



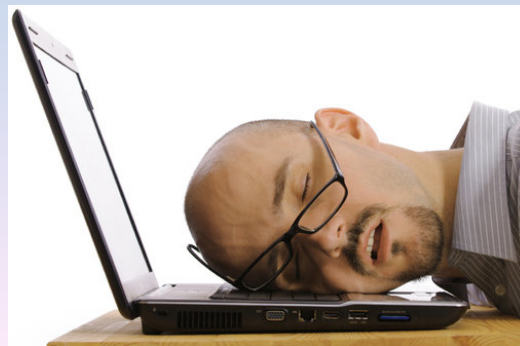
**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

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

**3. Zürcher Stiftungsrechtstag 2014
13. Juni 2014
Universität Zürich**

Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L.
Ordinarius für Privatrecht
Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht
Universität Zürich





**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliches Institut

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

**3. Zürcher Stiftungsrechtstag 2014
13. Juni 2014
Universität Zürich**

Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L.
Ordinarius für Privatrecht
Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht
Universität Zürich



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

I. Einleitung

- Stiftung als zweckneutrales und damit heterogenes Rechtsinstitut
- Gemeinnützigen und privatnützigen Stiftungen liegt grundsätzlich gleiches Rechtsinstitut zugrunde, aber von divergierenden Wertungen getragen und von unterschiedlichen Entwicklungen begleitet
- Erschwert die Frage der Weiterentwicklung des Schweizer Stiftungsrechts:
 - Des Rechtsinstituts allgemein
 - Hier mit besonderem Blick auf die Familienstiftung



Übersicht / Gliederung

- I. Einleitung
- II. Grundparameter
- III. Motion Luginbühl
- IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff
- V. Die Schweizer Familienstiftung
- VI. Ausblick



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

II. Grundparameter

1. Einordnung der Schweizer Stiftung in Europa

- Ruf und Umfeld der Stiftung
 - Fähigkeit zu polarisieren
 - Gemeinnützige Stiftungen gelten grundsätzlich als «gut», aber zunehmend aufkommende Legitimationsfrage
 - Privatnützige Stiftungen zur Perpetuierung von Unternehmen und Familienvermögen, zur Unterstützung von Familienmitgliedern oder zur «Asset Protection»; häufig in Konflikt mit Verteilungsgrundsätzen des Erbrechts und (nicht zuletzt aufgrund typischer Diskretion) im Generalverdacht der Steuerhinterziehung
 - Unterschiedliche Wertungen; Komplexität der Materie; häufig fehlender Durchblick in- und ausländischer Politiker und Gesetzgeber



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

II. Grundparameter

1. Einordnung der Schweizer Stiftung in Europa

- Ruf und Umfeld der Stiftung
 - Internationale Regulierungstendenzen (z.B. Recommendations der FATF, FATCA, automatischer Informationsaustausch)
 - Ton für Stiftungen verändert; bemerkenswerter Rechtfertigungsdruck plus Bürokratisierung, die Stiftungsleben erschwert



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

II. Grundparameter

1. Einordnung der Schweizer Stiftung in Europa

- Stiftungsrecht des ZGB
 - Traditionelles Stiftungsrecht
 - Ausgewogenes Modell, grundsätzlich klassisch-traditionell, aber angereichert mit modernen funktionalen Elementen (z.B. Art. 86a ZGB)
 - Setzt auf Freiheitlichkeit, ohne Missbrauch anzuregen, betont externe (Stiftungsaufsicht) und interne (Revisionsstellenpflicht) Governance-Elemente, bei beteiligtenfreundlichem Rechtsschutz durch kooperative Behörden und sachkundige Gerichte, verbunden mit der Reputation eines klassischen Stiftungsmodells und einem funktionierenden und politisch stabilen Wirtschafts-, Finanz- und Dienstleistungsstandort



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

II. Grundparameter

2. Neuralgische Punkte/Schaltstellen im stiftungsrechtlichen Kontext

- Dennoch Reihe von Brennpunkten bzw. möglichen Schaltstellen
 - Qualität statt Quantität (Massnahmen gegen Inaktivität, Kooperationen, Dachstiftungsmodelle)
 - Verhältnis von Stiftungsvermögen und Stiftungszweck (z.B. Verbrauchsstiftungen)
 - Innovative Vermögensbewirtschaftung und neue Investitionsformen (sustainable/impact investments, venture philanthropy)
 - Stiftungsaufsicht



