



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Die Schweizer Stiftungsaufsicht — Grundlagen und Entwicklungen

Seminar Beste Stiftungsratspraxis
20. September 2018
Lake Side, Zürich

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



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. Dominique Jakob

Die Schweizer Stiftungsaufsicht

- I. Ausgangslage
- II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses
- III. Entwicklungen
- IV. Rechtsvergleichender Ausblick
- V. Resümee



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

I. Ausgangslage

- Traditionelles Bild: Eher partnerschaftliches als verwaltungsbehördliches Subordinationsverhältnis
- Vorteil gegenüber anderen Standorten (z.B. Deutschland)
- Aber: Der Ton ändert sich!
- Eine Ursachenanalyse
- Ziel: Verständnis erwecken, damit beide Seiten aufeinander zugehen können



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

I. Ausgangslage

- Internationales Umfeld ändert sich
 - FATF/GAFI: NPO-Sektor «besonders anfällig» für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung; Bericht Länderexamen vom 7.12.2016: Schweiz nur «teilweise konform»
 - GAFI Gesetz vom 12.12.2014; GwV, GwV-FINMA, VSB 16 (Formular S)
 - Automatischer Informationsaustausch in Steuersachen (AIA/CRS/FATCA)
 - ➔ Trend zur Durchleuchtung bis zur letzten natürlichen Person in der finanziellen Nahrungskette



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

I. Ausgangslage

- Das Misstrauen steigt, die Komfortzonen fallen
 - Seit 1.1.2016: Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen konstitutiv ins Handelsregister einzutragen
 - Motion Fiala (16.4129) vom 16.12.2016: «Mehr Transparenz und Präzisierung der Kriterien bei der Beaufsichtigung von religiösen Gemeinschaften und Sanktionen bei Nichteinhaltung der bestehenden Eintragungspflicht ins Handelsregister» (inzwischen abgelehnt)
 - ➔ Auch gemeinnützigen Stiftungen wird nicht mehr generell Vertrauen entgegengebracht



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

I. Ausgangslage

- Legitimationsdruck durch «Interne Foundation Governance»
 - Swiss Foundation Code 2015 mit Anspruch auf Richtigkeit
 - Interne Governance als das «bessere» Aufsichtsrecht?
- Bad cases make bad law
 - «Brutta figura» der Aufsicht im Fall der Stiftung SKKG (BVGer B-565/2015, B-812/2015 v. 4.10.2016; inzwischen vom BGer 5A_856/2016, 5A_865/2016 entschieden)
 - Gleiches Bild im Fall der Biedermann-Stiftung (BVGer B-2948/2017; Beschwerde beim BGer hängig)



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

I. Ausgangslage

- Haushaltszwänge
 - Steigende Komplexität bei abnehmenden Ressourcen
 - Typischer Verhaltensmodus: Wenn unsicher, im Zweifel restriktiv
- Allgemeine Regulierungswut
 - Krönung im Entwurf eines neuen Gesetzes zur Umstrukturierung der eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESAG – dazu unten)
- ➔ Fazit: Das Verständnis von Stiftung und Aufsicht ist aus verschiedenen Richtungen unter Druck; notwendig für beide Seiten, sich auf die Grundlagen des stiftungsrechtlichen Aufsichtsverhältnisses zu besinnen



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Legitimation der Stiftungsaufsicht
 - Principal-Agent-Problem ohne «shareholder» (Eigentümer/Mitglieder)
 - Aufsicht hat dafür zu sorgen, dass Organe Stiftungszweck ordnungsgemäss erfüllen und der Stiftung keinen Schaden zufügen
 - Aufgabe ist also «Schutz der Stiftung»!



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Rechtsnatur des Aufsichtsverhältnisses
 - Öffentlich-rechtlicher und somit (für beide Seiten) zwingender Natur
 - Rechtsaufsicht, keine Fach- oder Zweckaufsicht
 - Art. 84 Abs. 2 ZGB missverständlich formuliert; «seinen Zwecken gemäss» ≠ zweckgemäss!
 - Behörde prüft nur, ob Organe gesetzlichen und statutarischen Handlungsrahmen verlassen, nicht ob es bessere Entscheidung gäbe
 - Kann Ermessensausübung nur auf Fehler kontrollieren, nicht *ihr* Ermessen an Stelle desjenigen des Stiftungsrates setzen



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Rechtsnatur des Aufsichtsverhältnisses
 - Grundsatz der Verhältnismässigkeit
 - Handeln muss geeignet, erforderlich und angemessen sein
 - Wahl des mildesten Mittels
 - Grundsatz der Subsidiarität
 - Stiftungsautonomie gebietet «Zurückhaltung» (BGE 111 II 97; 108 II 497)
 - Handelt nur, wenn Stifter/Stiftung keine eigene funktionsfähige Lösung vorgesehen hat
 - Raum für Stifter, durch eigene (statutarische) Governance-Massnahmen Einfluss der Aufsicht zurückzudrängen



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Aufsichtsmittel: präventiv und repressiv
 - Problemfall 1: Vermögensbewirtschaftung
 - keine klaren Vorgaben von Gesetzgeber oder Rechtsprechung (BGer: Substanzerhalt, Sicherheit, Risikoverteilung, Rentabilität und Liquidität; BVV2)
 - Immer stärkere Kontrolle und Einflussnahme durch Behörden (Weisungen, «Merkblätter»)
 - Verkennt: Primat des Stifterwillens
 - Verkennt: Grundsatz der Rechtsaufsicht; *Stiftungsrat* entscheidet über Anlage, nicht Behörde; letztere darf Entscheide nicht auf Zweckmässigkeit, sondern nur auf Rechtsfehler kontrollieren



