



Bern, 23. Dezember 2010

Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht

1. Anlass, Ausgangslage

Die Nachkontrolle zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) zu Aspekten der Stiftungsaufsicht am Beispiel der Stiftungen von Dr. Gustav Rau (BBI 2006 7707) verlangt, das heutige System der Stiftungsaufsicht einer systematischen Überprüfung zu unterziehen. Dabei sollten gemäss der GPK-S namentlich verschiedene Organisationsformen der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht geprüft und den internationalen Entwicklungen im Bereich des Gesellschaftsrechts Rechnung getragen werden. Im Weiteren soll geprüft werden, ob die Grundsätze der Stiftungsaufsicht, die wichtigsten Aufsichtsmaßnahmen sowie die Bedingungen ihrer Ausübung in einer formellen Rechtsgrundlage zu verankern sind. Mit Beschluss vom 20. Mai 2009 hat der Bundesrat das EJPD (Bundesamt für Justiz BJ, Revisionsaufsichtsbehörde RAB) beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem EDI (Eidgenössische Stiftungsaufsicht ESA) bis Ende 2010 zu prüfen, ob Art. 84 Abs. 2 ZGB auf Gesetzesstufe konkretisiert werden soll.

Parallel dazu laufen Arbeiten im Rahmen der Motion Luginbühl (09.3344: Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz), die von den Räten angenommen wurde und den von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) formulierten Zusatzauftrag an den Bundesrat enthält, die Zweckmässigkeit einer Revision der Stiftungsaufsicht zu prüfen:

"Der Bundesrat wird beauftragt, vor dem Hintergrund der finanzpolitischen und realwirtschaftlichen Entwicklungen, den Stiftungsstandort Schweiz für in- und ausländische Stifter und Stiftungen attraktiv zu halten. Diesbezüglich wird er insbesondere ersucht, Anpassungen oder Kooperationen an bzw. mit europäischen Entwicklungen vorzunehmen. Die Rahmenbedingungen für gemeinnützige Förderstiftungen wie auch Familienstiftungen sind fiskalisch ebenso attraktiv auszugestalten, wie sie es im benachbarten Ausland sind. Dann sollen die Stiftungen aber auch in ihrer gemeinnützigen Rolle mehr Bedeutung erlangen. *Der Bundesrat wird überdies beauftragt, zu prüfen, ob es zweckmässig ist, eine Revision der Stiftungsaufsicht vorzunehmen*".

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass eine positivrechtliche Normierung der Aufgaben der Stiftungsaufsicht im Vorentwurf Riemer von 1993 vorgesehen war (vgl. Art. 84a VE-ZGB). Die vorgeschlagenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen wurden jedoch teilweise vehement kritisiert (vgl. Zusammenstellung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf der Revision des ZGB, S. 16/17; Vorwurf einer „Stiftungspolizei“), so dass der Katalog keinen Eingang in die Revision des Stiftungsrechts von 2005 (Pa.Iv. Schiesser) fand.



2. Gegenstand und Ziel des Berichts

Schwerpunkt dieses Berichts bildet das System der Stiftungsaufsicht und die mögliche Ausgestaltung der Aufgaben dieser Aufsicht. Dabei sollen bezüglich des Inhalts und der Art der Aufsicht verschiedene Abstufungen zwischen einer Minimal- (behördliche Direktaufsicht) und einer Maximalvariante (Auslagerung der Aufsicht an die Revisionsstelle) untersucht und gewürdigt werden. Hierbei ist zu beachten, dass eine Änderung des Aufsichtsmodells Auswirkungen auf die Organisationsform der ESA haben könnte (z.B. Direktaufsicht durch Bund und Kantone oder ein Oberaufsichtsmodell), was noch eingehend geprüft werden muss.

Ziel des Berichts ist es, die möglichen Formen der Aufsicht aufzuzeigen, die damit verbundenen Vor- und Nachteile zu dokumentieren und die weitere Vorgehensweise festzulegen.

3. Grundsätzliches zur geltenden Rechtslage

3.1 Allgemeines

Eine Stiftung ist ein verselbständigt für einen bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen, das über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (vgl. Art. 80 f. ZGB). Im Gegensatz zu den anderen juristischen Personen des Privatrechts (Körperschaften) ist die Stiftung somit keine Vereinigung von Personen, sondern eine Anstalt. Stiftungen haben keine Teilhaber, sondern lediglich Begünstigte (Destinatäre). Die fehlende Selbstbestimmung mangels Teilhaber bewirkt bei Stiftungen, dass diese Rechtsform durch den Stifter und die auf dessen Willen verpflichteten Stiftungsorgane fremdbestimmt wird.

Einer staatlichen Bewilligung zur Errichtung einer Stiftung bedarf es nicht. Die Stiftung wird durch eine öffentliche Urkunde oder durch eine Verfügung von Todes wegen errichtet (vgl. Art. 81 Abs. 1 ZGB). Die Stiftungsurkunde bestimmt den Zweck, den Namen, das Stiftungskapital, die Organisation sowie auch die Art der Verwaltung der Stiftung. Die „klassischen Stiftungen“ erlangen durch Eintrag ins Handelsregister oder durch Eröffnung durch die zuständige Behörde bei Verfügungen von Todes wegen die Rechtspersönlichkeit (Art. 81 Abs. 2 und 3 ZGB).

„Klassische“ Stiftungen sind von Rechts wegen der staatlichen Aufsicht unterworfen (Art. 84 Abs. 1 ZGB). Die Stiftungsaufsicht will das Fehlen eines unmittelbaren, auf Beteiligung gründenden Selbstbestimmungsrechts des Zweckvermögens ausgleichen. Das Hauptmotiv für die Aufsicht liegt also im strukturell bedingten Kontrolldefizit der Stiftung und dient dem Schutz der Interessen des Stifterwillens und der Destinatäre. Zentrales Anliegen der Aufsicht ist die Wahrung der privaten und öffentlichen, durch die Stiftung verfolgten Interessen, welche sich mit den subjektiven Interessen der Stiftungsorgane nicht zu decken brauchen. Der Staat übernimmt somit die Funktion eines unabhängigen Garanten, der die Beachtung des objektiven Rechts durch die Stiftungsorgane sicherstellt.



3.2 Wesen und Inhalt der Aufsicht

Die Stiftungsaufsicht ist trotz der zivilrechtlichen Verankerung ein Institut des Verwaltungsrechts, so dass sich das Handeln der Aufsichtsbehörde nach den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, so namentlich dem Verhältnismässigkeitsprinzip, zu richten hat. Die Kompetenz, im Administrativverfahren aufsichtsrechtliche Verfügungen zu erlassen, hat die vollumfängliche Anwendbarkeit der rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens zur Folge.

Die Stiftung ist von Rechts wegen eine handlungsfähige Person, die durch ihre Organe oder Vertreter handelt. Die Aufsicht impliziert keine Organschaft oder Vertretung durch die Behörde, sondern beschränkt sich wesensgemäss auf Kontroll- und Überwachungsfunktionen und beinhaltet keine generelle Handlungsbefugnis anstelle der beaufsichtigten Stiftungen bzw. deren Organe. Eine Kompetenz zur Ersatzvornahme steht der Aufsichtsbehörde nur zu, wenn die Stiftung aufgrund eines Mangels in ihrer Organisation nicht mehr handlungsfähig ist oder die Organe die mit der Leitung der Stiftung zusammenhängenden Aufgaben trotz Mahnung nicht wahrnehmen.

Die Aufsichtstätigkeit besteht im Wesentlichen in der Kontrolle der Verwirklichung des Stifterwillens. Die Aufsichtsbehörde hat somit erst und nur soweit einzugreifen, als die *Erfüllung des Stiftungszwecks gefährdet ist*. Dabei ist zu beachten, dass das Handeln der Stiftungsorgane, so insbesondere die erforderliche Entscheidungsfreiheit, nicht unnötig beschränkt werden darf und in Ermessensfragen nur sehr zurückhaltend geprüft werden soll, ob der zustehende Beurteilungsspielraum innerhalb der rechtlichen Schranken korrekt ausgeübt wurde.