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

II. Grundparameter

2. Neuralgische Punkte/Schaltstellen im stiftungsrechtlichen Kontext

- Dennoch Reihe von Brennpunkten bzw. möglichen Schaltstellen
 - Stifterrechte
 - Rechtsschutz der Stiftungsbeteiligten/Stiftungsaufsichtsbeschwerde
 - Einbezug der Begünstigten in den Kontrollprozess
 - Ganzheitliches Konzept einer «Foundation Governance»



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

II. Grundparameter

2. Neuralgische Punkte/Schaltstellen im stiftungsrechtlichen Kontext

- Dennoch Reihe von Brennpunkten bzw. möglichen Schaltstellen
 - Steuerrecht: Umfang und Grenzen des (Schweizer) Gemeinnützigkeitsbegriffs (Förderung im Ausland, innovative Investitionsformen, Vergütung von Stiftungsratsmitgliedern?)
 - Vereinheitlichung/Erhöhung/Flexibilisierung des Spendenabzugs; interkantonale Anerkennung/Freizügigkeit; Cross-border giving
 - Im EU-Kontext: Grenzüberschreitende Gemeinnützigkeit, supranationale Europäische Stiftung



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

II. Grundparameter

2. Neuralgische Punkte/Schaltstellen im stiftungsrechtlichen Kontext

- Dennoch Reihe von Brennpunkten bzw. möglichen Schaltstellen
 - Reform des Pflichtteilsrechts
 - Familienstiftung in der Sackgasse: Zu enges Korsett des Art. 335 ZGB, Steuerrechtliche Fallstricke. Was sind die Handlungsmöglichkeiten?



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

III. Motion Luginbühl

1. Inhalt

- Motion Luginbühl vom 20. März 2009 zur «Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz», nach einigen Modifikationen in den Räten angenommen



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

III. Motion Luginbühl

1. Inhalt

- Charakteristikum der Motion:
 - «Der Bundesrat wird beauftragt, [...] den Stiftungsstandort Schweiz für in- und ausländische Stifter und Stiftungen attraktiv zu halten. [...] Die Rahmenbedingungen für gemeinnützige Förderstiftungen wie auch Familienstiftungen sind fiskalisch ebenso attraktiv auszugestalten, wie sie es im benachbarten Ausland sind. Dann sollen die Stiftungen aber auch in ihrer gemeinnützigen Rolle mehr Bedeutung erlangen. [...]»
 - Durch wenig präzise Formulierung ist das Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht als Ganzes auf den Prüfstand gehoben



