögens kann im Grundsatz daher auch von jeder anderen natürlichen oder juristischen Person wahrgenommen werden, womit unselbstständige Stiftungen und Stiftungskörperschaften der rechtsfähigen Stiftung zumindest «funktional» vergleichbar werden. Siehe zum Ganzen STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 3 m.w.N. zur umstrittenen Materie. Der funktionale Stiftungsbegriff ist zur rechtsvergleichenden Anschauung und Fortentwicklung in der Tat ein wertvoller Ansatz. Bei der Handhabung des jeweils nationalen Sachrechts sowie des internationalen Privatrechts ist freilich weiterhin zwischen den jeweiligen stiftungsartigen «Funktionstypen» zu unterscheiden; vgl. JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11, Rn. 30, Rn. 48.

117 Siehe zum gesamten aufgezählten Panoptikum aus rechtsvergleichender Sicht JAKOB, in: MÜHBGES R V (Fn. 18), § 119, und JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11.

sie der schweizerischen Rechtsordnung in der Systematik zumindest ähnlich sind und die gewonnenen Ergebnisse auch konstruktiv für das Schweizer Recht verwertet werden könnten.

## 2. Zahlen

Zahlen sind in allen Stiftungsrechtsordnungen ein hohes Gut. Das liegt vor allem daran, dass Stiftungsgründung (sieht man von einer etwaigen Eintragungspflicht ab) und vor allem Stiftungsführung wenigstens grundsätzlich privatautonome Vorgänge darstellen, die einer staatlichen oder auch privaten Dokumentierung nicht zwangsläufig geöffnet sind.<sup>118</sup> Dennoch gibt es ungefähre Kennzahlen, die mit Blick auf den Gemeinnützigkeitssektor erhoben werden, und durch welche die Schweizer Zahlen<sup>119</sup> in eine internationale Dimension gerückt werden.<sup>120</sup> Freilich ist bei der Einordnung der Zahlen stets die «Eigenart» einer Stiftungsrechtsordnung zu beachten.

So ist Liechtenstein mit 28815 hinterlegten und 1803 eingetragenen Stiftungen Spitzenreiter im europäischen Vergleich, vor allem wenn man die Zahl der Stiftungen zur Zahl der Einwohner des Landes (rund 36000) in Beziehung setzt.<sup>121</sup> Allerdings erkennt man an der geringen Zahl der Eintragungen, dass nur die wenigsten dieser Stiftungen zu (überwiegend) gemeinnützigen Zwecken verwendet werden. In Deutschland wiederum bestehen 19551<sup>122</sup> grösstenteils gemeinnützige Stiftungen mit einem Gesamtvermögen von rund 70 Milliarden EUR. Hinsichtlich Anzahl Stiftungen folgt Schweden, das 12792 Stiftungen mit einem geschätzten Gesamtvermögen von 48 Milliarden EUR vorzuweisen hat – im Verhältnis zur Bevölkerungszahl von rund 9,5 Millionen Einwohnern. Vergleichbare Werte weisen sodann Spanien (9050 Stiftungen mit einem Gesamtvermögen von 17 Milliarden EUR) und England (8800 Stiftungen, Angaben zum Gesamtvermögen fehlen) auf. In Italien zählt man 4720 Stiftungen, welche allerdings ein Gesamtvermögen von 85 Milliarden EUR aufweisen sollen, was an den dort existierenden Bankenstiftungen liegen könnte. Österreich

118 Zum Desiderat eines Stiftungsregisters für die Schweiz sowie einem internationalen Überblick vgl. GEORG VON SCHNURBEIN/RAFAEL WYSER/STEFFEN BETHMANN, Handlungsempfehlungen zur Gestaltung eines nationalen Stiftungsregisters in der Schweiz (Grundlagenpapier), Basel 2012, S. 7 ff. Siehe auch JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 13 f., der sich für ein «Gemeinnützigkeitsregister» ausspricht.

119 Siehe oben A.II.1.

120 Die nachfolgenden Zahlen basieren im Wesentlichen auf der Übersicht des European Foundation Centre, abrufbar unter: [http://www.efc.be/programmes\\_services/resources/Pages/Foundations-in-Europe.aspx](http://www.efc.be/programmes_services/resources/Pages/Foundations-in-Europe.aspx).

121 Vgl. zu den Zahlen und Fakten des Stiftungplatzes Liechtenstein die Übersicht auf der Homepage der liechtensteinischen Stiftungsaufsichtsbehörde, <http://www.stifa.li/zahlen-fakten>; dazu auch JAKOB, in: *SRHB* (Fn. 32), § 11 Rn. 52 m.w.N.

122 Siehe zu dieser neusten Zahl des Bundesverbands Deutscher Stiftungen: *Die Stiftung* 2/2013, S. 6.

ist wie Liechtenstein eine Privatstiftungsrechtsordnung, bewegt sich mit rund 3400 nach dem PSG errichteten Privatstiftungen und wenigen hundert nach dem BStFG<sup>123</sup> errichteten Stiftungen jedoch im europäischen Mittelfeld.<sup>124</sup> Weitere interessante Zahlen weisen Finnland (2660 Stiftungen mit einem Gesamtvermögen von 11 Milliarden EUR) und die Türkei (1500 Stiftungen mit einem Gesamtvermögen von 34 Milliarden EUR) auf. Im Verhältnis zu seiner Bevölkerungszahl bescheidene Werte zeigt Frankreich (2264 Stiftungen mit einem Gesamtvermögen von 14,3 Milliarden EUR). Den Schluss bilden Portugal (800 Stiftungen, Angaben zum Gesamtvermögen fehlen) und Irland (25 Stiftungen mit einem Gesamtvermögen von 790 Millionen EUR).

### 3. *Stiftungsmodelle*

Legt man als rechtsvergleichenden Stiftungsbegriff den oben skizzierten Grundtypus der rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts zugrunde,<sup>125</sup> lassen sich innerhalb dieses Verständnisses folgende Stiftungsmodelle differenzieren. Nimmt man als *klassisches Stiftungsmodell* das deutsche als Referenzpunkt, geht dieses zwar von gemeinnützigen Stiftungen aus, hat sich aber zur gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung bekannt, mit welcher privat-, aber fremdnützige Projekte verfolgt werden können. Gestalterischem Funktionalismus (etwa im Hinblick auf eigennützige Stiftungszwecke oder freie Zweck- und Satzungsänderungen) sowie körperschaftlicher Typenmischung ist dort ein wenigstens grundsätzlicher Riegel vorgeschoben.<sup>126</sup> Demgegenüber bieten Österreich und Liechtenstein<sup>127</sup> *Privatstiftungsmodelle*, die zwar gemeinnützige Zwecke ermöglichen, aber vorzugsweise dafür geschaffen sind, privat- und eigennützige Anliegen möglichst gestaltungsfrei umzusetzen. Eine Privatstiftung offeriert das schweizerische Recht zwar nicht. Doch wurde dort mit der Reform des Stiftungsrechts zum 1. Januar 2006 ein zunächst klassisches Stiftungsmodell liberalisiert und mit einem funktionalen Element (*in concreto*: Zweckänderungsrecht nach Art. 86a ZGB) angereichert, so dass man von einem «*neoliberalen*» *Stiftungsmodell* sprechen könnte. Im Gegensatz dazu bietet etwa Frankreich ein *traditionelles Gemeinwohlmodell*, in welchem die Gemeinnützigkeit Errichtungsvoraussetzung ist. Auch in den USA wird eine Stiftung nur zu einer Stiftung, wenn sie gemeinnützig tätig ist; allerdings ist die «Stiftung» dort ein rein steuerrechtliches

123 Bundesstiftungs- und Fondsgesetz vom 27. November 1974, ÖstBGBl. Nr. 11/1975.

124 JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 59.

125 Dazu bereits oben A.I.1. sowie JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 30.

126 Siehe dazu JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 42 ff., S. 95 f. m.w.N.

127 In Liechtenstein war in den letzten Jahren ein Reformprozess im Gange, im Zuge dessen über grundlegende Fragen und Grenzen des Privatstiftungsmodells nachgedacht wurde. Dazu JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 9 ff. Die Reform wurde mit der als «Totalrevision» bezeichneten umfassenden Novelle des liechtensteinischen Stiftungsrechts (Gesetz vom 26. Juni 2008 über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts, LGBl. 2008 Nr. 220, in Kraft seit 1. April 2009) abgeschlossen.



Phänomen, sodass man insoweit von einem Steuerrechtsmodell oder – in «eingedeutschter» steuerrechtlicher Terminologie – von einem *Gemeinnützigkeitsmodell* sprechen könnte.<sup>128</sup>

Der Verfasser hat an anderer Stelle den Versuch unternommen, einen Überblick über die wichtigsten Stiftungsrechtsordnungen zu geben und deren Besonderheiten thematisch geordnet und untereinander vergleichend herauszuarbeiten.<sup>129</sup> Nachfolgend sollen nur einige wichtige Grundsätze hervorgehoben werden.

#### a. *Stifterfreiheit*

##### aa. Stifterfreiheit und Stiftungszweck

Das Schweizer Stiftungsrecht ist geprägt durch das dominierende Merkmal der Stifterfreiheit, also der Freiheit, eine Stiftung zu errichten und deren Zweck frei zu bestimmen (Stiftungserrichtungsfreiheit), die einhergeht mit einer weitgehenden Gestaltungs- und Organisationsfreiheit des Stifters.<sup>130</sup> Einschränkungen erfährt die Zweckfreiheit bei der Familienstiftung (Art. 335 ZGB) und ist im Übrigen nur durch die allgemeinen Grenzen der Rechts- oder Sittenwidrigkeit umgrenzt. Dieses Bild der relativen Zweckfreiheit liegt auch den Stiftungsrechten anderer Rechtsordnungen zugrunde. In Liechtenstein ist der Stifter in seiner Zweckwahl frei, mit der Einschränkung des Art. 552 § 1 Abs. 2 PGR.<sup>131</sup> In Österreich kann die Privatstiftung – wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des Stiftungsbegriffs beachtet werden<sup>132</sup> – grundsätzlich zu jedem erlaubten

128 Zu erwähnen ist, dass neben privatrechtlichen auch im Ausland *staatliche* Stiftungen zu beobachten sind. Letztere sind entweder privatrechtliche Stiftungen, bei denen lediglich der Staat als Stifter fungiert. Treten sie hingegen in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen auf, sind sie öffentlich-rechtliche Stiftungen im eigentlichen Sinne des Wortes – sie sind derart mit der Staatsgewalt verwoben, dass sie in der Sache mittelbare Staatsverwaltung darstellen. In manchen Staaten erscheint diese strenge Unterscheidung allerdings weniger ausgeprägt. Siehe aus Schweizer Sicht HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, Bern 2002, Rn. 735 ff. Aus deutscher Sicht vgl. etwa MÜKo-REUTER (Fn. 106), Vor §§ 80–88 BGB Rn. 56 ff. Rechtsvergleichend CHRISTIAN MEYN/ANNE SCHÖNING, Errichtung, Führung und Auflösung von Stiftungen, in: Internationales Stiftungsrecht (Fn. 105), Rn. 30 ff.

129 Siehe JAKOB, in: MÜHBGesR V (Fn. 18), § 119; sowie JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11.

130 Siehe BGE 120 II 374 ff.; CR-VEZ (Fn. 20), art. 80 CC Rn. 4, Rn. 9; HAROLD GRÜNINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2011, Vor Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB Rn. 6 ff.; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Vor Art. 80–89a ZGB Rn. 3.

131 Art. 552 § 1 PGR: 1) Eine Stiftung i.S.d. Abschnittes ist ein rechtlich und wirtschaftlich verselbstständiges Zweckvermögen, welches als Verbandsperson (juristische Person) durch die einseitige Willenserklärung des Stifters errichtet wird. Der Stifter widmet das bestimmt bezeichnete Stiftungsvermögen und legt den unmittelbar nach aussen gerichteten, bestimmt bezeichneten Stiftungszweck sowie Begünstigte fest. 2) Eine Stiftung darf ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe nur dann ausüben, wenn es der Erreichung ihres gemeinnützigen Zwecks unmittelbar dient oder aufgrund einer spezialgesetzlichen Grundlage zulässig ist. Soweit es die ordnungsgemässe Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens erfordert, ist die Einrichtung eines kaufmännischen Betriebes auch bei privatnützigen Stiftungen zulässig.

132 § 1 PSG: (1) Die Privatstiftung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der

Zweck gegründet werden,<sup>133</sup> was den Stiftungsstandort Österreich erheblich gestärkt hat.<sup>134</sup> Die Stiftung nach dem BStFG<sup>135</sup> war und ist nämlich auf gemeinwohlbezogene Zwecke beschränkt.

In Deutschland ist dem Stiftungsbegriff heute das Leitbild der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung zugrunde zu legen: Jeder Stiftungszweck ist zulässig, der das Gemeinwohl nicht gefährdet (§ 80 Abs. 2 BGB).<sup>136</sup> Eine extensive Diskussion wird in Deutschland darüber geführt, ob eine «Grundrecht auf Stiftung» besteht.<sup>137</sup> Dies erscheint aber nicht als Ausfluss einer grösseren Freiheit, als dies in anderen Staaten der Fall wäre,<sup>138</sup> sondern eher als Reaktion darauf, dass eben keine echte Errichtungsfreiheit, sondern ein an staatliche Anerkennungsakte geknüpftes Konzessionssystem herrscht, gegenüber welchem man sich mittels Grundrechtsschutzes erwehren muss.

Neben den Grenzen, die der Errichtungsfreiheit durch das positive Recht gesetzt sind, wird ein weiteres, gleichsam dogmatisch immanentes Korsett durch den ungeschriebenen und somit «übergesetzlichen» Stiftungsbegriff gesetzt, dem die jeweilige Rechtsordnung folgt. So bestehen etwa unterschiedliche Ansätze<sup>139</sup> im Hinblick auf die «Stiftung für den Stifter» und die sogenannte «Selbstzweckstiftung», welche sich insbesondere auf die Zulässigkeit von Spielarten der Unternehmensstiftung auswirken können<sup>140</sup> und auch im vorliegenden Beitrag nochmals zur Sprache kommen werden.<sup>141</sup>

---

Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen; sie geniesst Rechtspersönlichkeit und muss ihren Sitz im Inland haben. (2) Eine Privatstiftung darf nicht 1. eine gewerbmässige Tätigkeit, die über eine blossе Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben; 2. die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen; 3. unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft sein.

133 Dazu ELISABETH BÖHLER, Die Stiftung in Österreich, Wien 1996, S. 46 f.; PIA MARIA AIGNER, Der Schutz der Stiftung vor Einflussnahme Dritter: Rechtsvergleichung im europäischen Rechtsraum, Frankfurt am Main 2000, S. 95; PETER DORALT/SUSANNE KALSS, Stiftungen im österreichischen Recht, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 426. Siehe auch § 1 Abs. 1 PSG. Freilich kann auch die *Privatstiftung* zu einem *gemeinnützigen* Zweck errichtet werden; dazu WALDEMAR JUD, Die Privatstiftung zur Begünstigung der Allgemeinheit, JBl. 2003, 771 ff.

134 Siehe DORALT/KALSS, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 419.

135 Bundesstiftungs- und Fondsgesetz (BStFG) vom 27. November 1974, ÖstBGBl. 1975, S. 11.

136 Siehe STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 7; JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 27, S. 49 ff.

137 Vgl. STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 20 ff. m.w.N.; JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 108 ff.

138 Zum «(Grund-)Recht auf Stiftung» im rechtsvergleichenden Überblick siehe JAKOB, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 64.

139 Siehe ausführlich zu diesen Unterschieden JAKOB, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 32 ff.

140 Auch in der Schweiz sind die Details der Abgrenzung der zulässigen unternehmensverbundenen Stiftung zur (unzulässigen) Selbstzweckstiftung weiterhin klärungsbedürftig; vgl. KuKo-JAKOB (Fn. 1), Vor Art. 80–89a ZGB Rn. 9; JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 57 f.; PAUL EITEL, Die Stiftung als Instrument zur Perpetuierung von Aktiengesellschaften?, in: FS Riemer (Fn. 65), S. 79 ff. Grundlegend zur Unternehmensstiftung BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Vor Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB Rn. 15 ff. m.w.N.; HAROLD GRÜNINGER, Unternehmensstiftung, in: Oliver Arter/Florian S. Jörg/Peter V. Kunz (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 19 ff.

141 Siehe unten D.I.2.

## bb. Stifterfreiheit und Stifterrechte

Zentrales Merkmal einer Stiftungsrechtsordnung ist die Frage, ob und inwieweit die Stifterfreiheit auch in die Operationsphase der Stiftung hineinreichen soll, ob also vor allem die Vermögensübertragung des Stifters und der Zweck der Stiftung unveränderlich sind und in welcher Form das sogenannte Trennungs- und Erstarrungsprinzip verwirklicht ist.<sup>142</sup> Diese Frage betrifft den Urkonflikt allen stiftungsrechtlichen Denkens: Der Wille des Stifters ist Richtschnur des stiftungsrechtlichen Handelns, allerdings in seiner *ursprünglichen*, bei Errichtung manifestierten Form. Jedenfalls nach klassischem Stiftungsmodell gibt der Stifter die Stiftung mit Errichtung aus der Hand und steht ihr wie ein unbeteiligter Dritter gegenüber. Dass hier Interessenkonflikte entstehen können, liegt auf der Hand, weil ein noch lebender Stifter auch nach Errichtung häufig Einfluss auf «seine» Stiftung ausüben will. Aus diesem Grund sind in manchen Rechtsordnungen Stifterrechte anzutreffen, die das Trennungs- und Erstarrungsprinzip lockern; sie sollen die Attraktivität der Rechtsform steigern und zum Stiften anregen, weil die Vermögensentäusserung aufgrund der Einflussmöglichkeit möglicherweise leichter fällt und weniger risikobehaftet erscheint. Allerdings handelt es sich hierbei um eine zentrale Weiche, deren Verstellen durchaus zu einer Neupositionierung des Stiftungsmodells führen kann.<sup>143</sup>

Betrachtet man den rechtsvergleichenden Kontext, sieht man zwei unterschiedliche Ansätze:<sup>144</sup> In klassisch-traditionellen Stiftungsrechtsordnungen wird die Trennung von Stifter und Stiftung dogmatisch hochgehalten. Der einmal perpetuierte Stiftungszweck ist dort unter normalen Umständen nicht nachträglich änderbar und die Stiftung nicht widerrufbar. Etwa kann der Stiftungszweck in Deutschland nur geändert werden, wenn er unmöglich wird oder das Gemeinwohl gefährdet. Sonstige Zweckänderungen werden nur bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse zugelassen, wobei die Voraussetzungen im Detail äusserst umstritten sind.<sup>145</sup> Das Vermögen geht aber eher an den Fiskus, als dass es an den Stifter zurückfliessen würde. Demgegenüber gewähren Privatstiftungsmodelle, wie sie etwa den Rechten in Österreich und Liechtenstein zugrunde liegen, der Privatautonomie des Stifters Vorrang. Sie bieten Stifterrechte auf Zweckänderung und Widerruf, die die Stiftung innerhalb gewisser Grenzen zum Gestaltungsmodell des *Stifters* – also zu *seinem* Instrument privater Vermögensverwaltung werden lassen.<sup>146</sup>

142 Siehe hierzu bereits oben A.II.2.

143 Siehe zu Stifterrechten als aktuellen Brennpunkt des Stiftungsrechts JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 535 f. und rechtvergleichend JAKOB, in: FS Werner (Fn. 50), S. 101 ff.

144 Vgl. ausführlich JAKOB, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 86 ff.; JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 535 ff.

145 Vgl. zur Problematik JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 142 ff., S. 479 f., S. 510 ff.; JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 536.

146 Zu Liechtenstein ausführlich JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 217 ff.

Auch im Schweizer Recht ist seit 1. Januar 2006 ein Stifterrecht zu finden. Art. 86a ZGB gewährt einen – freilich an strenge gesetzliche Voraussetzungen geknüpften – freien Zweckänderungsvorbehalt und lockert damit das bislang starre Trennungs- und Erstarrungsprinzip des Schweizer Rechts.<sup>147</sup> Der Zweck einer Stiftung kann auf Antrag des Stifters oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen geändert werden, wenn seit der Errichtung der Stiftung oder seit der letzten vom Stifter verlangten Änderung mindestens zehn Jahre verstrichen sind. Verfolgt die Stiftung einen öffentlichen oder gemeinnützigen (und damit steuerbefreiten) Zweck, muss auch der geänderte Zweck öffentlich oder gemeinnützig sein. Das Zweckänderungsrecht ist als höchstpersönliches Recht unvererblich und unübertragbar und erlischt im Falle einer juristischen Person als Stifter spätestens 20 Jahre nach Stiftungserrichtung.<sup>148</sup> Vor dem Hintergrund der aufgezeigten «Modelle» ist der neue Ansatz des Schweizer Rechts als ein Mittelweg zu verstehen, der funktionelle Elemente mit traditioneller Dogmatik verbinden will und weiter unten auf den Prüfstand kommt.<sup>149</sup>

Neben Zweckänderungs- und Widerrufsrechten kann es zahlreiche weitere Einwirkungsmöglichkeiten des Stifters auf die Stiftung geben. Dies mag von der «normalen» eigenen Mitwirkung an der Stiftungsverwaltung reichen bis zu «exotischen» Sonderrechten, mit welchen der Stifter den Charakter der Stiftung prägen (und diese beispielsweise auch in Richtung eines *protective* oder *spendthrift* Trust<sup>150</sup> führen) kann. Möchte man freilich ernsthaft über die Rolle von Stifterrechten in einer modernen Stiftungsrechtsordnung und Details einer etwaigen (Neu-)Kodifizierung nachdenken, müssen die verschiedenen Einwirkungsmöglichkeiten eines Stifters auf seine Stiftung eingeordnet und die jeweiligen Konsequenzen untersucht werden.<sup>151</sup> Dies soll auch in diesem Bericht geschehen.<sup>152</sup>

147 Kritisch RIEMER, Vereins- und Stiftungsrecht (Fn. 66), Art. 86a Rn. 7; vgl. RIEMER, in: Aktuelle Fragen (Fn. 115), S. 11; CR-VEZ (Fn. 20), art. 86a CC Rn. 17 ff.

148 Zu Einzelheiten und zur Tauglichkeit der Norm siehe bereits KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 86a Rn. 1 ff; JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 536 f.; PARISIMA VEZ, Thesen zu einem neuen Stiftungsverständnis, ZBJV 2007, S. 241 f.; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die Zweckänderung bei der Stiftung nach der Stiftungsrechtsrevision vom 8. Oktober 2004 und nach In-Kraft-Treten des Fusionsgesetzes, ZBJV 2005, S. 721 ff.

149 Siehe D.I.4.

150 Zu einem ersten Blick über unterschiedliche Trust-Arten und -Modelle vgl. NEDIM PETER VOGT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Vor Art. 149a–e Rn. 40 ff. In Bezug auf Liechtenstein siehe JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 145.

151 Siehe dazu bereits KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 86a Rn. 4 ff; JAKOB, in: FS Werner (Fn. 50), S. 106, wo die Unterscheidung in «Drittrechte» und echte «Stifterrechte» vorgeschlagen wird.

152 Unten D.I.4.

b. *Das Verhältnis von Stiftung und Staat*

aa. Grundmodelle staatlicher Teilhabe am Stiftungswesen

Beginnt man mit einem Überblick, lassen sich mit HOPT/REUTER<sup>153</sup> vier Grundmodelle staatlicher Mitwirkung am Stiftungswesen unterscheiden. Die stärkste Staatsbeteiligung findet man in Ländern, die das Stiften als Eingriff in das Monopol des Staates zur Regelung des öffentlichen Interesses verstehen. Die Errichtung einer Stiftung wird hier von einer staatlichen «Billigung» abhängig gemacht und der Staat übernimmt gleichsam eine Mitverantwortung für die Verwirklichung des Stifterwillens. Dieses eher antiquierte Verständnis liegt etwa dem französischen Recht zugrunde.<sup>154</sup> Das zweite Modell versteht die private Teilhabe am öffentlichen Wohl als Entlastung der öffentlichen Verwaltung und überlässt das Werturteil über die konkrete Beteiligungsidee der *gesellschaftlichen* Anschauung. Dies mündet wie in England<sup>155</sup> in ein System rechtsgebundener Anerkennung und Kontrolle durch politisch mehr oder weniger unabhängige Stellen. Das dritte Modell gewährt dem Stifter die dauerhafte Verwirklichung seiner *individuellen* Gemeinwohlvorstellungen. Aus Gemeinnützigkeit wird Fremdnützigkeit, die Stiftung muss nicht dem Gemeinwohl dienen, sondern allein mit ihm vereinbar sein. Die Rolle des Staates beschränkt sich hier auf die Kontrolle, ob sich die Stiftung in die Gesamtrechtsordnung einfügt, und auf den Schutz der Stiftung gegenüber den Organen. Dieses Modell findet man in der Schweiz<sup>156</sup> und es liegt wohl auch dem deutschen Recht zugrunde.<sup>157</sup> Das vierte Modell schliesslich sieht die Stiftung als Instrument zur privatautonomen Verwirklichung individueller Interessen und lässt rein eigenützige Stiftungszwecke zu. Die Rolle des Staates ist im Wesentlichen darauf beschränkt, dass die Rechte der Stiftung gegen ihre Organe auf Antrag einzelner Beteiligter vor den Gerichten geltend gemacht werden können. Derart gestaltet sind die Privatstiftungsmodelle in Österreich<sup>158</sup> und Liechtenstein.<sup>159</sup>

153 KLAUS J. HOPT/DIETER REUTER, Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 9 f.

154 Siehe dazu DAVID CAPITANT, Frankreich, Stiftungen im französischen Recht, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 351 ff.

155 Siehe dazu RICHARD FRIES, Grossbritannien, Foundations in British Law, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 371; MüKo-REUTER (Fn. 106), Vor §§ 80–88 BGB Rn. 144.

156 Siehe HANS MICHAEL RIEMER, Schweiz, Stiftungen im schweizerischen Recht, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 513 f.; AIGNER (Fn. 133), S. 126 ff. Die Reform des schweizerischen Stiftungsrechts hat dieses Verständnis im Grundsatz unangetastet gelassen; dazu JAKOB, RIW 2005 (Fn. 9), S. 669 ff.

157 Freilich: Auch nach der Reform vom 1. September 2002 folgt Deutschland einem Konzessionsystem. Die Stiftung bedarf zu ihrer Entstehung der konstitutiven Anerkennung einer Verwaltungsbehörde, wenngleich ein Rechtsanspruch auf diese Anerkennung besteht. Zur Diskussion über dieses Anerkennungs- und Aufsichtssystem in Deutschland siehe JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 263 ff.

158 Vgl. DORALT/KALSS, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 423 ff.; AIGNER (Fn. 133), S. 106 ff.

159 Durch die Totalrevision wurden die aufsichtsbehördlichen Befugnisse einer neuen und innovati-



bb. Errichtungs- und Aufsichtssysteme

Der dem Schweizer Recht zugrunde liegende Ansatz lässt sich als Register- oder Normativsystem bezeichnen;<sup>160</sup> die Stiftung entsteht mit der Eintragung in ein (Handels-)Register, sofern bestimmte gesetzlich-normative Bedingungen erfüllt sind und ohne dass der Staat durch irgendeine Art von Genehmigung sein Placet geben müsste (Art. 81 Abs. 2 i.V.m. 52 Abs. 1 ZGB).<sup>161</sup> Die Eintragung ist zwar i.d.R. konstitutiv, falls es sich nicht um Familienstiftungen oder kirchliche Stiftungen handelt, die (bisher) keiner Eintragungspflicht unterliegen (Art. 52 Abs. 2 ZGB). Der Registerführer überprüft aber lediglich die Rechtmässigkeit der Eintragungsgrundlagen; sind sie erfüllt, besteht auf die Eintragung ein Anspruch.<sup>162</sup> Eine Vorprüfung durch die spätere staatliche Aufsichtsbehörde ist freiwillig.<sup>163</sup> Die bestehende Stiftung steht dann unter der Kontrolle einer kantonalen oder der bundesrechtlichen Aufsichtsbehörde, die dafür sorgen soll, «dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird» (Art. 84 Abs. 2 ZGB). Ausgenommen sind auch hier reine Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen, die nicht der staatlichen Stiftungsaufsicht unterstellt sind (Art. 87 Abs. 1 ZGB).

Das Register- oder Normativsystem hat, wenngleich in Varianten, Verbreitung in einigen relevanten Staaten gefunden, etwa in Österreich, Liechtenstein oder Italien.<sup>164</sup> Die österreichische Privatstiftung<sup>165</sup> entsteht durch eine notarielle Stiftungserklärung (§ 39 Abs. 1 PSG) mit anschliessender Registrierung im Firmenbuch (§ 7 Abs. 1 PSG).<sup>166</sup> Die Stiftungsaufsicht obliegt in Österreich den

---

ven Regelung zugeführt; dazu ausführlich JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 456 ff. und Rn. 473 ff. sowie DOMINIQUE JAKOB, Das neue System der Foundation Governance – interne und externe Aufsicht im neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht, LJZ 2008, S. 83 ff.

160 CR-VEZ (Fn. 20), art. 81 CC Rn. 23.

161 Vgl. BGE 120 II 374, E. 4a. Siehe auch RIEMER, Personenrecht (Fn. 128), Rn. 695 f.; DIETER REUTER, Stiftung und Staat, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 153 f.; im Überblick weiter JAKOB, RIW 2005 (Fn. 9), S. 670 f.

162 Vgl. BGE 120 II 374, E. 4a; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Dritter Teilband: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB, 3. Aufl., Bern 1981, Art. 81 ZGB Rn. 98 ff.

163 Einer abweichenden Praxis, die zur Eintragung ins Handelsregister die Bestätigung der zuständigen Aufsichtsbehörde oder gar eine Vorprüfung der Zulässigkeit der Stiftung verlangt hatte, hat das BGer in BGE 120 II 374, E. 4a eine klare Absage erteilt; siehe auch KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 81 ZGB Rn. 8. Auch der Bundesrat hat sich nochmals mit dieser Frage beschäftigt und einen Reformbedarf verneint; siehe Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 9 f.

164 Siehe JAKOB, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 67 ff.

165 Die österreichische Stiftung nach dem BStFG muss dagegen von einer Verwaltungsbehörde (§§ 3, 39 BStFG – Landeshauptmann oder das nach dem Stiftungszweck zuständige Bundesministerium) genehmigt werden und untersteht der fortlaufenden verwaltungsbehördlichen Stiftungsaufsicht (§ 13 BStFG).

166 Siehe PETER CSOKLICH, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in: Peter Csoklich/Michael Müller/Bernhard Gröhs/Franz Helbich (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, Wien 1994, S. 13 ff., S. 15 f.; DORALT/KALSS, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5),



Gerichten; zuständig ist i.d.R. «der für den Sitz der Privatstiftung zuständige, zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelssachen berufene Gerichtshof erster Instanz im Verfahren ausser Streitsachen» (§ 40 PSG).<sup>167</sup> In Liechtenstein ist für (überwiegend) gemeinnützige Stiftungen die Eintragung ins Öffentlichkeitsregister konstitutiv (Art. 552 § 14 Abs. 4 PGR). (Überwiegend) privatnützige Stiftungen unterliegen keiner Eintragungspflicht; sie entstehen mit wirksamer Stiftungserklärung (Art. 552 § 14 Abs. 1 PGR), eine nachfolgende freiwillige Eintragung ist deklaratorischer Natur. Nichteintragungspflichtige Stiftungen haben jedoch eine Gründungsanzeige beim Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt zu hinterlegen (Art. 552 § 20 PGR).<sup>168</sup> Deutschland indessen folgt auch nach der Reform vom 1. September 2002<sup>169</sup> einem Konzessionssystem: Die Stiftung bedarf zu ihrer Entstehung der konstitutiven Anerkennung einer Verwaltungsbehörde, wenngleich grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf diese Anerkennung besteht. Auch dort wird jedoch seit Jahren die Forderung erhoben, das Konzessionssystem durch ein Register- oder Normativsystem zu ersetzen.<sup>170</sup>

Im rechtsvergleichenden Rundblick ist klar zu konstatieren, dass das Registersystem heute als *state of the art* anzusehen ist, weil es Stifterfreiheit und staatliche Zurückhaltung mit dem Schutz von Rechtsverkehr und Stiftung zu verbinden vermag.<sup>171</sup> Indikator hierfür ist auch, dass dieses Errichtungs- und Aufsichtssystem Eingang in den Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung über ein europäisches Stiftungsstatut vom 8. Februar 2012<sup>172</sup> gefunden hat (Art. 9, 21 ff. E-VO).<sup>173</sup> Vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass der Bundesrat im Rahmen der Motion Luginbühl trotz Befassung mit der Frage keine obligatorische aufsichtsbehördliche Vorprüfung der Stiftungserrichtung vorgesehen hat.<sup>174</sup>

---

S. 427; SUSANNE KALSS, Zehn Jahre österreichisches Privatstiftungsrecht – Ein Blick auf die Stiftung in Österreich, in: First Advisory Group (Hrsg.), Festschrift für Herbert Batliner zum 75. Geburtstag, Vaduz 2004, S. 138 ff., S. 141 ff. Zu den Einzelheiten und Notwendigkeiten des Errichtungsvorgangs ausführlich CLAUDIA WERKUSCH, Gründung der Privatstiftung, in: Peter Doralt/Susanne Kalss (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, Wien 2001, S. 73 ff.

167 In selteneren Fällen ist das streitige Verfahren anzuwenden, etwa bei Leistungsklagen der Destinatäre gegen die Stiftung. Zu Einzelheiten und zur Abgrenzung der Verfahrensarten NIKOLAUS ARNOLD, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz, 2. Aufl., Wien 2007, Art. 40 PSG Rn. 2 ff.

168 Siehe zum Entstehungsprozess liechtensteinischer Stiftungen JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 144 ff., Rn. 646 f.

169 Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15. Juli 2002, BGBl. 2002 I, 2634; hierzu im Überblick RAINER HÜTTEMANN, Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, ZHR 2003, S. 35 ff.; REINHARD NISSEL, Das neue Stiftungsrecht, Baden-Baden 2002.

170 Zu Details und Streitstand JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 25, S. 263 ff. m.w.N.

171 Siehe zu weiteren Registerstaaten JAKOB, in: MÜHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 68 ff; EFC, Comparative Highlights of Foundation Laws (Fn. 105), S. 15 f.

172 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), KOM (2012) 35 endgültig, einsehbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/eufoundation/proposal\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/proposal_de.pdf).

173 Siehe zum Verordnungsentwurf JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 16 ff.

174 Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 9 f.

cc. Unterschiede im Aufsichtsrecht

Blickt man auf die grundlegenden Weichenstellungen ausländischer Aufsichtsrechte (im Gegensatz zu internen Kennzeichen wie etwa die Behördenorganisation), sind folgende Bereiche bemerkenswert, in denen sich die Ansätze strukturell unterscheiden.

Zum einen ist die Idee anzutreffen, die Art der Aufsicht oder zumindest ihr Mass nach Zweck und/oder Organisation der Stiftung zu differenzieren. So setzt ein Gedanke an der Schutzfunktion der Aufsicht *für* die Stiftung an, um in der Konsequenz rein *privatnützige* Stiftungen einer beschränkten Aufsicht zuzuführen oder gar gänzlich aus der Aufsicht herauszunehmen: Öffentliche Aufsicht kostet öffentliche Mittel, die eben nur gemeinnützige Stiftungen «verdienen».<sup>175</sup> Zudem gibt es bei privatnützigen Stiftungen meist konkret bezeichnete Begünstigte, die die Aufsichtsfunktion wahrnehmen können. Ein Beispiel ist die Schweiz, wo Familienstiftungen nach Art. 87 Abs. 1 ZGB (als Ausnahme von Art. 84 ZGB) gänzlich aus dem behördlichen Aufsichtsregime ausgenommen sind.<sup>176</sup> In Liechtenstein wurde im Rahmen der Totalrevision eine neuartige Grenzziehung anhand des neuen Gemeinnützigkeitsbegriffes in Art. 107 Abs. 4a PGR vorgenommen. Stiftungen mit einem *überwiegend gemeinnützigen* Stiftungszweck unterstehen der Aufsicht der neuen, beim Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt angesiedelten Aufsichtsbehörde (Art. 552 § 29 PGR). Überwiegend privatnützige Stiftungen unterstehen keiner behördlichen Aufsicht, können sich dieser aber fakultativ unterstellen.<sup>177</sup> Und auch in den deutschen Landesstiftungsgesetzen hat dieser Ansatz bereits Verbreitung gefunden.<sup>178</sup>

Im Hinblick auf die Differenzierung nach der *Stiftungsorganisation* hat sich der Gedanke Geltung verschafft, bei Stiftungen, die über ein internes Kontrollorgan verfügen, die externe Aufsicht zu reduzieren.<sup>179</sup> So besteht in Liechtenstein für gemeinnützige Stiftungen eine Revisionsstellenpflicht; hier wird ein Teil der externen Kontrolle auf ein internes Kontrollorgan übertragen.<sup>180</sup> Die Aufsichtsbehörde kann von der Revisionsstellenpflicht befreien, etwa wenn die Stiftung nur geringfügiges Vermögen verwaltet, muss dann jedoch das Recht auf Einsichtnahme eigenhändig ausüben.<sup>181</sup> Auch bei privatnützigen Stiftungen kann eine Revisionsstelle als fakultatives Kontrollorgan eingesetzt werden, was

175 Siehe dazu aus deutscher Sicht SEBASTIAN SCHWINTER, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, Baden-Baden 2001, S. 280 f. m.w.N.

176 Siehe dazu KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 87 ZGB Rn. 5 ff.; RIEMER, Personenrecht (Fn. 128), Rn. 752; RIEMER, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 514.

177 Zu Einzelheiten und Abgrenzungen JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 473.

178 Vgl. JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 266 f. m.w.N.

179 Siehe die Ansätze und Nachweise bei JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 267.

180 Vgl. JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 377 ff., sowie JAKOB, LJZ 2008 (Fn. 159), S. 86.

181 Siehe dazu auch BERND HAMMERMAN, in: Francesco A. Schurr (Hrsg.), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Zürich 2012, S. 38 ff.; JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 378.

dann zu einer Reduktion der Kontrollrechte der Begünstigten führt (vgl. Art. 552 § 11 PGR). In der Schweiz werden gewisse Kontrollfunktionen ebenfalls von einer Revisionsstelle übernommen.<sup>182</sup> Diese war früher im Grundsatz fakultativ, ist nach den 2006 und 2008 in Kraft getretenen Reformen jedoch in aller Regel zwingend vorgesehen (vgl. Art. 83b Abs. 1 ZGB mit der Ausnahmeregelung in Art. 83b Abs. 2 ZGB).<sup>183</sup> Im deutschen Stiftungsrecht ist dieser Ansatz hingegen nicht verwirklicht.

Denkbar ist auch, die laufende Stiftungsaufsicht von Kriterien abhängig zu machen, die *privatautonom* gestaltbar sind. In Liechtenstein wurde die öffentliche Aufsicht im Zuge der Totalrevision anhand der Unterscheidung von überwiegend gemeinnützigen Stiftungen (grundsätzlich aufsichtspflichtig) und überwiegend privatnützigen Stiftungen (grundsätzlich aufsichtsfrei) kanalisiert (vgl. Art. 552 § 29 PGR), worauf der Stifter durch die Gestaltung seiner Zweckbestimmung Einfluss nehmen kann. Zudem kann eine überwiegend privatnützige Stiftung freiwillig der Stiftungsaufsicht unterstellt werden («*opting in*»), was Einfluss auf die Reichweite der Begünstigtenrechte hat.<sup>184</sup> Umgekehrt ist die Rechtslage in Schweden. Dort ist die staatliche Aufsicht der Normalfall, kann jedoch in der Satzung abgewählt werden («*opting out*»). Bei Rechtsverletzungen der Organe darf und muss die staatliche Aufsichtsbehörde allerdings einschreiten.<sup>185</sup>

Schliesslich ist die Stiftungsaufsicht international keineswegs auf die Aufsicht durch eine *Verwaltungsbehörde* beschränkt. Als Beispiel dafür mag die *gerichtliche* Stiftungsaufsicht im österreichischen Privatstiftungsrecht stehen. Gerichte sind politisch neutral, können jedoch (wie etwa in Österreich) ebenfalls mit einschneidenden Eingriffsbefugnissen ausgestattet sein, die sie unter Umständen von Amts wegen zum Einsatz bringen können (vgl. etwa die Bestellung und Abberufung von Stiftungsorganen nach § 27 Abs. 2 PSG oder die Kompetenz zur Auflösung der Stiftung nach § 35 Abs. 1 Ziff. 5 PSG). In der Schweiz obliegt die «Aufsicht» über Familienstiftungen ebenfalls den Gerichten (Art. 87 Abs. 2 ZGB); diese werden freilich antragsbezogen tätig, während ihre «präventive» Mitwirkung am laufenden Stiftungsleben höchst umstritten ist.<sup>186</sup> In England kommt die Stiftungsaufsicht einer zwar staatlichen, aber politisch unabhängigen *Charity Commission* zu, die im Anschluss an die Verleihung des Gemeinnützigkeitsstatus die laufende Aufsicht führt.<sup>187</sup> Bereinigt

182 Siehe Genauerer zur Revisionspflicht bei KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 83b ZGB, Rn. 1 f.

183 Ausführlich zu den Reformen 2006 und 2008 siehe JAKOB, RIW 2005 (Fn. 9), S. 671 f. sowie JAKOB, Entwicklungen 2007 (Fn. 12), njus.ch, S. 57 ff. Siehe ausserdem unten B.II.1.

184 Siehe JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 473.

185 Siehe CARL HEMSTRÖM, Foundations in Swedish Law, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 469, auch zu weiteren Sonderfällen.

186 Vgl. KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 87 ZGB Rn. 7 f.; BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 87 ZGB Rn. 13 f., auch zur Gegenansicht von BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 124 ff.

187 Siehe FRIES, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 374; ANDREAS SCHLÜTER, Stiftungsrecht

man letzteren Gedanken von den systematischen Eigenheiten des englischen Stiftungsrechts, bliebe die Idee übrig, eine stiftungsspezifische und politisch unabhängige Organisation zu schaffen, welche alle oder einzelne Stiftungen überwacht und/oder ihren Gemeinnützigkeitsstatus bestimmt.<sup>188</sup> Anders wiederum der US-amerikanische Ansatz, die Steuerbehörde in den Entstehungsprozess der Stiftung einzuschalten<sup>189</sup> und ihr Befugnisse zu verleihen, die als Ersatz für die einzelstaatliche Aufsicht wirken,<sup>190</sup> welche i.d.R. durch den *Attorney General* (Justizministerium) wahrgenommen wird.<sup>191</sup>

Und zuletzt bestehen grosse Unterschiede beim *Rechtsschutz* gegen das Aufsichtshandeln. Etwa ist in Deutschland der Rechtsschutz der Stiftungsbeteiligten ein in weiten Teilen unsicheres und unbefriedigendes Terrain.<sup>192</sup> Insbesondere die (von der Stiftung selbst zu unterscheidenden) Stiftungsbeteiligten wie Stifter, Destinatäre oder Organmitglieder im eigenen Namen sollen i.d.R. keine Klagebefugnis gegenüber Organ- und Aufsichtshandeln besitzen.<sup>193</sup> Dieser Umstand unterscheidet das deutsche Recht wesentlich von anderen Stiftungsrechtskonzeptionen, etwa derjenigen der Schweiz. Dort ist grundsätzlich jedermann, der ein persönliches Interesse an der Kontrolle der Stiftungstätigkeit hat, berechtigt, gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane eine sogenannte Stiftungsaufsichtsbeschwerde gegenüber der Aufsichtsbehörde zu erheben.<sup>194</sup> Diese wird als Rechtsmittel *sui generis* und als stillschweigend in Art. 84 Abs. 2 ZGB enthalten angesehen.<sup>195</sup> Sie ist insbesondere dann angebracht, wenn das Hauptproblem im pflichtwidrigen Verhalten der Stiftungsorgane liegt (dagegen ist der zivilrechtliche Klageweg zu wählen, wenn vorwiegend inhaltliche Fragen betreffend Voraussetzungen und Umfang eines Anspruchs in Frage stehen).<sup>196</sup> Das zentrale Problem in der Schweiz besteht

---

zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, München 2004, S. 174 ff., S. 413 ff; HOPT/REUTER, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 7.

188 Zur Übertragung dieser Idee auf das deutsche Stiftungsrecht JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 270 f.

189 Siehe dazu nur FRITS HONDIUS, Trends and Developments of Foundation Law in Europe, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 583.

190 Zu den recht flexiblen Eingriffsmöglichkeiten siehe SCHLÜTER (Fn. 187), S. 197.

191 Vgl. SCHLÜTER (Fn. 187), S. 196 f., S. 410 ff.; KARINA SIEGEL HAUM, Länderbericht USA, in: Internationales Stiftungsrecht (Fn. 105), Rn. 199 ff. Zur Übertragung dieses Ansatzes ins deutsche Recht JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 271 f., S. 327 ff.

192 Zum Ganzen JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 252 ff., S. 330 ff., S. 361 ff., sowie PHILIP SCHWARZ VAN BERK, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 101 Rn. 29 ff.

193 Siehe exemplarisch OVG Berlin NVwZ-RR 2003, S. 323, 324 f.

194 Zur Frage, wie dem deutschen Recht eine solche Institution jedenfalls *de lege ferenda* zu Gesicht stünde, siehe JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 498 ff.

195 Vgl. BGE 112 Ia 190 ff.; 110 II 440 ff. Siehe ausserdem BK-RIEMER (Fn. 162), Art. 84 ZGB Rn. 119 ff.; BSK-GRÜNIGER (Fn. 130), Art. 84 ZGB Rn. 17; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 84 ZGB Rn. 10 ff.

196 Diese Abgrenzung geht zurück auf CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, S. 419; vgl. auch BSK-GRÜNIGER (Fn. 130), Art. 84 ZGB Rn. 17. Siehe ferner RIEMER, Personenrecht (Fn. 128), Rn. 722, der auf die Durchsetzung *subjektiver Rechte* ab-

freilich in einer griffigen und rechtssicheren Definition der Beschwerdeberechtigung oder Aktivlegitimation,<sup>197</sup> welcher weiter unten nachgegangen wird.<sup>198</sup> Im neuen Stiftungsrecht Liechtensteins steht den «Stiftungsbeteiligten», wenn die Stiftung der Aufsicht untersteht, eine Beschwerdeberechtigung gegenüber der Aufsichtsbehörde zu (Art. 552 § 29 Abs. 4 PGR).<sup>199</sup> Die antragsberechtigten Stiftungsbeteiligten werden in Art. 552 §§ 3 ff. PGR definiert und umfassen den Stifter, die Begünstigungsberechtigten, die Anwartschaftsberechtigten, die Ermessensbegünstigten, die Letztbegünstigten, die Organe der Stiftung sowie die Mitglieder dieser Organe. Untersteht die Stiftung nicht der behördlichen Aufsicht, können sich die entsprechenden Stiftungsbeteiligten gemäss Art. 552 § 35 Abs. 1 PGR an den Richter im Rechtsfürsorgeverfahren wenden, der die aufsichtsrechtlichen Befugnisse wahrnimmt.<sup>200</sup>

### c. *Foundation Governance*

#### aa. Begriff und Ansätze

Unter «Foundation Governance» versteht man den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Kontrolle eines Unternehmens (Corporate Governance), übertragen auf Stiftungen und vergleichbare Organisationen.<sup>201</sup> Es handelt sich mithin um «die Gesamtheit der auf die Interessen des Stifters, der Destinatäre und der anderen Anspruchsgruppen ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung der Gestaltungs- und Entscheidungsfähigkeit des Stiftungsrats die wirksame Umsetzung des Stiftungszwecks, ein ausgewogenes Verhältnis von Leitung und Kontrolle sowie angemessene Transparenz anstreben».<sup>202</sup>

Zwar hat sich der Begriff der Foundation Governance zu einem häufig gebrauchten Schlagwort in der stiftungsrechtlichen Debatte fast aller Rechtsordnungen entwickelt und eine wirksame Governance wird auch zunehmend als Standortfaktor gesehen,<sup>203</sup> doch sind die Herangehensweisen an das Thema höchst unterschiedlich. Während etwa in Deutschland weiterhin allein auf ex-

---

stellt, insbesondere also auf Forderungsrechte der Destinatäre gegen die Stiftung, für die der Zivilrechtsweg zu wählen ist. Wird Auskunft verlangt, sind nach BRÜCKNER, S. 420, beide Rechtswege möglich. Zum Überblick über die Rechtsmittel im schweizerischen Stiftungsrecht siehe THOMAS SPRECHER/ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, *Die Schweizerische Stiftung*, Ein Leitfaden, Zürich 1999, S. 140 ff.

197 Siehe dazu JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 537 f.; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 84 ZGB Rn. 11 f.

198 Siehe D.IV.3.b.

199 Siehe dazu JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung* (Fn. 112), Rn. 468 f.

200 Siehe dazu JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung* (Fn. 112), Rn. 511 ff.

201 Siehe zu Hintergründen und Ansätzen JAKOB, *Schutz der Stiftung* (Fn. 55), S. 528 ff.

202 So THOMAS SPRECHER, *Was ist und was leistet Foundation Governance?*, Jusletter vom 26. April 2010, Rn. 21.

203 Zu möglichen Governance-Ansätzen als Charakteristikum einer Stiftungsrechtsordnung JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung* (Fn. 112), Rn. 442 ff.; FRANCESCO A. SCHURR, *Die Foundation Governance als Schlüsselement im Wettbewerb der Stiftungsrechtsordnungen*, PSR 2010, S. 64 ff.



terne Staatsaufsicht gesetzt wird und alternative Governance-Ansätze, auch im Hinblick auf die Stiftungsbeteiligten und ihren Rechtsschutz, auf gesetzgeberischer Ebene bisher keinen Eingang gefunden haben, hat der liechtensteinische Gesetzgeber die Foundation Governance zu einem Kernanliegen der gesetzlichen Totalrevision des Stiftungsrechts erhoben. Ansatz der neuen Governance-Regeln<sup>204</sup> ist, die Begünstigten in den Kontrollprozess einzubeziehen (Art. 552 §§ 5–12 PGR). Sie bekommen einen breiten Strauss an Kontrollrechten zugestanden, die freilich unter dem Vorbehalt stehen, dass ihre Rechte betroffen sind und das Kontrollrecht nicht in missbräuchlicher Weise ausgeübt wird (Art. 552 § 9 PGR). Überdies sind drei Ausnahmetatbestände vorgesehen, die die Kontrollrechte der Begünstigten teilweise suspendieren, weil die Kontrolle durch andere Stiftungsbeteiligte vorgenommen werden kann: der Stifter hat ein Widerrufsrecht vorbehalten und ist Letztbegünstigter (Art. 552 § 10 PGR); die Stiftung steht unter staatlicher Aufsicht (Art. 552 § 12 PGR); oder der Stifter setzt ein eigenes Kontrollorgan ein (Art. 552 § 11 PGR), welches in einer Revisionsstelle, einer fachkundigen natürlichen Vertrauensperson (Protektor) oder dem Stifter selbst bestehen kann. Auch für diese privaten Kontrollorgane gelten verschiedene Mechanismen, mit welchen ihre Kontrolltätigkeit rückkontrolliert werden kann. Als «allgemeines Recht» steht allen Stiftungsbeteiligten zudem ein Antragsrecht zu, beim Richter Massnahmen in Bezug auf Eintragung, Zweck- und Organisationsänderungen oder Vermögensverwaltung zu verlangen (Art. 552 §§ 29 Abs. 4, 35 PGR).

Möchte man über Foundation Governance reden, muss man verschiedene Ebenen auseinanderhalten, auf welchen eine «gute Stiftungsführung» erreicht und kanalisiert werden kann. Zum einen geht es um die inhaltlichen Regeln, die die Stiftungsbeteiligten zu einem ordnungsgemässen Verhalten anhalten sollen. Zum zweiten interessiert der institutionelle Ordnungsrahmen, der diese Regeln transportieren soll. Im Hinblick auf letzteren wiederum ist zu unterscheiden zwischen der Regelungsebene des Gesetzgebers, den Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters und schliesslich etwaigen Verhaltensregeln für die Handlungsorgane. Es sei vorweggenommen, dass (nicht nur) in der Schweizer Diskussion die Absichtung dieser Ebenen häufig noch nicht verinnerlicht ist und Foundation Governance mit unterschiedlichen dieser Elemente, meist jedoch mit der reinen «Stiftungsratspraxis» gleichgesetzt wird (mit der auch die nachfolgende Darstellung beginnt).

#### bb. Institutioneller Ordnungsrahmen

Auf der ersten (und gleichsam tiefsten institutionellen) Ebene wird der Begriff «Foundation Governance» meist synonym für die Empfehlung von *Verhaltens-*

204 Ausführlich hierzu JAKOB, LJZ 2008 (Fn. 159), S. 83 ff., und JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 442 ff.



*mustern zu Händen der Stiftungsbeteiligten* (und hier vor allem des Stiftungsrats) gebraucht: Es geht um «Kodizes», welche von privaten Organisationen erstellt werden und die Stiftungsbeteiligten zu einem gewissen Verhalten anhalten sollen. In der Schweiz kann als etabliertes und international renommiertes Beispiel der *Swiss Foundation Code* des Verbands der Schweizer Förderstiftungen<sup>205</sup> angeführt werden, der im Jahre 2009 in seiner zweiten (und nun kommentierten) Auflage erschienen ist und 3 Grundsätze sowie 26 Empfehlungen enthält.<sup>206</sup> Daneben existiert der *Swiss NPO-Code* der Konferenz der Präsidenten grosser Hilfswerke der Schweiz (KPGH) aus dem Jahr 2006,<sup>207</sup> der allgemein für Nonprofit-Organisationen gilt und den Grundsatz *comply or explain* verfolgt. Nachdem die dort spezifizierten Verhaltensweisen grösstenteils auf Freiwilligkeit basieren, ist der Effekt vielfach psychologischer Natur; dennoch tragen diese Werke zur Erhöhung der Good Governance im Non-Profit-Sektor bei.<sup>208</sup>

Allerdings sollte nicht übersehen werden, dass die Regulierung von Verhaltensweisen auf einer höheren Ebene bereits durch *statutarische Gestaltung* der jeweiligen Stiftung festgelegt werden kann, der *Stifter* also *selbst* die typischen Interessenkonflikte seiner Stiftung antizipieren und stiftungsimmanente Lösungen im Wege einer individuellen Allokation von *checks and balances* suchen und verankern kann.<sup>209</sup> Ein Beispiel hierfür wären etwa individuelle Inkompatibilitätsvorschriften für den Ausschluss von Interessenkonflikten innerhalb der Stiftung. Indes: Ein diesbezügliches Problemverständnis oder auch nur Problembewusstsein ist bisher häufig weder bei den Stiftern noch ihren Beratern vorhanden.

