



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Thomas Sprecher, Lukas von Orelli

Familienstiftungen – neue Perspektiven

Tagungsband 2024



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Thomas Sprecher / Lukas von Orelli

Familienstiftungen – neue Perspektiven

Tagungsband 2024

EIZ  Publishing



Familienstiftungen - neue Perspektiven Copyright © by Lukas von Orelli und Thomas Sprecher is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2024 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Thomas Sprecher, Lukas von Orelli – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-683-6 (Print – Softcover)

978-3-03805-684-3 (PDF)

978-3-03805-685-0 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-683>

Version: 1.02 – 20240516

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/familienstiftungen-neue-perspektiven/>.

Vorwort

Bei der schweizerischen Familienstiftung handelt es sich nicht um eine Institution, die erst mit dem Zivilgesetzbuch geschaffen worden ist, sondern um eine jahrhundertalte Einrichtung. Dies zeigt, dass für sie ein natürliches Bedürfnis bestand. Es besteht immer noch, denn die Familienstiftung ist nicht obsolet geworden, als im 19. Jahrhundert der moderne Staat geschaffen worden ist, und auch nicht bei der Einführung von Sozialversicherungen seit Ende des 19. Jahrhunderts. Die Schweizer Familienstiftung ist ein weithin unterschätztes Kulturgut.

In den letzten Jahren ist die Familienstiftung aus zwei Gründen in den Vordergrund getreten. Zum einen müssen sich Familienstiftungen nunmehr im Handelsregister eintragen lassen, wodurch sie in der Öffentlichkeit sichtbarer wurden. Ausserdem spricht man vermehrt von ihnen vor dem Hintergrund des gescheiterten Versuchs, einen schweizerischen Trust einzuführen. Dabei geht es weniger um die Familienstiftung, wie sie ist, sondern wie sie nach Meinung vieler sein sollte.

Denn die Schweizer Familienstiftung erscheint klinisch praktisch tot. Es werden kaum mehr neue gegründet. Dies hat zwei Gründe. Die Familienstiftung wurde in ihrer Zwecksetzung durch den Gesetzgeber und durch die Gerichtspraxis aus längst überholten Gründen stark eingegrenzt. Sie dürfen keine Ausschüttungen zu Unterhaltszwecken vornehmen. Ausschüttungen dürfen vielmehr nur der Erziehung, Ausstattung und Unterstützung von Angehörigen oder ähnlichen Zwecken dienen (Art. 335 ZGB). Das Bundesgericht hat 1945, vor bald achtzig Jahren, in BGE 71 I 265 reine Unterhalts- oder Genussstiftungen, die voraussetzungslos der Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts dienen, für unzulässig erklärt und später diese restriktive Praxis ohne vertiefte Analyse wiederholt bestätigt. Hinzu kommt zweitens, dass die Schweizer Familienstiftung auch prohibitiv besteuert wird. Diese Gründe veranlassen schweizerische Stifter, ins Ausland auszuweichen – hin zu angelsächsischen Trusts oder ausländischen, vor allem liechtensteinischen Familienstiftungen. Die heutige rechtliche Regelung und Praxis der Schweizer Familienstiftung dient in erster Linie den Volkswirtschaften anderer Staaten.

Das war die Lage, als in dem Seminar „Familienstiftungen – neue Perspektiven“ vom 17. Januar 2024 in rechtshistorischer, rechtstatsächlicher, dogmatischer und praktischer Hinsicht eine Lagebeurteilung versucht wurde. Dieser Band enthält die dabei gehaltenen Referate.

Wie der Seminartitel anzeigt, geht es aber auch um neue Perspektiven. Die Hoffnung stützt sich vor allem auf eine Motion von Nationalrat Thierry Burkart „Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben“. Diese Motion sieht die Aufhebung des Verbots von Unterhaltsstiftungen vor. Geschaffen werden soll ein taugliches Instrument für die familiäre Vermögens- und Nachlassplanung, und gleichzeitig soll die Inländerdiskriminierung endlich aufgehoben werden. Mit der Motion soll einem Abfluss von Vermögen ins Ausland entgegengewirkt und eine Aufsicht durch Schweizer Behörden gewährleistet werden können. Dieser Motion ist Erfolg zu wünschen – und zu wünschen bleibt aber auch, dass im parlamentarischen Prozess keine Verschlimmbesserungen erfolgen wie bei der verunglückten jüngsten Mini-Stiftungsrechtsrevision.

Zürich, 10. Februar 2024

Thomas Sprecher und Lukas von Orelli

Inhaltsübersicht

[Aus der Geschichte der Familienstiftung](#) 9

Prof. tit. Dr. URS FASEL, Fürsprecher und Notar,
urs fasel advokatur notariat, Bern

[Die Familienstiftungslandschaft](#) 47

Dr. HAROLD GRÜNINGER, LL.M., Rechtsanwalt, Senior Counsel,
Homburger AG, Zürich

[Besteuerung der Schweizer Familienstiftung jetzt und in Zukunft](#) 65

lic. iur. STEFAN OESTERHELT, LL.M., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
Partner bei Homburger AG, Zürich
Prof. Dr. iur. ANDREA OPEL, Ordinaria für Steuerrecht, Universität Luzern

[Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister](#) 81

MLaw LUKAS EICHENBERGER, Bär & Karrer AG, Zürich
Dr. iur. DANIEL LEU, M.Jur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht,
Partner bei Bär & Karrer AG, Zürich

[Was darf eine Familienstiftung \(noch\) tun?](#) 113

Prof. Dr. iur. DOMINIQUE JAKOB, M.I.L., Ordinarius für Privatrecht und
Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich,
Independent Advisor, Zürich

[Familienphilanthropie: Familienstiftungen mit gemischten Zwecken](#) 131

Dr. iur. LUKAS BRUGGER, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich

[Governance der Familienstiftung](#) 149

Dr. iur. et phil. THOMAS SPRECHER, LL.M., Rechtsanwalt, Of Counsel,
Niederer Kraft Frey AG, Zürich

Vom Sinn der Familienstiftung

167

*Dr. iur. et lic. rer. pol. LUKAS VON ORELLI, Advokat,
Direktor der Velux Stiftung, Zürich*

Kirschen aus der Nachbarn Gärten – Alternativen zur schweizerischen Familienstiftung

189

*lic. iur. MICHAEL FISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
TEP, Partner bei Fischer Ramp Buchmann AG, Zürich*

Aus der Geschichte der Familienstiftung

Urs Fasel*

Inhalt

I.	Bisheriges weisses Blatt der Geschichte der Familienstiftungen	10
1.	Bisher keine geschriebene Geschichte der Familienstiftung	10
2.	Schwerpunktsetzung im Überblick	11
II.	Frühe Wurzelverästelungen der Familienstiftungen	11
1.	Grundidee und frühere Wurzelverästelungen	11
2.	Insbesondere keine (direkten) Quellen des klassischen römischen und germanischen Rechts	11
3.	Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Grundstücksrechts und des Erbrechts, insbesondere des Erbvertragsrechts im langobardischen Recht	13
4.	Totenbeigaben und deren spätere Umwandlung in Stiftungen	13
5.	Entwicklung der Frage des „Seelteils“ im sog. „praktischen Christentum“	15
6.	Weitere Wurzelteile bei Ganerbschaften und Erbverbrüderungen	18
III.	Napoleon, die kantonalen Gesetzbücher und die Literatur am Vorabend von Eugen Hubers Wirken	19
1.	Änderungen der Verhältnisse: keine Stiftung in code civil und Abschaffung der Fideikommissse	19
2.	Verbliebene kantonale Souveränität	20
3.	Auswirkungen auf die Westschweizer Gruppe der kantonalen Kodifikationen	20
4.	Regelung in der sog. „Zürcher-Gruppe“	21
5.	Insbesondere zu Vorläufern in der Berner Gruppe sowie zur späteren Regelung innerhalb dieser Gruppe	22
IV.	Familienstiftungen am Vorabend von Eugen Hubers Wirken	26
1.	Einleitung	26
2.	Frühe Ausbildungsgrundlagen	26
V.	Eugen Hubers Arbeiten an der Familienstiftung	29
1.	Übersicht	29
2.	Eugen Hubers frühe Schriften, insbesondere „System und Geschichte“	30
3.	Eugen Hubers gutachterliche Äusserungen	33
4.	Familienstiftungs- und fideikommissfreundliche Entwürfe Eugen Hubers und Abkehr in der Expertenkommission	36

* Ich bedanke mich herzlich bei Frau Anja Münger, BLaw, Herrn Melchior Lanz, MLaw, Frau Anna Rüeegsegger, Herrn Lukas Schneider, cand.iur. und – last but not least – Frau Sanela Imeroska für die Unterstützung und die Recherchen für diesen Beitrag.

I. Bisheriges weisses Blatt der Geschichte der Familienstiftungen

1. Bisher keine geschriebene Geschichte der Familienstiftung

Womit ich anfangen soll? – darüber lässt sich streiten!

Die Rechtshistoriker Schweizer Provenienz haben bisher keine Geschichte der Familienstiftung geschrieben: Fest steht, dass sowohl über die Geschichte des Stiftungsrechts als auch über die Geschichte von Familienfideikommissen – sieht man einmal von einleitenden Bemerkungen in einer Arbeit zur Erbstiftung ab – bisher kaum¹ etwas geschrieben worden ist. Und selbst das Handwörterbuch für Rechtsgeschichte nimmt beim Stichwort Familienstiftung lediglich einen Verweis auf die Familienfideikommission auf.²

Damit ist einleitend ein Zweifaches gesagt: Die Geschichte der Familienstiftung steckt bisher höchstens in den Kinderschuhen. Daher können vorliegend lediglich kleine Entwicklungsstränge, hier kleine Wurzelausläufer genannt, aufgezeigt werden, welche *Entwicklungen* zu den eigentlichen Familienstiftungen und Erscheinungen der Familienfideikommissen geführt haben. Dabei sind diese Entwicklungsstränge nicht monokausal zu verstehen, sondern es haben *verschiedene Entwicklungsmomente* zur heutigen Situation beigetragen. Diesen nachzugehen, auch wenn sie nur einen losen Zusammenhang zu Familienstiftungen haben, ist Aufgabe dieses Aufsatzes.

¹ Cordes et al., 1505, verweisen in Bezug auf die Familienstiftung integral auf die Familienfideikommission. Ebert, 1503, definiert letzteres als „ein zu einer rechtlichen Einheit verbundenes Sondervermögen, das durch die Willenserklärung des Stifters entstanden ist und einer festen Nachfolgeordnung unterliegt. Zweck des F.[amilienfideikommiss] ist es, den durch seine Gründung abgesonderten Vermögensgegenstand, bei dem es sich um ein Grundstück oder Haus, aber z.B. auch um eine wertvolle Bibliothek handeln kann, dauerhaft u. ungeteilt einer Familie zu erhalten (zum ‚splendor familiae‘). Der jeweilige Nachfolger in das F.[amilienfideikommiss] ist daher lediglich dessen Nutzer.“ Von der Familienstiftung unterscheidet sich das Familienfideikommiss durch die dem Familienfideikommiss *fehlende eigene Rechtspersönlichkeit*. Nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland sollen Familienfideikommissionen insbesondere die Aufspaltung des Familienvermögens durch die römisch-rechtliche Erbteilung vermeiden helfen.

² Dies gilt auch für die erschienenen Grosskommentare, sieht man von den wenigen Bemerkungen bei BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 784-793 ab.

2. Schwerpunktsetzung im Überblick

Dabei werden *drei Schwerpunkte* gesetzt: Im ersten Kapitel wird den *frühen Anfängen* nachgegangen und aufgezeigt, dass ein frühes Regelungsbedürfnis für die Organisation einer damals noch nicht so genannten Familienstiftung bestand. Nach einer kurzen Einleitung wird danach insbesondere das 19. Jahrhundert mit seinen verschiedenen kantonalen Regelungen durchleuchtet. Dabei wird sich weisen, dass der Kanton Bern früh eine mittlere Lösung (zwischen Verbot und totaler Zulassung) präsentiert hat, und sich diese mittlere Lösung schliesslich auch eidgenössisch durchgesetzt hat. In einem dritten Teil werden sodann – nachdem die Rechtslage am Vorabend der Arbeiten von Eugen Huber skizziert werden – die einzelnen Arbeiten von Eugen Huber dargestellt, dem Gesetzesredaktor des ZGB, der allerdings einen langen Weg abgeschrieben hat, bis er zur Regelung des ZGB gekommen ist, wobei ihm die grosse Expertenkommission seinen Entwurf leider (aus heutiger Sicht) verändert hat.

II. Frühe Wurzelverästelungen der Familienstiftungen

1. Grundidee und frühere Wurzelverästelungen

Die Idee, ein bestimmtes Vermögen und deren Zweckverwirklichung gemäss dem Stifterwillen nur zugunsten einer bestimmten Familie³ zuzuwenden, hat verschiedene Grundlagen. Diese Grundlagen sind nachfolgend zu präsentieren, wobei vorab eine erstaunliche Begebenheit darzustellen ist: Es besteht dafür weder eine (direkte) römische noch eine germanische Quelle für die ersten Verwirklichungen dieser Idee.

2. Insbesondere keine (direkten) Quellen des klassischen römischen und germanischen Rechts

Allgemein bekannt ist, dass weder die Stiftung⁴ noch der Erbvertrag seine Wurzeln im klassischen römischen Recht haben. Vielmehr sind beides Schöpfungen einer späteren Zeit. Hingegen entwickelte das römische Recht die ge-

³ Bewusste Anlehnung der Formulierung an BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 160.

⁴ Zur Relativierung dieser Aussagen vgl. unten, [IV.2.](#) (insbesondere bei Windscheid).

willkürte Erbfolge mittels Testaments, welches früh sich grosser Beliebtheit⁵ erfreute.

Fraglich wäre, ob nicht die frühen Germanen schon Vorläuferformen von Familienstiftungen gekannt haben. Die Frage ist zu verneinen: Berühmt sind die Worte⁶ des Tacitus⁷, welche im Original und in der Übersetzung wie folgt lauten:

<p>Tacitus, <i>De origine et situ Germanorum liber</i> Textstelle 20 (Ausschnitt aus dem 3. Abschnitt)</p> <hr/> <p><i>Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres patru avunculi</i></p>	<p><u>Sinngemässe Übersetzung</u></p> <p><i>Zu Erben und Rechtsnachfolgern hat jeder die eigenen Kinder, und Testamente gibt es nicht.</i></p> <p><i>Sind keine Kinder vorhanden, so haben die Brüder und die Oheime väterlicher- wie mütterlicherseits die nächsten Ansprüche auf den Besitz.</i></p>
---	--

Damit kann als erstes Zwischenergebnis festgehalten werden: Die Grundlagen der Familienstiftung und damit die feinsten Wurzelverästelungen sind weder im römischen noch im germanischen Recht zu finden. Diese müssen also anderswoher stammen.

⁵ Plutarch berichtet (Cato maior, 9.6; vgl. dazu schon Fargnoli, 5): „In seinem ganzen Leben habe Cato drei Dinge bereut: Ein Schiff genommen zu haben, obwohl das Reiseziel auch über Land erreichbar gewesen wäre, seiner Frau ein Geheimnis anvertraut zu haben und schliesslich, dass er einen Tag ohne Testament geblieben sei“.

⁶ Diese werden etwa auch exemplarisch für viele zitiert von Beseler, 2. Mit diesem Beleg geht die ganze Lehre davon aus, dass die (frühen) Germanen keine Testamente kannten. Stobbe, 125, ging davon aus, dass das langobardische Recht „seinem inneren Gehalt nach [...] als die vollkommenste Schöpfung deutscher Gesetzgebung in der ersten Periode“ gewesen sei, aber auch das langobardische Recht weiss nichts von einem Testament: „Die Langobarden hatten an Stelle der Testamente Vergabungen von Todes wegen, welche einerseits unwiderruflich waren, andererseits auf Seite des Begabten sofort ein wirksames Recht schufen“ (so Miller, 38; vgl. auch 90).

⁷ (Publius) Cornelius Tacitus, geb. um 55 n.Chr., gest. um 120 n.Chr., von ihm sind zwei annalistisch angelegte Geschichtsdarstellungen der römischen Kaiserzeit (Historien und Annalen) und drei kleinere Schriften (Dialog über die Redekunst, Biographie des Agricola und Beschreibung Germaniens) bekannt (so Egger/Landfester, 573). Das hier interessierende Werk heisst „de origine et situ Germanorum“ (übersetzt dort mit: Herkunft und Lebensraum der Germanen). Der Text wurde erst 1425 im Kloster Hersfeld wiederentdeckt und gelangte um 1455 nach Italien (so Egger/Landfester, 573, m.w.H.). Die erste Edition erfolgte ca. 1470 in Venedig; erste Edition in Deutschland 1473/1474 in Nürnberg, erste Übersetzung auf Deutsch Eberlin von Günzburg 1536 (Egger/Landfester, 575 m.w.H.).

3. Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Grundstücksrechts und des Erbrechts, insbesondere des Erbvertragsrechts im langobardischen Recht

Die frühe Geschichte der Familienstiftungen hängt eng zusammen mit dem Willen eines Erblassers, *noch zu Lebzeiten eine Rechtsnachfolge* zu ordnen und dem Erwerber sogleich ein (aktuelles) Recht an einem Grundstück zuzuwenden⁸: Die Frage des Grundeigentums wird verknüpft mit der Frage der späteren Verwendungsart. In den Kategorien des heutigen Rechtsverständnisses wird also Grundstücksrecht mit erbrechtlichen Begünstigungen verknüpft und in gegenseitige Abhängigkeit gebracht, woraus sich nach und nach das Rechtsinstitut des Erbvertrages⁹ entwickelt hat.

Schon früh war insbesondere im langobardischen Recht¹⁰ die Eigentumsübertragung innerhalb von Familien¹¹ in Mode gekommen, indem ein Vater einer Tochter ein Grundstück übertragen hat, um selbst die Nutzniessung vorzubehalten. Bei sukzessiven Eigentumsübertragungen über mehrere Generationen, mit der Schaffung von *verbindlichen Grundlagen* einerseits im Verhältnis zum Grundstück, andererseits im Verhältnis innerhalb der Familie, kann *ein erster Wurzelteil der Familienstiftungen* erblickt werden.

4. Totenbeigaben und deren spätere Umwandlung in Stiftungen

Die Entwicklung der Totenbeigaben ist für die Entwicklung des Individualeigentums sowie insbesondere das Erbrecht wesentlich: Auf der „ältesten Stufe findet sich der primitive Mensch mit dem ihm *unbegreiflichen Tode* in der Weise ab, dass er ihn negiert. Er betrachtet den Toten als fortexistierend, und zwar zunächst rein körperlich. Das ist die Idee des ‚lebenden Leichnams‘. Daraus folgt die Überzeugung, dass der Tote wie ein Lebender zu behandeln ist.“¹²

Damit wurde ein Toter mit allem, was er zu Lebzeiten gebraucht hat, im Grabe ausgestattet: Dem Toten werden Waffen, Tiere, Leibross und Hunde,

⁸ Es ist das bleibende Verdienst von Beseler diese Zusammenhänge in seinem Werk präsentiert zu haben.

⁹ Erstmals wird das Institut des Erbvertrages 1614 so benannt, als Zuwendung gegenseitiger Sukzessivrechte, vgl. dazu Beseler, 236 ff., m.w.H.

¹⁰ Es will scheinen, dass das langobardische Recht einen grösseren Einfluss ausgeübt hat, insbesondere auch auf das Notariatswesen, als bisher angenommen, vgl. dazu Fasel, Brennpunkte.

¹¹ Vgl. dazu Beseler, 75.

¹² Bruck, 31 m.w.H.

Kleidungsstücke, Vasen und Salbgefäße, Schmuck und Spiegel, Speisen, ursprünglich sogar Sklaven, Frauen und Konkubinen mitgegeben.¹³ Zudem war der Leichnam auch periodisch zu ernähren.¹⁴

Die Idee der dauernden Pflege und periodischen Ernährung ist sodann der Ausgangspunkt für die Entwicklungslinie, die zum Seelteil führt¹⁵: In bestimmten Zwischenabständen werden dem Toten blutige Opfer, regelmässig Schafe und Rinder geopfert, bald sind es Trankspenden, wobei die Griechen diese Totenopfer am Grabe, die an bestimmten Terminen zu erfolgen hatten, „das, was sich nach Recht gebührt“ nannten, die Römer bezeichneten es als *sacra*.¹⁶

Nach und nach schwand der alte Glaube vom „lebenden Leichnam“¹⁷, der im Grabe mit denselben Bedürfnissen wie auf Erden weiterlebt¹⁸, und an seine Stelle tritt die Vorstellung vom Fortleben der „Seele“.¹⁹ An die Stelle periodischer Ernährung der Toten treten periodische Erinnerungsfeiern²⁰, tritt die Pflege des Gedächtnisses (der *memoria*) des Toten.²¹ Allerdings folgt auf dem Fuss auch gleich das (weitere) Problem, dass die Nachkommen zu *versagen beginnen*²², und der Erblasser einen *individuellen Wunsch nach Vollstreckung* entwickelt. Es entsteht das Bedürfnis der Erblasser, Grundstücke, Geld und andere Vermögensobjekte durch Schenkung oder Testament an Tempelverwaltungen, an politische Gemeinden oder an Vereine verschiedenster Art „mit der Auflage (*modus*) zu machen, dass der Empfänger der Zuwendung den periodischen Totenkult für den Zuwendenden vollziehen solle.“²³ Mit solchen Zu-

¹³ Bruck, 31.

¹⁴ Bruck, 31.

¹⁵ Bruck, 32.

¹⁶ Bruck, 32.

¹⁷ Interessant ist, dass Epikur (gest. 270 v. Chr.) zwar den Glauben an die Unsterblichkeit ablehnte, aber trotzdem in seinem Testament eingehende Bestimmungen für den Kult seiner eigenen Seele sowie verschiedener Angehöriger und Schüler aufnahm, ein Widerspruch, der schon Ciceros Erstaunen (vgl. dazu *de finibus*, II c.31, 101) erregte (Bruck, 35, dort auch Fn. 10).

¹⁸ Brunner, Totenteil, 107 ff.; Brunner, Rechtsgeschichte, 39 ff., 108 ff., 127. Die Theorie hatte viele Anhänger, namentlich Amira, Hübner und Schroeder-von Küssberg, Quellennachweise bei Bruck, VI., dort auch Fn. 3 m.w.H.

¹⁹ Bruck, 32.

²⁰ Das Christentum übernahm den Gedanken der spiritualisierten Totenernährung vom Hellenismus, wandelte aber entsprechend der christlichen Auffassung von der unkörperlichen Seele die Totenspeisungen zur Seelenpflege durch die Seelenmesse, so dass sich der alte periodische Kult für die Toten in der Seelenmesse fortentwickelte; vgl. dazu Bruck, 35.

²¹ Bruck, 33.

²² So die treffende Formulierung bei Bruck, 34.

²³ Bruck, 34.

wendungen (lebzeitig oder von Todes wegen), welche mit der Auflage des Totenkults verbunden werden, entsteht damit ein juristischer Mechanismus, eine Art „Stiftung ohne selbstständige juristische Persönlichkeit“ oder „unselbstständige Stiftung“.²⁴

5. Entwicklung der Frage des „Seelteils“ im sog. „praktischen Christentum“

Die Frage des Seelteils fusst auf dem Gedanken, was den Armen an den Gütern dieser Welt zufallen soll: Was muss der Besizende geben, um sich das Seelenheil zu sichern? Dabei gingen die Gedankengänge²⁵ vorab von Kirchenvätern aus²⁶: Einer der Ersten, der über die Quote für die Seele gepredigt hat, war Basilius²⁷, ihm folgten die andern grossen Kappadoziner, nämlich Gregor von Nazianz²⁸ und Gregor von Nyssa²⁹, schliesslich gefolgt von Johannes Chrysostomus.³⁰ Grundgedanke des Basilius war, dass deiner Seele „als der ersten gib auch“ das, „was ein Erbe auf Grund höheren Alters, d.h. als Erstgeborener erhält“³¹ und: „Spende ihr reichlichen Lebensunterhalt, um dann verteile den Kindern das übrige Vermögen“.³² Daraus folgert Bruck: „Die Seele soll demnach vor den Kindern aus dem Nachlass befriedigt werden, wie ein Erstgeborener“.³³

²⁴ Bruck, 34 m.w.H.

²⁵ Vgl. generell dazu Mayer-Maly, 3.

²⁶ Bruck, 145 f., hat geltend gemacht, dass im Orient ein deutlicher Zusammenhang der Seelquote mit der von den griechischen Vätern ausgesprochenen Forderung erkennbar ist, was für den Westen nicht der Fall sei, so dass von einer „monokausalen Einheitslösung“ abzu-sehen sei. Auch wenn dies nicht verkannt wird, sind doch die Linien vorliegend zu skizzieren, um die Sachnähe mit der Frage der Entwicklung hin zu Familienstiftungen aufzuzeigen. Zum Lebenslauf von Bruck vgl. Flume, 550 ff.

²⁷ Basilius, geb. um 330, entstammte einer der vornehmsten und reichsten Familien in Kappadozien und studierte in Caesarea, in Konstantinopel und in Athen; er wurde 370 Bischof und Metropolit; vgl. zu ihm, Bruck, 3 f.

²⁸ Er lebte von 329/330 bis ca. 390, vgl. zu ihm Bruck, 11 ff. Er wurde 381 zum Bischof von Konstantinopel gewählt. Er war es, der erstmals den Ausdruck „Teil für die Seele“ des Gebers benutzte, und damit das Wort „Seelteil“ begründete (vgl. dazu Bruck, 12).

²⁹ Er hat von ca. 340 bis 394 gelebt, vgl. dazu Bruck, 18 ff. Basilius ernannte Gregor gegen dessen Willen zum Bischof von Nyssa (um 371).

³⁰ Vgl. dazu Bruck, 2 und 21 ff. Chrysostomus wurde als Sohn eines kommandierenden Generals in Syrien 354 geboren, wurde 386 Priester in Antiochia und wurde 397 Bischof von Konstantinopel, Patriarch und damit der höchste Würdenträger der Kirche im Ostreich.

³¹ Bruck, 6.

³² Bruck, 6.

³³ Bruck, 7.

Die Bedeutung der Aussage liegt dabei darin³⁴, dass sich zum ersten Mal ein Anteil für die Seele findet, der Sache nach und dem Werte nach, ohne das Mass des Anteils der Seele bereits zu präzisieren.³⁵

Besonders deutlich wird die Nähe zu *Stiftungen zu Gunsten Bedürftiger* in einer Ausführung von Gregor von Nyssa: „Nicht alles ist für Euch, sondern ein Teil auch für die Armen, die Lieblinge Gottes. Denn alles gehört Gott, dem gemeinsamen Vater. Wir aber sind Brüder einer Familie. Für Brüder aber ist es am besten und das Gerechtere, sich zu gleichen Teilen in die Erbschaft zu teilen.“³⁶ Damit kommt der Gedanke auf, dass der Seelteil wie ein Bruder oder eine Schwester den gleichen Anteil³⁷ bekommen soll. Chrysostomus schliesslich kam zum Ergebnis, dass die Hälfte oder wenigstens ein Drittel des Vermögens gespendet werden müsse.³⁸ Die Forderung, dass „wenigstens ein Drittel“ gespendet werden müsse, hat Jahrhunderte in vielen Ländern weiter gewirkt.³⁹ Die Kirchenväter haben damit zwei Positionen miteinander verknüpft, welche zunächst einmal gar nichts miteinander zu tun hatten: Nämlich die Vorstellungen vom Tode und vom Jenseits einerseits, und von der gerechten Güterverteilung andererseits.⁴⁰

Als *Zwischenfazit* kann gezogen werden: Eine fortlaufende Kette führt von der uralten periodischen Ernährung der Toten im Grabe über den vergeis-

³⁴ So expressis verbis zu Recht Bruck, 8.

³⁵ Zu Recht schreibt Bruck, dass Basilius nicht ausgelegt werden darf wie ein Pandektenjurist, Bruck, 7. Zu einem späteren Zeitpunkt bezeichnete er den Seelteil sowohl für die Eltern mit Kindern als auch für die Kinderlosen mit der Hälfte des Vermögens, vgl. Bruck, 9.

³⁶ Bruck, 19.

³⁷ Bruck, 20.

³⁸ Im Einzelnen Bruck, 24 m.w.H.

³⁹ Chrysostomus hat einen eigentlichen Propagandafeldzug in Gang gesetzt, mit den Ausführungen: „Wer Almosen gibt, schliesst einen Kauf mit Gott ab. Das Almosen ist der Kaufpreis, Kaufgegenstand ist das Paradies“, oder: „Hier auf dem Markt will jeder möglichst billig einkaufen und möglichst teuer verkaufen. Die Almosen werden für wenig eingekauft, um dann im Jenseits teuer verkauft zu werden.“ oder: „Christus nimmt das Almosengeld in Verwahrung. Aber er verwahrt es nicht nur sicher, sondern er verzinst es sogar.“ (Bruck, 27).

⁴⁰ Bruck, 36, fasst daher zusammen, dass die Kirche die Opfer für die Toten in Gaben für die Armen und die Kirche verwandelt hat: Statt dem Toten Speise und Trankopfer am Grabe darzubringen, sollen die dafür erforderlichen Beträge der Kirche und den Armen dargebracht werden, zugleich im Interesse des Seelenheils der Toten. Neben dem Gedanken der „Caritas“ ist entscheidend, dass das gute Werk im Diesseits der eigenen Seele des Verstorbenen oder ihm Nahestehender im Jenseits zugute kommen soll. Es geht hier um die Idee der „verdienenden Kraft des guten Werkes“ (Bruck, 37).

tigten Totenkult der hellenistischen Zeit zum spiritualisierten Totenkult des Christentums⁴¹ durch die Seelenmessen, welche durch rechtliche Massnahmen, nämlich eine Stiftung, gesichert werden sollen.⁴²

Als Schöpfer der „Sohnesquote für Christus“, wie der Seelquote überhaupt⁴³, wurde sodann⁴⁴ Augustinus bezeichnet.⁴⁵ Er hat den Vorschlag⁴⁶ der Sohnesequote etwa in den Jahren 404 bis 426 ausgearbeitet.⁴⁷ Dabei vertritt er⁴⁸ eine gemässigte Linie und lehnt die Einsetzung der Kirche als Alleinerbin bei Vorhandensein von Nachkommen ab, weil nach seiner Auffassung ein Drittel bei zwei Nachkommen vollends für das Seelenheil genüge.⁴⁹

⁴¹ Geld und Grundeigentum wurden Kirchen, Klöstern oder mildtätigen Stiftungen übertragen, wiederum mit der Auflage der Sorge für den Seelenkult des Stifters durch Totenmessen, die sog. dispositiones pro anima, welche im germanischen Mittelalter Seelgeräte, d.h. „Gaben, die der Seele dienen“, hiessen (Bruck, 40).

⁴² Bruck, 40.

⁴³ Schultze, Seelteil, 178 ff., 190 ff.; Schultze, Nachträge, 376 ff.

⁴⁴ Zur Zeit Justinians war die Seelquote weit verbreitet in Brauch und Vulgarrecht im Byzantinischen Reich, was eine Konstitution des Kaisers vom 20. Oktober 530 (Codex 1, 2, 25/26) erkennen lässt (Bruck, 120), mit der Idee: „Wenn jemand unseren Herrn Jesus Christus zum Erben eingesetzt hat, entweder allein oder auch nur zum Teil, dass dann unbezweifelt die heilige Kirche der Stadt, des Ortes oder des Bezirkes, in welchem der Verstorbene sich befunden, als eingesetzte Erben zu betrachten seien und dass die Erbschaft im ganzen oder zum Teil, wie nun die Erbeinsetzung lautet, durch die gottgeliebten Kirchenvorsteher eingetrieben werden mag“ (Bruck, 121). Damit sollen die Zuwendungen auch einklagbar sein (Bruck, 121), so dass der Brauch *ein Volksrecht geworden* war. Dabei blieb die Seelquote nicht auf Testamente beschränkt: In einer Konstitution vom 18.3.530 (C 8, 53, 35, 4) erklärt Justinian die Schenkung einer universitas oder einer Vermögensquote für zulässig.

⁴⁵ Augustin 354-430, vgl. zu ihm Bruck, 84-95.

⁴⁶ Die Kirche ist von je für Zuwendungen für das Seelenheil eingetreten (so Bruck, 241), allerdings auch Augustins Quote, in der Höhe des Anteils, wie er einem leiblichen Sohne zukommt, wurde zunächst nur dann zugelassen, wenn besondere Umstände dies ratsam erscheinen liessen, weil Rom grundsätzlich an der Testierfreiheit des römischen Rechts festhielt: „Die Kirche forderte die Augustinische Quote erst im späteren Mittelalter, als die Gebefreudigkeit nachließ, und selbst dann hat ihre Haltung noch zuweilen gewechselt.“ (Bruck, 242).

⁴⁷ Bruck, 86.

⁴⁸ Die Frage, ob Augustins Vorschlag auf Hieronymus zurückgeht, wird vorliegend nicht vertieft; vgl. dazu bisher insbesondere Bruck, 88 ff.

⁴⁹ Zur scharfen Kritik des konkreten Falles durch Augustin bei einem Presbyters Januarius, der in seinem Testament Augustins eigene Kirche als Erbin eingesetzt hatte und zugleich die beiden minderjährigen Kinder (Tochter und Sohn) ausdrücklich enterbt hatte vgl. Bruck, 87 f.

6. Weitere Wurzelteile bei Ganerbschaften und Erbverbrüderungen

Bei der Ausbildung des Rechtsinstituts des Erbvertrages kamen zwei weitere verwandtschaftliche Zuwendungen innerhalb eines geschlossenen Kreises vor, nämlich einerseits die Ganerbschaften und andererseits die Erbverbrüderungen.

Zunächst zu den *Ganerbschaften*: Darunter wird die dauernde Vereinigung mehrerer Personen oder Familien verstanden, deren Zweck es war, eine bestimmte Vermögensmasse, meist eine Burg mit Pertinenzen, gemeinschaftlich zu benutzen und zu vertreten.⁵⁰ Dies war auch der Fall, wenn eine Burg erobert oder selber erbaut worden war.⁵¹ Die Folge war die Gemeinschaft des Rechts, so dass die Genossen *Gemeiner* genannt wurden.⁵² Die Veräußerung eines Anteils eines Gemeiners war dabei bechränkt auf den Fall der *echten Not*,⁵³ wobei er den Genossen den Kauf vorher anzubieten hatte.⁵⁴ Damit war die Ganerbschaft auf die Dauer errichtet.

Der hohe Adel hatte im Mittelalter noch ein anderes Instrument, um die Vererblichkeit voll wirksam werden zu lassen, namentlich bei Kinderlosigkeit: *Erbverbrüderung* nennt man jenes Geschäft, „durch welches mehrere Häuser oder verschiedene Linien desselben Hauses sich gegenseitig ihre Güter zuwenden auf den Fall, dass der eine Theil erlöschen sollte.“⁵⁵ Sodann: „So wurde früh Sitte unter den deutschen Fürsten und Herrn, ihre Familie in der fortgehenden Bewegung derselben gleichsam als eine juristische Person anzusehen, so dass die einzelnen Mitglieder, welche gerade am Leben waren, nicht nur für sich, sondern auch für die kommenden Geschlechter rechtliche Verhältnisse begründen konnten.“⁵⁶ Bei diesem Institut ging es damit darum, heute bereits Rechtswirkungen zu erlangen, welche auch auf die *Nachkommen der Kontrahenten* wirken sollen und die derzeit lebenden Personen lediglich ein „untergeordnetes Recht auf die lebenslängliche Nutzung der tradierten Güter erwarben.“⁵⁷

⁵⁰ Beseler, 81.

⁵¹ Beseler, 82.

⁵² Beseler, 82.

⁵³ Beseler, 82.

⁵⁴ Beseler, 83.

⁵⁵ Beseler, 225.

⁵⁶ Beseler, 226.

⁵⁷ Beseler, 226.

Es ist augenfällig, wie nahe diese Rechtsinstitute an die Idee der Familienstiftung heranreichen, so dass weitere Einzelheiten in der rechtlichen Ausgestaltung durchaus hätten gewonnen werden können. Allein: Diese (rechtshistorische) Spur wurde nicht verfolgt. In den folgenden Jahrzehnten, kam es vielmehr zum *abrupten Bruch durch Napoleon*.⁵⁸

III. Napoleon, die kantonalen Gesetzbücher und die Literatur am Vorabend von Eugen Hubers Wirken

I. Änderungen der Verhältnisse: keine Stiftung in code civil und Abschaffung der Fideikommissse

Die aufgezeigten mittelalterlichen Rechtsinstitute wurden nicht mehr verfolgt, sondern es kam zu einem eigentlichen Rechtsbruch mit *dem Paukenschlag der Einführung* des code civil in Frankreich⁵⁹:

Das Institut der juristischen Person kannte der code civil nicht und regelte daher auch die Frage der Stiftungserrichtung nicht in seinem erbrechtlichen Teil. Noch heute ist das französische Stiftungsrecht nicht im code civil enthalten.⁶⁰ Vielmehr besteht ein Spezialgesetz, nämlich die „Loi N 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat“, mit seitherigen Änderungen.⁶¹

Bedeutsam war ferner, dass die französische Revolution den Familienfideikommissen sehr kritisch gegenüberstand, was insbesondere auf der Benachteiligung der jüngeren Nachkommen⁶² des Inhabers gründete.⁶³ Die Familienfideikommissse wurden daher in Frankreich im Jahr 1804 mit dem code civil *abgeschafft*.⁶⁴

⁵⁸ Zu ihm umfassend die neuere Biografie Zamoyski. Vgl. zur Erlass des code civil 351 ff. Napoleon soll gesagt haben (289): „Ich rede lieber zu Soldaten als zu Advokaten“. Vgl. zu den Schweizer Bezügen jetzt Schuler.

⁵⁹ Dabei darf aus Schweizer Sicht nicht vergessen werden, dass der Kanton Genf und der Berner Jura damals noch französisches Staatsterritorium waren und daher der code civil in diesen Gebieten unmittelbar eingeführt worden war.

⁶⁰ BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 809.

⁶¹ BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 809.

⁶² Caroni, 85, hat auf die Wichtigkeit der Erbteilung nach dem Prinzip „égalité des partages“ (Art. 745) des code civil hingewiesen.

⁶³ Vgl. Ebert, 1503.

⁶⁴ Vgl. Ebert, 1503.

2. Verbliebene kantonale Souveränität

Zwar brachte Napoleon der Schweiz die Helvetik, doch eine Zivilrechtseinheit brachte diese nicht: Das Zivilrecht verblieb noch jahrzehntelang in *kantonomer Souveränität*, bis Walther Munzinger⁶⁵ die Schaffung eines einheitlichen Obligationenrechts empfahl und die Kantone dafür begeistern konnte und später die verfassungsrechtliche Grundlage im Jahr 1898 für das „übrige Zivilrecht“ geschaffen wurde. Daher stellt sich die Frage, wie sich die *kantonale Situation* in Bezug auf die Familienstiftungen im 19. Jahrhundert präsentierte.

Schliesslich soll kurz dargestellt werden, wie sich die Literatur zur Frage der Familienstiftungen *am Vorabend von Eugen Hubers Wirken* präsentierte. Was wurde genau in der sog. Pandektenwissenschaft⁶⁶ vertreten? Welche Anknüpfungspunkte präsentierte diese?

3. Auswirkungen auf die Westschweizer Gruppe der kantonalen Kodifikationen

Die Regelung des code civil hatte erhebliche *Auswirkungen* auf die sog. kantonale Gruppe mit Frankreich als Vorbild⁶⁷: Mit Ausnahme von Wallis und Freiburg im Uechtland behandelten die Westschweizer Kantone die juristische Person nicht und damit auch nicht die Stiftung. Sie standen auch der fideikommissarischen Substitution ablehnend gegenüber, wie namentlich das Beispiel Neuenburg zeigt.⁶⁸ Immerhin anerkannten die Kantone Waadt und Freiburg die fideikommissarische Substitution für den ersten Grad.

⁶⁵ Zu ihm in grösseren Zusammenhängen Fasel, Bahnbrecher; vgl. sodann zu den Vorgängen mit Empfehlungen Munzingers auch Fasel, OR-Materialien, dort vor allem in den Einleitungstexten.

⁶⁶ Zu den Schweizer Verhältnissen der Pandektenwissenschaft vgl. bisher Thier, 229-243.

⁶⁷ Nach einer von Aloys von Orelli, dem Lehrer von Eugen Huber begründeten, und von Eugen Huber übernommenen Einteilung kann man bei den kantonalen Kodifikationen drei Gruppen einteilen: a) eine vom französischen code civil von 1804 beeinflusste Gruppe in der West- und Südschweiz, b) die vom österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) von 1811 beeinflussten Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn sowie c) eine Gruppe um Zürich mit seinem von der historischen Rechtsschule beeinflussten Zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch (PGB) von 1853-1855 und jenen Kantonen der Ost- und Zentralschweiz, die dieses nachahmten, vgl. dazu zusammenfassend Pahud de Mortanges, 242 ff.

⁶⁸ Zeiter, Rz. 87.

4. Regelung in der sog. „Zürcher-Gruppe“

Die kantonalen Kodifikationen⁶⁹ der sog. Zürcher Gruppe enthielten die „verbandsfreundlichste“ und auch ausführlichste Regelung⁷⁰: Der Kanton Zürich unterschied zwischen der Stiftungserrichtung, die schon zu Lebzeiten des Stifters in Wirksamkeit tritt (§ 51) und den Stiftungen, die erst nach dem Tod des Stifters entstehen (§ 52⁷¹). Bei der Errichtung der Letzteren verlangte der Gesetzgeber die Form eines öffentlichen Testaments, die Anweisung eines Stiftungsfonds und die Berücksichtigung der Pflichtteile der Erben.⁷²

Einen besonderen Abschnitt widmete der Kanton Zürich den *Familienstiftungen*, und zwar im Zusammenhang mit der Nacherbeneinsetzung (§ 2078 Abs. 2): Einem Erben konnte die Verpflichtung auferlegt werden, dass er entweder bei Lebzeiten unter einer bestimmten Voraussetzung die Erbschaft auf einen Nacherben übertrage, oder nach seinem Tode dem Nacherben hinterlasse.⁷³ Sodann schreibt das Zürcher Gesetz wörtlich: „Dagegen ist die Bestellung eines zweiten fideikommissarischen Nacherben hinter den ersten unzulässig. Vorbehalten bleibt die besondere Folge in Familienstiftungen.“

Johann Caspar Bluntschli schrieb in seinen Erläuterungen dazu⁷⁴, dass die Frage möglichst zu vermeiden war, „ob die Familienstiftungen im Sinne der sogenannten Familienfideikommisse (Stammgutsstiftungen) eine weitere Berücksichtigung in einem besonderen Kapitel des Erbrechts verdienen.“ Sodann: „Die Stammgutsstiftungen (Familienstiftungen im engern Sinn) nämlich haben das Eigenthümliche, dass ein bestimmtes Gut, gewöhnlich eine Liegenschaft, dem gewohnten Verkehr durch die Willensverordnung des Stifters entzogen und einer bestimmten singulären Erbfolge innerhalb der Familie dieser auf die Dauer gesichert wird; z.B. es wird jeder erstgeborene männliche Nachkomme zur Folge in das Stammgut berufen, oder es wird dasselbe dem jeweiligen ältesten Familienglied überlassen. Hier folgen sich ganze Reihen von Stif-

⁶⁹ Zur Zürcher Gruppe gehören die Kantone Zürich, Schaffhausen, Thurgau, Nidwalden, Zug, Glarus, Graubünden. Vgl. dazu Pahud de Mortanges, 250 und weiterhin Elsener.

⁷⁰ So Zeiter, Rz. 76 ff.

⁷¹ Die Bestimmung lautete: „Eine Stiftung, welche erst nach dem Tode des Stifters ins Leben treten soll, kann nur durch ein öffentliches Testament des Stifters und Anweisung eines Stiftungsfonds begründet werden. Dabei bleibt das Recht der Erben vorbehalten, eine derartige Stiftung wegen Verletzung des Pflichtteils anzufechten.“

⁷² Zeiter, Rz. 79.

⁷³ So der Wortlaut von § 2078 Abs. 1 des Zürcher PGB.

⁷⁴ Bluntschli, 153.

tungserben. Die frühere Zeit war diesem Institute günstig, die Gegenwart ist es nicht. Daher schien eine genauere Formulierung des Institutes weder nöthig noch zweckmässig.“

Die Zürcher liessen damit viele Positionen offen, waren aber im Rahmen der Gesetzgebung nicht im Sinne eines Verbotes gegen das Institut eingestellt.

5. Insbesondere zu Vorläufern in der Berner Gruppe sowie zur späteren Regelung innerhalb dieser Gruppe

Interessant sind von der sog. Berner Gruppe⁷⁵ allen voran Bern und Luzern, weil sie schon eine lange Tradition mit Rechtsgebilden im Umfeld von Familienstiftungen hatten: Nachdem bereits im 15. Jahrhundert testamentarisch fideikommissarische Nacherbeneinsetzungen errichtet worden waren, erfreuten sich die Fideikomnisse im 16. und 17. Jahrhundert grosser Beliebtheit und führten in Bern im 17. Jahrhundert zur speziellen Regelung von sog. *Familien- und Geschlechtskisten*⁷⁶: Sie dienten der Erhaltung von Herrschaften und sonstigen Liegenschaften, und die berechtigten Familienmitglieder hatten nur Nutzungsrechte daran.

Es ist augenfällig, wie nahe die Berner Familien- und Geschlechtskisten an die Institute der Erbverbrüderungen und vor allem der Ganerbschaften herankommen: Hier wie dort ist die Güterausübung auf Langfristigkeit getrimmt, hier wie dort haben die aktuellen Repräsentanten nur *Nutzungsrechte*, nicht hingegen Eigentumsrechte, was allerdings nach und nach geändert wurde: Mit der Zeit wurden die Familien- und Geschlechtskisten verdrängt vom Fideikommiss, dessen Vorteil darin besteht, den Berechtigten als Eigentümer einzusetzen.⁷⁷

Erhalten geblieben ist aus dem Kanton Bern die „Ordnung und Reglement betreffend die sogenannten Geschlechtskisten“ vom 21. November 1740.⁷⁸ Darin wird geregelt, dass „*Sint- und andere allhiesiger Geschlechteren, aus Liebe gegen den Ihrigen verleitet, under sich Gelter zusammen legen, und under dem Namen Kistenguths verwalten lassen; alles in dem guten absehen, Sint und Ande-*

⁷⁵ Dazu gehören neben Bern auch Luzern, Aargau und (etwas überraschend, weil früher französische Ambassadorsstadt) Solothurn.

⁷⁶ Zeiter, 22; ferner: Stettler, 97 ff. und 145 ff.

⁷⁷ So Zeiter, Rz. 73, unter Verweis auf Roth, 178 f.

⁷⁸ Hier zitiert aus: Neue offizielle Gesetzessammlung des Kantons Bern, 1. Band vom 18. März 1715 bis 7. November 1822, Bern 1862, 5 ff. Im Ingress wird darauf hingewiesen, dass dieser Erlass wesentlich modifiziert worden sei „durch das Gesetz über Familienkisten und Familienstiftungen, 6. Mai 1837“.

ren Persohnen aus Ihrem Geschlecht in ohnglücklich und nothdürfftigem Fahl, aus diesen beygeschossenen Kistengelteren Christmiltreiche handtreichung und beysteur zum Trost und Understützung der Ihrigen mit Theilen zu können aus genugsamen Gründen gwüsse Ziehl und Mass angeordnet werden möchten“.

Daraus ist ersichtlich, dass durchaus auch der *Genuss von Gütern* gestattet war, bei Unglück und Notdürftigkeit, vor allem für Personen aus demselben Geschlecht. Garantiert wurde für alle „befindlichen Geschlechtskisten“ der „Status quo und wie dieselben sich dermahlen befinden, Verbleiben“.⁷⁹ Damit die Geschlechts-Kisten aber dem Publikum nicht nachteilig werden, auferlegte der Rat diesen „einiche Schranken ..., dass sie nicht allzu hoch an Vermögen steigen“, und setzt dieses auf zwei Mal Hundert Tausend Bern Pfund fest.⁸⁰

Im Rahmen der Berner Gruppe kannte keiner der Kantone die Zulassung einer Stiftungserrichtung durch Verfügung von Todes wegen, hingegen enthielten sie alle eine Regelung über die fideikommissarische Nacherbeneinsetzung und erwähnten vereinzelt sogar die Familienstiftungen.⁸¹

Interessant ist auch hier das Beispiel Bern: Die Anhänger der Fideikommissse trafen bei den gesetzgebenden Arbeiten auf vehemente Gegner dieses Instituts, was zu heftigen Diskussionen Anlass gab, sich am Schluss aber eine *Kompromisslösung durchsetzte*, welche die fideikommissarische Nacherbeneinsetzung auf zwei Grade beschränkte.⁸² Zudem verwies das Privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Bern in dessen § 583 auf besondere Verordnungen in Bezug auf die Errichtung von Familienkisten und Familienstiftungen, welche schon seit dem 21.11.1740, mit Veränderungen vom 06. Mai 1837 weiter bestanden.⁸³

In Ausführung des neuen Zivilgesetzbuches für den Kanton Bern von 1837 (dessen Satz 583) bestimmte ein Spezialgesetz über die Familienkisten und Familienstiftungen vom 06. Mai 1837⁸⁴, dass die bisherigen Familienkisten für alle Zweige eines Geschlechts, das gleichen Namen und gleiches Wappen führt, zusammengenommen die Summe von zweimalhunderttausend Bernpfunden

⁷⁹ So Ziff. 1 des Erlasses, nach einem längeren Ingress.

⁸⁰ So Ziff. 2 des Erlasses. Bei Übersteigen soll ein Teil zu Händen des „allhiesigen Kranken-Spittahls“ gewidmet und verfallen sein.

⁸¹ Zeiter, Rz. 82.

⁸² Zeiter, Rz. 88.

⁸³ Insofern ist es missverständlich, wenn Zeiter, Rz. 83 geltend macht, die Verordnung sei „nie erlassen“ worden, weil diese schon lange bestand und auf das Gesetzgebungsdatum hin angepasst wurde.

⁸⁴ Heute ist dieser Ausführungserlass bequem am Internet zugänglich, unter der Ziff. 212.225.1 (Stand 06. Mai 1837).

nicht übersteigt, und dass ihnen die Erwerbung und der Besitz von liegenden Gütern, Lehen, Zehnten, Bodenzinsen untersagt sein soll. Bei Verfügungen „zu toter Hand“ wurde die Bestätigung des Grossen Rates ausdrücklich vorbehalten.⁸⁵ Sodann bestimmte Art. 5: „Betreffend alle übrigen Familienstiftungen, welche als Verfügungen zu toter Hand anzusehen sind, namentlich auch die so geheissenen Majorate, so soll der gegenwärtige Nutzniesser im Besitz gelassen werden bis zu seinem Absterben. Nach dessen Tag sollen dieselben ebenfalls als gemeinschaftliches Vermögen sämtlicher berechtigter Familienglieder angesehen und nach den Bestimmungen über die Familienkisten behandelt werden.“⁸⁶

Nach Roth⁸⁷ war der wesentliche Inhalt die Bestimmung, dass die Familienkisten nun geteilt werden konnten, weshalb das (neue) Gesetz mehrmals von *Miteigentümern* sprach. Zudem bestimmte das Gesetz, dass die Fideikommission, also im Kanton Bern die Majorate⁸⁸, nach dem Tod des gegenwärtigen „nutznießenden Besitzers“ wie Familienkisten behandelt werden sollten⁸⁹, was rechtlich nichts anderes als die heutige Stiftung, also eine juristische Person war.⁹⁰

Auch im Kanton Solothurn wurde im frühen 19. Jahrhundert von gesetzgeberischer Seite eingegriffen: Mit Beschluss vom 25. Januar 1804 wurde „um Vor- sorge zu betreiben“ beschlossen, dass in Zukunft untersagt sein soll, „Fideicommiss-Güter zu verpfänden, oder zu entäussern, ohne dass zuvor von der Regierung die Bewilligung wird erteilt worden sein.“⁹¹ Auch der Kanton Solothurn anerkannte in seiner Kodifikation in § 564 die fideikommissarische Substitution und unterstellte die bisher bestehenden Fideikommission nach § 461 den Vorschriften.⁹²

⁸⁵ Art. 3 des neuen Erlasses.

⁸⁶ Streitigkeiten wurden an den Zivilrichter „in das summarische Verfahren gewiesen“, und „in Berücksichtigung der Statuten der betreffenden Familienkiste nach Billigkeit entschieden werden, der Richter mithin nicht an die Schlüsse der Parteien gebunden sein“ soll (so Art. 6 des Erlasses von 1837).

⁸⁷ Roth, 181.

⁸⁸ Im Kanton Bern hatte jeweils nur ein einziges Familienglied als „Vorerbe“ den Genuss am Familiengut, was meist der Älteste des Geschlechts war, weshalb die Fideikommission im Kanton Bern oft Majorate hiessen (vgl. dazu Roth, 179).

⁸⁹ Roth, 181.

⁹⁰ So expressis verbis Roth, 178.

⁹¹ Darin ist ein Erlass über die Unveräusserlichkeit von Familienfideikommissgütern zu erblicken. Vgl. dazu eingehend Walliser.

⁹² Vgl. dazu ausführlich Walliser, 401 ff. Die fideikommissarische Substitution hat im Kanton Solothurn nach Auffassung von Walliser gewohnheitsrechtlich bestanden, ehedem sie in Anlehnung an Österreich und Bern im Kanton Solothurn in die Gesetzgebung aufgenommen

Der Kanton Luzern konnte auf eine lange Regelung der Fideikommission zurückblicken, welche schon Ende des 15. Jahrhunderts erwähnt wurden⁹³: Bereits im Luzerner Stadtrechtbuch von 1721⁹⁴ erlaubte jedermann „zu besserer Erhaltung und Aufnahme der Familien seines Stammens und Namens ein so genannt Fidei-Commissum auf liegenden, oder Stipendium auf fahrenden Gütern aufzurichten“ zugunsten eines oder mehreren Nachkommen in gerader oder Seitenlinie und ihrer Nachkommenschaft im Mannesstamm.⁹⁵

Der Kanton Aargau liess für eine einzige Erbeinsetzung eine fideikommissarische Substitution zu, nicht aber der Kanton Luzern, der gestützt auf die Anträge von Kasimir Pfyffer ein Verbot der fideikommissarischen Nacherbeneinsetzung beschloss.⁹⁶ In Luzern durfte das Kapital 20'000 Gulden nicht übersteigen, war aber unangreifbar und durfte weder verkauft noch verpfändet noch vom Fiskus oder von Gläubigern in Anspruch genommen werden. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf von Pfyffer sah vor, dass eine fideikommissarische Nacherbeneinsetzung nicht stattfindet und die wirklich bestehenden Fideikommissionen in der Hand des zweiten Nachfolgers des gegenwärtigen Inhabers unbeschränktes Eigentum werden sollten, doch war dieser Teil der umstrittenste der gesamten Kodifikation.⁹⁷ Ein Kompromiss behielt schliesslich das Recht der Gesetzgebungskommission vor⁹⁸, einen neuen Erlass vorzulegen, was nie eintraf.⁹⁹

men wurde, allerdings beschränkt auf die Kinder des zuerst Eingesetzten zu Nachfolgern, wobei diese nur Nutzniessung ausüben konnten. Eine reiche Übung (so Walliser, 401) hatte das Familienfideikommiss im Kanton Solothurn, bei welchem der Genuss der Familie gebührte, das Gut aber unveräusserlich bei der Familie verblieb (Walliser, 401, dort in Fn. 319 mit vielen Hinweisen auf die Fideikommission der Familie Wallier von Wendelsdorf, der Familie von Roll oder von Pfarrer Marx Äschi).

⁹³ Schmid, 125.

⁹⁴ Herrn André Heinzer vom Staatsarchiv Luzern sei für die wertvolle Hilfe gedankt. Er hat darauf hingewiesen, dass nach der Ausgabe von 1765 die Regelung im Luzerner Stadtrechtbuch von 1721 in Titel X § 2 abgedruckt worden ist.

⁹⁵ So Schmid, 125 m.w.H.

⁹⁶ So Zeiter, Rz. 86 m.w.H.

⁹⁷ Im Einzelnen Schmid, betreffend „umstrittenste des ganzen Gesetzbuches“, 125, betreffend des Entwurfs 126 f.

⁹⁸ Damit ist die Schlussfolgerung von Zeiter, Rz. 86, wonach man in Luzern ein „Verbot der fideikommissarischen Nacherbeneinsetzung beschlossen“ habe, unzutreffend.

⁹⁹ Schmid, 128.

IV. Familienstiftungen am Vorabend von Eugen Hubers Wirken

1. Einleitung

In der neueren Literatur zu Eugen Huber ist bekannt, dass er vor allem die Werke von Arndts (in seiner Studienzeit) und von Vangerow benutzt hat, welche sich dem Pandektenrecht zugewandt haben.

Daher soll als Einstieg in die Eugen Huber-Materialien gleichsam ein „zeitgenössische Darstellung“ geboten werden, was damals vertreten worden ist in der Literatur. Ich beginne dabei mit Eugen Hubers Studienbücher:

2. Frühe Ausbildungsgrundlagen

In seiner Ausbildungszeit kam Eugen Huber sogleich in den ersten Vorlesungen mit der Stiftung in Berührung, weil sein erster Lehrer Exner die Stiftung als Teil seines Unterrichts (zum Pandektenrecht) präsentierte.¹⁰⁰ Er wurde mithin früh sensibilisiert für Stiftungsfragen sowie für Fragen der familienfideikommissarischen Substitution.¹⁰¹ Dies wurde ferner vertieft durch die von Eugen Huber während seines Studiums vorzüglich benutzten Lehrbücher und Schriften, welche wie folgt kurz skizziert werden können:

a) Arndts' Lehrbuch der Pandekten¹⁰² behandelt den Themenkreis im Abschnitt zur „Substitution bei Vermächtnissen“ (§ 548). Er führt aus, dass eine Substitution bei Vermächtnissen möglich ist, indem „dasselbe Vermächtnis einem Andern gegeben wird für den Fall, dass der zunächst Bedachte es nicht erwerbe oder so, dass mehrere nacheinander denselben Gegenstand haben sollen, indem derjenige, dem er zuerst gegeben ist, denselben zu gewisser Zeit, z.B. nach seinem Tode, einem Andern herausgegeben werden soll, und ebenso etwa dieser wieder einem Dritten u.s.w.“¹⁰³ Dies verstehe man unter einer fideicommissarischen Substitution, welche eine successive sei. Sodann:

„Eine Art derselben sind die Familienfideicommissa, fideicommissa familiae relicta, d.i. solche, wodurch dem Beschwerten auferlegt wird, das Vermächtnis Angehörigen einer bestimmten Familie, es sei der des Erblassers oder einer andern, zu hinterlassen. Hat der Erblasser nicht anders bestimmt, so

¹⁰⁰ Vgl. dazu Fasel, Eugen Huber hört Adolf Exner als erste Vorlesung, Bd. 28 der Eugen Huber Reihe, Bern 2024, Rz. 697 ff. (am Erscheinen).

¹⁰¹ Vgl. dazu auch Fasel, Eugen Huber hört Adolf Exner als erste Vorlesung, Rz. 1248.

¹⁰² Hier vor allem: dritte Abteilung betr. „Viertes und fünftes Buch, Von den Familienverhältnissen und von der Erbschaft“, von Arndts von Arnesberg, 897 ff.

¹⁰³ Arndts von Arnesberg, 898.

kann der zunächst Beschwerte und so auch wieder jeder folgende Vermächtnisträger nach seiner Wahl einem oder mehreren Angehörigen der Familie das Vermächtnis zuwenden. [...] und durch Einwilligung aller Familienglieder kann daher das Fideicommiss ganz aufgehoben werden.“¹⁰⁴

Im Rahmen der Stiftung erörtert Arndts sodann, dass wenn Güter zu einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke bestimmt werden, daraus eine eigene juristische Person entstehen kann, die als Subjekt eben jenes Vermögens gilt.¹⁰⁵ Er erwähnt zwar, dass auch durch letztwillige Verfügung „sofort eine solche juristische Person geschaffen“ werden kann¹⁰⁶, hingegen sucht man den Begriff der *Familienstiftung bei ihm vergebens*.

b) Karl Adolph von Vangerow legte seine erste Auflage der Pandekten bereits im Jahr 1839 auf, als „Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen“.¹⁰⁷ Bei ihm sucht man in den ersten Auflagen vergeblich nach dem Stichwort der Stiftung.

c) Es ist spätestens aus den Gutachten, welche Eugen Huber verfasst hat¹⁰⁸, bekannt, dass er viel und prominent Bernhard Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts verwendet hat. Dieses kam in der ersten Auflage 1862 (Band I) bzw. 1865 und 1866 (Bände II und III) heraus und erlebte viele Auflagen. Nach ihm kann durch letztwillige Verfügung eine Erben- oder Vermächtniseinsetzung erfolgen, ein Vermögen mit der Bestimmung der Verwendung zu einem gewissen „frommen oder gemeinnützigen Zweck ausgesetzt, und dadurch eine juristische Person geschaffen werden“.¹⁰⁹ Auch im Rahmen der Fideikommiss bleibt Windscheid in den ersten Auflagen sehr kurz: Das Legat sei das Vermächtnis des Zivilrechts, hingegen verdanke „das Fideikommiss seine Entstehung dem ausserordentlichen Eingreifen der kaiserlichen Machtvollkommenheit seit August[us]. Der dem fideicommissum ursprünglich zu Grunde liegende Gedanke ist, dass es nicht sowohl ein Recht gewähre, als eine sittliche Pflicht auferlege. Aber die Erfüllung dieser Pflicht wurde erzwungen, zuerst in einzelnen Fällen, später regelmässig [...]; je mehr es aber als Rechtsinstitut erstarkte, in desto grösserem Umfang sind diese Rechtsregeln auf dasselbe

¹⁰⁴ Arndts von Arnesberg, 898.

¹⁰⁵ Arndts von Arnesberg, 53.

¹⁰⁶ In der Anmerkung 3 verweist Arndts auf die abweichende Meinung von Unger, wonach für die Anerkennung eine obrigkeitliche oder wenigstens geistliche Konfirmation notwendig sei.

¹⁰⁷ von Vangerow.

¹⁰⁸ Exemplarisch dazu Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1918-1923, Rz. 2092 und 2646, Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, 788 und 791, Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1911-1913, Rz. 2668, 2685, 2995, 2999 sowie Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Rz. 289, 865, 1162, 1200, 1515, 1622, 1626, 2151 und 2739.

¹⁰⁹ Windscheid, Band III, § 449, 56.

erstreckt worden.“ Erst Justinian habe den Unterschied beseitigt und für alle Vermächnisse nur ein Recht bestimmt und im Widerspruche das Mildere der Fideikommissionen gelten soll.¹¹⁰

d) Schliesslich soll noch das Pandektenlehrbuch¹¹¹ von Friedrich Ludwig Keller in die Darstellung miteinbezogen werden, auch deshalb, weil Eugen Huber dieses als sein *wichtigstes Lehrbuch* bezeichnet¹¹² hat. Keller nennt als Titel „Stiftungen oder unsichtbare juristische Personen“ und schreibt dazu im Wesentlichen: „Diese kommen erst seit der Herrschaft des Christenthums in grosser Ausdehnung und Mannigfaltigkeit vor, und wurden mit vieler Begünstigung behandelt. Einen gemeinsamen Namen gibt es für sie in den Rechtsquellen nicht; erst die Neueren nennen sie *pia corpora*, [...] In der neueren Zeit hat sich nun die Grundansicht betreffs der Stiftungen nicht verändert, die Stiftungen selbst sind nur viel mannigfaltiger geworden, und haben sich anstatt bloss auf Milderung der Armuth, seit dem Mittelalter auch auf Befriedigung geistiger Bedürfnisse der verschiedenster Art gerichtet. (Unterrichtsanstalten, Kunstanstalten, Bibliotheken, Museen und andere Sammlungen und dergleichen.)“¹¹³ Allein: Familienstiftungen nennt Keller nicht.

Hingegen ist seine Darstellung des Entwicklungsganges der Familienfideikommissionen von hohem didaktischen Wert, so dass sie wörtlich zitiert sei: „Durch das Institut der Fideicommissionen wurde es möglich, nicht bloss den unmittelbar Bedachten hinsichtlich des ihm Vergabten in bestimmter Weise zu verpflichten, namentlich ihm die Herausgabe der Sache bei seinen Lebzeiten oder bei seinem Tode an eine bestimmte andere Person aufzulegen, sondern auch einem oder mehreren, oder allen späteren Empfängern eine ähnliche Verpflichtung aufzulegen, und so das Schicksal der fraglichen Sache hinsichtlich des jederzeitigen Inhabers bleibend zu bestimmen, das heisst, eine eigenthümliche und bleibende Successionsordnung für diese Sache zu begründen, und so die Succession, das heisst das Subjektive der Sache, dem Objektiven unterzuordnen, während sonst das umgekehrte Verhältnis das Princip des Römischen Erbrechts war.

Jeder successive Inhaber erhielt jetzt die Sache mit der Verpflichtung, dafür zu sorgen, oder es doch durch keine freie Handlung zu verhindern, dass die Sache seiner Zeit auf den durch den ursprünglichen letzten Willen zum Vor-

¹¹⁰ Windscheid, Band III, § 623, 270 m.w.H.

¹¹¹ Hier zitiert in Keller/Friedberg.

¹¹² Authentisch überliefert durch Rümelin, 5. Vgl. dazu und zu den daraus zu ziehenden Konsequenzen bereits Fasel, römisches Recht, 4 ff.

¹¹³ Keller, 64 ff.

aus bestellten Nachfolger komme; und so konnte denn allerdings jener Wille des Testators ein fortlaufendes rechtliches Band knüpfen und dadurch eine bleibende Wirksamkeit und Anerkennung erlangen.

Das Verhältnis, worin die Menschen am ehesten ihre Wirksamkeit und ihr Andenken zu verewigen suchen, ist die Familie, worin ja ihr Blut, wenigstens ihr Name auf die Nachwelt übergeht. So zeigt sich die beschriebene Anwendung der Fideicommissa vorzüglich in der Gestalt von Familien-Fideicommissen, welches Institut sodann auf Germanischen Boden erst seine rechte und volle Ausbildung erhielt, bei den Römern dagegen, wo es überhaupt erst in der Zeit unserer classischen Juristen in einigem Umfang geübt zu werden anfang, fortwährend auf einer niedrigen Stufe stehen blieb, und den vollen Trieb der nationalen Rechtsbildung nie für sich gewinnen konnte.

