



Eidgenössische Finanzkontrolle
FB «Wirtschaftlichkeitsprüfung und Evaluation»
Ueli Luginbühl
Monbijoustrasse 45
3003 Bern

Zürich, 21. Juni 2016

2016-06-21 20-0029 Gutachten Wirksamkeit Stiftungsaufsicht

Reg. Nr. 15570.301.00080.03

RECHTSANWÄLTE

Erich Peter
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Gutachten

betreffend die

Wirksamkeit der Stiftungsaufsicht

erstattet von

Dr. iur. Erich Peter
LL.M. Taxation
Rechtsanwalt

VIALEX

VIALEX Rechtsanwälte AG
Pfungstweidstrasse 31
CH-8005 Zürich

+41 44 545 90 90 T
+41 44 545 90 95 F

info@vialex.ch
www.vialex.ch

MwSt.-Nr. CHE-245.536.700 MWST

Eingetragen im kantonalen Anwaltsregister

Inhalt

- A. Ausgangslage3
- B. Fragestellung3
 - I. Auftrag3
 - II. Vorgehen4
- C. Einleitende Bemerkungen4
 - I. Diversität der Stiftungslandschaft4
 - II. Örtliche Zuständigkeit der Aufsicht5
 - III. Rechtsentwicklung6
 - 1. Stiftungsrecht6
 - 2. Stiftungsaufsicht6
 - IV. Grundlegende Stellung der Stiftungsaufsicht7
 - 1. Handeln für die Stiftung8
 - 2. Anzeige- und Beschwerdeinstanz8
 - 3. Inhalt der Entscheidungskompetenz der Stiftungsaufsicht9
- D. Beurteilung10
 - I. Gesetzliche Grundlagen10
 - 1. Bundesrechtliche Aufgaben der Stiftungsaufsicht10
 - 1.1 Grundaufgabe10
 - 1.2 Weitere Aufgaben10
 - 1.3 Zwischenfazit12
 - 2. Kantonalrechtliche Normierung der Stiftungsaufsicht13
 - 2.1 Kantonale Regelungen13
 - 2.2 Zwischenfazit18
 - 3. Grundnorm von Art. 84 Abs. 2 ZGB18
 - 3.1 Gesetzesentwurf und Botschaft18
 - 3.2 Parlamentarische Beratung19
 - 3.3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB20
 - a) Kreisschreiben 192120
 - b) Frühere kantonale Ausführungsbestimmungen21
 - 3.4 Zwischenfazit22
 - 4. Zusammenfassende Würdigung der gesetzlichen Grundlagen23
 - II. Bundesgerichtliche Rechtsprechung24
 - 1. Allgemeiner Inhalt der Aufsicht24
 - 2. Organisation26
 - 3. Vermögensanlage29
 - 4. Beurteilung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung29
 - III. Gesetzeskommentare30
 - IV. Relevante Gutachten zur Stiftungsaufsicht32
 - 1. Inhalt der Stiftungsaufsicht32
 - 2. Verhalten der Stiftungsaufsicht33
 - V. Revisionsideen35
 - 1. Kodifizierung Aufsichtstätigkeit36
 - 1.1 Postulat Iten36
 - 1.2 Grundlagenbericht EJPD37
 - 1.3 Bericht EDI zum Modell einer Oberaufsicht40
 - 1.4 Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl41
 - 1.5 Verselbständigung der ESA42
 - 1.6 Zwischenfazit43
 - 2. Förderung Stiftungsstandort44
 - 2.1 Parlamentarische Initiative Schiesser44
 - 2.2 Parlamentarische Initiative Luginbühl45
 - 3. Zusammenfassende Würdigung der diversen Revisionsbestrebungen46
 - VI. Tatsächliche Herausforderungen46
 - VII. Schlussfolgerung48
- E. Beantwortung der Fragestellung49

A. Ausgangslage

- 1 Mit E-Mail vom 20. April 2016 (inkl. Beilage Einladung zur Einreichung einer Offerte) wurde der Unterzeichnete von Ueli Luginbühl, Projektleiter «Fachbereich Wirtschaftlichkeitsprüfung und Evaluation», Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK), über die Evaluation im Bereich der Aufsicht über die gemeinnützigen Stiftungen informiert und zur Offertstellung eingeladen.
- 2 Ziel dieser Evaluation ist es, eine Bestandesaufnahme sowie kritische Analyse der heutigen Aufsicht vorzunehmen. Im Zentrum steht die Frage, ob mit der heutigen Aufsicht über die gemeinnützigen Stiftungen der gesetzliche Auftrag wirksam erfüllt werden kann.¹
- 3 Die EFK will mit einem juristischen Gutachten den Willen des Gesetzgebers (wie auch der Rechtsprechung) hinsichtlich der konkreten Aufgaben für die Aufsicht gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB nachvollziehen.
- 4 Am 5. Mai 2016 hat der Unterzeichnete fristgerecht seine Offerte eingereicht. Mit E-Mail vom 18. Mai 2016 hat Ueli Luginbühl den Unterzeichneten darüber informiert, dass er den Zuschlag für das Gutachten erhalten hat. Der schriftliche Vertrag betreffend Erstellung eines Gutachtens wurde am 2./9. Juni 2016 unterzeichnet.

B. Fragestellung

I. Auftrag

- 5 Das Gutachten soll den Willen des Gesetzgebers betreffend Art. 84 Abs. 2 ZGB sowie die Rechtsprechung hinsichtlich der konkreten Aufgaben für die Aufsicht gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB darlegen und insbesondere darüber Auskunft geben, ob Art. 84 Abs. 2 ZGB sowie die Praxis des Bundesgerichts genügen, um eine wirksame Stiftungsaufsicht auszuüben, oder ob allenfalls Präzisierungen auf gesetzlicher Stufe oder die Einführung einer Aufsichtsverordnung angebracht sind.

¹ Vgl. EFK, Einladung zur Einreichung einer Offerte vom 20. April 2016, S. 1.

- 6 Dem Gutachter wurden die folgenden drei konkreten Fragen gestellt:
1. *Was versteht der Gesetzgeber unter Art. 84 Abs. 2 ZGB, «die Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird»?*
 2. *Welche Vor- und Nachteile ergeben sich gemäss den Erfahrungen des Gutachters aus der aktuellen Formulierung von Art. 84 Abs. 2 ZGB?*
 3. *Genügen die gesetzlichen Grundlagen (ZGB) für die Aufgaben und Befugnisse der Aufsicht oder sind für die Klarstellung Präzisierungen notwendig?*

II. Vorgehen

- 7 Aufgrund der dürftigen Unterlagen zum gesetzgeberischen Willen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB wird aufgrund der Entwicklung des Stiftungsrechts, der bestehenden Rechtsprechung und insbesondere der aufsichtsrechtlichen Erfahrung eruiert, ob die Regelung der Stiftungsaufsicht mangelhaft ist.
- 8 In einem ersten Schritt werden die parlamentarischen Beratungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB und die Rechtsprechung zum aufsichtsrechtlichen Handeln ausgewertet. Unter diesem Titel wird insbesondere geprüft, wo das Bundesgericht die Grenzen der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit aufsichtsrechtlichen Eingreifens sieht.
- 9 In einem zweiten Schritt werden die Hintergründe und Resultate der aufsichtsbezogenen Gesetzgebungsaktivitäten analysiert. Zudem werden die diversen kantonrechtlichen Regelungen zur Stiftungsaufsicht dahingehend überprüft, ob sich aus deren allfälligen Divergenzen ein Erfordernis einer allgemeingültigen bundesrechtlichen Kodifizierung ergibt.

C. Einleitende Bemerkungen

I. Diversität der Stiftungslandschaft

- 10 Ende 2015 zählte der Schweizer Stiftungssektor 13'075 gemeinnützige (in der Folge auch klassische) Stiftungen. Alleine im Jahr 2015 wurden 335 neue Stiftungen gegründet, was zu einem Netto-Wachstum von 175 Stiftungen geführt hat.² Eine Untersuchung mit 1205

² Der Schweizer Stiftungsreport 2016 (Stiftungsreport 2016), CEPS Forschung und Praxis – Band 15, S. 2 ff.

Stiftungen aus vier Kantonen der Ostschweiz hat zudem gezeigt, dass 97.7 Prozent des Vermögens auf die Hälfte der Stiftungen entfällt.³

- 11 Die Vielfalt der gemeinnützigen Stiftungen in der Schweiz ist genauso gross, wie deren unterschiedliche Vermögenssituation. Es gibt Förderstiftungen, Kunststiftungen, Stiftungen, die Schulen oder Heime betreiben, oder auch solche, die einzig dem Erhalt von Kunstwerken dienen. Diese Vielfalt der Stiftungszwecke und auch der Art der Stiftungstätigkeit stellt die Aufsichtsbehörden vor die Herausforderung, bei jeder neuen konkreten Situation, sowohl sinnvoll, effektiv und effizient, als auch verhältnismässig zu handeln.
- 12 Vor dem Hintergrund der grossen Vielfalt der gemeinnützigen Stiftungen in der Schweiz ist auch die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde ausgesprochen vielfältig und damit herausfordernd. Die Aufsichtsbehörden sind verpflichtet, aufgrund der vorhandenen gesetzlichen Grundlagen allen unter Aufsicht stehenden Stiftungen gerecht zu werden.

II. Örtliche Zuständigkeit der Aufsicht

- 13 Eine Stiftung steht unter der Aufsicht desjenigen Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehört.⁴ Für die Zuordnung ist massgebend, welches Gemeinwesen im Tätigkeitsbereich der Stiftung aufgrund der Aufgabenteilung zwischen Bund, Kanton und Gemeinden kompetent ist. Es stellt sich also die Frage, welches Gemeinwesen einspringen müsste, wenn es die Stiftung nicht gäbe oder diese den Zweck nicht mehr erfüllen könnte.⁵
- 14 Seit dem 1. Januar 2006 können die Kantone Art. 84 Abs. 1^{bis} ZGB die ihren Gemeinden angehörenden Stiftungen der kantonalen Aufsichtsbehörde unterstellen und so ihre Stiftungsaufsicht zentralisieren. Damit wurde die in den meisten Kantonen bereits eingeführte Zentralisierung legitimiert. Einige Kantone haben zudem ihre Aufsichtsbehörden über die gemeinnützigen Stiftungen in einem Konkordat zusammengelegt.⁶
- 15 Dennoch bestehen neben den kantonalen Aufsichtsbehörden und der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESA) immer noch 401 (Stand Ende 2014) im Handelsregister eingetragene staatliche Aufsichtsbehörden über Stiftungen auf Gemeindeebene. Ein Grossteil dieser Aufsichtsbehörden beaufsichtigen bloss eine oder zwei Stiftungen. Insgesamt stehen lediglich 2.7 Prozent aller gemeinnützigen Stiftungen in der Schweiz unter Gemeindeaufsicht. Dabei handelt es sich zwar tendenziell eher um ältere Stiftungen, dennoch wurden

³ Stiftungsreport 2016, S. 6.

⁴ Art. 84 Abs. 1 ZGB.

⁵ BSK-ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 5 m.w.H.

⁶ Luzern, Schwyz, Nidwalden und Zug in der ZBSA; St. Gallen, Thurgau und Tessin in der Ostschweizer Aufsicht; Basel-Stadt und Basel-Landschaft in der BSABB; Neuenburg und Waadt in der AS-SO.

in den letzten 15 Jahren auch 71 neu gegründete Stiftungen unter die Aufsicht einer Gemeinde gestellt.⁷

III. Rechtsentwicklung

1. Stiftungsrecht

- 16 Das ZGB hat sich im Bereich des Stiftungsrechts während rund hundert Jahren nicht verändert. Erst in den Jahren 2006 und 2008 wurde das Recht der gemeinnützigen Stiftungen erstmals teilrevidiert.
- 17 Auf den 1. Januar 2006 wurden, abgesehen von der Revision der steuerlichen Bestimmungen, der Zweckänderungsvorbehalt und die grundsätzliche Buchführungs- und Revisionsstellenpflicht eingeführt, der Stiftungsrat in das oberste Organ umbenannt, die unwesentlichen Änderungen in der Stiftungsurkunde normiert und Massnahmen bei Verschuldung und Zahlungsunfähigkeit vorgesehen.
- 18 Per 1. Januar 2008 wurden einige Bestimmungen umgestellt und die rechtformunabhängigen Revisions- und Rechnungslegungsvorschriften sowie die Rechtsfigur des Sachwalters eingeführt.

2. Stiftungsaufsicht

- 19 Auch im Bereich der Stiftungsaufsicht gab es in den ersten hundert Jahren seit der Einführung des Zivilgesetzbuches kaum Änderungen. Auf allen Ebenen (Gemeinden, Kantone, Bund) blieb das Aufsichtssystem, abgesehen von Zentralisierungsaspekten in den Kantonen, relativ stabil.
- 20 Die beiden erwähnten Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches und die Revision der Handelsregisterverordnung brachten aber dennoch einige Aspekte, die aufsichtsrechtlich relevant waren. So muss die Revisionsstelle der Aufsichtsbehörde neu Kopien des Revisionsberichtes und aller wichtigen Mitteilungen der Stiftung einreichen. Zudem sind neu auch die nicht zeichnungsberechtigten Stiftungsräte im Handelsregister einzutragen. Das oberste Organ darf neu (im Gegensatz zum Sachwalter) nur noch aus natürlichen Personen bestehen.
- 21 Erst in den letzten Jahren kam mehr Bewegung in die Frage der Stiftungsaufsicht. Auslöser war einerseits die Neuordnung der Aufsicht über die Personalvorsorgeeinrichtungen

⁷ Vgl. Der Schweizer Stiftungsreport 2015 (Stiftungsreport 2015), CEPS Forschung und Praxis – Band 14, S. 10.

im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge. Da die kantonale Stiftungsaufsicht und die kantonale Aufsicht über die berufliche Vorsorge grundsätzlich von derselben Stelle ausgeübt wurden, hatte die Verselbständigung (und die Regionalisierung) der kantonalen BVG-Aufsicht auch Auswirkungen auf die Stiftungsaufsicht der Kantone.

- 22 Andererseits haben insbesondere die Streitigkeiten um die Stiftungen von Dr. Gustav Rau zu einer vertieften Diskussion über die Stiftungsaufsicht geführt. Die Analyse dieser Angelegenheit zeigt aber, dass es damals der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht weder an gesetzlichen Kompetenzen noch Eingriffsmitteln mangelte. Vielmehr hätte die Aufsicht über die Rau-Stiftungen in dieser turbulenten Zeit in rechtlicher Hinsicht gründlicher und konsequenter geführt werden können. Die damaligen engen personellen Ressourcen und die Unterstellung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht in der Organisation des Eidgenössischen Departements des Innern mögen zur nicht optimal geführten Aufsicht beigetragen haben, nicht aber die gesetzliche Regelung von Aufgaben, Kompetenzen und Mitteln der Stiftungsaufsicht im Zivilgesetzbuch. Zudem ist der Fall der Rau-Stiftungen (inkl. das damalige Verhalten der Stiftungsaufsicht) aufgrund seiner Besonderheit nicht geeignet, als repräsentatives Beispiel für die generelle Wirksamkeit der Aufsichtstätigkeit zu dienen.
- 23 Der Bund hat Änderungen bezüglich der Stiftungsaufsicht geprüft. Die verschiedenen Berichte werden in der Folge vertieft dargestellt. Aktuell steht die Frage einer Verselbständigung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (vergleichbar der Verselbständigung der kantonalen BVG-Aufsicht) im Raum. Der Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESAG) wurde am 2. März 2016 veröffentlicht.
- 24 Ob all diesen Aktivitäten auf Bundesebene darf aber nicht vergessen werden, dass der überwiegende Teil der Stiftungsaufsicht nicht vom Bund, sondern von den Kantonen und Gemeinden ausgeübt wird. In diesem Bereich gab es abgesehen von Zentralisierungsbestrebungen innerhalb der Kantone, der Regionalisierung im Zusammenhang mit der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge und dem Erlass resp. der Revision von kantonalen Stiftungsaufsichtsverordnungen kaum Änderungen.

IV. Grundlegende Stellung der Stiftungsaufsicht

- 25 Die Stiftungsaufsicht ist in vielfacher Hinsicht in Handlungen und Unterlassungen der Stiftung involviert. Einerseits kann und soll sie ausnahmsweise für die Stiftung handeln, andererseits hat sie Entscheidungskompetenz im Anzeige- und im Beschwerdeverfahren gegen die Stiftung. Schliesslich wird ihr eigenes Verhalten gegenüber der Stiftung auf Beschwerde hin beurteilt.

1. Handeln für die Stiftung

- 26 Grundsätzlich kommt der Stiftungsaufsicht weder eine Organschaft noch eine Vertretstellung betreffend die Stiftung zu.⁸ Sie ist weder berechtigt noch tatsächlich in der Lage, namens und mit Wirkung zugunsten oder zulasten der Stiftung zu handeln.
- 27 Ein Handeln für die Stiftung – im Sinne einer Ersatzvornahme – ist nur zulässig, wenn die Stiftung keine oder keine handlungsfähigen resp. -willigen Organe hat und alle weiteren Aufsichtsmittel ausgeschöpft sind. So kann die Aufsichtsbehörde beispielsweise im Falle einer mit letztwilligen Verfügung errichteten Stiftung die Aufnahme eines Erbschaftsinventars verlangen, wenn der Stiftungsverwalter und (gleichzeitige) Willensvollstrecker dies pflichtwidrig unterlassen hat, oder ein Rechtsmittel gegen eine die Stiftung betreffende Steuerverfügung ergreifen, solange die Stiftungsorgane noch nicht bestellt sind.⁹

2. Anzeige- und Beschwerdeinstanz

- 28 Während für die Durchsetzung eines subjektiven Rechts die Zivilgerichte zuständig sind, ist gegen die Ermessensausübung oder eine Pflichtverletzung des Stiftungsrats der Weg der Aufsichtsbeschwerde zu beschreiten.¹⁰
- 29 Allen Personen, die ein rechtliches¹¹ Interesse daran haben, steht das Recht auf Beschwerde an die Aufsichtsbehörde gegenüber Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane oder bestimmter ihrer Organmitglieder zu.¹² Das Beschwerderecht ist bundesrechtlicher Natur, folgt unmittelbar aus Art. 84 Abs. 2 ZGB und gilt als eigentliches Rechtsmittel sui generis.¹³
- 30 Neben dem Beschwerderecht, das mit einem rechtlichen Interesse des Beschwerdeführers einhergeht, steht es jedermann jederzeit zu, eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde zu formulieren, was aufgrund der *Offizialmaxime* die Frage der Beschwerdelegitimation stark

⁸ Berner Kommentar, I/3 Personenrecht, Die juristischen Personen, 3. Teilband, Die Stiftungen, 1981, Bern (RIEMER), N 124 zu Art. 84 ZGB.

⁹ RIEMER, N 116 f. zu Art. 84 ZGB.

¹⁰ BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 11 und 17.

¹¹ Ein nicht näher bezeichnetes, lediglich persönliches Interesse begründet noch keine Beschwerdebefugnis (BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 17).