Schliesslich kann auf der institutionell höchsten Ebene der *Gesetzgeber* tätig werden und Regelungen erlassen, die zur Stärkung der Governance und der Verhinderung von Fehlverhalten unterschiedlicher Stiftungsbeteiligter dienen. Das zentrale Beispiel für eine hohe Regulierungsdichte sind die Neuregelungen des liechtensteinischen Stiftungsrechts, während ein Beispiel mit relativ geringer Eingriffstiefe etwa wäre, in der Schweiz die Besetzung des Stiftungsrats mit mindestens drei Personen gesetzlich festzuschreiben, um ein Mehraugenprinzip zu gewährleisten.

#### cc. Materielle Regeln stiftungsrechtlicher Governance

Die Frage, was eine gute Stiftungsführung ist und wie sie inhaltlich erreicht werden kann, ist vielschichtig und bislang, trotz einiger Ansätze,<sup>210</sup> nicht ab-

205 <http://www.swissfoundations.ch>.

206 Vgl. SPRECHER/EGGER/JANSSEN (Fn. 59).

207 Siehe <http://www.swiss-npocode.ch>.

208 Vgl. JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 538.

209 Siehe hierzu JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 538 f.; JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 528 ff.

210 Siehe etwa SARAH KATHARINA SCHÖBEL, Corporate Governance im Stiftungsrecht, Frankfurt am Main 2012; SPRECHER, Jusletter vom 26. April 2010 (Fn. 202); SANDRA MARTINA

schliessend aufgearbeitet worden. Klar ist, dass bei der Stiftung aufgrund ihrer fehlenden Rückkopplung an ein personales Substrat (Mitglieder oder Eigentümer) ein rechtsformtypisches Kontrolldefizit besteht, wobei gleichzeitig der im Gesellschaftsrecht typische *principal-agent*-Konflikt und seine Lösungsansätze für Stiftungen nicht in Reinform zur Geltung kommen<sup>211</sup> und mangels (bzw. bei umstrittenem) *principal*<sup>212</sup> auch die *stakeholder* (hier die Stiftungsbeteiligten) in den Kontrollprozess einbezogen werden sollten. Weil es aufgrund des genannten Kontrolldefizits die externe Stiftungsaufsicht gibt, muss zudem zwischen externer und interner Governance durch die Beteiligten unterschieden werden.

Inhaltlich wird man den Blick auf Stiftungsorganisation und Stiftungsführung zu richten haben, um Kontroll- und Anreizmechanismen der Verwaltungsorgane offenzulegen und deren Mitglieder zur sachgerechten Ausübung ihres Amtes anzuhalten. Hierbei ist vor dem Hintergrund der genannten «Ordnungsebenen» zu fragen, auf welcher Ebene die Regulierung von Verhaltensweisen am wirkungsvollsten geschehen kann, durch echtes und eigentliches Stiftungsrecht, durch Statutengestaltung oder durch Verhaltensanweisungen an die Beteiligten. In jedem Fall lassen sich Lösungsansätze nur dann sinnvoll verwirklichen, wenn die entscheidenden Interessenkonflikte durchschaut und die Schutzmöglichkeiten erkannt sind. Voraussetzung hierzu wiederum ist, die stiftungstypischen Interessenkonflikte aufzuspüren und jeweils stiftungsrechtsimmanente Lösungs- und auch Vermeidungsmöglichkeiten zu finden. Erst wenn die stiftungsinternen Hebel herausgearbeitet sind, können externe Kodizes eine wirklich integrative Rolle spielen. Und das sind auch die Überlegungen, die jeder Tätigkeit *de lege ferenda* vorausgehen müssten.

Die genannten Begünstigtenrechte im liechtensteinischen Recht sind nur ein Beispiel, wie die Kontrolle von Organen auch stiftungsintern gestaltet und damit vor allem durchsetzbar gemacht werden kann. Denn das Stiftungsrecht bietet durch seine Vielzahl von Beteiligten und Interessen eine mannigfache Spielweise für eine allgemeine, aber auch individuelle Allokation von *checks and balances*. Freilich handelt es sich hierbei um eine anspruchsvolle Aufgabe: Und so stellt man auch in Liechtenstein fest, dass die Ansätze des neuen Rechts nicht alle stiftungstypischen Konflikte einer Lösung zuführen und wieder neue Konflikte begründen können.

---

VON REDING BIBEREGG, Foundation Governance bei Förderstiftungen in der Schweiz. Eine empirische Untersuchung zur Umsetzung der neuen Richtlinien von Swiss GAAP FER 21, Bamberg 2010.

211 JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 206 ff, S. 529 ff.

212 JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 207.

#### d. Familienstiftungen

##### aa. Konzepte der Familienstiftung

Grosse Unterschiede bestehen in den Modellen, die der Familienstiftung bzw. vergleichbaren Instituten zur privatnützigen Vermögensperpetuierung zugrunde liegen. In der Schweiz ist die Familienstiftung – trotz grundsätzlichem Bekenntnis zur Stifterfreiheit und *für* die Familienstiftung an sich – starken Einschränkungen ausgesetzt. Errichtet werden darf sie nach Art. 335 Abs. 1 ZGB nur «zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken», was auch im Lichte des Verbots neuer Familienfideikommisse (Art. 335 Abs. 2 ZGB) zu sehen ist. Nach der Rechtsprechung des BGer stimmen diese Zwecke «darin überein, dass den zum Kreise der Begünstigten gehörenden Familienangehörigen in bestimmten Lebenslagen (im Jugendalter, bei Gründung eines eigenen Hausstandes oder einer eigenen Existenz, im Falle von Not) zur Befriedigung der daraus sich ergebenden besonderen Bedürfnisse Hilfe geleistet werden soll»;<sup>213</sup> diese Wertung soll auch auf die «ähnlichen Zwecke» ausstrahlen, was den in diesem Tatbestand vermuteten individuellen Gestaltungsspielraum spürbar eingrenzt.<sup>214</sup> Voraussetzungslosen (Unterhalts-)Leistungen hat das BGer früh eine Absage erteilt<sup>215</sup> und diese Rechtsprechung seit einem Leitentscheid aus dem Jahre 1945<sup>216</sup> trotz wiederholter und gut nachvollziehbarer Kritik in der Literatur mehrfach bestätigt.<sup>217</sup> Hinter dieser Interpretation steht die umstrittene *ratio legis*, dynastische, neofeudale Konstrukte zu verhindern, Nachkommen vor Müsiggang zu bewahren und eine dauernde Immobilisierung von (Familien-)Ver-

213 BGE 108 II 393, E. 6a.

214 Nach BGE 108 II 393, E. 6a wird auch hier eine besondere Bedarfssituation der Destinatäre vorausgesetzt, indem «Familiengliedern in bestimmten Lebenslagen jene materielle Hilfe zu gewähren [ist], die unter den gegebenen Umständen als nötig oder wünschbar erscheint».

215 «Den Familienangehörigen ohne besondere Voraussetzungen dieser Art den Genuss des Stiftungsvermögens oder der Erträge desselben zu verschaffen, ist nach dem Gesetz nicht zulässig. Sogenannte Unterhalts- oder Genussstiftungen sind deshalb nach der Rechtsprechung ungültig. Familienstiftungen, die den Begünstigten Vorteile aus dem Stiftungsvermögen ohne besondere, an eine bestimmte Lebenslage anknüpfende Voraussetzungen einfach deshalb zukommen lassen, um ihnen eine höhere oder angenehmere Lebenshaltung zu gestatten, widersprechen dem Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen» (BGE 108 II 393, E. 6a).

216 Vgl. BGE 71 I 265, E. 1; siehe zu diesem im steuerlichen Kontext ergangenen Entscheid ausführlich unten E.IV.1.

217 Vgl. BGer, Urteil vom 12. Dezember 2010, 2C\_157/2010, 2C\_163/2010, E. 11.3 (ebenfalls steuerrechtlicher Kontext); BGE 108 II 393, E. 6a; 93 II 439, E. 4; 89 II 437, E. 1; 79 II 113, E. 6a; 75 II 81, E. 3b; 75 II 15, E. 4b; 73 II 81, E. 5 f.; kritisch hierzu etwa GUTZWILLER, AJP 2010 (Fn. 66), S. 1563 f.; ANDREA OPEL, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen, Basel 2009, S. 23 ff.; KÜNZLE, in: FS Riemer (Fn. 66), S. 173 ff.; MICHAEL HAMM/STEFANIE PETERS, Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *successio* 2008, S. 248 ff.; DANIELE BONETTI, La fondation de famille – Restrictions relatives à la constitution d'une fondation de famille, ECS 82 (2008) ST 2008, S. 122 ff. Siehe ausführlich zu dieser Meinungsdivergenz zwischen Literatur und Rechtsprechung unten E.II.

mögen zu vermeiden. Im Ergebnis schrecken die beschränkten Gestaltungsmöglichkeiten seit langem vor der Errichtung von Schweizer Familienstiftungen ab und stellen bestehende Familienstiftungen vor Probleme. Nicht zuletzt aufgrund hinzukommender steuerrechtlicher Fallstricke scheint die Schweizer Familienstiftung zu einem «unbrauchbaren Instrument» verkommen zu sein,<sup>218</sup> weshalb eine immer kräftiger aufkommende Reformdiskussion im Gange ist.<sup>219</sup>

In Liechtenstein stösst die Figur der reinen Unterhaltungsstiftung auf keine Bedenken – dort allerdings lebt auch noch der Fideikommiss.<sup>220</sup> Zu betonen ist jedoch, dass voraussetzungslose Ausschüttungen auch dort nicht als «Familienzwecke» i.S.d. Art. 552 § 2 Abs. 4 Ziff. 1 PGR, sondern als «sonstige privatnützige Zwecke» gelten, was i.d.R. zu «gemischten Familienstiftungen» gemäss Art. 552 § 2 Abs. 4 Ziff. 2 PGR führt.<sup>221</sup> Einen interessanten Weg geht das österreichische PSG: Stiftungen, deren überwiegende Aufgabe die Versorgung privater Personen ist (Familienstiftungen), sind zwar zulässig, aber einhundert Jahre nach der Gründung aufzulösen, falls nicht alle Destinatäre einstimmig eine Verlängerung für einen weiteren Zeitraum von höchstens einhundert Jahren beschliessen (§ 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG).<sup>222</sup> Im Ergebnis handelt es sich dabei um eine *perpetuity period* ähnlich wie im angloamerikanischen Recht.<sup>223</sup>

Überraschend mag erscheinen, dass die Familienstiftung im klassischen Stiftungsrecht Deutschlands voraussetzungslos zulässig ist. Zwar werden von einer ernst zu nehmenden Literaturmeinung Bedenken erhoben, wenn sich eine solche Stiftung i.S.e. voraussetzungslosen Berechtigung in reinen Unterhaltsleistungen oder in reiner Vermögensverwaltung erschöpfe, mit dem Hinweis, dass der Stiftungsertrag den Begünstigten für einen darüber hinausgehenden Zweck (etwa die Ausbildungsförderung) gewidmet werden müsse.<sup>224</sup> Nachdem allerdings der Gesetzgeber des Reformgesetzes<sup>225</sup> – konfrontiert mit Zweifelsfragen zur Familienstiftung – keine Restriktionen bei ihrer Anerkennungsfähigkeit vorge-

218 Vgl. BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 335 ZGB Rn. 3.

219 Dazu E.IV. unten.

220 Siehe SIEGBERT LAMPERT/FRANCO TAISCH, Stiftungen im liechtensteinischen Recht, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 521; HARALD BÖSCH, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Bern 2005, S. 113 ff.; JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 50, Rn. 115 f.

221 Siehe zum Ganzen JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 115 ff.

222 Siehe dazu auch MICHAEL MÜLLER, Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung, in: Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (Fn. 166), S. 286 ff.; ARNOLD (Fn. 167), Art. 35 Rn. 12 ff.; BÖHLER, Stiftung in Österreich (Fn. 133), S. 128 f.; DORALT/KALSS, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 426 ff., S. 438. Die Regelung begrüsend im Vergleich zu Liechtenstein MARTIN SCHAUER, in: Marxer & Partner (Hrsg.), Aktuelle Themen zum Finanzplatz Liechtenstein, Vaduz 2004, S. 113.

223 Dazu PETER RAWERT, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 121. Vgl. auch HERBERT KRONKE, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, Tübingen 1988, S. 74 f.

224 Vgl. DIETER REUTER, Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck, AcP 2007, S. 1, S. 22 f.; allgemein zu den Familienstiftungen im deutschen Recht MüKo-REUTER (Fn. 106), §§ 80, 81 BGB Rn. 95 ff.; siehe zum Ganzen JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 55 m.w.N.

225 Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15. Juli 2002, in Kraft getreten am 1. September 2002, BGBl. 2002 I, 2634.

sehen hat, sieht die wohl h.M. in Literatur und Praxis die Streitfragen als (mittelbar) beantwortet und die Familienstiftung einschränkungslos als zulässig an.<sup>226</sup> Auch in Deutschland nimmt sich der Staat bei der Kontrolle dieser Stiftungsform zurück, denn die Stiftungsaufsicht über Familienstiftungen ist nach zahlreichen Landesstiftungsgesetzen reduziert worden.<sup>227</sup> Dass in Deutschland dennoch nur ca. 550 Familienstiftungen existieren, dürfte vor allem an der Erbersatzsteuer liegen, welche alle 30 Jahre i.S.e. fingierten Erbfalls zugreift. Bemerkenswert ist hingegen folgende Privilegierung: Eine *gemeinnützige* Stiftung darf in den Schranken von § 58 Nr. 5 AO bis zu einem Drittel der Vermögenserträge den Stifter und seine Angehörigen unterhalten (sogenanntes Drittelprivileg),<sup>228</sup> ohne den Vorteil der Steuerbefreiung zu verlieren.<sup>229</sup>

#### bb. Anerkennung ausländischer Unterhaltstiftungen

Nachdem das Schweizer Recht keine vergleichbaren Vehikel zur Verfügung stellt wie das umliegende Ausland und daher zahlreiche Schweizer auf ausländische Rechtsformen ausgewichen sind, entsprach es zunehmend dem Schweizer Rechtsempfinden, wenigstens diese ausländischen Instrumente anzuerkennen.<sup>230</sup> Dieser Gedanke wurde am 1. Juli 2007 mit der Inkraftsetzung des Haager Trust Übereinkommens für die Schweiz<sup>231</sup> für den Bereich des Trustrechts mit grösstmöglicher Signifikanz manifestiert. Das BGer hat sich dieser Forderung angeschlossen und im Jahr 2009 in BGE 135 III 614, E. 4 mit Blick auf eine liechtensteinische Stiftung mit Unterhaltswert entschieden, dass ausländische Rechtsformen, auch wenn sie gegen Art. 335 ZGB verstossen, anzuerkennen sind, weil Art. 335 ZGB keine übergeordneten Interessen schützt und daher keine *loi d'application immédiate* (unmittelbare Eingriffsnorm) darstelle.<sup>232</sup> Der Entscheid trägt erheblich zur Planungssicherheit bei, macht aber auch deutlich, dass man sich den Fragen um die Zukunft der Familienstiftung «Schweizer Art» nicht mehr gutgläubig entziehen kann.<sup>233</sup>

226 Siehe zum Ganzen REINHARD PÖLLATH/ANDREAS RICHTER, Familienstiftung, in: SRHB (Fn. 32), § 13 Rn. 28 ff.

227 Siehe im Überblick ANDREAS RICHTER, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 80 Rn. 47 ff.

228 Zu den Voraussetzungen des Drittelprivilegs, insbesondere zum nach h.M. vorausgesetzten Kriterium der «Bedürftigkeit», siehe HÜTTEMANN, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl., Köln 2012, § 4 Rn. 19 ff., 24.

229 Siehe zu allen Fragen rund um die Besteuerung von Familienstiftungen RICHTER, in: MüHB-GesR V (Fn. 18), § 80 Rn. 56 ff. m.w.N.

230 So die h.M. in der Literatur, vgl. statt vieler BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 335 ZGB Rn. 16 f.; JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 539, jeweils m.w.N.

231 Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 2007, SR 0.221.371; dazu DOMINIQUE JAKOB/GAUTHEY LADNER, Die Implementierung des Haager Trust Übereinkommens in der Schweiz, IPRax 2008, S. 453 ff.

232 Siehe zu dieser Entscheidung auch unten E.III.

233 Dazu unten E.



Neben Familienstiftungen können familienstiftungsartige Gestaltungen auch mit dem angloamerikanischen Trust und seinen Spielarten realisiert werden, so dass sich hier Gestaltungsalternativen bieten und ähnliche Anerkennungsfragen stellen. In Bezug auf die Natur des Art. 335 ZGB dürfte die Antwort freilich vergleichbar ausfallen: Nachdem das BGer nicht auf stiftungsspezifische Besonderheiten abgestellt, sondern den Eingriffscharakter des Art. 335 ZGB *an sich* verneint hat, dürfte die Norm auch einem ausländischen Trust mit Unterhaltsfunktion nicht als *loi d'application immédiate* entgegengehalten werden können.<sup>234</sup>

#### 4. Europäische Entwicklungen

Um die Position der Schweiz und ihres Stiftungsrechts in Europa zu bestimmen, muss ein abschliessender Blick auf die europäischen Entwicklungen geworfen werden. Denn die dortigen Verhaltensmuster können nicht nur Auswirkungen auf Drittstaaten erzeugen; vielmehr mag sich die Schweiz gehalten fühlen, auch ohne EU-Zugehörigkeit rechtspolitisch auf gewisse europäische Bedürfnisse zu reagieren.

Spricht man von Europa, sind zwingend zwei Ebenen auseinanderzuhalten. Zum einen geht es um den Abbau von Diskriminierungen über die europäischen Grundfreiheiten, der seit Jahren durch die Rechtsprechung des EuGH vorangetrieben wird. Zum zweiten interessiert die davon zu trennende Frage, ob es – neben der erstgenannten Entwicklung – zusätzlich einer supranationalen EU-Stiftungsform bedarf.

##### a. Die Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH

##### aa. Niederlassungsfreiheit und Internationales Privatrecht

In zahlreichen bekannten Urteilen hat der EuGH versucht, über die europäische Niederlassungsfreiheit die zivilrechtliche Anerkennung von juristischen Personen aus anderen Mitgliedstaaten zu sichern (Urteile *Daily Mail*<sup>235</sup>, *Centros*<sup>236</sup>, *Überseering*<sup>237</sup>, *Inspire Art*<sup>238</sup> und *Sevic*<sup>239</sup>).<sup>240</sup> Im Hintergrund der Frage steht der im internationalen Umfeld weit zurückreichende Streit zwischen der sog-

234 Siehe JAKOB/PICHT, AJP 2010 (Fn. 70), S. 863 f. Ausführlich zu den vielfältigen, zum Teil schwierig zu beurteilenden Geltungseinschränkungen des Haager Trust Übereinkommens DOMINIQUE JAKOB/PETER PICHT, Das Haager Trust-Übereinkommen und seine Geltungseinschränkungen – ein Fass der Danaiden?, in: Franco Lorandi/Daniel Stähelin (Hrsg.), *Innovatives Recht*, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 543 ff.

235 EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Rs. 81/87, Slg. 1988 5505 = NJW 1989, S. 2186.

236 EuGH, Urteil vom 9. März 1999, Rs. 212/97, Slg. 1999 I-1459 = NJW 1999, S. 2027.

237 EuGH, Urteil vom 5. November 2002, Rs. C-208/09, Slg. 2002 I-9919 = NJW 2002, S. 3614.

238 EuGH, Urteil vom 30. September 2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003 I-10155 = NJW 2003, S. 3331.

239 EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005 I-10805 = NJW 2006, S. 425.

240 Siehe hierzu ausführlich JAKOB, in: MüHBGR V (Fn. 18), § 119 Rn. 7 ff., auch zu den hiermit zusammenhängenden Problemen des «Erwerbszwecks» und des Funktionierens der (inter-)na-



nannten Sitztheorie und der sogenannten Gründungstheorie. Während die Sitztheorie an den (effektiven Verwaltungs-)Sitz anknüpft und die Anerkennung einer juristischen Person daran misst, ob die Gründungsvoraussetzungen des Sitzstaates erfüllt sind, unterstellt die Gründungstheorie die Person dem Recht des Staates, nach welchem sie (wirksam) gegründet bzw. inkorporiert worden ist, so dass einmal wirksam gegründete Entitäten auch im Zuzugsland grundsätzlich anzuerkennen sind.

Im europäischen Gesellschaftsrecht ist es mittlerweile eine gesicherte Erkenntnis, dass die europäische Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV innerhalb der EG und gegenüber EWR-Staaten<sup>241</sup> eine Behandlung juristischer Personen nach der Gründungstheorie (und ihren hier nicht im Einzelnen darzustellenden Konsequenzen) erfordert (während gegenüber Drittstaaten wie der Schweiz etwa vom deutschen BGH weiterhin die Sitztheorie angewendet wird<sup>242</sup>). Ob diese Anknüpfungsgrundsätze jedoch auch auf selbständige Stiftungen zu übertragen sind, ist damit nicht gesagt.<sup>243</sup> Denn die Stiftung unterscheidet sich von der körperschaftlich organisierten Gesellschaft in mehrfacher Hinsicht. Problematisch ist vor allem zweierlei, nämlich dass zum einen die Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV bereits auf Tatbestandsebene des Primärrechts einen «Erwerbszweck»<sup>244</sup> der Gesellschaft voraussetzt, welchen Stiftungen nicht zwingend verfolgen; und dass zum zweiten Stiftungen in zahlreichen Mitgliedstaaten (wie etwa in Deutschland) der staatlichen Aufsicht unterstehen, welche über ausländische Stiftungen möglicherweise nicht bzw. nicht hinreichend ausgeübt werden kann, weswegen die Gründungstheorie mit dem im Stiftungswesen nach wie vor herrschenden Aufsichtsregime kollidieren könnte. Diese Fragen sind bislang nicht abschliessend geklärt, so dass eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht, wie eine Stiftung im Internationalen Privatrecht derzeit behandelt werden soll.<sup>245</sup>

---

tionalen Stiftungsaufsicht; JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 533, S. 541; JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 32 ff.

241 Vgl. BGH BB 2005, 2373; OLG Frankfurt, IPRax 2004, S. 56. Zum EWR-Kontext auch PETER PRAST, Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen im Ausland, ZVglRWiss 2012, S. 391 ff.

242 BGH vom 27. Oktober 2008 – II ZR 158/06 – Trabrennbahn (OLG Hamm) = NJW 2009, S. 289.

243 So aber grundsätzlich PETER BEHRENS, Erneuerung des Stiftungskollisionsrechts, in: Helmut Kohl/Friedrich Kübler/Claus Ott/Karsten Schmidt (Hrsg.), Zwischen Markt und Staat – Gedächtnisschrift für Rainer Walz, Köln 2007, S. 13 ff., S. 29 f., S. 31 f. («Grundsatz der Parallelität des Kollisionsrechts der Gesellschaften und der Stiftungen»); im Grundsatz ebenso STEFAN LEIBLE, Die Stiftung im Internationalen Privatrecht, in: FS Werner (Fn. 50), S. 264 ff., S. 269 ff.; ANDREAS SPICKHOFF, Zum Internationalen Privatrecht der Stiftungen, in: FS Werner (Fn. 50), S. 248 f.

244 Art. 54 Abs. 2 AEUV: Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschliesslich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

245 Siehe zur gesamten Problematik (aus deutscher Sicht) ausführlich JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 32 ff., mit eigenem Lösungsvorschlag; UHL (Fn. 71), dort auch mit einem rechtsvergleichenden Teil zum Schweizer Recht.

bb. Kapitalverkehrsfreiheit und Internationales Steuerrecht

Daneben soll über die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV die Anerkennung von steuerlichen Gemeinnützigkeitsprivilegien in einem Mitgliedstaat trotz Sitz einer Stiftung in einem anderen Mitgliedstaat (Rechtssache *Stauffer*<sup>246</sup>) sowie die Anerkennung des entsprechenden Spendenabzugs trotz Sitz des Empfängers im EU-Ausland (Rechtssache *Persche*<sup>247</sup>) ermöglicht werden. Hier ist zu bemerken, dass die Mitgliedstaaten zwar fortan nicht mehr anhand eines ausländischen *Sitzes* einer Stiftung diskriminieren dürfen, jedoch als Reaktion auf diese Rechtsprechung neue Kriterien festgelegt haben, etwa dass eine ausländische Stiftung den Kriterien und Dokumentationspflichten des nationalen Gemeinnützigkeitsrechts des Anerkennungsstaates genügen oder die Tätigkeit zum Ansehen jenes Staates im Ausland beitragen muss (konkretes Beispiel: zum Ansehen der Bundesrepublik Deutschland, sogenannter struktureller Inlandsbezug nach § 51 Abs. 2 AO und § 10b Abs. 1 S. 6 EStG).<sup>248</sup>

Interessant ist, dass die Kapitalverkehrsfreiheit grundsätzlich auch gegenüber *Drittstaaten* wie der Schweiz Geltung erlangt, so dass eine Spende aus einem EU/EWR-Staat in die Schweiz unter den genannten Voraussetzungen ebenfalls abziehbar wäre. Indes: Jedenfalls die neuen deutschen Regelungen zur Abzugsfähigkeit von Direktspenden in das Ausland gelten nicht für Organisationen, die ihren Sitz nicht im Geltungsbereich der EU oder des EWR haben, also etwa für Schweizer Organisationen.<sup>249</sup> Ob die entsprechende Gesetzesanpassung in Deutschland damit weit genug geht, ist zweifelhaft. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass sich in der EU ansässige Spender, denen der Abzug von Spenden an Schweizer Organisationen versagt wird, gegen diese Einschränkungen des Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten zur Wehr setzen.<sup>250</sup> Auch insoweit ist also keine abschliessende Rechtssicherheit erreicht.

b. *Die Entwicklung einer Europäischen Stiftung (Fundatio Europaea)*

Die zweite Ebene betrifft die Frage, ob es zusätzlich zur eben genannten Stärkung der Grundfreiheiten einer eigenen EU-Stiftungsform bedarf. Denn es ist eine neue supranationale Rechtsform in Planung, die *neben* dem Recht der Einzelstaaten bestehen und für grenzüberschreitende gemeinnützige Stiftungstätig-

246 EuGH, Urteil vom 14. September 2006, Rs. C-386/04, Slg. 2006 I-8203 = NJW 2006, S. 3765.

247 EuGH, Urteil vom 27. Januar 2009, Rs. C-318/07, Slg. 2009 I-359 = NJW 2009, S. 823.

248 Siehe zur gesamten Problematik WEITEMEYER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 77 ff.

249 Auch die deutsche Finanzverwaltung begrenzt die Anwendung des Urteils in der Rechtssache *Persche* auf Sachverhalte gegenüber Mitgliedstaaten der EU oder des EWR, BMF Schreiben vom 6. April 2010 – IV C 4-S 2223/07/0005, 2010/0210938, BStBl. I 2010, 386.

250 WEITEMEYER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 88 ff. Siehe zu dieser Problematik aus Sicht des Bundesrats auch den Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 25 f.

keit einsetzbar sein soll. Ausgangspunkt der Überlegungen war die Feststellung, dass die derzeitige Rechtszersplitterung im europäischen Stiftungssektor zu Hindernissen für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit aus (international-)privatrechtlicher sowie (international-)steuerrechtlicher Perspektive führt.<sup>251</sup> Nachdem es für die Einführung einer Europäischen Stiftung, wie etwa bei der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), einer EU-Verordnung bedarf, sind die europäischen Gesetzgebungsorgane gefordert. Aus diesem Grund hat die EU-Kommission zunächst eine Machbarkeitsstudie in Auftrag gegeben (2007–2009),<sup>252</sup> im Anschluss eine öffentliche Konsultation (2009) sowie ein Folgeabschätzungsverfahren (2010–2012) durchgeführt und – nach positiven Stellungnahmen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (2010) und des Europäischen Parlaments (2011) – am 8. Februar 2012 einen Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein europäisches Stiftungsstatut veröffentlicht.<sup>253</sup>

Nach dem Kommissionsentwurf<sup>254</sup> ist die Europäische Stiftung (neuer Name: *Fundatio Europaea* – FE) eine selbständige rechtsfähige Stiftung, die gemeinnützige Zwecke (aufgezählt in einem abschliessenden Katalog) und eine Tätigkeit in mindestens zwei Mitgliedstaaten (jedenfalls als Ziel) verfolgen muss. Vorgeschrieben wird ein Mindestvermögen von 25000 EUR; wirtschaftliche Tätigkeiten sind zulässig, wenn die Gewinne zur Verfolgung des gemeinnützigen Zwecks verwendet werden, zweckfremde Tätigkeit jedoch höchstens i.H.v. 10% des «Jahresnettoumsatzes». Die Stiftung erhält Rechtspersönlichkeit durch konstitutiven Registereintrag. Ihre Errichtung ist möglich durch Erklärung zu Lebzeiten oder von Todes wegen sowie durch Umwandlung oder Verschmelzung von Stiftungen der Mitgliedstaaten. Sowohl in Bezug auf die

251 Hierzu ausführlich JAKOB/STUDEN, ZHR 2010 (Fn. 72), S. 61 ff. Dort auch zu den beiden Modellentwürfen: der *European Foundation Statute* des European Foundation Centre (EFC) in Brüssel aus dem Jahr 2005 (einsehbar unter: <http://www.efc.be>) sowie zum *European Foundation-Projekt*, wie es von einer internationalen Arbeitsgruppe im Jahre 2006 vorgelegt wurde, vgl. Klaus J. Hopt/W. Rainer Walz/Thomas von Hippel/Volker Then (Hrsg.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, 2006. Die Eckdaten der European Foundation nach diesen Entwürfen befanden sich übrigens sehr nahe am schweizerischen Stiftungsrecht; vgl. JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 542.

252 Ausführlich zur Machbarkeitsstudie JAKOB/STUDEN, ZHR 2010 (Fn. 72), S. 61 ff.

253 All diese «Stationen» sind einsehbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/eu-foundation/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/eu-foundation/index_de.htm).

254 Dieser Entwurf kann hier nicht im Detail wiedergegeben werden, sondern wird den nachfolgenden Ausführungen zugrunde gelegt; er sollte daher gelesen werden und ist abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/eufoundation/proposal\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/proposal_de.pdf). Für eine ausführliche Kommentierung siehe DOMINIQUE JAKOB, Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (*Fundatio Europaea*) – Streifzug durch eine europäische Kulissenlandschaft?, nPoR 2013, S. 1 ff.; JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 16. Ausserdem zum Verordnungsentwurf BIRGIT WEITEMEYER, Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung, NZG 2012, S. 1001 ff.; KAY-MICHAEL WILKE, Der Vorschlag der Kommission für das Statut einer Europäischen Stiftung, PISTB 2012, S. 184 ff.; STEFANIE JUNG, Die Europäische Stiftung als Innovationsfeld des Europäischen Gesellschaftsrechts?, BB 2012, S. 1743 ff.

Registrierung als auch die Aufsicht hat man sich gegen eine gemeinschaftsrechtliche Lösung (z.B. eine zentrale Behörde in Brüssel) und für einen mitgliedstaatlichen Ansatz entschieden: Somit liegen Registrierung und Aufsicht in den Händen des Mitgliedstaats, in welchem die Stiftung ihren Sitz hat; Zusammenarbeit und Informationsaustausch der Mitgliedstaaten sind vorgesehen. Die Anforderungen an die Organisation sind puristisch: Vorgegeben ist ein Organ (weitere Organe sind freiwillig), die Governance besteht aus einer rein staatlichen Aufsicht durch eine Behörde im Sitzstaat. In steuerlicher Hinsicht soll eine vermeintliche «Nicht-Diskriminierung» garantiert werden: Eine FE und ihre Beteiligten sollen nicht schlechter behandelt werden als dies bei einer jeweils nationalen «gemeinnützigen Einrichtung» der Fall wäre; nachdem die wirksame Gründung einer FE in einem Mitgliedstaat allerdings ohne weitere Nachweispflichten zu einer automatischen Anerkennung der Stiftung als (steuerlich) gemeinnützig in allen anderen Mitgliedstaaten führen soll, wurde doch der (verdeckte) Versuch unternommen, eine Art rechtsformabhängiges europäisches Gemeinnützigkeitsrecht zu schaffen.<sup>255</sup>

Die Bewertung des Kommissionsentwurfs muss sehr ambivalent ausfallen. Denn es bestehen zahlreiche Kritikpunkte (etwa in Bezug auf den Stiftungsbegriff, die Governance, das anwendbare Recht, Sitzfragen sowie das Steuerrecht)<sup>256</sup> und es erscheint zweifelhaft, ob es dieser Rechtsform – jedenfalls im vorliegenden Gewand – tatsächlich bedarf. Auf der anderen Seite ist fraglich, wie kritisch man mit dem von der Kommission vorgelegten Entwurf umgehen soll. Denn bei allen Unzulänglichkeiten im Detail ist es vielleicht gerade der Symbolcharakter, den die Erschaffung einer FE mit sich bringen und der den europäischen Gemeinnützigkeitssektor beflügeln könnte. Der Anwendungsbereich der Rechtsform dürfte jedenfalls gering sein. Eine FE scheint nur für grosse, genuin gesamteuropäische Projekte sinnvoll, die auch ein europäisches Label benötigen (z.B. eine FE für europäischen Verbraucherschutz). Ein weiteres (Schul-)Beispiel wäre: Ein Deutscher, ein Österreicher und ein Franzose wollen eine Stiftung gründen, können sich aber nicht auf ein gemeinsames Recht einigen. Wird indes schlicht eine taugliche Stiftungsform gesucht, um *internationale* Stiftungstätigkeit zu betreiben, scheint aus heutiger Sicht, schon aufgrund von Rechtssicherheitsaspekten und der bisher kaum verlässlichen Funktionsfähigkeit der FE, eine nationale Stiftung aus einer Rechtsordnung vorzugswürdig, welche grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit unterstützt, also etwa eine Stiftung Schweizer Rechts.

---

255 Vgl. RAINER HÜTTEMANN, Die EU entdeckt die Zivilgesellschaft – zum Vorschlag der Kommission für eine Europäische Stiftung, EuZW 2012, S. 441 f. Details zu diesem sehr problematischen Ansatz bei JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15); JAKOB., npoR 2013 (Fn. 254), S. 4.

256 Siehe ausführlich zu all diesen Punkten JAKOB, npoR 2013 (Fn. 254), S. 2 ff.; JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 17 ff.

Im Rahmen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens müsste die Verordnung nun die Zustimmung des Europäischen Parlaments erhalten und dann vom Rat der Europäischen Union einstimmig erlassen werden (vgl. Art. 352 Abs. 1 AEUV). Allerdings sind als Reaktion auf den Kommissionsentwurf zahlreiche neue Vorbehalte angebracht worden, sowohl von privaten Institutionen als auch von den Mitgliedstaaten selbst.<sup>257</sup> Das letzte Wort in puncto einstimmiger Verabschiedung ist also noch nicht gesprochen.<sup>258</sup> Im Gegenteil: Der unglückliche Kommissionsentwurf hat die Mitgliedstaaten der Rechtsform nicht gewogen gemacht, sondern könnte ihrer Verwirklichung letztlich zu Schaden gereichen.

### c. *Rechtslage in der Schweiz*

Bleibt die Frage, wie die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf die oben genannten europäischen Aspekte aussieht bzw. wie die Schweiz hierauf reagieren könnte oder müsste. In Bezug auf die Niederlassungsfreiheit ist die Schweiz «europarechtlich» auf sicherem Terrain, als sie in ihren Art. 154 Abs. 1 IPRG die Gründungstheorie statuiert. Auch in Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit ist die Rechtslage in ersterer Hinsicht «europarechtskonform»: Die Möglichkeit einer Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit besteht grundsätzlich auch dann, wenn eine Organisation im Ausland fördernd tätig ist und ihren Sitz im Ausland hat. Nicht entsprechend abzugsfähig sind jedoch Spenden an ausländische Organisationen; hier gilt nach bisheriger Rechtslage die Voraussetzung, dass die empfangende Organisation ihren Sitz im Inland haben muss.<sup>259</sup>

Allerdings: Im Hinblick auf die «Drittstaatenwirkung» der Kapitalverkehrsfreiheit hat der EuGH im *Persche-Urteil*<sup>260</sup> betont, dass die Grundfreiheit zwar

257 Als Beispiel sei hier nur die Stellungnahme des Deutschen Bundesrats vom 30. März 2012 erwähnt, die (neben zahlreichen Kritikpunkten im Detail) zusammengefasst lautet: Es gebe schon keine Hindernisse für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit, es bestehe keine EU-Kompetenz zum Erlass der Verordnung, die Verordnung verstosse gegen die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit, und somit sei der gesamte Vorschlag europarechtswidrig; siehe Beschluss des Deutschen Bundesrats, Stellungnahme vom 30. März 2012 zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), COM (2012) 35 final, BR-Drucks. 74/12 (einsehbar unter: <http://www.bundesrat.de>).

258 Naturgemäss sind in dieser Sache laufend Entwicklungen zu verzeichnen, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen kann. Etwa hat das «Legal affairs (JURI) committee of the European Parliament» am 26. November 2012 eine öffentliche Anhörung durchgeführt; der «Draft Report» des Committee wird für Juni 2013 erwartet. Auch auf Ebene der Kommission wird dem Vernehmen nach an einem «Kompromissvorschlag» gearbeitet. Siehe zum jeweiligen «Stand» der FE den Überblick auf der Website des EFC: [http://www.efc.be/programmes\\_services/advocacy-monitoring/European-Foundation-Statute/Pages/default.aspx](http://www.efc.be/programmes_services/advocacy-monitoring/European-Foundation-Statute/Pages/default.aspx); einsehbar ist dort auch die «Revised legal analysis» des EFC vom 24. November 2012: [http://www.efc.be/programmes\\_services/resources/Documents/EFCLegalAnalysisEFS2012.pdf](http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/EFCLegalAnalysisEFS2012.pdf).

259 Zum Ganzen THOMAS KOLLER, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in der Schweiz, in: W. Rainer Walz/Ludwig von Auer/Thomas von Hippel (Hrsg.), Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, Tübingen 2007, S. 455 ff., S. 455 f., mit Verweis auf die a.A.

260 EuGH, Urteil vom 27. Januar 2009, Rs. C-318/07, Slg. 2009 I-359 = NJW 2009, S. 823, Rn. 60 ff.



grundsätzlich auch gegenüber Drittstaaten gelte,<sup>261</sup> es für die Gleichbehandlung von Spenden in Drittstaaten mit Spenden in andere Mitgliedstaaten jedoch massgeblich sei, ob vom betroffenen Drittstaat die für die steuerliche Nachprüfung der Begründetheit des steuerlichen Abzugs erforderlichen Auskünfte zugänglich gemacht werden oder ob gestützt auf einen Staatsvertrag ein entsprechender Informationsaustausch gesichert ist.<sup>262</sup> Ein rechtlicher Informationsaustausch mit dem betroffenen EU-Mitgliedstaat auf Basis eines Doppelbesteuerungsabkommens (DBA) dürfte diese Anforderung erfüllen. Nun hat die Schweiz die ersten DBA mit einer nach Art. 26 des OECD-Musterabkommens erweiterten Amtshilfeklausel in Kraft gesetzt.<sup>263</sup> Dieser Ausbau der internationalen Amtshilfe und die Ausweitung des internationalen Informationsaustauschs könnte sich somit einseitig zu Gunsten der Schweiz auswirken: Spenden in die Schweiz wären dann grundsätzlich steuerlich abziehbar, Spenden aus der Schweiz ins EU-Ausland nach derzeitiger Rechtslage jedoch nicht. Freilich: Trotz dieser Aussage des EU-Primärrechts scheinen die Mitgliedstaaten (so jedenfalls Deutschland)<sup>264</sup> in der Praxis bisher nicht bereit zu sein, diese Abzüge einseitig zu gewähren. Nicht zuletzt deswegen wäre in der Schweiz zu überlegen, mit oder ohne entsprechender staatsvertraglicher Verpflichtung Gegenrecht zu halten und Direktspenden von Steuerpflichtigen in der Schweiz an gemeinnützige Institutionen in EU/EWR-Staaten ebenfalls zum Abzug zuzulassen.<sup>265</sup>

Bleibt die Frage, wie die Schweiz auf die Entwicklungen in Bezug auf die *Fundatio Europaea* reagieren könnte. Eine durchaus veritable Möglichkeit wäre, die Vorgänge zu beobachten, aber sonst weiter nichts zu tun. Würde die FE dann tatsächlich ins Leben gerufen, würde sie in der Schweiz wie eine «normale» ausländische juristische Person anerkannt (Art. 154 IPRG), und eine Schweizer Stiftung würde wie bisher nach den Bestimmungen des internationalen Privatrechts und/oder Steuerrechts der europäischen Einzelstaaten behandelt. Ebenfalls stünde es einer Schweizer Person – einer natürlichen wie einer juristischen – offen, eine FE zu gründen, denn zur Gründung wird, soweit ersichtlich, keine EU-Staatsangehörigkeit, kein Wohnsitz oder auch kein Gesellschaftssitz

261 Siehe dazu oben A.III.4.a.bb.

262 Siehe dazu THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, Das EuGH-Urteil *Persche* aus der Sicht von Drittstaaten, insbesondere der Schweiz, in: Michael Martinek/Peter Rawert/Birgit Weitemeyer (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2010, S. 1076.

263 Siehe hierzu im Überblick TOBIAS F. ROHNER, Internationale Amtshilfe, ST 2012, S. 757 ff.

264 Siehe oben A.III.4.a.bb.

265 Zum Ganzen KOLLER/SENNHAUSER, in: FS Reuter (Fn. 262), S. 1061 ff. Auch der Bundesrat analysiert die Rechtslage in seinem Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 27, grundsätzlich zutreffend, kommt dann aber überraschenderweise zum gegenteiligen Ergebnis: Würde die Schweiz Gegenrechtsvereinbarungen abschliessen, würden «die Vorteile für den Stiftungsstandort Schweiz (...) damit aber wohl teilweise wieder zunichte gemacht». Der Bundesrat scheint hier ausschliesslich staatsvertragliche Lösungen im Blick zu haben und hierbei die Unvorhersehbarkeit (und den Aufwand) entsprechender Verhandlungen.



des Stifters in der EU verlangt. Eine weitere Möglichkeit wäre, auf eine bilaterale Anschlusslösung hinzuwirken, wenn der politische Wille hierzu vorhanden wäre. In jedem Fall aber – und unabhängig vom Fortgang der FE – könnte man am eigenen Schweizer Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht arbeiten und die letzten Schritte unternehmen, um den bestmöglichen Rahmen für *international* ausgerichtete Stifter und Stiftungen zu bieten.<sup>266</sup> Auch hierauf wird nachfolgend ein Augenmerk zu richten sein.

#### IV. Status der Schweizer Stiftung in Europa

Zieht man ein erstes Zwischenresümee, lässt sich festhalten, dass das Schweizer Stiftungsrecht in inhaltlicher Hinsicht ein ausgewogenes Modell darstellt, seinen Ursprung nehmend in einem klassisch-traditionellen, kontinentaleuropäischen Stiftungsmodell, jedoch angereichert mit einigen funktional-modernen Elementen. Es setzt auf Freiheitlichkeit (Errichtungs- und Zweckfreiheit, Zweckänderungsrecht des Stifters nach Art. 86a ZGB), ohne Missbrauch anzuregen, betont externe (Stiftungsaufsicht) und interne (Revisionsstellenpflicht) Governance-Elemente, bei gleichzeitig beteiligtenfreundlichem Rechtsschutz durch grundsätzlich kooperative Behörden und sachkundige Gerichte, das alles verbunden mit der Reputation eines klassischen Stiftungsmodells und einem funktionierenden und politisch stabilen Wirtschafts-, Finanz- und Dienstleistungsstandort.

Zwar bietet das liechtensteinische Recht noch mehr an Gestaltungsmöglichkeiten und der dem Standort eigentümlichen Vertraulichkeit, leidet als Privatstiftungsrechtsordnung aber unter Reputations- und Anerkennungsproblemen im Ausland.<sup>267</sup> Und während sich das deutsche Stiftungsrecht gerne den Anstrich des Klassenprimus gibt, reibt es sich auf an einer teilweise ungeklärten

266 Im Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 6, wird im Hinblick auf das Europäische Stiftungsstatut und das Schweizer Recht ausgeführt, «dass die schweizerische Stiftung die geforderten Charakteristika einer «Europäischen Stiftung» (*Fundatio Europaea*; FE) im Wesentlichen erfüllt», unter Bezugnahme auf den Verfasser. Allerdings scheint der Bundesrat hierbei den alternativen, supranationalen Charakter der geplanten *Fundatio Europaea* zu verkennen, geht es doch nicht darum, Charakteristika des Europäischen Rechts zu erfüllen, sondern darum, wie sich das Schweizer Recht im Hinblick auf die «Drohkulisse» einer Europäischen Stiftung positionieren und in Bezug auf die oben aufgeworfenen Möglichkeiten reagieren soll. Zu fragen wäre etwa gewesen, was eine Europäische Stiftung für Vorzüge gegenüber einer Schweizer Stiftung hat (mit der Antwort: inhaltlich wenige, da die Europäische Stiftung – jedenfalls in ihren Entwürfen – eng an das schweizerische Stiftungsrecht angelehnt war; so JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 542). Richtig ist an der Position des Bundesrats aber zweierlei: Erstens, dass sich der Gesetzgeber primär auf das heimische Stiftungsrecht konzentriert (siehe oben); und zweitens, dass er nicht vorschnell europäische Ansätze nachahmt. Denn wie der Bundesrat zu Recht formuliert: «Eine Angleichung des schweizerischen Rechts an die europäischen Vorgaben könnte zur Folge haben, dass es seine Attraktivität gegenüber dem Ausland einbüsst, weil es aufgrund einer erhöhten Normendichte seine charakteristischen liberalen Grundzüge verlieren würde», a.a.O., S. 2.

267 Vgl. nur DOMINIQUE JAKOB/MATTHIAS UHL Die liechtensteinische Familienstiftung im Blick ausländischer Rechtsprechung, IPRax 2012, S. 451 ff. m.w.N.

Rechtszersplitterung in Bundesstiftungszivil- und Landesstiftungsverwaltungsrecht, an Kompetenzkonflikten und divergierender Anerkennungs- und Aufsichtspraxis, fehlendem Rechtsschutz für die Stiftungsbeteiligten sowie bescheidener Auslands Offenheit auf gemeinnützigkeitsrechtlicher Ebene.<sup>268</sup>

Auch die Zahlen im Gemeinnützigkeitsbereich sprechen eine deutliche Sprache: Im Hinblick auf die absoluten Zahlen zählt die Schweiz zu den Zentren in Europa, was durch einen Blick auf die Stiftungsdichte pro Einwohner und das in gemeinnützigen Stiftungen gebundene Vermögen nochmals prominent herausgehoben wird. Philanthropisches Handeln ist in der Schweiz ausgeprägt, traditionell verankert und als Kultur des Gebens auch im Zeitgeist verfestigt. Dass die Schweiz bisweilen als «Stiftungsparadies» bezeichnet wird, ist dennoch überzogen.<sup>269</sup> Denn der Feind des Guten ist das Bessere und Selbstzufriedenheit der Anfang vom Ende.<sup>270</sup> Und so gibt es durchaus Punkte, die Beachtung fordern könnten. Hierzu gehört etwa: die Anzahl inaktiver Stiftungen, (nicht nur) deren Zustand eine zeitgemässe Interpretation der Begriffe Stiftungszweck und Stiftungsvermögen sowie des Verhältnisses dieser Begriffe zueinander gebietet; ein modernes und wertungsmässig abgestimmtes Verhältnis von Tradition- und Funktionalismus bei den Einflussrechten des Stifters; die Justierung des Verhältnisses von externer und interner Governance; die Möglichkeiten und Grenzen innovativer Vermögensbewirtschaftung und deren stiftungs- und steuerrechtlicher «Nachvollzug»; sowie die Öffnung des nationalen Gemeinnützigkeitsrechts für einen kontrollierten grenzüberschreitenden Gemeinnützigkeitsverkehr.

Völlig aus dem liberalen Rahmen des Schweizer Stiftungsrechts fällt indes die Familienstiftung. Schon lange in der Kritik von Wissenschaft und Praxis, ist spätestens seit BGE 135 III 614 ff., der zur Anerkennung von *ausländischen* Unterhaltsstiftungen verpflichtet, die Selbstbeschränkung des Schweizer ZGB zu einer *Selbstdiskriminierung* angewachsen. Wenn man das Bedürfnis nach privatautonomer Vermögensperpetuierung und Nachlassplanung am Wirtschafts- und Finanzplatz Schweiz grundsätzlich anerkennt, die heimischen Bürger dann aber auf ausländische Vehikel verweist, liegt der Gedanke nahe, dass der Zeitpunkt gekommen ist, einen Paradigmenwechsel einzuleiten und den entsprechenden Wertungen, freilich eingepasst in das heutige Finanz-, Steuer- und Stiftungsumfeld, Rechnung zu tragen.

Welche Stiftungsstrategie also braucht die Schweiz?

In der Folge soll der Blick darauf gerichtet werden, was unter einer Stiftungsstrategie zu verstehen ist und wie eine solche inhaltlich ausgestaltet wer-

268 Vgl. JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 10 f.

269 So auch SPRECHER, Schweizer Monat 1001 (Fn. 19), S. 45.

270 Insoweit richtig auch die grundsätzliche Stossrichtung der Motion Luginbühl (Fn. 73), wenn gleich im Wortlaut deutlich überzogen: «Der Stiftungsstandort Schweiz lebt derzeit vor allem von seinem guten Ruf. Wenn er nicht bald substanziell verbessert bzw. steueroptimiert wird, gerät die Schweiz ins Hintertreffen, dies zu einem denkbar schlechten Zeitpunkt.»

den könnte (nachfolgend B.). Und nachdem eine genuine Weiterentwicklung des Stiftungsrechts nur dogmatisch sauber und systemimmanent geschehen kann, führt der Weg zu konkreten Vorschlägen (D.) über den Stiftungsbegriff, über den in C. nachgedacht werden soll.

## **B. Welche Stiftungsstrategie braucht die Schweiz?**

### **I. Stiftungsstrategie: Was ist das?**

Der Terminus «Stiftungsstrategie» wird erst seit kurzem im Sektor verwendet und hat seine vorläufige Klimax gefunden im Monatsdossier November 2012 des «Schweizer Monats» mit dem Titel: Braucht die Schweiz eine Stiftungsstrategie?<sup>271</sup> Der dort unternommene Versuch, einer Strategie im Stiftungswesen autorenjournalistisch näher zu kommen und hierzu Beiträge aus juristischer, ökonomischer und soziologischer Perspektive mit Gesprächen aus Bank- sowie Stiftungs- und Verbandssicht zu vereinen, zeigt treffend die Vielschichtigkeit des Themas. Nicht nur ist der Stiftungssektor in der Schweiz so bunt wie ein «Gemischtwarenladen mit angeschlossenem Trödelmarkt»,<sup>272</sup> sondern das Stiftungswesen stösst auch, wie oben bereits skizziert,<sup>273</sup> an so viele «marktrelevante» Bereiche, dass eine Strategie niemals ein eindimensionales Konzept sein kann.

Unter «Strategie» versteht man die (meist langfristig) geplanten Verhaltensweisen eines Protagonisten zur Erreichung seiner Ziele, und im hiesigen Zusammenhang auch die diesbezügliche Positionierung am Markt.<sup>274</sup> Möchte sich die Schweiz am globalen «Stiftungsmarkt» positionieren, denkt man aus juristischer Sicht zunächst an den «Wettbewerb der Rechtsordnungen», also das Streben eines Standorts, im internationalen Vergleich attraktive rechtliche Rahmenbedingungen zu bieten und inländische Kapitalien zu halten oder ausländische anzuziehen. Aufgrund der zunehmenden Mobilität von Stiftern und Spendern, aber auch der steigenden grenzüberschreitenden Anerkennungsfähigkeit von Stiftungen, Gemeinnützigkeitsprivilegien und Spendenabzügen, ist dieser Ansatz in der Tat gewichtig: Können Stifter zunehmend frei wählen, wo sie ihre Stiftung errichten wollen, werden sie ihre Wahl nicht zuletzt daran ausrichten, wo sie ein für sich treffendes Stiftungsrecht und einen aus ihrer Sicht geeigneten Ort für ihr Stiftungsprojekt und ihr Stiftungskapital vorfinden.

---

271 Mit Beiträgen von THOMAS SPRECHER und GEORG VON SCHNURBEIN sowie Interviews mit HELMUT ANHEIER, THIERRY LOMBARD und ANTONIA JANN.

272 So GEORG VON SCHNURBEIN, Trödelmarkt? Gestaltende Kraft!, Schweizer Monat 1001, November 2012, S. 55.

273 Siehe oben A.II.

274 Vgl. zum Begriff etwa JEAN-PAUL THOMMEN, Managementkompetenz von A bis Z, 4. Aufl., Zürich 2010, S. 620. Siehe aktuell auch den lesenswerten Artikel von DANIEL ECKMANN, Ist die Schweiz reif für eine Strategie?, NZZ vom 12. Juni 2013, S. 21.

Indes eröffnen sich an dieser Stelle zahlreiche inhaltliche Fragen, die Weichenstellungen vorgeben können. Welchen «Stiftungsmarkt» fasst man ins Auge? Welche Arten von in- und ausländischen Stiftern oder Kapitalien möchte man anziehen oder behalten? Sollen thematische (oder auch geographische oder politische) Schwerpunkte oder Priorisierungen getroffen werden? Auf welche Art und auf welcher Ebene möchte man attraktiv erscheinen und sich gegebenenfalls von den «Konkurrenten» unterscheiden? Und schliesslich: Möchte man überhaupt um Stifter und Stiftungen buhlen, oder sollte es nicht auf Seiten der Stifter und Stiftungen liegen, sich für den Standort zu qualifizieren? Diese und andere Fragen münden in materieller Hinsicht in die Entscheidung, auf welcher Ebene und mit welchen konkreten Massnahmen man sich positionieren möchte und wie diese gegebenenfalls neuen Paradigmen zum eigenen Stiftungsmodell und dem bisherigen Ansatz des Standorts stehen. Die rechtlichen Ebenen, die hier in Betracht gezogen werden können, sind bereits angesprochen worden und können etwa allgemeines Stiftungsrecht, stiftungsartige Gestaltungsformen, Stifter- und Beteiligtenrechte, Aufsichtsrecht, Revisions- und Rechnungslegungsrecht sowie nationales und internationales Steuer- und Gemeinnützigkeitsrecht umfassen.

Aber diese «Mehrschichtigkeit» betrifft nicht nur die unterschiedlichen Rechtsgebiete, sondern die Handlungsprotagonisten selbst. Denn für eine Strategie kann nicht alleine der Gesetzgeber verantwortlich zeichnen. Vielmehr sind alle Mitglieder eines Wirtschafts- und Finanzplatzes in der Pflicht, ein stiftungsfreundliches Ambiente zu schaffen, das alle alten und neuen Anforderungen an Regulierung und Compliance auf eine zeitgemässe Weise einbezieht.