Das ist darin ersichtlich, dass die Beschränkung des Fideicommissars hinsichtlich der künftigen Transmission stets innerhalb der Schranken einer persönlichen Verpflichtung (Obligation) stehen blieb, und sich niemals zur Dinglichkeit durchzubilden vermochte. Die Veräußerungen, welche zuwider der Anordnung des Stifters geschahen, waren nicht ungültig, und so blieb die ganze angeordnete Successionsordnung auf diejenige Garantie beschränkt, welche persönliche Verpflichtungen zu gewähren vermögen, und blieb daher allen den Gefahren ausgesetzt, welche die Persönlichkeit überhaupt und besonders in ihrer ökonomischen Beziehung (Insolvenz und dergleichen) treffen können, und welche bei einem auf viele Generationen oder gar auf alle Zukunft berechneten Institute jede rechte Consolidation unmöglich machen.¹¹⁴

Damit war der Boden geebnet, auf dem Eugen Huber sein Wirken entfalten konnte.

V. Eugen Hubers Arbeiten an der Familienstiftung

I. Übersicht

Entgegen dem ersten Anschein begannen die Arbeiten Hubers an der Familienstiftung nicht erst mit der Formulierung der Entwürfe zum ZGB, sondern er befasste sich mehrfach und immer wieder mit der Familienstiftung. Der nachfolgende Beitrag soll dabei auch seine *frühen Stellungnahmen* und seine Äusserungen auch in praktischen Fragen, heute durch die Herausgabe seiner Gutachten, miteinbeziehen.

¹¹⁴ Keller/Friedberg, 1043 ff.

Dabei wird der vorliegende Abschnitt viergeteilt: Zuerst erfolgt die Darstellung der frühen Äusserungen in wissenschaftlichen Arbeiten. In einem zweiten Schritt erfolgen sodann seine Äusserungen im Rahmen von erteilten Gutachten. In einem dritten Schritt erfolgen seine konkreten Vorbereitungsarbeiten für den Erlass des ZGB, wobei vor allem die Voten in der Expertenkommission hier zu präsentieren sind.

Sodann sind viertens seine Äusserungen insbesondere im Rahmen der Erläuterungen des ZGB zu erwähnen, hingegen müssen seine Vorlesungen nach Erlass des ZGB vorderhand noch als Desiderat der Wissenschaft angesprochen werden, weil die entsprechenden Transkriptionsarbeiten erst angelaufen sind.

2. Eugen Hubers frühe Schriften, insbesondere „System und Geschichte“

Eugen Huber hat sich früh mit dem Schweizerischen Erbrecht befasst. Bereits als Dreiundzwanzigjähriger legte er seine Dissertation mit dem Titel „Die Schweizerischen Erbrechte in ihrer Entwicklung seit der Ablösung des alten Bundes vom deutschen Reich“, gedruckt in Zürich 1872 vor. Er hat sich darin allerdings nicht mit den Familienstiftungen auseinandergesetzt.

Hingegen hat er eine erste Zivilrechtsvorlesung ab dem Jahr 1880 in Basel gehalten.¹¹⁵ Er behandelte darin insbesondere die Stiftungen als juristische Person, deren Substrat eine Vermögensgesamtheit ist.¹¹⁶ Huber betont dabei, dass für neue Zuwendungen (an bereits bestehende Stiftungen) eine Staatsgenehmigung nicht mehr verlangt wird.¹¹⁷ Zwar werden Bedachte einer Erbschaft erörtert,¹¹⁸ doch auf die Möglichkeit des Erwerbs einer Stiftung geht Huber nicht ein, abgesehen vom Sonderfall des Kantons Solothurn, wonach es beim Erwerb eines Vermächtnisses einer juristischen Person um eine Bewilligung des Regierungsrates bedurfte.¹¹⁹

Ausführlich äussert sich Eugen Huber in seinem Grundlagenwerk zum Schweizer Privatrecht in „System und Geschichte“.¹²⁰ Um die Grundlagen der Huberschen Gedankengänge nachvollziehbar werden zu lassen, seien diese im Einzelnen ungekürzt wiedergegeben. Einleitend stellt er fest, dass man vor allem

¹¹⁵ Herausgegeben von Fasel, Zivilrechtsvorlesung.

¹¹⁶ Fasel, Zivilrechtsvorlesung, Rz. 203 ff.

¹¹⁷ Fasel, Zivilrechtsvorlesung, Rz. 204. Er betont dies deshalb, weil im Kanton Solothurn zuvor eine andere Grundlage galt.

¹¹⁸ Fasel, Zivilrechtsvorlesung, Rz. 643 ff.

¹¹⁹ Fasel, Zivilrechtsvorlesung, Rz. 646.

¹²⁰ Huber, System, 627 ff.

beim niederen Adel eine Vergünstigung aufgenommen habe zur Begründung von Stammgütern und damit als Familienfideikommiss und Familienstiftungen. Sodann wörtlich:

„Der Name Familienfideikommiss kam erst im 17. Jahrhundert auf, wie in Deutschland, so auch in der Schweiz aus abendländischem Ursprung, der nicht sicher aufgedeckt ist. Das Institut erscheint anfänglich als ein Vorrecht des Adels, bald aber stellt man diesfalls gemeinlich keine besonderen Beschränkungen mehr auf und gab stillschweigend dem Bürger dieselbe Freiheit. Ihren Gegenstand bildeten Grundstücke, Renten, und was sonst eine dauernde, über Generationen hinreichende Nutzung zulässt, und wenn der Verfügende das den Erben gesicherte Gut dafür verwenden wollte, so war die Zustimmung derselben nötig. Bewirkt wurde dadurch, dass einer der Erben das ausgesonderte Fideikommissgut als Präcipuum erhielt, während er daneben auch Allodialerbe blieb. Er wurde Eigentümer daran, war aber beschränkt in der Verfügung über das Gut, indem er zugleich Kautions für dessen Erhaltung stellen musste und dasselbe nicht veräußern oder belasten durfte. Andere Dispositionen waren entweder ungültig, oder nur für die Dauer des Rechtes des Disponierenden rechtskräftig. Die Art der Succession wurde durch die Stiftungsurkunde bestimmt, war aber meist Primogenitur oder Majorat, seltener Seniorat. Fürsorge für die übergebenen Erben konnte vorgesehen sein, spielte aber in den Kreisen unseres Gebietes nicht die bedeutende Rolle, wie die Apanagen und Secundo- und Tertiogenituren des hohen Adels. Erlösch die Familie des Stifters, so erhielt der Letzte seines Stammes freie Verfügungsgewalt.“¹²¹

Er geht sodann auch auf die Familienstiftungen ein und führt aus:

„Unterschieden von diesen Familienfideikommissen sind die Familienstiftungen, obgleich sie in der Praxis, sobald der Stiftungszweck kein bestimmter und begrenzter war, leicht in die erstern überfliessen konnten. Auch diese traten seit dem spätern Mittelalter auf und nahmen im 17. Jahrhundert eine grössere Bedeutung in Anspruch. Der Ertrag von Grundstücken oder Kapitalien wurde darin zu irgend einem Zwecke einer bestimmten Familie zugewendet. Eine Succession lag hier jedoch überall nicht vor, sondern eine Stiftung im Rechtssinn, also eine juristische Person. Doch zeigen sich auch hier betreffend die Erlaubtheit solcher Verfügungen dieselben Privilegien, wie wir sie beim Familienfideikommiss hervorgehoben haben.“

¹²¹ Huber, System. 627.

Die diesen Beschränkungen der individuellen Verfügungsgewalt entgegen-tretende Gesetzgebung haben wir oben (S. 241) betrachtet und die Beschränkungen und Verbote des geltenden Rechts an anderen Orten zusammengestellt¹²².

Gemeint ist damit die Zusammenstellung in Band 2 von System und Geschichte¹²³, wobei an der angegebenen Stelle (S. 241) der Hinweis auf eine Substitution als „successive Berufung mehrerer Erben“ folgt, welche sich „ein gutes Stück ihres Charakters aus originärer Entwicklung auf mittelalterlicher Grundlage erhalten haben“.¹²⁴ Sodann behandelt Huber die Nacherbeneinsetzung in verschiedenen kantonalen Rechten, um auf die „fideikommissarische Substitution“ zu sprechen kommen¹²⁵: *„Zumeist wird unter dieser Substitution auch das Familienfideikommis oder die Familienstiftung untergebracht, ein Institut, das bald mehr in gemeinrechtlichem Gewande, bald mit ausgesprochenem Stiftungscharakter in allen Gegenden der Schweiz, wenn auch nirgends häufig, und meist aus frühern Zeiten überliefert, vorkommt, und demnach wenig mehr mit dem geltenden Rechte zu thun hat, sondern Objekt der geschichtlichen Betrachtung ist. Die moderne Gesetzgebung findet sich mit demselben ab, indem sie seinen Fortbestand mit grösserer oder geringerer Beschränkung zulässt, zugleich aber für die Gegenwart besondere Regeln aufstellt.“¹²⁶*

Anschliessend behandelt Huber zuerst das französische Recht mit dem Grundsatz, dass Substitutionen verboten sind (Art. 896), um davon zwei Ausnahmen zu machen¹²⁷, um auf das analoge Verbot in Neuenburg und auf das modifizierte Verbot von Waadt hinzuweisen¹²⁸, ferner von Freiburg, der das Institut „substitution fidéicommissaire“ nennt¹²⁹, um schliesslich die Beschränkungen im Kanton Tessin aufzuzeigen.¹³⁰ Von der deutschen Schweiz verbietet nach Huber Luzern¹³¹ die Substitution ebenfalls wie Neuenburg¹³², wobei auch die Kantone Glarus, Graubünden und Zug die Verbote wiederholen, Graubünden allerdings beschränkt auf neue Stiftungen.¹³³

¹²² Huber, System, 629.

¹²³ Huber, System, 241 ff.

¹²⁴ Huber, System, Band II, 241.

¹²⁵ Huber, System, Band II, 245 f.

¹²⁶ Huber, System, Band II, 245.

¹²⁷ Huber, System, Band II, 246.

¹²⁸ Huber, System, Band II, 247.

¹²⁹ Huber, System, Band II, 248.

¹³⁰ Huber, System, Band II, 250.

¹³¹ Vgl. dagegen die Präzisierungen oben im Haupttext, [III.5.](#) und insbesondere Fn. 98

¹³² Huber, System, Band II, 251.

¹³³ Huber, System, Band II, 251.

Schliesslich geht Huber auf die Regelungen in Bern (mit der Tradition der „Familienkisten“) und Solothurn ein, um den Kanton Aargau mit der Regelung, nur eine Erbeinsetzung fideikommissarisch zuzulassen, zu erwähnen.¹³⁴ Schliesslich gelangt er zum Kanton Zürich, in welchem das Institut „Fideikommiss“ heisst, wobei die Bestellung eines zweiten fideikommissarischen Nacherben hinter dem ersten unzulässig ist, „immerhin unter Vorbehalt der besonderen Folge in Familienstiftungen“.¹³⁵

Huber schliesst mit Hinweisen auf Baselstadt (mit Beschränkung auf einen Nacherben) sowie zu Nidwalden, wonach Familienstiftungen (Fideikommisse) nur mit Genehmigung des Geschworenengerichts errichtet werden dürfen.¹³⁶

3. Eugen Hubers gutachterliche Äusserungen

Mit Interesse sind diese Belege daraufhin zu prüfen, wie sich Eugen Huber gutachterlich¹³⁷ zu Familienstiftungen und zu Familienfideikommissen geäussert hat.

Erstmals behandelte Eugen Huber ein Fideikommiss in einem Gutachten aus Halle vom 29. Mai 1891¹³⁸: Er schreibt, keine Bedenken zu haben, *„in Übereinstimmung mit einer entsprechenden Erwägung des Bundesger. Bd. 9 I S. 45, die Existenz der Familienfideikommisse mit angeführten Details nach dem vorliegenden Beweismaterial als bewiesen zu betrachten u. lehne also Ihre erste Einwendung gegen die Klage ab (Ebenso ist es mir nicht zweifelhaft, dass seit 1798 die Fideikommisse wieder in alter Gebundenheit im Rechte anerkannt worden sind, sei nun der cit. Beschluss von 1804 von constitutiver oder bloss deklaratorischer Bedeutung gewesen).“*

Dass ein Theil des Fideicommissgutes im Kanton Bern liegt scheint mir für die Streitfrage irrelevant, da der Kläger seinen Anspruch nicht auf Gebiets-hoheitsrechte, sondern auf privatrechtlichen Titel stützt [...]“

¹³⁴ Huber, System, Band II, 253.

¹³⁵ Huber, System, Band II, 254.

¹³⁶ Huber, System, Band II, 254.

¹³⁷ Sämtliche Gutachten von Eugen Huber sind inzwischen in leicht lesbarer Schrift zugänglich geworden, bewusst herausgegeben in zeitlich umgekehrter Reihenfolge; vgl. dazu Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1918-1923, Ders., Eugen Hubers Gutachten 1916-1917, Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, Ders., Eugen Hubers Gutachten 1911-1913, Ders., Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Ders., Eugen Hubers Gutachten 1895-1901, Ders., Eugen Hubers Gutachten 1881-1894.

¹³⁸ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1881-1894, 195 ff.

In seinem zweiten Gutachten in derselben Sache¹³⁹ fügt Huber an, dass der neue Berner Gesetzeserlass nichts anderes sage, als dass die gegenwärtigen Inhaber der betr. Familiengüter nicht durch frühere Verfügungen gebunden sein sollen. Darüber, was mit den Gütern geschehen soll, wenn sie die Inhaber nicht herausverlangen bzw. veräusserten, werde nichts gesagt. Und zudem: „[...] da scheint es mir immer noch [...] natürlicher, anzunehmen, es habe der Staat, wenn es für ‚Familienfideicommiss‘ u. ‚Substitutionen‘ das alte Recht vorbehalten, damit auch Verfügungen zu s.[einen] Gunsten wie die vorliegende gemeint, u. nicht umgekehrt.“¹⁴⁰

Damit kann bereits nach einem ersten Gutachten *das Fazit gezogen* werden: Eugen Huber steht den Familienfideikommissen *nicht ablehnend gegenüber, sondern lässt diese weitgehend zu*, sogar zu Gunsten des Staates.

b) Währenddem sich in der Berichtsperiode 1895-1901 keine Gutachten zur Familienstiftung und zum Familienfideikommiss befinden¹⁴¹, finden sich in der so wichtigen Berichtsperiode von 1902-1910 gleich zwei gutachterliche Äusserungen¹⁴²:

Einerseits äusserte sich Eugen Huber in einem Gutachten an einen Amtsnotar in Jegenstorf vom 25. Juli 1903 dahingehend, dass der Testator im konkreten Fall sein Testament unter der Herrschaft des geltenden bernischen Erbrechts aufgesetzt hatte: Das Berner CGB Satz 578 ff. gestattet dabei eine fideikommissarische Nacherbeneinsetzung bis zum zweiten Grad, d.h. mit einem Fiduziar und einem ersten und einem zweiten fideikommissarischen Nacherben.¹⁴³ Mithin hat die Substitution im Testament des Herrn Rudolf von Stürler an sich die gesetzlich erlaubte Fideikommissgründung nicht überschritten.

Im konkreten Fall kommt er zum Schluss, dass „bei der Vererbung nach Primogenitur ein Familienfideikommiss an den Erstgeborenen, von diesem an jeweils den Erstgeborenen von diesem abstammenden Nachkommen fällt, solange dieser überhaupt erbfähige Deszendenz hat, dass aber bei Mangel einer solchen der Zweitgeborene zur Erbschaft kommt, und ebenso wenn diesem die Nachkommenschaft mangelt, der Drittgeborene“.¹⁴⁴

¹³⁹ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1881-1894, Rz. 1033 und 1036.

¹⁴⁰ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1881-1894, Rz. 1036.

¹⁴¹ Vgl. dazu Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1895-1901.

¹⁴² Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910.

¹⁴³ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Rz. 817, mit Verweisen.

¹⁴⁴ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Rz. 828.

Interessant ist das Gutachten aber noch aus einem anderen Grund: Der Wert des Fideikommissionsgutes bestimmt sich nach dem Zeitpunkt jenes Eigentumsüberganges oder also des Anfalls der Erbschaft an den Fiduziar: Was dieser bis zum Zeitpunkt des Anfalles an den Fideikommissar mit den Gegenständen vornimmt, vermag den einmal festgestellten Anspruch des Fideikommissars nicht zu verändern: Daraus ergebe sich „für uns“, dass Veränderungen, die der Fiduziar an dem Bestande der Erbschaft vornimmt, für den Fideikommissar ohne Belang sind. „Verkauft der erstere Fideikommissgegenstände unter dem Werte, so ist dies sein Schade. Ebenso aber hat der Fideikommissar bei einem Verkauf zu höheren Preisen kein Mehreres zu verlangen“.¹⁴⁵

Andererseits erläutert Huber in einem Gutachten an Oberrichter Müller vom 13. November 1908¹⁴⁶, dass der Vorerbe die Steuer zu bezahlen habe und damit das Fideikommiss in diesem Umfang verringert wird.

c) Interessant ist ein Gutachten an den Berner Regierungsrat Simonin vom ca. 11. Februar 1915¹⁴⁷, indem es um die Frage ging, ob eine regierungsrätliche Bestätigung der Verfügungen zu toter Hand unter der Herrschaft des ZGB noch notwendig und erforderlich sei.

Eugen Huber schreibt dazu: *„Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Kantone auch nach dem Inkrafttreten des ZGB befugt sind, Bestimmungen über die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit der sog. toten Hand beizubehalten oder neue einzuführen, soweit sich solche aus dem öffentlichen Recht erklären oder ergeben. [...]“*¹⁴⁸

Huber nimmt anschliessend ausdrücklich Bezug auf das Gesetz betr. Familienkisten und Familienstiftungen des Kantons Bern¹⁴⁹ und sieht keinen Grund, warum den Bestimmungen der Boden entzogen sein sollte. Dabei handle es sich um ein kantonales Gesetz, das vom Gesetzgeber des ganzen Kantons mit Einschluss des Jura erlassen worden sei.¹⁵⁰ Er schliesst mit den Worten: *„Entweder hätte man die behördliche Bestätigung der Verfügungen zu toter Hand ganz abgeschafft – was ich gegenüber der neuern privatrechtlichen Ordnung des Rechts der juristischen Personen meines Erachtens wohl gerechtfertigt haben würde –, oder aber man wollte die Ordnung, wie sie bishin bestanden hat, für*

¹⁴⁵ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Rz. 839 in fine, unter Verweisen.

¹⁴⁶ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Rz. 2637.

¹⁴⁷ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, Rz. 1273.

¹⁴⁸ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, Rz. 1273.

¹⁴⁹ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, Rz. 1275.

¹⁵⁰ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, Rz. 1276.

den ganzen Kanton beibehalten.“ Damit signalisiert Eugen Huber, dass die Genehmigung durch die Exekutive nach ausführlicher Ordnung der juristischen Person auf Bundesebene entbehrlich geworden war.

d) In der Berichtsperiode 1918-1923¹⁵¹ ging es in zwei Entscheiden um den Themenkomplex: Einerseits wurde in einem Gutachten vom 02. Mai 1918 darauf hingewiesen, dass gegen eine Namensänderung sprechen könnte, dass Schwierigkeiten eintreten könnten „in Bezug auf die Frage der Berechtigung an den Familienstiftungen der Familie von Muralt, sodass diese Familie ein schutzwürdiges Interesse daran habe, dass ihr Name nicht von einem Anderen geführt wird.“¹⁵²

Andererseits ging es Eugen Huber in einem Gutachten vom 8. Juli 1918 um Familienstücke, mit unklarer Rechtszuständigkeit, bei welchen Eugen Huber ein ergänzendes Testament empfahl. Er sprach sich darin bei Landfideikommen dafür aus, dass ein Vererbungsakt in 36 bei 29 Fällen anerkannt sei.¹⁵³

Insgesamt bestätigt sich damit das nach dem ersten Gutachten gezeichnete Zwischenergebnis: Eugen Huber ist sowohl den Fideikommen als auch den Familienstiftungen nicht abgeneigt. Er anerkennt diese in traditionellem Umfang und will sogar die Bernische frühere Ordnung des Zustimmungserfordernisses des Regierungsrates weiter gelten lassen, auch unter der Ordnung des (neuen) ZGB. Damit komme ich zum Schluss, dass Eugen Huber *sehr familienstiftungs- und fideikommissionsfreundlich gestimmt war*, vor und nach Erlass „seines“ Zivilgesetzbuches.

4. Familienstiftungs- und fideikommissfreundliche Entwürfe Eugen Hubers und Abkehr in der Expertenkommission

a) Nach diesen Erörterungen zu Eugen Hubers Rechtsauffassungen wundert keineswegs, dass sowohl die Art. 358 f. des Vorentwurfes von 1896 als auch die Art. 362-364 des Vorentwurfes von 1900¹⁵⁴ von Bundesrechts wegen sowohl

¹⁵¹ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1918-1923.

¹⁵² Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1918-1923, Rz. 526.

¹⁵³ Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1918-1923, Rz. 768.

¹⁵⁴ Art. 362 mit der Marginalie Familienstiftungen und-fideikommission lautete in Abs. 1: „Ein Vermögen kann dauernd mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass eine Familienstiftung oder ein Familienfideikommission nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird.“ Abs. 2 derselben Bestimmung: „Die Kantone sind befugt, die Errichtung von Familienstiftungen und Familienfideikommissionen zu beschränken oder zu untersagen.“ Es folgen die Bestimmungen zum „Aussterben der Berechtigten“ (Art. 363) und dem „Vermögenszerfall“ (Art. 364).

die Errichtung von Familienstiftungen als auch die Begründung von Familienfideikommissen vorgesehen hatten, der liberalen Position Eugen Hubers entsprechend.

b) Den Kantonen wurde zwar die Befugnis verliehen, die Errichtung beider Institutionen auf ihrem Gebiete zu beschränken oder zu untersagen. Die Bestimmungen enthielten aber auch Vorschriften über die Verwendung des Vermögens einer Familienstiftung oder eines Familienfideikommisses für den Fall des Aussterbens der Familie, sowie über die Aufhebung von Stiftung und Fideikommiss bei Vermögenverfall.

c) Hinzu kam ein weiterer wichtiger Punkt, der heute Stein des Anstosses bildet: Der Vorentwurf von Eugen Huber kannte noch *keine Einschränkung der Zweckbestimmung* einer Familienstiftung und gestattete damit die Errichtung einer Familienstiftung, deren Ertrag zum Teil auch zu öffentlichen Zwecken Verwendung finden durfte.¹⁵⁵ Nach dem Recht, das am 1. Januar 1912 in Kraft trat, war hingegen nur möglich, eine Familienstiftung zu gründen mit dem Zweck der Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken.¹⁵⁶

d) In der ersten Auflage¹⁵⁷ der Erläuterungen¹⁵⁸ kam die sehr aufnahmefreudige Tendenz von Eugen Huber zum Ausdruck: Es sollten sowohl Familienstiftungen als auch -fideikommisse im Entwurf *nicht unterdrückt werden*, „einmal weil ein solches Verbot über das Privatrecht hinausreichen und in die Hoheit der Kantone und ihre öffentliche Gewalt übergreifen würde. Dann aber auch, obgleich wir es vollständig billigen, dass einer allzu starken Verbreitung dieses Institutes durch die Gesetzgebung entgegengewirkt werde ([...]), weil kein Grund vorliegt, die Errichtung solcher Familiengüter, für deren Anerkennung bei idealen Zwecken für Stipendien und dgl. auch die Vernehmlassung von Graubünden sich ausgesprochen hat, im einheitlichen Recht einfach und allgemein zu verbieten. Die socialen Anschauungen unserer Bevölkerung sind unseres Erachtens an und für sich schon kräftig genug, um ein Überwuchern des geschlossenen Familienbesitztumes unmöglich zu machen, und einer bloss gelegentlichen Ausnahme, wenn da und dort ein Familienfideikommiss neu

¹⁵⁵ Zu Recht darauf hinweisend BK-Wäber, Art. 335, N 9.

¹⁵⁶ Vgl. dazu ebenfalls BK ZGB-Wäber, Art. 335, N 9 sowie ZK ZGB-Egger, Art. 335, N 12 ff.

¹⁵⁷ Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bern 1901, 227.

¹⁵⁸ Die Erläuterungen wurden im Auftrag des Bundesrates von Huber verfasst, vgl. dazu Huber, Erläuterungen erste Auflage, III f. Er erschien eine erste Auflage 1901/1902, sowie eine textgleiche 2. Auflage in zwei Bänden 1914, allerdings mit Hinweisen auf die (im Jahr 1912 in Kraft getretenen) Gesetzesartikel.

begründet würde, könnten wir irgendeine gefährliche Wirkung niemals zuschreiben. Es wird im Gegenteil nur von guter Folge sein, wenn dergestalt eine Aufspeicherung ökonomischer Kräfte im Besitze einzelner Familien den Wohlstand des Landes im allgemeinen vermehrt.“¹⁵⁹

Der *grosse Umschwung* kam mit der *grossen Expertenkommission*¹⁶⁰: Die Familienfideikommissionen wurden verboten und auch der Zweck der Familienstiftung wurde stark eingeschränkt, anlässlich der Sitzung der (grossen) Expertenkommission vom 12. März 1902, vormittags.¹⁶¹ Ausgangspunkt war die Ostschweiz: Nach Auffassung¹⁶² von Hoffmann¹⁶³ wurden bisher die Nachteile der Familienstiftungen unterschätzt: „Sie wurden in St. Gallen für so erheblich erachtet, dass man das Verbot zum Verfassungsgrundsatz erhob. Es ist eine tief eingewurzelte Überzeugung im Kanton St. Gallen, dass dieses Institut schädlich wirkt.“¹⁶⁴ Fehr¹⁶⁵ stand auf einem ähnlichen Standpunkt: Er will nicht auch

¹⁵⁹ Huber, Erläuterungen erste Auflage, 227. Er fügt allerdings an: „Da aber doch zuzugeben werden muss, dass für einzelne Gegenden möglicherweise eine Zunahme der Familienfideikommissionen Schaden und Ärgernis verursachen könnte, hat der Entwurf, in Übereinstimmung mit einem eventuellen Postulat der Vernehmlassung des Bundesgerichtes und des Kantons Waadt [...] die Kantone in besagter Weise mit der Befugnis ausgerüstet, die Errichtung der Fideikommissionen zu beschränken oder ganz zu verbieten.“ Vgl. zu den Einzelheiten auch Huber, Erläuterungen erste Auflage, 254.

¹⁶⁰ Auch zur personellen Zusammensetzung der grossen Expertenkommission vgl. Fasel, Sachenrechtliche Materialien, insbesondere 459 ff.

¹⁶¹ Vgl. dazu die Protokolle der Expertenkommission (hier verwendet: blauer Einband; Band II, 125 ff., Beratungen zum Entwurf von Art. 362 ff.).

¹⁶² Arthur Hoffmann gehörte zu den Vertretern der sog. juristischen Praxis (vgl. dazu Fasel, Sachenrechtliche Materialien, 460). Besonders augenfällig ist vorliegend, dass die Hauptprotagonisten der Debatte zur Familienstiftung und zu den -fideikommissionen nicht nur Einsitznahmen in der grossen Expertenkommission, sondern auch bei den Beratungen im Parlament anwesend waren, namentlich Brosi, Bühlmann, Fehr, von Planta und Hoffmann (im Ständerat; vgl. dazu schon Fasel, Sachenrechtliche Materialien, 461 m.w.H.).

¹⁶³ Arthur Hoffmann, 19. Juni 1857–23. Juli 1927, Ständerat des Kantons St. Gallen und freisinniger Bundesrat (vgl. zu ihm HLS-Marcel Mayer, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/003991/2022-03-14/>>). Hoffmann gehörte von 1886–1891 dem st. gallischen Grosse Rat an sowie von 1889–1890 dem kantonalen Verfassungsrat. Der Grosse Rat wählte ihn 1896 in den Ständerat, in dem er den Kanton St. Gallen bis 1911 vertrat. Die Vereinigte Bundesversammlung wählte Hoffmann am 04. April 1911 als Nachfolger des im Amt verstorbenen Baslers Ernst Brenner (vgl. zu ihm umfassend Schwizer) in den Bundesrat. Hoffmann erschien seinen Zeitgenossen als verschlossene, reservierte Persönlichkeit (so Marcel Mayer im HLS). Vgl. zu Hoffmann auch Hofer, 207 f.

¹⁶⁴ Protokoll der Expertenkommission II, 133.

¹⁶⁵ Karl Alfred Fehr, 05. August 1848–10. November 1904 (vgl. zu ihm HLS-André Salathé, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004060/2003-01-07/>>), Rechtsstudium in

die Familienstiftungen untersagen, würde dagegen die Familienfideikommissionen verbieten. „Letztere bedeuten Übergabe an eine tote Hand und sind ein plutokratisches, undemokratisches Institut.“¹⁶⁶ Daher beantragte er, die Worte „oder ein Familienfideikommission“ zu streichen und in einem besonderen Absatz die Errichtung neuer Familienfideikommissionen zu verbieten, was schliesslich eine Mehrheit fand.

Auch Brosi¹⁶⁷ stand auf ablehnendem Standpunkt: „Die helvetische Verfassung hat die Familienfideikommissionen untersagt; man wollte eine Ansammlung des Vermögens in toter Hand verbieten. Dieser Gedanke hat sich in mehreren Kantonen erhalten, auch in Solothurn; man sieht hierin ein aristokratisches Überbleibsel aus früherer Zeit.“¹⁶⁸ Auch Mentha¹⁶⁹ trat für das Verbot der Fideikommissionen ein und wollte einen Vorbehalt für die Kantone einführen, Familienstiftungen nur für einen Betrag bis CHF 50'000.00 einzuführen.¹⁷⁰

Eugen Huber überliess das Argumentationsfeld nicht kampfflos und führte aus, man könne nicht zwischen Familienstiftung und Familienfideikommissionen im Gesetz unterscheiden,¹⁷¹ „nach einer verbreiteten Theorie sei das Familienfideikommission überhaupt eine Stiftung. Jedenfalls komme die Verbindung beider sehr häufig vor und eine Unterscheidung könnte in der Praxis zu schwierigen Prozessen führen. Für gewisse Zwecke könnte man vielleicht sowohl Stiftungen als Fideikommissionen ausschliessen oder für andere ausdrücklich sie zulassen. Gegenüber den Bemerkungen, es sei das Recht des Familienfideikommissionen

Zürich, Heidelberg, München und Berlin, 1871 Dr. iur., 1872 thurgauisches Anwaltspatent, 1874-1880 Bezirksrat von Frauenfeld, 1875-1880 Vizestatthalter, 1875-1904 Kantonsrat, 1889-1904 freisinniger Nationalrat, 1880-1904 Mitglied des Obergerichts.

¹⁶⁶ So Protokoll der Expertenkommission II, 133.

¹⁶⁷ Albert Brosi, 07. April 1836-08. Mai 1911, Gymnasium in Solothurn, Rechtsstudium in Genf, Heidelberg und Berlin, Fürsprech 1861, von 1862-1874 und 1882-1911 Anwalt in Solothurn. Regierungsrat 1875-1882 und Nationalrat 1872-1875 und 1881-1908, Ständerat 1875-1881, unter anderem Verwaltungsrat der Jura-Bern-Bahn, der Jura-Simplon-Bahn und der Papierfabrik Biberist. Zu ihm HLS-Hellmut Gutzwiller, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/003036/2014-01-07/>>.

¹⁶⁸ Votum Brosi, Protokoll der Expertenkommission II, 133.

¹⁶⁹ Fritz Henri Mentha 07. April 1858-06. März 1945, von Cortaillod und Neuenburg, Rechtsstudium an der Akademie in Neuenburg sowie in Bern, Heidelberg und Paris, 1883 Promotion in Bern, 1882 Anwalt in Neuenburg, 1883-1938 Professor an der Akademie (ab 1909 Universität) Neuenburg insbesondere für Zivilrecht. Mit Virgile Rossel verfasste Mentha ein Handbuch des Schweizer Zivilrechts („Manuel du droit civil suisse“, 3 Bd., 1910-1911, zweite Auflage 1922). Zu ihm HLS-Jean Gauthier/Ernst Grell, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/016278/2011-02-24/>>.

¹⁷⁰ Votum Mentha, Protokoll der Expertenkommission II, 133.

¹⁷¹ Votum Eugen Huber, Protokoll der Expertenkommission II, 134.

ses im Gesetz zu wenig eingehend umschrieben, bemerkt er, man könne für ein schweiz. Gesetzbuch nicht verlangen, dass darin ex professo einlässlich das Familienfideikommiss geordnet werde. Man müsse sich eben bezüglich des Näheren, soweit solche Verhältnisse überhaupt praktisch werden, an die in der Theorie geltenden Grundsätze halten. Die Existenz der Familienfideikommissionen und Stiftungen biete in bescheidenen Grenzen für die Konservierung des nationalen Wohlstandes manchen Vorteil. Jedenfalls liege ein privatrechtlicher Grund zur allgemeinen und absoluten Untersagung nicht vor. Ob ein öffentlich-rechtlicher, sozialpolitischer Grund hierzu vorliege, könne das Privatrecht nicht entscheiden. Deshalb sei Al. 2 des Artikels angefügt worden.¹⁷²

Obwohl Eugen Huber in späteren Tagen echte Freundschaft mit Bühlmann¹⁷³ pflegte, unterstützte dieser Eugen Huber beim Thema Familienstiftungen und Familienfideikommissionen nicht: Bühlmann bemerkt als erstes, dass die Familienfideikommissionen im Kanton Bern seit 1740 auf eine Summe von CHF 200'000 beschränkt worden seien und seit 1828 gar keine neuen mehr zugelassen worden seien.¹⁷⁴ Bühlmann machte dabei eine Unterscheidung: Niemand habe etwas dagegen, dass die bestehenden Familienfideikommissionen bestehen bleiben. Hingegen solle für die Neugründung eine Beschränkung erfolgen und die Gründung nur zu bestimmten Zwecken zulässig sein. Er stellte den Antrag, sie nur zuzulassen zum Zweck der Erziehung und der Armenunterstützung von Familienangehörigen. Lasse man sie auch allgemein für wirtschaftliche Zwecke zu Gunsten einzelner Personen zu, so sei das eine ungerechtfertigte Begünstigung, lasse man sie zu Gunsten vieler zu, so führe dies zu grosser Vermögenszersplitterung.¹⁷⁵

Eugen Huber wies anschliessend darauf hin, dass schon in den Vorverhandlungen beantragt worden sei, die Stiftungen und Fideikommissionen nur zu bestimm-

¹⁷² So Eugen Huber, in: Protokoll der Expertenkommission II, 134.

¹⁷³ Fritz Ernst Bühlmann wurde am 22. April 1848 in Grosshöchstetten geboren und erwarb 1872 das Notariats- und Fürsprecherpatent, nachdem er in den Jahren 1868-1873 in Bern, Leipzig, Heidelberg und Paris studiert hatte (vgl. zu ihm Fasel, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, 2 f.). Er war von 1875-1905 im Berner Grosse Rat und von 1876-1919 Nationalrat, zudem war er seit 1891 Oberst, seit 1895 Divisionär und von 1902-1910 Oberstkorpskommandant des vierten Armeekorps. Fritz Bühlmann war auch als juristischer Schriftsteller tätig: Er verfasste einen Aufsatz zum bernischen Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (in: ZBJV 1910, 1 ff.) sowie ein Handbuch zur Orientierung im neuen Recht, mit dem Titel „Das Schweizerische Zivilgesetzbuch im Kanton Bern“, Bern 1912. Dieses Werk spielte bei der Umsetzung des Zivilgesetzbuches im Kanton Bern eine grosse Rolle. Er holte immer wieder gutachterliche Ratschläge von Eugen Huber ein.

¹⁷⁴ Votum Bühlmann, in: Protokolle der Expertenkommission II, 134.

¹⁷⁵ So Bühlmann, Protokoll der Expertenkommission II, 135.

ten Zwecken zuzulassen, aber es sei eine Schwierigkeit verblieben, die zulässigen Zwecke zu umschreiben, was mit der Hinzufügung „und ähnliche Zwecke“ umgangen werden könne.¹⁷⁶ Daraufhin wird der Antrag von Bühlmann, nämlich die Belassung der Zulässigkeit der Familienstiftungen, aber mit Einschränkung auf gewisse Zwecke unter Ausschluss der Familienfideikommission mit 32 Stimmen angenommen. Zudem wurde nach den Beschlüssen die gegenwärtigen Stiftungen und Familienfideikommission durch die Übergangsbestimmungen geschützt.¹⁷⁷

Diese Rechtslage gab auch die Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904¹⁷⁸ wieder: Der Entwurf erkenne die Zulässigkeit der Errichtung von Familienstiftungen an, während er die Errichtung neuer Familienfideikommission¹⁷⁹, soweit nicht die erbrechtliche Nacherbeneinsetzung gestattet ist, allgemein ausschliesst.¹⁸⁰ Sodann: „Es hat also bei den allgemeinen Vorschriften sein Bewenden, wonach die Familienstiftung wie jede andere Stiftung als eigene, juristische Persönlichkeit auch ein eigenes Vermögen hat, das von dem Vermögen des Familienmitgliedes, das gerade den Nutzen aus der Stiftung zieht, unterschieden ist.“ Interessant ist dabei, dass in Bezug auf den „Nutzen, den man zieht“, gerade nicht nach der Zweckumschreibung erläutert wird.

Es will scheinen, dass Eugen Huber mit den Beschlüssen sich nur mässig anfreunden konnte: Er liess den Erläuterungstext, sowie oben präsentiert, stehen, weil die Familienstiftungen und -fideikommission „nicht im Entwurf unterdrückt“ werden sollen, und wies in der neuen Auflage einzig darauf hin, dass das Gesetz im Gegensatz dazu bestimme, dass die Errichtung der Familienfideikommissionen nicht mehr gestattet sei.¹⁸¹ Die Begründungen im Text trotz an-

¹⁷⁶ Huber, Protokolle der Expertenkommission II, 135.

¹⁷⁷ Protokoll der Expertenkommission II, 136.

¹⁷⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, Bern 1904, 42.

¹⁷⁹ Der enge Zusammenhang beider wird denn auch in der frühen Praxis der Bundesbehörden betont: „Da durch Art. 335 Abs. 2 ZGB die Fideikommission verboten wurden, lag es nahe, auch den Aufgabenkreis der Familienstiftungen enger zu ziehen, um einer Umgehung des Verbotes zu begegnen. Das Gesetz enthält denn auch eine solche Einschränkung. Es erscheint daher fraglich, ob Familienstiftungen, deren Erträgen ganz allgemein für den Lebensunterhalt der Destinatäre bestimmt und an keinen besonderen Zweck im Sinne des Art. 335 ZGB gebunden sind, mit dem Gesetz im Einklang stehen und gültig sind“ (Meinungsausserung EJPD, VPB 1936 Nr. 64, zit. bei Weiss, 895.

¹⁸⁰ Unter Verweis auf Art. 345 des Entwurfes.

¹⁸¹ Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, 2. A., Bern 1914.

derslautenden Beschlüssen gleichwohl unverändert zu lassen, mag als leiser Protest heute erscheinen, weil er beiden Rechtsinstituten eine grössere Bedeutung im Privatrecht hat zuweisen wollen.

VI. Erkenntnisse

Wir fassen die Erkenntnisse wie folgt zusammen:

1. Eine geschriebene Rechtsgeschichte zur Familienstiftung und zu den Fideikommissen fehlt bislang. Beide Institute haben verschiedene, wenn teilweise auch nur lose Wurzelverästelungen.
2. Dazu gehört das Testamentsrecht, welches im römischen Recht ausgebildet worden ist. Früh auch entwickelte sich der Wille des Erblassers, noch zu Lebzeiten die Rechtsnachfolge zu ordnen und dem Erwerber insbesondere eines Grundstücks ein (aktuelles) Recht einzuräumen. Insbesondere im langobardischen Recht war es früh in Mode gekommen, Eigentumsübertragungen innerhalb der Familie vorzusehen, wobei der älteren Generation häufig eine Nutzniessung vorbehalten wurde. Erfolgte eine sukzessive Eigentumsübertragung über mehrere Generationen, bildete dies einen ersten Wurzelteil für die spätere Familienstiftung.
3. Aus den frühen Formen der Totenbeigaben entwickelte sich die Idee der dauernden Pflege, was in einer Entwicklung dann zur Vorstellung vom Fortleben der „Seele“ führte, mit periodischen Erinnerungsfeiern. Um diese einer Vollstreckung zuzuführen, werden Grundstücke, Geld und andere Vermögensstücke an Tempelverwaltungen und/oder politische Gemeinden ausgerichtet, um den periodischen Totenkult sicherzustellen. Es entsteht ein juristischer Mechanismus, eine Art „Stiftung ohne selbstständige juristische Persönlichkeit“ oder „unselbstständige Stiftung“.
4. Eine weitere Wurzellinie stammt vom Gedanken des sog. „praktischen Christentums“: Was muss der Besitzende geben, um sich das Seelenheil zu sichern? Ausgangspunkt war dabei der Gedanke bei Basilius, dem Seelteil denjenigen Anteil zu geben, der auch der Erstgeborene erhält. Später wird die Forderung erhoben, dass der Seelteil einen Drittel erben soll. Der Totenkult des Christentums verstärkt das Bedürfnis nach Sicherung der Seelenmessen durch rechtliche Massnahmen, insbesondere einer Stiftung.
5. Weitere Wurzelteile sind in den *Ganerbschaften* zu erblicken, worunter eine dauernde Vereinigung mehrerer Personen oder Familien verstanden wird, um eine bestimmte Vermögensmasse (wie eine Burg) gemeinschaftlich zu benutzen und zu vertreten. Auch die *Erbverbrüderung* hat zur Entwicklung beigetragen, bei welchem mehrere Häuser oder verschiedene Linien desselben Hauses sich gegenseitig ihre Güter zuwendeten für den

Fall, dass der eine Teil erlöschen sollte. Die Idee dieser Übertragungen innerhalb der Familie war, dass die einzelnen Mitglieder, die aktuell am Leben waren, auch gleich für die kommenden Geschlechter rechtliche Verhältnisse begründen konnten. Damit sollten sich die Rechtswirkungen auch auf die Nachkommen erstrecken, wobei die derzeit lebenden Personen lediglich ein untergeordnetes Recht auf lebenslängliche Nutzniessung der tradierten Güter erwarben.

6. Napoleon regelte in seinem code civil die Familienstiftung nicht und die Familienfideikomnisse wurden mit dem code civil abgeschafft. Die kantonalen Kodifikationen der Westschweizer Gruppe behandelten in Folge dessen die Familienstiftung ebenso wenig, wie sie die Ausbreitung der fideikommissarischen Substitution begünstigten. *Kontrapunkt* dazu waren die Kantone der sog. Zürcher Gruppe, weil Zürich nicht nur die Stiftungen regelte, sondern auch einen besonderen Abschnitt zur „Familienstiftung“ einführte. Auch in der sog. Berner Gruppe hatten Familienstiftungen bereits eine *lange Tradition*, indem Sondervorschriften zu Familien- und Geschlechtskisten bestanden, wobei die aktuellen Repräsentanten nur Nutzungsrechte hatten, wobei insbesondere der *Genuss der Güter* vorgesehen war. Auch die fideikommissarische Nacherbeneinsetzung wurde, allerdings auf zwei Grade beschränkt, zugelassen. Ähnliche Linien verfolgten der Kanton Solothurn und der Kanton Luzern.
7. Sowohl Eugen Hubers erster Lehrer, Adolf Exner, als auch seine weiteren Ausbilder (darunter insbesondere Arndts und mittelbar Friedrich Ludwig Keller) waren sowohl der Stiftung als auch der fideikommissarischen Substitution wohlgesinnt, was sich auf Eugen Huber übertragen hat. So hat sich Huber später dezidiert und mehrfach zu Gunsten von Familienstiftungen und der fideikommissarischen Substitution eingesetzt.
8. Bereits in seiner ersten Zivilrechtsvorlesung von 1880 behandelte Eugen Huber die Stiftung als juristische Person. In „System und Geschichte“ behandelte Huber sowohl das Familienfideikommiss als auch die Familienstiftung, und war beiden Instituten sehr freundlich gesinnt. Als (Privat-) Gutachter hat Eugen Huber keine Bedenken sowohl gegen die Familienfideikomnisse als auch gegenüber den Familiengütern aus früherern Berner Verfügungen. Bei der Frage der Höhe des Familienfideikommisses geht Huber von der Starrheit aus, indem weder Mindererlös noch Mehrerlös zu berücksichtigen seien. An Regierungsrat Simonin schreibt Huber schliesslich in einem Gutachten vom 11. Februar 1915 (nach Inkrafttreten des neuen Rechts), dass die Kantone Bestimmungen über die sog. tote Hand weiterhin haben könnten, was den freundlichen Ton gegenüber Familienfideikommissen und Familienstiftungen bestätigt.

9. Eugen Huber sah sowohl in den Art. 358 f. des Vorentwurfes von 1896 als auch in den Art. 362 ff. des Vorentwurfes von 1900 von Bundesrechts wegen die Errichtung von Familienstiftungen als auch die Begründung von Familienfideikommissen vor. Dabei wurde keine Einschränkung auf die Zweckbestimmung (bei der Familienstiftung) aufgenommen und der Ertrag der Familienstiftung konnte auch zu öffentlichen Zwecken Verwendung finden. Die Begründung dafür lag darin, dass ein Verbot (von beiden Instrumenten) über das Privatrecht hinausreichen und in die öffentliche Hoheit der Kantone und ihre öffentliche Gewalt übergreifen würde. Zudem vermehre die „Aufspeicherung ökonomischer Kräfte im Besitze einzelner Familien den Wohlstand des Landes.“
10. In der grossen Expertenkommission kam der Umschwung: Die Vertreter aus St. Gallen (Hoffmann) sowie aus Thurgau (Fehr) wollten die Familienstiftungen untersagen und die Familienfideikommissen verbieten, weil letztere ein „plutokratisches, undemokratisches Institut“ darstellen würden. Die Familienfideikommissen wurden daher mit Mehrheit verboten und die Zwecke der Familienstiftung eingeschränkt auf die Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnlichen Zwecken. Dass die Botschaft sich schliesslich nicht auf die Zweckumschreibung einliess und Eugen Huber auch die zweite Auflage seiner Erläuterungen nahezu unverändert beliess, weist ebenfalls darauf hin, dass Eugen Huber den beiden Rechtsinstituten eine grössere Bedeutung im Privatrecht hat zuweisen wollen als diese nach dem Gesetzeswortlaut von 1912 erhielten. Ob er in neuerer Zeit doch noch Recht erhalten soll, wird nicht zuletzt das aktuelle Parlament zu befinden haben, und zu gönnen wäre es Eugen Huber.

Literaturverzeichnis

- Arndts von Arnesberg Ludwig, Pandekten, fortgeführt von L. Pfaff und F. Hofmann, Stuttgart 1879.
- Berner Kommentar, Die Stiftungen, Art. 80-89c ZGB, in: Riemer Hans Michael, 2. A., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer, Art. XX, N YY).
- Beseler Georg, Die Lehre von den Erbverträgen, Band I, Göttingen 1835.
- Bluntschli Johann Caspar, Das zürcherische Erbrecht mit Erläuterungen, Zürich 1856.
- Bruck Eberhard F., Kirchenväter und soziales Erbrecht, Wanderungen religiöser Ideen durch die Rechte der östlichen und westlichen Welt, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1956.
- Brunner Heinrich, Der Totenteil in germanischen Rechten, SZ g.A. 1898, 107 ff. (zit. Brunner, Totenteil).
- Brunner Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. A., 1906 (zit. Brunner, Rechtsgeschichte).
- Caroni Pio, Privatrecht: Eine sozialhistorische Einführung, 2. A., Basel/Genf/München 1999.

- Cordes Albrecht et al., Familienstiftung, in: Cordes Albrecht et al. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. A., Berlin 2008, 1505.
- Ebert Ina, Familienfideikommiss, in: Cordes Albrecht et al. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. A., Berlin 2008, 1503.
- Egger Brigitte/Landfester Manfred, Geschichte der antiken Texte, Der neue Pauly Supplemente, Band 2, Stuttgart 2007.
- Elsener Ferdinand, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, Zürich 1975.
- Fargnoli Iole, Willkür und Freiheit im römischen und schweizerischen Erbrecht, in: Fargnoli Iole/Fasel Urs (Hrsg.), Bd. 9 der Eugen Huber Schriftenreihe, Bern 2017.
- Fasel Urs, Bahnbrecher Munzinger, Gesetzgeber und Führer der katholischen Reformbewegung (1830-1873), Bern 2003 (zit. Fasel, Bahnbrecher).
- Fasel Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000 (zit. Fasel, OR-Materialien).
- Fasel Urs, Eugen Huber hört Adolf Exner als erste Vorlesung, Bd. 28 der Eugen Huber Reihe, Bern 2024 (zit. Fasel, Exner).
- Fasel Urs, Eugen Hubers erste Zivilrechtsvorlesung 1880-1884, Bern 2022 (zit. Fasel, Zivilrechtsvorlesung).
- Fasel Urs, Eugen Hubers Gutachten 1918-1923, Bern 2018 (zit. Fasel, Gutachten 1918-1923).
- Fasel Urs, Eugen Hubers Gutachten 1916-1917, Bern 2018 (zit. Fasel, Gutachten 1916-1917).
- Fasel Urs, Eugen Hubers Gutachten 1914-1915, Bern 2018 (zit. Fasel, Gutachten 1914-1915).
- Fasel Urs, Eugen Hubers Gutachten 1911-1913, Bern 2019 (zit. Fasel, Gutachten 1911-1913).
- Fasel Urs, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Bern 2019 (zit. Fasel, Gutachten 1895-1901).
- Fasel Urs, Eugen Hubers Gutachten 1881-1894, Bern 2020 (zit. Fasel, Gutachten 1881-1894).
- Fasel Urs, Eugen Huber und das römische Recht, in: Fargnoli Iole/Huber Eugen (Hrsg.), Eugen Huber und die romanische Grundlage des Schweizer Kaufrechts, Bern 2015, 4 ff. (zit. Fasel, römisches Recht).
- Fasel Urs, Sachenrechtliche Materialien, Von den ersten Entwürfen bis zum Gesetz 1912, Basel 2005 (zit. Fasel, Sachenrechtliche Materialien).
- Fasel Urs, Woher und wo? – Brennpunkte des Berufsnotariats in der geschichtlichen Entwicklung, in: Mühlematter Adrian et al. (Hrsg.), Festschrift 75 Jahre Konferenz der Schweizerischen Grundbuchführung, Bern 2023, 129 ff. und gleichzeitig Jusletter, 4. Dezember 2023 (Fasel, Brennpunkte).
- Flume Werner, In memoriam Eberhard Friedrich Bruck, ZSS r.A. 1961, 550 ff.
- Hofer Sibylle, Eugen Huber, Vordenker des Schweizer Zivilrechts, Zürich 2023.
- Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893 (zit. Huber, System).
- Huber Eugen, Erläuterungen zum ZGB, Bern 1901 (zit. Huber, Erläuterungen erste Auflage).
- Huber Eugen, Erläuterungen zum ZGB, 2. A., Bern 1914 (zit. Huber, Erläuterungen zweite Auflage).

- Keller Friedrich Ludwig/Friedberg Emil, Pandektenrecht, Aus dem Nachlass des Verfassers herausgegeben, Leipzig 1861.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht, II. Abteilung: Die Verwandtschaft, in: Wäber Paul, Bern 1927 (zit. BK-Wäber, Art. XX, N YY).
- Mayer-Maly Theo, Rechtsgeschichtliche Bibelkunde, Wien/Köln/Weimar 2003.
- Miller Hugo, Das langobardische Erbrecht, ZRG 1878, 38 ff.
- Pahud de Mortanges René, Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss 2. A., Zürich/St. Gallen 2017.
- Roth Urs Thomas, Samuel Ludwig Schnell und das Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern von 1824-1830, Diss., Bern 1948.
- Max Rümelin, Eugen Huber, Tübingen 2023.
- Schmid Annemarie, Kasimir Pfyffer und das Bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Luzern (1831-1839), Diss., Bern 1960.
- Schuler Thomas, Napoleon und die Schweiz, Basel 2022.
- Schultze Alfred, Augustin und der Seelteil, Leipzig 1928 (zit. Schultze, Seelteil).
- Schultze Alfred, Nachträge zu Augustin und der Seelteil, ZS r.A. 1930, 376 ff. (zit. Schultze, Nachträge).
- Schwizer Lukas, Ernst Brenners Einfluss auf die Rechtseinheit, Diss., Bern 2015.
- Stettler Martin, Die bernischen Familienkisten, ZBJV 1922, 97 ff. und 145 ff.
- Stobbe Otto, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Leipzig 1860.
- Thier Andreas, Beobachtungen zur Pandektistik in der Schweiz, in: Lepsius Susanne/Schulze Reiner/Kannowski Bernd (Hrsg.), Recht-Geschichte-Geschichtsschreibung, Berlin 2014.
- Von Vangerow Karl Adolph, Leitfaden für die Pandekten-Vorlesungen, 6. A., Marburg und Leipzig 1839.
- Walliser Peter, Der Gesetzgeber Joh. Baptist Reinert und das solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841-1847, Olten 1948.
- Weiss Egon, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und zum Obligationenrecht, Band I Einleitung – Personenrecht – Familienrecht, Zürich 1942.
- Windscheid Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, 2. A., Düsseldorf 1867 (zit. Windscheid, Band II).
- Windscheid Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band III, 2. A., Düsseldorf 1869 (zit. Windscheid, Band III).
- Zamojski Adam, Napoleon, Ein Leben, München 2018.
- Zeiter Alexandra, Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB), Diss., Freiburg 2001.
- Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, Art. 252-359 ZGB, in: Egger August et al. (Hrsg.), 2. A. Zürich 1943 (zit. ZK ZGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Die Familienstiftungslandschaft

Harold Grüninger

Inhalt

I.	Gesetzliche Rahmenbedingungen	48
1.	Im Allgemeinen	48
2.	Zentrale Regelung in Art. 335 ZGB	48
3.	Aufsichtsdispens in Art. 87 ZGB	49
4.	Andere stiftungsrechtliche Bestimmungen	49
5.	Verändertes Umfeld	50
6.	Restriktive Anwendung	50
II.	Familienstiftung in Zahlen	52
1.	Anzahl der Familienstiftungen	52
2.	Vermögen der Familienstiftungen	52
3.	Beliebtheit?	53
III.	Gemischte Stiftungen	53
1.	Nachgelagerte, sukzessive klassische Zwecke	53
2.	Parallel verfolgte gemischte Zwecke	54
IV.	Stiftungsname?	55
1.	Namensrecht	55
2.	Keine Pflicht zur Benennung als Familienstiftung	55
V.	Stiftungslandschaft	57
VI.	Familienstiftungen in ausgewählten Kantonen	57
1.	Kanton Basel-Stadt	57
2.	Kanton Zürich	59
3.	Kanton St. Gallen	59
4.	Kanton Wallis	60
VII.	Uneinheitliche bzw. verschärfte Eintragungspraxis	60
1.	Verschärfte Praxis seit Einführung einer Eintragungspflicht	60
2.	Beispiele	61
VIII.	Zeit für eine Revision?	62
	Literaturverzeichnis	62

I. Gesetzliche Rahmenbedingungen

1. Im Allgemeinen

Familienstiftungen sind, wie Stiftungen generell, zarte Pflanzen. Sie benötigen zum Gedeihen einen fruchtbaren Boden und beanspruchen diesen Freiraum. Leider steht es damit in der Schweiz nicht zum Besten. Zwar verfügen Familienstiftungen, wie im vorstehenden Beitrag von Urs Fasel dargelegt, über eine bemerkenswerte Geschichte und Vergangenheit. Mit der Gegenwart tun sich die Familienstiftungen jedoch schwer, was namentlich auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen ist und vielleicht sogar noch mehr mit der restriktiven Umsetzung bzw. Anwendung derselben durch die Gerichte und die Behörden¹ zu tun hat.

2. Zentrale Regelung in Art. 335 ZGB

Zwei Bestimmungen des ZGB sind zentral für die Familienstiftung. Dies ist einerseits Art. 87 ZGB, und die seit dem Erlass vom 10. Dezember 1907 unveränderte Regelung des Art. 335 ZGB, welche im Familienrecht unter dem Abschnitt *Das Familienvermögen* platziert ist. Diese letztere Bestimmung lautet „Ein Vermögen kann mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird.“ In einem zweiten Absatz wird überdies klargestellt, dass die Errichtung von Familienfideikommissen nicht mehr gestattet ist.

Die Familienstiftung definiert sich damit über die Familie bzw. über ihre Destinatäre, welche Angehörige einer Familie sein müssen. Dabei muss es sich m.E. nicht zwingend um eine Familie handeln, sondern können auch Nachkommen mehrerer Familien² Destinatäre einer Familienstiftung sein, ohne dass diese dadurch zu einer gemischten Stiftung wird. Wer zu einer Familie gehört, bestimmt sich grundsätzlich nach familienrechtlichen Vorgaben.³

¹ Diesbezüglich sind in neuer Zeit insb. die Handelsregisterbehörden angesprochen. Dazu anschaulich Jakob/Humbel, 736 ff.

² Vgl. Sprecher, 138, wonach umstritten ist, ob eine Familienstiftung mehr als eine Familie gleichzeitig begünstigen darf. Vgl. dazu auch nachstehende Fn. 3.

³ Unbestritten ist, dass eine Stifterin oder ein Stifter eine Familienstiftung nicht ausschliesslich zugunsten der eigenen, sondern auch zugunsten einer fremden Familie errichten kann (BK ZGB-Riemer, systematischer Teil, N 170). Zuweilen fehlen eigene Nachkommen und werden dafür Seitenverwandte, z.B. Geschwister und deren Nachkommen zu Destinatä-

3. Aufsichtsdispens in Art. 87 ZGB

Die Familienstiftungen sind sodann zusammen mit den kirchlichen Stiftungen in Art. 87 ZGB angesprochen. Im Wesentlichen nimmt diese Bestimmung die Familienstiftungen (und die kirchlichen Stiftungen) von der staatlichen Aufsicht aus und hält in einem zweiten Absatz fest, dass über „Anstände privatrechtlicher Natur“ das Gericht entscheidet. Familienstiftungen unterstehen damit keiner staatlichen, sondern einer punktuellen und antragsbezogenen richterlichen Überwachung. Im Laufe der Zeit bzw. bei der Einführung einer grundsätzlichen Revisionsstellenpflicht für Stiftungen per 1. Januar 2006 wurde Art. 87 ZGB durch einen weiteren Absatz ergänzt, wonach die Familienstiftungen (und kirchliche Stiftungen) von dieser Pflicht (nach wie vor) befreit sind, also keiner obligatorischen Revision unterstehen. Auf denselben Zeitpunkt hin und mit derselben partiellen Gesetzesrevision wurde in einem neuen Art. 88 Abs. 2 ZGB klargestellt, dass Familien- und kirchliche Stiftungen durch das Gericht aufgehoben werden, womit eine Selbstauflösung durch das oberste Stiftungsorgan nicht (mehr) möglich ist.⁴

4. Andere stiftungsrechtliche Bestimmungen

Ferner gelten – was häufig übersehen wird – die allgemeinen stiftungsrechtlichen Bestimmungen, also die Art. 80-89 ZGB für alle Stiftungen unter Einschluss der Familienstiftungen, sofern diese nicht wie bezüglich der vorerwähnten Aufsicht oder der Revisionsstellenpflicht in den Genuss einer Sonderregelung bzw. einer Dispens kommen. Damit sind die Familienstiftungen auch von anderen stiftungsrechtlichen Gesetzesrevisionen bzw. Stiftun-

ren. Eingetragene Partner und Adoptierte lassen sich zwangslos ebenfalls als Familienangehörige verstehen. Umstritten ist, ob mit einer Familie zusammenlebende Personen wie etwa Pflege- oder Patenkinder und – nur noch selten anzutreffende – langjährige Hausangestellte bzw. Hausgenossen zum Destinatärkreis gehören dürfen. Riemer (in BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 167 f.) ist diesbezüglich restriktiver als andere (Nachweise in BK ZGB-Riemer, systematischer Teil, N 167). Destinatäre aus mehreren z.B. Geschwisterfamilien aber auch von unter sich nicht verwandten Familien sprengen den Rahmen einer Familienstiftung m.E. nicht. Zwar spricht Art. 335 ZGB von einer Familie, was jedoch nicht einschränkend wörtlich so zu verstehen ist, dass es nicht auch zwei oder mehrere Familien sein können, mit welchen ein Vermögen entsprechend verbunden werden kann. In diesem Sinne muss es auch möglich sein, eine Familien-Dachstiftung zu errichten, ohne dass dadurch der Familienstiftungscharakter verloren geht. Vgl. hierzu eingehend Studen, 42 ff. Beispiele von Familien-Dachstiftungen sind bis dato in der Schweiz keine bekannt.

⁴ Art. 88 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), eingeführt durch BG vom 8. Oktober 2004 (Stiftungsrecht), in Kraft seit 1. Januar 2006 (AS 2005, 4545).

gen betreffenden Revisionen wie zum Beispiel des Rechnungslegungsrechts betroffen. Gemäss Art. 83a ZGB gelten die Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung für die Führung der Geschäftsbücher von Stiftungen sinngemäss. Unter dieser Bestimmung⁵ ist unklar, ob die sogenannte *Milchbüchleinrechnung* für einfache Verhältnisse bei der Familienstiftung heute noch genügt. Dies ist grundsätzlich zu bejahen.⁶ Demgegenüber sollen die Änderungsvorbehalte der Stifter bezüglich Zweck und neuerdings auch bezüglich Organisation gemäss Art. 86a ZGB infolge eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers für Familienstiftungen keine Anwendung finden.

5. Verändertes Umfeld

Die auf Familienstiftungen anwendbaren Normen wurden wie dargelegt seit ihrem Erlass nur in wenigen Punkten revidiert und nicht alle diese Revisionen haben eine inhaltliche Änderung gebracht.⁷ Was sich hingegen stark gewandelt hat, ist das tatsächliche, demografische und soziale Umfeld, in welches die Familienstiftungen eingebettet sind. Seit der Normierung der Familienstiftung in unserem ZGB hat sich dieses grundlegend verändert. Namentlich gab es damals weder eine AHV noch Pensionskassen. Der Sozialstaat in seiner heutigen Ausprägung war praktisch inexistent. Einen umso höheren Stellenwert hatte die familieninterne Fürsorge, zu welchen die Familienstiftungen zählten.

6. Restriktive Anwendung

Darüber hinaus hat sich aber auch die Auslegung und einstmals offene und freiheitliche Praxis über die Jahrzehnte markant verändert.

Das historische Verständnis der zentralen Bestimmung von Art. 335 ZGB war ein anderes als heute. Im Mittelpunkt stand die Idee, dass diese Stiftungen dem Wohlergehen einer Familie dienen, diese wirtschaftlich sichern, die Ausbildung fördern, wie auch das Gedächtnis ihrer Angehörigen oder den Zusammenhalt und das Ansehen der Familie selbst.⁸ In einem frühen, als gewichtig einzustufenden Kommentar hiess es dazu, die Auslegung dürfe eine weither-

⁵ Fassung gemäss Ziff. 1 des Anhangs zum BG über die Rechnungslegung, in Kraft seit dem 1. Januar 2013.

⁶ BK ZGB-Riemer, Art. 83a ZGB, N 4 und 6.

⁷ So hat wie erwähnt die Statuierung einer Ausnahme der Familienstiftungen von der Revisionsstellenpflicht durch Art. 87 Abs. 1^{bis} ZGB inhaltlich keine Änderung gebracht, sondern wurde lediglich nötig, weil für die übrigen Stiftungen ein Revisionsstellenobligatorium eingeführt wurde.

⁸ ZK-Egger, Art. 87 ZGB, N 1.

zige sein, weshalb der Gesetzgeber auch noch die ähnlichen Zwecke beigelegt habe.⁹ Das Verbot der Errichtung von neuen Familienfideikommissen in Art. 335 Abs. 2 ZGB hat andererseits eine Grenze gesetzt, wonach Familienstiftungen nicht „einfach so“¹⁰, d.h. voraussetzungslos Leistungen zum Beispiel an Erstgeborene erbringen dürfen. Diese Einschränkung lässt sich als gesetzgeberischer Kompromiss verstehen, womit feudalen Strukturen aus der Vergangenheit eine Grenze gesetzt werden sollte.

In den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des ZGB per 1. Januar 1912 herrschte ein liberales Verständnis und eine tolerante Praxis. Pathologische Fälle aus dieser Zeit sind kaum bekannt. Erst um die Mitte des letzten Jahrhunderts hat eine restriktive bundesgerichtliche Praxis eingesetzt, welche sich zunächst auf steuerrechtliche Fälle bezog, in welchen die Zulässigkeitsfrage als Vorfrage zu beurteilen war. Dominique Jakob zeichnet in seinem Beitrag zur Frage, was eine Familienstiftung (noch) tun darf diese Entwicklung und ihre Fragwürdigkeit nach. Seit der per 1. Januar 2016 eingeführten Eintragungspflicht im Handelsregister manifestierten sich für Familien- und kirchliche Stiftungen zusätzliche behördliche Schranken, welche im Mittelpunkt des Beitrags von Lukas Eichenberger und Daniel Leu über die Nichtigkeit und Eintragsverweigerung von Familienstiftungen ins Handelsregister stehen.

Nebst der vorerwähnten, vom Zeitgeist inspirierten und von GAFI¹¹ aufgezwungenen Eintragungspflicht im Handelsregister hat sich auf der Ebene der Gesetzgebung wie dargelegt für die Familienstiftungen in den über 100 Jahren seit der eidgenössischen Kodifizierung des Privatrechts im ZGB wenig getan. Umso bedauerlicher ist es, dass die Behörden und Gerichte den Einsatz von Familienstiftungen für die Nachlass- und Vermögensplanung von Familien durch ihre restriktive Praxis praktisch zum Versiegen gebracht haben. Namentlich der in Art. 335 ZGB hineininterpretierte generelle Ausschluss¹² von Unterhaltsleistungen schreckt ab, zumal solche Leistungen mit höchsttrichterlichem Segen sehr wohl von Trusts oder zum Beispiel liechtensteinischen Privatstiftungen auch in der Schweiz erbracht werden dürfen.¹³

⁹ ZK-Egger, Art. 335 ZGB, N 13 im Jahr 1943.

¹⁰ Sprecher/von Salis-Lütolf, 198 (Frage 247).