Die Überprüfung der Geschäftsführung auf ihre Zweckmässigkeit und Effizienz ist von Rechts wegen nicht ausdrücklich vorgesehen. In der Praxis prüfen die Aufsichtsbehörden gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens, die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben (Gesetz, Stiftungsurkunde, Reglemente) sowie die Anlagepolitik. Des Weiteren muss die Aufsichtsbehörde prüfen, ob die Stiftungsorgane ihren Ermessensspielraum nicht missbrauchen oder überschreiten, die Interessen der Stiftung – und nicht damit kollidierende eigene oder Drittinteressen – wahren und ihr Handeln nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, der Rechtsgleichheit und Willkürfreiheit ausrichten (vgl. BGE 110 II 436 E. 4 und 108 II 497 E. 5).

Konkret verlangt die ESA von den ihr unterstellten Stiftungen jährlich eine Berichterstattung (vgl. Leitfaden für Stiftungen des EDI, Ziff. 13) in Form eines Tätigkeitsberichts, eine Jahresrechnung (bestehend aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang), den Bericht der Revisionsstelle (bzw. einen spezifischen Bericht des Stiftungsrats, sofern die Stiftung von der Revisionspflicht befreit ist) und ein Dokument über die Genehmigung der Rechenschaftsablage durch den Stiftungsrat.

Die gesetzliche Pflicht der Aufsichtsbehörde, dafür zu sorgen, dass *das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird* (vgl. Art. 84 Abs. 2 ZGB), hat im Zusammenhang mit Anordnungen der Aufsichtsbehörden zur Vermögensanlage bzw. Vermögensverwaltung zu einzelnen Bundesgerichtsurteilen geführt.



Bei der Anlage von Stiftungsvermögen sind die Grundsätze der Liquidität, der Rendite, der Sicherheit, der Risikoverteilung und der Substanzerhaltung zu beachten (BGE 108 II 352 ff.; so befolgt beispielsweise die Anlage von 90% des Vermögens in eine im Ausland gelegene Liegenschaft, die keine Erträge abwirft, diese Grundsätze nicht). Die Aufsichtsbehörde hat dem Stiftungszweck Nachachtung zu verschaffen, indem sie auch Entscheide über die Vermögensanlage überprüft, wobei die vorgenannten Grundsätze unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und der Verhältnismässigkeit in einer Weise anzuwenden sind, dass dem Stiftungszweck dauernd Nachachtung verschafft werden kann (BGE 124 III 99 E 2a). Dabei ist von einer nach kaufmännischen Grundsätzen ausgerichteten sorgfältigen Verwaltung auszugehen, in deren Rahmen den Stiftungsorganen in Bezug auf die Vermögensanlage eine möglichst grosse Entscheidungsfreiheit zuzugestehen ist (vgl. Harold GRÜNINGER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, Art. 84 N 14).

3.3 Aufsichtsrechtliche Befugnisse

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben stehen den Aufsichtsbehörden weit reichende Kompetenzen und eine ganze Reihe von präventiven (vorbeugenden) und repressiven (korrigierenden) Aufsichtsmittel zur Verfügung. Die Handhabung dieser Mittel steht im pflichtgemässen Ermessen der Aufsichtsbehörde. Zu den vorbeugenden Aufsichtsmitteln werden vor allem die Pflicht der Stiftungsorgane zur jährlichen Berichterstattung mit Rechenschaftsablage (seit 1. Januar 2006 inklusive Bericht der Revisionsstelle) sowie die Pflicht, das Stiftungsreglement einzureichen, abgeleitet. Das Arsenal repressiver Massnahmen ist weit gefächert und umfasst namentlich Mahnungen, Verwarnungen, Auflagen und Ersatzvornahmen. Besonders zu erwähnen sind die in Art. 83d ZGB statuierten Kompetenzen zur Behebung von Mängeln in der Stiftungsorganisation.

Stellt die Aufsichtsbehörde fest, dass ein Entscheid eines Stiftungsorgans gegen das Gesetz, die Stiftungsurkunde oder das Reglement verstösst, kann sie diesen fehlerhaften Entscheid aufheben. Ist das Handeln eines Stiftungsorgans im Hinblick auf eine gesetzes- oder satzungskonforme bzw. zweckmässige Tätigkeit nicht mehr tragbar, darf die Aufsichtsbehörde dieses Organ abberufen bzw. absetzen, sofern das Stiftungsorgan durch eine weitere Ausübung seiner Funktionen die Zweckverwendung des Stiftungsvermögens beeinträchtigen oder gefährden würde und sich andere, weniger einschneidende Massnahmen als nutzlos erweisen.

Im Zusammenhang mit den Ereignissen um die Stiftungen von Dr. Gustav Rau gelangte die GPK-S in ihrem Bericht vom 7. April 2006 zur Schlussfolgerung, dass die Eidgenössische Stiftungsaufsichtsbehörde ihre Kompetenzen sehr weit beansprucht und damit ihre Befugnisse teilweise überschritten hat. Aus diesem Grunde hat die GPK-S den Bundesrat aufgefordert, die heutige Stiftungsaufsicht einer systematischen Überprüfung zu unterziehen und die Grundsätze der Stiftungsaufsicht, die wichtigsten Aufsichtsmassnahmen sowie die Bedingungen ihrer Ausübung auf Gesetzesstufe zu normieren.



4. Aufsichtsmodelle

In einem ersten Schritt ist darzulegen, welche Aufsichtsmodelle als Alternative zur heutigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht in Frage kommen. Dabei sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen, so insbesondere:

- (i) die inhaltliche Ausgestaltung der Aufsicht (s. Ziff. 4.1),
- (ii) die Art der Aufsicht (s. Ziff. 4.2),
- (iii) die Organisation der institutionellen Aufsicht (s. Ziff. 4.3) sowie
- (iv) Kontrollmechanismen ausserhalb der institutionellen Aufsicht (s. Ziff. 4.4).

In einem zweiten Schritt sind sodann die Vor- und Nachteile der einzelnen Modelle aufzuzeigen und gegeneinander abzuwägen. Des Weiteren ist zu eruieren, welche Modelle allenfalls sinnvoll kombiniert werden können und welche Varianten keine Alternativen zur heutigen Rechtslage bilden und damit ausscheiden.

4.1 Inhaltliche Ausgestaltung der Aufsicht

a. Rechtsaufsicht

Bei einem als blosse Rechtsaufsicht konzipierten Kontrollsystem überwachen die Aufsichtsbehörden lediglich, ob die Verwaltungsorgane der beaufsichtigten Stiftungen die Gesetze, den Stiftungsakt und die Stiftungssatzung beachten. Die Aufsichtsbehörde darf nur einschreiten, wenn ein rechtswidriges Handeln festgestellt wird. Die Rechtsaufsicht wird präventiv durch Anzeige- und Genehmigungsvorbehalte und repressiv durch Beanstandung und allenfalls durch Ersatzvornahme ausgeübt.

Inhaltlich beschränkt sich die Rechtsaufsicht auf die Kontrolle der Rechtmässigkeit des Handelns der obersten Stiftungsorgane. Zweckmässigkeit und Effizienz des Handelns der obersten Stiftungsorgane bilden hingegen nicht Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfung. Durch den Verzicht des Staates, mittels konkreter Vorgaben direkt auf die Führung und Verwaltung der Stiftung Einfluss zu nehmen, erhalten die Stiftungsorgane mehr Autonomie und Eigenverantwortung.

b. Fachaufsicht

Die Fachaufsicht bzw. Sonderaufsicht charakterisiert sich dadurch, dass die Prüfung der Aufsichtsbehörde nebst der Rechtmässigkeit des Handelns der Stiftungsorgane auch deren Zweckmässigkeit und Effizienz umfasst. Die Aufsichtsbehörde kann in einem konkreten Fall somit auch nach ausserrechtlichen Kriterien beurteilen, ob die Entscheidungen der Stiftungsorgane erfolg dienlich und sachgerecht sind.

In einem System der Fachaufsicht müssen die Aufsichtsbehörden in der Lage sein, die mit der Leitungs- und Verwaltungstätigkeit der Stiftung verbunden Risiken zu erkennen, einzuschätzen und zu beurteilen. Auf dieser Grundlage ist es möglich, die Entscheidungen der Stiftungsorgane nachzuvollziehen und zu würdigen. Die Fachaufsicht setzt somit entsprechende Sach- und Fachkenntnisse der Aufsichtsbehörde voraus und verlangt von dieser ein situationsbedingt angemessenes Handeln.



