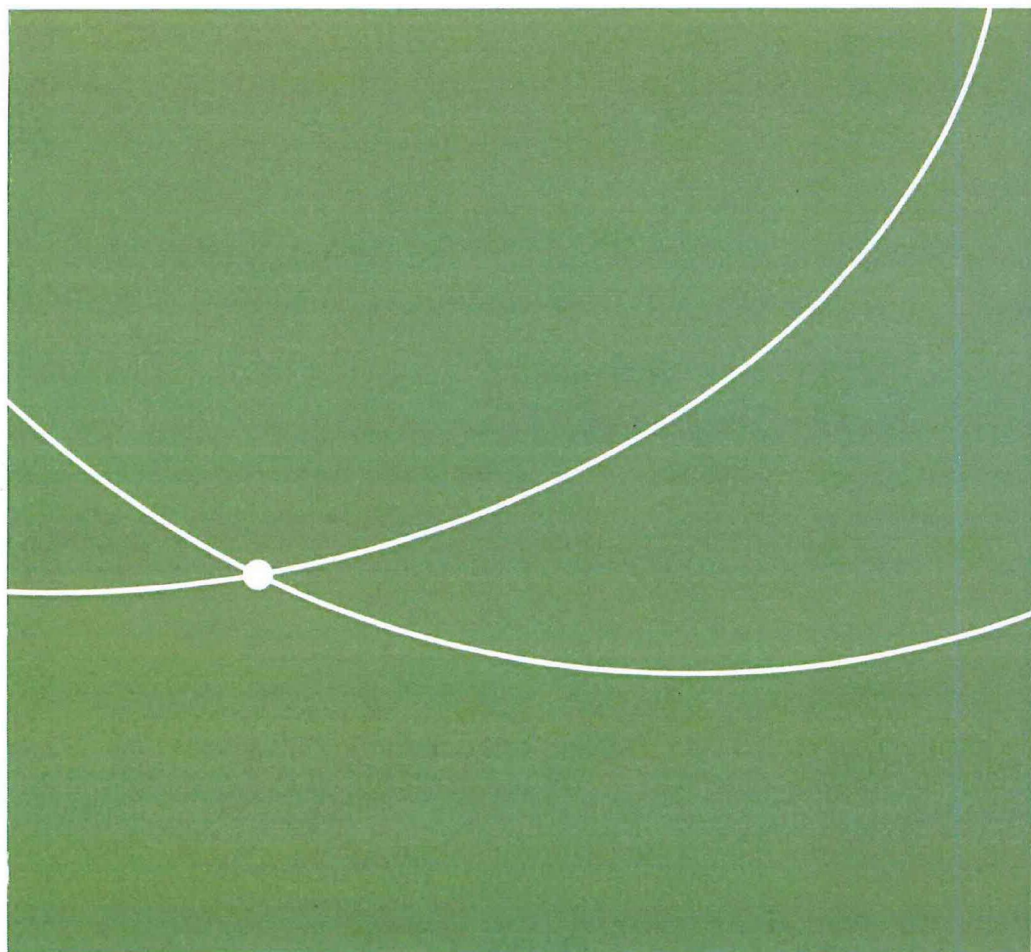


Schriften zum Stiftungsrecht Band 1

Dominique Jakob (Hrsg.)

Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa



Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt.
Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch,
technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading)
teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten,
zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim
Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich
zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung
des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3012-4

© 2010 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

4. Revocable Trust

Der Revocable Trust ist ein vom Settlor in der Trusturkunde ausdrücklich als widerrufbar bezeichneter Trust. Der Settlor kann durch den Widerruf das Trustvermögen wieder an sich ziehen. Mit dem Tod des Settlors geht das Widerrufsrecht des Settlors unter, weshalb funktional i.d.R. eine Verfügung von Todes wegen vorliegt.⁴⁴

⁴⁴ Vgl. auch NEDIM PETER VOGT, op.cit. Fn. 43, Art. 239 N 31 a.E.

Braucht die Schweiz ein neues Vehikel zur privatnützigen Vermögensperpetuierung?

Thomas Sprecher*

I.	Motive für Privatfonds	183
II.	Die heutige Situation	184
	1. Zweck	184
	a) Gemeinnützigkeit versus Privatnützigkeit	184
	b) Fremdnützigkeit versus Eigennützigkeit	185
	c) Wirtschaftliche Zwecke	185
	d) Privatnützige Zwecke: Unbrauchbarkeit der Familienstiftung	187
	2. Anerkennung in der Schweiz verpönter ausländischer Rechtsformen	188
III.	Das internationale Umfeld	188
	1. Österreich	189
	2. Liechtenstein	189
	3. Europäische Stiftung	189
	4. Konkurrenzverhältnisse	189
IV.	Elemente eines schweizerischen Privatfonds	190
	1. Allgemeiner Teil	190
	a) Funktionaler Stiftungsbegriff	190
	b) Grundsätze	191
	aa) Steuerliche Compliance	191
	bb) Wahrung der Privatsphäre	191
	cc) Gewährleistung des berechtigten Schutzes Dritter	192
	dd) Wahrung der Stifterfreiheit	192
	c) Abgrenzungen und Alternativen	192
	aa) Gemeinnützige Stiftung	193
	bb) Familienstiftung	193
	cc) Familien-Fideikommiss	193
	dd) Trust	193
	ee) Unselbständige Stiftung	194

* Der Autor ist Präsident des Stiftungsrats der Dachstiftung Fondation des Fondateurs (www.fondateurs.ch). Es handelt sich beim vorliegenden Beitrag um die ausgearbeitete Version des Eingangsstatements zur entsprechenden Podiumsdiskussion.

ff) Bankkonto	194
gg) Lebensversicherung	194
hh) Schenkung	194
d) Flankierende Massnahmen	194
aa) Verhältnis zur gemeinnützigen Stiftung	194
bb) Governance	195
cc) Schutz Dritter	195
aaa) Gläubigerschutz	195
bbb) Ehe- und erbrechtlicher Schutz	196
ccc) Schutz von Destinatären	196
2. Besonderer Teil	196
a) Name	196
b) Zweck	197
aa) Allgemeines	197
bb) Gemischte Stiftungen	198
c) Vermögen	198
aa) Minimalvermögen	198
bb) Thesaurierung	198
cc) Verbrauch	198
d) Dauer	198
e) Aufsicht	200
f) Handelsregister-Eintrag	200
g) Organe	200
aa) Stiftungsrat	200
bb) Revisionsstelle	201
cc) Weitere Organe	201
h) Stifterrechte	201
aa) Zweckänderung	201
bb) Widerrufbarkeit und Rückübertragung	201
i) Destinatäre	202
aa) Bestimmung der Destinatäre	202
bb) Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Destinatäre	202
j) Steuern	203
V. Weiteres Vorgehen	203

Literaturverzeichnis

Bösch Harald, Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegenüber einer liechtensteinischen Stiftung, LJZ 2003, 61 ff.; Hamm Michael/Peters Stefanie, Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *successio* 2008, 248 ff.; Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl., Basel u.a. 2006; Jakob Dominique, Die liechtensteinische Stiftung, Schaan 2009; ders., Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, SJZ 2008, 533 ff.; Jakob Dominique/Gauthey Ladner Danielle, Die Imple-

mentierung des Haager Trust Übereinkommens in der Schweiz, IPRax 2008, 453 ff.; Kronke Herbert, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1988; Metzger Peter; Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Bern u.a. 1996; Opel Andrea, Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient?, in: Jusletter, 31. August 2009; Rawert Peter, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation, in: Stiftungsrecht in Europa, Hopt Klaus J./Reuter Dieter (Hrsg.), Köln 2001, 109 ff.; Riemer Hans Michael, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, 3. Abteilung, 3. Teilband, Die Stiftungen, Bern 1981.

I. Motive für Privatfonds

Für die Schaffung von Privatfonds¹ gibt es eine Reihe von Motiven:

Der Gesetzgeber könnte damit folgende Zielsetzungen verbinden:

- Bereitstellung einer gesellschaftlich gewünschten Rechtsform;
- Attraktivitätssteigerung des Wirtschafts- und Finanzplatzes Schweiz;
- Vermeidung von Kapitalabfluss, Rückfluss von bereits im Ausland veranlagtem inländischem Kapital; Zufluss ausländischen Kapitals;
- weitere Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz. Ängste vor späterer Verarmung zu bannen kann zu einer Belebung der Philanthropie führen. Es ist eine alte Erfahrung, dass Personen, welche über Strukturen verfügen, die ihnen materielle Sicherheit verschaffen, eher bereit sind, philanthropische Aktivitäten zu entfalten.

Familien haben zunehmend das Bedürfnis nach einem tauglichen Instrument für ihre Vermögens- und Nachlassplanung (*family estate planning*), wozu auch die Steuerplanung gehört.