¹¹ Groupe d'action financière, auch bekannt als FATE, the financial Action Task Force, eine 1989 auf Initiative der G7 ins Leben gerufene zwischenstaatliche Organisation zur Bekämpfung der Geldwäscherei etc., 2001 ausgedehnt auf Terrorismusfinanzierung.

¹² Vgl. Sprecher, 139.

¹³ Vgl. BGE 135 III 614.

II. Familienstiftung in Zahlen

1. Anzahl der Familienstiftungen

Über die Anzahl, das Vermögen und die geographische Verteilung von Familienstiftungen gab es bisher soweit ersichtlich bloss Vermutungen. Die Eintragungspflicht hat immerhin zur Zahl der Familienstiftungen etwas Licht ins Dunkel gebracht. Der Schweizer Stiftungsreport 2022 weist per Ende 2021 insgesamt 356 eingetragene Familienstiftungen nach. In den auf diese Erhebung nachfolgenden Jahren 2022 und 2023 liessen sich zahlreiche Nachzügler eintragen, welche die Ende 2020 abgelaufene Übergangsfrist für die Eintragung im Handelsregister verpasst haben oder auf unerwartete Hindernisse gestossen sind, welche sie erst beseitigen mussten. Mit wenigen Ausnahmen handelt es sich dabei um ältere, also vorbestehende Familienstiftungen, welche bisher ohne Handelsregistereintrag bestanden.¹⁴ Darüber hinaus gibt es etliche weitere, sich als Familienstiftungen verstehende Gebilde, welche bisher in das Handelsregister keinen Eingang gefunden haben. Darunter befinden sich zum Teil sehr alte Organisationen, bei welchen die von den Handelsregistern als Eintragungsvoraussetzung verlangte Errichtungsurkunde nicht mehr auffindbar ist oder die Registerbehörden den aus ihrer Sicht zu weit gefassten Zweck oder andere Bestimmungen ihrer Urkunde beanstanden.¹⁵ Unter Berücksichtigung der noch pendenten Eintragungen darf man heute von einer Gesamtzahl von ungefähr 500 schweizerischen Familienstiftungen ausgehen.

2. Vermögen der Familienstiftungen

Erhebungen über die Höhe oder die Zusammensetzung des Vermögens von Familienstiftungen sind keine bekannt. Einzelne dieser Stiftungen verfügen über erhebliches Vermögen aller Art, zum Beispiel über Wertschriften, Beteiligungen, Immobilien, Sammlungen etc. Andere Familienstiftungen verfügen lediglich über einen Grabplatz mit einem zugehörigen Grabfonds für den regelmässigen Unterhalt.¹⁶

¹⁴ Soweit ersichtlich handelt es sich um 45 Einträge im Jahr 2022 und um weitere 32 Einträge im Jahr 2023, womit per Ende 2023 insgesamt ca. 433 Familienstiftungen Eingang ins Handelsregister gefunden haben.

¹⁵ Vgl. hierzu Eichenberger/Leu, [81 ff.](#), zur Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister. Dass die Register bei zum Teil sehr alten Familienstiftungen das Erfordernis der ursprünglichen Errichtungsurkunde nicht gelockert haben, wie bei den kirchlichen Stiftungen ist sachlich schwer zu rechtfertigen. Offenbar gelingt es kirchlichen Kreisen besser ihre Interessen zu vertreten als den Familienstiftungen, welchen eine entsprechende Lobby weitgehend abgeht.

¹⁶ Bekannt sind einige Familienstiftungen, welche einen Grabplatz im Privatfriedhof Hohe Promenade der Stadt Zürich halten. Dieser gilt als einziger nicht-jüdischer Privatfriedhof

3. Beliebtheit?

Zur Frage, ob sich Familienstiftungen hierzulande und welcher Beliebtheit erfreuen, gibt es verschiedene Meinungen. Die Beliebtheit ist nach Riemer¹⁷ und ungeachtet der Restriktionen von Art. 335 ZGB beträchtlich. In Beraterkreisen herrscht demgegenüber die Meinung vor, dass die Familienstiftung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung namentlich infolge des Ausschlusses von Unterhaltszwecken und der überdies restriktiven Praxis der Gerichte und Behörden kein empfehlenswertes Planungsinstrument für die Nachlassplanung ist und es entsprechend auch nur vereinzelte Neuerrichtungen gibt. Wer zum Beispiel sicherstellen will, dass seine Nachkommen nicht zu früh und vielleicht unerfahren zum Familienvermögen kommen, kann zwar auch deren Pflichtteile professioneller Fremdverwaltung unterstellen, aber nur bis zur Erreichung des Mündigkeitsalters.¹⁸ Darüber hinaus ist dies auch mit einer Familienstiftung praktisch nur im Rahmen der verfügbaren Quote möglich.¹⁹

III. Gemischte Stiftungen

1. Nachgelagerte, sukzessive klassische Zwecke

Etliche Familienstiftungen verfolgen parallel oder sukzessive über den Familiendestinatärskreis hinausgehende Zwecke. So lange es sich um ähnliche Zwecke handelt wie bspw. das Unterhalten eines Familienarchivs, die Finanzierung von Familienzusammenkünften zwecks Pflege des Familienzusammenhalts etc. haben diese Nebenzwecke keinen Einfluss auf die Rechtsnatur einer Familienstiftung. Auch nachgelagerte zum Beispiel gemeinnützige Zwecke für den Fall, dass die Familiendestinatäre aussterben, sind mit dem Charakter einer

der Stadt Zürich. Eröffnet wurde er 1848 und gleich neben ihm der städtische Friedhof Hohe Promenade, der aber bereits 1877 geschlossen und 1912 geräumt wurde. Auf dem Gelände des vormals städtischen Friedhofs entstand kurze Zeit danach die Zürcher Kantonschule Hohe Promenade. Vgl. hierzu von Orelli, [167 ff.](#)

¹⁷ BK ZGB-Riemer, systematischer Teil, N 164.

¹⁸ Art. 322 ZGB.

¹⁹ Theoretisch könnten auch noch nicht Mündige auf ihren Pflichtteil verzichten und sich Fremdverwaltung über pflichtteilgeschütztes Vermögen gefallen lassen. In Anbetracht dabei regelmässig zutage tretender Interessenkonflikte bedarf es dazu eines Beistandes, der seine Zustimmung gibt, was regelmässig illusorisch ist. Dem schweizerischen Recht fehlt für solche und ähnliche Fälle ein geeignetes Instrument, wie es unter anderen Rechtsordnungen mit Privatstiftungen oder Trusts besteht. Ein Ausweichen auf eine ausländische Rechtsordnung ist zwar möglich, verkompliziert jedoch die Planung und indiziert letztlich eine Schwachstelle der schweizerischen Rechtsordnung.

Familienstiftung zu vereinbaren und machen sie ggfs. erst in einem späteren Zeitpunkt zu einer klassischen Stiftung. Eine Vorwirkung derartiger nachgelagerter Zwecke auf eine aktuelle Stiftung gibt es registerrechtlich und aufsichtsrechtlich grundsätzlich nicht. Die Familienstiftung ist bis zum Eintreten des Ereignisses, welches sie ab dann zu einer klassischen Stiftung macht, eine reine Familienstiftung. Erst mit Eintritt des Ereignisses wird sie zu einer klassischen Stiftung, welche auch erst ab dann der zuständigen staatlichen Aufsicht untersteht und grundsätzlich revisionspflichtig wird. Evtl. erfüllt sie alsdann die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung, welche im gegebenen Zeitpunkt zu beantragen wäre.

2. Parallel verfolgte gemischte Zwecke

Manche Stiftungen verbinden demgegenüber parallel bzw. gleichzeitig Familien- mit klassischen Zwecken. Ein bekanntes Beispiel ist die Ernst Göhner Stiftung in Zug, welche einerseits klassische Zwecke verfolgt und andererseits die Nachkommen der Geschwister des Stifters zu ihren Destinatären zählt. Eine derartige Stiftung untersteht der Stiftungsaufsicht und war schon immer im Handelsregister einzutragen.

Nicht alle gemischte Zwecke verfolgenden Stiftungen wurden bisher als gemischte Stiftungen erfasst und behandelt. Das hat die Eintragung von einigen seit mehreren Jahren existierenden, aber erst mit der Eintragungspflicht der Familienstiftungen im Handelsregister eingetragenen Stiftungen gezeigt. Die Familienstiftung Unternährer ist bereits im Jahre 1974 entstanden, jedoch erst im Jahre 2022 im Handelsregister des Kantons Luzern eingetragen worden und untersteht gemäss diesem Eintrag der Aufsicht durch die Gemeinde Schüpfheim, Abteilung zentrale Dienste und Soziales. Vermutungsweise hat sich diese Stiftung bis zu ihrem Eintrag als reine Familienstiftung verstanden und wurde ihr erst im Zusammenhang mit dem Eintrag beschieden, dass sie von ihren Zwecken her den Rahmen einer reinen Familienstiftung sprengt. Sie bezweckt die Unterstützung von drei Familien.²⁰ Sofern die Stiftung diesen Zweck nicht erfüllen kann und die Zinserträge des Stiftungskapitals einen grösseren Betrag erreicht haben, kann der Stiftungsrat ausnahmsweise im Bereich der Schulen und Bildung innerhalb der Gemeinde Schüpfheim Anschaffungen tätigen oder Unterstützungen leisten, welche von keinem Gemeinwesen bezahlt werden. Innerhalb des Bereiches von Bildung und Ausbildung dürfen die Zinserträge nach dem Zweckartikel dieser Stiftung schliesslich

²⁰ Dass eine Familienstiftung für mehr als eine Familie Leistungen erbringt, ist nicht typisch. M.E. ändert die Begünstigung von mehr als einer Familie (noch) nichts an ihrem Charakter als Familienstiftung. Vgl. hierzu weitere Hinweise in Fn. 2 und 3.

auch zur sozialen Betreuung einzelner Kinder in Schöpfheim Verwendung finden. Diese Teilzwecke sprengen den Rahmen von Art. 335 ZGB und machen diese Stiftung zu einer gemischten.

Ähnliches gilt für die 1924 in Zug errichtete Carlo Stiftung, welche im Jahr 2023 ins Handelsregister Eingang fand und heute unter der Aufsicht der ZBSA steht. Ihr Zweck liegt einerseits in der Bestreitung von Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken. Andererseits soll die Stiftung Zuwendungen für gemeinnützige, kulturelle und karitative Zwecke vorwiegend in der Zentralschweiz erbringen. Auch bei dieser Stiftung darf man annehmen, dass sie sich bis zu ihrem Eintrag als Familienstiftung verstanden hat, was sich allerdings mit der gemeinnützigen und kulturellen Zwecksetzung nebst den Familienzwecken nicht verträgt.²¹

IV. Stiftungsname?

1. Namensrecht

Stiftungen als juristische Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht natürliche Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung haben.²² Zu diesen Rechten gehört auch das Namensrecht, welches alle Stiftungen für sich beanspruchen können. Wie die Vereine verfügen Stiftungen hingegen nicht wie alle anderen juristischen Personen über eine Firma und entsprechende Firmenrechte. Sie haben bloss ein Namensschutzrecht und eine Namensgebrauchspflicht.²³

2. Keine Pflicht zur Benennung als Familienstiftung

Der Name einer Familienstiftung muss weder den Bestandteil „Familie“ noch den Bestandteil „Stiftung“ enthalten, solange die Grundsätze der Namensklarheit und Namenswahrheit respektiert sind. Diese Grundsätze lassen sich einerseits auf Art. 929 OR stützen, wonach Einträge im Handelsregister wahr

²¹ Vgl. hierzu auch die Familienstiftung Siegenthaler (siehe unten, [IV.2.](#)).

²² Art. 53 ZGB.

²³ Zur Firmen- und Namensgebrauchspflicht vgl. Art. 954a des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Zum Namensrecht der Stiftung insgesamt vgl. BK ZGB-Riemer, systematischer Teil, N 673 ff.

sein müssen und weder zu Täuschungen Anlass geben noch einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen dürfen. Überdies gelten die Grundsätze der Firmenbildung von Art. 944 OR analog oder sinngemäss.²⁴

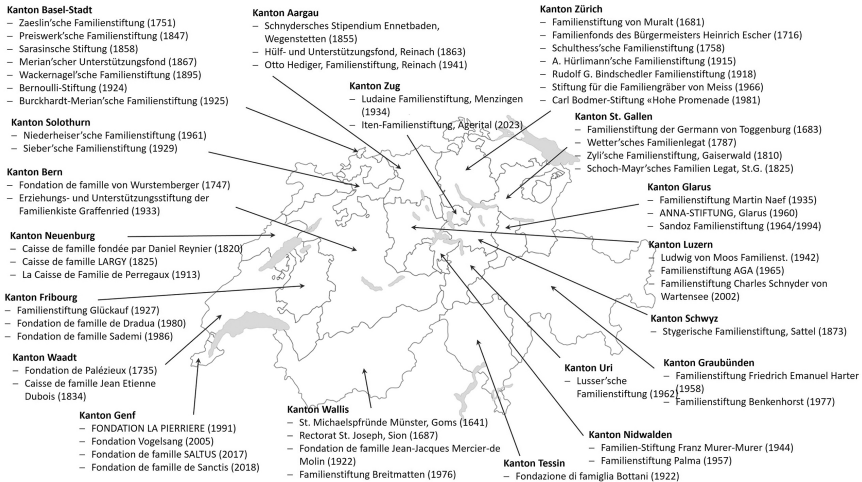
Etwas salopp lässt sich sagen, dass wo „Familie“ darauf steht, nicht zwingend Familie darin ist. Ausschlaggebend für die Rechtsnatur der Familienstiftung ist einzig ihr auf eine Familie konzentrierter Zweck. Entsprechend gibt es Stiftungen mit Namensbestandteil Familie, welches keine Familienstiftungen sind. Dies trifft zum Beispiel zu für die am 9. November 2023 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene HC Family Foundation mit Sitz in Erlenbach. Sie verfolgt ausschliesslich gemeinnützige Zwecke. Ähnlich die 2016 mit Sitz in Winterthur eingetragene Stiftung Familie Fehlmann, welche klassische Zwecke um die Helvetica Sammlung von Dr. Heinz Fehlmann herum verfolgt. Auch die Familien-Vontobel-Stiftung, welche 2015 infolge Fusion auf die Vontobel-Stiftung gelöscht wurde, war eine gemeinnützige Stiftung mit Fürsorgezwecken und keine Familienstiftung.

Ähnlich liegen die Verhältnisse bei der Familienstiftung Siegenthaler mit Sitz in Muri. Ihr Urkundendatum geht auf den 31. Oktober 1973 und einen Erbvertrag zurück, während ihr Handelsregistereintrag erst am 30. März 2023 erfolgte. Sie bezweckt die Gewährung von Beiträgen zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung und Unterstützung von Angehörigen der Familie Siegenthaler, sowie zur Gewährung von Beiträgen an religiöse oder wohltätige Institutionen, insbesondere an die evangelische Gesellschaft des Kantons Bern. Wegen der letztgenannten Zwecke handelt es sich bei ihr um eine gemischte und nicht um eine reine Familienstiftung. Das Selbstverständnis des Stiftungsrates, welcher derzeit aus 16 männlichen Trägern des Namens Siegenthaler besteht, war vermutlich bis zur Eintragungspflicht, dass sie es mit einer Familienstiftung zu tun haben. Das Handelsregister wird das anders beurteilt haben, weshalb diese Stiftung nicht als Familienstiftung gilt. Allerdings ist im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Manuskriptes auch noch keine Aufsichtsbehörde eingetragen, obwohl der Registereintrag vom 30. März 2023 schon über ein Jahr zurück liegt. Dies könnte ein Hinweis darauf sein, dass der Stiftungsrat sich mit der Einschätzung als gemischte Stiftung nicht abgefunden hat und dazu noch ein Verfahren läuft.

²⁴ Nach Art. 944 OR darf jede Firma, neben dem vom Gesetz vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt Angaben enthalten, die zur näheren Umschreibung der darin erwähnten Personen dienen oder auf die Natur des Unternehmens hinweisen oder eine Fantasiebezeichnung darstellen, vorausgesetzt, dass der Inhalt der Firma der Wahrheit entspricht, keine Täuschungen verursachen kann und keinen öffentlichen Interessen zuwiderläuft ... Vgl. BK ZGB-Riemer, systematischer Teil, N 676 ff.

V. Stiftungslandschaft

Familienstiftungen kennen fast alle Kantone der Schweiz. Die ältesten vor Erlass des ZGBs sind in den Kantonen Wallis, Zürich, Basel-Stadt, Neuenburg, Bern, Aargau und Schwyz zu finden. Die nachstehende Übersicht zeigt vornehmlich ältere Familienstiftungen in 19 Kantonen.²⁵



VI. Familienstiftungen in ausgewählten Kantonen

I. Kanton Basel-Stadt

Im Stadtkanton Basel wie in anderen Schweizer Städten sind einige Familienstiftungen auf die Zeit vor dem Erlass des ZGBs zurückzuführen. Wenig überraschend finden sich unter den Namen einige bekannte Basler Familien. Eine der ältesten eingetragenen Familienstiftungen ist die Zaeslin'sche Familienstiftung, Jakob Zaeslin-Stokar und Nachkommen, welche sich auf das Jahr 1751 zurückführt. Gemäss dem Stiftungszweck besteht die Stiftung zum Behuf und Besten der Zaeslin'schen Familie, damit niemand von derselbigen, etwan über kurz oder lang in eine solche Armut oder Mangel gerathe, dass er seiner Obrigkeit, einem Armen Haus oder seinem Neben Menschen, seiner zeitlichen Versorgung, Nahrung oder Auskunft halber, zu erbarmen kommen, oder zur Last fallen

²⁵ Es handelt sich insgesamt um 57 Familienstiftungen und damit um etwas über 10 % sämtlicher in der Schweiz vermuteten Familienstiftungen, wovon im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Manuskripts ca. 435 Eingang ins Handelsregister gefunden haben.

müsse. Das Stiftungsvermögen dient samt der davon abfallenden Nutzung und Einkünften zum Trost, Hülff und Unterstützung derjenigen von der Zaeslin'schen Familie, welche durch göttliche Verhängniss in Mangel, Not und Armut, mithin in solche betränkte Umstände in künftigen Zeiten gerathen wurden, da sie sich um die übrigen ohne Hülff und Bysprung nicht mehr durchbringen könnten.

Besonders ist an dieser Stiftung, dass sie ihren ursprünglichen Zweck offensichtlich beibehalten hat. Demgegenüber hat die Preiswerk'sche Familienstiftung aus dem Jahre 1847 ihren Zweck modernisiert. Sie unterstützt ihre Destinatäre in den Bereichen Kosten der Erziehung, der Ausstattung zum Beispiel bei einer Heirat, einer eingetragenen Partnerschaft, Kosten bei Geburt oder Todesfall, für Aus- und Weiterbildung sowie Umschulungen, im Rahmen einer medizinischen Behandlung (Arzt, Spital, REHA usw.), Kosten bei der Gründung eines eigenen Geschäfts bzw. Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, und im Falle von Not. Sie führt sich auf eine letztwillige Verfügung der Maria Magdalena Schwab, geb. Preiswerk zurück.

Die 1858 errichtete Sarasin'sche Stiftung bezweckt die Ausbildung und Nothilfe sowie Vervollständigung und Bereicherung des Familienarchivs, Förderung familiengeschichtlicher Studien und Errichtung und Erhaltung von öffentlichen Denkmälern verstorbener Sarasin und erhaltenswerten Grabstätten, Unterstützung geselliger Anlässe zur Förderung familiärer Beziehungen. Aus derselben Zeit stammt der 1867 errichtete Merian'sche Unterstützungsfonds mit einem ausgeklügelten Verteilschlüssel unter ihren Destinatären.

Bereits unter dem aktuellen ZGB wurde die Bernoulli-Stiftung 1924 errichtet. Sie will primär Not- und Ausbildungshilfe leisten. Als Nebenzweck verfolgt sie Massnahmen zum gegenseitigen Kennenlernen und Zusammenhalt der Familie zum Beispiel durch Anlässe zum Gedenken an die Einbürgerung in Basel im Jahr 1622, Familienforschung und Aktualisierung eines Stammbaums. Ebenfalls unter dem ZGB wurde die Burckhardt-Merian'sche Familienstiftung 1925 errichtet. Demgegenüber ist der Burckhardt'sche Gräberfonds mit Errichtungsdatum im Jahr 2021 keine Familienstiftung, sondern steht unter Aufsicht. Die Stiftung bezweckt unter anderem die Burckhardt'schen Familiengräber auf dem Gottesacker Wolf als Denkmäler zu erhalten.²⁶

²⁶ Der Wolf Gottesacker, der auf eine mehr als 150-jährige Geschichte zurückblickt, steht seit 1995 unter Denkmalschutz. Er enthält zahlreiche Gräber bekannter Basler Familien und lässt sich mit dem Zürcher Friedhof Hohe Promenade vergleichen. Dem Vernehmen nach war diese Stiftung als Familienstiftung gedacht. Wegen ihres auch denkmalschützerischen Teilzwecks wurde sie jedoch von den Behörden als gemischte Stiftung der Aufsicht unterstellt.

2. Kanton Zürich

Die auf das Jahr 1681 zurückgehende Familienstiftung von Muralt bezweckt Erziehungs-, Ausstattungs- oder Unterstützungsleistungen zugunsten ihrer Destinatäre. Ähnliche Zwecke verfolgt der Familienfonds des Bürgermeisters Heinrich Escher aus dem Jahre 1716, welcher ergänzend die Förderung des familiären Austausches und den Zusammenhalt durch Organisation von Zusammenkünften, führen der Familiengenealogie und eines Familienarchivs bezweckt.

Die Schulthess'sche Familienstiftung aus dem Jahre 1758 bezweckt Unterstützungsleistungen und Leistungen für die berufliche Ausbildung zu erbringen. Überdies will sie das Ansehen der Familie heben und die Ehre und das Wohl der Familie fördern. Auch unter dem ZGB sind noch einige Familienstiftungen errichtet worden, so die A. Hürlimann'sche Familienstiftung 1915 und die Rudolf G. Bindschedler Familienstiftung 1918. Eine Besonderheit sind eine Reihe von Familiengräbern auf der Hohen Promenade in Stiftungshand. Dies trifft unter anderem für die Stiftung für die Familiengräber von Meiss aus dem Jahre 1966 und für die Carl Bodmer-Stiftung „Hohe Promenade“ aus dem Jahre 1981 zu.²⁷

3. Kanton St. Gallen

Obwohl prominente St. Galler dem Erlass des ZGB gegenüber Familienstiftungen restriktiv eingestellt waren, sind aus diesem Kanton einige vor dessen Erlass errichtete Familienstiftungen bekannt. Die Familienstiftung der Germann von Toggenburg aus dem Jahre 1683 will vor allem studierenden Nachkommen Stipendien ausrichten. Das Wetter'sche Familienlegat aus dem Jahre 1787 unterstützt Nachkommen des Stifters und dessen Bruders, welche in Not oder bedürftige Umstände geraten sind. Die Zylis'sche Familienstiftung in Gaiserwald wurde 1810 als Stipendienfonds für Nachkommen errichtet, die *über die hierzu erforderlichen Talente und Vorkenntnisse sich ausweisen können und im Rufe sittlichen Handelns stehen*. Schliesslich ist in St. Gallen im Jahr 1825 das Schoch-Mayr'sche Familien Legat zur Unterstützung bedürftiger Familiennachkommen errichtet worden, unter anderem für den Fall, dass diese in widrige Umstände geraten sollten, so dass sie anderweitige Beihilfe und Unterstützung von Nöten haben.

²⁷ Vgl. dazu von Orelli, [167 ff.](#)

4. Kanton Wallis

Die St. Michaelspründe Münster, Goms aus dem Jahre 1641 gründet auf einer historischen Rekonstruktion. Sie bezweckt Nachkommen der Familie de Riedmatten zu begünstigen und die Bewahrung des Altars in der Kirche in Münster, sowie Pfarrerausbildungen unter Nachkommen sowie Lesen von Seelenmessen. Eine andere ebenfalls ins 17. Jahrhundert zurückreichende Familienstiftung nennt sich Rectorat St. Joseph, Sion mit Errichtungsdatum von 1687. Ihr Hauptzweck besteht in der Erbringung von Erziehungs- und Ausbildungsleistungen zugunsten von jungen Mitgliedern der Familie de Courten.

Unter dem ZGB im Jahre 1922 wurde die Fondation de famille Jean-Jacques Mercier-de Molin errichtet. Nebst den üblichen Unterstützungszwecken für die Familie bezweckt sie auch historische Dokumente betreffend die Familie zu bewahren. Nachgelagert kann sie gemeinnützige Zwecke verfolgen. Die 1976 errichtete Familienstiftung Breitmatten bezweckt die Erziehung, Ausstattung und Unterstützung von Familienangehörigen, aber auch die Kapelle „Maria zum Schnee“ und zugehöriges Inventar zu unterhalten und zweckgemäss zu verwenden sowie ein Familienarchiv einzurichten und zu erhalten.

VII. Uneinheitliche bzw. verschärfte Eintragungspraxis

1. Verschärfte Praxis seit Einführung einer Eintragungspflicht

Nicht nur die Gerichte haben Familienstiftungen restriktiver zugelassen, sondern auch die Register haben ihre Eintragungspraxis verschärft. Familienstiftungen konnten sich auf freiwilliger Basis schon vor der Revision von Art. 52 ZGB im Handelsregister eintragen lassen. Einige haben davon Gebrauch gemacht, wahrscheinlich namentlich, um mit der Hilfe eines Handelsregisterauszugs ihre Existenz und die Zeichnungsberechtigten problemlos nachweisen zu können. Ein Blick auf schon lange eingetragene Familienstiftungen lässt erkennen, dass die heutige Eintragungspraxis deutlich schärfer ist, als sie es vor dem Inkrafttreten der Eintragungspflicht per 1. Januar 2016 war. Namentlich bei einigen vorher eingetragenen Stiftungszwecken ist zweifelhaft, ob diese heute noch vom Handelsregister ohne weiteres eingetragen würden.

Es entsteht damit der Eindruck, dass die Registerbehörde, die per 1. Januar 2016 eingeführte Eintragungspflicht für Familienstiftungen (und kirchliche Stiftungen) zum Anlass dafür genommen hat, ihre vorbestehende Eintragungs-

praxis zu überprüfen und zu verschärfen.²⁸ In diesem Zusammenhang haben die Behörden zusätzliche Hürden aufgestellt, welche für zum Teil seit langem bestehende und anstandslos funktionierende Familienstiftungen wie für deren Berater neu und überraschend waren. Bislang übliche Auflösungsklauseln, Schiedsklauseln oder die Kompetenz des obersten Stiftungsorgans, i.d.R. des Stiftungsrats, vom Register verlangte oder andere Urkundenanpassungen vorzunehmen, wurde zugunsten einer Gerichtskompetenz abgelehnt.²⁹

2. Beispiele

Die vorstehend vertretene These sei anhand der folgenden Einträge belegt, wobei es sich dabei um vor 2016, also vor der verpflichtenden Eintragung vorgenommenen freiwilligen Einträge handelt. So finden sich bspw. nachstehende eingetragene Stiftungszwecke von Familienstiftungen:

- *den Nachkommen einer Vermögenskomplex zu sichern, ihnen angemessene Beiträge und Zuwendungen auszurichten ... sowie bei Begründung von Lebensberufen, von Erwerbsunternehmungen durch einmalige nicht zurückzuerstattende Zuwendungen oder bei Bereitstellungen sehr billiger Kredite behilflich zu sein;*
- *die Förderung der Familientradition und des Familienfriedens und die Gewährleistungen von Berufsausstattungen. Ferner das Ansehen der Familie und die Ehre und das Wohl ihrer Mitglieder zu fördern und das Zusammengehörigkeitsgefühl zu stärken;*
- *durch die Haltung der Stimmenmehrheit an der ... AG sichert die Stiftung zudem die Schaffung und Erhaltung von Wohngelegenheiten, welche den Destinatären im Falle einer wirtschaftlichen Notlage, zu reduziertem Mietzins oder auch ohne Entgelt zur Verfügung gestellt werden können;*
- *Erhaltung, Ausschmückung und Verwaltung des Stammhauses. Aufbewahrung und Fortführung des Archives, Sammlung von Gegenständen und Mitteilungen, welche für die Familie von Wert sind. Pflege und Förderung des Familiensinnes aller Mitglieder des Geschlechts durch Veranstaltungen und finanzielle Unterstützung und geselligen Zusammenkünften der Familienangehörigen, sowie auf andere geeignete Weise.*

²⁸ Vgl. Praxismitteilung EHRA 3/15 vom 23. Dezember 2015, Eintragung von kirchlichen Stiftungen und Familienstiftungen im Handelsregister.

²⁹ Weitere Ausleuchtung der Thematik in Eichenberger/Leu, [81 ff.](#)

VIII. Zeit für eine Revision?

Berater sind sich weitgehend darüber einig, dass im schweizerischen Recht derzeit ein taugliches Instrument für die familiäre Vermögens- und Nachlassplanung zur dosierten Weitergabe von Familienvermögen an Nachkommen fehlt. Reine Unterhaltszwecke, welche in den deutschsprachigen Nachbarländern für Familien- oder Privatstiftungen grundsätzlich zulässig sind, lassen die hiesigen Gerichte und Behörden nicht zu. Demgegenüber werden entsprechende ausländische Unterhaltsstiftungen in der Schweiz anerkannt und verstossen nach einem wegweisenden Bundesgerichtsentscheid³⁰ nicht gegen den hiesigen *ordre public*.

Dieses Regulierungsdefizit ist in der Schweiz grundsätzlich bekannt. Verschiedene Lösungsansätze wurden seit längerem diskutiert, aber bisher nicht konsequent weiterverfolgt. Nachdem soweit ersichtlich der Versuch den angelsächsischen Trust in die Schweizer Rechtsordnung überzuführen bzw. diesen in der Schweiz einzuführen gescheitert ist, kommt jetzt möglicherweise doch noch die Stunde der Familienstiftungen bzw. einer Lockerung ihrer restriktiven Behandlung. Jedenfalls ist mit der Motion Thierry Burkart vom 15. Dezember 2022: Die Schweizer Familienstiftung stärken – Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben Bewegung in die Szene gekommen. Nach ersten Abwehrmanövern des Bundesrates haben der Ständerat am 12. Dezember 2023 und der Nationalrat am 27. Februar 2024 die entsprechende Motion angenommen. Es bleibt zu wünschen, dass ihr Erfolg beschieden ist und die schweizerische Familienstiftung einer baldigen Revitalisierung entgegenseht.

Literaturverzeichnis

- Berner Kommentar, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, in: Riemer Hans Michael, 2. A., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer, Art. XX, N YY).
- Eichenberger Lukas/Leu Daniel, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas (Hrsg.), Familienstiftungen – neue Perspektiven, 83 ff.
- Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun?, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas (Hrsg.), Familienstiftungen – neue Perspektiven, 117 ff.
- Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen, Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16. August 2021, SJZ 2022, 736 ff.
- Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. A. Zürich/St. Gallen 2023.

³⁰ BGE 135 III 614.

Sprecher Thomas/von Salis-Lütolf Ulysses, Die schweizerische Stiftung, ein Leitfaden, Zürich 1999.

Studen Goran, Die Dachstiftung, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 3, Basel 2011, 42 ff.

Von Orelli Lukas, Vom Sinn der Familienstiftung, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas (Hrsg.), Familienstiftungen - neue Perspektiven, 167 ff.

Zürcher Kommentar, Art. 1-89 ZGB, Personenrecht, Band I - Einleitung, in: Egger August, 2. A., Zürich 1930 (zit. ZK-Egger, Art. XX, N YY).

Besteuerung der Schweizer Familienstiftung jetzt und in Zukunft

Stefan Oesterhelt / Andrea Opel

Inhalt

I.	Einführung	65
II.	Besteuerung der Schweizer Familienstiftung heute	66
1.	Anerkennung der Familienstiftung als Steuersubjekt	66
2.	Besteuerung der als Steuersubjekt anerkannten Familienstiftung	67
a)	Erbschafts- und Schenkungssteuern bei Errichtung der Stiftung	67
b)	Laufende Besteuerung der Stiftung	68
c)	Besteuerung der Ausschüttungen an die Destinatäre	69
3.	Besteuerung der transparent behandelten Familienstiftung	70
a)	Besteuerung bei Zurechnung an den Stifter	70
b)	Besteuerung bei Zurechnung an die Begünstigten	71
4.	Problematik des Statuswechsels	71
5.	Problematik der Rückerstattung der Verrechnungssteuer	72
6.	Überblick und Fazit	74
III.	Besteuerung der Schweizer Familienstiftung in Zukunft	75
1.	Plädoyer für die Liberalisierung der Schweizer Familienstiftung	75
2.	Motion von Thierry Burkart	76
3.	Steuerliche Beurteilung	76
a)	Im Grundsatz	76
b)	Statuswechsel mit Inkrafttreten der Liberalisierung?	78
IV.	Fazit	78
	Literaturverzeichnis	78

I. Einführung

Die schweizerische Familienstiftung hat in den letzten Jahrzehnten stark an Attraktivität eingebüsst. Die „beträchtliche Beliebtheit“, von der Riemer im Berner Kommentar von 1975 spricht¹, ist mittlerweile geschwunden.² Im Moment sind rund gegen 400 Familienstiftungen vorwiegend älteren Datums im

¹ aBK ZGB-Riemer, Art. 335, N 106.

² Vgl. die Übersicht bei Grüninger in diesem Band, [47 ff.](#)

Handelsregister eingetragen.³ Zurückzuführen ist die heutige Unbeliebtheit der Familienstiftung einerseits auf die im Laufe der Zeit zunehmend restriktiv gehandhabten zivilrechtlichen Vorgaben, insbesondere das in Art. 335 ZGB vorgesehene Verbot der Neuerrichtung von Unterhaltsstiftungen, und andererseits auf steuerliche Hürden. Beides führt dazu, dass sich die Familienstiftung als Instrument für die familiäre Vermögens- und Nachlassplanung nicht wirklich eignet. Neuerrichtungen sind äusserst rar.

Der vorliegende Beitrag fokussiert auf die steuerlichen Rahmenbedingungen – so, wie sie sich heute präsentieren einerseits (unten, [II.](#)) und so, wie sie sich präsentieren würden, wenn die Unterhaltsstiftung in der Schweiz in Zukunft zugelassen würde (unten, [III.](#)).

II. Besteuerung der Schweizer Familienstiftung heute

Die Besteuerung der Schweizer Familienstiftung hängt im Wesentlichen davon ab, ob sie als Steuersubjekt anerkannt ist oder nicht. Vorwegzunehmen ist, dass auch zivilrechtlich existente Stiftungen steuerlich transparent behandelt werden können.

I. Anerkennung der Familienstiftung als Steuersubjekt

Inländische juristische Personen, zu denen auch Stiftungen zählen, gelten im Bereich der Gewinn- und Kapitalsteuern grundsätzlich als Steuersubjekte.⁴ Nach einhelliger Auffassung wird an die zivilrechtliche Rechtspersönlichkeit angeknüpft. Das gilt auch für das kantonale Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht.⁵

³ Zur Notwendigkeit des Handelsregistereintrags vgl. den Beitrag von Eichenberger/Leu in diesem Band, [82 ff.](#)

⁴ Art. 49 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11) und Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14).

⁵ Regelmässig wird schlicht der „Empfänger“ der übertragenen Vermögenswerte für steuerpflichtig erklärt. Dass neben natürlichen auch juristische Personen in Frage kommen, lässt sich in der Regel implizit dem Gesetz entnehmen, indem etwa die Stiftungserrichtung als Steuertatbestand genannt wird oder gewisse juristische Personen subjektiv steuerbefreit sind. Vgl. etwa § 117 und § 120 des Gesetzes über die direkten Steuern vom 12. April 2000 des Kantons Basel-Stadt; Art. 4 ff. des Gesetzes über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 23. November 1999 des Kantons Bern; § 8 ff. des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes vom 28. September 1986 des Kantons Zürich.

Eine zivilrechtskonform ausgestaltete Schweizer Familienstiftung wird auch als Steuersubjekt anerkannt.⁶ Es gibt aber bereits nach geltendem Recht Fälle, in denen eine inländische Familienstiftung nicht als Steuersubjekt anerkannt wird, obwohl sie zivilrechtlich besteht (siehe dazu unten, [II.3.](#)).

2. Besteuerung der als Steuersubjekt anerkannten Familienstiftung

a) Erbschafts- und Schenkungssteuern bei Errichtung der Stiftung

Die Widmung des Stiftungsvermögens zu Lebzeiten des Stifters unterliegt in fast allen Kantonen der Schenkungssteuer. Derzeit erheben bloss die Kantone Schwyz, Obwalden und (i.d.R.⁷) Luzern keine Schenkungssteuern.

Steuersubjekt ist die Stiftung, wobei die Steuerhoheit beim Wohnsitzkanton des Stifters liegt. Vorbehalten bleiben Liegenschaften – hier steht das Besteuerungsrecht dem Belegenheitskanton zu. Den Stifter selbst treffen hingegen grundsätzlich keine Steuerfolgen.⁸

Bei der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen fällt nach den gleichen Grundsätzen in allen Kantonen ausser Schwyz und Obwalden die Erbschaftsteuer an.

In den meisten Kantonen wird die Erbschaftsteuer zum unter Nichtverwandten geltenden Maximalsatz veranschlagt. Dies führt dazu, dass der Steuersatz bei der Vermögenswidmung abhängig von der Höhe der Zuwendung in vielen Kantonen bis zu 50% und auch mehr betragen kann. Dies macht die Errichtung einer Familienstiftung aus steuerlichen Gründen höchst unattraktiv.

Immerhin gibt es in einigen Kantonen Sonderbestimmung für Zuwendungen an Stiftungen, indem das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Stifter und den Destinatären berücksichtigt wird. Handelt es sich bei den Begünstigten um Nachkommen, entfällt die Besteuerung somit regelmässig. Entsprechende

⁶ Vgl. Opel, Steuerliche Behandlung, 31 ff., Komm. DBG-Oesterheld/Schreiber, Art. 49, N 11.

⁷ Vgl. aber § 6 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Erbschaftssteuern vom 27. Mai 1908 des Kantons Luzern, wonach Schenkungen, die in den letzten fünf Jahren vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind, zum erbschaftsteuerpflichtigen Vermögen gezählt werden.

⁸ Abgesehen von einer Besteuerung der stillen Reserven, wenn der Stifter (einzelne) Vermögenswerte aus seinem Geschäftsvermögen in die Stiftung einbringt (sog. Privatentnahme; vgl. Art. 18 Abs. 2 DBG sowie Art. 8 Abs. 1 StHG). Der Stifter kann ausserdem nach Massgabe des kantonalen Rechts solidarisch haftbar sein für die von der Stiftung geschuldeten Schenkungssteuer.

Sonderregelungen kennen – soweit ersichtlich – die Kantone Aargau, Zug, Graubünden, Genf und Solothurn. In diesen Kantonen entfällt somit die steuerliche Hürde bei der Stiftungserrichtung.

b) *Laufende Besteuerung der Stiftung*

Familienstiftungen unterliegen mit ihrem Vermögen und dem Ertrag den Kapital- und Gewinnsteuern.⁹ Zu beachten ist jedoch, dass im Vergleich zu Kapitalgesellschaften tiefere Steuersätze greifen, und gewisse Steuerfreibeträge gewährt werden.¹⁰

Familienstiftungen können im Unterschied zu „klassischen“ Stiftungen nicht in den Genuss einer Steuerbefreiung kommen, da es zufolge des beschränkten Destinatärkreises an einer gemeinnützigen oder öffentlichen Interessen dienenden Zwecksetzung fehlt.¹¹

Leistungen an die Destinatäre stellen nach geltender Bundesgerichtspraxis vom steuerbaren Gewinn abzugsfähige geschäftsmässig begründete Aufwendungen dar.¹² In Anwendung der allgemeinen Grundsätze muss dies unabhängig davon gelten, ob die Statuten die Ausschüttungen exakt festlegen (also insoweit für „notwendig“ im engeren Sinne erklären) oder dem Ermessen der Stiftungsorgane anheimstellen, solange diese in redlicher Verfolgung des Stiftungszwecks handeln.¹³ An sich dürfte es aufgrund der sog. Wertneutralität des Steuerrechts auch keine Rolle spielen, ob die Stiftungsleistungen zivilrechtskonform erfolgen oder nicht.¹⁴ Laut Bundesgericht sind zivilrechtlich unzulässige Ausschüttungen jedoch nicht abzugsfähig; es handle sich um Er-

⁹ Vgl. Art. 49 Abs. 1 lit. b DBG/Art. 20 Abs. 1 StHG. Die Kapitalsteuer ist bei Stiftungen jedoch nicht nach den für juristische Personen üblichen Grundsätzen zu ermitteln, sondern nach denselben Regeln wie bei natürlichen Personen: vgl. Art. 29 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 13 f. StHG.

¹⁰ Vgl. auf Bundesebene Art. 71 Abs. 1 und Abs. 2 DBG. Dass die Privilegierung allein um der Rechtsform Willen erfolgt, hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2012 – mit Blick auf die Halbierung des Gewinnsteuersatzes – ausdrücklich bestätigt: vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_494/2011 und 2C_495/2011 vom 6. Juli 2012. Es verwarf eine teleologische Auslegung der Gesetzesgrundlage in dem Sinne, dass der privilegierte Satz nur solchen Vereinen (und Stiftungen) zuteilwürde, die keine Erwerbszwecke verfolgen.

¹¹ Vgl. Art. 56 lit. g DBG und Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG. Siehe hierzu auch Urteil des Bundesgerichts 2A.457/2001 vom 4. März 2002 E. 2; BGE 66 I 176 E. 2, S. 184; BGE 56 I 284.

¹² BGer 2A.457/2001; offen gelassen jedoch wiederum in: Urteil des Bundesgerichts 2A.668/2004 vom 22. April 2005 E. 2.4.

¹³ Wozu sie grundsätzlich gehalten sind. Vgl. dazu Opel, Steuerliche Behandlung, 127 f.

¹⁴ Vgl. dazu Opel, Steuerliche Behandlung, 129 ff.

trags- bzw. Gewinnverwendung, die den steuerbaren Gewinn nicht zu schmälern vermag.¹⁵ Klarerweise ebenfalls nicht zum Abzug zugelassen sind Stiftungsleistungen, die den statutarischen Rahmen sprengen.¹⁶

Stiftungen, die Beteiligungen halten, profitieren nach dem Gesetzeswortlaut und h.L. nicht von der Beteiligungsermässigung.¹⁷

c) *Besteuerung der Ausschüttungen an die Destinatäre*

Ausschüttungen an die Destinatäre unterliegen grundsätzlich der Einkommenssteuer, sofern es sich nicht um steuerfreie Unterstützungsleistungen handelt.¹⁸ Stiftungen erbringen insbesondere keine Schenkungen im steuerlichen Sinn.¹⁹ Es gilt mithin der Grundsatz „Stiftungen schenken nicht“.²⁰

Das Gesagte gilt auch für die Ausschüttung des Vermögens, das der Stifter anlässlich der Errichtung gewidmet hat oder das von Seiten Dritter zugestiftet worden ist. Dies hat das Bundesgericht im Jahr 2022 in einem nicht unumstrittenen Urteil so festgehalten.²¹ Die Qualifikation von Substanzausschüttungen als steuerbares Einkommen führt dazu, dass das vom Stifter eingelegte Vermögen regelmässig nicht nur bei der Einlage mit der Erbschafts-/Schenkungssteuer stark besteuert wird, sondern abermals bei der Ausschüttung mit der Einkommenssteuer erfasst wird. Im Ergebnis kommt es zu einer erheblichen wirtschaftlichen Doppelbelastung – nicht selten werden auf diese Weise 70% und mehr des vom Stifter einst eingelegten Vermögens „wegbesteuert“. Das macht das die Schweizer Familienstiftung steuerlich enorm unattraktiv.

¹⁵ BGer 2A.457/2001 E 4.6.

¹⁶ Opel, Steuerliche Behandlung, 127. Vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Glarus vom 20. September 2001 betreffend Übernahme der Kosten für eine Familienchronik und eine Familienkreuzfahrt. Siehe weiter BGer 2A.457/2001 E. 3.2 in fine.

¹⁷ Art. 69 und Art. 70 DBG / Art. 28 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} StHG. Vgl. zum Ganzen Opel, Steuerliche Behandlung, 132 ff. m.w.H.

¹⁸ Vgl. grundlegend BGer 2A.668/2004.

¹⁹ Die steuerliche Qualifikation der Stiftungsleistungen ist insbesondere daher bedeutsam, weil Einkommen im Wohnsitzkanton des Begünstigten besteuert wird, wohingegen Schenkungen dem Sitzkanton der Stiftung zur Besteuerung zustehen. Kennt der Sitzkanton der Stiftung keine Schenkungssteuer, würde bei einer Qualifikation als Schenkung eine Besteuerung entfallen. Dasselbe gilt, wenn die Stiftung im Ausland domiziliert ist und der Sitzstaat keine Schenkungssteuer kennt (so wie dies etwa auf Liechtenstein zutrifft).

²⁰ Vgl. hierzu ausführlich Opel, Stiftungen, 181 f.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 2C 799/2021 vom 9. Mai 2022 E. 4.4.3 (das Urteil betrifft eine stiftungsähnlich ausgestaltete liechtensteinische Anstalt, lässt sich aber vice versa auf Stiftungen übertragen); vgl. dazu Oesterheld, FStR 2022, 265 f.; Opel, Erbschafts- und Schenkungssteuer, 243 ff.

3. Besteuerung der transparent behandelten Familienstiftung

Wie bereits gesagt, kann einer Stiftung die Anerkennung als Steuersubjekt aber auch versagt oder sie kann steuerlich ausser Acht gelassen werden, obwohl sie zivilrechtlich besteht. Es gibt im Wesentlichen drei Konstellationen, in denen dies zutrifft:²²

1. Kontrollierte resp. beherrschte Stiftungen, insbesondere wenn sich der Stifter den Zugriff auf das gewidmete Vermögen weiterhin sichert
2. Stiftungen mit festem Begünstigtenkreis, insbesondere Unterhaltstiftungen (nutznießungsähnliche Verhältnisse)
3. Stiftungen, welche von den Steuerbehörden vorfrageweise für zivilrechtlich nichtig erklärt werden (z.B. wegen Verstosses gegen Art. 335 ZGB)

Die Zurechnung erfolgt entweder an den Stifter oder aber an die Begünstigten.

Grundsätzlich sind sowohl eine Beherrschung der Stiftung durch den Stifter als auch feste Rechtsansprüche der Destinatäre (Ausgestaltung als Unterhaltstiftung) mit den zivilrechtlichen Vorgaben, wie sie nach schweizerischem Recht für Familienstiftungen gelten (insbesondere Art. 335 ZGB), nicht vereinbar. Zu beachten ist jedoch, dass gerade ältere Familienstiftungen mitunter nicht zivilrechtskonform ausgestaltet und/oder gelebt wurden resp. werden, was durch die fehlende Aufsicht und der bis vor kurzem fehlenden Pflicht zur Eintragung im Handelsregister begünstigt wird. Die Steuerbehörden anerkennen solche Stiftungen regelmässig nicht als Steuersubjekte. Dasselbe gilt für ausländische Familienstiftungen, welche keinen vergleichbaren Restriktionen unterliegen.

a) *Besteuerung bei Zurechnung an den Stifter*

Wird eine Stiftung resp. ihr Vermögen und ihre Einkünfte steuerlich dem Stifter zugerechnet, so bleibt die Errichtung ohne Steuerfolgen.

Während des Bestandes der Stiftung werden Vermögen und Einkommen weiterhin beim Stifter besteuert, d.h. die Stiftung zeitigt steuerlich keine Abschirmwirkung. Folglich lässt sich mit der Stiftung auch die Progression nicht brechen. Konsequenz der Zurechnung an den Stifter ist handkehrum aber auch, dass private Kapitalgewinne steuerfrei bleiben.

²² Vgl. für die Einzelheiten Opel/Oesterheld, Zukunft, 959 ff.

Zuwendungen an die Begünstigten werden steuerlich als direkte Zuwendungen, d.h. Schenkungen, des Stifters angesehen. Es kann folglich die Schenkungssteuer anfallen. Handelt es sich bei den Begünstigten aber um Nachkommen,²³ entfällt diese regelmässig.

b) *Besteuerung bei Zurechnung an die Begünstigten*

Wird eine Stiftung resp. ihr Vermögen und ihre Einkünfte steuerlich den Begünstigten zugerechnet, stellt die Errichtung der Stiftung aus steuerlicher Sicht eine direkte Zuwendung an die Begünstigten dar. Es können also je nachdem, ob die Stiftung von Todes wegen oder zu Lebzeiten errichtet wird, Erbschafts- oder Schenkungssteuern anfallen. Handelt es sich bei den Begünstigten um Nachkommen, entfallen diese Steuerfolgen aber regelmässig.

Während des Bestandes der Stiftung werden Vermögen und Einkommen den Begünstigten zugerechnet, d.h. die Stiftung zeitigt steuerlich keine Abschirmwirkung. Konsequenz der Zurechnung an die Begünstigten ist aber auch, dass private Kapitalgewinne steuerfrei bleiben.

Zuwendungen an die Begünstigten führen nicht zu Steuerfolgen, da das Stiftungsvermögen diesen ab dem Errichtungszeitpunkt der Stiftung steuerlich bereits zugerechnet wird.

4. Problematik des Statuswechsels

Wird eine Stiftung gegenüber dem Stifter steuerlich transparent behandelt, weil er diese weiterhin beherrscht, stellt sich die Frage, was im Zeitpunkt seines Ablebens geschieht. Steuerlich kann es zu einer „Erstarrung“ (Statuswechsel) der Stiftung kommen, da mit dem Tod des Stifters auch keine Beherrschung mehr möglich ist. Das Vermögen wird diesfalls fortan grundsätzlich der Stiftung zugerechnet.²⁴

Sofern der Stifter, dem das Stiftungsvermögen vor dem Statuswechsel zugerechnet wurde, seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte, fällt im Zeitpunkt der Erstarrung je nach Kanton die Erbschaftssteuer an. Zum Tragen kommt in den meisten Kantonen der Maximalsatz für Nichtverwandte (von z.B. 36% im Kanton Zürich oder 50% im Kanton Genf), was ein erhebliches Steu-

²³ Häufig wird als Letztbegünstigte, d.h. falls sämtliche Nachkommen verstorben sind, eine steuerbefreite gemeinnützige Organisation eingesetzt. Sicherzustellen ist diesfalls, dass die Steuerbefreiung vom Wohnsitzkanton des Stifters für die Zwecke der Erbschafts- und Schenkungssteuer anerkannt wird.

²⁴ Vgl. Oesterhelt/Opel, liechtensteinische Familienstiftung, 493 ff.

errisiko darstellt. In gewissen Kantonen wird jedoch – wie gezeigt – auf das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Stifter und Destinatären resp. entferntest verwandtem Begünstigten abgestellt (siehe oben, [II.2.a](#)).

Wenn der Stifter in einem Kanton Wohnsitz hat, bei dem die Erbschaftssteuer erhoben wird, empfiehlt es sich, die Stiftung so auszugestalten, dass im Zeitpunkt des Ablebens des Stifters eine „nahtlose“ Zurechnung des Stiftungsvermögens an die Begünstigten möglich ist, die transparente Behandlung somit weiterhin abgesichert ist. Das Ableben des Stifters wird diesfalls steuerlich als Zuwendung an die Begünstigten gedeutet und bleibt – sofern es sich um Nachkommen handelt – regelmässig steuerfrei.

5. Problematik der Rückerstattung der Verrechnungssteuer

Die Frage der Rückerstattung der Verrechnungssteuer stellt sich immer dann, wenn eine Familienstiftung schweizerische Wertschriften (Aktien, Obligationen oder Anteile an kollektiven Kapitalanlagen) hält oder ein Konto bei einer Schweizer Bank hat. Erträge auf diesen Wertschriften unterliegen der Verrechnungssteuer vom 35%, die vor Ausschüttung der Erträge vom Schuldner in Abzug gebracht wird. Hat eine inländische Familienstiftung in solche Schweizer Titel investiert, ist diese gestützt auf Art. 21 ff. VStG grundsätzlich zur vollständigen Rückerstattung der auf den Wertschriftenerträgen einbehaltenen Verrechnungssteuer berechtigt.

Gemäss Praxis der ESTV gilt dies aber nur dann uneingeschränkt, wenn die Zuwendungen der Stiftungen die Vorgaben von Art. 335 ZGB einhalten. Für Steuerperioden, in denen die Stiftung Zuwendungen ausrichtet, welche diese Vorgaben verletzen, kann es zu einer Kürzung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer kommen, wenn die Stiftung (nur oder auch) im Ausland ansässige Begünstigte hat.²⁵

Eine volle Rückerstattung der Verrechnungssteuer wird der Stiftung für Steuerperioden, in welchen die Vorgaben von Art. 335 ZGB (aus Sicht ESTV) nicht eingehalten werden, nur in dem Umfang gewährt, in dem die Begünstigten im Inland ansässig sind.

In dem Umfang, in dem die Begünstigten der Stiftung im Ausland ansässig sind, wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur nach Massgabe der von der Stiftung auf den erhaltenen verrechnungssteuerbelasteten Erträgen geschuldeten Gewinnsteuer gewährt. Ob die ausländischen Begünstigten in einem Staat ansässig sind, mit dem die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkom-

²⁵ Vgl. dazu Oesterhelt/Oppliger, § 11 N 18 ff.

men abgeschlossen hat, und somit bei einer transparenten Behandlung der Stiftung zur (teilweisen) Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf den von ihr vereinnahmten Erträgen berechtigt wären oder nicht, ist irrelevant. Ebenfalls unerheblich ist gemäss Praxis der ESTV, ob die gegen Art. 335 ZGB verstossende Zuwendung an einen in- oder ausländischen Begünstigten ausgerichtet wird.

Beispiel: Eine schweizerische Familienstiftung mit 10 Begünstigten (5 im Inland Ansässige und 5 im Ausland Ansässige) erzielt in den Jahren 2020-2022 Dividendenerträge auf Schweizer Aktien (Börsentitel), welche mit CHF 100'000 Verrechnungssteuer pro Jahr (insgesamt CHF 300'000) belastet sind. Angenommen wird weiter, dass die Stiftung Gewinnsteuern von CHF 80'000 pro Jahr zahlt (wovon jeweils CHF 60'000 auf der Verrechnungssteuer unterliegende Erträge entfallen). Im Jahr 2021 leistet die Stiftung eine Zuwendung von CHF 1 Mio. an einen im Ausland ansässigen Begünstigten, damit dieser sein Start-up finanzieren kann. In den Jahren 2020 und 2022 erbringt die Stiftung ansonsten bloss reguläre Zuwendungen zur Finanzierung der Ausbildung verschiedener Begünstigter.

Die Zuwendung von CHF 1 Mio. zur Finanzierung des Start-ups ist aus Sicht ESTV nicht mit Art. 335 ZGB kompatibel.



Gemäss aktueller Praxis der ESTV führt dies im Jahr 2021 zu einer Kürzung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer nach Massgabe der Rückerstattungsposition der Begünstigten der Stiftung:

- Die volle Rückerstattung der Verrechnungssteuer (in casu: CHF 50'000) wird für die im Inland ansässigen Begünstigten (50%) gewährt.
- Für die im Ausland ansässigen Begünstigten wird die Rückerstattung nach Massgabe der Gewinnsteuer gewährt, die auf die verrechnungssteuerbelasteten Einkünfte entfällt. Da im Jahr 2021 insgesamt CHF 60'000 der Gewinnsteuer auf die verrechnungssteuerbelasteten Dividenden entfallen, wird für diese Begünstigten insgesamt CHF 30'000 Verrechnungssteuer an die Stiftung zurückerstattet (d.h. 50% von CHF 60'000).

Insgesamt gewährt die ESTV somit die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang von CHF 80'000. Es kommt mithin zu einer Kürzung im Umfang von CHF 20'000. Für die Jahre 2020 und 2022 gewährt die ESTV dagegen die volle Rückerstattung von CHF 100'000.

Die aktuelle Praxis der ESTV zur Kürzung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer in Steuerperioden, in welchen mit Art. 335 ZGB nicht vereinbare Zuwendungen ausgerichtet werden, vermag nicht zu überzeugen. Die ESTV ist deshalb daran, ihre Praxis zu überprüfen. Eine allfällige Praxisänderung würde den betroffenen Familienstiftungen vorgängig mitgeteilt.

6. Überblick und Fazit

	Errichtung	Laufende Besteuerung	Zuwendung
Als Steuersubjekt anerkannte Stiftung	Erbschafts- /Schenkungssteuer (i.d.R. Maximalsatz) 	Bei der Stiftung (kein Beteiligungsabzug!)	Ertrag und Substanz: Einkommenssteuer 
Zurechnung an Stifter	keine	Beim Stifter (Kapitalgewinne steuerfrei)	An Stifter: keine An Begünstigte: Schenkungssteuer
Zurechnung an Begünstigte	Erbschafts- /Schenkungssteuer	Bei den Begünstigten (Kapitalgewinne steuerfrei)	keine

Wie gezeigt, sieht sich eine als Steuersubjekt anerkannte Familienstiftung regelmässig hohen (substanzverzehrenden) Steuerbelastungen ausgesetzt, dies gilt insbesondere hinsichtlich der einschneidenden Einlagebesteuerung (Erbschafts- oder Schenkungssteuer regelmässig zum Nichtverwandtentarif) sowie der vollumfänglichen Besteuerung der Ausschüttungen. Im Ergebnis kommt es zur doppelten Belastung des an sich gleichen Substrats. Würde der Stifter das Vermögen direkt den Erben überlassen, läge die Steuerlast dagegen regelmässig bei CHF 0, jedenfalls wenn es sich bei den Erben um seine Nachkommen handelt.

Diese Steuerfolgen treten dann nicht ein, wenn die Stiftung nicht als Steuersubjekt anerkannt wird, sondern eine Zurechnung entweder an den Stifter oder die Destinatäre erfolgt. Diesfalls wird die zivilrechtliche Existenz der Stiftung steuerlich ausser Betracht gelassen, weshalb sie auch für die Steuerfolgen ohne Belang ist.

Dass zivilrechtlich bestehende Stiftungen nicht zwingend als Steuersubjekte anerkannt werden, übersieht namentlich Riemer in seiner Entgegnung zum NZZ-Beitrag der beiden Autoren.²⁶ Er ortet nämlich ein steuerliches Missbrauchspotential, wenn sich die Stifter oder Begünstigte intern am Stiftungsvermögen frei bedienen, gegenüber dem Fiskus dagegen auf die Selbständigkeit der juristischen Person berufen.²⁷ In diesen Fällen (kontrollierte Stiftung,

²⁶ Riemer.

²⁷ Riemer.

Stiftung mit fester Begünstigung) erfolgt – wie aufgezeigt – steuerlich aber gerade eine *transparente* Behandlung. Entgegen der Behauptung von Riemer lässt sich diesfalls auch nicht die Progression nicht brechen.

III. Besteuerung der Schweizer Familienstiftung in Zukunft

1. Plädoyer für die Liberalisierung der Schweizer Familienstiftung

Die Schweizer Familienstiftung lässt sich insbesondere wegen des Verbots der Neuerrichtung von Unterhaltstiftungen (Art. 335 ZGB) nur sehr eingeschränkt nutzen.²⁸ Im schweizerischen Recht fehlt mithin ein taugliches Vehikel für die familiäre Vermögens- und Nachlassplanung. Gemeint ist damit primär ein Instrument, das eine dosierte Weitergabe des Familienvermögens an die Nachkommen ermöglicht, mithin verhindert, dass das Vermögen „auf einen Schlag“ an die Erben übergeht. Rechtsuchende sind derzeit auf ausländische Vehikel angewiesen: im Vordergrund stehen dabei seit langem nach ausländischem Recht errichtete Trusts und liechtensteinische Familienstiftungen.²⁹

In einer 2019 vom Büro BASS im Auftrag des Bundesamts für Justiz (BJ), des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen (SIF) und des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) erstellten ökonomischen Studie³⁰ wird das Fehlen eines tauglichen Nachlassplanungsinstruments gar als staatliches Regulierungsversagen bezeichnet. Gleichzeitig bringt besagte Studie hervor, dass sich ein Schweizer Vehikel aus gesamtwirtschaftlicher Sicht klar lohnen würde.

Die Einführung eines Schweizer Trusts wäre hier zweifellos ein Lösungsansatz gewesen. Nachdem dieses Rechtsinstitut aber – insbesondere aus steuerlichen Gründen³¹ – voraussichtlich scheitern wird, bietet sich die schweizerische

²⁸ Nach schweizerischem Recht ist auch der Vorbehalt von Widerrufs- und Abänderungsrechten ausgeschlossen (vgl. insb. BK ZGB-Riemer, Art. 335, N 227, N 255. Aus der Rechtsprechung: BGE 140 II 255 E. 5, E. 6.1). Die liechtensteinische Familienstiftung z.B. kennt demgegenüber keine vergleichbaren Restriktionen. De lege ferenda könnte auch über die Zulassung von solchen Gestaltungsrechten nachgedacht werden. Auch beim Schweizer Trust war gemäss Vorentwurf eine widerrufliche/abänderliche Ausgestaltung vorgesehen. Folglich lässt sich kaum sagen, dass Derartiges mit unserem Rechtsverständnis schlechterdings nicht vereinbar wäre.

²⁹ Vgl. etwa Breitschmid, 133 f.; Künzle, 190; Sprecher, 82 f.

³⁰ Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht.html>>.

³¹ Vgl. zu den Unzulänglichkeiten des Vorentwurfs Opél/Oesterhelt, Vorentwurf, 266 ff.

Familienstiftung als Alternative an.³² Diese müsste hierzu jedoch reformiert werden. Zu ändern wären vorab die restriktiven zivilrechtlichen Rahmenbedingungen, wohingegen sich im Steuerrecht grundsätzlich kein Reformbedarf auftut – wie zu zeigen ist (siehe unten, [III.3.](#)).

2. Motion von Thierry Burkart

Die am 15. Dezember 2022 eingereichte Motion „Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben“ von Thierry Burkart weist genau in die richtige Richtung.³³ Der Motionär verlangt im Wesentlichen die Aufhebung des Verbots der Unterhaltsstiftung resp. eine Streichung des in Art. 335 ZGB enthaltenen Verbots. Die weiteren Eckwerte lässt die Motion offen, so etwa auch die Frage, ob eine zeitliche Befristung vorzusehen wäre, und/oder ob stifterische Widerrufs- und Abänderungsrechte zuzulassen wären.³⁴

In der Motion wird weiter (richtigerweise) darauf hingewiesen, dass steuerrechtlich – anders als bei der Trustvorlage – nicht zwingend Handlungsbedarf besteht (siehe dazu unten, [III.3.](#)).

Die Motion wurde vom Ständerat am 12. Dezember 2023 und vom Nationalrat am 27. Februar 2024 – jeweils mit deutlicher Mehrheit – gutgeheissen. Somit ist der Bundesrat nun gehalten, grundsätzlich innerhalb von zwei Jahren einen Gesetzesentwurf vorzulegen.

3. Steuerliche Beurteilung

a) *Im Grundsatz*

Familienstiftungen sind – anders als Trusts – grundsätzlich als Steuersubjekte anerkannt. Es tun sich somit keine Steuerlücken auf. Das gilt insbesondere für zivilrechtskonform konzipierte Schweizer Familienstiftungen nach geltendem Recht. Diese lassen sich wegen der Vorgabe von Art. 335 ZGB weder „kontrolliert“ noch „nutzniessungsähnlich“ ausgestalten.

Wie gezeigt, werden Familienstiftungen nach geltender Praxis jedoch – je nach Ausgestaltung – steuerlich transparent behandelt. Das gilt im Moment vor al-

³² So zuletzt Opel/Oesterhelt. Siehe auch Jakob/Kalt, 635.

³³ Aus Gründen der Transparenz sei hier offenzulegen, dass die Autoren den Motionär in dieser Sache beraten haben.

³⁴ Siehe zu Letzterem oben, Fn. 28.

lem (aber nicht nur) für ausländische Familienstiftungen.³⁵ Stiftungsvermögen und -ertrag werden diesfalls dem Stifter oder den Begünstigten zugerechnet.

Würde in der Schweiz die Unterhaltsstiftung eingeführt, könnte die Praxis zur Besteuerung von ausländischen Familienstiftungen im Wesentlichen *tel quel* auf inländische Unterhaltsstiftungen angewandt werden: Mithin müsste – analog zu ausländischen Stiftungen – unterschieden werden, ob es sich um eine kontrollierte (und somit steuerlich transparent behandelte) oder um eine nicht kontrollierte (und somit steuerlich intransparent behandelte) Stiftung handelt.

Auch bei einer Stiftung, welche den Begünstigten feste Rechtsansprüche auf Leistungen vermittelt, wird den Begünstigten das Stiftungsvermögen steuerlich zugerechnet (nutznießungsähnliches Verhältnis).³⁶ Das ist bei Unterhaltsstiftungen regelmässig der Fall. Eine Regelung im Steuergesetz wäre grundsätzlich entbehrlich, da dies schon nach geltendem Recht so gilt. Eine gesetzliche Regelung liesse sich aber aus Gründen der Rechtssicherheit in Betracht ziehen.

Die steuerlich transparente Behandlung von Unterhaltsstiftungen hat zur Folge, dass diese nicht aus steuerlichen Motiven errichtet werden (keine Abschirmwirkung), sondern aus anderen Gründen (Absicherung der Familie etc.). Handkehrum stehen der Nutzung der Unterhaltsstiftung auch keine steuerlichen Hürden im Wege. Die steuerlich transparente Behandlung liegt vielmehr regelmässig auch im Interesse des Stifters resp. der Begünstigten. Auf diese Weise entfällt nämlich die Problematik der doppelten Besteuerung bei der Übertragung des Vermögens an die Stiftung einerseits sowie bei der Ausschüttung andererseits.

Mit der Zulassung von Unterhaltsstiftungen würden dem Schweizer Fiskus – aufgrund der regelmässig transparenten Behandlung – grundsätzlich auch keine Steuerausfälle entstehen. Zugleich könnte das Rechtsbedürfnis nach einem tauglichen Nachlassplanungsvehikel unter schweizerischem Recht endlich befriedigt werden.