Im Zusammenhang mit der Fachaufsicht muss auf den Begriff der sog. "prudentiellen Aufsicht" ("umsichtige" oder "vorsichtige" Aufsicht) hingewiesen werden, womit im Allgemeinen präventive (und damit auch prospektive) Aufsichtspraktiken umschrieben werden. Diese im Bereich der Finanzmarktaufsicht gängige Form der Aufsicht zielt primär auf die Erhaltung der Solvenz der beaufsichtigten Subjekte ab. Damit unterscheidet sie sich von einer nur auf die Rechtsdurchsetzung ausgerichtete Aufsicht. Der prudentielle Ansatz setzt eine umfassende Aufsicht voraus, die gezielt die finanzielle Situation der beaufsichtigten Subjekte zum Gegenstand hat. Die Kontrolltätigkeit erfasst somit vorab die operative Leitung der beaufsichtigten Rechtssubjekte, so insbesondere in Bezug auf die Anlagepolitik und -strategie im Hinblick auf ihre Zwecksetzung.

c. Aktuelle Rechtslage

Das geltende Recht basiert im Grundsatz zwar auf einer Rechtsaufsicht, die wegen des unbestimmten und damit interpretationsbedürftigen Rechtsbegriffs „zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens“ auch Elemente einer Fachaufsicht aufweisen kann. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 84 Abs. 2 ZGB offenbart denn auch klare Ansätze einer Fachaufsicht, da aus diesem Artikel abgeleitet wird, dass die Stiftungsaufsichtsbehörden dafür sorgen müssen, dass die Stiftungen bei der Kapitalanlagepolitik generell die Einhaltung der Grundsätze der Sicherheit, Rentabilität, Liquidität, Risikoverteilung und Substanzerhaltung beachten (vgl. BGE 124 III 97 E. 2a).

Die Prüfung der Frage, ob eine Stiftung ihre Mittel zweckgemäss verwendet, stellt in der Praxis weitgehend eine Rechtsfrage dar (insbesondere bei Förderstiftungen). Tatsächlich stellen sich bei der täglichen Arbeit der ESA gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB mitunter auch Sachfragen – allerdings je nach Struktur und Art einer Stiftung in unterschiedlichem Umfang. Bei der Umsetzung des Stiftungszwecks steht dem Stiftungsrat ein grosses (pflichtgemässes) Ermessen zu. Die ESA kann und darf nur dort eingreifen, wo entweder klares Recht (Gesetz, Stiftungsurkunden und Reglemente) verletzt ist oder der Ermessensspielraum missbraucht oder überschritten wird. Daher ergibt sich grundsätzlich keine Angemessenheitsprüfung des Handelns der Organe. Auch die Prüfung der Anlagepolitik oder der konkreten Vermögensanlage stellt dann eine reine Rechtsprüfung dar, wenn die Vermögensanlage der betreffenden Stiftung in Stiftungsurkunde und Reglement klar geregelt ist. Finden sich keine Regelungen, kann ebenfalls nur dann eingeschritten werden, wenn die anerkannten Grundsätze massiv verletzt sind (vgl. BGE 124 III 97 E 3).

Die Stiftungsaufsichtsbehörden können letztlich nur anhand des Tätigkeitsfeldes der Stiftung beurteilen, ob die Mittel zweckkonform eingesetzt werden. Dies setzt beim Urteilenden unter Umständen umfassende branchenspezifische Kenntnisse voraus. Ob beispielsweise eine im Gesundheitsbereich tätige Stiftung ihr Vermögen zweckgerecht anlegt und Ausschüttungen im Sinne des Stifterwillens vornimmt, kann teilweise auch ohne vertiefte Kenntnisse des Gesundheitsbereichs beurteilt werden. Problematisch wird die Frage vorab bei Unternehmensstiftungen (Direkträgerstiftungen). So ist die Überprüfung der Tätigkeit eines Spitals in Form einer Stiftung ohne fundierte branchenspezifische Kenntnisse unter Umständen kaum möglich.



4.2 Art der Aufsicht

a. Direktaufsicht

Die Direktaufsicht bedeutet, dass die Kontrolle unmittelbar erfolgt, indem die Aufsichtsbehörde und die beaufsichtigte Stiftung miteinander kommunizieren. Die Aufsichtszuständigkeit bestimmt sich nach dem Wirkungsbereich der Stiftungen. Beispielsweise unterstehen international sowie gesamtschweizerisch tätige Stiftungen der Bundesaufsicht durch die ESA.

b. Mediatisierte Aufsicht

Das System der mediatisierten Aufsicht stellt auf die Delegation bzw. die Auslagerung von aufsichtsrechtlichen Aufgaben an externe Stellen ab. Die eigentliche Kontrolltätigkeit wird dabei externen Akteuren überlassen, die den Aufsichtsbehörden periodisch Bericht erstatten und allfällige Massnahmen empfehlen bzw. beantragen. Gestützt auf die Ergebnisse und Anträge der prüfenden Stellen verfügen die Aufsichtsbehörden erforderlichenfalls aufsichtsrechtliche Massnahmen.

In diesem System sind die Zuständigkeiten und Befugnisse der Aufsichtsbehörden und der mit der Prüfung betrauten externen Stellen klar abgegrenzt und definiert. Hinzu kommt, dass die mit der Aufsicht beauftragten externen Stellen qualitativen Mindestanforderungen genügen müssen, damit sichergestellt ist, dass sie über die erforderlichen Strukturen und Kenntnisse verfügen und die ihnen übertragenen Aufgaben rechtskonform und wirkungsvoll wahrnehmen können.

c. Aktuelle Rechtslage

Das geltende Recht sieht generell eine Direktaufsicht vor. Dadurch ist gewährleistet, dass rasch auf die jeweiligen Bedürfnisse reagiert werden kann und die Aufsicht über die erforderliche Nachhaltigkeit verfügt. In der Schweiz werden vermehrt Zusammenschlüsse verschiedener kantonaler Aufsichtsbehörden diskutiert, mit der Absicht die Direktaufsicht durch die verbundsbedingte Zunahme des Aufsichtsvolumens zu stärken.

Die ESA suchte in früheren Jahren nach einer Lösung des Ressourcenproblems, indem die Aufgaben der Revisionsstelle inhaltlich erweitert wurden: Diese sollte nicht nur die Rechnungslegung der Stiftung (was die Kernaufgabe der Revisionsstelle bildet), sondern auch die Einhaltung der Satzung (Urkunde, Reglemente) und des Stiftungszwecks durch die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der Stiftung überprüfen. Die Mustervorlagen Stiftungsurkunde der ESA wurden im Sinne eines Auftrags des Stiftungsrats an die Revisionsstelle entsprechend formuliert. Dieser Ansatz zu einer Mediatisierung der Aufsicht ist *de lege lata* nicht vorgesehen, weshalb die ESA hiervon Abstand genommen hat.



4.3 Organisation der institutionellen Aufsicht

a. Direktaufsicht durch Bund und Kantone

Massgebend für die Bestimmung des für die Aufsicht zuständigen Gemeinwesens sind der Zweck und der räumliche Wirkungskreis der Stiftung. Nur ein Gemeinwesen ist für die Aufsicht zuständig, wobei die innerkantonale Kompetenzaufteilung Sache der Kantone ist. Die zuständigen Organisationseinheiten üben die Aufsicht im Rahmen der rechtlichen Vorgaben eigenverantwortlich aus und entscheiden in eigener Kompetenz, welche Instrumente sie im Sinne einer effektiven und effizienten Ausübung der Aufsicht einsetzen.

b. Oberaufsichtsmodell

In diesem Modell wird die Oberaufsicht über die mit der Direktaufsicht betrauten Stellen entweder von einer Einheit der Bundeszentralverwaltung (wie z.B. im Handelsregisterwesen, bei dem das Eidg. Amt für das Handelsregister die Oberaufsicht über die kantonalen Handelsregisterämter wahrnimmt) oder von einer externen unabhängigen Kommission wahrgenommen bzw. in die neue BVG-Oberaufsichtskommission ausgelagert. Insbesondere wird eine einheitliche Aufsichtstätigkeit der Aufsichtsbehörden mittels Weisungen angestrebt.

c. Aktuelle Rechtslage

Das geltende Recht sieht bei klassischen Stiftungen eine Direktaufsicht der ESA und der kantonalen Aufsichtsbehörden vor. Die Realität zeigt, dass die Arbeitsbelastung und die verfügbaren Ressourcen der Aufsichtsbehörden einen entscheidenden Einfluss auf die Qualität und Effizienz der Aufsicht haben. Mit einem Bestand von knapp 6 Stellen sind der Beaufsichtigung von rund 3'400 Stiftungen durch die ESA sachimmanent Grenzen gesetzt.