¹² BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 17, m.w.H.; Berner Kommentar, 1981, zu Art. 84 ZGB, N 119, m.w.H.

¹³ RIEMER, N 120 zu Art. 84 ZGB, m.w.H.; BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 17.

relativiert.¹⁴ Mit ihrem Entscheid kassiert die Aufsichtsbehörde den unrechtmässigen Entscheid des Stiftungsrats, hebt ihn also auf und weist den Stiftungsrat an, neu zu entscheiden.¹⁵

3. Inhalt der Entscheidungskompetenz der Stiftungsaufsicht

- 31 Die Aufgabe der Stiftungsaufsicht beschränkt sich auf die Rechtskontrolle. Die Aufsichtsbehörde übt keine Ermessenskontrolle aus. Die Stiftung ist berechtigt, Entscheide im Rahmen des ihr zukommenden Ermessens frei zu fällen. Die Aufsichtsbehörde darf ihr eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Stiftung stellen.
- 32 Ermessensfehler der Stiftungsorgane (Ermessensüberschreitungen, -unterschreitung und -missbräuche) können aber mit Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden, mit dem Ziel der Überprüfung des Entscheides.¹⁶ Wenn die Aufsichtsbehörde einen Ermessensfehler bejaht, kann Sie den Entscheid kassieren und die Stiftung anweisen, neu zu entscheiden. Sie darf die Aufhebung des Stiftungsentscheides und die Rückweisung der Sache an die Stiftung auch mit verbindlichen Weisungen versehen, um damit neuerliche Ermessensfehler zu verhindern.¹⁷
- 33 Einen eigenen Entscheid (anstelle der Stiftung) darf die Aufsichtsbehörde hingegen nur dann fällen, wenn die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme gegeben sind. Dies kann beispielsweise aufgrund zeitlicher Dringlichkeit (Fristablauf) der Fall sein, oder wenn aufgrund des bisherigen Verhaltens des Stiftungsrats eine Rückweisung als sinnlos erscheint.¹⁸

¹⁴ RIEMER, N 119 zu Art. 84 ZGB.

¹⁵ Laurent Baumann, Die Stiftungsbeschwerde, in: SJZ 109, 2013 523 m.w.H.

¹⁶ RIEMER, N 123 zu Art. 84 ZGB.

¹⁷ RIEMER, N 126 zu Art. 84 ZGB.

¹⁸ RIEMER, N 124 ff. zu Art. 84 ZGB, m.w.H.

D. Beurteilung

I. Gesetzliche Grundlagen

1. Bundesrechtliche Aufgaben der Stiftungsaufsicht

1.1 Grundaufgabe

34 Das Bundesrecht regelt die Aufsicht über die gemeinnützigen Stiftungen nicht sehr ausführlich. Art. 84 Abs. 2 ZGB ist die Grundnorm für die inhaltliche Umschreibung der Aufsichtsaufgabe. «Die Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird.»

1.2 Weitere Aufgaben

35 Neben dieser Grundnorm weist das Stiftungsrecht aber auch ganz konkret auf weitere Aufgaben und Kompetenzen der Aufsichtsbehörde im Bereich der finanziellen Führung, der Organisation und der Zweckänderung hin.

36 So kann die Aufsichtsbehörde die Eintragung der Stiftung im Handelsregister veranlassen.¹⁹

37 Die Aufsichtsbehörde kann die Stiftung von der Pflicht befreien, eine Revisionsstelle zu bezeichnen.²⁰ Sie kann aber auch bei einer Stiftung mit eingeschränkter Revision eine ordentliche Revision verlangen, wenn dies für die zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Stiftung notwendig ist.²¹ Die Revisionsstelle hat der Aufsichtsbehörde zudem eine Kopie des Revisionsberichts sowie aller wichtigen Mitteilungen an die Stiftung zu übermitteln.²²

38 Bei begründeter Besorgnis, dass eine Stiftung überschuldet ist oder ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht mehr erfüllen kann, hat die Aufsichtsbehörde die Zwischenbilanz zu

¹⁹ Art. 81 Abs. 2 ZGB.

²⁰ Art. 83b Abs. 2 ZGB.

²¹ Art. 83b Abs. 4 ZGB.

²² Art. 83c ZGB.

beurteilen.²³ Sie hält das oberste Stiftungsorgan zur Einleitung der erforderlichen Massnahmen an und trifft diese bei Untätigkeit des Stiftungsorgans selber.²⁴ Sofern erforderlich beantragt die Aufsichtsbehörde vollstreckungsrechtliche Massnahmen.²⁵

- 39 Wenn die vorgesehene Organisation ungenügend ist, vorgeschriebene Organe fehlen oder nicht rechtmässig zusammengesetzt sind, hat die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, wie die Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustande oder die Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters.²⁶ Die Aufsichtsbehörde muss das Vermögen einer anderen Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuwenden, wenn die zweckdienliche Organisation nicht gewährleistet werden kann.²⁷ Die Aufsichtsbehörde hat auch über Anträge der Stiftung zur Abberufung von Personen zu entscheiden, welche die Aufsichtsbehörde eingesetzt hat.²⁸
- 40 Zum Zwecke der Vermögenserhaltung oder der Wahrung des Stiftungszwecks kann die Aufsichtsbehörde der zuständigen Umwandlungsbehörde die Änderung der Stiftungsorganisation beantragen.²⁹ Die Aufsichtsbehörde kann der zuständigen Umwandlungsbehörde eine Änderung des Stiftungszwecks beantragen, wenn der ursprüngliche Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist.³⁰ Die kantonalen Aufsichtsbehörden sind in der Regel auch Umwandlungsbehörde für Stiftungen unter Gemeindeaufsicht. Die Aufsichtsbehörde nimmt unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde vor, sofern dies aus triftigen sachlichen Gründen als geboten erscheint und keine Rechte Dritter beeinträchtigt werden.³¹
- 41 Bei einer Fusion von Stiftungen genehmigt die Aufsichtsbehörde der übertragenden Stiftung die Fusion aufgrund des Antrags des Stiftungsrats und des Berichts der Revisionsstelle. Die Aufsichtsbehörde weist die Gläubigerinnen und Gläubiger der an der Fusion beteiligten Stiftungen im Schweizerischen Handelsamtsblatt dreimal darauf hin, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. In der Folge verfügt sie die Fusion und meldet diese zur Eintragung im Handelsregister an.³² Dazu hat die

²³ Art. 84a Abs. 1 f. ZGB.

²⁴ Art. 84a Abs. 3 ZGB.

²⁵ Art. 84a Abs. 4 ZGB.

²⁶ Art. 83d Abs. 1 ZGB.

²⁷ Art. 83d Abs. 2 ZGB.

²⁸ Art. 83d Abs. 4 ZGB.

²⁹ Art. 85 ZGB.

³⁰ Art. 86 Abs. 1 ZGB.

³¹ Art. 86b ZGB.

³² Art. 83 und 85 FusG. Wenn aufgrund des Berichts der Revisionsstelle keine Forderungen bekannt oder zu erwarten sind, zu deren Befriedigung das Stiftungsvermögen der beteiligten Stiftungen nicht ausreicht, kann die Aufsichtsbehörde von einer Aufforderung an die Gläubiger absehen (Art. 85 Abs. 2 FusG).

Aufsichtsbehörde dem Handelsregisteramt die Verfügung über die Genehmigung der Fusion, den Fusionsvertrag, die Fusionsbilanzen, den Prüfungsbericht und allfällige Belege für die Errichtung einer neuen Stiftung einzureichen.³³

- 42 Bei einer Vermögensübertragung von einer Stiftung auf eine andere, hat die Aufsichtsbehörde der übertragenden Stiftung den Vermögensübernahmevertrag zu genehmigen und die Vermögensübertragung nach Rechtskraft ihrer Verfügung zur Eintragung im Handelsregister anzumelden.³⁴ Hierzu reicht sie dem Handelsregisteramt die Genehmigungsverfügung und den Übertragungsvertrag ein.³⁵
- 43 Die Aufsichtsbehörde meldet auch die Übernahme der Aufsicht über eine neu errichtete Stiftung dem Handelsregisteramt zur Eintragung an oder überweist die Mitteilung über die Errichtung der Stiftung umgehend der zuständigen Behörde.³⁶ Die Aufsichtsbehörde muss dem Handelsregisteramt zudem die Befreiung von der Revisionsstellenpflicht und deren Widerruf, die Änderung des Zwecks und der Organisation einer Stiftung, die Verfügungen gemäss Fusionsgesetz, die Aufhebung der Stiftung zum Zwecke der Liquidation und die Feststellung des Abschlusses der Liquidation zur Eintragung anmelden.³⁷

1.3 Zwischenfazit

- 44 Das Stiftungsrecht zählt die Aufgaben der Aufsichtsbehörde nicht explizit unter einer entsprechenden Überschrift auf. Zudem ist die Grundaufgabe der Stiftungsaufsicht in Art. 84 Abs. 2 ZGB nur sehr allgemein umschrieben.
- 45 Die vorstehenden Ausführungen zeigen aber, dass der Umfang der bundesrechtlich verankerten Aufgaben der Stiftungsaufsicht sehr detailliert und in verschiedenen Erlassen des Bundesrechts geregelt ist. Insgesamt ergibt sich so ein überaus konkretes Bild davon, was Inhalt der Aufsichtsaufgabe ist.
- 46 Im Folgenden wird aufgezeigt, wie die kantonrechtlich organisierten Aufsichtsbehörden diese Bundesvorgaben umgesetzt haben. Der Gutachter beschränkt sich dabei auf die Darstellung der Kantonerlasse der grossen Aufsichtsregionen der Deutschschweiz, welche die Organisation und die Aufgaben der kantonalen bzw. regionalen Aufsichtsbehörden regeln.

³³ Art. 140 Abs. 1 HRegV.

³⁴ Art. 86 f. FusG.

³⁵ Art. 141 Abs. 1 HRegV.

³⁶ Art. 96 Abs. 2 HRegV.

³⁷ Art. 97 Abs. 1 HRegV.

2. Kantonalrechtliche Normierung der Stiftungsaufsicht

2.1 Kantonale Regelungen

Zürich

- 47 Die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS) ist die Aufsichtsbehörde über Stiftungen nach Art. 84 ZGB, die nach ihrer Bestimmung dem Kanton oder mehreren Bezirken angehören. Sie nimmt weitere Aufgaben des Kantons im Bereich des Stiftungsrechts gemäss dem Gesetz über die BVG- und Stiftungsaufsicht (BVSG) wahr.³⁸
- 48 Im Bereich der gemeinnützigen Stiftungen entscheidet die BVS über die Änderung der Organisation oder des Zwecks (Art. 85, 86 und 86a ZGB), übt die Aufsicht aus über Stiftungen, die nach ihrer Bestimmung dem Kanton oder mehreren Bezirken angehören (Art. 84 ZGB), und entscheidet über die Auflösung solcher Stiftungen (Art. 88 Abs. 1 ZGB).³⁹
- 49 Bei der Ausübung der Aufsicht über subventionierte Stiftungen hat die BVS die Kontrolle derjenigen Direktion des Regierungsrates, die für die Ausrichtung der Beiträge zuständig ist, zu berücksichtigen. Schliesslich hat die BVS auch die Aufgabe, ein elektronisches Stiftungsverzeichnis zu führen.⁴⁰
- 50 Die Stiftungen reichen der BVS jährlich die Jahresrechnung, einen Tätigkeitsbericht und, sofern die Stiftung von der Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle nicht befreit worden ist, den Bericht der Revisionsstelle ein. Zudem reichen sie neue oder geänderte Reglemente umgehend zur Prüfung ein. Schliesslich benachrichtigen sie die BVS unverzüglich bei besonderen Vorkommnissen, welche die Beurteilung der Lage der Stiftung erheblich beeinflussen oder ein rasches Einschreiten erfordern. Die BVS regelt das Nähere.⁴¹ Bei Rechtsverletzungen der Stiftungsorgane trifft die BVS die erforderlichen Anordnungen.⁴²
- 51 Aufsichtsrechtliche Massnahmen und besondere Entscheide sind zwar im Gebührenreglement der BVS (GebR-BVS) speziell aufgeführt.⁴³ Die Mittel der BVS sind aber nicht explizit geregelt, sondern ergeben sich aus der gesetzlichen Aufgabenstellung gemäss ZGB und BVSG.

³⁸ § 2 Abs. 2 BVSG. Die Vereinbarung zwischen den Kantonen Schaffhausen und Zürich betreffend die Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge umfasst die Aufsicht über die klassischen Stiftungen nicht (vgl. LS 831.46).

³⁹ § 12 Abs. 1 BVSG.

⁴⁰ § 15 BVSG.

⁴¹ § 13 BVSG.

⁴² § 14 BVSG.

⁴³ § 4 Abs. 1 Bst. 1 GebR-BVS.

Basel-Stadt und Basel-Landschaft

- 52 Die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB) ist die Aufsichtsbehörde über die nach Art. 84 ZGB unter kantonaler Aufsicht stehenden, klassischen Stiftungen mit Sitz in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft.⁴⁴ Die Aufsicht über die klassischen Stiftungen ist in der Ordnung über die Stiftungsaufsicht näher geregelt.⁴⁵
- 53 Die Grundaufgabe der BSABB liegt in der Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch die Stiftung.⁴⁶ Dazu nimmt die BSABB Einsicht in die jährliche Berichterstattung der Stiftung und prüft insbesondere die Organisation der Stiftung (Art. 83 ff. ZGB), die Vermögensverwendung (Art. 84 Abs. 2 ZGB), die Anlage des Stiftungsvermögens nach den Grundsätzen einer sorgfältigen Kapitalanlage (insbesondere nach den Grundsätzen der Sicherheit, der Erzielung eines angemessenen Ertrages, der Risikoverteilung und der Liquidität), die Übereinstimmungen von Reglementen und anderen Erlassen der Stiftung mit der Urkunde und dem Gesetz.⁴⁷ Die BSABB prüft und genehmigt Urkundenänderungen im Sinne von Art. 85, 86 und 86a und 86b ZGB.⁴⁸ Sie hebt Stiftungen auf Antrag oder von Amtes wegen auf, wenn diese ihren Zweck nachweislich nicht mehr erfüllen können, oder wenn deren Zweck widerrechtlich oder unsittlich geworden ist.⁴⁹
- 54 Im Gegensatz zur Regelung im Kanton Zürich nennt die Ordnung über die Stiftungsaufsicht die Aufsichtsmittel der BSABB explizit. Danach kann die BSABB Weisungen erteilen, Gutachten, Expertisen und Ersatzvornahmen anordnen, Stiftungsorgane ermahnen, verwarnen oder abberufen, amtliche Verwaltungen einsetzen, eine Revisionsstelle ernennen oder abberufen und eine ordentliche Revision anordnen bei Stiftungen, welche der eingeschränkten Revision unterliegen.⁵⁰ Zudem kann sie von sich aus oder auf Anzeige Dritter vom Stiftungsrat jederzeit Auskunft und die Herausgabe von sachdienlichen Unterlagen verlangen.⁵¹ Schliesslich hat die BSABB die Aufgabe, ein öffentlich zugängliches Stiftungsverzeichnis zu führen.⁵²

⁴⁴ § 2 Abs. 2 des Vertrags zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel vom 14. Juni 2011 (SG 833.100).

⁴⁵ Ordnung über die Stiftungsaufsicht vom 13. Januar 2012 (SG 212.910).

⁴⁶ § 2 Abs. 2 Ordnung über die Stiftungsaufsicht.

⁴⁷ § 4 Abs. 1 Ordnung über die Stiftungsaufsicht.

⁴⁸ § 4 Abs. 2 Ordnung über die Stiftungsaufsicht.

⁴⁹ § 4 Abs. 3 Ordnung über die Stiftungsaufsicht.

⁵⁰ § 5 Abs. 1 Ordnung über die Stiftungsaufsicht.

⁵¹ § 5 Abs. 2 Ordnung über die Stiftungsaufsicht.

⁵² § 6 Abs. 1 Ordnung über die Stiftungsaufsicht.

Bern

- 55 Die Regelung der generellen Zuständigkeit der Bernischen BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA) ist mit derjenigen der BSABB und der BVS vergleichbar.⁵³ Die Aufgaben der Aufsicht werden im Gesetz über die Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSAG) in allgemeiner Hinsicht umschrieben.⁵⁴ Die Verordnung über die Aufsicht über die Stiftungen und die Vorsorgeeinrichtungen (ASVV)⁵⁵ konkretisiert diese Aufgaben.
- 56 Danach obliegt der Aufsichtsbehörde insbesondere die Führung eines Stiftungsverzeichnisses, die Unterstellung der Stiftung unter ihre Aufsicht und die Prüfung der Urkunde, die Prüfung des Tätigkeits- oder Jahresberichts und der Jahresrechnung, die Prüfung von Anträgen auf wesentliche Änderungen der Urkunde und das Stellen eines Genehmigungsantrags an die Umwandlungsbehörde, die Prüfung und Genehmigung von Anträgen auf unwesentliche Änderungen von Urkunden (Art. 86b ZGB), die Prüfung von Reglementen und deren Änderungen, die Prüfung des Antrags auf Aufhebung einer Stiftung und das Stellen eines Genehmigungsantrags an die Umwandlungsbehörde.⁵⁶
- 57 Sofern die BBSA Umwandlungsbehörde ist, obliegt ihr im Aufhebungs- und Liquidationsverfahren die Genehmigung des Antrags auf Aufhebung einer Stiftung zum Zweck der Liquidation, die Vorprüfung eines allfälligen Verteilungsplans, dessen Veröffentlichung im amtlichen Anzeiger und jeweiligen Amtsblatt sowie dessen Genehmigung sowie die Feststellung des Abschlusses der Liquidation einer Stiftung.⁵⁷
- 58 Die Aufsichtsmittel der BBSA werden im kantonalen Gesetz explizit festgehalten. So kann die BBSA Auskünfte, Berichte und Unterlagen einfordern, Weisungen an die Organe erteilen und diese ermahnen oder verwarnen. Sie kann Entscheide von Organen aufheben oder abändern, Organe abberufen und einen Sachwalter bzw. einen kommissarischen Verwalter einsetzen, Gutachten und Ersatzvornahmen anordnen sowie Strafanzeigen erstatten.⁵⁸ Die ASVV wiederholt diese Aufsichtsmittel.⁵⁹

⁵³ Vgl. Art. 3 BBSAG (BSG 212.223). Die interkantonale Vereinbarung zwischen dem Kanton Bern und dem Kanton Freiburg über die Aufsicht über die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge mit Sitz im Kanton Freiburg vom 19. Oktober 2011 (BSG 212.223.4-1) betrifft die Aufsicht über die klassischen Stiftungen nicht.

⁵⁴ Vgl. Art. 3 BBSAG.

⁵⁵ BSG 212.223.1.

⁵⁶ Art. 11 ASVV.

⁵⁷ Art. 13 ASVV.

⁵⁸ Art. 4 Abs. 2 BBSAG.

⁵⁹ Art. 18 Abs. 1 ASVV.