Auch wenn aufgrund der etablierten Praxis eine Regelung in den Steuergesetzen u.E. an sich nicht notwendig ist, mag sich eine solche aus Gründen der Rechtssicherheit aufdrängen. Im bisherigen politischen Prozess hat sich gezeigt, dass die Steuerfragen jeweils einen grossen Raum einnehmen. Dass (ausländische) Familienstiftungen regelmässig transparent besteuert werden, wird dabei häufig übersehen. Damit aber die Familienstiftung nicht an offenen Steuerfragen scheitert, dürfte eine gesetzliche Regelung sinnvoll sein.

³⁵ Vgl. hierzu Oesterhelt/Opel, Trusts und Stiftungen, § 12 N 49 ff.

³⁶ Rechtsgrundlage für die Zurechnung stellt Art. 13 Abs. 2 StHG dar.

b) *Statuswechsel mit Inkrafttreten der Liberalisierung?*

Inländische Familienstiftungen, bei welchen die Vorgaben von Art. 335 ZGB eingehalten werden, werden steuerlich intransparent behandelt. Es stellt sich nun die Frage, ob das Inkrafttreten einer Gesetzesnovelle, welche eine Unterhaltsstiftung zulassen würde, einen Statuswechsel bewirkt. Erlauben es die Statuten, dass die bereits bestehende Stiftung nunmehr Unterhaltsleistungen erbringt, und erbringt sie auch tatsächlich solche, wäre die Stiftung steuerlich fortan wohl transparent zu behandeln (nutznießungsähnliches Verhältnis). Es wäre vermutlich von einer „Schlussausschüttung“ der Stiftung an die Begünstigten auszugehen mit entsprechenden Einkommenssteuerfolgen. Hier stellt sich die Frage, ob eine Art Übergangsregelung („Grandfathering“) für die intransparente Behandlung bereits bestehender Stiftungen vorzusehen wäre.

IV. Fazit

Die Vorteile einer „nachlassplanungstauglichen“ Schweizer Familienstiftung liegen auf der Hand: Sie fügt sich – anders als der Trust – ohne Weiteres in unser Rechtssystem ein und die Liberalisierung wäre mit ein paar wenigen Pinselstrichen des Gesetzgebers möglich. Mit dem Rechtsinstitut der Familienunterhaltsstiftung würde sich inskünftig ein Rückgriff auf ausländische Instrumente erübrigen, womit der Abfluss von Vermögen ins Ausland verringert würde. Überdies hätte der Schweizer Gesetzgeber die inhaltliche Ausgestaltung der Schweizer Familienstiftung unter eigener Kontrolle.

Darum gilt in Anlehnung an Goethe: Warum in die Ferne schweifen? Sieh, das Gute liegt so nah.

Literaturverzeichnis

Berner Kommentar, Die Stiftungen, Art. 80-89c ZGB, in: Riemer Hans Michael, 2. A., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer, Art. XX, N YY).

Berner Kommentar, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89^{bis} ZGB, in: Riemer Hans Michael, Bern 1975 (zit. aBK ZGB-Riemer, Art. XX, N YY).

Breitschmid Peter, Erbrecht, Unter Berücksichtigung insbesondere der Schnittstellen von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Aspekten, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 109 ff.

Grüniger Harold, Die Familienstiftungslandschaft, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas (Hrsg.), Familienstiftungen – neue Perspektiven, 49 ff.

- Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun?, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas (Hrsg.), Familienstiftungen – neue Perspektiven, 117 ff.
- Jakob Dominique/Kalt Michelle, Ein Trustrecht für die Schweiz? Über den Sinn der Einführung eines neuen Rechtsinstituts im Schweizer Recht, EF 2019, 630 ff.
- Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), in: Zweifel Martin/Beusch Michael (Hrsg.), 4. A., Basel 2022 (zit. Komm. DBG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Künzle Hans Rainer, Familienstiftung – Quo Vadis?, in: Breitschmid Peter et al. (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 173 ff.
- Leu Daniel/Eichenberger Lukas, Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung: Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas (Hrsg.), Familienstiftungen – neue Perspektiven, 84 ff.
- Oesterhelt Stefan, Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2021/2022, FStR 2022, 257 ff.
- Oesterhelt Stefan/Opel Andrea, Trusts und Stiftungen, in: Stocker Raoul/Oesterhelt Stefan (Hrsg.), Internationales Steuerrecht der Schweiz, Bern 2023, 147 ff. (zit. Oesterhelt/Opel, Trusts und Stiftungen).
- Oesterhelt Stefan/Opel Andrea, Statuswechsel von liechtensteinischen Familienstiftungen, EF 2021, 487 ff. (zit. Oesterhelt/Opel, liechtensteinische Familienstiftung).
- Oesterhelt Stefan/Oppliger Oliver, Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Bern 2024.
- Opel Andrea, Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2022 – ein Resümee, successio 2023, 241 ff. (zit. Opel, Erbschafts- und Schenkungssteuer).
- Opel Andrea, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen, Diss., Basel 2009 (zit. Opel, Steuerliche Behandlung).
- Opel Andrea, Stiftungen schenken nicht, ASA 2019/2020, 171 ff. (zit. Opel, Stiftungen).
- Opel Andrea/Oesterhelt Stefan, Der Schweizer Trust wird scheitern – die Alternative heisst Familienstiftung, NZZ vom 6. Juli 2022, <<https://www.nzz.ch/meinung/familienstiftung-statt-trust-ld.1690294>>.
- Opel Andrea/Oesterhelt Stefan, Vorentwurf für einen Schweizer Trust, StR 2022, 266 ff. (zit. Opel/Oesterhelt, Vorentwurf).
- Opel Andrea/Oesterhelt Stefan, Zukunft für die Schweizer Familienstiftung, Anpassungsbedarf in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht, SJZ 2022, 951 ff. (zit. Opel/Oesterhelt, Zukunft).
- Riemer Hans-Michael, Familienstiftungen bergen ein grosses Missbrauchspotenzial, NZZ vom 20. Juli 2022, <<https://www.nzz.ch/meinung/familienstiftungen-bergen-ein-grosses-missbrauchspotenzial-ld.1693078>>.
- Sprecher Thomas, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zürich 2006.

Nichtigkeit und Eintragungsverweigerung

Hürden bei der Eintragung alter Familienstiftungen ins Handelsregister

Lukas Eichenberger / Daniel Leu

Inhalt

I.	Ausgangslage	82
II.	Registerrechtliche Grundlagen	84
1.	Ordentliches Handelsregisterverfahren	84
2.	Kognition	84
a)	Grundlagen und Reichweite der Kognition	84
b)	Kognition in materiell-rechtlichen Fragen	85
III.	Registerbelege als Problemfeld des Eintragungsverfahrens	87
1.	Einverlangen der Errichtungsurkunde der Stiftung	87
a)	Massgebende Urkundenfassungen	87
b)	Formeller Nachweis vs. protokollarische Feststellung (Art. 181a HRegV) der historischen Stiftungerrichtung	88
c)	Analoge Anwendung von Art. 181a HRegV	89
d)	Stiftungs- und beweisrechtliche Folgen des Verlusts der Stiftungsurkunde	90
2.	Beanstandung jüngerer Urkundenfassungen (stiftungsseitige Änderungen)	91
a)	Kontroverse (materiell-rechtliche) Kompetenzregelung bei Urkundenänderungen	91
b)	Beanstandung stiftungsseitiger Urkundenänderungen durch das EHRA und das BVGer	92
IV.	Urkundeninhalt als Problemfeld des Eintragungsverfahrens	94
1.	Beanstandung von Unterhaltszwecken	94
a)	Verbot von (Familien)Unterhaltsstiftungen	94
b)	Unklare Kognitionsbefugnis von EHRA und BVGer	95
2.	Übrige Beanstandungen	95
V.	Bereinigung (teil)nichtiger Urkundeninhalte	96
1.	Nichtigkeit, Teilnichtigkeit, Konversion	96
2.	Kompetenz der Familienstiftung zur Bereinigung der (Teil)Nichtigkeit	98
3.	Verfehlt Praxis von EHRA und BVGer	100
VI.	Eintragungsverweigerung und Handlungsoptionen	101
1.	Rechtliche Ausgangslage bei Eintragungsverweigerung	101
2.	Feststellung der Nichtigkeit	102
3.	Verwaltungsrechtliche Beschwerde	102

4.	Zivilprozessuale Feststellung von Bestand und/oder Gültigkeit	105
a)	Gerichtliche Beurteilung der materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen	105
b)	Prozessuale Aspekte	105
c)	Bindungswirkung von Entscheiden im summarischen Verfahren	107
5.	Passivität der Familienstiftung / Verwaltungsmassnahmen der Handelsregisterbehörden	108
a)	Verfahren auf Eintragung von Amtes wegen	108
b)	(Zwangs)Massnahmen der Handelsregisterbehörden	109
VII.	Schlussbemerkungen	110
	Literaturverzeichnis	110

I. Ausgangslage

Familienstiftungen sind in ihrer personellen Ausrichtung auf die Angehörigen einer Familie beschränkt und nehmen nur in begrenztem Masse am allgemeinen Rechtsverkehr teil. Diese private Natur führte dazu, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) eine Befreiung von der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister gemäss aArt. 52 Abs. 2 ZGB vorsah.

Durch die Revision des Art. 52 Abs. 2 ZGB im Rahmen des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 12. Dezember 2014 (AS 2015 1389) hat der Gesetzgeber die Eintragungspflicht für juristische Personen auf Familien- und kirchliche Stiftungen ausgeweitet. Diese Änderung trat am 1. Januar 2016 in Kraft und gilt auch für bestehende Familienstiftungen sowie kirchliche Stiftungen, die sich bis dahin nur freiwillig ins Handelsregister eintragen lassen konnten. Für diese bestehenden und oft sehr alten Familien- und kirchlichen Stiftungen hat der Gesetzgeber in Art. 6b Abs. 2^{bis} SchlT ZGB Übergangsbestimmungen festgelegt. Demnach war für die deklaratorische Eintragung eine Frist bis zum 31. Dezember 2020 vorgesehen, wobei die betreffenden Stiftungen – auch für den Fall einer verspäteten Eintragung – weiterhin als juristische Personen anerkannt blieben.¹

Seit der Einführung der Eintragungspflicht ist die Eintragung ins Handelsregister zu einer wesentlichen Voraussetzung für die Führung von Familienstiftungen geworden. Dies liegt vor allem daran, dass (Grundbuch)Behörden und

¹ Urteil des Bundesgerichts 5A_20/2022 vom 7. Juli 2022 E. 1.2.2; Riemer, GAFI-Umsetzung, 74 f.

Compliance-Abteilungen von Bankinstituten regelmässig einen Handelsregisterauszug verlangen, welcher die Existenz der Familienstiftung und die Handlungsbefugnis ihrer Organe nachweist.

Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) und unter ihm die kantonalen Handelsregisterämter wenden eine strenge Eintragungspraxis an, die im Vergleich zu den früheren, freiwilligen Eintragungen nachweislich verschärft wurde. Diese Praxis wird in zahlreichen Praxismitteilungen und -darstellungen erläutert² und setzt hohe Anforderungen an die Dokumentation der Familienstiftungen³, die angesichts des hohen Alters vieler Familienstiftungen nicht erfüllt werden können, der während Jahrzehnten gelebten Stiftungspraxis nicht entsprechen und stiftungsrechtlich fragwürdig sind.

Daraus ergibt sich die paradoxe Situation, dass Familienstiftungen, die seit Jahrzehnten oder gar Jahrhunderten bestehen, mit den grössten praktischen Problemen konfrontiert sind, u.a. weil bei solchen Stiftungen oftmals nicht mehr alle Fassungen der Stiftungsurkunden vorhanden sind. Als Beispiel sei hier der Fall einer Familienstiftung genannt, die auf einem Erblehen aus dem Jahr 1541 basiert.⁴ Die Situation wird zusätzlich dadurch erschwert, dass die Beschwerdeinstanzen, insbesondere das Bundesverwaltungsgericht (BVGer)⁵, die u.E. unangemessene bzw. teilweise kompetenzüberschreitende Praxis des EHRA und der Handelsregisterbehörden schützen.

² Vgl. Praxismitteilung 3/2015 des EHRA vom 23. Dezember 2015 („Eintragung von kirchlichen Stiftungen und Familienstiftungen im Handelsregister“); Praxismitteilung 1/2015 des EHRA vom 24. Juni 2015 („Gesellschaftsrechtliche Umsetzung des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI)“). Vgl. zudem die Darstellungen in der REPRAX von Cartier et al., Rückblick 2018, Cartier et al., Rückblick 2019 und Di Sauro et al. zur Praxis des EHRA der Jahre 2018–2020.

³ Siehe unten, [III.1.](#) (Einverlangen der Errichtungsdokumente), [III.2.](#) (Anforderungen an die Änderung der Stiftungsurkunde) und [IV.](#) (Beanstandung von Zweck und sonstigen Urkundenbestimmungen).

⁴ Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 810 22 138 vom 17. August 2022.

⁵ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16. August 2021; B-1749/2020 vom 16. August 2021; vgl. ferner zur Eintragung neu zu errichtender Familienstiftungen B-5100/2020 vom 23. November 2021.

II. Registerrechtliche Grundlagen

1. Ordentliches Handelsregisterverfahren

Das ordentliche Eintragungsverfahren beruht auf einer Anmeldung beim kantonalen Handelsregisteramt gemäss Art. 929 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). In einer ersten Verfahrensstufe (Prüfungsverfahren) prüft dieses Handelsregisteramt die Eintragungsvoraussetzungen und nimmt gegebenenfalls die Eintragung im Tagesregister vor. In einer zweiten Verfahrensstufe (Genehmigungsverfahren) prüft das EHRA die Voraussetzungen nach, worauf es den Eintrag genehmigt soweit die Voraussetzungen gegeben sind und die Eintragung im Tagebuch sowie die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgen können.

Die Handelsregisterbehörden prüfen von Amtes wegen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind (Art. 937 OR), d.h. ob die Anmeldung und die Handelsregisterbelege alle zwingenden formellen und materiell-rechtlichen Bestimmungen des Zivil- und Handelsregisterrechts erfüllen. Das Belegprinzip (Art. 929 Abs. 2 OR) legt fest, dass alle eintragungsrelevanten Tatsachen durch einen schriftlichen Beleg nachgewiesen sein müssen.⁶ Im Falle der Familienstiftung sind dies die Stiftungsurkunde bzw. die Verfügung von Todes wegen gemäss Art. 81 Abs. 1 ZGB sowie weitere Belege, welche sich u.a. durch die analoge Anwendung von Art. 94 HRegV⁷ ergeben. Die Prüfung erstreckt sich hierbei grundsätzlich auf den gesamten Inhalt der Belege und nicht nur auf die Inhalte des Handelsregistereintrags i.S.v. Art. 95 HRegV.

2. Kognition

a) Grundlagen und Reichweite der Kognition

Die Kognition bezeichnet als Oberbegriff die Prüfungspflicht sowie die Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden bei der Verifizierung der Eintragungsvoraussetzungen. Prüfungspflicht und -befugnis stellen zwei Seiten derselben Medaille dar und stimmen umfangmässig überein. Aufgrund des Prinzips der Einheit des Verfahrens haben alle beteiligten Handelsregister- und Rechtsmittelbehörden während des gesamten Verfahrens dieselbe Kognition.⁸

⁶ BK-Siffert, Art. 929, N 22; SHK HRegV-Siffert, Art. 24, N 1.

⁷ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

⁸ BGE 135 V 382 E. 4.2 S. 389; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 E. 6; SHK BGG-Seiler, Art. 111, N 14; siehe zudem die Nachweise bei Eichenberger, 22.

Im Handelsregisterverfahren werden einerseits formelle bzw. registerrechtliche Voraussetzungen und andererseits materiell-rechtliche Voraussetzungen unterschieden. Bezüglich der formellen Voraussetzungen haben die Handelsregisterbehörden volle Kognition, womit die Anmeldung und das Vorliegen der erforderlichen Belege uneingeschränkt geprüft werden. Zudem ist erforderlich, dass die Eintragung unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten zulässig ist.⁹ Es ist deshalb zu prüfen, ob die Belege – bei Familienstiftungen insbesondere die Stiftungsurkunde – bezüglich ihres Zustandekommens und Inhalts gültig sind.

Die Kognition in materiell-rechtlichen Fragen wird durch die ständige Rechtsprechung des BGer eingeschränkt. Diese Beschränkung erfolgt durch eine teleologischen Reduktion der Prüfungspflicht gemäss der sogenannten Kognitionsformel, die wie folgt lautet:

„[Der Handelsregisterführer] hat nach ständiger Rechtsprechung auf die Einhaltung jener **zwingenden Gesetzesbestimmungen** zu achten, die im **öffentlichen Interesse** oder zum **Schutze Dritter** aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder **nur private Interessen** berühren, das **Zivilgericht anzurufen** haben.

Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie **offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht**, nicht aber wenn sie auf einer **ebenfalls vertretbaren Gesetzesauslegung** beruht, deren Beurteilung dem Zivilgericht überlassen bleiben muss.“¹⁰

Diese Kognitionsbeschränkung bewirkt, dass die Abweisung eines Eintragungsgesuchs aus materiell-rechtlichen Gründen nur dann zulässig ist, wenn ein Verstoss gegen eine qualifiziert zwingende Norm vorliegt und dieser Verstoss offensichtlich und unzweideutig ist.

b) *Kognition in materiell-rechtlichen Fragen*

Lehre und Rechtsprechung haben die Kriterien der Kognitionsformel weiter präzisiert. Die Bestimmung, ob eine qualifiziert zwingende Norm vorliegt, erfolgt durch die Auslegung von Normcharakter und Schutzrichtung. Dabei wird von einem engen Verständnis der massgebenden öffentlichen Interessen ausgegangen, die überdies hinreichend konkret sein müssen. Allgemeine volks-

⁹ Vgl. BGE 132 III 668 E. 3.1 S. 672; Böckli, § 1 Rz. 362 f.

¹⁰ BGE 132 III 668 E. 3.1 S. 672 (Hervorhebungen und Umbrüche durch die Autoren); 125 III 18 E. 3.b S. 21.

wirtschaftliche oder fiskalische Interessen sind kognitionsrechtlich nicht relevant.¹¹ Der Kreis der schutzwürdigen Dritten wird ebenfalls eng verstanden. Es werden in erster Linie (potenzielle) Gläubiger der einzutragenden Stiftung bzw. Rechtsperson erfasst¹², jedoch nicht deren allfällige gegenwärtigen oder zukünftigen Gesellschafter.¹³ Diese Abgrenzung überzeugt, weil die Beteiligten (nur) über eine Anwartschaft am Vermögen der juristischen Person sowie über besondere Informations- und Rechtsbehelfsmöglichkeiten verfügen. Daher sollten Stiftungsbeteiligte wie der Stifter oder die Familienangehörigen, die eine vergleichbare Rechtsstellung innehaben, u.E. ebenfalls nicht als Dritte i.S. der Kognitionsformel betrachtet werden.

Das Kriterium der Offensichtlichkeit eines Verstosses ist erfüllt, wenn der Verstoss aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes oder aus der Rechtsprechung des BGer hervorgeht. Die Unzweideutigkeit eines Verstosses liegt vor, wenn dieser auf der einzigen vertretbaren Auslegung der verletzten Norm basiert. Die Frage, ob die Auslegungshypothese, aus der sich die behauptete Verletzung ergibt, tatsächlich als die einzige vertretbare Auslegung erscheint, ist anhand des Standes von Lehre und Rechtsprechung einerseits sowie anhand der Überzeugungskraft der Argumente und der wissenschaftlichen Gewichtigkeit ihrer Vertreter andererseits zu beurteilen.¹⁴

Wenn die Zulässigkeit einer Gestaltung unter einer qualifiziert zwingenden Norm umstritten ist, dürfen sich die Handelsregisterbehörden u.E. nicht mit einer oberflächlichen Konsultation einiger Standardwerke der Literatur begnügen: Vielmehr sind sie verpflichtet, eine umfassende Recherche zum Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung durchzuführen.¹⁵ Wo es keine allgemein anerkannte oder vorherrschende Gerichtspraxis oder Lehrmeinung zur (Un-)Zulässigkeit gibt, ist die Eintragung vorzunehmen.¹⁶ Diese Rechtslage wurde in BGE 85 I 62 besonders deutlich dargelegt:

„[I]m Handelsregister sind **nicht nur die zweifellos statthaften**, sondern auch solche Vorgänge offenkundig zu machen, **über deren Zulässigkeit sich streiten lässt**. Solche Streitigkeiten zu entscheiden, ist Sache des ordentlichen [Zivil]Richters, nicht der Handelsregisterbehörden und des

¹¹ Forstmoser, 3; BK-Siffert, Art. 937, N 27.

¹² Vgl. Mitteilung des EHRA vom 15. August 2001 betreffend Sacheinlage und Sachübernahme, 1 f.; Bär, 429.

¹³ BGE 117 II 186 E. 3 S. 191 f.; 91 I 360 E. 2 S. 362; Bär, 429; Forstmoser, 9; Guldener, 47.

¹⁴ BGE 132 III 668 E. 3.1 S. 365; Böckli, § 1 Rz. 365; Kunz, 125.

¹⁵ So bereits Meisterhans, 107 mit Verweis auf BGE 117 II 186 E. 2.b S. 189, wo das BGer nicht weniger als 15 Autoren zitierte.

¹⁶ BGE 117 II 186 E. 3 S. 192; Böckli, § 1 Rz. 365; ähnlich Forstmoser, 17.

Bundesgerichts als Verwaltungsgericht. Diese haben nur darüber zu wachen, dass das Handelsregister nicht zur Bekanntgabe von Vorgängen missbraucht werde, die **vom ordentlichen Richter unmöglich geschützt werden könnten**. Registerbehörden und Verwaltungsgericht haben daher nicht eingehend zu prüfen, ob ein Vorgang, um dessen Eintragung nachgesucht wird, nach materiellem Zivilrecht zulässig sei, sondern nur, ob er ihm nicht **offensichtlich widerspreche**.¹⁷

III. Registerbelege als Problemfeld des Eintragungsverfahrens

I. Einverlangen der Errichtungsurkunde der Stiftung

a) *Massgebende Urkundenfassungen*

Mit der Anmeldung der Stiftung im Handelsregister muss die Stiftungsurkunde als Eintragungsbeleg eingereicht werden (Art. 81 Abs. 2 ZGB). Als Beleg dient die Stiftungsurkunde bei der Ersteintragung dem Nachweis des Stiftungsgeschäfts sowie als Erkenntnisquelle über den Statuteninhalt. Die Ausgangslage bei der deklaratorischen Eintragung von existierenden Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen ist insofern atypisch, als diese die Stiftungsurkunde während der Zeit ihres Bestehens allenfalls (mehrfach) angepasst haben und es im Zeitpunkt der Ersteintragung mehrere Urkundenfassungen geben kann. Es stellt sich in solchen Fällen die Frage, welche Fassung(en) der Stiftungsurkunde als Eintragungsbeleg herangezogen werden sollen bzw. müssen.

Die Frage nach der Massgeblichkeit einer jeden Urkundenfassung als Eintragungsbeleg ist eine Frage registerrechtlicher Natur und muss – in Ermangelung einer vollständigen Regelung in der Handelsregisterverordnung – durch Auslegung und mit Blick auf die eingangs erwähnten Belegfunktionen beantwortet werden. Im Ergebnis ist damit von der Massgeblichkeit der folgenden beiden Stiftungsurkunden auszugehen:

- *Errichtungsurkunde bzw. Verfügung von Todes wegen*: Als Beleg für die Errichtung bzw. den Bestand von existierenden Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen ist – entsprechend dem impliziten, in Art. 181a HRegV verankerten Grundsatz – in erster Linie das historische Errichtungsdoku-

¹⁷ BGE 85 I 62 E. 1 S. 64 sowie mit ähnlicher Formulierung BGE 86 I 105 E. 1 S. 107, welche beide wiederholt bestätigt wurden.

ment¹⁸ (öffentliche Urkunde oder stifterische Verfügung von Todes wegen) beizubringen.

- *Aktuelle Stiftungsurkunde*: Eine Beurteilung des gegenwärtigen – für die Ersteintragung massgebenden – Inhalts der Stiftungsurkunde ist nur auf der Grundlage der geltenden Fassung der Stiftungsurkunde möglich. Bei dieser handelt es sich – vorbehaltlich einer abweichenden Feststellung der Handelsregisterbehörden im Rahmen der beschränkten Kognition in materiell-rechtlichen Fragen – um die jüngste Fassung der Urkunde. Andere Versionen der Stiftungsurkunde sind demgegenüber nach hier vertretener Ansicht ohne registerrechtliche Relevanz und damit nicht als Eintragungsbelege einzureichen.¹⁹

b) *Formeller Nachweis vs. protokollarische Feststellung (Art. 181a HRegV) der historischen Stiftungserrichtung*

Ältere Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen sehen sich nicht selten mit dem Problem konfrontiert, dass die historischen Errichtungsdokumente aufgrund des langen Zeitablaufs seit der Errichtung nicht mehr beigebracht werden können. Der formelle Nachweis des Bestehens mittels der Errichtungsdokumente ist nicht möglich.

Diesem Umstand tragen die Übergangsbestimmungen der Handelsregisterverordnung Rechnung. Art. 181a HRegV hält in Bezug auf die kirchlichen Stiftungen fest, dass diese auch dann im Handelsregister eingetragen werden,

¹⁸ Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Finanzdepartements zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 11. November 2015, 13 f.; vgl. Votum Bundesrätin Widmer-Schlumpf, Amt. Bull. N 2014 1968.

¹⁹ Der Beweggrund des Gesetzgebers für die Unterstellung der Familien- und kirchlichen Stiftungen unter die Eintragungspflicht war es, die Standards der FATF/GAFI u.a. in Bezug auf die Transparenz von juristischen Personen „im schweizerischen Recht umzusetzen und damit zu verhindern, dass der Finanzplatz Schweiz für kriminelle Zwecke missbraucht werden kann“ (Botschaft des Bundesrates zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl 2014, 605 ff., 606). Die Schaffung einer (über die Prävention von Straftaten hinausgehenden) Transparenz in Bezug auf vergangene Rechtszustände war vom Gesetzgeber dagegen nicht beabsichtigt und findet in den gesetzlichen Zwecken des Handelsregisters gemäss Art. 927 Abs. 1 des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) („Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen“) keine Stütze, zumal die Inhalte der überholten Urkundenfassungen für den Geschäftsverkehr nicht relevant sind. Vgl. zur *ratio legis* hinter der GAFI-Revision zudem Grüninger, Familienstiftungen, 155 f.

wenn weder eine Stiftungsurkunde noch eine Verfügung von Todes wegen verfügbar ist. Anstelle der genannten Belege muss das oberste Stiftungsorgan diesfalls in einem Protokoll(auszug) das Bestehen der kirchlichen Stiftung unter Angabe des Zwecks und des vermuteten Errichtungsdatums lediglich feststellen und diejenigen Dokumente bezeichnen, auf welche es sich hierbei stützt.

Damit ergeben sich für Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen – zumindest *prima vista* – unterschiedliche Eintragungsvoraussetzungen. Das EHRA weist die übrigen Handelsregisterbehörden an, Art. 181a HRegV getreu dem Wortlaut nur auf kirchliche Stiftungen anzuwenden, und lehnt eine erweiterte Anwendung auch auf Familienstiftungen „angesichts der Gesetzgebungshistorie und des [nach dem Verständnis des EHRA] darin ausgedrückten Willens des Gesetzgebers“ ab.²⁰

c) *Analoge Anwendung von Art. 181a HRegV*

Von Seiten der betroffenen Familienstiftungen wäre es erstrebenswert, Art. 181a HRegV analog auf ihre Eintragungsgesuche anzuwenden. Die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Anwendung *per analogiam* gegeben sind, muss anhand des Zwecks und der Entstehungsgeschichte von Art. 181a HRegV beurteilt werden.

Die Eintragungspflicht für Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen wurde im bundesrätlichen Entwurf für das GAFI-Gesetz gemeinsam vorgesehen. Während sich die Mehrheiten in National- und Ständerat bereits zu Beginn der parlamentarischen Behandlung für die Eintragungspflicht von Familienstiftungen aussprachen, konnten sich die Räte bezüglich der Eintragungspflicht für kirchliche Stiftungen erst im Einigungsverfahren durch einen Kompromiss einigen. Die Gegner einer Eintragungspflicht für kirchliche Stiftungen lehnten diese u.a. ab, da sie befürchteten, dass die zahlreichen, sehr alten kirchlichen Stiftungen die Anforderungen an die Eintragung nicht würden erfüllen können. Der Kompromiss gemäss Art. 6b Abs. 2^{bis} Satz 3 SchlT ZGB sieht daher vor, dass der Bundesrat beauftragt wird, die besonderen Verhältnisse der kirchlichen Stiftungen bei den Anforderungen an die Eintragung ins Handelsregister zu berücksichtigen.

Anhand der Gesetzgebungshistorie lässt sich nachvollziehen, dass der Gesetzgeber einerseits den Nachweisproblemen sehr alter Stiftungen Rechnung tragen wollte, andererseits zu Beginn des Verfahrens jedoch nicht erkannte, dass es neben den sehr alten kirchlichen Stiftungen auch (sehr) alte Familienstif-

²⁰ Di Sauro et al., 36; ferner Cartier et al., Rückblick 2018, 17.

tungen gibt. Das legt das Vorliegen einer (echten) schliessungsbedürftigen Lücke nahe, die einer teleologischen Extension von Art. 181a HRegV Raum gibt; demgegenüber spricht die Historie klar gegen ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Letzteres wird ferner durch das folgende Votum von Nationalrat Vogler bestätigt, der als Mitglied der nationalrätlichen Rechtskommission Art. 6b Abs. 2^{bis} SchlT ZGB formulierte und sich für eine Anwendung der vereinfachten Eintragungsmodalitäten auch für Familienstiftungen aussprach:

„Mit der Neuformulierung von Art. 6b Abs. 2bis Schlusstitel wird erreicht – das ist zentral –, dass für die **bestehenden kirchlichen Stiftungen, wie übrigens auch für Familienstiftungen**, die Rechtspersönlichkeit [...] gewahrt bleibt. Ich bin überzeugt, dass **diese Stiftungen** mit ebendiesem **Kompromiss gut leben können – dies auch deshalb, weil die Eintragungsmodalitäten vereinfacht** werden und die Übergangsfrist [...] auf fünf Jahre angehoben wird.“²¹

Der Nachweis der Stiftungsexistenz durch ein Stiftungsratsprotokoll gemäss Art. 181a HRegV muss demnach auch Familienstiftungen offenstehen.²² Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Vorlage der Gründungsstatuten bei der deklaratorischen Eintragung von Vereinen nicht zwingend erforderlich ist.²³

d) Stiftungs- und beweisrechtliche Folgen des Verlusts der Stiftungsurkunde

Der Untergang oder der Verlust des Errichtungsdokuments oder der geltenden Fassung der Stiftungsurkunde hat zivilrechtlich keine Folgen für die Existenz der Familienstiftung. Eine Koppelung der Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts an den Bestand der massgebenden Dokumente i.S. einer „Bestandesform“ ist dem Stiftungsrecht unbekannt.²⁴ Allerdings ergeben sich dadurch teilweise Beweisschwierigkeiten, wie die gegenwärtige Handelsregisterpraxis zeigt. Es wäre daher genauer zu untersuchen, ob und inwieweit der Nachweis des Bestandes auch durch die Vorlage von öffentlichen Urkunden i.S.v. Art. 9 ZGB, namentlich Stiftungsurkunden jüngerer Datums, erbracht werden kann.²⁵

²¹ Votum Vogler, Amt. Bull. N 2014 1967 (Hervorhebungen hinzugefügt); ferner das Votum in Amt. Bull. N 2014 2266 sowie das Votum von Bundesrätin Widmer-Schlumpf in Amt. Bull. N 2014 1968, wonach eine Anwendung „vor allem“ auf kirchliche Stiftungen vorgesehen sei.

²² Jakob/Humbel, Eintragung, 737 Fn. 12; ferner Riemer, GAFI-Umsetzung, 73. Siehe zur Kompetenz der Handelsregisterbehörden zur Füllung echter Gesetzeslücken Eichenberger, 30 ff. m.w.H.

²³ SHK HRegV-Berger, Art. 90, N 9.

²⁴ Eichenberger, 42 m.w.H.; allgemeiner BK ZGB-Wolf, Art. 9, N 55.

²⁵ Hierzu nur so viel: Gemäss Art. 9 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) erbringen öffentliche Urkunden grundsätzlich vollen Beweis für die

2. Beanstandung jüngerer Urkundenfassungen (stiftungsseitige Änderungen)

a) *Kontroverse (materiell-rechtliche) Kompetenzregelung bei Urkundenänderungen*

Änderungen der Stiftungsurkunde werden in der Praxis in aller Regel vom zuständigen Stiftungsorgan beschlossen und öffentlich beurkundet. Dennoch wird kontrovers diskutiert, ob Familienstiftungen die Kompetenz zur Änderung der Stiftungsurkunde besitzen oder ob dafür ein Gericht angerufen werden muss. Im Zentrum dieser Kontroverse steht die Frage, wie sich Art. 87 ZGB zu den Bestimmungen über die Änderung der Stiftungsurkunde (Art. 85, 86 und 86b ZGB) verhält. Art. 87 ZGB besagt:

Art. 87 ZGB

¹ Die Familienstiftungen und die kirchlichen Stiftungen sind unter Vorbehalt des öffentlichen Rechtes der Aufsichtsbehörde nicht unterstellt.

[...]

² Über Anstände privatrechtlicher Natur entscheidet das Gericht.

Die Argumentation für eine stiftungsseitige Änderungskompetenz bezieht sich u.a. auf den Wortlaut und die systematische Stellung von Art. 87 ZGB.²⁶ Gegen eine solche Kompetenz wird argumentiert, dass Art. 87 ZGB die Änderungsbestimmungen von Art. 85–86b ZGB in ihrer Gesamtheit derogiere, was zu einer echten (schliessungsbedürftigen) Gesetzeslücke in Bezug auf die Abänderbarkeit der Stiftungsurkunde führe.²⁷

durch sie bezeugten Tatsachen. Von der Prüfungspflicht der öffentlichen Urkundsperson mitumfasst ist dabei auch die Feststellung der Existenz der betreffenden juristischen Person, welche nicht anhand eines Handelsregisterauszugs zu erfolgen braucht (Brückner, 1016, 1022).

²⁶ Der Argumentation zufolge seien die Familienstiftungen der Aufsichtsbehörde nicht unterstellt, womit Art. 87 Abs.1 ZGB die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden gemäss Art. 85–86b ZGB derogiere, aber nicht die materiellen Änderungsvoraussetzungen dieser Bestimmungen. Stiftungsseitige Urkundenänderungen könnten, falls diese als unzulässig bestritten würden, als „Anstände privatrechtlicher Natur“ gemäss Art. 87 Abs. 2 ZGB der nachträglichen Aufsicht des zuständigen Gerichts zugeführt werden.

²⁷ Diese Gesetzeslücke sei, u.a. wegen der Schutzbedürftigkeit von bestimmten Stiftungsbeitragenden (z.B. von noch ungeborenen Destinatären) durch eine sinngemässe Anwendung von Art. 87 Abs. 2 ZGB zu schliessen, womit die Urkundenänderung zwingend auf dem Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erfolgen habe.

H.L. und Rechtsprechung sprechen dem Stiftungsrat einer Familienstiftung die Kompetenz zur Änderung der Stiftungsurkunde zu:

- Die stiftungsrechtliche Lehre spricht sich, gestützt auf den Wortlaut von Art. 87 ZGB, ganz überwiegend für eine Kompetenz der Stiftungsorgane zur Vornahme von Urkundenänderungen aus.²⁸
- Das BGer ist in den Entscheiden BGE 50 II 415 und BGE 40 I 245 von einer Änderungskompetenz der Stiftungsorgane ausgegangen und hat dies ausführlich begründet. Obwohl das Gericht in BGE 73 II 81 von dieser Rechtsprechung ohne Angabe von Gründen abwich, kehrte es in BGE 133 III 167, erneut ohne Begründung, zu dieser zurück.
- Die Gerichtspraxis in den Kantonen war bisher uneinheitlich. Mit der Zunahme von Fällen im Zusammenhang mit der Eintragungspflicht hat sich neuerdings eine klare Tendenz zugunsten einer stiftungsseitigen Änderungskompetenz herausgebildet, die in einigen Gerichten sogar den Charakter einer etablierten Rechtsprechungspraxis annimmt.²⁹

b) *Beanstandung stiftungsseitiger Urkundenänderungen durch das EHRA und das BVGer*

Im Kontext der Eintragung von Familienstiftungen haben das EHRA und das BVGer bislang die Auffassung vertreten, dass ausschliesslich den Gerichten die Befugnis zur Änderung von Stiftungsurkunden zukommt.³⁰ Stiftungsurkunden, die von den zuständigen Organen der Familienstiftungen angepasst und als Eintragungsbelege vorgelegt werden, werden daher als materiell-rechtlich unzulässig betrachtet und zurückgewiesen. Diese Praxis stellt eine Verschärfung gegenüber der früheren Praxis unter aArt. 52 Abs. 2 ZGB dar, gemäss der die Familienstiftungen selbst befugt waren, die Stiftungsurkunde anzupassen.³¹

²⁸ BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87, N 13; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87, N 8; CR CC I-Vez, Art. 87, N 18; Hoffmann, 102; Sprecher, 142; weitere Nachweise bei Eichenberger, 46; a.M. BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 204 f. Kritisch ebenfalls Leu/Gabrieli, 290.

²⁹ Urteil des Bezirksgerichts Höfe ZES 2020 122 vom 4. April 2020 E. 1.c; Urteil des Bezirksgerichts Zürich EO200027-L/U vom 6. November 2020 E. 2.3; Urteil des Bezirksgerichts Bülach EP230003-C/U MS/ad vom 31. August 2023 E. 4.2.2 f.; Urteil des Bezirksgerichts Meilen EP220006-G/U01/SK/pn vom 4. Januar 2023. Siehe überdies Fn. 47 unten zu den zahlreichen weiteren Urteilen dieser Gerichte.

³⁰ BVGer B-951/2020 E. 9.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1749 2021 E. 4.3, 4.5.

³¹ Vgl. die Praxisdarstellung bei Meisterhans, 356: „Familienstiftungen [...] unterstehen nicht der staatlichen Aufsicht, weshalb Änderungen an der Stiftungsurkunde keiner Verfügung durch die Umwandlungsbehörde bedarf [sic]. An deren Stelle tritt hier das Protokoll des zuständigen Innenorgans (Familien- oder Stiftungsrat)“.

Unter kognitionsrechtlichen Gesichtspunkten ist diese jüngere Praxis des EHRA und des BVGer eindeutig unrechtmässig, da die Voraussetzungen für eine abschliessende Beurteilung der Kompetenzfrage unter der beschränkten Kognition in materiell-rechtlichen Fragen nicht erfüllt sind. Die Kognition wird aus folgenden Gründen überschritten:

- *Fehlen einer qualifiziert zwingenden Norm*: Das Zivilgesetzbuch sieht einerseits keine ausdrückliche Zuständigkeit der Gerichte vor. Der Wortlaut von Art. 87 Abs. 2 ZGB spricht gar gegen die Annahme einer zwingenden gerichtlichen Zuständigkeit. Andererseits würde eine gerichtliche Zuständigkeit nicht relevante öffentliche Interessen oder Dritte schützen, sondern (wenn überhaupt) den Stiftungsbeteiligten zugutekommen, die nicht als Dritte im Sinne der Kognitionsformel gelten.
- *Keine offensichtliche und unzweideutige Verletzung von Stiftungsrecht*: Die h.L. sowie das BGer und die kantonale Rechtsprechung bejahen die Kompetenz der Stiftungsorgane für Urkundenänderungen. Die Mindermeinung, die diese Kompetenz verneint, hat angesichts zahlreicher Urteile von Zivilgerichten mit voller materiell-rechtlicher Kognition zumindest keine durchschlagende, überzeugende Wirkung.
- *Unvollständige materiell-rechtliche Abklärung*: Die Handelsregister- und Rechtsmittelbehörden erfüllen ihre Pflicht zur Durchführung einer umfassenden Abklärungen strittiger Rechtsfragen nur unzureichend, wenn sie sich, wie das BVGer, bei ihren Entscheidungen lediglich auf zwei Standardwerke der stiftungsrechtlichen Literatur stützen.³²
- *Missverstandene Fragestellung unter beschränkter Kognition*: Die Frage, die unter beschränkter Kognition zu entscheiden ist, lautet, ob eine Eintragung erfolgen soll oder ob eine Eintragung nach der einzig vertretbaren Ansicht unterbleiben muss. Die Kognitionsbeschränkung verlangt und gestattet es jedoch nicht, in materiell-rechtlicher Hinsicht zu erörtern, welche von mehreren Ansichten am überzeugendsten ist.³³

Dementsprechend ist mit der stiftungsrechtlichen Lehre zu fordern, dass Stiftungsurkunden, die vom zuständigen Organ der Familienstiftung angepasst wurden, als Belege anerkannt werden.³⁴ Dem Vernehmen nach hat diesbezüglich beim EHRA bereits eine gewisse Neubeurteilung stattgefunden, was äusserst begrüssenswert wäre.

³² BVGer B-951/2020 E. 9.3 mit Verweis auf BSK ZGB I-Grüniger und BK ZGB-Riemer.

³³ So aber das BVGer in B-951/2020 E. 9.3.

³⁴ Jakob/Humbel, Eintragung, 774; Grüniger, Familienstiftungen, 160. Eingehend zum Ganzen Eichenberger, 49 ff.

IV. Urkundeninhalt als Problemfeld des Eintragungsverfahrens

I. Beanstandung von Unterhaltszwecken

a) *Verbot von (Familien)Unterhaltsstiftungen*

Bei der inhaltlichen Prüfung der Stiftungsurkunden von älteren Familienstiftungen beanstanden die Handelsregisterbehörden regelmässig Urkundenbestimmungen, die unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten unzulässig erscheinen. Von den Beanstandungen betroffen sind oftmals die Zweckbestimmungen, wobei beanstandet wird, dass eine Form der verbotenen Familienunterhaltsstiftungen vorliege.

Das Verbot der Familienunterhaltsstiftungen basiert auf der ständigen Rechtsprechung des BGer zu Art. 335 ZGB. Gemäss dieser Rechtsprechung sind die Zwecke von Familienstiftungen nur zulässig, wenn sie die Bereitstellung von Stiftungsleistungen an eine der in Art. 335 Abs. 1 ZGB genannten Bedarfssituationen knüpfen. Die betreffende Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 335 ZGB

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

[...]

Diese restriktive Auslegung von Art. 335 Abs. 1 ZGB, auf der das Verbot von Unterhaltsstiftungen beruht, wird vom BGer seit dem Leitentscheid BGE 71 I 265 im Jahr 1945 in konstanter Rechtsprechung vertreten. Ursprünglich wurde die Auslegung damit begründet, dass die Familienangehörigen vor Müsiggang geschützt werden müssten und eine uneingeschränkte, wirtschaftliche Sicherung verhindert werden sollte. In der Lehre wird diese Rechtsprechung praktisch einhellig kritisiert.³⁵ Das BGer betrachtet die Motive hinter dem Verbot von Unterhaltsstiftungen ebenfalls als überholt, hält jedoch an dieser Rechtsprechung fest.³⁶ Trotz der weit zurückreichenden Rechtsprechung des BGer zu Art. 335 Abs. 1 ZGB ist festzuhalten, dass Stiftungen mit (teilweisen) Unter-

³⁵ Jakob, Stiftungsbegriff, 330 f.; Gutzwiller, 1566; Opel, 37 f.; weitere Nachweise bei Eichenberger, 65; a.M. BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 248 f.

³⁶ BGE 135 III 614 E. 4.3.3 S. 621; Urteil des Bundesgerichts 2C_157/2010, 2C_163/2010 vom 12. Dezember 2010 E. 11.3.

haltszwecken früher weit verbreitet waren und dass auch die Handelsregisterbehörden im Rahmen der freiwilligen Eintragung von Familienstiftungen in der Vergangenheit solche, in Stiftungsurkunden enthaltene Unterhaltsbestimmungen regelmässig akzeptierten.

b) *Unklare Kognitionsbefugnis von EHRA und BVGer*

Angesichts der Diskrepanz zwischen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Kritik seitens der h.L. stellt sich die Frage, ob die Handelsregisterbehörden und das BVGer über die erforderliche Kognitionsbefugnis verfügen, um die bundesgerichtliche Rechtsprechung durchzusetzen. Bei strikter Anwendung der Kriterien der Kognitionsformel wäre eine solche Befugnis zu verneinen. Dennoch sollte angesichts der Klarheit und Beständigkeit dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung den zuständigen Behörden u.E. die Kompetenz zugestanden werden, offensichtliche und unzweideutige Verstösse zu ahnden.

Das Kernproblem der gegenwärtigen Eintragungspraxis liegt in der Tatsache, dass sich die Handelsregisterbehörden nicht ausschliesslich auf die Beanstandung offensichtlich und eindeutig unzulässiger Unterhaltszwecke beschränken. Die stiftungsrechtliche Lehre erhebt den Vorwurf, dass die Behörden auch eindeutig zulässige Zwecke beanstanden oder solche Stiftungszwecke, die zwar nicht eindeutig zulässig sind, jedoch einer Auslegung im Sinne des stiftungsrechtlichen Auslegungsprinzips *in favorem validitatis* zugänglich wären. Wenn die Behörden solche Zwecke zurückweisen, liegt darin nach zutreffender Ansicht der stiftungsrechtlichen Lehre eine Überschreitung der beschränkten Kognition in materiell-rechtlichen Fragen.³⁷

2. **Übrige Beanstandungen**

Regelmässig werden auch sogenannte Vermögensverwendungsklauseln beanstandet. Diese Bestimmungen regeln prospektiv die Verwendung des Stiftungsvermögens für den Fall, dass die Stiftung aufgrund nachträglicher Unmöglichkeit oder Widerrechtlichkeit des Zwecks aufgehoben werden muss. Vermögensverwendungsklauseln unterliegen Art. 57 Abs. 1 ZGB und sind stiftungsrechtlich anerkannt. Die Praxis der Handelsregisterbehörden basiert hingegen auf einem falschen Verständnis einer parlamentarischen Initiative

³⁷ Jakob/Humbel, Eintragung und Änderungskompetenz, 122; Dies., Eintragung, 738 f. m.w.H.; ferner Grüninger, Aktuelles 2022, 140 f.

aus dem Jahr 2000 und wurde zu Recht bereits als materiell- und registerrechtlich verfehlt widerlegt.³⁸

Sodann werden regelmässig organisatorische Urkundenbestimmungen beanstandet, welche die interne Zuständigkeit und das Verfahren im Zusammenhang mit stiftungsseitigen Urkundenänderung regeln. Die Beanstandung solcher Bestimmungen ist aus den bereits genannten Gründen kognitionsrechtlich nicht zulässig.

Schliesslich enthalten die Urkunden, insbesondere von älteren Familienstiftungen, teilweise Bestimmungen, die dem Stifter oder den Organen der Familienstiftung das Recht zur Aufhebung der Familienstiftung einräumen. Da die Aufhebung von Familienstiftungen gemäss Art. 88 Abs. 2 ZGB nunmehr in die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte fällt, werden solche Bestimmungen zu Recht beanstandet.³⁹

V. Bereinigung (teil)nichtiger Urkundeninhalte

1. Nichtigkeit, Teilnichtigkeit, Konversion

Ältere Familienstiftungen werden im Zuge des Handelsregisterverfahrens immer wieder damit konfrontiert, dass die Handelsregisterbehörden den Inhalt der teils sehr alten Stiftungsurkunden als unzulässig und die Familienstiftungen infolgedessen als nichtig oder teilnichtig qualifizieren. Zugleich lassen die Handelsregisterbehörden nicht zu, dass eintragungswillige Familienstiftungen die fraglichen Urkundenbestimmungen streichen oder ändern, und weisen auch die bereinigten Stiftungsurkunden als Eintragungsbelege ab.⁴⁰

Familienstiftungen sind nichtig, wenn der Inhalt der Errichtungsurkunde bzw. des Stiftungsgeschäfts anfänglich widerrechtlich, unsittlich oder unmöglich ist (Art. 20 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 7 ZGB). Rechtlich ist eine nichtige Familienstiftung inexistent, da sie das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen kann (Art. 52 Abs. 3 ZGB). Eine Eintragung im Handelsregister ist nicht zulässig und wäre, wo sie zu Unrecht dennoch erfolgt, ohne heilende Wirkung. Als Rechts-

³⁸ Jakob/Humbel, Eintragung, 740 f.; Eichenberger, 83 f., je m.w.H.

³⁹ Immerhin stellt sich die Frage, ob eine Beanstandung solcher Bestimmungen auch dann erforderlich ist, wenn sie gegenstandslos geworden sind, beispielsweise infolge des Todes der berechtigten Person (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Zug ES 2020 349 vom 2. September 2020, wo die Gegenstandslosigkeit einer solchen Bestimmung festgestellt wurde).

⁴⁰ Vgl. Di Sauro, 36; Cartier et al., Rückblick 2019, 114 f.

folge steht die Nichtigkeit indes unter dem Vorbehalt der blossen Teilnichtigkeit oder Konversion. Die Nichtigkeit tritt damit nur ein, wenn die Voraussetzungen für eine Teilnichtigkeit oder eine Konversion nicht gegeben sind.

Die Teilnichtigkeit tangiert – anders als die Nichtigkeit – die Existenz der Familienstiftung nicht (Art. 20 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 7 ZGB). Das Stiftungsgeschäft bzw. die Familienstiftung hat ungeachtet des teilweise unzulässigen Urkundeninhalts rechtlich Bestand, erfüllt die materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen jedoch nicht. Die Voraussetzungen der Teilnichtigkeit bestehen gemäss Lehre und Rechtsprechung darin, dass (nur) einzelne Inhalte des Stiftungsgeschäfts unzulässig sind (Teilmangel) und der Stifter das Stiftungsgeschäft auch ohne die fraglichen Bestimmungen vorgenommen hätte, wenn er um die sonstige Nichtigkeit gewusst hätte (hypothetischer Erhaltungswille).⁴¹ Ob es sich bei den unzulässigen Bestimmungen um Teile des Stiftungszwecks oder sonstige Urkundenbestimmungen handelt, ist für das Vorliegen der Teilnichtigkeit nicht relevant.⁴²

Die Teilnichtigkeit wird beseitigt, indem eine Bereinigung des Rechtsgeschäfts erfolgt. Für teilnichtige Familienstiftungen bedeutet dies, dass die unzulässigen Bestimmungen der Stiftungsurkunde mittels Änderung der Urkunde beseitigt werden. Die Mittel dazu sind das Streichen der nichtigen Bestimmungen aus der Stiftungsurkunde (einfache Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR) oder u.E. auch die inhaltliche Anpassung der nichtigen Bestimmungen (modifizierte Teilnichtigkeit).⁴³

Im Unterscheid zur Teilnichtigkeit bezeichnet der Begriff der Konversion die Umdeutung eines mangelhaften Rechtsgeschäfts in ein anderes, gültiges Ersatzgeschäft. Die Voraussetzungen sind, dass das Ersatzgeschäft einen ähnlichen Zweck verfolgt bzw. Erfolg anstrebt wie das mangelhafte Primärgeschäft, letzteres die inhaltlichen und formellen Anforderungen an das Ersatzgeschäft erfüllt und der Stifter das Ersatzgeschäft gewollt hätte, wenn er um die sonstige Nichtigkeit seiner Konzeption gewusst hätte (hypothetischer Stifterwille). Konversionen von Familienstiftungen sind in der Praxis bereits wiederholt erfolgt, u.a. in klassische Stiftungen sowie Verfügungen von Todes wegen.⁴⁴

⁴¹ Vgl. BGE 75 II 15 E. 4 S. 25; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 7.

⁴² BGE 75 II 15 E. 4 S. 24 f. (verbotener Familienunterhaltswitz); KGer Zug ES 2020 349 (unzulässiges statutarisches Aufhebungsrecht).

⁴³ Die bereits genannten Voraussetzungen der einfachen Teilnichtigkeit sind hier um die Ermittlung des hypothetischen Stifterwillens in Bezug auf die Ersatzanordnung zu ergänzen.

⁴⁴ BGE 93 II 439 E. 5 S. 452; 89 II 437 E. 2 S. 441. Siehe zum Ganzen zudem Eichenberger, 66 ff. m.w.H.

2. Kompetenz der Familienstiftung zur Bereinigung der (Teil)Nichtigkeit

Die Kompetenz, zivilrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Nichtigkeit, Teilnichtigkeit oder Konversion von Familienstiftungen abschliessend zu beurteilen, kommt grundsätzlich den Zivilgerichten zu. Die Zuständigkeit der Handelsregisterbehörden beschränkt sich dagegen auf die Durchführung des Handelsregisterverfahrens, ohne dass eine verbindliche Feststellung der materiell-rechtlichen Rechtslage, Konversion oder Anpassung von Stiftungsurkunden möglich ist.⁴⁵

Die aus Sicht der Familienstiftungen interessierende Frage lautet, ob eine Bereinigung von (teil)nichtigen Urkundenbestimmungen durch die Stiftung selbst möglich ist. Es handelt sich hierbei um eine Abwandlung bzw. Zuspitzung der Frage nach der Umwandlungskompetenz der Stiftungsorgane. Die Frage nach der Korrekturkompetenz von Familienstiftungen wird in Lehre und Rechtsprechung wie folgt beurteilt:

- In Bezug auf die Bereinigung von teilnichtigen Bestimmungen der Stiftungsurkunde wird die entsprechende Kompetenz zur Anpassung der Stiftungsurkunde von der mit dieser Frage befassten Literatur praktisch einhellig bejaht.⁴⁶
- Die Zivilgerichte, u.a. in den Kantonen Schwyz und Zürich, haben die Änderungskompetenz zur Beseitigung unzulässiger Urkundenbestimmungen bei Teilnichtigkeit bereits in einer Vielzahl von Fällen bejaht und teilweise eine eigentliche Praxis zu dieser Frage entwickelt.⁴⁷

⁴⁵ Siehe diesbezüglich auch unten, [VI.1](#) (fehlende Rechtskraft von materiell-rechtlichen Feststellungen der Handelsregisterbehörden) und [VI.5.a](#) (fehlende Kompetenz zur Anpassung von Stiftungsurkunden).

⁴⁶ Egger, 53; Vez, 16; Jakob, Reformen, 55; Jakob/Humbel, Eintragung und Änderungskompetenz, 120; Grüninger, Familienstiftungen, 159; weitere Nachweise bei Eichenberger, 80; a.M. BK ZGB-Riemer, Art. 88/89, N 80. Kritisch auch Leu/Gabrieli, 290.

⁴⁷ Für den Kanton Schwyz BezGer Höfe ZES 2020 122 E. 1.c, der eine gewisse Leitwirkung entwickelt hat. Für den Kanton Zürich BezGer Bülach EP230003-C/U MS/ad E. 4.2.2 f. mit eingehender Begründung; BezGer Zürich EO230084-L/U vom 16. Mai 2023 E. 2 ff. sowie EO 220282-L/U vom 3. November 2022 E. 2.4 f., wo die Zweckänderung durch eine Destinatärsversammlung vorgenommen wurde, weiter EO220162-L/U vom 28. Juni 2022 E. 2.3 und EO200027-L/U E. 2.3, wobei dem Standpunkt des BVGer jeweils nicht gefolgt wird. Ferner Urteil des Bezirksgerichts Meilen EP 220006-G/U01/SK/pn vom 4. Januar 2023 und EP220005-G/U01/Ki/ha vom 9. August 2022 sowie EP220003-G/U01/Eh vom 26. Juli 2022, die ohne Begründung ergangen sind.

- Das EHRA und im Prinzip auch das BVGer verneinen – in Überschreitung ihrer beschränkten Kognition – eine Kompetenz der Stiftungsorgane zur Bereinigung teilnichtiger Urkundenbestimmungen.⁴⁸

Bei der Betrachtung der Frage, ob dem Stiftungsrat oder dem zuständigen Organ einer Familienstiftung eine eigenständige Korrekturkompetenz zukommen kann, sollte man von folgenden Grundüberlegungen ausgehen:

- Die Teilnichtigkeit einer Stiftungsurkunde (bzw. ihre Bereinigung durch Streichen oder Modifizieren unzulässiger Inhalte) weist Parallelen zu gewöhnlichen Urkundenänderungen auf. Diese Parallelen erstrecken sich auf die Voraussetzungen, die an den hypothetischen Erhaltungs- bzw. Stifterwillen anknüpfen, als auch auf die Auswirkungen, namentlich das Fortbestehen als Familienstiftung i.S.v. Art. 335 Abs. 1 ZGB. Die Ermittlung dieses hypothetischen Stifterwillens erfolgt daher bei der gewöhnlichen Urkundenänderung wie auch bei der Bereinigung der Teilnichtigkeit in einem inhaltlich relativ eng begrenzten Rahmen. Gemäss der h.L. ist die Anpassung der Stiftungsurkunde in erster Linie eine Kompetenz der Stiftungsorgane.
- Die Konversion einer Familienstiftung unterscheidet sich hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen erheblich von der Teilnichtigkeit. Auf der einen Seite ist die Ermittlung des hypothetischen Konversionswillens aufgrund der Vielfalt möglicher Ersatzgeschäfte mit einer erhöhten Komplexität verbunden. Auf der anderen Seite führt die Konversion das Ende als Familienstiftung herbei und hat Folgen, die bis hin zu einer faktisch irreversiblen Liquidation der Stiftung reichen können.

Vor dem Hintergrund dieser Sachlage ist es u.E. sinnvoll, eine Zweiteilung der Korrekturkompetenzen anzunehmen: Demnach sind Familienstiftungen berechtigt, die Teilnichtigkeit zu beseitigen, während die Beurteilung der Konversion in die ausschliessliche Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt.⁴⁹ Diese Unterscheidung erweist sich als sachgerecht, da die Organe mit der Historie der Familienstiftung vertraut und in der Lage sind, angemessene Korrekturen vorzunehmen. Zusätzlich bleibt die Änderung der Stiftungsurkunde der abschliessenden Kontrolle des Gerichts gemäss Art. 87 Abs. 2 ZGB unterworfen, während die Anordnung einer Konversion mit ihren potenziell schwerwiegenden Folgen dem Gericht vorbehalten bleibt.

⁴⁸ Di Sauro, 36; BVGer B-951/2020 E. 9, wobei die Kompetenz der Stiftungsorgane für ein blosses Streichen von teilnichtigen (Zweck)Bestimmungen ausdrücklich offengelassen wird.

⁴⁹ Vgl. dazu bereits Eichenberger, 78 ff. m.w.H.

3. Verfehlte Praxis von EHRA und BVGer

Das EHRA wie auch das BVGer lehnen eine eigenständige Korrekturkompetenz der Familienstiftung ab und verlangen, dass ein Gericht eine Beurteilung vorgängig zur Eintragung vornimmt.

- Das EHRA stützt seinen Standpunkt auf BGE 93 II 439, worin das BGer die Konversion einer Familienstiftung in eine klassische Stiftung vornahm, und interpretiert diesen dahingehend, dass „eine Konversion eines von Gesetzes wegen unzulässigen ‚Gebildes‘ in eine ‚klassische‘ Stiftung oder – *per analogiam* – in eine zulässige Familienstiftung ohne Mitwirkung eines Gerichts ausgeschlossen [sei]“.⁵⁰ Diese Interpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung trägt den Unterschieden zwischen Teilnichtigkeit und Konversion keine Rechnung und wurde durch die stiftungsrechtliche Lehre als unhaltbar widerlegt.⁵¹
- Das BVGer lehnt eine Befugnis der Stiftungsorgane zur Vornahme von Urkundenänderungen ab, lässt bei der Teilnichtigkeit aber eine Kompetenz für das bloße Wegstreichen von rechtswidrigen Bestimmungen ausdrücklich offen.⁵² Diese Rechtsauffassung ist aus den bereits genannten Gründen abzulehnen und ist ebenfalls auf Kritik der stiftungsrechtlichen Lehre gestossen.⁵³

Gegen die Eintragung von Familienstiftung auf der Grundlage von eigenständig korrigierten Stiftungsurkunden wenden das EHRA und BVGer weiter ein, dass es aufgrund der Kognitionsbeschränkung in materiell-rechtlichen Fragen nicht an ihnen sei zu entscheiden, ob anstelle der Nichtigkeit bloss Teilnichtigkeit vorliege bzw. ob die Urkundenänderung den Bestand der Stiftung dennoch anerkennen lässt.⁵⁴ Diese Rechtsauffassung überzeugt nicht und lässt sich u.E. auch nicht mit der beschränkten Kognition des EHRA und des BVGer vereinbaren.

Die Prüfung durch das EHRA und die Kontrolle des BVGer bezwecken die negative Feststellung, dass kein besonders schwerwiegender Mangel vorliegt, welcher der Eintragung im Handelsregister entgegensteht. Es geht mit anderen Worten darum zu verhindern, dass Familienstiftungen fälschlicherweise von einer Teilnichtigkeit ausgehen und diese beseitigen, obwohl die Voraussetzungen dafür offensichtlich und unzweideutig nicht vorlagen.

⁵⁰ Cartier et al., Rückblick 2019, 115.

⁵¹ Jakob/Humbel, Eintragung, 740; Eichenberger, 80.

⁵² BVGer B-951/2020 E. 9.2 ff., E. 9.6.

⁵³ Jakob/Humbel, Eintragung, 742 f.; Grüninger, Familienstiftungen, 160 f.

⁵⁴ Di Sauro, 36; BVGer B-951/2020 E. 6.

Demgegenüber bezweckt und vermag die Prüfung der Stiftungsurkunde (wie auch anderer Eintragungsbelege) mit beschränkter Kognition nicht umfassend sicherzustellen, dass der Inhalt und das Zustandekommen des Belegs materiell-rechtlich einwandfrei waren. Was aber bei der Prüfung sonstiger Eintragungsbelege registerrechtlich nicht angestrebt wird, darf auch in Bezug auf die Stiftungsurkunden von Familienstiftungen nicht in Form eines zusätzlichen, materiell- und registerrechtlich nicht vorgesehenen, Gerichtsurteils eingefordert werden.⁵⁵ Dies gilt umso mehr, als eine Beurteilung durch ein Zivilgericht grundsätzlich auch nach der Eintragung möglich bleibt.

VI. Eintragungsverweigerung und Handlungsoptionen

1. Rechtliche Ausgangslage bei Eintragungsverweigerung

Die derzeitige Eintragungspraxis des EHRA führt dazu, dass zahlreiche und insbesondere ältere Familienstiftungen die Eintragungspflicht nach Art. 6b Abs. 2^{bis} Satz 2 SchlT ZGB nicht erfüllen können – obwohl sie alle Voraussetzungen dazu erfüllen. Diese Stiftungen bleiben, ungeachtet der unrechtmässigen Eintragungsverweigerung, weiterhin zur Eintragung verpflichtet.

Weil die Eintragungsentscheide der Handelsregisterbehörden nicht in materielle Rechtskraft erwachsen⁵⁶, sind die zivilrechtlichen Einordnungen der Handelsregisterbehörden ausserhalb des Handelsregisterverfahrens nicht verbindlich. Auf den zivilrechtlichen Status der betroffenen Familienstiftungen haben sie somit keinen Einfluss. Dennoch erweist sich die Nichteintragung über kurz oder lang in den meisten Fällen als Problem für die Stiftung, weil sie die Geschäftsführung stark einschränken kann.

Familienstiftungen müssen sich daher fragen, wie sie auf eine Nichteintragung bzw. eine Qualifikation durch die zuständige Handelsregisterbehörde bzw. das EHRA als (teil)nichtiges Konstrukt reagieren sollen. Die Optionen hierfür sind:

- Feststellung der Nichtigkeit und anschliessende Liquidation des Stiftungsvermögens,
- Durchsetzung des Eintragungsanspruchs auf dem Rechtsweg, entweder durch Anfechtung des negativen Eintragungsentscheids (Verwaltungsrechtsweg) oder durch das Erwirken einer verbindlichen Entscheidung über das Bestehen und/oder die Gültigkeit der Familienstiftung (Zivilrechtsweg),

⁵⁵ Vgl. hierzu bereits Eichenberger, 80 f. m.w.H.

⁵⁶ BGE 56 I 358 E. 3 S. 363; Guldener, 37; Meisterhans, 113.

- Passives Hinnehmen der Nichteintragung und Abwarten einer allfälligen Reaktion der Handelsregisterbehörden.

2. Feststellung der Nichtigkeit

Die Feststellung der Nichtigkeit einer Familienstiftung erfolgt durch das zuständige Gericht im Rahmen eines Zivilprozesses, wobei die Art. 88 f. ZGB analog angewendet werden. Aktivlegitimiert ist u.a. die nichtige Stiftung selbst, die bis zur Feststellung der Nichtigkeit eine Parteistellung innehat. Der Prozess wird entweder als nichtstreitiges summarisches Verfahren mit einer Partei gemäss Art. 248 lit. e ZPO⁵⁷ oder als kontradiktorisches Verfahren im ordentlichen Verfahren gemäss Art. 219 ff. ZPO durchgeführt.⁵⁸ Es besteht ferner Uneinigkeit darüber, ob Familienstiftungen zusätzlich befugt sind, die Nichtigkeit in unstrittigen Fällen eigenständig festzustellen.⁵⁹

Das Vermögen einer nichtigen Familienstiftung fällt an den Stifter oder an dessen Erben, da bei Nichtigkeit keine Möglichkeit für eine Vermögenskonfiskation oder -verwendung gemäss Art. 57 ZGB besteht. Möglicherweise ist jedoch, vor der Aushändigung der Vermögenswerte eine Liquidation der Familienstiftung als Sondervermögen durchzuführen.⁶⁰

3. Verwaltungsrechtliche Beschwerde

Für die Durchsetzung des Eintragungsanspruchs auf dem Verwaltungsrechtsweg ist es notwendig, den negativen Eintragungsentscheid mit Beschwerde anzufechten. Die Wahl des einschlägigen Rechtsmittels hängt davon ab, auf welcher Stufe des Eintragungsverfahrens der Entscheid ergeht.

- Entscheide der kantonalen Handelsregisterämter im Rahmen des Prüfungsverfahrens müssen innert 30 Tagen mit der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO beim zuständigen oberen kantonalen Gericht angefochten werden.⁶¹ Dieses Gericht kann entweder ein Verwaltungsgericht oder ein Zivilgericht sein, wobei die Kognition der Zivilgerichte als Beschwerdeinstanz aufgrund der Einheit des Verfahrens in materiell-rechtlichen Fra-

⁵⁷ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272).

⁵⁸ BK ZGB-Riemer, Art. 88/89, N 84 f.