4.4 Kontrollmechanismen ausserhalb der institutionellen Aufsicht

a. Stiftungsinterne Kontrolle (Corporate Governance)

Das schweizerische Stiftungsrecht kennzeichnet sich durch ein Minimum von zwingendem Gesetzesrecht und belässt im Übrigen den Stiftern ein hohes Mass an Autonomie bei der Ausgestaltung der Stiftung. Diese Organisationsfreiheit räumt einen beachtlichen Spielraum ein, von welchem in der Praxis Gebrauch gemacht wird.

Auf der Grundlage internationaler Entwicklungen haben sich auch in der Schweiz Grundsätze und Empfehlungen zur Errichtung und Führung von Förderstiftungen herausgebildet (Swiss Foundation Code), die den Stiftern und den Stiftungsorganen bei ihren Entscheidungen eine bedeutende Hilfestellung bieten und dazu beitragen, dass Führung und Kontrolle in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Die Stiftungsorgane orientieren sich dabei an unternehmerischen, auf den stiftungsspezifischen Kontext hin angewandten Grundsätzen einer „Good Governance“ mit dem Ziel, den Stiftungszweck wirksam umzusetzen. Dazu gehören ein Maximum an Transparenz bezüglich Strategie (Förderkriterien), eine professionelle Organisation und Tätigkeit, kontinuierliche Förderaktivitäten, die Vermeidung von Interessenkon-



flikten sowie die Durchsetzung von „Checks and Balances“. Mit geeigneten organisatorischen Massnahmen lassen sich wirksame interne Kontrollmechanismen verwirklichen, die eine effiziente Umsetzung des Stiftungszwecks ermöglichen.

b. Publizität

Die Publizität hat eine wichtige Funktion in Bezug auf die Rechtskonformität und die damit verbundene Durchsetzung der rechtlichen Vorgaben. Während im anglo-amerikanischen Rechtskreis längst umfassende Publizitätspflichten und Vorgaben zur Transparenz bestehen, liegt das schweizerische Recht in dieser Hinsicht noch weit zurück. Eine Pflicht zur Offenlegung der Vermögensverhältnisse von Stiftungen wäre ein wichtiger Beitrag zur Information Dritter und des Rechtsverkehrs, setzt jedoch auf Gesetzesstufe rechtliche Grundlagen für entsprechende Datensammlungen voraus. Die Einhaltung der Publizitätsvorschriften wäre im Rahmen der Finanzkontrolle zu überprüfen und deren Nichteinhaltung – falls Ermahnungen nicht helfen – zu sanktionieren.

c. Privatisierung der Aufsicht durch reine Selbstregulierung

Dieser Ansatz zeichnet sich dadurch aus, dass das Gemeinwesen auf eine eigene Aufsicht verzichtet und diese vollständig auslagert und privatisiert, indem eine Selbstregulierungsorganisation über die Einhaltung der massgebenden Vorgaben wacht. Die mit der Aufsicht befassten privaten Akteure kontrollieren die unterstellten Subjekte weitgehend auf der Grundlage eigener Regelwerke. Eine reine Selbstregulierung leidet indessen an der fehlenden Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit ihrer Standards und den allfällig angeordneten Massnahmen. Zudem können sich Fragen in Bezug auf die Unabhängigkeit und Effizienz des Managements stellen. Da die Stiftungsaufsicht durch staatliche Stellen bisher nie ernsthaft in Frage gestellt wurde, wird dieser Ausgestaltungsform der Aufsicht im Bericht nicht weiter nachgegangen.

5. Würdigung der verschiedenen Aufsichtssysteme

5.1 System der Rechtsaufsicht

a. Würdigung

Das heutige System kann ohne grundlegende und kostspielige Änderungen effizienter ausgestaltet werden, indem die Stiftungsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht eingeschränkt wird. Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfung ist die Feststellung von Rechtsverstössen der Stiftungsorgane. Hierbei prüft die Aufsichtsbehörde gestützt auf die Berichterstattung der Stiftungsorgane, ob deren Handeln mit Gesetz, Stiftungsurkunde oder Reglementen im Einklang steht.

b. Vor- und Nachteile dieses Modells

- Die Kontrolle erfolgt nach einfachen und klaren Kriterien, da nur die Rechtmässigkeit des Handelns der obersten Stiftungsorgane geprüft wird.
- Diese Form der Aufsicht bindet weniger Ressourcen.
- Eine Beschränkung der Stiftungsaufsicht in der Schweiz auf eine reine Rechtsaufsicht steht grundsätzlich mit den europäischen Modellen im Einklang.



- Durch den Verzicht des Staates, mittels konkreter Vorgaben direkt auf die Führung und Verwaltung der Stiftung Einfluss zu nehmen, erhalten die Stiftungsorgane aber mehr Eigenverantwortung.

5.2 System der Fachaufsicht

a. Würdigung

Die ESA könnte den durch eine reine Fachaufsicht vorgegebenen Prüfauftrag nur mit zusätzlichen Ressourcen erfüllen. Die Prüfung, ob das Stiftungsvermögen im konkreten Fall zweckkonform verwendet wird, lässt sich im Rahmen der heutigen Organisation und Ausstattung nicht sinnvoll umsetzen, da die Aufsicht nebst betriebswirtschaftlichem Wissen auch spezifische Kenntnisse im Bereich des Stiftungszwecks voraussetzt (z.B. Entwicklungshilfe, Gesundheit etc.), um ein zuverlässiges Urteil abgeben zu können. Bei einer umfassenden Fachaufsicht müssen die konkreten rechtlichen Prüfvorgaben definiert werden.

b. Vor- und Nachteile dieses Modells

- Eine reine Fachaufsicht führt zu einer verstärkten Prüfung und könnte so eine Steigerung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Stiftungen bewirken.
- Eine Fachaufsicht führt zwangsläufig zu einer erhöhten Normendichte und zu einem massiven Ausbau der mit der Aufsicht betrauten Verwaltungsbehörden.
- Die der Fachaufsicht inhärente intensive Kontrolldichte kann nie in letzter Konsequenz umgesetzt werden, da die Aufsichtsbehörden in tatsächlicher Hinsicht nur über begrenzte Kontrollkapazitäten verfügen.
- Die Fachaufsicht birgt ausserdem die Gefahr, dass aufsichtsrechtliche Vorgaben die privatautonome Gestaltungsfreiheit der Stiftungsorgane verdrängen und im Ergebnis dazu führen, dass der Staat das Risiko für Entscheide des Stiftungsrates mittragen muss. Die Aufsichtsbehörden sehen sich bei einer Fachaufsicht mit erheblichen praktischen und (verantwortlichkeits-) rechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert, wenn sie die mit der Leitungs- und Verwaltungstätigkeit verbunden Risiken erkennen, einschätzen und beurteilen müssen.

5.3 System der mediatisierten Aufsicht

a. Würdigung

Will man für die Kontrolle der Stiftungstätigkeit und der Leitungs- oder Verwaltungsorgane vermehrt auf die Prüfungstätigkeit der Revisionsstelle abstellen, bedarf es zwingend einer Gesetzesgrundlage (vgl. z.B. Art. 53 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG], der in Abs. 1 allgemein festhält „Die Vorsorgeeinrichtung bestimmt eine Kontrollstelle für die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage“ und in Abs. 1^{bis} bezüglich der Haftung der Kontrollstelle vorsieht, dass die Bestimmungen des Aktienrechts über die Revisionsstelle sinngemäss gelten. Die Aufgaben der Kontrollstelle werden in den Art. 35 f. der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2] detailliert umschrieben). Soll die Revisionsstelle im Bereich der Beaufsichtigung von klassischen Stiftungen einen erwei-



terten Prüfungsauftrag erhalten (also Prüfung der Jahresrechnung *und* der Geschäftsführung unter dem Aspekt der Verwirklichung des Stiftungszwecks), sind klar definierte Rahmenbedingungen für die Kontrolltätigkeit der Revisionsstelle erforderlich (insb. Abgrenzung zur staatlichen Aufsicht sowie formelle und materielle Prüfkriterien).