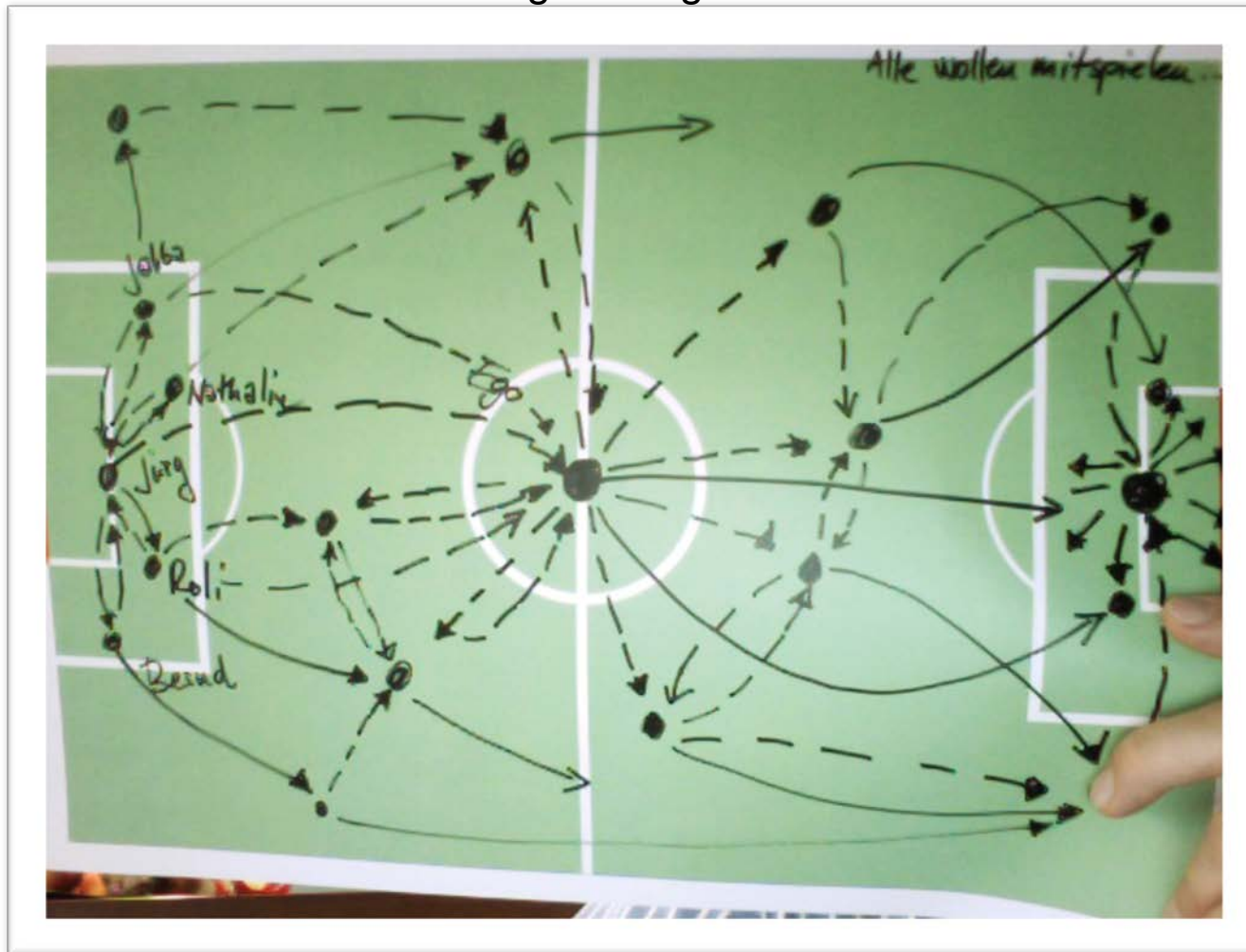
Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

III. Motion Luginbühl

2. Schicksal

- Am 27. Februar 2013 Bericht des Bundesrats zur Abschreibung der Motion Luginbühl: Schweiz als Stiftungsstandort ausreichend attraktiv, weder zivil- noch steuerrechtlich zwingender Handlungsbedarf
- Zwar breite Auswahl an Themen, aber zu wenig präzise Durchdringung und Argumentation
- Vor allem: Prüfung der Fragen ausschliesslich unter der (zweifelhaften) Fragestellung, ob durch eine Gesetzesänderung der Stiftungsstandort «attraktiver» würde
- Struktureller Fehler der Motion: Sollte darum gehen, einen Rechtsbestand sinnvoll fortzuentwickeln und auf nachhaltig moderne Beine zu stellen

Oder: Welche Stiftungsstrategie braucht die Schweiz?



In Anbetracht der heterogenen Problemlagen bedarf es einheitlicher Leitwertungen, um das Stiftungsrecht in einer homogenen Systematik weiterzuentwickeln





Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

1. Traditionelle Begriffsmerkmale

- Trias von Zweck, Vermögen, Organisation
- Stifterfreiheit
 - Freiheit, Stiftung zu errichten und ihren Zweck frei zu bestimmen, einhergehend mit weitgehender Gestaltungs- und Organisationsfreiheit des Stifters
 - Dominierendes Grundmerkmal des Schweizer Stiftungsrechts, im Rechtsvergleich keineswegs selbstverständlich
 - In Spannung mit Regulierung des Stiftungssektors



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

2. Weitere Begriffsmerkmale

- Governance
 - «Foundation Governance» eines der beherrschenden Themen des Stiftungsrechts
 - Gedanke knüpft am rechtsformtypischen Schutzdefizit an, sieht jedoch nicht nur staatliche Aufsicht als Schutzgarant, sondern bezieht auch die Beteiligten in die Verantwortung ein
 - Verschiedene Kontrollmechanismen auf unterschiedlichen Ebenen installierbar (Gesetzgeber, Stifter, Handlungsorgane)
 - Ansatz gibt dem Governance-Gedanken eine gestalterische Dimension und stellt ihn in den Kontext von Stifterfreiheit und Privatautonomie