⁵⁹ Für eine Kompetenz Egger, 53; Vez, 16; dagegen BK ZGB-Riemer, Art. 88/89, N 76, 78; Tammann, 56 f.; offen Sprecher, 200.

⁶⁰ BK ZGB-Riemer, Art. 88/89, N 120 ff.

⁶¹ Art. 942 Abs. 1 und 2 OR.

gen ebenfalls beschränkt ist.⁶² Die Entscheide dieses Gerichts können anschliessend mit der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG beim BGer angefochten werden.⁶³

- Ergeht der Entscheid auf der Stufe des Genehmigungsverfahrens in Form einer nichtanfechtbaren Zwischenverfügung, weil das EHRA seine Genehmigung verweigert, muss zunächst eine beschwerdefähige Verfügung verlangt werden.⁶⁴ Diese kann innert 30 Tagen mittels Beschwerde gemäss Art. 31 ff. VGG vor dem BVer angefochten werden.⁶⁵ Auch hier besteht die Möglichkeit, die Angelegenheit mittels Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG vor das BGer zu bringen.⁶⁶

Bei der Beschwerde können Familienstiftungen eine unrichtige Rechtsanwendung bzw. eine Verletzung von Bundesrecht rügen.⁶⁷ Je nach Sachverhalt kann damit entweder eine unrichtige Anwendung der formellen registerrechtlichen Bestimmungen, insbesondere von Art. 181a HRegV i.V.m. Art. 6b Abs. 2^{bis} Satz 3 SchlT ZGB, oder eine Verletzung von Art. 937 OR aufgrund einer fehlerhaften Ausübung der Kognitionsbefugnis in materiell-rechtlichen Fragen geltend gemacht werden.

Die Rechtsbegehren müssen auf einen reformatorischen Entscheid ausgerichtet sein. Dies erfordert einerseits das Begehren, dass der Entscheid der Vorinstanz (das Anfechtungsobjekt) aufgehoben wird. Andererseits ist es notwendig, einen Antrag in der Sache zu stellen, nämlich entweder das kantonale Handelsregisteramt anzuweisen, die Eintragung im Tagesregister vorzunehmen, oder das EHRA anzuweisen, die Genehmigung für den fraglichen Eintrag im Tagesregister zu erteilen. Es ist jedoch aufgrund der Einheit des Verfahrens nicht möglich, eine materiell verbindliche Feststellung des Bestands und/oder der Gültigkeit der Familienstiftung im Beschwerdeverfahren zu verlangen.⁶⁸

⁶² Vgl. BGE 121 III 368 E. 2.a S. 371; Urteil des Bundesgerichts 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 8.3; BVer B-951/2020 E. 6.

⁶³ Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 i.V.m. Art. 75 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110).

⁶⁴ Art. 33 Abs. 1 und 4 HRegV.

⁶⁵ Art. 31 i.V.m. Art. 33 lit. d des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2006 (VGG, SR 173.32), Art. 37 VGG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021).

⁶⁶ Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 BGG.

⁶⁷ Art. 320 lit. a ZPO, Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 lit. a VwVG, Art. 95 lit. a BGG.

⁶⁸ Siehe zum Ganzen Eichenberger, 87 ff. m.w.H.

Die Beschwerde in Zivilsachen an das BGer hat in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Streitwerterfordernis als zusätzliche Prozessvoraussetzung.⁶⁹ Im seinem Entscheid 5A_20/2022 vom 7. Juli 2022 musste sich das BGer erstmals mit der Frage befassen, ob im Zusammenhang mit der Nichteintragung einer existierenden Familienstiftung der erforderliche Streitwert erreicht wird.

- Das Gericht kam zum Schluss, dass die deklaratorische Eintragung der Familienstiftung eine vermögensrechtliche Angelegenheit darstellt, für die ein Streitwerterfordernis von CHF 30'000 gilt. Streitwertbestimmend ist diesfalls nicht die Höhe des Stiftungsvermögens, sondern die finanziellen Folgen der Nichteintragung.⁷⁰ Das Gericht trat letztlich nicht auf die Beschwerde ein, weil die Beschwerdeschrift keine Angaben zum Streitwert enthielt und eine Bemessung des Streitwerts nach Ermessen nach Ansicht des Gerichts nicht zu einem Betrag von CHF 30'000 führen könnte.
- Dieser Entscheid wird in der stiftungsrechtlichen Lehre einhellig kritisiert. Es wird u.a. moniert, dass das Gericht die Beratungs- und Prozesskosten, die mit der Vorbereitung des Handelsregistereintrags sowie mit den erst- und zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren verbunden sind, unterschätzt und diese durchaus einen Betrag von CHF 30'000 oder mehr erreichen können.⁷¹

Im unlängst ergangenen Entscheid 5A_669/2022 vom 2. Februar 2024 hatte das BGer sich erneut mit der Beschwerde einer Familienstiftung zu befassen. Das Gericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat und liess die Frage nach dem Streitwert bewusst offen – trotz der Ausführungen der beschwerdeführenden Familienstiftung zum finanziellen Aufwand infolge von Rechtsgutachten und weiterer Verfahren.⁷² Dass das BGer die Chance verpasst hat, in dieser zentralen Frage die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen, ist bedauernswert.

⁶⁹ Art. 74 i.V.m. Art. 51 ff. BGG.

⁷⁰ BGer 5A_20/2022 E. 1.2.3.

⁷¹ Grüninger, Aktuelles 2023, 153; Jakob/Trajkova, 1031; Eichenberger, 90 m.w.H.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 5A_669/2022 vom 2. Februar 2024 E. 1.2.2 f.

4. Zivilprozessuale Feststellung von Bestand und/oder Gültigkeit

a) *Gerichtliche Beurteilung der materiell-rechtlichen Eintragungsvoraussetzungen*

Die Durchsetzung der Eintragung im Handelsregister kann auch auf dem (Um)Weg eines Zivilprozesses erfolgen, wobei das Ziel darin besteht, die zivilrechtliche Existenz der Familienstiftung durch eine Gerichtsbehörde mit voller Kognition feststellen zu lassen. Das daraus resultierende Urteil kann anschliessend als Nachweis im Handelsregisterverfahren verwendet werden.

Die Entscheidungen von Zivilgerichten erlangen – mit wenigen Ausnahmen – materielle Rechtskraft. Diese Entscheidungen und die zivilrechtlichen Feststellungen der Zivilgerichte sind gemäss einem allgemeinen Rechtsgrundsatz für Verwaltungsbehörden bindend.⁷³ Wenn das Gericht also einem Feststellungsbegehren bezüglich des Bestands und/oder der Gültigkeit einer Familienstiftung stattgibt und das Urteil dann als Beleg im Handelsregisterverfahren eingereicht wird, liegt eine abschliessende Beurteilung bezüglich dieser Eintragungsvoraussetzungen vor. Die Prüfungspflicht bzw. -befugnis der Handelsregisterbehörden wird damit auf die formellen und registerrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen beschränkt.⁷⁴

Wie aus den öffentlich zugänglichen Dokumenten in den Handelsregistern ersichtlich ist, wurde dieser Ansatz bereits von zahlreichen Familienstiftungen in verschiedenen Kantonen erfolgreich angewendet.

b) *Prozessuale Aspekte*

Das einschlägige prozessuale Mittel, um eine verbindliche Beurteilung des Bestands oder der Gültigkeit einer Familienstiftung zu erwirken, ist die Feststellungsklage i.S.v. Art. 88 ZPO. Familienstiftungen besitzen eine eigene Legitimation und können eigenständig eine Feststellung ihres Bestands und/oder ihrer Gültigkeit beantragen. Das zuständige Gericht befindet sich am Sitz der Stiftung. Die Feststellung erfolgt als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit im summarischen Verfahren gemäss Art. 248 lit. e ZPO.⁷⁵

⁷³ Vgl. BGE 137 III 8 E. 3.3.1 S. 14; 120 V 78 E. 3.a S. 382; Tschannen/Müller/Kern, § 18 Rz. 378.

⁷⁴ BK-His, Art. 940, N 72 f.; Guldener, 54 ff.; Koch, 168. Vgl. zum Ganzen bereits Eichenberger, 92 m.w.H.

⁷⁵ Zum Ganzen BezGer Bülach EP230003-C/U MS/ad E. 3; BezGer Höfe ZES 2020 122 E. 1, je m.w.H.; Urteil des Kantonsgerichts Zug ES 2020 49 vom 13. Oktober 2020.

Für das Vorliegen eines Feststellungsinteresses genügt es, dass das kantonale Handelsregisteramt oder das EHRA die Eintragung der Familienstiftung im Handelsregister abgelehnt hat⁷⁶ oder eine solche Ablehnung droht.⁷⁷ Ein Feststellungsinteresse der Familienstiftung besteht in Bezug auf folgende Gegenstände:

- *Bestand (Rechtswirksamkeit der Errichtung)*⁷⁸: Familienstiftungen sind, wenn entsprechende Zweifel bestehen, auf eine verbindliche Feststellung angewiesen, ob die Stiftungserrichtung auf Grundlage der Errichtungsdokumente rechtswirksam erfolgt ist. Dies kann eine Feststellung des Zustandekommens des Stiftungsgeschäfts und/oder der Gültigkeit des Inhalts umfassen. Wenn der Inhalt nicht in seiner Gesamtheit gültig ist, besteht zudem ein Interesse an der Feststellung, dass Teilnichtigkeit vorliegt und die Familienstiftung das Recht der Persönlichkeit trotzdem erlangt hat.⁷⁹
- *Wirksamkeit von Urkundenänderungen*: Familienstiftungen benötigen Gewissheit darüber, ob Änderungen der Stiftungsurkunde rechtswirksam und durch das zuständige Stiftungsorgan erfolgt sind.⁸⁰ Darüber hinaus kann es möglicherweise erforderlich sein, die aktuelle Geltung einer bestimmten Fassung der Urkunde verbindlich festzustellen zu lassen.⁸¹
- *Inhaltliche Gültigkeit von Stiftungsurkunden*: Familienstiftungen müssen Klarheit darüber haben, ob die Bestimmungen der Errichtungsurkunde oder der neueren Fassungen der Stiftungsurkunde gültig sind.⁸²

⁷⁶ BezGer Bülach EP230003-C/U MS/ad E. 3.3; KGer Zug ES 2020 49.

⁷⁷ Vgl. BezGer Höfe ZES 2020 122 E. 1.c. Darüber hinaus kann u.E. ein Feststellungsinteresse auch ohne Zusammenhang zu einem Eintragungsverfahren bestehen, wenn Unklarheit über einen der nachfolgend genannten Gegenstände besteht.

⁷⁸ Vom Bestand einer Familienstiftung ist nach hier verwendetem Begriffsverständnis zu sprechen, wenn die Familienstiftung rechtlich existiert, d.h. das Recht der Persönlichkeit erlangt hat. Dies ist der Fall, wenn die Familienstiftung gültig errichtet wurde oder bloss teilnichtig ist. Vgl. das gleiche Begriffsverständnis der BezGer Höfe und Bülach in den Entscheiden ZES 2020 122 und EP230003-C/U MS/ad.

⁷⁹ So auch BezGer Bülach EP230003-C/U MS/ad E. 4.1.4; BezGer Höfe ZES 2020 122 E. 4 in fine.

⁸⁰ BezGer Bülach EP230003-C/U MS/ad, welches u.E. zutreffend voring und zunächst den Bestand der Familienstiftung trotz Teilnichtigkeit feststellte (E. 4.1) und anschliessend die Wirksamkeit und inhaltliche Gültigkeit der geänderten Stiftungsurkunde beurteilte (E. 4.2). Anders möglicherweise KGer Zug ES 2020 349, wobei dieser Entscheid indes ohne Urteilsbegründung ergangen ist.

⁸¹ Vgl. BezGer Bülach EP230003-C/U MS/ad E. 3.3.3, wo ein insoliertes Feststellungsinteresse ausdrücklich offengelassen wird.

⁸² Das Feststellungsinteresse besteht hierbei u.E. losgelöst von der Frage des Bestands, d.h. ist auch dann gegeben, wenn der Bestand der Stiftung trotz Teilnichtigkeit feststeht. Eine verbindliche Feststellung über die Gültigkeit einzelner Urkundenbestimmungen muss möglich

Das Feststellungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäss Art. 248 lit. e ZPO stellt ein sogenanntes atypisches Summarverfahren dar. Dies hat Folgen für das Beweisrecht:

- **Beweismittel:** Im freiwilligen Feststellungsverfahren über den Bestand der Familienstiftung gilt nicht die typische Beweismittelbeschränkung auf Urkunden gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO. Wenn die Errichtungsdokumente der Familienstiftung gemäss Art. 181a HRegV nicht mehr verfügbar sind, liegt der Zweck des Verfahrens gerade darin, den Bestand der Stiftung ohne Urkunden verbindlich festzustellen. Daher sind gemäss Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO auch andere Beweismittel zulässig.⁸³ Der Bestand einer Familienstiftung kann folglich auch durch Indizienbeweise nachgewiesen werden, beispielsweise durch langjährige Stiftungstätigkeit, Eigentumsverhältnisse oder die regelmäßige Begleichung von Steuerschulden.⁸⁴
- **Beweismass:** Im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt grundsätzlich das Regelbeweismass der vollen Überzeugung.⁸⁵ Gemäss BGE 137 III 255 darf die Rechtsdurchsetzung jedoch nicht daran scheitern, dass bei bestimmten Sachverhalten typischerweise Beweisschwierigkeiten auftreten, weshalb der Beweis bereits bei hoher Wahrscheinlichkeit als erbracht gelten kann.⁸⁶ Da der Nachweis der Stiftungsexistenz typischerweise mit Beweisproblemen verbunden ist, sollten diese Beweiserleichterungen unserer Ansicht nach auch auf Familienstiftungen angewendet werden.

c) *Bindungswirkung von Entscheiden im summarischen Verfahren*

Summarentscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit erwachsen gemäss Art. 256 Abs. 2 ZPO üblicherweise nicht in materielle Rechtskraft. Feststellungsentscheide über Familienstiftungen sind demgegenüber – als Entscheide aus einem Verfahren, das nicht in einem ordentlichen Prozess zu prosequieren ist und in dem der Richter hinsichtlich der Rechtsanwendung über volle Ko-

sein, damit die Familienstiftung die teilnichtigen Bestimmungen identifizieren und bereinigen kann; a.M. BezGer Höfe ZES 2020 122 E. 1.c.

⁸³ BK ZPO-Güngerich, Art. 254, N 19: Die Beweismittelbeschränkung entfällt bei Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäss Art. 248 lit. e. ZPO auch dann, wenn das Verfahren eine definitive Entscheidung im Summarium bezweckt und nicht ein blosses „Vorverfahren“ darstellt.

⁸⁴ Grüninger, Familienstiftungen, 161; Eichenberger, 93.

⁸⁵ BSK ZPO-Mazan, Art. 248, N 14.

⁸⁶ BGE 137 III 255 E. 4.1.2 S. 257, dort zum streitigen Summarverfahren nach Art. 250 ZPO.

gnition verfügt und das Regelbeweismass gilt – definitiv.⁸⁷ Für Behörden, die nicht mit voller Kognition über die beurteilten Rechtsfragen entscheiden können, sind sie aber verbindlich⁸⁸, d.h. auch für die zuständige Handelsregisterbehörde, das EHRA sowie die Beschwerdeinstanzen.

5. Passivität der Familienstiftung / Verwaltungsmassnahmen der Handelsregisterbehörden

a) *Verfahren auf Eintragung von Amtes wegen*

Familienstiftungen können zumindest theoretisch entscheiden, die Eintragung im Handelsregister nicht (länger) zu verfolgen. Dabei gehen sie das Risiko ein, dass sie früher oder später auf erhebliche praktische Probleme stossen⁸⁹ oder dass das zuständige Handelsregisteramt ein Verfahren auf Eintragung von Amtes wegen eröffnet (Art. 938 OR).

Die Möglichkeiten der Handelsregisterbehörden, das Verfahren bis zur tatsächlichen Eintragung durchzuführen, sind begrenzt. Die Anforderungen des Belegprinzips gelten auch im Verfahren der Eintragung von Amtes wegen, weshalb die Eintragung nur angeordnet werden kann, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen, qualifizierten Belege (öffentliche Urkunden usw.) vorliegen.⁹⁰ Eine Substitution der Belege durch die Eintragungsverfügung oder eine eigenständige Änderung öffentlicher Urkunden durch die Handelsregisterämter liegt ausserhalb des Kompetenzbereichs der Behörden.⁹¹ Mit anderen Worten ist eine vollständige Durchführung des Eintragungsverfahrens von Amtes wegen nur möglich, wenn die Familienstiftung dazu bewegt werden kann, die Belege beizubringen bzw. sie entsprechend den Vorgaben anzupassen oder gerichtlich anpassen zu lassen.

⁸⁷ BGE 141 III 43 E. 2.5.2 S. 46: „Summarentscheide aus Verfahren, die nicht in einem ordentlichen Verfahren zu prosequieren sind, in denen der Richter hinsichtlich der Rechtsanwendung über volle Kognition verfügt und in denen das Regelbeweismass gilt, sind demgegenüber definitiv.“

⁸⁸ Vgl. BK ZPO-Günterich, Vorb. zu Art. 248–270, N 13.

⁸⁹ Insbesondere aufgrund einer möglichen Kontosperrre bzw. der Kündigung der Bankbeziehung durch die Bank infolge des fehlenden Handelsregistereintrags.

⁹⁰ Koch, 142 f.

⁹¹ BK-Siffert, Art. 938, N 30; Koch, 194; SHK HRegV-Tagmann, Art. 152, N 12.

b) (Zwangs)Massnahmen der Handelsregisterbehörden

Das wiederholte Verhängen von Ordnungsbussen gemäss Art. 940 OR ist nach allgemeiner Auffassung das einzige Mittel, um die erforderlichen Mitwirkungshandlungen zur Vorbereitung einer Eintragung von Amtes wegen zu erlangen.⁹² Dadurch ist es möglich, Familienstiftungen durch Zwang zur Herausgabe der Eintragungsbelege zu veranlassen. Ob darüber hinaus auch die Befugnis besteht, Rechtseinheiten auf diesem Weg zur Vornahme von Änderungen öffentlicher Urkunden zu zwingen, ist nicht endgültig geklärt.⁹³ Grundsätzlich ist jedoch anzuerkennen, dass Pattsituationen aufgelöst werden müssen. Der Zwang muss u.E. dabei jedoch auf die Beurteilung durch ein Zivilgericht gerichtet sein und darf nicht dazu verwendet werden, die betroffenen Rechtseinheiten zur Übernahme der Rechtsauffassung oder zu einer Anpassung entsprechend den Vorstellungen der Handelsregisterbehörden zu zwingen.

Das zuständige Handelsregisteramt oder das EHRA kann als Partei im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren auftreten. Auf Anträge, wonach die Familienstiftung durch das Verwaltungsgericht anzuweisen sei, Urkundenbestimmungen anzupassen und sich anschliessend erneut für die Eintragung im Handelsregister anzumelden, können die Verwaltungsgerichte mangels Zuständigkeit nicht eintreten, da es ihnen nicht zusteht, den Stiftungen vorzuschreiben, wie sie ihre zivilrechtlichen Rechte wahrnehmen wollen.⁹⁴ Im Bereich des Zivilprozesses besteht demgegenüber keine rechtliche Grundlage für die Parteifähigkeit der Handelsregisterbehörden i.S.v. Art. 66 ZPO. In einem solchen Prozess können sich die Handelsregisterbehörden auch nicht als Partei konstituieren und sind, da es sich nicht um die Vorinstanzen des zuständigen Zivilgerichts handelt, auch nicht zur Stellungnahme einzuladen. Die eigenständige Veranlassung einer gerichtlichen Beurteilung von Familienstiftungen durch ein Zivilgericht ist sodann u.E. auch nicht durch die Überweisung als Organisationsmangel gemäss Art. 939 OR möglich. Die entsprechenden Fragen zu Bestand und Gültigkeit stellen keine Organisationsmängel i.S.v. Art. 939 OR dar, wobei sich die Bestimmung ihrem Wortlaut entsprechend nur auf bereits im Handelsregister eingetragene und von der Aufsicht befreite Stiftungen bezieht.⁹⁵

⁹² BK-Siffert, Art. 938, N 30; Koch, 194 f.

⁹³ So Koch, 128, 194 f.

⁹⁴ Urteil des Verwaltungsgerichts Nidwalden VA 21 24 vom 14. März 2022 E. 7 (bestätigt durch BGer 5A_669/2022).

⁹⁵ Siehe zum Ganzen auch Eichenberger, Rz. 97 ff. m.w.H.

VII. Schlussbemerkungen

Die aktuelle Situation ist für viele alte Familienstiftungen unbefriedigend. Sie müssen *de facto* das Zivilgericht anrufen, um sich dann gestützt auf das Urteil des Zivilgerichts im Handelsregister eintragen zu können.

Mit ihrer aktuellen Praxis überschreiten das EHRA und das BVGer ihre Kognition. Neben dem dadurch verursachten (unnötigen) Aufwand ist es u.E. insbesondere auch die Anwendung des materiellen Stiftungsrechts durch die Handelsregisterbehörden und das BVGer, die problematisch ist, weil nur eine ungenügende Auseinandersetzung mit Lehre und Praxis erfolgt und die entsprechenden Entscheidungen zu Unrecht dennoch eine gewisse Rezeption erfahren.

Positiv zu würdigen ist demgegenüber die Praxis der mit voller Kognition urteilenden Zivilgerichte, bei denen sich die richtige Ansicht durchzusetzen scheint, dass Familienstiftungen eigenständig zur Anpassung der Stiftungsurkunden befugt sind.

Problematisch ist die mit der Praxis der Handelsregisterbehörden einhergehende Verzögerung der Handelsregistereintragung von Familienstiftungen nicht zuletzt auch auf für die Banken, die sich mit dem Umstand konfrontiert sehen, dass Familienstiftungen, welche teilweise seit Jahrzehnten zum Kreis der Bankkunden zählen, nicht in der Lage sind, den im Rahmen der Compliance einzuholenden Handelsregisterauszug beizubringen.

Literaturverzeichnis

- Bär Rolf, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführer, *Der Bernische Notar* 1978, 410 ff.
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), 7. A., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/In-fanger Dominik (Hrsg.), 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Obligationenrecht, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, in: Rino Siffert, Bern 2021 (zit. BK OR-Siffert, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Obligationenrecht, Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung, Art. 927–964 OR, in: His Edouard, Bern 1940 (zit. BK-His, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern 2012 (zit. BK ZPO-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

- Berner Kommentar, Die Stiftungen, Art. 80-89c ZGB, in: Riemer Hans Michael, 2. A., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern 2012 (zit. BK ZGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. A., Zürich/Genf 2022.
- Brückner Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
- Cartier Patricia et al., Rückblick auf die Praxis 2019 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2020, 110 ff. (zit. Cartier et al., Rückblick 2019).
- Cartier Patricia et al., Rückblick auf die Praxis 2018 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2019, 12 ff. (zit. Cartier et al., Rückblick 2018).
- Commentaire Romand, Code civile I, Art. 1-359 CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), 2. A., Basel 2023 (zit. CR CC I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Di Sauro Valerio et al., Rückblick auf die Praxis 2020 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2021, 31 ff.
- Egger August, Rechtsprobleme der Familienstiftung, in: Walther Hug (Hrsg.), August Egger, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Zweiter Band, Beiträge zum Privat- und Handelsrecht, Zürich 1957, 43 ff.
- Eichenberger Lukas, Deklaratorische Eintragung der Familienstiftung im Handelsregister, Analyse der gegenwärtigen Eintragungspraxis, Jusletter, 8. Mai 2023.
- Forstmoser Peter, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 1999, 1 ff.
- Grüninger Harold, Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide, successio 2023, 141 ff. (zit. Grüninger, Aktuelles 2023).
- Ders. Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide, successio 2022, 124 ff. (zit. Grüninger, Aktuelles 2022).
- Ders., Familienstiftungen in der Nachlassplanung, in: Breitschmid Peter/Eitel Paul/Jungo Alexandra (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2021, 153 ff. (zit. Grüninger, Familienstiftungen).
- Guldener Max, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954.
- Gutzwiller Max, Die Zulässigkeit der Schweizerischen Unterhaltsstiftung, AJP 2010, 1559 ff.
- Hoffmann Hans, Die Familienstiftung nach schweizerischem Recht und ihr Unterschied vom Familienfideikommiss, Diss., Bern 1918.
- Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013, 185 ff. (zit. Jakob, Stiftungsbegriff).
- Ders., Reformen im Stiftungsrecht – Eine Agenda, Zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), Jusletter, 20. April 2020 (zit. Jakob, Reformen).

- Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen, Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16. August 2021, SJZ 2022, 736 ff. (zit. Jakob/Humbel, Eintragung).
- Dies., Die Eintragung existierender Familienstiftungen und die Änderungskompetenz des Stiftungsrates, Zugleich eine Besprechung des Urteils des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts B-951/2020 vom 16. August 2021, npoR 2022, 119 ff. (zit. Jakob/Humbel, Eintragung und Änderungskompetenz).
- Jakob Dominique/Trajkova Renata, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht/Le point sur le droit des associations et fondations, SJZ 2021, 965 ff.
- Koch Thomas, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers, Diss. Zürich, Basel/Frankfurt am Main 1997.
- Kunz Peter V., Kognition von Handelsregisterämtern bei Eintragungen von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Kunz Peter V./Arter Oliver /Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 111 ff.
- Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Leu Daniel/Gabrieli Daniel, Statutenänderungen bei Familienstiftungen, in: Breitschmid Peter/Eitel Paul /Jungo Alexandra (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2021, 277 ff.
- Meisterhans Clemens, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss., Zürich 1999.
- Opel Andrea, Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient?, Eine Analyse unter zivil- und steuerrechtlichem Blickwinkel mit Verbesserungsvorschlägen, Jusletter, 31. August 2009.
- Riemer Hans Michael, GAFI-Umsetzung: Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister auch für kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, SZW 2016, 70 ff. (zit. Riemer, GAFI-Umsetzung).
- Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, 2. A., Zürich/St. Gallen 2023.
- Stämpfli Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), in: Seiler Hansjörg et al. (Hrsg.), 2. A., Bern 2015 (zit. SHK BGG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Stämpfli Handkommentar, zum Handelsregisterverordnung (HRegV), in: Siffert Rino/Turin Nicholas (Hrsg.), Bern 2013 (zit. SHK HRegV-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Tammann Sibylle, Die nichtige Familienstiftung, Diss., Basel 1959.
- Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022.
- Vez Parisima La fondation de famille, in: ICONE – Institut de consultation notariale (Hrsg.), Conférences présentées lors de la Journée de formation du 3 mai 2007 organisée à l'occasion du 10ème anniversaire d'Icone, Bulle 2007.

Was darf eine Familienstiftung (noch) tun?

Dominique Jakob*

Inhalt

I.	Einleitung und rechtlicher Hintergrund	113
II.	Art. 335 ZGB im Spiel der Geschichte	115
	1. Ursprüngliche Sichtweise	115
	2. BGE 71 I 265: Die Wehrsteuer als Fallbeil	116
	3. Die Weiterführung der Rechtsprechung	117
III.	Was darf die Familienstiftung (heute) noch tun?	117
	1. Ausgangslage	118
	a) Das Mantra des Bundesgerichts	118
	b) Kritik an der Rechtsprechung	118
	2. Zulässige Zwecke einer Familienstiftung	119
	a) Erziehung	119
	b) Ausstattung	120
	c) Unterstützungsleistung	120
	d) Ähnliche Zwecke	120
	e) Unterhalt	121
	3. Ausschüttungsmodalitäten	121
IV.	Rechtsfolge und wichtige Korrektive	123
V.	Die Zukunft der Familienstiftung	124
	1. Die Notwendigkeit der Liberalisierung der Familienstiftung	124
	2. Mögliche Ausgestaltungen	126
VI.	Resümee	128
	Literaturverzeichnis	129

I. Einleitung und rechtlicher Hintergrund

Die Diskussion um die Schweizer Familienstiftung ist eine historisch, politisch sowie bisweilen auch emotional aufgeladene Materie. Um das Thema daher dogmatisch vorzubereiten und um Missverständnissen vorzubeugen, die sich

* Prof. Dr. iur. Dominique Jakob, M.I.L. (Lund), ist Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich <<https://www.zentrum-stiftungs-recht.uzh.ch>>. Der Verfasser dankt seinem wissenschaftlichen Assistenten MLaw Marc Kaufmann für die wertvollen Vorarbeiten beim Verfassen des Beitrags.

über die Jahrzehnte in der öffentlichen Wahrnehmung eingeschlichen haben, möchte dieser Beitrag damit beginnen, die Familienstiftung in den Kontext und das System der Stiftungsformen des Schweizer Rechts einzuordnen.

Das Schweizer Recht unterscheidet zwischen den klassischen (oder gewöhnlichen) Stiftungen (die gemeinnütziger, privatnütziger oder gemischter Art sein können) und einigen Stiftungs Sonderformen.¹ Zu diesen Sonderformen, die zumindest teilweise separaten rechtlichen Regimen unterstehen, gehören etwa die Personalvorsorgestiftung, die kirchliche Stiftung und – für den vorliegenden Beitrag zentral – die Familienstiftung.

Die Familienstiftung lässt sich durch die zweckbestimmte Bindung des Vermögens an eine Familie charakterisieren und untersteht hierbei einigen Sondernormen.² Auf der einen Seite sind Familienstiftungen privilegiert, weil sie gemäss Art. 87 ZGB weder der Aufsichtsbehörde unterstehen noch die Pflicht haben, eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Auf der anderen Seite wird die Freiheit von Familienstiftungen eingeschränkt durch Art. 335 Abs. 1 ZGB, der die Bindung eines Vermögens mit einer Familie nur „zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken“ für zulässig erklärt. Mit Blick auf Art. 335 ZGB ist freilich von Anfang an auf drei Dinge hinzuweisen: Es handelt sich zum einen um eine Norm des *Familienrechts* (platziert im Titel „Die Familiengemeinschaft“, Abschnitt „das Familienvermögen“), die lediglich auf das Stiftungsrecht verweist und nicht um eine eigentliche Norm des Stiftungsrechts. Das klassische Stiftungsrecht wird somit nicht von Art. 335 ZGB, sondern lediglich von Art. 87 ZGB derogiert. Zum Zweiten ist Abs. 1 der Norm vom Gesetzgeber *offen*, nicht abschliessend formuliert worden („oder zu ähnlichen Zwecken“). Art. 335 Abs. 2 ZGB schliesslich betrifft *Fideikomnisse*, nicht Stiftungen, und stellt damit ebenfalls keine stiftungsrechtliche Vorschrift dar. Ein Fideikommiss ist ein Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit, das ausserhalb des Nachfolgekreislaufs in der Hand gewisser Familienmitglieder weitergegeben wird.³ Dieses Konstrukt wurde vom Gesetzgeber zudem lediglich in Bezug auf seine Neuerrichtung verboten, nicht aber im Hinblick auf bestehende (und somit fortexistierende) Strukturen. Ein flächendeckendes Verbot *aller* Rechtsformen, die voraussetzungslose Zahlungen an Familienmitglieder zulassen, ist hierin schwerlich zu lesen.⁴

¹ KUKO ZGB-Jakob, Art. 87, N 3.

² KUKO ZGB-Jakob, Art. 87, N 1.

³ BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 217.

⁴ Siehe dazu noch unten, [II](#).

Alsdann ist in Erinnerung zu rufen, dass alle Normen und Grundsätze des Stiftungsrechts, soweit sie nicht ausdrücklich derogiert sind, auch für die Familienstiftung gelten.⁵ Dies sind vor allem der *Grundsatz der Stifterfreiheit* (erlaubt ist, was nicht verboten ist)⁶, der *Grundsatz der Stiftungsautonomie* (der Stiftungsrat legt die Art und Weise der Zweckverfolgung fest)⁷, die *Grundsätze der Auslegung* (die dem wirklichen Stifterwillen zu Geltung verhelfen sollen)⁸ sowie die *Grundsätze der ordnungsgemässen Ermessensausübung* (die dem Stiftungsrat einen Entscheidungsspielraum geben, der so lange nicht beanstandet werden kann, als keine Rechtsfehler ersichtlich sind).⁹ Allein diese summarische Auflistung macht deutlich, dass einige dieser zentralen stiftungsrechtlichen Grundsätze bei der Handhabung der Familienstiftung in den letzten Jahren in Vergessenheit geraten sind.

II. Art. 335 ZGB im Spiel der Geschichte

I. Ursprüngliche Sichtweise

Wie kam es nun zu diesem ominösen Art. 335 bei der Schaffung des ZGB? Auch ein Blick in die Materialien schafft kein eindeutiges Bild. Eugen Huber selbst, der Spiritus Rektor des ZGB, der für die Wertungseinheit innerhalb des Gesetzes verantwortlich war, war jedenfalls gegen das Verbot von Familienstiftungen, weil er die Anschauungen in der Bevölkerung für kräftig genug erachtete, um ein „Überwuchern des geschlossenen Familienbesitztumes unmöglich zu machen“. „Es wird im Gegenteil“, so Huber, „nur von guter Folge sein, wenn dergestalt eine Aufspeicherung ökonomischer Kräfte im Besitze einzelner Familien den Wohlstand des Landes im Allgemeinen vermehrt“.¹⁰ Das Meinungsbild, vor dessen Hintergrund es die Norm trotz Hubers Votum letztlich ins ZGB schaffte, ist ausserordentlich diffus;¹¹ jedenfalls ist es alles andere als klar, dass der historische Gesetzgeber mit dem ausdrücklichen Verbot lediglich *neuer Familienfideikomisse* (sic!) zugleich *alle* Formen voraussetzungsloser Zahlungen an Familien durch *alle* Rechtsformen verbieten und Fideikomisse und

⁵ BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 4 m.w.H.; Sprecher, 137.

⁶ KUKO ZGB-Jakob, Vor Art. 80–89a, N 3, Art. 80, N 3, Art. 83, N 1; Jentsch, 119 f.

⁷ KUKO ZGB-Jakob, Art. 83, N 7; grundlegend Jakob, *Autonomie im Recht*, 225 ff.; Jentsch, 120.

⁸ KUKO ZGB-Jakob, Art. 80, N 10 ff.; Gubler, 216 ff.

⁹ Gubler, 200 f.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 83, N 12 ff.

¹⁰ Zit. in Opel, *Familienstiftung*, Rz. 38.

¹¹ Siehe hierzu Fasel, [9 ff.](#), [19 ff.](#)

(Unterhalts-) Stiftungen als eines betrachten¹² wollte.¹³ Und selbst wenn er dies gewollt hätte, so hat er dies so schlecht geregelt, dass dies den Rechtsanwendern kaum entgegengehalten werden kann.

So ist es nicht verwunderlich, dass nach Inkrafttreten des ZGB Stiftungen zur Bestreitung der Lebensunterhaltskosten von Familien über Jahrzehnte toleriert wurden.¹⁴

2. BGE 71 I 265: Die Wehrsteuer als Fallbeil

Der Turnaround kam durch das Bundesgericht im Jahr 1945: In der zugrunde liegenden Entscheidung beabsichtigte der Ehegatte der Stifterin, einen *common law trust* zu errichten, was so auch ausdrücklich in der Präambel der Stiftungsurkunde festgehalten worden war. Einer Krankheit geschuldet konnte er dieses Ziel nicht mehr verwirklichen. Seine Ehefrau entschied sich, im vermeintlichen Interesse aller Beteiligten vorzugehen und der Absicht ihres Gatten durch Gründung einer schweizerischen Familienstiftung zu entsprechen. Das Bundesgericht hält in dieser Entscheidung, bei der es *nota bene* lediglich um die Anerkennung der Stiftung zu Zwecken der Wehrsteuer geht, erstmals fest: „Für solche Zwecke [Unterhaltsbeiträge oder Ausgaben, die den Benefiziaren eine anspruchsvolle Lebensführung ermöglichen sollen] ist aber die Familienstiftung des schweizerischen Rechts nicht bestimmt.“¹⁵ In der Tat hatte die Stiftung die Fürsorge der Eheleute und ihrer Nachkommen zum Zweck. Daran stösst sich das Gericht indes nicht; jedoch sei der tatsächliche Wille der Stifterin und des Ehemannes weit über eine blossе Unterstützung der Familienmitglieder hinausgegangen.¹⁶ Angestrebt wurde die allgemeine Zweckbestimmung eines „Trusts“, was sich auch in der Geschäftsführung der Stiftung widerspiegelte. Folglich bringt die Entscheidung zurecht eine strukturelle Fehlkonzeption der Gründer zum Vorschein, welche einen angloamerikanischen Trust in Form einer Stiftung nach schweizerischem Recht errichten wollten. Gerade nicht ersichtlich ist, ob mit dieser Entscheidung, die sich nicht tiefer mit der damals herrschenden Lehre oder Rechtsprechung auseinandersetzt, jede voraussetzungslose Ausschüttung verboten und das bisherige

¹² So aber stets BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 221 ff.

¹³ Siehe Fasel, [9 ff.](#), [29 ff.](#)

¹⁴ Jakob, Stiftung und Familie, 71; so auch Gutzwiller, 1563 f.; vgl. zudem BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 8; Sprecher, 139.

¹⁵ BGE 71 I 265 E. 1 S. 270.

¹⁶ BGE 71 I 265.

Bild der Schweizer Familienstiftung zu Fall gebracht werden sollte. Noch nicht einmal sagt das Gericht, ob neben den steuerrechtlichen Konsequenzen überhaupt die *zivilrechtliche* Ungültigkeit der Stiftung vorgelegen habe.¹⁷

3. Die Weiterführung der Rechtsprechung

Die Entscheidung wurde in der Folge somit miss- bzw. zumindest überinterpretiert, wenn das Bundesgericht Familienunterhaltsstiftungen seit BGE 71 I 265 daher pauschal und ohne weitere Diskussion für unzulässig und nichtig hält. Die dahinterstehenden drei Wertungen (moralischer, ideologischer und volkswirtschaftlicher Art) sind bekannt. Es handelt sich um die Verhinderung von Müsiggang bzw. die Verweichlichung der Jugend, um die Verhinderung von neofeudalen Strukturen und um das Vorbeugen gegen dauerhafte Immobilisierung von Wirtschaftsgütern.¹⁸ Genauso ist jedoch bekannt, dass zumindest die ersten beiden der drei Wertungen längst überholt sind (und dass der dritten mit einer zeitlichen Begrenzung von Unterhaltszwecken begegnet werden kann).¹⁹ Zu hoffen blieb lange (aber letztlich vergebens), dass die Gerichte vor dem Hintergrund der geschilderten Erkenntnisse und den seit Jahrzehnten vehement kritisierenden Stimmen der ganz überwiegenden Lehre²⁰ ein Problembewusstsein entwickeln und die Rechtsprechung und ihre veralteten Wertungen zumindest einmal wieder evaluieren würden, anstatt sich an einen Entscheid aus der Mitte des letzten Jahrhunderts zu klammern.²¹ Dass dies trotz zahlreicher Möglichkeiten nicht geschehen ist, ist ein echtes Versäumnis der *Judikative*, weshalb nun die *Legislative* gefordert ist, die verfehlte Rechtsprechung zu korrigieren. Und genau nach diesem Lösungsansatz strebt nun SR Thierry Burkart mit seiner am 15. Dezember 2023 eingereichten Motion.²²

III. Was darf die Familienstiftung (heute) noch tun?

Was darf – vor dem Hintergrund dieses schwierigen Spannungsfelds – die Familienstiftung heute, also *de lege lata*, noch tun?

¹⁷ Jakob, Stiftungsbegriff, 329 f.; vgl. auch Gutzwiller, 1563 f.

¹⁸ KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 1 ff.; ders., Stiftung und Familie, 71; vgl. auch Bericht des Bundesrates vom 27. Februar 2013 über die Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz: Abschreibung der Motion 09.3344 Luginbühl vom 20. März 2009, BBl 2013, 2213 ff.

¹⁹ Siehe dazu unten, [V.2](#).

²⁰ Ausführlich hierzu Jakob, Stiftungsbegriff, 324 ff.

²¹ Vgl. Jakob, Stiftungsbegriff, 330 f.

²² Dazu ausführlich unten, [V](#); siehe auch Motion und Stand des Geschäfts, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20224445>.

I. Ausgangslage

a) *Das Mantra des Bundesgerichts*

Das Bundesgericht wiederholt seit BGE 108 II 393 mantraartig, dass seitens der Destinatäre eine besondere Bedarfssituation vorauszusetzen sei, indem „Familiengliedern in bestimmten Lebenslagen jene materielle Hilfe zu gewähren [ist], die unter den gegebenen Umständen als nötig oder wünschbar erscheint“²³. Diese Aussage ist für die in Art. 335 Abs. 1 ZGB aufgezählten Regelbeispiele auch völlig in Ordnung. Das Problem ist indes, dass das Gericht die Aussage auch auf die „ähnlichen Zwecke“ bezieht und voraussetzungslosen (Unterhalts-) Leistungen damit eine Absage erteilt. „Den Familienangehörigen ohne besondere Voraussetzungen dieser Art den Genuss des Stiftungsvermögens oder der Erträge desselben zu verschaffen, ist nach dem Gesetz [sic!]²⁴ 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“²⁵.

b) *Kritik an der Rechtsprechung*

Bereits seit Jahrzehnten wird darüber diskutiert, ob diese strenge Interpretation der Rechtsprechung, welche die zuvor zulässigen Strukturen verbietet, nicht gelockert werden müsste.²⁶ Ihr Effekt ist nämlich nicht, dass Schweizer Jugendliche geschützt oder neofeudale Strukturen verhindert werden, sondern dass Planungswillige ihre Strukturen im Ausland (vorzugsweise in Liechtenstein) errichten, Strukturen, die wir dann – auch wenn es sich um Unter-

²³ BGE 108 II 393 E. 6a S. 394 f. Nach Gutzwiller, 1564 verkennt das Bundesgericht seither die in BGE 93 II 439 und BGE 108 II 393 enthaltene Nuancierung, die eine Stiftungshilfe im Sinne eines „ähnlichen Zweckes“ nicht nur zulässt, wenn sie unter den gegebenen Umständen als nötig erscheint, sondern auch, wenn sie bloss „wünschbar“ ist. Demnach sei damit das „sonst so eng geschnürte Korsett abgeworfen“ worden.

²⁴ Dass diese Aussage nicht im Gesetz steht, wurde oben, [L](#), [II](#), bereits hergeleitet. Zurecht spricht auch Breitschmid, Rz. 41, von einem nicht gesetzlich, sondern *bundesgerichtlich verordneten* Korsett; vgl. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335, N 8; Sprecher, 139.

²⁵ BGE 108 II 393 E. 6a S. 394 f.

²⁶ Siehe im Überblick Jakob, Stiftungsbegriff, 323 ff. m.w.H.

haltsstiftungen handelt – ohne Inhaltskontrolle anerkennen.²⁷ Dadurch fließt nicht nur unnötigerweise Vermögen ins Ausland ab, wir geben auch die Governance über solche Strukturen aus der Hand.²⁸ Trotz dieser wiederholt vorgetragenen Kritik hat das Bundesgericht seine bisherige Handhabung mehrfach bestätigt.²⁹ Die Fronten zwischen Literatur und Rechtsprechung scheinen verhärtet, was den Rechtssuchenden zum Leidtragenden macht und es erfordert, die verbliebenen Spielräume *de lege lata* zu definieren. Hierfür ist jedoch vorab eines festzuhalten: Wenn nach der Rechtsprechung ohnehin nur wenige zulässige Zwecke in Betracht kommen, können diese vor dem Hintergrund dieser fundamentalen Meinungsdivergenz und unter Rückbesinnung auf die Grundsätze der Stifterfreiheit, der Stiftungsautonomie und der Ermessensausübung³⁰ nicht auch noch in sich restriktiv interpretiert werden.³¹ Diese wichtige Feststellung liegt den nachfolgenden Gedanken zugrunde.

2. Zulässige Zwecke einer Familienstiftung

a) Erziehung

Zulässig sind etwa Familienstiftungen, welche den Zweck der Erziehung verfolgen, worunter (zumindest bei gut dotierten Stiftungen) die Ausbildung im weitesten Sinne und in allen Generationen zu verstehen ist. Es gilt das Prinzip des „*lifelong learning*“. Umfasst sind die vorschulische und schulische Ausbildung, die Berufsausbildung, das Studium, die Fort- und Weiterbildung, die Zusatzausbildung, auch in späteren Lebensphasen, bis hin zum Seniorenstudium. Auch die sportliche und kulturelle Erziehung kann umfasst sein, wenn sie einen Ausbildungscharakter hat. Eingeschlossen sind zudem die typischen mit der Ausbildung zusammenhängenden Lebensunterhaltskosten, denn wenn ein Kind zum LL.M. nach New York geht, muss es auch dort essen und wohnen. Die Bedarfssituation ist hierbei in der jeweiligen „Lebensphase“ zu sehen, es wird keine „Bedürftigkeit“ vorausgesetzt.³²

²⁷ So das Bundesgericht selbst in BGE 135 III 614 E. 4.3.3 S. 621 f.

²⁸ Vgl. hierzu noch unten, [V.1](#), sowie KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 19.

²⁹ Jakob, Stiftungsbegriff, 330; vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2C_157/2010 vom 12. Dezember 2010; Urteil des Bundesgerichts 2C_163/2010 vom 12. Dezember 2010 E. 11.3 (ebenfalls steuerrechtlicher Kontext); BGE 108 II 393 E. 6a S. 394 f.; BGE 93 II 439 E. 4 S. 448 ff.; BGE 89 II 437 E. 1 S. 440; BGE 79 II 113 E. 6a S. 118 f.; BGE 75 II 81 E. 3b S. 86 f.; BGE 75 II 15 E. 4b S. 24 f.; BGE 73 II 81 E. 5 f. S. 86 ff.; kritisch hierzu etwa Gutzwiller, 1563 f.; Opel, Steuerliche Behandlung, 23 ff.; Künzle, 173 ff.; Hamm/Peters, 248 ff.; Bonetti, 122 ff.; Sprecher, 139 f.

³⁰ Dazu oben, [I](#).

³¹ So auch in KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 2.

³² KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 5.

b) *Ausstattung*

Bei der *Ausstattung* handelt es sich um eine freiwillige, auf einer fortbestehenden familiären (Eltern-) Verantwortung beruhenden Zuwendung zur Begründung, Verbesserung oder Sicherung der Existenz des Empfangenden und um eine Starthilfe zur Selbständigkeit.³³ Klassischerweise kommt einem die Heiratsgabe oder „Mitgift“ in den Sinn, der Begriff ist aber weiter zu verstehen. Etwa fällt unter Ausstattung auch der Aufbau der *beruflichen* Existenz, so dass es möglich ist, Familienmitglieder beim Aufbau einer Unternehmung zu unterstützen oder im Krisenfall deren Existenz zu sichern. Des Weiteren ist die *familiäre* Existenz umfasst und hier typischerweise das Familienheim, so dass es durchaus zulässig ist, den jeweiligen Familienmitgliedern durch Zuwendungen, Darlehen oder Hypotheken den Erwerb eines Familienheims zu ermöglichen. Es handelt sich bei der Ausstattung um eine familienrechtliche *causa sui generis*, die es gegenüber dem Rechtsgrund der Schenkung auf der einen und des Unterhaltes auf der anderen Seite abzugrenzen gilt.³⁴

c) *Unterstützungsleistung*

Bei *Unterstützungsleistungen* wird eine Bedarfssituation vorausgesetzt, welche in *subjektiv* materiellen Notlagen (finanzieller, körperlicher, psychischer oder sonstiger Art) bestehen kann und sich typischerweise in Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Invalidität, Pflegebedürftigkeit und ähnlichen Tatbeständen äussert. Daneben kann die Bedarfssituation aber auch in *objektiv* bestimmten Lebensabschnitten (etwa Rentenalter, Bewohnung eines Heimes etc.) liegen, wenn diesbezüglich nachvollziehbare Kriterien erkennbar sind und keine Umgehung des Verbots von Unterhaltsleistungen erreicht werden soll.³⁵

d) *Ähnliche Zwecke*

Bei den *ähnlichen Zwecken* wird die Rechtsprechung erratisch. Anerkannt wurden etwa die Pflege eines Familiengrabs oder das Lesen von Messen.³⁶ Auch die Erstellung und Erhaltung eines Familiendenkmals, einer Familienbibliothek, einer Familienchronik oder dergleichen gelten zumindest als zulässige akzessorische Teilzwecke.³⁷ Vereinigende Klammer dürfte hier der Erhalt des familiären Andenkens sowie der familiären Traditionen und Werte sein.

³³ KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 6.

³⁴ Grundlegend Jakob, Ausstattung, 198 ff.; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 11.

³⁵ KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 7.

³⁶ BGE 75 II 15 E. 4a f. S. 24 f.

³⁷ KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 8.

Problematisch wird hingegen der bloße Erhalt von Familienvermögen gesehen, etwa von Schmuck oder einer Sammlung.³⁸ Strittig ist zudem, ob die Finanzierung jährlicher Zusammenkünfte von Familienmitgliedern zulässig ist.³⁹ Zu letzteren Konstellationen ist folgendes zu sagen: Der Erhalt von Familienvermögen sollte jedenfalls dann möglich sein, wenn es nicht um die reine Vermögensperpetuierung geht, sondern ein *legitimes familiäres Motiv* zugrunde liegt wie der Erhalt von Erinnerungen und Traditionen. Dies gilt gleichermaßen für die familiären Zusammenkünfte: Finden diese nicht zum Zwecke reiner Partygenüsse statt, sondern zur Regelung der familiären Verhältnisse oder zu Bildung, Erhalt und Festigung familiärer Werte, z.B. zum Einbezug der jungen Generation, so hat eine familiäre Motivlage einen potenziellen Unterhaltungszweck klar verdrängt.⁴⁰

e) *Unterhalt*

In die Kategorie *Unterhalt* fallen hingegen diejenigen Leistungen, die den Familienmitgliedern „einfach so“ auszuschütten sind. Deutlich restriktiver ist dabei wieder die Ansicht der Rechtsprechung, hierzu auch den Erwerb oder Erhalt von Immobilien für die Familie hinzuzurechnen. Dies erscheint bei Immobilien zu reinen Repräsentationszwecken nachvollziehbar,⁴¹ ist bei Immobilien zu Erholungszwecken aber bereits zu hinterfragen.⁴² Jedenfalls ist einer pauschalen Einordnung entgegenzutreten und eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen. Leiden gewisse Familienmitglieder etwa an Asthma, ist ein Haus am Meer einer familiären Bedarfslage geschuldet. Hierdurch kann eine Ferienimmobilie – je nach Art und Widmungszweck – auch als Unterstützungsleistung oder als Ausstattung angesehen werden.⁴³

3. Ausschüttungsmodalitäten

Um Unsicherheiten in Bezug auf einen allfällig nichtigen Stiftungszweck vorzubeugen, aber den gesetzlichen Rahmen auszuschöpfen, wird in der Praxis häufig der Zweckkatalog des Art. 335 Abs. 1 ZGB wörtlich übernommen.⁴⁴ Dem

³⁸ BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 12.

³⁹ Bejahend BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 12; ablehnend BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 150.

⁴⁰ KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 8.

⁴¹ Vgl. etwa BGE 93 II 439 E. 4b S. 451, wo es um eine „Burgstiftung“ ging.

⁴² Vgl. etwa BGE 108 II 393 E. 6c f. S. 395 f., wo es um eine „Ferienhausstiftung“ ging; vgl. auch Zeiter, Rz. 577.

⁴³ Vgl. HK Privatrecht-Breitschmid, Art. 335, N 4; vgl. auch BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 9.

⁴⁴ BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 7; siehe auch KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 11.

Stiftungsrat obliegt es in diesen Fällen, die Ausschüttungspraxis zu konkretisieren, und es kann sich anbieten, ein *Begünstigtenreglement* (welches nicht im Handelsregister einzutragen ist) zu erstellen.⁴⁵ Hierbei ist auf eine möglichst professionelle Ausarbeitung des Reglements zu achten: auf klare Grundsätze und Begünstigungstatbestände, transparente Verantwortlichkeiten für Gesuchstellung und Entscheidung sowie eine bestmögliche Governance. Je besser ein Begünstigtenreglement und die Governance ausgestaltet sind, umso schwerer wird der Vorwurf zu erheben sein, es handele sich um „voraussetzungslose“ Zuwendungen.

Auch im Hinblick auf die *Modalitäten der Zuwendung* lässt Art. 335 ZGB selbst bei einer restriktiven Interpretation durch das Bundesgericht Spielräume zu.⁴⁶ Etwa kann der Vorschrift nicht die strikte Vorgabe entnommen werden, dass eine Zuwendung in zeitlicher Hinsicht erst dann zu gewähren ist, wenn der Zuwendungszweck bereits abschliessend realisiert wurde. Es kann insbesondere nicht die *ratio* des Art. 335 ZGB sein, dass im Falle eines absehbaren finanziellen Bedarfs mit der Zuwendung bis zum tatsächlichen Eintritt der Bedarfs- oder gar der Notlage abgewartet werden muss. Ein vorausschauendes, *proaktives Tätigwerden* muss schon deswegen möglich sein, weil ein sinnvoll und ermessensgerecht agierender Stiftungsrat nicht zuschauen kann, bis ein potenzieller Begünstigter in die Existenzbedrohung oder die Krankheit gerutscht ist; und zum anderen deshalb, weil die nachträgliche Behebung einer solchen Lage in der Regel einen höheren Aufwand (im Hinblick auf das Stiftungsvermögen) generiert als die präventive Abwehr. Vor diesem Hintergrund, dass eine strenge Zeitabfolge zwischen der Zuwendung und der Zweckrealisierung von Art. 335 ZGB nicht gefordert wird, sollte auch eine *pauschalierte Zuwendung* zulässig sein, die den voraussichtlichen Bedarf für mehrere konkret absehbare Zweckrealisierungen deckt, jedenfalls dann, wenn die Pauschale im ordnungsgemässen Ermessen bestimmt, der Aufwand nachträglich verifiziert und die Vergabe mit der notwendigen Governance versehen wird. Ein solches Vorgehen bietet ein Instrument zur Verminderung von Verwaltungsaufwendungen der Stiftung, wodurch eine zielgerichtete Nutzung des Stiftungsvermögens gefördert wird.⁴⁷

⁴⁵ BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335, N 7.

⁴⁶ Beispielhaft hierfür BGE 93 II 439 und BGE 108 II 393.

⁴⁷ KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 10.

IV. Rechtsfolge und wichtige Korrektive

Verfolgt die Familienstiftung einen nach Art. 335 ZGB unzulässigen Zweck, ist sie – so das Credo der Rechtsprechung⁴⁸ – grundsätzlich für nichtig zu erklären.⁴⁹ Allerdings ist daran zu erinnern, dass es einige Korrektive gibt, die diese Regel überlagern können und vor allem von der Eintragungspraxis der Handelsregister falsch verstanden oder gar gänzlich missachtet werden.⁵⁰

Sind etwa lediglich die Ausschüttungen durch den Stiftungsrat überschüssig, nicht der vom Stifter gewollte Zweck, führt das zu einer *Pflichtverletzung der Organe*, nicht zur Nichtigkeit der Stiftung (mit Ausnahmen des Sonderfalls der „Simulation“, in welchem der zulässige Zweck nur vorgeschoben ist und der eigentliche Zweck, in Übereinstimmung mit dem ursprünglichen Stifterwillen, erst durch das Organhandeln konkretisiert wird).⁵¹ Zum Zweiten greift die Auslegung *in favorem validatis*: Wenn ein Stiftungszweck gesetzeskonform ausgelegt werden kann und sich ein Stiftungsrat daran hält, ist dieser Auslegung der Vorzug zu geben und die Stiftung als wirksam anzusehen.⁵² Ist dies nicht möglich, ist der *Grundsatz der Teilnichtigkeit* zu beachten: Ist nur ein (abtrennbarer) Teil des Zwecks nichtig und ergibt die Auslegung, dass der Stifter die Stiftung auch ohne diesen Teil errichtet hätte, muss die Stiftung ohne den nichtigen Zweckteil am Leben bleiben.⁵³ Schliesslich ist an den seltenen (und von den Handelsregisterbehörden häufig falsch verstandenen)⁵⁴ *Grundsatz der Konversion* zu denken, in welchem ein nichtiges Geschäft (potenziell nichtige Familienstiftung) in Form eines *anderen* wirksamen Geschäfts (hier klassische Stiftung) aufrechterhalten werden kann.⁵⁵ Werden verschiedene Zwecke gemischt, gelangt man zu einer *gemischten Stiftung*, die als klassische Stiftung zu behandeln ist.⁵⁶ Die Zweckbeschränkung in Art. 335 ZGB gilt freilich fort und kann nicht durch ein Ausweichen auf eine klassische Stiftung unterlaufen werden.⁵⁷ Anzunehmen ist jedoch, dass ein gänzlich untergeord-

⁴⁸ So etwa BGE 108 II 393 E. 6c S. 395 f.

⁴⁹ BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 13.

⁵⁰ Vgl. zum Ganzen Jakob/Humbel, 738 ff.; Eichenberger, Rz. 66 ff.

⁵¹ KUKO ZGB-Jakob, Art. 52, N 5.

⁵² Jakob/Humbel, 739.

⁵³ Jakob/Humbel, 739 m.w.H.

⁵⁴ Jakob/Humbel, 740.

⁵⁵ KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 11; Jakob/Humbel, 740.

⁵⁶ Vgl. Brugger, 87 ff.

⁵⁷ BSK ZGB I-Grüniger, Art. 335, N 12a unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.9/2001 vom 18. Mai 2001; Brugger, 137; Zeiter, Rz. 584.

netter klassischer Zweck nicht zu einer Umqualifizierung führen und den Charakter einer Familienstiftung nicht verändern sollte.⁵⁸

Folge der Nichtigkeit ist – falls nichts anderes bestimmt ist – ein Übergang des Vermögens (ggf. nach durchgeführtem Liquidationsverfahren) an den Stifter oder dessen Erben.⁵⁹ Eine Anfallklausel, die vorsieht, dass das Vermögen bei Auflösung der Stiftung an den Nachfolgekreislauf des Stifters fällt, ist die Regelgestaltung bei Schweizer Familienstiftungen und ausdrücklich als zulässig zu betrachten.⁶⁰

V. Die Zukunft der Familienstiftung

1. Die Notwendigkeit der Liberalisierung der Familienstiftung

In den letzten Jahren wurde intensiv daran gearbeitet, einen „Schweizer Trust“ in die schweizerische Rechtsordnung einzuführen. Die Idee des Trusts stammt aus keinem anderen Bedürfnis, als vor dem Hintergrund der oben beschriebenen Zwangslage endlich ein taugliches Instrument für die Schweizer Vermögens- und Nachlassplanung zu schaffen. Allerdings war es von Anfang an ein Fehler bei der Ausarbeitung der Trustvorlage, anzunehmen, man hätte kein Mandat, auch die Familienstiftung zu behandeln.⁶¹ Dies ist nun klargestellt: Während die Trustmotion abgeschrieben wurde, wurde die Motion „Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben“ (22.4445) von SR Thierry Burkart von Ständerat und Nationalrat angenommen.⁶² Damit ist nun der ausdrückliche politische Auftrag formuliert, die Familienstiftung zu liberalisieren. Das ist gut so: Der Trust war von Anfang an ein optionales *Nice-to-have*, eine moderne Familienstiftung ist hingegen ein *Must-have*, denn ohne deren Liberalisierung kann es keine sinnvolle Nachlassplanung in der Schweiz geben. Doch warum braucht es eine liberalisierte Familienstiftung in der Schweiz?

⁵⁸ Jakob, Reformen, Rz. 53.

⁵⁹ Dazu BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335, N 13 mit dem wichtigen Hinweis, dass eine Einziehung durch das Gemeinwesen i.S.d. Art. 57 Abs. 3 des Schweizerisches Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210, ZGB) bei (ursprünglicher) Nichtigkeit nicht in Frage kommt. Dazu und auch zum Verhältnis von anfänglicher und nachträglicher Nichtigkeit siehe KUKO ZGB-Jakob, Art. 57, N 5.

⁶⁰ Siehe zum falschen Verständnis der Handelsregister ausführlich Jakob/Humbel, 736 ff.

⁶¹ Vgl. Jakob/Kalt, Rz. 28.

⁶² Motion und Stand des Geschäfts, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224445>>; ausführlich dazu Jakob et al., 53 f.

Die Regulierungsfolgenabschätzung vom 5. Dezember 2019 hat klar ein Regulierungsversagen des Gesetzgebers und ein Bedürfnis zur Einführung eines tauglichen einheimischen Instruments für die Schweizer Vermögens- und Nachlassplanung festgestellt.⁶³ Dass dieses Bedürfnis in der Praxis tatsächlich besteht, lässt sich nicht nur an der Zahl der tausenden liechtensteinischen Familienstiftungen und Trusts nach ausländischem Recht feststellen, die allein in Liechtenstein seit Jahrzehnten einen ganzen Industriezweig nähren. Auch lohnt sich ein Blick auf die Höhe der anstehenden Vermögensübergänge, die in der Schweiz auf „rund 90 Milliarden Franken“ pro Jahr beziffert wird.⁶⁴ Es geht bei dem Reformanliegen *nota bene* nicht um Instrumente für Steuerhinterziehung und Gestaltungsmissbrauch, sondern um legitime Planungsanliegen zur Absicherung von Familien, wie sie in der Schweiz auch zulässig waren, bis das Bundesgericht in den Fünfzigerjahren mit seiner umstrittenen Rechtsprechung das Verbot von Unterhaltsstiftungen überhaupt erst begründet hat.⁶⁵ Es geht auch nicht nur um Vehikel für die Superreichen, sondern um eine sinnvoll strukturierte Überlassung des Nachlasses an die nächste Generation, Unternehmensnachfolge und den Erhalt familiärer Werte und Tradition, und das gerade auch dann, wenn man sich keine Treuhänder in Liechtenstein oder Trustees auf Kanal- oder Karibikinseln leisten kann. Und schliesslich geht es um Instrumente, wie sie in der Schweiz, wenn sie im Ausland errichtet sind, ohne weitere Inhaltskontrolle anerkannt werden⁶⁶ und damit ohnehin zur Schweizer Rechtswirklichkeit gehören. Auch der Bundesrat selbst erkennt in seiner Stellungnahme zu den jeweiligen Motionen an, dass überzeugende Argumente für die Liberalisierung der Familienstiftung sprechen.⁶⁷

Der Bundesrat kommt dann allerdings zu dem überraschenden Schluss, dass „die Einführung der Unterhaltsstiftung nur im Rahmen einer umfassenden Revision des Stiftungsrechts vollzogen werden könnte“.⁶⁸ Diese Aussage ist, bei

⁶³ Regulierungsfolgenabschätzung des BASS vom 5. Dezember 2019 zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen, abrufbar unter <https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2019/BJ_SIF_SECO_2019_RFA_Trust_Schlussbericht.pdf>, 76.

⁶⁴ Aschwanden/Gerny, 1.

⁶⁵ Siehe oben, II und insb. BGE 71 I 265 und BGE 108 II 393.

⁶⁶ BGE 135 III 614.

⁶⁷ Erläuternder Bericht des Bundesrates vom 12. Januar 2022 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens über die Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts, 32 f.; vgl. auch Motion und Stand des Geschäfts, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224445>>.

⁶⁸ Bundesrat, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsverfahren, 33; vgl. auch Motion Burkart und Stand des Geschäfts, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224445>>.

allem Respekt, ebenso wenig nachvollziehbar wie korrekt. Nicht nachvollziehbar, weil wir gerade eine umfassende Reform des Stiftungsrechts hatten (Pa.Iv. Luginbühl mit Inkrafttreten am 1. Januar 2024), die Familienstiftung dort aber (entgegen etwa dem Vorbringen des Verfassers)⁶⁹ gerade nicht einbezogen wurde. Und nicht korrekt, weil es inhaltlich schlicht keiner umfassenden Revision des Stiftungsrechts bedarf (siehe sogleich). Die Öffnung der Familienstiftung ist ungleich leichter als die Einführung eines Trusts und könnte mit wenigen Pinselstrichen geschehen.

Wir sind mit dem heutigen Verfahren – auch in Anbetracht der Vorarbeiten im Rahmen der Trust-Motion – so weit, dass das Bedürfnis nach einem Instrument offenkundig und politisch abgestützt ist und es allein um die Modalitäten der Umsetzung geht. Wenn das Momentum diesmal nicht genutzt wird, steht zu befürchten, dass die ausländische Treuhandindustrie weitere Jahrzehnte vom Schweizer Regulierungsversagen lebt. Und dabei handelt es sich nicht nur um ein volkswirtschaftliches Argument. Es ist auch fraglich, ob die Schweiz als moderner Rechtsstaat wirklich seine planungswilligen Bürgerinnen und Bürger in ausländische Rechtsinstitute zwingen darf, die sie dann ohne Inhaltskontrolle anerkennt, anstatt die Governance über solche Planungen, swiss-made und verlässlich, selbst wahrzunehmen. Und schliesslich kann die Öffnung der Familienstiftung auch dem Stiftungs- und Wirtschaftssektor insgesamt nur guttun. Sie würde das Potenzial gemischter Stiftungen erhöhen, wenn eine gemeinnützige Stiftung mit Familienversorgung verbunden werden soll, und Stifter mit privat- und gemeinnützigen Anliegen in der Schweiz halten, anstatt sie dazu zu zwingen, ihr Vermögen aus den privatnützigen Gründen ins Ausland zu bringen.

2. Mögliche Ausgestaltungen

Wie aber soll die neue Schweizer Familienstiftung aussehen? Streng genommen genügt ein einziger kurzer Satz in Art. 335 Abs. 1 ZGB, dass Unterhaltsw Zwecke zulässig sind, z.B. begrenzt auf die Dauer von 100 Jahren (wobei aus Sicht des Verfassers auch eine längere Zeitspanne angezeigt sein könnte). Das Recht der klassischen Stiftung bliebe hierbei vollständig unberührt. Das Gleiche gilt für die Behandlung der Familienstiftung im Steuerrecht, für die es ebenfalls eine verlässliche Praxis gibt.⁷⁰

⁶⁹ Jakob, Reformen, Rz. 46 ff.