Es wäre denkbar, dass die Revisionsstelle auf der Grundlage eines standardisierten Informationssystems der Aufsichtsbehörde jährlich Bericht über ihre Prüfungsergebnisse erstattet. Damit liesse sich der Aufwand der Revisionsstelle – auch im Hinblick auf die den Stiftungen in Rechnung gestellten Honorare – erheblich reduzieren. Zudem müsste die Berichterstattung so ausgestaltet werden, dass die Aufsichtsbehörden allfällige Verfehlungen oder zweifelhafte Vorgehensweisen der Stiftungsorgane umgehend feststellen und einer vertieften Prüfung unterziehen könnten, bevor sie die erforderlichen aufsichtsrechtlichen Massnahmen verfügen.

b. Vor- und Nachteile dieses Modells

- Durch die Auslagerung der Prüfung oder von Teilen davon können die Aufsichtsbehörden ihre Aufgaben effizienter wahrnehmen. Die eigentlichen Kontrolltätigkeiten würden von speziell damit betrauten externen Stellen durchgeführt. Dabei kann teilweise auf spezifisches Fachwissen der externen Akteure abgestellt werden, was – je nach dem gesetzlichen Rahmen – eine wirkungsvollere Aufsicht gewährleistet.
- Die Mediatisierung der Aufsicht ermöglicht es, die staatliche Verwaltung schlank zu halten, indem Aufgaben an externe Stellen delegiert werden.
- Die mit der Staatshaftung verbundenen Risiken werden verringert (auf Bundesebene: Beschränkung auf die Ausfallhaftung gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a VG).
- Der Beizug externer Akteure zur Bewältigung der aufsichtsrechtlichen Aufgaben setzt voraus, dass die Prüfungsaufgaben positivrechtlich definiert werden, was – je nach der gewählten Ausgestaltungsform – einen mehr oder weniger umfangreichen Normenkomplex nach sich zieht. Bei einer klaren Rahmengesetzgebung zum Prüfgegenstand kann es den beteiligten Akteuren überlassen werden, gemeinsame Prüfungsstandards oder Richtlinien auszuarbeiten. Damit die Aufsicht wirksam wahrgenommen werden kann, müssen in jedem Fall klare Vorgaben in Bezug auf die zu prüfenden Parameter vorhanden sein.
- Sind externe Akteure mit der unmittelbaren Prüfung betraut, wird das aufsichtsrechtliche Know-how allmählich „ausgelagert“. Die behördliche Aufsicht wird dadurch zunehmend theoretisch, weil der direkte konkrete Praxisbezug fehlt (Wegfall des sog. „*direct impact*“ der Aufsicht).
- Zur Gewährleistung der Qualitätsstandards muss sichergestellt werden, dass die involvierten externen Stellen im Voraus definierten Anforderungen genügen müssen (fachliche Kenntnisse, Unabhängigkeit). Nebst klaren Vorgaben in Bezug auf die Art der mit der Prüfung betrauten Revisionsstellen (zugelassene Revisoren oder zugelassene Revisionsexperten) könnte auch eine spezialgesetzliche Zulassung jener Revisionsstellen in Betracht gezogen werden, die mit der (erweiterten) Prüfung von Stiftungen betraut werden. An dieser Stelle ist zu präzisieren, dass die Zuständigkeit der Revisionsaufsichtsbehörde nur die Zu-



lassung der Revisionsstellen betrifft. Allfällige Rechtsstreitigkeiten zwischen der Revisionsstelle und der geprüften Stiftung bilden nicht Gegenstand der Tätigkeit der Revisionsaufsicht. Ob die mit der erweiterten Prüfung beauftragte Revisionsstelle die ihr übertragenen Aufgaben materiell erfüllt, wäre durch die Aufsichtsbehörde zu beurteilen.

- Die Auslagerung der Aufsicht birgt das Risiko einer Kostensteigerung, da die Revisionsstellen ihre Prüfungstätigkeit nur gegen marktkonformes Entgelt ausführen werden. Aus den Kreisen kleinerer Stiftungen dürfte eine mediatisierte Aufsicht deshalb mit dem Argument bekämpft werden, dass die für die Kontrolltätigkeiten der Revisionsstellen fälligen Honorare die Ausschüttungen oder das Stiftungsvermögen vermindern.

5.4 Oberaufsichtsmodell

a. Würdigung

Die letzte BVG-Revision (sog. Strukturreform BVG; vgl. BBl 2010 2017) hat die Stärkung der Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen mittels einer Kantonalisierung bzw. Regionalisierung der direkten Aufsicht und einer griffiger ausgestalteten Oberaufsicht zum Ziel. Dabei wird die Direktaufsicht grundsätzlich nur noch von den kantonalen Aufsichtsbehörden ausgeübt. Bisher der Bundesaufsicht unterstellte Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtungen werden neu anhand ihres Wirkungskreises der jeweiligen kantonalen Aufsichtsbehörden zugeordnet. Zur Stärkung und Professionalisierung der zunehmend anspruchsvolleren Direktaufsicht sollen die Kantone ihre Aufsichtsbehörden zudem auf der Grundlage von (freiwilligen) Konkordaten zusammenschliessen (z.B. Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht). Die Oberaufsicht wird nicht mehr durch den Bundesrat, sondern von einer Oberaufsichtskommission wahrgenommen.

b. Vor- und Nachteile dieses Modells

- Eine Angleichung der Aufsicht im Bereich der „klassischen“ Stiftungen an das Oberaufsichtsmodell im Bereich der beruflichen Vorsorge hätte eine grundlegende Umwälzung des bisherigen Systems zur Folge. Mit dieser Organisation liesse sich im Ansatz eine Vereinheitlichung der Aufsichtstätigkeit und Praxis herbeiführen, setzt aber voraus, dass die gesamte Stiftungsaufsicht von Grund auf neu konzipiert werden müsste.
- Diese Neustrukturierung würde umfangreiche Neuregelungen der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen sowie eine umfassende Normierung der Aufgaben und Befugnisse der involvierten Behörden bedingen. Des Weiteren ist zu beachten, dass ein neu organisiertes Aufsichtssystem erst nach einer Anlaufzeit voll operationell wäre. Es bestünde aber auch die Möglichkeit einer Integration in bestehende Organisationsstrukturen wie beispielsweise der BVG-Oberaufsichtskommission. Dies dürfte den administrativen und finanziellen Aufwand im Vergleich zur Errichtung von neuen Organisationsstrukturen vermindern. Die Integration der Oberaufsicht in eine bestehende Organisation dürfte somit mit einem verhältnismässig geringen Aufwand verbunden sein.



- Es besteht die Gefahr, dass die Oberaufsichtsbehörde wegen fehlender Nähe zur Praxis bei ihrer Tätigkeit einen eher theoretischen Ansatz verfolgt.
- Bei der Diskussion über ein Oberaufsichtsmodell kommt der politischen Komponente zwangsläufig hohe Bedeutung zu. Die Einführung einer Oberaufsicht auf Bundesebene könnte aus föderalistischer Sicht auf Widerstand stossen. Hinzu kommt, dass die Kantone ihre Stiftungsaufsicht teilweise neu organisiert und dadurch professioneller und effizienter ausgestaltet haben, so dass es fraglich erscheint, ob eine Oberaufsicht einen Gewinn gegenüber dem bestehenden System darstellt. Gewissheit hierüber kann nur durch eine vertiefte Prüfung (inkl. Konsultation der Kantone) erlangt werden.

5.5 Ergänzende und/oder autonome Kontrollmechanismen

a. Würdigung

Insbesondere bei gemeinnützigen Förderstiftungen orientieren sich die Stiftungsgorgane für die Führung und Tätigkeit vermehrt nach den Grundsätzen einer „Good Governance“ mit dem Ziel, den Stiftungszweck wirksam umzusetzen und die erforderliche Transparenz bezüglich Zielen, Strukturen und Tätigkeiten zu gewährleisten.

Dieser Trend nach mehr Eigenverantwortung ist positiv zu werten und darf seitens des Staates nicht behindert werden. Stiftungen werden dadurch proaktiv tätig und können damit allfälligen aufsichtsrechtlichen Massnahmen durch den Staat zuvorkommen, indem sie sich freiwillig eigenen Regeln unterwerfen, die auf die Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben abzielen. Diese Selbstregulierung ist grundsätzlich rein privatautonom und funktioniert ohne Mitwirkung des Staates.