Zentralschweiz

- 59 Das Konkordat über die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) regelt die Aufsicht der Kantone Luzern, Uri Schwyz, Obwalden, Nidwalden und Zug.⁶⁰ Im Bereich der klassischen Stiftungen beaufsichtigt die ZBSA lediglich die Stiftungen, die nach ihrer Bestimmung den Kantonen Luzern, Schwyz, Nidwalden oder Zug angehören.⁶¹
- 60 Das Konkordat selber regelt nur die Grundaufgabe der ZBSA.⁶² Die Ausführungsbestimmungen der ZBSA betreffend die Aufsicht über die Stiftungen (Ausführungsbestimmungen ZBSA) halten fest, dass der ZBSA alle Aufgaben obliegen, die ihr durch Bundesrecht und die einschlägigen Bestimmungen der Konkordatskantone zugewiesen werden. Beim Vollzug der Gesetzgebung ist sie für alle Massnahmen und Entscheide zuständig, die nicht ausdrücklich einer anderen Instanz vorbehalten werden.⁶³ Die Verordnung über die Stiftungsaufsicht vom 25. September 2001⁶⁴ gilt für diejenigen Stiftungen, welche nicht der Aufsicht der ZBSA unterstehen und weder kirchliche noch Familienstiftungen sind.⁶⁵
- 61 Bei der Ausübung der Aufsicht hat die ZBSA die Selbständigkeit der Stiftungen und die Eigenverantwortung deren Organe zu respektieren und die erforderlichen Anordnungen zu treffen, wenn die Organe nicht im Rahmen pflichtgemässen Ermessens handeln. Sie kann die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Weisungen und Richtlinien erlassen.⁶⁶
- 62 Die ZBSA prüft die Organisation der Stiftungen (Art. 83 ZGB), die Verwendung des Stiftungsvermögens (Art. 84 Abs. 2 und 84a ZGB), die Anlage des Stiftungsvermögens nach den Grundsätzen einer soliden Kapitalanlage (insbesondere der Sicherheit, der angemessenen Rendite, des Risikoausgleichs und der Liquidität), die Übereinstimmung der vom Stiftungsrat erlassenen Reglemente mit der Stiftungsurkunde und die Gesuche von Stiftungen um Befreiung von der Pflicht, eine Revisionsstelle zu bezeichnen (Art. 83a Abs. 4 ZGB).⁶⁷
- 63 Bei Mängeln hat die ZBSA die zur Behebung erforderlichen Massnahmen zu treffen. Sie kann den Stiftungsorganen verbindliche Weisungen erteilen, die Organe ermahnen, verwarnen und abberufen, einen kommissarischen Verwalter und/oder eine ausserordentliche Revisionsstelle einsetzen, Entscheide der Organe aufheben und ändern, Expertisen

⁶⁰ SRL Nr. 200a.

⁶¹ § 1 Abs. 1 der Ausführungsbestimmungen der ZBSA betreffend die Aufsicht über die Stiftungen (SRL Nr. 202a).

⁶² Art. 3 Konkordat über die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (Konkordat ZBSA).

⁶³ § 4 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen ZBSA.

⁶⁴ SRL Nr. 202.

⁶⁵ § 1 Abs. 1 Verordnung Stiftungsaufsicht.

⁶⁶ § 4 Abs. 3 und 4 Ausführungsbestimmungen ZBSA.

⁶⁷ § 5 Ausführungsbestimmungen ZBSA.

und Ersatzvornahmen anordnen, Strafen wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB androhen sowie die Geschäftsführung und das Rechnungswesen am Sitz der Stiftung prüfen. Zudem kann die ZBSA jederzeit vom Stiftungsrat Auskunft und die Herausgabe sachdienlicher Unterlagen verlangen.⁶⁸

- 64 Die ZBSA konkretisiert diese Aufgaben und Mittel im Leistungskatalog für die Periode vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017.⁶⁹

Ostschweiz

- 65 Die Interkantonale Vereinbarung über die Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (Ostschweizeraufsicht) regelt die Aufsicht der Kantone Glarus, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden und Thurgau.⁷⁰ Im Bereich der klassischen Stiftungen beaufsichtigt die Ostschweizeraufsicht lediglich die Stiftungen mit Sitz in den Kantonen St. Gallen, Thurgau und Tessin.⁷¹
- 66 Auch diese interkantonale Vereinbarung verankert lediglich die Grundaufgabe der regionalen Aufsichtsbehörde.⁷² Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Ostschweizeraufsicht (AVS)⁷³ halten in grundsätzlicher Hinsicht fest, dass die Aufsichtsbehörde die ihr von der Gesetzgebung übertragenen Aufgaben erfüllt und die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Anordnungen trifft.⁷⁴
- 67 Weiter konkretisieren die AVS, dass die Ostschweizeraufsicht Einsicht nimmt in die eingereichten Unterlagen und Verfügungen erlässt, insbesondere über die Unterstellung der klassischen Stiftung unter ihre Aufsicht sowie die Änderung oder Neuschrift der Stiftungsurkunde oder anderer Rechtsgrundlagen einer klassischen Stiftung.⁷⁵
- 68 Für die Verfügung der zur Behebung von Mängeln geeigneten Massnahmen kann die Ostschweizeraufsicht insbesondere der Stiftung oder der Revisionsstelle Weisungen erteilen, Organe der Stiftung abberufen und interimistische Verwaltungen einsetzen, Beschlüsse der Stiftung ändern oder aufheben, Expertisen einholen, die Geschäftsführung und das

⁶⁸ § 6 Ausführungsbestimmungen ZBSA.

⁶⁹ Vgl. hierzu Ziff. B. Klassische Stiftungen.

⁷⁰ nGS 335.01. Seit dem 1. Januar 2012 beaufsichtigt die Ostschweizeraufsicht auch die klassischen Stiftungen, die aufgrund ihrer Bestimmung unter der Aufsicht des Kantons Tessin stehen.

⁷¹ Art. 1 Abs. 1 Bst. b AVS.

⁷² Art. 3 Interkantonale Vereinbarung über die Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (Konkordat Ostschweizeraufsicht).

⁷³ nGS 355.11.

⁷⁴ Art. 9 Bst. a und c AVS.

⁷⁵ Art. 11 Bst. a und d AVS.

Rechnungswesen am Sitz der Stiftung prüfen, Ersatzvornahmen anordnen und Ordnungsbussen verhängen.⁷⁶

2.2 Zwischenfazit

- 69 Die kantonalen Ordnungen über die Stiftungsaufsicht beschränken sich in der Regel darauf, die bundesrechtlich verankerten Aufgaben der Aufsichtsbehörde zu wiederholen. Zusätzliche Aufgaben werden – mit Ausnahme der Verpflichtung zur Führung eines Stiftungsverzeichnisses – nicht verankert.
- 70 Immerhin werden in den kantonalen Ordnungen die Aufgaben, welche im Bundesrecht an verschiedenen Stellen zu finden sind, in konzentrierter Form dargestellt und teilweise auch materiell konkretisiert. Zudem nennen einige kantonale Ordnungen auch die Mittel der Aufsicht explizit, entweder im Gesetz oder der Verordnung direkt, oder indirekt über die Gebührenordnung.
- 71 Insgesamt ergibt sich aufgrund dieser kantonalen Ordnungen ein sehr konkretes Bild darüber, wie die kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden ihre Aufgaben erfüllen.
- 72 Im Folgenden wird die Grundnorm von Art. 84 Abs. 2 ZGB untersucht. Dabei soll insbesondere dargestellt werden, was unter dem Begriff «Sorge für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens» zu verstehen ist.

3. Grundnorm von Art. 84 Abs. 2 ZGB

3.1 Gesetzesentwurf und Botschaft

- 73 Der Entwurf zum ZGB von 28. Mai 1904 sah die heutige Bestimmung von Art. 84 ZGB in Art. 93 E-ZGB bereits fast wortwörtlich vor. Absatz 1 bestimmte, dass die Stiftungen unter der Aufsicht des Gemeinwesens stehen, dem sie nach ihrer Bestimmung angehören. Absatz 2 gab den Kantonsregierungen resp. dem Bundesrat die Kompetenz, die Amtsstelle zu bezeichnen, der die unmittelbare Aufsicht zustehen soll. Nach Absatz 3 hatte die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen, dass «das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss gewidmet und erhalten» werde.⁷⁷
- 74 Die Erläuterungen des Bundesrats in der Botschaft zum Stiftungsrecht sind nicht sehr ergiebig. Der Bundesrat hielt einerseits fest, dass die Stiftungen, die in gesetzlicher Weise errichtet worden sind, unter der Aufsicht der zuständigen öffentlichen Organe stehen.

⁷⁶ Art. 12 Bst. a und d AVS.

⁷⁷ BBl 1904 IV 121.

Andererseits führte er aus, dass die Aufsichtsbehörde unter gewissen erschwerenden Voraussetzungen sowohl die Organisation der Stiftung ändern als auch deren Zweck umgestalten könne, sofern dies als notwendig und im Sinne des Stifters selbst liegend betrachtet werden dürfe. Damit würde der Entwurf zum Stiftungsrecht einem oft empfundenen Bedürfnis endlich Rechnung tragen.⁷⁸

- 75 Weitere Ausführungen zur Stiftungsaufsicht und deren Aufgaben sind der Botschaft zum ursprünglichen ZGB nicht zu entnehmen.

3.2 Parlamentarische Beratung

- 76 Die vorberatende Kommission des Nationalrats beantragte dem Rat die Streichung des zweiten Absatzes, welcher die Kompetenz zur Bezeichnung der zuständigen Aufsichtsbehörde verankerte, da dieser unnötig sei.⁷⁹ Über den vom Bundesrat vorgeschlagenen Absatz 3, der die Aufsichtsbehörde dazu anhält, für eine zweckgemässe *Widmung und Erhaltung* des Stiftungsvermögens zu sorgen, fand im Nationalrat keine Debatte statt. Der Nationalrat hat die Anträge der vorberatenden Kommission stillschweigend angenommen.⁸⁰

- 77 Die vorberatende Kommission des Ständerats stellte gar keine Anträge zu Art. 93 E-ZGB. Sie stimmte also der Streichung von Absatz 2 zu und liess die beiden anderen Absätze – wie schon die Kommission des Nationalrats – unangetastet.⁸¹ Der Berichterstatter der Kommission wies diesbezüglich darauf hin, dass es den Kantonen freistehe, die Aufsicht zu organisieren, mithin sie durch den Regierungsrat oder durch eine andere Behörde besorgen zu lassen.⁸² Die Aufsichtsbehörde habe für die stiftungsgemässe *Verwendung und Erhaltung* des Vermögens zu sorgen. Sowohl die Organisation als auch die Zweckbestimmung können von der zuständigen Behörde abgeändert werden. Betreffend diese Kompetenz der Aufsichtsbehörde, verwies der Berichterstatter darauf, dass das Leben zu vielfältig und die Voraussicht des Stifters oft zu klein seien, als dass nicht das Bedürfnis und geradezu die Notwendigkeit bestünde, zu intervenieren.⁸³ Der Ständerat ist seiner vorberatenden Kommission gefolgt.⁸⁴

⁷⁸ BBl 1904 IV 21.

⁷⁹ Sten.Bull. 1905 N 485 und 488. Interessanterweise wurde per 1. Januar 2006 doch wieder eine Kompetenz zur Zuständigkeitsregelung auf Kantonsstufe eingeführt (Art. 84 Abs. 1^{bis} ZGB). Der neue Absatz 1^{bis} erlaubt es den Kantonen ausdrücklich, ihre Stiftungsaufsicht zu zentralisieren und die von den Gemeinden ausgeübte Aufsicht abzuschaffen. Dieser Vorschlag sei im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf für die Revision des Stiftungsrechts von 1993 mehrheitlich begrüsst worden (BBl 2003 8167).

⁸⁰ Sten.Bull. 1905 N 489.

⁸¹ Sten.Bull. 1905 S 1237.

⁸² Sten.Bull. 1905 S 1240.

⁸³ Sten.Bull. 1905 S 1240.

⁸⁴ Sten.Bull. 1905 S 1241.

- 78 Vor dem Hintergrund der Einigkeit über Art. 93 E-ZGB war diese Bestimmung – wie auch die übrigen aufsichtsrelevanten Bestimmungen des ZGB – kein Thema in der Differenzvereinbarung.⁸⁵ Nach einer Neugruppierung der Bestimmungen wurde Art. 84 Abs. 2 ZGB schliesslich am 10. Dezember 1907 wie folgt beschlossen: «Die Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird.»⁸⁶
- 79 Die parlamentarischen Beratungen brachten demnach nur die Streichung der expliziten Kompetenz der Kantonsregierungen (und des Bundesrats), die mit der unmittelbaren Aufsicht betraute Amtsstelle zu bezeichnen.
- 80 Die Grundaufgabe der Stiftungsaufsicht wurde weder geändert noch diskutiert, womit der parlamentarischen Beratung des Stiftungsrechts keine konkreten Hinweise auf einen expliziten gesetzgeberischen Willen entnommen werden können. Immerhin kann andererseits gesagt werden, dass dem historischen Gesetzgeber offenbar klar war, was unter dem Begriff *Sorge für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens* zu verstehen ist.
- 81 Interessant aber nicht entscheiden ist, dass die Formulierung der Grundaufgabe der Stiftungsaufsicht in kleinen Nuancen variiert wurde. Während der Entwurf noch die Begriffe *Widmung und Erhaltung* vorsah, sprach der Berichtersteller der vorberatenden Kommission des Ständerats von *Verwendung und Erhaltung*. Publiziert wurden dann schliesslich (wohl nach einer Änderung durch die Redaktionskommission) der Begriff der *Verwendung*.⁸⁷

3.3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB

a) Kreisschreiben 1921

- 82 Eine Anregung der Direktion des Innern des Kantons Zürich veranlasste das Eidgenössische Justiz und Polizeidepartement (EJPD) im Jahr 1920 bei Prof. Eugen Huber ein Gutachten in Auftrag zu geben, welches sich unter anderem auch zum Inhalt des Aufsichtsrechts aussprach. Aufgrund dieses Gutachtens erliess das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) am 17. März 1921 ein Kreisschreiben, welches sich mit dem Inhalt der Aufsicht befasste.⁸⁸
- 83 Im Sinne einer negativen Abgrenzung ist die Aufsichtsbehörde gemäss diesem Kreisschreiben nicht Stiftungsorgan, hat keine Vertretungsbefugnis und kann daher auch nicht im Namen der Stiftung handelnd auftreten. Die Vorschriften über die Funktionen und

⁸⁵ Vgl. Sten.Bull. 1906 N 233 und 239.

⁸⁶ BBl 1907 607 ff., insb. 609.

⁸⁷ Vgl. BBl 1904 IV 121, Sten.Bull. 1905 S 1240 und BBl 1907 609.

⁸⁸ Kreisschreiben des Eidgenössischen Departements des Innern an die Regierungen der Kantone betreffend die Ausführung des Art. 84 des Z.G.B. mit Bezug auf die Übernahme der Aufsicht über die Stiftungen und den Inhalt des daherigen Aufsichtsrechtes vom 17. März 1921 (KS 1921).

über die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde sind auf die Stiftungsaufsicht nicht anwendbar.⁸⁹

- 84 In positiver Hinsicht hält das Kreisschreiben fest, dass die Aufsichtsbehörde das Recht und die Pflicht hat, die Verwaltung der Stiftung ihrer Kontrolle zu unterwerfen. Sie kann Berichterstattung und Rechnungsablegung beanspruchen sowie die Stiftungsorgane auf eine festgestellte nicht zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens aufmerksam machen und allenfalls auch klagend gegen Stiftungsorgane vorgehen.⁹⁰ Der Aufsichtsbehörde wird im Weiteren auch eine allgemeine Weisungskompetenz zugestanden, womit die Aufsichtstätigkeit eine ähnlich prophylaktische Gestalt annehme wie diejenige der kantonalen Vormundschaftsorgane.⁹¹
- 85 Schliesslich weist das Kreisschreiben darauf hin, dass die Aufsichtsführung im engeren Sinne (d.h. im Sinne von Art. 84 Abs. 2 ZGB) durch diverse explizite gesetzliche Kompetenzen der Aufsichtsbehörde betreffend Organisation, Aufhebung und Umwandlung konkretisiert wird.⁹²
- 86 Eine genügende, zweckdienliche Organisation und eine korrekte Verwendung des Stiftungsvermögens würden zusammenhängen, weshalb auch die Kompetenz und die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde bei diesen beiden Aufgaben eine möglichst einheitliche sein soll. Dem freien Ermessen der Aufsichtsbehörde in der Tätigkeit sei ein grosser Spielraum zu gewähren und ins einzelne gehende Vorschriften kämen kaum in Frage.
- 87 Das Kreisschreiben schliesst mit der klaren Aussage, dass es nicht notwendig sei, für die der Aufsicht des Bundes unterstehenden Stiftungen nähere Vorschriften über die Aufsichtsführung zu erlassen. Sofern die Kantone solche Bestimmungen erlassen wollen, seien sie vom Bundesrat zu genehmigen. Das EDI würde auch bei der Vorbereitung solcher Vorschriften helfen und für eine gewisse Einheitlichkeit sorgen können.⁹³

b) Frühere kantonale Ausführungsbestimmungen

- 88 Aufgrund der nur rudimentären Regelung in Art. 84 Abs. 2 ZGB erliessen viele Kantone Ausführungsbestimmungen zur Stiftungsaufsicht. Mit Verweis auf Art. 52 SchlT ZGB hielt das Kreisschreiben – wie vorstehend erwähnt – fest, dass diese Anordnungen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrats bedürfen.⁹⁴

⁸⁹ KS 1921, S. 312.

⁹⁰ KS 1921, S. 313, Bst. a.

⁹¹ Bei Versicherungsstiftungen umfasse das Aufsichtsrecht auch die Prüfung der richtigen Erfüllung des Versicherungszweckes und könne die Kontrolle der sich stetig verändernden versicherungstechnischen Grundlagen notwendig machen. (KS 1921, S. 312 f., Bst. b).

⁹² KS 1921, S. 313, Bst. c.

⁹³ KS 1921, S. 313 f.

⁹⁴ KS 1921, S. 313 f.

