

Oliver Arter / Roman Cincelli

Die Aufsicht über Stiftungen durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Revisionsvorhaben

Mittels Erlass eines Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht soll die Aufsicht über Stiftungen, welche unter der Aufsicht des Bundes stehen, künftig von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ausgeübt werden. Daneben sieht das geplante Bundesgesetz vor, dass – wie dies bereits auf kantonaler Ebene vielfach der Fall ist – die bis anhin weitestgehend nicht kodifizierten Grundlagen der Stiftungsaufsicht normiert werden.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Juristische Personen; Staatsorganisation und Behörden;
Privatrecht

Zitiervorschlag: Oliver Arter / Roman Cincelli, Die Aufsicht über Stiftungen durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Revisionsvorhaben, in: Jusletter 12. Juni 2017

Inhaltsübersicht

1. Grundzüge der Beaufsichtigung von Stiftungen
2. Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht
 - 2.1. Zuständigkeit der Stiftungsbehörden im Allgemeinen
 - 2.2. Bundeszuständigkeit
 - 2.3. Entwicklungen und Bedarf nach Veränderung bei Bundeszuständigkeit
 - 2.4. Ziele der Revision
3. Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht
 - 3.1. Übersicht
 - 3.2. Zuständigkeit
 - 3.3. Ziele der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht
 - 3.4. Aufgaben der Stiftungsaufsicht
 - 3.4.1. Übersicht
 - 3.4.2. Analyse
 - 3.4.2.1. Systematik
 - 3.4.2.2. Vermögensverwendung
 - 3.4.2.2.1. Allgemeines
 - 3.4.2.2.2. Bisherige Praxis und Rechtsprechung zur Anlage des Stiftungsvermögens
 - 3.4.2.2.3. Würdigung der Gesetzesbestimmung
 - 3.4.2.3. Organisation
 - 3.4.2.4. Übereinstimmung von Reglementen und Stiftungsurkunde
 - 3.4.2.5. Änderungen der Stiftungsurkunde
 - 3.4.2.6. Überschuldung
 - 3.4.2.7. Aufhebung von Stiftungen
 - 3.4.2.8. Vorprüfung
 - 3.4.3. Organisation
 - 3.4.4. Übereinstimmung von Reglementen und Stiftungsurkunde
 - 3.4.5. Änderungen der Stiftungsurkunde
 - 3.4.6. Überschuldung
 - 3.4.7. Aufhebung von Stiftungen
 - 3.4.8. Vorprüfung
 - 3.5. Weitere Aufgaben
4. Aufsichtsmittel der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht
 - 4.1. Allgemeines
 - 4.2. Laufende Kontrolle und Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustandes
 - 4.3. Präventive Aufsichtsmittel
 - 4.4. Repressive Aufsichtsmittel
 - 4.4.1. Vorbemerkung und heutige Rechtslage
 - 4.4.2. Repressive Aufsichtsmittel nach dem E-ESAG
 - 4.4.3. Erforderlichkeit der Aufsichtsmassnahme
5. Würdigung der Gesetzesvorlage
 - 5.1. Kritik an der Vorlage
 - 5.2. Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht
 - 5.3. «Haushaltsgesetz»
 - 5.4. Legalitätsprinzip
 - 5.5. Kaum materielle Neuerungen bei der Stiftungsaufsicht
 - 5.6. Verhältnismässigkeitsprinzip
 - 5.7. Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht
 - 5.8. Parlamentarische Initiative Luginbühl
 - 5.9. Wirkungsevaluation durch die Eidgenössische Finanzkontrolle
 - 5.10. Rechtskommission des Ständerates will keine Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht
6. Schlussfolgerung

1. Grundzüge der Beaufsichtigung von Stiftungen

[Rz 1] Stiftungen stehen aufgrund ihrer Rechtsform als Anstalt¹ – dies als Ersatz für die «Aufsicht» durch die Mitgliederversammlung bei den Körperschaften² – unter *öffentlich-rechtlicher Aufsicht*.³

[Rz 2] Die zentrale Aufgabe der Beaufsichtigung von Stiftungen besteht darin, «für die Verfolgung des Stiftungszwecks und damit für die Erfüllung des Stifterwillens seitens der Stiftung zu sorgen».⁴ Die Aufsicht dient damit einerseits der *Sicherung des Stiftungszwecks*, indem sichergestellt wird, dass der Wille des Stifters eingehalten und umgesetzt wird.⁵ Andererseits wird durch die Aufsichtsbehörden der Funktionsfähigkeit der Stiftung Rechnung getragen und darüber gewacht, dass die Stiftungsorgane die *öffentlichen Interessen* umfassend wahrnehmen und sich an das *objektive Recht* und die *guten Sitten* halten.⁶

[Rz 3] Obwohl die Pflichten der Stiftungsaufsicht gesetzlich nicht umschrieben sind, ist heute unbestritten, dass es sich bei der Beaufsichtigung von Stiftungen um eine reine *Rechtsaufsicht* handelt und einzig überwacht wird, ob sich die Stiftung und ihre Organe rechtmässig verhalten.⁷ Aus diesem Grund hat die Stiftungsaufsicht bei ihrer Tätigkeit die Autonomie der Stiftungsorgane zu respektieren und ein Eingriff in den Autonomiebereich der Stiftung darf nicht schärfer sein als es der Zweck der Massnahme gebietet.⁸

[Rz 4] Bei Ermessensfragen hat sich die Stiftungsaufsicht zurückzuhalten und sich nicht in den Ermessensspielraum der Stiftungsorgane einzumischen.⁹ Aufsichtsbehörden sollen ausschliess-

¹ Vgl. zum Stiftungsbegriff und zur Einordnung der Stiftung als Anstalt nur DOMINIQUE JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II 185 ff., 191: «Die Stiftung nimmt im System der Rechtspersonen eine Sonderstellung ein: Ein Vermögen wird von einem Stifter zu einem bestimmten Zweck gewidmet, von seinem ursprünglichen Inhaber getrennt und als eigenständige Rechtsperson grundsätzlich ewig abstrahiert. Hierdurch wird es zu einem als juristische Person verselbständigten Zweckvermögen, ohne Eigentümer und ohne Mitglieder. Im System der Gesellschaftsformen handelt es sich um eine Anstalt des privaten Rechts (Art. 52 ZGB), in Abgrenzung zu körperschaftlich organisierten Personenverbindungen. Verwaltet wird die Stiftung durch Organe, die den Stifterwillen vollziehen und den Stiftungszweck i.d.R. durch Leistungen an die Begünstigten erfüllen. Der Zweck der Stiftung ist grundsätzlich neutral und kann gemeinnütziger oder privatnütziger Art sein». Vgl. auch Heinrich Honzell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Basel 2014 (zit. BasK-BEARBEITER), BasK-GRÜNINGER, N 1 zu Art. 84 ZGB; zur Stiftung als Anstalt ausführlich HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89^{bis} ZGB, Bern 1981 (zit. BerK-RIEMER), BerK-RIEMER, N 12 ff. zu Systematischem Teil; Stiftungen werden – wie gerade gezeigt – üblicherweise auf ewig errichtet und haben ihr Vermögen zu bewahren und gegebenenfalls zu äufnen. Neuerdings werden aber vermehrt sog. Verbrauchsstiftungen errichtet, welche ihren Stiftungszweck nicht nur durch die Erträge ihres Stiftungsvermögens, sondern auch durch Verbrauch des Stiftungsvermögens verwirklichen. Dabei kann der Stifter in der Stiftungsurkunde festlegen, dass das Stiftungsvermögen, allenfalls gestaffelt, aufgebraucht werden darf oder sogar innerhalb einer bestimmten Zeitdauer aufzubreuchen ist. Vgl. zur Verbraucherstiftung THOMAS SPRECHER, Die Verbrauchsstiftung und andere Möglichkeiten der Stiftungsgestaltung, in: Jusletter 31. Mai 2010.

² Vgl. Art. 65 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) für Vereine und sinngemäss etwa Art. 698 des Obligationenrechts (OR; SR 220) und Art. 705 OR für Aktiengesellschaften.

³ HANS MICHAEL RIEMER, Handkommentar ZGB, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB), Bern 2012, N 2 zu Art. 84 ZGB; vgl. auch BGE 107 II 385 ff., 388 E. 2.

⁴ So RIEMER (Fn 3), N 2 zu Art. 84 ZGB in Präzisierung zu Art. 84 Abs. 2 ZGB.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 1 zu Art. 84 ZGB.

⁶ BGE 111 II 97 ff., 99 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1.

⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 9 zu Art. 84 ZGB.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1.

⁹ BGE 111 II 97 ff., 99 E. 3; BGE 100 Ib 132 ff., 135 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1.

lich bei Ermessensfehlern (Überschreitung, Unterschreitung, Missbrauch oder Willkür) korrigierend oder vorbeugend eingreifen.¹⁰ Ein Eingriff durch die Stiftungsaufsicht hat erst und nur so weit zu erfolgen wie die rechtmässige Zweckerfüllung einer Stiftung gefährdet ist.¹¹ Bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen für einen Eingriff gegeben sind oder nicht, kommt der Stiftungsaufsicht allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.¹²

[Rz 5] Die Beaufsichtigung von Stiftungen hat objektiv-zwingenden Charakter; abweichende Anordnungen des Stifters in der Stiftungsurkunde können nicht rechtsgültig getroffen werden.¹³

2. Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht

2.1. Zuständigkeit der Stiftungsbehörden im Allgemeinen

[Rz 6] Die Aufsicht über eine Stiftung übernimmt dasjenige Gemeinwesen – Bund, Kanton, Gemeinde –, welchem eine Stiftung nach ihrer Bestimmung *angehört*.¹⁴ Für die Übernahme der Aufsicht wird prinzipiell davon ausgegangen, dass jede Stiftung ihrer Bestimmung nach einem Gemeinwesen angehört und sie der Aufsicht gerade dieses Gemeinwesens zu unterstellen ist.¹⁵

[Rz 7] Die Angehörigkeit¹⁶ einer Stiftung bestimmt sich durch deren *räumliches Wirkungs- und Tätigkeitsfeld* nach Massgabe ihres *Zwecks und Destinatärkreises*.¹⁷ Grundsätzlich nicht massgebend für die Bestimmung der Angehörigkeit einer Stiftung zu einem Gemeinwesen ist der Sitz¹⁸ der Stiftung¹⁹ oder der Wille des Stifters.²⁰

[Rz 8] Nach dem gesetzlichen Prinzip fallen (I) Stiftungen, deren räumliches Wirkungs- und Tätigkeitsfeld eine *Gemeinde* ist, unter die Stiftungsaufsicht der betreffenden Gemeinde,²¹ (II)

¹⁰ BGE 108 II 497 ff., 500 E. 5; BGE 106 II 265 ff., 269 E. 3b; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 2 zu Art. 84 ZGB.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 9 zu Art. 84 ZGB.

¹² Urteil des Bundesgerichts 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 9 zu Art. 84 ZGB.

¹³ BGE 120 II 374 ff., 379 E. 4a; BerK-RIEMER (Fn 1), N 406 zu Systematischem Teil vor Art. 80–89^{bis} ZGB und N 5 zu Art. 84 ZGB.

¹⁴ Art. 84 ZGB.

¹⁵ 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, BBl 1921 II 309 ff., 309.

¹⁶ Der Begriff der Angehörigkeit ist nicht nur bedeutsam für die Ermittlung der örtlichen Zuständigkeit der Stiftungsaufsicht, sondern diesem kommt auch entscheidende Bedeutung zu, wenn eine Stiftung aufgelöst wird. Sieht nämlich die Stiftungsurkunde für diesen Fall nicht vor, an wen das Stiftungsvermögen fällt, so fällt dieses an das Gemeinwesen, dem die Stiftung nach ihrer Bestimmung angehört hat. Vgl. Art. 57 Abs. 1 ZGB und 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, BBl 1921 II 309 ff., 309 f.

¹⁷ BGE 72 I 52 ff., 56 E. 2; BGE 56 I 377 ff., 380 E. 2; RIEMER (Fn 3), N 6 zu Art. 84 ZGB.

¹⁸ Der Sitz einer Stiftung befindet sich, wenn ihre Statuten es nicht anders bestimmen, an dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird; vgl. Art. 56 ZGB.

¹⁹ BGE 100 Ib 132 ff., 135 f. E. 4.

²⁰ BGE 120 II 374 ff., 375 E. 3; BGE 56 I 377 ff., 380 E. 2; vgl. zum Ganzen RUDOLF SCHWEIZER, Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach schweizerischem Recht, Aarau 1927, 35 ff. sowie RIEMER (Fn 3), N 6 zu Art. 84 ZGB und BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 5 zu Art. 84 ZGB.

²¹ Dies gilt sofern ein Kanton die seinen Gemeinden angehörenden Stiftungen nicht der kantonalen Aufsichtsbehörde unterstellt hat; vgl. dazu Art. 84 Abs. 1^{bis} ZGB; dass Stiftungen durch Gemeinden beaufsichtigt werden, wird heute vermehrt kritisiert. Einem kürzlich veröffentlichten Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle ist diesbezüglich zu entnehmen, dass es fraglich sei, ob auf Gemeindeebene mit der Aufsicht über eine oder zwei Stiftungen die erforderliche Fachkompetenz sichergestellt ist. Weiter weist die Eidgenössische Finanzkontrolle darauf hin,

Stiftungen, deren räumliches Wirkungsfeld ein Kanton ist, unter die Stiftungsaufsicht des betreffenden Kantons,²² und (III) Stiftungen, deren räumliches Wirkungsfeld die ganze Schweiz umfassen, unter Bundesaufsicht.²³ In der Praxis ist das räumliche Wirkungs- und Tätigkeitsfeld einer Stiftung allerdings kaum auf eine bestimmte Gemeinde oder auf einen bestimmten Kanton begrenzt, sondern es finden sich meistens gewisse Ausstrahlungen des Stiftungszwecks auf Bewohner von Nachbargemeinden oder Nachbarkantonen.²⁴

[Rz 9] Erstreckt sich das räumliche Wirkungs- und Tätigkeitsfeld einer Stiftung auf mehrere Gemeinden innerhalb eines Kantons, ist die innerkantonale Kompetenzaufteilung Sache der kantonalen Gesetzgebung,²⁵ welche sich typischerweise in den kantonalen Einführungsgesetzgebungen zum Zivilgesetzbuch findet.²⁶ Die Mehrzahl der Kantone haben hierzu entsprechende Verordnungen erlassen.²⁷

[Rz 10] Erstreckt sich das räumliche Wirkungs- und Tätigkeitsfeld einer Stiftung auf mehrere Kantone, ohne dass der Zweck eine Bundesaufsicht nahelegt,²⁸ wird teilweise die Behörde am Sitz der Stiftung als zuständig erachtet.²⁹ Allerdings ist die effektive Zuständigkeit bei Stiftungen, deren Wirkungs- und Tätigkeitsfeld mehrere Kantone umfasst, eine Ermessensfrage und es besteht keine eindeutige und strenge Zuordnungspraxis.³⁰ Zur Bestimmung der Zuständigkeit werden im Einzelfall historische, politische oder praktische Gründe herangezogen.³¹ Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch Kantone, welche ihre Stiftungsaufsicht auf dem Weg des Konkordats zentralisiert haben.³² Ebenfalls besteht die Möglichkeit, dass bei Vorliegen triftiger

dass bei vielen Stiftungen unter lokaler Aufsicht eine enge Verbindung der Organe unumgänglich sei, was zu Interessenkonflikten führen könne. Vgl. Eidgenössische Finanzkontrolle, Die Stiftungsaufsicht, Evaluation der Wirksamkeit der Aufsicht über die «klassischen» Stiftungen, EFK-15570, 9. Februar 2017, 5, 34.

²² Vgl. etwa § 2 Ziff. 2 des Gesetzes über die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich vom 11. Juli 2011 (ZH Lex 833.1), wonach die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich Aufsichtsbehörde über Stiftungen nach Art. 84 ZGB ist, die nach ihrer Bestimmung dem Kanton oder mehreren Bezirken angehören.

²³ RIEMER (Fn 3), N 6 zu Art. 84 ZGB.

²⁴ BGE 105 II 321 ff., 324 f. E. 3b; BGE 56 I 377 ff., 382 f. E. 3; RIEMER (Fn 3), N 7 zu Art. 84 ZGB.