Dieser Selbstkontrollmechanismus könnte verstärkt werden, indem der Gesetzgeber eine Selbstregulierungsorganisation bezeichnet oder bestimmte Aspekte der Selbstregulierung als generelle Mindeststandards vorschreibt. Diese sog. obligatorische oder gesteuerte Selbstregulierung beruht auf einem Auftrag des Gesetzgebers an die Selbstregulatoren, einen bestimmten Sachbereich selbst zu ordnen. Solche Regulierungsaufträge finden sich beispielsweise in Art. 37h des Bankengesetzes (Einlagensicherung), Art. 4 Abs. 1 des Börsengesetzes (angemessene Organisation), Art. 4 Abs. 3 der Kollektivanlagenverordnung (Anforderungen an den vereinfachten Prospekt für strukturierte Produkte) oder Art. 25 des Geldwäschereigesetzes (Konkretisierung der Sorgfaltspflichten). Die Anerkennung der obligatorischen Selbstregulierung durch den Staat erhöht die Legitimität, Effektivität und Glaubwürdigkeit von Selbstregulierungsnormen und trägt dazu bei, dass diese als der staatlichen Regulierung gleichwertig wahrgenommen werden. Ein solches Vorgehen setzt jedoch eine entsprechende Rahmengesetzgebung sowie eine starke Organisation voraus.

b. Vor- und Nachteile dieser alternativen Modelle

- Alternative Kontrollmechanismen haben eine Entlastung der institutionellen Aufsicht zur Folge, setzen aber eine entsprechende Rahmengesetzgebung voraus, die für die Implementierung der Selbstregulierungsstandards erforderlich ist.



- Die Durchsetzung von Selbstregulierungsstandards setzt eine konsequente Befolgung seitens der Betroffenen voraus, andernfalls die Selbstkontrolle unwirksam bleibt.

6. Verbesserung der Direktaufsicht unter Wahrung des *Status Quo*

a. Normierung des Inhalts der Direktaufsicht

Die GPK-S verlangt, dass die Grundsätze der Stiftungsaufsicht, die wichtigsten Aufsichtsmaßnahmen sowie die Bedingungen ihrer Ausübung in einem formellen Rechtserlass zu verankern seien. Damit gibt die GPK-S implizit zu erkennen, dass sie im Grundsatz an der bisherigen Organisationsform der Aufsicht von „klassischen“ Stiftungen festhält. Eine positivrechtliche Normierung der Prüfungsaufgaben der Stiftungsaufsichtsbehörden dient primär der Rechtssicherheit und der Vereinheitlichung der Rechtsanwendung. Allerdings besteht in Bezug auf den Gegenstand und die Dichte der Aufsicht ein erheblicher gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum. Es ist denkbar, nur die Grundzüge der Aufsicht gesetzlich festzulegen, oder den Gegenstand und Massnahmen der Aufsicht abschliessend zu regeln.

Für eine präzise Regelung spricht der Umstand, dass der heutige Gesetzeswortlaut keine klaren Prüfkriterien enthält und es letztlich im Ermessen der Aufsichtsbehörde liegt, auf welcher Grundlage und mit welcher Intensität sie die Prüfung der zweckkonformen Verwendung des Stiftungsvermögen im Einzelfall vornimmt. Mit klaren Regeln kann der Kritik der GPK-S am heutigen System zwar wirksam begegnet werden, setzt aber voraus, dass der Gesetzgeber den Inhalt der Aufsicht von „klassischen“ Stiftungen im Grundsatz festlegt.

Beschränkt sich die Kontrolle des Gemeinwesens über die Stiftungen auf eine Rechtsaufsicht, so würden die Aufsichtsbehörden künftig nur prüfen, ob die Entscheide der Leitungs- oder Verwaltungsorgane rechtskonform sind und der Stiftungszweck nicht gefährdet wird. Dies setzt allerdings eine materielle Neuformulierung des Gesetzes voraus und bewirkt, dass auf die bisherige Rechtsprechung zur Rechtmässigkeit der Vermögensanlage nicht mehr abgestellt werden kann.

b. Normierung bestimmter Aspekte des materiellen Stiftungsrechts

Unabhängig davon, ob die künftige Regelung der Aufsicht eine Rechts- oder Fachaufsicht vorschreibt, könnte die Wirksamkeit der staatlichen Kontrolle gesteigert werden, wenn bestimmte Aspekte des materiellen Stiftungsrechts zumindest in den Grundzügen im Gesetz festgehalten werden. Auf der Grundlage eines entsprechenden Normenkomplexes würden die Aufsichtsbehörden über feste Anhaltspunkte für die Beurteilung der Rechtmässigkeit oder der Angemessenheit des Handelns der Stiftungsorgane verfügen. Der Inhalt der Prüfung und damit der Prüfauftrag würden konkretisiert und das Ergebnis der Kontrolle besser vorhersehbar. Gesetzliche Bestimmungen zur Leitung- und Verwaltung von Stiftungen (z.B. Aufgaben und Pflichten des Stiftungsrates; Delegation von Befugnissen an Ausschüsse oder Kommissionen), zur Organverantwortlichkeit oder sogar zur Satzung (z.B. formeller und materieller Mindestinhalt der Urkunde) würden – ähnlich den Regelungen der Kapitalgesellschaften des Obligationenrechts – den Prüfungsrahmen und -massstab klar(er)



definieren, so dass allfällige Unregelmässigkeiten in der Leitung und Verwaltung der Stiftung leichter erkannt werden könnten.

Der Verzicht auf eine entsprechende Regelung würde zwar den Vorteil bieten, dass die Freiheiten des geltenden Rechts belassen werden, erschwert aber die Aufsichtstätigkeit, da eine offene und damit auslegungsbedürftige Rechtslage keine verlässliche Beurteilung der Rechtmässigkeit der zweckgemässen Verwendung der Mittel oder der Geschäftsführung erlaubt.

Aus den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen geht hervor, dass anstelle der in der Motion Luginbühl ursprünglich geforderten jährlichen Mindestausschüttungsquote Massnahmen vorzusehen sind, auf deren Grundlage der Stiftungsrat angewiesen werden kann, im Rahmen des Zwecks tätig zu werden. Eine Befugnis der Aufsichtsbehörde, entsprechende Handlungsanweisungen zu erteilen, muss jedoch ausdrücklich im Gesetz vorgesehen werden und ist zudem davon abhängig zu machen, dass der Stiftungszweck wegen der Untätigkeit der Stiftungsorgane nicht mehr erreicht werden kann bzw. der Wille des Stifters verletzt wird.

7. Internationale Aspekte der Stiftungsaufsicht

a. Allgemeines

Im internationalen Kontext wird der Begriff „Stiftung“ insbesondere im Rechtskreis des „civil law“ als Bezeichnung einer eigenständigen Rechtseinheit ohne Mitglieder gebraucht, bei welcher das gestiftete Eigentum für die Erreichung eines bestimmten Zwecks verwendet und durch einen Stiftungsrat verwaltet wird. Demgegenüber kennt der Rechtskreis des „common law“ diese Art von Rechtseinheit nicht oder nur bedingt, da in diesen der sog. „Trust“ als rechtliche Entität für die Erreichung ähnlicher Zwecke verwendet wird. Vor diesem Hintergrund ist es angebracht, einen Rechtsvergleich auf Länder zu beschränken, welche auf der Rechtstradition des „civil law“ wie namentlich die Mehrheit der Länder der Europäischen Union (EU) sowie Lichtenstein begründet sind. Diese Beschränkung rechtfertigt sich überdies auch deshalb, weil es in neuster Zeit im Europäischen Raum Bestrebungen für die Schaffung der Rechtsform einer „Europäischen Stiftung“ gibt.¹