Und so ist es auch der Stiftungssektor selbst, aus dem heraus eine Strategie erwachsen oder der sich eine Strategie geben kann. Durch Professionalität, Transparenz und Governance-Bemühungen sowie den eigenen Organisationsgrad kann der Sektor einen so hohen Qualitätsstandard erreichen, dass beispielsweise auch liberale Stiftungsmodelle national wie international als unbedenklich angesehen werden. Durch die Stimmung im Sektor könnte ein Momentum kreiert werden, welches gesetzgeberisches Tätigwerden zu flankieren oder gar zu ersetzen vermag. Und nicht zuletzt sind die Stifter selbst gefragt, strategische Wege, seien sie inhaltlicher, ökonomischer oder auch juristischer Art, zu finden, zu erkunden und anschliessend aufzuzeigen. Der Sektor kann sich somit seine *eigene Innovationskraft* zu Nutze machen. Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang die immer wieder genannten Forderungen nach Kooperation und Kommunikation:<sup>275</sup> Visionäre Stifter und Stiftungen müssen mit ihren Projekten als *role models* voranschreiten und die erfolgreich gegangenen Wege auch anderen «Sektorteilnehmern» vermitteln und ebnen. Schafft es

---

275 Siehe hierzu bereits die «Promoting Philanthropy in Switzerland Initiative», in deren Lenkungsausschuss der Verfasser des vorliegenden Gutachtens vertreten war. Der 2010 erschienene Bericht dieser Initiative ist abrufbar unter: <http://www.rwi.uzh.ch/oe/stiftungsrecht/aktuellesausdemzentrum.html>.

der Sektor, internationale Aufmerksamkeit zu erregen, weil am Stiftungsplatz Schweiz innovative und qualitativ hervorragende Projekte verwirklicht werden, wird seine Anziehungskraft in inhaltlicher Hinsicht steigen.

Freilich: An dieser Stelle muss der Bogen geschlossen und zu den juristischen Fragestellungen zurückgekehrt werden. Es sollte aber deutlich geworden sein, dass das Recht, sei es in Form von Rechtsgestaltung durch die Praxis oder Rechtsfortentwicklung durch die Gerichte und den Gesetzgeber, stets nur ein Teil sein kann, wenn es darum geht, eine ganzheitliche Strategie für den Sektor zu entwickeln.

## II. Verfolgt die Schweiz eine Stiftungsstrategie?

### 1. Gesetzgeber

#### a. Stiftungsrechtsreform vom 8. Oktober 2004

Geht man zurück zur Stiftungsrechtsreform vom 8. Oktober 2004, so lässt sich diese aus der Vogelperspektive auf drei grosse Linien reduzieren: Zum einen wurden kleinere Lücken und Schwachstellen geschlossen. Beispielsweise wurde durch die Umformulierung «Verfügungen von Todes wegen» anstatt «letztwillige Verfügung» in Art. 81 Abs. 1 ZGB die Stiftungserrichtung auch in erbvertraglicher Form ermöglicht;<sup>276</sup> oder es wurde in Art. 81 Abs. 3 ZGB eine Mitteilungspflicht der Testamentseröffnungsbehörde an den Handelsregisterführer etabliert, um ein «Verschwinden» von Erbstiftungen zu verhindern. Zum zweiten wurde die Funktionalität und Flexibilität des Rechtsinstituts erhöht und dem Stifter mehr Einfluss auf seine Stiftung gewährt.<sup>277</sup> Hierfür steht die Einführung des Zweckänderungsrechts für den Stifter in Art. 86a ZGB, während das ursprünglich ebenfalls vorgesehene Widerrufsrecht aufgrund erheblicher Kritik in der Literatur<sup>278</sup> keine Verwirklichung gefunden hat. Und drittens wurde zugleich

276 Dazu BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 81 ZGB Rn. 11; HANS MICHAEL RIEMER, Reformen im schweizerischen Stiftungsrecht, in: Rainer Walz/Rainer Hüttemann/Peter Rawert/Karsten Schmidt (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2006, Köln 2007, S. 168.

277 Siehe dazu bereits oben A.III.3.a.bb. Vgl. auch den Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) zur Parlamentarischen Initiative «Revision des Stiftungsrechts» vom 23. Oktober 2003, BBl 2003 8153, 8158: «Das Bedürfnis nach einer gewissen Flexibilisierung ist jedoch vorhanden. Mit der Revision soll dem Stifter die Möglichkeit eröffnet werden, durch einen Zweckänderungsvorbehalt auf Antrag oder durch eine Verfügung von Todes wegen den Zweck seiner Stiftung zu ändern». In die gleiche Stossrichtung deutet die Stellungnahme des Bundesrats zu diesem Bericht vom 5. Dezember 2003, BBl 2003 8191, 8193: «Die im Entwurf [...] vorgesehene Möglichkeit des Stifters, den Stiftungszweck zu ändern, ist eine begrüssenswerte Neuerung, denn sie gestaltet das Stiftungsrecht flexibler und damit attraktiver, was dem Ziel der vorgeschlagenen Revision durchaus entspricht». Vgl. dazu auch das Votum von Ständerat FELIX GUTZWILLER im Ständerat am 17. Juni 2004, wonach die Flexibilisierung des Stiftungsrechts zentrale Absicht der ursprünglichen parlamentarischen Initiative Schiesser gewesen sei, und die Stärkung des Einflusses des Stifters auf seine Stiftung «Kernpunkt der Vorlage» darstelle.

278 RIEMER, in: Aktuelle Fragen (Fn. 115), S. 9 ff.



die Governance erhöht, indem eine grundsätzlich zwingende Revisionsstelle (damals Art. 83a ZGB a.F.) sowie Regeln zur Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit (Art. 84a ZGB) eingeführt wurden. Dazu kam schliesslich das Inkrafttreten des FusG vom 3. Oktober 2003, welches Stiftungen neue und rechtssichere Möglichkeiten in Bezug auf Zusammenlegung und Vermögensübertragung ermöglichen sollte. Man mag von den Regelungen im Einzelnen halten was man möchte<sup>279</sup> und auch über die eigentliche Motive des Gesetzgebers geteilter Meinung sein; in dem Ansatz «Verbesserung, Funktionalisierung und Governance» erscheint jedenfalls ein koordinierter Ansatz i.S.e. nachvollziehbaren gesetzgeberischen Strategie erkennbar.

#### *b. Zwischenreformen*

In den Jahren danach ist diese Strategie allerdings verschwommen. Ein Grund hierfür ist die Koppelung des Revisionsrechts der Stiftung in Art. 83b ZGB (siehe insbesondere Abs. 3) an das Recht der Aktiengesellschaft durch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005,<sup>280</sup> mit welchem das erst zum 1. Januar 2006 eingeführte Revisionsrecht mit Wirkung zum 1. Januar 2008 neuerlich abgeändert wurde.<sup>281</sup> Seither folgt das Schweizer Recht dem Ansatz, Grossstiftungen ungeachtet eines ideellen Zwecks mit Aktiengesellschaften gleichzustellen, kleine, rein private oder kirchliche Stiftungen aber davon zu befreien. Inhaltlich ist dieser Ansatz nicht zu beanstanden, weil er internationalen Ansprüchen an Governance und Transparenz genügt und gleichzeitig wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Privatsphäre berücksichtigt. Rechtstechnisch ist nun aber das (einstmals stabile) Stiftungsrecht den Schwankungen des (stets volatilen) Aktienrechts ausgeliefert worden, was bereits wieder zu einer Gesetzesänderung zur Erhöhung der Schwellenwerte durch das Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011<sup>282</sup> zum 1. Januar 2013 geführt hat.<sup>283</sup>

Das gleiche Schicksal trifft die Bestimmungen zur Rechnungslegung, welche in Art. 83a ZGB zum 1. Januar 2008 eingeführt,<sup>284</sup> mit Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011<sup>285</sup> zum 1. Januar 2013 abermals geändert und nun ebenfalls vollumfänglich an die «Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung» angehängt wurden.<sup>286</sup> Inhaltlich freilich ist auch an diesem Ansatz nichts auszusetzen, nur grosse Stiftungen der Konzernrechnungspflicht zu unterstellen, während kleine Stiftungen (die

279 Zu einer Bewertung der Reform siehe etwa JAKOB, RIW 2005 (Fn. 9), S. 678.

280 AS 2007 4791.

281 JAKOB, Entwicklungen 2007 (Fn. 12), S. 58 ff.

282 Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 (Rechnungslegungsrecht), AS 2012 6679.

283 Siehe JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 5 f.

284 Siehe hierzu JAKOB, Entwicklungen 2007 (Fn. 12), njus.ch, S. 61 ff.

285 Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 (Rechnungslegungsrecht), AS 2012 6679.

286 DOMINIQUE JAKOB, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 2012, S. 521 ff.; JAKOB/STUDEN/UHL, Entwicklungen 2011 (Fn. 11), njus.ch, S. 47 ff.



nicht zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet oder nach Art. 83b Abs. 2 ZGB von der Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle befreit sind) lediglich über die Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch führen müssen (sogenannte «Milchbüchlein»-Rechnung). Letzteres ist eine Erleichterung, welche der bis dahin geltende Art. 83a ZGB nicht enthielt.

*c. Motion Luginbühl und Reaktionen*

Mag man diese stetigen Änderungen seit 2006 zumindest gesetzgebungstechnisch als «unschön»<sup>287</sup> bezeichnen, scheint seit der Motion Luginbühl auch inhaltlich «der Wurm drin» zu sein. Der Gesetzgeber schien durch die Motion, die im Überblick bereits vorgestellt wurde,<sup>288</sup> kalt erwischt worden zu sein. In der Tat war die Motion nicht zu erwarten gewesen, vor dem Hintergrund des bestehenden Rechtszustands möglicherweise «übermotiviert»,<sup>289</sup> jedenfalls nicht mit dem Sektor und der Wissenschaft koordiniert und schliesslich auch unglücklich formuliert. Nachdem der Gesetzgeber lange mit dem Vorwurf konfrontiert worden war, er lasse die Motion brach liegen,<sup>290</sup> kam in einem zweiten Schritt ein gewisser Aktionismus auf. Es wurde an verschiedenen Stellen an der Motion gearbeitet, beim EJPD, beim EDI und beim EFD, teilweise unter Einbezug der Kantone, was Abläufe und Kommunikation sicher nicht vereinfachte und einheitliche Ergebnisse im Hinblick auf substantielle Veränderungen kaum erwarten liess. Nachdem auch keine Experten eingeladen worden waren, um den Prozess inhaltlich zu konsolidieren, ist die Abschreibung aller Veränderungen auch das technisch plausibelste Ergebnis gewesen.

Für die «Strategiefrage» aufschlussreich ist, dass der zentrale inhaltliche Punkt, auf den man sich bei der Bearbeitung konzentrierte, nämlich die «Verbesserung der Stiftungsaufsicht» vor dem Hintergrund des «Grundlagenberichts zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht» des EJPD vom 23. Dezember 2010, gar nicht in der Motion Luginbühl enthalten, sondern erst nachträglich eingespeist worden war.<sup>291</sup> Diese hohe Bedeutung der Aufsichtsfrage ist bemerkenswert, denn sie war sicherlich kaum geeignet, zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» beizutragen. Im Gegenteil: Anhand der Themen, die dort diskutiert wurden (Übergang zur Fachaufsicht, Obergabemodell),<sup>292</sup> war eher zu befürchten, dass der Gesetzgeber die Liberalität und Weitemaschigkeit des Schweizer Stiftungsrechts sowie das Desiderat des Sektors

287 Vgl. HAROLD GRÜNINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, Art. 83a ZGB Rn. 2.

288 Siehe oben A.II.3.

289 So GEORG VON SCHURBEIN, zit. nach NZZ vom 22. Juli 2011, S. 29.

290 Vgl. z.B. MICHAEL FERBER, Meinungsverschiedenheiten über die brachliegende «Motion Luginbühl», NZZ vom 22. Juli 2011, S. 29.

291 JAKOB/STUDEN/UHL, Entwicklungen 2011 (Fn. 11), njus.ch, S. 47 f.

292 Siehe zu den Einzelheiten und deren Bewertung JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 10 ff.; sowie nochmals unten D.IV.2.

nach Kleinhaltung der Bürokratie aus den Augen verlieren und die Motion in ihr eigentliches Gegenteil verkehren könnte. Und so drängt sich der Eindruck auf, dass die Aufsichtsfrage als eine Art «Platzhalter» diene, damit im Rahmen der Motion überhaupt etwas Substantielles mit einer gewissen Tiefe behandelt werden konnte. Gleichzeitig war die Aufsichtsfrage eine Hypothek, von der sich die Motion schlussendlich nicht mehr emanzipieren konnte.<sup>293</sup> Denn das, was ernsthaft diskutiert (und etwa auch im Bericht des EDI evaluiert) wurde, wurde im Sektor einhellig abgelehnt,<sup>294</sup> während andere in Sektor<sup>295</sup> und Wissenschaft<sup>296</sup> diskutierte Gesichtspunkte nur geringe Aufmerksamkeit erhalten haben und auch nicht durch weiterführende Abklärungen vertieft wurden. Und so hat es den Anschein, als wären unter dem Handlungsdruck einer Motion die falschen Fragen gestellt worden – ein Indikator, dass dem Gesetzgeber seine «Stiftungsstrategie» abhandengekommen zu sein scheint.

## 2. *Stiftungssektor*

Die Protagonisten des Stiftungssektors, und hierbei vor allem die oben dargestellten Verbände und Institute,<sup>297</sup> sind durchaus bemüht, die Szene auf eine einheitliche Linie zu bringen und vor allem die Qualität und Standards von Stiftungsverwaltung und -führung zu erhöhen. Die Lobbyarbeit im Zusammenhang mit gesetzgeberischen Massnahmen und Initiativen ist präsent, bisweilen werden eigene Initiativen lanciert. Insgesamt ist der Organisationsgrad des Sektors aber immer noch gering und die Initiativen der Beteiligten sind noch nicht ausreichend koordiniert.

## III. Konsequenzen

Was also sind die richtigen Fragen und Hebel? Einer Antwort hierauf kann man sich nur etappenweise nähern. Geht man davon aus, dass der Stiftungsstandort Schweiz und mit ihm das Stiftungsrecht bereits auf einem weit überdurch-

---

293 Siehe dazu schon oben A.II.3.

294 Siehe etwa die Stellungnahme von proFonds im Bericht «Stiftungsland Schweiz 2012», S. 5, abrufbar unter: [http://www.profonds.org/uploads/tx\\_news/Stiftungsland\\_Schweiz\\_2012\\_01.pdf](http://www.profonds.org/uploads/tx_news/Stiftungsland_Schweiz_2012_01.pdf), sowie das Positionspapier «Kernanliegen von SwissFoundations bezüglich den Berichten zur Überprüfung der Stiftungsaufsicht und zur Motion Luginbühl» vom 19. November 2012, abrufbar unter: <http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Kernanliegen%20SF.pdf>. In dieselbe Richtung JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 3, S. 12.

295 Siehe z.B. die Forderung nach mehr Datentransparenz und einem Stiftungsregister durch SwissFoundations, [http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Kernanliegen\\_SF\\_0.pdf](http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Kernanliegen_SF_0.pdf), oder den Vorschlag von proFonds zu einem Katalog möglicher Massnahmen im Sinn der Motion Luginbühl vom 18. September 2009, [http://www.profonds.org/uploads/tx\\_news/Motion\\_Luginbuehl.pdf](http://www.profonds.org/uploads/tx_news/Motion_Luginbuehl.pdf).

296 Vgl. etwa JAKOB, in: *Perspektiven des Stiftungsrechts* (Fn. 15), S. 1, S. 11; JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 3, S. 5 ff.

297 Siehe oben A.III.IV.

schnittlichen Niveau liegen, muss man sich zunächst bei jeder Veränderung die Frage nach der Zweck-Gefahren-Relation stellen sowie über eventuelle Nebenwirkungen einer Veränderung und die richtigen Priorisierungen nachdenken. Hierbei ist stets die Stifterfreiheit als hohes Gut des Schweizer Rechts zu respektieren. Daneben sind eine geringe Regelungsdichte und eine massvolle Bürokratie Besonderheiten, die die Schweiz gegenüber anderen Stiftungsrechtsordnungen (etwa derjenigen Deutschlands) auszeichnen. Die grundsätzliche Frage sollte also sein: Wie kann die Schweiz ihre traditionellen Eigenheiten bewahren, ihre Stärken extrapolieren und dabei zugleich die heutigen Anforderungen an den Sektor und das internationale Umfeld erfüllen?

Um eine Antwort zu finden, muss man sich den überkommenen Stiftungsbegriff vergegenwärtigen, ihn auf seine Aktualität überprüfen und mit den Anforderungen an ein möglichst ideales, Massstäbe setzendes Stiftungsbild abgleichen. Ausgehend von den traditionellen Schweizer Charakteristika kann auf diese Weise der Versuch unternommen werden, den Stiftungsbegriff und mit ihm das Stiftungsrecht weiterzuentwickeln.

## C. Gedanken zum Stiftungsbegriff

### I. Der heutige Stiftungsbegriff

#### 1. Klassische Merkmale

Das Gesetz enthält in den Art. 80 ff. ZGB keine Definition der Stiftung. Dennoch liegt der Rechtsform ein ungeschriebener, allgemeiner Grundbegriff zugrunde, an dem auch alle Ausgestaltungen der Rechtsfigur rückgemessen werden müssen. Der Schweizer Stiftungsbegriff besteht aus den Teilgehalten Errichtungswille, Zweck, Vermögen sowie (nachholbare) Organisation. Die «Trias» der vom Stifterwillen getragenen Stiftungsmerkmale (Zweck, Vermögen und Organisation), die auch aus rechtsvergleichender Sicht die bekannten Stiftungsrechtsordnungen prägt<sup>298</sup> und vom Verfasser an anderer Stelle monographisch dargestellt wurde,<sup>299</sup> soll nachfolgend nicht in Frage gestellt werden. Ein Vermögen wird zu einem Zweck gewidmet und in einer handlungsfähigen Organisation zu einer rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts abstrahiert.<sup>300</sup>

298 Dazu ausführlich JAKOB, in: MÜHBGESR V (Fn. 18), § 119 Rn. 23, auch zum Stiftungsbegriff im internationalen Vergleich.

299 JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 38 f.

300 Zu den diversen Einzel- und Streitfragen der klassischen Dogmatik rund um den Stiftungsbegriff soll an dieser Stelle nicht Stellung genommen werden, weil der Beitrag in eine andere Richtung zielt. Siehe etwa – auch zum «funktionalen Stiftungsbegriff» – aus deutschen Sicht STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 1 ff. m.w.N. In der Schweizer Dogmatik sind diese Streitfragen weniger ausdifferenziert und werden meist unter dem Inhalt des Errichtungsgeschäfts diskutiert; siehe z.B. BK-RIEMER (Fn. 162), Art. 80 ZGB Rn. 19 ff.

Vielmehr soll die Frage aufgeworfen werden, ob diese «klassischen» Begriffsmerkmale heute noch ausreichen, um die Stiftung begrifflich zu umschreiben und als Rechtsinstitut inhaltlich zu charakterisieren. Die Stiftungswelt hat sich verändert seit der Rechtsschule um SAVIGNY im 19. Jahrhundert und der Verabschiedung des ZGB im Jahre 1907. Unterschiedliche Spielarten der Stiftung haben in verschiedenen Rechtsordnungen ihren Niederschlag gefunden, blicken bisweilen auf eine lange, mehr oder weniger erfolgreiche Geschichte zurück oder sind aktuellen Entwicklungen ausgeliefert. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass der «Stiftungsbegriff des 3. Jahrtausends» erweitert und um zusätzliche Elemente angereichert werden muss, möchte man sich ein ausdifferenziertes Bild von den unterschiedlichen Erscheinungsformen der Stiftung und der Positionierung der einzelnen Stiftungsrechtsordnungen machen.

## 2. *Stifterfreiheit*

Keine neue Erfindung, aber stets aufs Neue zu betonen, ist die Stifterfreiheit. Hierunter versteht man die Freiheit, eine Stiftung zu errichten und ihren Zweck frei zu bestimmen, die einhergeht mit einer weitgehenden Gestaltungs- und Organisationsfreiheit des Stifters.<sup>301</sup> Diese Freiheit, die sich in der allgemeinen Privatautonomie und positivrechtlich in Art. 19 OR (i.V.m. Art. 7 ZGB) verankern lässt,<sup>302</sup> ist in der Praxis als ein *dominierendes Grundmerkmal des Schweizer Stiftungsrechts* anerkannt.<sup>303</sup> Im Ergebnis ist dem Schweizer Stifter erlaubt, alles anzuordnen und zu gestalten, was sich nicht an zwingendem Recht und guten Sitten (Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 7 ZGB) stösst oder dem Stiftungsbegriff selbst zuwider läuft.<sup>304</sup>

Blickt man ins internationale Umfeld, wird deutlich, dass eine solche Stifterfreiheit nicht gottgegeben ist, sondern auch und gerade das Schweizer Stiftungsrecht im internationalen Vergleich charakterisiert.<sup>305</sup> Beispielsweise zeichnet sich das französische Recht dadurch aus, dass nur eingeschränkte Zwecke möglich sind und der Staat eine starke Einflussnahme auf die Stiftung vor sieht,<sup>306</sup> weshalb in Frankreich lediglich 2264 Stiftungen existieren.<sup>307</sup> Auch

301 BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Vor Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB Rn. 6 ff.

302 Siehe genauer BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 55.

303 Vgl. BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 55 m.w.N.; BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Vor Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB Rn. 6; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Vor Art. 80–89a ZGB Rn. 3.

304 BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Vor Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB Rn. 6 f. Zu den Grenzen ausserdem BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 59 ff.

305 JAKOB, in: MüHBGEsR V (Fn. 18), § 119 Rn. 28 ff., Rn. 67. Zur hiervon zu trennenden Diskussion um ein «Grundrecht auf Stiftung» siehe JAKOB, a.a.O., Rn. 64; aus deutscher Sicht ausführlich STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 20 ff.

306 CAPITANT, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 343 ff. Zudem scheint die staatliche Anerkennungsbehörde ohne gesetzliche Grundlage eine Ausstattung i.H.v. 1 Million EUR zu verlangen, wogegen mangels eines Rechts auf Stiftungserrichtung keinerlei Rechtsmittel bestehen. Vgl. aktuell EFC, Comparative Highlights of Foundation Laws (Fn. 105), S. 13.

307 Siehe oben A.III.2.

das Konzessionssystem des deutschen Rechts schränkt die Privatautonomie des Stifters ein.<sup>308</sup> Ist die Stifterfreiheit aber der Rechtsform nicht funktional immanent, ist sie aus Schweizer Sicht umso stärker zu verteidigen. Alle gesetzlichen Vorgaben, Neuerungen und Modifikationen müssen an ihr gemessen werden, ebenso wie eine etwaige «Verbesserung» des Aufsichtssystems. Zugleich spiegelt sich die Freiheit in fast allen weiteren Begriffsmerkmalen wider, wie etwa im Zweck, im Vermögen und in der Organisation.

An dieser Stelle wird ersichtlich, dass die *Stifterfreiheit* in einem direkten Spannungsverhältnis zur *Regulierung des Stiftungssektors* steht, weil Regulierung die Stifterfreiheit tangieren kann. Im Gegenzug gewinnt die Stifterfreiheit Einfluss auf die Regulierungsfragen, denn jede Regulierung muss an ihr rückgemessen werden. Das heisst freilich nicht, dass Regulierung stets verhindert werden müsste oder könnte, etwa wenn sie aufgrund höherer Zwänge (z.B. von Staatsverträgen oder sonstigen übergeordneten Interessen) gefordert ist. Sie hat dann jedoch so zu erfolgen, dass sie die Freiheit des Stifters in möglichst geringem Masse einschränkt. Mit anderen Worten konkretisiert die Stifterfreiheit das allgemeine Verhältnismässigkeitsprinzip: Eine gesetzliche Massnahme ist nur dann als stiftungsrechtskompatibel anzusehen, wenn sie im Hinblick auf die Stifterfreiheit erforderlich, geeignet und angemessen erscheint.<sup>309</sup>

Komplementär zur Stifterfreiheit ist die *Stiftungsautonomie*. Auch die Stiftung selbst und mit ihr die Handlungsorgane besitzen einen Freiraum, im Rahmen der weitmaschigen Gesetzgebung und den Vorgaben des Stifters grundsätzlich privatautonom zu agieren. Es handelt sich hierbei um einen Raum der freien Selbstbestimmung der Stiftung, welcher sichern soll, dass die Stiftung über die Modalitäten ihrer Zweckverfolgung selbst entscheiden kann und nicht von der Willkür aussenstehender Dritter abhängig ist.<sup>310</sup> Abgrenzungsbedürftig ist freilich häufig der Spielraum der Handlungsorgane innerhalb des Vollzugs des Stifterwillens. Diese *Stiftungsratsautonomie* betrifft indes das Innenverhältnis der Organe zur Stiftung und die Reichweite des organschaftlichen Handlungsmessens und soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.<sup>311</sup>

308 Gegen das Konzessionssystem daher REUTER, in: Stiftungsrecht in Europa (Fn. 5), S. 152, allerdings seinerzeit verbunden mit der Forderung nach einer Einschränkung der Stiftungszwecke unter Anlehnung an die Vereinsklassenabgrenzung nach §§ 21, 22 BGB; siehe jetzt MüKo-REUTER (Fn. 106), Vor §§ 80–88 BGB Rn. 7 ff., Rn. 40 ff.

309 Allgemein zum Verhältnismässigkeitsprinzip ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, S. 133 ff.

310 Vgl. aus deutscher Sicht THOMAS VON HIPPEL, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, Tübingen 2007, S. 393 f.; STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 165; ULRICH BURGARD, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, Köln 2006, S. 360 ff. (mit kritischer eigener Positionierung).

311 Hierzu grundlegend und mit eigenem Lösungsansatz JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 204 ff.



### 3. Trennungs- und Erstarrungsprinzip

An die Grenze des Stiftungsbegriffs stösst die Stifterfreiheit dann, wenn die Stiftung errichtet ist und der Stifter mit dieser Errichtung seine Willensbildung vollendet hat. Es ist Merkmal der anstaltlichen Natur der Stiftung, dass der Stifter sie als *eigenständige* und von ihm grundsätzlich *unabhängige* Person in den Rechtsverkehr entlässt und in der Folge der *ursprüngliche* Stifterwille vom Stiftungsrat vollzogen werden muss. Man spricht vom «Trennungs- und Erstarrungsprinzip»: Der Stifter trennt sich grundsätzlich endgültig vom gewidmeten Vermögen; Stifter und Stiftung sind zwei selbständige Rechtssubjekte; der Stifterwille ist mit dem Errichtungsakt erstarrt.<sup>312</sup> Ein *nach* Errichtung der Stiftung neu gebildeter oder geänderter Wille des Stifters ist also grundsätzlich unbeachtlich.<sup>313</sup> Und ebenso wenig gibt es Mitglieder oder Eigentümer, die der Stiftung ein «personales Substrat» verleihen und für sie eine autonome, korporative Willensbildung vornehmen könnten.

Dieses Trennungs- und Erstarrungsprinzip ist als Begriffsmerkmal deswegen so hoch zu halten, weil man nur dann seine Durchbrechungen in den stiftungsrechtlichen Kontext einordnen kann. Denn während das Prinzip in einigen Stiftungsrechtsordnungen unvermindert gilt, haben es andere gelockert und erlauben dem Stifter eine gewisse *nachträgliche* Willensbildung und Einflussnahme auf seine Stiftung. Nachdem die anstaltliche Natur der Stiftung dem schweizerischen Stiftungsbegriff und eben auch dem Grundmodell der kontinentaleuropäischen Stiftung zugrunde liegt, können solche Durchbrechungen indes nur vom Gesetzgeber vorgenommen werden und müssen positivrechtlich verankert sein, etwa in Form der in Österreich und Liechtenstein bekannten Stifterrechte, oder auch in der Form des Art. 86a ZGB. Gibt es solche gesetzlich angeordneten Einfallstore in den ursprünglichen Stifterwillen nicht, muss vielmehr die Stiftung *gegen* eine entsprechende Einflussnahme (des Stifters oder anderer Personen) *geschützt* werden. Dieses Spannungsverhältnis zwischen «Schutz des Stifters» und «Schutz der Stiftung» kann an vielen Orten des Stiftungslebens eine Rolle spielen,<sup>314</sup> so wie etwa bei der Auslegung des Stifterwillens im Rahmen des Stiftungsgeschäfts.<sup>315</sup>

Das *Trennungs- und Erstarrungsprinzip* steht also zum einen in einem reziproken Verhältnis zu den *Stifterrechten*. Zum anderen wird sichtbar, dass bei einer Berührung oder gar Modifikation des Trennungs- und Erstarrungsprinzips eine Weichenstellung vorgenommen wird, die das «Stiftungsmodell» als solches verändern kann, so dass man mit diesen Elementen nicht leichtfertig «spielen» sollte. Wenn man sich allerdings dafür entscheidet, hier funktionale Lo-

312 Aus dogmatischer und rechtsvergleichender Sicht ausführlich JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 36 ff., S. 103 ff.

313 Zu Ausnahmen, insbesondere zur Andeutungstheorie KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 80 ZGB Rn. 1 ff.

314 Siehe etwa JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 135, S. 204 f.

315 Hierzu KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 80 ZGB Rn. 20 ff.



ckerungen vorzunehmen, dann eröffnet sich auch Raum für inhaltliche Differenzierungen (und gegebenenfalls strategische Abgrenzungen von anderen Rechtsordnungen), der möglichst sachkundig überlegt und ausgelotet werden sollte.<sup>316</sup> Art. 86a ZGB in seiner heutigen Form ist hierbei möglicherweise noch nicht der Weisheit letzter Schluss.<sup>317</sup>

## II. Weitere Begriffselemente

### 1. Governance

Die «Foundation Governance» hat sich in den letzten Jahren zum vielleicht beherrschenden Thema des Stiftungsrechts entwickelt.<sup>318</sup> Der Grundgedanke ist nicht neu, knüpft er doch am rechtsformtypischen Schutzdefizit an, dem die Stiftung mangels Anknüpfung an personale Trägerinteressen unterliegt und das die Rechtsform seit Anbeginn ihre Existenz als einer ihrer «Urkonflikte» prägt.<sup>319</sup> Jung ist jedoch der Ansatz, dass nicht mehr nur die *staatliche* Aufsicht als Schutzgarant für die Stiftung angesehen wird, sondern auch andere Beteiligte und Institutionen in die Verantwortung gegenüber der Stiftung und untereinander einbezogen werden. Hat man dies dem Grunde nach akzeptiert, lassen sich mannigfache Ausgestaltungen *neben* oder *anstelle* der staatlichen Stiftungsaufsicht finden, verschiedene Kontrollmechanismen für unterschiedliche Arten von Interessenkonflikte generieren und auf unterschiedlichen Ebenen ansiedeln.<sup>320</sup> Dieser Ansatz gibt dem Governance-Gedanken eine neue, gestalterische Dimension, holt ihn weg von einem rein obrigkeitsgeprägten Merkmal und stellt ihn in den Kontext von Stifterfreiheit und Privatautonomie.

Unbestritten ist aber zugleich, dass eine Stiftungsrechtsordnung in heutiger Zeit eine funktionierende Governance garantieren muss, um als hochwertig gelten zu können. Und dies gilt nicht nur aus der Sicht ausländischer Staaten, die andernfalls Sanktionen in regulatorischer oder steuerrechtlicher Hinsicht aufbieten würden. Auch aus der Perspektive potentieller Stifter wird die Stabilisierungsfunktion eines Standorts geschätzt, die sich – insbesondere in der Zeit nach dem Ableben des Stifters – im Schutz der Stiftung und der Beteiligten widerspiegelt, welcher eben auch die Kontrolle der Beteiligten i.S.e. Systems von *checks and balances* bedingt. Der Verfasser hat daher schon vor einigen Jahren prognostiziert, dass sich die Foundation Governance zum Standortfaktor entwickeln wird,<sup>321</sup> eine Ansicht, die zunehmend auf Zustimmung stösst.<sup>322</sup>

316 Siehe hierzu bereits JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 536 f.

317 Dazu unten D.I.4.c.

318 Siehe zu Begriff und Inhalt bereits oben JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 528 ff.

319 Hierzu ausführlich JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 95 ff., S. 529 f.

320 Vgl. oben A.III.3.c.

321 Siehe etwa JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 534 f.

322 Vgl. etwa SCHURR, Foundation Governance als Schlüsselement (Fn. 203), S. 64 ff., insbesondere S. 65.

Gleichzeitig zeigt die Beobachtung, dass sich in der heutigen, von Kontrolle geprägten internationalen Staatenwelt, besondere, vom klassischen Stiftungsbild abweichende Merkmale und Stiftungsmodelle nur noch dann rechtssicher und widerspruchsfrei verwirklichen lassen, wenn sie mit Kontroll- und Governance-Mechanismen verknüpft werden. Dies betrifft vor allem privatnützige Stiftungsarten und besondere Rechte und Freiheiten des StifTERS. Ohne Governance wird sich die Stifterfreiheit möglicherweise in Zukunft nicht mehr im gewohnten Masse aufrechterhalten lassen. *Stifterfreiheit* und *Governance* schliessen sich also nicht aus, sondern bedingen und regulieren sich gegenseitig. Das beste aktuelle Beispiel ist die Totalrevision des Stiftungsrechts in Liechtenstein zum 1. April 2009.<sup>323</sup> Dort wurde ein neues Governance-System gesetzlich verankert, gerade *um* die traditionellen Besonderheiten des liechtensteinischen Stiftungsrechts (treuhänderische Stiftungserrichtung, Vertraulichkeit, Stiftung für den Stifter, Zweckänderungs- und Widerrufsrechte, unbeschränkte Unterhaltszwecke) zu bewahren.<sup>324</sup> Man mag unterschiedlicher Meinung darüber sein, ob diese Massnahmen gelungen sind;<sup>325</sup> der Ansatz, Abweichungen vom klassischen Stiftungsbegriff an besondere Kontrollmassnahmen zu binden, ist jedoch ein für die Zukunft vielversprechender Weg.

Freilich: Das Konzept der Foundation Governance – i.S.e. Kontrolle der Stiftung und ihrer Beteiligten durch externe Massnahmen sowie durch die Stiftungsbeteiligten selbst – ist so vielschichtig, dass man kein eindimensionales Bild oder gar eine abstrakte Forderung an einen Standort oder den Gesetzgeber (oder auch den Stifter und den Stiftungsrat)<sup>326</sup> stellen kann. Vielmehr kann Kontrolle auf verschiedenen Ebenen verwirklicht und auf diese Weise zu einem *Gesamtbild* einer funktionierenden Governance zusammengesetzt werden. Folgende konkrete Massnahmen könnte man in Betracht ziehen, wobei sich manche Phänomene überschneiden oder ergänzen:

- Externe Aufsicht durch eine staatliche (Verwaltungs-)Behörde, sonstige Stelle oder ein Gericht
- Interne Governance durch ein (freiwilliges oder zwingendes) Kontrollorgan oder andere Stiftungsbeteiligte
- Vorschriften zur Revision und Rechnungslegung
- Anpassung der Aufsicht an die Art der Stiftung und Gestaltungsmöglichkeiten des StifTERS
- Begünstigtenrechte auf Mitwirkung und Kontrolle

323 Siehe hierzu schon oben A.III.3.c.aa. sowie JAKOB, LJZ 2008 (Fn. 159), S. 83 ff.; JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 9 ff.

324 Vgl. im Überblick JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 30 ff.

325 Siehe etwa die äusserst heterogenen Ergebnisse der «Umfrage Gesellschaftsrecht», Grundsatzpapier mit Schlussfolgerungen und Weichenstellungen vom Dezember 2010 der Universität Liechtenstein, in welcher die Marktteilnehmer unter anderem die Governance-Massnahmen der Stiftungsrechtsreform evaluieren.

326 Zu den verschiedenen «Governance-Ebenen» siehe oben A.III.3.c.

- Rechtsschutz für die Begünstigten
- Rechtsschutz für den Stifter
- Rechtsschutz für Dritte
- Massnahmen für steuerliche Compliance
- Massnahmen für Transparenz und Öffentlichkeit

Diese Punkte sollen keine abschliessende Aufzählung darstellen, sondern ein offenes System, das je nach Schwerpunktsetzung erweitert werden kann. Die verschiedenen Ebenen können unterschiedlich stark ausgeprägt sein und ähnliche Ziele mit unterschiedlichen Mitteln verwirklichen. Einen Eindruck von einer Rechtsordnung kann man jedoch gewinnen, wenn man das Zusammenspiel dieser Mechanismen in seinem Gesamtbild evaluiert. Dies soll nachfolgend unter C.IV. geschehen; auf diese Weise soll anhand der genannten Merkmale ein «Governance-Index» erstellt werden, mit welchem Stiftungsrechtsordnungen bewertet und untereinander auf ihren Governance-Standard verglichen werden können. Dieser Governance-Index kann dann wiederum mit an anderen Merkmalen ausgerichteten «Indizes» in Beziehung gesetzt werden.

## 2. *Compliance*

Eine Art Unterfall der Governance bildet die sogenannte «Compliance», hier verstanden als Befolgung aller staatlichen und privaten Vorgaben, Gesetze und Richtlinien in steuerlicher und sonstiger regulatorischer Hinsicht. Zwar ist es auch Aufgabe der Governance, sicherzustellen, dass sich die Stiftung und ihre Beteiligten «compliant» verhalten; dennoch hat die Compliance als solche in den letzten Jahren nicht nur, aber auch im Stiftungswesen eine eigenständige Bedeutung erlangt.<sup>327</sup> Das Stiftungswesen ist, etwa durch die Steuerstreitigkeiten mit Deutschland und den USA, die auch Stiftungen involvierten, oder durch den Handel mit Datenträgern, die auch Stiftungen transportierten, in den internationalen Fokus gerückt. Ob dies (insbesondere für alle Stiftungsarten und Standorte) zu Recht geschehen ist, mag dahinstehen; jedenfalls ist eine Stiftungsrechtsordnung, die sich nicht auch mit der Compliance ihrer Stiftungen befasst, kaum mehr denkbar.<sup>328</sup> Zwar müssen derartige Regelungen nicht im Rechtsinstitut Stiftung selbst verankert, sondern können auch in externen, für verschiedene Institute geltende Regulierungskomplexen angesiedelt sein (z.B.

327 Siehe als Überblick den Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch>; ferner MONIKA ROTH, Schweiz: Tax Compliance und Weissgeldstrategie, ZRFC 1/2012, S. 37 ff. sowie mit einem kompakten Überblick über Compliance als Teil der Corporate Governance MONIKA ROTH, Compliance in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2011.

328 Dies wird auch in der internationalen Staatenwelt so gesehen; siehe etwa die Forderungen der Financial Action Task Force, Combating Money Laundering (Fn. 24), S. 7 ff., 54 ff., abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/recommendations>.

in den allgemeinen Vorschriften zur Verhinderung der Geldwäscherei oder zum Informationsaustausch in Steuerfragen). Aber sie können im Stiftungsrecht *angelegt* sein (etwa durch Bestimmungen zur Revision und Rechnungslegung oder Transparenz-, Informations- und Offenlegungspflichten) und sollten jedenfalls nicht von ihm verhindert werden. Und man muss diese Aspekte stets im Kopf behalten, wenn man daran geht, stiftungsrechtliche Weichen zu verändern oder gar neue Institute zu kreieren.<sup>329</sup>

### 3. Transparenz

Ein ebenso häufig gebrauchtes Stichwort ist die Transparenz. Während das Stiftungswesen vieler Staaten und der Schweiz im Besonderen durch einen traditionellen Hang zum Verborgenen gekennzeichnet ist, betonen immer mehr Studien<sup>330</sup> oder Initiativen<sup>331</sup>, dass die Wirkkraft des Gemeinnützigkeitssektors gesteigert werden könnte, wenn verstärkt auf *Kommunikation* und *Kooperation* gesetzt wird, deren Voraussetzung eben ein neues Verständnis von Transparenz im Stiftungswesen wäre. Nicht zuletzt wurde auch im Rahmen der Motion Luginbühl von der nationalrätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben eine weitere Motion<sup>332</sup> eingereicht, die den Bundesrat hätte beauftragen sollen, die statistischen Grundlagen zum schweizerischen Stiftungswesen zu verbessern und für ein öffentliches Stiftungsregister zu sorgen.<sup>333</sup> Auch sie war von dem Gedanken geleitet, die Transparenz zu erhöhen, und dies notfalls durch gesetzlich zwingende Massnahmen.

Möchte man über Transparenz als begrifflichen Baustein einer Stiftungsrechtsordnung nachdenken, müssen wiederum die vielschichtige Motivationslage des Sektors und die verschiedenen Ebenen der Thematik auseinandergehalten werden.

Zum einen besteht ein allgemeines Interesse der Protagonisten des «Gemeinnützigkeitssektors» (nicht zwingend also der Stiftungen oder Stifter selbst) an einer Verbesserung der Datenlage, mit den Zielvorstellungen, anhand konkreter Vergleichszahlen zu operieren, koordinierter zu arbeiten (anstelle von parallel oder aneinander vorbei), Kooperationen zu ermöglichen und Kooperationspartner zu finden sowie nicht zuletzt Anträge an die richtigen Empfänger

329 Siehe zur «Compliance» als eine der Säulen bei der Gestaltung von Stiftungsrechtsinstituten der Zukunft JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 19; ausserdem SPRECHER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 181, S. 191.

330 Siehe etwa Abschlussbericht der interdisziplinär durchgeführten Studie «Initiative zur Stärkung der Philanthropie in der Schweiz» (Fn. 45); ausserdem siehe schon oben VON SCHNURBEIN/WYSER/BETHMANN, Handlungsempfehlungen (Fn. 118).

331 Siehe etwa die Forderung nach mehr Datentransparenz und einem Stiftungsregister durch SwissFoundations (Fn. 347).

332 Zusatzmotion der WAK-N (Fn. 80).

333 Siehe zum Gang dieser Zusatzmotion näher JAKOB/SCHWEIZER/STUDEN, Entwicklungen 2009 (Fn. 81), njus.ch, S. 48 f., sowie oben A.II.3.

zu spüren. Insgesamt verspricht man sich von einer erweiterten Datenlage also, die Kräfte im Sektor bündeln zu können.<sup>334</sup> Zugleich soll Transparenz (nun i.S.e. Governance-Aspekts) als «Motivation» für Stiftungen dienen, tatsächlich zu «wirken» und diese Wirkung unter dem kritischen Blick der Öffentlichkeit zu messen und zu überprüfen; in dieser Hinsicht kann Transparenz als Kompensation für fehlende gesetzliche Kautelen für wirksame Stiftungstätigkeit fungieren, wie etwa eine (in der Schweiz bisher nicht ernsthaft verfolgte) minimale Ausschüttungsquote als Voraussetzung für den Gemeinnützigkeitsstatus.<sup>335</sup> Es muss betont werden, dass dieses Streben des Sektors nach einer – womöglich sogar gesetzlich vorgespurten – Erhöhung der Offenlegungspflichten von Daten oder durch zwingende Register rückgemessen werden muss an den Persönlichkeitsrechten der Beteiligten und dem Datenschutzrecht. Diese Übung steht noch aus. Hierfür und nicht zuletzt für die Wirkung solcher Initiativen ist zudem die Frage zu beantworten, welche Informationen man für welche Zwecke erheben möchte und welche Daten an welcher Stelle einen Effekt zeitigen könnten.<sup>336</sup>

Auf einer zweiten Ebene gewinnt die «Einsicht» in die Stiftungsaktivitäten, -bücher und -zahlen Relevanz zur Durchsetzung von Compliance und Governance, insbesondere zur Verhinderung von terroristischen Aktivitäten, Geldwäscherei und Steuerdelikten, und kann daher mit jenen Aspekten zusammen fallen. (Nur) insoweit ist die Forderung nach Transparenz auch an privatnützige Stiftungen zu richten, und in diese Richtung ist die Initiative des Bundesrats zu verstehen, künftig *alle* Stiftungen zu ihrer Entstehung in das Handelsregister einzutragen.<sup>337</sup>

Demgegenüber legitimieren sich die Forderungen des Gemeinnützigkeitssektors nur im Hinblick auf gemeinnützige Stiftungen. Hier wird deutlich, wie heikel Forderungen sind, wenn sie *pauschal* erhoben werden, etwa die allgemeine Forderung nach einem «Stiftungsregister». Wenn ein solches etwa nur Daten erheben soll, die für den Gemeinnützigkeitssektor Relevanz besitzen, sollte man eher über ein «Gemeinnützigkeitsregister» nachdenken, das rechtsformübergreifend am steuerlichen Gemeinnützigkeitsstatus hängt.<sup>338</sup> Insoweit sind hier noch schwierige Abgrenzungen zu treffen und die Diskussion ist

334 Siehe zum Ganzen VON SCHNURBEIN/WYSER/BETHMANN, Handlungsempfehlungen (Fn. 118), S. 22 ff.; IRA FÜHRER/REMMER SASSEN, Externe Elemente der Corporate Governance von Stiftungen und Vereinen im internationalen Vergleich. Implikationen aus Österreich und der Schweiz für die Reformansätze in Deutschland, ZöGU 2012, S. 216 ff., S. 231; aus deutscher Sicht BENEDIKT VOGT, Publizität der Stiftung – der Ruf nach dem Gesetzgeber, in: Rainer Hüttemann/Peter Rawert/Karsten Schmidt/Birgit Weitemeyer (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2011/2012, Hamburg 2012, S. 65 ff.

335 Siehe zu dieser ursprünglichen Forderung der Motion Luginbühl (Fn. 73) und ihrem Schicksal oben A.II.3.

336 Vgl. hierzu ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungsreport 2013 (Fn. 32), S. 20.

337 Dazu oben A.I.2.

338 Siehe hierzu bereits ausführlich JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 14.



noch weit weniger fortgeschritten als im Bereich der Governance. Dennoch handelt es sich ganz klar um einen Trend, dem sich Stiftungsrechtordnungen der Zukunft stellen müssen.

#### 4. *Vertraulichkeit*

Auf den ersten Blick auf der Gegenseite von Transparenz steht die Vertraulichkeit. Auch sie ist sicherlich nicht Teil des dogmatischen (Schweizer) Stiftungsbegriffs, aber Teil eines Standorts und Finanzplatzes, der sich im Umbruch befindet. Dennoch ist, blickt man zuerst auf *gemeinnützige* Stiftungen, Vertraulichkeit nicht als Gegenteil von Transparenz zu sehen, sondern vielmehr als komplementäres Konzept. Denn wird Vertraulichkeit als Teil eines wohlverstandenen Rechts auf Privatautonomie und freie Selbstbestimmung verstanden, so ist sie auch für die Zukunft ein Gut, das es zu bewahren gilt, soweit dies eben ein nach Transparenz, Compliance und Governance strebender Standort ermöglichen kann. Ähnlich wie Stifterfreiheit und Governance sich gegenseitig bedingen und das eine ohne das andere nicht zukunftsfähig erscheint, steht es auch um das Verhältnis von Vertraulichkeit und Transparenz, die in einer Art *praktischen Konkordanz* möglichst beide zu verwirklichen sind.

Bei *privatnützigen* Stiftungen ist dieses Spannungsverhältnis freilich anders nuanciert: Wie gesehen, greifen hier die Transparenzforderungen des Gemeinnützigkeitssektors nicht Platz; gesichert sein muss allein, dass durch die Stiftung und ihre Beteiligten kein Missbrauch betrieben wird und die Anforderungen an Compliance und Governance erfüllt werden. Alles, was darüber hinausgeht, ist grundsätzlich der Privatsphäre zuzuordnen. Die Betonung der Privatsphäre sollte daher auch in Zukunft ein wesentliches Merkmal des Schweizer Stiftungsrechts bleiben. In Zeiten des fallenden Bankgeheimnisses muss die Vertraulichkeit auf anderen (legalen) Wegen bewahrt werden, solange dies mit dem Stiftungsbegriff und den zwingenden Anforderungen des Rechtsverkehrs in Einklang steht.

#### 5. *Rechte Dritter*

Zum Spannungsfeld von Transparenz und Vertraulichkeit gehört auch die Frage, wie eine Stiftungsrechtsordnung mit Rechten Dritter verfährt, etwa mit denjenigen von Ehegatten, Erben oder Gläubigern, die das Stiftungsvermögen lieber im Vermögen oder Nachlass des Stifters sehen würden als in demjenigen eines unabhängigen Rechtsträgers.<sup>339</sup> Hier ist zunächst festzuhalten, dass die Verweigerung von Rechtsschutz für Dritte durch Nichtanerkennung und -vollstreckung

---

339 Siehe umfassend zum Verhältnis der Stiftung zu Rechten Dritter JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 272 ff. (aus deutscher Sicht) und JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 676 ff. (aus liechtensteinischer Sicht).



ihrer Ansprüche und/oder ihrer ausländischen Urteile (etwa aufgrund sachrechtlicher Normen oder Mechanismen des internationalen Privat- und Verfahrensrechts) zwar ein durchaus anzutreffendes Phänomen ist, für eine moderne Stiftungsrechtsordnung im Herzen Europas aber sicherlich kein Weg, der i.S.e. politischen Ausrichtung beschritten werden sollte.<sup>340</sup> Das Gleiche gilt für ein völliges Aussperren von solchen (einer Durchsetzung von materiellen Ansprüchen meist vorgelagerten) Informationsansprüchen, die auf die Verwirklichung legitimer Interessen zielen.

Klar abzugrenzen sind diese Ansprüche Dritter aber vom oben behandelten Informationsbedürfnis der Allgemeinheit. Es geht hier nicht darum, Informationen aus Transparenzgesichtspunkten der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, sondern in einem Bereich, der grundsätzlich der Vertraulichkeit unterfällt und auch unterfallen darf, legitime Ansprüche spezifischer Drittpersonen durchzusetzen, etwa solche auf Herabsetzung (Art. 527 Ziff. 3 ZGB) und Hinzurechnung (Art. 208 ZGB). Hier ist als Grundsatz zu formulieren, dass eine Stiftungsrechtsordnung begründeten Drittansprüchen im Rahmen des Legalitätsprinzips und der allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsordnung (etwa im Hinblick auf familien- oder erbrechtliche Anfechtungsfristen) zur Geltung verhelfen muss. Das betrifft auch Auskunftsansprüche zum Schutz dieser Personen, etwa aus dem Familien- und Erbrecht (Art. 170 oder Art. 607 Abs. 3, 610 Abs. 2 ZGB), die diese Durchsetzung erst ermöglichen. Und es gilt ferner in Bezug auf Gläubiger und die zu ihrem Schutz bestehenden Anfechtungsregeln (vgl. Art. 285 ff. SchKG), ebenso wie für die Regeln des «Durchgriffs» durch die juristische Person,<sup>341</sup> wenn die Selbständigkeit einer juristischen Person rechtsmissbräuchlich vorgeschoben ist.<sup>342</sup>

340 An der Grenze ist daher Art. 29 Abs. 5 liechtensteinisches IPRG, der versucht, den Vermögensschutz über das Internationale Privatrecht zu kanalisieren; vgl. dazu JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 691 ff. Immerhin sind andere Merkmale zur «Asset Protection», etwa eine gesetzliche Regelung, dass «in ein Widerrufs- oder Änderungsrecht des Stifters (...) nicht Exekution» geführt werden darf, im Rahmen der Totalrevision fallen gelassen worden; vgl. Bericht und Antrag der Regierung betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts Nr. 85/2008 vom 3. Juni 2008, S. 11. Kritisch zu diesem «Rückzug» aber PETER PRAST, Der Stifter und seine Gestaltungsrechte und Verantwortlichkeiten, in: Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz (Hrsg.), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Vaduz 2008, S. 104 ff.

341 Vgl. hierzu nur KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 53 ZGB Rn. 9.

342 Dass diese an sich klare Unterscheidung zwischen Existenz der Rechtsform und Durchgriff nicht in allen Rechtsordnungen respektiert wird, zeigen verschiedene Urteile aus Deutschland und Österreich. Anstatt die Regeln des Durchgriffs des anwendbaren Stiftungsstatuts anzuwenden und zu respektieren, ziehen diese den Generalverdacht gegenüber ausländischen (*in casu* liechtensteinischen) Stiftungen *pauschal* auf die Ebene des IPR und wollen dort ansässige Stiftungen *regelmässig* am *ordre public* scheitern lassen, wenn sie im Kontext einer *Steuerhinterziehung* stehen. So jedenfalls OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. April 2010, I-22 U 126/06 = ZEV 2010, S. 528 ff., wo das entsprechende Ergebnis der *ordre public*-Widrigkeit aufgrund der Umstände im Einzelfall noch vertretbar, die pauschale Begründung (etwa gänzlich ohne Einsicht in die Statuten der betroffenen Stiftung) aber kaum haltbar erscheint; siehe ausführlich DOMINIQUE JAKOB/GORAN

Wie die Regelungen auch im Detail ausfallen, dieser Schutz Dritter muss ebenfalls als Teil eines ganzheitlichen Stiftungskonzepts angesehen werden.<sup>343</sup>

### III. Der Stiftungsbegriff als Typusbegriff

Es sollte ersichtlich geworden sein, dass die vorgestellten «weiteren» Begriffsmerkmale kaum zu konstitutiven Bestandteilen des eigentlichen Stiftungsbegriffs gemacht werden können, ohne welche eine Rechtsfigur keine «Stiftung» mehr wäre. Denn gerade an ihnen zeigen sich die unterschiedliche Ausgestaltung und die Charaktere verschiedener Stiftungsrechtsordnungen. Zudem konnten sie nicht absolut und allgemeingültig beschrieben werden, weil sie je nach Perspektive und auch nach Stiftungstyp eine unterschiedliche Ausprägung erfahren können. Und doch handelte es sich durchweg um Bestandteile, die einem modernen «Stiftungskonzept» zugrunde liegen, und somit um Phänomene, zu welchen eine Stiftungsrechtsordnung in heutiger Zeit einen Ansatz finden muss, um durch die entsprechende Herangehensweise den Typus «ihrer Stiftung» zu prägen.

Schaut man auf die Zusammenhänge, stehen die entwickelten Begriffe ferner nicht solitär, sondern ergänzen sich zum grossen Teil gegenseitig. Es besteht eine Reziprozität, und dies in einem multilateralen Verhältnis. Etwa steht das Trennungsprinzip in einem reziproken Verhältnis zu den Stifterrechten. Gleichzeitig wird eine Stiftungsrechtsordnung grösseren Einfluss des Stifters zulassen können, wenn die diesbezügliche Governance erhöht wird. Dieses Spiel lässt sich fortführen und wird auch in der Folge wieder aufgenommen, wenn es darum geht, konkrete Phänomene des Schweizer Stiftungsrechts zu evaluieren.