⁷⁰ Vgl. Opel/Oesterhelt, [65 ff.](#)

Freilich könnte man mehr regeln und insgesamt eine Justierung des Rechts der Stiftungs Sonderformen vornehmen. Folgenden Vorschlag hat der Verfasser bereits in der Vernehmlassung zur Motion Luginbühl gemacht.⁷¹ In einem ersten Schritt sollte sich der Begünstigtenkreis einer Familienstiftung nicht zwingend auf „Familienangehörige“ beschränken⁷², sondern die Familienstiftung als Mittel der privatnützigen Vermögensperpetuierung allgemein der Begünstigung von „Privatpersonen“ offen stehen.⁷³ Diesfalls gäbe es aber keinen Grund mehr, die Familienstiftung im *Familienrecht* zu regeln; vielmehr sollte die Rechtsform gänzlich dort beheimatet werden, wo sie hingehört, nämlich im Stiftungsrecht (und dort in Art. 87 ZGB⁷⁴). Da es bei Einführung einer zeitlichen Begrenzung der Unterhaltzwecke aber auch keinen Art. 335 Abs. 2 ZGB mehr braucht, könnte Art. 335 ZGB gänzlich gestrichen und dieser „alte Zopf“, mit dem sich Praxis und Gerichte so lange unversöhnlich schwergetan haben, gänzlich eliminiert werden.⁷⁵

Wenn man nun an Art. 87 ZGB Hand anlegt, könnte man einen weiteren historischen Fehler bereinigen und Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen in separaten Regelungen trennen. Im heutigen Art. 87 ZGB sind zwei Stiftungs Sonderformen verbunden, die nichts miteinander zu tun haben und sich unabhängig voneinander weiterentwickeln müssen. Zwar sind beide von der staatlichen Aufsicht ausgenommen und müssen keine Revisionsstelle bezeichnen, dies aber aus völlig unterschiedlichen Gründen: Die Familienstiftung aufgrund des intimen Charakters, des geringen Kontakts mit dem Rechtsverkehr und

⁷¹ Zum nachfolgenden Jakob, Reformen, Rz. 14 ff., mit konkreten Formulierungsvorschlägen.

⁷² Siehe zu den Streitfragen etwa BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 109; BSK ZGB I-Grüninger, Art. 87, N 2 m.w.H.; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87, N 2.

⁷³ Brugger, 136 f.

⁷⁴ Folgenden Wortlaut hat der Verfasser in Jakob, Reformen, Rz. 50 vorgeschlagen: Art. 87 Abs. 1 „Zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen und anderen Privatpersonen oder zu ähnlichen Zwecken kann eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet werden.“, Abs. 2 „Unterhaltzwecke können für die Dauer von 100 Jahren vorgesehen werden.“, Abs. 3 „Familienstiftungen sind der Aufsichtsbehörde nicht unterstellt. Über Anstände privatrechtlicher Natur entscheidet das Gericht.“ und Abs. 4 „Sie sind von der Pflicht befreit, eine Revisionsstelle zu bezeichnen.“

⁷⁵ Vgl. Jakob, Reformen, Rz. 48. Der Vorschlag, der in der dem Band zugrunde liegenden Tagung vorgebracht wurde, ein zwingendes internes Kontrollorgan gesetzlich vorzuschreiben, ist denkbar, erscheint aber nicht zwangsläufig; vielmehr sollte die Governance durch die Familie nach den Vorgaben des Stifters zusammen mit der Aufsicht des Gerichts ausreichend sein, ganz wie vom historischen Gesetzgeber vorgesehen. Allenfalls könnte man darüber nachdenken, auch die Familienstiftung unter die Revisionspflicht zu stellen, mit einer Ausnahme für kleinere Stiftungen.

weil die Familienangehörigen selbst für Kontrolle sorgen sollen (zur Not über den Weg zum Richter); die kirchliche Stiftung, weil sie durch die jeweilige Kirchengemeinde beaufsichtigt wird. Darüber hinaus hat auch der rechtspolitische Diskurs der letzten Jahre gezeigt, dass beide Stiftungsformen völlig anderen Strömungen unterliegen (als Beispiel sind etwa die verschiedenen parlamentarischen Vorstösse zur stärkeren Kontrolle religiöser Gemeinschaften zu nennen⁷⁶) und eher zufällig gesetzestechisch im gleichen Boot sitzen.⁷⁷ Die Familienstiftung sollte also ausschliesslich und eigenständig in Art. 87 ZGB und die kirchliche Stiftung in einem neuen Art. 87a ZGB geregelt werden.⁷⁸ Zu guter Letzt könnte in einem neuen Art. 87b ZGB eine Vorschrift für gemischte Stiftungen aufgenommen und dort klargestellt werden, dass ein lediglich untergeordneter klassischer Zweck eine Stiftung noch nicht zu einer klassischen Stiftung macht.⁷⁹

VI. Resümee

Fasst man die vorstehenden Erkenntnisse zusammen, sieht man, dass die Zeit reif ist, über eine Revision des Konzepts der Schweizer Familienstiftung nicht mehr nur nachzudenken, sondern diese auch umzusetzen. Die Motion Burkart hat das politische Feld bereitet, das nun durch eine sinnvolle gesetzliche Neuregelung bestellt werden muss. Hierbei könnte man minimalinvasiv vorgehen oder die Chance ergreifen, das Recht der Stiftungs Sonderformen insgesamt zu modernisieren.

Einstweilen muss die Behandlung von Familienstiftungen entemotionalisiert werden. Die Rechtsprechung muss eine zeitgemässe Interpretation der Tatbestände des Art. 335 ZGB zulassen, damit bestehende Familienstiftungen zumindest einigermassen sinnvoll gehandhabt werden können und nicht zu zwangsthesaurierten Selbstzweckstiftungen verkommen. Zugleich müssen die allgemeinen Grundsätze des Stiftungsrechts auch bei der Familienstiftung wieder Beachtung finden. Das betrifft zum einen die zentralen Wesensgrund-

⁷⁶ Vgl. z.B. Motion Fiala (16.4129) „Mehr Transparenz und Präzisierung der Kriterien bei der Beaufsichtigung von religiösen Gemeinschaften und Sanktionen bei Nichteinhaltung der bestehenden Eintragungspflicht ins Handelsregister“ vom 16. Dezember 2016 und Interpellation Fiala (16.3453) „Finanzierung von religiösen Gemeinschaften. Mangelnde Transparenz und fehlende Aufsicht“ vom 15. Juni 2016.

⁷⁷ Jakob, Reformen, Rz. 49.

⁷⁸ Siehe bereits Jakob, Reformen, Rz. 50 ff. mit Formulierungsvorschlägen.

⁷⁹ Siehe nochmals Jakob, Reformen, Rz. 53 mit Formulierungsvorschlag.

sätze der Stifterfreiheit und der Stiftungsautonomie, zum anderen eine an Fairness und Rechtsstaatlichkeit ausgerichtete Behandlung von existierenden Familienstiftungen und den *favor validitatis*.

Insgesamt kann nur daran appelliert werden, nicht mehr auf aus der Zeit gefallene Werte und (Fehl-)Entwicklungen im Ausland zu schauen, sondern in der Schweiz das Heft wieder selbst in die Hand zu nehmen und zu einer zeitgemässen Betrachtungsweise der legitimen Planungsbedürfnisse von Familien zurückzukehren.

Literaturverzeichnis

- Aschwanden Erich, Schweizer erben jedes Jahr rund 90 Milliarden Franken, NZZ vom 30. August 2022, 1.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), 7. A., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, in: Riemer Hans Michael, 2. A., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N YY).
- Bonetti Danièle, La fondation de famille – Restrictions relatives à la constitution d'une fondation de famille, ST 2008, 122 ff.
- Breitschmid Peter, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17. Juni 2010), *successio - not@lex* 2014, 7 ff.
- Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung, Die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Diss., Basel 2019.
- Eichenberger Lukas, Deklaratorische Eintragung der Familienstiftung im Handelsregister, Analyse der gegenwärtigen Eintragungspraxis, *Jusletter*, 8. Mai 2023.
- Gubler Simon, Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat, Diss., Zürich 2018.
- Gutzwiller Max, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung, *AJP* 2010, 1559 ff.
- Hamm Michael/Peters Stefanie, Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *successio* 2008, 248 ff.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht (Art. 1–456 ZGB), Partnerschaftsgesetz, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), 4. A., Zürich 2023 (zit. HK Privatrecht-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, Zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), *Jusletter*, 20. April 2020 (zit. Jakob, Reformen).

- Ders., Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Stiftungsrechts aus rechtsvergleichender Perspektive, in: Bumke Christian/Röthel Anne (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, Tübingen 2017, 225 ff. (zit. Jakob, *Autonomie im Recht*).
- Ders., Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts mit besonderem Blick auf die Familienstiftung, in: Jakob Dominique (Hrsg.), *Stiftung und Familie*, Schriften zum Stiftungsrecht Band 5, Basel 2015, 61 ff. (zit. Jakob, *Stiftung und Familie*).
- Ders., Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, 185 ff. (zit. Jakob, *Stiftungsbegriff*).
- Ders., Die Ausstattung (§ 1624 BGB) – ein familienrechtliches Instrument moderner Vermögensgestaltung?, AcP 2007, 198 ff. (zit. Jakob, *Ausstattung*).
- Jakob Dominique et al., *Verein – Stiftung – Trust*, Entwicklungen 2022, Zürich 2023.
- Jakob Dominique/Humbel Claude, Die Eintragung existierender Familienstiftungen, Ein Blick auf die bestehende Registerpraxis und eine Besprechung des Urteils BVGer B-951/2020 vom 16. August 2021, SJZ 2022, 736 ff.
- Jakob Dominique/Kalt Michelle, Der Vorentwurf für einen Schweizer Trust, Jusletter, 8. August 2022.
- Jentsch Valentin, Die Stiftung als Rechtsinstitut zwischen Fortentwicklung und Respektierung des Stifterwillens, II, SJZ 2020, 119 ff.
- Künzle Hans Rainer, Familienstiftung – Quo vadis?, in: Breitschmid Peter et al. (Hrsg.), *Grundfragen der juristischen Person*, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 173 ff.
- Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Opel Andrea, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen, Diss., Basel 2009 (zit. Opel, *Steuerliche Behandlung*).
- Dies., Hat die schweizerische Familienstiftung ausgedient?, Eine Analyse unter zivil- und steuerrechtlichem Blickwinkel mit Verbesserungsvorschlägen, Jusletter, 31. August 2009 (zit. Opel, *Familienstiftung*).
- Sprecher Thomas, *Stiftungsrecht in a nutshell*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2023.
- Zeiter Alexandra, Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB), Diss., Freiburg 2001.

Familienphilanthropie: Familienstiftungen mit gemischten Zwecken

Lukas Brugger

Inhalt

I.	Einleitung	131
II.	Begriff der gemischten Familienstiftung	133
1.	Gemischte Stiftungen	133
2.	Familienstiftungen mit gemeinnützigen Zwecken	134
3.	Sonderfälle	135
a)	Auflagen und Sonderrechte	135
b)	„Kann“-Vorschriften	135
c)	Begünstigung von natürlichen Personen ausserhalb der Familie	136
d)	Konversion	137
e)	Sukzessivzwecke und zeitlich gestaffelte Zwecke	137
III.	Verteilung der Stiftungsmittel auf die unterschiedlichen Teilzwecke	137
IV.	Aufsicht über gemischte Familienstiftungen	138
1.	Grundsatz	138
2.	Stiftungsaufsichtsbeschwerde	139
3.	Urkundenänderungen, Fusion und Aufhebung der Stiftung	140
4.	Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sowie Vergütungsbericht	141
V.	Revisionsstellenpflicht	141
VI.	Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalt nach Art. 86a ZGB	142
VII.	Teilweise Steuerbefreiung von gemischten Familienstiftungen	144
VIII.	Governance	146
IX.	Fazit	147
	Literaturverzeichnis	148

I. Einleitung

Stiftungen setzen die wichtigsten Anliegen eines Stifters oder einer Stifterin um. Vermögen wird aus der persönlichen Verfügungsmacht entnommen, um eine Struktur zu schaffen, die fortan nur noch einem Zweck dienen soll, ohne dass man diesen jederzeit nach Belieben abändern könnte.

Die Wahl eines konkreten Stiftungszwecks wird umso schwieriger, wenn man sich vor Augen führt, wie vielschichtig und unterschiedlich die Hauptanliegen in einer so komplexen Angelegenheit wie dem menschlichen Leben sein können. Da kann zum einen ein Wunsch nach Stabilität für die Familie sein, oder das Bedürfnis, für seine Nachkommen zu sorgen. Da kann zum anderen die Nachfolge in einem Unternehmen anstehen, für die keine Lösung in Sicht ist. Häufig ist ein grosses Bestreben vorhanden, der Gesellschaft etwas zurückzugeben und die Welt ein Stückweit besser zu machen, etwa im Angesicht des sich stetig verschlechternden Klimas. Viele Stifter oder Stifterinnen sind nicht in der Lage oder auch nicht willens, eine Stiftung nur für *einen* dieser Aspekte zu errichten.

Ein besonders häufiges Anliegen von Stiftern oder Stifterinnen ist es, *sowohl* für die Nachkommen zu sorgen *als auch* philanthropische Zwecke zu verfolgen. Wenn eine Stiftung diese beiden Zwecke verfolgt – was zivilrechtlich im Rahmen der Stifterfreiheit ohne weiteres zulässig ist –, dann liegt eine sogenannte gemischte Stiftung vor.

Welche Motivationen können dazu führen, dass man in einer Stiftung die Familie begünstigen und gleichzeitig gemeinnützige Zwecke verfolgen will? Da ist zunächst sicherlich das Bestreben, das eigene philanthropische Tätigwerden zu perpetuieren und aus der Familienstiftung einen „sinnstiftenden Nachlass“ zu machen, ganz im Sinne einer echten Familienphilanthropie: Die Nachkommen sollen stets mit gemeinnützigem Tätigwerden Berührungspunkte haben – Familie und Philanthropie sollen fest zusammengezurt werden.

Daneben gibt es jedoch auch eher technische Aspekte, weshalb eine gemischte Familienstiftung interessant sein kann: So kann mit einer gemischten Familienstiftung dafür gesorgt werden, dass bei Aussterben der Familie die Stiftung einen gemeinnützigen Zweck weiterverfolgt. Oder es kann der Stiftung eine flexible Ausschüttungspolitik ermöglicht werden: Wenn der Familie von der Stiftung nichts oder nur wenig zugewendet werden kann, etwa weil die Ausschüttungsmöglichkeiten rechtlich beschränkt sind, so kann der gemeinnützige Zweck trotzdem weiterhin verfolgt werden.

Zur Umgehung der Einschränkungen des Art. 335 ZGB eignet sich die gemischte Stiftung jedoch nicht. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass eine Stiftung nur im Rahmen des Art. 335 ZGB Ausschüttungen an Familienangehörige vornehmen darf, unabhängig davon, ob auch ein anderer Zweck verfolgt wird.¹ Allerdings kann eine gemischte Stiftung davor schützen, dass eine an-

¹ Urteil des Bundesgerichts 5C.9/2001 vom 18. Mai 2001 = BGE 127 III 337 E. 3e (diese E. nicht publiziert), weiterführend Brugger, 138 m.w.H.

sonsten unzulässige Familienstiftung vollumfänglich nichtig erklärt wird, wenn sie in Tat und Wahrheit auch einen gemeinnützigen Zweck verfolgen hätte sollen. Schliesslich können auch steuerliche Überlegungen für die Errichtung einer gemischten Stiftung in Frage kommen.

II. Begriff der gemischten Familienstiftung

I. Gemischte Stiftungen

Bei einer gemischten Stiftung handelt es sich um eine Stiftung, die einen Gesamtzweck verfolgt, der sich aus mehreren verschiedenartigen Teilzwecken zusammensetzt.² Die Verschiedenartigkeit der Teilzwecke ergibt sich aus den unterschiedlichen Rechtsfolgen, die die Teilzwecke nach sich ziehen. Im Stiftungszivilrecht unterscheidet man zwischen den sogenannten klassischen Stiftungszwecken, die gemeinnützig aber auch privatnützig sein können, den Familienzwecken gemäss Art. 87/335 ZGB, den kirchlichen Zwecken gemäss Art. 87 ZGB sowie den Personalfürsorgezwecken gemäss Art. 89a ZGB. Das Schweizer Recht stellt für all diese verschiedenen Stiftungstypen einen unterschiedlichen Rechtsrahmen auf. Doch auch im Steuerrecht gibt es für Stiftungen Besonderheiten: Neben privatnützigen, nicht steuerbegünstigten Zwecken kann eine Stiftung auch gemeinnützige Zwecke, öffentliche Zwecke oder sogenannte gesamtschweizerische Kultuszwecke verfolgen.

Gemischte Stiftungen sind nur solche, die unterschiedliche Teilzwecke verfolgen. Stiftungen, die mehrere Zwecke derselben Kategorie verfolgen, beispielsweise mehrere gemeinnützige Zwecke oder auch mehrere Familien begünstigen, sind keine gemischten Stiftungen. Diese Stiftungen können als „Mehrzweckstiftungen“ bezeichnet werden. Die verschiedenen Teilzwecke müssen überdies gleichzeitig verfolgt werden, nicht etwa nacheinander oder zeitlich gestaffelt. Werden Zwecke nacheinander verfolgt, spricht man von sogenannten Sukzessivstiftungen, die ohne weiteres zulässig, aber eben keine gemischten Stiftungen sind. Viele Schweizer Stiftungen mit mehr als einem Zweck sind Mehrzweckstiftungen. Doch es gibt auch einige sehr bekannte echte gemischte Stiftungen.³

² Ausführlich Brugger, 7 ff.

³ Z.B. die Fondation Hans Wilsdorf, deren Zweck der Erhalt des gewidmeten Stiftungsvermögens – die Rolex SA – ist (also ein klassischer privatnütziger Zweck) und die daneben auch gemeinnützige Zwecke im Kanton Genf verfolgen soll. Ein weiteres bekanntes Beispiel ist die Ernst Göhner Stiftung, die neben Unternehmenszwecken auch die Nachkommen des Stifters unterstützen soll und überdies gemeinnützige Zwecke verfolgt. Damit ist der Zweck der Ernst Göhner Stiftung somit gleich dreifach gemischt: privatnützig (und nicht steuer-

2. Familienstiftungen mit gemeinnützigen Zwecken

Wenn eine Familienstiftung auch gemeinnützige Zwecke verfolgen soll, bedeutet dies die Vermischung von zwei Stiftungstypen gemäss Schweizer Zivilrecht, der Familienstiftung auf der einen Seite und der sogenannten klassischen Stiftung auf der anderen Seite. Diese beiden Stiftungstypen sind im Stiftungsrecht *de lege lata* sehr unterschiedlich ausgestaltet.

Übersicht Klassische Stiftung vs. Familienstiftung

	Klassische Stiftung	Familienstiftung
Zweck	<ul style="list-style-type: none"> - Zulässig sind alle hinreichend bestimmten Zwecke, die weder rechts- noch sittenwidrig sind (gemeinnützige, ideelle oder privatnützige Zwecke) 	<ul style="list-style-type: none"> - Bei Verbundenheit mit Familie nur zulässig für Erziehungskosten, Ausstattung, Unterstützung oder ähnliche Zwecke (Art. 335 Abs. 1 ZGB) - Voraussetzungslose Unterhaltszwecke sind verboten (Art. 335 Abs. 2 ZGB)
Aufsicht	<ul style="list-style-type: none"> - Stiftungsaufsichtsbehörde (Bund, Kanton, Gemeinde) gemäss Art. 84 Abs. 1 ZGB - Stiftungsaufsichtsbeschwerde möglich (Art. 84 Abs. 3 ZGB) 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine staatliche Aufsichtsbehörde (Art. 87 Abs. 1 ZGB) - Gericht zuständig für Anstände privatrechtlicher Natur (Art. 87 Abs. 2 ZGB)
Revisionsstelle	<ul style="list-style-type: none"> - Revisionsstellenpflicht gemäss Art. 83b ZGB / mögliche Befreiung gemäss VO über die Revisionsstelle von Stiftungen (SR 211.121.3) 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Revisionsstellenpflicht (Art. 87 Abs. 1^{bis} ZGB)

erbefreit), familienbezogen und gemeinnützig. Weitere Beispiele sind die Werner Siemens Stiftung, die Familienstiftung Unternährer, die Carlo Stiftung oder die Familienstiftung Siegenthaler.

	Klassische Stiftung	Familienstiftung
Änderungs- vorbehalt	– Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalt zulässig bei Vorbehalt in Stiftungsurkunde und Ablauf von zehn Jahren (Art. 86a Abs. 1 ZGB)	– Nach h.L. nicht zulässig wegen qualifiziertem Schweigen des Gesetzgebers (BBL 2003 8170)
Aufhebung	– Durch Aufhebungsbehörde (Art. 88 Abs. 1 ZGB)	– Durch Gericht (Art. 88 Abs. 2 ZGB)

3. Sonderfälle

Gemischte Familienstiftungen liegen dann vor, wenn der Stifter oder die Stifterin einen eigenständigen gemeinnützigen Teilzweck vorgegeben hat. Ob jedoch tatsächlich ein eigenständiger gemeinnütziger Teilzweck vorliegt und die Stiftung dann allenfalls der staatlichen Aufsichtsbehörde untersteht (siehe unten, [IV](#)), ist häufig nicht einfach festzustellen, zumal sich einige Sonderfälle präsentieren können.

a) *Auflagen und Sonderrechte*

Auflagen oder Sonderrechte (bspw. die Auflage, einen Betrag an ein Kinderhospital auszurichten oder eine Nutzniessung) sind m.E. keine eigenständigen Teilzwecke und führen nicht zum Vorliegen einer gemischten Familienstiftung. Wurde gar nur eine einmalige Auflage in die Stiftungsstatuten aufgenommen (bspw. einmalige Ausrichtung eines Betrags an eine gemeinnützige Institution), mangelt es in der Regel von vornherein an der dauerhaften Eigenständigkeit des Teilzwecks. Eine solche Auflage könnte nach deren Erfüllung m.E. sogar aus der Stiftungsurkunde gestrichen werden (Art. 86b ZGB).

b) *„Kann“-Vorschriften*

Enthalten die Statuten einer Familienstiftung Passagen, wonach die Stiftungsorgane auch gemeinnützige Zwecke verfolgen können (bspw. „daneben kann der Stiftungsrat auch gemeinnützige Zuwendungen ausrichten“), muss durch Auslegung ermittelt werden, ob der Stifter oder die Stifterin tatsächlich einen eigenständigen und genügend bestimmten Teilzweck intendiert hatte.⁴ Teilweise wird eine Auslegung zu Tage bringen, dass der Stifter oder die Stifterin

⁴ Weiterführend Brugger, 58 ff.

keine gemischte Stiftung beabsichtigt hatte, sondern sicherstellen wollte, dass im Sinne einer Ersatzanordnung die Stiftung gemeinnützigen Zwecken dienen soll, wenn Ausschüttungen an Familienangehörige nicht möglich sein sollten, bspw. weil die Familienangehörigen verstorben sind. Häufig sind solche „Kann“-Vorschriften zudem zu wenig bestimmt, um einen eigenständigen Teilzweck darzustellen. Bestandteile des Stiftungszwecks, die in Tat und Wahrheit keine eigenständige Teilzweckqualität aufweisen, können je nach konkreten Umständen im Rahmen einer Statutenänderung (Art. 86, 86b ZGB) gestrichen oder ersetzt werden.

Es ist ebenfalls denkbar, dass sich eine „Kann“-Vorschriften als verkappte Auflage (siehe vorne a) entpuppt und in den Statuten entsprechend berichtigt werden muss. Es ist jedoch m.E. nicht zulässig, dass der Stifter oder die Stifterin die dauerhafte Verfolgung eines gemeinnützigen Teilzwecks ganz grundsätzlich in das Ermessen der Stiftungsorgane stellt („Ob“-Frage). Dies würde eine nicht zulässige körperschaftliche Willensbildung darstellen, womit die Stiftungsorgane letztlich die rechtliche Qualifikation der Stiftung eigenständig lenken und gar eine Beaufsichtigung der Stiftung provozieren könnten. Ohne weiteres zulässig ist es, dass die Stiftungsorgane im Rahmen ihres Ermessens entscheiden, wie sie die Vorgaben des Stifters umsetzen („Wie“-Frage), was jedoch wiederum voraussetzt, dass der Stifter oder die Stifterin einen gemeinnützigen Teilzweck intendiert hat.

c) *Begünstigung von natürlichen Personen ausserhalb der Familie*

Ein Sonderfall einer gemischten Familienstiftung liegt vor, wenn neben Angehörigen einer Familie auch familienfremde natürliche Personen begünstigt werden. Die Begünstigung von natürlichen Personen, die nicht zum Familienbegriff gemäss Art. 335 ZGB zählen, führt *de lege lata* dazu, dass eine gemischte Stiftung vorliegt.⁵ Dieser ungewünschten Qualifizierung als gemischte Stiftung – und damit möglicherweise die Beaufsichtigung durch die staatliche Stiftungsaufsicht – sollte *de lege ferenda* korrigiert werden, in dem die Qualifikation als Familienstiftungen statt auf Familienangehörige auf Privatpersonen abstellen sollte (was sie zu einer Privatstiftung machen würde).

⁵ Vgl. BGE 40 I 259 E. 4 S. 259 und weiterführend Brugger 142 ff. m.w.H.

d) *Konversion*

Es gibt Konstellationen, in denen eine unzulässige reine Familienstiftung in eine gewöhnliche oder gemischte Stiftung mittels Konversion umgedeutet werden kann, wenn der Stifter oder die Stifterin auch einen klassischen Teilzweck verfolgen wollte und dies nur unklar in der Stiftungsurkunde zum Ausdruck gebracht wurde.⁶

e) *Sukzessivzwecke und zeitlich gestaffelte Zwecke*

Der Stifter oder die Stifterin kann vorsehen, dass die Stiftung erst nach einem bestimmten Ereignis gemeinnützige Teilzwecke verfolgen soll. Solche Bedingungen können etwa das Aussterben der Familie sein, aber auch Zeitablauf (bspw. zehn Jahre nach der Errichtung sollen auch gemeinnützige Zwecke verfolgt werden) oder der Verbrauch einer gewissen Summe des Stiftungsvermögens (bspw. Verwendung der ersten Hälfte des Stiftungsvermögens für die Familie und die zweite für gemeinnützige Zwecke). Hier qualifiziert die Stiftung erst dann als gemischte Stiftung – oder rein klassische Stiftung –, wenn die Bedingung eingetreten ist und der gemeinnützige (Teil-)Zweck tatsächlich verfolgt wird.

III. Verteilung der Stiftungsmittel auf die unterschiedlichen Teilzwecke

Bei einer gemischten Stiftung (aber auch bei allen Mehrzweckstiftungen), stellt sich die Frage, wie das Stiftungsvermögen bzw. die Erträge daraus auf die verschiedenen Teilzwecke verteilt werden sollen. Für diese Zweckerfüllungsmodalität kann der Stifter oder die Stifterin selbstverständlich verbindliche Vorgaben in der Stiftungsurkunde vorsehen.⁷

Wenn keine Vorgaben des Stifters oder der Stifterin vorhanden sind, wie das Vermögen auf die unterschiedlichen Teilzwecke verteilt wird, müssen die Stiftungsorgane nach ihrem pflichtgemässen Ermessen entscheiden. Dabei müssen die Organe ermitteln, ob sich aus dem effektiven oder mutmasslichen Stif-

⁶ Vgl. BGE 93 II 439 zur „Familienstiftung Burg Reichenstein“, wo eine unzulässige Unterhaltsstiftung mittels Konversion in eine gewöhnliche Stiftung gerettet werden konnte.

⁷ Vgl. bspw. die Ernst Göhner Stiftung, bei der in der Zweckumschreibung festgeschrieben ist, dass 33% von in den letzten 5 Jahren durchschnittlich erzielte Gewinne für bestimmte Zwecke verwendet werden sollen. Zuwendungen an Familiendestinatäre sollen hingegen nur in dem Masse ausgerichtet werden, wie sie dies nach Ansicht des Stiftungsrats verdienen.

terwillen ein bestimmter Verteilschlüssel herleiten lässt. Wenn dies nicht der Fall ist und sich überhaupt keine Anhaltspunkte ermitteln lassen (was jedoch eher die Ausnahme sein wird), gilt m.E. eine Vermutung zu einer *paritätischen Zweckverfolgung*, wonach alle Teilzwecke zu gleichen Teilen erfüllt werden sollen.⁸ Doch selbst unter der Vermutung der paritätischen Zweckverfolgung gibt es ein Ermessen des Stiftungsrats und es steht ihm zu, von dieser Vermutung abzuweichen, beispielsweise weil es schlicht nicht möglich ist, immer geeignete Projekte zu finden oder der Rechtsrahmen eine paritätische Zweckverfolgung gar nicht zulässt.⁹

IV. Aufsicht über gemischte Familienstiftungen

i. Grundsatz

Eine der Hauptfragen bei gemeinnützigen Familienstiftungen ist die Rolle der Stiftungsaufsicht. Das Bundesgericht hat mehrfach bestätigt, dass gemischte Familienstiftungen der staatlichen Aufsicht unterstehen.¹⁰ Das Bundesgericht hat sich jedoch – soweit ersichtlich – noch nicht dazu geäußert, ab wann die staatliche Aufsicht greift. In der Literatur gibt es zwei Auffassungen: Gemäss der ersten Auffassung untersteht eine gemischte Familienstiftung dann der Aufsicht, wenn der klassische (gemeinnützige) Teilzweck überwiegt.¹¹ Eine solche Regelung sieht das liechtensteinische Stiftungsrecht in Art. 552 § 2 Abs. 3 und Abs. 4 PGR vor, wo gemischte Stiftungen explizit in das Gesetz aufgenommen worden sind.¹² Die andere Auffassung besagt beispielsweise auch, dass

⁸ Brugger, 74 ff.; Hüttemann, 35.

⁹ Brugger, 75 ff.; Auch Hüttemann, 35 spricht sich dafür aus, dass bei einer grundsätzlichen paritätischen Zweckverfolgung vorübergehende Schwankungen bei der Mittelvergabe möglich sind.

¹⁰ BGE 40 I 259; BGE 75 II 81; BGer 5C.9/2001 = BGE 127 III 337 E. 3b ff (diese E. wurde nicht publiziert).

¹¹ Sprecher, 134 f.; Vez, Rz. 172; Lampert, 137 lit. d; Schweizer, 50.

¹² Gemäss Art. 552 § 2 Abs. 3 des Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926 (PGR, LGBl. 1926.004) ist eine privatnützige Stiftung eine solche, die nach der Stiftungserklärung ganz oder überwiegend privaten oder eigennützigen Zwecken zu dienen bestimmt ist. Das Überwiegen ist nach dem Verhältnis der den privatnützigen Zwecken zu den den gemeinnützigen Zwecken dienenden Leistungen zu beurteilen. Steht nicht fest, dass die Stiftung in einem bestimmten Zeitpunkt ganz oder überwiegend privatnützigen Zwecken zu dienen bestimmt ist, so ist sie als gemeinnützige Stiftung anzusehen. Gemäss Art. 552 § 2 Abs. 4 PGR sind gemischte Familienstiftungen diejenigen Stiftungen, die überwiegend den Zweck einer reinen Familienstiftung verfolgen, ergänzend hierzu aber auch gemeinnützigen oder anderen privatnützigen Zwecken dienen.

nur reine Familienstiftungen von der Aufsicht befreit sind und gemischte Familienstiftungen immer der Aufsicht unterstehen.¹³

Meines Erachtens kann das Überwiegen eines Teilzwecks nicht das passende Kriterium sein – denn das Überwiegen eines Teilzwecks ist nur sehr schwer festzustellen und zudem zeitpunktbezogen. Wenn in einem Jahr mehr oder weniger zufällig ein Teilzweck überwiegt, etwa weil sich schlicht keine passenden Destinatäre für den anderen Teilzweck finden lassen, könnte schon ein Systemwechsel und eine Beaufsichtigung angezeigt sein.¹⁴ Vielmehr ist dann von der Beaufsichtigung der gemischten Familienstiftung auszugehen, wenn ein *eigenständiger* klassischer Teilzweck vorliegt.¹⁵

Gemischte Familienstiftungen unterstehen meines Erachtens sodann einer vollumfänglichen Stiftungsaufsicht.¹⁶ Die Teilzwecke stehen bei gemischten Familienstiftungen nicht nur singular nebeneinander, sondern werden zu einem Gesamtzweck vereint, womit die familienbezogene Sphäre und gemeinnützige Sphäre voneinander abhängig und interdependent werden. Die Aufsichtsbehörde kann sich entsprechend nicht darauf beschränken, nur den gemeinnützigen Teilzweck zu beaufsichtigen und den familienbezogenen Teilzweck ignorieren. Da die Stiftungsaufsicht die gesamte Tätigkeit der Stiftung beschlägt, muss die gemischte Familienstiftung der Aufsichtsbehörde eine Jahresberichterstattung einreichen (Bilanz, Erfolgsrechnung, Tätigkeitsbericht) und die Behörde kann je nach Notwendigkeit repressive Aufsichtsmaßnahmen treffen (bspw. Verwarnungen, Verweise, Ersatzvornahmen treffen, Organe abberufen, einen Sachwalter gemäss Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB einsetzen etc.). Gleichwohl muss sich eine Stiftungsaufsichtsbehörde bei der Prüfung des Familienzwecks eine gewisse Zurückhaltung auferlegen. Dies ist meines Wissens auch die Praxis der meisten Aufsichtsbehörden.

2. Stiftungsaufsichtsbeschwerde

Eine Folge der Gesamtaufsicht über gemischte Stiftungen ist, dass die Stiftungsaufsichtsbeschwerde gemäss Art. 84 Abs. 3 ZGB grundsätzlich auch den Begünstigten des Familienzwecks zusteht. Subjektive zivilrechtliche Ansprü-

¹³ BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 444 m.w.H.; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87, N 8, in N 3 jedoch unter Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 5C.68/2006 vom 30. November 2006 E. 5 mit dem Hinweis, dass die bloss gelegentliche, nebenhergehende, relativ unbedeutende Verwendung von Stiftungsmitteln für andere Zwecke der Qualifikation als reine Familienstiftung nicht abträglich sei; KUKO ZGB-Jakob, Art. 87, N 3.

¹⁴ Ausführlich Brugger, 192 ff. m.w.H.

¹⁵ Weiterführend Brugger, 31 ff.

¹⁶ So auch BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, N 444.

che von Begünstigten des Familienzwecks (insbesondere Ausschüttungen oder andere Leistungen) müssen jedoch vor dem Zivilgericht geltend gemacht werden, da für die Rechtsdurchsetzung einzig die Zivilgerichte zuständig sind.¹⁷ Dies wird für (reine) Familienstiftungen auch in Art. 87 Abs. 2 ZGB vorgesehen, wonach über Anstände privatrechtlicher Natur das Gericht entscheidet. Ist jedoch eine Leistungsverweigerung durch eine klare Pflichtverletzung der Organe hervorgerufen worden, so kann es bei gemischten Familienstiftungen auch zu einer konkurrenzierenden Zuständigkeit von Aufsichtsbehörde und Zivilgericht kommen.¹⁸

Auch im Umgang mit Aufsichtsbeschwerden von Begünstigten des familienbezogenen Teilzwecks haben die Aufsichtsbehörden jedoch meines Erachtens Zurückhaltung an den Tag zu legen, da der Schutz von Privatansprüchen von Begünstigten des familienbezogenen Teilzwecks nicht der Grundkonzeption der staatlichen Aufsicht nach Schweizer Stiftungsrecht entspricht.

3. Urkundenänderungen, Fusion und Aufhebung der Stiftung

Die Gesamtbeaufsichtigung führt schliesslich auch dazu, dass für Urkundenänderungen der Stiftung hinsichtlich der Organisation (Art. 85 ZGB) oder des Zwecks (Art. 86 ZGB) sowie hinsichtlich unwesentlicher Urkundenänderungen (Art. 86b ZGB) die Aufsichtsbehörde, bzw. die entsprechende Bundes- oder Kantonsbehörde, zuständig ist und Änderungen von der entsprechenden Behörde verfügt werden müssen (Art. 86c ZGB).

Fusionen von gemischten Familienstiftungen müssen von der Aufsichtsbehörde der übertragenden Stiftung genehmigt werden (Art. 83 Abs. 1 FusG). Vermögensübertragungen müssen ebenfalls von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt werden (Art. 87 Abs. 1 FusG). Der Fusionsvertrag muss jedoch nur in schriftlicher Form abgefasst werden, nicht in Form der öffentlichen Beurkundung (Art. 79 Abs. 3 FusG). Die Aufsichtsbehörde ist zuständig für den Erlass der Verfügung und meldet die Fusion zur Eintragung im Handelsregister an (Art. 83 Abs. 3 FusG). Bei gemischten Familienstiftungen bleibt der gerichtliche Anfechtungsanspruch von Familiendestinatären gemäss Art. 84 FusG m.E. erhalten.

Für die Aufhebung einer gemischten Stiftung ist die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde zuständig, die die Aufhebung verfügen muss (Art. 88 Abs. 1 ZGB).

¹⁷ Ausführlich Brugger, 213 m.w.H.; BSK ZGB I-Grüniger, Art. 84, N 11 m.w.H.

¹⁸ Brugger, 213 f.

4. Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sowie Vergütungsbericht

Mit der Gesamtbeaufsichtigung der gemischten Familienstiftung muss der Stiftungsrat bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung auch umgehend die Aufsichtsbehörde informieren (Art. 84a Abs. 1 ZGB). Die Aufsichtsbehörde kann die notwendigen Massnahmen einleiten, sofern der Stiftungsrat keine Sanierungsmassnahmen einleitet (Art. 84a Abs. 3 ZGB).

Gemischte Familienstiftungen sind sodann verpflichtet der Aufsichtsbehörde jährlich einen Vergütungsbericht gemäss Art. 84b ZGB einzureichen, der die direkten oder indirekt ausgerichteten Vergütungen an den Stiftungsrat und einer allfälligen Geschäftsleitung ausweist.

V. Revisionsstellenpflicht

Reine Familienstiftungen müssen – so wie auch kirchliche Stiftungen – gemäss Art. 87 Abs. 1^{bis} ZGB keine Revisionsstelle bezeichnen. Begründet wird diese Ausnahme vom Revisionsstellenobligatorium durch den Gesetzgeber damit, dass Familienstiftungen einen privatim Charakter haben und kaum am Rechtsverkehr teilnehmen würden.¹⁹

Die Tatsache, dass eine Familienstiftung *qua* ihrer Rechtsform (und *nota bene* nicht aufgrund von bestimmten Schwellenwerten der Bilanzsumme, Umsatzerlös oder Vollzeitstellen)²⁰ deshalb keine Revisionsstelle bezeichnen muss, weil sie kaum am Rechtsverkehr teilnehme, erscheint in Zeiten von GAFI/FATF-Länderexamen, Diskussionen über die Einführung eines Schweizer

¹⁹ Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004, 3969 ff., 4055: „Stiftungen sind gemäss Artikel 83b E ZGB grundsätzlich verpflichtet, eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen geniessen im geltenden Stiftungsrecht jedoch eine Sonderstellung, die vor allem darin gründet, dass diesen Stiftungen ein privater Charakter zukommt; zudem nehmen sie kaum am Rechtsverkehr teil. Dementsprechend besteht kein Bedürfnis, diese Stiftungen einer Revision zu unterziehen. Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen werden daher gemäss Absatz 1bis von der Pflicht befreit, eine Revisionsstelle zu bezeichnen.“

²⁰ Vgl. etwa Art. 69b Abs. 1 ZGB für den Verein: „Der Verein muss seine Buchführung durch eine Revisionsstelle ordentlich prüfen lassen, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden: 1. Bilanzsumme von 10 Millionen Franken; 2. Umsatzerlös von 20 Millionen Franken; 3. 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt“.

UBO-Registers und dem Trend zu Checks and Balances zunehmend anachronistisch. Selbstverständlich sehen die allermeisten Familienstiftungen in ihren Statuten schon heute privatautonom ein Prüf- oder Kontrollorgan vor, ohne dass hierzu eine gesetzliche Pflicht bestünde. Doch würde sich meines Erachtens die generelle Akzeptanz von Familienstiftungen im 21. Jahrhundert erhöhen, wenn sie auch eine Revisionsstelle bezeichnen müssten – freilich nur, wenn gewisse *de minimis* Schwellen überschritten sind.

Gemischte Familienstiftungen müssen *de lege lata* meines Erachtens spiegelbildlich zur Aufsichtspflicht eine Revisionsstelle bezeichnen.²¹ Dies ist im Übrigen auch die Auffassung des eidgenössischen Handelsregisteramts.²² Auch hier muss sich die Revisionsstellenpflicht auf den Gesamtzweck der gemischten Stiftung erstrecken, und nicht nur auf den gemeinnützigen Teilzweck. Die Revisionsstelle muss die Aufsichtsbehörde informieren, sobald sie feststellt, dass die Stiftung zahlungsunfähig oder überschuldet ist (Art. 84a Abs. 2 ZGB).

VI. Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalt nach Art. 86a ZGB

Die Frage, ob sich ein Stifter oder eine Stifterin bei gemischten Familienstiftungen eine Änderung des Zwecks (und seit 1. Januar 2024 auch der Organisation) gemäss Art. 86a ZGB vorbehalten können, legt eine weitere Bruchstelle im aktuellen Schweizer Stiftungsrecht zutage. Denn bei reinen Familienstiftungen soll ein Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalt heute grundsätzlich nicht möglich sein – dies aufgrund eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers. Als das Zweckänderungsrecht gemäss Art. 86a ZGB im Rahmen der Initiative Schiesser eingeführt wurde, war man der Auffassung, dass es für ein Zweckänderungsrecht auch bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen Spezialbestimmungen gebraucht hätte.²³

²¹ Brugger, 250 m.w.H.; a.A. CR CC I-Piotet, Art. 335, N 4, für den nur dann eine Revisionsstelle zu bezeichnen ist, wenn der klassische Teilzweck überwiegt.

²² Praxismitteilung EHRA 3/15 über die Eintragung von kirchlichen Stiftungen und Familienstiftungen im Handelsregister vom 23. Dezember 2015, Ziff. 8.

²³ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates über die parlamentarische Initiative zur Revision des Stiftungsrechts vom 23. Oktober 2003, BBl 2003, 8153 ff., 8170: «Artikel 86a ZGB äussert sich nicht zur Änderung des Stiftungszwecks (auf Antrag des Stifters) bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen, die keinerlei behördlicher Aufsicht unterstehen (Art. 87 Abs. 1 ZGB). Hierbei handelt es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes. [...] Die neue Regelung ist somit hauptsächlich auf die so genannten klassischen Stiftungen ausgerichtet. Die Einführung eines Rechts des Stifters, die Änderung des Zwecks einer Familienstiftung oder einer kirchlichen Stiftung zu beantragen, würde Spe-

Dabei wird übersehen, dass es im Grunde genommen kein *genuines* Recht für die Familienstiftung gibt, sondern die Spezialnormen Art. 87 ZGB, Art. 88 Abs. 2 und Art. 335 ZGB das allgemeine Stiftungsrecht der Art. 80 ff. ZGB nur punktuell einschränken resp. modifizieren. Daher hätte es meines Erachtens für reine Familienstiftungen keine Spezialbestimmungen gebraucht, um einen Zweckänderungsvorbehalt auch für Familienstiftungen einzuführen.

Wenn nun eine Familienstiftung mit einem gemischten Zweck errichtet wird, öffnet sich dadurch meines Erachtens für den Stifter oder die Stifterin auch die Möglichkeit eines Zweck- und Organisationsänderungsvorbehalts gemäss Art. 86a ZGB. Dies ist ein positives Pendant der ansonsten eintretenden „Erschwerungen“ (wenn man sie als solche bezeichnen will): staatliche Aufsicht und Revisionsstellenpflicht.²⁴ Die Änderungsvorbehalte beziehen sich meines Erachtens auf den Gesamtzweck sowie die Gesamtorganisation der Stiftung. Praxis zum Zweckänderungsvorbehalt bei gemischten Familienstiftung ist jedoch – soweit ersichtlich – (noch) nicht vorhanden.

Ein Stifter oder eine Stifterin kann eine rein klassische Stiftung über den Zweckänderungsvorbehalt des Art. 86a ZGB zu einer reinen Familienstiftung²⁵ oder auch zu einer gemischten Familienstiftungen umgestalten. Dabei muss berücksichtigt werden, dass bei steuerbefreiten Stiftungen auch der neue Zweck steuerbefreit sein muss (Art. 86a Abs. 2 ZGB). Ratio dieser Steuernorm im zivilrechtlichen Kleid ist es, dass Vermögenswerte nicht aus der gemeinnützigen, steuerbefreiten Sphäre entnommen und damit ein steuerlich verpöntes Rücknahmerecht des Stifters oder der Stifterin eingeführt werden soll.²⁶ Sollte ein Stifter oder eine Stifterin eine steuerbefreite Stiftung zu einer gemischten Familienstiftung umgestalten wollen (was mir in der Praxis indes noch nie begegnet ist), müsste sichergestellt werden, dass die dem steuerbefreiten Teilzweck gewidmeten Vermögenswerte in der steuerbefreiten Sphäre verbleiben und der Stiftung allenfalls neue Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit denen der familienbezogene Teilzweck verfolgt werden soll.

zialbestimmungen erfordern, die über den Rahmen der gegenwärtigen Revision hinausgehen».

²⁴ Hans Michael Riemer hat im Berner Kommentar die Regel „Erschwerungen (Art. 335 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZGB) bleiben, Erleichterungen (Art. 87 ZGB) und andere Besonderheiten (Art. 88 Abs. 2 ZGB, Art. 95 Abs. 1 lit. o HRegV wie auch die Besonderheiten gemäss FusG samt diesbezüglicher HRegV, vgl. ST N 251 ff., 343) entfallen“ geprägt, BK ZGB-Riemer, Systematischer Teil, Rz. 443.

²⁵ Sprecher, Rz. 40.

²⁶ Vgl. BSK ZGB I-Grüniger, Art. 86a, N 3 m.w.H.

VII. Teilweise Steuerbefreiung von gemischten Familienstiftungen

Stiftungen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, sind für den Gewinn, der ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet ist, von den Gewinn- und Kapitalsteuern befreit.²⁷ Zuwendungen an solche steuerbefreiten Stiftungen können in einem gewissen Ausmass von den steuerbaren Einkünften bzw. Gewinn abgezogen werden, wobei Kantone jeweils unterschiedlich regeln, in welcher Höhe Zuwendungen zum Steuerabzug gebracht werden können.²⁸

Die Ausführungen zur Steuerbefreiung von Stiftungen sind im DBG bzw. StHG jedoch nur spärlich gesät. Die in der Praxis viel wichtigeren Ausführungen finden sich im Kreisschreiben Nr. 12 der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. Juli 1994 zur Steuerbefreiung von juristischen Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen („Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV“) und in den Praxishinweisen der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 18. Januar 2008 zur Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke oder Kultuszwecke verfolgen („Praxishinweise SSK“).

Das Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV hält fest, dass juristische Personen in den Genuss einer teilweisen Steuerbefreiung kommen können, wenn die Mittel der steuerbefreiten juristischen Person nur zum Teil ausschliesslich und unwiderruflich der Verfolgung des steuerbefreiten gemeinnützigen oder öffentlichen Zweckes gewidmet sind.²⁹ Ist dies nur zum Teil möglich, kann allenfalls eine teilweise Steuerbefreiung in Betracht gezogen werden.

Diese teilweise Steuerbefreiung wird jedoch an zusätzliche strenge Voraussetzungen geknüpft: So hält das Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV fest, dass die steuerbefreite Tätigkeit ins Gewicht fallen und rechnungsmässig klar vom übrigen Vermögen und Einkommen ausgeschieden sein muss.³⁰

²⁷ Vgl. zur Steuerbefreiung wegen Verfolgung gemeinnütziges Zwecke Art. 56 lit. g des Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11)/Art. 23 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG, SR 642.14), erste Variante sowie zur Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke Art. 56 lit. g DBG/Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG, zweite Variante, wobei Kapitalsteuern nur auf Ebene der Kantone erhoben werden.

²⁸ Art. 33a resp. Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG sowie Art. 9 Abs. 2 lit. i resp. Art. 25 Abs. 1 lit. c StHG.

²⁹ Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV, II. Ziff. 5.

³⁰ ESTV, Kreisschreiben Nr. 12, II. Ziff. 5.

Die Praxishinweise der SSK aus dem Jahr 2008 enthalten noch zusätzliche Voraussetzungen:³¹ So ist die teilweise Steuerbefreiung nur in Ausnahmefällen möglich, grds. müssen bei verschiedenen Zwecken getrennte Rechtsträger geschaffen werden. Verlangt wird auch, dass die Stiftung ein eigenes Reglement über die Verwaltung und Verwendung des Vermögens ausarbeitet. Zudem muss gemeinsam mit der Steuerbehörde festgelegt werden, welche Tätigkeiten steuerbefreit sind und wie zur Verhinderung einer Querfinanzierung die einzelnen Aufwandpositionen abzugrenzen sind.

Verlangt wird weiter, dass die Stiftung eine Spartenrechnung mit Verrechnungsverbot führt, eine getrennte Buchführung erfolgt und eine eigene Bilanz erstellt wird. Dies unter Führung einer echten Fondsrechnung, mit klarer Trennung von Kapital und Aufwand/Erträgen unter Hinweis auf Swiss GAAP FER 21. Weiter dürfen Spenden nur für den Spendenzweck verwendet und nicht mit übrigem Vermögen vermischt werden. Alle diese Anforderungen an Bilanz/Erfolgsrechnung und Spartenrechnung muss durch eine Revisionsstelle bestätigt werden. Schliesslich wird verlangt, dass die Stiftung ein Bestätigungsschreiben an den Spender oder Spenderin ausstellt, worin festgehalten wird, wofür die Zuwendung verwendet wird.

Umgekehrt spezifizieren das Kreisschreiben und die Praxishinweise auch, wann die Zuwendung an eine gemischte Stiftung beim steuerpflichtigen Spender zum Abzug beim zuwendenden Steuerpflichtigen zugelassen wird.³² Entweder erfolgt die Einzahlung auf getrennte Rechtsträger oder es werden klar getrennte Rechnungen in einem Rechtsträger geführt und es bestehen eigene Einzahlungskonti. Verlangt wird, dass die Zuwendung auf ein separates Bank- oder Postkonto mit eigener Nummer geleistet wird.³³ Der Spender oder die Spenderin muss angeben, dass Zuwendung für gemeinnützigen Zweck verwendet werden soll und es braucht zusätzlich das Bestätigungsschreiben der Stiftung, wonach die Zuwendung auf das Konto geleistet worden ist. Dabei liegt generell die Beweislast immer beim Spender oder der Spenderin.

In der Praxis sind Steuerbehörden sehr zurückhaltend bei Erteilung von teilweisen Steuerbefreiungen. Entsprechend ist ein Ruling bzw. eingehende Gespräche mit den Steuerbehörden dringend empfehlenswert. Zusätzlich müssen in jedem Fall auch die weiteren Voraussetzungen der Steuerbefreiung beachten (insb. Praxis zur Vergütung von Mitgliedern der Leitungsorgane und Übertragung von Restvermögen an steuerbefreite juristische Personen).

³¹ Im Einzelnen Praxishinweise SSK, Ziff. 11.

³² Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV, IV 2; Praxishinweise SSK, III Ziff. 11.

³³ Praxishinweise SSK, III Ziff. 11.

VIII. Governance

Die Governance bei gemischten Familienstiftungen ist tendenziell komplexer als bei reinen Familienstiftungen oder gewöhnlichen klassischen Stiftungen, da unterschiedliche Teilzwecke zu unterschiedlichen Interessen der potenziell Begünstigten führen. Auf der einen Seite stehen handfeste finanzielle Interessen der Familienbegünstigten und auf der anderen Seite die Vorgabe des Stifters oder der Stifterin, auch gemeinnützige Zuwendungen zu sprechen. Gleichsam wirkt der Gesamtzweck als die unterschiedlichen Interessen zusammenhaltende Klammer, die den Stiftungsorganen Richtschnur in Führung der Stiftung sind.³⁴

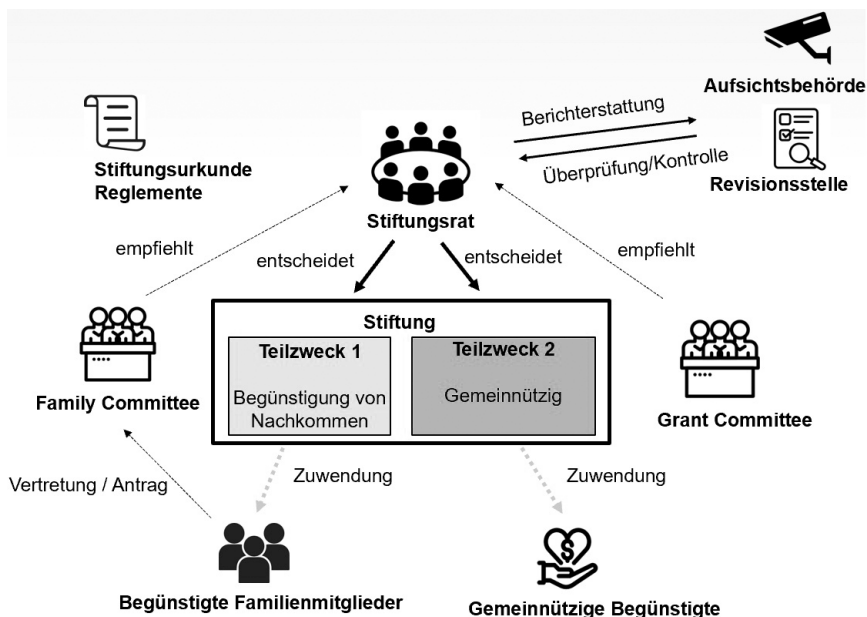
Bei der Governance von gemischten Familienstiftungen muss berücksichtigt werden, dass das Schweizer Stiftungsrecht – im Unterschied zu den umliegenden Stiftungsrechtsordnungen Liechtenstein und Österreich – keine gesetzlichen Informations- oder Kontrollrechte der Begünstigten gegenüber den Organen der Stiftung vorsieht (mit Ausnahme der in Art. 84 Abs. 3 ZGB festgehaltenen Stiftungsaufsichtsbeschwerde, die jedoch nur den Beschwerdeweg an die Behörde regelt). Entsprechend wichtig ist es, Checks- and Balance-Mechanismen wie Informations-, Kontroll- und allenfalls Veto-, Abberufungs-, oder Ernennungsrechte zu prüfen, unabhängig davon, ob es sich um eine reine oder um eine gemischte Familienstiftung handelt. Dies setzt freilich eine eingehende Prüfung unter steuerlichen Aspekten voraus, bei denen sich Einflussrechte von Stiftern oder Begünstigten häufig auf die Qualifikation als transparente oder intransparente Stiftung auswirken. Informations- und Kontrollrechte sind in der Regel jedoch nur bei den Familienbegünstigten sinnvoll; Begünstigte des gemeinnützigen Teilzwecks können aufgrund des offenen Destinatärkreises in aller Regel wohl nicht mit individuellen Informationsansprüchen ausgestattet werden.

Empfehlenswert ist es meines Erachtens, dass die unterschiedlichen Teilzwecke über separate Ausschüsse bzw. Kommittees vorbereitet werden. Die Mitglieder der Kommittees können auch Mitglieder des Stiftungsrates sein. So könnte ein Grant Committee Empfehlungen an den Stiftungsrat abgeben, der dann über Zuwendungen gemäss dem gemeinnützigen Teilzweck entscheidet. Die Begünstigungen für Familienmitglieder wiederum werden von einem eigenen Family Committee vorbereitet, wobei man den Begünstigten meines Erachtens auch eine Antragskompetenz oder gar eine Vertretung zusprechen kann. Über alle Zuwendungen sollte letztlich meines Erachtens der Stiftungs-

³⁴ Siehe ausführlich zur Governance einer gemischten Stiftung Brugger, 179 ff. und zu Vorschlägen für eine Good Mixed Foundation Governance Brugger, 267 ff.

rat entscheiden. Der Stiftungsrat wiederum muss jährlich die geprüfte Jahresrechnung bei der Aufsichtsbehörde einreichen gemeinsam mit einem Tätigkeitsbericht.

Foundation Governance einer gemischten Familienstiftung



IX. Fazit

Gemeinnützige Familienstiftungen sind Praxisphänomene. Sie sind in aller Regel auf das Anliegen des Stifters oder der Stifterin zurückzuführen, ganz im Sinne einer veritablen Familienphilanthropie neben der Begünstigung von Familienangehörigen auch gemeinnützige Zwecke zu verfolgen.

Der aktuelle Schweizer Rechtsrahmen ist für stiftungsrechtliche Mischformen im Allgemeinen und gemischten Familienstiftungen im Besonderen jedoch durch einigen Unwägbarkeiten und Unsicherheiten geprägt. Gemischte Stiftungen passen nur schlecht in das heutige Stiftungsrecht, das scharf zwischen den verschiedenen Stiftungstypen unterscheidet. Aus steuerlichen Aspekten sind gemischte Stiftungen eher komplex und unattraktiv – in der Regel ist es aus steuerlicher Sicht einfacher, getrennte Rechtsträger zu führen. Viele Steuerbehörden scheinen gemischten Stiftungen ohnehin sehr kritisch gegenüberzustehen.

Dieser Befund ist bedauernswert, denn in der Familienphilanthropie liegt enormes Potenzial, das durch ein liberales Stiftungsrecht gefördert werden sollte. Es wäre wünschenswert, *de lege ferenda* auch gemeinnützige Familienstiftungen zu stärken.

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, in: Geiser Thomas/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), 7. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Die Stiftungen, Art. 80-89c ZGB, in: Riemer Hans Michael, 2. A., Bern 2020 (zit. BK ZGB-Riemer, Art. XX, N YY).
- Brugger Lukas, Die gemischte Stiftung – die Stiftung zur Verfolgung unterschiedlicher Zwecke im Lichte des schweizerischen ZGB und des österreichischen PSG, Diss., Basel 2019.
- Commentaire Romand Code Civil I, Art. 1-456 CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), 2. A., Basel 2023 (zig. CR CC I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Hüttemann Rainer, Die „gemischte“ Stiftung, in: Dominique Jakob (Hrsg.), Schriften zum Stiftungsrecht Band 9, Universum Stiftung, 29 ff.
- Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Lampert Ulrich, Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten und Körperschaften nach schweizerischem Recht, Zürich 1912.
- Sprecher Thomas, Vom Recht des Stifters, „seine“ Stiftung auf den Kopf zu stellen, Jusletter, 13. März 2023.
- Schweizer Rudolf, Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach schweizerischem Recht, Aarau 1927.

Governance der Familienstiftung

Thomas Sprecher

Inhalt

I.	Einleitung	149
II.	Vergleich von gewöhnlichen und Familienstiftungen im Lichte des Swiss Foundation Code 2021	150
III.	Besonderheiten bei der Familienstiftung	164
	1. Allgemeines	164
	2. Zweck: Einhaltung von Art. 335 ZGB	164
	3. Fördertätigkeit: Gleichbehandlung der Destinatäre	164
	4. Vermögen	165
	5. Organisation	165
	Literaturverzeichnis	166

I. Einleitung

Wer Foundation Governance sagt, meint in aller Regel die Governance der gewöhnlichen Stiftung. Es gibt aber keinen Grund, nicht auch gegenüber den Sonderformen der Stiftung Governance-Postulate aufzustellen.

Privatrechtlich weicht die Sonderform Familienstiftung in manchem von der gewöhnlichen Stiftung ab. Daraus ist abzuleiten, dass manche Governance-Regeln auch für die Familienstiftungen gelten müssen, andere aber wegen der Besonderheiten der Familienstiftung nicht. An ihrer Stelle müssen eigene Empfehlungen gefunden werden.

Einen „Swiss Family Foundation Code“ gibt es bisher nicht. Herangezogen werden kann aber der Swiss Foundation Code, und seine Grundsätze und Empfehlungen können auf die Anwendbarkeit auch auf die Familienstiftung geprüft werden. Der Vergleich bezieht sich auf „reine“ Familienstiftungen. Wo es sich um eine gemischte Stiftung handelt, die neben dem Familienstiftungs- auch einen Teilzweck hat, welcher der gewöhnlichen Stiftung entspricht – in der Praxis oft einen gemeinnützigen –, gilt für diesen Teilzweck der Swiss Foundation Code grundsätzlich unverändert.

II. Vergleich von gewöhnlichen und Familienstiftungen im Lichte des Swiss Foundation Code 2021

In der nachstehenden Tabelle wird der in der linken Kolonne der Swiss Foundation Code 2021 wiedergegeben. In der rechten Kolonne wird die Anwendung dieser Grundsätze und Empfehlungen auf Familienstiftungen geprüft.