Der einzelne Stifter will unter anderem

- sein ererbtes oder erwirtschaftetes Vermögen erhalten, das oft das Lebenswerk einer Person oder einer Familie ist (Thesaurierungseffekt);
- es vor Fremdeinflüssen sichern, z.B. vor staatlicher Konfiskation (Sicherungseffekt);
- einen steuerlichen Nutzen, z.B. die Vermeidung von Erbschaftssteuern (Steuer-effekt);
- Familienmitglieder über Generationen hinweg durch die Erträge des Stiftungsvermögens, allenfalls auch durch dieses selbst, finanziell absichern;
- sich selbst finanziell absichern (Sicherheit vor Verarmung im Falle des Privatkonkurses, Vorsorgeeffekt);
- nahestehende Dritte, zum Beispiel eine Freundin oder eine uneheliche Tochter, finanziell absichern;

¹ Der Einfachheit halber wird statt von einem «Vehikel zur privatnützigen Vermögensperpetuierung» von «Privatfonds» gesprochen.

- als Unternehmer die Unternehmensnachfolge und -kontinuität sichern und dabei die Zersplitterung von Gesellschaftsanteilen aufgrund der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen, den Streit um Mitbestimmungs- und Mitspracherechte auf Gesellschafter- und/oder Geschäftsführungsebene oder durch Kündigung und Veräußerung von Gesellschaftsanteilen vermeiden;
- generell Erbstreitigkeiten ausschalten.

Diese – natürlich nicht abschliessend aufgezählten – Motive bestehen unabhängig von nationalen Grenzen und bestimmten Jurisdiktionen.

II. Die heutige Situation

1. Zweck

Gemäss Art. 80 ZGB bedarf es zur Errichtung einer Stiftung der Widmung eines Vermögens für einen «besonderen Zweck» (*un but spécial; un fine particolare*). In BGE 110 Ib 17 E. 3d S. 22 hat das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 52 Abs. 3 ZGB ausgeführt, das Gesetz lasse für die Stiftung *jeden nicht widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck* zu. Auch die Stiftungsrechtsrevision 2006 hat keine Einschränkung der Stiftungszwecke angestrebt oder bewirkt. Mit anderen Worten lassen die Art. 80 ff. ZGB eine privatnützige Stiftung zu.

a) Gemeinnützigkeit versus Privatnützigkeit

Gemeinnützigkeit wird nicht zivil-, sondern steuerrechtlich² von Privatnützigkeit abgegrenzt,³ indem eine juristische Person gemeinnützig sein (oder, was in diesem Zusammenhang nicht weiter interessiert, Kultuszwecke verfolgen) muss, damit sie Steuerbefreiung erlangen kann.

Ob eine Stiftung gemeinnützig oder privatnützig ist, bestimmt sich in erster Linie nach ihrem Zweck. Gemeinnützige Zwecke kommen der Öffentlichkeit zugute, privatnützige Zwecke einem abgegrenzten privaten Personenkreis.⁴ In Liechtenstein, Deutschland und der Schweiz waren Stiftungen mit privatnützigen Zwecken seit jeher erlaubt.⁵ Dabei spricht sich das liechtensteinische Recht auch uneingeschränkt

2 Vgl. das Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. Juli 1994, Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke (Art. 56 Bst. d DBG) oder Kultuszwecke (Art. 56 Bst. h DBG) verfolgen; Abzugsfähigkeit von Zuwendungen (Art. 33 Abs. 1 Bst. i und Art. 59 Bst. c DBG), ASA 63 (1994/95) 130 ff.

3 In Liechtenstein wird nun eine zivilrechtliche Definition des privatrechtlichen Gemeinnützigkeitsbegriffs verankert (Art. 107 Abs. 4a liechtensteinisches Personen und Gesellschaftsrecht vom 20. 1. 1926 (PGR)).

4 DOMINIQUE JAKOB: Die liechtensteinische Stiftung – eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, Schaan 2009 [Liechtenstein], N 44.

5 Vgl. DOMINIQUE JAKOB: Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, in: SJZ 2008 [Europa], 533–542, 534.

für die Zulässigkeit reiner *Unterhaltstiftungen* zu. In der Schweiz hingegen ist eine Stiftung nur dann erlaubt, wenn sich ihr Zweck nicht in reinen Unterhaltsleistungen erschöpft. Sie muss ihre Leistungen den Destinatären für einen über den blossen Lebensunterhalt hinausgehenden Zweck erbringen, z.B. die Ausbildungsförderung mittelloser Familienmitglieder.

Andere Staaten verlangen bei Stiftungen stets Gemeinnützigkeit. Unzulässig ist die rein privatnützige Stiftung im romanischen und englischen Rechtskreis, in Frankreich, Belgien, Luxemburg, Portugal, Spanien, England, Wales, Irland sowie in den meisten Ländern Osteuropas.⁶

b) Fremdnützigkeit versus Eigennützigkeit

DOMINIQUE JAKOB möchte das Begriffspaar gemeinnützig-privatnützig durch das Paar *fremdnützig-eigennützig* ersetzt wissen.⁷ Eigennützig im strengen Sinne heisst: Der Stifter ist der (einzige) Nutzniesser seiner selbst. In einem etwas weiteren Sinne kann als «eigennützig» auch der Zweck verstanden werden, *Nahestehende* des Stifters zu begünstigen, seine Familie und Freunde.

In Deutschland ist die «Stiftung für den Stifter» verpönt, mit der Begründung, so werde dem Rechtsverkehr Vermögen entzogen und ein Sondervermögen geschaffen, das als Haftungssubstrat wegfällt («Haftungsexklave»)⁸. Auch in der Schweiz wird die «Stiftung für den Stifter» nach geltendem Recht nicht zugelassen. Der Stifter kann aber in einer Familienstiftung Mitbegünstigter sein. In Liechtenstein und in Österreich wird die «Stiftung für den Stifter» hingegen für zulässig gehalten. Hier kann der Stifter der einzige Destinatär der Stiftung und diese für ihn ein Instrument für die eigene Vermögensverwaltung sein.

Nicht zulässig ist auch in Liechtenstein die reine *Selbstzweckstiftung*, also eine Stiftung, die sich selbst dient, die ausschliesslich Vermögen verwaltet und Gewinne dauerhaft thesauriert, ohne sie jemals auszuschütten. Der Stiftungszweck muss nach aussen gerichtet sein, auf eine oder mehrere von der Stiftung verschiedene Personen.⁹

c) Wirtschaftliche Zwecke

Es besteht keine Frage darüber, dass ideelle Zwecke zulässig sind.¹⁰ Umstritten war hingegen im Zusammenhang mit den Unternehmensstiftungen eine Zeitlang, ob

6 PETER RAWERT: Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation, in: Stiftungsrecht in Europa, Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, hrsg. v. Klaus J. Hopt/Dieter Reuter, Köln 2001, 109–137, 120.

7 JAKOB, Liechtenstein, N 44.

8 Vgl. JAKOB, Liechtenstein, N 44 mit weiteren Hinweisen; RAWERT, 119.

9 Immerhin ist die Selbstzweckstiftung eine in ihrer Absurdität intellektuell anregende Denkfigur, zumal es ja auch traditionsschwere Bereiche staatlicher Verwaltung gibt, die dem Selbstzweckdenken eng befreundet sind.

10 Gemeinhin wird in Lehre und Praxis von «idealen Zwecken» gesprochen. Man sollte aber den Begriff «ideell» verwenden. «Ideal» meint: den höchsten Vorstellungen entsprechend,

auch *wirtschaftliche* Zwecke zulässig seien. Gegen die Zulässigkeit wurde vorgebracht, der ideelle Zweck sei ein ungeschriebenes, aber für den Gesetzgeber selbstverständliches Begriffselement der Stiftung. Dies ergebe sich aus der Gesetzessystematik, nämlich der Einordnung des Stiftungsrechts im Zivilrecht im Gegensatz zum Handelsrecht; daraus, dass die Stiftung einen Namen und keine Firma habe; aus der «Angehörigkeit» der Stiftung zu einem Gemeinwesen; aus den «Sorgepflichten» der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit seiner Aufsichtstätigkeit; daraus, dass das Stiftungsrecht nicht auf kaufmännische Unternehmen ausgerichtet sei, gerade auch betreffend Gläubigerschutz.

Gegen diese Argumente wurde wiederum ins Feld geführt, die Rechtsgeschäftsfreiheit und die Stiftungsfreiheit liessen eine Beschränkung auf ideelle Zwecke nicht zu; für die Beschränkung auf ideelle Zwecke lasse sich im Gesetz keine überzeugende Stütze finden; jede bisher vom Gesetzgeber vorgenommene Beschränkung auf nichtwirtschaftliche Zwecke habe versagt: beim Verein, der GmbH und der Genossenschaft, eine solche Beschränkung sei also nicht praktikabel.

Zwar bleiben in der Tat Unsicherheiten, wie die wirtschaftliche Zweckverfolgung zu definieren und von der ideellen abzugrenzen sei. Bei *körperschaftlichen Organisationsformen* bedeutet sie Streben nach geldwerten Vorteilen *zugunsten von Mitgliedern*. Bei Stiftungen ist diese Definition untauglich, weil sie keine Mitglieder haben. Dessen ungeachtet haben die Praxis und danach das Bundesgericht die Zulässigkeit von Stiftungen mit wirtschaftlichen Zwecken bejaht.¹¹

wie man sich nichts Besseres vorstellen kann, «ideell» hingegen: auf einer Idee beruhend, geistig. Ideelle Zwecke sind nicht zwingend auch ideal.