²⁵ BGE 105 II 321 ff., 324 f. E. 3b; BGE 56 I 377 ff., 382 f. E. 3.

²⁶ HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2016, Rz. 19.32.

²⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn 26), Rz. 19.32; vgl. beispielsweise in Zürich § 34 Ziff. 2 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) vom 2. April 1911 (ZH Lex 230), der bestimmt, dass der Gemeinderat die zuständige Behörde für die Aufsicht über Stiftungen ist, die nach ihrer Bestimmung der Gemeinde angehören, sowie § 37 Ziff. 1 EG ZGB, wonach Stiftungen, die nach ihrer Bestimmung dem Bezirk oder mehreren Gemeinden desselben angehören, unter Aufsicht des Bezirksrates stehen.

²⁸ Vgl. auch BGE 105 II 321 ff., 324 E. 3b.

²⁹ BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 6 zu Art. 84 ZGB.

³⁰ RIEMER (Fn 3), N 8 zu Art. 84 ZGB.

³¹ Vgl. BGE 120 II 374 ff., 376 E. 3; RIEMER (Fn 3), N 8 zu Art. 84 ZGB.

³² Zum einen hat sich die Zentralschweiz (Kantone Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden und Zug) für ein Konkordat bezüglich BVG- und Stiftungsaufsicht entschieden, wobei die Kantone Uri und Obwalden – im Gegensatz zu den Kantonen Luzern, Schwyz, Nidwalden und Zug – ihre klassischen Stiftungen weiterhin gesondert beaufsichtigen. Vgl. dazu Konkordat über die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht vom 19. April 2004, abrufbar unter http://www.zbsa.ch/-/media/ZBSA/Dokumente/Rechtsgrundlagen/konkordat_bvg.pdf?la=de-CH (Alle Websites zuletzt besucht am 30. Mai 2017); zum anderen wurde in der Ostschweiz (Kantone Appenzell-Innerrhoden, Appenzell-Ausserrhoden, Glarus, Graubünden, St. Gallen und Thurgau) eine einheitliche BVG- und Stiftungsaufsicht geschaffen, wobei diese vor allem Personalfürsorgestiftungen zentralisiert und nur die Kantone St. Gallen und Thurgau ihre klassischen Stiftungen ebenfalls unter die gemeinsame Aufsicht gestellt haben. Vgl. dazu Interkantonale Vereinbarung über die BVG- und Stiftungsaufsicht vom 26. September 2005 (sGS 355.01); für weitere interkantonale Besonderheiten vgl. BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 6b zu Art. 84 ZGB; geplant ist ebenfalls die Zusammenlegung der Stiftungsaufsicht in den Kantonen Aargau und Solothurn, wobei diese nur die BVG-Stiftungen, nicht aber die klassischen Stiftungen erfasst; vgl. dazu SRF, BVG-Aufsicht, Solothurn stimmt

sachlicher Gründe der Bund die Stiftungsaufsicht übernimmt, dies selbst dann, wenn sich das Wirkungs- und Tätigkeitsgebiet einer Stiftung lediglich über eine grössere Anzahl von Kantonen oder über eine grössere Region der Schweiz erstreckt.³³ Schliesslich gibt es Stiftungen, welche nach ihrem Wirkungs- und Tätigkeitsfeld unter Bundesaufsicht stehen könnten, tatsächlich aber unter kantonaler Aufsicht stehen.³⁴

2.2. Bundeszuständigkeit

[Rz 11] Erstreckt sich das örtliche Wirkungs- und Tätigkeitsfeld einer Stiftung auf den Bund, wird die Aufsicht sachlich durch das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern, Bereich Eidgenössische Stiftungsaufsicht, ausgeübt.³⁵

[Rz 12] Ebenfalls unter Bundesaufsicht der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht stehen Stiftungen, deren räumliches Wirkungs- und Tätigkeitsfeld seinen *Schwerpunkt* im Ausland (beispielsweise Stiftungen für Entwicklungshilfe, Auslandschweizer, internationalen wissenschaftlichen Austausch, internationale Organisationen usw.) hat (sog. Stiftung mit «internationalem Charakter»), es sei denn, es bestünde beispielsweise eine besondere Verbindung zu einer schweizerischen Hochschule^{36,37}. Der internationale Charakter einer Stiftung stellt allerdings nur ein subsidiäres Kriterium zur Bestimmung der Zuständigkeit der Bundesaufsichtsbehörde dar, denn sobald eine andere Eigenschaft der Stiftung eine stärkere Bindung an einen Kanton oder eine Gemeinde bewirkt, wird dadurch die Zugehörigkeit entscheidend beeinflusst.³⁸

[Rz 13] In den materiellen Anwendungsbereich der Aufsicht fallen ausschliesslich sogenannte *klassische* oder *gewöhnliche Stiftungen*. Eine Legaldefinition des Begriffs der «klassischen» oder «gewöhnlichen» Stiftung existiert nicht. Gemeinhin wird unter diesem Terminus eine Stiftung verstanden, die einen gemeinnützigen oder gemischten Stiftungszweck verfolgt.³⁹ Aufgrund gesonderter gesetzlicher Regelungen sind von der staatlichen Aufsicht Familien- und kirchliche Stiftungen⁴⁰ sowie Vorsorgestiftungen – namentlich Anlagestiftungen und Freizügigkeitsstiftungen –, welche unter die Aufsicht der kantonal zuständigen Vorsorgebehörde⁴¹ fallen, ausgenommen.⁴² Gemischte Stiftungen, die neben einem privilegierten ebenfalls einen gewöhnlichen Zweck verfolgen, fallen nicht unter diese Ausnahmestimmungen und unterstehen der regulären Aufsicht.⁴³

gemeinsamer Stiftungsaufsicht mit dem Aargau zu, abrufbar unter <https://www.srf.ch/news/regional/aargau-solothurn/solothurn-stimmt-gemeinsamer-stiftungsaufsicht-mit-dem-aargau-zu>.

³³ RIEMER (Fn 3), N 8 zu Art. 84 ZGB.

³⁴ RIEMER (Fn 3), N 8 zu Art. 84 ZGB.

³⁵ Art. 3 Abs. 2 lit. a. Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement des Innern (OV-EDI).

³⁶ Sekretariat des Departements des Innern, 29. Mai 1956, VEB 1956, 129 ff., 131.

³⁷ RIEMER (Fn 3), N 8 zu Art. 84 ZGB; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 6 zu Art. 84 ZGB.

³⁸ So Sekretariat des Departements des Innern (Fn 36), 129 ff., 131 f.

³⁹ JAKOB (Fn 1), 185 ff., 198; ANDREA BÜCHLER/DOMINIQUE JAKOB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar, Basel 2012 (zit. KuKo-BEARBEITER), KuKo-JAKOB, N 1 vor Art. 80–89a ZGB.

⁴⁰ Art. 87 Abs. 1 ZGB.

⁴¹ Art. 61 Abs. 1 BVG.

⁴² Vgl. auch Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI, Eidgenössische Stiftungsaufsicht, Leitfaden für Stiftungen gemäss Art. 80 ff. ZGB, Bern, 22. November 2010, 2.

⁴³ RIEMER (Fn 3), N 3 zu Art. 84 ZGB.

2.3. Entwicklungen und Bedarf nach Veränderung bei Bundeszuständigkeit

[Rz 14] Der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 äussert sich bezüglich Auslagerung von Bundesaufgaben nicht zur Eidgenössischen Stiftungsaufsicht.⁴⁴

[Rz 15] Stellung zur Tätigkeit der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht⁴⁵ nimmt dagegen die Umsetzungsplanung des Bundesrates vom 25. März 2009.⁴⁶ Diese zählt die Eidgenössische Stiftungsaufsicht zum Typus der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, welche im Sinne der Corporate-Governance von der zentralen Bundesverwaltung ausgegliedert und deren Aufgabe von einer selbstständigen Einheit wahrgenommen werden sollte.⁴⁷ Von einer effektiven Ausgliederung sah der Corporate-Governance-Bericht allerdings ab, da die Eidgenössische Stiftungsaufsicht zum damaligen Zeitpunkt nur fünf Vollzeitstellen aufwies und sich dieser Schritt entsprechend nicht gelohnt hätte.⁴⁸ Geprüft werden sollte allerdings, ob sich die Stiftungsaufsicht in eine Behördenkommission überführen liesse.⁴⁹

[Rz 16] In den Folgejahren verzeichnete der Stiftungssektor ein stetiges und nicht unerhebliches Wachstum. Ende 2015 standen 4079 Stiftungen unter der Aufsicht des Bundes und damit rund tausend Stiftungen mehr als zum Zeitpunkt des Verfassens der Umsetzungsplanung.⁵⁰

[Rz 17] Durch Beschluss des Bundesrates vom 27. Februar 2013 wurde – mit dem Hintergedanken, die Stiftungsaufsicht zu stärken – der Bereich Recht und Stiftungsaufsicht im Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern personell und organisatorisch in eine eigene Einheit ausgegliedert, was neben der Zunahme bei der Anzahl der zu beaufsichtigenden Stiftungen dafür verantwortlich war, dass sowohl mehr finanzielle Mittel als auch Personal (ab 2014

⁴⁴ Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl 2006 8233 ff.

⁴⁵ Nicht eingegangen wird an dieser Stelle auf die Motion Werner Luginbühl (09.3344) Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz vom 20. März 2009, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20093344>, sowie auf die in diesem Zusammenhang ebenfalls eingereichte Motion Hans Kaufmann (09.3971) Stiftungswesen. Schaffung eines nationalen Registers und Verbesserung der statistischen Grundlagen vom 6. Oktober 2009, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20093971>; vgl. dazu auch Nationalrat, 09.3344 s Mo. Ständerat (Luginbühl). Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 6. Oktober 2009, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2009/Kommissionsbericht_WAK-N_09.3344_2009-10-06.pdf; Ständerat, 09.3344 s Mo. Ständerat (Luginbühl). Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 23. Februar 2010, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2009/Kommissionsbericht_WAK-S_09.3344_2010-02-23.pdf; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht, 23. Dezember 2010, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2011/2011-02-23/ber-ejpd-2010-d.pdf>; Bundesrat, 13.021 Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht zur Abschreibung der Motion 09.3344 Luginbühl vom 20. März 2009, 27. Februar 2013, BBl 2012 2213 ff., 2213 ff., abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/2213.pdf>; vgl. mit einem Überblick zum Ganzen JAKOV (Fn 1), 185 ff., 205 ff.

⁴⁶ Schweizerische Eidgenossenschaft, Umsetzungsplan zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates, 25. März 2009.

⁴⁷ Schweizerische Eidgenossenschaft (Fn 46), 1 ff.; Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4763.

⁴⁸ Schweizerische Eidgenossenschaft (Fn 46), 5, 10.

⁴⁹ Schweizerische Eidgenossenschaft (Fn 46), 5, 10.

⁵⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4763.

grundsätzlich 13 Vollzeitstellen) benötigt wurden.⁵¹ Aufgrund dieser Entwicklung kam der Bundesrat zum Schluss, dass unter diesen Umständen eine Verselbständigung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht als vertretbar erschien.⁵² Entsprechend wurde der Erlass des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (E-ESAG; SR 211.121.1) an die Hand genommen, welcher allerdings nicht nur eine *Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht*⁵³ vorsieht, sondern zugleich – wie dies bereits auf kantonaler Ebene vielfach der Fall ist – die bis anhin weitestgehend nicht kodifizierten *Grundlagen der Stiftungsaufsicht*⁵⁴ normiert.

[Rz 18] Nachdem die Beratungen zur geplanten Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vorerst sistiert wurden⁵⁵, hat sich im November 2016 die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates mit der Thematik befasst. Dabei wurden Vertreter der Fachverbände ProFonds⁵⁶ und SwissFoundations⁵⁷ sowie einer kantonalen Stiftungsaufsicht angehört, die zahlreiche Bedenken zur Gesetzesvorlage vorgetragen haben.⁵⁸ Am 26. April 2017 hat die Rechtskommission des Ständerats mitgeteilt, dass sie eine Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht in eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung ablehnt,

⁵¹ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4763 f.; vgl. auch Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Bericht zum Modell einer Oberaufsicht bei klassischen Stiftungen, 9. März 2012, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-02-27/ber-edi-d.pdf>.

⁵² Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4764.

⁵³ Vgl. Art. 1 E-ESAG.

⁵⁴ Vgl. Art. 2 f. E-ESAG.

⁵⁵ Finanzkommission des Ständerates (FK-S), Medienmitteilung, Finanzkommission prüft Stabilisierungsprogramm 2017–2019 und beantragt zusätzliche Einsparungen, 23. August 2016, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-fk-s-2016-08-23.aspx>.

⁵⁶ Vgl. proFonds, Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz, Vernehmlassung zum Stabilisierungsprogramm 2017–2019 (Bereich Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht), 17. März 2016, abrufbar unter http://www.profonds.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/vernehmlassung_vom_17_maerz_2016.pdf; proFonds, Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz, Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, 12. April 2016, abrufbar unter http://www.profonds.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/stellungnahme_zum_esag_vom_12_april_2016_01.pdf.

⁵⁷ Vgl. SwissFoundations, Position von SwissFoundations, Verband der Schweizer Förderstiftungen, zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position_SF_ESAG_RK_SR_14%2011%202016.pdf; SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations zum Entwurf des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESAG), 9. August 2016, abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf; SwissFoundations, Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, Position von SwissFoundations, Verband der Schweizer Förderstiftungen, zuhanden der Finanzkommission des Ständerates, Sitzung, 22. August 2016 (Aide-Mémoire), 15. August 2016, abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Aide-M%3%A9moire_SF_FK_SR_22.8.2016_def_2.pdf.

⁵⁸ Vgl. Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut, Zentrum für Stiftungsrecht, Newsfeed, Beratungen der Rechtskommission des Ständerates zur Ausgliederung der ESA, abrufbar unter <https://www.rwi.uzh.ch/de/oe/stiftungsrecht/Aktuelles/Newsfeed/Beratungen-der-Rechtskommission-des-Staenderates-zur-Ausgliederung-der-ESA.html>.

und hat deshalb entschieden, auf das vorgeschlagene Bundesgesetz nicht einzutreten.⁵⁹ Über das weitere Schicksal der Vorlage will der Ständerat in der Sommersession 2017 entscheiden.

2.4. Ziele der Revision

[Rz 19] Das Wachstum des schweizerischen Stiftungssektors bedingt eine Stärkung der Aufsicht. Hinzu kommt, dass zwecks Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor künftig auch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht mit einer stärkeren Überwachung ihren Beitrag leisten kann und soll.⁶⁰ Neben der Ausstattung mit zusätzlichen Ressourcen soll diese Stärkung in erster Linie durch die mit der Ausgliederung gewonnene Flexibilisierung erzielt werden.⁶¹ Die Eidgenössische Stiftungsaufsicht wird als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes ihre Aufgaben fachlich, organisatorisch und personell unabhängig ausüben und weder Weisungen des Bundesrates noch einer anderen Verwaltungsbehörde unterstehen.⁶²

[Rz 20] Eine vollständige Unabhängigkeit der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht wird nicht bestehen, weil diese weiterhin von Synergien des Bundes, beispielsweise in Bereichen der Ressourcenbewirtschaftung oder Informationstechnik, profitieren wird.⁶³ Zudem untersteht das Personal weiterhin dem Bundespersonalgesetz (BPG; SR 172.220.1)⁶⁴ und auf haftungsrechtliche Fragen findet unverändert das Verantwortlichkeitsgesetz (VG; SR 170.32)⁶⁵ Anwendung.⁶⁶

[Rz 21] Die Unabhängigkeit der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht bezieht sich denn auch insbesondere auf finanzielle Aspekte. Die Eidgenössische Stiftungsaufsicht ist in ihrer Betriebsführung selbständig und führt eine eigene Rechnung ausserhalb des Finanzhaushalts des Bundes.⁶⁷

⁵⁹ Rechtskommission des Ständerates (RK-S), Medienmitteilung, Keine Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, 26. April 2017, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>. Vgl. dazu Ziff. 5.10.