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Grundsatz 1 Wirksamkeit Die Stiftung setzt den Stiftungszweck auf möglichst effiziente und wirksame Weise um.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>
<p>Grundsatz 2 Checks and Balances Die Stiftung sorgt durch geeignete organisatorische Massnahmen dafür, dass für alle wichtigen Entscheidungen und Abläufe ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle besteht.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>
<p>Grundsatz 3 Transparenz Die Stiftung pflegt eine möglichst grosse Transparenz über ihre Grundlagen, Ziele, Strukturen und Tätigkeiten.</p>	<p>Unverändert ist das Bedürfnis nach Transparenz im Inneren. Allerdings muss der Stiftungsrat die Persönlichkeitsrechte der Destinatäre beachten.</p> <p>Gegen aussen besteht in der Regel kein Bedürfnis nach Transparenz (ausser etwa im Rahmen der Hebung des Ansehens der Familie).</p>
<p>Grundsatz 4 Gesellschaftliche Verantwortung Die Stiftung entwickelt ihre Organisation und Aktivitäten gemäss den Anforderungen der Zeit.</p>	<p>Gilt nicht.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 1 Stifterwille Der Stifter formuliert seinen Willen und prüft, ob eine Stiftung zu dessen Umsetzung geeignet und nützlich ist. Der Stifter prüft vor einer Gründung, ob es für seine Förderabsicht einen gesellschaftlichen Bedarf gibt, ob eine selbständige Stiftung die beste Rechtsform für die Umsetzung seines Willens darstellt, ob das der Stiftung zuge dachte Vermögen zur Umsetzung des angestrebten Stiftungszwecks ausreicht und ob die Stiftung dauerhaft oder auf beschränkte Zeit bestehen soll. Der Stifter formuliert seinen Willen in erster Linie durch die Festlegung von Stiftungszweck, Stiftungsvermögen und Stiftungsorganisation, die aufeinander abgestimmt sein müssen. Insbesondere bei dauerhaften Stiftungen legt der Stifter ein Konzept für die periodische Erneuerung des Stiftungsrats fest.</p>	<p>Gilt <i>mutatis mutandis</i>. Der Stifter soll vor der Gründung prüfen, ob eine (schweizerische) Familienstiftung die beste Rechtsform für die Umsetzung seines Willens darstellt. Von Bedeutung ist ferner die Beschreibung des Destinatärskreises.</p>
<p>Empfehlung 2 Stiftungssitz und Steuerbefreiung Der Stifter prüft vorab, wo die Stiftung ihren Sitz haben und welche Aufsichtsbehörde für sie zuständig sein soll. Der Stifter legt den Sitz der Stiftung grundsätzlich dort fest, wo das Schwergewicht ihrer Fördertätigkeit liegen soll. Der Stifter prüft die steuerliche Situation und insbesondere die Möglichkeit der Steuerbefreiung seiner Stiftung. Der Stifter klärt ab, welche Aufsichtsbehörde die Aufsicht übernimmt.</p>	<p>Gilt eingeschränkt. Familienstiftungen können nicht steuerbefreit werden, und sie unterstehen keiner staatlichen Aufsicht.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 3 Stiftungsurkunde, Stiftungsreglemente, Richtlinien, Leitbild</p> <p>Der Stifter oder der Stiftungsrat verfasst im Lichte der Stiftungsurkunde ein oder mehrere Stiftungsreglemente sowie Richtlinien und prüft die Notwendigkeit eines Leitbildes.</p> <p>Der Stifter verankert grundlegende und langfristige Vorgaben in der Stiftungsurkunde.</p> <p>Der Stifter oder der Stiftungsrat trifft Festlegungen, die flexibler bleiben sollen, in einem Stiftungsreglement oder einer Richtlinie.</p> <p>Insbesondere wenn der Stiftungszweck weit formuliert ist, prüft der Stiftungsrat die Notwendigkeit eines Leitbildes und überprüft dieses gegebenenfalls periodisch.</p>	<p>Gilt unverändert.</p> <p>Es ist in der Lehre umstritten, ob die Stiftung die Stiftungsurkunde selbst ändern darf oder ob sie dafür das Zivilgericht anrufen muss. Unbestritten ist, dass auch die Familienstiftung selbst Reglemente erlassen, ändern und aufheben kann.</p>
<p>Empfehlung 4 Funktion des Stiftungsrats</p> <p>Der Stiftungsrat führt die Stiftung. Der Stiftungsrat entscheidet im Rahmen der Stiftungsurkunde selbständig und eigenverantwortlich. Falls der Stifter dem Stiftungsrat angehört, entbindet dies die übrigen Stiftungsratsmitglieder nicht von einem eigenständigen Urteil.</p> <p>Der Stiftungsrat bestimmt die Stiftungs- politik und -strategie in Bezug auf Förderung und Finanzen. Er kontrolliert deren Umsetzung und achtet dabei auf das kurz-, mittel- und langfristige Gleichgewicht von Zielen und Mitteln.</p> <p>Der Stiftungsrat überprüft periodisch Politik, Strategie sowie Organisation der Stiftung. Dazu gehört auch die Beurteilung der Geschäftsführung und des Stiftungsrats selbst.</p>	<p>Gilt grundsätzlich unverändert.</p> <p>Bei älteren Familienstiftungen heisst dieses Organ oft anders (Vorsteherschaft, Vorstand etc.).</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
	<p>Familienstiftungen haben oft ein (korporatives) weiteres Organ, eine Destinatärsversammlung, die den Stiftungsrat wählt und kontrolliert. Dieses Organ besteht üblicherweise aus den (erwachsenen, bei älteren Familienstiftungen manchmal nur den männlichen) Familienangehörigen. Dadurch wirken die Destinatäre in einer Weise bei der Stiftungsverwaltung mit, wie dies bei gewöhnlichen Stiftungen kaum je vorkommt.</p> <p>Je nachdem können sich daraus, dass Destinatäre bei der Stiftungsverwaltung mitwirken, Interessenkonflikte ergeben.</p>
<p>Empfehlung 5 Erneuerung des Stiftungsrats</p> <p>Soweit nicht von der Stiftungsurkunde vorgegeben, legt der Stiftungsrat das Verfahren für die Wahl und das Ausscheiden seiner Mitglieder sowie von Präsident und Vizepräsident fest. Der Stiftungsrat bestimmt Amtsperioden von zwei bis fünf Jahren. Der Stiftungsrat legt Amtszeit- und/oder Altersbeschränkungen fest. Der Stiftungsrat plant seine zeitlich gestaffelte Erneuerung.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>
<p>Empfehlung 6 Zahl und Anforderungsprofil der Stiftungsratsmitglieder</p> <p>Der Stiftungsrat besteht im Allgemeinen aus fünf bis sieben, in der Regel aber aus mindestens drei Personen. Sie verfügen über die Fähigkeiten und die Zeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben und bilden sich systematisch weiter. Soweit nicht durch die Stiftungsurkunde vorgegeben, legt der Stiftungsrat die Grösse des Stiftungsrats sowie die Kriterien für die Auswahl der Kandidaten bezüglich ihres Anforderungsprofils in einem Reglement oder einer Richtlinie fest. Der Stiftungsrat ist gemessen am Stiftungszweck ausgewogen zusammengesetzt. Der Stiftungsrat sorgt für eine geeignete Einführung neuer Mitglieder und für eine permanente, aufgabenbezogene Weiterbildung aller Mitglieder.</p>	<p>Destinatäre sollten aus Interessenkonfliktgründen grundsätzlich nicht im Stiftungsrat vertreten sein. Oft empfiehlt es sich daher, alle oder jedenfalls die Mehrheit der Stiftungsratsmitglieder mit unabhängigen Personen zu besetzen.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p data-bbox="170 240 556 304">Empfehlung 7 Entschädigung der Stiftungsratsmitglieder</p> <p data-bbox="170 329 569 599">Die Mitglieder des Stiftungsrats werden angemessen entschädigt, wenn sie nicht ehrenamtlich tätig sein wollen und wenn dies die Mittel der Stiftung erlauben. Die Entschädigung der Stiftungsratsmitglieder wird schriftlich geregelt. Sie richtet sich grundsätzlich nach Aufgabe, Aufwand, Kompetenz, Erfahrung, Leistung und nach den Mitteln der Stiftung. Wenn Stiftungsratsmitglieder auf eine Entschädigung verzichten, darf dies nicht auf Kosten der Professionalität gehen.</p>	<p data-bbox="606 240 991 372">Gilt unverändert. Familienstiftungen kennen keine steuerrechtlichen Beschränkungen betreffend Honorierung ihrer Stiftungsratsmitglieder. Auch bei Familienstiftungen soll die Honorierung angemessen sein.</p>
<p data-bbox="170 642 463 688">Empfehlung 8 Organisation des Stiftungsrats</p> <p data-bbox="170 712 559 821">Der Stiftungsrat organisiert sich im Rahmen der Vorgaben der Stiftungsurkunde selbst. In einem Reglement legt er zweckmässige Arbeitsformen und -verfahren fest.</p> <p data-bbox="170 823 559 1000">Der Stiftungsrat erfüllt seine Aufgaben hauptsächlich im Rahmen von Stiftungsratssitzungen. Er tritt mindestens zweimal im Jahr, den Erfordernissen der Stiftung entsprechend aber auch häufiger zusammen. Die Mitglieder haben sich so zu organisieren, dass sie an den Sitzungen teilnehmen können.</p> <p data-bbox="170 1002 548 1069">Der Stiftungsrat regelt die Einberufung und Durchführung ausserordentlicher Stiftungsratssitzungen.</p> <p data-bbox="170 1070 565 1137">Die Entscheidungsverfahren sind schriftlich geregelt und nachvollziehbar. Beschlüsse werden protokolliert.</p> <p data-bbox="170 1139 553 1205">Bei wichtigen Geschäften prüft der Stiftungsrat den Beizug externer, unabhängiger Fachleute.</p>	<p data-bbox="606 642 773 664">Gilt unverändert.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 9 Funktion des Präsidenten</p> <p>Der Stiftungsrat wird durch den Präsidenten geführt. Der Präsident ist für die strategische Weiterentwicklung verantwortlich - unter Einbezug der weiteren Stiftungsratsmitglieder. Die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten des Präsidenten werden in einem Reglement oder einer Richtlinie festgelegt. Der Präsident leitet die Sitzungen des Stiftungsrats. Er sorgt für ihre Vorbereitung und eine rechtzeitige und sachgerechte Information der Stiftungsratsmitglieder über alle für die Stiftungsführung erheblichen Aspekte. Der Präsident gewährleistet ordnungsgemäße Abläufe bei der Beratung und Beschlussfassung sowie der Ausführung von Stiftungsratsbeschlüssen. Der Präsident ist in der Regel das Bindeglied des Stiftungsrats zur Geschäftsführung.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>
<p>Empfehlung 10 Ausschüsse</p> <p>Der Stiftungsrat prüft die Bildung von ständigen oder Ad-hoc-Ausschüssen. Zusammensetzung, Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten insbesondere von ständigen Ausschüssen werden in einem Reglement oder einer Richtlinie festgelegt. Der Stiftungsrat kann Ausschüsse durch externe Fachleute ergänzen.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p data-bbox="171 240 491 283">Empfehlung 11 Umgang mit Interessenkonflikten</p> <p data-bbox="171 307 568 350">Der Stiftungsrat trifft Regelungen für den Umgang mit Interessenkonflikten.</p> <p data-bbox="171 351 559 508">Stiftungsratsmitglieder und andere für die Stiftung tätige Personen ordnen ihre Verhältnisse so, dass Interessenkonflikte möglichst vermieden werden. Sie legen Interessenkonflikte sogleich gegenüber dem Stiftungsrat und gegebenenfalls im Geschäftsbericht offen.</p> <p data-bbox="171 510 565 620">Von permanenten personellen oder institutionellen Interessenkonflikten betroffene Personen dürfen weder dem Stiftungsrat noch der Geschäftsführung angehören.</p> <p data-bbox="171 621 542 666">Wer im Einzelfall einen Interessenkonflikt hat, tritt in den Ausstand.</p> <p data-bbox="171 667 556 824">Wesentliche Geschäfte der Stiftung mit Mitgliedern von Stiftungsorganen oder diesen nahestehenden Personen sind zu Bedingungen wie für einen Dritten (dealing at arm's length) abzuschließen. Im Geschäftsbericht sind solche Geschäfte auszuweisen und zu begründen.</p>	<p data-bbox="607 240 771 261">Gilt unverändert.</p>
<p data-bbox="171 869 324 912">Empfehlung 12 Kommunikation</p> <p data-bbox="171 935 562 1045">Die Stiftung pflegt eine aktive Kommunikation insbesondere mit den Destinatären und den Behörden und stellt der Öffentlichkeit nützliche Informationen zur Verfügung.</p> <p data-bbox="171 1047 556 1180">Die Stiftung orientiert in angemessener Weise und unter Berücksichtigung des Datenschutzes vor allem über Stiftungszweck, Förderpolitik und -strategie, Organisation sowie Wirkungsfelder und Projekte.</p> <p data-bbox="171 1181 556 1245">Ziele, Richtlinien und Verfahren der Fördertätigkeit sind insbesondere dem Destinatärskreis zugänglich zu machen.</p> <p data-bbox="171 1246 553 1291">Für die Kommunikation ist eine funktionale Website der Minimalstandard.</p>	<p data-bbox="607 869 985 954">Es muss grundsätzlich keine Kommunikation mit der Öffentlichkeit erfolgen (über den Handelsregistereintrag hinaus).</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 13 Geschäftsführung</p> <p>Die Geschäftsführung führt die Stiftung auf operativer Ebene. Der Stiftungsrat setzt für die operative Leitung der Stiftung eine Geschäftsführung ein und überwacht sie. Er regelt ihre Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten und ihre Entschädigung. Zu den Aufgaben der Geschäftsführung gehört die Vorbereitung der Grundlagen für die Entwicklung von Stiftungspolitik, Stiftungsstrategie und Fördertätigkeit. Wenn ein Stiftungsratsmitglied ganz oder teilweise die Geschäftsführung innehat, legt der Stiftungsrat geeignete Kontrollmechanismen fest.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>
<p>Empfehlung 14 Revisionsstelle</p> <p>Der Stiftungsrat bezeichnet eine externe Revisionsstelle, welche die gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit und die Zulassung erfüllt. Die Aufgabe der Revisionsstelle beschränkt sich auf den gesetzlichen Revisionsauftrag. Die Buchhaltung und die Vermögensbewirtschaftung werden an jeweils andere Dienstleister übertragen. Der Stiftungsrat prüft einen periodischen Wechsel der Revisionsstelle oder zumindest des mandatsleitenden Revisors. Der Stiftungsrat führt eine jährliche Risikobeurteilung durch.</p>	<p>Familienstiftungen sind gemäss Art. 87 Abs. 1^{bis} ZGB nicht verpflichtet, eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Es empfiehlt sich aber, ein Revisionsorgan vorzusehen.</p>
<p>Empfehlung 15 Beiräte</p> <p>Der Stiftungsrat setzt bei Bedarf ständige oder Ad-hoc-Beiräte ein. Beiräte werden vor allem dort eingesetzt, wo der Stiftungsrat gewisse Aufgaben nicht selbst wahrnimmt, spezifisches Fachwissen erforderlich oder ein weiteres Kontrollorgan notwendig ist. Zusammensetzung, Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten von Beiräten werden in einem Stiftungsreglement oder in Richtlinien festgelegt.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 16 Entwicklung der Förderstrategie</p> <p>Der Stiftungsrat legt die Strategie zur Erreichung der Förderziele fest. Der Stiftungsrat leitet aus dem Stiftungszweck Förderziele ab und bildet mittel- und langfristige Schwerpunkte. Dabei sind der gesellschaftliche Bedarf sowie die Tätigkeit anderer privater und öffentlicher Förderinstitutionen zu berücksichtigen. Die Förderstrategie ist als Bezugsrahmen für die konkrete Fördertätigkeit schriftlich festzuhalten. Förderstrategie und Anlagestrategie sind aufeinander abzustimmen. Der Stiftungsrat überprüft Förderziele und -strategie periodisch. Der Stiftungsrat prüft Kooperationen und Fusionen.</p>	<p>Gilt grundsätzlich nicht. Die Empfehlungen für die Fördertätigkeit spielen nur bei gemischten Stiftungen, die auch gemeinnützige Zwecke verfolgen, eine Rolle. Sollte Art. 335 ZGB geändert werden, müsste die Governance natürlich darauf reagieren.</p>
<p>Empfehlung 17 Wirksamkeit</p> <p>Der Stiftungsrat setzt die Fördermittel effizient und wirksam ein. Der Stiftungsrat legt die zur Förderung verfügbaren Mittel fest und setzt sie zeitnah ein. Der Stiftungsrat orientiert sich bei der Fördertätigkeit an unternehmerischen Grundsätzen. Die Fördermittel werden dort eingesetzt, wo ein gesellschaftlicher Bedarf besteht und nicht schon andere private und öffentliche Förderinstitutionen hinreichend aktiv sind. Der Stiftungsrat strebt ein optimales Verhältnis der administrativen Kosten zu den Förderleistungen an.</p>	<p>Gilt nicht.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 18 Gewinnung von Projekten</p> <p>Der Stiftungsrat legt Verfahren, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten für die Akquisition, Beurteilung und Selektion von Projekten fest. Die Akquisition, Beurteilung und Selektion von Projekten erfolgt im Rahmen von Förderrichtlinien. Der Stiftungsrat sorgt dafür, dass die Gewinnung von Projekten durch fachkompetente Personen sach- und zeitgerecht durchgeführt wird. Der Stiftungsrat prüft bei der Projektgewinnung den Einsatz von Ausschüssen bzw. Beiräten oder den Beizug Dritter.</p>	<p>Gilt nicht.</p>
<p>Empfehlung 19 Projektbegleitung</p> <p>Projekte sind zu begleiten. Mit der Bewilligung von Mitteln entsteht für die Dauer des Projekts eine vertragliche Beziehung zwischen Stiftung und Destinatär. Der Fördervertrag regelt ihren Inhalt. Die Stiftung kann die Bewilligung mit Bedingungen verbinden, deren Erfüllung sie überprüft. Aus der Projektbegleitung zieht die Stiftung Rückschlüsse auf ihre Förderstrategie, die Wirksamkeit der eingesetzten Mittel und die Förderkriterien.</p>	<p>Gilt nicht.</p>
<p>Empfehlung 20 Wirkungsmessung und Projektevaluation</p> <p>Die Stiftung misst ihre Wirkung an vorab festgesetzten Zielen und evaluiert die geförderten Projekte in angemessener Weise. Die Stiftung legt die Ziele ihrer Fördertätigkeit fest und überprüft sie und ihre Erreichung. Die Stiftung vereinbart mit den Destinatären die Projektevaluation. Die dazu erforderlichen Kosten werden im Projektbeitrag berücksichtigt. Wirkungsmessung und Projektevaluation werden so durchgeführt, dass sie zusätzlichen Nutzen schaffen.</p>	<p>Gilt nicht.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 21 Verantwortung für die finanzielle Führung</p> <p>Der Stiftungsrat ist verantwortlich für die finanzielle Führung der Stiftung. Dazu gehören die Budgetierung, die Vermögensbewirtschaftung und die Rechnungslegung. Der Stiftungsrat erstellt auf der Basis von Anlagestrategie und Förderbudgets die Finanzplanung. Kostenrechnung und Projektcontrolling richten sich nach anerkannten Grundsätzen der Kosten- und Leistungsrechnung. Der Stiftungsrat versteht die periodische Budgetierung, die Jahresrechnung und den Leistungsbericht als zentrale Führungs- und Rechenschaftsinstrumente. Der Geschäftsbericht zeigt ein vollständiges und transparentes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage.</p>	<p>Gilt unverändert. Familienstiftungen sind von der Pflicht zur Buchführung nicht befreit. Eine ordnungsgemässe Buchführung gemäss Art. 83a ZGB dient der stiftungsgemässen Zweckverfolgung sowie der Ausübung der Aufsicht,¹ erfolgt diese nun durch ein allfälliges „internes Aufsichtsorgan“ oder auf Begehren eines Destinatärs durch das zuständige Gericht. Die Buchführungspflicht trifft den Stiftungsrat, der die Geschäftsbücher der Stiftung nach den Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung zu führen hat.² Betreibt die Stiftung für ihren Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, sind die Vorschriften des Obligationenrechts über die Rechnungslegung und die Offenlegung der Jahresrechnung für Aktiengesellschaften anwendbar.³</p>
<p>Empfehlung 22 Anlageorganisation</p> <p>Der Stiftungsrat legt die Anlageorganisation mit dem Ziel einer wirksamen Vermögensbewirtschaftung fest. Der Stiftungsrat sorgt für eine Vermögensbewirtschaftung, die professionellen Standards entspricht. Dazu gehört die Vermeidung von Interessenkonflikten. Die Anlageorganisation stellt sicher, dass die Verantwortung für die Vermögensbewirtschaftung und deren Kontrolle unabhängig voneinander wahrgenommen werden. Die Elemente des Anlageprozesses und der Anlageorganisation werden in einem Anlagereglement festgehalten.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>

¹ BSK ZGB I-Grüniger, Art. 87, N 9d.

² Arter, 124.

³ Arter, 124 (die aktienrechtlichen Vorschriften von Art. 662 ff. des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) sind sinngemäss anwendbar).

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p>Empfehlung 23 Herkunft des Stiftungsvermögens</p> <p>Stifter widmen als Stiftungsvermögen nur Vermögenswerte, deren Herkunft rechtlich korrekt ist, und der Stiftungsrat akzeptiert bei Zuwendungen nur solche Vermögenswerte.</p> <p>Der Stiftungsrat strebt Transparenz über die Herkunft der Vermögenswerte an, die der Stiftung zufließen, und über die Identität des vormaligen (wirtschaftlichen) Eigentümers.</p> <p>Der Stiftungsrat lehnt Vermögenswerte ab, deren Herkunft gegen die anwendbaren nationalen Gesetzgebungen oder internationale Abkommen verstößt. Insbesondere betrifft dies Vermögenswerte, die mit Terrorismus, Geldwäscherei, Korruption und anderen Delikten zusammenhängen.</p> <p>Der Stiftungsrat prüft bei der Entgegennahme von Zuwendungen, inwiefern die Herkunft der Vermögenswerte nicht im Widerspruch zum Stiftungszweck steht.</p> <p>Der Stiftungsrat führt zugewendete Vermögenswerte, die vom vormaligen Eigentümer nicht versteuert wurden, der Nachbesteuerung zu.</p>	<p>Gilt unverändert.</p>
<p>Empfehlung 24 Grundlagen der Vermögensbewirtschaftung</p> <p>Der Stiftungsrat stellt sicher, dass die Bewirtschaftung des Stiftungsvermögens im Sinne des Stiftungszwecks und kosteneffizient erfolgt.</p> <p>Der Stiftungsrat sorgt für eine Vermögensbewirtschaftung, die professionellen Standards entspricht. Dazu gehört die Vermeidung von Interessenkonflikten.</p> <p>Der Stiftungsrat berücksichtigt neben den allgemeinen Anlagegrundsätzen und den rechtlichen und finanziellen Rahmenbedingungen auch die Gesamtwirkung der Stiftung.</p> <p>Der Anlageprozess umfasst drei Schritte: Festlegen der Anlagestrategie, Umsetzen der Anlagestrategie, Kontrolle des Anlageresultats. Der Stiftungsrat hält sich an den Anlageprozess und sorgt für eine angemessene Berücksichtigung der allgemeinen Anlagegrundsätze (Sicherheit, Diversifikation, Rendite, Liquidität).</p>	<p>Gilt unverändert.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p data-bbox="170 235 322 283">Empfehlung 25 Anlagestrategie</p> <p data-bbox="170 304 565 753">Mit der Anlagestrategie legt der Stiftungsrat die Grundsätze der Vermögensbewirtschaftung fest und bestimmt, wie die Stiftung ihr Renditeziel erreichen soll. Der Stiftungsrat formuliert eine Anlagestrategie auf der Grundlage der Stiftungsurkunde, insbesondere des Stiftungszwecks, und der finanziellen Rahmenbedingungen der Stiftung. Er leitet die Renditeziele aus den finanziellen Bedürfnissen, der Risikofähigkeit und der Risikobereitschaft der Stiftung ab. Er legt fest, ob – und gegebenenfalls wie – auch das Vermögen den Stiftungszweck umsetzen soll (zweckbezogene Investitionen). Er stellt mindestens sicher, dass keine Investitionen getätigt werden, die dem Stiftungszweck zuwiderlaufen. Er richtet das Vermögen nach Nachhaltigkeits- und ESG-Kriterien aus.</p> <p data-bbox="170 754 565 867">Er erlässt ein Anlagereglement, in dem die Anlagestrategie, die langfristige Vermögensallokation (Asset Allocation) und die Überwachung ihrer Umsetzung geregelt sind.</p> <p data-bbox="170 869 565 958">Er unterzieht die Vermögensbewirtschaftung, die Kosten und die Einhaltung von Nachhaltigkeitskriterien einer regelmässigen Kontrolle.</p>	<p data-bbox="607 235 771 257">Gilt unverändert.</p>
<p data-bbox="170 999 373 1047">Empfehlung 26 Vermögensallokation</p> <p data-bbox="170 1067 553 1134">Der Stiftungsrat legt fest, wer welche Vermögensteile wie und zu welchen Bedingungen verwaltet.</p> <p data-bbox="170 1135 557 1248">Der Stiftungsrat definiert den Mandatstyp, die Bewirtschaftungsform sowie die Anzahl extern aususchreibender Mandate und bestimmt, an wen sie vergeben werden.</p> <p data-bbox="170 1250 569 1294">Er legt für jedes Mandat Anlagerichtlinien fest.</p> <p data-bbox="170 1296 565 1409">Er verwaltet Vermögensteile ausnahmsweise nur dann selbst, wenn er über die entsprechenden Fachkompetenzen verfügt; dabei legt er ein besonderes Augenmerk auf Interessenkonflikte.</p>	<p data-bbox="607 999 771 1021">Gilt unverändert.</p>

Gewöhnliche Stiftung	Familienstiftung
<p data-bbox="170 240 553 309">Empfehlung 27 Mandatierung nach Wettbewerbsbedingungen</p> <p data-bbox="170 329 565 736">Um mit minimalen Kosten eine optimale Leistung zu erzielen, wählt der Stiftungsrat zur Umsetzung der Anlagestrategie unter verschiedenen Anbietern nach Wettbewerbsbedingungen aus. Mandate werden im Rahmen eines Submissionsverfahrens nach Wettbewerbsbedingungen vergeben. Die einmalig anfallenden und die wiederkehrenden Kosten der Umsetzung der Anlagestrategie und der längerfristigen Betreuung des Anlagevermögens werden transparent gemacht und überwacht. Die mandatierten Finanzdienstleister verpflichten sich zur Transparenz, zum Ausschluss bzw. zur Rückerstattung von Retrozessionen und zur Einhaltung einer Meistbegünstigungsklausel.</p>	<p data-bbox="606 240 771 263">Gilt unverändert.</p>
<p data-bbox="170 778 518 847">Empfehlung 28 Überprüfung der Vermögensbewirtschaftung</p> <p data-bbox="170 867 562 1158">Der Stiftungsrat überprüft regelmässig, ob die Resultate der Vermögensbewirtschaftung angemessen sind und ob die Anlagestrategie den Stiftungszielen gerecht wird. Die Anlagestrategie und die Einhaltung von ESG-Kriterien werden jährlich überprüft. Die Anlageresultate werden mindestens zweimal pro Jahr kontrolliert. Die Ergebnisse der Überprüfung von Anlagestrategie und Anlageresultaten werden schriftlich festgehalten.</p>	<p data-bbox="606 778 771 801">Gilt unverändert.</p>

Im Überblick ergibt sich:

- Die ersten drei Grundsätze des Swiss Foundation Code 2021 gelten, der vierte nicht.
- Bei der Gründung hat der Stifter einer Familienstiftung im Wesentlichen wie der Stifter einer gewöhnlichen Stiftung vorzugehen.
- Die Empfehlungen zur Zweckumsetzung und zur Fördertätigkeit gelten grundsätzlich nicht, weil es sich bei Förderstiftungen einerseits, bei Familienstiftungen andererseits um sehr unterschiedliche Zwecke handelt.

- Bei der Organisation gelten für den Stiftungsrat grundsätzlich dieselben Empfehlungen. Allerdings gibt es bei Familienstiftungen oft ein weiteres Organ, in dem die Familienmitglieder eingebunden sind („Destinatärsversammlung“).
- Die Empfehlungen zur Vermögensbewirtschaftung gelten.

III. Besonderheiten bei der Familienstiftung

1. Allgemeines

Foundation Governance hat nur dort ihren Platz, wo keine zwingenden gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten sind, wo „Spielraum“ besteht. Dies gilt auch für Familienstiftungen.

Da es bis jetzt keine „Swiss Family Foundation Code“ gibt, und weil Familienstiftungen unter sich recht unschriftlich strukturiert sind, können zwei Empfehlungen gemacht werden:

- Die Familienstiftung kann im Stiftungsstatut festlegen, dass sie dem Swiss Foundation Code folgt, muss dann aber die Einschränkung folgen lassen: „soweit er für Familienstiftung Anwendung finden kann“.
- Dort, wo der Swiss Foundation Code nicht angewendet werden kann, sollten spezifische Governance-Bestimmungen in das Stiftungsstatut explizit aufgenommen oder wenigstens implizit beachtet werden.

2. Zweck: Einhaltung von Art. 335 ZGB

Der Stiftungsrat darf nur Leistungen ausrichten, die nicht nur nach der Stiftungsurkunde, sondern auch nach Art. 335 ZGB erlaubt sind: Bestreitung der Kosten für die Erziehung, Ausstattung, Unterstützung oder ähnliche Zwecke. Der Stiftungsrat muss in jedem einzelnen Fall einer Leistung prüfen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist.

3. Fördertätigkeit: Gleichbehandlung der Destinatäre

In Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung gilt die Regel,

- dass der Stifter frei ist in der Definition des Destinatärskreises,
- dass die Stiftungsorgane dann aber innerhalb des festgelegten Kreises die Destinatäre gleichbehandeln müssen.

Der Stifter muss die möglichen Destinatäre nicht gleichbehandeln. Er kann auch die Angehörigen seiner Familie ungleichbehandeln. Er kann Stämme oder auch Individuen ausschliessen, Generationen überspringen, Männer, Frauen, Partner, Witwen und Witwer etc. nach Gutdünken behandeln. Dies gilt sowohl in Bezug auf die Destinatärseigenschaft als auch in Bezug auf den Anspruch zur Mitwirkung bei der Stiftungsverwaltung.

Dieses Ermessen steht dann den Stiftungsorganen nicht mehr zu. Sie haben die Destinatäre gleichzubehandeln. Dies gilt grundsätzlich auch in Bezug auf die Informationen, die der Stiftungsrat den Destinatären gibt.

4. Vermögen

Es ergeben sich keine Besonderheiten. Familienstiftungen sind in der Regel keine Verbrauchsstiftungen.

Das stiftungsrechtliche Trennungsprinzip gilt auch für Familienstiftungen. Das vom Stifter gewidmete Geld gehört der Familienstiftung, nicht dem Stifter und nicht der Familie des Stifters. Die Familienstiftung ist keine Kasse, aus der man sich bei Bedarf bedienen kann. Phantomschmerzen von Nachkommen sind rechtlich unbeachtlich.

5. Organisation

Der Stiftungsrat soll von den Destinatären unabhängig sein, damit sich keine Interessenkonflikte ergeben. Destinatäre sollten mit anderen Worten nicht Mitglied des Stiftungsrats sein.

Destinatäre können sich selbst organisieren, ausserhalb der Stiftung, und ihre Aktivitäten beobachten, begleiten, und auch (unverbindliche) Vorschläge machen. Manche Stiftungsurkunden sehen Destinatärsversammlungen vor.

Die Stiftung muss keine Berichterstattung an eine Aufsicht einreichen, weil eine solche nicht besteht. Manchmal sehen aber die Stiftungsurkunden vor, dass der Stiftungsrat gegenüber den Destinatären periodisch berichten muss, zum Beispiel gegenüber einer jährlichen Destinatärsversammlung. Dabei sind Persönlichkeits- und Datenschutzrechte zu beachten. Auch wo keine solche Pflicht besteht, empfiehlt es sich, der Jahresrechnung einen Jahresbericht beizugeben, der die Tätigkeit der Stiftung im vergangenen Geschäftsjahr festhält.

Eine Anfrage bei dem auf künstlicher Intelligenz basierenden Chatboot ChatGTP zur Governance von Schweizer Familienstiftungen vom 4. Februar 2024 führte zu der Aussage: „Es ist wichtig zu beachten, dass die spezifischen Anforderungen und Strukturen von Familienstiftungen variieren können. Es

ist ratsam, bei der Gestaltung der Governance von Schweizer Familienstiftungen professionelle Beratung von Rechtsanwälten, Steuerexperten und anderen Fachleuten in Anspruch zu nehmen, um sicherzustellen, dass sie den Bedürfnissen und Zielen der beteiligten Familie entspricht und dass alle rechtlichen, steuerlichen und regulatorischen Anforderungen erfüllt werden.“ Dem soll nicht widersprochen werden.

Literaturverzeichnis

Arter Oliver, Schweizerische Familienstiftung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jürg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, 107 ff.

Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana/Wolf Stephan (Hrsg.), 7. A., Basel 2023 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Vom Sinn der Familienstiftung

Lukas von Orelli

Inhalt

I.	Einleitende Bemerkungen	167
II.	Anfänge der Stiftung	169
III.	Beispiele alter Familienstiftungen	171
IV.	Heutige Praxis	174
1.	Gedächtnis bewahren (memoria)	174
a)	Familienarchive	174
b)	Familienchroniken	176
c)	Spezialpublikationen	176
d)	Fazit	176
2.	Familienzusammenhalt / Traditionen erhalten	177
3.	Förderung von Familienmitgliedern	178
a)	Beiträge zu speziellen Familiensituationen	178
b)	Ausbildungsbeiträge	178
c)	Bedürftigkeitsbeiträge	179
d)	Darlehen	179
4.	Vermögensnachfolge	180
5.	Philanthropie	180
a)	Gelegenheitsphilanthropie	180
b)	Philanthropische Familienstiftungen	181
V.	Vom Sinn der Familienstiftung	182
1.	Familiengedächtnis	182
2.	Familienvorband	183
3.	Finanzielle Unterstützung	184
VI.	Fazit	185
	Literaturverzeichnis	186

I. Einleitende Bemerkungen

Während die Schweiz ein fast schon gelobtes Land für Stiftungen mit ideellem Zweck nach Art. 80 ZGB ff. darstellt und weltweit eine führende Dichte gemeinnütziger Stiftungen pro 10'000 Einwohner aufweist,¹ gilt das Gegenteil für

¹ Eckhardt/Jakob/von Schnurbein, 6.

Familienstiftungen. Nicht nur, dass unverhältnismässig viel weniger Stiftungen nach Art. 335 ZGB existieren (geschätzte 500),² sondern sie sind namentlich aus steuerlichen und Zweckgesichtspunkten derart unattraktiv,³ dass auch kaum welche gegründet werden. Man könnte also von einem „Relikt“ aus der Vergangenheit oder „toten Gefäss“ sprechen.

Immerhin rückt sie, durch die Motion von Nationalrat Thierry Burkart zur Stärkung der Familienstiftungen,⁴ als Alternative zum Trust aktuell in den Fokus der parlamentarischen Debatte. Im Rahmen einer Gesamtschau zur Situation der heutigen Familienstiftung in der Schweiz drängt sich nun die Frage auf, ob das alles ist: ist sie ein totes Gefäss aus vergangenen Zeiten, dem nur noch dadurch Leben eingehaucht werden kann, indem man es zu einem Vehikel der Nachlassplanung macht? Besteht seine Existenzberechtigung einzig darin, Vermögenden ein Privileg in der Weitergabe ihres Vermögens einzuräumen oder gibt es da mehr? Ein Hinweis darauf sind die zahlreichen mehrhundertjährigen Familienstiftungen, die schon vor dem ZGB existierten und weit mehr als schlafende Bankkonten sind.

Mit diesem Beitrag soll näher untersucht werden, was die Schweizer Familienstiftungen wirklich ausmacht. Dabei wird auf die mögliche Aufhebung des Art. 335 Abs. 2 ZGB nicht eingegangen. Dazu kann auf die Beiträge von Andrea Opel und Stefan Oesterhelt, Dominique Jakob und Michael Fischer verwiesen werden.⁵ An dieser Stelle geht es um die weitergehende Frage, wie sinnvoll eine Familienstiftung unabhängig vom Ausgang dieser Diskussion sein mag. Ausgehend von einer Herleitung zu ihrer Entstehung geht es anhand der Praxis existierender Familienstiftungen darum, welchen Wert sie über die reine Vermögensperpetuierung hinaus haben. Für die Familien, aber auch eventuell für die Allgemeinheit.

Nun lässt sich über den Sinn der Familienstiftungen wohl eher philosophieren als wissenschaftlich argumentieren. Der vorliegende Beitrag fusst daher hauptsächlich auf der Praxis existierender Familienstiftungen und dies mit einem Fokus auf Zürcher Beispielen. Denn woran liessen sich die Grundlagen einer Erfolgsstory besser herleiten als an Beispielen wie den Zürcher Familienstiftungen, die sich über Jahrhunderte bewährt haben, obwohl ihnen immer wieder ein steifer Wind entgegenblies von Napoleon bis aktuell durch das Zürcher Steuerregime.

² Grüniger, [52](#).

³ Vgl. Opel/Oesterhelt, [65 ff.](#) und Jakob, [117 f.](#)

⁴ Motion Burkart (22.4445), Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben vom 15. Dezember 2022.

⁵ Vgl. Opel/Oesterhelt, [75 ff.](#), Jakob, [124 ff.](#), Fischer, [189 ff.](#)

II. Anfänge der Stiftung

Um das Wesen der Familienstiftung zu erfassen, ist ein kurzer Exkurs in die Geschichte der Stiftung interessant. Ihre Urform ist die Widmung eines Vermögens für den Totenkult am eigenen Grab. Ein sehr illustratives Beispiel eines Römers aus dem 2. Jahrhundert nach Christus beschreibt Borgolte, wonach nicht nur ein eigentliches Gebäude (*cella memoriae*) errichtet wurde, um den Totenkult zu pflegen, sondern auch finanzielle Mittel für die Instandhaltung und die Bezahlung zweier Freigelassener bereitgestellt wurden, die das Grabmal pflegten und die Trauernden betreuten.⁶

Diese sehr urtümliche Form der Vermögensperpetuierung zum eigenen Andenken (*memoria*) mag heute etwas befremdlich anmuten und doch findet sie ausgerechnet in der Form einer Familienstiftung ihre Fortsetzung bis zum heutigen Tage. So sind im Handelsregister des Kantons Zürich zwölf Familienstiftungen eingetragen, die den Unterhalt eines Familiengrabes auf dem privaten Friedhof „Hohe Promenade“ in Zürich im Namen führen. Das Andenken an die stiftende Familie oder den Stifter, die Stifterin persönlich in Reinkultur hat sich also bis in die heutige Zeit gerettet.⁷

Als einen nächsten Schritt könnte man die Erweiterung der *memoria* um einen öffentlichen Nutzen ansehen. Ein frühes Beispiel dazu sind die Thermen des Marcus Agrippa, die dieser nach seinem Ableben der Öffentlichkeit zugänglich machen liess unter der Voraussetzung, dass sie in seinem Andenken genutzt wird.⁸ Eine spätere als eine der bekanntesten heute noch existierenden Stiftungen dieser Art wird die „Fuggerei“ genannt (errichtet 1521). In deren Liegenschaften dürfen Bedürftige nach wie vor zu einem bescheidenen Entgelt von 88 Eurocent pro Jahr (!) wohnen, sofern sie täglich für das Seelenheil der (ebenfalls noch existierenden) Familie Fugger beten.⁹ Aber auch diese Form der Stiftung ist noch aktuell. So hat der Ölmagnat J. Paul Getty seine Kunstsammlung dem Getty Trust vermacht, zu dem auch die Getty Villa in Los Angeles gehört, wo sein Grabmal besucht werden kann.¹⁰

⁶ Borgolte, Stiftungen, 71 ff.

⁷ Abrufbar unter <<https://zh.chregister.ch/cr-portal/suche/suche.xhtml>>, Eingabe „Hohe Promenade“.

⁸ Borgolte, Einleitung, 13.

⁹ Abrufbar unter <<https://www.augsburg.de/kultur/sehenswuerdigkeiten/fuggerei>>.

¹⁰ Abrufbar unter <https://de.wikipedia.org/wiki/J._Paul_Getty_Trust>, <<https://www.getty.edu>>.

Schliesslich hat sich mit dem Christentum schon bei den Römern neben der „memoria“ auch eine „caritas“ entwickelt. Armenhäuser, Kranken- und Waisenhäuser wurden als sog. „piaae causae“ ab der zweiten Hälfte des 5. Jahrhunderts errichtet und im Codex Iustinianus erstmals erwähnt und als selbständige Stiftung anerkannt, wenn auch noch nicht mit einer Rechtspersönlichkeit im heutigen Sinne ausgestattet.¹¹

Man kann dieses Spektrum an Zwecken wie folgt darstellen: Der engste Nutzen stiftet die Stiftung nur für die Stifter selbst, wenn es um das Andenken am eigenen Grab geht. Durch die Erweiterung auf die Familie und dann die Öffentlichkeit wird einer immer breiteren Zielgruppe ein Nutzen gestiftet, während die Bedeutung des Andenkens (memoria) abnimmt. Bis hin zur Philanthropie (caritas), die ausschliesslich dem Nutzen der Allgemeinheit dient.

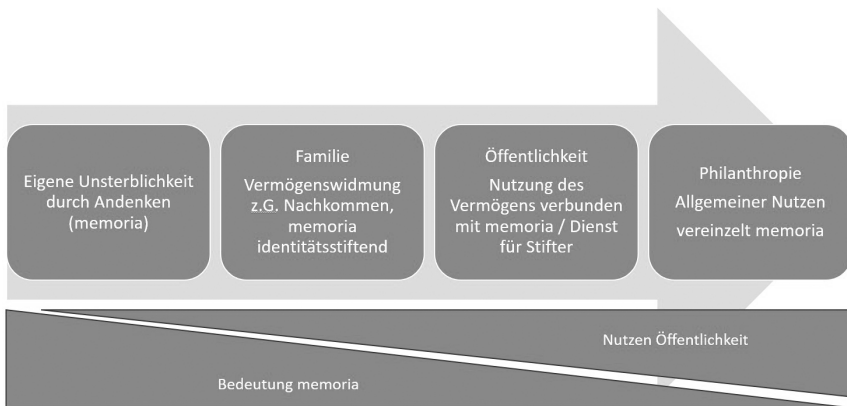


Fig. 1: Spektrum an Stiftungszwecken

Was können wir aus dieser Entwicklung für die Betrachtung der Familienstiftung schliessen? Zunächst kann festgehalten werden, dass die Familienstiftung wie keine andere Form einer Vermögenswidmung grundsätzlich alle Elemente angefangen vom reinen Andenken (memoria) über die gemeinsame Nutzung eines Vermögens bis hin zu karitativen Zielen beinhaltet. Während das Andenken zum einen sicherlich den Stiftenden selbst zukommt (z.B. Familienfonds des Bürgermeisters Heinrich Escher, Dietrich-Schindler-Stiftung), geht die „memoria-Funktion“ der Familienstiftung noch einen Schritt weiter: die Stiftung, die einen Familiennamen trägt, erinnert Destinatärinnen und Desti-

¹¹ Borgolte, Stiftungen, 81 f.

natäre daran, dass sie zu einer Familie gehören, die Generationen überdauert. Diese Familiensinn-fördernde Funktion des Andenkens hat darum auch eine identitätsstiftende Funktion. Auf deren Bedeutung kommen wir noch zurück.

III. Beispiele alter Familienstiftungen

Art. 335 ZGB legt genau fest, was eine Familienstiftung nach heutigem Schweizer Rechtsverständnis ist. Diese enge Zweckumschreibung lässt keine Varianten zu. Um besser zu verstehen, welchen Sinn Familienstiftungen haben, was gleichsam ihre DNA, ihr Wesen ausmacht, lohnt es sich in eine Zeit zu schauen, als solche Stiftungen errichtet wurden und es noch keine Vorgaben des ZGB gab. Wir machen darum eine Zeitreise in das Zürich des 18. Jahrhunderts.

Dazu etwas Kontext zum Schulsystem¹² und zum Sozialwesen¹³ dieser Zeit.

Das Schulsystem im 18. Jahrhundert befand sich in einer Übergangsphase. Durch den Einfluss von Jean-Jacques Rousseau und Heinrich Pestalozzi wurde in den Elementarschulen schreiben und rechnen eingeführt, um die Jugend zu guten Staatsbürgern zu formen und echte Religiosität zu fördern. Es wurden Schulklassen geschaffen und der Frontalunterricht löste das Auswendiglernen ab. Gymnasien in reformierten Städten kamen von rein humanistischen Fächern ab und erweiterten das Stoffprogramm. Es gab sodann ein Collegium für die geistlichen Berufe (Carolinum), das auch sämtliche anderen verwandten Bildungsbedürfnisse (z.B. Altphilologie) abdeckte. Für weiterführende und höhere Studien musste an Universitäten wie Basel, Florenz oder Heidelberg ausgewichen werden. Eine eigene Universität erhielt Zürich erst 1831.

Das Sozialwesen war geprägt durch die anlässlich der Tagsatzung von 1551 beschlossenen Zuständigkeit der Heimatgemeinde für Armutsfälle. In protestantischen Städten wie Zürich entwickelten sich daraus erste Formen des Sozialwesens namentlich durch die Verstaatlichung von Klöstern. Nichtsdestotrotz mussten Zürcher Familien ihre Angehörigen bis ins 4. Glied noch selbst unterstützen. Eine erste Form von Sozialversicherungen stellten zudem die Zünfte dar.

Anhand des Beispiels des 1785 in Zürich errichteten von Orelli'schen Familienfonds lässt sich nun illustrieren, wie die damaligen Stifter gedacht haben.¹⁴

¹² Vgl. Historisches Lexikon der Schweiz, Schulwesen, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010396/2012-11-21/>>.

¹³ Ramsauer, 24 ff.

¹⁴ Transkription der Statuten von 1785.

So wird schon in der Präambel festgehalten, dass „Bedürftige nach Nothdurft unterstützt, vorzüglich aber jungen Leüthen eine angemessene Erziehung ertheilt werden könne.“ Sodann folgt in der eigentlichen Zweckbestimmung der bemerkenswerte Hinweis darauf, dass man zwar mit hinlänglich Mitteln zur Ausbildung der eigenen Kinder ausgestattet sei, „...es dennoch durch den Lauf der Zeit, deren alles zur Abänderung unterworfen ist, dahin kommen könnte, daß Unsere Nachkömmlinge also in Mangel oder Armuth – gerathen könnten, daß es Ihnen unmöglich wäre, Ihre – Kinder Standes gemäß zu erziehen und zu etablieren, mithin noch in ein größeres Elend verfallen müßten“. Demnach sollten zwei Drittel der alljährlich zu bewilligenden Summen zur Erziehung dieser Jungen gewidmet sein. Der letzte Drittel wird dann „...an Hilfsbedürftige Fammille-Glieder – männlichen Geschlechts, Wittfrauen, und ledige Töchtern, zu gleichen Theilen ausgetheilt“.

Mehr als 100 Jahre zuvor (1681) gründeten Mitglieder der Familie von Muralt in Zürich und Bern eine „Foundation...zu gutem Vortpflantz und Erhaltung ihrer Posteritet und Nachkömmlingen“ aus einer sehr ähnlichen Motivation,¹⁵ indem sie vom heiligen Geist „mit allerley geistlich und leiblichen Segen übergossen“ dafür sorgen wollten, dass „unsere Nachkömmlinge in Mangel und Armuth könnten geraten“. Dazu soll ein 20-jähriger „von guter Hoffnung [...] erwachsen können“. Welchen es aber an Mitteln mangelt, „sein Talent zu cultivieren“ (Reisen, um in den „freyen Künsten“ oder militärische „Experientz“ zu erlangen), soll mit einem „Stipendio“ bedacht werden. Ebenso soll unterstützt werden, wem es am „ehrlichen Underhalt“ ermangelt.

Ähnlich sieht es beim noch älteren Hess'schen Familienfonds (errichtet 1654) aus. In erster Linie soll jungen Hessen ein Studium (mit Vorrang in evangelischer Theologie) oder sonst eine „bessere Ausbildung“ ermöglicht werden. In zweiter Linie sollen „würdige weibliche Familienmitglieder“ unterstützt werden. Letzteres gemäss einer Zustiftung einer Stifterin von 1844, wohl eine erste Form der bewussten Frauenförderung. Ergänzend kommt noch eine Mittelverwendung hinzu, die sich in vielen anderen – auch in die Gegenwart überlieferten – Stiftungszwecken fortsetzt: die Förderung des Familienzusammenhalts.¹⁶

Bei der Familie Schulthess wird ebenfalls der Ausbildung und dem Schutz vor Armut gedacht: [Es sollen die...] „Zinse zu Stipendien und Beneficien für Geschlechts Verwandet dienen und zwahren a.) für junge Leute aus der Familie,

¹⁵ Transkription der „Foundation – Brieff des in beiden loblichen Stätten Zürich und Bern verbürgerten adelichen Hauses oder Geschlechts von Muralt zu gutem Vortpflantz und Erhaltung ihrer Posterität und Nachkömmlingen gestifteten Stipendii anno 1681“ (zur Verfügung gestellt).

¹⁶ Zitiert aus Statuten vom 1. Juli 2020 (zur Verfügung gestellt).

die sich den Studien oder einer freyen Kunst oder einem anständigen Handwerk widmen, und denen zu Bestreitung der damit verknüpften Lehr- oder Reis-Unkosten eine Hülfe aus dem Familien Fund entweder nöthig oder doch nicht überflüssig wäre, b.) für solche Geschlechts Verwandte, welche Unglücksfälle gehabt haben, oder sonst ohne eigene Schuld in unbequemen oder nothdürftigen Umständen sich befinden, für dürftige Wittwen, Weysen, oder auch solche die Alter und Krankheit ausser Stand setzt, ihrem Beruf, wovon sie sonst ihre Nahrung gehabt, ferner obzuliegen.¹⁷

Bei der Familie Schwyzer oder Schweizer wurden 1758 vier verschiedene „Kisten“ für die vier Familienzweige gestiftet. Die Verwendung der Zinsen war gedacht zu Gunsten der „Studierenden Schweizerischen Geschlechts“ und „...an andere würdige und tüchtige zu dem heiligen Predig Ambt studierende Knaben...“ aber auch für „würdige Arme Schweizerischen Geschlechts“.¹⁸

Insgesamt kann also ohne weiteres festgehalten werden, dass diese Zweckbestimmungen schon damals ZGB-konform waren. Auch weitere alte Familienstiftungen verfügen über ähnliche Zwecksetzungen, was darauf schliessen lässt, dass offenbar Stifter und Stifterinnen von Familienstiftungen (zumindest in Zürich) seit jeher eine solide Lebensgrundlage ihrer Nachkommen in der Form einer sinnvollen Ausbildung im Sinn hatten. Der Armut sollte nicht dadurch vorgebeugt werden, dass diesen der Reichtum der Stiftungen ein unbeschwertes Leben durch Renten etc. ermöglicht hätte. Nicht der später verpönte ausschweifende Lebenswandel, sondern die Ermöglichung der Selbständigkeit in Eigenverantwortung war das Ziel. Erst in zweiter Linie (und oft in geringerem Ausmass) war das Auffangen tatsächlicher Armutsfälle vorgesehen. Darüber hinaus zeigten die Stifter der damaligen Zeit eine bemerkenswerte Weitsicht, indem die Stiftungen und Fonds errichtet wurden, als noch gar kein Bedarf an derartiger Unterstützung bestand. Vielmehr stifteten sie ihr Vermögen im Bewusstsein, dass der damals gegebene Wohlstand nicht auf Dauer gewährleistet sein muss.

Nun fallen grundsätzlich solche Aufgaben heute dem Staat zu. Das wird mit ein Grund sein, warum neue Familienstiftungen bei weitem nicht in ähnlicher Zahl wie klassische Stiftungen gegründet werden (dort mehr als 300 pro Jahr).¹⁹ Hat sich damit das Modell der Familienstiftungen überlebt? Ein Blick auf die heutige Praxis existierender Familienstiftungen zeigt überraschend, dass ihr Hauptnutzen gar nicht (mehr) in dieser Funktion liegen könnte.

¹⁷ Transkription der „Stiftung und Verordnung des Schulthessischen Familien Funds“ vom 1. März 1758 (zur Verfügung gestellt).

¹⁸ Transkription von Urkunde, Brief: Ordnung über die Verwaltung und Aufteilung des Schweizerischen Familienfonds von 1758 (zur Verfügung gestellt).

¹⁹ Jakob et al., 6.

IV. Heutige Praxis

Ohne im Einzelnen auf aktuelle Statuten heute (noch) aktiver Familienstiftungen einzugehen, lassen sich die heute praktizierten Tätigkeiten grundsätzlich in fünf Kategorien einteilen:

1. Gedächtnis bewahren (memoria)
2. Familienzusammenhalt / Tradition erhalten
3. Förderung Familienmitglieder
4. Vermögenserhalt
5. Philanthropie

Dabei ist nur Punkt 3 explizit in Art. 335 ZGB erwähnt. Die Punkte 1 und 2 fallen wohl unter die „ähnlichen Zwecke“ und entsprechen einer verbreiteten, heute mindestens ebenso wichtigen Praxis, die sich über den Lauf der Zeit entwickelt hat und namentlich bei alten Stiftungen eine herausragende Rolle spielt. Punkt 4 und 5 wären zu prüfen.

1. Gedächtnis bewahren (memoria)

Diese Aufgabe von Familienstiftungen steht nicht explizit in Art. 335 ZGB, ist aber ein fast archetypisches implizites Wesensmerkmal. Die memoria wird institutionalisiert und über die Zeit kultiviert. Dieses Merkmal spielt namentlich in der heutigen Zeit, wo die ursprüngliche Idee, nachfolgende Generationen vor der Armut zu schützen, aufgrund unseres staatlichen Sozialsystems und Stipendienwesens eher untergeordnet ist, eine bedeutende Rolle. Durch die Möglichkeit, zeitlich ungebundene finanzielle Mittel mit einer Familie zu verknüpfen, eröffnet sich die einmalige Chance, mehr oder weniger historisch relevante Erinnerungen im Zusammenhang mit der Entwicklung der Familie aufzubewahren, zu pflegen oder gar der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

In der Praxis geschieht das auf mehreren Wegen:

- a) Familienarchive
- b) Familienchroniken
- c) Spezialpublikationen

Dazu im Einzelnen:

a) *Familienarchive*

Ein Archiv wird im Bewusstsein angelegt, dass die Aufbewahrung von Materialien auch für die Zukunft wertvoll sein könnte. Dieser Wert wird begünstigt durch die Widmung an die eigenen Nachkommen. Denn es darf vermutet wer-

den, dass deren Interesse höher als dasjenige der Öffentlichkeit an der eigenen Geschichte ist. Es werden also Dokumente, Urkunden, Briefwechsel, Bilder, Monographien, Zeitungsartikel usw. gesammelt, in der Annahme, sie seien für die Enkel der Enkel von Interesse, weil sie etwas über ihre Herkunft erzählen. Geschieht so ein Vorgang über Jahrhunderte, sammelt sich ein Wissen an, dass dann sehr wohl für die Öffentlichkeit von grossem Wert sein kann.

Kein Wunder also, dass sich Familienarchive, namentlich sehr alter Familien, schon lange mit den Archiven der Gemeinwesen vermischt haben, in welchen solche Familien aktiv waren oder immer noch sind. So finden sich beim Stadtarchiv der Stadt Zürich Archivgegenstände der Familien von Muralt und von Orelli,²⁰ Escher und Bürkli²¹ oder Wehri,²² in der Zentralbibliothek Zürich finden sich zahlreiche Archive von Familien wie Hirzel, Escher vom Glas, Landolt, Pestalozzi, Lavater usw.²³ und in der Bürgerbibliothek Bern solche der Familien von Steiger,²⁴ von Graffenried²⁵ oder von Wattenwyl²⁶. In den meisten Fällen wurden die Archivgegenstände privat schon gesammelt und aufbewahrt, bevor sie zum besseren Schutze und zur öffentlichen Zugänglichkeit den staatlichen Archiven anvertraut wurden. Familienstiftungen haben solche private Familienarchive immer ermöglicht und tun es bis heute für Gegenstände, die entweder nicht im öffentlichen Interesse sind oder sonst ein besonderes Interesse der Familie damit verbunden ist.

Eine ähnliche Verwendung ist die Bereitstellung von Familiengegenständen in Museen. So verfügt namentlich das Schweizerische Nationalmuseum über etliche Sammelgegenstände von Familien, die teilweise als Leihgabe oder als Widmung dem Museum übergeben und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden.²⁷

Dass solche Gegenstände erhalten bleiben, dass jemand sie sammelt, archiviert und pflegt und schliesslich der Öffentlichkeit zugänglich machen kann, ist nur möglich, wenn diese Aufgabe über Generationen finanziert ist. Zudem stellt die Familienstiftung ein „Gravitationszentrum“ für Erinnerungsstücke al-

²⁰ Abrufbar unter <<https://amsquery.stadt-zuerich.ch/detail.aspx?id=11642>>.

²¹ Abrufbar unter <<https://amsquery.stadt-zuerich.ch/detail.aspx?id=11676>>.

²² Abrufbar unter <<https://amsquery.stadt-zuerich.ch/detail.aspx?ID=647590>>.

²³ Abrufbar unter <<https://www.zbcollections.ch/home/#/content/f107903b4f5243efb00a914128749c98>>, <<https://www.zb.uzh.ch/de/zuerich/familienarchive-der-zentralbibliothek-zuerich#von-a-wie-amberger-bis-z-wie-ziegler>>.

²⁴ Abrufbar unter <<https://katalog.burgerbib.ch/detail.aspx?ID=121629>>.

²⁵ Abrufbar unter <<https://katalog.burgerbib.ch/detail.aspx?ID=389211>>.

²⁶ Abrufbar unter <<https://katalog.burgerbib.ch/detail.aspx?ID=121647>>.

²⁷ Vgl. <<https://sammlung.nationalmuseum.ch/de/maincategory>>, z.B. Eingabe „Stammbaum“.

ler Art dar. Familienmitglieder und Aussenstehende wissen, wohin sie Fundstücke bringen können und wo diese sachgerecht verwahrt werden. Ohne einen solchen Ort gehen wohl viele Fundstücke für immer verloren. Die Familienstiftung und ihre originäre Verbindung mit Erinnerung an ihre Stifter und Stifterinnen ist prädestiniert und legitimiert, diese sehr urtümliche „memoria“-Aufgabe auch in der heutigen Zeit noch auszuüben.

b) *Familienchroniken*

Auch in den zahlreichen existierenden Familienchroniken werden Familiengeschichten aber auch Biografien einzelner Familienmitglieder aufgearbeitet. So hat namentlich die Familie Schulthess zum 250-jährigen Jubiläum der Familienstiftung ihre Deszendenz in drei Bänden aufgearbeitet. Die Familie Nüscheler portraitierte 2009 die Familie.²⁸ Ein Portrait der Familie Schwyzer (resp. Schweizer) erschien 2018 und die Familie von Orelli erarbeitet zurzeit (und nach über 70 Jahren) eine aktualisierte Familienchronik. Sämtliche dieser Arbeiten werden durch die Familienstiftungen finanziert und wären ohne diese kaum möglich. Gesamthaft liefert diese geschichtliche Aufarbeitung durch professionelle Historiker einen wertvollen Beitrag für die jeweiligen Heimatorte wie Zürich, Bern, Basel oder das Tessin, aber auch für Institutionen und Unternehmen.

c) *Spezialpublikationen*

Nicht nur die Familienchroniken, welchen die umfangreichen Materialien der diversen Familienarchive natürlich am meisten zudienen, profitieren vom umfassenden Gedächtnis der Familienstiftungen. Zahlreiche Autorinnen und Autoren von Spezialpublikationen etwa zu Gebäuden oder in der Wirtschaftsgeschichte greifen immer wieder auf den Wissensschatz zu und erschliessen sich Wissen ausserhalb desjenigen, das von der öffentlichen Hand und den öffentlichen Archiven für aufbewahrungswürdig erachtet wurde. Solch privates Wissen kann daher die einzelne Publikation sehr aufwerten und für das interessierte Publikum spannende Kenntnisse zu Tage fördern.

d) *Fazit*

Zusammengenommen, kann das gesammelte aufbewahrte Wissen der Familien, das weit über die staatlichen Archive hinausgeht, einen privaten Beitrag zum kollektiven Gedächtnis leisten und der ursprünglich ausschliesslich privater Eitelkeit dienender memoria einen breiteren Nutzen generieren.

²⁸ Abrufbar unter <<http://www.nuescheler.ch/index.html>>.

2. Familienzusammenhalt / Traditionen erhalten

Die gemeinsame Herkunft, das Wissen um das gemeinsame geschichtliche Erbe verbindet. Familienstiftungen erfüllen hier eine weitere zentrale Funktion. Denn ohne eine Institution, die neben dem erwähnten Wissen um die gemeinsamen Ursprünge auch die Daten pflegt, wer dazu gehört, und die Plattformen schafft, auf welchen man sich trifft, kennenlernt und austauscht, würde sich die familiäre Bande wohl meistens auf den engeren Kreis der Grosseltern, Cousins und Cousinen beschränken.

Familienstiftungen ermöglichen nicht nur regelmässige Treffen, sie verwalten auch die Gemeinschaft der Familienangehörigen in einer mehr oder weniger formellen Art. Sei es als Mitglieder eines Verbandes (Familie Hess in Zürich), einer Corporation (Familie von Orelli) oder schlicht als Destinatäre einer Familienstiftung. Es ist sicher nicht zu leugnen, dass ein bestimmter Anteil am Interesse an der Familie und solchen Zusammenkünften damit zu tun hat, dass gewisse Beträge an die Angehörigen fliessen. Immerhin genügt das allein nicht für eine lebendige Familiengemeinschaft. In vielen Fällen ist diese so gross, dass viel mehr Mittel als für die Zusammenkunft mehrerer hundert Familienangehörigen gar nicht mehr vorhanden ist. Trotzdem ist die Teilnahme rege.

Solche Treffen können formeller (Generalversammlungen oder Destinatärstreffen) oder informeller Natur sein. Letztere beinhalten neben geselligen Grossanlässen oft auch Bildungsreisen oder Ausflüge an mit der Familiengeschichte (oder auch nicht) zusammenhängende Orte.

Nicht unwesentlich ist hierbei die Tatsache, dass solche Familienorganisationen überhaupt ermöglichen, sämtliche Familienmitglieder zu kennen. Es werden Datenbanken bewirtschaftet, die zuweilen recht umfassend sein können und nicht nur Adressdaten, sondern Biografien und Interessen umfassen. Das Netzwerk innerhalb der Familie wird also begünstigt und gepflegt. Mittlerweile geschieht dies zunehmend über Internet-Plattformen, die teilweise sogar öffentlich gemacht werden, wie dies bei den Familien Schulthess,²⁹ Pestalozzi³⁰ oder Nüscher³¹ der Fall ist.

²⁹ Abrufbar unter <<https://www.schulthess-familienstiftung.ch/>>.

³⁰ Abrufbar unter <<https://pestalozzifamilienfonds.net/>>.

³¹ Abrufbar unter <<http://www.nuescheler.ch/index.html>>.

3. Förderung von Familienmitgliedern

Die Förderformen der Familienstiftung wird in Art. 335 ZGB vorgegeben. Im Wesentlichen sind es die bereits im historischen Teil und namentlich im Beitrag von Dominique Jakob³² genannten Ausbildungsbeiträge und Formen der Bedürftigkeitsunterstützung. Vielfach wird in den Statuten auch die Förderung des Familienzusammenhalts und des Familienarchivs genannt. Im Einzelnen kann es sich um folgende Formen handeln:

- Beiträge zu speziellen Familiensituationen
- Ausbildungsbeiträge
- Bedürftigkeitsbeiträge

a) *Beiträge zu speziellen Familiensituationen*

Bei Beiträgen zu speziellen Familiensituationen handelt es sich historisch oft um eigentliche Beiträge zur Vermeidung von Armut. So können Gelder bei Eheschließung, Geburt, Ausbildungsabschluss oder Verwitwung ausbezahlt werden. Auch eine Art „Rente“ für die Familienältesten kommt noch vor.

Diese Beiträge haben in der Realität bei den Steuerbehörden einen schweren Stand. Sie werden oft als eine verpönte „voraussetzungslose“ Zahlung gesehen und nicht als geschäftsmässig begründeten Aufwand akzeptiert. Dies ist aus zwei Gründen stossend. Zum einen entsprechen solche Beiträge der ureigenen zivilrechtlichen Bestimmung von Art. 335 ZGB.³³ Zum anderen sind sie eben gerade nicht voraussetzungslos, sondern an die Veränderung von Lebensumständen gebunden, die üblicherweise mit erhöhten finanziellen Belastungen einher gehen.

b) *Ausbildungsbeiträge*

Bereits mehrfach genannt wurden die Stipendien. Sie können bei Erreichen eines bestimmten Alters oder Ausbildungsstandes entweder auf einmal oder über mehrere Jahre verteilt ausbezahlt werden. Einzelne Familien kennen auch die Auszahlung nur auf Antrag. Wiederum einige Familienstiftungen haben unterschiedliche „Töpfe“ für beide Formen. Überhaupt können mehrere Töpfe für unterschiedliche Zwecke bestehen, weil bei Errichtung der Stiftung oder über die Jahre unterschiedliche Zustiftungen erfolgten, die unterschiedliche Anlie-

³² Jakob, [117 ff.](#)

³³ Vgl. Jakob, [120.](#)

gen unterstützen. So kann durch einen „Fonds“ die Ausbildung junger Theologen bedacht sein und ein zweiter der Unterstützung von Frauen und Töchtern in der Familie (wie im Fall der oben genannten Familie Hess).

c) *Bedürftigkeitsbeiträge*

Die Bedürftigkeitsbeiträge gehören ebenfalls zu den typischen Unterstützungsformen der Familienstiftungen. Historisch sind sie dadurch begründet, dass wie z.B. in Zürich die Familien bis in den vierten Grad für bedürftige Mitglieder zuständig waren. Auch heute noch sind diese Unterstützungsformen in den meisten Statuten enthalten und von Art. 335 ZGB ausdrücklich erlaubt.

Trotzdem werden auch solche Beiträge von den Steuerbehörden zu Unrecht nicht ohne weiteres als geschäftsmässig begründeten Aufwand akzeptiert. So erlaubt der Kanton Zürich Zuwendungen aufgrund von Bedürftigkeit nur auf der Grundlage der SKOS-Richtlinien, welche die Bedürftigkeit sehr tief ansetzen. Konkret heisst dies, dass solche Zuwendungen nicht als Aufwand der Stiftung (obwohl zweckkonform) anerkannt und darum dem steuerbaren Gewinn zugerechnet werden. Sie werden damit sowohl bei der Stiftung als Gewinn wie auch bei den Destinatären als Einkommen besteuert.

Viele Familienstiftungen richten diese Unterstützungsbeiträge dennoch aus. Letztlich kommt aber von jedem verdienten Franken der Stiftung bei den Destinatären nach Steuern nur noch etwa die Hälfte an. Dass darum solche Stiftungen heute nicht mehr attraktiv sind, verwundert nicht. Dadurch werden Chancen vergeben, auch einen Nutzen für die Allgemeinheit zu stiften. Wir kommen später darauf zurück.

d) *Darlehen*

Auch Darlehen sind eine Form, Familienmitglieder zu unterstützen. Sei es zu Ausbildungszwecken oder bei (vorübergehender) Bedürftigkeit. Der Vorteil von Darlehen der Familienstiftungen ist das unkomplizierte Verfahren und in vielen Fällen der Verzicht auf eine Verzinsung. In der heutigen Zeit bieten Darlehen immerhin einen guten Kompromiss, Familienmitglieder zu unterstützen und dennoch die Substanz des Vermögens für spätere Generationen zu erhalten. Ausserdem kann dadurch das Volumen der Unterstützung erhöht werden. Schliesslich könnte ein Darlehen aus der Familie (namentlich bei Jungen) vermeiden helfen, in die Schuldenfalle zu geraten, da die soziale Kontrolle enger ist.

4. Vermögensnachfolge / Vermögenserhalt

Der Vermögenserhalt der Familienstiftung als Selbstzweck hat bei der beschränkten Verwendungsmöglichkeit gemäss Art. 335 ZGB keinen Sinn. Abs. 2 verbietet die Unterhaltsstiftung, sowie die Absonderung des Vermögens zu dessen Erhalt (was namentlich bei einer Immobilie denkbar wäre). Wie diese Nutzung einer Familienstiftung im Zusammenhang mit der angestrebten Revision des Artikels aussehen wird, ist noch offen. Die Unterhaltsstiftung ist aber wieder auf der Agenda.³⁴

Ein (geduldeter) Spezialfall einer Familienstiftung, die vor allem dem Vermögenserhalt dient, ist diejenige, die aufgrund ihrer schieren Grösse überalimentiert ist und die über den wenigen bis vielleicht gar nicht mehr vorhandenen Familienmitglieder innerhalb des Art. 335 ZGB das Füllhorn ausschüttet, aber dennoch niemals sämtliche Erträge zweckdienlich verwenden könnte. In diesem Fall kommen die verantwortlichen Organe nicht umhin, pflichtgemäss das Vermögen zu verwalten und – eben auch – zu mehren.

5. Philanthropie

Auf die gemischten Stiftungen geht der Beitrag von Lukas Brugger ein.³⁵ Darum soll an dieser Stelle nur auf zwei „versteckte“ Varianten eingegangen werden: die gelegentliche Philanthropin und die philanthropische Familienstiftung.

a) *Gelegenheitsphilanthropin*

Sei es, weil die Erträge der Stiftung dazu ausreichen, sei es, weil die Not ausserhalb der Familie als grösser angesehen wird als innerhalb, sei es, weil vielen Familienstiftungen schlicht ein humanistisches Ideal zu Grunde liegt, richten solche Stiftungen immer wieder Spenden an gemeinnützige Organisationen aus, die ausserhalb ihres eigentlichen Zweckes liegen. Solange dies gelegentlich und in kleineren Summen geschieht, mag dagegen nichts einzuwenden sein und kann im Rahmen des „Betriebsaufwandes“ einer Institution mit ideellem Zweck gesehen werden (die Einordnung der Steuerbehörden sei hier offengelassen).

Angesichts grösserer Summen ist aber selbst bei Überdotierung Vorsicht geboten. Der Stifterwille muss herangezogen und es muss geprüft werden, welchen Spielraum die Stiftung hat, ihre Tätigkeit auszuweiten und allenfalls zu

³⁴ Vgl. Jakob, [124 ff.](#), Opel/Oesterheld, [75 ff.](#)

³⁵ Brugger, [131 ff.](#)

einer gemischten Stiftung zu werden.³⁶ Für diesen Fall sei besonders in Erinnerung gerufen, dass namentlich bei sehr alten (Vor-ZGB) Familienstiftungen der Stifterwille eng ausgelegt und nicht der Versuchung nachgegeben werden sollte, von einer heutigen grosszügigen Ausstattung darauf zu schliessen, dass auch in den nächsten Generationen keine Verwendung für namhafte Zuwendungen mehr bestünde. Wie die Beispiele der ursprünglichen Statuten der Familien von Orelli und von Muralt zeigen, hatten die Familien auch damals genügend Mittel, um die Ausbildung ihrer Kinder zu ermöglichen. Der Wille der Stifter richtete sich klar auf die Absicherung des Risikos, dass diese Mittel bei späteren Nachkommen einmal nicht mehr vorhanden sein könnten.

b) *Philanthropische Familienstiftungen*

Diesem Seminar, wie auch dem allgemeinen juristischen Verständnis liegt dem Begriff der Familienstiftung Art. 335 ZGB zu Grunde. Das ist aber nicht selbstverständlich. Der US-amerikanische „Council of Foundations“³⁷ definiert Familienstiftungen als: „one whose funds are derived from members of a single family“ und sagt nichts über den Zweck aus, wie er bei uns Begriffsbestandteil ist. Demnach schliesst dieses Verständnis einen grossen Teil der „charitable foundations“ ein und umfasst gemäss einer Studie des Foundation Center aus dem Jahr 2010 gigantische Summen. So bestanden 38'671 Family Foundations, die 63% der gesamten selbständigen Stiftungen in den USA ausmachten und 20.6 Mrd. USD ausschütteten.³⁸

Erweitert man den Begriff der Familienstiftung auch für die Schweiz in diesem Sinne, dürfte der Anteil der Familienstiftungen sehr hoch – vermutlich deutlich mehr als die Hälfte sein. Prominente Beispiele sind etwa die Avina-Stiftung der Familie Schmidheiny, die Elea Foundation for Global Ethics der Familie Wuffli, die Jacobs Foundation, die Ernst Göhner Stiftung usw. Idealerweise sollten Familienstiftungen im klassischen Sinne (gemäss Art. 335 ZGB) der Weg zu Philanthropie erleichtert werden. Die Grenze sollte fließend sein. Allein der Stifterwille sollte entscheiden, ob eine gemeinnützige Stiftung noch Familien-elemente beinhaltet oder eine Familienstiftung auch gemeinnützige Zwecke verfolgt.