11 BGE 127 III 337 (vgl. auch BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 81 N17 ff.): «Im Gegensatz zum Vereinsrecht, welches die Vereinsform ausschliesslich für nicht wirtschaftliche Zwecke zulässt (Art. 60 Abs. 1, Art. 59 Abs. 2 ZGB), sieht das Stiftungsrecht mit Ausnahme der Familienstiftungen (Art. 335 ZGB) keine Beschränkung der Zwecke vor (vgl. dazu RIEMER, Berner Kommentar, N. 43 ff. zu Art. 80 ZGB). Art. 59 Abs. 2 ZGB liefert vielmehr einen Hinweis dafür, dass sich die Beschränkung auf die Personenverbindungen wie Vereine, nicht aber auf Zweckvermögen wie Stiftungen bezieht. Die Rechtsgeschäftsfreiheit allgemein und die Stiftungsfreiheit im Besonderen lassen eine Beschränkung auf ideale Zwecke nicht zu. Man mag sich zwar fragen, ob die staatliche Aufsicht über solche Stiftungen notwendig und die dauernde, starre Bindung von Gesellschaftskapital an eine juristische Person wirtschaftlich sinnvoll ist. Diese Fragen sind indessen vom Gesetzgeber und von den Personen zu entscheiden, welche eine Stiftung in Aussicht nehmen. In der Praxis überwiegt offensichtlich mitunter das Bedürfnis, ein Vermögen dauernd einem wirtschaftlichen Zweck zu widmen, die Nachteile der Staatsaufsicht und der Starrheit der Stiftungsform. Die in der Lehre zusätzlich angeführten Argumente für die Beschränkung der Stiftung auf nicht wirtschaftliche Zwecke vermögen am vorliegenden Ergebnis nichts zu ändern (vgl. die detaillierte Begründung bei RIEMER, Systematischer Teil, N. 403 ff. mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte). RIEMER (Systematischer Teil, N. 404) begründet das Verbot des wirtschaftlichen Zwecks bei der Stiftung mit den Materialien bzw. mit einem Votum eines Mitgliedes der Expertenkommission. Dieses Votum erweist sich allerdings als wenig aussagekräftig, und die darin angeblich vertretene Einschränkung des Zwecks ist nicht Gesetz geworden. Angesichts der Rechtswirklichkeit vermag das subjektiv-historische Auslegungselement keine im Gesetz nicht vorgesehene Beschränkung der Stiftungszwecke zu

d) *Privatnützige Zwecke: Unbrauchbarkeit der Familienstiftung*

Eine Form der privatnützigen Stiftung ist die Familienstiftung. Art. 335 ZGB schränkt allerdings die einschlägige Zwecksetzungsfreiheit stark ein, indem er einen *Numerus clausus* an zulässigen Bedarfszwecken vorsieht. Damit steht die Schweiz in Gegensatz zu Österreich und zu Liechtenstein, das die voraussetzungslose Unterhaltsstiftung kennt, aber etwa auch zu Deutschland, wo privatnützige Stiftungszwecke ebenfalls zulässig sind.¹²

Art. 335 ZGB war schon vor 1907 im Gesetzgebungsverfahren umstritten und ist es bis heute geblieben. Die Vorschrift war anfänglich so umstritten, dass man sie in der Gerichts- und Notariatspraxis schlichtweg nicht angewendet hat. Es besteht heute in der Lehre ein weitgehender Konsens, dass die schweizerische Familienstiftung jedenfalls heute weitgehend unbrauchbar ist, aus sowohl familienstiftungs- wie aus steuerrechtlichen Gründen. Die steuerlichen Rahmenbedingungen sind so unattraktiv, dass sich die Errichtung der Stiftung in aller Regel nicht lohnt, da 70 % und mehr des vom Stifter eingelegten Vermögens wegbesteuert werden können. In der Lehre wird demgemäss eine Abmahnungspflicht der das Stiftungsgeschäft verurkundenden Notare postuliert: Wer zu einer Familienstiftung rät, verletzt seine Sorgfaltspflicht! Desaströser kann das Urteil über eine Rechtsform kaum sein.

Wie ANDREA OPEL überzeugend gezeigt hat,¹³ sind die Motive für die Einführung von Art. 335 ZGB längst verblasst. Der ideologische Hintergrund ist historisch geworden. Der moralische Hintergrund, nämlich die Absicht, die Familienangehörigen vor Müsiggang zu bewahren, passt nicht mehr in das heutige Staatsverständnis, auch wenn sich manche obrigkeitliche Instanzen weiterhin die erdenklichste Mühe geben, die Bürger mit Appellen und Verboten vor sich selbst zu schützen. Verschie-

begründen. Sodann stellt weder der Hinweis, dass die Stiftung im ZGB und nicht im OR geregelt ist, noch der Umstand, dass die im Personenrecht geregelte Stiftung über einen «Namen» und nicht über eine «Firma» verfügt (vgl. Art. 101 lit. b der Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 [SR 221.411]), noch schliesslich die Bemerkung, dass zwar eine Staatsaufsicht und eine entsprechende Zuordnung jeder Stiftung zu einem Gemeinwesen, aber kaum ein Gläubigerschutz besteht, einen Grund dar, um ohne gesetzliche Grundlage in die Stiftungsfreiheit einzugreifen.

Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat im Jahre 1993 einen Vorentwurf für eine Revision des Stiftungsrechts in die Vernehmlassung gegeben, dessen zentrales Anliegen ein Teilverbot für Unternehmensstiftungen gewesen ist. Mit der Beschränkung auf einen nicht wirtschaftlichen, idealen Zweck (but idéal, principalement non économique, fine ideale in misura preponderante non economico) sollten die Unternehmensstiftungen auf klassische Stiftungsaufgaben wie den Betrieb von Spitälern, Schulen und Heimen unter Ausschluss von Industrie- und Dienstleistungsunternehmen beschränkt werden [...]. Auch diese bisher erfolglosen Bemühungen um eine Einschränkung der zulässigen Zwecke der Stiftung zeigen, dass diese nach geltendem Recht nicht beschränkt sind.»

12 Hingegen nicht *eigen*nützige. Vgl. RAWERT, 118.

13 ANDREA OPEL: Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient?, in: Jusletter, 31. August 2009. Vgl. auch MICHAEL HAMM/STEFANIE PETERS: Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, in: successio 3/08, 248–256.

dentlich wurde auch schon darauf aufmerksam gemacht, dass unsere Rechtsordnung absurderweise die Errichtung einer Unterhaltstiftung zugunsten *familienfremder* Personen uneingeschränkt zulässt, obwohl die moralischen und anderen Bedenken hier ebenfalls vorgebracht werden könnten. Fazit: Die Familienstiftung, wie sie heute existiert, ist im wesentlichen obsolet geworden.

2. Anerkennung in der Schweiz verpönter ausländischer Rechtsformen

Im Zusammenhang mit dem Verbot von Art. 335 ZGB kommt es zu einer doppelten Fragwürdigkeit: Zum einen ist es widersinnig, Schweizer ins Ausland zu drängen, damit sie dort eine im Inland unzulässige Familienstiftung gründen. Dasselbe gilt analog für ausländische Interessenten. Es bedeutet ein Versagen des Gesetzgebers, für legitime Bedürfnisse kein legales Instrument zur Verfügung zu stellen und Interessenten aus dem In- und Ausland auf ausländische Rechtsformen zu weisen.

Zum andern ist es widersinnig, binnenrechtlich verpönte ausländische Vehikel – zum Beispiel eine wirksam im Ausland errichtete Familienstiftung¹⁴ – international-privatrechtlich anerkennen zu müssen. Es ist nämlich sehr fraglich, ob Art. 335 ZGB auch im internationalen Verhältnis gilt, wenn es also um die zivilrechtliche Anerkennung einer Auslandstiftung (oder eines vergleichbaren Rechtsinstituts) geht. Diese Fraglichkeit hat sich dadurch noch erhöht, dass ausländische Trusts in der Schweiz von Gesetzes wegen seit 2007 anerkannt werden.¹⁵ In BGE 135 III 614 hat nun das Bundesgericht festgehalten, dass das Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen nach Art. 335 Abs. 2 ZGB keine «loi d'application immédiate» im Sinne von Art. 18 IPRG ist, welche die Anwendung eines ausländischen Gesetzes zu verdrängen vermöchte, die, anders als das Schweizer Recht, die Errichtung von Familienunterhaltstiftungen für zulässig erklärt.

III. Das internationale Umfeld

Der Orientierungsrahmen für die Schweiz sollte Mitteleuropa sein, weniger das Stiftungsrecht Panamas oder der Karibikinseln.¹⁶ Heranzuziehen sind deshalb vorab die Privatstiftungsmodelle in Österreich und Liechtenstein.

¹⁴ Vgl. BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 335 N 16 f.

¹⁵ Das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anwendbare Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Juli 1985 trat für die Schweiz am 1. Juli 2007 in Kraft. Siehe dazu JAKOB/GAUTHEY LADNER, Die Implementierung des Haager Trust Übereinkommens in der Schweiz, IPRax 2008, 453 ff.