⁶⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4764 f., mit Verweis auf Schweizerische Eidgenossenschaft, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Bern Juni 2015, 124, abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/42572.pdf>; vgl. auch Financial Action Task Force (FATF), Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, Switzerland, Mutual Evaluation Report, December 2016, 84 f., 131 f., 171 ff., abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46552.pdf>.

⁶¹ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4764.

⁶² Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4764.

⁶³ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4764.

⁶⁴ Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000, SR 172.220.1.

⁶⁵ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG) vom 14. März 1958, SR 170.32.

⁶⁶ Art. 12 Abs. 1 E-ESAG, Art. 20 E-ESAG; Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4765 f.

⁶⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4765.

Durch diese Flexibilisierung der Ressourcensteuerung hat sich die Eidgenössische Stiftungsaufsicht künftig selber zu finanzieren.⁶⁸ Der Bundesrat erwartet durch die Umstrukturierung eine jährliche Ersparnis von schätzungsweise CHF 650'000.⁶⁹ Die Entlastung des Bundeshaushalts wird jedoch zu Lasten der beaufsichtigten Stiftungen durchgeführt, welche die vollumfängliche Eigenfinanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht über Gebühren und eine jährlich zu entrichtende Aufsichtsabgabe zu tragen haben.⁷⁰ Nach Schätzungen des Eidgenössischen Departements des Innern werden die Stiftungen zusätzlich zu den beim Bund eingesparten CHF 650'000 mit einem jährlichen Mehraufwand von CHF 350'000 bis CHF 550'000 zu rechnen haben.⁷¹ Pro Stiftung wird mit einem jährlichen gesamten Mehraufwand im Durchschnitt von CHF 230 bis CHF 280 gerechnet.⁷² Während der Arbeitsaufwand der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht durch Gebühren abgegolten wird, sind diejenigen Aufsichtskosten, welche nicht durch Gebühren gedeckt werden, durch die jährliche Aufsichtsabgabe zu bestreiten, wobei dem Bundesrat ein Ermessen eingeräumt wird, die Stiftungen unterschiedlich, anhand deren Bruttovermögens, zu belasten.⁷³

3. Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht

3.1. Übersicht

[Rz 22] Das im Entwurf vorliegende Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht regelt im Wesentlichen die Organisation, die Rechte und die Pflichten der neu als öffentlich-rechtliche Anstalt konzipierten Stiftungsaufsicht, deren Aufgabenbereiche und die Finanzierung sowie die Aufsicht über die Eidgenössische Stiftungsaufsicht inklusive der dazugehörenden Aufsichtsmittel.⁷⁴

[Rz 23] Die bisherigen Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zur Stiftungsaufsicht bleiben bestehen und sollen durch die neue Gesetzgebung lediglich präzisiert werden.⁷⁵ Unverändert bleibt

⁶⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4765.

⁶⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4765.

⁷⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4765.

⁷¹ Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI, Entwurf des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESAG), Erläuternder Bericht des EDI, 2. März 2016, 3, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/43283.pdf>.

⁷² Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI (Fn 71), 3, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/43283.pdf>.

⁷³ Art. 16 Abs. 2 E-ESAG.

⁷⁴ Vgl. dazu Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI (Fn 71), abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/43283.pdf>, sowie Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4762 ff.

⁷⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4765.

ebenfalls die Kompetenzaufteilung zwischen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht sowie den kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörden – letztere sind nach wie vor befugt eigene Regelungen zu erlassen.⁷⁶

3.2. Zuständigkeit

[Rz 24] Art. 3 Abs. 1 des Entwurfs des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (E-ESAG) sieht vor, dass die Eidgenössische Stiftungsaufsicht die Aufsicht über Stiftungen ausübt, welche nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches⁷⁷ der Aufsicht des Bundes unterstehen.

[Rz 25] An der bisherigen Zuständigkeitsordnung⁷⁸ ändert sich durch das vorgesehene Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht nichts.

3.3. Ziele der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht

[Rz 26] Rechtliche Grundlage bezüglich der Zielsetzung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht bildet bislang Art. 84 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), nach welchem die Aufsichtsbehörden dafür zu sorgen haben, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken entsprechend verwendet wird. Der Wortlaut der Norm beschränkt sich im Wesentlichen auf den wirtschaftlichen Kern der Stiftungsaufsicht.⁷⁹ Weitere Aufgabenbereiche ergaben sich bis anhin vor allem aus der Rechtsprechung.⁸⁰

[Rz 27] Mit dem Erlass des neuen Aufsichtsgesetzes ändert sich dies. Art. 2 Abs. 1 E-ESAG knüpft als Zielformulierung an die bestehende Bestimmung im ZGB an, was bereits am weitestgehend identischen Wortlaut zu erkennen ist. Neu verweist Art. 2 Abs. 2 E-ESAG zur Erreichung der Ziele und im Sinne der Transparenz aber auf Art. 3 E-ESAG, in welchem die Aufgaben der Aufsichtsbehörde nicht abschliessend aufgezählt werden.

[Rz 28] An der Grundausrichtung der Zielsetzung der Beaufsichtigung von Stiftungen ändert sich dennoch nichts, weil die Eidgenössische Stiftungsaufsicht auch unter dem Gesetzesentwurf über die Umsetzung des Stifterwillens zu wachen und dafür zu sorgen hat, dass sich dieser, wie auch die Stiftungsorgane mit ihren Handlungen, an das objektive Recht halten.⁸¹

⁷⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4765.

⁷⁷ Art. 81 Abs. 1 ZGB.

⁷⁸ Vgl. dazu ausführlich Ziff. 2.2.

⁷⁹ RIEMER (Fn 3), N 12 zu Art. 84 ZGB.

⁸⁰ Vgl. dazu beispielsweise Urteil des Bundesgerichts 9C_823/2011 vom 23. März 2012 E. 2.1, wonach die Aufsichtsbehörden die Stiftung zwingen können, notwendige Korrekturen vorzunehmen, wenn Handlungen der Organe nicht im Einklang mit dem Stiftungszweck stehen; vgl. dazu ebenfalls BGE 99 Ib 255 ff., 258 f. E. 3 und BGE 100 Ib 132 ff., 134 f. E. 3 sowie dazu schon oben Ziff. 1; vgl. weiter BGE 124 IV 211 ff., 216 f. E. 2e, welcher der Stiftungsaufsicht das Recht einräumte, Weisungen bezüglich der Investition von Stiftungsvermögen zu erteilen; vgl. dazu ebenfalls BGE 101 Ib 231 ff., 235 f. E. 2; vgl. weiter BGE 112 II 471 ff., 471 E. 2, welcher dem Aufgabenbereich der Aufsichtsbehörden die Behebung von Organisationsproblemen der Stiftung zuweist, was mitunter die Abberufung einzelner Organe miteinschliesst; vgl. dazu auch BGE 112 II 97 ff., 98 f. E. 3 sowie BGE 105 II 321 ff., 326 E. 5.

⁸¹ Vgl. dazu Ziff. 1.

3.4. Aufgaben der Stiftungsaufsicht

3.4.1. Übersicht

[Rz 29] Das Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht bestimmt, dass die Eidgenössische Stiftungsaufsicht die Aufsicht über die Stiftungen ausübt, welche – aufgrund von Art. 84 Abs. 1 ZGB – der Aufsicht des Bundes unterstehen.⁸² Dabei übt die Eidgenössische Stiftungsaufsicht gemäss dem Gesetzestext eine *Rechtsaufsicht* aus und respektiert die Autonomie der Stiftungen und die Eigenverantwortung der Stiftungsorgane.⁸³

[Rz 30] Die Eidgenössische Stiftungsaufsicht hat gemäss der gesetzlichen Aufzählung im neu vorgesehen Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht insbesondere – im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung – folgende Aufsichtsaufgaben:

- sie überprüft die Vermögensverwendung^{84,85}
- sie prüft die Organisation der Stiftungen;⁸⁶
- sie prüft die Übereinstimmung von Reglementen der Stiftung mit deren Urkunde;⁸⁷
- sie entscheidet über die Änderungen der Stiftungsurkunden^{88,89}

⁸² Art. 3 Abs. 1 E-ESAG.

⁸³ Art. 3 Abs. 2 E-ESAG; unbegründet ist damit die Ansicht des Legal Council von SwissFoundations, dass durch das Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht «die schleichende Untergrabung des Grundsatzes der Rechtsaufsicht, wonach sich die Aufsicht auf die Überprüfung von Rechtsverletzungen zu beschränken hat», droht. Vgl. SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations (Fn 57), 2, abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf. Dass die Eidgenössische Stiftungsaufsicht lediglich eine Rechtsaufsicht ausübt, scheint zudem auch in der Verwaltung seit längerer Zeit unbestritten zu sein; vgl. dazu nur Bundesrat, 13.021 Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht zur Abschreibung der Motion 09.3344 Luginbühl vom 20. März 2009, 27. Februar 2013, BBl 2012 2213 ff., 2224, 2248, abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/2213.pdf>, sowie Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Fn 45), 6, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2011/2011-02-23/ber-ejpd-2010-d.pdf>, sowie Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4764; im Rahmen der Konsultation zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht wurde die fehlende gesetzliche Verankerung des Prinzips der Rechtsaufsicht kritisiert; vgl. hierzu den ersten Entwurf des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESAG), Entwurf vom 2. März 2016, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/43281.pdf> sowie die entsprechende Kritik äussernd etwa proFonds, Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz, Stiftungsland Schweiz 2016, 13, abrufbar unter http://www.profonds.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/profonds_stiftungsland-schweiz-2016.pdf, sowie proFonds, Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (Fn 56), 2, abrufbar unter http://www.profonds.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/stellungnahme_zum_esag_vom_linebreak_12_april_2016_01.pdf. Die Kritik hat Eingang in den Gesetzgebungsentwurf gefunden, weshalb Art. 3 Abs. 2 E-ESAG explizit festhält, dass die Eidgenössische Stiftungsaufsicht eine Rechtsaufsicht ausübt.

⁸⁴ Art. 84 Abs. 2 ZGB.

⁸⁵ Art. 3 Abs. 3 lit. a E-ESAG.

⁸⁶ Art. 3 Abs. 3 lit. b E-ESAG.

⁸⁷ Art. 3 Abs. 3 lit. c E-ESAG.

⁸⁸ Art. 85 ZGB, Art. 86 ZGB, Art. 86a ZGB und Art. 86b ZGB.

⁸⁹ Art. 3 Abs. 3 lit. d E-ESAG.

- sie trifft die erforderlichen Vorkehren, wenn Stiftungen überschuldet sind oder ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht erfüllen können^{90,91}
- sie ist zuständig für die Aufhebung von Stiftungen^{92,93}
- sie prüft auf Ersuchen Entwürfe von Stiftungsstatuten und -reglementen.⁹⁴

[Rz 31] Weiter wirkt die Eidgenössische Stiftungsaufsicht bei der Vorbereitung von Erlassen des Bundes im Bereich der Stiftungsaufsicht mit⁹⁵ und kann vom Bundesrat gegen Abgeltung weitere Aufgaben übertragen erhalten, die in engem Zusammenhang mit den ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben stehen und deren Erfüllung nicht beeinträchtigen.⁹⁶

3.4.2. Analyse

3.4.2.1. Systematik

[Rz 32] Aus systematischer Sicht ist der besondere Aufbau der Bestimmung hervorzuheben. Art. 3 Abs. 1 E-ESAG legt – in Abweichung zur Überschrift der Norm – die örtliche Zuständigkeit fest.⁹⁷ Die Ausführungen in den Materialien lassen darauf schliessen, dass hierdurch hervorgehoben werden sollte, dass sich an der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen keine Änderungen ergeben und letztere weiterhin befugt bleiben, eigene Regelungen zu erlassen.⁹⁸ Dennoch hätte diese Bestimmung eher in eine eigenständige Norm im ersten Abschnitt des Gesetzes Eingang finden sollen.

[Rz 33] Art. 3 Abs. 2 E-ESAG, nach welchem die Eidgenössische Stiftungsaufsicht eine Rechtsaufsicht⁹⁹ ausübt und die Autonomie der Stiftungen und die Eigenverantwortung der Organe zu respektieren hat,¹⁰⁰ lässt sich ebenfalls nicht unmittelbar der Aufgabenerfüllung zuordnen. Da es sich hierbei um ein grundlegendes Prinzip, welches sämtliche Handlungen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht betrifft,¹⁰¹ handelt, wäre es vorzuziehen gewesen, wenn die Bestimmung in eine eigenständige Norm im ersten Abschnitt des Gesetzes Eingang gefunden hätte.

[Rz 34] Die eigentlichen Aufgaben der Stiftungsaufsicht werden erst in Art. 3 Abs. 3 E-ESAG aufgeführt.

⁹⁰ Art. 84a ZGB.

⁹¹ Art. 3 Abs. 3 lit. e E-ESAG.

⁹² Art. 88 Abs. 1 ZGB.

⁹³ Art. 3 Abs. 3 lit. f E-ESAG.

⁹⁴ Art. 3 Abs. 3 lit. g E-ESAG.

⁹⁵ Art. 3 Abs. 4 E-ESAG.

⁹⁶ Art. 3 Abs. 5 E-ESAG.

⁹⁷ Art. 3 Abs. 1 E-ESAG: «Die ESA übt die Aufsicht über die Stiftungen aus, die aufgrund von Art. 84 Absatz 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB) der Aufsicht des Bundes unterstehen».

⁹⁸ Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI (Fn 71), 10, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/43283.pdf>.

⁹⁹ Vgl. dazu mit weiteren Hinweisen Fn 83.

¹⁰⁰ Art. 3 Abs. 2 E-ESAG: «Sie übt eine Rechtsaufsicht aus und respektiert die Autonomie der Stiftung und die Eigenverantwortung der Stiftungsorgane».

¹⁰¹ Vgl. dazu BGE 111 II 97 ff., 99 f. E. 3, in welchem das Bundesgericht sämtliche Eingriffe der Aufsichtsbehörden in den Autonomiebereich der Stiftungsorgane als Verletzung von Bundesrecht taxiert, sofern keine gesetzliche Grundlage für die konkrete Handlung existiert; dass sich der Gesetzgeber mit der Einordnung dieses Grundsatzes nicht leicht getan hat, zeigt sich im Umstand, dass diese zentrale Bestimmung der Stiftungsaufsicht im ersten Entwurf noch als Abs. 2 von Art. 4 E-ESAG und im Rahmen der Aufsichtsmittel aufgeführt wurde.

3.4.2.2. Vermögensverwendung

3.4.2.2.1. Allgemeines

[Rz 35] Nach der gesetzlichen Umschreibung sind Stiftungen durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht hinsichtlich deren Vermögensverwendung zu überprüfen.¹⁰² Dies erfordert eine umfassende Beaufsichtigung von Stiftungen und führt dazu, dass sich die Aufsicht auf die gesamte Stiftungstätigkeit erstreckt.¹⁰³

[Rz 36] Zu beaufsichtigen ist allerdings nicht nur die gesetzlich explizit erwähnte *Vermögensverwendung*, sondern auch die *Anlage des Stiftungsvermögens* und die Sorge um den *Bestand des Stiftungsvermögens*,¹⁰⁴ die Gefährdung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungsrat,¹⁰⁵ sowie gegebenenfalls die geeignete Beschaffung weiterer Stiftungsmittel durch Spendenaktionen.¹⁰⁶ Damit einhergehend ist eine allfällige Zweckgefährdung oder Zweckentfremdung unter Einbezug von Organisationsfragen zu prüfen.¹⁰⁷

3.4.2.2.2. Bisherige Praxis und Rechtsprechung zur Anlage des Stiftungsvermögens

[Rz 37] Bereits im Jahre 1933 hat das Eidgenössische Departement des Innern festgehalten, dass eine Bestimmung in einer Stiftungsurkunde, wonach der Stiftungsrat befugt sein soll, durch einstimmigen Beschluss und unter Genehmigung seitens der Aufsichtsbehörde, das ganze Stiftungsvermögen auf eine andere Organisation, die einen dem Stiftungszweck ähnlichen Zweck verfolgt, zu übertragen, dem Wesenserfordernis der Selbständigkeit der Stiftung zuwiderläuft und unzulässig ist, weil die Übertragung des Stiftungsgutes auf eine andere Institution die Auflösung der Stiftung mit sich bringen würde und einem Stiftungsorgan keine generelle Auflösungsbefugnis eingeräumt werden darf.¹⁰⁸ Zulässig wäre höchstens, dass der Stifter in der Stiftungsurkunde Beendigungsgründe vorsieht, die in der Eigenart und dem Zweck der Stiftung ihre sachliche Begründung finden.¹⁰⁹ Im gleichen Entscheid hat das Eidgenössische Departement des Innern aber festgehalten, dass es der Stiftung erlaubt ist, Anteilscheine der Flugplatzgenossenschaft Dübendorf und Aktien der Swissair in das Stiftungsvermögen zu übernehmen, jedoch für weitere der Stiftung überwiesene Kapitalzuwendungen die Anlage in solide schweizerische Wertpapiere verlangt wurde.¹¹⁰

[Rz 38] In einem Entscheid aus dem Jahre 1951 stellte das Departement des Innern fest, dass bei einer Stiftung normalerweise kein beträchtlicher Teil des Vermögens in ausländische und industrielle Werte angelegt werden sollte, da Stiftungsvermögen sicher anzulegen ist; allerdings führte die Aufsichtsbehörde aus, dass sie bereit ist, hiervon Ausnahmen zuzulassen, wenn der Stifter-

¹⁰² Art. 3 Abs. 3 lit. a E-ESAG i.V.m. Art. 84 Abs. 2 ZGB.