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

2. Weitere Begriffsmerkmale

- Governance
 - Unbestritten zugleich, dass eine Stiftungsrechtsordnung eine funktionierende Governance garantieren muss (aus Sicht ausländischer Staaten, aber auch potentieller Stifter; Standortfaktor)
 - Zudem: Heute besondere Merkmale und Stiftungsmodelle nur noch dann rechtssicher und widerspruchslös möglich, wenn mit Kontroll- und Governance-Mechanismen verknüpft
 - Stifterfreiheit und Governance schliessen sich also nicht aus, sondern bedingen und regulieren sich gegenseitig



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

2. Weitere Begriffsmerkmale

- Compliance
 - Unterfall der Governance: Befolgung aller staatlichen und privaten Vorgaben, Gesetze und Richtlinien in steuerlicher und sonstiger regulatorischer Hinsicht
 - Stiftungsrechtsordnung, die sich nicht auch mit der Compliance ihrer Stiftungen befasst, kaum mehr denkbar
 - Regeln müssen nicht, aber können im Stiftungsrecht angelegt sein (Revision und Rechnungslegung oder Transparenz-, Informations- und Offenlegungspflichten) und sollten jedenfalls nicht von ihm verhindert werden



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

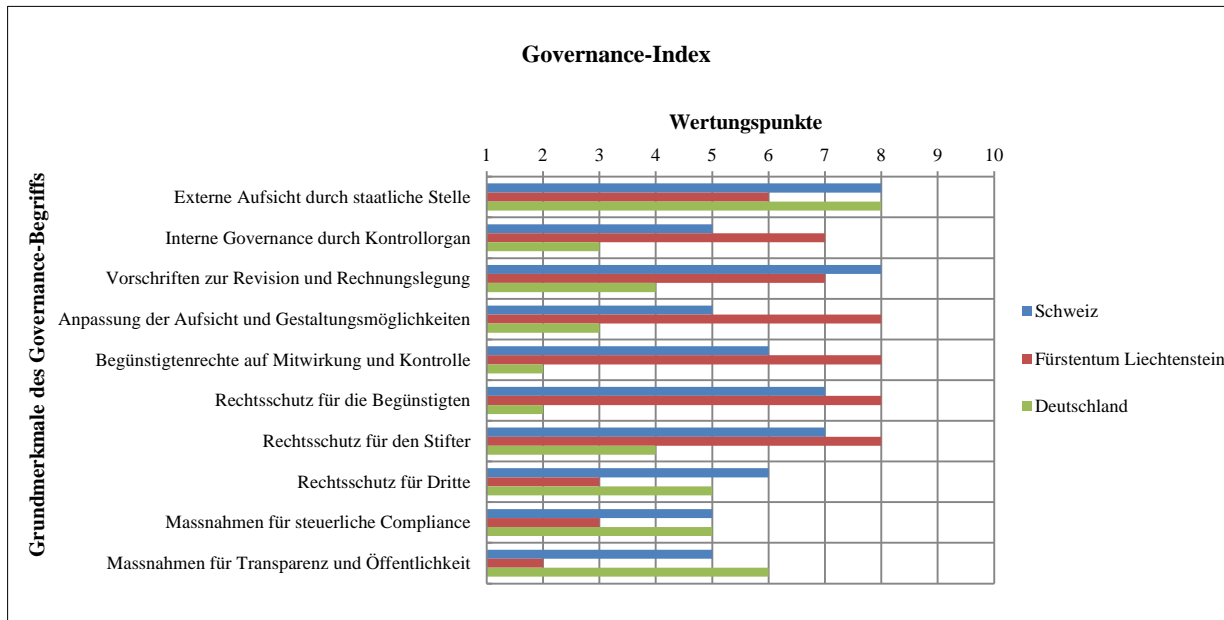
2. Weitere Begriffsmerkmale

- Transparenz
 - Verbesserung der Datenlage im Gemeinnützigkeitsbereich zur Bündelung von Kräften und Verbesserung der Wirkung
 - Verhinderung von illegalen Aktivitäten (insoweit auch privatnützige Stiftungen angesprochen)
- Vertraulichkeit
 - Teil eines Finanzplatzes, der sich im Umbruch befindet
 - Schutz der Privatsphäre muss grundsätzlich Teil des Schweizer Stiftungsrechts bleiben
- Rechte Dritter
 - Schutz legitimer Ansprüche von Erben, Ehegatten und Gläubigern

Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

3. Stiftungsindizes

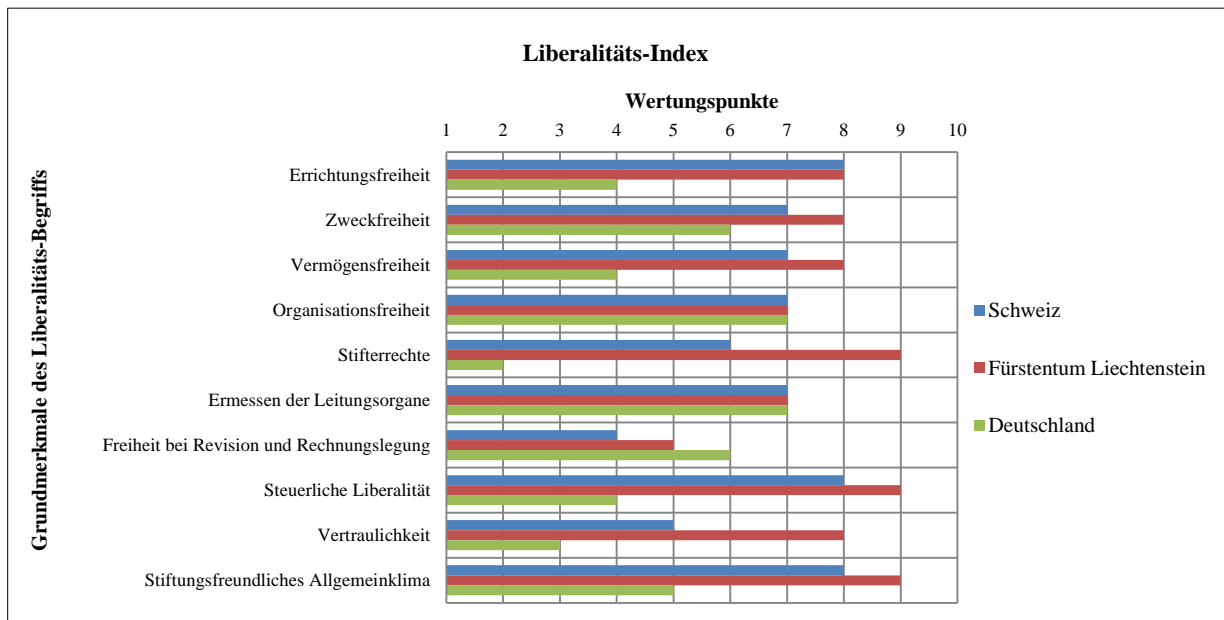


(Subjektiver) Governance-Index: Schweiz = 6,2; Liechtenstein = 6,0; Deutschland = 4,2

Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

3. Stiftungsindizes



(Subjektiver) Liberalitäts-Index: Schweiz = 6,7; Liechtenstein = 7,8; Deutschland = 4,8



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

IV. Gedanken zum Stiftungsbegriff

3. Stiftungsindizes

- Relation der Indizes: Freiheitlichkeit und Governance schliessen sich nicht aus, sondern können beide eine Rechtsordnung prägen
- Ziel sollte daher sein, Freiheit und Governance *beide* zur grösstmöglichen Geltung zu bringen



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

1. Ausgangslage: Mit voller Kraft in die Sackgasse

- Umstrittene Zweckbegrenzung in Art. 335 ZGB
- Bericht des Bundesrats vom 27. Februar 2013: «Die Kritik am geltenden Recht trägt (...) dem Umstand zu wenig Rechnung, dass der historische Gesetzgeber den Müssiggang bekämpfen und eine dauernde Bindung „zur toten Hand“ vermeiden wollte. (...) Ob eine Neuregelung der Familienstiftung geeignet ist, eine Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz herbeizuführen, ist zu bezweifeln. Blosser Vermutungen oder rein fiskalische Gründe rechtfertigen keine Neuordnung des Privatrechts. (...)»
- Struktureller Fehler der Motion, Familienstiftungen mit übrigen Themen zu vermengen
- Frage aber bleibt, wie Bundesrat zu seiner Aussage gelangt!?