¹⁶ Vor dem Hintergrund einer raschen Globalisierung und eines weltweiten Konkurrenzverhältnisses kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass jene vornehmlich auf *asset protection* gerichtete Stiftungsordnungen in absehbarer Zeit doch näher ins Auge gefasst werden müssen.

1. Österreich

Mit dem Privatstiftungsgesetz wurde in Österreich 1993 die gesetzliche Grundlage geschaffen, Vermögen jeglicher Art auf einen selbständigen und eigentümerlosen Rechtsträger, die Privatstiftung, zu übertragen. Mittlerweile gibt es rund 2500 Privatstiftungen in Österreich. Die Privatstiftung ist somit zu einer beliebten Form der Vermögensverwaltung für in- und ausländische Stifter geworden. Ein Grund dafür ist vermutlich die umfassende Gestaltungsfreiheit des Stifters.

2. Liechtenstein

Im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein gab es bisher eine klare nachbarliche Aufgabenteilung: Für die gemeinnützigen Stiftungen war die Schweiz zuständig, für die privatnützigen Liechtenstein. Die liechtensteinische Stiftung ist vornehmlich ein für ausländische Investoren attraktives Finanzinstrument.¹⁷ Am 1. April 2009 ist in Liechtenstein ein neues Stiftungsgesetz in Kraft getreten.

3. Europäische Stiftung

Zu beachten ist auch das Projekt der *European Foundation*, als das Vorhaben einer supranationalen, neben dem Recht der Einzelstaaten bestehenden Stiftung. Es strahlt vorläufig nur intellektuellen, keinen praktischen Reiz aus, regt immerhin aber dazu an, verschiedene nationale Rechtsordnungen miteinander zu vergleichen. Der Schweiz sollte auch anhand der *European Foundation* prüfen, welche Elemente anderer Stiftungsmodelle sie bei sich einführen könnte, weil sie ihr fehlen.

4. Konkurrenzverhältnisse

Mit der Vorstellung eines Paradieses verbindet sich Zeitlosigkeit. Leider aber ist die Stiftungslandschaft Schweiz den Zeitströmen unterworfen und steht daher in steter Gefahr, die ihr zugeschriebenen paradiesischen Qualitäten einzubüssen. Der Feind schläft nicht, militärisch gesprochen, Konkurrenten sind unablässig daran, einander den Rang abzulaufen. Wer der Prägung «Stiftungsparadies Schweiz» seit je skeptisch gegenüberstand, kann darüber nicht überrascht sein. Die Schweiz hat eine grossartige Stiftungstradition, ein liberales Stiftungsrecht, ein reiches Stiftungsleben und eine seltene Reputation. Dies alles aber ist unter den Bedingungen globaler Konkurrenz keine Garantie dafür, dass im Schweizer Stiftungswesen für alle Zukunft Milch und Honig fliessen. Wer zu spät kommt, den bestraft bekanntlich das Leben, es braucht dazu nicht einmal mehr Putsche und Revolutionen, der Markt genügt. Er verrichtet seine Tätigkeit mit gnadenloser Konsequenz.

¹⁷ Die gemeinnützige Stiftung spielte hingegen bislang eine völlig marginale Rolle. Im Jahr 2005 waren von rund 50 000 Stiftungen nur etwa 600 gemeinnützig.

Das Fehlen eines tauglichen Gefässes nicht nur für die Nachfolgeplanung, sondern für alle Bedürfnisse, denen ein Privatfonds entsprechen kann, stellt für die Schweiz einen Wettbewerbsnachteil dar. Das Schweizer Recht bietet im Vergleich mit anderen Jurisdiktionen eine reduzierte Palette von Möglichkeiten an, ohne dass dafür starke Gründe sprächen. Damit schadet der Standort Schweiz sich selbst. Darum müsste die Schaffung eines schweizerischen Privatfonds ernsthaft geprüft werden.

Die Welt ist klein geworden. Anwälte erleben es immer wieder, dass international agierende Stifter – wie auch Unternehmer oder Gründer internationaler Vereine – einen *beauty contest* veranstalten, um herauszufinden, welches Land ihnen die besten Bedingungen für die Errichtung ihrer Stiftung bieten. Im Grunde muss jeder, der an die Gründung einer Stiftung denkt, nicht nur prüfen, ob die Stiftung die richtige Rechtsform zur Verwirklichung seiner Ideen ist, sondern auch, *welche* Stiftungsform es wäre. Er muss seinen Blick daher über die nationale Gesetzgebung hinaus heben.

Mit einiger Sicherheit zeitigt das Fehlen eines Privatfonds *volkswirtschaftliche Nachteile*. Indem Interessenten auf ausländische Vehikel verwiesen werden, erfolgt mindestens teilweise ein der hiesigen Wirtschaft abträglicher Kapitalabfluss ins Ausland. Es ist ähnlich wie bei Unternehmen, die einen andern Standort wählen, womit sich der Verlust von Arbeitsplätzen und von Dienstleistungsnachfrage verbindet.

Es geht aber nicht nur um den Finanz- und Bankenplatz Schweiz, sondern auch um den Stiftungsplatz Schweiz. Die Stellung der Schweiz als ausgezeichnete Ort für gemeinnützige Stiftungen ist nicht unbedrängt. Strategisches Gegenmittel wäre unter anderem, in bisher brachliegende Geschäftsfelder vorzudringen. Wie aber könnte ein schweizerischer Privatfonds aussehen?

IV. Elemente eines schweizerischen Privatfonds

1. Allgemeiner Teil

Vorbemerkung: Es wird keine dogmatisch hieb- und stichfest abgesicherte, ausgereifte Lösung präsentiert, lediglich eine durchaus unausgegrenzte und nicht mit allen Konsequenzen zu Ende gedachte Skizze.

a) Funktionaler Stiftungsbegriff

Immer, wenn an den stiftungsrechtlichen Normen gerüttelt werden soll, meldet jemand das Bedenken an, ob damit nicht der schweizerische Stiftungsbegriff seine Konturen verlöre. Dazu Folgendes: Alles Recht ist historisch. Die meisten stiftungsrechtlichen Normen stammen aus dem Jahr 1907. Wenn sie nach über hundert Jahren verändert und den gegenwärtigen Bedürfnissen angepasst würden, könnte dies nicht als überstürzt gelten. Stiftungen müssen nicht begriffsnotwendig mit Philan-

thropie gleichgesetzt werden. Wie erwähnt beschränkte sich schon 1907 der Zweck nach Massgabe von Art. 80 ZGB nicht auf gemeinnützige Stiftungen.

Auf die Frage «Büsste der schweizerische Stiftungsbegriff seine Konturen ein?» liesse sich die Gegenfrage stellen: Wäre dies denn so schlimm? Wer gibt denn eigentlich vor, welches die Konturen sind? Ist die Tradition so mächtig, dass sie auch vorschreiben kann, was in Zukunft zu gelten hat, selbst wenn diese Tradition nur gut hundert Jahre alt ist? Wieviel darf die Perpetuierung dogmatischen Traditionen kosten? Allgemein sollte man nicht historisch und traditionalistisch argumentieren, sondern *funktional*. Und hier wäre die Frage anzuschliessen: Kann die schweizerische Stiftung für international agierende Stifter auch in Zukunft Attraktivität gegenüber den modernen Stiftungen anderer Rechtsordnungen behaupten?

Dies gesagt, ist anzumerken, dass die Schaffung einer privatnützigen Stiftung einen Mehrwert erzeugen muss. Sie muss das Schweizer Recht reicher machen. Zu fragen ist demnach immer auch nach den Kosten und Nachteilen neuen Rechts. Die Schaffung eines Privatfonds darf insbesondere dem Ansehen der gemeinnützigen Stiftung nicht schaden.¹⁸

b) Grundsätze

Der Privatfonds sollte sich von vier Grundsätzen leiten lassen:

aa) Steuerliche Compliance

Der Privatfonds soll steuerlich attraktiv, aber kein Steuerhinterziehungsvehikel sein. Die Grosswetterlage heisst: Steueroptimierung ja, Steuerhinterziehung nein. Steuerhinterziehungsvehikel haben keine vernünftige Zukunftsperspektive. Das verhindert Steuerhinterziehung natürlich nicht. Aber für Steuerhinterziehung braucht es weder eine Stiftung noch einen Trust.

bb) Wahrung der Privatsphäre

Die Grundüberlegungen sind demnach nicht steuerlicher, sondern liberaler Natur: Der Privatfonds soll das Bedürfnis des Bürgers nach Diskretion, Vertraulichkeit und Wahrung der Privatsphäre decken. Der Staat hat ein Recht darauf, dass seine Steueransprüche nicht verkürzt werden. Er hat hingegen nach freiheitlichem Staatsverständnis kein Recht darauf, «alles» zu wissen und die Privatsphäre des Bürgers vollkommen aufzuheben. Er soll auch nicht konfiszieren dürfen – immer unter Vorbehalt strafrechtlicher Aktivitäten. Dies bedeutet im Zusammenhang mit der Besteuerungsfrage, dass im internationalen Verhältnis Modalitäten der Besteuerung gefunden werden müssen, welche die Privatsphäre wahren, z.B. durch eine Abgeltungssteuer an andere Staaten.