- 89 Einer bundesrätlichen Genehmigung bedurften früher aber nur Ergänzungen, die notwendig waren.⁹⁵ Der Erlass von kantonalen Ausführungsbestimmungen zur Stiftungsaufsicht war hingegen nicht erforderlich. Dies zeigt sich schon daran, dass einige Kantone⁹⁶ keine solche erlassen haben und der Bund diesen Kantonen auch keine Ersatzverordnungen aufgezwungen hat.⁹⁷ Auch das Memorial des EJPD an die Kantone vom 24. Juli 1908⁹⁸, welches sich mit dem notwendigen und dem fakultativen Erlass kantonalen Anordnungen zur Ausführung des ZGB befasste, erwähnte die Stiftungsaufsicht nicht als notwendigerweise auszuführendes Thema, sondern nur im Zusammenhang mit deren Zuständigkeit.⁹⁹ Schliesslich hielt auch das Bundesgericht fest, dass es den Kanton freistehe, ausführende Vorschriften zu erlassen.¹⁰⁰
- 90 Betreffend die Buchführungs- und Berichterstattungspflicht haben die meisten Kantone von ihren Stiftungen ausdrücklich, jährlich Bericht und Rechnung verlangt; der Kanton Aargau eine detaillierte Rechnung, die Kantone Appenzell Innerrhoden, Graubünden, Schwyz und Zürich verlangten einen Vermögensausweis. Die Kanton Basel-Landschaft, Nidwalden und Bern wünschten überdies, eine Übersicht über die Verwendung des Vermögens samt Zinsen zu sehen, während der Kanton Luzern eine Orientierung über die Verwendung und den Bestand des Stiftungsvermögens verlangte.¹⁰¹

3.4 Zwischenfazit

- 91 Der Botschaft des Bundesrats zum ZGB ist nicht zu entnehmen, was er genau unter der Sorge für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens verstand. Auch die parlamentarischen Beratungen helfen nicht weiter, den Willen des Gesetzgebers bezüglich Art. 84 Abs. 2 ZGB näher zu ergründen.
- 92 Mit seinem Kreisschreiben 1921 hat der Bund hingegen schon sehr früh nach Inkrafttreten des ZGB versucht, den Inhalt der Grundnorm zur Stiftungsaufsicht zu erhellen. Dabei hat er aber nicht den Begriff der zweckgemässen Verwendung des Stiftungsvermögens weiter konkretisiert, sondern vor allem klargemacht, dass die Aufgaben der Stiftungsaufsicht klar und detaillierter geregelt seien, als dies aus Art. 84 Abs. 2 ZGB hervorgehe.

⁹⁵ Durch die Einführung des Gesetzes über die Genehmigung kantonalen Erlasses wurde die Genehmigungsverpflichtung modifiziert und inhaltlich abgeschwächt (vgl. Art. 52 SchlT ZGB).

⁹⁶ Bspw. Basel-Stadt und St. Gallen.

⁹⁷ Vgl. hierzu ausführlicher: Berner Kommentar, 1981, zu Art. 84 ZGB, N 39.

⁹⁸ Vgl. Kreisschreiben des Bundesrats an sämtliche Kantonsregierungen betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 24. Juli 1908 (KS 1908), in: BBl 1908 IV 503 ff.

⁹⁹ KS 1908, BBl 1908 IV 511.

¹⁰⁰ BGE 40 I 262 f.

¹⁰¹ Vgl. für die Hinweise auf die jeweiligen kantonalrechtlichen Regelungen: Berner Kommentar, 1981, zu Art. 84 ZGB, N 60 f.

Zudem hat er aufgezeigt, mit welchen Mitteln und Kompetenzen die Stiftungsaufsicht ihre Aufgaben wahrnimmt.

- 93 Weiter ist festzuhalten, dass die früheren kantonalen Ausführungsordnungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB nicht als notwendig, sondern allenfalls als erklärend zu betrachten sind. Die Aufgaben einer kantonalen Stiftungsaufsicht können durch eine weniger weitgehende kantonale Aufsichtsordnung denn auch nicht eingeschränkt werden.¹⁰² Diese früheren kantonalen Ausführungsbestimmungen zum Stiftungsrecht konkretisieren zwar die Art und Weise, wie die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens kontrolliert werden soll, nicht aber den Begriff der zweckgemässen Verwendung selber.

4. Zusammenfassende Würdigung der gesetzlichen Grundlagen

- 94 Das Stiftungsrecht umschreibt die Grundaufgabe der Stiftungsaufsicht in Art. 84 Abs. 2 ZGB nur sehr vage. Die Formulierung diverser zusätzlicher Aufgaben im ZGB, im Fusionsgesetz und in der Handelsregisterverordnung ergeben aber insgesamt ein konkretes Bild davon, welche Art von Aufsicht der Gesetzgeber von der Aufsichtsbehörde verlangt und wie er deren Inhalt versteht. Die kantonalen Ordnungen über die Stiftungsaufsicht beschränken sich in der Regel darauf, die bundesrechtlich verankerten Aufgaben der Stiftungsaufsicht zu wiederholen. Einige kantonale Ordnungen beschreiben auch die Mittel der Aufsicht explizit und runden damit die bundesrechtliche Regelung ab.
- 95 Betreffend den konkreten Inhalt des Begriffs *Sorge für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens* enthält die Botschaft des Bundesrats zum Stiftungsrechts keine Erläuterungen. Auch die parlamentarischen Beratungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB helfen nicht weiter, da die Grundaufgabe der Stiftungsaufsicht vor Erlass des ZGB weder geändert noch diskutiert wurde. Offenbar war dem historischen Gesetzgeber klar, was unter dem Begriff *Sorge für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens* zu verstehen ist.
- 96 Selbst mit dem Kreisschreiben 1921 wurde der Begriff der zweckgemässen Verwendung des Stiftungsvermögens nicht weiter konkretisiert. Vielmehr wurde im Zuge des Versuchs der Konkretisierung des Inhalts der Aufgaben der Stiftungsaufsicht festgehalten, dass diese klar und detaillierter geregelt seien, als dies aus der Formulierung von Art. 84 Abs. 2 ZGB hervorgehe.
- 97 Weder der Gesetzgeber noch die kantonalen und eidgenössischen Stiftungsaufsichtsbehörden sahen sich in den letzten 100 Jahren veranlasst, den Begriff der *Sorge für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens* näher zu konkretisieren. Die Regelung der Aufgaben der Stiftungsaufsicht ist konkret genug, um zusammen mit der Grundnorm von

¹⁰² Vgl. hierzu RIEMER, N 42 zu Art. 84 ZGB, m.w.H.

Art. 84 Abs. 2 ZGB Rechtssicherheit darüber zu schaffen, welche Art von Stiftungsaufsicht die Aufsichtsbehörde ausüben soll und darf.

- 98 Interessanterweise sind auch die heutigen Ausführungsbestimmungen der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden bezüglich der Grundnorm nicht konkreter formuliert, obwohl diese ihre Ordnungen – vor dem Hintergrund ihrer grossen Erfahrung im Aufsichtsgeschäft – selber vorbereitet (und teilweise auch erlassen) haben.

II. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 99 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Stiftungsrechts ist umfangreich. Insbesondere Personalvorsorgestiftungen gaben bereits in den Jahren vor der Einführung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) per 1. Januar 1985 Anlass zu diversen Entscheiden. Aber auch im Bereich der klassischen Stiftungen wurden zahlreiche Entscheide gefällt. In der Folge werden wesentliche aufsichtsrelevante Entscheide thematisch zusammengefasst.
- 100 Auf die zahlreiche aufsichtsrelevante Rechtsprechung im Bereich der beruflichen Vorsorge wird nicht eingegangen, da die Vorsorgeeinrichtungen und Wohlfahrtsfonds einerseits seit über 30 Jahren nicht mehr der Stiftungs- sondern der BVG-Aufsicht unterstehen, die bundesrechtlich unterschiedlich geregelt ist, andererseits die Natur der Vorsorgeeinrichtungen schon zu vorobligatorischer Zeit spezielle Anforderungen an die Aufsichtsbehörde stellte und schliesslich eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Beziehung zwischen der BVG- und der Stiftungsaufsicht den Rahmen dieses Gutachtens sprengen würde.

1. Allgemeiner Inhalt der Aufsicht

- 101 Das Bundesgericht hat eine Verfügung der Aufsichtsbehörde (EDI) geschützt, in welcher diese einer Stiftung verboten hat, sich in ihren Veröffentlichungen und Mitteilungen an Dritte auf die Aufsicht seitens des EDI zu berufen oder sonstwie auf die gesetzliche Stiftungsaufsicht Bezug zu nehmen.¹⁰³ Es hielt insbesondere fest, dass die Aufsicht nicht nur

¹⁰³ Die „Gemeinsam“-Stiftung für Benachteiligte mit Sitz in Zürich warb anlässlich einer Bettelbrief-/Werbeaktion mit Kugelschreibern mehrfach und gut sichtbar mit dem Namen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht und der Tatsache der eigenen Aufsichtsunterstellung. Im Zuge der darauffolgenden Untersuchungen der Aktivitäten der Stiftung durch die Aufsichtsbehörde kam diese zum Ergebnis, die gesamte Tätigkeit sei nicht nur auf die Erfüllung des Stiftungszwecks ausgerichtet, sondern ebenso auf die Ermöglichung eines bestimmten Umsatzes an Waren und Dienstleistungen und damit eines durch den Deckmantel der gemeinnützigen Stiftung gesicherten Gewinnes. Die Unterlassungsverfügung des EDI erging am 6. April 1978.

dem Ziel diene, der Absicht des Stifters Geltung zu verschaffen und die richtige Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens zu überwachen, sondern auch die öffentlichen Interessen in einem umfassenden Sinne wahrzunehmen.¹⁰⁴

- 102 Im Zusammenhang mit einer Prüfung der Beschwerdelegitimation diverser Beschwerdeführer¹⁰⁵ hielt das Bundesgericht in einem weiteren Fall in allgemeiner Hinsicht fest, dass das Verhältnis zwischen einer Stiftung und ihrer Aufsichtsbehörde zumindest vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur sei.¹⁰⁶ Zudem befand das Bundesgericht, dass gegen abweichende Vermögensverwendungen jedermann, der hieran ein Interesse habe, bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde erheben könne. Es könne zu einer sorgfältigeren Ausübung der Stiftungsaufsicht beitragen, wenn die Aufsichtsbehörde verpflichtet sei, auf Beschwerden von Personen, die ein Interesse daran haben, wie das Stiftungsvermögen verwaltet werde, einzutreten. Solange keine Beschwerdelegitimation bestehe, könne immerhin eine Anzeige gemacht werden, welcher die Aufsichtsbehörde ebenfalls nachzugehen habe.¹⁰⁷
- 103 In einem anderen Fall einer Stiftung, die einen Schulbetrieb führte,¹⁰⁸ befand das Bundesgericht in allgemeiner Hinsicht, dass sich die Aufsicht nicht nur auf die Anlage und Verwendung des Stiftungsvermögens im engeren Sinne erstreckte, sondern auch auf die generellen Anordnungen der Stiftungsorgane wie den Erlass von Reglementen und Statuten. In reinen Ermessensfragen habe sich die Aufsicht aber grösste Zurückhaltung aufzuerlegen und nur bei Ermessensmissbrauch oder -überschreitung, mithin wenn ein Entscheid unhaltbar ist, einzugreifen. Ein Eingriff in den Autonomiebereich der Stiftung ohne gesetzliche Grundlage verletzte Bundesrecht.¹⁰⁹ Da die Art der Schulführung und die Ausgestaltung der Prüfungsordnung regelmässig unmittelbaren Einfluss auf das Ansehen der Ausbildungsstätte und damit auf die Anzahl Schüler habe, würden sich diese Elemente auch mittelbar auf die Vermögensverhältnisse der Stiftung auswirken. Deshalb erstreckte sich die Stiftungsaufsicht gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB auch auf die Schulführung, den Lehrplan und die Prüfungsordnung.¹¹⁰ Zudem habe die Aufsicht auch die öffentlichen

¹⁰⁴ BGE 105 II 73 E. 3b.

¹⁰⁵ Die Carl Seelig-Stiftung mit Sitz in Zürich hat zum Zweck der Förderung von Kunst und Wissenschaft, von Künstlern und Wissenschaftlern, und untersteht der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht. Zum Vermögen der Stiftung gehört insbesondere der literarische Nachlass des Dichters und Schriftstellers Robert Walser. Verschiedene namhafte Schriftsteller und der Schweizerische Schriftsteller-Verband reichte Aufsichtsbeschwerde ein, weil sie der Auffassung waren, dass die Stiftung diesen Nachlass nicht fachgerecht verwalte. Das Bundesgericht prüfte zwar nur die Beschwerdelegitimation, welche betreffend den Schriftsteller und dem Verband abgelehnt wurde.

¹⁰⁶ BGE 107 II 388 E. 2.

¹⁰⁷ BGE 107 II 389 f. E. 3.

¹⁰⁸ Hier ging es um das „C.G. Jung-Institut Zürich“, eine Stiftung mit Sitz in Küsnacht und dem Zweck der Gründung und Führung eines Lehr- und Forschungsinstituts für komplexe Psychologie im Sinne der von Prof. C.G. Jung begründeten Lehre. Im Jahr 1983 hat das Institut eine Studierende exmatrikuliert. Die Aufsichtsbehörde hat die gegen diese Exmatrikulation eingereichte Beschwerde gutgeheissen, soweit darauf einzutreten war. Der Regierungsrat als zweite Instanz und das Bundesgericht auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin entschieden hingegen zugunsten der Stiftung.

¹⁰⁹ BGE 111 II 99 f. E. 3, m.H.a. BGE 108 II 500 und 106 II 269.

¹¹⁰ BGE 111 II 100 E. 3a.

Interessen wahrzunehmen, indem sie insbesondere dafür zu sorgen habe, dass die Stiftungsorgane das objektive Recht beachten.¹¹¹ Die Stiftungsaufsicht dürfe sich aber – im Falle einer lediglich sehr allgemeinen Formulierung des Stiftungszwecks – solange nicht in konkrete Einzelanordnungen der Stiftungsorgane einmischen, als diese weder den relevanten Rechtsgrundlagen (Gesetz, Urkunde, Reglemente usw.) widersprechen noch den weiten Rahmen der Ermessenautonomie sprengen. Solange sich die Einzelanordnungen der Stiftungsorgane im Rahmen des geltenden Stiftungszwecks halten, darf die Aufsichtsbehörde deren Angemessenheit nicht überprüfen.¹¹²

- 104 Im Zusammenhang mit den Stiftungen von Dr. Gustav Rau, die der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht unterstanden, hat das EDI diverse Verfügungen erlassen, die regelmässig mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten wurden.¹¹³ Lediglich zwei Verfügungen des EDI wurden vom Bundesgericht nicht geschützt.¹¹⁴ Die Begründung für das Kassieren der aufsichtsrechtlichen Verfügungen war aber nicht, dass die Stiftungsaufsicht durch Missachtung oder Vernachlässigung ihre Aufsichtspflichten verletzt hätte. Vielmehr war das Bundesgericht der Auffassung, dass die Aufsicht ihren Aufsichtsbereich überschritten hätte, indem diesem Vermögenswerte und Personen unterstellt wurden, über welche die Stiftungsaufsicht keine Sicherungs- und Weisungsbefugnis hatte.¹¹⁵ Das Bundesgericht hielt bezüglich der ersten Verfügung fest, dass die in concreto angeordnete Siegelung und Inventarisierung des Stiftungsvermögens den Autonomiebereich der Stiftung verletze,¹¹⁶ und bezüglich der zweiten Verfügung, dass mit der Anordnung der Rückführung der Kunstwerke in die Schweiz in unzulässiger Weise Dritte der Stiftungsaufsicht unterstellt wurden.¹¹⁷

2. Organisation

- 105 Eine kantonale Aufsichtsbehörde erklärte sich für nicht zuständig, die Beschwerde eines vom Stiftungsrat ausgeschlossenen Mitglieds gegen seinen Ausschluss zu beurteilen. Das Bundesgericht kassierte diesen Entscheid der Aufsichtsbehörde. Die Stiftungsaufsicht

¹¹¹ BGE 111 II 100 E. 3a.

¹¹² BGE 111 II 100 f. E. 3b.

¹¹³ Von den vom Bundesgericht nicht beurteilten Verfügungen der Stiftungsaufsicht, die alle Massnahmen zur Sicherung und satzungskonformen Verwendung von Stiftungsvermögen zum Gegenstand hatten, war nur eine zu beanstanden. Am 17. Juli 1998 ordnete die Stiftungsaufsicht Sicherungsmassnahmen für die private Collection Rau an und überschritt damit ihren Aufsichts- und Kompetenzbereich (vgl. GUTACHTEN WALTER, S. 77).

¹¹⁴ Am 17. Juli 1998 hat das EDI gegenüber der „Dr. Rau’sche Kunststiftung“ eine Siegelung und Inventarisierung der Sammlung der Stiftung verfügt. Zudem verfügte das EDI am 24. Mai 2000, dass die von den Sammlungen Rau (Collection Rau, welche Teil des Privatvermögens von Dr. Gustav Rau war, und Dr. Rau’sche Kunststiftung) nach Japan ausgeliehenen Kunstgegenstände in die Schweiz zurückzuführen sind und untersagte allen Stiftungsräten und Hilfspersonen unter Strafandrohung, die Rückführung der Objekte zu behindern oder zu erschweren.

¹¹⁵ GUTACHTEN WALTER, S. 76.

¹¹⁶ GUTACHTEN WALTER, S. 76 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 18. Oktober 1999.

¹¹⁷ BGer 5A.13/2000 und 5A.14/2000 vom 19. Juni 2000 und BGer 5A.17/2000 und 5A.18/2000 vom 18. Juli 2000.

habe eine sehr weite Überprüfungsbefugnis, welche jene des Zivilrichters, der im Rahmen eines Streites über die Ausübung eines subjektiven Rechts angerufen werden kann, nicht ausschliesse. Probleme mit der Organisation einer Stiftung würden in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde fallen.¹¹⁸ Der Beschluss des Stiftungsrats, ein Mitglied aus dem Führungsorgan auszuschliessen, betreffe die Organisation, den Gang und die Tätigkeit der Stiftung und könne daher von der Aufsichtsbehörde überprüft werden.¹¹⁹ Schliesslich habe diese nicht nur dafür zu sorgen, dass der Stiftungszweck nicht gefährdet werde, sie habe auch über das gute Funktionieren der Stiftungsorgane zu wachen und deren Zusammensetzung zu überprüfen.¹²⁰

- 106 In einem ähnlich gelagerten Fall, ordnete die Aufsichtsbehörde den Verbleib eines ausgeschlossenen Mitglieds des Stiftungsrats im obersten Organ an. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Aufsicht über die Anlage und Verwendung des Stiftungsvermögens umfassend sei und auch Organisationsprobleme beinhalte. Die Stiftungsaufsicht sei befugt, Stiftungsorgane abzusetzen und neue zu ernennen, sofern das Verhalten eines Stiftungsorgans derart ist, dass es im Hinblick auf eine gesetzes- und statutengemässe Tätigkeit der Stiftung nicht mehr tragbar ist. Bei aller Zurückhaltung gegenüber der Autonomie der Stiftung müsse die Aufsichtsbehörde Beschlüsse überprüfen können, welche die Zusammensetzung der Stiftungsorgane und damit die Funktionsfähigkeit der Stiftung zum Gegenstand haben.¹²¹ In concreto habe die Aufsichtsbehörde aber aufgrund ihres Kontaktes zur Stiftung bereits dafür Sorge getragen, dass das Stiftungsvermögen zweckentsprechend verwendet werde und der Stiftungszweck nicht gefährdet sei. Eine darüberhinausgehende Anordnung, dass das ausgeschlossene Mitglied wieder Einsitz in den Stiftungsrat nehmen dürfe, sei nicht erforderlich gewesen und verletze den Autonomiebereich der Stiftung.¹²²
- 107 In einem anderen Fall hat das EDI die Übernahme der Aufsicht über eine Institution abgelehnt und verfügt, dass das von dieser Institution gesammelte Vermögen einer Institution mit gleicher oder ähnlicher Zwecksetzung zu überweisen sei. Grund dafür waren Zweifel der Aufsichtsbehörde an der Vertrauenswürdigkeit dieser Institution. Ziel der Stiftungsaufsicht war es, durch die Nichtübernahme der Aufsicht den Eintrag der Stiftung im Handelsregister zu verhindern.¹²³ Das Bundesgericht hielt hingegen fest, dass alleine Stiftungszweck und örtlicher Tätigkeitsbereich für die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde entscheidend seien und diese ihre Aufsichtszuständigkeit nicht aus anderen Gründen ablehnen könne.¹²⁴ Zur Errichtung einer Stiftung bedürfe es weder einer behördlichen Genehmigung noch einer Zulässigkeitsprüfung irgendwelcher Art. Die abweichende, sich

¹¹⁸ BGE 112 II 98 f. E. 3.