¹⁰³ BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 9 zu Art. 84 ZGB.

¹⁰⁴ BGE 124 III 97 ff., 99 E 2a; BGE 108 II 352 ff., 358 E. 5a; BGE 99 Ib 255 ff., 258 f. E. 3; vgl. dazu THOMAS SPRECHER, Verantwortliche Vermögensbewirtschaftung durch Stiftungen, SJZ 2015, 221 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A.8/2002 vom 20. August 2002 und betreffend denselben Fall Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3318/2007 B-3223/2007 vom 6. März 2008.

¹⁰⁶ RIEMER (Fn 3), N 12 zu Art. 84 ZGB.

¹⁰⁷ BGE 112 II 471; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 9 zu Art. 84 ZGB.

¹⁰⁸ Entscheide des Eidgenössischen Departementes des Innern, 24. Februar und 8. März 1933, VEB 1933, 62 f., 62.

¹⁰⁹ Entscheide des Eidgenössischen Departementes des Innern (Fn 108), 62 f., 62.

¹¹⁰ Entscheide des Eidgenössischen Departementes des Innern (Fn 108), 62 f., 62 f.

wille ausdrücklich anders lautet oder wenn eine bestimmte Art der Anlage in einer inneren Beziehung zur Natur der Stiftung oder zur Person des Stifters steht.¹¹¹ Ebenso wurde im Jahre 1951 andernorts festgehalten, dass einer Stiftung als deren Vermögen Forderungen gegen den Stifter oder dessen Unternehmen gewidmet werden dürfen, dass allerdings danach das Stiftungsvermögen nicht als neue Forderung in das Gründerunternehmen oder zum Stifter zurückversetzt werden darf.¹¹²

[Rz 39] Im Jahre 1955 hielt das Eidgenössische Departement des Innern fest, dass Stiftungsgelder allgemein nicht in Werte mit ausgesprochen spekulativem Charakter angelegt werden dürfen, weil damit die Existenz und Leistungsfähigkeit der Stiftung gefährdet und so die Interessen der Destinatäre missachtet würden.¹¹³ Bei der Anlage von Stiftungsgeldern sei deshalb immer zu berücksichtigen, dass die Stiftung ihrer Natur nach ein auf dauernde Existenz hin geordnetes Institut ist und es bei der Anlage ihres Vermögens nicht in erster Linie auf eine augenblicklich hohe Rendite, sondern auf eine möglichst grosse Sicherheit ankommt.¹¹⁴

[Rz 40] In einem Entscheid aus dem Jahre 1961 wurde festgehalten, dass, wenn eine Stiftungsurkunde in Bezug auf die Vermögensanlage keine bindenden Vorschriften enthält, der Stiftungsrat in seiner Anlagepolitik frei ist und von der Aufsichtsbehörde geprüft wird, ob die Vermögensanlage sorgfältig nach den Grundsätzen der Sicherheit, der angemessenen Rendite und der klugen Risikoverteilung erfolgt.¹¹⁵ In diesem Rahmen sind auch Anlagen in Sachwerte zulässig.¹¹⁶

[Rz 41] Im Jahre 1973 führte das schweizerische Bundesgericht aus, dass die Höhe der Nettorendite des Stiftungsvermögens für sich allein bei der Beurteilung der Anlage des Stiftungsvermögens nicht entscheidend sei, sondern dass das Stiftungsvermögen in relativ sichere Werte anzulegen sei, was einen Verzicht auf hohe Renditen bedingte.¹¹⁷ Weil der Entscheid über die Anlage des Stiftungsvermögens grundsätzlich den Stiftungsorganen zusteht, kann die Aufsichtsbehörde – abgesehen von der Überwachung der Qualität einer Anlage – im Wesentlichen aber nur eingreifen, wenn eine Anlage wegen unzulässiger Begünstigung bestimmter Personen eine aussergewöhnlich tiefe Rendite erbringt.¹¹⁸

[Rz 42] Im Jahre 1982 entschied das schweizerische Bundesgericht, dass bei der Anlage von Stiftungsvermögen die Grundsätze der Liquidität, der Rendite, der Sicherheit, der Risikoverteilung und der Substanzerhaltung zu beachten sind.¹¹⁹ Ebenso wies das schweizerische Bundesgericht darauf hin, dass diese Grundsätze nicht immer miteinander vereinbar sind, weil sich Liquidität und Sicherheit oft nur zum Nachteil der Rendite erreichen lassen, und dass bei fortschreitender Inflation auch eine mündelsichere Anlage nicht immer angezeigt ist.¹²⁰ Entsprechend sind die oben gezeigten Grundsätze bei der Anlage von Stiftungsvermögen in Berücksichtigung der gesamten Umstände in einer Weise anzuwenden, die dem Stiftungszweck dauernd Nachachtung

¹¹¹ Departement des Innern, 7. Mai 1951, VEB 1951, 65, 65.

¹¹² Justizabteilung, 21. November 1951, 13 Nr. 26, VEB 1951, 65 ff., 66.

¹¹³ Sekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern, 13. Juni 1955, VEB 1955, 107 f., 108.

¹¹⁴ Sekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern (Fn 113), 107 f., 108.

¹¹⁵ Departement des Innern, 11. September 1961, VEB 1961, 78, 78.

¹¹⁶ Departement des Innern (Fn 115), 78, 78.

¹¹⁷ BGE 99 Ib 255 ff., 261 E. 5a.

¹¹⁸ BGE 99 Ib 255 ff., 261 E. 5a.

¹¹⁹ BGE 108 II 352 ff., 359 E. 5a.

¹²⁰ BGE 108 II 352 ff., 359 E. 5a.

verschafft.¹²¹ Das Urteil wurde vom schweizerischen Bundesgericht im Jahre 1998 bestätigt und ergänzend ausgeführt, dass als Orientierungshilfe bei der Anlage von Stiftungsvermögen die Bestimmungen in Art. 49 ff. der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1)¹²² herangezogen werden können.¹²³

[Rz 43] Betreffend die Vermögensanlage ergibt sich damit zusammenfassend, dass sich der Stiftungsrat *primär* an allfällige *Vorgaben in der Stiftungsurkunde* oder in Stiftungsreglementen oder an solche, die mit zuwendenden Personen vereinbart wurden, zu halten hat, und hierbei, oder wenn keine Anlagevorschriften bestehen, die Praxis des Bundesgerichts zu beachten ist, welcher sich allerdings kaum konkrete Vorgaben für eine sorgfältige Vermögensanlage entnehmen lassen.¹²⁴ Die Vermögensanlage muss stets sorgfältig erfolgen, den Bestand des Stiftungsvermögens grundsätzlich langfristig sichern und die Ertragskraft desselben erhalten und wenn möglich verbessern.¹²⁵

[Rz 44] Hervorzuheben ist damit, dass der Stifter berechtigt ist, sofern er denn will, Vorschriften über die Anlage des ganzen oder eines Teils des Stiftungsvermögens aufzustellen und im Rahmen des allgemeinen Verbots der Rechtswidrigkeit und der Unsittlichkeit beispielsweise vorschreiben kann, wie die Kriterien der Substanzerhaltung, Sicherheit, Risikoverteilung, Liquidität oder Rendite zu erfüllen sind.¹²⁶ Ebenso kann ein Stifter bestimmen, dass einzelne oder mehrere dieser Kriterien bei der Vermögensanlage nicht zu berücksichtigen sind.¹²⁷ Weiter kann der Stifter beispielsweise vorschreiben, in welchem Umfang in welche Anlageinstrumente zu investieren oder nicht zu investieren ist.¹²⁸

3.4.2.2.3. Würdigung der Gesetzesbestimmung

[Rz 45] Die vorgesehene neue Gesetzesbestimmung umschreibt unter aufsichtsrechtlichen Aspekten im Wesentlichen das, was bereits heute gelebte Praxis darstellt. Aufgrund der hohen Bedeutung nicht nur der Vermögensverwendung, sondern auch der Vermögensanlage einer Stiftung, wäre es begrüssenswert, wenn die vorgesehene Gesetzesbestimmung um eine explizite Passage hinsichtlich der Pflicht zur Überwachung der *Vermögensanlage* ergänzt würde, dies um klarzustellen, dass die Vermögensanlage durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht auch unter der allfälligen neuen Gesetzgebung zu überprüfen ist.

[Rz 46] Als Beispiel für eine Formulierung könnte etwa § 4. lit. c der Ordnung über die Stiftungsaufsicht des Verwaltungsrats der BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel vom 23. Januar 2012 herangezogen werden, welche vorschreibt, dass die Stiftungsaufsicht die Anlage des Stiftungsvermögens nach den Grundsätzen einer sorgfältigen Kapitalanlage, insbesondere nach den Grundsätzen der Sicherheit, der Erzielung eines angemessenen Ertrages, der Risikoverteilung

¹²¹ BGE 108 II 352 ff., 359 E. 5a.

¹²² Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984, SR 831.441.1.

¹²³ BGE 124 III 97 ff., 99 f. E. 2.

¹²⁴ SPRECHER (Fn 104), 221 ff., 228.

¹²⁵ SPRECHER (Fn 104), 221 ff., 228.

¹²⁶ SPRECHER (Fn 104), 221 ff., 225 f.

¹²⁷ SPRECHER (Fn 104), 221 ff., 226.

¹²⁸ SPRECHER (Fn 104), 221 ff., 226.

und der Liquidität, zu prüfen hat. Eine ähnliche Formulierung findet sich in § 5 lit. c der Ausführungsbestimmungen betreffend die Aufsicht über die Stiftungen der Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht, wo festgehalten wird, dass die Aufsichtsbehörde die Anlage des Stiftungsvermögens nach den Grundsätzen einer soliden Kapitalanlage, insbesondere der Sicherheit, der angemessenen Rendite, des Risikoausgleichs und der Liquidität zu prüfen hat. Ergänzt werden sollte eine Bestimmung zur Prüfung der Anlage des Stiftungsvermögens allerdings dahingehend, dass die allgemeinen Grundsätze zur Anlage des Stiftungsvermögens nur insoweit gelten, als die Stiftungsurkunde oder das Stiftungsreglement keine anderslautenden Vorschriften enthält.

3.4.2.3. Organisation

[Rz 47] Die Stiftungsaufsicht prüft die Organisation der Stiftungen.¹²⁹ Dies schliesst mit ein, dass die Stiftungsaufsicht kontrolliert, ob der Stiftungsrat oder ein anderes Stiftungsorgan rechtmässig zusammengesetzt ist, ob die Organisation allgemein genügend ist oder ob der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe fehlt.¹³⁰

[Rz 48] Liegt ein Organisationsmangel vor, kann die Stiftungsaufsicht der Stiftung insbesondere eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist,¹³¹ oder das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen.¹³² Kann eine zweckdienliche Organisation nicht gewährleistet werden, hat die Aufsichtsbehörde das Vermögen einer anderen Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuzuwenden.¹³³

[Rz 49] Die vorgesehene Gesetzesbestimmung ändert an den grundlegenden Aufsichtspflichten der Stiftungsaufsicht im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nichts.

3.4.2.4. Übereinstimmung von Reglementen und Stiftungsurkunde

[Rz 50] Nach nun expliziter gesetzlicher Vorgabe soll die Stiftungsaufsicht die Übereinstimmung von Reglementen der Stiftung mit der Stiftungsurkunde prüfen.¹³⁴ Mittels dieser Prüfung soll im Wesentlichen vermieden werden, dass sich die Stiftungsorgane urkundenwidrig verhalten oder den Stiftungszweck missachten.¹³⁵ Auch diese Bestimmung bringt keine materiellen Neuerungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage.

¹²⁹ Art. 3 Abs. 3 lit. b E-ESAG.

¹³⁰ Art. 83d ZGB; Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI (Fn 71), 10, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/43283.pdf>.

¹³¹ Art. 83d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; vgl. dazu auch die Aufsichtsmittel in Art. 4 E-ESAG.

¹³² Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; vgl. dazu auch die Aufsichtsmittel in Art. 4 E-ESAG.

¹³³ Art. 83d Abs. 2 ZGB.

¹³⁴ Art. 3 Abs. 3 lit. c E-ESAG; vgl. hierzu auch BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 12 zu Art. 84 ZGB; eine eigentliche vorgängige Genehmigungspflicht stipuliert Art. 3 Abs. 3 lit. c E-ESAG allerdings nicht.

¹³⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4798.

3.4.2.5. Änderungen der Stiftungsurkunde

[Rz 51] Die Stiftungsaufsicht hat über Änderungen der Stiftungsurkunde zu entscheiden.¹³⁶ Urkundenänderungen drängen sich auf oder sind zulässig, wenn:

- zur Erhaltung des Vermögens oder zur Wahrung des Stiftungszwecks die in der Urkunde festgelegte Stiftungsorganisation nachträglich geändert werden muss;¹³⁷
- der Stiftungszweck geändert werden muss, weil der ursprüngliche Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, sodass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist;¹³⁸
- in der Stiftungsurkunde eine Zweckänderung vorbehalten worden ist und seit der Errichtung der Stiftung oder seit der letzten vom Stifter verlangten Änderung mindestens zehn Jahre verstrichen sind;¹³⁹
- die Stiftungsurkunde nur unwesentlich¹⁴⁰ geändert wird¹⁴¹ und die Änderung als geboten erscheint und keine Rechte Dritter beeinträchtigt.¹⁴²

[Rz 52] Neuerungen zur bisherigen Rechtslage ergeben sich aus der vorgesehenen aufsichtsrechtlichen Bestimmung nicht.

¹³⁶ Art. 3 Abs. 3 lit. d E-ESAG.

¹³⁷ Zur nachträglichen Änderung der Organisation gemäss Art. 85 ZGB vgl. kürzlich Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-565/2015, B-812/2015 E. 10.8 vom 4. Oktober 2016: «Bei der nachträglichen Änderung der Organisation gemäss Art. 85 ZGB handelt es sich um eine Art gesetzliche *clausula rebus sic stantibus*, deren Anwendung von strengen Voraussetzungen abhängt. Die Bestimmung ist entsprechend auszulegen [...]. Primäres Ziel jeder Organisationsänderung ist die Wahrung des Zwecks bzw. die Erhaltung des Vermögens der Stiftung. Kann es nur durch radikale Änderung der Organisation erreicht werden, ist eine solche zulässig und notwendig, andernfalls ist die bisherige Organisation beizubehalten [...]. Mithin darf die Organisation der Stiftung dann abgeändert werden, wenn dies im Interesse der Erfüllung des Stiftungszwecks liegt und aus unabwiesbaren Gründen als geboten erscheint, nicht aber dann, wenn eine andere Organisation lediglich optimaler, nützlicher oder etwas zweckmässiger wäre oder überhaupt keine plausiblen Gründe für die Abänderung vorgebracht werden können [...]. Mit anderen Worten muss die Änderung bewirken, dass der Zweck wesentlich besser erreicht werden kann, während diese Verbesserung im Rahmen der alten Organisationsform nicht möglich wäre [...].»