¹⁸ Vgl. hinten Ziff. IV.1.d)aa) und IV.2.a).

cc) Gewährleistung des berechtigten Schutzes Dritter

Der Privatfonds darf keinen Gläubigern oder anderen berechtigten Dritten Schaden im Rechtssinne zufügen. Sie müssen sich gegebenenfalls dagegen wehren können.

dd) Wahrung der Stifterfreiheit

Im übrigen sollte die Stifter-, im konkreten die Gestaltungsfreiheit des Stifters möglichst wenig eingeschränkt werden. Der Privatfonds sollte zu einem Instrument privater und familiärer Vermögensverwaltung werden wie auch anderen privaten Zwecken dienen können. Wir wissen nicht, wie sich die rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen weiterentwickeln. Welches die Bedürfnisse der Zukunft sein werden, ist schwierig abzuschätzen. Deshalb sollte ein möglichst flexibel einsetzbares Instrument geschaffen werden.

c) *Abgrenzungen und Alternativen*

Man kann sich fragen, ob das geltende Recht Optionen zur Verfügung stellt, die einen Privatfonds überflüssig machen. Liesse sich das, was etwa die liechtensteinsche und die österreichische Privatstiftung bieten, auch schon mit bestehenden Möglichkeiten erreichen? Das ist zu verneinen: Zu allen alternativen Formen bestehen signifikante Unterschiede, wie schon eine summarische Betrachtung zeigt:

	Andere Rechtsformen	Privatfonds
Gemeinnützige Stiftung	gemeinnützig ewig/auf Zeit Aufsicht (ausser Familienstiftung) Minimalvermögen CHF 50 000 keine Widerrufbarkeit Zweckänderung möglich Rechte der Destinatäre: schwach steuerbefreit	privatnützig, eigennützig auf Zeit freiwillige Aufsicht? höheres Minimalvermögen? Widerrufbarkeit? Zweckänderung möglich Rechte der Destinatäre: stark nicht steuerbefreit
Familienstiftung	an Familie gebunden Unterhaltsstiftung unzulässig steuerlich unattraktiv	nicht an Familie gebunden Unterhaltsstiftung zulässig steuerlich attraktiv
Familien-Fideikommiss	an Familie gebunden unzulässig	nicht an Familie gebunden zulässig
Trust	keine Rechtspersönlichkeit dem kontinentalen Recht fremd	Rechtspersönlichkeit dem kontinentalen Recht vertraut, kodifizierbar
Unselbständige Stiftung	keine Rechtspersönlichkeit	Rechtspersönlichkeit
Bankkonto und -depot, Lebensversicherung, Schenkung	keine Vermögensperpetuierung über Generationen hinweg möglich	Vermögensperpetuierung über Generationen hinweg möglich

aa) Gemeinnützige Stiftung

Die gemeinnützige Stiftung kann definitionsgemäss keine privaten Zwecke verfolgen.

bb) Familienstiftung

Das geltende Schweizer Recht lässt eine reine Unterhaltsstiftung nicht zu (Art. 335 ZGB).

Die Familienstiftung ist sodann an eine Familie gebunden. Der Privatfonds soll hingegen nicht auf den Destinatärskreis einer Familie beschränkt werden. Er soll mit einer Familie verbunden werden *können*, aber nicht verbunden werden *müssen*. Aus diesem Grund ist die Familienstiftung nicht weiterzuentwickeln, sondern aufzuheben und zu ersetzen. Ausserdem ist die Familienstiftung nach der heutigen Praxis steuerlich höchst unattraktiv.

cc) Familien-Fideikommiss

Der Zweck des Privatfonds soll nicht auf die «Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen» (Art. 335 ZGB) beschränkt werden. Von daher könnte man an ein *Revival* der Familien-Fideikommiss denken, deren Neuerrichtung heute in Art. 335 Abs. 2 ZGB verboten wird. Der Privatfonds soll vielmehr 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. Er soll auch Unterhalts- oder Genuss-Fonds sein können. Solche Stiftungen werden heute vom Richter als nichtig erklärt (vgl. Art. 52 Abs. 3 ZGB). Allerdings soll der Privatfonds im Gegensatz zum Familien-Fideikommiss¹⁹ nicht zwingend an eine Familie geknüpft sein und ausserdem Rechtspersönlichkeit erlangen.

dd) Trust

Die zahlreichen ausländischen Formen des Trust erfüllen zahlreiche Bedürfnisse. Die Frage ist, ob ein schweizerischer Trust, ein «Binnen-trust», jene Bedürfnisse, auf die ein Privatfonds reagieren soll, besser erfüllen könnte. Dies ist nicht zu vermuten. Dennoch sollte man auch hier funktional argumentieren und die Möglichkeit offenlassen, dass sich nach einem genauen Vergleich der Rechtsformen ein schweizerischer Trust als das praktikablere Vehikel herausstellte.

In Bezug auf Trusts besteht weitgehende Rechtssicherheit. Während bei der Stiftung durch die Errichtung das gewidmete Vermögen verselbständigt und in eine juristische Person eingebracht wird, bleibt das Vermögen, als Treugut, beim Trust

¹⁹ Vgl. BGer vom 25.11.2002, 2P.168/2002.

einer Person zugeordnet. Er ist keine juristische Person, sondern an natürliche Personen gebunden, den Trustee, allenfalls den Protector.

Der Trust ist – wie auch die Stiftung – eine sehr alte Rechtsstruktur, aber er ist nicht im kontinentalen Recht verwurzelt. Im Gegensatz zur Stiftung ist er eine aus dem Common Law importierte Rechtsfigur, die in Kontinentaleuropa keine Tradition hat und einer fremden Begrifflichkeit folgt. Seine Kodifikation könnte zu Schwierigkeiten führen. Im Schweizer Recht nähme er sich exotischer aus als ein Privatfonds. Vertraut wäre er wohl vielen Ausländern. Diese sind aber auf einen Schweizer Trust nicht angewiesen, weil sie den Trust einer ihnen genehmen Jurisdiktion wählen und vom Schweizer Recht anerkennen lassen können.

ee) Unselbständige Stiftung

Die unselbständige Stiftung ist keine juristische Person. Sie gewährleistet die Vermögensperpetuierung über mehrere Generationen nicht.

ff) Bankkonto

Ein einfaches Bankkonto und -depot kann zu Lebzeiten des Kontoinhabers bzw. des wirtschaftlich Berechtigten manche Bedürfnisse erfüllen. Steuerlich bietet es keine besonderen Vorteile. Wenn der Kontoinhaber will, dass niemand davon weiss, muss er es gegenüber den Erben geheimhalten, was spätestens im Erbfall nicht mehr gelingen wird.

gg) Lebensversicherung

Lebens- und andere Versicherungen können in die Vermögensbewirtschaftung einbezogen werden, kaum aber über Generationen hinweg. Auch wo es um die Sicherung von Unternehmenskontinuität geht, sind sie nutzlos.

hh) Schenkung

Die Schenkung kann manche Funktionen des Privatfonds übernehmen. Wo es aber um langfristige Zuwendungen gehen soll, ist ein Privatfonds fraglos geeigneter. Auch die Funktion des «Spendthrift Trust» – der das Vermögen vor der Verschwendungssucht von Begünstigten bewahren soll – kann die direkte Schenkung nicht übernehmen.

d) Flankierende Massnahmen

aa) Verhältnis zur gemeinnützigen Stiftung

Von grosser Bedeutung ist das Verhältnis zwischen den gemeinnützigen Stiftungen und den Privatfonds. Politisch liesse sich eine privatnützige Stiftung in der Schweiz gegen den Willen des gemeinnützigen Sektors kaum etablieren. Wenn dieser den Eindruck erhielte, durch die Einführung eines privatnützigen Vehikels zu verlieren,

würde er dagegen sein. Es geht also darum, dem gemeinnützigen Sektor die Sicherheit zu geben, dass der Privatfonds ein *aliud* ist, das ihn nicht bedrängt und das erlaubt, das eine zu tun und das andere nicht zu lassen. Der kleine Bruder Privatfonds muss so ausgestaltet sein, dass er die hohe Reputation der grossen Schwester, der schweizerischen gemeinnützigen Stiftung, nicht gefährdet.

Natürlich aber wird es zu Interdependenzen kommen. So besteht wie erwähnt die Hoffnung, dass die Möglichkeit von Privatfonds auch dem Gemeinnützigkeitswesen zugute kommt. Andererseits könnte die Kodifikation eines Privatfonds möglicherweise zu Bemühungen führen, die Kodifikation auch der gemeinnützigen Stiftung zu verdichten – zum Nachteil der bisherigen freiheitlichen Ausgestaltung.