¹¹⁹ BGE 112 II 100 E. 4.

¹²⁰ BGE 112 II 101 E. 5.

¹²¹ BGE 112 II 471 E. 2, m.H.a. BGE 112 II 98 f., E. 3 und 105 II 326 ff.

¹²² BGE 112 II 472 E. 3b

¹²³ Vgl. BGE 120 II 377 E. 4.

¹²⁴ BGE 120 II 375 ff. E. 3.

auf irgendwelche Kreis- oder Rundschreiben des Eidgenössischen Handelsregisteramtes ohne Rechtskraft stützende Praxis, dass die Eintragung einer Bestätigung des übernehmenden Gemeinwesens bedürfe, könne das materielle Recht nicht einschränken.¹²⁵ Die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde sei nur in engen Grenzen möglich und folge dem Grundsatz, die Stiftung dem Stifterwillen gemäss zu erhalten. Die Stiftungsurkunde und damit auch Errichtungsmängel könnten von der Aufsichtsbehörde über Art. 83 Abs. 2 und 3 ZGB korrigiert werden.¹²⁶ Bei der Vorprüfung der Stiftungsunterlagen könne die Aufsichtsbehörde immerhin sachdienliche Empfehlungen abgeben und Verbesserungsvorschläge unterbreiten.¹²⁷

- 108 Die Aufsichtsbehörde hat das Recht, Stiftungsräte abuberufen oder zu ernennen.¹²⁸ Das Bundesgericht hat im einem Fall einer strittigen Kooptation festgestellt, dass die Kooptation des Stiftungsrates durch den einzigen noch verbliebenen, zeichnungsberechtigten Stiftungsrat in concreto nichtig war.¹²⁹ Wenn eine Kooptation aufgrund der konkreten Verhältnisse nicht statutengemäss durch den Stiftungsrat durchgeführt werden könne, sei die Aufsichtsbehörde, welche gestützt auf Art. 84 ZGB die Einstellung der Stiftungsratsmitglieder verfügen konnte, kraft ihrer Amtsgewalt auch befugt, an deren Stelle bei der Ernennung neuer Stiftungsräte mitzuwirken. Diese Kompetenz komme ihr schon deshalb zu, weil sie nach anerkannter Praxis bei der Abberufung aller Stiftungsräte auch die neuen Organe bestimmen könne, soweit hierfür nicht die Statuten eine andere Instanz bezeichnen.¹³⁰
- 109 Schliesslich befasste sich eines der vielen Verfahren um die Rau-Stiftungen mit der vom EDI bei der Vormundschaftsbehörde Embrach erfolgreich beantragten Verbeiständung von zwei Stiftungen nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB.¹³¹ Das Bundesgericht hat das Vorgehen der Aufsichtsbehörde und der Vormundschaftsbehörde geschützt und darauf hingewiesen, dass die Stiftungsorgane in concreto die von der Aufsichtsbehörde vorgängig der Verbeiständung angeordneten Massnahmen zur Sicherstellung der gesetzes- und zweckkonformen Verwaltung der Stiftung mehrfach durchkreuzt hätten. Die Aufsichtsbehörde

¹²⁵ BGE 120 II 377 f. E. 4a. Das Inkrafttreten der Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007 hat hieran nichts geändert. Zwar ersuchen die Aufsichtsbehörden, die Organe einer neu zu gründenden Stiftung, die Stiftungsurkunde zum Zwecke der Vorprüfung der Stiftungsaufsicht zu unterbreiten. Gründungsvoraussetzung ist dies aber nicht. Gemäss Art. 94 HRegV ist denn auch keine entsprechende Verfügung der Aufsichtsbehörde zur Anmeldung der Stiftungerrichtung einzureichen (mit Ausnahme einer allfälligen Verfügung, wonach die Stiftung von der Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle befreit ist; vgl. Art. 94 Abs. 1 Bst. c HRegV).

¹²⁶ BGE 120 II 383 E. 4b.

¹²⁷ BGE 120 II 383 E. 4c.

¹²⁸ BGE 129 III 642 ff.

¹²⁹ Im Falle der Antoine Deusser-Stiftung und der Arthur und Estella Hirzel Callegari-Stiftung, beide mit Sitz in Zurzach, hat das EDI im Jahr 2003 verschiedene Verfügungen erlassen und damit insbesondere zwei von drei Stiftungsräten in ihrer Funktion eingestellt. Die Wirkung dieser Einstellung in der Funktion war, dass die beiden Personen zwar Mitglied der Stiftungsräte blieben und als solche auch im Handelsregister nicht gelöscht wurden, dass sie aber keine Unterschriftsberechtigung mehr hatten., bis die Aufsichtsbehörde ihre aufsichtsrechtlichen Abklärungen erledigen konnte (BGE 129 III 244 f. E. 3.4).

¹³⁰ BGE 129 III 645 f. E. 3.5.

¹³¹ BGE 126 III 499.

hätte in der Folge keine mildereren Massnahmen als die Verbeiständung der Stiftung nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB mehr zur Verfügung gehabt. Sie habe auch das Prinzip der Verhältnismässigkeit nicht verletzt.¹³²

3. Vermögensanlage

- 110 Betreffend die Anwendung der Anlagerichtlinien der beruflichen Vorsorge auf gemeinnützige Stiftungen¹³³ verwies das Bundesgericht darauf, dass die Stiftungen – trotz Fehlens von bundesrechtlichen (und in concreto auch kantonsrechtlichen) Vorschriften zur Vermögensanlage – bei ihrer Kapitalanlagepolitik generell die Grundsätze der Sicherheit, Rentabilität, Liquidität, Risikoverteilung und Substanzerhaltung zu beachten hätten. Dies ergebe sich aus der Pflicht der Stiftungsaufsicht, für eine zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens zu sorgen.¹³⁴ Eine Anwendung der Anlagevorschriften aus der beruflichen Vorsorge als Orientierungshilfe auch für die gemeinnützigen Stiftungen ist gemäss Bundesgericht nicht zu beanstanden.¹³⁵

4. Beurteilung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

- 111 Die vorstehend dargestellte Auswahl von aufsichtsrelevanten Entscheiden des Bundesgerichts, zeigt, dass der Umfang der aufsichtsrechtlichen Tätigkeit zwar ab und an hinterfragt und beschwerdeweise herausgefordert wurde, dass aber seitens des Bundesgerichts ein klares Bild von Inhalt, Aufgabe und Mittel der Aufsichtsbehörde besteht. In keinem einzigen Entscheid hat das Bundesgericht eine frühere Entscheidung materiell korrigiert.
- 112 Die Rechtsprechung verdeutlicht, nicht nur die Befugnisse der Aufsichtsbehörde, sondern auch deren Grenzen, die den Aufsichtsbehörden in aller Regel auch klar sind. So halten die Entscheide zu den Rau-Stiftungen beispielsweise einerseits fest, dass sich die Sicherungs- und Weisungsbefugnis der Stiftungsaufsicht nur auf die Stiftung und deren Organe selber erstreckt, nicht aber auf den Stifter und andere Dritte, sowie andererseits, dass die Aufsichtsbehörde den Autonomiebereich der Stiftung zu respektieren hat und beispielsweise eine Siegelung und Inventarisierung nicht ohne weiteres verfügen darf.

¹³² BGE 126 III 503 f. E. 4a und 4b.

¹³³ Eine Stiftung mit Sitz in Sent bezweckt die Pflege des Andenkens des Stifters und die Ausrichtung von Stipendien an begabte Musikschüler sowie das Ermöglichen von Ferien auf einem bestimmten Hof für verdiente Musiker. Die einzigen vermögensrelevanten Bestimmungen der Stiftungsurkunde besagen, dass der Stiftungsrat die Verwaltung, Anlage und Aufbewahrung des Stiftungsvermögens bestimmt, dass das Stiftungsvermögen aber grundsätzlich nicht angetastet werden soll. Die kantonale Stiftungsaufsicht verfügte am 13. Januar 1997, dass die Stiftung bis spätestens Ende 1999 die Anlagevorschriften für Pensionskassen, die als Richtlinie von der Aufsichtsbehörde auch für klassische Stiftungen angewendet werde, einzuhalten habe. Die Stiftung hat diese Verfügung angefochten und durch alle Instanzen verloren (BGE 124 III 98).

¹³⁴ BGE 124 III 99 E. 2a, m.H.a. BGE 99 Ib 255 E. 3-5, BGE 108 II 258 E. 5bb und BGE 108 II 359 E. 5a.

¹³⁵ BGE 124 III 99 E. 2b und 2c.

III. Gesetzeskommentare

- 113 Der ZÜRCHER Kommentar weist darauf hin, dass die Stiftung gemäss ZGB handlungsfähig sei und ihre Angelegenheiten selbständig regle. Die Aufsichtsbehörde habe daher auch das Stiftungsvermögen nicht mehr obervormundschaftlich zu verwalten. Vielmehr habe sie dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen nach Massgabe der Stiftungsurkunde erhalten und die Mittel dem Stiftungszwecke zugeführt würden.¹³⁶ Die Aufsicht würde die Stiftung in diesem Sinne nicht gegen Dritte schützen (wie die Vormundschaftsbehörde den Mündel gegen den Vormund), sondern nur die Tätigkeit der Stiftungsorgane selber beaufsichtigen. Auch wenn die Anwendung der Grundsätze vormundschaftlicher Vermögensverwaltung durch die Aufsichtsbehörde umstritten sei, müsse diese doch mindestens auf solide Anlage und periodische Rechnungsablegung dringen.¹³⁷
- 114 Der ZÜRCHER Kommentar äussert sich auch zu den Aufsichtsmitteln. Die Aufsichtsbehörde könne Mahnungen aussprechen, Bussen verhängen und völlig ungeeignete, unfähige, renitente Organe abberufen könne.¹³⁸ Die Aufsichtsbehörde müsse auf Beschwerde hin auch die angefochtenen Massnahmen der Stiftungsorgane daraufhin prüfen, ob sie dem Gesetz und den Bestimmungen der Stiftungsurkunde entsprechen. Bei Ermessensentscheiden habe die Aufsichtsbehörde zu prüfen, ob offenbare Willkür, missbräuchliche Verfügungen oder unbegründete Ungleichbehandlungen vorliegen.¹³⁹
- 115 Der BASLER Kommentar hält zum Umfang der Aufsicht fest, dass die Stiftungsaufsicht eine reine Rechts- und keine Fachaufsicht sei, welche die Rechtmässigkeit des Verhaltens der Stiftungsorgane zu prüfen und dabei deren Autonomiebereich zu respektieren habe. Im Vordergrund der Aufsichtstätigkeit stehe die Anlage und Verwendung des Stiftungsvermögens. Die Aufsichtsbehörde habe darüber zu wachen, dass die Organe das Gesetz, die guten Sitten und die Rechtsgrundlagen der Stiftung einhalten, sowie ihren Ermessensspielraum weder missbrauchen noch überschreiten.¹⁴⁰ Die Aufsichtsbehörde habe in ihrer Tätigkeit die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze (namentlich Verhältnismässigkeit und Subsidiarität) zu respektieren. Die Aufsichtsbehörde sei eine gegenüber dem Stiftungsrat und der Revisionsstelle nachrangige Kontrollinstanz und habe erst und nur soweit einzugreifen, als die rechtmässige Zweckerfüllung einer Stiftung gefährdet sei.¹⁴¹

¹³⁶ Zürcher Kommentar, 1978, Art. 84 ZGB N 7.

¹³⁷ Zürcher Kommentar, 1978, Art. 84 ZGB N 8.

¹³⁸ Zürcher Kommentar, 1978, Art. 84 ZGB N 9.

¹³⁹ Zürcher Kommentar, 1978, Art. 84 ZGB N 10.

¹⁴⁰ BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 9, m.w.H.

¹⁴¹ BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 10.

- 116 Der BASLER Kommentar zeigt auch, wie vielfältig und griffig die präventiven und repressiven Aufsichtsmittel sind und verweist insbesondere auf die reichhaltige bundesgerichtliche Praxis zu Anordnungen der Aufsichtsbehörde betreffend die Vermögensanlage und -verwaltung sowie die Organisation und Funktionsfähigkeit von Stiftungen ¹⁴²
- 117 RIEMER widmet sich im BERNER Kommentar sehr ausführlich den Aufgaben und Mittel der Stiftungsaufsicht. Nach einer kurzen Darstellung von Literatur und Rechtsprechung zur Frage, ob die staatliche Beaufsichtigung der privatrechtlichen Stiftungen dem Schutze des privaten (individuellen) Stifterwillens und -interesses oder der Wahrung öffentlicher Interessen bzw. der Interessen der Allgemeinheit diene, hält RIEMER fest, dass die Gesichtspunkte des öffentliche und des privaten Interesses nicht im Gegensatz zueinander stehen würden.¹⁴³
- 118 Das öffentliche Interesse sei das gesetzgeberische Motiv und die Begründung für die Einführung der Stiftungsaufsicht überhaupt. Das private Interesse sei der Massstab für die Konkretisierung der Aufsichtsaufgabe i.S.v. Art. 84 Abs. 2 ZGB in jedem einzelnen Fall. Gerade die Formulierung der Pflicht der Aufsichtsbehörde, für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens (durch die Stiftungsorgane) zu sorgen, beinhalte die Massgeblichkeit des Stifterwillens für die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde.¹⁴⁴
- 119 Zur materiellen Stellung der Aufsichtsbehörde gegenüber der Stiftung weist RIEMER – wie vorstehend erwähnt – darauf hin, dass die Aufsichtspflicht gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB weder eine Organschaft noch einer Vertreterstellung impliziere. Mit Verweis auf das Kreisschreiben 1921 und einige Ausnahmefälle hält er fest, dass die Aufsichtsbehörde weder berechtigt noch tatsächlich in der Lage sei, namens und mit Wirkung zugunsten oder zulasten der Stiftung zu handeln. Ein solches sei – im Sinne einer Ersatzvornahme und nach Ausschöpfung der weiteren Aufsichtsmittel – nur zulässig, wenn die Stiftung keine oder keine handlungsfähigen resp. -willigen Organe habe.¹⁴⁵
- 120 Den Gesetzeskommentaren zum Stiftungsrecht sind keine weiteren Aussagen zu entnehmen, welche es erlauben würden, den Inhalt des Begriffs Sorge für eine zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens“ näher zu konkretisieren.

¹⁴² BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 12 ff., m.w.H.

¹⁴³ RIEMER, N 47 f. zu Art. 84 ZGB, m.w.H.

¹⁴⁴ RIEMER, N 48 zu Art. 84 ZGB, m.w.H auf die parlamentarischen Beratungen.

¹⁴⁵ RIEMER, N 116 f. zu Art. 84 ZGB.

IV. Relevante Gutachten zur Stiftungsaufsicht

1. Inhalt der Stiftungsaufsicht

- 121 Am 6. Oktober 1920 ersuchte die Direktion des Innern des Kantons Zürich den Bundesrat um Aufschluss über zwei grundsätzliche Fragen des Stiftungsrechts, die Bestimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde und den Inhalt des Aufsichtsrechts nach Art. 84 ZGB. Das EJPD beauftragte in der Folge Prof. Eugen Huber, eine gutachterliche Stellungnahme¹⁴⁶ zu diesen beiden Fragen abzugeben. Das Gutachten von Eugen Huber datiert vom 13. Januar 1921 und führte schliesslich inhaltlich übereinstimmend zum Kreisschreiben 1921.¹⁴⁷
- 122 Die Frage der Direktion des Innern des Kantons Zürich betreffend den Inhalt der Stiftungsaufsicht ging dahin, welche Aufgaben und Kompetenzen die Aufsichtsführung gemäss Art. 84 ZGB beinhalte.¹⁴⁸
- 123 HUBER hält zunächst ins negativer Hinsicht fest, dass die Aufsicht kein Organ der Stiftung sei und daher auch weder Vertretungs- noch Mitwirkungsbefugnis habe.¹⁴⁹ In positiver Hinsicht beinhalte die allgemeine Umschreibung von Art. 84 ZGB folgende Kompetenzen:
- 124 Die Aufsichtsbehörde habe das Recht und die Pflicht, die Verwaltung der Stiftung ihrer Kontrolle zu unterwerfen. Sie könne regelmässig Berichterstattung und Rechnungsablage beanspruchen. Im Falle einer nicht zweckgemässen Vermögensverwendung könne sie die Stiftungsorgane hierauf aufmerksam machen und allenfalls selber klagen.¹⁵⁰
- 125 Die Aufsicht könne aufgrund von Art. 84 ZGB auch allgemeine Anleitungen aufstellen, an die sich die beaufsichtigten Stiftungsverwaltungen zu halten haben. HUBER spricht in diesem Zusammenhang – unter Hinweis auf die Funktion der kantonalen Vormundschaftsorgane – von einer prophylaktischen Aufsicht.¹⁵¹
- 126 Zur Kompetenz der Aufsichtsbehörde betreffend die Ergänzung oder Änderung der Organisation sowie die Änderung des Stiftungszweckes verweist HUBER auf die Spezialbestimmungen in Art. 83 und Art. 86 ZGB und hält fest, dass sich die

¹⁴⁶ Im Folgenden: GUTACHTEN HUBER.

¹⁴⁷ Vgl. Ziff. D.I.3.3.a vorstehend.

¹⁴⁸ GUTACHTEN HUBER, Ziff. IV., S. 15.

¹⁴⁹ GUTACHTEN HUBER, Ziff. IV., S. 15.

¹⁵⁰ GUTACHTEN HUBER, Ziff. IV.a, S. 16.

¹⁵¹ GUTACHTEN HUBER, Ziff. IV.b, S. 16 f.