³⁶ von Orelli, Stifterwille, 152 ff.

³⁷ Abrufbar unter <<https://cof.org/foundation-type/family-foundations>>.

³⁸ Abrufbar unter <<https://www.mentoring.org/wp-content/uploads/2020/03/Family-Foundation-Report.pdf>>.

V. Vom Sinn der Familienstiftung

Aus den bisherigen Betrachtungen wurde klar, dass der Wert und die Bedeutung von Familienstiftungen heutzutage weniger im expliziten Zweck gemäss Art. 335 ZGB zu suchen ist, sondern namentlich bei alten Stiftungen in ihrem Beitrag zum Familiengedächtnis und in ihrer sozialen Funktion. Der Zusatz „oder zu ähnlichen Zwecken“ in Absatz 1 hat damit in der Realität (wenn auch nicht finanziell) eine weit höhere Bedeutung als Art 335 ZGB vermuten liesse.³⁹

Die schweizerische Familienstiftung ist mehr als eine „Familienkasse“, aus der Stipendien und allenfalls Bedürftigkeitsbeiträge ausgeschüttet werden. Vor allem die sehr alten Familienstiftungen zeigen, dass etwas ganz anderes, das an die Urform der Stiftung anlehnt, heute zentraler ist: Als Stiftung „zum eigenen Andenken“ verbindet die Familienstiftung etliche Elemente, die aus dieser Stiftungsform weit mehr machen als ein komatöses Rechtsgefäss, das nun als Vermögensnachfolgevehikel wieder reanimiert werden muss. Diese Kernelemente wie auch ihr Wert sollen in der Folge nochmals zusammengefasst werden.

I. Familiengedächtnis

Die Bewahrung des Andenkens (*memoria*) an die Familie ist zwar kein rechtliches Element der Familienstiftung, spielt aber eine tragende Rolle in ihrer Praxis. Man könnte daher aus mehreren Gründen von einem „Wesenselement“ sprechen:

1. Das gemeinsame Andenken (Gedächtnis) ist identitätsstiftend für die Familie. Die gemeinsame Vergangenheit schafft eine Verbindung unter den lebenden und eine Beziehung zu den verstorbenen Familienmitgliedern und der eigenen Geschichte.
2. Durch die Familienstiftung wird eine Organisation geschaffen, die das Familiengedächtnis aufbauen und pflegen kann, indem sie ein Archiv unterhält und zugänglich macht, Schriften, Gegenstände und Bilder sammelt. Die Familienstiftung zieht gleich einem Gravitationszentrum Wissen im Zusammenhang mit der Familie an. Nicht nur Familienmitglieder wissen, wohin sie Materialien und Sammelstücke zum Wohle aller übergeben können, sondern auch Aussenstehende haben eine Anlaufstelle, rein durch die Existenz und Sichtbarkeit der Stiftung.
3. Indem das gesammelte Wissen auch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, tragen die Familien zum kollektiven Gedächtnis des Gemeinwesens bei.

³⁹ Vgl. BSK ZGB I-Grüninger, Art. 335, N 12; KUKO ZGB-Jakob, Art. 335, N 8.

2. Familienverband

Die durch das Familiengedächtnis geschaffene gemeinsame Identität lässt durch die von der Familienstiftung ermöglichten Organisation einen Familienverband entstehen, der einen sozialen Beitrag leistet. Mitglied ist man sozusagen mit der Geburt in einem Verein, der einen Bezug zur eigenen Geschichte herstellt, einen bei Bedarf unterstützt und darüber hinaus ein soziales Netzwerk bietet. Man kann dies als sozialen Nutzen der Familienstiftung bezeichnen.

Dieser ist nicht zu unterschätzen. Es ist heute nachgewiesen, dass soziale Aktivität im Alter das Gesundheitsrisiko generell und das Risiko von Neurodegeneration im Speziellen positiv beeinflusst.⁴⁰ So propagieren sowohl das Bundesamt für Gesundheit⁴¹ wie auch die WHO⁴² soziales Engagement bis ins hohe Alter. Umgekehrt weiss man, dass Isolation und Einsamkeit, namentlich im Alter, Krankheit fördert.⁴³ Insbesondere gilt dies für das Alter aber auch die Jugend.⁴⁴ Auch hier macht sich die WHO stark.⁴⁵ Der positive Gesundheitsbeitrag der Familie ist darum wissenschaftlich belegt.⁴⁶

Die Einbettung in einen Familienverband, die Möglichkeit, an organisierten Anlässen teilzunehmen, aber auch die niederschwellige Möglichkeit Familienangehörige anzugehen, trägt ohne Zweifel zur sozialen Aktivität der älteren Familienmitglieder positiv bei und bindet frühzeitig die Jugend ein. Dies allein darum, weil die Familie durch den Verband weit grösser ist als nur der engere Kreis der Nachkommen oder Geschwister. Weil man sich regelmässig sehen kann, ist auch der Zugang zu entfernteren Cousins leichter als ohne diesen

⁴⁰ Einige Beispiele von wissenschaftlichen Artikeln: <<https://www.news.uzh.ch/de/articles/media/2023/Hirnalterung.html>>, <<https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1002862>>, <<https://globalizationandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1744-8603-7-43>>, <https://www.researchgate.net/publication/336944467-Family_Relations_in_Aging>.

⁴¹ Bundesamt für Gesundheit, Gesund altern – Überblick und Perspektiven zur Schweiz, Mai 2019, 34 f., abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/npp/alter/broschuere-gesund-altern.pdf.download.pdf/BAG_NCD_Magazin-Alter_Layout_DE_AA15.pdf>.

⁴² Abrufbar unter <<https://www.who.int/tools/your-life-your-health/life-phase/later-adulthood/being-social-in-later-adulthood>>.

⁴³ Abrufbar unter <<https://www.who.int/activities/reducing-social-isolation-and-loneliness-among-older-people>>, <<https://www.prosenectute.ch/de/ratgeber/alltag/einsamkeit.html>>.

⁴⁴ Z.B. Gaschke.

⁴⁵ WHO 2021.

⁴⁶ Thomas/Liu/Umberson, 1 ff.

Rahmen. Das verbindende Element der gleichen Abstammung und des gleichen Namens hilft sicher auch. Das Risiko zu vereinsamen, ist kleiner als in einer nicht organisierten Familie.

3. Finanzielle Unterstützung

Wie gezeigt, wurden viele alte Familienstiftungen in einer Zeit gegründet, in welcher die Familie keine Not litt. Vielmehr sollte vorgesorgt werden, dass auch spätere Generationen aus eigener Kraft (mittels einer guten Ausbildung) auf eigenen Beinen stehen können.

Die heutige Situation ist ähnlich: der Wohlfahrtsstaat sorgt für die Bürgerinnen und Bürger. Eine zusätzliche Unterstützung in der Familie ist selten nötig. Immerhin dürften Ausbildungsbeiträge im einen oder anderen Fall zur Verbesserung der Lebensgrundlage beitragen. Die Weitsicht der Stifter im 18. Jahrhundert hat aber nichts an seiner Aktualität eingebüsst. Wer kann heute schon sagen, wie es unseren Nachkommen in drei, vier Generationen geht? Die OECD stellt fest, dass mit jeder Generation die Wahrscheinlichkeit, zur Mittelklasse zu gehören, sinkt.⁴⁷ Höhere Immobilienpreise, steigende Gesundheitskosten, tiefere Renten etc. sorgen für engere Budgets. Die Caritas schätzte für 2021 die Zahl der Armutsgefährdeten in der Schweiz auf 1.244 Millionen.⁴⁸ Umgekehrt haben sich die Ausgaben für Sozialleistungen in der Schweiz von 1997 bis 2022 auf 208 Milliarden Franken verdoppelt.⁴⁹ Ein Umstand, der diese Tendenz noch verstärken wird ist der Fakt, dass die Zahl der über 80-jährigen sich bis 2050 ebenfalls verdoppeln wird.⁵⁰

Angesichts dieser Entwicklungen ist zumindest die Möglichkeit gegeben, dass zukünftige Generationen wieder mehr Bedarf an Unterstützung haben werden. Familienstiftungen sind dabei nicht mehr als ein Tropfen auf den heissen Stein. Aber wo sie einen Beitrag leisten, entlasten sie das Gemeinwesen. Schliesslich ist die finanzielle Unterstützung der Familienmitglieder einfacher und niederschwelliger als diejenige der öffentlichen Hand.

⁴⁷ OECD, Figure 1.7, 28.

⁴⁸ Abrufbar unter <<https://www.caritas.ch/de/armut-in-der-schweiz/>>.

⁴⁹ Abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/querschnittsthem/wohlfahrtsmessung/alle-indikatoren/gesellschaft/sozialleistungen.html>>.

⁵⁰ Bundesamt für Statistik, Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung, Neuchâtel 2020., 3, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/zukunftige-entwicklung/schweiz-szenarien.assetdetail.23366226.html>>.

Auf Seiten der Familienstiftung gilt es, die Weitsicht der Gründergeneration zu bewahren. Die heute verantwortliche Generation, hat das Vermögen lediglich treuhänderisch von der letzten zu Gunsten der nächsten Generation anvertraut erhalten. Eine sorgfältige Verwaltung und zurückhaltende Ausschüttung in guten Zeiten gehören damit zur Pflichterfüllung der heutigen Generation, um auch vielen nachfolgenden Generationen zu ermöglichen, was die vorangegangenen Generationen möglich gemacht haben.

VI. Fazit

Die Familienstiftung ist weit mehr als ein Relikt aus vergangenen Zeiten oder ein Nachlassvehikel. Schon gar nicht ist sie tot. Familienstiftungen leisten einen Beitrag an die Allgemeinheit. Sei es über die Entlastung der Sozialwerke, sei es als sozialer Verband, der seine Mitglieder gesellschaftlich einbindet oder sei es über den Beitrag zum kollektiven Gedächtnis. Wenn auch der Beitrag der meisten dieser Stiftungen bescheiden ist, so sind sie ein kleiner Baustein freiwilliger privater, selbstverantwortlicher Initiative, welcher der Allgemeinheit dient und nicht schadet. Denn unsolidarisch ist sie nicht, da Sozialabgaben und Steuern regulär (und nicht zu knapp) bezahlt werden. Eine Liberalisierung des Art. 335 ZGB ist darum auf jeden Fall zu begrüßen. Mindestens so förderlich wäre auch eine liberalere Praxis namentlich der Steuerbehörden. Denn jede Familienstiftung trägt zum Gemeinwohl bei. Darum muss es *de lege ferenda* heissen: *jeder Familie ihre Stiftung!*⁵¹

Die folgende Grafik stellt abschliessend die genannten Nutzelemente dar: vom engeren auf die Familie gerichteten Nutzen bei der Pflege des Familienzusammenhalts, hat die Unterstützung der Familienmitglieder bereits einen allgemeinnützigen Nebeneffekt, der durch die Öffentlichkeit des Familienarchivs noch verstärkt wird, bis schliesslich durch philanthropische Aktivitäten der eigennützige Anteil der Familienstiftung ganz verschwindet.

⁵¹ Siehe auch von Orelli, 87 f.

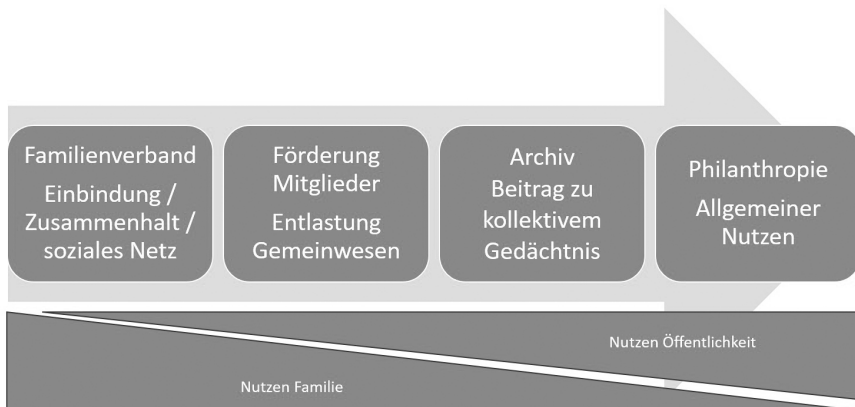


Fig. 2 Nutzen der Familienstiftung

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1 – 456 ZGB), in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christina (Hrsg.), 7. A., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Borgolte Michael, Die Stiftungen des Mittelalters in rechts- und sozialhistorischer Sicht, ZRG 1988, 71 ff. (zit. Borgolte, Stiftungen).
- Borgolte Michael, Einleitung, in Borgolte Michael (Hrsg.), Stiftungen in Christentum, Judentum und Islam vor der Moderne, Berlin 2005 (zit. Borgolte, Einleitung).
- Brugger Lukas, Familienphilanthropie: Familienstiftungen mit gemischten Zwecken, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas (Hrsg.), Familienstiftungen – neue Perspektiven, Zürich 2024.
- Eckhardt Beate/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg, Der Schweizer Stiftungsreport 2017, Zürich/Basel 2017.
- Fischer Michael, Kirschen aus der Nachbarn Gärten – Alternativen zur schweizerischen Familienstiftung, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas, Familienstiftungen – neue Perspektiven, Zürich 2024.
- Gaschke Susanne, Schlimme Corona-Folgen: Viele deutsche Jugendliche leiden unter Einsamkeit, NZZ vom 24. November 2023, <<https://www.nzz.ch/international/einsamkeit-laut-neuer-studie-viele-deutsche-jugendliche-betroffen-ld.1767460>>.
- Grüninger Harold, Die Familienstiftungslandschaft: Zahl, Alter und Charakter der Familienstiftungen in der Schweiz, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas, Familienstiftungen – neue Perspektiven, Zürich 2024.
- Jakob Dominique, Was darf eine Familienstiftung (noch) tun, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas, Familienstiftungen – neue Perspektiven, Zürich 2024.

- Jakob Julia et al., Der Schweizer Stiftungsreport 2023, Zürich/Basel 2023.
- Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- OECD Publishing, Under Pressure: The Squeezed Middle Class, Paris 2019, abrufbar unter https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/under-pressure-the-squeezed-middle-class_689afed1-en#page28.
- Opel Andrea/Oesterheld Stefan, Besteuerung der Familienstiftung: Wo und wie der Fiskus zuschlägt, in: Sprecher Thomas/von Orelli Lukas, Familienstiftungen – neue Perspektiven, Zürich 2024.
- von Orelli Lukas, Die Familienstiftung – mehr als nur ein Nachlassvehikel, ein Diskussionsbeitrag, in: Jakob Dominique (Hrsg.), Stiftung und Familie, Schriften zum Stiftungsrecht, Band 5, Basel 2015, 81 ff. (zit. von Orelli, Familienstiftung).
- von Orelli Lukas, Zur Auslegung des Stifterwillens, Basel 2019 (zit. von Orelli, Stifterwille).
- Ramsauer Nadja, Geschichte der Sozialen Arbeit in der Schweiz: Eine Einführung für Studierende an Fachhochschulen Sozialer Arbeit, Zürich 2018.
- Thomas Patricia A./Liu Hui/Umberson Debra, in Innovation in Aging, 2017, Vol. 1, No. 3, 1 ff., abrufbar unter <https://academic.oup.com/innovateage/article/1/3/igx025/4617833>.
- WHO, Social isolation and loneliness among older people: advocacy brief, Genf 2021, abrufbar unter <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/343206/9789240030749-eng.pdf?sequence=1> (zit. WHO 2021).

Kirschen aus der Nachbarn Gärten – Alternativen zur schweizerischen Familienstiftung

Michael Fischer

Inhalt

I.	Vorbemerkungen	189
II.	Vor dem Sprung über den Zaun – Fragestellungen	190
	1. Zweck oder Begünstigte	190
	2. Steuerüberlegungen	190
	3. Errichtungszeitpunkt – zu Lebzeiten oder von Todes wegen	190
	4. Kontrolle	191
	5. Dauer	191
	6. Jurisdiktion	192
	7. Anonymität	192
III.	Stiftung oder Trust?	193
IV.	Wohin mit meiner Stiftung?	194
V.	Und die Steuern?	195
VI.	Fallbeispiele aus der Praxis	195
	1. Liechtensteinische Privatvermögensstruktur (PVS)	196
	2. „Exit“ – wie komm ich wieder raus?	196
	3. „Exit“ – Saunders v Vautier und Section 47 in Bermuda	198
	4. STAK – die niederländische Stichting administratiekantoor	198
VII.	Fazit	200

I. Vorbemerkungen

Der folgende Beitrag ist eine Niederschrift des am Stiftungsrechtstag vom 17. Januar 2024 gehaltenen Referats. Der Vortragsstil ist beibehalten.

Einer an Praktikerinnen und Praktiker gerichteten Checkliste möglicher Überlegungen bei der Auswahl einer geeigneten Rechtsform und Jurisdiktion für die Errichtung einer Struktur folgt die Beschreibung einiger Beispiele aus der Praxis.

II. Vor dem Sprung über den Zaun – Fragestellungen

Die Auswahl der für einen konkreten Fall geeigneten Struktur hängt von einer Reihe von Faktoren ab. Häufig gibt es nicht die eine korrekte Antwort. Und es sind Konstellationen denkbar, in denen sich trotz entsprechendem Wunsch einer potenziellen Errichterin oder eines möglichen Gründers keine taugliche Rechtsform findet.

Beispielhaft seien die folgenden Fragestellungen aufgeführt, die sich im Hinblick auf die Errichtung einer Struktur stellen können.

1. Zweck oder Begünstigte

Am Anfang des Errichtungsprozesses steht die Frage, was mit einer Struktur beabsichtigt ist. Soll sie bestimmte Begünstigte finanziell unterstützen? Soll sie der Förderung eines Zwecks dienen? Soll sie beides können?

Je nach Rechtsform kann eine Struktur einen Zweck haben, z.B. die Stiftung oder aber sogenannte „purpose trusts“, die jedoch nicht in allen Trustsjurisdiktionen bekannt sind. Traditionellerweise müssen Trusts bestimmte oder bestimmbare Begünstigte haben.

2. Steuerüberlegungen

In schweizerischen Binnenkonstellationen dürfte heute die Steueroptimierung nicht mehr allzu häufig im Vordergrund stehen. Eine legale „Defiskalisation“ von Vermögen, also dessen Verschiebung in den steuerfreien Raum, ist innerhalb der Schweiz im Rahmen einer Familienstruktur kaum mehr vorstellbar. Dagegen sind im internationalen Verhältnis sehr wohl noch Optimierungsmöglichkeiten vorhanden. Im Vordergrund stehen dabei Sachverhalte, in denen sich Tief- oder Nullsteuerländer oder spezielle Steuerstatus wie z.B. das resident but non domiciled-Regime in England, die neo dom Regime in Italien oder Griechenland, aber auch die schweizerische Besteuerung nach dem Aufwand einsetzen lassen.

3. Errichtungszeitpunkt – zu Lebzeiten oder von Todes wegen

Eine Gründerin kann die Struktur entweder zu Lebzeiten oder von Todes wegen (namentlich testamentarisch) errichten. Rechtlich spielt der Errichtungszeitpunkt für die Gültigkeit einer Struktur meist keine Rolle.

Aus praktischer Sicht dürfte eine Errichtung zu Lebzeiten häufig vorteilhaft sein. Ist die Gründerin bei der Errichtung der Struktur dabei, kann sie sich bei Fragen noch einbringen. Und schliesslich kann sich die Gründerin am Ende

des Prozesses überzeugen, dass die Struktur tatsächlich steht.

Eine zu Lebzeiten errichtete Struktur kann mit einem Nominalbetrag ausgestattet werden und danach bis zum Tod „dormant“, also ruhend, gehalten werden. Die Vermögenswerte kann die Gründerin in der Folge entweder nach und nach zu Lebzeiten oder im Todeszeitpunkt testamentarisch übertragen. Die testamentarische Übertragung wird sinnvollerweise mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers ergänzt, der die Struktur schon kennt.

4. Kontrolle

Eng verbunden mit der Frage nach dem Errichtungszeitpunkt ist diejenige nach der Kontrolle, die der Gründer sich vorbehalten kann. Loslassen fällt nicht immer leicht.

Der mögliche Umfang der vorbehaltenen Kontrolle hängt namentlich von der Rechtsform der Struktur, dem anwendbaren Recht, vom Zweck und natürlich auch von Steuerüberlegungen ab. Soll die Struktur in erster Linie dem Erhalt des Vermögens für die Familie dienen, so steht einer Widerrufbarkeit a priori nichts entgegen, umso weniger, wenn sich der Errichter auch noch als Begünstigter einsetzt. Soll die Struktur hingegen eine „asset protection“-Funktion übernehmen, steht die Widerrufbarkeit (und wohl auch die Begünstigung des Errichters) damit im Konflikt. Vermögen in einer widerruflichen Struktur wird dem Errichter in aller Regel mindestens wirtschaftlich zugerechnet.

Genauso wichtig wie die Bezeichnung („widerruflich“ oder „unwiderruflich“) ist, wie eine Struktur tatsächlich gelebt wird. Lässt sich zeigen, dass der Gründer die Leitungsorgane der Struktur noch kontrolliert – jedenfalls faktisch, z.B. via Instruktionen, die regelmässig befolgt werden –, oder erhalten dem Gründer unmittelbar nahestehende Personen regelmässige Ausschüttungen besteht das Risiko, dass auch ein „irrevocable trust“ die erhoffte Schutz- oder Abschirmfunktion einbüsst.

5. Dauer

Die Schweizer Stiftung ist zeitlich nicht beschränkt, wobei es aber möglich ist, in der Gründungsurkunde eine Maximaldauer festzulegen. Will man eine „ewige“ Struktur? Soll die Struktur nach einer im Voraus festgelegten Zeitdauer oder bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses enden?

Die Rechtsordnungen halten verschiedene Möglichkeiten bereit. Die „rule against perpetuities“ ist im angelsächsischen Recht fest verankert. Trusts haben typischerweise eine Maximaldauer, wobei es auch hier Ausnahmen gibt.

6. Jurisdiktion

Der Auswahl einer geeigneten Jurisdiktion kommt zentrale Bedeutung zu. Zu bedenken sind Elemente wie geografische Erreichbarkeit, die Sprache, die Zuverlässigkeit der Gerichte sowie politische und wirtschaftliche Stabilität. Soweit möglich, sollte auch im Voraus bedacht werden, was passieren soll, wenn man sich von einem Beteiligten, zum Beispiel einem Trustee, trennen möchte. Hat ein bestimmtes Land den Ruf, dass solche Verfahren sich mühselig gestalten?

Der steuerliche Informationsaustausch ist bei Strukturen mit mehreren Rechtseinheiten (in einfachen Fällen zum Beispiel ein Trust mit einer Underlying Company) in die Überlegungen einzubeziehen. Eine Mehrzahl von Jurisdiktionen führt im Rahmen des automatischen Informationsaustauschs potenziell auch zu Mehrfachmeldungen. Solche Mehrfachmeldungen sind Quellen von Komplikationen, schon nur deshalb, weil die massgeblichen Definitionen von Land zu Land abweichen können.

7. Anonymität

An der Oberfläche mag eine Struktur eine gewisse Diskretion bieten. So ist durchaus denkbar, dass sie erlaubt, nicht in eigenem Namen aufzutreten. Wer aber über eine Struktur Eigentumsverhältnisse oder wirtschaftliche Berechtigungen verschleiern will, muss mit Enttäuschungen rechnen.

Zusätzlich zum automatischen Informationsaustausch von Steuerinformationen besteht nämlich ein Trend zur Errichtung von „beneficial ownership registers“ und dergleichen. Diese sind je nach Ausprägung mehr oder weniger offen zugänglich. Auch in der Schweiz wird derzeit die Einführung eines Bundesgesetzes über die Transparenz juristischer Personen geprüft.

Diesem Trend steht eine gegenläufige Bewegung gegenüber, deren Exponenten sich mit bedenkenswerten Datenschutz-Argumenten gegen die Einführung solche Register wehren. Schliesslich müssen auch die „Leaks“ an die Presse erwähnt werden. In den letzten Jahren sind mit einer gewissen Regelmässigkeit gestohlene Daten veröffentlicht worden, meist mit effekthascherischen alliterativen Bezeichnungen wie „Panama Papers“, „Paradise Papers“ oder „Suisse Secrets“. Die beteiligten Journalisten nehmen für sich jeweils in Anspruch, den Augiasstall der unzulässigen Verheimlichung auszumisten. Es gibt aber sehr wohl gute Gründe, nicht mit dem eigenen Namen als Eigentümer von Vermögenswerten in Registern erfasst werden zu wollen. Dennoch ist man aber gut beraten, sich an das Prinzip zu halten, dass man besser sein lässt, was nicht in der Zeitung stehen könnte.

Zu guter Letzt sei erwähnt, dass die USA nach wie vor nicht am automatischen Informationsaustausch teilnehmen. Sie haben der Welt 2010 mit FATCA das Prinzip des Datenlieferns aufgezwungen, können es sich aber nach wie vor leisten, auf Reziprozität zu verzichten.

III. Stiftung oder Trust?

In diesem Zusammenhang häufig geführte Diskussionen drehen sich um die Frage, ob es eine Stiftung oder doch eher ein Trust sein soll, bzw. welches die richtige oder gar „bessere“ Rechtsform sei. Die Juristin wird die Juristenantwort geben: es kommt darauf an.

Ein wichtiges Kriterium ist das rechtliche Umfeld, in dem die betreffende Struktur eingesetzt wird. Während im angelsächsischen Raum das Verständnis für die Stiftung fehlen kann („Wie soll das gehen, eine juristische Person ohne Eigentümer?“), kommt es in zivilrechtlich geprägten Rechtsordnungen nicht selten vor, dass der Trust rechtlich nicht anerkannt ist.

In der Schweiz ist der Trust – auch ohne Einführung eines schweizerischen Trustrechts – eine seit langem anerkannte Rechtsform, das Haager Trust-Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung ist seit 2007 in Kraft. Das Übereinkommen ist nicht ein eigentliches Trustrecht (es enthält keine materiellen Trustbestimmungen) und nimmt Steuerfragen explizit von seinem Anwendungsbereich aus. Es regelt, wie das auf den Trust anzuwendende Recht bestimmt unter welchen Voraussetzungen ein Trust in einem Mitgliedstaat anerkannt wird.

Aus Schweizer Sicht sind zusätzlich zu den „typischen“ Strukturen wie Stiftung und Trust weitere Rechtsinstitute zu erwähnen, die sich je nach Konstellation und angestrebtem Ziel anbieten. Zu denken ist namentlich an die Treuhand, ein Testament kombiniert mit einem Willensvollstrecker (evtl. sogar mit einer Willensvollstreckung auf eine gewisse Dauer), die Nacherbeneinsetzung, ein simpler Auftrag oder Instrumente aus dem Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wie etwa der Vorsorgeauftrag.

Nebst Stiftung und Trust hält Liechtenstein mit der privatrechtlichen Anstalt ein eigenes Vehikel bereit, das flexibel ausgestaltet werden kann. Eine Anstalt kann ähnlich wie eine Körperschaft oder stiftungsähnlich strukturiert werden. Sie kann wirtschaftlichen oder nicht-wirtschaftlichen Zwecken dienen, und sie kann ein in Anteile zerlegtes Kapital aufweisen.

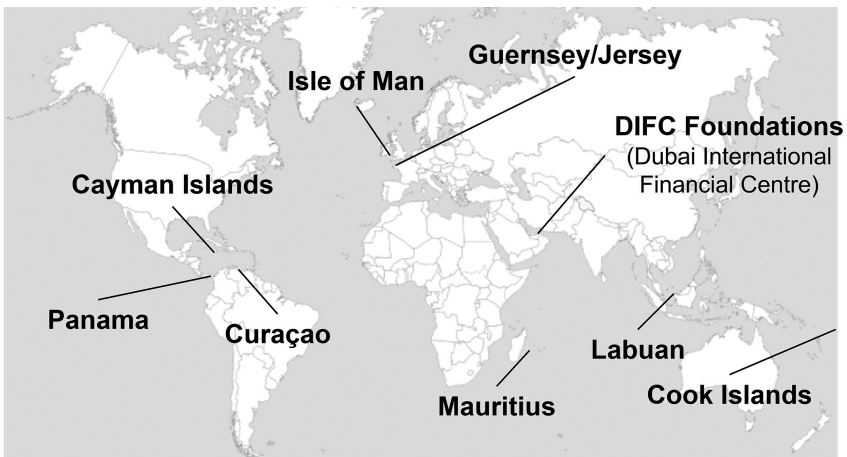
Die folgende Illustration zeigt eine Reihe dieser Rechtsformen und -institute auf sowie Unterschiede und Gemeinsamkeiten (zur niederländischen STAK siehe unten, [VI.4.](#)).

Stiftung	Trust	Treuhand	
<ul style="list-style-type: none"> • Civil law 	<ul style="list-style-type: none"> • Common law (typischerweise) 	<ul style="list-style-type: none"> • Civil law 	Willensvollstrecker
<ul style="list-style-type: none"> • Juristische Person 	<ul style="list-style-type: none"> • keine juristische Person – „fiduciary relationship“, Vertrag? 	<ul style="list-style-type: none"> • Vertrag 	Nacherben-einsetzung
<ul style="list-style-type: none"> • Stifter • Stiftungsrat • Begünstigte und/oder Zweck 	<ul style="list-style-type: none"> • Settlor • Trustee • Begünstigte • Zweck, nur wenn es Rechtsordnung erlaubt 	<ul style="list-style-type: none"> • Treugeber • Treuhänder • kann im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig gestaltet werden 	Auftrag
<ul style="list-style-type: none"> • keine zeitliche Begrenzung 	<ul style="list-style-type: none"> • i. d. R. zeitliche Begrenzung („rule against perpetuities“) 	<ul style="list-style-type: none"> • zeitliche Begrenzung: in CH gem. ZGB 27 II • Tod der Vertragsparteien 	Kindes-/Erwachsenenschutz
FL: Anstalt	NL: STAK		

IV. Wohin mit meiner Stiftung?

Wer eine Stiftung will und Alternativen zu Jurisdiktionen in Europa sucht, muss vergleichsweise weit in die Ferne schweifen. In neuerer Zeit haben verschiedene Länder das Institut der Stiftung eingeführt.

Ein Blick auf die Weltkarte ergibt folgendes Bild (Auswahl):



Die Stiftungen in Common Law Jurisdiktionen haben sich dem Vernehmen nach jedenfalls für Familienstrukturen noch nicht durchsetzen können. Sie werden in erster Linie für gemeinnützige Zwecke eingesetzt.

Gelegentlich hört man von in den USA angesiedelten „Foundations“, vor allem im Bereich der gemeinnützigen Institutionen. Bei genauerem Hinschauen handelt es sich aber häufig um Trusts. In verschiedenen Bundesstaaten ist es zudem möglich, eine „nonprofit corporations“ zu gründen – namentlich in Delaware –, die zwar keine Aktien ausgeben, deren gesetzliche Regelung sich im Übrigen aber eng an diejenige der „for profit corporations“ anlehnt. Wyoming und New Hampshire haben sogenannte „statutory foundations“, die sich ausdrücklich an den Stiftungen des „civil law“ orientieren.

Schliesslich haben auch die Vereinigten Arabischen Emirate Stiftungen in ihr Angebot an Rechtsdienstleistungen aufgenommen, unter anderem die DIFC Foundation (DIFC steht für Dubai International Financial Centre). Diese erfreuen sich einiger Beliebtheit. Ob sie sich in der Praxis auch in Streitfällen bewähren, muss sich allerdings noch weisen.

V. Und die Steuern?

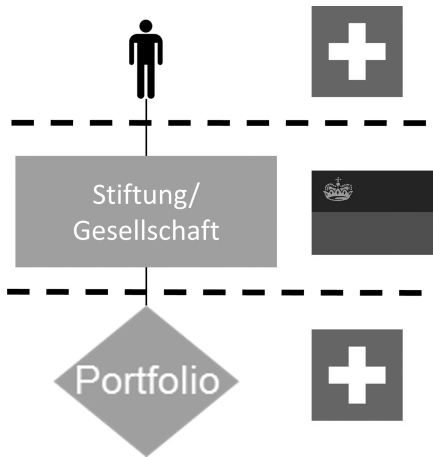
Der Fokus des vorliegenden Beitrags liegt nicht auf steuerlichen Aspekten. Mit Blick auf die Steuern sei an dieser Stelle lediglich die Empfehlung festgehalten, die Errichtung, die Anpassung oder auch die Auflösung einer Struktur mit einem Steuerruling abzusichern.

Die in der Regel dafür zuständigen kantonalen Steuerverwaltungen verfügen über das erforderliche Know-how und begleiten die notwendigen Prozesse effizient und unkompliziert.

VI. Fallbeispiele aus der Praxis

Die folgenden Fallbeispiele stellen einen praxisbezogenen Ausschnitt dar, der selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Das gilt insbesondere auch für die Beschreibungen der Charakteristika der einzelnen Konstellationen.

1. Liechtensteinische Privatvermögensstruktur (PVS)



Die Privatvermögensstruktur ist nicht eine Rechtsform, sondern ein Steuerstatus. Der Status als PVS kann von einer Gesellschaft oder einer Stiftung beansprucht werden, sofern sie ihren Sitz in Liechtenstein hat. Qualifiziert sich eine juristische Person für den PVS-Status, zahlt sie keine ordentliche Gewinnsteuer, sondern lediglich eine Pauschale von gegenwärtig CHF 1'800 pro Jahr.

Steuerlich nachteilig sein kann insbesondere die fehlende Berechtigung der PVS, Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch zu nehmen. Hält man über eine PVS zum Beispiel Aktien von Schweizer Gesellschaften, so besteht das Risiko, dass man die auf von diesen Gesellschaften ausgeschütteten Dividenden abgeführte Verrechnungssteuer nicht zurückfordern kann.

Aus Schweizer Sicht positiv zu werten ist, dass die sogenannten Substanzerfordernisse vergleichsweise einfach erfüllt werden können. Dank der geografischen Nähe zu Liechtenstein können Sitzungen ohne grosse Reisezeitverluste vor Ort abgehalten werden. Damit lässt sich das Risiko einer Schweizer Steueransässigkeit gestützt auf das Kriterium der tatsächlichen Verwaltung deutlich vermindern.

2. „Exit“ – wie komm ich wieder raus?

Für das Funktionieren bedarf es nicht nur sorgfältiger Planung bei der Errichtung einer Struktur, das Verhältnis zwischen den Beteiligten muss auch während deren Lebensdauer auf ausreichendem Vertrauen ruhen.

Immer wieder fühlen sich Begünstigte nach dem Tod des Gründers oder der Gründerin von den Administratoren einer Struktur – namentlich von den Trustees oder Stiftungsräten – unverstanden. Typische Streitpunkte sind das Mass der Ausschüttungen oder die Art der Verwaltung. Damit zusammenhängende Gerichtsverfahren sind allerdings langwierig und kostspielig.

In Liechtenstein wurde 2018 ein Standesverfahren eingeführt, auch um dem Vorwurf von zu gemächlich mahelnden Justizmühlen entgegenzutreten.

Im Rahmen eines solchen Standesverfahrens können Beteiligte auf die Übertragung der „Verwaltung eines Rechtsträgers“ hinwirken, das heisst in der Regel auf den Ersatz eines Stiftungsrats oder Trustees. Das Verfahren ist in den Standesrichtlinien der liechtensteinischen Treuhandkammer geregelt (vgl. deren Art. 18 Abs. 3). Konkret kann zum Beispiel eine Begünstigte, die mit der Geschäftsführung eines als Stiftungsrat amtierenden Anwalts nicht einverstanden ist, einen anderen Berufsangehörigen bitten, dem Anwalt mitzuteilen, dass er die Verwaltung „aufgrund eines wichtigen Grundes“ übertragen soll. Bis vor kurzem galt als wichtiger Grund ausdrücklich auch ein Interessenkonflikt, der in den Standesrichtlinien definiert war (unter anderem als zerrüttetes Vertrauen). Der Interessenkonflikt wurde aber aufgrund eines Urteils vom 27. Juni 2023 des liechtensteinischen Staatsgerichtshofs aus den Standesrichtlinien gestrichen.

Nach der Mitteilung bzw. Aufforderung zur Übertragung hat innerhalb von 30 Tagen ein gemeinsames Gespräch „im Interesse des zu übertragenden Rechtsträgers“ stattzufinden (also im Interesse der Stiftung oder des Trusts; und nicht etwa im Interesse der Begünstigten). Kommt es nicht zu einer Lösung, hat der ersuchte Berufsangehörige binnen 14 Tagen „unter Darlegung der Gründe für die Verweigerung der Mandatsübertragung“ Anzeige an den Vorstand der Treuhandkammer zu machen. Kommt der ersuchte Berufsangehörige dieser Pflicht nicht nach, kann der ersuchende Berufsträger eine Anzeige machen. Danach prüft der Vorstand, ob ein wichtiger Grund vorliegt und spricht eine Empfehlung an die beteiligten Berufsangehörigen aus. Die Nichtbefolgung der Anzeige kann ein „Disziplinarvergehen“ darstellen.

Die Einführung dieses Verfahrens ist ein willkommener Schritt in die richtige Richtung namentlich für Begünstigte, die der Meinung sind, das Familienvermögen werde willkürlich in einer von früheren Generationen errichteten Struktur festgehalten. Das Verfahren hat den Vorteil, deutlich schneller zu sein als ein gerichtlicher Prozess. Der Nachteil wiederum ist, dass es nicht zu einem bindenden Urteil führt, sondern lediglich zu einer Empfehlung. In der subjektiven Erfahrung des Autors kann es aber auch zu absurden Situationen kommen, wenn zum Beispiel der „ersuchte Berufsangehörige“ – konkret der Stif-

tungsrat, von dem man sich trennen möchte – auf mehreren Dutzend Seiten Argumente ausbreitet, weshalb das Verhältnis zum Begünstigten nicht zerrütet sei.

3. „Exit“ – Saunders v Vautier und Section 47 in Bermuda

Selbst noch so gut gemeinte Strukturen können sich mit der Zeit als nicht mehr passend erweisen.

Für Trusts hat sich die 1841 im Fall Saunders v Vautier begründete Rechtsprechung, dass grundsätzlich ein Trust mit Zustimmung aller erwachsenen und urteilsfähigen Begünstigten beendet werden kann, über die Jahrhunderte gehalten. Das Präjudiz ist auch heute noch geltendes Recht.

Wenn ein Trust nicht beendet, sondern abgeändert werden soll, unter Umständen sogar in einer Art und Weise, die den ursprünglichen Absichten des Settlers diametral zuwiderlaufen, kann das Recht von Bermuda eine Lösung bereithalten. Gestützt auf Art. 47 („Section 47“) des Trustee Act von Bermuda kann das zuständige Gericht auch ohne Zustimmung der Begünstigten den Trustee ermächtigen, Handlungen vorzunehmen, die gemäss den Bestimmungen des betreffenden Trusts nicht erlaubt wären. Voraussetzung ist, dass das Gericht dies als zweckmässig („expedient“) erachtet.

Untersteht der infrage stehende Trust zunächst nicht dem Bermuda Recht, so kann das anwendbare Recht geändert werden und dem Gericht in Bermuda ein Antrag gemäss Section 47 vorgelegt werden. Diese Anträge werden nicht leichthin gutgeheissen. Aber wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, kann Bermuda einen Ausweg aus sonst nur schwer lösbaren Situationen bereithalten.

4. STAK – die niederländische Stichting administratiekantoor

Eine Alternative zum Trust – und zu den hierzulande bekannteren Stiftungen – kann die niederländische Stichting administratiekantoor, abgekürzt „STAK“, sein. Die STAK ist ein ausserordentlich flexibles Instrument, um Vermögenswerte zu halten. Häufig werden in eine STAK Anteile an Unternehmen eingebracht mit der Absicht, die wirtschaftlichen Rechte (typischerweise Dividenden) von der Entscheidungsgewalt (Stimmrechte) zu trennen.

Eine STAK ist eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die aber – jedenfalls aus niederländischer Perspektive – steuerlich transparent behandelt wird.

Die STAK muss im niederländischen Handelsregister eingetragen werden. Wie bei vergleichbaren Strukturen kann das eigentliche Stiftungsdokument schlank gehalten werden. Das Fleisch am organisatorischen Knochen findet man im Reglement, in dem Einzelheiten zur Übertragung des Vermögens und zur Ausgestaltung der Verwaltung festgehalten werden. Die Gesetzgebung erlaubt weitgehende Flexibilität in der Ausgestaltung einer STAK bei der Errichtung. Der Errichter kann Abänderbarkeit vorsehen, auch durch künftige Begünstigte.

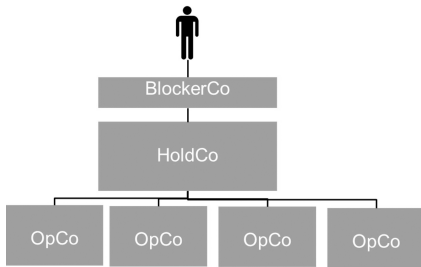
Anders als viele andere Jurisdiktionen haben die Niederländer auf eine „Protektionismusklausel“ verzichtet, es braucht also weder einen Sitz in den Niederlanden noch müssen in den Niederlanden wohnhafte Personen im Stiftungsrat („Management Board“) vertreten sein. Schliesslich spricht auch eine zuverlässige niederländische Gerichtsbarkeit für diese Art von Strukturen.

Die STAK kann die Stimmrechte an den von ihr gehaltenen Anteilen ausüben. Das Management Board verwaltet das Vermögen und trifft die entsprechenden Entscheidungen und der Errichter und/oder von ihm ernannte Personen erhalten Dividenden, die von der STAK gehaltene Beteiligungen ausschütten. Zudem steht es dem Errichter frei, einen Beirat einzusetzen, dem bestimmte Kompetenzen übertragen werden können. Die Funktionen sind im Wesentlichen mit Trustee, Begünstigtem und Protector vergleichbar.

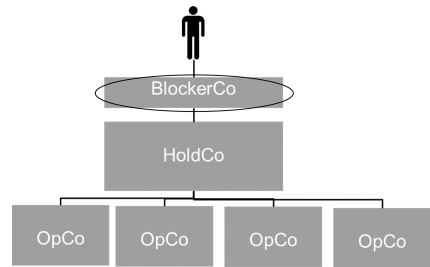
Im Unterschied zu einem Trust unterliegt eine STAK aber mit Bezug auf die empfangenen Ausschüttungen einer Weiterleitungspflicht. Sie eignet sich deshalb nicht, um finanzielle Mittel zu akkumulieren. In der Praxis begegnet man diesem Umstand in der Regel mit der Schaffung einer „Blockergesellschaft“, in die der Errichter die zu haltenden Anteile vorab einbringt.

Grafisch lässt sich das vereinfacht wie folgt illustrieren:

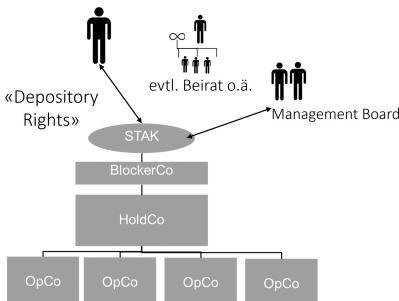
1. Ausgangssituation: Der künftige Errichter ist Aktionär der HoldCo, die wiederum die operativen Einheiten hält:



2. Der Errichter bringt die Anteile an der HoldCo in die BlockerCo ein:



3. Der Errichter bringt die Aktien an der BlockerCo in die STAK ein und erhält dafür sogenannte Depository Receipts:



Von der HoldCo ausgeschüttete Dividenden können in der BlockerCo akkumuliert werden. Eine Ausschüttung der BlockerCo an die STAK muss von dieser umgehend an die Begünstigten weitergeleitet werden.

VII. Fazit

Wer im Ausland nach einer geeigneten Struktur sucht, um Familienvermögen für künftige Generationen zu halten, muss sich über die lokalen Regeln und Bräuche im Klaren sein. Der Fragenkatalog oben in [II](#). kann dabei helfen. In der Regel bedarf es nicht nur sprachlicher, sondern auch kultureller Übersetzungsarbeit. Mit den richtigen Beraterinnen und Beratern kann die Reise an ferne Destinationen aber sehr wohl gelingen.

Sachregister

A

Änderung

- der Stiftungsurkunde [91 ff.](#), [96–101](#), [106](#), [108](#), [136](#), [140 f.](#), [151 f.](#)
- des Namens [36](#)

Änderungsvorbehalte des Stifters [50](#), [75 f.](#), [135](#), [142 f.](#)

Anonymität [192](#)

Anzahl der Familienstiftungen [52](#)

Aufhebung der Stiftung [37](#), [49](#), [96 f.](#), [135](#), [140 f.](#)

Auflage [135 f.](#)

Aufsicht [49](#), [54](#), [56](#), [58](#), [70](#), [91](#), [92](#), [109](#), [114](#), [127 f.](#), [134 ff.](#), [138–142](#), [147](#), [151](#), [165](#)

Ausbildungskosten siehe [Erziehungskosten](#)

Auslegung [50 f.](#), [68](#), [85 ff.](#), [94 f.](#), [115](#), [123](#), [135](#)

Ausschüttung

- Besteuerung [69 f.](#)
- Modalitäten [121 f.](#)

Ausstattung [55](#), [58](#), [120](#), [121](#), [181](#)

B

Bedürftigkeit(sbeiträge) [119](#), [178 f.](#), [182](#)

Begriff der Familienstiftung siehe [Definition der Familienstiftung](#)

Begünstigte siehe [Destinatäre](#)

Bundesgericht [5](#), [51](#), [62](#), [68 f.](#), [82](#), [86 f.](#), [95](#), [100](#), [103](#), [104](#), [116 ff.](#), [122](#), [124 f.](#), [132](#), [138 f.](#)

Bundesverwaltungsgericht [83 f.](#), [92 f.](#), [95](#), [99 ff.](#), [103](#), [110](#)

C

Code civil [19 f.](#), [43](#)

D

Dauer [18](#), [21](#), [31](#), [36](#), [42](#), [126 f.](#), [135 f.](#), [173](#), [191](#), [193](#)

Definition der Familienstiftung [9](#), [11](#), [48](#), [114](#)

Destinatäre [41](#), [48 f.](#), [53](#), [58 f.](#), [61](#), [67–75](#), [77 f.](#), [91](#), [118](#), [122](#), [127](#), [136 f.](#), [139 ff.](#), [146 f.](#), [139](#), [153](#), [160](#), [164 f.](#), [170](#), [177](#), [179](#), [190 f.](#), [197–200](#)

Destinatärsversammlung [98](#), [153](#), [164](#), [177](#)

Domizil [151](#)

– siehe [Sitz](#)

E

Eidgenössisches Handelsregisteramt siehe [Handelsregister](#)

Erbrecht [13](#), [19](#), [21](#), [25](#), [28](#), [30](#), [34](#), [36](#), [41](#), [53](#)

Ermessen [68](#), [115](#), [119](#), [122 f.](#), [136 ff.](#), [165](#)

Erziehungskosten [40](#), [44](#), [55](#), [119 f.](#), [178 f.](#)

F

Familie, Familienverband [37](#), [48 f.](#), [55](#), [82](#), [136](#), [183 f.](#)

Familienandenken siehe [Familiengedächtnis](#)

Familienansehen [50](#), [59](#), [61](#), [150](#)

Familienarchiv [53](#), [58–61](#), [174 ff.](#), [178](#), [182](#), [185](#)

Familienchronik [69](#), [120](#), [174](#), [176](#)

Familienfideikommission [9 f.](#), [19–28](#), [19–44](#), [51](#), [114 f.](#), [118](#)

Familienforschung [58](#)

Familienfrieden [61](#)

Familiengedächtnis [14](#), [29](#), [50](#), [120](#), [174–176](#), [182 f.](#), [176](#)

Familiengrab [52](#)

Familienkiste [22 ff.](#), [33](#), [35](#), [43](#), [173](#)

Familienrecht [48](#), [114](#), [120](#), [127](#)

Familiensinn [61](#), [171](#)

Familienstiftung als Sonderform der Stiftung [114 f.](#)

Familientradition [61](#), [120](#), [125](#), [177](#)

Familienzusammenhalt [50](#), [53](#), [58 f.](#), [172](#), [174](#), [177 f.](#), [185](#)

Familienzusammenkünfte [53](#), [59](#), [61](#), [121](#), [177](#)

Finanzen

- Anlageorganisation [160](#)
- Herkunft des Stiftungsvermögens [161](#)
- siehe [Vermögen](#)
- Verantwortung für finanzielle Führung [160](#)
- Vermögensbewirtschaftung [161 ff.](#), [165](#)

Fördertätigkeit [164 f.](#), [178 ff.](#), [184 f.](#)

Foundation Governance siehe [Governance](#)

Fusion [140](#)

G

Gemischte Stiftung [48](#), [53–57](#), [58](#), [114](#), [126](#), [128](#), [131–148](#), [158](#), [180 f.](#)

- Aufsicht [138](#)
- Begriff [133 ff.](#)
- Governance [146 f.](#)
- Revisionsstelle [141 f.](#)
- Steuerbefreiung [144 ff.](#)
- Teilzwecke [137 f.](#)
- Urkundenänderung [140–144](#)

Geschichte der Familienstiftung [9–44](#), [169 f.](#)

- siehe [Ursprung der Familienstiftung](#)

Geschlechtskiste siehe [Familienkiste](#)

Governance [119](#), [122 f.](#), [126 f.](#), [146 f.](#), [149–166](#)

H

Handelsregister [5](#), [48](#), [51 f.](#), [54–57](#), [60 f.](#), [66](#), [70](#), [81–110](#), [121 ff.](#), [128](#), [135 ff.](#), [140](#), [142](#), [152](#), [156](#), [169](#), [199](#)

- Anmeldung [87 ff.](#)
- Eintragungspflicht [82 f.](#), [89](#)
- Eintragungspraxis [60 f.](#)
- Eintragungsverfahren [84 ff.](#), [94 ff.](#)
- Eintragungsverweigerung [101 ff.](#)

- Massnahmen [108 ff.](#)
- Rechtsmittel [102 ff.](#)
- siehe [Nichtigkeit der Stiftung](#)
- Urkundenänderung [92 ff.](#)

Handelsregisterbehörden siehe [Handelsregister](#)

J

Juristische Person [19](#)

K

Kann-Vorschriften [135 f.](#)

Kantone (Familienstiftungen in einzelnen Kantonen) [57–60](#)

Kirchliche Stiftung [49](#), [51 f.](#), [60](#), [82 f.](#), [87–91](#), [114](#), [127 f.](#), [133](#), [144 ff.](#)

Konversion [96–100](#), [123](#), [137](#)

L

Liquidation [99](#), [101](#), [124](#)

M

Motion Burkart, «Die Schweizer Familienstiftung stärken» [6](#), [62](#), [76](#), [117](#), [124](#), [125](#), [128](#), [168](#)

Motion Fiala [128](#)

Motion Luginbühl [126 f.](#)

N

Nacherbeneinsetzung [21](#), [32](#)

Name [23](#), [25](#), [28 f.](#), [36](#), [55 f.](#), [170](#), [184](#), [192](#)

- siehe [Änderung des Namens](#)

Nichtigkeit [52](#), [70](#), [81–110](#), [117](#), [123 ff.](#), [133](#)

- Handelsregisterpraxis [100 ff.](#)

O

Organisation [11](#), [109](#), [164 f.](#)

- siehe [Änderungsvorbehalte des Stifters](#)

P

Personalvorsorgestiftung [114](#), [133](#)
Philanthropie [15 ff.](#), [42](#), [131–148](#), [170](#), [180 f.](#),
[185](#)
Pflichtteil (Erbrecht) [53](#)

R

Rechtsnachfolge [13](#)
Revisionsstelle [49 f.](#), [54](#), [114](#), [127 f.](#), [134](#),
[141 ff.](#), [145](#), [157](#)

S

Sitz [69](#), [71 f.](#), [105](#)
– siehe [Domizil](#)
Sonderrechte [135](#)
Stammbaum-Aktualisierung [58](#)
Statuten siehe [Stiftungsurkunde](#)
Steuerbefreiung siehe [Steuern](#)
Steuern [51](#), [65–78](#), [116](#), [119](#), [126](#), [133](#), [144 ff.](#),
[147](#), [151](#), [168](#), [178 ff.](#), [185](#), [190–193](#), [195 f.](#),
[198](#)
– Erbschafts- und Schenkungssteuer [67 f.](#),
[71](#)
– Gewinnsteuer [68 f.](#)
– Kapitalsteuer [68 f.](#)
– Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV [144 f.](#)
– Steuerbefreiung [144 ff.](#)
– Steuersubjekt (Anerkennung) [66 f.](#), [70](#)
– Verrechnungssteuer [72 f.](#)
– Wehrsteuer [116 f.](#)
– Zurechnung an den Begünstigten [71](#)
– Zurechnung an den Stifter [70 f.](#)
Stifterwille [151](#)
Stiftungsaufsichtsbeschwerde [134](#), [139](#), [146](#)
Stiftungsautonomie [115](#), [119](#), [129](#)
Stiftungslandschaft [57](#)
Stiftungsrat [61](#), [92 f.](#), [99](#), [115](#), [122 f.](#), [138](#), [141](#),
[146](#), [150–165](#), [197 f.](#)
– Ausschuss [146](#), [155](#)
– Entschädigung [141](#), [146](#), [154](#)
– Finanzielle Führung [160 ff.](#)

– Kontrolle [153](#)
– Protokoll [88 ff.](#), [92](#)
– Präsidium [155](#)
– Unabhängigkeit [153](#), [156](#)
– Wahl [153](#)
Stiftungsreglement [122](#), [145](#), [152](#), [199](#)
– Begünstigenreglement [122](#)
Stiftungsurkunde [24](#), [31](#), [52](#), [68](#), [78](#), [83 ff.](#),
[87–101](#), [106–110](#), [116](#), [125](#), [135](#), [142](#), [152](#),
[164 f.](#), [175 f.](#), [181](#), [191](#)
– Änderung [91 ff.](#)
– Handelsregisteranmeldung [87 ff.](#)
– Nichtigkeit, Teilnichtigkeit [96 ff.](#)
– siehe [Änderung der Stiftungsurkunde](#)
– Verlust [90 f.](#)

T

Testament [12](#)
Tote Hand (dauernde Immobilisierung von
Wirtschaftsgütern) [39](#), [43](#), [117](#)
Transparenz [150](#)
Trust [5](#), [51](#), [53](#), [62](#), [75 f.](#), [78](#), [116](#), [124 ff.](#), [168](#),
[190](#), [193 ff.](#), [195](#), [197 ff.](#)

U

Überschuldung [141 f.](#)
Unbeliebtheit der heutigen Familienstif-
tung [53](#), [65 f.](#)
Unterhaltszwecke [51](#), [52](#), [62](#), [78](#), [94 f.](#), [97](#),
[116 ff.](#), [121 f.](#), [126 f.](#), [134](#)
– Zulässigkeit [120 f.](#)
– Verbot [94 f.](#)
Unterstützungsleistung [59](#), [69](#), [120](#), [121](#)
– Darlehen [120](#), [179](#)
– Hypothek [120](#)
– Nutznießung [13](#), [24](#), [42](#), [70](#), [76](#), [78](#), [135](#)
Ursprung der Familienstiftung [11 ff.](#), [169 f.](#)
– Erbverbrüderung [18](#), [42](#)
– Ganerbschaft [18](#), [42](#)
– Germanisches Recht [12](#), [29](#)
– Kantonale Rechte [20 ff.](#), [32 f.](#), [43 f.](#)
– Langobardisches Recht [13](#), [42](#)

- Römisches Recht [11 f.](#), [28 f.](#), [42](#)
- siehe [Code civil](#)
- Totenkult [13 f.](#), [42](#), [169](#)

V

Vermögen [36](#), [52 f.](#), [67 ff.](#), [102](#), [114](#), [121](#), [122](#), [144](#), [165](#), [168](#), [180](#), [185](#), [190 f.](#)

- Immobilien [52](#), [121 f.](#)
- Sammlung [28](#), [52](#), [61](#), [121](#), [169](#), [175](#), [182](#)
- siehe [Finanzen](#)

Vermögensnachfolge [180](#)

Vermögensübertragung [140](#)

Vermögensverwendungsklauseln [95](#)

W

Widerrufbarkeit [75 f.](#), [191](#)

Z

Zahlungsunfähigkeit [141 f.](#)

Zivilgericht [49](#), [85](#), [91 ff.](#), [95](#), [98-110](#), [135](#), [139](#), [152](#), [160](#)

Zivilgesetzbuch

- Art. 80 ff. ZGB [49](#)
- Art. 335 ZGB [5](#), [48](#), [62](#), [75 ff.](#), [115](#), [123 ff.](#), [126](#), [128](#), [168](#)
- Entstehung [41 ff.](#), [44](#), [115](#)

Zweck

- ähnliche Zwecke [41](#), [51](#), [53 f.](#), [114](#), [118](#), [120](#), [174](#), [182](#)
- der Familienstiftung [31](#), [37 f.](#), [40 f.](#), [44 f.](#), [53 f.](#), [113-129](#), [164](#), [170 ff.](#)
- gemeinnützige Zwecke [27](#), [53 ff.](#), [60](#), [68](#), [71](#), [114](#), [126](#), [132-139](#), [142](#), [144-148](#), [149](#), [158](#), [167](#), [181](#), [185](#), [194](#)
- gemischte Zwecke siehe [gemischte Stiftung](#)
- öffentliche Zwecke [37](#), [44](#), [133](#), [144 f.](#)
- parallel verfolgte gemischte Zwecke [54 f.](#)
- Praxis Bundesgericht [118 f.](#)
- siehe [Änderungsvorbehalte des Stifters](#)
- Sukzessivzweck [53](#), [133](#), [137](#)
- Teilzwecke [55](#), [58](#), [120](#), [133](#), [135-140](#), [142](#), [143](#), [146 f.](#), [149](#)
- zeitlich gestaffelte Zwecke [133](#), [137](#)
- Zulässigkeit [119 ff.](#)

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 220 **Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis**
23. Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2020
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Nicolas Birkäuser, Brice Bolinger, Hans-Jakob Diem, Dieter Gericke, Thomas Karg, Marcel Meinhardt, Frank Röhling, Franziska Stadtherr-Glättli, Marco Superina, Philippe A. Weber, 2022 – CHF 39.90.
- Band 221 **Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht**
12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2021
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Garland, Lukas Glanzmann, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Christian Krämer, Stefan Maeder, Nora Markwalder, David Zollinger, 2022 – CHF 39.90.
- Band 222 **Mergers & Acquisitions – Aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis**
24. Züricher Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2021
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Aegerter, Hans-Jakob Diem, Frank Gerhard, Lorenz Lehmann, Alex Nikitine, Patrick Schmidt, 2022 – CHF 39.90.
- Band 223 **A wonderful world: Neue Möglichkeiten, neues Recht, neue Herausforderungen**
8. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2022
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Valeria Ceccarelli, Dieter Gericke, Nathan Kaiser, Margrit Marti, Frédéric Rochat, Matthias Staehelin, Kevin Vangehr, Christian Wenger, 2022 – CHF 44.90.
- Band 224 **VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?**
HANSJÜRG APPENZELLER, MONICA MÄCHLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Daniel Bell, Petra Ginter, Olivier Hirsbrunner, Peter Ch. Hsu, Michel Kähr, Irene Klauer, Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Katja Roth Pellanda, Rolf H. Weber, 2023 – CHF 39.90.
- Band 225 **Aktuelle Fragen zum schweizerischen und internationalen Kapitalmarktrecht**
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Olivier Buff, Matthias Courvoisier, Sandro Fehlmann, Daniel Häusermann, Patrick Hünenwadel, Urs Kägi, Camilla Kehler-Weiss, Dominique Müller, Oliver Seiler, Philip Spoerlé, Matthias Tanner, Simon Vorbürger, 2023 – CHF 44.90.
- Band 226 **European Integration Perspectives in Times of Global Crises**
13th Network Europe Conference, Athens, 19 – 22 June 2022
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER, CORINNE REBER (Hrsg.), mit Beiträgen von Michael Ambühl, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Christelle Genoud, Christos V. Gortsos, Iris Goldner Lang, Nora Meier, Peter Christian Müller-Graff, Eva Pils, Clara Portela, Peter R. Rodriguez, 2023 – CHF 39.90.

- Band 227 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2022/23
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Hansjürg Appenzeller, Tobias Baumgartner, David Bruch, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Vanessa Isler, Eva Jürgens, Brigitta Kratz, David Mamane, Jochen Meyer-Burow, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Selim Tisli, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, 2023 – CHF 54.90.
- Band 228 **Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht**
13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2022
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Ladina Cavelti, Friedrich Frank, Elmar Habermeyer, Daniel Holenstein, Nicolas Leu, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Nora Markwalder, Peter Pellegrini, David Zollinger, 2023 – CHF 39.90.
- Band 229 **Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und –zusammenbrüchen**
11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht – Tagungsband 2022
PETER R. ISLER, ROLF SETHE (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Dedeyan, Patrick Dummermuth, Peter R. Isler, Karl Schädler, Rolf Sethe, Thomas Trölitzsch, Karl Wüthrich, 2023 – CHF 44.90.
- Band 230 **Neueste M&A-Entwicklungen – von Fachleuten kommentiert**
25. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2022
HANS-JAKOB DIEM, MATTHIAS WOLF (Hrsg.), mit Beiträgen von Sara Banelli, Alexander Cochart, Hans-Jakob Diem, Dieter Dubs, Dieter Gericke, Michael Maag, Alex Nikitine, Mariella Orelli, Fabienne Perlini-Frehner, Katalin Siklosi, Philippe A. Weber, Valentin Wiesner, 2023 – CHF 44.90.
- Band 231 **Fachtagung Bedrohungsmanagement – Umsetzung Istanbul-Konvention**
Tagungsband 2022
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Reinhard Brunner, Regina Carstensen, Nicole Fernandez, Rahel Ott, Gérard Pfeifer, Joder Regli, Claudia Wiederkehr, 2023 – CHF 60.00.
- Band 232 **Finanzmarkt und Strafrecht**
14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2023
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Friedrich Frank, Sabine Gless, Daniel Holenstein, Doris Hutzler, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Nora Markwalder, Wolfgang Wohlers, David Zollinger, 2024 – CHF 60.00.
- Band 233 **TranSa(n)ktionen, Regulierung, Krypto- & Klepto: Neue und alte Phänomene auf dem Kapitalmarkt**
Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XVIII – Tagungsband 2022
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Petra Ginter, Jonas Hertner, Benjamin Leisinger, Rebecca Paumgartner-Schori, Matthias Portmann, Cédric Remund, Lukas Roesler, Michael Schneitter, Philip Spoerlé, Annette Weber, 2024 – CHF 60.00.

Weitere Publikationen und Monografien

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringham, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen
ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Recht und Evidenz in der Pandemie

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung
KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte
MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

Can. 844 § 4 CIC/83 und Can. 671 § 4 CCEO im Licht des Kommunionsstreits der deutschen Bischöfe

ANDREA G. RÖLLIN, 2023 – CHF 79.90/99.90.

75 Jahre GATT

RICHARD SENTI, 2023 – CHF 19.90.

Subventionen in der Schweiz

Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren
ANDREAS KELLERHALS, DIRK TRÜTEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi
André S. Berne, Janine Dumont, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, 2023 – CHF 79.90/99.90.

Vom Vierwaldstättersee an den Lac Léman

Ausgewählte Schriften aus den Jahren 2014 – 2023
THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), Autor: Ulrich Meyer, 2023 – CHF 49.90/69.90.

Central Bank Digital Currencies (CBDCs)

Proceedings of a Colloquium
CHRISTOS V. GORTSOS, ROLF SETHE (Hrsg.), mit Beiträgen von Christian Hofmann, Thomas Moser, Dirk Niepelt, Rolf H. Weber, Chiara Zilioli, 2023 – CHF 39.90/59.90.

Der EuGH und die Schweiz

MATTHIAS OESCH, 2023 – CHF 49.90/69.90.

Continuing Legal Education

Ambition and Reality
ANDREAS KELLERHALS, MICHAEL MAYER, JANICK ELSENER (Hrsg.), mit Beiträgen von James Bellerjeau, Thomas Gächter, Stephan Göcken, Melissa Hardee, Dirk Hartung, Andreas Kellerhals, Hadrien Mangeat, Bruno Mascello, Richard Norman, Jed S. Rakoff, Flavio Romerio, Lukas Wyss, 2023 – CHF 39.90/59.90.

Bei der schweizerischen Familienstiftung handelt es sich um eine jahrhundertealte Einrichtung. Doch heute ist sie hinsichtlich Neugründungen klinisch praktisch tot – aus zwei Gründen: Die Familienstiftung wurde in ihrer Zwecksetzung durch den Gesetzgeber und vor durch die Gerichtspraxis aus längst überholten Gründen stark eingegrenzt. Sie dürfen keine Ausschüttungen zu Unterhaltszwecken vornehmen. Ausserdem werden sie prohibitiv besteuert. Am 17. Januar 2024 versuchte das Seminar „Familienstiftungen – neue Perspektiven“ in rechtshistorischer, rechtstatsächlicher, dogmatischer und praktischer Hinsicht eine Lagebeurteilung. Dieser Band enthält die dabei gehaltenen Referate, die einen umfassenden Überblick über die relevanten Themen bieten. Wie der Titel anzeigt, geht es aber auch um neue Perspektiven. Die Hoffnung stützt sich vor allem auf eine Motion von Nationalrat Thierry Burkart „Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben“. Geschaffen werden soll ein taugliches Instrument für die familiäre Vermögens- und Nachlassplanung.

Mit Beiträgen von:

Lukas Brugger
Lukas Eichenberger
Urs Fasel
Michael Fischer
Harold Grüninger
Dominique Jakob

Daniel Leu
Stefan Oesterhelt
Andrea Opel
Thomas Sprecher
Lukas von Orelli