Nicht direkt betroffen von einem Privatfonds wären neben der «klassischen» Stiftung auch die gesetzlichen Stiftungstypen der *kirchlichen Stiftung* und der *Personalvorsorgestiftung* und wohl auch nicht die aus der Praxis erwachsenen *Anlagestiftungen*. Es wäre hingegen vermutlich sinnvoll, die Form der *Unternehmensstiftung* unter die Privatfonds fallen zu lassen. Ferner liesse der Privatfonds die *Familienstiftung* entfallen.

bb) Governance

Ein Privatfonds muss der modernen *Governance* genügen. Diese sollte im wesentlichen gesetzlich geregelt werden. Dennoch wäre es wohl sinnvoll, gewisse Bereiche der Selbstregulierung vorzubehalten. Der Swiss Foundation Code wäre hier nicht das richtige Instrument, weil er sich auf gemeinnützige Stiftungen, insbesondere Förderstiftungen, bezieht. Einen Teil seiner Empfehlungen würde man aber auf eine Governance für Privatfonds übernehmen können.

cc) Schutz Dritter

Vorab ist anzumerken, dass die Möglichkeit von Missbräuchen nicht gegen eine neue Regelung spricht. Erstens kann jede neue Regelung missbraucht werden, und zweitens kann ein Missbrauch gerade dann erfolgen, solange und weil keine neue Regelung vorliegt. Natürlich aber müsste die Missbrauchsanfälligkeit nach Kräften verkleinert werden. Bei der Einführung einer neuen Rechtsform wären die Bedenken zu prüfen, die schon im Rahmen der Stiftungsrechtsrevision 2006 vorgebracht wurden. Kritik und Hinweise auf Gefahren sind ernst zu nehmen. Der Privatfonds dürfte keine unakzeptable Haftungsexklave werden. Es dürfen wie erwähnt keine schützenswerten bzw. rechtlich geschützten Ansprüche von Dritten beeinträchtigt werden.

aaa) Gläubigerschutz

Wer Vermögen an einen Privatfonds überträgt, darf dadurch seine Gläubiger nicht schädigen. Auch gegenüber einem Privatfonds würden selbstverständlich die Anfechtungsnormen des SchKG gelten (Art. 285 ff.: Überschuldungs-, Schenkungs-

und Absichtsanfechtung). Ausschüttungen an Begünstigte können von deren Gläubigern erfasst werden.

bbb) Ehe- und erbrechtlicher Schutz

Ferner würden auch die ehe- und erbrechtlichen Schutzmassnahmen gelten. Der Stifter eines Privatfonds darf seine pflichtteilsgeschützten Erben oder die Erben, mit denen ein Erbvertrag besteht, nicht schädigen. Hier, wie beim Gläubigerschutz, besteht grundsätzlich keine andere Rechtssituation als beim Stifter einer gemeinnützigen Stiftung. Materiell kann sich ein Unterschied ergeben, wenn Gläubiger oder Erben, die an sich durch die Schaffung eines Privatfonds in ihren Rechten geschmälert würden, dies kompensiert erhielten, indem sie Destinatäre würden.

ccc) Schutz von Destinatären

Damit Destinatäre oder andere Dritte ihre Rechtsschutzinteressen ausüben können, müssen sie über die Vorgänge im Privatfonds informiert sein. Daher sollten entsprechende Auskunftspflichten statuiert werden.²⁰

2. Besonderer Teil

a) Name

Man könnte dieses Vehikel «Privatstiftung» taufen, um klarzumachen, dass es sich um eine Stiftung handelt, die sich aber von den angestammten klassischen Stiftungen und den anderen Stiftungsformen durch ihre Privatnützigkeit unterscheidet. So sind auch unsere Nachbarn vorgegangen: Eine Stiftung, die private Zwecke verfolgt, heisst Privatstiftung.

Zwei Gründe legen ein anderes Vorgehen nahe. Erstens würde ein anderer Name das schweizerische Gefäss von den österreichischen und liechtensteinischen Schwestern unterscheiden helfen. Vor allem aber wäre dann eine grössere Distanz zum Bereich der gemeinnützigen Stiftungen markiert. Der Name Stiftung ist in der Schweiz besetzt. Er steht für gemeinnützige Stiftungen. Es ist, nochmals, von grosser Bedeutung, dass sich der gemeinnützige Sektor nicht bedrängt und auch sprachlich nicht kontaminiert fühlt. Damit schon im Namen klar zum Ausdruck kommt, ob es sich um eine gemeinnützige Stiftung handelt oder aber ein privatnütziges Vehikel, könnte diesem allenfalls sogar untersagt werden, sich Stiftung zu nennen.

Wie könnte man das Kind aber taufen? «Anstalt» weckt in der Umgangssprache eher negative Assoziationen. Der vorläufige Vorschlag ist: «Fonds», also «Privatfonds», «Fonds privé», «Fondo privato», «Swiss Private Fund». In der Rechtspraxis werden vor allem auch die unentgeltlichen, aber zweckgebundenen Zuwendungen

²⁰ Vgl. HARALD BÖSCH: Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegenüber einer liechtensteinischen Stiftung, in: LJZ 2003, 61 ff.; JAKOB, Liechtenstein, 7.

Privater *an die öffentliche Hand* (Bund, Kantone, Gemeinden) «Fonds» genannt. Es handelt sich um ein Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit. «Fonds» wird in Zusammenhang mit Geld gebraucht;²¹ auch der Privatfonds ist, wie die gemeinnützige Stiftung, ein Zweckvermögen, nur dass es nun personifiziert ist. Mit anderen Worten würde der Fonds zu einem *terminus technicus*, und er stünde für eine Rechtsfigur *mit* Rechtspersönlichkeit, im Gegensatz zu den bestehenden Fonds. Diese Unterscheidung würde kenntlich gemacht durch den Zusatz «Privat-». Es handelt sich, grammatikalisch gesprochen, um ein Determinativkompositum, bei welchem der erste Teil, das Determinans «Privat», den zweiten, das Determinatum «Fonds», in seiner Bedeutung näher bestimmt und dadurch von den anderen Fonds abhebt. Ausserdem steht «Fonds» doch in einer gewissen sprachlichen, auch etymologischen Nähe zu franz. «fondation», ital. «fondazione» und engl. «foundation».²²

Es stellt sich dann die Frage der weiteren Terminologie. Darf man noch von einem Stifter oder einem Stiftungsrat sprechen? Dies wäre wohl vertretbar. Rechtsdogmatisch bliebe der Privatfonds eine Stiftung, auch wenn er anders genannt würde. Die entsprechenden Bezeichnungen wären funktionell richtig und stünden in Übereinstimmung mit den angestammten Bezeichnungen für gemeinnützige Stiftungen, auch im internationalen Verhältnis.

b) Zweck

aa) Allgemeines

Im Bereich des Stiftungszwecks unterliegt der Privatfonds grundsätzlich keinen Einschränkungen. Nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen und der Praxis des Bundesgerichts darf ein Stiftungszweck lediglich nicht widerrechtlich oder unsittlich sein. Er darf also ideell und wirtschaftlich, gemeinnützig und privatnützig und eigennützig sein. Er sollte für die verschiedensten Zwecke eingesetzt werden können.

Bei einem Privatfonds wäre indes zu prüfen, ob allenfalls bestimmte Zwecke als unzulässig erklärt werden sollten. So ist der österreichischen Privatstiftung ausdrücklich eine Reihe von Tätigkeiten verboten: die Ausübung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, sowie die Übernahme der Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft und die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts oder einer eingetragenen Erwerbsgesellschaft.²³

²¹ Vgl. auch PETER METZGER: Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Bern u.a.: HAUPT 1996, 212: «eine Vermögensreserve oder Geldanlage für bestimmte Zwecke».

²² Die wortgeschichtliche Verbindung und lautliche Nähe zu «Fondu» würde zudem auf die schweizerische Provenienz hinweisen.

²³ § 1 Abs. 2 Bundesgesetz über Privatstiftungen und Änderungen des Firmenbuchgesetzes, des Rechtspflegergesetzes, des Gerichtsgebührengesetzes, des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes, des Erbschafts- und Schenkungsteuergesetzes und der Bundesabgabenordnung (Privatstiftungsgesetz, PSG).

bb) Gemischte Stiftungen

Wie es Mischformen und Überschneidungen zwischen den verschiedenen gesetzlichen Formen und Typen gibt, sind auch hier *gemischte* Stiftungen denkbar, d.h. die *Verbindung* von Privat- und Gemeinnützigkeit, oder aber die *Abfolge* von Privat- und Gemeinnützigkeit: Eine privatnützige Stiftung wird nach einem bestimmten Zeitablauf zu einer gemeinnützigen Stiftung. Heute schon ist die Verbindung von privatnütziger Familienstiftung und gemeinnütziger Stiftung zulässig, und sie kommt in der Praxis schon seit einigen Jahrhunderten vor.