Insgesamt wird deutlich, dass es sich bei den vorgenannten Merkmalen um Bausteine eines *umfassenden Typusbegriffs*<sup>344</sup> handelt, dessen Einzelmerkmale variieren können und miteinander kompensierbar sind. Die einzelnen Stiftungskomponenten können somit je nach Art der Stiftung unterschiedlich stark ausgeprägt sein, solange sich ihre Einzelbestandteile zu einem Gesamtbild «Stiftung» zusammenfügen.<sup>345</sup>

---

STUDEN, Die liechtensteinische Stiftung in der aktuellen deutschen Zivilrechtsprechung, npoR 2012, S. 4 ff. Zur gleichen Frage OLG Stuttgart, ZEV 2010, S. 265, welches dogmatisch noch fragwürdigere Passagen enthält; dazu auch WERNER LANGE/JOHANNES HONZEN, Erbfälle unter Einschaltung ausländischer Stiftungen – Gründungs- und Übertragungsakte im Fokus der jüngsten deutschen Zivilrechtsprechung, ZEV 2010, S. 228 ff. Zum Ganzen ausserdem JAKOB/UHL, IPRax 2012 (Fn. 267), S. 451 ff., dort auch zu einem ähnlich gelagerten Fall des österreichischen OGH vom 26. Mai 2010, 3 Ob 1/10h.

343 Siehe zur Durchsetzung legitimer Rechte Dritter als eine der tragenden «Säulen» eines (neuen) stiftungsartigen Rechtsinstituts bereits JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 19; SPRECHER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 181, S. 192, S. 195 f.

344 Zum Stiftungsbegriff als Typusbegriff siehe bereits JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 72, S. 540.

345 In eine zwar ähnliche, aber doch andere, weil rechtsformübergreifende Richtung geht der Ansatz des «funktionalen Stiftungsbegriffs»; hierzu STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 3 m.w.N.

## IV. Stiftungsindizes

### 1. Allgemeines

Können die dargelegten Begriffe keine absoluten Normen bilden, sondern erst in ihrem Verhältnis und ihrer Gesamtschau den Charakter einer Stiftungsrechtsordnung skizzieren, scheint der Versuch lohnenswert, eine solche Gesamtschau vorzunehmen. Ziel bei diesem Versuch muss sein, einen allgemeinverständlichen Modus zu finden, der auch geeignet ist, einen Massstab für den Vergleich der Rechtsordnungen untereinander zu bilden. Hierzu können charakteristische Einzelmerkmale herangezogen werden, die die Ausprägungen eines Begriffsbereichs typischerweise kennzeichnen, so wie dies bereits unter C.II.1. für die «Governance» geschehen ist. Legt man diese Einzelmerkmale nebeneinander, überprüft die entsprechende Rechtsordnung auf ihre qualitative Umsetzung und bewertet diese mit einem wie auch immer festzulegenden Punktesystem, kann man eine *Indexzahl* gewinnen, die als absolute Zahl einen Qualitätseindruck im Hinblick auf das überprüfte Merkmal (etwa der Governance) gibt.

Im Detail könnte man die qualitative Ausprägung eines jeden Einzelmerkmals auf einer Skala von 1 bis (bestmöglichen) 10 Wertungspunkten bewerten. Hierbei gewinnt man zunächst einen vergleichenden Eindruck in Bezug auf das konkrete *Einzelmerkmal*. Zählt man im Anschluss die Punkte sämtlicher Einzelmerkmale eines Begriffsbereichs zusammen und teilt die Summe durch die Anzahl der Merkmale, kommt man zu einer Durchschnittszahl zwischen 1 und 10, die einen *Vergleichsindex* darstellt. Zugleich handelt es sich um ein offenes System, das beliebig erweitert werden kann, weil der jeweilige «Score» stets im Verhältnis zur Anzahl der Einzelmerkmale und damit vergleichbar bleibt. Und schliesslich kann man, wenn man alle für relevant erachteten Begriffsbereiche zusammen nimmt, zu einem umfassenden «Stiftungsindex» gelangen, der die qualitative Höhe einer Stiftungsordnung wiedergibt.

Freilich: Dieses System steht und fällt mit der Zusammenstellung der einzelnen Begriffsmerkmale und deren jeweiliger Bewertung in einer Rechtsordnung. Beides wird stets subjektiv geprägt sein, was aber dadurch relativiert wird, dass die dargestellte Messung relativ und offen ist und daher solange vergleichbar bleibt, als sie einheitlich vorgenommen wird. Nachfolgend soll die Beurteilung der Merkmale, die anhand einer Gesamtschau der qualitativen Ausprägung des jeweiligen Merkmals in einem Staat vorgenommen werden muss, in Form einer «griffweisen Schätzung» aus dem rechtsvergleichenden (Über-)Blick des Verfassers vorgenommen werden, ohne dass hier Raum und richtiger Ort wären, die jeweilige Begründung der Beurteilung und somit die Auswertung der Rechtsordnung im Einzelnen darzustellen. Völlig klar ist aber, dass im Hinblick auf die vergleichende Bewertung der Merkmale eine eigene Forschungsstudie vorgenommen werden könnte und zur Weiterentwicklungen des Systems in Zukunft auch müsste. Mit Nachdruck zu betonen bleibt aber, dass es sich hierbei

um eine *rechtliche* Beurteilung handelt, die im grossen Schwerpunkt anhand juristischer Kriterien ausgerichtet werden muss.

Beispielhaft durchgespielt werden soll dieser Ansatz nachfolgend für die Begriffsmerkmale Governance und Liberalität, was in einem «Governance-Index» und einem «Liberalitäts-Index» mündet.

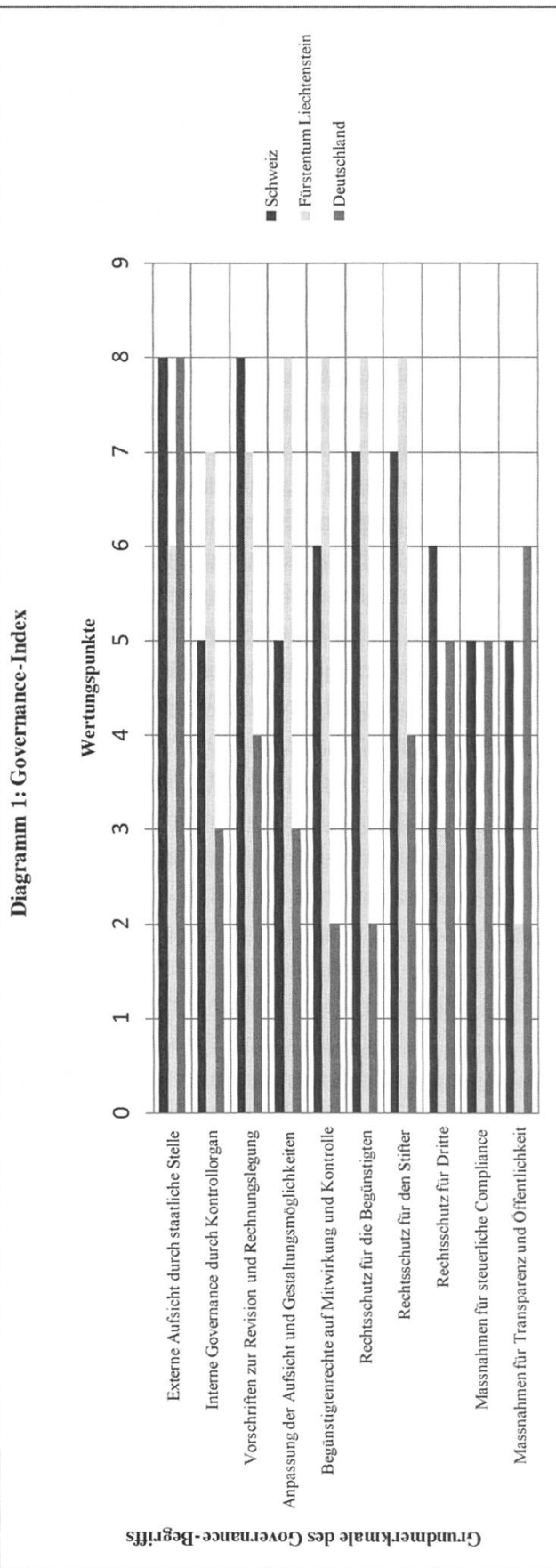
## 2. *Governance-Index*

Für die Erstellung des «Governance-Index» sollen, angelehnt an C.II.1., die folgenden Kriterien verwendet werden: externe Aufsicht durch eine staatliche (Verwaltungs-)Behörde, sonstige Stelle oder ein Gericht; interne Governance durch ein (freiwilliges oder zwingendes) Kontrollorgan oder andere Stiftungsbeteiligte; Vorschriften zur Revision und Rechnungslegung; Anpassung der Aufsicht an die Art der Stiftung und Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters; Begünstigtenrechte auf Mitwirkung und Kontrolle; Rechtsschutz für die Begünstigten; Rechtsschutz für den Stifter; Rechtsschutz für Dritte; Massnahmen für steuerliche Compliance; Massnahmen für Transparenz und Öffentlichkeit.

Gegenübergestellt werden die Länder Schweiz, Liechtenstein und Deutschland, um einen Vertreter aus den jeweils wichtigsten «Stiftungsmodellen»<sup>346</sup> und gleichzeitig einen Querschnitt durch die Rechtsordnungen des deutschsprachigen Raumes zu haben. Versucht man eine Bewertung der Merkmale anhand der vorgeschlagenen 10-Punkte-Skala, könnte das Ergebnis etwa nachfolgendem Diagramm 1 entsprechen.

---

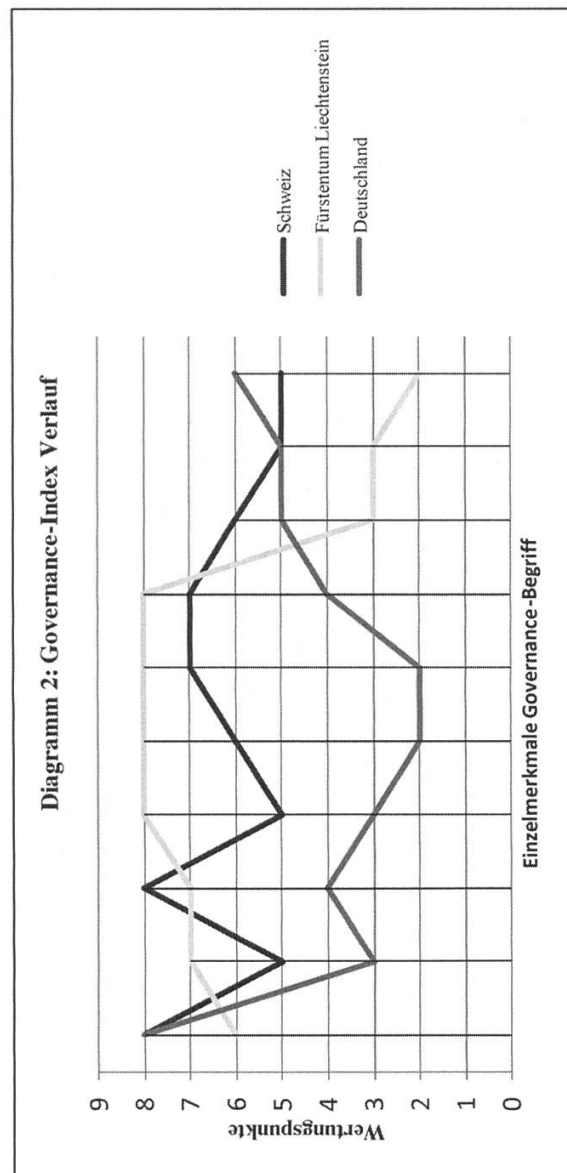
346 Siehe oben A.III.3.





Nach vorstehender (subjektiver) Bewertung wird die Governance-Qualität der Schweiz mit den Punkten: 8, 5, 8, 5, 6, 7, 7, 6, 5, 5 bewertet, was eine Summe von 62 Punkten und – geteilt durch zehn Merkmale – einen Governance-Index der Schweiz von 6,2 ergibt. Für das Fürstentum Liechtenstein beträgt der Index  $6, 7, 7, 8, 8, 8, 8, 3, 3, 2 = 6,0$  und für Deutschland, das eigentlich durch ein kontrollstarkes System bestechen möchte,  $8, 3, 4, 3, 2, 2, 4, 5, 5, 6 = 4,2$ .

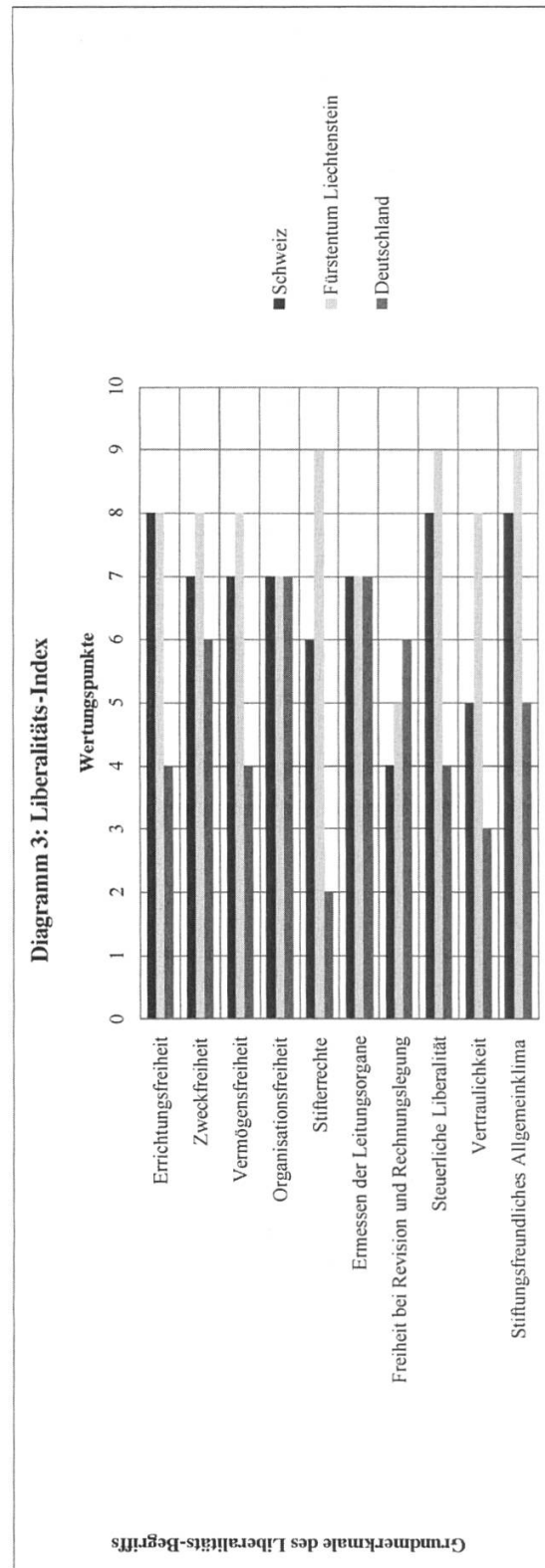
Vergleichend kann die Governance-Höhe auch nochmals im Diagramm 2 dargestellt werden.



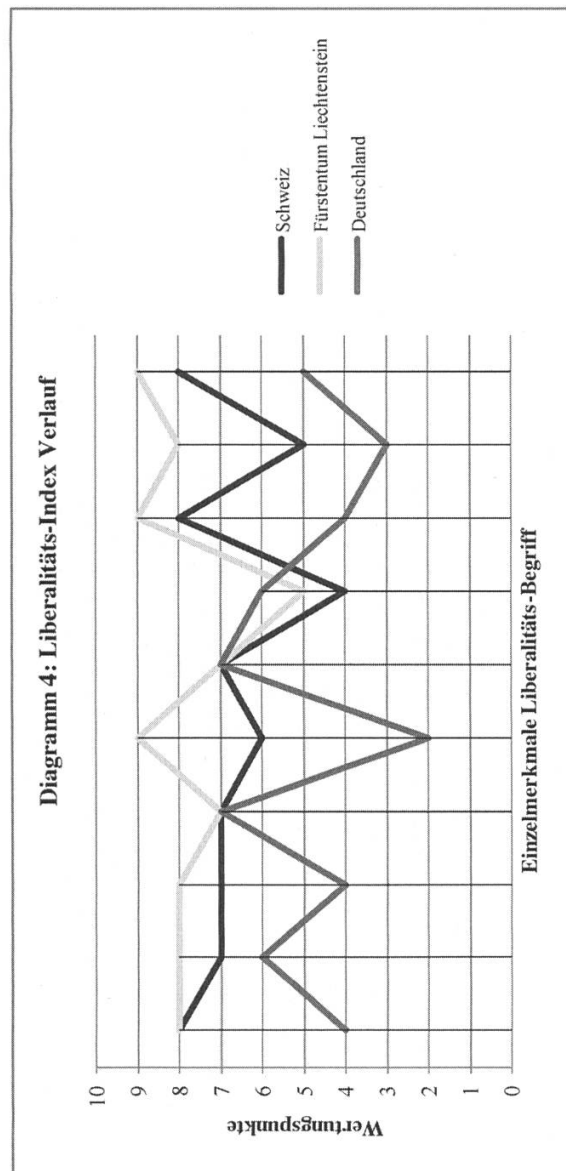
### 3. Liberalitäts-Index

Das gleiche Spiel lässt sich im Hinblick auf die Freiheitlichkeit einer Stiftungsrechtsordnung durchführen, um zu einem Liberalitäts-Index zu gelangen. Hierzu sollen folgende zehn Einzelmerkmale ausgewählt und evaluiert werden:

Errichtungsfreiheit; Zweckfreiheit; Vermögensfreiheit; Organisationsfreiheit; Stifterrechte; Ermessen der Leitungsorgane; Freiheit bei Revision und Rechnungslegung; steuerliche Liberalität; Vertraulichkeit; stiftungsfreundliches Allgemeinklima.



Wie in Diagramm 3 dargestellt, würde dies nach der griffweisen Beurteilung des Verfassers für die Schweiz zu einem Liberalitäts-Index von 8, 7, 7, 7, 6, 7, 4, 8, 5, 8 = 6,7 führen, für das Fürstentum Liechtenstein zu einem Index von 8, 8, 8, 7, 9, 7, 5, 9, 8, 9 = 7,8 und für Deutschland zu einem Index von 4, 6, 4, 7, 2, 7, 6, 4, 3, 5, = 4,8. Wiederum lässt sich somit die qualitative Liberalitäts-Höhe dieser drei Stiftungsrechtsordnungen vergleichend darstellen (vgl. auch Diagramm 4).



#### 4. Relation der Indizes

Die hier gewonnenen Zahlen mögen als Spielerei für kalte Winterabende erscheinen und müssen sicherlich verfeinert werden. Doch bereits durch diese kurze und überblicksmässige Übung ist folgende gewichtige und folgenschwere

Erkenntnis zu Tage getreten: Es ist ein (verbreiteter) Irrglaube, anzunehmen, dass eine Rechtsordnung *entweder* von Freiheitlichkeit *oder* von Governance geprägt ist. Freiheitlichkeit und Governance schliessen sich also nicht aus, vielmehr kann eine Rechtsordnung – wie im vorliegenden Beispiel die Schweiz und Liechtenstein vor Deutschland – durchaus in *beiden* Kategorien vorne liegen. Die verschiedenen Kategorien verhalten sich somit keineswegs indirekt proportional zueinander. Aus diesem Grund sollte es das Anliegen eines Standortes sein, möglichst auf verschiedenen Ebenen zu punkten. Hierzu gilt es, die eigene Rechtsordnung weiterzuentwickeln, wozu (etwa im Rahmen eines Reformverfahrens wie der Motion Luginbühl) moderne Erkenntnisse aufgegriffen, daraus die richtigen Fragen entwickelt und schliesslich sachkundige Abwägungen getroffen werden müssen.

Hierum soll es auch im Folgenden gehen: Die richtigen Fragen zu diskutieren und möglichst nachvollziehbare Abwägungen zu treffen.

## **D. Einzelfragen: Alte und neue Schaltstellen des Schweizer Stiftungsrechts**

Auf der Grundlage des bis hierhin bereiteten Bodens sollen nun Einzelfragen erörtert werden, die für das Schweizer Stiftungsrecht wichtige Schaltstellen bilden oder bilden könnten. Es soll hier kein in sich geschlossener, dogmatischer Gesamtabriss des Stiftungsrechts geboten werden, sondern es werden bewusst solche Problemkreise herausgehoben, die das Stiftungsrecht entweder seit langem prägen oder in Zukunft verändern können. Die nachfolgende Darstellung orientiert sich an den Merkmalen des Stiftungsbegriffs und versucht, die oben dargestellten «Begriffselemente» inhaltlich wie wertungsmässig einzubeziehen.

### **I. Stiftungszweck**

#### *1. Zweckneutralität – Privatnützigkeit – Gemeinnützigkeit*

Blickt man auf den Stiftungszweck, sei zentral das Basismerkmal des Schweizer Rechts in Erinnerung gerufen: Die Schweizer Stiftung ist ein *zweckneutrales* Rechtsinstitut, kann also zu allen (nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstossenden) privatnützigen und gemeinnützigen Zwecken gegründet werden. Allein: In einem grossen Wahrnehmungsbereich des Schweizer Stiftungssektors wird dieses elementare Merkmal weitgehend verkannt und die «klassische Stiftung» mit der «gemeinnützigen Stiftung» gleichgesetzt. Studien, Berichte und Stellungnahmen von Schweizer Stiftungsprotagonisten gehen allzu häufig davon aus, dass mit «Stiftungen» lediglich gemeinnützige Organisationen erfasst wären und etwaige Forderungen, die an die Rechtsform

und ihr Umfeld zu stellen sind, lediglich diese betreffen.<sup>347</sup> Jedoch ist an dieser Stelle das oben bereits dargelegte dogmatische Fundament des Stiftungsrechts des ZGB zu wiederholen: Das ZGB kennt die *klassische* Stiftung, welche zweckneutral ist und daher gemeinnützige *und* privatnützige Zwecke verfolgen kann. Und es kennt gesetzliche Sonderformen. Hierzu zählt das Gesetz die Familienstiftungen (Art. 87 ZGB), die nur und ausschliesslich zu den in Art. 335 ZGB genannten Zwecken errichtet werden dürfen und dafür in Bezug auf Eintragung, Aufsicht und Revision eine andere Behandlung erfahren als klassische Stiftungen; gemischte Stiftungen werden hierbei als klassische Stiftungen angesehen.<sup>348</sup> Ausserdem zählen zu den Sonderformen die kirchlichen Stiftungen (Art. 87 ZGB) und die Personalvorsorgestiftungen (Art. 89a ZGB). Freilich ist die grosse Mehrzahl der erstgenannten *klassischen* Stiftungen «gemeinwohlorientiert» tätig und wird im Volksmund als «gemeinnützig» bezeichnet. Und diese (so verstandenen) «gemeinnützigen Stiftungen» dürften auch den Haupttypus der Schweizerischen Stiftungslandschaft ausmachen. Zu betonen ist jedoch, dass das Stiftungszivilrecht des ZGB den Begriff der «Gemeinnützigkeit» nicht kennt.<sup>349</sup> Dieser stammt aus dem Steuerrecht, liegt dem DBG,<sup>350</sup> dem StHG<sup>351</sup> und dem Kreisschreiben Nr. 12<sup>352</sup> zugrunde und entscheidet, ob Stiftungen (oder andere juristische Personen) steuerliche Privilegien geniessen sollen. Weitaus nicht jede klassische Stiftung, auch nicht jede gemeinwohlorientierte, ist jedoch im Stande, diese steuerlichen Kriterien (dauerhaft) zu erfüllen und daher eine «gemeinnützige Stiftung» *im Rechtssinne* zu sein. Soll also eine Modifikation des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts vorgenom-

347 Vgl. etwa die Forderungen und Diskussionen rund um die Motion Luginbühl, oder die Forderungen nach einem Stiftungsregister, wie sie SwissFoundations im Positionspapier «Kernanliegen von SwissFoundations bezüglich den Berichten zur Überprüfung der Stiftungsaufsicht und zur Motion Luginbühl» (Fn. 294) erhebt.

348 BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 87 ZGB Rn. 3; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 87 ZGB Rn. 3.

349 Lediglich der neue Art. 86a ZGB nimmt in seinem Abs. 2 den steuerlichen Gemeinnützigkeitsbegriff des DBG in Bezug: «Verfolgt die Stiftung einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck nach Artikel 56 Buchstabe g des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, so muss der geänderte Zweck ebenfalls öffentlich oder gemeinnützig sein.»

350 Vgl. Art. 56 lit. g DBG: «Von der Steuerpflicht sind befreit: (...) juristische Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, für den Gewinn, der ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet ist. Unternehmerische Zwecke sind grundsätzlich nicht gemeinnützig. Der Erwerb und die Verwaltung von wesentlichen Kapitalbeteiligungen an Unternehmen gelten als gemeinnützig, wenn das Interesse an der Unternehmenserhaltung dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet ist und keine geschäftsleitenden Tätigkeiten ausgeübt werden; (...).»

351 Vgl. Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG: «Von der Steuerpflicht sind nur befreit: (...) die juristischen Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, für den Gewinn und das Kapital, die ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet sind. Unternehmerische Zwecke sind grundsätzlich nicht gemeinnützig. Der Erwerb und die Verwaltung von wesentlichen Kapitalbeteiligungen an Unternehmen gelten als gemeinnützig, wenn das Interesse an der Unternehmenserhaltung dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet ist und keine geschäftsleitenden Tätigkeiten ausgeübt werden; (...).»

352 Kreisschreiben Nr. 12 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. Juli 1994 (Fn. 74).



men werden, betrifft dies gezielt und ausschliesslich «gemeinnützige» Stiftungen; wird hingegen das Stiftungsrecht des ZGB oder das Aufsichtsrecht verändert oder werden neue Institute allgemein für «Stiftungen» (wie etwa ein Stiftungsregister) gefordert, sind *alle* bzw. zumindest *alle klassischen* Stiftungen des ZGB (und hierbei eben auch privatnützige Stiftungen wie etwa reine Unternehmensstiftungen) tangiert. Diese dogmatisch eigentlich klare Unterscheidung wird indes weder in der öffentlichen Diskussion noch in der Rechtssetzung ausreichend verinnerlicht, was zu Missverständnissen und Verzerrungen führen kann.

Allerdings: Es erschiene «stiftungsrechtstechnisch» durchaus denkbar, die heutige rechtstechnische Verbindung gemeinnütziger und privatnütziger Stiftungen *de lege ferenda* zu entflechten.<sup>353</sup> Anschauung hierfür bietet etwa das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, wo seit der Totalrevision zum Jahre 2009<sup>354</sup> auch zivilrechtlich und strukturell nach *privatnützigen* und *gemeinnützigen* Stiftungen unterschieden und hierdurch auch die Anwendbarkeit von Rechtsbestimmungen kanalisiert wird. Die Gemeinnützigkeit wurde dort in einem vor die Klammer gezogenen allgemeinen Tatbestand des Gesellschaftsrechts neu definiert (Art. 107 Abs. 4a PGR).<sup>355</sup> (Überwiegend) gemeinnützige Stiftungen bedürfen einer Eintragung ins Handelsregister (früher: Öffentlichkeitsregister), unterstehen der Aufsicht einer neuen Stiftungsaufsichtsbehörde und müssen grundsätzlich eine Revisionsstelle einrichten. (Überwiegend) privatnützige Stiftungen entstehen durch Stiftungserklärung, müssen in Form einer Gründungsanzeige (unter Angabe klar geregelter Informationen, allerdings ohne Nennung von Stifter und Begünstigten) hinterlegt werden und sind grundsätzlich aufsichtsfrei; die Aufsichtsbehörde hat aber das Recht, die Angaben auch hinterlegter Stiftungen stichprobenartig zu kontrollieren. Im Wege einer neu konzipierten «Foundation Governance»<sup>356</sup> werden privatnützige Stiftungen vor allem durch die Begünstigten kontrolliert, wozu ein neues System institutioneller Kontrollrechte verschiedener Personen geschaffen wurde. Daneben besteht eine flächendeckende Antragsmöglichkeit bei Gericht.<sup>357</sup> Auch das Steuerrecht und die Steuerbefreiung einer Stiftung richten sich nun nach diesem

353 Für eine binäre Klassifizierung im Grundsatz ebenfalls VEZ, ZBJV 2007 (Fn. 148), S. 229 ff.

354 Siehe hierzu JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 9 ff.

355 Art. 107 Abs. 4a PGR: «Wo das Gesetz von gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken spricht, sind darunter solche Zwecke zu verstehen, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird. Eine Förderung der Allgemeinheit liegt insbesondere vor, wenn die Tätigkeit dem Gemeinwohl auf karitativem, religiösem, humanitärem, wissenschaftlichem, kulturellem, sittlichem, sozialem, sportlichem oder ökologischem Gebiet nützt, auch wenn durch die Tätigkeit nur ein bestimmter Personenkreis gefördert wird.»

356 Siehe hierzu JAKOB, LJZ 2008 (Fn. 159), S. 83 ff.

357 Insgesamt ist das neue Recht als Versuch zu verstehen, die auf Privatautonomie und Vertraulichkeit ausgerichteten Traditionen des liechtensteinischen Rechts zu wahren, aber dennoch die modernen Ansprüche an Systematik und Transparenz zu erfüllen. Siehe zu all den hier nur kurz angerissenen Aspekten ausführlich JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112).

zivilrechtlichen und damit einheitlichen Gemeinnützigkeitsbegriff, den eine «steuerlich gemeinnützige» Stiftung allerdings ausschliesslich und unwiderruflich erfüllen muss.<sup>358</sup>

Dieser Weg, den das neue liechtensteinische Recht geht, erschiene in seiner Richtung auch für die Schweiz dogmatisch interessant. Man könnte die Stiftung als ein einheitliches Rechtsinstitut behalten und dennoch den unterschiedlichen Stiftungs- und Zweckformen im Hinblick etwa auf Errichtung und Governance durch Abstufungen in den Anforderungen Rechnung tragen (ähnlich wie es das bestehende ZGB mit Art. 87 ZGB tut, aber mit einer anderen Trennlinie und unterschiedlichen Folgen). Gleichzeitig könnte die «gefühlsmässige» Unterscheidung in gemeinnützige und privatnützige Zwecke auch zivilrechtlich abgebildet und Zivilrecht und Steuerrecht könnten wertungsmässig aufeinander abgestimmt werden. Schliesslich könnten transparentere Gestaltungsmöglichkeiten für Stifter geschaffen werden, wenn nicht nur zwischen der klassischen Stiftung und engen Sonderformen gewählt, sondern innerhalb des einen Rechtsinstituts gestaltet werden könnte (Stichwort: gemischte Stiftungsmodelle). Freilich: Damit ein solches Vorgehen Sinn machen würde, müsste man zu einer grundlegenden und homogenen Neufassung des gesamten Stiftungsrechts «aus einem Guss» bereit sein. Eine solche steht freilich derzeit weder auf der Agenda, noch soll sie vorliegend entwickelt werden. Von der Hand zu weisen ist der Ansatz aber nicht und kann als Vision durchaus im Hinterkopf behalten werden.

Blickt man auf die derzeitigen Meinungsströme, erschiene möglicherweise der Gedanke realistischer, die klassische Stiftung zu belassen, wie sie ist, jedoch die privatnützige Stiftung abzukoppeln und in einem eigenen Rechtsgefäss weiterzuentwickeln.<sup>359</sup> Dies ist beispielsweise auch in Österreich geschehen, als neben der auf gemeinnützige Zwecke beschränkten Bundesstiftung nach dem BStFG<sup>360</sup> im Jahre 1993 die Privatstiftung nach dem Privatstiftungsgesetz (PSG)<sup>361</sup> ins Leben gerufen wurde, um ein liberales und flexibles Privatstiftungsmodell als Anreiz für stifterische Betätigung in Österreich zu bieten.<sup>362</sup> Die klassische Stiftung würde unter dieser Hypothese zweckneutral bleiben, man könnte sie aber leichter auf ihren Idealtypus der «gemeinnützigen» Stiftung ausrichten. Das spitzt sich zu der Frage des grundsätzlichen Ansatzes zu, der das Schweizer

---

358 Vgl. Art. 4 Abs. 2 Steuergesetz vom 23. September 2010, LGBI. 2010 Nr. 340: «Die Steuerverwaltung nimmt auf Antrag juristische Personen und besondere Vermögenswidmungen ohne Persönlichkeit, die ausschliesslich und unwiderruflich gemeinnützige Zwecke i.S.v. Art. 107 Abs. 4a PGR ohne Erwerbsabsicht verfolgen, von der Steuerpflicht aus. (...)» Vgl. zudem das Merkblatt betreffend die Voraussetzungen für die Befreiung von gemeinnützigen juristischen Personen und besonderen Vermögenswidmungen ohne Rechtspersönlichkeit von den direkten Steuern vom September 2011, abrufbar unter: <http://www.stifa.li/merkblätter>.

359 Siehe dazu noch ausführlich unten E.IV.6.

360 Bundesstiftungs- und Fondsgesetz vom 27. November 1974 (BStFG), ÖstBGBI. 1975, 11.

361 ÖstBGBI. 1993, 694.

362 Siehe ausführlich zur österreichischen Privatstiftung mit weiterführenden Hinweisen JAKOB, in: MÜHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 18; JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 13 ff.

Stiftungswesen der Zukunft prägen soll: Sollte man eher die (klassische/gemeinnützige) Stiftung für (gemischte) private Zwecke tauglich(er) machen oder sollte man ein eigenständiges Rechtsinstitut für privatnützige Zwecke schaffen und dieses für (gemischte) gemeinnützige Zwecke öffnen? Letzteres mag auf den ersten Blick aus Sicht des Gemeinnützigkeitssektors vorzugswürdig erscheinen, weil dann die klassische Stiftung unverändert bestehen bliebe; doch könnte ein neues Institut der klassischen Stiftung auch den Rang ablaufen und zu einer Situation wie in Österreich führen, wo heutzutage auch gemeinnützige Stiftungsanliegen fast ausschliesslich in Form der moderneren und flexibleren Privatstiftung verwirklicht werden und die klassische Stiftung kaum mehr existiert.

Es sollte illustriert werden, dass sich hinter der Frage, ob die derzeitige Zweckneutralität beizubehalten oder ob stiftungsrechtlich klarer zwischen privatnützigen und gemeinnützigen Stiftungen zu differenzieren ist, entscheidende Weichenstellungen verbergen können. Aus Sicht des Verfassers ist in rein rechtlicher Hinsicht kein dringender Handlungsbedarf geboten. Die Zweckneutralität steht im Einklang mit der Freiheitlichkeit des Stiftungsbegriffs; auch eine abgestufte Governance lässt sich nach derzeitigem Modell grundsätzlich verwirklichen und ist (in Bezug auf Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen) im Gesetz angelegt. Mit Deutlichkeit ist jedoch anzumehmen, dass die unterschiedlichen Stiftungstypen, die sich hinter der klassischen Stiftung und im ZGB insgesamt verbergen können, respektiert und bei der Weiterentwicklung des Stiftungsrechts sauber auseinandergehalten werden. Das betrifft, um nur ein Beispiel zu nennen, die neuen Forderungen nach einem Register für Stiftungen.<sup>363</sup> Der Frage, ob in Bezug auf die Sonderform der Familienstiftung ein separater Handlungsbedarf besteht und gegebenenfalls eine vom klassischen Stiftungsrecht zu trennende neue Rechtsform erschaffen werden sollte, wird hingegen unten nochmals nachgegangen.<sup>364</sup>

## 2. *Selbstzweckstiftung – Unternehmensstiftung – Doppelstiftung*

### a. *Der Begriff der Selbstzweckstiftung*

Das Phänomen der «Selbstzweckstiftung» wurde in der Schweiz lange vernachlässigt. Hierbei handelt es sich um eine Stiftung, deren Zweck nur die Erhaltung des eigenen Vermögens und somit die Fortführung ihrer selbst ist. Insbesondere soll also das Stiftungsvermögen nur bewahrt und vermehrt, aber nicht dazu eingesetzt werden, um Zwecke zu verfolgen, die jenseits der Stiftungsexistenz liegen (etwa: Förderung der Kultur, Unterstützung einer Familie o.ä.). Nach allgemeiner Auffassung ist eine solche «reine» Selbstzweckstiftung unzulässig;<sup>365</sup>

363 Siehe oben A.I.2.

364 Siehe dazu unten E.IV.6.

365 Vgl. JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 52 m.w.N.; BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 80 ZGB Rn. 17. Aus deutscher Sicht MüKo-REUTER (Fn. 106), Vor §§ 80–88 BGB Rn. 52;

dieser Auffassung ist schon deswegen beizupflichten, weil es nach Art. 80 ZGB «zur Errichtung einer Stiftung (...) der Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck» bedarf; der Stiftungszweck muss also ein nach *aussen* gerichteter und damit ausserhalb des Stiftungsvermögens liegender sein, das Stiftungsvermögen darf nicht nur sich selbst dienen.

*b. Die Unternehmensselbstzweckstiftung*

*aa. Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Zwecke*

Die Problematik der Selbstzweckstiftung mutet bisweilen rein akademisch an; grosse praktische Relevanz kann sie aber bei Unternehmensstiftungen erlangen, und zwar bei «Unternehmensselbstzweckstiftungen», deren Zweck sich einzig in der Erhaltung eines von der Stiftung gehaltenen Unternehmens als Stiftungsvermögen erschöpft. Während etwa in Deutschland in diesem Bereich seit Jahrzehnten vehement um die Zulässigkeit von (verdeckten) Selbstzweckstiftungen gerungen wird,<sup>366</sup> war die Diskussion in der Schweiz lange durch den Streit um die Zulässigkeit der *wirtschaftlich* tätigen Stiftung überlagert: Denn hierzulande wurde vorrangig diskutiert, ob (insbesondere Unternehmens-)Stiftungen neben ideellen auch wirtschaftliche Zwecke verfolgen, also ein wirtschaftlich orientiertes Unternehmen halten oder betreiben dürfen. Insbesondere RIEMER hatte sich gegen die Zulässigkeit solcher Stiftungen gewandt,<sup>367</sup> weil rein wirtschaftlich geprägte Stiftungen keine staatliche Stiftungsaufsicht rechtfertigten und sich als «Fluchtburgen» instrumentalisieren liessen, um zwingende Normen anderer juristischer Personen zu umgehen. Anderen Stimmen in der Literatur folgend<sup>368</sup> hat indes das BGer in seiner Grundsatzentscheidung vom 18. Mai 2001<sup>369</sup> die Unternehmensstiftung mit wirtschaftlichem (Teil-)Zweck ausdrücklich zugelassen und den (Teil-)Zweck «Erhaltung und Förderung eines Konzerns als Familienunternehmen» für zulässig erklärt.<sup>370</sup> Doch in den Randbereichen dieser Problematik sind Zweifelsfragen offen geblieben. Und in der Tat hat das BGer die Abgrenzung zur (weiterhin wohl grundsätzlich unzulässigen) Selbstzweckstiftung weder angesprochen noch geklärt.<sup>371</sup>

Blickt man auf die Rechtswirklichkeit, ist zu konstatieren, dass in der Schweiz zahlreiche Stiftungen existieren, deren Zweck auch oder wohl sogar nur die Erhaltung (und gegebenenfalls Weiterentwicklung) eines Unternehmens bil-

---

SCHWAKE, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 79 Rn. 35 ff.; BURGARD (Fn. 310), S. 147 ff.; a.A. etwa BEUTHIEN, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 77 Rn. 30 m.w.N.

366 Siehe zum Streitstand JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 52 ff. m.w.N.; STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 150 ff.

367 Siehe dazu etwa RIEMER, Personenrecht (Fn. 128), Rn. 762 und BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 403 ff.

368 Statt vieler BSK-GRÜNINGER, Art. 80 ZGB Rn. 19 (Fn. 130) m.w.N.

369 BGE 127 III 337, E. 2c f.

370 Vgl. JAKOB, RIW 2005 (Fn. 9), S. 678.

371 Vgl. BGE 127 III 337, E. 2c; dazu EITEL, in: FS Riemer (Fn. 66), S. 79 ff.

det.<sup>372</sup> Und tatsächlich spricht die traditionelle Freiheitlichkeit des Schweizer Rechts dafür, Gestaltungen, die nicht verboten sind, zuzulassen. Auch das BGer hatte in BGE 127 III 337, E. 2c konstatiert – wenngleich eben nur auf den Zweckinhalt bezogen –, dass die Rechtsgeschäftsfreiheit allgemein und die Stiftungsfreiheit im Besonderen eine Beschränkung auf ideale Zwecke nicht zulassen.

Und doch ist es auch hierzulande als Teil des Stiftungsbegriffs anzusehen, dass Zweck und Vermögen nicht «in einem» zusammenfallen dürfen. Ferner wird, wie oben erläutert, die Stiftungsfreiheit durch die Konturen des Stiftungsbegriffs begrenzt. An dieser Stelle soll nicht den bestehenden Unternehmensstiftungen die Existenzgrundlage entzogen werden und man kann diese in der Praxis gewachsenen, traditionellen Gebilde durchaus als *fait accompli* tolerieren. Zudem ist es eben auch Zeichen des Normativsystems (im Gegensatz etwa zum deutschen Konzessionssystem), dass die Aufsichtsbehörde nicht über die «Zulässigkeit» einer Gestaltung entscheidet, sondern – falls der Registerbeamte keine Einwände gegen die Eintragung hat – allenfalls nachträglich durch Aufsichtsmassnahmen einwirken kann, was eine gewisse Zurückhaltung gegenüber bestehenden Strukturen nahelegt. Dennoch sollte die Praxis ein Bewusstsein für die Problematik entwickeln und dieses Credo zumindest in Zukunft respektieren. Gestalterisch kann dem Problem relativ einfach begegnet werden, etwa dadurch, dass neben dem Unternehmenserhalt ein *eigenständiger und realer Zweck* verankert und verfolgt wird.<sup>373</sup> Dieser Ansatz soll im Folgenden kurz dogmatisch entwickelt werden.

#### bb. Eigenständiger und realer (Neben-)Zweck

Als Ausgangspunkt ist zu konstatieren, dass nach dem von der Stifterfreiheit getragenen Konzept der zweckneutralen Stiftung unternehmensverbundene Stiftungen im Grundsatz zulässig sind,<sup>374</sup> dieses Prinzip allerdings am Verbot der reinen Selbstzweckstiftung rückzumessen ist. Richtig ist dabei, dass eine «verdeckte» Selbstzweckstiftung nicht anders zu behandeln ist als eine offene.<sup>375</sup> Indes: Eine solche verdeckte Selbstzweckstiftung ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn jenseits der reinen Unternehmenserhaltung ein realer und eigenständiger, ausserhalb des Unternehmens liegender Zweck gesetzt und verfolgt wird. Denn die Stiftung soll dann jedenfalls *auch* fremdnützige Zwecke erfüllen, so dass nicht von einer (offenen oder verdeckten) Selbstzweckstiftung gesprochen werden kann, selbst wenn daneben oder auch im Vorrang die Unter-

372 GRÜNINGER, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Fn. 140), S. 19 ff., insbesondere S. 31 ff.

373 Vgl. auch EITEL, in: FS Riemer (Fn. 66), S. 79 ff., der über das Halten des Unternehmens als Mittel zum (idealen) Zweck der Stiftung diskutiert.

374 Vgl. BGE 127 III 337 ff.; GRÜNINGER, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Fn. 140), S. 19 ff., insbesondere S. 31 ff.

375 Vgl. zum deutschen Recht STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 150 ff., insbesondere Rn. 155 ff.



nehmenserhaltung angestrebt wird. Es kann folglich in einem solchen Falle auch nicht relevant sein, ob das Unternehmen als Zweckverwirklichungsbetrieb eingesetzt wird oder ob es lediglich als «Dotationsquelle»<sup>376</sup> mittels seiner Erträge die anderweitige Zweckverwirklichung durch die Stiftung ermöglicht.<sup>377</sup>

*Eigenständig* ist der Zweck vor allem dann, wenn er sich nicht in der Unternehmenserhaltung als solcher erschöpft. Dabei kommen neben Zwecken, die vom Unternehmen völlig losgelöst sind, auch solche in Betracht, die *mittels des Unternehmens* erreicht werden; so kann das Unternehmen beispielsweise als Zweckverwirklichungsbetrieb<sup>378</sup> gezielt bisherige Langzeitarbeitslose beschäftigen oder eine kulturelle Einrichtung betreiben. Oder die Unternehmenserhaltung wird mit einem höheren Ziel, auch aus dem Bereich des Unternehmensgegenstandes verknüpft und deswegen bezweckt, *um durch* den Unternehmenserhalt den Zweck zu fördern (etwa: ein Unternehmen im Bereich regenerativer Energien soll dauerhaft erhalten werden, um den Gebrauch und die Weiterentwicklung regenerativer Energien zu fördern). Der mittels des Unternehmens zu verwirklichende Zweck muss allerdings als eigenständiger in den Statuten verankert sein.<sup>379</sup> Konsequenzen der Unternehmenserhaltung, die – wie etwa die Beschäftigung von Arbeitnehmern oder Investitionen in Betriebsmittel – zwar wünschenswert sein mögen, sich aber lediglich als *Reflexe* der Unternehmensführung darstellen und von der Stiftung nicht als Zwecke um ihrer selbst willen zu verfolgen sind, erfüllen das Kriterium der Eigenständigkeit nicht. Neben diesem «absoluten» Erfordernis darf der Zweck, um eigenständig zu sein, aber auch «relativ» gegenüber der Unternehmenserhaltung nicht völlig untergeordnet sein.<sup>380</sup> Neben der blossen Umschreibung des Zwecks in der Stiftungsurkunde ist es hierfür auch erheblich, ob die Stiftung im Übrigen (also etwa nach ihrer finanziellen Ausstattung) eine Ausgestaltung erfährt, welche dem ausserhalb des Unternehmenserhalts liegenden Zweck ein entsprechendes Gewicht einräumt.<sup>381</sup>

376 Zu diesem Begriff auch STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 137 f.

377 Zur Sicherheit sei betont, dass sich die nachfolgenden Kriterien nur auf die *zivilrechtliche* Zulässigkeit von Unternehmensstiftungen beziehen; ob und wann ein im Unternehmenszusammenhang stehender Zweck ausreicht, um der Stiftung die *steuerrechtliche* Gemeinnützigkeit zu sichern, richtet sich nach einer eigenständigen steuerrechtlichen Beurteilung.

378 Zu diesem Begriff auch HÜTTEMANN, ZHR 2003 (Fn. 169), S. 35 ff., S. 62; MATTHIAS UHL, Die Überführung eines Stiftungszweckbetriebs in eine «Zweckholding», in: Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012, S. 359, S. 360.

379 Ebenso STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 157.

380 Stichwort: Erhaltung *einer* öffentlichen Parkbank. Ähnlich HÜTTEMANN, ZHR 2003 (Fn. 169), S. 62.

381 Hierfür kann es freilich nicht allein auf eine bestimmte prozentuale Zuordnung der (ausgeschützten) Unternehmensgewinne ankommen; vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, für die insbesondere auch die Zweck-Mittel-Relation zwischen Stiftungszweck und Stiftungsvermögen von Bedeutung ist.

*Real* ist ein Zweck dann, wenn er nicht nur vorgeschoben, sondern tatsächlich verfolgt werden soll. Neben der blossen Nennung des Zwecks in der Stiftungsurkunde ist es auch hier wieder erheblich, ob die Stiftung eine Ausgestaltung erfährt, welche die Realisierung des Zweckes ermöglicht.

Ist also die Erhaltung eines Unternehmens durch eine Stiftung insoweit vereinbar mit dem Stiftungsbegriff und wird der Stiftung ein realer und eigenständiger Zweck neben der Unternehmenserhaltung gesetzt, so scheint auch nichts mehr dagegen zu sprechen, die Unternehmenserhaltung direkt und ausdrücklich als (Haupt- oder Neben-)Zweck einer Unternehmensstiftung vorzusehen. Ebenso wenig, wie ein verdeckender Zweck der Selbstzweckstiftung hilft, muss ein Verdecken des Unternehmenszwecks gefordert werden, wenn er in eine zulässige Gesamtkonstruktion eingebunden ist. Denn eine Kombination von Zwecken, auch mit unterschiedlicher Priorisierung, ist als solche stiftungsrechtlich möglich. Es ist dann Aufgabe des Stiftungsrates, die verschiedenen Zwecke unter Beachtung der Vorgaben des Stifters in die jeweils bestmögliche Konkordanz zu bringen und gegebenenfalls ein «Abdriften» in eine Selbstzweckstiftung zu vermeiden (was mit den stiftungsrechtlichen Aufsichts- und Korrekturmechanismen zu kontrollieren ist). Für die Praxis können einer solchen Integration der Unternehmenserhaltung in den Stiftungszweck freilich steuerliche Gründe entgegenstehen, wenn die Stiftung die Anerkennung als «gemeinnützig» erhalten soll; dann wird vielmehr eine Integration des Unternehmens als reine *Vermögensbasis* sowie gegebenenfalls (zugleich) als Zweckverfolgungsbetrieb zur Erreichung eines jenseits der Unternehmenserhaltung liegenden (gemeinnützigen) Stiftungszwecks angezeigt sein. Auf diese, im Kreisschreiben Nr. 12 angesprochene,<sup>382</sup> gemeinnützigkeitsrechtliche Problematik soll an dieser Stelle freilich nur verwiesen werden. Auch eine funktionale Trennung der Handlungspersonen von Stiftung und Unternehmen sollte möglichst vorgesehen werden.

Es ist zu wiederholen, dass die hier entwickelten Kriterien «Altstiftungen», die hiervon abweichen, nicht für unzulässig erklären wollen. Allerdings könnte durch eine weitsichtige Handhabung in der Praxis die Thematik insgesamt, auch international, entschärft und aus der Schusslinie genommen werden. Wenn man Gestaltungsziele erreichen und dabei zugleich die internationale «Benchmark» der Stiftungsdogmatik einhalten kann, ist dies der bestmögliche Weg, das eigene Stiftungsrecht zu positionieren.

### c. *Die Doppelstiftung*

In einem ähnlichen praktischen und dogmatischen Umfeld sind sogenannte «Stiftungsdoppelkonstruktionen» angesiedelt. Diese häufig simplifizierend auch als «Doppelstiftungen» bezeichneten Konstrukte führen in der Schweizer

382 Kreisschreiben Nr. 12 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. Juli 1994 (Fn. 74), S. 3 f.

Literatur<sup>383</sup> und (wohl auch) Praxis ein Schattendasein, während sie in anderen Rechtsordnungen vielfach eingesetzt und ebenfalls kontrovers diskutiert werden. Nachdem allerdings auch in der Schweiz Planungskonstellationen bestehen können, die im Einsatzbereich einer Doppelstiftung liegen, sollen hier kurz ihre dogmatischen Grundlagen für den Schweizer Kontext aufbereitet und diskutiert werden.

aa. Begriff und Erscheinungsformen

«Doppelstiftungen» bilden eine Untergruppe der unternehmensverbundenen Stiftungen und sind dort den Beteiligungsträgerstiftungen zuzuordnen, weil zu ihnen mindestens eine Stiftung gehört, deren Vermögen sich ganz oder zum Teil aus *Gesellschaftsanteilen* zusammensetzt. Sie bestehen aus zwei Rechtsträgern (darunter mindestens einer Stiftung), die jeweils Anteile an einer Gesellschaft (Unternehmensträgergesellschaft) halten, welche ihrerseits – mittelbar oder unmittelbar – ein Unternehmen (verbundenes Unternehmen) betreibt. Das Verhältnis dieser Beteiligungen entspricht indes nicht dem Verhältnis der Stimmrechte, welche die beiden Rechtsträger als Gesellschafter der Unternehmensträgergesellschaft innehaben. Vielmehr hält der eine Rechtsträger (Vermögensträger) den Grossteil der Gesellschaftsanteile, mit diesen Gesellschaftsanteilen ist aber kein oder nur ein geringes Stimmrecht verbunden. Der andere Rechtsträger (Entscheidungsträger) hingegen hält nur geringe Anteile an der Unternehmensträgergesellschaft, hat aber die Mehrheit oder die Gesamtheit der Gesellschafterstimmrechte inne.<sup>384</sup> Der Grund für diese «Aufspaltung» der Stimm- und der Vermögensrechte, die auch als «disquotale» Zuordnung bezeichnet wird, ist häufig steuerrechtlicher Natur: Wird der Vermögensträger als gemeinnützige Stiftung ausgestaltet, so ist insbesondere die Übertragung der Gesellschaftsanteile auf ihn steuerbegünstigt; daher soll ihm ein möglichst grosser Anteil an der Unternehmensträgergesellschaft übertragen werden. Für die Gemeinnützigkeit könnte es aber schädlich werden, wenn der Vermögensträger durch die Ausübung von Stimmrechten die Geschicke der Gesellschaft aktiv lenken und damit einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb mit beherrschender «Leitungsmacht» ausüben würde;<sup>385</sup> daher werden die mit dem Gesellschaftsanteil eigentlich verbundenen Stimmrechte «abgespalten» und auf den Entscheidungsträger übertragen.<sup>386</sup> Hinzu kann der Wunsch des Stifters

383 Erwähnung am Rande bei HANS RAINER KÜNZLE, Unternehmensstiftung – quo vadis? Vorschläge zur Weiterentwicklung, ST 2007, S. 369 ff.

384 Siehe deskriptiv zu Stiftungsdoppelkonstruktionen aus deutscher Sicht FRANK SCHUCK, Die Doppelstiftung – Instrument zur Gestaltung der Unternehmensnachfolge, Frankfurt a.M. u.a. 2009, S. 51 ff.; KARLHEINZ MUSCHELER, Stiftungsrecht, Baden-Baden 2005, S. 317 ff.; RICHTER, in: SRHB (Fn. 32), § 12 Rn. 203 ff.

385 Vgl. Kreisschreiben Nr. 12 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. Juli 1994 (Fn. 74), S. 4.

386 Siehe näher zum Ganzen aus deutscher Sicht JÖRG IHLE, Stiftungen als Instrument der Unter-

oder seiner Rechtsnachfolger treten, zwar Gesellschaftsanteile den (gemeinnützigen) Stiftungszwecken des Vermögensträgers zur Verfügung zu stellen, dabei aber mittels einer Kontrolle des Entscheidungsträgers auch die Unternehmensträgergesellschaft (weiterhin) zu lenken.<sup>387</sup>

Die verschiedenen Ausgestaltungen lassen sich im Wesentlichen auf zwei Grundmodelle zurückführen: Besteht die Doppelkonstruktion aus einer gemeinnützigen Stiftung als Vermögensträger und einer privatnützigen Stiftung (insbesondere einer Familienstiftung, gegebenenfalls auch einer ausländischen) als Entscheidungsträger,<sup>388</sup> so lässt sich von einer echten «Doppelstiftung» sprechen. Eine Stiftung als Entscheidungs- oder Vermögensträger kann aber auch mit einem Rechtsträger kombiniert werden, bei dem es sich nicht um eine Stiftung handelt, insbesondere mit einer Personen- oder Kapitalgesellschaft.<sup>389</sup>

#### bb. Zulässigkeit von «Stiftungsdoppelkonstruktionen»

Aus rein gesellschaftsrechtlicher Perspektive soll der Hinweis genügen, dass diese disquotale Verteilung der Stimmrechte (und gegebenenfalls der Gewinne) – ebenso wie eine Vinkulierung von Anteilen der Unternehmensträgergesellschaft – jedenfalls dann grundsätzlich zulässig sein dürfte, wenn es sich bei der Unternehmensträgergesellschaft um eine AG oder eine GmbH handelt.