¹³⁸ Art. 86 ZGB.

¹³⁹ Art. 86a ZGB.

¹⁴⁰ «Nach der bisherigen Praxis der Bundesaufsichtsbehörden liegt eine unwesentliche Änderung vor, wenn sie am Wesen der Stiftung nichts Grundlegendes ändert und keine nach dem mutmasslichen Willen des Stifters als unabänderlich anzusehende Bestimmung der Stiftungsurkunde betroffen ist». So BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 3 zu Art. 86b ZGB mit Hinweis auf BGE 103 Ib 161 ff., 165 E. 2.

¹⁴¹ Unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde werden gemäss Art. 86b ZGB bewilligt, wenn sie im Interesse einer wirksameren Erfüllung des Stiftungszwecks liegen, triftige sachliche Gründe sie gebieten und keine Drittrechte verletzt werden. Vgl. RIEMER (Fn 3), N 1 zu Art. 86b ZGB; Beispiele für unwesentliche Urkundenänderungen sind gemäss RIEMER (Fn 3), N 12 zu Art. 86 ZGB, etwa die Beseitigung oder Einführung kleinerer Einschränkungen des Destinatärkreises bei einer Stipendienstiftung, die Veränderung der Periodizität der Ausschüttungen einer Preisstiftung oder kleinere Einschränkungen – aber gleiches Forschungsgebiet – des Forschungsgegenstandes einer Forschungstiftung. Gemäss RIEMER (Fn 3), N 12 zu Art. 85 ZGB, sind unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde ebenfalls solche, welche die Anzahl und Funktion der Organmitglieder oder ihre Amtsdauer – samt Amtszeit- oder Altersbeschränkungen – oder stiftungsinterne Zuständigkeiten betreffen, oder die Einzelheiten der Formalitäten und der stiftungsinternen Verfahrensabläufe (Einberufungskompetenzen, Einberufungsfristen, Traktandierungsfragen, Beschlussfähigkeits- und Beschlussfassungsquoren, andere Wahl- und Abstimmungsfragen) regeln. Eine unwesentliche Änderung der Stiftungsurkunde liegt weiter vor, wenn eine Urkundenbestimmung betreffend dem Nichtanzehren des Stiftungskapitals abgeändert werden soll. Vgl. RIEMER (Fn 3), N 7 zu Art. 86b ZGB; ebenso dazu gehören üblicherweise Bestimmungen hinsichtlich der Investition des Stiftungsvermögens.

¹⁴² Art. 86b ZGB; Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4798 f.

3.4.2.6. Überschuldung

[Rz 53] Bei Überschuldung einer Stiftung oder wenn diese ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht mehr erfüllen kann trifft die Eidgenössische Stiftungsaufsicht die erforderlichen Vorkehrungen.¹⁴³ Dabei hat die Eidgenössische Stiftungsaufsicht aufgrund der ihr vorgelegten Zwischenbilanz den Stiftungsrat zur Einleitung der erforderlichen Massnahmen anzuhalten oder bei dessen Untätigkeit diese selber zu treffen.¹⁴⁴ Nötigenfalls sind vollstreckungsrechtliche Massnahmen zu beantragen.¹⁴⁵ Neuerungen ergeben sich aus dieser Bestimmung nicht.¹⁴⁶

3.4.2.7. Aufhebung von Stiftungen

[Rz 54] Die Zuständigkeit für die Aufhebung von Stiftungen liegt bei der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht.¹⁴⁷ Stiftungen sind aufzuheben, wenn deren Zweck unerreichbar geworden ist und die Stiftung durch eine Änderung der Stiftungsurkunde nicht aufrechterhalten werden kann, oder der Stiftungszweck widerrechtlich oder unsittlich geworden ist.¹⁴⁸ Materielle Neuerungen bringt die aufsichtsrechtliche Bestimmung damit nicht.

3.4.2.8. Vorprüfung

[Rz 55] Auf Ersuchen hin prüft die Eidgenössische Stiftungsaufsicht Entwürfe von Stiftungsstatuten und -reglementen.¹⁴⁹ Diese Dienstleistung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, welche bereits heute auf freiwilliger Basis gelebte Realität darstellt und dazu dient, Korrekturen im Nachgang zur Errichtung einer Stiftung zu vermeiden,¹⁵⁰ soll neu gesetzlich verankert werden. Eine Veränderung zur bisherigen Rechtslage ergibt sich hieraus allerdings nicht.

¹⁴³ Art. 3 Abs. 3 lit. e E-ESAG.

¹⁴⁴ Art. 84a Abs. 3 ZGB.

¹⁴⁵ Art. 84a Abs. 4 ZGB; vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4798 f.

¹⁴⁶ Geringfügige Anpassungen könnten sich aber im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Aktienrechts ergeben. Vorgesehen ist nämlich die Schaffung eines neuen Art. 84a E-ZGB mit folgendem Wortlaut:

¹ Bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung muss das oberste Stiftungsorgan umgehend die Aufsichtsbehörde benachrichtigen.

² Stellt die Revisionsstelle fest, dass die Stiftung zahlungsunfähig oder überschuldet ist, so benachrichtigt sie die Aufsichtsbehörde.

³ Die Aufsichtsbehörde hält das oberste Stiftungsorgan zur Einleitung der erforderlichen Massnahmen an. Bleibt dieses untätig, so trifft die Aufsichtsbehörde die nötigen Massnahmen oder benachrichtigt das Gericht.

⁴ Zur Ermittlung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung sowie zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen sind die Bestimmungen des Aktienrechts¹⁵ entsprechend anwendbar. Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff., 628 f.

¹⁴⁷ Art. 3 Abs. 3 lit. f E-ESAG.

¹⁴⁸ Art. 88 Abs. 1 ZGB.

¹⁴⁹ Art. 3 Abs. 3 lit. g E-ESAG.

¹⁵⁰ Vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4799.

3.5. Weitere Aufgaben

[Rz 56] Die Aufzählung der Aufgaben der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ist gemäss dem Gesetzestext nicht abschliessend.¹⁵¹ Weitere Aufgaben der Aufsichtsbehörde finden sich beispielsweise im Zusammenhang mit der Fusion und Vermögensübertragung von Stiftungen.¹⁵²

4. Aufsichtsmittel der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht

4.1. Allgemeines

[Rz 57] Die Aufsicht der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ist grundsätzlich eine umfassende und bezweckt, das pflichtgemässe Verhalten der Stiftung und ihrer Organe sicherzustellen. Zur Erreichung dieses Ziels können von der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht diverse Aufsichtsmittel eingesetzt werden, um den Zweck der Stiftung – nötigenfalls auch gegen den Willen des Stiftungsrats und ohne dessen Mitwirkung – durchzusetzen.

[Rz 58] Trotz der grossen Bedeutung der Beaufsichtigung von Stiftungen ist die Regelung in Art. 84 Abs. 2 ZGB nicht nur wenig aussagekräftig ausgefallen, sondern enthält auch keine Hinweise darüber, mit welchen Mitteln die Aufsichtsbehörde ihre Aufgaben wahrnehmen soll.¹⁵³ Da weder die Rechte noch die Pflichten der Aufsichtsbehörde kodifiziert sind, wurde schon seit längerer Zeit gefordert, dass diese eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren sollten.¹⁵⁴

[Rz 59] Aufsichtsmittel des Verwaltungszwangs sind stets unter Beachtung verwaltungsrechtlicher Grundsätze, namentlich des Legalitätsprinzips, der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität, anzuwenden.¹⁵⁵

4.2. Laufende Kontrolle und Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustandes

[Rz 60] In der Doktrin¹⁵⁶ wird zwischen präventiven und repressiven Aufsichtsmitteln¹⁵⁷ unterschieden, wobei Ersteren in der Praxis eine bedeutendere Rolle zukommt. Präventive Aufsichtsmittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten durch eine laufende Kontrolle der Geschäftstätigkeit zu verhindern.¹⁵⁸ Repressive Aufsichtsmittel dienen dagegen dazu,

¹⁵¹ Vgl. Art. 3 Abs. 3 E-ESAG, was sich ohne weiteres dem Terminus «insbesondere» entnehmen lässt.

¹⁵² Art. 78 Abs. 2 Satz 3 FusG, Art. 83 FusG, Art. 85 FusG, Art. 86 Abs. 2 Satz 2 FusG, Art. 87 FusG.

¹⁵³ BerK-RIEMER (Fn 1), N 36 zu Art. 84 ZGB.

¹⁵⁴ BerK-RIEMER (Fn 1), N 36 zu Art. 84 ZGB.

¹⁵⁵ BGE 124 IV 211 ff., 216 E. 2e.

¹⁵⁶ Statt vieler BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 12 zu Art. 84 ZGB; auch die Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4799, unterscheidet vorbeugende (präventive) und korrigierende (repressive) Aufsichtsmittel.

¹⁵⁷ Vgl. ausführlich dazu BerK-RIEMER (Fn 1), N 54 ff. zu Art. 84 ZGB.

¹⁵⁸ Vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2368/2006 vom 26. März 2007 E.3.1; zu den präventiven Aufsichtsmitteln vgl. auch SCHWEIZER (Fn 20), 65 ff.; BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 12 zu Art. 84 ZGB.

einen unrechtmässigen Zustand zu beheben und den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.¹⁵⁹

4.3. Präventive Aufsichtsmittel

[Rz 61] Das wohl wichtigste präventive Aufsichtsmittel stellt bislang die jährliche Berichterstattung, welche der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht einen aktuellen Einblick in die Entwicklungen der Stiftung gewährt, dar. Inhaltlich erstreckt sich die Berichterstattung auf den Tätigkeitsbericht, die Jahresrechnung – bestehend aus Bilanz, Betriebsrechnung und Anhang –, allenfalls den Bericht der Revisionsstelle, die Genehmigung der Rechenschaftsablage durch den Stiftungsrat sowie eine Aufstellung der Mitglieder des Stiftungsrates, sofern sich Änderungen zum Vorjahr ergeben haben.¹⁶⁰ Bis anhin existierte keine explizite Rechtsgrundlage bezüglich der Pflichten von Stiftungen gegenüber der Aufsichtsbehörde. Vielmehr wurden die Pflichten aus jahrzehntelanger anerkannter Praxis abgeleitet und mittels Verfügung¹⁶¹ den Stiftungen einzeln auferlegt.¹⁶² Dies ändert sich durch die neue Regelung in Art. 5 E-ESAG.

[Rz 62] Stiftungen sollen neu von Gesetzes wegen verpflichtet werden, der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht jährlich innerhalb eines halben Jahres nach Abschluss des Geschäftsjahres Bericht zu erstatten, wobei ein Bericht des Stiftungsrates,¹⁶³ die vom Stiftungsrat genehmigte Jahresrechnung¹⁶⁴ sowie ein allfälliger¹⁶⁵ Bericht der Revisionsstelle¹⁶⁶ einzureichen sind. Des Weiteren haben Stiftungen auf Verlangen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht sämtliche Unterlagen und Auskünfte zu übermitteln, welche die Aufsichtsbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.¹⁶⁷ Materiell bringen diese neuen Aufsichtsbestimmungen keine Veränderungen zur bisherigen Rechtslage.

[Rz 63] Als weiteres präventives Aufsichtsmittel ist die nun gesetzlich explizit stipulierte Pflicht der Stiftungsaufsicht betreffend die Prüfung der Übereinstimmung von Reglementen der Stiftung mit der Stiftungsurkunde zu qualifizieren.¹⁶⁸ Zwecks Gewährleistung einer speditiven Ein-

¹⁵⁹ Vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2368/2006 vom 26. März 2007 E.3.1; vgl. auch SCHWEIZER (Fn 20), 70 ff.; BASK-GRÜNINGER (Fn 1), N 12 zu Art. 84 ZGB.

¹⁶⁰ Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI, Eidgenössische Stiftungsaufsicht (Fn 42), 6.

¹⁶¹ Sog. Übernahmeverfügung; vgl. dazu Art. 96 Abs. 2 der Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1703/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.2. sowie THOMAS SPRECHER/ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, Die schweizerische Stiftung, Ein Leitfaden, Zürich 1999, 168.

¹⁶² Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4800.

¹⁶³ Art. 5 Abs. 1 lit. a E-ESAG.

¹⁶⁴ Art. 5 Abs. 1 lit. b E-ESAG.

¹⁶⁵ Vgl. Art. 83b Abs. 2 ZGB, wonach die Aufsichtsbehörde eine Stiftung von der Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle befreien kann. Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen vom 24. August 2005 (SR 211.121.3) kann die Aufsichtsbehörde auf Gesuch des obersten Stiftungsorgans eine Stiftung von der Pflicht befreien, eine Revisionsstelle zu bezeichnen, wenn kumulativ die Bilanzsumme der Stiftung in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren kleiner als CHF 200 000 ist, die Stiftung nicht öffentlich zu Spenden oder sonstigen Zuwendungen aufruft und die Revision nicht für eine zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Stiftung notwendig ist.

¹⁶⁶ Art. 5 Abs. 1 lit. c E-ESAG.

¹⁶⁷ Art. 5 Abs. 2 E-ESAG.

¹⁶⁸ Vgl. dazu Art. 3 Abs. 3 lit. c E-ESAG sowie Ziff. 3.4.2.4.

haltung der diesbezüglichen Pflicht von Stiftungen wäre zu überlegen, ob Art. 5 Abs. 1 E-ESAG nicht durch eine Bestimmung lit. d zu ergänzen wäre, in welcher festgehalten wird, dass Stiftungen verpflichtet sind, neue oder geänderte Reglemente umgehend zur Prüfung der Aufsichtsbehörde einzureichen.¹⁶⁹ Ebenso, je nach Inhalt, können von der Stiftungsaufsichtsbehörde erteilte Weisungen,¹⁷⁰ beispielsweise betreffend die Vermögensanlage, erfolgte Verweise und Mahnungen,¹⁷¹ die Anordnung einer Berichterstattungspflicht oder einer Expertise,¹⁷² die Anordnung einer Grundbuchsperrung oder die Bücher- und Akteneinsicht als präventives Aufsichtsmittel qualifiziert werden.¹⁷³

[Rz 64] Die in der Konsultation kritisierte Verpflichtung der Stiftungen, ganz allgemein und von sich aus Auskünfte an die Eidgenössische Stiftungsaufsicht zu erteilen, wurde aus dem Entwurf gestrichen.¹⁷⁴ Eine Auskunftspflicht kann sich allerdings aus den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten ergeben.¹⁷⁵

[Rz 65] Zusammenfassend ergeben sich bei den präventiven Aufsichtsmitteln materiell keine Änderungen zur bisherigen Rechtslage, dies auch dann, wenn diese nicht vollständig kodifiziert wurden.

4.4. Repressive Aufsichtsmittel

4.4.1. Vorbemerkung und heutige Rechtslage

[Rz 66] Repressiven Massnahmen kommt in erster Linie eine korrigierende Funktion zu, indem bestehende Mängel behoben und der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden soll.

[Rz 67] Bis anhin enthielt die aufsichtsrechtliche Norm in Art. 84 ZGB keine Aufzählung möglicher Aufsichtsmittel und Massnahmen. Diese ergaben sich wie so oft im Stiftungsrecht aus Praxis, Lehre und Rechtsprechung. Auf gesetzlicher Basis konnten höchstens aus Art. 83d ZGB (Mängel in der Organisation) sowie Bestimmungen der beruflichen Vorsorge (insbesondere Art. 62 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG; SR

¹⁶⁹ So etwa § 13 Abs. 2 Gesetz über die BVG- und Stiftungsaufsicht (BVSG) des Kantons Zürich.

¹⁷⁰ Art. 4 lit. a E-ESAG.

¹⁷¹ Art. 4 lit. b E-ESAG.

¹⁷² Art. 4 lit. e E-ESAG.

¹⁷³ BasK-GRÜNIGER (Fn 1), N 12 zu Art. 84 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn 26), Rz. 19.34.

¹⁷⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4772.

¹⁷⁵ Vgl. dazu ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 990 ff.; in Bezug auf das Stiftungsrecht DIEGO CAVEGN, Die Revision der Revision von Stiftung und Vereinen, Zürich/Basel/Genf 2008, 66.