Je mehr gemeinnützige und privatnützige Stiftung in ihrer Kodifizierung auseinanderfallen, desto genauer müssen Mischformen betrachtet werden. Gemischte Stiftungen sollten grundsätzlich wohl Privatfonds genannt werden.²⁴ Daher wäre eine *Teilsteuerverfreiung* denkbar, wie heute bei Stiftungen, deren Zweck nur zum Teil als gemeinnützig anerkannt wird.

c) Vermögen

aa) Minimalvermögen

Es könnte ein *Mindestvermögen* von zum Beispiel CHF 100 000 vorgesehen werden.

bb) Thesaurierung

Es sollte kein Thesaurierungsverbot bestehen. Der Privatfonds darf aber nicht zur Selbstzweckstiftung werden.

cc) Verbrauch

Umgekehrt soll der Privatfonds nicht spezifischen Vermögenserhaltungsgrundsätzen folgen müssen. Das gewidmete Vermögen – inklusive des Mindestvermögens – muss mangels einer anders lautenden Bestimmung in den Gründungsdokumenten nicht erhalten bleiben. Deshalb kann es durch Ausschüttungen auf Null reduziert werden.

d) Dauer

Weitherum verbreitet ist das gesetzgeberische Anliegen, ein Vermögen nicht über Generationen hinweg an die «tote Hand» zu binden. Es wird auch von Staaten unterstützt, die privatnützige Stiftungszwecke im Grundsatz dulden, wie Italien, Dänemark oder die Schweiz.²⁵ Dieses Anliegen wird vor allem wie folgt begründet:

- Die Unzulässigkeit eines dauerhaft privatnützig gebundenen Sondervermögens ergebe sich aus einer Gesamtanalogie aus den erbrechtlichen Regelungen über die zeitlichen Grenzen von Teilungsverboten, Vor- und Nacherbschaft, aufge-

²⁴ Vgl. JAKOB, Liechtenstein, 47 f.

²⁵ RAWERT, 120.

schobenen Vermächtnissen und der Dauertestamentsvollstreckung. Mit der privatnützigen Stiftung lasse sich der Effekt einer ewigen Testamentsvollstreckung erzielen.²⁶ Damit soll eine «Versteinigung» von Vermögensmasse, wie dies mit dem Fideikommiss erfolgt ist, verhindert werden.

- Die dauerhafte Herausnahme von Vermögen aus dem volkswirtschaftlichen Güterkreislauf stelle ein Problem des Stiftungsrechts dar und sei grundsätzlich unerwünscht. Es werde nur dann zugelassen, wenn es durch einen als besonders nützlich empfundenen Zweck gerechtfertigt werde.²⁷ Das war auch ein Motiv für das Verbot von Unterhaltisstiftungen in der Schweiz. Man wollte Ende des 19. Jahrhunderts langfristige oder gar endgültige Vermögensparkierungen und das damit verbundene Ausscheiden des betreffenden Kapitals aus dem Produktionsprozess vermeiden. Auch heute steht die Rechtsordnung längerfristigen oder ewigen Vermögensparkierungen grundsätzlich skeptisch gegenüber.
- Der Stifter habe zu zeitlich weit entfernten Nachkommen keine Beziehung mehr. Dem Stiftungsgründer wird damit unterstellt, dass ihm jene Familienmitglieder, die er noch zu Lebzeiten kannte, mehr am Herzen liegen als seine Uruknel.

Auch die gemeinnützige Stiftung muss nicht ewig existieren. Denkbar sind Verbrauchsstiftungen oder Stiftungen auf Zeit. Gemeinnützige Stiftungen kennen aber keine gesetzliche Begrenzung der zulässigen Existenzdauer: Es besteht kein Gebot, nur noch Stiftungen auf Zeit oder Verbrauchsstiftungen zu errichten. Die Dauer der Zulässigkeit von Privatstiftungen soll aber begrenzt werden. Stiftungen, die nicht wegen der Wahrnehmung besonderer öffentlicher Funktionen ausnahmsweise Privilegierung verdienen, sollen zwingend als Stiftungen auf Zeit ausgestaltet sein.

Um «ewige» Vermögensperpetuierungen zu vermeiden, wird in Anlehnung an den angelsächsischen Trust und vergleichbare Rechtsinstitute der hiesigen Rechtsordnung (z.B. Nutzniessung) eine zeitliche Begrenzung der Stiftungsexistenz auf rund 100 Jahre vorgeschlagen (analog der aus dem Trustrecht stammenden *rule against perpetuity*). Auch das österreichische Privatstiftungsgesetz normiert in § 35 Abs. 2 Ziff. 3, dass Privatstiftungen, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, hundert Jahre nach Genehmigung aufzulösen sind, sofern nicht alle Destinatäre einstimmig die Fortsetzung der Stiftung über einen weiteren Zeitraum von längstens hundert Jahren beschliessen. In der Lehre ist die Länge auf Kritik gestossen.²⁸ Man könnte über zeitliche Grenzen der Privatstiftung diskutieren, wie sie im Erbrecht bei der sukzessiven Nacherbeneinsetzung oder der zeitlichen Beschränkung von Auflagen der Erblasser bestehen. Dann spräche man von zwei Generationen, also etwa 50 bis 70 Jahren.

²⁶ RAWERT, 119.

²⁷ HERBERT KRONKE, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1988, 75; RAWERT, 121.

²⁸ RAWERT, 121.

e) Aufsicht

Die Befreiung privatnütziger Stiftungen von der Aufsicht liegt im internationalen Trend.²⁹ Dies gilt für die schweizerische Familienstiftung auch, der es freigestellt ist, ob sie sich unter die Stiftungsaufsicht stellen will. Näher geprüft werden sollten die Vor- und Nachteile, die damit verbunden wären, wenn die Privatstiftung der Aufsichtsbehörde unterstellt würde. Sollte der Privatfonds einer staatlichen Aufsicht unterstehen, müsste weiter geprüft werden, ob dies die bestehende Stiftungsaufsicht ist, eine andere bestehende Behörde oder aber eine neu zu errichtende. Denkbar wäre es auch, die Privatstiftung nicht einer behördlichen Aufsicht zu unterstellen, dafür allen Beteiligten den Zugang zum Richter zu gewähren,³⁰ so wie es heute für Familienstiftungen vorgesehen ist.

Mit Blick auf die gegen die Zulässigkeit von Stiftungen mit wirtschaftlichen Zwecken gerichtete Argumentation angemerkt sei, dass die staatliche Aufsicht nicht als staatliche Förderung missverstanden werden darf, sowenig die Regulatoren im Banken- und Versicherungsbereich staatliche Förderer sind. Dass die Aufsichtsbehörde sich um unternehmerische Risiken zu kümmern hätte, trifft nicht zu. Dazu sind die entsprechenden Organe des Privatfonds zuständig, sodann Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der von dem Privatfonds geführten Unternehmen. Dies gilt analog auch für die Aufsicht von Privatfonds.

f) Handelsregister-Eintrag

In Liechtenstein sind privatnützige Stiftungen von der Pflicht der Eintragung im Handelsregister befreit. Dies gilt auch für schweizerische Familienstiftungen. Freiwillig ist ein Eintrag möglich. Er ist aber dann nur deklaratorisch; die Stiftung entsteht nicht erst durch den Eintrag. Auch diese Frage müsste bei Privatfonds geprüft werden.

g) Organe

aa) Stiftungsrat

Beim Stiftungsrat³¹ wäre zu regeln, ob er sich nur aus natürlichen Personen zusammensetzen kann, ob eine bestimmte Mindestanzahl vorgeschrieben werden soll – mindestens zwei (wie in Liechtenstein) oder drei –, ob die Verwandtschaft mit Begünstigten zulässig sei etc.

29 JAKOB, Liechtenstein, 44. In Österreich unterliegen weder die Errichtung der Privatstiftung noch ihre Verwaltung einer verwaltungsbehördlichen Kontrolle.

30 JAKOB, Europa, 538.

31 Der auch Fondsrat genannt werden könnte, aber nicht müsste, vgl. Ziff. IV.2.a).

bb) Revisionsstelle

Was die Revisionsstelle betrifft, könnte man eine ähnliche Regelung treffen wie für die gemeinnützige Stiftung, d.h. eine grundsätzliche Revisionsstellenpflicht mit der Möglichkeit der Befreiung.

cc) Weitere Organe

Die Organisation des Privatfonds sollte der Stifterfreiheit unterliegen. Es können grundsätzlich die Vorgaben der gemeinnützigen Stiftung übernommen werden. Es sollte dem Stifter daher freistehen, weitere Organe einzusetzen oder einsetzen zu lassen.

h) Stifterrechte

Zu definieren wären auch die Stifterrechte, die im geltenden schweizerischen Stiftungsrecht nur wenig Beachtung finden, bei einem Privatfonds aber wesentlich relevanter würden.³² Zum Beispiel geht es auch um die schon nach heutigem Recht relevante Frage nach der Disponibilität der Stifterrechte, ob etwa das an sich höchstpersönliche Recht des Stifters auf Zweckänderung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung an Dritte abgetreten werden könne. Diese Frage bekommt dann Brisanz, wenn damit grosse Interessen verbunden sind. Materiell geht es vor allem darum, ob der Stifter den Zweck des Privatfonds ändern und ob er ihn widerrufen dürfe.

aa) Zweckänderung

Die liechtensteinische Stiftung sieht die Möglichkeit von *Zweckänderungen* vor. Dies tut auch die Schweizer Stiftung in Art. 86a ZGB. Ein schweizerischer Privatfonds sollte nicht dahinter zurückfallen. Allerdings könnte Art. 86a ZGB nicht *tel quel* auf Privatstiftungen angewandt werden.

bb) Widerrufbarkeit und Rückübertragung

Auszugehen ist davon, dass das der Stiftung gewidmete Vermögen vom Vermögen des Stifters abgeschieden und in die Stiftung eingebracht wird. Es fragt sich, ob dieser Akt absolut und unwiderruflich sein soll.³³ In Österreich und Liechtenstein kann der Stifter die Stiftung nach deren Entstehen widerrufen, wenn er sich den Widerruf vorbehalten hat.³⁴

32 JAKOB, Liechtenstein, 83 ff., 109 ff.

33 Nicht absolut wäre die Abscheidung des Vermögens auch, wenn ihre Wirkungen wirtschaftlich aufgehoben werden können, indem der Stifter auch Destinatär seiner Stiftung ist. Das ist gewissermassen die wirtschaftliche Widerruflichkeit, neben die sich die rechtliche Möglichkeit eines Widerrufs der Stiftung als solcher stellt.