¹ In den Jahren 2007 und 2008 führte das sog. „Centre for Social Investment (CSI)“ zusammen mit dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg eine Studie für die EU Kommission durch, die klären sollte, in welchem Umfang Stiftungen in Europa bisher grenzüberschreitend tätig sind, auf welche Barrieren sie dabei stossen und ob und in welchem Umfang sich diese Barrieren reduzieren lassen. Die Studie ist abgeschlossen, wurde der Europäische Kommission im Jahr 2009 übergeben und in englischer Sprache veröffentlicht. Im Wesentlichen kommt die Studie zum Ergebnis, dass europäische Stiftungen in umfangreicher Masse über die Grenzen von Nationalstaaten hinweg tätig sind, dabei aber auf zum Teil erhebliche rechtliche Barrieren stossen. Mit einer Einführung einer gemeinsamen europäischen Rechtsform für Stiftungen, könnten die Schwierigkeiten bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten nicht vollständig aufgehoben, aber deutlich reduziert werden. Die Europäische Kommission steht nun vor der Entscheidung, ob eine Satzung für eine Europäische Stiftung als weiterer optionaler Rechtsform neben den nationalen Stiftungsformen ein Weg zur Überwindung der Hindernisse ist und welchen Inhalt die Satzung haben sollte. Aus diesem Grund hat die Kommission eine öffentliche Konsultation zu den Schwierigkeiten von grenzüberschreitend tätigen Stiftungen, zur Ausarbeitung einer Satzung für eine Eu-



b. Rechtsvergleich

In sämtlichen Ländern der EU unterliegen Stiftungen der staatlichen Aufsicht. Naturgemäß bestehen jedoch zwischen den einzelnen Rechtssystemen Unterschiede bezüglich der Art und Weise, in der diese Aufsicht sowohl bei der Überwachung der Gründung als auch der Tätigkeiten der Stiftung nach ihrer Gründung gestaltet ist. Diese Unterschiede sind stark von der jeweiligen Vergangenheit, politischen Kultur und (Rechts-)Tradition eines Landes geprägt. Allgemein gilt aber, dass die staatliche Aufsicht nur berechtigt ist, zu überprüfen, ob die gemäss dem Gesetz und den Stiftungsurkunden auferlegten Pflichten eingehalten werden. Grundsätzlich wird die Stiftungsaufsicht bei gemeinnützigen Stiftungen weiter gefasst als bei anderen Arten von Stiftungen.

In den EU-Mitgliedsländern versteht man unter einer Stiftungsaufsichtsbehörde („state supervisory authority“) eine Instanz, welche Stiftungen überwacht und die notwendigen Kompetenzen zum Schutz von Stiftungen mittels einer sog. präventiven Aufsicht (z.B. Zustimmung der Stiftungsaufsichtsbehörde bei Änderungen in der Stiftungsurkunde), bei der Einhaltung der Regeln („compliance“) oder bei der Anordnung von konkreten Aufsichtsmaßnahmen (z.B. Absetzung eines Stiftungsrates) hat. Vor diesem Hintergrund können in der EU im Wesentlichen drei Arten von staatlichen Stiftungsaufsichten unterschieden werden:

- *Öffentliche Verwaltungsinstitutionen* („public administrative bodies“; z.B. Ministerien oder Regionalbehörden), welche das Recht und die Möglichkeit haben, Stiftungen zu überwachen und Massnahmen im Rahmen der Aufsicht anzuordnen, ohne dass ein Gericht hinzugezogen werden muss (d.h. es müssen seitens der Stiftungsaufsichtsbehörde keine gerichtlich anzuordnenden Massnahmen angebeht werden).
- *Öffentliche, unabhängige Institutionen* („public independent bodies“), welche sich ausserhalb der staatlichen Hierarchie befinden und über die notwendigen Kompetenzen verfügen (z.B. diese Lösung findet sich in Grossbritannien, wo die sogenannte „Charity Commission“ diese Aufgabe übernimmt).
- *Kombinierte Aufsicht durch eine öffentliche Verwaltungsinstitution sowie durch ein Gericht* („combined supervision by a public administrative body and the court“), bei welcher eine Verwaltungsinstitution die Stiftungen überwacht, aber nicht selbständig eingreifen kann. Es bedarf hierzu einer gerichtlichen Anordnung der Massnahmen, welche seitens der Verwaltungsinstitution angebeht wird.



c. Übersicht

Land	Art der Stiftungsaufsicht
Belgien	Öffentliche Stiftungen: Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium) und Gericht Privatstiftungen: Gericht
Bulgarien	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Zentralregister innerhalb des Justizministeriums) und Gericht
Dänemark	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium)
Deutschland	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Regional)
Estland	Kombinierte Aufsicht durch eine öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium) sowie durch ein Gericht
Finnland	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Nationale Patentierungs- und Registrierungsbehörde)
Frankreich	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium des Innern für Stiftungen sowie Regionalbehörde [préfet])
Griechenland	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium)
Grossbritannien	Öffentliche, unabhängige Verwaltungsinstitution („Charity Commission“)
Irland	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium; in der Zukunft die „Charities Regulatory Authority“)
Italien	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Regionalbehörde oder Ministerium)
Lettland	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Registrierungsbehörde)
Liechtenstein	Kombination einer öffentlichen Verwaltungsinstitution sowie Gericht
Litauen	-
Luxemburg	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium)
Malta	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Kommission)
Niederlanden	Kombination einer öffentlichen Verwaltungsinstitution (Generalstaatsanwalt) sowie Gericht
Österreich	Öffentliche Stiftungen: Öffentliche Verwaltungsinstitution Privatstiftungen: Gericht
Polen	Kombination einer öffentlichen Verwaltungsinstitution (Ministerium oder Regionalbehörde) sowie Gericht
Portugal	Kombination einer öffentlichen Verwaltungsinstitution (Ministerium oder Regionalbehörde) sowie Gericht
Rumänien	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium)
Schweden	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Regionalbehörde)
Slowakei	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium)
Slowenien	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Ministerium)
Spanien	Kombination einer öffentlichen Verwaltungsinstitution (Regionalbehörde) und einem Gericht
Tschechien	Registriergericht
Ungarn	Kombination zwischen dem Generalstaatsanwalt und dem Gericht
Zypern	Öffentliche Verwaltungsinstitution (Registrierungsbehörde) und Gericht



d. Aufsichtsmittel

Der Vergleich der einzelnen Rechtssysteme der EU-Mitgliedstaaten ist in Bezug auf die Stiftungsaufsicht kein leichtes Unterfangen. Den vorstehend aufgeführten Stiftungsaufsichtsbehörden stehen grundsätzlich folgende Aufsichtsmittel zur Verfügung:

- *Berichterstattung:* Im Rahmen der präventiven Aufsicht muss in nahezu allen EU-Mitgliedstaaten (ausser in den Niederlanden) das oberste Stiftungsorgan neben einem Jahresbericht (d.h. Zusammenfassung der Natur und des Zwecks der Stiftung sowie Ausführungen über ihre Arbeit) auch die Jahresrechnung der Stiftungsaufsichtsbehörde zukommen lassen.
- *Nachforschungen:* In einigen EU-Mitgliedstaaten kommt der Stiftungsaufsichtsbehörde das Recht zu, sich weitere Informationen zu beschaffen bzw. Inspektionen mit Bezug auf die Dokumentation oder Vorgänge in der Stiftung durchzuführen. Teilweise hat die Aufsichtsbehörde auch die Befugnis eine Revisionsstelle (z.B. in Slowenien) oder einen ausserordentlichen Stiftungsrat (z.B. in Polen) zu bezeichnen. Das niederländische Recht sieht namentlich vor, dass eine oder mehrere Revisionsstellen bezeichnet werden können, welche die Stiftungen zu untersuchen und dem zuständigen Gericht gegenüber Bericht zu erstatten haben. In Grossbritannien ist die sog. „Charity Commission“ dazu berechtigt, bei einer Stiftung Befragungen durchzuführen und das Ergebnis dieser Befragungen wird auf der Webseite der Kommission veröffentlicht. Die Kommission ist überdies berechtigt, den Stiftungsrat abzusetzen bzw. zu ersetzen, einen „Interims-Stiftungsrat“ zu benennen oder auch Gelder der Stiftung auf einem Bankkonto „einzufrieren“.
- *Teilnahmerecht an Sitzungen des Stiftungsrates:* In den meisten EU-Mitgliedstaaten haben die Mitarbeiter der Stiftungsaufsichtsbehörde kein Recht zur Teilnahme an den Sitzung des Stiftungsrates.
- *Zustimmungserfordernis der Stiftungsaufsichtsbehörde bei bestimmten Entscheidungen des Stiftungsrates:* In den Gesetzgebungen der verschiedenen EU-Mitgliedstaaten finden sich Bestimmungen, welche eine Zustimmung der Stiftungsaufsichtsbehörden für bestimmte Entscheidungen des Stiftungsrates vorsehen. Namentlich sind derartige Zustimmungen notwendig bei Interessenskonflikten, bei der Ergänzung oder Abänderung der Stiftungsurkunde oder bei der Auflösung der Stiftung.

e. Schlussfolgerung für die Schweiz

Ein Vergleich der verschiedenen Stiftungsaufsichtsbehörden der EU-Mitglieder, Liechtenstein sowie der Schweiz ergibt, dass im Wesentlichen eine staatliche Stiftungsaufsicht vorgesehen ist, welche nur berechtigt ist, zu überprüfen, ob die gemäss dem Gesetz und den Stiftungsurkunden auferlegten Pflichten eingehalten werden. Hierfür wird in erster Linie auf die Berichterstattung der beaufsichtigten Stiftungen abgestellt, welche als Grundlage für weitere Nachforschungen bzw. aufsichtsrechtliche Massnahmen dient. Dieser Rechtsvergleich zeigt, dass selbst eine Beschränkung der Stiftungsaufsicht in der Schweiz auf eine reine Rechtsaufsicht grundsätzlich mit den europäischen Modellen im Einklang wäre.