831.40]¹⁷⁶ und Art. 62a Abs. 1 und Abs. 2 BVG¹⁷⁷) Rückschlüsse auf potenzielle Aufsichtsmittel gezogen werden.¹⁷⁸

[Rz 68] In der bisherigen Praxis – nachfolgende Aufzählung ist übernommen und die Verweise auf die Rechtsprechung stammen von RIEMER¹⁷⁹ – war anerkannt, dass der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht beispielsweise folgende repressive Aufsichtsmittel zur Verfügung stehen:

- Im Falle zeitlicher Dringlichkeit, Unfähigkeit oder Unwilligkeit des obersten Stiftungsorgans darf die Aufsichtsbehörde selbst anstelle des obersten Organs einen *Entscheid fällen*; ebenso können *vorsorgliche Massnahmen*,¹⁸⁰ einschliesslich *superprovisorischer Massnahmen*,¹⁸¹ angeordnet werden, beispielsweise indem ein Entscheid des obersten Stiftungsorgans vorsorglich *sistiert*¹⁸² oder *aufgehoben*, eine *Ersatzvornahme* angeordnet oder die Stiftung nach aussen *vertreten*¹⁸³ wird;

¹⁷⁶ Art. 62 Abs. 1 BVG: «Die Aufsichtsbehörde wacht darüber, dass die Vorsorgeeinrichtungen, die Revisionsstellen für berufliche Vorsorge, die Experten für berufliche Vorsorge sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird, indem sie insbesondere:

- a. die Übereinstimmung der statutarischen und reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen und der Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit den gesetzlichen Vorschriften prüft;
- b. von der Vorsorgeeinrichtung sowie von der Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, jährlich Berichterstattung fordern, namentlich über ihre Geschäftstätigkeit;
- c. Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt;
- d. die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft;
- e. Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information gemäss den Artikeln 65a und 86b Absatz 2 beurteilen; dieses Verfahren ist für die Versicherten in der Regel kostenlos.».

¹⁷⁷ Art. 62a Abs. 1 und Abs. 2 BVG:

«¹ Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben stützt sich die Aufsichtsbehörde auf die Berichte der Experten für berufliche Vorsorge und der Revisionsstellen.

² Die Aufsichtsbehörde kann bei Bedarf:

- a. vom obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung, vom Experten für berufliche Vorsorge oder von der Revisionsstelle jederzeit Auskunft oder die Herausgabe sachdienlicher Unterlagen verlangen;
- b. im Einzelfall dem obersten Organ, der Revisionsstelle oder dem Experten für berufliche Vorsorge Weisungen erteilen;
- c. Gutachten anordnen;
- d. Entscheide des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung aufheben;
- e. Ersatzvornahmen anordnen;
- f. das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung oder einzelne seiner Mitglieder ermahnen, verwarnen oder abberufen;
- g. eine amtliche Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung oder der Einrichtung, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dient, anordnen;
- h. eine Revisionsstelle oder einen Experten für berufliche Vorsorge ernennen oder abberufen;
- i. Ordnungswidrigkeiten nach Artikel 79 ahnden».

¹⁷⁸ RIEMER (Fn 3), N 14 zu Art. 84 ZGB.

¹⁷⁹ Die Aufzählung folgt RIEMER (Fn 3), N 15 zu Art. 84 ZGB.

¹⁸⁰ BGE 112 II 97 ff., 99 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 5A_401/2010 vom 11. August 2010 E. 3.5.

¹⁸¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6308/2009 vom 28. Juli 2010 B.

¹⁸² BGE 112 II 97 ff., 99 E. 3

¹⁸³ BGE 83 III 147 ff., 149 f. E.2; BGE 90 I 41 ff., 44 E.1; BGE 103 III 79 ff., 84 E. 4.

- *grundlegende Vermögensumstrukturierungen*,¹⁸⁴ insbesondere auch wesentliche (unentgeltliche) Entäusserungen, können infolge ihrer Bedeutung für die Zweckerfüllung der Stiftung einer *vorgängigen Genehmigung* der Stiftungsaufsichtsbehörde unterliegen, dies selbst dann, wenn keine Vermögensübertragung vorliegt;¹⁸⁵
- die Stiftungsaufsichtsbehörde kann gegenüber den Stiftungsorganen *Weisungen* oder *Auflagen* erlassen, beispielsweise betreffend die Unterstellung wichtiger Rechtsgeschäfte unter eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde, insbesondere die Verfügungen über Stiftungsliegenschaften,¹⁸⁶ betreffend die Anordnung zur Erhebung von Schadenersatzklagen gegenüber Organen, sofern die Klage aussichtsreich ist,¹⁸⁷ betreffend die Behandlung von Stiftungsdestinatären,¹⁸⁸ betreffend den Entzug der Einzelzeichnungsberechtigung, betreffend Vorschriften hinsichtlich Kollektivzeichnungsberechtigung, betreffend Verbot von Informationen oder Äusserungen gegenüber Dritten, betreffend Rückgängigmachung von Verträgen der Stiftung;¹⁸⁹
- *Stiftungsorgane* können *abberufen*¹⁹⁰ oder ihnen gegenüber andere Massnahmen angeordnet werden;¹⁹¹
- *Stiftungsorgane* können bei noch unklaren Verhältnissen in ihrem Amt *vorsorglich eingestellt* werden, inklusive Entzug der Unterschriftsberechtigung;¹⁹²
- Verfügungen der Stiftungsaufsichtsbehörden können mit Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB verbunden werden;¹⁹³
- auch andere Organe als die Revisionsstelle, beispielsweise ein *Sachwalter*, können von der Stiftungsaufsichtsbehörde ernannt werden;¹⁹⁴
- die Stiftungsaufsichtsbehörde darf, jedenfalls in Fällen hoher Dringlichkeit, auch Drittpersonen, namentlich Gläubigern, Schuldner oder Besitzern von Sachwerten der Stiftung, sachdienliche Weisungen zum Schutze des Stiftungsvermögens direkt erteilen;¹⁹⁵
- die Stiftungsaufsichtsbehörde hat auch für den allfälligen handelsregisterrechtlichen Vollzug ihrer Verfügungen zu sorgen;¹⁹⁶
- die Stiftungsaufsichtsbehörde kann auch Strafanzeige gegen Stiftungsorgane und entsprechende sachdienliche Anträge (Beschlagnahme, Hausdurchsuchung usw.) stellen.¹⁹⁷

184 BGE 112 II 471 ff., 472 E. 3.

185 BGE 112 II 471 ff., 472 E. 3; BGE 120 Ib 474 ff., 492 E. 9e.

186 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6308/2009 vom 28. Juli 2010 B.

187 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2368/2006 vom 26. März 2007 E. 3.2.

188 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1675/2008 vom 14. Oktober 2008.

189 Vgl. zu allem auch Urteil des Bundesgerichts 5A.2/2002 vom 20. März 2002 E 4d; BGE 128 III 209 ff., 209 ff.

190 BGE 105 II 321 ff., 326 ff. E. 5.

191 BGE 128 III 209 ff., 210 f. E. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 5A.14/2003 vom 20. August 2003 E. 3.5.

192 Vgl. BGE 129 III 641 ff., 644 E. 3.3.

193 Vgl. BGE 99 Ib 255 ff., 259 f. E. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A.14/2003 vom 20. August 2003 E. 4.3.

194 Vgl. BGE 129 III 641 ff., 645 f. E. 3; Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

195 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A.13/2000 vom 29. Juni 2000 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 5A.14/2000 vom 29. Juni 2000 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 5A.17/2000 vom 18. Juli 2000 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 5A.18/2000 vom 18. Juli 2000 E. 2a; differenzierend BasK-GRÜNINGER (Fn 1), N 13 zu Art. 84 ZGB.

196 Urteil des Bundesgerichts 5A.5/2001 vom 23. Juli 2001 E. 2; vgl. zudem Art. 19 HRegV.

197 RIEMER (Fn 3), N 15 zu Art. 84 ZGB.

[Rz 69] Auch wenn die gegenwärtige Rechtslage ohne gesetzliche Verankerung der Aufsichtsmittel bislang – allerdings ohne vertiefte Auseinandersetzung und nach der hier vertretenen Ansicht wohl zu Unrecht¹⁹⁸ – als mit dem verwaltungsrechtlichen Legalitätsprinzip vereinbar qualifiziert wurde,¹⁹⁹ ist der Bundesrat mit dem Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht zumindest dem Bedürfnis aller Stiftungsbeteiligten nach Information nachgekommen²⁰⁰ und hat im neuen Aufsichtsgesetz die wichtigsten Aufsichtsmittel kodifiziert.

4.4.2. Repressive Aufsichtsmittel nach dem E-ESAG

[Rz 70] Durch die Einführung des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht werden die repressiven Aufsichtsmittel²⁰¹ neu teilweise in Art. 4 E-ESAG gesetzlich niedergeschrieben. Die möglichen Aufsichtsmittel sind – wie gerade gezeigt – in der Praxis weit gefächert, weshalb der Auflistung in Art. 4 E-ESAG kein abschliessender Charakter zukommt, und sich diese auf die praktisch wichtigsten Aufsichtsmittel beschränkt.

[Rz 71] Namentlich aufgeführt werden die Befugnisse der Stiftungsaufsicht, Weisungen an die Stiftungsorgane zu erteilen,²⁰² die Stiftungsorgane zu ermahnen, zu verwarnen und abzuverufen,²⁰³ die Möglichkeit einen Sachwalter einzusetzen,²⁰⁴ Entscheide der Stiftungsorgane aufzuheben,²⁰⁵ Expertisen anzuordnen²⁰⁶ oder Ersatzvornahmen zu treffen.²⁰⁷ Weder in der Botschaft noch dem erläuternden Bericht des Eidgenössischen Departements des Innern finden sich weitergehende Ausführungen zu den einzelnen Aufsichtsmitteln, was darauf zurückzuführen ist, dass diese im Wesentlichen bereits unter geltendem Recht zur Anwendung gelangen. In diesem Sinne ist mit der neuen Gesetzgebung keine Erweiterung oder Einschränkung des «bisherigen Katalogs» an repressiven Aufsichtsmassnahmen beabsichtigt.²⁰⁸

4.4.3. Erforderlichkeit der Aufsichtsmassnahme

[Rz 72] Aus dem Wortlaut von Art. 4 E-ESAG geht ausdrücklich hervor, dass die Eidgenössische Stiftungsaufsicht zur Durchführung der Aufsicht über die Stiftungen die *erforderlichen* Massnah-

¹⁹⁸ Vgl. dazu Ziff. 5.4 und Fn. 233.

¹⁹⁹ RIEMER (Fn 3), N 14 zu Art. 84 ZGB.

²⁰⁰ RIEMER (Fn 3), N 14 zu Art. 84 ZGB.

²⁰¹ Teilweise ist im Einzelfall zu bestimmen, ob ein Aufsichtsmittel als präventiv oder repressiv zu bezeichnen ist; eine abstrakte Zuordnung kann nicht vorgenommen werden, sondern diese ist abhängig von der konkreten Einzelfallbetrachtung.

²⁰² Art. 4 lit. a E-ESAG.

²⁰³ Art. 4 lit. b E-ESAG.

²⁰⁴ Art. 4 lit. c E-ESAG.

²⁰⁵ Art. 4 lit. d E-ESAG.

²⁰⁶ Art. 4 lit. e E-ESAG.

²⁰⁷ Art. 4 lit. f E-ESAG.

²⁰⁸ So wohl auch Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Generalsekretariat GS-EDI (Fn 71), 3, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/43283.pdf>, 12, wo festgehalten wird, dass lediglich die wesentlichsten Aufsichtsmittel kodifiziert werden.

men zu ergreifen hat.²⁰⁹ Diese Formulierung bringt im Kern das Prinzip der Verhältnismässigkeit zum Ausdruck.²¹⁰ Dem Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip kommt allerdings keine eigenständige Bedeutung zu, denn dieser Grundsatz ergibt sich bereits aus Art. 5 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV; SR 101), wonach sich sämtliches staatliches Handeln nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu richten hat.²¹¹ Ebenfalls zur Anwendung gelangen die Bestimmungen bezüglich der Verhältnismässigkeit des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.02), aus welchen sich ergibt, dass die Eidgenössische Stiftungsaufsicht nur Massnahmen ergreift, wenn und soweit dies nötig ist, und wenn Massnahmen ergriffen werden, sich die Aufsichtsbehörde keines schärferen Zwangsmittels bedienen darf, wenn ein milderer ausreicht.²¹² Derselbe Grundgedanke findet sich in Art. 3 Abs. 2 E-ESAG, wonach die Aufsichtsbehörden die Autonomie der Stiftung sowie die Eigenverantwortung der Stiftungsorgane zu respektieren haben.

[Rz 73] Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung führt in gleichem Sinne zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Stiftungsrecht aus, dass zu ergreifende Massnahmen stets unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu treffen sind, sodass dem Stiftungszweck dauernd Nachachtung verschafft wird.²¹³ Allgemein ausgedrückt muss eine Massnahme der Aufsichtsbehörde für das Erreichen des verfolgten Zieles erforderlich, geeignet und für die Betroffenen angemessen sein, so dass im Ergebnis eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegt.²¹⁴ Die Rechtsprechung zu von der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht bislang erlassenen Massnahmen ist reichhaltig. Dabei wird von den Parteien im Vergleich zu anderen Verfahren des Öfteren die Verhältnismässigkeit des ergriffenen Aufsichtsmittels in Frage gestellt, wobei sich das Bundesverwaltungsgericht insbesondere im Bereich der BVG-Aufsicht mit dieser Thematik auseinanderzusetzen hatte.²¹⁵

[Rz 74] Ob und welche Aufsichtsmittel zu ergreifen sind, liegt im pflichtgemässen Ermessen der Aufsichtsbehörden. Eine Einschränkung dieses Ermessens findet sich weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung. Denkbar wäre diesbezüglich die Anwendung bestimmter Aufsichtsmittel als Rechtsfolge konkreter Handlungen.²¹⁶ Eine solche Einschränkung würde sich insbesondere bei repressiven Aufsichtsmitteln rechtfertigen, greifen diese doch unter Umständen erheblich in den Autonomiebereich der Stiftung ein und enthalten in einem weiteren Sinne – beispielsweise bei der Abberufung eines Stiftungsorgans – ebenfalls eine pönale Komponente. Einzig der verwal-

²⁰⁹ Art. 4 E-ESAG.

²¹⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4800.

²¹¹ BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK-BEARBEITER), SGK-SCHINDLER, N 49 zu Art. 5 BV.

²¹² Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff., 4800, mit Verweis auf Art. 42 VwVG.

²¹³ BGE 108 II 352 ff., 359 E. 5a; BGE 124 III 97 ff., 99 E. 2a.

²¹⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2443/2006 vom 1. September 2009 E. 8.

²¹⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6253/2014 vom 4. Februar 2016 E. 6 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1963/2011 vom 28. September 2012 E. 6 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3318/2007 vom 6. März 2008 E. 5; zwischen der Gesetzgebung und Rechtsprechung der BVG-Aufsicht und der Stiftungsaufsicht besteht eine Wesensgleichheit, weshalb das jeweilige Gegenüber – vorbehaltlich spezifischer Abweichungen – als Auslegungshilfe beigezogen werden kann.

²¹⁶ So auch BerK-RIEMER (Fn 1), N 88 zu Art. 84 ZGB.

tungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit, unter Einbezug des konkret vorliegenden Einzelfalls, bildet den Rahmen und gleichzeitig die Schranke für die zu ergreifende Massnahme. Fahrlässige Fehler der Stiftungsorgane rechtfertigen keine Absetzung derselben, wie auch deliktische Handlungen nicht bloss mit einer Mahnung geahndet werden dürfen.²¹⁷ Daraus folgt, dass eine besonders sorgfältige Prüfung dieses Grundsatzes insbesondere in Situationen zu erfolgen hat, in denen der Eingriff ein schwerwiegender ist.