34 § 33 PSG; § 30 Abs. 1 PGR.

In der Stiftungsrechtsrevision 2006 war zunächst vorgesehen gewesen, die Unveränderlichkeit der Vermögensübertragung zu lockern. Der Stifter sollte sich das Recht auf Rückübertragung des Stiftungsvermögens vorbehalten, wie dies in Österreich und Liechtenstein möglich ist. Gegenargumente waren vor allem, dass eine Rückübertragung dem Grundsatz der Trennung des Vermögens des Stifters von jenem der Stiftung widerspreche, sowie das Missbrauchspotential. Dieses Postulat wurde ziemlich rasch verworfen. Allerdings bezog sich damals die Diskussion eben auf gemeinnützige Stiftungen. Das erste Argument ist dogmatischer, das zweite eher praktischer Natur. Beide müssten gründlich geprüft werden. Denn die Widerrufs- und die Rückübertragungsmöglichkeit würden auch bei einem Privatfonds einen schweren Stand haben, wenn auf diese Fragen keine überzeugenden Antworten gegeben werden können.

Auch die Möglichkeit der Zweckänderung gemäss Art. 86a ZGB bedeutet de facto die Möglichkeit des Widerrufs. Allerdings ist sie mit dem Zwang verbunden, eine neue Stiftung zu gründen, die wieder gemeinnützig sein muss. Es erfolgt damit also kein Rückfall des Vermögens.

i) Destinatäre

aa) Bestimmung der Destinatäre

Begünstigter ist grundsätzlich derjenige, der in den Gründungsdokumenten des Privatfonds (Urkunde, Satzungen, Statuten, Erklärung etc.) als solcher bezeichnet wird. Er ist der «Adressat der Zweckverwirklichung» des Privatfonds. Ihr Zweck wird somit erst durch die Begünstigtenregelung deutlich.

Bei der Auswahl der Begünstigten ist der Stifter frei. Auch *er selbst* sollte – allein oder gemeinsam mit anderen – Begünstigter sein können. Hierbei sollten jedoch die Grenzen rechtsmissbräuchlicher Gestaltung beachtet werden. Der Stiftungszweck sollte daher, solange der Stifter, der zugleich Begünstigter ist, bestimmend in den Privatfonds eingreifen kann, nicht in der ausschließlichen oder überwiegenden Förderung des Stifters liegen. Ferner sollte auch ein unbestimmter Personenkreis als Begünstigter eingesetzt werden können.

In Liechtenstein unterscheidet man verschiedene Kategorien von Destinatären, die Begünstigungsberechtigten, die Anwartschaftsberechtigten, die Ermessensbegünstigten und die Letztbegünstigten (das sind jene, denen das Vermögen zuströmen soll, das nach der Liquidation der Stiftung bleibt). Es wäre zweifellos auch beim Privatfonds sinnvoll, mehrere Kategorien vorzusehen und für sie Regeln festzusetzen. Das Ausmaß der Zuwendungen an die Begünstigten soll dabei vollkommen frei und unterschiedlich gestaltbar sein.

bb) Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Destinatäre

Im schweizerischen Stiftungsrecht sind die Rechte der Destinatäre schwach ausgebildet. Die Destinatäre sind im Gesetz nicht einmal erwähnt. Die wenigsten Stif-

tungsstatute räumen bestimmten Destinatären Rechte ein. Solche ergeben sich in aller Regel erst durch eine Willensäußerung des Stiftungsrats, indem etwa ein Förderbeitrag zugesprochen (und akzeptiert) wird, wodurch ein Vertrag zwischen Stiftung und Destinatär entsteht.

Das müsste sich beim Privatfonds anders verhalten. Ist jemand als Begünstigter eingesetzt, hat er schon aufgrund des Stiftungsstatuts Ansprüche gegenüber dem Privatfonds. Um sie durchsetzen zu können, bedarf er der Auskunftsrechte und allenfalls weiterer Mitwirkungs- und Kontrollrechte. Destinatäre haben bei Privatstiftungsmodellen eine Kontrollfunktion.³⁵ Damit sie ihre Rechte wahrnehmen können, müssen ihnen Rechtsmittel eingeräumt werden.

j) Steuern

Die privatnützige Stiftung ist nicht steuerbefreit, weil ihr eben die Voraussetzung der Gemeinnützigkeit fehlt. Aber sie muss, wenn sie zu Leben kommen soll, steuerlich attraktiv sein. Dies muss im Rahmen einer gesamtheitlichen Betrachtung beurteilt werden. Zum einen geht es um die Steuern des Stifters für Zuwendungen an den Privatfonds, zum andern geht es um die Steuern des Privatfonds selbst, und schliesslich um die Steuern der Begünstigten auf Zuwendungen der Stiftung. Hier unterscheidet das österreichische Steuerrecht zwischen Zuwendung aus Erträgen oder aber aus «Substanzvermögen». Wird die Substanz, also das gewidmete Fondsvermögen, bereits im Widmungszeitpunkt mit der Erbschafts- oder Schenkungssteuer erfasst, so sollte sie nicht abermals bei der Ausschüttung besteuert werden, sondern vielmehr dann steuerfrei bleiben. Dies kann jedoch nur für Ausschüttungen aus dem Vermögen («Substanz ausschüttungen») gelten und nicht auch für *Ertragsausschüttungen*, da die Erträge im Widmungszeitpunkt nicht Bestandteil des Vermögens des Stifters gewesen sind und nicht besteuert wurden. Solche Ertragsausschüttungen sollten wiederum wie Schenkungen und Erbschaften behandelt werden.

V. Weiteres Vorgehen

Man könnte sich fragen, wieweit eine privatnützige Stiftung heute schon zulässig wäre, unter der gegebenen gesetzlichen Ordnung, d.h. wie Art. 335 ZGB zeitgemäss auszulegen wäre. Aus zwei der Rechtssicherheit dienenden Gründen wäre die positive, explizite Normierung eines solchen Vehikels aber vorzuziehen: Erstens wäre damit klargestellt, dass dieses Vehikel zulässig ist, und zweitens läge die Diskussion darüber, in welchen Formen und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist, bei der dafür zuständigen Instanz, beim Gesetzgeber, und nicht bei den Aufsichts-, Handelsregister- und Steuerbehörden und den Gerichten.

³⁵ JAKOB, Europa, 537.

Näher zu prüfen wäre sodann, welche Rechtsform die bestehenden – und wenn möglich auch zukünftige – Bedürfnisse am besten abdecken würde, ein Privatfonds oder ein schweizerischer Trust. Man sollte dabei einen systematischen Vergleich mit ausländischen Modellen (vor allem Österreich, Liechtenstein und Deutschland) vornehmen und prüfen, welche Elemente übernommen werden könnten.

Es ist klar, dass dieses Vehikel im Schnittpunkt zahlreicher Rechtsgebiete stünde – Stiftungsrecht, Erbrecht, Sachenrecht, Versicherungsrecht, Vorsorgerecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bankenrecht, Kollektives Anlagenrecht, Strafrecht, Fusionsrecht. Grundsätzlich sollte es sich aber an den stiftungsrechtlichen Vorgaben orientieren. Gesetzestechnisch könnte so vorgegangen werden, dass Art. 335 ZGB aufgehoben und allenfalls Art. 80 ZGB geändert würden.³⁶ Für die Regelung des Privatfonds sollte man ein eigenes Gesetz («Privatfondsgesetz») und gegebenenfalls eine oder mehrere Verordnungen vorsehen. Damit würde nicht nur das ZGB nicht weiter belastet. Es käme – im Gegensatz zur liechtensteinischen Ordnung – auch formal zu einer Trennung der Gesetzgebung von Gemein- und Privatnützigkeit. Gleichzeitig würde der Gesetzgeber der schwerwiegenden Entscheidung über die Einordnung in die schweizerische Rechtsdogmatik enthoben, nämlich ob der Privatfonds ins ZGB oder aber ins OR gehörte. – Ob alle diese Konjunktive einmal das Glück der Überführung in den Indikativ erfahren werden?

³⁶ «Zur Errichtung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besonderen *gemeinnützigen oder privatnützigen Zweck*.» oder Ergänzung: «Die Errichtung von Privatfonds richtet sich nach dem Bundesgesetz ...».