Aus stiftungsrechtlicher Perspektive sind solche Konstellationen vor allem in der deutschen wissenschaftlichen Literatur kritisch hinterfragt worden.<sup>390</sup> Vor dem Hintergrund des Stiftungsbegriffs besteht Klärungsbedarf im Hinblick auf zwei seiner Merkmale: den Stiftungszweck und das Stiftungsvermögen. Bezüglich des Stiftungszwecks bestehen Bedenken, weil derartige Stiftungen durch ihre enge Beziehung zum verbundenen Unternehmen häufig (auch) auf dessen Führung und Erhaltung ausgerichtet sind, was die Stiftung in den Bereich einer

---

nehmens- und Vermögensnachfolge, RNotZ 2009, S. 621 ff., S. 634 ff. m.w.N.; ferner SCHUCK (Fn. 384), S. 213 ff.

387 Neben die disquotale Zuordnung von Stimmrechten kann eine *disquotale Zuordnung von Gewinnanteilen* treten, nach der die von der Unternehmensträgergesellschaft ausgeschütteten Gewinne auf den Vermögensträger und den Entscheidungsträger nicht entsprechend ihrer jeweiligen Kapitalanteile verteilt werden, sondern nach einem anderen Schlüssel. Ein Vermögensträger würde also beispielsweise nur 30% der ausgeschütteten Gewinnsumme erhalten, obgleich er Inhaber von 90% des Gesellschaftskapitals ist. Eine solche Gestaltung ist typischerweise dadurch motiviert, dass einerseits dem Vermögensträger Kapital für die Verwirklichung seiner Stiftungs- oder Gesellschaftszwecke zufließen soll, andererseits aber das hierfür nicht als notwendig angesehene Kapital dem Entscheidungsträger, dem Stifter, seiner Familie oder sonstigen Adressaten zukommen soll.

388 Zum deutschen Beispiel der Hertie Stiftung MUSCHELER (Fn. 384), S. 342 ff.

389 So etwa in Deutschland die Bertelsmann Stiftung und die Lidl Stiftung, vgl. SCHUCK (Fn. 384), S. 58 f.

390 So vor allem MüKo-REUTER (Fn. 106), Art. 81 BGB Rn. 88 ff.; REUTER (Fn. 224), AcP 2007, S. 1 ff.; STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 150 ff.; PETER RAWERT, Der Einsatz der Stiftung zu stiftungsfremden Zwecken, ZEV 1999, S. 294 ff., alle m.w.N. auf ihre weiteren gleichgelagerten Publikationen.

reinen «Selbstzweckstiftung» bringen kann (siehe oben). Fragen ergeben sich aber auch im Hinblick auf das Stiftungsvermögen, das die dauerhafte Verfolgung des Stiftungszwecks ermöglichen soll und im Wesentlichen in den Anteilen der Unternehmensträgersgesellschaft liegt. Diese Gestaltung ist einer Vermögensträger-Stiftung dann nicht abträglich, wenn das Unternehmen floriert und die Stiftungsdoppelkonstruktion in Eintracht funktioniert. Treten jedoch Situationen auf, in denen aus Sicht der Vermögensträger-Stiftung eine lenkende Einwirkung auf die Verwaltung der eigenen Vermögensbasis oder gar eine Umschichtung dieser Vermögensbasis wünschenswert wäre, so kann die Kopplung an das Unternehmen zum Problem werden, weil der Vermögensträger-Stiftung infolge der disquotalen Stimmrechtszuweisung eine Einflussnahme auf die Unternehmensträgersgesellschaft erschwert ist. Es ist daher nicht offensichtlich, ob die Handlungsfreiheit der Vermögensträger-Stiftung hinreichend gewahrt ist.

Geht man von den Kernparametern des Schweizer Stiftungsrechts aus, kann der Stifter seiner Stiftung im Rahmen der Stifterfreiheit jeden fremdnützigen Zweck zugrunde legen und die Stiftung wirksam errichten, wenn er ihr eine im Hinblick auf die Zweck-Vermögens-Relation ausreichende Vermögensbasis widmet (falls die Stiftung nicht ohnehin mit Verbrauchselementen ausgestattet sein soll<sup>391</sup>). Bezüglich des Stiftungszwecks ist auf die oben entwickelten Linien zur Unternehmensselbstzweckstiftung zu verweisen und zu konstatieren, dass Doppelkonstruktions-Stiftungen jedenfalls dann zulässig sind, wenn sie neben der Unternehmenserhaltung einen eigenständigen und realen Zweck aufweisen; in diesem Fall sind sie nicht als Selbstzweckstiftungen zu qualifizieren.<sup>392</sup>

Im Hinblick auf das Vermögensmerkmal ist davon auszugehen, dass ein Stifter seine Stiftung durchaus an statutarische Vorgaben binden kann. Andererseits muss ihr und ihren Organen aber insoweit ein Raum an Stiftungsautonomie<sup>393</sup> verbleiben, als sie über die Modalitäten ihrer Zweckverfolgung selbst entscheiden können muss und nicht von der Willkür aussenstehender Dritter abhängig sein darf. Verfügt indes die Vermögensträgerstiftung aufgrund disquotaler Ausgestaltung über keinen ausschlaggebenden Stimmanteil, so kann sie die Geschicke der Unternehmensträgersgesellschaft und mithin die Geschicke ihrer Vermögensbasis nicht lenken; insbesondere kann sie möglicherweise nicht darüber entscheiden, welcher Anteil der Unternehmensgewinne ausgeschüttet wird und welchen Anteil an den Ausschüttungen sie erhält.

Freilich gibt ein Stifter auch in vielen anderen Konstellationen kraft seiner Gestaltungsautonomie der Stiftung eine Vermögensgestaltung vor, bei der sie auf die Entwicklung ihrer Vermögensgegenstände wenig Einfluss hat.<sup>394</sup> Ver-

391 Dazu siehe unten D.I.3.c.

392 Auch als reine Funktionsstiftungen sind sie nicht anzusehen; siehe hierzu einerseits MüKo-REUTER (Fn. 106), Art. 81 BGB Rn. 95; andererseits BURGARD (Fn. 310), S. 146, beide m.w.N.

393 Siehe hierzu bereits oben C.I.2.

394 So könnte beispielsweise ein Stifter seiner Stiftung die Förderung erneuerbarer Energien zum Zweck setzen und sie hierfür mit einem Vermögen aus fünf Prozent der Aktien an einem Solar-



mag die Stiftung (nach der vertretbaren *ex ante*-Prognose des Stifters) ihren Zweck auch bei eingeschränktem Verwaltungszugriff auf das Stiftungsvermögen autonom zu erfüllen, weil der erforderliche Mittelzufluss dennoch gesichert erscheint, steht dieser eingeschränkte Verwaltungszugriff einer Zulässigkeit grundsätzlich nicht im Wege. Zwar wird sich nie ganz ausschliessen lassen, dass eine Stiftung nachträglich in eine vermögensmässige Gefährdungslage gerät; auf derartige Krisen ist jedoch *ex post* mit dem stiftungsrechtlichen Instrumentarium zu reagieren – es handelt sich um keine Frage, die der wirksamen Errichtung der Stiftung entgegenstehen sollte.

Allerdings besteht in Stiftungsdoppelkonstruktionen nochmals eine speziellere Situation: Das Zusammenwirken aus Stiftervorgaben und der disquotalen Zuweisung der Gesellschafterrechte kann zu einer insgesamt ausgeprägten Bindung an die Gesellschaftsanteile als Vermögensbasis führen; gleichzeitig hat der Entscheidungsträger typischerweise einen allein- oder zumindest wesentlich mitbeherrschenden Einfluss auf die Unternehmensträgersgesellschaft, so dass es dann an der in Publikumsgesellschaften häufigen wechselseitigen Kontrolle durch mehrere bedeutsame Anteilsinhaber fehlt; bei der Ausübung seines Einflusses ist der Entscheidungsträger in erster Linie an die Zweckvorgaben aus seinen eigenen Stiftungs- oder Gesellschaftsstatuten gebunden, zu denen nicht zwingend die Zwecke und das Wohl der Vermögensträger-Stiftung gehören; und schliesslich mag eine organisatorische Verflechtung des Vermögensträgers und des Entscheidungsträgers, so sie vorgesehen sein sollte, das Zusammenwirken beider Teile fördern, sie mag aber auch eine Beeinflussung des Vermögensträgers i.S.d. Interessen des Entscheidungsträgers ermöglichen. Und so bergen diese Eigenarten immerhin ein Gefährdungspotential für die Stiftungsautonomie in sich. Freilich: Es bestehen gesellschaftsrechtliche Rücksichtnahmepflichten<sup>395</sup> zwischen Vermögen- und Entscheidungsträger (die ja beide Gesellschafter der Unternehmensträgersgesellschaft sind), die diesem Gefährdungspotential entgegenwirken. Darüber hinaus wäre es allerdings eine wichtige Gestaltungsaufgabe, ein möglichst institutionalisiertes Verhältnis der Rück-

---

stromunternehmen ausstatten; eine lenkende Einflussnahme auf dieses Unternehmen und damit auf die eigene Vermögensbasis wird der Stiftung auch in dieser Situation kaum möglich sein. Und auch andere vom Stifter eingesetzte Vermögensarten und -anlagen können im Wert bisweilen stark variieren.

395 Siehe allgemein zu gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten ROLF WATTER/KATJA ROTH PEL-LANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 717 OR Rn. 3 ff.; ROMAN BAUMANN LORANT, Der Stiftungsrat. Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Zürich 2009, S. 309 f. (aus stiftungsrechtlicher Sicht). Siehe aus deutscher Sicht statt vieler STEFAN HABERMEIER, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705–740, 13. Bearbeitung, Berlin 2003, § 705 Rn. 50 ff. m.w.N. Diese Treuepflichten sind im Rahmen einer Stiftungsdoppelkonstruktion freilich noch nicht gerichtlich durchjudiziert. Somit würde es sich hierbei um einen Bereich verdienstvoller Forschung handeln, auf den in Zukunft ein Augenmerk gelegt werden sollte.

sichtnahme und Kooperation zu schaffen, indem insbesondere Rücksichtnahme gegenüber und Kooperation mit der Vermögensträger-Stiftung dem Entscheidungsträger zur Vorgabe gemacht werden. Hierfür kommt eine Verankerung dieser Vorgabe in den Stiftungs- respektive Gesellschaftsstatuten des Entscheidungsträgers in Betracht; denkbar ist aber auch eine Lösung auf der Ebene der Unternehmensträgergesellschaft bzw. durch (aktionärsbindungs-)vertragliche Instrumente. Ein zentrales Element ist hierbei die Gewährleistung der finanziellen Ausstattung des Vermögensträgers. Somit ist insgesamt zu fordern – aber auch ausreichend –, dass die Vermögensträger-Stiftung in finanzieller und funktioneller Hinsicht erkennbar gesichert ist und mithin verbürgt erscheint, dass der Vermögensträger diejenigen Mittel erhält, deren er zur Erfüllung seines Stiftungszweckes bedarf.<sup>396</sup> Aus dieser Sicht zeigt sich auch, dass eine Doppeltiftungskonstruktion ein in sich sinnhaftes, organisches Gefüge sein kann, wenn sie richtig ausgestaltet ist. Ziel sollte es sein, möglichst alle berechtigten Interessen der Beteiligten i.S.e. praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen, so wie es auch allgemein den modernen Ansätzen einer (internen) Corporate bzw. Foundation Governance<sup>397</sup> entspricht.

#### cc. Zwischenergebnis

Jedenfalls wenn vor dem Hintergrund dieses Rücksichtnahme- und Kooperationsverhältnisses zwischen Entscheidungs- und Vermögensträger die Sicherung des Vermögensträgers strukturell etabliert ist, wird letzterer keinen willkürlichen Akten des Entscheidungsträgers ausgeliefert und somit weder eine Verletzung der Stiftungsautonomie noch eine Verdrängung des Stiftungszwecks durch die Unternehmensinteressen i.S.e. verdeckten Selbstzweckstiftung zu befürchten sein gleichzeitig sollte klar geworden sein, dass Stiftungsdoppelkonstruktionen komplexe Gebilde darstellen, über deren Sinnhaftigkeit der Stifter im Rahmen seiner Gestaltungsprioritäten entscheiden muss. Nach geltender Rechtslage können sie jedoch – auch in der Schweiz – in zivilrechtlich<sup>398</sup> zulässiger Weise eingesetzt werden.

---

396 Nicht tiefer eingegangen kann an dieser Stelle auf die Frage der potentiellen Umschichtungsmöglichkeit des Stiftungsvermögens. Hier lässt sich in Kürze feststellen, dass Probleme auftreten, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks und die Vermögensbasis der Stiftung erkennbar gefährdet sind und ein ordnungsgemässes Stiftungsratsverhalten ein Abstossen oder Umschichten des Vermögens erfordern würde. Zwar können in solchen Fällen gesellschaftsrechtliche Lösungen gesucht und häufig auch gefunden werden; dennoch sollte der Stifter für solche Extremsituationen eine Lösung der Bindung von vornherein vorsehen.

397 Siehe hierzu JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 528 ff., S. 535 ff. sowie oben A.III.3.c.

398 Die steuerlichen (insbesondere gemeinnützigkeitsrechtlichen) Fragen müssen freilich im Einzelfall gesondert analysiert werden.

### 3. Zweckverwirklichung – Stiftung auf Zeit – Verbrauchsstiftungen

#### a. Zweckerfüllung und Wirkung

In Bezug auf den Stiftungszweck gibt es ein weiteres «Begriffselement», das den modernen Ansatz einer Zweckverfolgung und -erfüllung prägt, es aus hiesiger Sicht aber nicht in die Gruppe der *rechtlichen* Kriterien des Stiftungsbegriffs schafft: die *Wirkung*. Es ist überraschenderweise ein relativ neues Gedankengut, den Stiftungszweck in direktem Zusammenhang mit der «Zweckverwirklichung» zu sehen und letztere schliesslich an ihrer Wirkung rückzumessen.<sup>399</sup> Sind Wirkung, ihre Messung und ihre Erhöhung auch keine rechtlichen Elemente, stellen sich doch rechtliche Fragen, wenn es um die Umsetzung dieser Ziele geht – dies vor allem dann, wenn neue Wege gesucht werden, die Wirkung der Zweckverwirklichung zu erhöhen.

Mögen Stiftungen auch in ihrer ursprünglichen Konzeption auf Dauerhaftigkeit angelegte Gebilde sein, so können Natur und Zusammenspiel von Zweck, Vermögen und Organisation doch eine gewisse «Endlichkeit» der Stiftung bedingen oder zu einer solchen führen.<sup>400</sup> Oder anders gewendet: Mit einer Stiftung lässt sich ein Zweck zwar grundsätzlich auf Ewigkeit perpetuieren, die Ewigkeit selbst ist aber kein zwingendes Merkmal des Stiftungsbegriffs. Diese Emanzipation vom Ewigkeitsgedanken hat erst in jüngerer Zeit verbreitete Geltung gewonnen. Ist anerkannt, dass eine Stiftung nicht ewig leben muss,<sup>401</sup> ist auch das Stiftungsvermögen in seinem Dauerbestand nicht mehr sakrosankt und es kann hinterfragt werden, ob die Stiftung wirklich ausschliesslich aus den Erträgen eines an sich unantastbaren Grundstockvermögens operieren soll.<sup>402</sup> Aus dieser Erkenntnis lassen sich Konsequenzen

399 Hierzu etwa MICHAEL POLONSKY/STACY LANDRETH GRAU, Assessing the social impact of charitable organizations – four alternative approaches, *International Journal of Nonprofit and Voluntary Sector Marketing*, Volume 16/2011, Issue 2, S. 195 ff.; FRANK WEISE, Venture Philanthropy und Wirkungsmessung: Ein Weg zu mehr Nachhaltigkeit in der Stiftungsarbeit?, *StiftungsBrief* 2011, S. 195 ff.; MARINA CHRISTEN JAKOB, Social Entrepreneurship und soziale Wirkungsmessung, *Wirtschaftsmagazin* 2011 Nr. 13, S. 6 ff.; MARKUS EDLEFSEN, Probleme und Lösungsansätze der Wirkungsmessung, in: MAECENATA Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft an der Humboldt Universität zu Berlin (Hrsg.), *Der Armutsdiskurs im Kontext der Zivilgesellschaft. Drei Studien über Wirkungsmessung und Wahrnehmung als Erfolgsfaktor*, *Opusculum* Nr. 55, Berlin 2012, S. 2 ff. Zur Wirkung von Förderstiftungen allgemein GEORG VON SCHNURBEIN/KARSTEN TIMMER, *Die Förderstiftung, Strategie – Führung – Management*, Basel 2010, S. 297 ff.; HERTIG/VON SCHNURBEIN (Fn. 60), S. 6 ff., S. 27, S. 32 ff.

400 Zur identitätsprägenden und zugleich flexiblen Relation von Zweck, Vermögen und Organisation i.S.e. Stiftungsentwicklung und -realisation siehe bereits JAKOB, *Schutz der Stiftung* (Fn. 55), S. 60 mit Verweis auf RUPERT SCHOLZ/STEFAN LANGER, *Stiftung und Verfassung*, Berlin 1990, S. 16.

401 Siehe hierzu auch ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, *Der Schweizer Stiftungsreport 2012* (Fn. 20), S. 9 f.

402 Vgl. zum stiftungsrechtlichen Grundsatz der Vermögenserhaltung m.w.N. SCHÖNENBERG (Fn. 63), S. 282 f.

auf zwei Ebenen ableiten: Auf der Ebene der Zeit und auf derjenigen des Vermögens.

*b. Stiftung auf Zeit*

Gibt es nicht genug Vermögen, Förderungskapazität oder auch zeitliche Relevanz eines Förderzwecks, könnte es sich anbieten, die Stiftung von Beginn an auf eine bestimmte zeitliche Dauer auszurichten, anstatt die Stiftung zu einem gewissen Zeitpunkt (gegebenenfalls sogar sehenden Auges) in die Ineffektivität abrutschen zu lassen. Eine solche «Stiftung auf Zeit» geht häufig einher mit der Möglichkeit oder sogar der Vorgabe, den Vermögensstock der Stiftung nicht zu erhalten, sondern zu verbrauchen, so dass es sich aus vermögensrechtlicher Perspektive meist zugleich um eine sogenannte Verbrauchsstiftung handelt.<sup>403</sup> Im Unterschied zur Verbrauchsstiftung ist begriffliches Merkmal der Stiftung auf Zeit aber der Umstand, dass ihre Existenz von vornherein auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt wird, und zwar unabhängig von der Entwicklung des Vermögens.<sup>404</sup> Ist nach der statutengemässen Auflösung der Stiftung ein Restvermögen vorhanden, hat dessen Verwendung nach den Vorgaben des Stifters zu erfolgen und ist gegebenenfalls an einen vorbestimmten (im Falle gemeinnütziger Stiftungen ebenfalls gemeinnützigen) Anfallberechtigten auszukehren.

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Sektor erkannt hat, dass nicht für jedes stiftungsartige Anliegen die Errichtung einer eigenen, auf Ewigkeit ausgelegten Stiftung angezeigt ist und alternative Gestaltungen in Betracht gezogen werden müssen. Indes kann nicht *allein* der subjektive Wunsch eines Errichters, einen (gemeinnützigen) Zweck über einen nur begrenzten Zeitraum in der Rechtsform einer rechtsfähigen Stiftung erfüllen zu wollen, für die Zulässigkeit solcher Stiftungen sprechen. Anders als in Deutschland (§ 80 Abs. 2 BGB) ist zwar die «dauerhafte und nachhaltige Sicherung des Stiftungszwecks» nicht im Gesetz kodifiziert; nachdem aber der Zeitablauf in der Schweiz auch nicht zu den Auflösungsgründen des Art. 88 ZGB zählt und eine Stiftung im Zweifel durch Zweckänderung am Leben zu erhalten ist, ist mit der traditionellen Wahrnehmung davon auszugehen, dass die Dauerhaftigkeit im Stiftungsbegriff zumindest angelegt ist. Immerhin sind auch Sukzessivzwecke möglich, die nach Erschöpfung eines primären Zwecks an dessen Stelle treten können. Nicht zuletzt ist der Numerus clausus der Gesellschaftsformen zu beachten, der für kurzfristige, auf Veränderlichkeit angelegte Projekte verschiedene Formen von (Kapital-)Gesellschaften zur Verfügung stellt, so wie auch unselbständige Stiftungsformen nutzbar gemacht werden können. Aus diesem Grund sollte eine «Governance-Ebene» eingezogen werden, die den Stiftungsbegriff wahrt und den Missbrauch der Gesellschaftsformen verhindert.

403 Dazu siehe unten D.I.3.c.

404 Vgl. THOMAS SPRECHER, Die Verbrauchsstiftung und andere Möglichkeiten der Stiftungsgestaltung, Jusletter vom 31. Mai 2010, Rn. 20 f.

Abzuraten scheint von einer starren Grenze, sowohl von einer (zu) kurzen, wie sie Art. 12 Abs. 2 des Entwurfs der *Fundatio Europaea*<sup>405</sup> in Form von *zwei Jahren*<sup>406</sup> enthält,<sup>407</sup> als auch von einer (zu) langen, wie sie aufgrund des «Ehrenamtsstärkungsgesetzes»<sup>408</sup> in Form von *zehn Jahren*<sup>409</sup> neu im deutschen BGB (§ 80 Abs. 2 S. 2) zu finden ist. Auch ist in der Schweiz keine (aufsichtliche) Praxis existent, aus der man eine Mindestdauer von Stiftungen ableiten könnte.<sup>410</sup> Vielmehr dürfte im jeweiligen Einzelfall zu fordern sein, aber auch genügen, dass die Organisation des betreffenden zeitlich begrenzten Projekts gerade in der Rechtsform Stiftung *funktional geboten* erscheint.<sup>411</sup> Dies könnte der Fall sein, weil sich das (gemeinnützige) Projekt trotz zeitlicher Beschränkung am geeignetsten in der Rechtsform Stiftung durchführen lässt (etwa um Zweckbestimmung und Vermögenswidmung für die Lebenszeit der Stiftung gegenüber Innen- und Ausseneinflüssen zu perpetuieren) oder sonst ein logischer Konnex zur Rechtsform Stiftung besteht. Bei dem Erfordernis der «funktionalen Gebotenheit» handelt es sich um einen Wertungsbegriff, der flexible Lösungen zulässt (Stichwort: Freiheitlichkeit) und von der Stiftungsaufsicht, den beschwerdeberechtigten Beteiligten und den Gerichten kontrolliert werden kann (Stichwort: Governance). Nach SPRECHER muss sich «die Kürze der Frist (...) aus dem Zweck ergeben»,<sup>412</sup> was jedenfalls dann auf vergleichbare Ergebnisse hinauslaufen dürfte, wenn der Zweck nicht nur die «Kürze», sondern auch die «Stiftung» (dann eben funktional) begründen muss. Musterbeispiel wäre in beiden Fällen eine Stiftung zum Wiederaufbau eines kulturhistorischen Ensembles.<sup>413</sup> Ist dieser Eingangstest im Einzelfall bestanden, dann kann eine solche Gestaltung *ex ante* vorgenommen und strategisch konzipiert werden; dies ist einem Szenario

405 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), KOM (2012) 35 endgültig (Fn. 254).

406 Art. 12 Abs. 2 E-VO: «Eine FE wird auf unbegrenzte Zeit errichtet oder, wenn dies ausdrücklich in ihrer Satzung festgelegt ist, für eine bestimmte Dauer von mindestens zwei Jahren.»

407 Dazu JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 20.

408 BGBl. 2013, Teil I Nr. 15, S. 556; die einschlägige Neuregelung ist seit 29.3.2013 in Kraft (während die meisten steuerlichen Neuregelungen rückwirkend zum 1. Januar 2013 Geltung erlangen).

409 § 80 Abs. 2 S. 2 i.d.F. des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamts (Fn. 408): «Bei einer Stiftung, die für eine bestimmte Zeit errichtet und deren Vermögen für die Zweckverfolgung verbraucht werden soll (Verbrauchsstiftung), erscheint die dauernde Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert, wenn die Stiftung für einen im Stiftungsgeschäft festgelegten Zeitraum bestehen soll, der mindestens zehn Jahre umfasst.»

410 Vgl. SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 21.

411 Vgl. schon JAKOB, *Schutz der Stiftung* (Fn. 55), S. 58 f.

412 SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 21.

413 Zu noch begrenzteren Projekten, die auf eine «*one shot philanthropy*» hinausliefen, siehe SPRECHER, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 108, der die Gestaltung über eine unselbständige Stiftung vorschlägt.



vorzugswürdig, in welchem eine pro forma auf Ewigkeit angelegt Stiftung ausgezehrt und dann in einem Verfahren nach Art. 88 f. ZGB «abgewürgt» werden müsste. Tieferer Sinn dieser Gedanken und ähnlicher Ansätze ist, durch die Figur der Stiftung auf Zeit grössere *Freiheit* bei grösserer *Wirkung* und besserer *Governance* zu erhalten. Ob dies nachhaltig gelingt, muss die Praxis noch zeigen. Jedenfalls aber ist ersichtlich, dass sich diese Zielbegriffe ergänzen können und nicht ausschliessen.

c. *Verbrauchsstiftung und Umstellung auf Verbrauch*

Auch Verbrauchsstiftungen sind ein in der Schweizer Praxis noch selten anzutreffendes Phänomen, mit welchem sich auch das hiesige Schrifttum bislang wenig beschäftigt hat.<sup>414</sup> Solche Stiftungen verwenden nicht nur die *Erträge* des Stiftungsvermögens, sondern auch das *Grundstockvermögen* bzw. *Stiftungskapital selbst* zur Zweckverfolgung;<sup>415</sup> der Stiftungsrat unterliegt hier, anders als bei traditionellen Stiftungen, keiner Substanzerhaltungspflicht.<sup>416</sup> Unterscheiden lässt sich zwischen Stiftungen, deren Kapital aufgrund einer entsprechenden Vorgabe des Stifters aufgezehrt werden *muss*, und solchen, bei welchen der Verbrauch des Stiftungsvermögens im Ermessen des Stiftungsrates steht.<sup>417</sup>

Hat der Stifter keinerlei Angaben zur Mittelverwendung gemacht, die sich im Hinblick auf ein etwaiges Verbrauchselement auslegen liessen,<sup>418</sup> dürfte der Vermögensstock i.d.R. als grundsätzlich dauerhaft gewidmet anzusehen sein. Unantastbar sollte er jedoch auch dann nicht sein. Vielmehr muss es im pflichtgemässen Ermessen des Stiftungsrates liegen, über den Verbrauch des Vermögens zu befinden, wenn Sondersituationen eine flexible Handhabung im Einzelfall erfordern. Etwa dürfte ein Mitteleinsatz über die Vermögenserträge hinaus dann notwendig sein, wenn ohne An- oder Verbrauch des Grundstockvermögens eine Zweckerreichung (kurz- oder längerfristig) nicht möglich erscheint.<sup>419</sup> Gleichzeitig wird der Stiftungsrat kontrollieren müssen, ob (etwa aufgrund der Entspannung der Finanzlage oder neuer Vermögenseinsatz- und

414 Siehe aber SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 1 ff., auch zu möglichen Formen der Verbrauchsstiftung (a.a.O., Rn. 15 ff.).

415 SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 7. Siehe zu anderweitigen Einsatzmöglichkeiten des Grundstockvermögens jenseits des Verbrauchs unten D.II.

416 Vgl. hierzu SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 5, mit Verweis auf BGE 124 III 99 ff. und die dortigen w.H. Weiterführend zu den vielschichtigen Ebenen des Konzepts der Substanzerhaltung und den damit zusammenhängenden Fragen aus deutscher Sicht RAINER HÜTTEMANN/WOLFGANG SCHÖN, Vermögensverwaltung und Vermögenserhaltung im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht, Köln 2007.

417 SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 9.

418 Zur Auslegung als vorrangiges, das Ermessen des Stiftungsrats leitendes Erkenntnismittel siehe allgemein RIEMER, Vereins- und Stiftungsrecht (Fn. 66), Art. 81 ZGB Rn. 6; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 80 ZGB Rn. 20 ff. Zur Parallelproblematik im Bereich nachhaltiger Investitionen vgl. JAKOB/PICHT, Stiftung & Sponsoring 6/2012 (Fn. 61), S. 28.

419 Vgl. BAUMANN LORANT (Fn. 395), S. 257; SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 11.

Bewirtschaftungsformen<sup>420</sup>) der Vermögensverbrauch wieder gestoppt bzw. sogar rückgängig gemacht werden kann. Über diese ordnungsgemässe Ermessensausübung wiederum hat die Aufsichtsbehörde zu wachen. Ziel der Übung ist die Vermeidung der dauerhaften oder auch nur vorübergehenden Inaktivität der Stiftung (was dem Credo der wirkungsvollen Zweckerfüllung zuwiderlaufen würde), ohne allerdings den Stiftungswillen nachhaltig zu verändern. Auch insoweit gilt, dass eine gewisse *Liberalität* unter gleichzeitiger *Kontrolle* zu einer erhöhten *Wirkung* führen kann.

Vom ermessensgeleiteten *ad hoc*-Gebrauch oder Verbrauch des Grundstockvermögens ist der Weg nicht mehr weit, um über die Möglichkeiten einer *institutionellen* Umstellung einer «Normalstiftung» «auf Verbrauch» nachzudenken. Einen vergleichsweise leicht gangbaren Weg findet derjenige Stiftungsrat vor, dessen Stiftung sich bereits als eine – unter Umständen partielle, aufschiebend bedingte oder sonst optionale – Verbrauchsstiftung erweist, was sich wiederum durch *Auslegung* der Stiftungsdokumente ermitteln lässt.<sup>421</sup> Führt die Auslegung indes zu keinem oder einem gegenteiligen Ergebnis, erscheint es dogmatisch zweifelhaft, auch diese Konstellation dem Ermessen des Stiftungsrats zu überantworten.<sup>422</sup> Zwar ist das Verhältnis von Vermögen und Zweck flexibel und Zweckverwirklichung und Vermögensverwendung müssen von den Stiftungsorganen stets bestmöglich in Einklang gebracht werden.<sup>423</sup> Jedoch dürften die Grenzen des Organermessens überschritten sein, wenn das Stiftungsvermögen einer auf Erhalt ausgerichteten Stiftung institutionell zum Verbrauch geöffnet wird. Denn es handelt sich hierbei um einen Eingriff in die vom Stifter vorgegebene *Zweck-Vermögens-Relation*. Zudem dürfte die Umstellung auf Verbrauch (vorbehaltlich wiederkehrender Zustiftungen) i.d.R. zur Beendigung der Stiftung führen, was jedenfalls dann problematisch ist, wenn der Stifter seine Stiftung grundsätzlich *auf Dauer* errichtet hat. Alles in allem ist zu erkennen, dass die Umstellung auf Verbrauch die *identitätsbestimmenden Grundentscheidungen* der Stiftung tangieren kann, zu denen nicht nur der sachlich-gegenständliche Inhalt des Stiftungszwecks, sondern auch das zeitliche Ausmass seiner Verwirklichung sowie die strategischen Grundlagen der Vermögensverwendung zählen können.<sup>424</sup>

420 Zu alternativen Arten des Einsatzes des Grundstockvermögens siehe unten D.II.

421 Vgl. auch SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, Leitfaden (Fn. 196), Frage 194.

422 So aber offenbar MARCO LANTER, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Zürich 1984, S. 83 (dort m.w.N. in Fn. 225); SPRECHER, Jusletter vom 31. Mai 2010 (Fn. 404), Rn. 11; siehe ausserdem ANDREAS MÜLLER, in: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertrags-Handbuch – Musterverträge für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2010, Nr. 50 Rn. 3.3, der gleichzeitig empfiehlt, das Antasten des Kapitals «ausdrücklich in den Statuten als Stifterwillen festzuhalten».

423 Grundlegend JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 63 ff.; S. 204 ff.; daran anknüpfend im Kontext des Schweizer Rechts UHL, in: Differenzierung als Legitimationsfrage (Fn. 378), S. 359, S. 362.

424 Vgl. RAINER HÜTTEMANN, Der Grundsatz der Vermögensverwaltung im Stiftungsrecht, in: Horst H. Jakobs/Eduard Picker/Jan Wilhelm (Hrsg.), Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag, Berlin 1998, S. 59, S. 86 f.; vgl. ausserdem JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55),

Sind die identitätsbestimmenden Grundentscheidungen dem Organermessen entzogen, kann ihre Veränderung nur über die *gesetzlichen* Öffnungstatbestände führen, mit welchen ein Eingriff in die Stiftungsstruktur ermöglicht wird. Noch keine Einigkeit besteht, ob die institutionelle «Umwandlung» einer Normal- in eine Verbrauchsstiftung die Voraussetzungen von Art. 86 ZGB (Zweckänderung), von Art. 85 ZGB (Organisationsänderung)<sup>425</sup> oder nur von Art. 86b ZGB (unwesentliche Urkundenänderung)<sup>426</sup> erfüllen muss. Nachdem es bei einer reinen «Umstellung auf Verbrauch» nicht um Inhalt, Bedeutung und Wirkung des Zwecks *selbst* geht, sondern um seine effektive Erfüllung und damit die «Wahrung des Stiftungszwecks» durch Umstellung der Vermögensvorgaben, scheint mit Blick auf Tatbestand, Voraussetzungen und Rechtsfolge Art. 85 ZGB ein geeigneter Mittelweg zu sein. Wird indes zugleich der Inhalt des Zwecks tangiert, wird man über Art. 86 ZGB gehen müssen. Hat sich der Stifter ein Zweckänderungsrecht i.S.d. Art. 86a Abs. 1 ZGB vorbehalten, dürfte (ab 2016) die Umstellung *a maiore ad minus* auch innerhalb dieses Rechts vorgenommen werden können.

Hingewiesen werden sollte darauf, dass eine ordnungsgemässe Ermessensausübung durchaus zu dem Ergebnis kommen kann, dass eine Umstellung auf Verbrauch vorgenommen werden *muss*, etwa um eine von dauerhafter Inaktivität bedrohte Stiftung in Krisenzeiten auf Kurs zu halten. Der Stiftungsrat kann also im Einzelfall zum Eingriff in die Stiftungsidentität *verpflichtet* sein.<sup>427</sup> Um Haftungsgefahren vorzubeugen, wird ihm freilich anzuraten sein, bei Zweifeln über die oben angedeuteten Abgrenzungen den Weg über die Aufsichtsbehörde (im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 85 oder 86 ZGB) zu gehen.

#### 4. Zweckänderungen – Drittrechte – Stifterrechte

##### a. Zeitgemässe Zweckverwirklichung versus Trennungsprinzip

Es ist Ausfluss der anstaltlichen Natur der Stiftung, dass die Stifterfreiheit ihre Grenze im Trennungs- und Erstarrungsprinzip findet. Soll der Stifterwille mit der Errichtung der Stiftung erstarrt sein, müssen nachträgliche Änderungen ihres Zwecks und ihrer Struktur die Ausnahme darstellen und an gewisse Voraussetzungen geknüpft sein, deren Beurteilung vom Schweizer Recht in den Art. 85 ff. ZGB jedenfalls grundsätzlich in die Hände der zuständigen Behörden

---

S. 205, wonach sich die identitätsbestimmenden Grundentscheidungen auf den gesamten Stiftungsbegriff und mithin auch das Stiftungsvermögen beziehen (können). Zum Zusammenhang zwischen zeitlicher Begrenzung der Stiftung und Vermögensverbrauch siehe noch STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), § 80 Rn. 17 sowie BAUMANN LORANT (Fn. 395), S. 257 m.w.N.

425 In diese Richtung mit Vorbehalt («wohl») THOMAS SPRECHER, Zweckänderung, Fusion, Aufhebung – Möglichkeiten von Stiftungen in Zeiten der Krise, SJZ 2012, S. 425, S. 427.

426 Dafür offenbar RIEMER, Vereins- und Stiftungsrecht (Fn. 66), Art. 86 Rn. 7.

427 Siehe hierzu bereits JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 206.

gelegt wurden. Diese gewollte Unbeweglichkeit des Stiftungsvermögens kann in Widerspruch treten mit dem Umstand, dass auch ein gewissenhafter Stifter nicht unbegrenzt in die Zukunft blicken kann. Die tatsächlichen Verhältnisse, auf denen die Stiftung aufgebaut wurde, können sich verändern, aber auch Organisationsbestimmungen der Stiftung können eines Tages überholt sein.<sup>428</sup> Aus diesem Grunde ist die nachträgliche Änderung der Organisation der Stiftung nach Art. 85 ZGB ausnahmsweise möglich, wenn sie zur Erhaltung des Vermögens oder zur Wahrung des Stiftungszwecks dringend notwendig ist. Hat der ursprüngliche Zweck im Laufe der Zeit eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist, kann nach Art. 86 ZGB der Stiftungszweck an die veränderten Verhältnisse angepasst werden. Zudem können geringfügige oder unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 86b ZGB vorgenommen werden. Neu ist schliesslich Art. 86a ZGB, der dem *Stifter selbst* unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit gibt, sich Änderungen des Stiftungszweckes in der Stiftungsurkunde vorzubehalten.

Mit Art. 86a ZGB, welcher zum 1. Januar 2006 in Kraft gesetzt wurde, wurde in der Schweiz erstmals ein «Stifterrecht» kodifiziert, mit welchem sich ein Stifter eine nachträgliche Einflussnahme auf die Stiftung vorbehalten kann.<sup>429</sup> Um im Anschluss vertieft über «Stifterrechte» nachdenken zu können, soll zunächst eine kurze Kategorisierung möglicher Einflussrechte von Stiftern vorgenommen werden.

#### *b. Drittrechte versus Stifterrechte*

Es ist in Erinnerung zu rufen,<sup>430</sup> dass nicht alle Möglichkeiten und Rechte, die sich ein Stifter als Ausfluss seiner Stifterfreiheit in den Statuten vorzubehalten vermag, als echte «Stifterrechte» qualifiziert werden können; verschiedene Rechte haben unterschiedliche rechtliche Bedeutung, abweichende Voraussetzungen und divergierende Schicksale. Aus diesem Grund sollte eine Differenzierung der einzelnen Rechte nach folgendem Massstab vorgenommen werden: Geht es um Rechte, die der Stifter auch jedem Dritten einräumen könnte (z.B. Vetorechte, das Fungieren als Stiftungsrat oder etwa als «Kollator» mit Einfluss auf die Auswahl der Begünstigten), handelt es sich nicht um «Stifterrechte» im eigentlichen Sinne, sondern um «Drittrechte», wobei der Stifter im Wege seiner Stifterautonomie sich selbst als einen derartigen Dritten einsetzt und seinen *ursprünglichen* Stifterwillen vollziehen muss.

«Stifterrechte» hingegen sollten nur solche Rechte beschreiben, mit welchen der Stifter auch nach Stiftungserrichtung deswegen Einfluss auf seine Stiftung

428 Vgl. RIEMER, Personenrecht (Fn. 128), Rn. 723.

429 Siehe oben A.III.3.a.bb.

430 Siehe bereits ausführlich JAKOB, in: FS Werner (Fn. 50), S. 106 f.

gewinnen kann, weil er *Stifter* ist; höchstpersönliche Rechte also, die seine strategische Position im Interessenspiel der Stiftungsbeteiligten charakterisieren. Weil dieser Befund mit dem Ausgangsgedanken kollidiert, dass sich ein Stifter mit Stiftungserrichtung von seinem Vermögen trennt und der Stiftung wie ein unabhängiger Dritter gegenübersteht, charakterisieren sich Stifterrechte zudem dadurch, dass sie das Trennungs- und Erstarrungsprinzip lockern bzw. durchbrechen, indem sie dem Stifter eine *nachträgliche* Willensbildung erlauben. Echte Stifterrechte bedürfen daher immer einer besonderen gesetzlichen Grundlage, und als solche sind die Regelungen des Art. 86a ZGB oder etwa des liechtensteinischen Art. 552 § 30 Abs. 1 PGR zu verstehen.<sup>431</sup>

Diese Unterscheidung soll nicht nur der Kategorisierung dienen; vielmehr hat sie Auswirkungen auf die Konsequenzen, welche die Einräumung echter Stifterrechte nach sich ziehen kann. Hier geht es etwa um die Pfändbarkeit der Stifterrechte, das Nichtanlaufen von güter- und erbrechtlichen Fristen (vgl. die Fünfjahresfristen der Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 527 Ziff. 3 ZGB) mangels endgültiger Vermögensentäußerung sowie die mögliche «Transparenz» einer Stiftung in (international-)steuerrechtlicher Hinsicht. Während Drittrechte diesbezüglich in aller Regel keine Auswirkungen zeitigen, sprechen ein freies Zweckänderungsrecht oder ein Widerrufsrecht des Stifters, wie sie in Österreich und Liechtenstein vorbehalten werden können, dafür, dass sich der Stifter *noch nicht endgültig seines Vermögens entäussert* hat. Echte Stifterrechte können also die *wirtschaftliche Zuordnung* des Vermögens beeinflussen. Nachdem Art. 86a ZGB grundsätzlich keine Rückfallmöglichkeit des Vermögens an den Stifter eröffnet, dürften derartige Konsequenzen bei Schweizer Stiftungen weniger virulent sein als beim Einsatz von Stiftungen aus den Privatstiftungsrechtsordnungen. Dennoch müssen die hier genannten Aspekte im Zusammenhang mit echten Stifterrechten mit der Stiftungsgestaltung abgestimmt werden, um Kunstfehler in der Vermögens- und Nachfolgeplanung zu vermeiden; für Einzelheiten muss an dieser Stelle freilich verwiesen werden.<sup>432</sup>

### c. Gegenwart und Zukunft von Art. 86a ZGB

Die derzeitige Systematik des «Stifterrechts» Schweizer Art ist so aufgebaut, dass nach Art. 86a Abs. 1–4 ZGB auf Tatbestandsseite relativ strenge und vor allem starre Kriterien vorliegen müssen (Ablauf von zehn Jahren, Beibehaltung ursprünglicher öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke, Höchstpersönlichkeit, gemeinsame Ausübung bei mehreren Stiftern, Befristung bei juristischen Personen); sind sie jedoch erfüllt, darf auch keine Rückkontrolle der Zweckän-

431 Vgl. zum Ganzen JAKOB, in: FS Werner (Fn. 50), S. 106 f.

432 Siehe etwa JAKOB, in: FS Werner (Fn. 50), S. 109 f., sowie JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 242 ff., zum liechtensteinischen Recht; zu planerischen Aspekten allgemein HANS RAINER KÜNZLE, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011, Einleitung Rn. 26, Rn. 40.



derung oder Ermessensausübung durch die Aufsichtsbehörde erfolgen.<sup>433</sup> Der Wortlaut der Vorschrift war das Ergebnis eines zähen Ringens im Rahmen der Initiative Schiesser und ist als Kompromiss zwischen Gegnern der Öffnung des Schweizer Stiftungsrechts für Stifterrechte und den Befürwortern eines noch liberaleren Ansatzes (etwa i.S.e. Widerrufsrechts) zu sehen.<sup>434</sup>

Der Verfasser hat bereits an anderer Stelle Detailkritik an Art. 86a ZGB geübt.<sup>435</sup> Sieht man die Stiftungserrichtung als Akt und Ergebnis der die Privatautonomie konkretisierenden *Stifterfreiheit* an, so ist eine nachträgliche Änderungsmöglichkeit deren Erstreckung in die Operationsphase der Stiftung. Eine solche Erstreckung kollidiert im Grundsatz mit dem Trennungs- und Erstarungsprinzip und muss sorgfältig mit der allgemeinen Stiftungsdogmatik verwoben werden. Primär ist es nämlich Aufgabe des stiftungsrechtlichen Normbestands, den Schutz der *Stiftung*, nicht des *Stifters* zu bewirken.<sup>436</sup> Und so entsteht ein Spannungsfeld, wenn sich die (aktuellen) Interessen des Stifters nicht mit denen der Stiftung decken. Wenn man aber Stifterrechte für eine moderne und zukunftsfähige Errungenschaft hält, weil sie zum Stiften anregen und einen unternehmerischen Geist auch im Stiftungswesen repräsentieren können,<sup>437</sup> dann muss es das Ziel sein, die Stifterfreiheit zu erhöhen, *ohne* dem Schutz der Stiftung Schaden zuzufügen. Diesen Wertungskonflikt versucht Art. 86a ZGB heute durch starre Grenzen zu lösen. Was aber ist, wenn ein dringendes und nachvollziehbares Bedürfnis des Stifters auf Zweckänderung vorliegt, aber noch keine zehn Jahre verstrichen sind? Oder wenn im Gegenteil der Stifter aus einer aktuellen Laune oder persönlicher Befindlichkeit heraus oder gar aus böswilligen Motiven eine wohl funktionierende Stiftung abändert, obwohl sein ursprünglicher Wille erfolgreich zum Nutzen der Allgemeinheit vollzogen wird? Im ersten Fall wäre die Zweckänderung nach Art. 86a ZGB nicht möglich;<sup>438</sup> im zweiten Fall wäre die Zweckänderung zu vollziehen, ohne dass die Stiftung, die Begünstigten oder die Aufsichtsbehörde irgendetwas dagegen einwenden könnten. Keine Hand schliesslich reicht Art. 86a ZGB einem Stifter, der aus möglicherweise legitimen Gründen an Teile seines Vermögens zurückgelangen muss, etwa aufgrund eigener Schicksalsschläge (etwa Pflege-

433 Vgl. BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 86a ZGB Rn. 9; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 86a Rn. 8.

434 Siehe zum ganzen BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 86a ZGB Rn. 1; RIEMER, Vereins- und Stiftungsrecht (Fn. 66), Art. 86a ZGB Rn. 1; JAKOB, RIW 2005 (Fn. 9), S. 671 ff.; JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 535 f.; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 86a ZGB Rn. 2 f; siehe ausserdem bereits oben A.III.3.a.bb.

435 JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 537 f.

436 Vgl. etwa JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 131.

437 Siehe A.II.2.

438 Freilich liessen sich im Einzelfall Lösungen auch über den allgemeinen Art. 86 ZGB suchen, «wenn deren ursprünglicher Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist» (zu diesen Voraussetzungen im Einzelnen KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 86 ZGB Rn. 2 ff.); diese auf Antrag der Aufsichtsbehörde oder des obersten Organs in Betracht zu ziehende Möglichkeit soll hier aber nicht die Beurteilung des *Stifterrechts* nach Art. 86a ZGB präjudizieren.

bedürftigkeit seiner selbst oder enger Familienmitglieder) oder Verarmung; eine wie auch immer geartete «Rückfallklausel» sieht Art. 86a ZGB nicht vor,<sup>439</sup> noch lässt sie sich vor dem Hintergrund des geltenden Rechts statutarisch verankern.<sup>440</sup>

Schon diese drei einfachen Beispiele zeigen, dass der in Art. 86a ZGB gewählte Ansatz zu starr ist und in vielen Fällen keine interessengerechte Lösung bieten wird.<sup>441</sup> Indes: Wenn sich eine Rechtsordnung schon dafür entscheidet, das Trennungsprinzip funktional zu öffnen, würde sich auch Raum für weitere Differenzierungen bieten.

Ist es die Stifterautonomie, die das Trennungsprinzip und damit den Schutz der Stiftung überwinden soll, lässt sich der Interessenkonflikt möglicherweise eher anhand der *Legitimität* des Stifteranliegens konkretisieren als an willkürlich gesetzten zeitlichen Grenzen.<sup>442</sup> Was will der Stifter ändern, was will er erreichen und wie stehen seine Interessen zu denjenigen der Stiftung und ihrer Begünstigten? Um das Stifterrecht nach *beiden* Richtungen zu öffnen, sollte somit eine *Abwägung dieser Interessen* vorgenommen werden, so dass nicht starre zeitliche, sondern materielle Legitimitätskriterien das Ergebnis bestimmen würden. Und so könnten etwa die Interessen einer blühenden Stiftung mehr Gewicht erhalten als diejenigen einer inaktiven, ebenso wie die Interessen eines gutgläubigen Stifters, der zum wohlverstandenen Besten gewisser Projekte oder Personen handelt, höher zu werten wären als diejenigen eines bösgläubigen Stifters, der etwa aus eigennützigen, rein kommerziellen oder gar missbräuchlichen Motiven handelt. Zu den Interessen der Stiftung und ihrer Beteiligten könnten ferner diejenigen der Zustifter zählen, die im Vertrauen auf einen bestehenden Stiftungszweck Vermögenszuwendungen geleistet haben. Wäre es also Voraussetzung, dass *der Stifter darlegen bzw. glaubhaft machen muss, dass seine Interessen das Interesse am unveränderten Bestand der Stiftung überwiegen*, hätte man einen Ausnahmetatbestand geschaffen, dessen Voraussetzungen im Einzelfall vom Stifter vorgebracht wer-

439 Auch das deutsche Recht kennt keine «Rückfallklausel»; allerdings gewährt § 58 Nr. 5 AO ein sogenanntes Drittprivileg, wonach eine Stiftung einen Teil, jedoch höchstens ein Drittel ihres Einkommens dazu verwenden darf, in angemessener Weise den Stifter und seine nächsten Angehörigen zu unterhalten, wobei nach h.M. die «Bedürftigkeit» des Leistungsempfängers vorauszusetzen ist; siehe RAINER HÜTTEMANN, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl., Köln 2012, § 4 Rn. 19 ff., 25, dort auch zur Frage der satzungsmässigen Verankerung derartiger Zuwendungen.

440 Heute besteht die Möglichkeit, sich erst sukzessive von seinem Vermögen zu trennen und einen Vermögenspuffer gegebenenfalls erst von Todes wegen der Stiftung zuzuwenden; hiermit wird die Wirkkraft der Stiftung freilich nicht gefördert, sondern reduziert. Zur analogen Anwendbarkeit etwaiger Rückfallnormen des Schenkungsrechts siehe aus deutscher Sicht ausführlich JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 118 ff.

441 KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 86 ZGB Rn. 10; JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 536 f.

442 Zu weiteren Konsequenzen dieses aus der Stifterfreiheit hergeleiteten Ansatzes (etwa bezüglich der Höchstpersönlichkeit des Rechts und seiner Ausübung durch juristische Personen) siehe bereits JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 537 f.

den müssten und über welchen individuelle Lösungen gefunden werden könnten, stets ausgerichtet am Verhältnismässigkeitsprinzip i.S.d. geringstmöglichen Eingriffs in die Stiftung. Man hätte eine Art unbestimmten Rechtsbegriff kreiert, der zwar eine neue Dynamik in die Rechtsform tragen könnte, aber gleichzeitig durch die Aufsichtsbehörde und die mit legitimen Interessen ausgestatteten Beteiligten im Wege einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde sowie abschliessend durch die Gerichte kontrolliert werden könnte – stets freilich i.S.e. *Rechtskontrolle* dieser Interessenabwägung, wie von der Kontrolle der Ermessensausübung bekannt.

Wieder zeigt sich der allgemein hergeleitete Zielmechanismus in konkretem Gewand: Gelingt es, die Freiheit des Stifters zu erhöhen, ohne den Schutz der Stiftung zurückzusetzen, und dies gleichzeitig an eine funktionierende Governance zu binden, schafft man flexible und interessengerechte Lösungen, die den Standard des Standorts insgesamt erhöhen könnten.<sup>443</sup>

#### d. Neuinterpretation der «Errichtungsphase» einer Stiftung

Jenseits dieser Detailfragen, wie man mit dem heutigen Art. 86a ZGB umgehen soll, könnte man auch grundsätzlichere Gedanken anstellen. Im deutschen wissenschaftlichen Diskurs ist vor kurzem die Überlegung geäussert worden, dass man die «Errichtungsphase» einer *inter vivos*-Stiftung begrifflich auf die *Lebzeiten des Stifters* ausdehnen und dem Stifter somit die Befugnis einräumen könnte, die Stiftungsstatuten in dieser Phase durch Erklärung gegenüber der Aufsichtsbehörde zu ändern.<sup>444</sup> Dieser Vorschlag ist vor dem Hintergrund des deutschen Stiftungsrechts zu sehen, in dem es bisher keine Stifterrechte im oben beschriebenen Sinne gibt. Bereits an anderer Stelle wurde vom Verfasser rechtsvergleichend kommentiert, dass dies jedoch nicht zwingend der bessere Weg zum Schutz der Stiftung ist.<sup>445</sup> Denn nachdem unter deutschen Stiftern das gleiche Bedürfnis besteht, nach Stiftungserrichtung Einfluss auf Stiftung und Zweck zu nehmen, werden dort Wege gesucht, das Trennungsprinzip aus-

443 Etwas überraschend hat sich auch der Bundesrat in seinem Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 13 f., mit Art. 86a ZGB beschäftigt und im Ergebnis keinen Reformbedarf gesehen: «Da keine konkrete Begründung vorgebracht wird, wonach sich die Zehnjahresfrist des Zweckvorbehaltes negativ auf die Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz auswirken würde, besteht nach Auffassung des Bundesrates keine Notwendigkeit, diese Regelung bereits sechs Jahre nach deren Inkraftsetzung abzuändern.» Hier ist zu beanstanden, dass sich der Bundesrat lediglich aus der Perspektive der «Attraktivität» mit einer «Verkürzung» der Zehnjahresfrist oder ihrer gänzlichen «Aufhebung» beschäftigt und somit die Tragweite der Thematik nicht vollständig erfasst hat.

444 So PETER RAWERT in seinem Vortrag «Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen (Zweckänderung, Satzungsänderung, Einfluss zu Lebzeiten des Stifters, Stifterversammlung)?» anlässlich des Symposiums «Zehn Jahre Reform des Bundesstiftungsrechts und Anpassung der Landesstiftungsgesetze» am 25. und 26. September 2012, Bucerius Law School, Hamburg; der Vortrag wird im Verlauf des Jahres 2013 in einem Sonderheft der npoR erscheinen.

445 JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 536.

zuhebeln.<sup>446</sup> Auch einzelne Landesstiftungsgesetze (die das BGB in verwaltungsrechtlicher Hinsicht flankieren) gehen zum Teil über den Stiftungsbegriff des BGB hinaus und müssten eigentlich schon aus Kompetenzgesichtspunkten als nichtig angesehen werden.<sup>447</sup> Die Rechtslage in Deutschland ist also umstritten und unübersichtlich, was zu Ungleichbehandlungen und Ausreisern führen kann.