[Rz 75] In der Praxis der Rechtsprechung erfolgt die Prüfung der Verhältnismässigkeit anhand der klassischen Trias «Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit». Dabei sind stets die Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen und das Prinzip gemäss der konkreten Sachlage und den Interessenskonstellationen auszugestalten.²¹⁸ Der Miteinbezug der zugrunde liegenden Verhältnisse zeigt sich in einem gewissen Mass als unerlässlich für die Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips, geht jedoch aufgrund des den Aufsichtsbehörden zugestandenem Ermessensspielraums zu Lasten der Rechtssicherheit.²¹⁹ Dass dem Prinzip der Verhältnismässigkeit keine klaren Konturen verliehen werden, zeigt sich insbesondere im Stiftungsrecht als unbefriedigend, könnte doch gerade in diesem Rechtsgebiet, basierend auf den einzelnen in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Massnahmen, eine bereichsspezifischere Lösung umgesetzt werden.

[Rz 76] Die Verfügungen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht äussern sich bei der Anordnung von Massnahmen in der Regel kaum zur Verhältnismässigkeit derselben. Vielmehr wird die Stiftung in den Mittelpunkt gerückt und darauf abgestellt, ob mit dem verfügbaren Aufsichtsmittel dem Zweck der Stiftung Genüge getan wird. Bezogen auf die drei Teilbereiche der Verhältnismässigkeit findet vor allem die Eignung Berücksichtigung. Eine umfassendere Prüfung der Verhältnismässigkeit findet sodann erst im Verfahren vor der ersten Beschwerdeinstanz, namentlich dem Bundesverwaltungsgericht, statt. Dieses setzt im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung – zumindest in Bezug auf schwerwiegende Einschränkungen der Stiftungsautonomie wie das Abberufen eines Stiftungsorgans oder das Einsetzen eines Sachwalters – auf einen anderen Schwerpunkt. Ausschlaggebend in der Beurteilung zeigt sich vielfach die Frage nach einer potenziell mildereren Massnahme.²²⁰ Von entscheidender Bedeutung ist dabei vielfach das Verhalten der am Verfahren beteiligten Parteien, insbesondere dasjenige der Stiftungsorgane. So stellen gravierende Eingriffe in die Autonomie der Stiftung sowie die Eigenverantwortung der Stiftungsorgane eine *ultima ratio*²²¹ dar und rechtfertigen sich nur, wenn alle anderen Mittel wirkungslos geblieben sind oder deren Erfolg schon zum vornherein auszuschliessen ist. Zwar kann sich das Einsetzen eines Sachwalters als verhältnismässig erweisen, nicht aber die Verpflichtung des Stiftungsrates, vor dem Eingehen jeglicher Verpflichtungen die Zustimmung des Sachwalters einholen zu

²¹⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3318/2007 vom 6. März 2008 E. 5.1; BerK-RIEMER (Fn 1), N 88 zu Art. 84 ZGB.

²¹⁸ SGK-SCHINDLER (Fn 211), N 50 zu Art. 5 BV.

²¹⁹ SGK-SCHINDLER (Fn 211), N 50 zu Art. 5 BV.

²²⁰ Vgl. bezüglich der Absetzung eines Stiftungsorgans: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6709/2007 vom 23. Oktober 2009 E. 5; betreffend das Einsetzen eines Sachwalters Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5309/2014 vom 19. Mai 2015 E. 4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3318/2007 vom 6. März 2008 E. 6.6.

²²¹ So auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2202/2009 vom 29. September 2010 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen auf die Lehre; vgl. auch BGE 105 II 326 E. 5c, wo das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit einer Massnahme (Abberufung des Stiftungsrates) bejahte, «weil weniger weitgehende Eingriffe das angestrebte Ziel nicht hätten erreichen können».

müssen, wenn die Organe stets die Anweisungen der Aufsichtsbehörden befolgt haben und sich dieser nicht entzogen haben.²²² Dagegen zeigt sich die Abberufung des Stiftungsrates als verhältnismässig, nachdem mildere Massnahmen erfolglos erlassen wurden und schärfere Massnahmen, mitsamt der Abberufung, wiederholt angedroht wurden.²²³

[Rz 77] Nicht nur, dass in stiftungsrechtlichen Verfahren oftmals die Verhältnismässigkeit der Massnahmen der Aufsichtsbehörden explizit in Frage gestellt wird, ist bemerkenswert, sondern vor allem der Umstand, dass im Beschwerdeverfahren diesem Vorbringen des Öfteren entsprochen wird, muss zu denken geben.²²⁴ Bei der Stiftungsaufsicht handelt es sich um eine reine Rechtsaufsicht, welche einzig der Einhaltung und Umsetzung des Stifterwillens im Rahmen des objektiven Rechts verpflichtet ist. In reinen Ermessensfragen haben sich die Aufsichtsbehörden indes Zurückhaltung aufzuerlegen, was ein Eingreifen nur rechtfertigt, wenn die Organe das ihnen zugetragene Ermessen überschreiten oder missbrauchen.²²⁵ Auch ganz generell haben die Aufsichtsbehörden ihre Eingriffe auf das Notwendigste zu beschränken.²²⁶ In diesem Sinne hält auch Art. 3 Abs. 2 E-ESAG ausdrücklich und grundsatzähnlich fest, dass die Autonomie der Stiftung sowie die Eigenverantwortung der Stiftungsorgane zu wahren sind. Da es der Gesetzgeber auch unter dem Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht unterlassen hat den Ermessensspielraum der Aufsichtsbehörden zu konkretisieren, kann dem Verhältnismässigkeitsprinzip nur angemessen Rechnung getragen werden, indem einerseits die Stiftungsautonomie beschneidende Massnahmen restriktiv verfügt werden und andererseits die Verhältnismässigkeitsprüfung bereits auf Stufe und in den Verfügungen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ausgeprägter vorgenommen wird.

5. Würdigung der Gesetzesvorlage

5.1. Kritik an der Vorlage

[Rz 78] Die Vorlage – über welche bislang eine lediglich geringe Auseinandersetzung in der Literatur stattfand – wurde teilweise stark kritisiert, wobei sich die Kritik vor allem gegen die Bestimmungen zur Beaufsichtigung der Stiftungen, kaum aber gegen die Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht an sich richtete.²²⁷ Nachfolgend werden die wesentlichen Kritikpunkte beurteilt.

²²² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5309/2014 vom 19. Mai 2015 E. 4.3.4.1.

²²³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 4.2.2.

²²⁴ Vgl. u.a. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5309/2014 vom 19. Mai 2015 E. 4.3.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3318/2007 vom 6. März 2008 E. 6.7; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1962/2011 vom 28. September 2012 E. 6.3.

²²⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1102/2010 vom 19. November 2012 E. 5.1.

²²⁶ ROMAN BAUMANN LORANT, Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde, SJZ 109/2013, 517 ff., 517.

²²⁷ Vgl. kritisch insbesondere SwissFoundations, Position von SwissFoundations (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position_SF_ESAG_RK_SR_14%2011%202016.pdf; SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf; SwissFoundations, Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Aide-M%C3%A9moire_SF_FK_SR_22.8.2016_def_2.pdf; DOMINIQUE JAKOB, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht/Le point sur le droit des associations et fondations, SJZ 2016, 498 ff., 498; vgl. mit weiteren Stellungnahmen pro-Fonds, Vernehmlassung zum Stabilisierungsprogramm 2017–2019 (Fn 56), abrufbar unter http://www.profonds.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/vernehmlassung_vom_17._maerz_2016.pdf;

5.2. Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht

[Rz 79] Die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht aus der zentralen Bundesverwaltung entspricht dem Gedanken der Corporate-Governance und bezweckt die Stärkung der Aufsichtsbehörde. Die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht an sich ist – abgesehen von der Ansicht der Rechtskommission des Ständerates²²⁸ – weitgehend unbestritten.

5.3. «Haushaltsgesetz»

[Rz 80] Zu Recht wurde kritisiert, dass die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht und die Kodifizierung der Grundlagen der Stiftungsaufsicht im Rahmen eines «Haushaltsgesetzes» («Stabilisierungsprogramms»)²²⁹ vorgenommen werden sollte.²³⁰ Sinnvoller wäre gewesen, wenn von Anfang an ein eigenständiges Gesetzgebungsverfahren durchgeführt worden wäre. Allerdings wurde später entschieden, das Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht aus dem Stabilisierungsprogramm herauszulösen. Damit ist dieser Kritik die Grundlage entzogen.

[Rz 81] Wie gezeigt²³¹ ist es allerdings unzutreffend,²³² dass mittels des vorgesehenen Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht *materiell* einschneidende neue Normen der Beaufsichtigung geschaffen werden; vielmehr finden sich bei der Beaufsichtigung von Stiftungen kaum Neuerungen.

5.4. Legalitätsprinzip

[Rz 82] Wie bereits gezeigt – auch wenn dies neuerdings, wie jüngste Gerichtsentscheidungen zeigen,²³³ nicht mehr unumstritten und nach der hier vertretenen Ansicht sowieso unkorrekt ist –, wurde die gegenwärtige Rechtslage der Aufsicht als mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ange-

proFonds, Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (Fn 56), abrufbar unter http://www.profonds.org/fileadmin/_migrated/content/uploads/stellungnahme_zum_esag_vom_12._april_2016_01.pdf.

²²⁸ Vgl. dazu Ziff. 5.10.

²²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vom 25. Mai 2016, BBl 2016 4691 ff.

²³⁰ SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf, 2.

²³¹ Vgl. dazu Ziff. 3.4.2.

²³² SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf, 2 f.

²³³ In einem Entscheid vom 31. Juli 2013 wurde von einer Stiftung u.a. vorgebracht, dass eine Beaufsichtigung einer Stiftung an sich «unnötige Bürokratie» bzw. «unverhältnismässigen Aufwand» darstelle und die Beaufsichtigung das Legalitätsprinzip verletze. Das Bundesverwaltungsgericht führte hierzu aus, dass die Unterstellung einer Stiftung unter die Aufsicht und die damit einhergehenden Pflichten zur Einreichung der Rechenschaftsablage, zur Vorlage von Ausführungsreglementen zwecks Genehmigung und zu Meldungen betreffend den Stiftungsrat Ausfluss der Aufsichtstätigkeit sind, es sich hierbei um präventive Aufsichtsmittel handle, welche zwar nicht kodifiziert seien, jedoch das Legalitätsprinzip nicht verletzen. Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1703/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.5; eine Verletzung des Legalitätsprinzips, allerdings ebenfalls erfolglos, wurde auch im Zusammenhang mit der Erhebung der Aufsichtsabgabe einer Stiftung vorgebracht. Vgl. BGE 141 V 509 ff., 515 f. E. 6; damit zeigt sich, dass eine Verletzung des Legalitätsprinzips in letzter Zeit von Stiftungen vermehrt vorgebracht wird. Es ist durchaus denkbar, dass eine gerichtliche Instanz im Zusammenhang mit der Verhängung von *repressiven Aufsichtsmitteln* der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht zum Schluss kommen könnte, dass diese das Legalitätsprinzip verletzen, weil es an einer gesetzlichen Grundlage mangelt.

sehen.²³⁴ Selbst wenn die bisherige Rechtslage als mit dem Legalitätsprinzip vereinbar angesehen wurde, wurde gefordert, dass die Grundlagen der Stiftungsaufsicht auch auf Bundesebene kodifiziert werden.²³⁵

[Rz 83] Nach der hier vertretenen Ansicht ist die bisherige gesetzliche Grundlage für die Ergreifung von *repressiven* – anders für präventive²³⁶ – Aufsichtsmittel durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar. Allgemein erfordert das Legalitätsprinzip, dass das Handeln von Verwaltungsbehörden im Einzelfall voraussehbar ist, weshalb etwa Blankettermächtigungen, welche den Behörden völlig freien Raum lassen, als unzulässig qualifiziert werden.²³⁷ Die Anforderungen an die Bestimmtheit eines Rechtssatzes erfordern vielmehr, dass Gesetze so präzise formuliert sind, dass die Folgen eines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit für die Betroffenen erkennbar sind.²³⁸ Bei repressiven Aufsichtsmitteln ist dies nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Fall.

[Rz 84] Es ist entsprechend geboten, dass der Bundesrat mit dem Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht die Grundlagen der Stiftungsaufsicht und die Aufsichtsmittel gesetzlich normiert, weil dies nicht nur einer verbesserten Information aller Beteiligten dient, sondern die bislang fehlende gesetzliche Grundlage auch zur Ergreifung repressiver Aufsichtsmittel schafft.

5.5. Kaum materielle Neuerungen bei der Stiftungsaufsicht

[Rz 85] Da die geltenden aufsichtsrechtlichen Bestimmungen bestehen bleiben und durch das Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vornehmlich präzisiert oder kodifiziert werden, sind in der vorgesehenen Gesetzgebung kaum wesentliche Änderungen auszumachen.²³⁹ Die bisherige Praxis der Beaufsichtigung von Stiftungen bleibt damit auch künftig bestehen.

[Rz 86] Im Stiftungsalltag werden sich vor allem die neu zu erhebenden Gebühren und die Aufsichtsabgabe bemerkbar machen.

5.6. Verhältnismässigkeitsprinzip

[Rz 87] Durch die Schaffung des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht wurden ebenfalls die Gefahr einer Verwässerung des Ver-

²³⁴ RIEMER (Fn 3), N 14 zu Art. 84 ZGB.

²³⁵ BerK-RIEMER (Fn 1), N 36 zu Art. 84 ZGB; mit Hinweis auf die äusserst allgemein gehaltene Normierung der Rechte und Pflichten der Aufsichtsbehörde kürzlich auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3757/2016 vom 3. Mai 2017 E. 7.2.

²³⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1703/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.5.

²³⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 175), Rz. 342.

²³⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 175), Rz. 343.

²³⁹ Anders, aber ohne vertiefte Auseinandersetzung, SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf.

hältnismässigkeitsprinzips und die drohende schleichende Untergrabung des Grundsatzes der Rechtsaufsicht befürchtet.²⁴⁰ Wie gezeigt,²⁴¹ sind diese Befürchtungen unbegründet.

5.7. Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

[Rz 88] Weiter wurde am Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht kritisiert, dass der Gesetzesentwurf zahlreiche materiell-rechtliche Ergänzungen bringt und über eine bundesgesetzliche *lex specialis* zum ZGB ein neues materielles Stiftungsaufsichtsrecht geschaffen wird.²⁴² Abgesehen davon, dass das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht aktuell auch im Zusammenhang mit der Schaffung anderer gesetzlicher Aufsichtsnormen noch ungeklärt ist,²⁴³ kann vorliegend eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Thematik unterbleiben, weil, wie gezeigt,²⁴⁴ der Gesetzesentwurf bei der Beaufsichtigung von Stiftungen unter Bundesaufsicht keine materiell-rechtliche Ergänzungen enthält.

5.8. Parlamentarische Initiative Luginbühl

[Rz 89] Am 9. Dezember 2014 reichte Ständerat Werner Luginbühl, welcher bereits vor einigen Jahren mit einer letztlich nicht zu einer gesetzgeberischen Tätigkeit führenden Motion zur Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz in Erscheinung getreten ist,²⁴⁵ eine parlamentarische Initiative²⁴⁶ ein, in welcher das schweizerische Parlament erneut aufgefordert

²⁴⁰ SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf, 2.

²⁴¹ Vgl. dazu Ziff. 3.4.1 und Ziff. 3.4.2.1.

²⁴² SwissFoundations, Stellungnahme des Legal Councils von SwissFoundations (Fn 57), abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Position%20LegalCouncil_ESAG_def.pdf, 1.

²⁴³ Vgl. dazu etwa betreffend das vorgesehene Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG ROLF H. WEBER, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 2013, 405 ff., 405 ff.

²⁴⁴ Vgl. dazu Ziff. 3.4.2.

²⁴⁵ Motion Werner Luginbühl (09.3344) Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz vom 20. März 2009, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20093344>, sowie auf die in diesem Zusammenhang ebenfalls eingereichte Motion Hans Kaufmann (09.3971) Stiftungswesen. Schaffung eines nationalen Registers und Verbesserung der statistischen Grundlagen vom 6. Oktober 2009, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20093971>; vgl. dazu auch Nationalrat, 09.3344 s Mo. Ständerat (Luginbühl). Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 6. Oktober 2009, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2009/Kommissionsbericht_WAK-N_09.3344_2009-10-06.pdf; Ständerat, 09.3344 s Mo. Ständerat (Luginbühl). Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 23. Februar 2010, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2009/Kommissionsbericht_WAK-S_09.3344_2010-02-23.pdf; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Fn 45), abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2011/2011-02-23/ber-ejpd-2010-d.pdf>; Bundesrat, 13.021 Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht zur Abschreibung der Motion 09.3344 Luginbühl vom 20. März 2009, 27. Februar 2013, BBl 2013 2213 ff., 2213 ff., abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/2213.pdf>; vgl. mit einem Überblick zum Ganzen JAKOV (Fn 1), 185 ff., 205 ff.