Sorge der Aufsichtsbehörde für die richtige Organisation und Durchführung der Vermögenswidmung oftmals unvermeidlich verbinden würden.¹⁵²

- 127 Gerade zum letzten Punkt meint HUBER, dass dem freien Ermessen bei der Tätigkeit der Aufsichtsbehörde ein grosser Spielraum gewährt werden müsse. Vorschriften, die ins einzelne gehen, kämen daher kaum in Frage. Die Bundesbehörde könne solchen Vorschriften einerseits auf dem Gebiet der eidgenössischen Steuergesetzgebung ergreifen, andererseits bei den selber beaufsichtigten Stiftungen.¹⁵³
- 128 HUBER hält fest, dass dem Bund in dieser Hinsicht eine wesentlich engere Kompetenz zustehe, als sie in der letzten Zeit in Betracht gezogen worden sei. Dies sei aber für das Stiftungswesen und das Stiftungsrecht kein Nachteil. Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen dem Bund und den kantonalen Verwaltungsbehörden könne sich damit nur erleichtern und die Freiheit des Stiftungswesens daraus in wünschenswerter Weise Gewinn ziehen.¹⁵⁴
- 129 Abschliessend schlägt HUBER vor, dass die Kantone ein jeder für sich, eigene angemessene Vorschriften für sich und ihre Gemeinden treffen sollen. Wenn in der Folge in der Ausführung des Aufsichtsrechts allzu grosse Unterschiede zutage treten sollten, sei es Sache der Kantone, gegebenenfalls unter Mitwirkung der Bundesbehörden, Lösungen zu finden.¹⁵⁵

2. Verhalten der Stiftungsaufsicht

- 130 Wie bereits erwähnt beschäftigte in den Jahren 1998 bis 2006 der Fall Rau¹⁵⁶ die Eidgenössische Stiftungsaufsicht, das Bundesgericht und schliesslich auch das Bundesparlament. Im Auftrag des EDI verfasste Prof. Hans Peter Walter am 26. Juli 2004 eine gutachtliche Stellungnahme in Sachen Aufsicht über die Rau-Stiftungen. Am 7. April 2006

¹⁵² GUTACHTEN HUBER, Ziff. IV.c, S. 17 f.

¹⁵³ GUTACHTEN HUBER, Ziff. IV.b, S. 17 f.

¹⁵⁴ GUTACHTEN HUBER, S. 18.

¹⁵⁵ GUTACHTEN HUBER, S. 19.

¹⁵⁶ Im Wesentlichen ging es darum, dass Dr. Gustav Rau, ein bedeutender deutscher Kunstsammler, dessen Kunstsammlung auf mehrere hundert Millionen Franken geschätzt wurde, zwischen 1971 und 1986 mehrere Stiftungen unter Aufsicht der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht gegründet und diesen sowohl Bargeld als auch einige Kunstwerke gewidmet hat. Nachdem sich der Gesundheitszustand von Dr. Rau Anfang der 1990er Jahre massiv verschlechtert hat, brach ein Konflikt zwischen verschiedenen Personen aus dem Umfeld von Dr. Rau und dessen Stiftungen um das Vermögen von Dr. Rau aus. Im Sommer 1997 unterzeichnete Dr. Rau einen Schenkungsvertrag betreffend seine Kunstsammlung zugunsten seiner liechtensteinischen Familienstiftung, welche nach seinem Tod ihr gesamtes Vermögen einer der schweizerischen Stiftungen zu übertragen hätte. Die Kunstsammlung wurde der Familienstiftung aber nie übertragen. Ein Jahr später setzte er eine andere Stiftung als Alleinerbin seines Vermögens ein. Dann griff die Eidgenössische Stiftungsaufsicht ein und versuchte durch verschiedene Massnahmen den Anspruch einer der schweizerischen Stiftungen zu sichern (Vgl. ausführlicher Prof. Hans Peter Walter, Gutachtliche Stellungnahme in Sachen Aufsicht über die Rau-Stiftungen [GUTACHTEN WALTER] vom 26. Juli 2004 und GPK S, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats vom 7. April 2006, Aspekte der Stiftungsaufsicht am Beispiel der Stiftungen von Dr. Gustav Rau).

veröffentliche die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) einen Bericht zu den Aspekten der Stiftungsaufsicht am Beispiel der Stiftungen von Dr. Gustav Rau.¹⁵⁷

- 131 Die diversen Verfügungen und Zwischenverfügungen des EDI im Zusammenhang mit den Rau-Stiftungen wurden allesamt angefochten. Das Bundesgericht hatte diverse Entscheide zu fällen und hat dabei die Handlungen der Stiftungsaufsicht, soweit es auf die Beschwerden eingetreten ist, fast ausnahmslos geschützt. Es hat nur diejenigen Verfügungen der Stiftungsaufsicht kassiert, in denen diese ihre Aufsichtskompetenz zu weit ausgelegt und beispielsweise in den Autonomiebereich der Stiftung eingegriffen oder ihre Eingriffe auf Personen ausgedehnt hat, die der Aufsicht nicht unterstehen.¹⁵⁸

Gutachten Walter

- 132 Die gutachtliche Stellungnahme WALTER enthält keine Hinweise darauf, dass die gesetzlichen Grundlagen der Stiftungsaufsicht anzupassen wären. Festgehalten wird aber, dass die Stiftungsaufsicht es nach Möglichkeit vermeiden sollte, exzessive Verfügungen zu erlassen. Anordnungen in Verfügungsform seien auf das Notwendige zu beschränken. Auch die Aufsichtsbehörde habe die Probleme schnörkellos sowie gradlinig anzugehen und nicht unter dem Druck der Öffentlichkeit und der Medien aufzublähen.¹⁵⁹
- 133 WALTER war demnach der Auffassung, dass die Aufsichtsbehörde einen genügend klaren gesetzlichen Auftrag und genügend griffige Mittel zur Verfügung habe, um auch komplexe Fälle zu lösen.

Bericht GPK-S

- 134 Der Bericht der GPK-S hielt fest, dass die Aufsichtsbehörde im Falle der Rau-Stiftungen ihre aufsichtsrechtlichen Kompetenzen in verschiedenen Situationen überschritten habe.¹⁶⁰
- 135 Die GPK-S wies darauf hin, dass zahlreiche Tätigkeitsgebiete des EDI zugleich klassische Wirkungsgebiete gemeinnütziger Stiftungen seien. Aufgrund der Untersuchung schlug die GPK-S (unter Hinweis auf eine bereits früher gemachte Empfehlung)¹⁶¹ insbesondere vor, die Eidgenössische Stiftungsaufsicht in ein Departement oder eine Verwaltungseinheit zu

¹⁵⁷ Der Bericht der GPK-S untersuchte die umstrittensten Punkte des Falles Rau und bewertete die Tätigkeit des EDI unter dem Gesichtspunkt der parlamentarischen Oberaufsicht (BBl 2006 7707).

¹⁵⁸ Vgl. ausführlicher vorstehend Ziff. D.II.1 f.

¹⁵⁹ GUTACHTEN WALTER, S. 82 und 86.

¹⁶⁰ BBl 2006 7719 f.

¹⁶¹ Vgl. Bericht der GPK der eidgenössischen Räte zuhanden des Bundesrates zur Inspektion «Rolle und Funktion der Generalsekretariate» vom 22. Mai 1995 (BBl 1995 IV 1136 ff.).

verlegen, deren Aufgabenbereich sich weniger mit dem Tätigkeitsfeld gemeinnütziger Stiftungen überschneidet, beispielsweise das Bundesamt für Justiz oder die Bundeskanzlei.¹⁶²

- 136 Weiter schlug die GPK-S vor, die finanziellen und personellen Ressourcen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht sowie die für die Erfüllung ihrer Pflichten notwendigen Kompetenzen kritisch zu überprüfen.¹⁶³
- 137 Schliesslich hielt die GPK-S auch fest, dass sich die Stiftungsaufsicht und die Bedingungen für deren Ausübung weitgehend auf Rechtsprechung und Praxis stützen würden, was unter dem Gesichtspunkt des Gesetzmässigkeitsprinzips und der Voraussehbarkeitsgarantie unbefriedigend sei. Die Aufsicht solle nicht nur bei Ermessensmissbrauch und unrechtmässigem Handeln einschreiten können, sondern auch dann, wenn die Verwaltung der Stiftung offensichtlich schlecht sei. Die Kommission forderte den Bundesrat auf, die Grundsätze der Stiftungsaufsicht, die wichtigsten Aufsichtsmaßnahmen sowie die Bedingungen ihrer Ausübung gesetzlich festzulegen. Weiter soll der Bundesrat das Aufsichtssystem einer systematischen Überprüfung unterziehen und dabei verschiedene mögliche Organisationsformen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht prüfen.¹⁶⁴
- 138 Als Folge des Berichts der GPK-S erstellte das EJPD Ende 2010 einen Grundlagenbericht zur Frage der Konkretisierung von Art. 84 Abs. 2 ZGB auf Gesetzesstufe.¹⁶⁵

V. Revisionsideen

- 139 Die tatsächlich erfolgten Revisionen des Stiftungsrechts wurden bereits dargestellt.¹⁶⁶ Im Folgenden geht es darum zu zeigen, welche Vorstösse für Revisionen erfolgt sind, welchen Inhalt resp. welches Ziel sie hatten und aus welchen Gründen sie weiterverfolgt oder fallengelassen wurden.
- 140 Dabei gibt es grundsätzlich zwei Stossrichtungen für Revisionen. Einerseits wurden immer wieder Anstrengungen unternommen, das Stiftungsrecht dahingehend zu modifizieren, dass es für den Stifter attraktiver wird. Andererseits wurde auch die Idee, einer ausführlicheren Kodifizierung der Aufsichtstätigkeit mehrmals angestossen.

¹⁶² BBl 2006 7724.

¹⁶³ BBl 2006 7730.

¹⁶⁴ BBl 2006 7730 f.

¹⁶⁵ Vgl. Ziff. D.V.1.2 nachstehend.

¹⁶⁶ Vgl. Ziff. C.III.1 und D.I.1.2 vorstehend.

141 Inhaltlich wurden diese beiden Stossrichtungen bei gewissen Revisionsaktivitäten teilweise vereint. Auch zeitlich haben sich die diversen Vorstösse und die entsprechenden diesbezüglichen Berichte teilweise überschritten. Aus diesem Grunde werden sie in der Folge thematisch zusammengefasst.

1. Kodifizierung Aufsichtstätigkeit

142 Unter dem Titel Kodifizierung der Aufsichtstätigkeit ging es ursprünglich nur um die Idee, die Tätigkeit, die Aufgaben und die Mittel der Aufsichtsbehörde, gesetzlich explizit zu normieren.

143 In den jüngeren Jahren wurde diese Absicht durch die Idee angereichert, das System der Aufsicht zu verändern, indem eine Oberaufsicht eingeführt werden sollte resp. neuerdings die ESA rechtlich verselbständigt werden soll.

1.1 Postulat Iten

144 Am 14. März 1989 reichte Ständerat Andreas Iten eine Motion zum Stiftungsrecht ein.¹⁶⁷ Der Bundesrat sollte beauftragt werden, das Stiftungsrecht zu revidieren und insbesondere die Unternehmensstiftungen mit rein wirtschaftlichem Zweck zu verbieten. Begründet wurde diese Motion nicht. Auf Antrag des Bundesrats hat der Ständerat die Eingabe am 19. September 1989 als Postulat angenommen.¹⁶⁸

145 Das EJPD beauftragte Prof. Hans Michael Riemer, einen Vorentwurf für eine Revision des Stiftungsrechts zu erarbeiten, der in der Folge von einer interdepartementalen Arbeitsgruppe der Bundesverwaltung leicht modifiziert worden ist.

146 Inhaltlich schlug der Vorentwurf 1993 beispielsweise die Einführung eines amtlichen Vorprüfungsverfahrens, einer unabhängigen Revisionsstelle und eines verbesserten Gläubigerschutzes vor. Weiter sollten neue Stiftungen mit überwiegend wirtschaftlichem Zweck verboten, Stiftungen der Konkursbetreuung¹⁶⁹ unterstellt und das Verfahren zur Aufhebung gesetzwidriger Stiftungen vereinfacht werden.

147 Ziel dieser Revisionsbestrebung war einerseits, im Sinne des Postulats Iten die Unternehmensstiftungen zu verbieten, und andererseits, die von Rechtsprechung und Aufsichtspraxis entwickelten, aber nicht gesetzlich kodifizierten Regeln in den Gesetzestext zu überführen.¹⁷⁰ Dieser zweite Aspekt war aber nicht Teil des Postulats Iten, sondern wohl

¹⁶⁷ 89.289 – Motion Änderung des Stiftungsrechts.

¹⁶⁸ S AB 1989 IV 435.

¹⁶⁹ Dies wurde mit dem neuen Art. 39 Abs. 1 Ziff. 12 SchKG per 1. Januar 1997 umgesetzt.

¹⁷⁰ BSK ZGB I – GRÜNINGER, Vor Art. 80-89a N 10 ff., m.w.H.

primär das Anliegen von RIEMER. Mit seinem Vorentwurf wollte er die reichhaltige Gerichts- und Verwaltungspraxis, welche das Stiftungsrecht in den ersten hundert Jahren zu einer – nur noch von Spezialisten erfassbaren – Art „Common Law“ habe werden lassen, durch eine konkretere Kodifizierung wieder aussagekräftiger machen.¹⁷¹

- 148 In der Vernehmlassung ist der Vorentwurf 1993 aber so heftig kritisiert worden, dass er vom Bund nicht weiterverfolgt wurde.¹⁷² Damit ist der Versuch, die bisherige Rechtsprechung und Praxis zum Stiftungsrecht zu kodifizieren, ein erstes Mal gescheitert.
- 149 Interessanterweise hat es gerade das Scheitern dieses Kodifizierungsversuchs dem Bundesgericht ermöglicht, in der Folge die Zulässigkeit von Stiftungen mit wirtschaftlichen Zwecksetzungen zu bejahen.¹⁷³

1.2 Grundlagenbericht EJPD

- 150 Vor dem Hintergrund des Berichts der GPK-S zu Aspekten der Stiftungsaufsicht am Beispiel der Stiftungen von Dr. Gustav Rau hat der Bundesrat am 20. Mai 2009 das EJPD beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem EDI (ESA) bis Ende 2010 zu prüfen, ob Art. 84 Abs. 2 ZGB auf Gesetzesstufe konkretisiert werden sollte. Resultat dieser Prüfung war der vorerwähnte Grundlagenbericht des EJPD, der vom Bundesrat am 23. Februar 2011 veröffentlicht wurde.¹⁷⁴
- 151 Ziel des Grundlagenberichts war die Untersuchung und Würdigung verschiedener Abstufungen (bezüglich Inhalt und Art) der Aufsicht zwischen einer Minimal- (behördliche Direktaufsicht) und einer Maximalvariante (Auslagerung der Aufsicht an die Revisionsstelle).¹⁷⁵
- 152 Zur geltenden Rechtslage führt das EJPD aus, dass die Stiftungsaufsicht das Fehlen eines unmittelbaren, auf Beteiligung gründenden Selbstbestimmungsrechts des Zweckvermögens ausgleichen möchte.¹⁷⁶ Inhaltlich handle es sich bei der heutigen Aufsicht um eine Rechtsaufsicht, die aber – beispielweise im Zusammenhang mit der Überprüfung der Einhaltung der Vermögensanlagegrundsätze – auch Elemente einer Fachaufsicht aufweisen

¹⁷¹ BSK ZGB I – GRÜNINGER, Vor Art. 80-89a N 9a, m.w.H.

¹⁷² BSK ZGB I – GRÜNINGER, Art. 84 N 11a.

¹⁷³ Vgl. BGE 127 III 341 E. 2.d.

¹⁷⁴ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Grundlagenbericht zur zukünftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht (Grundlagenbericht EJPD) vom 23. Dezember 2010. Eineinhalb Monate zuvor hatte Ständerat Werner Luginbühl seine Motion zur Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz eingereicht (09.3344).

¹⁷⁵ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 2, S. 2.

¹⁷⁶ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 3.1, S. 2.

könne.¹⁷⁷ Durch das System der Direktaufsicht sei gewährleistet, dass rasch auf die jeweiligen Bedürfnisse reagiert werden könne und die Aufsicht über die erforderliche Nachhaltigkeit verfüge.¹⁷⁸

- 153 Das Hauptmotiv der Aufsicht liege im strukturell bedingten Kontrolldefizit der Stiftung und diene dem Schutz der Interessen des Stifterwillens und der Destinatäre. Die Aufsicht übernehme somit die Funktion eines unabhängigen Garanten, der die Beachtung des objektiven Rechts durch die Stiftungsorgane sicherstelle.¹⁷⁹
- 154 Im Wesentlichen bestehe die Aufsichtstätigkeit in der Kontrolle der Verwirklichung des Stifterwillens. Die Aufsicht habe somit erst und nur soweit einzugreifen, als die Erfüllung des Stiftungszwecks gefährdet sei. In Ermessenfragen habe die Aufsichtsbehörde Zurückhaltung zu üben.¹⁸⁰ Zwar sei die Überprüfung der Geschäftsführung der Stiftung auf ihre Zweckmässigkeit und Effizienz nicht explizit gesetzlich vorgesehen. In der Praxis würden die Aufsichtsbehörden die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens, die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben und die Anlagepolitik aber gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB prüfen. Die Aufsichtsbehörde prüfe auch das Vorliegen von Ermessenmissbräuchen oder -überschreitungen durch die Organe, die Wahrung der Interessen der Stiftung und die Ausrichtung des Handelns der Stiftungsorgane nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, der Rechtsgleichheit und der Willkürfreiheit.¹⁸¹
- 155 Weiter verweist der Grundlagenbericht auf die zu Art. 84 Abs. 2 ZGB ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung.¹⁸² Die Aufsichtsbehörde habe bei der Anlage des Stiftungsvermögens auf die Einhaltung der Grundsätze der Liquidität, der Rendite, der Sicherheit, der Risikoverteilung und der Substanzerhaltung zu achten¹⁸³ sowie dem Stiftungszweck durch Überprüfung der Vermögensanlageentscheide Nachachtung zu verschaffen.¹⁸⁴
- 156 Bezüglich der aufsichtsrechtlichen Befugnisse verweist der Grundlagenbericht unter anderem auf den Bericht der GPK-S und auf die dort festgehaltene Forderung an den Bundesrat, die heutige Stiftungsaufsicht einer systematischen Prüfung zu unterziehen und die Grundsätze der Stiftungsaufsicht, die wichtigsten Aufsichtsmaßnahmen sowie die Bedingungen ihrer Ausübung auf Gesetzesstufe zu normieren.¹⁸⁵

¹⁷⁷ Die Überprüfung der Tätigkeit eines Spitals in Form einer Stiftung sei aber ohne fundierte branchenspezifische Kenntnisse unter Umständen kaum möglich (Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 4.1.c, S. 6).

¹⁷⁸ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 4.2.c, S. 7.

¹⁷⁹ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 3.1, S. 2.

¹⁸⁰ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 3.2, S. 3.

¹⁸¹ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 3.2, S. 3 mit Hinweis auf BGE 110 II 436 E. 4 und 108 II 497 E. 5.

¹⁸² Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 3.2, S. 4.

¹⁸³ BGE 108 II 352 ff.

¹⁸⁴ BGE 124 II 99 E. 2a.

¹⁸⁵ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 3.3, S. 4.