Vor diesem Hintergrund ist der Gedanke der «lebenszeitigen Errichtungsphase» spektakulär und logisch zugleich. Das deutsche Recht ist strenger als das schweizerische im Hinblick auf das Trennungsprinzip und hat die Diskussion um Stifterrechte bisher weitgehend ausgeblendet.<sup>448</sup> Ein echtes Zweckänderungs- oder gar Widerrufsrecht einzuführen, das das Trennungsprinzip durchbrechen kann,<sup>449</sup> würde wohl auch von vielen als Abgleiten in die Sphäre der Privatstiftungsrechtsordnungen angesehen werden.<sup>450</sup> Demgegenüber würde der Ansatz, dem Stifter in einer lebenslangen Errichtungsphase Einfluss auf den Zweck zu überlassen, gleichsam den Eintritt des Trennungsprinzips verzögern: der Stifterwille wäre eben erst mit Ableben des Stifters «erstarrt». Durch diesen Kunstgriff könnte es gelingen, ohne «Stifterrechte» und damit ohne *nachträglichen* Eingriff ins Trennungsprinzip auszukommen. Zugleich könnte der Gedanke des schweizerischen Art. 86a Abs. 1 ZGB aufgenommen werden, allerdings ohne ihn an die (wie gesehen zum Teil unglücklichen) Anforderungen des Art. 86a Abs. 2–4 ZGB zu binden.

Allein: Es stellt sich die Frage, ob die Stiftung nicht auch in diesem Errichtungsstadium, welches bei jüngeren Stiftern eine durchaus lange Zeitspanne umfassen kann, eines verlässlichen Schutzes bedarf. Zudem müsste es gelingen, eine entsprechende Governance zu entwickeln, die die erhöhte Stifterfreiheit ausgleichen und Missbrauch verhindern kann. Und so müssten auch nach RAWERT bei der Umsetzung des Vorschlags einige Konkretisierungen vorgenommen werden. Etwa müsse das Privileg auf den Stifter beschränkt bleiben, nur natürlichen Personen als Stifter zustehen<sup>451</sup> und weder übertragbar noch

446 Siehe zum Überblick über die Thematik RAWERT, (Fn. 444). Nichts zu sagen ist freilich gegen Alternativgestaltungen zur Stiftung. So weist ANDREAS RICHTER auf die Möglichkeit hin, ein Projekt zunächst in Form einer GmbH zu errichten, welche einer Modifikation durch den Stifter zugänglich ist, und die Anteile an dieser GmbH später von Todes wegen zum Zwecke der Perpetuierung in das Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung zu überführen; vgl. die Diskussion im Anschluss an den Vortrag PETER RAWERTS, welche in der npoR 2012, S. 221 f. dokumentiert ist.

447 Siehe JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 29 ff., zum Rechtsbestand des Jahres 2006.

448 Vgl. aber JAKOB, in: FS Werner (Fn. 50), S. 105 f.

449 Freilich könnte man auch insoweit von einem privatautonomen Hinausschieben des vollumfänglichen Trennungs- und Erstarrungsprinzips sprechen bzw. von einem beschränkten «opting out»; vgl. JAKOB, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 87; JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 64.

450 Vgl. die Diskussion in der Schweiz und exemplarisch RIEMER, in: Aktuelle Fragen (Fn. 115), S. 12 ff.

451 Bei juristischen Personen sei die Art und Weise der Ausübung vom jeweils aktuellen Willen der

vererblich sein. Haben mehrere Stifter eine Stiftung errichtet, dürfe das Recht nur gemeinsam ausgeübt werden, zudem müsse aus Gründen des Vertrauensschutzes die Zustimmung aller Zustifter vorliegen. Damit das Sonderrecht des Stifters nicht zum «Reurecht» werde, dürfe es weder die sofortige oder sukzessive Auflösung der Stiftung zum Gegenstand haben noch ihre Überführung in eine Verbrauchsstiftung, sofern die Möglichkeit des Vermögensverbrauchs nicht bereits im Errichtungsakt der Stiftung vorgesehen war. Und schliesslich dürfe das Sonderrecht des Stifters bei steuerbegünstigten Stiftungen nicht zu einem Unterlaufen der satzungsmässigen Vermögensbindung (§ 61 AO) führen, und zwar auch nicht nach Ablauf der Zehnjahresfrist der § 61 Abs. 3 S. 1 AO, § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b S. 2 ErbStG.<sup>452</sup> Zu beachten ist, dass die Änderung der Satzung im Rahmen eines förmlichen Verfahrens erfolgen würde und damit die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch die Stiftungsbehörde gesichert sei. Die Aufgabe der Stiftungsbehörden liege somit im Schutz des jeweils nach der geltenden Satzung massgeblichen Stifterwillens.<sup>453</sup>

Legt man all das zugrunde, steht man vor ähnlichen Abgrenzungsproblemen, wie dies bei der Ausgestaltung eines Stifterrechts der Fall ist. Und es ist auch interessant, dass sich RAWERT «bis zu einem gewissen Grad»<sup>454</sup> an der schweizerischen Regel des Art. 86a ZGB anlehnt, wenngleich ohne die (hier kritisierte) starre Zehnjahresregelung. Für das Schweizer Recht wäre mit diesem Ansatz daher (anders als für das deutsche) wohl kein Quantensprung zu machen; dennoch lassen sich auch die hier angestellten Überlegungen mit dem Gedanken einer «verlängerten Errichtungsphase» dogmatisch unterlegen.

#### e. Einführung einer «Rule against perpetuities light»?

Aus einer nochmals anderen Perspektive könnte man die Frage stellen, ob man die «Erstarrung» des Stifterwillens der Zukunft überhaupt als «ewig» ansehen will, also nicht den *Eintritt* des Trennungs- und Erstarrungsprinzip herauschieben, sondern seine *Geltungsdauer* begrenzen sollte. So hat SPRECHER den Gedanken aufgeworfen, dem Stiftungsrat das gesetzliche Recht einzuräumen, nach Ablauf von 30 Jahren seit Stiftungsgründung die Stiftungsurkunde wie ein Stiftungsreglement, d.h. mit blosser Genehmigung der Aufsichtsbehörde, zu

---

hinter der juristischen Person stehenden Gesellschafter abhängig, was mittelbar auf einen mit dem Prinzip der Stiftungsautonomie unvereinbaren Dritteinfluss hinaus liefe; siehe RAWERT (Fn. 444).

452 Diese sei nur zur Not zivilrechtlich zu gewährleisten, etwa indem das Stifterprivileg nur unter der Voraussetzung gewährt werde, dass entweder weiterhin steuerbegünstigte Zwecke verfolgt oder nicht steuerbegünstigte Zwecke in steuerbegünstigte umgewandelt werden. Keinesfalls dürfe es möglich sein, aus einer Stiftung mit steuerbegünstigten Zwecken eine Stiftung mit nicht steuerbegünstigten Zwecken zu machen; siehe RAWERT (Fn. 444).

453 Siehe zum Ganzen auch die Diskussion im Anschluss an den Vortrag PETER RAWERTS anlässlich des Symposiums «Zehn Jahre Reform des Bundesstiftungsrechts und Anpassung der Landesstiftungsgesetze» (s.o. Fn. 444), welche in der npoR 2012, S. 221 f. dokumentiert ist.

454 RAWERT (Fn. 444).



ändern.<sup>455</sup> Spinnt man diesen Gedanken weiter, würde das Erstarrungsprinzip nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne enden und so nicht die *Stiftung*, aber doch der ursprüngliche *Stifterwille* zur Disposition der Beteiligten gestellt, zu welchen dann auch der Stifter selbst zu zählen wäre. Dies würde zwar nicht auf eine echte «*Rule against perpetuities*»<sup>456</sup> hinauslaufen, weil nicht die Vermögensperpetuierung als solche i.S.d. rechtlichen Existenz der Stiftung nach Ablauf dieser Zeitspanne wegfallen würde. Aber es wäre immerhin eine Art *light*-Version der «*Rule*», weil die Perpetuierung i.S.d. ursprünglichen Stifterwillens aufgehoben und zur Disposition der Beteiligten gestellt wäre.

Doch auch dieser Ansatz ist kritisch zu hinterfragen. Denn die anstaltliche Natur der Stiftung würde, i.V.m. dem Desiderat nach Foundation Governance, auch dort dazu mahnen, den Schutz der Stiftung jedenfalls nicht tiefer als die Interessen des Stifters und erst recht der anderen Beteiligten (wie des Stiftungsrats) anzusiedeln. Aus dogmatischen wie Governance-rechtlichen Gründen würde eine solche Änderungsmöglichkeit zuhanden der Stiftungsbeteiligten also nur dann Sinn ergeben, wenn die von den Stiftungsorganen beantragte Änderung zwar vom ursprünglichen Stifterwillen abgehen, aber der Stiftung auch nicht willkürlich oder missbräuchlich Schaden zufügen dürfte (weswegen wohl auch nach SPRECHER die Aufsichtsbehörde die Statutenänderung genehmigen müsste<sup>457</sup>). Der Sinn eines solchen Ansatzes müsste also darin liegen, inaktive Stiftungen oder nicht mehr zeitgemässe Zwecke und Organisationsformen modernisieren und optimieren zu können, nicht jedoch die (gegebenenfalls persönlich motivierten) Interessen einer neuen Generation von Stiftungsräten zu befriedigen und die Stiftung diesen Interessen hilflos auszusetzen. Und so würde man aus Sicht des Verfassers zur gleichen *Interessenabwägung* gelangen, wie sie bereits oben bei einer Modifikation des Art. 86a ZGB vorgeschlagen wurde. Sind die Interessen der Stiftung schützenswert, weil die Stiftung i.S.d. ursprünglichen Stifterwillens floriert oder zumindest funktioniert, dann bedarf es starker Interessen eines Stiftungsrats, um diesen Schutzgedanken zu überwiegen. Ist hingegen der ursprüngliche Stifterwille überholt oder liegt die Stiftung gar inaktiv darnieder, dürfte die Interessenabwägung recht schnell zu Gunsten eines legitimen (also auch dort nicht missbräuchlichen) Interesses der aktuellen Beteiligten ausfallen. Es würde sich somit wieder um eine Interessenabwägung anhand inhaltlicher Kriterien handeln, die mit einer nachträglichen Kontrolle

455 Siehe SPRECHER, Schweizer Monat 1001 (Fn. 19), S. 49.

456 Zur «*rule against perpetuities*» siehe allgemein JOHN CHIPMAN GRAY, *The Rule against Perpetuities*, 3. Aufl., Clark 2003; vgl. ausserdem JAKOB/PICHT, AJP 2010 (Fn. 70), S. 865 im Hinblick auf Trust-Gestaltungen im Kontext des Schweizer Rechts.

457 SPRECHER, Schweizer Monat 1001 (Fn. 19), S. 49. Offen erscheint, ob hiermit eine konstitutive oder deklaratorische Genehmigung gemeint sein sollte, welche letztere i.d.R. bei der Genehmigung von Reglementen zum Tragen kommt. Auch im letzteren Fall würde die Behörde aber jedenfalls Kenntnis von Vorgang und Inhalt erhalten, so dass bei Veranlassung allgemeine aufsichtsrechtliche Massnahmen ergriffen werden könnten.

(durch die Aufsicht mit der Möglichkeit einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde und des Instanzenzugs) zu verbinden wäre. Im Ergebnis sollten die Anforderungen also nicht die Schwelle des heutigen Art. 86 ZGB erreichen müssen, es sollte aber auch keine völlige Handlungsfreiheit für den Stiftungsrat herrschen.

Aus Sicht des Verfassers sollte die Unabänderlichkeit des Stifterwillens also nicht generell einer «*Rule*» unterworfen werden. Das würde die rechtsfähige Stiftung eines ihrer wesentlichen Auswahlkriterien (etwa auch im Verhältnis zur unselbständigen Stiftung)<sup>458</sup> berauben und wäre dem Stiftungsstandort eher abträglich als nützlich. Aber es sollte wiederum deutlich geworden sein, dass man durch innovativ strukturierte Eingriffsrechte möglicherweise die Vorteile einer «*Rule*», also die Verhinderung ewiger (und gegebenenfalls sinnloser) Perpetuierung von Vermögen, nutzbar machen und gleichzeitig modernen Anforderungen an Liberalität und Governance Genüge tun kann.

## II. Stiftungsvermögen

### 1. Vermögensanlage und Stiftungsstrategie

Der Bereich der Vermögensanlage von Stiftungen hat in der Schweiz sowie im Ausland in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen, wie Studien<sup>459</sup> und Literatur<sup>460</sup> zum Thema belegen. Dennoch besteht in kaum einem Gebiet grösserer Beratungsbedarf. Der Grund ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit von Seiten der Stifter, der Stiftungen und Stiftungsräte, der Berater und der Aufsichtsbehörden, welche in dem besonderen Umfeld der Schweiz gleichsam potenziert zum Tragen kommt.

458 Siehe zur umstrittenen Frage, ob die durch eine schuldrechtliche Auflage konstruierte «unselbständige Stiftung» durch die Endlichkeit der Auflage einer zeitlichen Begrenzung unterliegen muss, SPRECHER, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 97, mit Verweis auf die abweichende Meinung von STUDEN, *Die Dachstiftung* (Fn. 47), S. 170 f.

459 Vgl. etwa HERTIG/VON SCHNURBEIN (Fn. 60); aus Deutschland siehe Bundesverband Deutscher Stiftungen, *Mission Investing im deutschen Stiftungssektor*, Berlin 2012 (abrufbar unter: <http://www.stiftungen.org>); aus internationaler Perspektive DAVID IMBERT/IVO KNOEPFEL, *360-degrees for Mission: How leading European foundations use their investments to support their mission and the greater good*, Stockholm 2011.

460 Vgl. aus der schweizerischen Literatur etwa LYDIA KRAUSS, *Vermögensanlagen und Anlagevorschriften von klassischen Stiftungen*, in: GEWOS (Hrsg.), *Vermögensanlagen von Pensionskassen und klassischen Stiftungen*; MIRJAM BISANG-STAUß, *Nachhaltige Anlagen für institutionelle Investoren. Einführung und Überblick mit Fachbeiträgen und Praxisbeispielen*, Zürich 2011. Aus der deutschen Literatur siehe etwa TILL FRIEDRICH, *Die Anlage des Stiftungsvermögens*, Baden-Baden 2012; STEFAN FRITZ, *Stifterwille und Stiftungsvermögen*, Baden-Baden 2009; MELINDA WEBER/SASCHA VOIGT DE OLIVEIRA/ALEXANDER BECKER, «Mission Investing» – Impulse für wirkungsvolles Stiftungsvermögen, npoR 2012, S. 115 ff. Weitere Hinweise finden sich bei JAKOB/PICHT, *International Journal of Not-for-Profit-Law* 2013 (Fn. 61), S. 53 ff.

a. *Vermögensanlage und Zweckverwirklichung*

Die Schweiz ist ein Finanzplatz, der von der Verwaltung und Anlage von Geldern lebt und, wie im Schweizer Stiftungsreport 2012<sup>461</sup> hergeleitet, über ein Stiftungsvermögen von über 70 Milliarden CHF verfügt. Nachdem sich die Rahmenbedingungen auf dem Finanzplatz geändert haben (und mit dem Bankgeheimnis keine Punkte mehr zu machen sind), befinden sich auch die Finanzdienstleister auf der Suche nach neuen Nischen und Kompetenzen; und so ist ein neuer «Industriezweig» entstanden, der sich um die Anlage von Stiftungsvermögen verdient machen möchte und entweder auf «Pooling» setzt (so etwa die verschiedenen Initiativen im Zusammenhang mit Dachstiftungen oder Anlagestiftungen unter der Schirmherrschaft von Finanzinstituten) oder inhaltlich auf die Aspekte der «Nachhaltigkeit» und der zweckbezogenen Anlagen (Stichworte: «*Social*», «*Responsible*», «*Sustainable*», «*Impact*» oder «*Mission-Related Investments*») abzielt. Blickt man auf letztere (inhaltlich grundsätzlich sehr sinnvollen) Bereiche, die die Vermögensanlage einer Stiftung mit der Zweckverwirklichung verbinden wollen, lässt sich freilich schnell feststellen, dass die Finanzindustrie noch nicht ausreichend an das Stiftungsrecht rückgekoppelt ist. Es besteht bisweilen eine Lücke zwischen dem, was Banken, Vermögensverwalter, Stiftungs- und Anlageberater *anbieten*, und dem, was Stifter, Stiftungen und vor allem Stiftungsräte *umsetzen dürfen*. Vermehrt und intensiver werden z.B. «Nachhaltigkeitsportfolios» im Stiftungssektor angeboten, ohne dass eigentlich klar definiert oder ersichtlich wäre, wie die (zivil- und steuer-)rechtlichen Rahmenbedingungen für derartige Anlageformen bei Stiftungen aussehen. Und auch die Stiftungen selbst mögen aufgrund der starken Sektorpräsenz der neuen Investitionsansätze befürchten, ohne nachhaltige Investitionstätigkeit als «zweitklassige» Stiftungen zu gelten, wodurch der Respekt vor den Grenzen des eigenen Zweck- und Ermessensspielraums schwinden könnte. Bedenkt man, dass es hier nicht nur um verantwortungsvolle (aber passive) Portfolios geht, sondern um *Mission-Based Investments*, *Impact Investments*, *Active Ownership* bis hin zu *Venture Philanthropy*, sieht man, dass traditionelle Stiftungen durchaus ihre Leisten verlassen könnten. Auch die Aufsichtsbehörden sind gefordert.

Aus diesem Grund soll nachfolgend (2.) der zweckbezogene Investitionsansatz aus rechtlicher Perspektive nochmals separat unter die Lupe genommen und es sollen Kriterien entwickelt werden, wie man verschiedene Anlageformen mit stiftungsrechtlichen Handlungsspielräumen und unterschiedlichen Stiftungstypen in ein kohärentes Zusammenspiel bringen kann. Das ideale Ziel sollte sein, Stiftern und Stiftungsräten genug Handlungsspielraum zu lassen, aber gleichzeitig den Schutz der Stiftungen zu garantieren – Liberalität und Governance in praktischer Konkordanz.

---

461 ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungsreport 2012 (Fn. 20), S. 11.

### b. Vermögensgestaltung und Stiftereinfluss

Eine zweite Entwicklung geht hiermit Hand in Hand. Der Sektor hat zu Recht erkannt, dass im Zeitalter der kleinen Renditen viele Stiftungen nicht mehr als traditionelle, rein renditeorientierte Rechtsformen überleben können, sondern mit dem Vermögen selbst arbeiten, also dieses effektiver als durch blossen «Zinsanlage» zum Einsatz bringen müssen. Dies führt jedoch nicht nur zum soeben beschriebenen zweckbezogenen Investitionsansatz, sondern auch dazu, dass das Stiftungsvermögen insgesamt seine Unantastbarkeit verliert, insbesondere in der Schweiz, deren Stiftungsrecht seit jeher den Kapitalerhaltungsgrundsatz relativ flexibel handhabt und ohne einen Grundsatz der zeitnahen Mittelverwendung auskommt.<sup>462</sup> So werden zunehmend Modelle angestrebt, die die Vermögensbewirtschaftung nicht nur mit der Zweckverwirklichung verbinden, sondern das Stiftungsvermögen insgesamt flexibler handhaben möchten, auch was das Verhältnis zum Stifter betrifft. Es ist zu wiederholen, dass in der Schweiz kein Widerrufsrecht existiert und das Stiftungsvermögen, einmal gewidmet, grundsätzlich nicht mehr aus seiner stiftungsrechtlichen Bindung befreit werden kann. Häufig möchte ein Stifter aber dennoch Einfluss auf das für die Stiftung vorgesehene Vermögen behalten, etwa weil er, unternehmerisch geprägt, eine gewisse «Verfüugungsmacht» bewahren möchte, oder weil er mangels «Rückfallklausel» für eine eigene Notlage oder Bedürftigkeit vorsorgen will. Geht dies nicht über Stifterrechte, können die Ziele möglicherweise über eine kreative Vermögensgestaltung erreicht werden.

Möchte sich beispielsweise ein Unternehmer, etwa im jüngeren Alter, nicht von einem so grossen Teil seines Vermögens trennen, dass eine ausreichende Rendite für eine grossflächige effektive Stiftungsarbeit erzielt würde, mag er auf die Idee kommen, die Renditen an anderer Stelle zu erwirtschaften, nämlich im Unternehmen. So würde er etwa in die Stiftung jedes Jahr das hineingeben, was zeitnah zu verbrauchen ist, also eine Art «Verbrauchsstiftung mit sukzessiver Vermögenszufuhr» konstruieren. Auf diese Weise könnten durch den Stifter jedes Jahr hohe Beträge für den Gemeinnutz zur Verfügung gestellt werden, die bei einem klassischen Stiftungsbild aufgrund seiner Zurückhaltung gegenüber einer grösseren Vermögenswidmung zur Renditeerwirtschaftung in der Stiftung möglicherweise nicht geflossen wären. Auf der anderen Seite wäre eine solche unternehmerisch geprägte Stiftung aber vom Gutdünken des Unternehmers abhängig, der ihr theoretisch jedes Jahr den «Hahn zudrehen» könnte. Bei der Frage, ob man diese oder ähnliche Gestaltungen gutheissen soll, muss freilich die Stiftungsdogmatik befragt werden; es geht hier um die Grundsätze der Zweck-Mittel-Relation, die begründete Aussicht der Stiftung auf Vermögenszufuhr (etwa auch im Todesfall des Stifters) und vor allem um die Reichweite der *Stifterautonomie*, die mit der oben skizzierten *Stiftungsautonomie* in Ein-

462 Siehe etwa SCHÖNENBERG (Fn. 63), S. 287 ff.; BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 30.

klang gebracht und austariert werden muss. Diese Bewertung muss im Einzelfall getroffen und kann hier nicht abstrakt vorweg genommen werden. Festgehalten aber sei: Die Desiderate, Bedürfnisse und Forderungen von Stiftern haben sich verändert; möchte man den Sektor handlungsfähig halten, sind diese Gedanken einer neuen, immer jüngeren Generation von Stiftern mit der Stiftungsdogmatik in Einklang zu bringen.

c. *Neue Paradigmen*

Und so ist insgesamt ein Paradigmenwechsel zu beobachten. Was früher reine Vermögensverwaltung war, ist heute ein entscheidender Teil der Stiftungsstrategie. Die Zukunft des Sektors liegt also nicht mehr nur im Geld, sondern auch in der Kreativität. Hieraus entsteht die Aufgabe der (Stiftungs-)Rechtswissenschaft, diesen neuen Paradigmen zu begegnen, die strategischen Bedürfnisse und kreativen Ideen rechtsdogmatisch einzufangen und sie in rechtssichere Bahnen zu lenken. Die Rechtsordnungen sind zwar im Detail verschieden, die Anforderungen und Aufgaben werden sich jedoch gleichen – und es sind dies die Aufgaben, die die Zukunft des Stiftungssektors mitbestimmen werden. Dieser Paradigmenwechsel betrifft freilich nicht nur neue Stiftungen, sondern auch strategische Massnahmen im Hinblick auf *bestehende* Entitäten, die sich heute mit Renditen schwer tun; nicht zuletzt daher stammt die aktuelle Relevanz von Kooperationsmodellen, Zusammenlegungsfragen oder der bereits angesprochenen «Neuausrichtung auf Verbrauch».

2. *Exkurs: Nachhaltige Investitionen und neue Formen des Vermögenseinsatzes*

a. *Einführung: Zweckbezogene Vermögensanlage*

Wie angezeigt soll nunmehr auf die Vermögensverwaltung von Stiftungen zurückgekommen werden. Diese war lange von konservativen Anlagestrategien geprägt. Das Stiftungsvermögen wird dabei typischerweise in risikoarme Kapitalanlagen investiert, deren Erträge dann zur Verwirklichung des Stiftungszwecks eingesetzt werden. Anders der «zweckbezogene» Investitionsansatz: Hier versuchen Stiftungen, die Intensität ihrer Zweckverwirklichung dadurch zu potenzieren, dass sie in Aktivitäten investieren, die mit dem Zweck der investierenden Stiftung in Einklang oder zumindest in einer gewissen Beziehung stehen. Es soll also nicht bloss der *Ertrag* aus den Investitionen, sondern auch die Vermögensanlage an sich als *Mittel* zur Realisierung des Stiftungszwecks dienen. So würde etwa eine Stiftung mit dem Zweck des Umweltschutzes nach herkömmlichen Investitionsmustern in Pfandbriefe investieren, um die erzielten Renditen für Projekte zur Förderung regenerativer Energien einzusetzen; eine zweckbezogen investierende Stiftung würde hingegen Anleihen von Unternehmen aus dem Sektor regenerativer Energiegewinnung erwerben, um – zusätzlich zum Einsatz der Erträge für regenerative Energien – entsprechend tätige



Unternehmen zu unterstützen. Sofern zweckbezogene Kapitalanlagen auf ein «nachhaltiges» Wirtschaften ausgerichtet sind, werden die Investitionen auch mit dem internationalen Terminus «Sustainable and Responsible Investments» (SRI) bezeichnet.

Die Verwirklichung des Stiftungszwecks ist in der Tat gleichzeitig Wesensmerkmal und oberste Pflicht der Stiftung. Indes sehen sich Stiftungen, die neuen Investitionsmustern folgen, auch besonderen Herausforderungen wirtschaftlicher und (stiftungs-)rechtlicher Art gegenüber; diese sind bisher aus stiftungsrechtlicher Sicht noch kaum beleuchtet worden, weshalb nachfolgend einige Ansätze aufgezeigt werden sollen.<sup>463</sup>

#### b. *Nachhaltigkeit und Arten nachhaltiger Investitionen*

Der extensive Gebrauch des Ausdrucks «Nachhaltigkeit» geht einher mit einer grossen Unbestimmtheit seiner Bedeutung. Die zahlreichen Denkansätze können hier nicht tiefer analysiert werden. Immerhin sei das Konzept der «Sustainable and Responsible Investments» dahingehend umschrieben, dass auch langfristige Risiken und Chancen einer Investition in ökonomischer, ökologischer und sozialer Hinsicht berücksichtigt werden. Hierzu werden Steuerungsfaktoren ökologischer, sozialer und «Governance»-technischer Art (mit einem verbreiteten, aus dem Englischen abgeleiteten Begriff als ESG-Faktoren bezeichnet) in die Investitionsentscheidungen einbezogen. Zur Realisierung dieser Zielsetzung können verschiedene Investitionsansätze verwendet werden:

Durch *positive Selektion* werden Unternehmen identifiziert, die in bestimmten – erwünschten – Wirtschaftsbereichen tätig sind oder die, gemessen an bestimmten Kennzahlen, als in ihrem Tätigkeitsfeld führend erscheinen. Die *negative Selektion* schliesst demgegenüber Unternehmen aus, welche bestimmte Leistungskennziffern nicht erreichen oder Sektoren angehören, die zum Nachhaltigkeitsziel in Widerspruch stehen. Bei «*best in class*»-Konzepten werden Anlageformen ausgewählt, die im Nachhaltigkeitsvergleich ihren Konkurrenten überlegen sind. Bei *ESG-integrierten Investitionen* werden ESG-Faktoren wie gewöhnliche Unternehmenskennzahlen analysiert und stellen damit ein zusätzliches Kriterium für Investitionsentscheide dar. *Impact Investments* stellen Unternehmen Kapital zur Verfügung, die bestimmte vorab definierte soziale Ziele erreichen sollen. Jedenfalls für den zuletzt genannten Investitionsansatz ist es nicht untypisch, dass die Anleger bereit sind, Abstriche bei der erwarteten Rendite zu machen, weil ihr Investment eben nicht nur an herkömmlichen Rendite-kennziffern orientiert ist. Bei *Active Ownership*-Modellen schliesslich nimmt der Investor selbst Einfluss auf die Tätigkeit des Investitionsobjekts, während

463 Vgl. hierzu ausführlich JAKOB/PICHT, International Journal of Non-for-Profit-Law 2013 (Fn. 61), m.w.N., sowie die deutsche Kurzversion des Beitrags bei JAKOB/PICHT, Stiftung & Sponsoring 6/2012 (Fn. 61), S. 26 ff. Die nachfolgenden Ausführungen sind an diese Beiträge angelehnt.

die *Venture Philanthropy* die unternehmerisch geprägten Massstäbe von Risikokapitalisten auf die Vergabe philanthropischer Gelder anlegt.<sup>464</sup>

c. *Grundprinzipien der Anlage von Stiftungsvermögen*

Das Zusammenspiel von stiftungsrechtlichen Grundsätzen, allgemeinen Prinzipien der Vermögensverwaltung und den Besonderheiten von SR-Investments ist ein komplexes, aber unumgängliches Thema für Stiftungen, welche «nachhaltig» investieren wollen.

Am Anfang steht die Feststellung, dass der wissenschaftliche Diskurs weder in der Schweiz noch im Ausland bisher ein abschliessendes und kohärentes rechtliches Regelwerk zur Verwaltung von Stiftungsvermögen hervorgebracht hat. Im Schweizer ZGB finden sich keine Regeln zur Vermögensverwaltung,<sup>465</sup> weshalb allgemeine (stiftungsrechtliche) Grundsätze nutzbar gemacht werden müssen. So hat das BGer herausgestellt, dass der Stiftungsrat bei der Vermögensanlage die Grundsätze einer sorgfältigen Vermögensverwaltung (Substanzerhaltung, Sicherheit, Risikoverteilung, Rentabilität und Liquidität) zu beachten hat.<sup>466</sup> Spekulative Anlagen seien zu unterlassen, aber auch «Mündelsicherheit» der Anlagen nicht angebracht.<sup>467</sup> Inwieweit das Bedürfnis der Sicherheit mit der Generierung von Erträgen (und damit letztlich mit der effektiven Erfüllung des Stiftungszwecks) in Relation gesetzt wird, ist somit eine individuelle Entscheidung des Stiftungsrats, die nach ordnungsgemäsem Ermessen (und unter Berücksichtigung ggf. vorhandener statutarischer Vorgaben) zu treffen und am Grundsatz der Verhältnismässigkeit auszurichten ist.<sup>468</sup> Zudem können diejenigen Grundsätze, die im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982<sup>469</sup> sowie in der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984<sup>470</sup> für Personalfürsorgestiftungen enthalten sind,<sup>471</sup> in einem gewissen Masse auch für klassische Stiftungen herangezogen werden, allerdings «weder direkt noch analog»<sup>472</sup>; das BGer spricht von einer «Orientierungshilfe»,<sup>473</sup> die Einzelheiten dieser Orientierung sind freilich bis heute diffus geblieben.<sup>474</sup> Demgegenüber richtet der «Swiss Foundation Code» das Augen-

464 Zu letzterem Ansatz siehe SCHÖNENBERG (Fn. 63), *passim*.

465 Solche Regeln finden sich mitunter allerdings in kantonalen Verordnungen zur Aufsicht über Stiftungen; dazu BAUMANN LORANT (Fn. 395), S. 239 f.

466 BGE 108 II 352, E. 5; 124 III 97, E. 2.

467 BGE 108 II 352, E. 5.

468 Vgl. KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 80 ZGB Rn. 13.

469 AS 1983 797 (Stand vom 1. Januar 2013).

470 AS 1984 543 (Stand vom 1. Januar 2013).

471 Dazu etwa SCHÖNENBERG (Fn. 63), S. 92 ff.

472 So BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 84 ZGB Rn. 14a.

473 BGE 124 III 97, E. 2.

474 Vgl. zu diesem umstrittenen Thema etwa BAUMANN LORANT (Fn. 395), S. 245 ff.; SCHÖNENBERG (Fn. 63), S. 92 ff., S. 98 ff.

merk auf den *Prozess* einer sachgerechten Entscheidungsfindung.<sup>475</sup> Und nicht zuletzt ist das Primat des Stifterwillens herauszustellen: Es steht dem Stifter frei, bei Stiftungserrichtung statutarisch sowohl individuelle Vorschriften zur Vermögensanlage vorzusehen als etwa auch zu bestimmen, dass die Substanz des Stiftungsvermögens für die Zweckverwirklichung herangezogen werden kann oder soll.<sup>476</sup>

Allein: Für die Beurteilung von SR-Investitionen sind diese allgemeinen Linien und allen voran die Grundsätze des BGer nur begrenzt tauglich. Und so müssen, freilich ausgehend von diesen und weiteren (in den verschiedenen Rechtsordnungen ähnlich ausgeprägten) Denkansätzen, einige Grundprinzipien formuliert werden, welche Stiftungsräte gerade bei der Beurteilung nachhaltiger Investitionen leiten könnten. Im Folgenden sollen nur zwei dieser Prinzipien angerissen werden.<sup>477</sup>

#### aa. Bindende Vorgaben und ordnungsgemässe Ermessensausübung

Der Stiftungsrat verfügt bei seinem Handeln über eine gewisse Autonomie<sup>478</sup> und oftmals über einen Ermessensspielraum. Dieser Spielraum endet dort, wo entweder das Stiftungsrecht bzw. die Statuten konkrete und bindende Vorgaben machen oder wo die Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens dem Stiftungszweck und mithin dem Stifterwillen zuwiderlaufen. Innerhalb des Ermessensspielraums hat die ordnungsgemässe Ermessensausübung im Wesentlichen in vier Schritten zu erfolgen:<sup>479</sup> Der Stiftungsrat muss (1) feststellen, ob überhaupt ein Ermessensspielraum besteht, sodann sind (2) die entscheidungsrelevanten Aspekte zu sammeln und irrelevante Aspekte auszusondern, (3) die massgeblichen Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen und schliesslich ist (4) eine Entscheidung zu treffen, welche das Resultat des Abwägungsprozesses widerspiegelt. Diese Regeln zur ordnungsgemässen Ermessensausübung sind

475 Vgl. SPRECHER/EGGER/JANSSEN (Fn. 59), S. 103, Empfehlung 21, wonach die Anlage des Stiftungsvermögens im Rahmen einer expliziten Anlagepolitik und -strategie so erfolgen soll, dass die Ziele der Stiftung effizient erreicht werden. Ein solcher Anlageprozess umfasst drei Schritte: Festlegen der Anlagestrategie, Umsetzen der Anlagestrategie, Kontrolle des Anlageregebnisses. Der Stiftungsrat hat sich an den geregelten Anlageprozess zu halten.

476 Sind derartige Vorgaben nach Ansicht der aktuell handelnden Personen überholt, etwa weil sie ein Klumpenrisiko generieren oder zwingend Mündelsicherheit vorschreiben, kann eine Abänderung der Stiftungsurkunde nach Art. 85 oder 86b ZGB angezeigt sein; siehe BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 84 ZGB Rn. 14. Vgl. zur gesamten, noch nicht abschliessend diskutierten Thematik der Vermögensverwaltung im Stiftungsrecht BAUMANN LORANT (Fn. 395), S. 238 ff.; KRAUSS, in: Vermögensanlagen (Fn. 460), S. 41 ff.; DANIEL ZÖBELI/LUZIOUS NEUBERT, Jahresabschluss und Finanzen von Stiftungen, Zürich 2009, S. 127 ff.; SCHÖNENBERG (Fn. 63), S. 92 ff.

477 Zustimmung zum hiesigen Ansatz GRÜNINGER, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 62 ff.

478 Zur Reichweite der Organautonomie siehe JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 204 ff.

479 Siehe ausführlich zu den Grundsätzen einer ordnungsgemässen Ermessensausübung KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 83 ZGB Rn. 12 ff. Zur Ermessensausübung und deren Kontrolle speziell im vorliegenden Bereich auch GRÜNINGER, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 64.

gerade für die Verwaltung von Stiftungsvermögen besonders wichtig, nicht zuletzt weil Stiftungsräten in den Angelegenheiten der Vermögensverwaltung sehr häufig ein recht weites Ermessen zukommt.

bb. Zweistufige Struktur massgeblicher Aspekte

Die Aspekte, welche bei der Verwaltung von Stiftungsvermögen – und folglich auch bei der diesbezüglichen Ermessensausübung – gewöhnlich eine Rolle spielen, können zwei verschiedenen Stufen oder «Ebenen» zugeordnet werden. Auf der «Stiftungsebene» sind jene Gesichtspunkte zu verorten, die ihren Ursprung in fundamentalen Prinzipien des Stiftungsrechts haben oder in der Struktur der jeweiligen Stiftung, wie sie insbesondere durch den Stiftungszweck oder durch detaillierte Investitionsvorgaben des Stifters in der Stiftungssatzung geformt wird.

Als Bestandteil der «Investitionsebene» können demgegenüber allgemeine Investitionsgrundsätze eingestuft werden, die nicht nur für die Verwaltung von Stiftungsvermögen Bedeutung haben, sondern grundsätzlich für jede professionelle Vermögensverwaltung. Zu diesen Investitionsgrundsätzen gehören, um nur ein Beispiel anzuführen, die Prinzipien der modernen Portfolio-Theorie.

Dieses zweistufige Strukturmodell soll helfen, das Verhältnis der relevanten, auf verschiedenen Ebenen angesiedelten Aspekte *zueinander* zu verstehen: Da der Stiftungsrat zur Verwirklichung von Stiftungszweck und Stifterwille verpflichtet ist, hat die Stiftungsebene grundsätzlich *Vorrang* vor der Investitionsebene. Als Beispiel für das Zusammenspiel der Ebenen kann der Grundsatz dienen, dass Stiftungen bei der Anlage des Stiftungsvermögens angemessene Risiken eingehen können und sollen. Wichtige Grundlagen für die Beurteilung, welche Risiken im konkreten Fall als «angemessen» erscheinen, sind die Grundregeln des modernen Portfolio-Managements (Investitionsebene), jedoch stets gemessen an denjenigen Aspekten, die aus Struktur und Zweck der jeweiligen Stiftung hervorgehen (Stiftungsebene).

d. *Besonderheiten von SRI*

Diese allgemeinen Grundsätze der Verwaltung von Stiftungsvermögen gelten auch für SRI-Stiftungen. Diese Feststellung mag banal erscheinen, sie ist aber grundlegend und wird in der Stiftungspraxis nicht zwangsläufig beachtet. Obwohl SRI mit ihren meist positiv besetzten ökologischen und sozialen Auswirkungen ein vielversprechendes Wirkungsfeld für Stiftungen darstellen, sind sie aus stiftungsrechtlicher Sicht nicht schlechthin unbedenklich. Wenn eine Vermögensanlage stiftungsrechtliche Grundsätze verletzt, ist diese Verletzung keineswegs deshalb unbeachtlich, weil die Investition eine SR-Investition ist; vielmehr kann auch eine gutgemeinte SR-Investition einen Haftungsfall begründen.<sup>480</sup>

480 Siehe zur Verantwortung der Stiftungsorgane im vorliegenden Bereich GRÜNINGER, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 65. Ausführlich zu den haftungsrechtlichen Konsequenzen für Stif-

aa. Statutarische Grundlagen für SRI

Für die Anwendung der allgemeinen Regeln auf SRI-Stiftungen soll mit Blick auf ihre Satzungsvorgaben zwischen *drei Typen* von (SRI-)Stiftungen unterschieden werden. Bei der ersten Gruppe weist der *Stiftungszweck* selbst ein SRI-Element auf. Entsprechende Investitionen stellen daher für sich betrachtet bereits eine Verwirklichung des Stiftungszwecks dar. SRI-Aktivitäten sind folglich nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten. Auch ein SRI-Zweckelement muss jedoch – gemeinsam mit den sonstigen Zweckvorgaben der Stiftung – dauerhaft und bestmöglich realisiert werden; es stellt keinen Freibrief aus, das Stiftungsvermögen ohne ermessensgerechte Risikoabwägung aufs Spiel zu setzen.

Zu einer zweiten Gruppe gehören Stiftungen, bei denen Statuten und Stifterwille SRI-Aktivitäten vorsehen, ohne dass diese aber einen Teil des Stiftungszwecks bilden. Hier kommt es wesentlich darauf an, in welcher Form die SR-Investitionen adressiert werden. Besonders häufig dürften Fälle sein, in denen der Stiftungsrat einen Stiftungszweck, der kein SRI-Element enthält, mithilfe von Erträgen aus SR-Investitionen verwirklichen soll. Der Stiftungsrat muss dann – jedenfalls wenn ihm nicht spezifische Investitionen zwingend vorgeschrieben sind – die SR-Investitionen so konzipieren, dass sie den Stiftungszweck bestmöglich verwirklichen, selbst wenn eine Betrachtung allein aus der Anlage- und Nachhaltigkeitsperspektive eine andere Investitionspolitik nahelegen würde. Diese Vorgabe folgt letztlich aus der vorstehend erörterten «Zwei-Ebenen-Struktur», nach der sich Vorgaben auf der Stiftungsebene im Prinzip gegenüber Vorgaben auf der Investitionsebene durchsetzen.

Die dritte Gruppe bilden Stiftungen, in deren Statuten und feststellbaren Stifterwillen SRI-Aspekte *keinen Niederschlag* finden. Hier ist es schon nicht selbstverständlich, dass der Stiftungsrat überhaupt SR-Investitionen tätigen darf. Vielmehr ist durch Auslegung zu ermitteln, ob Stiftungsstatuten und Stifterwille derartigen Investitionen entgegenstehen. Jedenfalls ist in solchen Konstellationen besonders darauf zu achten, dass SR-Investitionen die Verwirklichung des Stiftungszwecks nicht beeinträchtigen.

bb. Wahl der richtigen Vorgehensweise und Stiftungsplanung

Unter den verschiedenen SR-Investitionsansätzen muss der Stiftungsrat jenen Ansatz wählen (beziehungsweise diesen entwickeln und schrittweise implementieren), welcher dem Charakter und den Ressourcen der Stiftung am besten gerecht wird. Zudem ist es unerlässlich, adäquate Strukturen zu schaffen, die eine erfolgreiche Durchführung der SR-Investition ermöglichen.

---

tungsorgane im Zusammenhang mit zweckgerichteten Vermögensanlagen SCHÖNENBERG (Fn. 63), S. 140 ff.



Aus der *ex ante*-Perspektive eines zukünftigen Stifters schliesslich werden SRI-Aktivitäten der zukünftigen Stiftung zu einer Frage der Stiftungsplanung. Bei der Gestaltung einer SRI-Dimension der Stiftung sollte der Stifter – nebst einer Vielzahl weiterer Elemente – jedenfalls folgende Fundamentalgrundsätze beachten: Zunächst ist (1) eine einschlägige SRI- sowie stiftungsrechtliche Expertise einzuholen; weiter sollten (2) die Vorgaben, ob und vor allem wie künftige SRI-Aktivitäten realisiert werden sollen, möglichst eindeutig ausfallen, wobei aber zugleich (3) von übermässig detaillierten Vorgaben angesichts der Ungewissheit über künftige Rahmenbedingungen abzuraten ist.

Insgesamt wird deutlich, wie komplex die Materie einer «nachhaltigen» Investitionstätigkeit von Stiftungen ist und wie viel rechtliche Grundlagenarbeit noch vor uns liegt. Das Potenzial nachhaltiger Investitionsstrategien im Stiftungssektor ist freilich immens; um es zu realisieren, sollten die stiftungsrechtlichen Grundpfeiler weiter herausgearbeitet werden und durch eine Zusammenarbeit des Stiftungssektors mit der Finanzindustrie auch auf Produktseite implementiert werden.

### III. Zweck – Vermögen – Gemeinnützigkeit

#### 1. Innovative Vermögensbewirtschaftung und Steuerbefreiung

Das eben beschriebene Spannungsfeld von Vermögensanlage und Zweckverwirklichung wird zum Bermudadreieck, wenn man es um die Frage der Steuerbefreiung erweitert. Es ist hierbei eine nicht zu unterschätzende Herausforderung für die Steuerbehörden, die neuen Tätigkeitsformen von Stiftungen (etwa in den Bereichen *Mission-Based Investments*, Sozialunternehmertum oder *Venture Philanthropie*) und deren Einfluss auf die Steuerbefreiung zu beurteilen. An dieser Stelle kann keine ausführliche und dogmatische Auseinandersetzung mit dem steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht vorgenommen werden.<sup>481</sup> Vielmehr soll nur kurz auf ein Phänomen hingewiesen werden, das derzeit die Gemüter bewegt: Was nämlich geschieht, wenn das von der Stiftung eingesetzte (z.B. als Darlehen, Investition oder Risikokapital hingeebene) Geld an die Stiftung zurückfliesst, am Ende gar noch mit Gewinn? Ein in der Praxis anzutreffendes Modell bestünde etwa darin, dass die Stiftung ein *start up*-Unternehmen fördert und sich, anstatt ihm nur Geld zuzuschiessen, an diesem als Aktionärin beteiligt. Scheitert die Unternehmung, handelt es sich um «*fonds perdu*», hat sie Erfolg, wird die Stiftung am steigenden Unternehmenswert profitieren

---

481 Vgl. allgemein zu den Grundlagen des schweizerischen steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts DEGEN, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 107 ff. Siehe zu den Vorgaben gerade im hier angesprochenen Bereich GRÜNINGER, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 67 ff. sowie THOMAS SPRECHER, Zur steuerlichen Behandlung von neuen Förder- und Finanzierungsmodellen, in: Der Schweizer Stiftungsreport 2013 (Fn. 20), S. 19 ff.

und die entsprechenden Vermögenserträge weiter für den Stiftungszweck einsetzen können.<sup>482</sup>

Aus der Vogelperspektive stellen sich solche Vorgänge als geschlossener Kreislauf dar, wenn die Kapitalrückflüsse wieder dem (gemeinnützigen) Stiftungszweck zugutekommen. Erste Erfahrungen zeigen jedoch, dass die Steuerbehörden derartigen Modellen skeptisch gegenüberstehen und Rückflüsse von Fördermitteln als steuerpflichtig ansehen wollen, wohl weil sie eine Tätigkeit, die Geldrückflüsse oder gar Gewinne generiert, (insoweit) als gemeinnützigkeitsschädliche wirtschaftliche Betätigung qualifizieren. Die Thematik harrt noch einer vollständigen rechtlichen Durchdringung und muss sicherlich auch in einem konstruktiven Dialog zwischen dem Stiftungssektor und den Steuerbehörden weiterentwickelt werden. Hier soll lediglich für die Thematik sensibilisiert und es sollen einige wenige erste Anregungen gegeben werden.<sup>483</sup>

Als Kriterien, welche die Beurteilung einer Steuerbefreiung zu beeinflussen vermögen, könnten etwa folgende Merkmale in Betracht gezogen werden: Handelt die Stiftung wie ein kommerzieller Investor am Markt? Besteht im relevanten Handlungssegment überhaupt ein Markt? Besteht ein Wettbewerb? Wird durch die Tätigkeit unmittelbar der Stiftungszweck erfüllt? Kommt das rückgeflossene Geld wieder voll und ganz dem Stiftungszweck zugute? Besteht also ein geschlossener Vermögenskreislauf? Und ist die Tätigkeit insgesamt von nur untergeordneter Natur? Vor dem Hintergrund dieser Kriterien bestünde die Möglichkeit, für die Beurteilung verschiedene Bereiche zu unterscheiden.

- Geschieht das Investment *in unmittelbarer Erfüllung des Stiftungszwecks*, dann bedarf es der sorgfältigen Prüfung, ob dieser Zweck gemeinnützig ist. Ist das zu bejahen, so sollte auch die Art der Zweckerfüllung keinen Ausschlag geben, selbst wenn sie im Einzelfall mit unternehmerischen Ansätzen oder in einem gewissen Wettbewerb am Markt stattfindet. Im Ergebnis handelt es sich bei solchen Investitionen nicht um Vermögensbewirtschaftung, sondern um echte Förderung;<sup>484</sup> folglich wäre nicht nachzuvollziehen, warum derjenige, der effektiv fördert (etwa weil er das Vermögen mehrfach oder mit Erträgen zum Einsatz bringt), benachteiligt würde gegenüber demjenigen, der das Vermögen einfach weggibt.
- Geschieht das Investment zwar nicht in unmittelbarer Erfüllung des gemeinnützigen Stiftungszwecks, kommen letzterem aber die Erträge vollumfänglich zugute (insoweit: *mittelbare Erfüllung des Stiftungszwecks*), könnte die Existenz eines «Marktes» Bedeutung erlangen. Existiert im relevanten Be-

482 Siehe zu diesem Ansatz und weiteren «Modellen» SPRECHER, in: Der Stiftungsreport 2013 (Fn. 20), S. 19 ff.

483 Die Problematik war am 21. Februar 2013 Gegenstand des Jahrestreffens des SwissFoundations Legal Councils, dem der Verfasser angehört. Dort wurde vorgesehen, Empfehlungen für die Behandlung der Thematik auszuarbeiten, denen hier nicht vorgegriffen werden soll.

484 So auch SPRECHER, in: Der Stiftungsreport 2013 (Fn. 20), S. 19, S. 21 f.

reich kein Markt oder versagt dieser, sollte die Tätigkeit keinen negativen Einfluss auf die Steuerbefreiung haben, jedenfalls dann, wenn der geschlossene Kreislauf gesichert und ein wie auch immer geartetes «Abschöpfen» der Zuflüsse ausgeschlossen ist. Tritt die Stiftung hingegen als genuine Wettbewerberin am Markt auf, würde sie bei einer vollständigen Steuerbefreiung gegenüber anderen Marktteilnehmern bevorzugt. Die Konsequenz wäre dann, dass sie für den marktrelevanten Teil (also nicht zwingend insgesamt) steuerpflichtig werden könnte, unter Vorbehalt der nachfolgenden Aspekte.

- Erfolgen die wirtschaftlich geprägten Tätigkeiten auch nicht in mittelbarer Zweckerfüllung oder operiert die Stiftung als Wettbewerberin auf einem Markt, könnte dies so lange unschädlich bleiben, als die Aktivitäten von lediglich untergeordneter Bedeutung sind (etwa 10–20 %).<sup>485</sup> Auch insoweit ist es freilich elementar, dass keine Gewinnabschöpfung betrieben wird.
- Für die Beurteilung des wettbewerblchen Kontext ist zudem auf einen bemerkenswerten Ausspruch des BGer vom 17. August 2012 hinzuweisen:<sup>486</sup> «Wo (...) tatsächlich Uneigennützigkeit vorliegt, kann kein wettbewerbsrechtlich problematisches Konkurrenzverhältnis vorliegen.»
- Schliesslich ist bei Darlegungs- und Beweisfragen im Rahmen der Steuerbefreiung<sup>487</sup> zu berücksichtigen, dass eine Stiftung kaum den strengen Beweis dafür erbringen kann, sich bei ihren Förderleistungen bzw. Investitionen nicht in einem Markt zu bewegen und keine Marktteilnehmer zu konkurrenzieren. Hier wäre über das reduzierte Beweismass des «Glaubhaftmachens» nachzudenken.<sup>488</sup>

---

485 Siehe in diese Richtung auch den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), KOM (2012) 35 endgültig (Fn. 254), in welchem die «Unterordnung» der wirtschaftlichen Tätigkeit nur gefordert wird, wenn die Wirtschaftstätigkeiten nicht mit dem gemeinnützigen Zweck der FE in Zusammenhang stehen.

Art. 11 E-VO: 1. Sofern ihre Satzung keine Beschränkungen vorsieht, steht es der FE frei, einer Handelstätigkeit oder sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen, vorausgesetzt, der Gewinn wird ausschliesslich zur Verfolgung ihres gemeinnützigen Zwecks verwendet.

2. Wirtschaftstätigkeiten, die nicht mit dem gemeinnützigen Zweck der FE in Zusammenhang stehen, sind im Umfang von höchstens 10% des Jahresnettoumsatzes der FE zulässig, sofern die Ergebnisse dieser zweckfremden Tätigkeiten im Abschluss gesondert ausgewiesen werden.

486 BGer, Urteil vom 17. August 2012, 2C\_251/2012, E. 3.2.2. a.E. Zur vorinstanzlichen Entscheidung siehe Verwaltungsgericht Bern, Urteil vom 9. Februar 2012, Bernische Verwaltungsrechtsprechung (BVR) 2012, S. 443 ff. *In casu* bestätigte das BGer die in Streit stehende Steuerbefreiung einer Stiftung, die entsprechend ihrem Zweck ein Zentrum für buddhistische Meditationskurse betreibt. Siehe Einzelheiten zu diesem interessanten Entscheid in DOMINIQUE JAKOB/DANIELA DARDEL/MATTHIAS UHL, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2012, Bern 2013, njus.ch, Teil 2 Ziff. II.I.

487 Vgl. hierzu BGE 92 I 253 ff.

488 Vgl. SPRECHER, in: Der Stiftungsreport 2013 (Fn. 20), S. 19, S. 23.

## 2. *Gemischte Stiftungszwecke und Steuerbefreiung*

Ein zweites Thema ist die Kombination gemeinnütziger und privatnütziger Zwecke. Während eine solche stiftungszivilrechtlich im Rahmen einer klassischen Stiftung möglich und zulässig ist, scheint es dem Gemeinnützigkeitsrecht Probleme zu bereiten, ein solches Modell sinnvoll abzubilden. Unstreitig ist, dass die gemischte Zweckverfolgung nicht im gleichen Ausmass steuerlich privilegiert werden darf wie die rein gemeinnützige nach Art. 56 lit. g DBG<sup>489</sup>. Gemäss dem Kreisschreiben Nr. 12 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (EStV) vom 8. Juli 1994<sup>490</sup> kommt im Falle einer gemischten Zwecksetzung, bei welcher neben den gemeinnützigen auch weitere Zwecke treten, unter Umständen eine *teilweise* Steuerbefreiung in Frage.<sup>491</sup> So kann nach Ziff. II.5. des KS Nr. 12 für Mittel, welche ausschliesslich und unwiderruflich der Verfolgung des steuerbefreiten gemeinnützigen oder öffentlichen Zweckes gewidmet werden, eine Steuerbefreiung gewährt werden, wenn sie vom übrigen Vermögen und Einkommen klar rechnungsmässig getrennt sind und die steuerbefreite Tätigkeit von einem relevanten Umfang ist (Spartenrechnung).<sup>492</sup> Die Anforderungen an die Spartenrechnung wurden in den Praxishinweisen der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 18. Januar 2008 nochmals konkretisiert.<sup>493</sup> Diese beziehen sich vornehmlich auf die objektbezogene Steuerbefreiung, für welche verlangt wird, dass die nämlichen Institutionen sowohl organisatorisch als auch rechnungsmässig eine klare Trennung zwischen ihren steuerlich privilegierten gemeinnützigen (oder öffentlichen) und ihren anderen, privatnützigen Aktivitäten vornehmen. Hierbei wird (ohne ersichtliche Rechtsgrundlage) gefordert, für die einzelnen Zwecke verschiedene Rechtsträger zu schaffen, wovon jedoch in Ausnahmefällen abgewichen werden kann.<sup>494</sup> Allein: Die Praxis der Steuerbehörden scheint zunehmend und insgesamt strenger zu werden<sup>495</sup> und die partielle Steuerbefreiung als «Auslaufmodell» deklariert worden zu sein.

489 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, SR 642.11.