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

2. Bedürfnis nach Veränderungen

- Kritik und Reformvorschläge in Literatur
- Historische und aktuelle Vermögens- und Nachlassplanung
 - Ausweichen auf ausländische (Unterhalts-)Vehikel
 - Bei gleichzeitiger Anerkennungspflicht in der Schweiz
 - BGE 135 III 614: Art. 335 ZGB ist keine «loi d'application immédiate»; ausländische Unterhaltstiftungen sind anzuerkennen
 - Haager Trust-Übereinkommen



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

2. Bedürfnis nach Veränderungen

- Frage nicht «Standortattraktivität», sondern
 - ob man Schweizer mit legitimen Planungsinteressen weiterhin auf ausländische Rechtsvehikel verweisen darf oder nicht eine Schweizer Rechtsfigur zur Verfügung stellen muss, die nach schweizerischen Qualitätsgrundsätzen ausgestaltet ist; und
 - ob man angesichts der heutigen internationalen Anforderungen die Governance über derartige Gestaltungen nicht selbst ausüben muss, anstatt sie anderen Rechtsordnungen zu überlassen



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Auslegung des Gesetzes
- (Re-)Justierung der Rechtsprechung



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Modifikation des Art. 335 ZGB
 - Zeitliche Grenzen für das Unterhaltselement (z.B. Zeitraum zw. 50 und 100 Jahren), interessante Gestaltungsoptionen für gemischte Stiftungen
 - Bestimmte, die Unterhaltskomponente begrenzende Vermögens- oder Ausschüttungsquoten
 - Das Unterhaltselement kanalisierende besondere Nähe der Familienmitglieder
 - Wertungen des Pflichtteilsrechts als Korrektiv etc.
- Technisch relativ einfach erreichbare Änderungen, innerhalb der Wertungen des Erbrechts!



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Totalrevision des Stiftungsrechts
- Schaffung eines neuen Rechtsinstituts
 - Neues Rechtsinstitut für die spezifischen Bedürfnisse privater Vermögensperpetuierung; nicht nur die klassische Stiftung, sondern auch derzeitige Familienstiftung unangetastet lassen
 - Bereits am 1. Zürcher Stiftungsrechtstag 2010 diskutiert
 - Arbeitstitel «Privatfonds», um auch terminologische Abgrenzung zum Stiftungsrecht zu erreichen (vgl. Thomas Sprecher, in: Jakob (Hrsg.), Perspektiven des Stiftungsrechts, 2010)



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Schaffung eines neuen Rechtsinstituts
 - Hauptmerkmale: Juristische Person, Stifterfreiheit und Privatsphäre, bei gleichzeitiger (vor allem interner) Governance, Compliance und dem Schutz der Rechte Dritter; zudem sinnvolle Besteuerung
 - Clou: Weder Wertungen von Art. 335 ZGB noch des Steuerrechts unterlaufen, sondern durch neues Gesamtkonzept modernen Gestaltungsbedürfnissen trotz bestmöglicher Kontrolle Rechnung tragen → liberale Gestaltungsfreiheit bei Compliance und Governance
 - Schweiz könnte im internationalen Standortmarkt doppelt punkten: Weil sie (endlich) rechtssichere Rechtsform für privatnützige Vermögensperpetuierung zur Verfügung stellt, gleichzeitig aber eine moderne Kontrolle zu Händen der internationalen Staatenwelt ausübt

Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Schaffung eines neuen Rechtsinstituts
 - Kann man sich dies im heutigen internationalen Umfeld erlauben?
 - Oder ginge die Schweiz dann «offshore»?
 - Luxemburg
 - Gesetzesentwurf No. 6595 v. 22. Juni 2013 möchte neues Vehikel zur privaten Vermögensverwaltung einführen («fondation patrimoniale»), mit welcher Unternehmen, Familien und UHNW ihr (Familien-)Vermögen erhalten und Nachlassplanung betreiben können; nicht trotz, sondern wegen und im Einklang mit Abschaffung des Bankgeheimnisses und Einführung des automatischen Informationsaustauschs





Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Schaffung eines neuen Rechtsinstituts
 - Luxemburg
 - Struktur: Juristische Person, entsteht mit notarieller Beurkundung und Handelsregistereintrag, nicht zu kommerziellen Zwecken, Vertraulichkeit im Hinblick auf Stifter und Begünstigte, Stifter kann sich Rechte vorbehalten, Rechnungslegung und z.T. Revisionsorgan, privates Aufsichtsorgan, interne Governance vom Stifter gestaltbar, Beteiligungsrecht im Hinblick auf gerichtliche Überprüfung, sinnvolle Besteuerung; am 29. April 2014 hat Staatsrat einige Änderungen vorgeschlagen



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Schaffung eines neuen Rechtsinstituts
 - Luxemburg
 - Keine Werbung; deutlich aber wird der Versuch, neben klassischem Stiftungsrecht zeitgemässes Vehikel zu schaffen, welches die genannten Grundparameter verwirklicht
 - Ausserdem interessant (wenngleich etwas mehr «offshore»):
 - Jersey Foundation 2009
 - Guernsey Foundation 2012
 - Renaissance bestehender Institute
 - Dutch Private Foundation («Stichting») seit 2010

Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Schaffung eines neuen Rechtsinstituts
 - Oder wie wäre es mit einem schweizerischen materiellen Trustrecht?
 - Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens verpflichtet zur Anerkennung von Trusts nach ausländischem Recht «als Trusts», schafft aber kein Schweizer Trustrecht
 - Verschiedene parlamentarische Vorstösse, bisher jedoch keine Ergebnisse
 - Dagegen spricht: Konflikt zwischen Common Law-Institut und Civil Law-Rechtsordnung, viele hundert Jahre von Case Law





Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Schaffung eines neuen Rechtsinstituts
 - Oder wie wäre es mit einem schweizerischen materiellen Trustrecht?
 - Aber Beispiele vorhanden: Liechtenstein (1926/1992), San Marino (2010) und aktuell Ungarn (2013/2014)
 - «Unmöglichkeit» somit kein Argument, aber es wäre schwierige Aufgabe und langer Prozess mit unsicherem Ausgang, so dass dieser Weg m.E. nur als *zusätzliche* Bewegung zu gehen sein sollte
 - Könnte indes in jedem Fall für besseres Verständnis der Gerichte und der Steuerbehörden sorgen!



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Familienstiftung und Eintragungspflicht
 - Entwurf eines «Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlung der Groupe d'action financière»
 - Änderung von Art. 52 Abs. 2 ZGB, dass alle Stiftungen (also auch Familienstiftungen) ins Handelsregister eingetragen werden müssten
 - Änderungsvorhaben würde beträchtliches neues Governance-Element einführen, weil typische Vertraulichkeit aufgehoben



Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

V. Die Schweizer Familienstiftung

3. Lösungsansätze

- Familienstiftung und Eintragungspflicht
 - Auswirkungen dieses Paradigmenwechsels? Wird die Familienstiftung durch Eintragung auf neue Kontrollebene gehoben, könnte dies der Mosaikstein sein, aufgrund dessen sich das BGer zu Änderung seiner Rechtsprechung veranlasst sehen, liberaleren Auslegungsansätzen zugestimmt werden oder der Gesetzgeber bei einer Modifikation des Art. 335 ZGB ansetzen könnte

Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts

VI. Ausblick

- Abschreibung der Motion Luginbühl i.E. zu akzeptieren, weil sinnvolle Weiterentwicklung im Rahmen der Motionsvorgaben schwer möglich
- Bundesrat erklärt, internationale Entwicklungen zu verfolgen und stiftungsrechtliche Rahmenbedingungen regelmässig auf Wettbewerbsfähigkeit hin zu überprüfen
- In Bezug auf Familienstiftung Probleme «verkannt», Handeln bereits heute dringend geboten
- Preserving the past? Protecting the future!
- «Freiheit durch Governance» als Credo der Zukunft





Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L.

Lehrstuhl für Privatrecht, Zentrum für Stiftungsrecht
Universität Zürich

www.rwi.uzh.ch/jakob

Gutachterliche Rechtsberatungen

dominique.jakob@rwi.uzh.ch