- 157 Der Grundlagenbericht beschreibt in der Folge verschiedene Aufsichtssysteme und stellt die Vor- und Nachteile der Rechtsaufsicht, der Fachaufsicht, der mediatisierten Aufsicht, des Oberaufsichtsmodells und der ergänzenden und/oder autonomen Kontrollmechanismen einander gegenüber.¹⁸⁶
- 158 Für eine positivrechtliche Normierung der Prüfungsaufgaben spricht gemäss EJPD, dass der heutige Gesetzeswortlaut keine klaren Prüfkriterien enthalte und es im Ermessen der Aufsichtsbehörde liege, auf welcher Grundlage und mit welcher Intensität sie die Prüfung der zweckkonformen Verwendung des Stiftungsvermögens vornimmt. Dies bedinge aber, dass der Gesetzgeber den Inhalt der Aufsicht im Grundsatz gesetzlich festlege. Auch eine Beschränkung der Aufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht setze eine materielle Neuformulierung des Gesetzes voraus und bewirke, dass nicht mehr auf die bisherige Rechtsprechung zur Rechtmässigkeit der Vermögensanlage abgestellt werden könne.¹⁸⁷
- 159 Unabhängig davon, ob die künftige Regelung eine Rechts- oder eine Fachaufsicht vorschreibe, könne die Wirksamkeit der staatlichen Kontrolle gesteigert werden, wenn bestimmte Aspekte des materiellen Stiftungsrechts in den Grundzügen gesetzlich festgehalten würden. Dies würde den Aufsichtsbehörden feste Anhaltspunkte für die Beurteilung der Rechtmässigkeit und der Angemessenheit des Handelns der Stiftungsorgane geben. Damit würde der Prüfungsauftrag konkretisiert und das Ergebnis der Prüfung vorhersehbarer. Durch eine klarere Definition des Prüfungsrahmens- und Massstabes könnten allfällige Unregelmässigkeiten in der Leitung und Verwaltung der Stiftung leichter erkannt werden. Ein Verzicht auf eine konkretere Regelung würde zwar einerseits die Freiheiten des geltenden Recht sichern, aber andererseits die Aufsichtstätigkeit erschweren, da eine offene und damit auslegungsbedürftige Rechtslage keine verlässliche Beurteilung der Rechtmässigkeit der zweckgemässen Verwendung der Mittel oder der Geschäftsführung erlaube.¹⁸⁸
- 160 Das EJPD hält abschliessend fest, dass Art. 84 Abs. 2 ZGB den Anforderungen der modernen Gesetzgebung nicht mehr genüge und eine der Ursachen für die Probleme der Stiftungsaufsicht im Fall Rau gewesen sei. Es schlägt vor, die für die Stiftungsaufsicht massgebenden Prüfkriterien sowie die Berichterstattung der Stiftungsorgane im Sinne einer Rechtsaufsicht auf Gesetzesstufe zu präzisieren. Die Aufsichtsbehörde habe nur zu kontrollieren, ob die Handlungen der Stiftungsorgane mit Gesetz, Stiftungsurkunde oder Reglement im Einklang stehen. Sollten diverse Aspekte der Stiftungsaufsicht (bspw. Aufgaben des Stiftungsrats, Organverantwortlichkeit, Mindestinhalt der Stiftungsurkunde) nicht materiell geregelt werden, wäre wohl die Pflicht zur Berichterstattung und deren Inhalt eingehender zu regeln.

¹⁸⁶ Vgl. Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 5, S. 9 ff.

¹⁸⁷ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 6.a, S. 14.

¹⁸⁸ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 6.b, S. 14 f.

- 161 Immerhin hätte die Ausarbeitung dieses Berichts gezeigt, dass kein dringlicher Handlungsbedarf bestehe und die geforderten Rechtsgrundlagen im Bereich der Stiftungsaufsicht allenfalls im Rahmen der Arbeiten zur Umsetzung der Motion Luginbühl geschaffen werden können.¹⁸⁹
- 162 Der Bundesrat schloss aus dem Grundlagenbericht des EJPD, dass das bestehende System ohne grundlegende und kostspielige Änderungen verbessert werden könnte, indem die Prüfkriterien der Aufsicht und die Berichterstattung der Stiftungsorgane gesetzlich geregelt würden. Die Aufsicht soll auf eine reine Rechtsaufsicht eingeschränkt werden und lediglich kontrollieren, ob die Tätigkeit der Stiftungsorgane mit Gesetz, Stiftungsurkunde und Reglementen im Einklang stehen. Das EJPD wurde beauftragt bis Ende 2012 in einem Bericht an den Bundesrat darzulegen, ob und wie die Rechtsgrundlagen präzisiert werden sollen.¹⁹⁰
- 163 Weiter hielt der Bundesrat fest, dass er zwar an einer dezentralen direkten Beaufsichtigung der Stiftungen durch die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Kantone festhalten will, dass aber geprüft werden soll, ob diese Direktaufsicht nicht durch eine Oberaufsicht ergänzt werden sollte. Mit der Prüfung dieser Frage wurde das EDI (ebenfalls mit Fristsetzung bis Ende 2012) beauftragt.¹⁹¹

1.3 Bericht EDI zum Modell einer Oberaufsicht

- 164 Das EDI (ESA) hat unter Einbezug des EFD und der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden geprüft, ob die bisherige dezentrale Direktaufsicht von Bund und Kantonen durch ein Modell der Oberaufsicht ersetzt werden soll, bei dem der Bund die Oberaufsicht ausübt und die Kantone die Direktaufsicht. Der Bericht wurde am 27. Februar 2013 veröffentlicht.
- 165 Hintergrund dieses Prüfauftrags war nicht nur der Grundlagenbericht des EJPD, sondern auch das mit der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge eingeführte Modell der Oberaufsichtskommission (OAK BV).
- 166 In diesem zweiten Zusammenhang weist der Bericht EDI darauf hin, dass es signifikante Unterschiede zwischen Vorsorgeeinrichtungen und klassischen Stiftungen gibt. Während Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen eines staatlich verordneten Versicherungsobligatoriums nur einen gesetzlich klar vorgegebenen Zweck hätten, würden klassische Stiftungen ganz unterschiedliche Zwecke auf ebenso unterschiedliche Arten und mit unterschiedlichen Mitteln verfolgen. Entsprechend sei das BVG umfassend und detailliert geregelt, während das ZGB lediglich ganz rudimentäre spezifische inhaltliche und organisatorische

¹⁸⁹ Grundlagenbericht EJPD, Ziff. 8, S. 19 f.

¹⁹⁰ Vgl. Medienmitteilung, EJPD vom 23. Februar 2011.

¹⁹¹ Vgl. Medienmitteilung, EJPD vom 23. Februar 2011.

Vorgaben vorsehe.¹⁹² Zudem sei die Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen aufgrund der in fachlicher Hinsicht umfassenden und detaillierten Regelung auch eine Fachaufsicht.¹⁹³

167 Das EDI kommt in seinem Bericht zum Schluss, dass auf die Einführung eines Oberaufsichtsmodells für klassische Stiftungen verzichtet werden soll. Aufgrund der Vielfalt der Stiftungszwecke und Stiftungstätigkeiten sei es nicht möglich, einer neuen Oberaufsichtsbehörde sinnvolle Aufgaben zu übertragen.¹⁹⁴

1.4 Bericht zur Abschreibung der Motion Luginbühl

168 Am 29. März 2009 reichte Ständerat Werner Luginbühl eine Motion zur Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz ein.¹⁹⁵ Der Bundesrat sollte beauftragt werden, den Stiftungsstandort Schweiz für in- und ausländische Stifter und Stiftungen attraktiv zu halten. Die Rahmenbedingungen für gemeinnützige Förderstiftungen wie auch Familienstiftungen sollten fiskalisch ebenso attraktiv ausgestaltet werden, wie sie es im benachbarten Ausland sind. Die Stiftungen sollten aber auch in ihrer gemeinnützigen Rolle mehr Bedeutung erlangen, indem von ihnen beispielsweise eine minimale Ausschüttungsquote festgeschrieben würde.¹⁹⁶

169 Nachdem diese Motion vom Ständerat angenommen wurde, nahm sie auch der Nationalrat in veränderter Form an. Zusätzlich wurde der Bundesrat beauftragt zu prüfen, ob auch eine Revision der Stiftungsaufsicht zweckmässig sei, denn die Kommission des Nationalrats war einstimmig der Auffassung, dass dieser Punkt bei einer Überprüfung des Stiftungsstandortes Schweiz mit einzubeziehen sei.¹⁹⁷

170 Mit Bericht vom 27. Februar 2013 beantragte der Bundesrat der Bundesversammlung, die Abschreibung der Motion Luginbühl.¹⁹⁸ Der Abschreibungsantrag enthielt inhaltlich den Bericht des EJPD zur Präzisierung der Rechtsgrundlagen der Stiftungsaufsicht, der bis Ende 2012 erarbeitet werden sollte.

171 Der Bundesrat war der Auffassung, dass zivilrechtlich keine Notwendigkeit bestehe, das Stiftungsrecht im Sinne der Anliegen der Motion Luginbühl anzupassen, und kein zwingender sachlich begründeter Bedarf, entsprechende Gesetzesnormen auszuarbeiten. Die

¹⁹² Bericht Oberaufsicht EDI, Ziff. 6, S. 3 f.

¹⁹³ Bericht Oberaufsicht EDI, Ziff. 7, S. 6, mit Hinweis auf den Grundlagenbericht EJPD.

¹⁹⁴ Immerhin wurden die personellen Ressourcen der ESA ausgebaut, damit diese ihrer Aufgaben auch mit der stetig wachsenden Anzahl Stiftungen nachkommen kann.

¹⁹⁵ 09.3344 – Motion. Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz.

¹⁹⁶ Bericht WAK-N vom 6. Oktober 2009, Ziff. 1, S. 1 f.; Bericht WAK-S vom 23. Februar 2010, Ziff. 1, S. 1 f.

¹⁹⁷ Zudem habe sich der Bundesrat anlässlich der Debatte im Ständerat bereits mit einer Prüfung der Stiftungsaufsicht einverstanden erklärt. (Bericht WAK-N vom 6. Oktober 2009, Ziff. 4, S. 3; Bericht WAK-S vom 23. Februar 2010, Ziff. 4, S. 3).

¹⁹⁸ BBl 2013 2213. Hierbei handelt es sich um das Resultat der Abklärungen des EJPD zur Präzisierung der Rechtsgrundlagen der Stiftungsaufsicht, welcher der Bundesrat dem EJPD am 23. Februar 2011 in Auftrag gegeben hat.

Notwendigkeit für eine Revision des Stiftungsrechts lasse sich insbesondere nicht damit begründen, dass die geltende gesetzliche Regelung ungenügend sei.¹⁹⁹

- 172 Bezüglich der Stiftungsaufsicht verwies der Bundesrat auf den Grundlagenbericht des EJPD zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht²⁰⁰, der festhält, dass die geltende Konzeption der Rechtsaufsicht Vorteile aufweist, welche die anderen Modelle nicht hätten. Auch das heutige System der direkten Aufsicht erachtet der Bundesrat als zweckmässig, da sowohl eine mediatisierte Aufsicht als auch ein Oberaufsichtsmodell zu einem erheblichen Mehraufwand führen würden, dessen Mehrwert sich nicht erhärten lasse. Trotz vereinzelter Kritik habe sich das heutige Modell der Stiftungsaufsicht bewährt, sodass kein sachlich begründeter Bedarf für eine Neuordnung der Aufsicht bestehe.²⁰¹
- 173 Schliesslich erachtete der Bundesrat auch eine Revision der Rechtsgrundlagen für die Stiftungsaufsicht als nicht erforderlich, da das Konzept der staatlichen Aufsicht, das die ausländischen Rechtsordnungen ebenfalls kennen, keine negativen Auswirkungen auf die Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz habe.²⁰²
- 174 Sowohl der Nationalrat am 12. Juni 2014²⁰³ als auch der Ständerat am 11. September 2014 stimmten dem Abschreibungsantrag des Bundesrates zu.²⁰⁴
- 175 Auch die Motion Luginbühl hatte ursprünglich nicht eine Verschärfung des Stiftungsrechts und Kodifizierung der regulatorischen Rahmenbedingungen, sondern eine Steigerung der Attraktivität des Stiftens zum Ziel. Auch hier ist – wie schon im Rahmen des Postulats Iten – die Idee einer Kodifizierung der aufsichtsrechtlichen Tätigkeit erst nachträglich in einen vor einem anderen Hintergrund eingereichten parlamentarischen Vorstoss eingeflossen.
- 176 Mit der Abschreibung dieser Motion ist somit auch der zweite Anlauf gescheitert, die bisherige Rechtsprechung und Praxis zum stiftungsrechtlichen Aufsichtsrecht explizit zu kodifizieren.

1.5 Verselbständigung der ESA

- 177 Ganz aktuell bestehen Bestrebungen, die ESA rechtliche zu verselbständigen. Schon in der Umsetzungsplanung des Bundesrates vom 25. März 2009 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006²⁰⁵ wurde festgehalten, dass die

¹⁹⁹ BBl 2013 2248.

²⁰⁰ Vgl. Ziff. D.V.1.2 vorstehend.

²⁰¹ BBl 2013 2248.

²⁰² BBl 2013 2248.

²⁰³ Einstimmig und diskussionslos (vgl. AB 2014 S. 775).

²⁰⁴ AB 2014 S. 775 f.

²⁰⁵ BBl 2006 8233.

Aufgabe der Stiftungsaufsicht zum Typus der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht gehöre, welche grundsätzlich durch verselbstständigte, aus der zentralen Bundesverwaltung ausgegliederte Einheiten wahrgenommen werden soll.

- 178 Aufgrund der geringen Grösse der ESA verzichtete der Bundesrat aber damals auf eine Ausgliederung aus der zentralen Bundesverwaltung. Am 27. Februar 2013 hat der Bundesrat – wie vorstehend dargestellt – beschlossen, auf die Einführung eines Oberaufsichtsmodells zu verzichten und die personellen Ressourcen der ESA auszubauen. Die ESA habe daher aktuell eine Grösse erreicht, die eine Verselbständigung vertreten lasse.²⁰⁶
- 179 Bei dieser Revisionsidee handelt es sich um eine rein organisatorische Massnahme auf Bundesebene ohne weitere Auswirkungen auf den bundesrechtlich verankerten Inhalt der Stiftungsaufsicht. Aus diesem Grunde wird nicht näher auf diese Verselbständigungsbestrebungen eingegangen.

1.6 Zwischenfazit

- 180 In den letzten 25 Jahren gab es zwei Anläufe, die Tätigkeit der Stiftungsaufsicht konkreter zu kodifizieren: der aufgrund des Postulats Iten geborene Vorentwurf 1993 von RIEMER und die diversen Berichte, die von der Bundesverwaltung im Nachgang der Querelen um die Rau-Stiftungen verfasst wurden.
- 181 Das Postulat Iten wollte lediglich die Unternehmensstiftungen verbieten, führte in der Folge aber zu einem Vorentwurf eines neuen Stiftungsrechts, welches eine ausführlichere Kodifizierung der Stiftungsaufsicht vorsah. Auch die Vorkommnisse um die Rau-Stiftungen führten zu einem Bericht (GPK-S 2006), der den Bundesrat aufforderte, die Grundsätze der Stiftungsaufsicht, die wichtigsten Aufsichtsmaßnahmen und die Bedingungen der Aufsichtsausübung gesetzlich festzulegen. Der Bericht der GPK-S mündete schliesslich im Grundlagenbericht des EJPD (2010), der wiederum zum Oberaufsichtsbericht des EDI (2012) und zum Abschreibungsbericht zur Motion Luginbühl (2013) führte.
- 182 Diese Berichte sind allesamt sorgfältig geschrieben und befassen sich vertieft mit der offenen Formulierung der gesetzlichen Grundaufgabe der Aufsichtsbehörde. Allerdings zeigt insbesondere der Grundlagenbericht des EJPD, dass er nicht auf dem Fundament einer grossen praktischen Erfahrung im Bereich der Stiftungsaufsicht formuliert wurde und sich daher dessen Schlussfolgerungen empirisch nicht nachvollziehen lassen.
- 183 Weder würde das gesetzliche Festhalten von Grundzügen bestimmter Aspekte des materiellen Stiftungsrechts die Wirksamkeit der staatlichen Kontrolle steigern,

²⁰⁶ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017-2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESAG), Ziff. 1.3.2, S. 67.

noch würde ein Verzicht auf eine konkretere Regelung die Aufsichtstätigkeit erschweren.

184 Die Aussage, die Aufsichtsbehörden hätten heute keine festen Anhaltspunkte für die Beurteilung der Rechtmässigkeit und der Angemessenheit des Handelns der Stiftungsorgane, ist genauso wenig nachvollziehbar, wie diejenige, dass durch eine klarere Definition des Prüfungsrahmens- und Massstabes allfällige Unregelmässigkeiten in der Leitung und Verwaltung der Stiftung leichter erkannt werden könnten. Die Aufsichtsbehörden verfügen nicht zuletzt auch durch ihre lange Praxis und die klärenden Entscheide des Bundesgerichts über eine sehr klare Auffassung darüber, was und wie sie die Stiftungen prüfen. Die Tatsache, dass die Checklisten, Prüfschemen und Risikobeurteilungstools der Direktaufsichtsbehörden bundesrechtlich nicht geregelt sind, erschwert die Aufsichtstätigkeit der einzelnen Behörden keineswegs.

185 Auch der Auffassung, dass die Formulierung von Art. 84 Abs. 2 ZGB eine der Ursachen für die Probleme der Stiftungsaufsicht im Fall Rau gewesen sei, kann so nicht beigeplichtet werden. Das Problem der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht lag in concreto vielmehr darin, dass die organisatorische Unterstellung und die damaligen personellen Ressourcen für einen Fall, in welchem ganz verschiedene Interessen (im Übrigen auch seitens des Bundes) mit Vehemenz vertreten wurden, quantitativ und qualitativ nicht ausreichend waren.

186 Resultat der vorstehend dargestellten Bemühungen und Berichte zur Kodifizierung der Tätigkeit der Stiftungsaufsicht war, dass der Bundesrat darauf verzichtet hat, die bundesrechtlichen Grundlagen zu konkretisieren. Der Vorentwurf RIEMER (1993) fiel in der Vernehmlassung durch und die weiteren Berichte haben den Bundesrat direkt dazu veranlasst, das heutige System der Stiftungsaufsicht und deren gesetzliche Regelung als genügend zu erachten.

2. Förderung Stiftungsstandort

2.1 Parlamentarische Initiative Schiesser

187 Ständerat Fritz Schiesser reichte am 13. Dezember 2000 eine parlamentarische Initiative zur Revision des Stiftungsrechts ein.²⁰⁷ Auf der Grundlage eines ausgearbeiteten Entwurfes wollte Schiesser das Stiftungsrecht sowie die einschlägigen Bestimmungen des Steuerrechts so ändern, dass vermögende Personen dazu veranlasst werden, erhebliche Mittel

²⁰⁷ 00.461 – Parlamentarische Initiative Revision des Stiftungsrechts.

zur Erfüllung von Aufgaben in Erziehung, Bildung, Forschung, Wissenschaft, Kultur usw. in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen.