490 Kreisschreiben Nr. 12 der EStV vom 8. Juli 1994 (Fn. 74).

491 Kreisschreiben Nr. 12 der EStV vom 8. Juli 1994 (Fn. 74), Ziff. II.2.b.

492 Kreisschreiben Nr. 12 der EStV vom 8. Juli 1994 (Fn. 74), Ziff. II.5; siehe hierzu auch DOMINIQUE JAKOB/ROMAN HUBER, Rechtliche Rahmenbedingungen für NPO in der Schweiz, in: Bernd Helmig/Hans Lichtsteiner/Markus Gmür (Hrsg.), *Der Dritte Sektor der Schweiz*, Bern 2010, S. 99 ff., S. 122.

493 Praxishinweise der Schweizerischen Steuerkonferenz zuhanden der Kantonalen Steuerverwaltungen vom 18. Januar 2008, Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke oder Kultuszwecke verfolgen, Abzugsfähigkeit von Zuwendungen, abrufbar unter: [http://www.csi-ssk.ch/downloads/merkblaetter/praxishinweise\\_steuerbefreiung\\_2008\\_d.pdf](http://www.csi-ssk.ch/downloads/merkblaetter/praxishinweise_steuerbefreiung_2008_d.pdf), S. 42 ff.

494 Praxishinweise der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 18. Januar 2008 (Fn. 493), S. 42. In solchen Ausnahmefällen werden gleichwohl separate Rechnungen mit eigenem Einzahlungskonto gefordert, die verschiedenen Voraussetzungen genügen müssen.

495 Vgl. bereits KOLLER, in: *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa* (Fn. 259), S. 441 ff., S. 448.

Mischen Impossible? Aus Sicht des Verfassers haben gemischte Modelle auch im Gemeinnützigkeitsbereich Zukunft. Denn kann es nicht – gerade vor dem Hintergrund neuer Stiftungsansätze und -strategien – eine gutzuheissende Motivation sein, dass eine Person, die einen grossen Teil ihres Vermögens endgültig gemeinnützigen Zwecken widmet, einen Teil davon mit nicht gemeinnützigen (etwa der Unterstützung ihrer Familie oder ihrem Unternehmen) verbinden will? Möglicherweise begrenzt auf eine bestimmte Quote oder eine bestimmte Zeit?<sup>496</sup> So soll an dieser Stelle lediglich der Denkanstoss gegeben werden, gemischten Modellen auch in Zukunft einen fruchtbaren Boden zu bieten. Könnte man sie auch steuerrechtlich rechtssicher abbilden, wäre ein breiteres und flexibleres Spektrum an philanthropischen Stiftungsgestaltungen möglich, eine grössere Zahl von Stiftern würde sich für ein gemeinnütziges Tätigwerden entscheiden und dem Sektor könnte mehr Wirkung verliehen werden.

### 3. *System des Gemeinnützigkeitsrechts*

Diese und weitere Aspekte führen zu der generellen Frage, ob die Schweiz grundlegend über ihr *System des Gemeinnützigkeitsrechts* nachdenken sollte.<sup>497</sup> Denn so einig man sich in der sozioökonomischen Forschung ist, dass in aller Regel nicht aus steuerlichen Gründen gestiftet oder gespendet wird, so sehr ist zu betonen, dass das Steuerrecht auch nicht davon abhalten sollte. Hinzu kommt die Legitimitäts- und Lenkungsfrage: Die allseits erwartete Privilegierung gemeinnütziger Vorhaben bringt bekanntlich Nachteile für den Staatshaushalt durch Steuerausfälle, was den Staat auch in seiner Haushaltshoheit tangiert, weil er auf die konkrete Verwendung der steuerprivilegierten (und durch den Verzicht gleichsam mithingegebenen) Mittel keinen Einfluss mehr hat. Der Staat kann somit nur, aber immerhin mittelbar kanalisieren, in Anbetracht welcher Projekte die Haushaltshoheit abgegeben wird, indem er festlegt, was er für förderungswürdig hält. Und so könnte durch eine Neujustierung der steuerlichen Privilegien eine noch *zielgenauere Lenkungswirkung* erzielt werden, was technisch darauf hinauslaufen würde, die heute geltenden Kriterien der Steuerbefreiung, die auf dem achtseitigen Kreisschreiben der EStV aus dem Jahre 1994 beruhen,<sup>498</sup> einer Überprüfung zu unterziehen. Auf der anderen Seite muss betont werden, dass die geringe Regelungsdichte des Schweizer Gemeinnützigkeitsrechts durchaus charmant erscheint, etwa im Gegensatz zu dem kaum mehr zu bewältigenden Regelungs- und Richtliniendickicht des deutschen Gemeinnützigkeitsrechts.<sup>499</sup>

496 Siehe hierzu bereits JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 17.

497 Siehe hierzu bereits JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 12 f.

498 Kreisschreiben Nr. 12 der EStV vom 8. Juli 1994 (Fn. 74).

499 Siehe etwa HÜTTEMANN, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (Fn. 439), der den derzeitigen Rechtszustand kompakt auf ca. 850 Seiten darzustellen vermag. Hinzuweisen ist aktuell auf das am 21. März 2013 im BGBl. 2013, Teil I Nr. 15, S. 556 verkündete «Gesetz zur Stärkung des



Die Frage der Neuordnung des Schweizer Gemeinnützigkeitsrechts im Detail muss freilich einem anderen Juristentag vorbehalten bleiben; hier soll der Blick nur noch auf ein letztes «heisses Eisen» des schweizerischen und internationalen Gemeinnützigkeitsrechts gerichtet werden.

#### 4. *Internationale Stiftungstätigkeit, Steuerbefreiung und Spendenabzug – Anforderungen an eine moderne «Cross Border Philanthropy»*

Die Schweiz war und ist traditionell ein Standort für international ausgerichtete Stiftungen. Dass die «Auslandsoffenheit» des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts in der heutigen globalisierten Stiftungswelt ein nicht hoch genug einzuschätzender Standortfaktor sein kann, wurde bereits an anderer Stelle hergeleitet.<sup>500</sup> Bedeutung hat diese Auslandsoffenheit vor allem auf zwei Ebenen: Bei der *internationalen Stiftungstätigkeit* geht es darum, dass Fördertätigkeit im Ausland (nach sehr unterschiedlicher Praxis der Kantone) dem schweizerischen steuerlichen Gemeinnützigkeitsstatus schaden kann. Hier ist bereits häufiger der Ruf nach grösserer Freiheit bei der Wahl der (auch örtlichen) Tätigkeitsfelder erhoben worden,<sup>501</sup> wobei die Rückkopplung an seriöse, aber auch erfüllbare Dokumentationspflichten zuzugestehen ist. Ferner wäre es beim *internationalen Spendenabzug* vor dem Hintergrund der *Persche*-Entscheidung des EuGH<sup>502</sup> als zeitgemäss zu erachten, wenn auch die Schweiz<sup>503</sup> den Abzug von Spenden an Empfänger mit Sitz im Ausland zulassen würde, wiederum mit entsprechenden Dokumentationsvorgaben.<sup>504</sup>

---

Ehrenamtes (Ehrenamtsstärkungsgesetz)», welches in einem ersten Entwurf des Bundesministeriums für Finanzen vom 26. September 2012 tatsächlich den Namen «Gemeinnützigkeitsentbürokratisierungsgesetz (GEG)» (vgl. BT-Drucks. 17/11316, 17/11632 sowie 17/12037) getragen hatte.

500 JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 10; JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 12 f.

501 Vgl. z.B. DEGEN, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 107 ff., S. 111 f.

502 EuGH, Urteil vom 27. Januar 2009, Rs. C-318/07, Slg. 2009, I-359 = NJW 2009, S. 823.

503 Auf die Ansicht des Bundesrats in seinem Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 25 ff., wurde oben in A.II.3. bereits hingewiesen. Als unbefriedigend ist hierbei vor allem die Perspektive des Bundesrats zu bezeichnen, die Frage ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der *Vorteile für den Stiftungsstandort Schweiz* zu prüfen und nicht unter demjenigen des Nutzens für die grenzüberschreitende Philanthropie. Hier wird der Titel der Motion zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandorts Schweiz» zu wörtlich genommen, was zugleich ihre zu einseitige Dimension demonstriert.

504 Vgl. hierzu bereits JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 10. Zur Situation in Deutschland, dessen Gesetzgebung ja aufgrund des *Persche*-Urteils geändert werden musste, vgl. FG Bremen, Urteil vom 8. Juni 2011, Az. 1 K 63/10 (6) (nicht rechtskräftig; Az. BFH I R 16/12), ZStV 2012, S. 140 f. (Anm. STEFAN WINHELLER/JOACHIM MOGCK), FG Münster, Urteil vom 8. März 2012, Az. 2 K 2608/9 E (rechtskräftig), ZStV 2012, S. 221 (Anm. THORSTEN FRANKE-ROERICH) und zuletzt FG Düsseldorf, Urteil vom 14. Januar 2013, Az. 11 K 2439/10 E (nicht rechtskräftig; Az. BFH X R 7/13); an diesen Urteilen ist ersichtlich, dass der Weg zur Vollendung der Spendenfreizügigkeit im EU-Kontext noch weit erscheint und möglicherweise ein weiteres Diktum des EuGH erfordert.

Das im vorangegangenen Abschnitt gleichsam versteckte Zauberwort, welches die *Cross Border Philanthropy* der Zukunft kanalisieren könnte und dem im bisherigen nationalen Diskurs noch zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird, sind die Dokumentationspflichten, oder allgemein: die *Kontrolle über die grenzüberschreitende Philanthropie*.

a. *Status Quo – EuGH-Rechtsprechung und Kontrolldefizit*

Der EuGH hat in den schon oben beschriebenen Urteilen<sup>505</sup> versucht, Diskriminierungen bei grenzüberschreitender Gemeinnützigkeit unter Einsatz der Kapitalverkehrsfreiheit zu verhindern und vorgegeben, dass keine Unterscheidung anhand des ausländischen Sitzes einer Stiftung oder eines Spendenempfängers vorgenommen werden darf. Zu allseits befriedigenden Ergebnissen hat diese Initiative freilich noch nicht geführt, entweder weil die Mitgliedstaaten neue Kriterien anstelle des Sitzes einer Stiftung eingeführt haben<sup>506</sup> oder in ihrer Rechtsprechung (zu) harte Anforderungen für ausländische Organisationen aufstellen, die entsprechenden Vorgaben des *nationalen* Gemeinnützigkeitsrechts zu erfüllen.<sup>507</sup> Freilich besteht in der Tat keine Garantie, dass im Ausland ansässige Empfänger oder Stiftungen diejenigen Kriterien einhalten, die aus Sicht eines steuerbefreienden Staates erforderlich sind. Und es ist bisher auch nicht geklärt, wie die Staaten insgesamt internationale Geldflüsse, die von Steuerbefreiungen im Geberstaat profitieren, sinnvoll überwachen sollen. Extrapoliert werden diese Fragen zusätzlich durch die Anforderungen, die im Hinblick auf die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch die FATF und andere Initiativen aufgestellt worden sind.<sup>508</sup>

---

505 Siehe zum *status quo* bereits oben A.III.4.a.aa.

506 Siehe zu diesem Thema im Überblick BEATE ECKHARDT/DOMINIQUE JAKOB/GEORG VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungsreport 2011, S. 17; ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungsreport 2012 (Fn. 20), S. 25. Zur Reaktion des deutschen Gesetzgebers etwa MARCUS HELIOS, Europäisches und internationales Steuerrecht, in: Stephan Schauhoff (Hrsg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl., Bonn 2010, § 22 Rn. 53; RAINER HÜTTEMANN, Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Spendenabzugs, Anmerkungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften, IStR 2010, S. 118 ff.

507 Vgl. im deutschen Kontext vor allem FG Münster, Urteil vom 8. März 2012, Az. 2 K 2608/9 E und FG Düsseldorf, Urteil vom 14. Januar 2013, Az. 11 K 2439/10 E (nicht rechtskräftig; Az. BFH X R 7/13). Diese schützen die Verweigerung des Spendenabzugs bei Zuwendungen an eine portugiesische bzw. spanische Einrichtung, weil die Voraussetzungen des deutschen Rechts nicht erfüllt waren: Die Satzungen der betreffenden Organisationen enthielten namentlich keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Vermögensbindung (§ 55 AO), und den ausgestellten Spendenbestätigungen fehlte die Angabe, dass die entsprechenden Zuwendungen ausschliesslich für satzungsmässige Zwecke verwendet würden.

508 Siehe dazu schon oben A.I.2. Aus der Perspektive des internationalen Gemeinnützigkeitsrechts zudem CLIVE CUTBILL, Issues relating to money laundering and terrorist financing, in: International Charitable Giving (Fn. 78), § 5.

Vor diesem Hintergrund hat die Niederländerin INEKE A. KOELE<sup>509</sup> in einem bemerkenswerten Beitrag hergeleitet, dass der «*missing link*» zwischen der internationalen Freizügigkeit im Bereich der Philanthropie und der Missbrauchsverhinderung in der *Kontrolle über die internationale Philanthropie* besteht. Hierzu arbeitet sie die zwei folgenden Ebenen heraus.

b. *Equivalency Test*

Aufgrund der Diversität einzelstaatlicher Rechte und Rechtsformen sei es unrealistisch, anzunehmen, dass eine Organisation gleichzeitig sowohl sämtliche Vorgaben ihres *nationalen* Rechts als auch etwaige spezielle Anforderungen (mehrerer) *ausländischer* Staaten erfüllen kann, die von letzteren für Steuererleichterungen vorgegeben werden. Aus diesem Grund müssten spezifische Anforderungen für Steuerprivilegien entwickelt werden, die auf dem Kriterium der Äquivalenz basieren (*equivalency considerations*), also der *Vergleichbarkeit* statt der Identität mit den heimischen Anforderungen des steuerprivilegierenden Staates.<sup>510</sup> Es dürften somit nicht die Anforderungen des heimischen Rechts gestellt werden; vielmehr würde sich ein sinnvoller «Equivalency Test» dadurch auszeichnen, dass er die international unabdingbaren (und nicht lokal geprägten) Werte für eine Steuerbefreiung herausarbeitet, i.S.e. normativen Vergleichbarkeit der Funktionen vereinheitlicht und somit auch für die Organisationen verschiedener Staaten erfüllbar macht. Um dies zu erreichen, müssten Kriterien entwickelt werden, die an die Parallelen zwischen den Rechtsordnungen anknüpfen, ähnliche Funktionsweisen unterschiedlicher Rechtssysteme gleichmässig berücksichtigen und dadurch vorgeben, welche Voraussetzungen etwa auch nach dem Heimatrecht einer Organisation erfüllt werden können. Das Feststellen der *funktionalen Vergleichbarkeit* ist somit Herausforderung und Schlüssel zugleich.

c. *Expenditure Test*

Zum zweiten müsste effektive Kontrolle ausgeübt werden, ob die Verausgabung der Zuwendungen im Ausland auch im Einklang mit den gemeinnützigen Zwecken steht (*expenditure responsibilities*). Diese Rechenschaftspflichten über die Verwendung der zur Verfügung gestellten Mittel müssten sicherstellen,

509 INEKE A. KOELE, How Will International Philanthropy Be Freed from Landlocked Tax Barriers?, *European Taxation* 2010, S. 409 ff., S. 415 ff.

510 Das scheinen die deutschen Finanzgerichte noch nicht verinnerlicht zu haben, wenn sie so strenge Massstäbe an die Vergleichbarkeit anlegen, dass im Ergebnis gleichsam eine formale Identität mit den Anforderungen des deutschen Gemeinnützigkeitsrecht gefordert wird; so das FG Münster, das im zweiten Rechtsgang den Spendenabzug in Sachen *Persche* im Hinblick auf die formelle Satzungsmässigkeit verwehrte, siehe Urteil vom 8. März 2012, 2 K 2608/09 E; ausserdem FG Düsseldorf, Urteil vom 14. Januar 2013, 11 K 2439/10 E. Deutlich liberaler indes noch FG Bremen, Urteil vom 8. Juni 2011, 1 K 63/10 6, das zu Recht auf eine rein materielle Vergleichbarkeit abstellt.

dass Organisationen die relevanten Mittel ihren Auflagen gemäss verwenden und könnten über Berichte zu Gunsten der Geldgeber sowie der Steuerbehörden kanalisiert werden. Entsprechend den obigen Äquivalenzgedanken könnte eine ausländische Stiftung gegebenenfalls auch gegenüber ihren *lokalen* Steuerbehörden rapportieren anstatt gegenüber denjenigen des steuerbefreienden Staates.<sup>511</sup>

d. *Implementierungsebene – Ein «Cross Border Philanthropy Code»?*

Der Verfasser möchte diese Gedanken im Grundsatz unterstützen. Die bisher ungeklärte Frage ist indes, auf welchen Ebenen diese Kriterien und mit ihnen die Einführung der «*Equivalency and Expenditure Tests*» implementiert werden könnten. Bedarf es hierzu, neben autonomen Schritten einzelner Staaten, möglicherweise internationaler Normen, auf der Ebene der EU oder anderer internationaler Organisationen? Mit solchen in absehbarer Zeit zu rechnen, ist freilich kein realistisches Szenario.<sup>512</sup> Aus diesem Grunde sei hier der Gedanke angeregt, dass das aufgezeigte Kontrolldefizit derzeit von den (gebenden und empfangenden) Organisationen *selbst* ausgefüllt und die entsprechenden Tests zunächst *dort* wahrgenommen und erfüllt werden sollten. Um hier für eine Hilfestellung, vor allem aber auch für Einheitlichkeit und höchstmögliche Qualitätsmassstäbe zu sorgen, sei ein «Cross Border Philanthropy Code» vorgeschlagen, der solche Massnahmen ausarbeitet und empfiehlt. Werden solche, bestenfalls breit abgestützte, Mechanismen der Selbstkontrolle eingehalten, die sich dann von den staatlichen Behörden verifizieren und evaluieren lassen, könnte die Neigung der Staaten erheblich steigen, auch ohne gesetzliches (nationales oder internationales) Regelwerk diese Anstrengungen genügen zu lassen und die heimischen Kontrollbedürfnisse als erfüllt anzusehen. Auf diesem Wege könnte die internationale Philanthropie gestärkt und zugleich dem Wunsch des Sektors nach Selbstregulierung anstelle von Fremdregulierung nachgekommen werden.

Freilich: Wir befinden uns insgesamt in einem Bereich, der durch eine Rechtsunsicherheit geprägt ist, die die Möglichkeiten grenzüberschreitender Philanthropie derzeit noch spürbar einschränkt. Der hier vorgeschlagene Ansatz steht daher auch im Einklang mit der allgemeinen Linie dieses Beitrages: Mehr Freiheit durch mehr (Self-)Governance – auch im internationalen Kontext.

---

511 Einem ähnlichen Denkmuster folgen übrigens auch die heutigen Wege, nationale Steuerinteressen über vermittelnde (nationale) Organisationen in Form von Gebernetzwerken zu befriedigen (vgl. etwa das Netzwerk «Transnational Giving Europe», <http://www.transnationalgiving.eu>), was freilich schon aufgrund der damit verbundenen Unsicherheiten keine dauerhafte Lösung darstellt.

512 Auch eine (für eine ausreichende Anzahl an Organisationen taugliche) Europäische Stiftung (vgl. dazu oben A.III.4.b. sowie JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* [Fn. 15], S. 3, S. 15 ff.) und/oder ein europäisches Gemeinnützigkeitsrecht scheinen noch zu weit entfernt, als dass alle anderen Bemühungen eingestellt werden dürften.

## IV. Organisation

### 1. Stiftungsorganisation und Foundation Governance

Die «Organisation» als (gegebenenfalls nachholbarer)<sup>513</sup> Bestandteil des Stiftungsbegriffs besagt und erfordert, dass die Stiftung ein funktionstüchtiges Handlungsgefüge besitzen muss, welches dafür Sorge trägt, dass mit dem gewidmeten Vermögen der Stiftungszweck erfüllt werden kann. Allerdings hat sich das Verständnis dieser «Stiftungsorganisation» in den letzten Jahren verändert. Es geht im Stiftungskontext nicht mehr allein darum, dass die unentbehrlichen Organe *vorhanden* sind, wie es Art. 54 ZGB allgemein für die juristische Person statuiert. Vielmehr hat ein tieferes Verständnis der besonderen Struktur der Rechtsform Stiftung Geltung gewonnen: Die Stiftung ist (bzw. hat)<sup>514</sup> ein eigentümerloses, zweckgebundenes Vermögen, das nicht nur eines Organisationsgefüges bedarf, welches zum Handeln im Stande ist, sondern eines solchen, das gewährleisten kann, dass die Handlungen zur *bestmöglichen* Erfüllung des Stiftungszweckes ausgeführt werden und die Stiftung gerade auch vor einem Fehlverhalten der Organe selbst bewahrt werden kann.

Relativ frisch ist freilich die Vorstellung, dass allen Beteiligten im stiftungsrechtlichen Interessengeflecht eine *zweiseitige* Rolle zukommt: die Stiftung nämlich *vor* allen Beteiligten geschützt werden muss, alle *von* ihnen aber zugleich zum Schutz der Stiftung herangezogen werden können, weshalb die rechtlichen Verhältnisse der Beteiligten zur Stiftung und untereinander analysiert und verstanden werden müssen.<sup>515</sup> Nicht zuletzt hieraus hat sich der Gedanke entwickelt, dass eine wohlverstandene Stiftungsorganisation auch ein System zum Schutz der Stiftung und ihrer Zweckverwirklichung sowie von *checks and balances* im Hinblick auf die Stiftungsbeteiligten gewähren sollte.<sup>516</sup> Und erst hieraus lässt sich das materielle Fundament gewinnen, mit dem sich der (zunächst parallel und unabhängig entstandene) Begriff der Foundation Governance ausfüllen und mit gezielten Handlungsnormen unterlegen lässt.<sup>517</sup> Versteht man Foundation Governance nun als «rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen» oder als «die Gesamtheit der auf die Interessen des StifTERS, der Destinatäre und der anderen Anspruchsgruppen ausgerichteten Grundsätze»,<sup>518</sup> in jedem Fall lässt sich festhalten: Stiftungsorganisation und

513 Siehe oben C.I.1.

514 Zur dogmatisch reizvollen Frage, ob die Stiftung ein zur juristischen Person verselbständigtes Zweckvermögen *ist* oder eine juristische Person, die ein Zweckvermögen *hat*, siehe STAUDINGER/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 5), Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB, Rn. 3, sowie MATTHIAS UHL, Einführung ins Stiftungsprivatrecht, Iuratio 4/2010, S. 202 f., jeweils m.w.N.

515 So Grundansatz und Idee bei JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), *passim*.

516 So JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 535, S. 538; dort auch zum weiterführenden Begriff der «regulierenden Dynamik».

517 So bereits JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 538.

518 Siehe zur Definition der Foundation Governance oben A.III.3.c.aa.



Foundation Governance bedingen sich gegenseitig und stehen vor allem in gegenseitiger Verpflichtung.

An dieser Stelle ist (nochmals)<sup>519</sup> zwischen externer und interner Governance zu differenzieren. Extern wird die Governance durch die Stiftungsaufsicht ausgeübt, welche klassischerweise für die Überwachung der Zweckerfüllung und der Organe vorgesehen ist und diese Aufgabe lange Zeit exklusiv hatte.<sup>520</sup> Erst langsam wurde jedoch die Bedeutung erkannt, welche wichtigen Ausgleich interne Kontrollstrukturen im Stiftungswesen zu leisten vermögen, ebenso wie die Möglichkeiten, die gewisse Gestaltungsfreiheiten im Hinblick auf die Governance bieten können. Denn der «Clou» einer wohlverstandenen internen Governance kann darin bestehen, Liberalität in der Gestaltung der Kontrolle zuzulassen, dadurch einerseits Privatsphäre zu gewährleisten und andererseits die öffentliche Hand zu entlasten – alles bei notwendigerweise gleichbleibendem Kontrollniveau und funktional vergleichbarer Kontrollintensität.

An dieser Stelle sollen nicht die einzelnen Möglichkeiten einer Ausgestaltung interner Kontrollmechanismen dargelegt werden.<sup>521</sup> Jedoch soll deutlich in Erinnerung gerufen werden, dass alle organisationsrelevanten Fragen auch auf ihre Governance-Relevanz und das Zusammenspiel von externen und internen Governance-Mechanismen zu befragen sind. Das soll auch nachfolgend im Kopf behalten werden, wenn zwei vergleichsweise «alte Hüte» der Thematik angesehen werden: die Stiftungsaufsicht und die Stiftungsaufsichtsbeschwerde.

## 2. Die Stiftungsaufsicht

Die Schweizer Stiftungsaufsicht wurde oben bereits in den internationalen Kontext der Aufsichtsmodelle eingeordnet.<sup>522</sup> Es war für den Verfasser etwas überraschend, dass im Rahmen der Behandlung der Motion Luginbühl vor dem Hintergrund möglicher Fragestellungen im Stiftungsrecht<sup>523</sup> gerade einer Veränderung der Schweizer Aufsichtsstruktur höchste Priorität zugewiesen wurde. Zu Sinn und Zweck der vorgeschlagenen Änderungen hat der Verfasser an anderer Stelle<sup>524</sup> Position bezogen, was hier für einen vollständigen Kontext nochmals wiedergegeben werden soll. Vorweggenommen sei, dass sich der Bundesrat allen nachfolgenden Argumenten angeschlossen und die Aufsichts-

519 Siehe bereits oben A.III.3.c.cc.

520 Zur Legitimation der Stiftungsaufsicht JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 240; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 84 ZGB Rn. 1.

521 Vgl. insoweit etwa SCHÖBEL (Fn. 210), S. 145 ff.; SPRECHER, Jusletter vom 26. April 2010 (Fn. 202), Rn. 53 ff.; für eine Analyse der Interessenkonflikte im Stiftungsrecht und ihrer Lösungsmöglichkeiten siehe ausserdem JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 387 ff.

522 Siehe oben A.III.3.b.bb.

523 Siehe oben A.II.2.

524 Siehe JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 12 ff.

debatte vorläufig beendet hat. Dennoch sollen die wichtigsten Argumente und Stationen kurz nachgezeichnet werden.<sup>525</sup>

a. *Relevante Fragen des Aufsichtsrechts*

aa. Direktaufsicht vs. Oberaufsichtssystem

So war im Grundlagenbericht des EJPD<sup>526</sup> ein *Oberaufsichtssystem* angedacht worden. Allerdings hat sich das derzeitige System der direkten Aufsicht bewährt, grundsätzlich auch die Unterscheidung in kantonale und eidgenössische Aufsicht, weil sich dort jeweils die entsprechende Expertise und Stiftungsnähe sammeln kann. Mit einem Oberaufsichtssystem müsste die Stiftungsaufsicht grundlegend neu konzipiert werden, was aus stiftungsrechtlicher Sicht nicht notwendig erscheint, die politischen und föderalen Schwierigkeiten sowie den administrativen und finanziellen Aufwand noch nicht eingerechnet. Ein «Gleichlauf mit dem BVG» ist kein schlüssiges Argument, eher sollte die klassische Stiftungsaufsicht von der BVG-Aufsicht getrennt werden,<sup>527</sup> als ersterer das BVG-System überzustülpen.

bb. Fachaufsicht vs. Rechtsaufsicht

Noch wichtiger jedoch ist, dass nicht von der Rechtsaufsicht zu einer Fachaufsicht übergegangen werden sollte. *Fachaufsicht* würde heissen, dass die Behörde bei jeder Entscheidung des Stiftungsrats deren Zweckmässigkeit und Effizienz zu prüfen hätte, ob also innerhalb des Spektrums rechtlich *zulässiger* Möglichkeiten eine andere Massnahme vielleicht die bessere gewesen wäre; die Aufsicht müsste es also immer «besser wissen» als der Stiftungsrat, wäre bei jeder Stiftung ins Tagesgeschäft eingebunden und würde zudem die eigentliche Verantwortung für das Stiftungshandeln übernehmen. Indes ist das Stiftungswesen thematisch so heterogen, dass eine solche Kompetenz kaum aufzubauen wäre. Zudem könnte der traditionelle Gedanke der Freiheitlichkeit im Schweizer Stiftungswesen verloren gehen, was dem Standort massiv schaden würde.

Vielmehr sollte man sich darauf besinnen, was das Prinzip der *Rechtsaufsicht* bedeutet. Die Aufsichtsbehörde prüft dort «nur», ob das Handeln des Stiftungsrats mit Gesetz und Statuten in Einklang steht und darf bzw. muss bei stiftungsrechtswidrigem Verhalten einschreiten. Der Clou aber ist die *Ermessenskontrolle* (ein Aspekt, der in besagtem Grundlagenbericht zu kurz geraten ist). Die Aufsichtsbehörde muss prüfen, ob der Stiftungsrat sein Ermessen ordnungsge-

525 Siehe zur Stiftungsaufsicht zudem das Co-Referat von PARISIMA VEZ, *Surveillance étatique et autorégulation des fondations classiques*.

526 Siehe Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht des EJPD vom 23. Dezember 2010 (Fn. 83), S. 8, S. 12 f. und S. 20.

527 Siehe dazu JAKOB, in: *Stiften und Gestalten* (Fn. 15), S. 3, S. 6 ff.

mässig ausgeübt hat und muss bei Ermessensfehlern einschreiten.<sup>528</sup> Natürlich darf die Aufsichtsbehörde nicht *ihr* Ermessen an dasjenige des Stiftungsrats stellen, aber sie muss den *Entscheidungsvorgang* kontrollieren und prüfen, ob alle sachgerechten Aspekte, aber auch nur diese, einbezogen und einer ordnungsgemässen Abwägung zugeführt wurden. Ist dies nicht der Fall, darf sie eingreifen und ihr Portfolio an Aufsichtsmaßnahmen ausspielen, freilich innerhalb der Schranken des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Subsidiarität staatlicher Eingriffe.<sup>529</sup>

cc. Klarstellung der Aufsichtsgrundlagen

Möglicherweise könnte man diesen Auftrag an die Aufsichtsbehörden durch eine punktuelle Formulierungsänderung in Art. 84 Abs. 2 ZGB klar(er) stellen.<sup>530</sup> Zweifelhaft aber ist, ob man wirklich die *Aufsichtsgrundlagen neu und detailliert im Gesetz «durchregeln» sollte*, wie ebenfalls im Grundlagenbericht zu vernehmen war.<sup>531</sup> Aus Sicht des Autors sind diese Grundlagen nicht unklar, das betrifft den eben erwähnten Prüfungsumfang der Aufsicht, die Eintrittsschwelle für die Prüfung und das Massnahmenportfolio. Ein Zivilgesetzbuch darf durchaus abstrakt sein. Sollte die Stiftungsaufsicht im Detail geregelt werden, muss diese Regelung perfekt gelingen – ein schwieriges Unterfangen, das eine erhebliche Gefahr von neuen Auslegungsproblemen schaffen würde, vor allem wenn man versucht sein sollte, abschliessend zu normieren.<sup>532</sup>

dd. «Soft facts»

Vor diesem Hintergrund hatte der Verfasser am 2. Zürcher Stiftungsrechtstag im Juni 2012 vorgeschlagen, das *bestehende System zu optimieren*, also den Aufsichtsbehörden die Grundlagen noch näher zu bringen und vor allem eine Personalstruktur zu geben, mit der sie ihren Aufgaben auch wirklich pflichtgemäss nachgehen können: stets die Eingriffsschwellen zu kontrollieren und dann, so-

528 Siehe ausführlich zur Ermessens- und Ermessensfehlerlehre KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 83 ZGB Rn. 12 ff., Art. 84 ZGB Rn. 5.

529 Insofern sollte, anders als dies bisweilen gesehen wird (vgl. den Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht des EJPD vom 23. Dezember 2010 [Fn. 83], S. 6), das *heutige* System – auch vor dem Hintergrund des Art. 84 Abs. 2 ZGB – bereits als *reine* Rechtsaufsicht verstanden werden, weil es nicht um Entscheidungsersetzung, sondern immer um *Entscheidungskontrolle* anhand *rechtlicher* Kriterien geht. Das hätte gegebenenfalls durch eine kleinere Änderung des Wortlauts von Art. 84 Abs. 2 ZGB klargestellt werden können, indem etwa der Satzteil «dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird» durch «dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Statuten in Einklang steht» ersetzt worden wäre, wobei zu letzterem eben die ordnungsgemässe Ermessensausübung gehört.

530 Vgl. den Formulierungsvorschlag in vorstehender Fn. 529.

531 Vgl. Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht des EJPD vom 23. Dezember 2010 (Fn. 83), S. 14 f.

532 Fraglich ist auch, ob dem ZGB ein hypothetisches Artikelkonglomerat von beispielsweise «Art. 84a bis k» gut zu Gesicht stünde. In diesem Fall sollte eher über eine Aufsichtsverordnung nachgedacht werden.

bald notwendig, auch schnell und effektiv einzuschreiten. Manpower und Training, so die Botschaft des Autors, wären sinnvoller als ein Umstürzen des Aufsichtssystems unter Schaffung neuer Probleme.

*b. Der Bericht des EDI vom 9. Dezember 2012 zum Modell einer Oberaufsicht bei klassischen Stiftungen*

Wie es angekündigt war,<sup>533</sup> hat auch das EDI unter Einbezug des EFD und der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden die Frage untersucht, ob die bisherige Aufsicht über Stiftungen durch ein Modell der Oberaufsicht ersetzt werden sollte und dem Bundesrat am 9. Dezember 2012 einen «Bericht zum Modell einer Oberaufsicht bei klassischen Stiftungen» zur Kenntnis gebracht.<sup>534</sup> In diesem Bericht macht das EDI auf die signifikanten Unterschiede zwischen klassischen Stiftungen und BVG-Stiftungen aufmerksam, welche letztere nach geltendem Recht einem System der Oberaufsicht unterstehen.<sup>535</sup> Angesichts unterschiedlicher Rechtsgrundlagen sei es nicht angezeigt, das im Bereich des BVG installierte Oberaufsichtsmodell auch im klassischen Stiftungsrecht einzuführen. Ausserdem erlaube es die Vielfalt der Stiftungszwecke und -tätigkeiten im klassischen Stiftungsrecht nicht, einer solchen denkbaren Oberaufsicht sinnvolle Aufgaben zu übertragen.<sup>536</sup>

*c. Der Bericht des Bundesrates vom 27. Februar 2013 zur Abschreibung der Motion Luginbühl*

Nach eingehender Prüfung der Materie hat sich schliesslich der Bundesrat in seinem Bericht vom 27. Februar 2013 dezidiert gegen eine Revision des Stiftungsaufsichtsrechts ausgesprochen.<sup>537</sup> Aufgrund der Vielfalt der Stiftungszwecke und -tätigkeiten erachtet der Bundesrat ein Oberaufsichtssystem, bei dem sämtliche klassische Stiftungen kantonal beaufsichtigt würden, für nicht zielführend und teilt die Bedenken des EDI, einer Oberaufsichtsbehörde tatsächlich sinnvolle Aufgaben zuweisen zu können.<sup>538</sup> Ausserdem fasst der Bundesrat eine Stellungnahme der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden vom 24. Februar 2012 zusammen: Auch diese lehne es ab, ein Oberaufsichtsmodell einzuführen, sehe «keinen Bedarf an einer gesetzlichen Präzisierung der Gesetzesgrundlagen zur Stiftungsaufsicht» und betrachte das

<sup>533</sup> Vgl. JAKOB/STUDEN/UHL, Entwicklungen 2011 (Fn. 11), njus.ch, S. 47 f.

<sup>534</sup> Bericht des EDI zum Modell einer Oberaufsicht bei klassischen Stiftungen vom 9. Dezember 2012, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-02-27/ber-edi-d.pdf>.

<sup>535</sup> Bericht des EDI zur Oberaufsicht vom 9. Dezember 2012 (Fn. 534), S. 3 f.

<sup>536</sup> Bericht des EDI zur Oberaufsicht vom 9. Dezember 2012 (Fn. 534), S. 5 f.

<sup>537</sup> Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), dort vor allem S. 4 f., S. 10 ff.

<sup>538</sup> Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 11 ff.

geltende System der unmittelbaren behördlichen Aufsicht für zweckmässig. Schliesslich werde befürchtet, dass eine bundesgesetzliche Normierung zu erheblichen praktischen Problemen und zu einer Überregulierung der Aufsichtstätigkeiten führen könnte.<sup>539</sup>

Getreu dem Motto «Manpower und Training» hat der Bundesrat aber verlautbaren lassen, die Stellenprozente der mit einer stetig wachsenden Anzahl Stiftungen konfrontierten Eidgenössischen Stiftungsaufsicht zu verdoppeln und auch für spezifische Sachkompetenzen zu sorgen.<sup>540</sup>

### 3. Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde

#### a. Rechtsnatur

Ein Punkt, der hingegen weiter einer Entwicklung offen stehen könnte, ist die Stiftungsaufsichtsbeschwerde, und innerhalb dieser vor allem die *Antragslegitimation*. Bei der Stiftungsaufsichtsbeschwerde handelt es sich um ein Mittel zum Rechtsschutz der Stiftungsbeteiligten gegenüber der Aufsichtsbehörde.<sup>541</sup> Nicht ausdrücklich im gesetzlichen externen Aufsichtsrecht verankert, wird sie aus Art. 84 Abs. 2 ZGB gewonnen und eröffnet als Rechtsmittel *sui generis*<sup>542</sup> die Möglichkeit, gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu erheben.<sup>543</sup> Der Beschwerde folgt ein Anspruch auf Behandlung durch die Behörde, gegen deren letztinstanzlichen Bescheid Beschwerde bei Gericht eingelegt werden kann.<sup>544</sup>

Bereits an dieser Stelle sollte deutlich geworden sein: Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde ist der gesetzlich legitimierte Weg für die Stiftungsbeteiligten, auf

539 Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 12 f., S. 36.

540 Vgl. die Medienmitteilungen des Bundesrats vom 27. Februar 2013, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-02-27.html>: «Damit jedoch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht (ESA) ihren Aufgaben auch mit der stetig wachsenden Anzahl Stiftungen nachkommen kann, hat der Bundesrat beschlossen, die ESA um 650 Stellenprozente (auf 1300 Stellenprozente) auszubauen. Im Zuge der Optimierung und um die gestiegenen Anforderungen in Bezug auf die finanzielle Aufsicht gegenüber den Stiftungen zu erfüllen, sollen gezielt auch ausgewiesene Finanzfachkräfte rekrutiert werden. Der Personalausbau wird über Gebühren finanziert und ist für den Bund haushaltsneutral.»

541 Zum internationalen Vergleich des Rechtsschutzes im Stiftungswesen JAKOB, in: MÜHBGESR V (Fn. 18), § 119 Rn. 77 ff., Rn. 131 ff.; JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 361 ff., S. 371 ff., S. 489 ff.

542 Siehe zur Entstehung des Rechtsmittels zunächst AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–89 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1930, Nachdruck 1978, Art. 84 ZGB Rn. 10, und BK-RIEMER (Fn. 162), Art. 84 ZGB Rn. 123 sowie im Anschluss BGE 107 II 385 ff.; im Überblick dazu BAUMANN LORANT (Fn. 395), S. 181. Zur Beschwerde als «Rechtsmittel *sui generis*» siehe aktuell BGer, Urteil vom 23. März 2012, 9C\_823/2011, E. 2.1 und BVGer, Urteil vom 11. September 2012, B-3773/2011, E. 1.2.

543 Zur Abgrenzung der Aufsichtsbeschwerde vom zivilrechtlichen Klageweg siehe KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 84 ZGB Rn. 10 m.w.N.

544 Vgl. BGE 112 Ia 190, E. 3.d.aa; 110 II 436, E. 1; BVGer, Urteil vom 29. September 2009, B-383/2009; ausserdem BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 84 ZGB Rn. 17 m.w.N.



die Aufsichtsbehörde einzuwirken und somit eine *regelmässige* (und nicht nur ausnahmsweise privatautonom vorgesehene) Mitwirkungs- und Kontrollmöglichkeit zu haben. Es handelt sich somit um eine Massnahme zur *internen Governance* durch die Stiftungsbeteiligten, sei es zur Verwirklichung eigener inhaltlicher Vorstellungen, sei es zur Kontrolle der Kontrolleure.<sup>545</sup> Aus der Verknüpfung der Beteiligtenrechte mit dem Aufsichtshandeln resultiert gleichsam ein *internes* Veranlassungselement innerhalb der *externen Governance* – ein Ansatz, den man im neuen liechtensteinischen Recht sogar gesetzlich institutionalisiert hat.<sup>546</sup> Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde stellt folglich einen wichtigen Baustein im stiftungsrechtlichen Interessenspiel und im hierauf auszurichtenden System von *checks and balances* dar. Auf die Bedeutung dieses Bausteins hat der Verfasser schon an anderer Stelle<sup>547</sup> hingewiesen und ihn auch für andere Rechtsordnungen als wertvoll und nachahmenswert befunden.

#### b. Antragslegitimation

Allein: Wirkung und Nutzen dieses Rechtsmittels stehen und fallen mit seinem Zugang, also der Frage der Beschwerdeberechtigung oder Aktivlegitimation. Letztere darf nicht zu eng ausfallen, um effektiven Schutz zu bieten, aber auch keine Popularklage eröffnen, um die Stiftung nicht zu lähmen. Die Praxis möchte «keine überspannten Anforderungen» stellen.<sup>548</sup> Zu den Berechtigten soll jede Person gehören, die wirklich einmal in die Lage kommen kann, eine Leistung oder einen anderen Vorteil von der Stiftung zu erlangen<sup>549</sup> bzw. ein persönliches, direktes und aktuelles Interesse hat, das stiftungsrechtlich geschützt ist.<sup>550</sup> Für die Antragslegitimation wird also ein eigenes, im Zeitpunkt der Beschwerdeeingabe konkret zu bestimmendes Interesse des Beschwerdeführers vorausgesetzt, wozu ein über die persönliche geistige Verbundenheit zum Stifter hinausgehender Bezug erforderlich sei.<sup>551</sup> Bezweckt werden müsse zudem die Kontrolle des statutenkonformen Verhaltens einer Stiftung, nicht die Geltendmachung materieller Ansprüche.<sup>552</sup> Unter eine solche Umschreibung können etwa (potenzielle) Destinatäre fallen, wenn sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in die Lage kommen können, Stiftungsvorteile zu nutzen und in einer konkreten Beziehung zum Stiftungszweck stehen. Sie müssen sich also auf mehr als auf öffentliche Interessen oder das abstrakte Interesse

545 Siehe hierzu JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 238 f., S. 262, S. 381 f. und aus Sicht des liechtensteinischen Rechts JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 502, Rn. 510.

546 Dazu aus Sicht des liechtensteinischen Rechts JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 468, Rn. 511.

547 Vgl. JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 498 ff.

548 BVGer, Urteil vom 29. September 2009, B-383/2009, E. 3.1.

549 So BGE 107 II 385, E. 4.

550 So BRÜCKNER (Fn. 196), S. 421 f.

551 Vgl. BVGer, Urteil vom 29. September 2009, B-383/2009, E. 4.2.

552 Vgl. BGer, Urteil vom 30. März 2009, 5A\_828/2008, E. 1.1 ff.

berufen können, zu einem unbestimmt grossen Personenkreis zu gehören. Einen klagbaren Anspruch auf die Stiftungsleistung setzt diese Definition aber nicht voraus.

Die Häufigkeit aktueller, zum Teil divergierender Urteile ist ein Indiz, dass die Frage in der Praxis Bedeutung erlangt und nicht von Rechtssicherheit geprägt ist. Etwa billigte das BVGer<sup>553</sup> im Jahr 2012 einem von der Mehrheit überstimmten Stiftungsratsmitglied die Beschwerdelegitimation zu; an das erforderliche «persönliche Interesse» seien keine strengen Anforderungen zu stellen, da die Stiftungsaufsichtsbeschwerde nicht zuletzt ein wirksames Mittel für die sorgfältige Ausübung der Stiftungsaufsicht sei. Demgegenüber verweigerte das BGer<sup>554</sup> im gleichen Jahr einem überstimmten Stiftungsratsmitglied die Antragsbefugnis, weil weder die Behauptung, der Stiftungsrat hätte einen unzulässigen Beschluss gefasst, noch die theoretische Möglichkeit, haftpflichtig zu werden, das erforderliche «persönliche Interesse» begründe.

c. *Neuer Wertungsansatz?*

Aus dieser kurzen Gegenüberstellung sollte deutlich geworden sein, dass die Beurteilung der Antragsbefugnis durch die Gerichte nicht nur recht willkürlich ausfallen kann, sondern auch auf ihren Wertungsansatz hin überprüft werden muss. Es geht bei der Stiftungsaufsichtsbeschwerde nicht darum, Begünstigten zu ihrer Begünstigung zu verhelfen, wie die ursprüngliche Begründung des BGer<sup>555</sup> nahelegt, sondern gemäss der «Quellvorschrift» des Rechtsmittels (Art. 84 Abs. 2 ZGB)<sup>556</sup> darum, sicherzustellen, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Statuten in Einklang steht. Hat man sich also im Grundsatz dafür entschieden, dass Stiftungsbeteiligte dieses Schutzinteresse wahrnehmen dürfen, so muss man auch den Zugang danach ausrichten, dass Stiftungsbeteiligten ihre Rechte i.S.e. effektiven Foundation Governance wahrnehmen können. Die richtige Frage zur Beurteilung der Antragsbefugnis sollte also sein: Besteht im Hinblick auf die geltend gemachte oder beanstandete Massnahme ein *legitimes Kontrollinteresse* daran, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Statuten in Einklang steht, oder wird nur ein «populäres», querulantisches oder gar missbräuchliches Anliegen vorgebracht? Nachdem in der Schweiz (etwa anders als in Liechtenstein) keine weiteren gesetzlichen Mitwirkungs-, Informations- oder Kontrollrechte für die Beteiligten vorgesehen sind, gibt es hierfür auch keine Ersatzmechanismen (welch letztere ausnahmsweise privatautonom in Form von speziellen Sonderrechten eingeräumt sein müss-

553 BVGer, Urteil vom 11. September 2012, B-3773/2011; siehe dazu auch JAKOB/DARDEL/UHL, Entwicklungen 2012 (Fn. 486).

554 BGer, Urteil vom 23. März 2012, 9C\_823/2011; siehe dazu auch JAKOB/DARDEL/UHL, Entwicklungen 2012 (Fn. 486).

555 BGE 107 II 385, E. 4.

556 Zur unglücklichen Formulierung dieser Vorschrift siehe bereits JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 11 f.; ausserdem oben Fn. 529.

ten). Oder in nochmals deutlicheren Worten: Die Antragsbefugnis für die Stiftungsaufsichtsbeschwerde ist für die Stiftungsbeteiligten *die gesetzlich legitimierte Einbruchsstelle der internen Governance im Schweizer Recht* und muss daher auch nach Governance-Gesichtspunkten bewertet werden.

Aus diesem Grunde könnte, wie der Verfasser bereits an anderer Stelle<sup>557</sup> dargelegt hat, auf die einfache, aber in Bezug auf die Kontrolllegitimation griffigere Formel des «berechtigten (Kontroll-) Interesses» rekuriert werden.<sup>558</sup> Ein solches stünde typischerweise (aber nicht abschliessend) denjenigen zu, die einen konkreten Anspruch gegen die Stiftung oder eine Anwartschaft geltend machen können (Begünstigte, Gläubiger); daneben denjenigen, deren Interessen stiftungsrechtlich geschützt sind (Organmitglieder, Stifter). Innerhalb einer so definierten Antragsbefugnis stünden auch nachträgliche Zustifter und Spender, wenn ihre Beiträge nicht bestimmungsgemäss verwendet werden – ein wichtiger Punkt, weil auch diese Personen eine Funktion im System der Foundation Governance ausüben können und zugleich die *nachträgliche* Partizipation am Stiftungserfolg attraktiver würde, ohne korporative und somit stiftungsfremde Gestaltungen propagieren zu müssen. Nicht berechtigt wären dagegen Personen, die lediglich ein abstraktes Interesse am Stiftungsgebaren vorweisen können.

Interne Governance durch Beteiligtenrechte als Teil des *Rechtsschutzes* erscheint für ein modernes Stiftungsrecht des 21. Jahrhunderts «Pflicht».<sup>559</sup> Darüber hinausgehende, «institutionelle» Beteiligtenrechte, wie sie etwa in der Totalrevision des liechtensteinischen Stiftungsrechts eingeführt wurden,<sup>560</sup> sind demgegenüber als «Kür» zu betrachten und müssten behutsam in eine Stiftungsrechtsordnung eingeführt werden. Hierbei müsste man wohl wegen des höchst unterschiedlichen Beteiligtenkreises zwischen klassischen (oder gemeinnützigen) und Familien- (oder privatnützigen) Stiftungen unterscheiden, was auf lange Sicht mit einer (oben erwähnten<sup>561</sup>) grundsätzlichen Neustrukturierung der Stiftungsarten einhergehen könnte.

Ein Wort zum Abschluss: Im rechtsvergleichenden Rundblick fällt auf, dass die Frage von Beteiligtenrechten in denjenigen Rechtsordnungen besonders intensiv diskutiert wird, deren Stiftungsrecht unter einem starken Aufsichtssystem steht. Denn dort suchen die Beteiligten gerade mit dem Argument um ihre Rechte nach, dass die Staatsaufsicht versagt.<sup>562</sup> Oder dass Stiftung und Aufsicht

557 KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 84 ZGB Rn. 12.

558 Vgl. JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 538.

559 Siehe aber zum deutschen Stiftungsrecht JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 10; JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 12 mit Verweis auf JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 104 ff.; S. 105 ff.; S. 498 ff.; JAKOB, in: MüHBGesR V (Fn. 18), § 119 Rn. 9.

560 Siehe hierzu ausführlich JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 9 ff.; JAKOB, in: SRHB (Fn. 32), § 11 Rn. 32 ff.

561 Siehe oben D.I.1.

562 Zum Ganzen ausführlich JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 343 ff., S. 361 ff.

– solche Fälle kann es geben – absprachegemäss zusammenwirken. Das Bedürfnis nach einer «Kontrolle der Kontrolleure» besteht also in der Tat und sollte in letzter Instanz zu den Gerichten führen. Amtshaftungsvorschriften können solche Rechte nicht immer adäquat ersetzen, weil sie erst nach einer Rechtsverletzung zum Tragen kommen und die Beteiligten auch nicht selbstverständlich in den Schutzbereich der Amtspflicht einbezogen sind.<sup>563</sup> Es wäre also kein Argument, im Anschluss an die Abschreibung der Motion Luginbühl unter Hinweis darauf, dass sich die Schweizer Stiftungsaufsicht bewährt hat, auf eine mindere Bedeutung der Stiftungsaufsichtsbeschwerde zu schliessen.

## **E. Exkurs: Die Familienstiftung**

### **I. Ausgangslage: Mit voller Kraft in die Sackgasse**

«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. Eine ersatzlose Streichung von Artikel 335 Absatz 2 ZGB hätte zur Folge, dass Familienstiftungen auch als voraussetzungslos begünstigende Unterhalts- oder Genussstiftungen errichtet werden können, dafür aber befristet sein müssten, um so eine zeitlich unbeschränkte Vermögensbindung zu verhindern. In Anlehnung an die angelsächsischen Trusts und vergleichbare Rechtsinstitute unserer Rechtsordnung (z.B. Nutzniessung) wäre es möglich, eine zeitliche Begrenzung der Stiftungsexistenz von beispielsweise 100 Jahren vorzuschlagen. Ob eine Neuregelung der Familienstiftung geeignet ist, eine Steigerung der Attraktivität des Stiftungssandortes Schweiz herbeizuführen, ist zu bezweifeln. Blosser Vermutungen oder rein fiskalische Gründe rechtfertigen keine Neuordnung des Privatrechts. Grundlegende Änderungen bei den Familienstiftungen würden zwangsläufig Aspekte des Ehegüter- und Erbrechts tangieren, was auch auf eine umfassende Neuregelung in diesen Bereichen hinauslaufen würde.»

Mit diesen Worten, die dem Bericht des Bundesrates vom 27. Februar 2013<sup>564</sup> entnommen sind, lehnt der Bundesrat eine Änderung der Rechtslage betreffend die Familienstiftung im Zuge der Beurteilung der Motion Luginbühl ab. Und es wäre, um ein Ergebnis vorwegzunehmen, auch eine Überraschung gewesen, hätte der Bundesrat alle Reformen im klassischen Stiftungsrecht zurückgewiesen, um dafür die Rahmenbedingungen der Familienstiftung anzupassen, die irgendwie gar nie so richtig auf der Agenda gewesen zu sein schienen. Das Dilemma geht zurück auf einen strukturellen Fehler der Motion Luginbühl, die – so wurde oben beschrieben – gleichsam das «Stiftungsrecht

<sup>563</sup> Zum Problem aus deutscher Sicht JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 55), S. 370 f.

<sup>564</sup> Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 15.

als Ganzes» auf die Agenda gehoben hatte und somit auch die Familienstiftung,<sup>565</sup> ohne allerdings zu indizieren, welche Probleme aus Sicht des Motionärs bestünden oder angegangen werden sollten. Aus diesem Grund hatte der Verfasser bereits vor einiger Zeit angeregt, die Diskussion um die Familienstiftung von derjenigen um die Motion Luginbühl abzukoppeln und gegebenenfalls separat voranzutreiben, um nicht in «Sippenhaft» mit den übrigen Motionsthemen zu geraten.<sup>566</sup> Die Absage des Bundesrats ist sicherlich ein Dämpfer für die Thematik; doch es wird weitere Wege geben, die entsprechenden Inhalte zu adressieren.

Freilich bleibt zu fragen, wie der Bundesrat zu seiner lapidaren Aussage gelangt, «blosse Vermutungen» rechtfertigten keine «Neuordnung des Privatrechts». Wieso sollte es überhaupt zu einer Neuordnung des Privatrechts kommen? Und wieso sollten zwangsläufig Aspekte des Ehegüter- und Erbrechts tangiert und eine Neuregelung dieser Bereiche erforderlich sein? Es drängt sich, bei allem Respekt, der Gedanke auf, dass der Bundesrat deswegen von «Vermutungen» spricht, weil mangels tieferer Beschäftigung mit der Materie kein besseres Wissen vorhanden war. Experten wurden jedenfalls nicht angehört, und im Bericht des EDI war die Thematik nicht adressiert. Indes sind die betroffenen Themen inhaltlich reizvoll und in der Sache von Bedeutung.

Drehen wir die Uhr daher ein Stück zurück.

## II. Kritik und Reformvorschläge in der bisherigen Literatur

Die Kritik am heutigen Rechtszustand ist nachhaltig und ausreichend belegt. Vorweggenommen sei, dass es in der neueren Literatur, soweit ersichtlich, genau eine Stimme gibt, die sich ausdrücklich gegen Veränderungen ausspricht: HANS MICHAEL RIEMER, der seine bekannte, bereits in den 70er Jahren formulierte<sup>567</sup> Abwehrhaltung wiederholt (aber eine gesetzliche Anpassung immerhin auch nicht gänzlich ausschliesst).<sup>568</sup> Demgegenüber besteht eine ausserordentlich grosse Anzahl kritischer Stimmen; diese sollen vor dem Hintergrund der Aussagen des Bundesrats hier nochmals (als nicht abschliessende Auswahl<sup>569</sup>) zusammengefasst und in ihren wichtigsten Stossrichtungen skizziert werden.