²⁴⁶ Gemäss dem Text der parlamentarischen Initiative Luginbühl (Parlamentarische Initiative Werner Luginbühl [14.470], Schweizer Stiftungsstandort. Stärkung, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20140470>) bestehen folgende Regulierungsbedürfnisse:

«1. eine regelmässige Publikation von Daten zu den wegen Gemeinnützigkeit steuerbefreiten Organisationen durch das Bundesamt für Statistik;

wurde, Gesetzesänderungen vorzunehmen, um die Rahmenbedingungen für ein wirksames und liberales Schweizer Gemeinnützigkeits²⁴⁷- und Stiftungswesen zu stärken.²⁴⁸

[Rz 90] Während die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates am 3. November 2015 der parlamentarischen Initiative Luginbühl Folge leistete, verweigerte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates am 3. November 2016 ihre Zustimmung.²⁴⁹ Bislang ist nicht absehbar, ob die Forderungen der parlamentarischen Initiative Luginbühl bei den Eidgenössischen Räten aufgegriffen werden oder nicht.

[Rz 91] Auffallend ist jedenfalls, dass die vornehmlichen Kritiker dieser Gesetzesvorlage auch der parlamentarischen Initiative Luginbühl kritisch gegenüberstehen.²⁵⁰ Unabhängig davon, ob der parlamentarischen Initiative Luginbühl Erfolg beschieden sein wird oder nicht, sollte dies die Verabschiedung des Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht nicht hindern, weil die parlamentarische Initiative das Stiftungsaufsichtsrecht kaum tangiert.²⁵¹

-
2. eine klarere Regelung der Stiftungsaufsichtsbeschwerde im Sinne eines Beschwerderechts von Personen mit einem berechtigten Kontrollinteresse;
 3. die Optimierung der Rechte des Stifters durch eine Ausdehnung des Änderungsvorbehalts in der Stiftungsurkunde auf Organisationsänderungen;
 4. die Vereinfachung von Änderungen der Stiftungsurkunde durch unbürokratische Änderungen ohne notarielle Beurkundung und durch eine offenere Regelung für unwesentliche Urkundenänderungen;
 5. eine Haftungsbegrenzung für ehrenamtliche Organmitglieder durch den Ausschluss einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit (unter Vorbehalt einer gegenteiligen statutarischen Regelung);
 6. eine steuerliche Privilegierung für von Erben vorgenommene Zuwendungen aus dem Nachlass durch die Gewährung einmalig erhöhter Spendenabzüge im Jahr des Todesfalls oder im Folgejahr bzw. im Jahr der Erbteilung;
 7. die Möglichkeit eines Spendenvortrags auf spätere Veranlagungsperioden, wenn die Höchstgrenze des Spendenabzugs überschritten ist;
 8. keine Verweigerung bzw. kein Entzug der Steuerbefreiung, wenn gemeinnützige Organisationen ihre strategischen Leitungsorgane angemessen honorieren; dies ist zivilrechtlich zulässig und soll dementsprechend auch steuerrechtlich möglich sein».

²⁴⁷ Vgl. zur Gemeinnützigkeit aus steuerlicher Sicht Art. 56 lit. g DBG: «Von der Steuerpflicht sind befreit:

juristische Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, für den Gewinn, der ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken gewidmet ist. Unternehmerische Zwecke sind grundsätzlich nicht gemeinnützig. Der Erwerb und die Verwaltung von wesentlichen Kapitalbeteiligungen an Unternehmen gelten als gemeinnützig, wenn das Interesse an der Unternehmenserhaltung dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet ist und keine geschäftsleitenden Tätigkeiten ausgeübt werden». Ähnlich auch Art. 23 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14).

²⁴⁸ Parlamentarische Initiative Werner Luginbühl(14.470) (Fn 246), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140470>.

²⁴⁹ Vgl. zum aktuellen Stand Chronologie Parlamentarische Initiative Werner Luginbühl (14.470) (Fn 246), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140470>.

²⁵⁰ SwissFoundations, Verband der Schweizer Förderstiftungen, Stellungnahme zur parlamentarischen Initiative von Ständerat Werner Luginbühl, Der Verband der Schweizer Förderstiftungen empfiehlt Rückweisung der parlamentarischen Initiative zur Stärkung des Schweizer Stiftungsstandortes, abrufbar unter http://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Stellungnahme_SF_ParlIni_Luginb%C3%BChl_27.9.2016.pdf; SwissFoundations, Verband der Schweizer Förderstiftungen, Rechtskommission folgt SwissFoundations und weist Initiative Luginbühl zurück, abrufbar unter <http://www.swissfoundations.ch/de/stellungnahmen-sf>.

²⁵¹ Für eine vertiefte Analyse zur parlamentarischen Initiative Luginbühl vgl. demnächst OLIVER ARTER/MARC BUCHMANN, Stiftungsstandort Schweiz – Notwendigkeit einer Stärkung? (Erscheinungsdatum und -medium noch nicht bestimmt).

5.9. Wirkungsevaluation durch die Eidgenössische Finanzkontrolle

[Rz 92] Die Eidgenössische Finanzkontrolle hat eine Untersuchung durchgeführt, deren Ziel es war, eine Bestandsaufnahme des heutigen Stiftungsaufsichtssystems vorzunehmen und dieses einer kritischen Analyse zu unterziehen.²⁵² Im Zentrum der Untersuchung stand die Frage, ob mit der heutigen Aufsicht über die sog. «klassischen» Stiftungen der gesetzliche Auftrag wirksam erfüllt werden kann, wobei insbesondere untersucht wurde, inwieweit die gesetzlichen Bestimmungen eine wirksame Stiftungsaufsicht erlauben, wie effizient die Stiftungsaufsicht vorgenommen wird, wie wirksam die Aufsicht den gesetzlichen Auftrag erfüllt und wie die Zusammenarbeit innerhalb und ausserhalb der Aufsichtsorgane funktioniert.²⁵³

[Rz 93] Betreffend das vorgesehene Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht kam die Eidgenössische Finanzkontrolle zum Schluss, dass sie im Hinblick auf eine Professionalisierung die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht aus der zentralen Bundesverwaltung unterstützt, weil damit sichergestellt wird, dass die Aufsicht fachlich, organisatorisch und finanziell unabhängiger von der Bundesverwaltung ausgeübt wird und Governance-Anforderungen vermehrt berücksichtigt werden können.²⁵⁴ Zudem kam die Eidgenössische Finanzkontrolle zum Schluss, dass nichts dagegen einzuwenden sei, dass die Aufgaben und Aufsichtsmittel in Analogie zu den BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden soweit notwendig erwähnt und präzisiert werden.²⁵⁵ Zu den einzelnen vorgeschlagenen Gesetzesartikeln hat sich die Eidgenössische Finanzkontrolle nicht geäussert.²⁵⁶

5.10. Rechtskommission des Ständerates will keine Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht

[Rz 94] Anlässlich einer Medienmitteilung vom 26. April 2017 hat die Rechtskommission des Ständerates mitgeteilt, dass sie entschieden hat, nicht auf das Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht einzutreten.²⁵⁷

[Rz 95] Die Rechtskommission des Ständerates führte als Begründung für ihren Entscheid vorab aus, dass der Bundesrat der Bundesversammlung die Vorlage zur Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ursprünglich im Rahmen seiner Botschaft zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 vorgelegt habe.²⁵⁸ Weiter führte die Rechtskommission des Ständerates aus, dass der Erlassentwurf zur Stiftungsaufsicht auf Ersuchen der Finanzkommission des Ständerates aus dem Paket des Stabilisierungsprogramms herausgelöst und der Rechtskommission zur Vorberatung zugewiesen wurde.²⁵⁹ Wie sich der Medienmitteilung der Rechts-

²⁵² Eidgenössische Finanzkontrolle, FB-EVAL: an welchen Projekten arbeiten wir gegenwärtig?, Stand 11/2016, 1.

²⁵³ Eidgenössische Finanzkontrolle, FB-EVAL (Fn 252), 1.

²⁵⁴ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

²⁵⁵ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

²⁵⁶ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

²⁵⁷ Rechtskommission des Ständerates (RK-S) (Fn 59), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>.

²⁵⁸ Rechtskommission des Ständerates (RK-S) (Fn 59), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>.

²⁵⁹ Rechtskommission des Ständerates (RK-S) (Fn 59), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>.

kommission des Ständerates entnehmen lässt, stört sich diese nun offenbar dennoch daran, dass der Bundesrat das Projekt der Schaffung eines Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht vorerst als Teil eines Sparprogramms präsentiert hat.²⁶⁰ Diese Ansicht ist wenig sachgerecht, denn wie die Rechtskommission des Ständerates selbst festhält, wurde die Vorlage mittlerweile vom Stabilisierungsprogramm entkoppelt.

[Rz 96] Obwohl die Rechtskommission des Ständerates zum Schluss kommt, dass nicht auszuschliessen sei, dass im Bereich des Stiftungsrechts gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen könnte, wurde entschieden, überhaupt nicht auf das Bundesgesetz einzutreten, sondern der Bundesrat wurde lapidar aufgefordert, ein allfälliges Gesetzgebungsprojekt erst nach einer umfassenderen Gesamtschau zu verabschieden.²⁶¹ Mit dieser Argumentation ignoriert die Rechtskommission des Ständerates geflissentlich, dass eine umfassende Gesamtschau über das Stiftungsrecht gerade erst abgeschlossen wurde²⁶² und eine erneute «Gesamtschau» damit wenig sinnvoll ist. Sachgerechter wäre deshalb gewesen, wenn sich die Rechtskommission des Ständerates mit der Frage befasst hätte, ob Bedarf nach einem Stiftungsaufsichtsgesetz besteht oder nicht.

[Rz 97] Was im Übrigen der erwähnte allfällige gesetzgeberische Handlungsbedarf betrifft, so erwecken die Ausführungen der Rechtskommission des Ständerates den Eindruck, dass diese von ihrer Ansicht geleitet wurde, welche sie im Zusammenhang mit der parlamentarischen Initiative Luginbühl geäussert hat. Wie bereits gezeigt, hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates am 3. November 2015 der parlamentarischen Initiative Luginbühl Folge geleistet, währenddessen die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates am 3. November 2016 dieser nicht gefolgt ist. Die parlamentarische Initiative Luginbühl befasst nicht mit der Organisation der Stiftungsaufsicht und den dieser zur Verfügung stehenden Aufsichtsmitteln. Da bislang davon auszugehen ist, dass die parlamentarische Initiative Luginbühl ergebnislos verlaufen wird und sich diese sowieso nicht mit der Stiftungsaufsicht befasst, wäre es angebracht gewesen, wenn sich die Rechtskommission des Ständerates vertieft mit dem vorgeschlagenen Gesetzgebungsprojekt befasst hätte. So erweckt das Vorgehen der Rechtskommission des Ständerates jedenfalls den Eindruck, dass dieser seiner bislang abgelehnten Forderung nach einer «Stärkung des Stiftungsstandorts» Schweiz Nachdruck verleihen wollte und sich aus diesem Grund nicht mit der Vorlage befassen will.

[Rz 98] Weiter kam die Rechtskommission des Ständerates zum Schluss, dass sich das Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht einzig mit der Frage der Organisation der Stiftungsaufsicht befasst und die Kommission hierfür insgesamt sowieso keinen Handlungsbedarf erkennen würde.²⁶³ Dass – entgegen der Rechtskommission des Ständerates – durchaus Handlungsbedarf besteht, gerade im Bereich des Legalitätsprinzips bei repressiven Aufsichtsmitteln, wurde bereits ausführlich dargestellt.²⁶⁴

[Rz 99] Schliesslich verwies die Rechtskommission des Ständerates in ihrer Medienmitteilung auf den Bericht der Finanzkontrolle, welche eine Auslagerung nicht zwingend nahelegen wür-

²⁶⁰ Rechtskommission des Ständerates (RK-S) (Fn 59), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>.

²⁶¹ Rechtskommission des Ständerates (RK-S) (Fn 59), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>.

²⁶² Vgl. dazu ausführlich Fn. 245.

²⁶³ Rechtskommission des Ständerates (RK-S) (Fn 59), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>.

²⁶⁴ Vgl. dazu Ziff. 5.4.

de.²⁶⁵ Diese Ansicht ist tendenziös. Die Eidgenössische Finanzkontrolle wies nämlich in ihrem Bericht darauf hin, dass die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht aus der Bundesverwaltung im Rahmen der Vernehmlassung insgesamt begrüsst werde und mit dieser Auslagerung eine Professionalisierung, erhöhte Governance und verbesserte Transparenz verbunden sei.²⁶⁶ Ohne auf die Gesetzesvorlage im Detail einzugehen, kam die Eidgenössische Finanzkontrolle in ihrer Beurteilung zum Schluss, dass im Hinblick auf eine Professionalisierung der Aufsicht die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht aus der zentralen Bundesverwaltung in eine öffentlich-rechtliche Anstalt unterstützt werde.²⁶⁷ Weiter kam die Eidgenössische Finanzkontrolle zum Schluss, dass durch die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht sichergestellt werde, dass die Aufsicht fachlich, organisatorisch und finanziell unabhängiger von der Bundesverwaltung ausgeübt werde und mit der neuen organisatorischen Ausrichtung Governance-Anforderungen vermehrt Berücksichtigung geschenkt werden könne.²⁶⁸ Schliesslich kam die Eidgenössische Finanzkontrolle in ihrer Beurteilung zum Schluss, dass auch nichts dagegen einzuwenden sei, wenn die Aufgaben und Aufsichtsmittel der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht in Analogie zu den BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden soweit notwendig erwähnt oder präzisiert werden.²⁶⁹ Detailliert zu den einzelnen Artikel der vorgesehenen Gesetzesvorlage hat sich die Eidgenössische Finanzkontrolle nicht geäussert.²⁷⁰

[Rz 100] Zusammenfassend verkennt die Rechtskommission des Ständerates, dass die Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht von allen Akteuren, inklusive der von ihr angehörten Stiftungsverbände, begrüsst wird, und die Eidgenössische Finanzkontrolle einer Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ebenfalls positiv gegenübersteht. Die Ansicht der Rechtskommission des Ständerates, dass nicht auf das Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht einzutreten sei, erweist sich damit als falsch. Viel mehr wäre es angebracht gewesen, auf die Gesetzesvorlage einzutreten und diese einer vertieften Überprüfung zu unterziehen. Kompletzt übersehen wurde von der Rechtskommission des Ständerates, dass die gesetzlichen Grundlagen der Stiftungsaufsicht hinsichtlich der Zulässigkeit zur Ergreifung von gerade repressiven Aufsichtsmitteln nicht unumstritten ist.

6. Schlussfolgerung

[Rz 101] Die Ausgliederung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht aus der zentralen Bundesverwaltung ist zu begrüssen. Gleichzeitig sollten die Grundlagen der Stiftungsaufsicht normiert werden. Dies ist notwendig, weil dies nicht nur der verbesserten Information aller Beteiligten dient, sondern insbesondere die bislang fehlende gesetzliche Grundlage zur Ergreifung repressiver Aufsichtsmittel schafft. Es ist zu hoffen, dass dies bei den künftigen parlamentarischen Beratungen noch erkannt wird.

²⁶⁵ Rechtskommission des Ständerates (RK-S) (Fn 59), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-04-26.aspx>. Vgl. dazu Ziff. 5.10.

²⁶⁶ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

²⁶⁷ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

²⁶⁸ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

²⁶⁹ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

²⁷⁰ Eidgenössische Finanzkontrolle (Fn 21), 35.

OLIVER ARTER, lic. iur. HSG, TEP, Rechtsanwalt, Konsulent Froriep Legal AG, Zürich.

ROMAN CINCELLI, MLaw, Anwaltsprüfungskandidat, Zürich.

Für die Abschlussredaktion bedanken sich die Autoren bei Eva Wettstein und Nadine Läser, Zürich.