- 188 Die WAK-S empfahl einstimmig, der Initiative Folge zu geben.²⁰⁸ Am 23. Oktober 2003 veröffentlichte sie den ausführlichen Bericht zur Initiative.²⁰⁹ Der Bundesrat stimmte dem Bericht der WAK-S am 5. Dezember 2003 zu.²¹⁰
- 189 Die Initiative Schiesser hatte nicht eine Verschärfung des Stiftungsrechts und/oder Konkretisierung der regulatorischen Rahmenbedingungen, sondern genau das Gegenteil zum Ziel. Das schweizerische Stiftungsrecht (inkl. das diesbezügliche Steuerrecht) sollte so revidiert werden, dass es durch seine Kundenfreundlichkeit vermögende Personen dazu animiert, sich in gemeinnütziger Weise finanziell zu engagieren.
- 190 Die Initiative führte schliesslich im Jahre 2006 in abgeänderter Form zur Revision des Stiftungsrechts, deren Auswirkungen auf die Aufgaben der Stiftungsaufsicht unter Ziff. C.III vorstehend dargestellt sind.

2.2 Parlamentarische Initiative Luginbühl

- 191 Ständerat Werner Luginbühl hat am 9. Dezember 2014 einen weiteren Vorstoss zur Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz in Form einer parlamentarischen Initiative eingereicht. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (RK-SR) hat der Initiative am 3. November 2015 Folge gegeben. Im Rat ist sie bis dato noch nicht behandelt worden.²¹¹
- 192 Hintergrund der Initiative ist eine von der parlamentarischen Gruppe Philanthropie/Stiftungen²¹² lancierte Schweizer Stiftungsstrategie (Massnahmenkatalog) zur gezielten Verbesserung der Rahmenbedingungen für gemeinnützige Stiftungen und Stärkung des Stiftungsstandortes Schweiz.
- 193 Die parlamentarische Initiative Luginbühl fordert das Parlament dazu auf, entsprechende Gesetzesänderungen vorzunehmen, damit die Rahmenbedingungen für ein wirksames und liberales Schweizer Gemeinnützigkeits- und Stiftungswesen gestärkt werden, wobei einem Katalog von acht Punkten Rechnung getragen werden soll.
- 194 Folgende dieser acht Punkte betreffen die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde: (i) Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde soll im Sinne eines Beschwerderechts von Personen mit einem

²⁰⁸ Bericht WAK-S vom 3. Mai 2001.

²⁰⁹ BBl 2003 8153.

²¹⁰ BBl 2003 8191.

²¹¹ 14.470 – Parlamentarische Initiative. Schweizer Stiftungsstandort. Stärkung.

²¹² Die parlamentarische Gruppe Philanthropie/Stiftungen wird von Ständerat Werner Luginbühl und Nationalrat Giovanni Merlini präsiert.

berechtigten Kontrollinteresse klarer geregelt werden; (ii) Die Rechte des Stifters sollen durch eine Ausdehnung des Änderungsvorbehalts in der Stiftungsurkunde auf Organisationsänderungen optimiert werden; (iii) Änderungen der Stiftungsurkunde sollen durch unbürokratische Änderungen ohne notarielle Beurkundung und durch eine offenere Regelung für unwesentliche Urkundenänderungen vereinfacht werden; (iv) Ehrenamtliche Organmitglieder sollen (unter Vorbehalt einer gegenteiligen statutarischen Regelung) die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschliessen können.

3. Zusammenfassende Würdigung der diversen Revisionsbestrebungen

- 195 Die beiden grundlegenden Revisionsideen, die Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz und die konkretere Kodifizierung der Stiftungsaufsicht, haben vollkommen unterschiedliche Stossrichtungen. Während die erste die vermögenden Personen dazu animieren möchte, mehr Mittel für kulturelle, soziale und andere Zwecke zu widmen, versucht die zweite, das bisher in der Praxis gut funktionierende Aufsichtssystem, einer ausführlicheren Kodifizierung zuzuführen.
- 196 Der Vorschlag einer attraktiveren Ausgestaltung des Stiftungsrechts führte regelmässig zu entsprechenden Gesetzesrevisionen, während die Idee einer verstärkten Regulierung bereits zweimal Schiffbruch erlitt.
- 197 Ganz offensichtlich sind die Vorschläge einer ausführlicheren Regulierung der Stiftungstätigkeit weder zwingend noch mehrheitsfähig. Interessanterweise sind denn auch im Bereich der Aufsichtstätigkeit über gemeinnützige Stiftungen kaum Fälle bekannt, in denen eine Aufsichtsbehörde ihren Pflichten nachweislich in massiver Weise nicht nachgekommen wäre.

VI. Tatsächliche Herausforderungen

- 198 Die tatsächlichen Herausforderungen der Aufsicht über gemeinnützige Stiftungen liegen denn auch nicht in einer Unsicherheit über die aufsichtsrechtlichen Kompetenzen, einem Ungenügen der Aufsichtsmittel oder einer Rechtsunsicherheit der eidgenössischen und der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden im Umgang mit den beaufsichtigten Stiftungen. Die Aufsichtsbehörden verfügen über die erforderlichen gesetzlichen Mittel und die Kompetenzen, alle sich ihnen stellenden Probleme zu lösen.
- 199 Zudem begegnen die Aufsichtsbehörden einer allfälligen Rechtsunsicherheit auf Seiten der Stifter und Destinatäre damit, dass sie einerseits Vorprüfungen zu allen aufsichtsrelevanten Geschäften anbieten und andererseits allen Anzeigen nachgehen, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Stiftungen gestellt werden.

- 200 Im operativen Aufsichtsalltag stellen sich vor allem zwei Situationen als herausfordernd dar: die Aufsicht über Stiftungen, die einen Betrieb (Sozialwerk, Schule, Heim etc.) führen, und die Aufsicht über Stiftungen mit charismatischen noch lebenden Stiftern, die in die Tätigkeit der Stiftung involviert sind.
- 201 Kritisch zu beurteilen ist in grundsätzlicher Hinsicht die durch die Gemeinden ausgeübte Stiftungsaufsicht. Erstens fehlt den Gemeinden aufgrund der geringen Anzahl beaufsichtigter Stiftungen (meist nur 1 bis 2) in der Regel die erforderliche Fachkompetenz im Bereich der Stiftungsaufsicht.²¹³ Zweitens sind die Gemeinden für die Stiftungsaufsicht dann zuständig, wenn der Stiftungszweck einen Kompetenzbereich der Gemeinde abdeckt. Gerade in diesen Fällen sind aber Konflikte zwischen den (auch finanziellen) Interessen der Gemeinde und der Stiftungsaufsicht immanent. Zudem ist auf Gemeindeebene auch eine enge personelle Verbindung der Organe unumgänglich, was ebenfalls zu Interessenkonflikten führen und damit die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde in Frage stellen kann.²¹⁴ Aufgrund der erhöhten Transparenzerwartungen in der Gesellschaft, der regelmässig geringeren Fachkompetenz der Gemeinden und der gesteigerten Möglichkeit von Interessenkonflikten erscheint eine Zentralisierung der Stiftungsaufsicht in den Kantonen, die aufgrund von Art. 84 Abs. 1^{bis} ZGB ins Ermessen der Kantone gestellt ist, als sinnvoll, wenn nicht gar dringlich.
- 202 Ebenso kritisch zu beurteilen ist auch die allenthalben vorhandene Auffassung, die Aufsicht über die gemeinnützigen Stiftungen und diejenige über Personalvorsorgeeinrichtungen müssten gleichermassen geregelt oder gar scharf sein. Die Aufsicht über gemeinnützige Stiftungen kann schon vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Willens nicht mit der Aufsicht über Personalvorsorgeeinrichtungen gleichgesetzt werden. Die Stiftungsaufsicht bewegt sich in einem Bereich der Freiwilligkeit. Die Stiftungsautonomie ist ein ganz wesentlicher Pfeiler der schweizerischen Philanthropie. Zudem hat sich über hundert Jahre eine verlässliche bundesgerichtliche Rechtsprechung auf der Grundlage sich kaum ändernder gesetzlicher Bestimmungen herausgebildet. Im Bereich der beruflichen Vorsorge übt die Aufsicht ihre Tätigkeit hingegen vor dem Hintergrund eines Versicherungsobligatoriums aus, das nicht zuletzt aufgrund seiner gesetzlich zugesprochenen Ansprüche der Versicherten sehr stark reguliert ist. Das Recht der beruflichen Vorsorge ist seit seinem Inkrafttreten alle zehn Jahre materiell überarbeitet worden und befindet sich seit zehn Jahren im Zustand einer Dauerrevision. Eine eingehendere Regelung der Aufsichtstätigkeit, inklusive Vorschriften über die organisatorische Ausgestaltung der Aufsicht, ist im Bereich der beruflichen Vorsorge und insbesondere vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Gesetzesdynamik und nicht immer widerspruchsfreien Rechtsprechung nachvollziehbar und sinnvoll.

²¹³ Dies trifft auf die Stadt Zürich, welche ca. 85 Stiftungen beaufsichtigt, beispielsweise nicht zu.

²¹⁴ Vgl. Stiftungsreport 2015, S. 10.

VII. Schlussfolgerung

- 203 Die materielle gesetzliche Regelung der Aufsichtstätigkeit ist wenig ausführlich gehalten. Seit über hundert Jahren hat sich an den gesetzlichen Aufgaben der Aufsicht auch nicht viel geändert. Die Umschreibung der Hauptaufgabe der Aufsichtsbehörde blieb gar unverändert.
- 204 Das Bundesgericht hat die Aufsichtstätigkeit, die zulässigen Inhalte und Mittel oft beurteilt und dabei eine bemerkenswerte, aber nicht weiter überraschende Konstanz an den Tag gelegt.
- 205 Für eine kompetente Stiftungsaufsichtsbehörde gibt es heute kaum Unsicherheiten betreffend die zu leistende Aufgabe und die zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel. Allerdings können nicht alle Stiftungsaufsichtsbehörden als kompetent bezeichnet werden, indem insbesondere auf Gemeindeebene den meisten Aufsichtsbehörden das erforderliche Volumen fehlt, um die erforderliche Fachkompetenz aufzubauen.
- 206 Eine konkretere gesetzliche Regelung der Aufsichtstätigkeit ist vor dem Hintergrund der langjährigen erprobten Praxis der Aufsichtsbehörden und der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erforderlich. Auch die beiden Gutachten HUBER und WALTER kommen zu keinem anderen Schluss.
- 207 Mit einer gesetzlichen Verankerung der bisher in Praxis und Rechtsprechung festgehaltenen Konkretisierungen der Stiftungsaufsicht würde die Rechtssicherheit nicht steigen, sondern für viele Jahre sinken, da sich die bisherigen Grundlagen für die Rechtsprechung ändern und eine noch zu erfolgende, bestätigende Rechtsprechung bedingen würden.
- 208 Hinzu kommt, dass die rechtliche Erfassung eines sehr offenen Bereiches, wie der überaus diversifizierten Stiftungswelt, mit einer offenen gesetzlichen Formulierung viel besser gelingt als mit detaillierten Normierungen, die in vielen konkreten Fällen wiederum zu Unsicherheiten und Auslegungsschwierigkeiten führen würden. Gerade in diesem Punkt unterscheiden sich die Bereiche der gemeinnützigen Stiftungen und der Personalvorsorgeeinrichtungen fundamental.
- 209 Eine Normierung der bisherigen Praxis hätte in der Konsequenz genau das Gegenteil dessen zur Folge, was damit beabsichtigt ist. Sie würde nicht mehr Rechtssicherheit für die Aufsichtsbehörden, die Destinatäre und die Stiftungen schaffen, sondern mehr Rechtsunsicherheit. Die Nachteile einer ausführlicheren Normierung der Aufsichtstätigkeit liegen auf der Hand, tatsächliche Vorteile bezüglich der Rechtssicherheit sind hingegen nicht ersichtlich.

E. Beantwortung der Fragestellung

210 Frage: *Was versteht der Gesetzgeber unter Art. 84 Abs. 2 ZGB, «die Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird»?*

211 Antwort: Der Begriff der Sorge für die zweckkonforme Verwendung des Stiftungsvermögens lässt sich weder anhand der Botschaft des Bundesrats noch anhand der parlamentarischen Beratungen zum ZGB in befriedigender Form konkretisieren. Offenbar war dem historischen Gesetzgeber klar, welchen Inhalt diese Umschreibung hat.

Materiell verstand der historische Gesetzgeber unter dem Begriff der Sorge für die zweckkonforme Verwendung des Stiftungsvermögens eine umfassende, weder in den Mittel noch den Kompetenzen gesetzlich eingeschränkte Aufsicht mit dem Ziel, dem Stifterwillen Nachachtung zu verschaffen.

Selbst das nur wenige Jahre nach Inkrafttreten des ZGB in Auftrag gegebene Gutachten HUBER und das daraufhin veröffentlichte Kreisschreiben 1921 des EDI, welche eine Auslegung des Inhalts des Aufsichtsrechtes zum Ziel hatten, konkretisieren den Begriff nicht direkt. Weder das Gutachten HUBER noch das Kreisschreiben 1921 erachten eine konkretisierende Regelung der Aufsicht auf Bundesebene für erforderlich und stellen den Erlass ausführender Bestimmungen für die unter kantonaler Aufsicht stehenden Stiftungen in das Ermessen der Kantone.

Lehre und Rechtsprechung, sowie die diversen Revisionsbestrebungen zum Stiftungsrecht der letzten Jahre zeigen deutlich, dass sich die Aufsichtstätigkeit einerseits auf eine Rechtskontrolle (mit geringen Aspekten der Fachaufsicht) beschränkt, mithin keine Ermessenskontrolle ist. Andererseits verstehen sie die Aufsicht als umfassend in dem Sinne, dass die Verantwortung der Stiftungsaufsicht eben gerade nicht durch ausführende Regulierungen beschränkt werden soll.

Die Aufsichtsbehörde hat primär dem Willen des Stifters Nachachtung zu verschaffen. Sie hat die Verwendung des Stiftungsvermögens im Sinne seiner Widmung zu überwachen und mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln dann einzugreifen, wenn der Stiftungsrat diesen in der Stiftungsurkunde verankerten Willen, das geltende Recht oder das ihm zustehende Ermessen verletzt.

212 Frage: *Welche Vor- und Nachteile ergeben sich gemäss den Erfahrungen des Gutachters aus der aktuellen Formulierung von Art. 84 Abs. 2 ZGB?*

213 Antwort: Eine umfassend formulierte Aufsichtsaufgabe hat Vor- und Nachteile, die sich je nach Standpunkt des Fragestellers auch durchaus unterschiedlich zeigen.

Für die Stiftungsaufsicht hat eine umfassende Aufgabenformulierung ohne ausführende Bestimmungen zu Art und Mittel der Aufgabenausführung den Vorteil, dass sie in ihrem Bestimmungszweck, die zweckkonforme Verwendung der Stiftungsmittel sicherzustellen, nicht beschränkt wird. Sie kann alle Mittel und Vorgehensweisen anwenden, die gemäss allgemeinem Verwaltungsrecht zulässig sind und im konkreten Fall als geeignet und sinnvoll erscheinen. Der Nachteil für die Stiftungsaufsicht liegt darin, dass diese offene Ausgangslage einen enormen Druck erzeugen kann, die Aufsichtsbehörde eine tatsächlich umfassende Verantwortung wahrzunehmen hat und sie sich nicht hinter dem Buchstaben einer konkretisierend ausformulierten gesetzlichen Bestimmung (zu Inhalt oder Mittel der Aufsicht) verstecken kann.

Für die Stiftungsorgane selber, die sich allenfalls einer konkreten Kontrollmassnahme oder einem konkreten Kontrollmittel nicht beugen möchten, hat eine offene Formulierung der Aufsichtsaufgabe den Nachteil, dass sie nur schwerlich einen konkreten Anhaltspunkt findet, um die Handlung der Aufsichtsbehörde in einem Beschwerdeverfahren sinnvoll und erfolgreich anzufechten. Andererseits können (insbesondere weniger versierte) Stiftungsorgane die Aufsichtsbehörde durch eine geeignete, umfassende Berichterstattung in die eigene Tätigkeit involvieren und so – durch die der Aufsicht verschaffte Kenntnis des Sachverhalts – für sich selber Rechtssicherheit schaffen.

Der generelle Nachteil einer offen formulierten Aufsichtsaufgabe für die Stiftungsorgane aber auch für die Destinatäre liegt allenfalls darin, dass die Aufsichtsbehörde in ihrer Aufsichtstätigkeit keine exakten gesetzlich formulierten Restriktionen zu beachten hat, sondern sich diese Restriktionen – für den Laien nicht leicht erkenn- und nachvollziehbar – aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht sowie den verfassungsmässigen Rechten und insbesondere aus der diesbezüglichen Rechtsprechung ergeben.

Der Wechsel von einer offenen Gesetzesformulierung zu einer ausführlicheren Kodifizierung der Aufsichtsaufgabe hat schliesslich den Nachteil, dass der bisherigen Rechtsprechung teilweise die Grundlage entzogen und dadurch eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen würde.

214 Frage: *Genügen die gesetzlichen Grundlagen (ZGB) für die Aufgaben und Befugnisse der Aufsicht oder sind für die Klarstellung Präzisierungen notwendig?*

215 Antwort: Aufgrund der sehr langen Geschichte des kodifizierten Stiftungsrechts und der reichhaltigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Stiftungsaufsicht besteht keine Rechtsunsicherheit betreffend die Aufgaben, Mittel und Kompetenzen der Stiftungsaufsicht.

Die bestehenden gesetzlichen Grundlagen sind vollauf genügend, damit die Aufsichtsbehörde ihrem Auftrag korrekt und kompetent nachkommen kann. Es ist weder ein Bedarf an Präzisierungen auf Gesetzesstufe noch ein Bedarf für eine ausführende Aufsichtsverordnung ersichtlich, genauso wie dies schon vor bald 100 Jahren beurteilt worden ist.

Dies gilt heute umso mehr, als die Kantone für ihre kantonalen resp. regionalen Stiftungsaufsichtsbehörden in den letzten Jahren eigene Gesetze erlassen haben, die sich teilweise auch über die Mittel und die konkreten Aufgaben der Aufsicht aussprechen und sich inhaltlich nicht in einem Ausmass voneinander unterscheiden, dass eine vereinheitlichende bundesrechtliche Regelung erforderlich wäre.

Als sinnvoll, wenn nicht gar zwingend, erscheint es hingegen, die Anstrengungen bezüglich der innerkantonalen Zentralisierung der Stiftungsaufsicht bzw. der Aufhebung der Zuständigkeit von Gemeindebehörden zu verstärken. Aufgrund des meist sehr geringen Aufsichtsvolumens und des gerade auf Gemeindeebene gesteigerten Potentials für Interessenkonflikte würde dies nicht nur die Rechtssicherheit erhöhen, sondern auch die verantwortlichen Gemeindebehörden entlasten.

Ich hoffe, die Fragestellung mit diesen Ausführungen klar beantwortet zu haben, und stehe bei Bedarf für weitere Ausführungen oder Unterstützung jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Dr. iur. Erich Peter, LL.M.

Rechtsanwalt

VIALEX Rechtsanwälte AG