565 Vgl. Motion Luginbühl (Fn. 73): «[...] Die Rahmenbedingungen für gemeinnützige Förderstiftungen wie auch Familienstiftungen sind fiskalisch ebenso attraktiv auszugestalten, wie sie es im benachbarten Ausland sind. Dann sollen die Stiftungen aber auch in ihrer gemeinnützigen Rolle mehr Bedeutung erlangen. [...]».

566 JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 16 f.

567 BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 142 ff.

568 RIEMER, Vereins- und Stiftungsrecht (Fn. 66), Art. 87 Rn. 20.

569 Weitere, hier nicht separat widergegebene Quellen sind etwa HABIB TABET, L'interdiction de la fondation d'entretien en droit suisse: un anachronisme?, Not@lex 2011, S. 67 ff.; BONETTI, ST 2008 (Fn. 217), S. 122 ff.; URS BÄNZIGER, Flügel für die Nachfolge in Schweizer Unternehmen: Anregungen zur Reform des Schweizer Stiftungsrechts, private 2010, S. 34 f.; SOPHIE



GUTZWILLER<sup>570</sup> verweist auf das Fehlen eines ausdrücklichen Verbotes der Unterhaltsstiftung im Gesetzestext und die ursprüngliche befürwortende Lehre und verneint RIEMERS Ansicht, diese habe die Bedeutung der Zweckumschreibung verkannt. Die Argumente GERHARDS (Wortlaut; historische Auslegung), welche in den 40er Jahren zu einem Verbot der Unterhaltsstiftung geführt haben, seien verfehlt; auch EGGER, auf den seither stets verwiesen werde, habe sich in der 2. Auflage seines Kommentars ohne Begründung seines diametralen Meinungswechsels lediglich GERHARD angeschlossen. Die Begründungen des BGE seit und mit dem erstmaligen Verbot (BGE 71 I 265, E. 1) seien zudem nur rudimentär. Es handle sich folglich um einen *historischen Irrtum*, der von den Gerichten korrigiert werden müsse. Auch verschiedene inhaltliche Gründe stritten für eine Wieder-Zulassung, seien es die Gestaltungsfreiheit des Bürgers, das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten oder die Vermeidung von Abgrenzungsfragen. Hierdurch werde weder gegen zwingendes Recht noch schützenswerte Interessen Dritter verstossen.

Auch KÜNZLE<sup>571</sup> kritisiert die enge bundesgerichtliche Interpretation des (mit demjenigen des liechtensteinischen Rechts vergleichbaren) Gesetzestextes als weder zwingend noch überzeugend. Mit Blick auf die verschiedenen Normen der Gesamtrechtsordnung, welche eine ewige Bindung des Eigentums verhindern wollen, schlägt er statt eines Verbotes die Einführung *zeitlicher* Grenzen vor, etwa vergleichbar mit den Instituten der Auflage oder der Nutzniessung von 50–70 oder auch 100 Jahren. Alternativ sei die Lösung des Problems durch eine neue Auslegung von Art. 335 ZGB möglich.

HAMM/PETERS<sup>572</sup> weisen darauf hin, dass die restriktive Praxis ein einst wichtiges Nachlassinstrument zu einem fast bedeutungslosen Institut habe verkommen lassen, was durch die unzeitgemässe Rechtsprechung intensiviert werde und zu paradoxen Situationen führe (z.B. Besserstellung von Drittpersonen gegenüber Familienmitgliedern); problematisch sei zudem die häufige Überdotierung von Familienstiftungen. Mögliche Lösungsvorschläge bestünden *de lege ferenda* in der Anpassung des Gesetzestextes, der Beschränkung der Dauer von Familienstiftungen, *de lege lata* in einer extensiven Auslegung der Norm oder der Unterstellung von Unterhaltsstiftungen unter die Normen

---

MOREAU, La prohibition en Suisse des fondations de famille à but d'entretien: un principe devenu obsolète, Reprax 2011, S. 59 ff.; THOMAS WACH, Die angelsächsischen Trusts und die schweizerische Rechtsordnung, SJZ 1987, S. 209 ff.; PETER PICT, Brennpunkte des Haager Trust-Übereinkommens, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 167; PETER BÖCKLI, Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht Teil 2, StR 2007, S. 786 f.; DAVID WALLACE WILSON, Planification immobilière autour du trust, in: Margareta Baddeley/Benedict Foëx (Hrsg.), La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Bucher, Genf 2009, S. 139 f. Siehe ausserdem JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 15 ff.; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 335 ZGB Rn. 21 f.

570 GUTZWILLER, AJP 2010 (Fn. 66), S. 1559.

571 KÜNZLE, in: FS Riemer (Fn. 66), S. 173 ff.

572 HAMM/PETERS, successio 2008 (Fn. 217), S. 248.

der gewöhnlichen Stiftungen (freilich mit der Konsequenz der Eintragung und der staatlichen Aufsicht). Letzteres geht zurück auf ZEITER,<sup>573</sup> welche vorschlägt, «Familienstiftungen im weiteren Sinne» als gewöhnliche Stiftung unter die Art. 80 ff. ZGB zu stellen, während nur «Familienstiftungen im engeren Sinne» die vom BGer verfolgte Interpretation des Art. 335 Abs. 1 ZGB einhalten müssten und privilegiert blieben.

OPEL<sup>574</sup> hält das Verbot von Unterhaltsstiftungen rechtspolitisch für nicht mehr überzeugend vertretbar. Auch an den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen übt sie Kritik. Grundsätzlich sei die Familienstiftung für die Nachlassplanung prädestiniert, liesse sich heute jedoch nicht sinnvoll nutzen, so dass die Autorin ebenfalls *de lege lata* für eine weite Auslegung der Norm und *de lege ferenda* für die Zulassung der Unterhaltsstiftung eintritt.

Nach GRÜNINGER<sup>575</sup> hat die gegenwärtige Situation die Familienstiftungen «zu einem in der Praxis weitgehend unbrauchbaren Instrument verkommen» lassen. Auch er plädiert für eine Lockerung der strengen Zweckbegrenzung und sieht im Zusammenhang mit den zulässigen «ähnlichen Zwecken» noch Spielraum. PIOTET<sup>576</sup> bekräftigt, dass die herrschende Lehre richtigerweise – «à juste titre» – die Rechtsprechung des BGer ablehnt, während LANTER<sup>577</sup> wiederum für eine Lockerung der engen Zweckbestimmung von Art. 335 Abs. 1 ZGB eintritt.

ARTER<sup>578</sup> weist darauf hin, dass im neuen regulatorischen Umfeld die schweizerische Familienstiftung gegenüber ausländischen Alternativen wieder an Bedeutung gewinnen werde und zudem (bei entsprechender Auslegung) beträchtliche Ausschüttungen möglich seien. Gleichwohl mache es «wenig Sinn», ausländische Vehikel mit Unterhaltszweck anzuerkennen, Schweizer Familienstiftung mit Unterhaltszweck aber zu verbieten.

VEZ<sup>579</sup> schliesslich kritisiert das bestehende Konzept von Art. 335 ZGB sowie dessen Auslegung und schlägt eine Totalrevision des Stiftungsrechts vor, in welcher die Stiftungen binär klassifiziert würden (Stiftungen von öffentlichem Interesse einerseits und private bzw. besondere Stiftungen andererseits).<sup>580</sup>

*Last but not least* wiederholt SPRECHER<sup>581</sup> die oben genannten Kritikpunkte. Er schlägt ein neues Vehikel vor: den sogenannten Privatfonds, mit welchem die heute unattraktive Familienstiftung ersetzt werden könnte.

573 ALEXANDRA ZEITER, Neues zur Unterhaltsstiftung, SJZ 2001, S. 451 ff.

574 OPEL, Jusletter vom 31. August 2009 (Fn. 77).

575 BSK-GRÜNINGER, (Fn. 130), Art. 335 Rn. 3.

576 CR-PIOTET (Fn. 20), art. 335 CC Rn. 13.

577 MARCO LANTER, Was die Schweizer Stiftung kann – Ein kurzer zivilrechtlicher Überblick über das schweizerische Stiftungsrecht, in: Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Die Stiftung, Köln 2000, S. 77 ff.

578 OLIVER ARTER, Die schweizerische Familienstiftung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 107 ff.

579 VEZ, ZBJV 2007 (Fn. 148), S. 229 ff.

580 Siehe zu diesem Ansatz aus anderer Perspektive bereits oben D.I.1.

581 SPRECHER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 181 ff.

Auch der Verfasser hat sich bereits mehrfach kritisch zur Frage geäußert.<sup>582</sup> Diese Kritik soll hier, unter Einbezug obiger Argumente und im Hinblick auf realistische Lösungsansätze, manifestiert werden.

### III. Bedürfnis für Veränderungen

Zunächst muss jedoch hinterfragt werden, ob die Bedürfnisse nach den oben geforderten Veränderungen tatsächlich nur auf «Vermutungen» beruhen, wie der Bundesrat konstatiert. Zwar konnte für diesen Bericht keine empirische Datenerhebung vorgenommen werden; dass die oben genannten Autoren allesamt Praktiker sind, die Klienten auf den genannten Gebieten betreuen, ist jedoch ein Zeichen, dass Planungsbedarf besteht. Auch läge es nicht völlig fern, dem Umstand Relevanz zuzumessen, dass in einem überschaubaren Zeitraum von der Schweiz aus eine wohl fünfstellige Anzahl an Privatstiftungen im Fürstentum Liechtenstein errichtet worden ist und zugleich, nicht zuletzt nach der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens durch die Schweiz zum 1. Juli 2007,<sup>583</sup> die Rechtsfigur des angloamerikanischen (und somit auslandsrechtlichen) Trust an stetiger Bedeutung gewinnt.<sup>584</sup> Neben denjenigen «Kunden», denen möglicherweise ohne eigene Reflexion ein Produkt verkauft wurde, oder denjenigen, die eine sonstige Agenda hatten, bleibt hier sicher ein ganz erheblicher Teil von Bürgern, die nach bestem Wissen und Gewissen eine Vermögens- oder Nachlassgestaltung gesucht haben und diese nicht durch ein *Schweizer* Rechtsinstitut verwirklichen konnten. Hieran sieht man auch, dass für den sachverständigen Klienten und seinen international versierten Beratern also durchaus Möglichkeiten vorhanden sind, von der Schweiz aus Strukturen zu verwirklichen, die vom derzeitigen Schweizer Recht verpönt sein sollen. Und bekanntlich hat das BGE in BGE 135 III 614 geurteilt, dass diese Strukturen in der Schweiz anerkennungsfähig sind, weil Art. 335 ZGB aufgrund seiner aus der Zeit gekommenen Wertungen keine international zwingende «Eingriffsnorm» (sogenannte «*loi d'application immédiate*») darstellt. Aus diesen Gründen wäre der Bundesrat die Antwort schuldig gewesen, ob man Schweizer mit legitimen Interessen wirklich weiterhin auf ausländische Rechtsvehikel verweisen muss, oder ob man nicht – wenn man ausländische Rechtsfiguren mit gleichem Zweck anerkennt – lieber eine Schweizer Rechtsfigur zur Verfügung

582 JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22); S. 539 f.; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 335 ZGB Rn. 21 f.; JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 15 ff.; JAKOB, in: Stiften und Gestalten (Fn. 15), S. 3, S. 15.

583 Siehe hierzu JAKOB/GAUTHEY LADNER, IPRax 2008 (Fn. 231), S. 453 ff. Zu Aspekten der Nachlassplanung unter Einsatz von Trust-Strukturen ausserdem JAKOB/PICHT, AJP 2010 (Fn. 70), S. 855 ff.

584 Vgl. hierzu NEDIM PETER VOGT, Privatnützige Vermögensperpetuierung in der Schweiz – Kann der Trust die Aufgabe übernehmen? Der Trust in seinem internationalen und schweizerischen Umfeld, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 167 ff.

stellt, die man nach *schweizerischen Qualitätsgrundsätzen* ausgestalten und einer *schweizerischen Qualitätskontrolle* im Hinblick auf *Governance* und *Compliance* unterziehen könnte.

Es wäre also nicht primär darum gegangen, ob – wie der Bundesrat sagt – die «Neuregelung der Familienstiftung geeignet ist, eine Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz herbeizuführen».<sup>585</sup> Vielmehr besteht die *zentrale Frage* darin, ob die Schweiz nicht geeignete Instrumente für konkrete Bedürfnisse der nationalen und internationalen Nachlassplanung zur Verfügung stellen muss, und ob man vor dem Hintergrund der heutigen Anforderungen des internationalen Umfelds die Governance über derartige Gestaltungen nicht im eigenen Interesse selbst ausüben sollte, anstatt sie anderen Rechtsordnungen zu überlassen.<sup>586</sup> Wiederum wurde somit die falsche Frage gestellt, was im Ergebnis zu unzutreffenden Gedanken führt.

In oben genannter Entscheidung (BGE 135 III 614) hatte das BGer über die Anerkennung einer liechtensteinischen Stiftung zu befinden, deren Ausgestaltung gegen Art. 335 Abs. 2 ZGB versties. Ausführlich und mit klaren Worten hielt das Gericht dabei fest, dass die Normzwecke der Bestimmung veraltet sind und heute keine übergeordneten Interessen mehr schützen:<sup>587</sup> «En effet, à l'époque actuelle, c'est bien plutôt la lutte contre le chômage que celle contre le désœuvrement qui représente une tâche étatique prioritaire en Suisse; autrement dit, le combat contre l'oisiveté n'a plus rien à voir avec la sauvegarde d'intérêts supérieurs. Quant aux biens de mainmorte, ils se rapportent à l'ancien régime et sont totalement étrangers au système économique de la Suisse moderne». Daher sei Art. 335 Abs. 2 ZGB keine Eingriffsnorm i.S.d. Art. 18 IPRG.<sup>588</sup> Dass das BGer nicht ausdrücklich ein Tätigwerden des Gesetzgebers verlangt hat, wie vom Bundesrat angeführt, liegt hierbei in der Natur der Sache, weil es ausschliesslich um die Reflexwirkung des heimischen Rechts bei der Anerkennung einer *ausländischen* Stiftung und damit um einen international-privatrechtlichen Sachverhalt ging. Es war also gar nicht über die «Gültigkeit» einer heimischen Rechtsnorm und einen etwaigen Anpassungsbedarf des heimischen Rechts zu entscheiden.

Alles in allem scheint die Problematik durch den apodiktischen Verweis des Bundesrats weder vollständig erfasst, noch abschliessend gelöst. Vielmehr wird und muss die Debatte weitergehen. Um diese auf eine richtige Spur zu bringen, sollen nachfolgend mögliche Lösungsansätze aufgezeigt werden.

585 So aber Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 16.

586 Die Anfrage des stellvertretenden US-Staatsanwalts, Daniel Levy, an die liechtensteinische Finanzmarktaufsicht, um über liechtensteinische Treuhänder an Daten gegenüber Schweizer Banken zu gelangen, ist hierfür nur *ein* treffender Beleg; siehe WALTER NIEDERBERGER, Neuer Angriff der USA auf die Schweiz – diesmal über den «Hinterhof», Tages Anzeiger vom 27. März 2013, S. 35.

587 BGE 135 III 614, E. 4.3.3.

588 BGE 135 III 614, E. 4.3.

#### IV. Lösungsansätze

##### 1. (Re-)Justierung der Rechtsprechung

In der Tat lohnt ein kurzer Blick auf die Historie. Während die Interpretation des Art. 335 ZGB in der Zeit nach seinem Inkrafttreten zunächst keine Probleme zu bereiten schien,<sup>589</sup> setzte eine zur Wehrsteuer ergangene Entscheidung des BGer vom 29. Juni 1945<sup>590</sup> den Paradigmenwechsel in Gang, wie dies in einer Entscheidung vom 15. Dezember 1967<sup>591</sup> illustrativ festgehalten wird: «Dass die Stifter und ihr Berater gegen dieses Vorgehen keine rechtlichen Bedenken hegten, verwundert nicht, da zu jener Zeit in der Notariatspraxis eine sehr weite Auslegung der Vorschriften über die zulässigen Zwecke von Familienstiftungen verbreitet war (vgl. EGGER, Rechtsprobleme der Familienstiftung, a.a.O. S. 49). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die aufgrund des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte von Art. 335 ZGB eine strengere Auffassung zur Geltung brachte, setzte erst mit einem Entscheid vom Jahre 1945 ein (BGE 71 I 265 ff.). Vorher hatte das Bundesgericht nur entschieden, das Vermögen von offensichtlich bloss zum Zwecke der Steuerumgehung gegründeten Familienstiftungen und dessen Ertrag seien weiterhin beim Stifter zu besteuern (BGE 52 I 372 ff., 53 I 440 ff., 55 I 373 ff.)».

Doch gerade BGE 71 I 265 aus dem Jahre 1945 basierte auf sehr spezifischen Umständen. Der Ehegatte der Stifterin wollte einen «*common law trust*» errichten, was ausdrücklich in der Präambel der Stiftungsurkunde festgehalten war, konnte dieses Ziel aber aufgrund einer Erkrankung nicht mehr in die Tat umsetzen. In der Vorstellung, im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten zu handeln, entschloss sich seine Ehefrau, die Absicht ihres Gatten durch Gründung einer Familienstiftung nach schweizerischem Recht zu verwirklichen. Der Zweck der Stiftung bestand in der Fürsorge für die Eheleute und ihre Nachkommen. Hieran stösst sich das Gericht indes nicht; vielmehr sei der wirkliche Wille der Stifterin und ihres durch sie vertretenen Ehemannes weit über die blosser Unterstützung bedürftiger Familienglieder hinausgegangen. Gewünscht sei die allgemeine Zweckbestimmung eines «Trusts» gewesen, welcher auch die tatsächliche Geschäftsführung der Stiftung seit ihrer Errichtung entsprochen habe. Das Urteil bringt also eine strukturelle Fehlkonzeption der Gründer zu Tage, die einen angloamerikanischen Trust in Form einer Schweizer Stiftung verwirklichen wollten. Nicht zum Ausdruck kommt hingegen, ob jede voraussetzungslose Ausschüttung das Bild der Schweizer Familienstiftung zu Einsturz bringen soll, wie es im Nachgang zur dieser als Präzedenzfall (wohl über-)interpretierten Entscheidung von den Schweizer Gerichten verlautbart wurde. Ferner hat sich das BGer jeder vertieften Analyse der entscheidungserheblichen Frage

---

589 Zu dieser Phase siehe GUTZWILLER, AJP 2010 (Fn. 66), S. 1559 f.

590 BGE 71 I 265 ff.

591 BGE 93 II 439, E. 3c.



enthalten, sich weder mit den Materialien noch mit den frühen entgegengesetzten Lehrmeinungen auseinandergesetzt und zudem die jahrzehntelange abweichende Rechtspraxis ignoriert. Und schliesslich hat das Gericht offengelassen, ob neben der (wehr-)steuerrechtlichen Vermögenszurechnung überhaupt zivilrechtliche Ungültigkeit vorliege.<sup>592</sup>

Ohne erneute vertiefte Analyse ist das BGer seither zur festen Rechtsprechung gelangt, dass alle Zwecke des Art. 335 Abs. 1 ZGB «darin überein [stimmen], dass den zum Kreise der Begünstigten gehörenden Familienangehörigen in bestimmten Lebenslagen (im Jugendalter, bei Gründung eines eigenen Hausstandes oder einer eigenen Existenz, im Falle von Not) zur Befriedigung der daraus sich ergebenden besonderen Bedürfnisse Hilfe geleistet werden soll».<sup>593</sup> Diese Wertung soll auch auf die «ähnlichen Zwecke» ausstrahlen, was den in diesem Tatbestand enthaltenen individuellen Gestaltungsspielraum spürbar eingrenzt. Auch hier wird eine besondere Bedarfssituation der Destinatäre vorausgesetzt, indem «Familiengliedern in bestimmten Lebenslagen jene materielle Hilfe zu gewähren [ist], die unter den gegebenen Umständen als nötig oder wünschbar erscheint».<sup>594</sup> Voraussetzungslosen (Unterhalts-)Leistungen erteilt das BGer eine Absage. «Den Familienangehörigen ohne besondere Voraussetzungen dieser Art den Genuss des Stiftungsvermögens oder der Erträge desselben zu verschaffen, ist nach dem Gesetz nicht zulässig. Sogenannte Unterhalts- oder Genussstiftungen sind deshalb nach der Rechtsprechung ungültig. Familienstiftungen, die den Begünstigten Vorteile aus dem Stiftungsvermögen ohne besondere, an eine bestimmte Lebenslage anknüpfende Voraussetzungen einfach deshalb zukommen lassen, um ihnen eine höhere oder angenehmere Lebenshaltung zu gestatten, widersprechen dem Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen».<sup>595</sup> Das BGer hat diese Rechtsprechung seit BGE 71 I 265 trotz besagter Kritik in der Literatur mehrfach bestätigt.<sup>596</sup>

An dieser Stelle soll zunächst der Hoffnung Ausdruck verliehen werden, dass die Gerichte vor dem Hintergrund der dargestellten Erkenntnisse ein Problembewusstsein an den Tag legen und sich in Zukunft wieder intensiver mit den Argumenten und Wertungen, die der Interpretation der Vorschrift zugrunde liegen, auseinandersetzen, anstatt lediglich auf eine gefestigte (aber wenig ausge-reifte) Rechtsprechung zu rekurrieren. Dann erscheint auch aus Sicht des Au-

592 Siehe zum Ganzen auch GUTZWILLER, AJP 2010 (Fn. 66), S. 1559, S. 1563 f.

593 BGE 108 II 393, E. 6a.

594 BGE 108 II 393, E. 6a. Nach GUTZWILLER, AJP 2010 (Fn. 66), S. 1559, S. 1564, erkennt das BGer seither die in BGE 93 II 439 ff. und BGE 108 II 393 ff. enthaltene Nuancierung, die eine Stiftungshilfe i.S.e. «ähnlichen Zweckes» nicht nur zulässt, wenn sie unter den gegebenen Umständen als *nötig* erscheint, sondern auch, wenn sie *bloss* «wünschbar» ist. Nach GUTZWILLER sei damit das «sonst so eng geschnürte Korsett abgeworfen» worden.

595 BGE 108 II 393, E. 6a.

596 Vgl. BGer, Urteil vom 12. 12. 2010, 2C\_157/2010, 2C\_163/2010, E. 11.3 (ebenfalls steuerrechtlicher Kontext); BGE 108 II 393, E. 6a; 93 II 439, E. 4; 89 II 437, E. 1; 79 II 113, E. 6a; 75 II 81, E. 3b; 75 II 15, E. 4b; 73 II 81, E. 5 f.

tors eine Lockerung oder gar Änderung der Rechtsprechung nicht ausgeschlossen.

In jedem Fall aber muss auf Folgendes hingewiesen werden: Möchte man vor dem Hintergrund der dargestellten, fundamentalen Meinungsdivergenz zwischen Rechtsprechung und Literatur den eigentlichen Gesetzestext und somit den Wortlaut des Art. 335 Abs. 1 ZGB *auslegen*, sollte diese Wertungsspannung zumindest in der Auslegung berücksichtigt werden. Nachdem gemäss Rechtsprechung des BGer also nur wenige zulässige Zwecke für eine Familienstiftung in Betracht kommen, sollten diese jedenfalls *in sich* nicht auch noch restriktiv interpretiert werden.<sup>597</sup> Dies soll anhand der Auslegung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale kurz illustriert werden.<sup>598</sup>

## 2. *Auslegung des Gesetzes*

Im Bereich der *Erziehung* sollte etwa (jedenfalls bei gut dotierten Stiftungen) die Ausbildung im weitesten Sinne zu verstehen sein, gegebenenfalls auch unter Einbezug der spezifischen Lebensunterhaltskosten; hier ist die Bedarfssituation in der konkreten «Lebensphase» zu sehen und keine weitere «Bedürftigkeit» zu verlangen. Die *Ausstattung* ist eine freiwillige, auf einer fortbestehenden familiären Verantwortung beruhende Zuwendung an (i.d.R.) Nachkommen zur Begründung, Verbesserung oder Sicherung der eigenen Existenz und damit eine Starthilfe zum Schritt in die Selbständigkeit. Ist diese familienrechtliche *causa sui generis* (in Abgrenzung von der Schenkung auf der einen und vom Unterhalt auf der anderen Seite) verifiziert,<sup>599</sup> sollte im Hinblick auf Ausgestaltung und Höhe im Detail flexibel verfahren werden können. *Unterstützungsleistungen* wiederum setzen in der Tat Bedarfssituationen voraus, die in subjektiv materiellen Notlagen, aber auch in objektiv bestimmten Lebensabschnitten (etwa Rentenalter, Bewohnung eines Heims etc.) bestehen können, wenn hierfür nachvollziehbare Kriterien ersichtlich sind und keine Umgehung des Verbots von Unterhaltsleistungen intendiert wird.

Als *ähnliche Zwecke* sind etwa die Pflege eines Familiengrabs oder das Lesen von Messen anerkannt worden;<sup>600</sup> Erstellung und Erhaltung eines Familiendenkmals, einer Familienchronik, einer Familienbibliothek o.ä. gelten jedenfalls als zulässige akzessorische Teilzwecke; auch der Erhalt von Familienvermögen, etwa in Form von Schmuck oder einer Sammlung, könnte anzuerkennen sein, wenn nicht der Genuss dieser Güter, sondern ein darüber hinausgehendes fami-

597 Siehe KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 335 ZGB Rn. 4. Vgl. auch BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 335 ZGB Rn. 11.

598 Siehe zum Ganzen KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 335 ZGB Rn. 5 ff.

599 Vgl. zum Ausstattungsbegriff grundlegend DOMINIQUE JAKOB, Die Ausstattung (§ 1624 BGB) – ein familienrechtliches Instrument moderner Vermögensgestaltung?, AcP 2007, S. 198 ff.

600 BGE 75 II 15, E. 4a f.

liäres Motiv im Vordergrund steht. Zu restriktiv erscheint ferner die Ansicht, allgemein den Erwerb oder Erhalt einer Familienimmobilie zu verpönen; was bei Immobilien zu reinen Repräsentationszwecken<sup>601</sup> noch vertretbar erscheint, ist bei Immobilien zu Erholungszwecken<sup>602</sup> aber zu hinterfragen.<sup>603</sup> Jedenfalls ist einer *pauschalen* Einordnung entgegenzutreten und der *Einzelfall* zu betrachten; so kann etwa eine Ferienimmobilie – je nach Art und Widmungszweck – auch als Ausstattung oder Unterstützungsleistung (z.B. Haus am Meer bei Familienmitgliedern mit Asthma) zu qualifizieren sein.<sup>604</sup> Entsprechend sollte die Finanzierung jährlicher Zusammenkünfte von Familienmitgliedern zuzulassen sein,<sup>605</sup> wenn es hierbei um Zusammenkünfte zur Regelung der familiären Verhältnisse und nicht um reine Festivitäten geht.

Demgegenüber fallen in die Kategorie *Unterhalt* nur solche Leistungen, die den Familienmitgliedern «einfach so» ausgeschüttet werden, also keinen darüber hinausgehenden Zweckbezug haben und auch keine materielle Hilfe bieten, die unter den gegebenen Umständen als zumindest «wünschbar» erscheint.<sup>606</sup>

Wichtige und bisher oft verkannte Spielräume bestehen hingegen – selbst wenn man die restriktive Interpretation des BGER zugrunde legt – im Hinblick auf die *Modalitäten der Zuwendung*. So kann der Vorschrift etwa nicht die strikte Vorgabe entnommen werden, dass eine Zuwendung zeitlich erst gewährt werden dürfte, nachdem sich der Zuwendungszweck bereits realisiert hat. Insbesondere wenn ein dringender finanzieller Bedarf absehbar ist, kann es nicht *ratio* des Art. 335 ZGB sein, dass mit der Zuwendung bis zum tatsächlichen Eintritt der Bedarfs- oder gar der Notlage abgewartet werden muss; dies gilt zumal, wenn die nachträgliche Behebung einer derartigen Lage höheren Aufwand (für das Stiftungsvermögen) erfordern kann, als ihre vorausschauende Abwehr. Gerade weil eine strenge Zeitabfolge zwischen der Zweckrealisierung und der Zuwendung von Art. 335 ZGB nicht gefordert wird, sollte im Grundsatz auch eine *pauschalierte Zuwendung* akzeptabel sein, die den voraussichtlichen Bedarf für mehrere konkret absehbare Zweckrealisierungen deckt. Nicht zuletzt bieten solche Pauschalierungen ein Instrument zur Verminderung des Verwaltungsaufwandes für die Stiftung, wodurch eine effektive Verwendung des Stiftungsvermögens gefördert wird. Freilich darf – stets die Sichtweise des BGER vorausgesetzt – weder die vorab erfolgende noch die pauschalierte Gewährung

601 Etwa eine «Burgstiftung», BGE 93 II 439, E. 4b.

602 Siehe zur «Ferienhausstiftung» aber BGE 108 II 393, E. 6c f.

603 Vgl. auch ALEXANDRA ZEITER, Die Erbstiftung, Fribourg 2011, Rn. 577.

604 Vgl. auch PETER BREITSCHMID/MICHAEL VETSCH, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1–456 ZGB), 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 335 ZGB Rn. 4; BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 335 ZGB Rn. 9.

605 Bejahend BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 335 ZGB Rn. 12; verneinend BK-RIEMER (Fn. 162), Systematischer Teil Rn. 150.

606 BGE 108 II 393, E. 6a.

von Zuwendungen dazu führen, dass die inhaltliche Bindung der Zuwendung an einen konkreten Zweck i.S.v. Art. 335 ZGB unterlaufen wird.

### 3. *Modifikation des Art. 335 ZGB*

Möchte sich der Gesetzgeber dereinst doch zu einem Tätigwerden entschliessen, ist ein relativ breites Spektrum an Massnahmen denkbar, welches von der Abschaffung des Art. 335 Abs. 1 ZGB, über seine Modifizierung, bis zur Totalrevision des Stiftungsrechts oder der Schaffung eines eigenen Rechtsinstituts reicht.

Bei der Modifikation des Art. 335 ZGB reizt der Gedanke, dass man mit relativ geringem legislatorischem Aufwand grosse Effekte erzielen könnte, ohne einer ewigen Bindung des (Gesamt-)Vermögens Vorschub leisten und ohne die Strukturen des übrigen Stiftungs- und Privatrechts spürbaren Veränderungen aussetzen zu müssen. Hier wäre der Ausgangspunkt, die Grenzen des Art. 335 ZGB im Grundsatz zu belassen, aber unter gewissen, im Einzelnen zu bestimmenden Voraussetzungen eine Unterhaltskomponente zu legalisieren. Möchte man etwa die *ewige* voraussetzungslose Bindung des Nachlasses verhindern, könnte man *zeitliche* Grenzen für das Unterhaltselement vorsehen, wie sie schon im Erbrecht bei der sukzessiven Nacherbeneinsetzung oder der zeitlichen Beschränkung von Auflagen bestehen. Dies könnte dazu führen, dass Unterhaltstiftungen zulässig, aber z.B. auf zwei Generationen (entsprechend einem Zeitraum zwischen 50 und 80 Jahren<sup>607</sup>) begrenzt, während klassische Art. 335-Stiftungen wie bisher zeitlich unbegrenzt möglich wären. Denkt man hierbei an die Möglichkeit *gemischter* Stiftungen,<sup>608</sup> könnten interessante Gestaltungsoptionen entstehen, mit denen die Familie für einen *angemessenen* Zeitraum *unterhalten* und gleichzeitig für ihre *dauerhafte Absicherung* und/oder die *dauerhafte Förderung* anderer (etwa gemeinnütziger) Projekte gesorgt werden könnte. Ähnliche Gedanken könnten in Bezug auf eine *bestimmte, die Unterhaltskomponente begrenzende Vermögens- oder Ausschüttungsquote* oder eine das Unterhaltselement kanalisierende *besondere Nähe der Familienmitglieder* angestellt werden. Schliesslich könnten auch die Wertungen des *Pflichtteilsrechts* ein Korrektiv bilden, entweder in Bezug auf die zulässigen Unterhaltsempfänger oder die zulässigen Ausschüttungen.

### 4. *Familienstiftung und Eintragungspflicht*

Hinzuweisen ist darauf, dass der Gesetzgeber gleichsam unbemerkt von der Debatte um die Familienstiftung bereits eine Gesetzesänderung vorgeschlagen hat, die für die Familienstiftung erhebliche Relevanz besitzen könnte. Im Entwurf

607 Insoweit ähnlich KÜNZLE, in: FS Riemer (Fn. 66), S. 173 ff.

608 Siehe hierzu bereits JAKOB, SJZ 2008 (Fn. 22), S. 540.

eines «Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière» sind Massnahmen vorgesehen, die die Transparenz juristischer Personen erhöhen sollen. In diesem Zusammenhang soll auch Art. 52 Abs. 2 ZGB dahingehend geändert werden, dass sich künftig *alle* Stiftungen (also auch Familienstiftungen) ins Handelsregister eintragen müssten.<sup>609</sup> Auch der Bundesrat hat in seinem Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl auf diese Möglichkeit hingewiesen,<sup>610</sup> ohne allerdings die Verknüpfung zur vorliegenden Thematik herzustellen.

Indes: Dieses Änderungsvorhaben setzt an einem elementaren Merkmal der Familienstiftung an; sie würde ein beträchtliches neues Governance-Element einführen, weil die Eintragung die der Familienstiftung typische Vertraulichkeit aufheben würde. In der Tat war der Grund für die Zurückhaltung staatlicher Mitwirkung bei Entstehung und Führung der Stiftung der intime Charakter der Familienstiftung sowie der geringe Kontakt mit dem Rechtsverkehr der Ausenwelt, während das rechtsformspezifische Schutzdefizit aufgrund des typischerweise engen Bezugs der (Familien-)Destinatäre zur Stiftung durch die Familie selbst und nötigenfalls mit Hilfe des Richters nach Art. 87 Abs. 2 ZGB ausgeglichen werden kann.<sup>611</sup> Dass Familienstiftungen im Rahmen dieser Eigenverantwortung jedenfalls ein gewisser Privatbereich zusteht, wurde vom historischen Gesetzgeber also bewusst in Kauf genommen, ein Ansatz, der heute übrigens von zahlreichen (auch klassischen) Stiftungsrechtsordnungen praktiziert wird.<sup>612</sup>

Blickt man nun auf die Zweckbeschränkung der Familienstiftung in Art. 335 Abs. 1 ZGB, ist diese in einem Verhältnis zu den der Stiftung typischen Privilegien, auch zur fehlenden Eintragungspflicht zu sehen. So lassen sich die Beschränkungen (neben den verblassten Werten zur Verhinderung des Müssiggangs) zumindest auch damit legitimieren, dass Familienstiftungen keiner Eintragungspflicht unterliegen.<sup>613</sup> Wird nun diese letzte tragende Säule im Konzept der Schweizer Familienstiftung zerschlagen (und sei es auch aus externen regulatorischen, nicht familienstiftungsgenuinen Motivationen), müssen die Auswirkungen dieses Paradigmenwechsels aufgenommen und im Zusammenspiel der Systembegriffe widergespiegelt werden. Allerdings scheint dieser Aspekt der geplanten Rechtsänderung bisher nicht verinnerlicht worden zu sein und muss somit deutlich akzentuiert werden: Wird die Familienstiftung durch die Eintragungspflicht ihres ureigenen Merkmals der Privatsphäre beraubt und auf

609 Siehe dazu oben A.I.2.

610 Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl (Fn. 86), S. 9.

611 Vgl. HAMM/PETERS, *successio* 2008 (Fn. 217), S. 249; BSK-GRÜNINGER (Fn. 130), Art. 335 ZGB Rn. 5; KuKo-JAKOB (Fn. 1), Art. 87 ZGB Rn. 6.

612 Vgl. für einen rechtsvergleichenden Überblick JAKOB, *MüHBGesR V* (Fn. 18), § 119 Rz 71.

613 Siehe etwa schon ROBERT KAUFMANN, *Begriff und Zweck der Familienstiftung und ihre Abgrenzung von ähnlichen Instituten*, Bern 1954, S. 68, mit Verweis auf FRANZ GERHARD, *Die Familienstiftung des ZGB*, ZSR 1930, S. 154 f.



eine neue Kontrollebene gehoben, könnte dies der Mosaikstein sein, aufgrund dessen sich das BGer zu einer Änderung seiner Rechtsprechung veranlasst sehen, insgesamt liberaleren Auslegungsansätzen zugestimmt werden oder der Gesetzgeber bei einer Modifikation des Art. 335 ZGB ansetzen könnte, so wie jeweils oben beschrieben. Der Gesetzgeber würde also selbst den Anstoss zu einer Neubetrachtung der Familienstiftung geben, welche die neue Governance durch ein Mehr an Gestaltungsfreiheit kompensieren könnte.

##### 5. *Totalrevision des Stiftungsrechts*

Neben einer Modifikation (oder gar Streichung) des Art. 335 ZGB sind weitere Szenarien denkbar, die freilich etwas mehr Vision und Kompetenz benötigen würden. Etwa könnte das Stiftungsrecht als solches systematisch auf zwei Stiftungstypen (z.B. gemeinnützige und privatnützige) ausgerichtet werden.<sup>614</sup> Hierzu wurde bereits oben, in generellem Zusammenhang, Stellung genommen. In der Tat hat sich der Schweizer Ansatz, in klassische Stiftungen und Sonderformen zu teilen, nicht derart bewährt, dass man ihn als sakrosankt bezeichnen müsste. Vielmehr entspricht die Unterteilung in gemeinnützig und privatnützig dem natürlichen Bild, das die Öffentlichkeit und der Sektor selbst vor Augen haben. Zwar würde eine solche Neuordnung nicht die Wertungen eliminieren, die bisher gegen die Zulassung von Unterhaltungsstiftungen sprachen. Aber innerhalb dieser (neu aufgeteilten) Gruppen könnten doch neue Wertungsabgrenzungen getroffen und somit auch mehr Spielraum für die individuelle Allokation von Gestaltungsbedürfnissen geschaffen werden. Dass es möglicherweise einen Trend zu einer solch «geraden» Trennlinie zwischen den Stiftungstypen gibt, zeigt nicht zuletzt die Anstrengung, die der Gesetzgeber in Liechtenstein mit der Totalrevision des Stiftungsrechts zum 1. April 2009 unternommen hat.<sup>615</sup> An dieser Reform wird aber zugleich deutlich, welche Herausforderung es darstellt, ein Stiftungsrecht aus einem Guss neu zu kreieren.

##### 6. *Schaffung eines neuen Rechtsinstituts*

Schliesslich könnte ein völlig neues Rechtsinstitut entworfen werden, welches – neben der weiter bestehenden «Stiftung» – die spezifischen Bedürfnisse privater Vermögensperpetuierung adressiert. Vorteil eines solchen Ansatzes wäre, dass man auf diesem Wege nicht nur die klassische Stiftung, sondern (falls gewollt) auch die derzeitige Familienstiftung völlig unangetastet lassen könnte. Denn es müsste keine neue «Familienstiftung» geschaffen werden, sondern es könnte sich um eine Rechtsform handeln, in der sich ganz allgemein privatnüt-

614 Siehe in diese Richtung auch VEZ, ZBJV 2007 (Fn. 148), S. 233 f.

615 JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 9 ff., Rn. 96 ff. und hierzu auch oben A.III.1. und A.III.3.

zige Vermögensperpetuierung jenseits der veralteten Schemata von Art. 335 ZGB verwirklichen lassen könnte.

Freilich: Der Clou an einem solchen Vorgehen wäre nicht, die Wertungen von Art. 335 ZGB zu unterlaufen, sondern durch ein neues Gesamtkonzept modernen Gestaltungsbedürfnissen trotz bestmöglicher Kontrolle Rechnung zu tragen. Geschaffen werden müsste also eine Rechtsform, die liberale Gestaltungsfreiheit bietet, aber dennoch oder gerade deswegen die höchsten internationalen Ansprüche an Governance und Compliance befriedigt. Hiermit kommen die Leitwertungen ins Spiel, die in diesem Beitrag als zentrale Pfeiler des Stiftungsrechts der Zukunft herausgearbeitet worden sind. Die Gestaltungsfreiheit kann erhöht werden, gerade weil dies auch für die Governance und die Compliance gilt. Somit könnte die Schweiz im internationalen Standortmarkt doppelt punkten: weil sie (endlich) eine Rechtsform für privatnützige Vermögensperpetuierung zur Verfügung stellt, gleichzeitig aber eine moderne Kontrolle über diese Perpetuierung zu Händen der internationalen Staatenwelt ausübt. Diese Kontrolle würde nicht mehr an andere Rechtsordnungen delegiert, in welche die Teilnehmer des Finanzplatzes Schweiz mit ihren Vermögen geschickt würden (etwa das Stiftungsrechts Liechtensteins oder Panamas oder das Trustrecht von Zypern oder den British Virgin Islands), sondern die Schweiz würde ein Gefäss «*made in Switzerland*» anbieten, das den Bedürfnissen der Kunden *und* der internationalen Staatenwelt Rechnung trägt.

Der Verfasser hat bereits an anderer Stelle<sup>616</sup> darauf hingewiesen, dass ein solches Gefäss vielerlei Namen und Gesichter im Detail haben könnte. Es müsste sich jedoch jedenfalls auf folgende Säulen stützen: Wahrung der Stifterfreiheit, Schutz der Privatsphäre, Governance, Schutz der Rechte Dritter und steuerliche Compliance. Die Zeit wäre reif, ein solches Gefäss zu kreieren. Die Schweiz als Finanzplatz und Vermögensstandort erführe hierdurch Aufwertung und Anerkennung zugleich.

Anlässlich des 1. Zürcher Stiftungsrechtstags hat THOMAS SPRECHER bereits Gedanken über die Ausgestaltung eines solchen Rechtsinstituts angestellt.<sup>617</sup> Zur bestmöglichen Abgrenzung sowohl zur gemeinnützigen Stiftung als auch zu ausländischen Privatstiftungen schlägt er vor, eine neue Terminologie zu wählen, etwa die Bezeichnung «Privatfonds» («*Fonds Privé*», «*Fondo Privato*», «*Swiss Private Fund*»), und ein eigenes Privatfondsgesetz zu schaffen, welches eine formale Trennung vom Stiftungsrecht erlaubt. Im Detail – so ist zu betonen – müsste freilich ein ausführlicher Meinungsbildungsprozess stattfinden, um zu einem bestmöglichen Wurf zu gelangen.

616 JAKOB, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 1, S. 18 f.

617 SPRECHER, in: Perspektiven des Stiftungsrechts (Fn. 15), S. 181 ff.

## V. Konsequenz und Wertungskonkordanz

Würde nun durch eine der hier skizzierten Anpassungen des Rechts der Familienstiftung eine Neuordnung des übrigen Privatrechts notwendig? Sicherlich nicht. Die oben genannte «Säulen» würden garantieren, dass selbst beim grösstmöglichen Zupacken des Gesetzgebers (neues Rechtsinstitut) die Mechanismen des bisherigen Rechtsbestands weiter leben und funktionieren könnten. Etwa würden die Herabsetzungsnormen des Erbrechts (Art. 527 Ziff. 3 ZGB) oder die Hinzurechnungsnormen des Güterrechts (Art. 208 ZGB) in gleichem Masse Anwendung finden wie gegenüber bisherigen Stiftungen, möglicherweise aufgrund erhöhter Transparenz sogar besser als zuvor. Auf gegebenenfalls erhöhte Einflussrechte des Stifters könnten diese Normen mit einem Nichtanlaufen der Anfechtungsfristen mangels endgültiger Vermögensentäusserung reagieren, ebenso wie etwa bei Einsatz einer liechtensteinischen Stiftung der Fall.<sup>618</sup> Auch die übrigen Erbrechtsnormen könnten sich auf die Veränderungen einstellen, und dies im Zweifel sogar besser, als es bei einer (in der Schweiz anzuerkennenden) ausländischen Stiftung<sup>619</sup> oder gar bei einem angloamerikanischen Trust<sup>620</sup> möglich wäre. Wenn der Gesetzgeber bei seinen Änderungen auf eine stimmige Integration in die Gesamtrechtsordnung achtet, kann er das Zusammenspiel mit den bestehenden Normen gleichsam optimieren.

Dazu kommt die geplante und beschriebene Eintragungspflicht für Familienstiftungen. Diese würde den bisherigen Wertungen der Rechtsfigur klar widersprechen, lässt sich aber – wenn der Gesetzgeber die Notwendigkeit aufgrund externer Zwänge sehen sollte – mit stiftungsrechtlichen Argumenten schwerlich aufhalten. Wenn diese Eintragungspflicht aber kommt, müssen auch die Konsequenzen gezogen werden: Mehr Governance ermöglicht auch mehr inhaltliche Freiheit innerhalb dieser Governance, so dass beide Ebenen erhöht und in eine neue praktische Konkordanz gebracht werden könnten.

So sehr begrüsst wurde, dass der Bundesrat keine Hand an die Stiftungsaufsicht gelegt hat, so sehr ist zu kritisieren, dass er trotz Beschäftigung mit der Familienstiftung im Bericht und der auch grundsätzlichen Wahrnehmung inhaltlicher Modifikationsmöglichkeiten die Gelegenheit verpasst hat, ernsthaft

618 Siehe dazu aus liechtensteinischer Sicht JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 112), Rn. 243 und aktuell das Urteil 03 CG.2011.93 des FL OGH vom 7. Dezember 2012; dazu JAKOB/DARDEL/UHL (Fn. 486), Teil 2 Ziff. II.K.2.c.

619 Siehe zur Anerkennung der liechtensteinischen Stiftung in der Schweiz JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 106), Rn. 721 ff, Rn. 739 ff.

620 Siehe zu den derzeitigen «Eingliederungsproblemen» des Trust in die Schweizer Privatrechtsordnung aus (vornehmlich) erbrechtlicher Sicht JAKOB/PICHT, AJP 2010 (Fn. 70), S. 855 ff.; DOMINIQUE JAKOB/PETER PICHT, Der Einsatz von trusts in Vor- und Nacherbschaftskonstellationen. Gedanken zum Zusammenspiel von Haager Trust Übereinkommen und Art. 488 Abs. 2 ZGB, in: Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin (Hrsg.), Privatrecht als kulturelles Erbe, Liber Amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012, S. 175 ff.

auf die Materie einzugehen. Dennoch: Die inhaltliche Notwendigkeit ist damit nicht beseitigt, so dass uns die Thematik weiter beschäftigen wird.

## **F. Zusammenfassung und Ausblick**

Es ist die Dramaturgie des Augenblicks, dass just in den Abschluss dieses Berichts zum Schweizer Juristentag 2013 die Antwort des Bundesrats auf die Motion Luginbühl fällt, welche den Sektor seit 2009 in einer (freilich schwankenden) Spannungslage gehalten hat. Während der Bundesrat keinen dringenden Bedarf sieht, an das Stiftungsrecht Hand anzulegen, wurde auf den zurückliegenden Seiten versucht, Wertungen herauszuarbeiten, die das Rechtsinstitut Stiftung im Allgemeinen und die Stiftung des Schweizer Rechts im Besonderen weiterentwickeln könnten. Der Bundesrat hat sich, als der Ball durch die Institutionen endlich zu ihm gelangt war, zügig gegen Reformen entschieden, und es hat den Anschein, als hätte er diesen Schritt bewusst ohne die Aufnahme eines umfassenden Meinungsbildes in Wissenschaft und Sektor vollzogen.

In der vorliegenden Gesamtsituation ist das zu akzeptieren. Denn innerhalb der Forderungen der Motion Luginbühl wäre eine sinnvolle Weiterentwicklung der Rechtsform auch nur schwer möglich gewesen. Zwar ist die «Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz» ein wichtiger Aspekt. Doch wie auch hier herausgearbeitet wurde, würde eine sinnvolle «Stiftungsstrategie» ein deutlich vielschichtigeres Konzept beinhalten, als der Prüfungsauftrag der Motion umfasste. Nachdem der Bundesrat in seiner Beurteilung diesen Auftrag (wohl bereitwillig) wörtlich genommen hat, war die Dimension der Problematik in vielfacher Hinsicht erheblich verkürzt worden. Zudem war die nachträglich eingespeiste Frage der künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht mit der eigentlichen Stossrichtung der Motion nicht kongruent, so dass eine in sich widersprüchliche Dramaturgie geschaffen war, die weder der Sektor, noch die Politik, noch schliesslich der Bundesrat aufzulösen im Stande war.

Hätte man sich jenseits motionärer Zwänge wertfrei und ergebnisoffen mit der Weiterentwicklung des Stiftungsrechts befassen können, wären die entscheidenden Fragen möglicherweise näher gelegen. Sie könnten folgendermassen lauten: Wie lässt sich die Stiftung – innerhalb der klassischen Merkmale des Stiftungsbegriffs – rechtsformgemäss und dennoch sinnvoll weiterentwickeln? Wie lässt sich eine richtige, zeitgemässe Mischung zwischen Tradition, klassischer Dogmatik und moderner Funktionalität finden? Und wie kann die Rechtsfigur auf die Bedürfnisse einer neuen Generation von Stiftern und Stiftungsbeteiligten eingehen und dabei zugleich für die Herausforderungen der Zukunft in einem internationalen Umfeld «fit» gemacht werden? Nachdem diese Fragen aber weiter existieren und in Zukunft an Bedeutung zunehmen werden, ist die Abschreibung der Motion Luginbühl kein Schlussstrich, den es zu bedauern gilt. Vielmehr hat der Bundesrat die Tür ausdrücklich offengehalten und verlaublich,

dass er den Stand der Schweizer Stiftung im internationalen Umfeld dauerhaft beobachten will. Er hat damit gleichsam eingeladen, die Dinge erneut, gegebenenfalls separat und in jedem Fall gut vorbereitet auf die Agenda zu bringen und mit wohl fundierten Vorstössen neuerliche Anläufe zu starten.

Eine Weiterentwicklung der Stiftung muss ihren Ausgangspunkt beim Stiftungsbegriff nehmen. Dieser ist freilich nicht als Schweizer «Solitär» zu verstehen, sondern ist einzubetten in eine rechtsvergleichende Analyse des (nachbar-)staatlichen Umfelds, der charakterisierenden Merkmale unterschiedlicher Stiftungsmodelle und der Stossrichtung der europäischen Entwicklungen. Nur auf diese Weise können die Einzelmerkmale des Stiftungsbegriffs untersucht und auf ihre aktuellen Dimensionen und Herausforderungen überprüft werden. Neben den klassischen Merkmalen (Zweck, Vermögen, Organisation) ist vor allem die Stifterfreiheit sowie das Trennungs- und Erstarrungsprinzip von praktischer (auch Standort-)Relevanz. Aufgefüllt wird ein moderner Stiftungsbegriff zudem durch die Merkmale der Governance, der Compliance, der Transparenz, der Vertraulichkeit und der Rechte Dritter. Dies sind zugleich die Wertungsebenen, mit welchen die Spannungsfelder von heute und der Zukunft gelöst werden müssen.

Besondere Bedeutung wird hierbei die Interpretation des Stiftungszwecks und seiner Beziehung zum Stiftungsvermögen erhalten, was schliesslich in der Gesamtschau mit den Auswirkungen dieses Verhältnisses auf die steuerliche Gemeinnützigkeit kulminiert. Die Ausgestaltung der Governance wird wichtig werden, insbesondere in einem modernen Zusammenspiel mit internen Kontrollmechanismen und einem Einbezug der Stiftungsbeteiligten als «Stakeholder». Die hier liegenden, vielfältigen Gestaltungsfragen sind in ihrer Dimension noch nicht abschliessend erfasst und haben das Potenzial, das Stiftungswesen (nicht nur) in der Schweiz nachhaltig zu verändern. Ebenso wird sich im Wettbewerb der Rechtsordnung diejenige hervortun, die im aktuellen internationalen Umfeld Governance und Compliance garantiert, aber dennoch ein freiheitliches und stiftungsfreundliches Ambiente aufrecht erhält, weil es ihr gelingt, Freiheit und Governance in eine homogene praktische Konkordanz zu bringen. Dies wird auch für die Ausgestaltung privatnütziger Stiftungsmodelle gelten, für die im internationalen Umfeld ein erhebliches Bedürfnis, aber ein ebenso grosser Legitimationsbedarf besteht.

In diesem internationalen Umfeld ist nicht nur Kontrolle gefragt, es muss auch der gordische Knoten durchschlagen werden, der die internationale, grenzüberschreitende Philanthropie heute noch lähmt. Die Fundatio Europaea als supranationale Rechtsform lässt hier auf absehbare Zeit keinen qualitativen Quantensprung für eine ausreichende Anzahl von Organisationen erwarten. Vielmehr müssen die Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Philanthropie eigenständig ausgebaut werden, und zwar so, dass sie gleichzeitig garantiert und erfüllbar werden. Ein *Cross Border Philanthropy Code* könnte hier ein innovativer Baustein sein, mit dem sich eine Beschäftigung lohnen würde.



Gleichzeitig kann in einem Umfeld, das auch von Argwohn gegenüber den Stiftungsmodellen ausländischer (und sogar nachbarschaftlicher) Staaten geprägt ist, ein verlässlicher Indikator über den qualitativen Standard einer Stiftungsrechtsordnung erhöhte Bedeutung erlangen. Ein solcher ist im Stiftungsbereich bisher nicht existent. Aus diesem Grunde sollte hier ein (noch zu verfeinernder) Ansatz entwickelt werden, der die Stiftungsrechtsordnungen in Bezug auf verschiedene Kernmerkmale untereinander qualitativ vergleichbar macht. Es wäre durchaus vorstellbar, dass Stiftungen aus Rechtsordnungen mit einem Stiftungs- oder Governance-Index von «X» als international anerkennungsfähig gelten, oder dass etwa Deutschland sich nicht mehr auf die *ordre public*-Widrigkeit von Stiftungen aus Rechtsordnungen berufen würde, die einen gewissen und gegebenenfalls sogar höheren Governance-Index haben als das eigene Stiftungsrecht.

Der Stiftungsindex konnte jedoch auch demonstrieren, dass es in der Tat ein Trugschluss wäre, dass sich die unterschiedlichen Wertungspole, die eine Stiftungsrechtsordnung der Neuzeit charakterisieren, gegenseitig ausschliessen würden. Das konnte am besten an den in sich widersprüchlich erscheinenden Merkmalen der Freiheitlichkeit und der Kontrolle (Governance) demonstriert werden. Freiheit und Governance schliessen sich nicht nur nicht aus, die Analyse bedeutender Spannungsfelder des modernen Stiftungsrechts hat sogar ergeben, dass sie sich ergänzen und in ein fruchtbares Verhältnis zueinander treten können. Diese Erkenntnis macht Hoffnung, weil sie verspricht, die Interessen von Stiftern, Stiftungen und dem (internationalen) Umfeld in Einklang zu bringen. Und so wird an diesem Verhältnis weiter zu arbeiten sein. «Freiheit durch Governance» – dieses Credo könnte der Schlüssel zu einem Stiftungsrecht der Zukunft sein.