8. Fazit / Empfehlungen

Jede der im Bericht aufgezeigten Ausgestaltungsformen der Aufsicht hat zwangsläufig mehr oder weniger weit greifende Auswirkungen auf die Organisation und die Kompetenzen der involvierten Akteure. Aufgrund einer Abwägung zwischen Aufwand und Nutzen der Implementierung der einzelnen Modelle ergeben sich – unter Berücksichtigung des Auftrags der GPK-S und des durch die WAK-N ergänzten Textes der Motion Luginbühl – folgende Schlussfolgerungen im Hinblick auf eine allfällige Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Stiftungsaufsicht:

Der geltende Art. 84 Abs. 2 ZGB ist eine historische Norm, die den Anforderungen der modernen Gesetzgebung nicht mehr genügt und somit mangels klarer Vorgaben eine der Ursachen für die von der GPK-S im Zusammenhang mit dem Fall der Stiftungen von Dr. Gustav Rau festgestellten Probleme bei der Stiftungsaufsicht ist. Die Neuregelung muss das der Stiftungsaufsicht zugrundeliegende System sowie den Inhalt der Aufsicht klar zum Ausdruck bringen. Es wird daher vorgeschlagen, die für die Stiftungsaufsicht massgebenden Prüfkriterien sowie die Berichterstattung der Stiftungsorgane im Sinne einer *Rechtsaufsicht* auf Gesetzesstufe zu präzisieren. In diesem Zusammenhang wird auch zu prüfen sein, ob die Haftung der ESA neu zu regeln ist.

Die Aufsichtsbehörde hat ihre Prüfung darauf zu beschränken, ob die Stiftungsorgane rechtmässig gehandelt haben. Seitens des Gemeinwesens wird also nur kontrolliert, ob die Handlungen der Stiftungsorgane mit Gesetz, Stiftungsurkunde oder Reglement im Einklang stehen. Dabei wird die Aufsichtsbehörde gestützt auf die Rechenschaftsberichte der Stiftungsorgane feststellen müssen, ob die getätigten Ausschüttungen mit dem Stiftungszweck vereinbar und somit gesetzeskonform sind. Die Zweckmässigkeit und Effizienz des Handelns der obersten Stiftungsorgane bilden nicht Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfung, so dass der Staat keinen direkten Einfluss auf die Führung und Verwaltung der Stiftung nimmt.

Falls die Berichterstattung der Stiftungsorgane Hinweise auf Unregelmässigkeiten enthält oder Zweifel an der Rechtmässigkeit der zu prüfenden Sachverhalte (z.B. Vorbehalt der Revisionsstelle) erweckt, muss die Aufsichtsbehörde handeln und die erforderlichen Massnahmen veranlassen (z.B. erweiterte Prüfung durch Beizug von Experten; Aufhebung von Entscheidungen der Leitungs- oder Verwaltungsorgane; Ersatzvornahmen, Weiterleitung von Informationen an weitere betroffene Behörden etc.). Bei einem Verzicht auf eine gesetzliche Normierung diverser Aspekte des materiellen Stiftungsrechts (Aufgaben des Stiftungsrates, Organverantwortlichkeit, Mindestinhalt der Stiftungsurkunde) wäre hingegen zu prüfen, ob die Pflicht zur Berichterstattung der Stiftungsorgane und deren Inhalt eingehender zu regeln wäre, damit die Aufsichtsbehörden über Anhaltspunkte für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Geschäftsführung verfügen.

In Übereinstimmung mit dem Auftrag der GPK-S ist es nach dem Gesagten sinnvoll, die gesetzlichen Grundlagen in Bezug auf die Kriterien für die Prüfung der Rechtmässigkeit des Handelns der Stiftungsorgane zu präzisieren bzw. die wichtigsten Grundzüge der Aufsicht positivrechtlich zu regeln ohne das bisherige Aufsichtssystem grundlegenden Änderungen zu unterwerfen. So wären etwa die wichtigsten Auf-



sichtsmittel wie z.B. die Berichterstattung der Stiftungsorgane, die Möglichkeit des Beizugs von Experten und der Einbezug weiterer betroffener Behörden zu konkretisieren. Vor diesem Hintergrund wäre allenfalls auch zu prüfen, ob Stiftungen, die öffentlich zu Spenden aufrufen, bezüglich der Aufsicht strengeren Anforderungen unterstehen sollen (z.B. im Rahmen der Berichterstattungspflicht).

Eine Erweiterung des Prüfauftrages der Revisionsstelle im Sinne einer mediatisierten Fachaufsicht ist mit Skepsis zu beurteilen, da eine solche Lösung komplexere Verflechtungen zwischen den involvierten Akteuren zur Folge hätte. Für die spezifische Prüfung, ob die Mittel der Stiftung zweckgemäss eingesetzt werden, hätten die Revisionsstellen zusätzliche Kontrollaufgaben wahrzunehmen, die sich auf eine entsprechende Rahmengesetzgebung abstützen müssten. Dieses Modell würde ausserdem eine umfangreiche Normierung der Rechte und Pflichten der Beteiligten erfordern, andernfalls Unklarheiten in Bezug auf Aufgaben, Kompetenzen, Verantwortlichkeit und Prüfungsgegenstand unvermeidbar wären. Ferner müsste auch die Frage aufgeworfen werden, ob die hinzugezogenen Revisionsstellen einer speziellen Zulassung durch die Revisionsaufsichtsbehörde bedürfen. Des Weiteren hätte eine marktorientierte Entschädigung der Revisionsstellen für ihre erweiterte Prüfung unweigerlich eine Verminderung des Stiftungsvermögens zur Folge, was bei den interessierten Kreisen als Argument gegen diese Lösung vorgebracht würde.

Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die vorgeschlagenen Änderungen über den Inhalt und die Art der Aufsicht allenfalls auch Auswirkungen auf die Organisation der Stiftungsaufsicht haben können. Vor diesem Hintergrund wird näher zu untersuchen sein, ob nicht anstelle der bisherigen Direktaufsicht durch Bund und Kantone ein Oberaufsichtsmodell sinnvoller wäre, bei welchem die eigentliche Stiftungsaufsicht vollumfänglich auf die bestehenden kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden übertragen wird. Die Oberaufsicht würde entweder von einer Einheit der Bundeszentralverwaltung oder einer externen Kommission, wie beispielsweise der neu geschaffenen BVG-Oberaufsichtskommission, wahrgenommen.

Die Ausarbeitung dieses Berichts hat gezeigt, dass kein dringlicher Handlungsbedarf besteht und daher die geforderten Rechtsgrundlagen im Bereich der Stiftungsaufsicht allenfalls im Rahmen der Arbeiten zur Umsetzung der Motion Luginbühl geschaffen werden können. Diese Einschätzung rechtfertigt sich insbesondere auch dadurch, dass die letzte Revision des Stiftungsrechts, die auf die Pa.lv. Schiesser zurückgeht, erst vor fünf Jahren, d.h. am 1. Januar 2006, in Kraft getreten ist. Mit Blick auf das Ausland sind gegenwärtig keine Tendenzen auszumachen, welche die Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz unmittelbar gefährden.