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Aufsichtsmittel: präventiv und repressiv
 - Problemfall 2: Genehmigungs- oder Informationspflichten
 - Müssen bedeutsame Entscheide der Behörde zur Genehmigung vorgelegt werden?
 - BGer 2C_1059/2014 vom 25.5.2016 hält fest:
«Ein Genehmigungsvorbehalt besteht von Gesetzes wegen nur dann, wenn die Gefahr einer Zweckentfremdung von Stiftungsvermögen offenkundig ist [...] und bildet eine Ausnahme [...]. Anderenfalls müsste als Konsequenz jedes umfangreichere Rechtsgeschäft der Aufsicht zur Genehmigung vorgelegt werden, weil dadurch das Stiftungsvermögen potentiell geschmälert werden könnte. Eine [sic] solches Vorgehen wäre jedoch mit der postulierten Autonomie der Stiftung nicht vereinbar. Zudem ist die Stiftungsaufsicht im bestehenden Umfang wohl kaum in der Lage, alle bedeutsamen Rechtsgeschäfte sämtlicher Stiftungen vorgängig zu kontrollieren.»



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Aufsichtsmittel: präventiv und repressiv
 - Problemfall 2: Genehmigungs- oder Informationspflichten
 - Informationspflichten (über die jährl. Berichterstattung hinaus)?
 - Normen kantonaler Aufsichtsverordnungen: «Die klassische Stiftung benachrichtigt die Aufsichtsbehörde unverzüglich über Vorgänge, die auf ihr Vermögen oder auf ihre weitere Tätigkeit wesentlichen Einfluss haben» (vgl. Art. 8 Ostschweizer Aufsichts-VO, § 13 Abs. 3 BVSG ZH)
 - Solche Normen können lediglich «Ordnungscharakter» haben
 - Wirkung einer ermessensgerechten Entscheidung bleibt von Orientierung der Behörde unberührt
 - «Generalpräventiver» Ansatz problematisch; entsprechende Bestimmung wurde im ESAG gestrichen
 - Frühzeitige Kooperation mit Behörde freilich i.d.R. angezeigt



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Aufsichtsmittel: präventiv und repressiv
 - Problemfall 3: Statuten, Reglemente und Richtlinien
 - Jede Änderung von Urkunde und Statuten läuft über Aufsichtsbehörde (Art. 85 ff. ZGB)
 - Reglemente (zur Ausführung der zwingenden Statuteninhalte) fallen nicht unter die Art. 85 ff. ZGB
 - Gleichwohl verlangen kantonale Aufsichtsverordnungen die «unverzügliche Einreichung zur Prüfung» (§ 13 Abs. 2 BVSG ZH, Art. 7 VO-Bern, etc.); Gebühren: 250-10'000 CHF (ZH)
 - Wichtig: Materiell handelt es sich nur um Kenntnisnahme; «Genehmigung» hat keine konstitutive Wirkung; es gelten im Übrigen die allgemeinen Grundsätze der Rechtsaufsicht
 - Richtlinien? Reine Stiftungsratsbeschlüsse mit (interner) Dauerwirkung; Erlass und Änderung in eigener Kompetenz



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Aufsichtsmittel: präventiv und repressiv
 - Weitere Stilblüten
 - «Unseren Erachtens ist die Rolle des Stifters mit der Vermögenswidmung erschöpft, weswegen wir seine Mitwirkung im Stiftungsrat nicht begrüssen» (Antwort in Vorprüfung)
 - «Nach unserer Praxis kann eine Stiftung nicht nachträglich zu einer Dachstiftung ausgestaltet werden und daher keine Unterstiftungen aufnehmen» (im Rahmen einer Statutenänderung)
 - ➔ Nicht bei jedem Anliegen mit «Abwehrhaltung» reagieren, sondern Gestaltungsbedürfnisse der Beteiligten konstruktiv und gemeinsam umsetzen, solange Stifterwille und rechtlicher Rahmen gewahrt bleiben



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Rechtsschutz
 - Stiftungsaufsichtsbeschwerde: Rechtsmittel *sui generis* für Stiftungsbeteiligte gegenüber Behörde mit Weiterzugsmöglichkeit bis zum BGer
 - Stiftungsaufsichtsbeschwerde muss möglich sein für jeden mit «berechtigtem Kontrollinteresse»: Antragsbefugnis leider zu häufig missverstanden (vgl. BVGer im Fall der Biedermann-Stiftung: keine Befugnis der abgesetzten Stiftungsrätin, weil sie keine «persönlichen Vorteile» von der Stiftung zu erwarten habe)
 - Mittel der internen «Foundation Governance»: Kontrolle der Kontrolleure ist nötig und muss durch die Stiftungsbeteiligten wahrgenommen werden können



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

III. Entwicklungen

- Kantonale Stiftungsaufsicht
 - Zum 1.1.2012 BVG-Strukturreform
 - Neustrukturierung der kantonalen Stiftungsaufsicht
 - Für klassische Stiftungen Kompetenzschlamassel (vgl. Stiftungsreport 2012, 14 ff.; 2015, 10)



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

III. Entwicklungen

- Bundesstiftungsaufsicht
 - «Grundlagenbericht» 2010 (mit «Motion Luginbühl» 2013 versenkt)
 - 2013 Personal aufgestockt
 - Plan zur Einführung einer systematischen «risikoorientierten» Aufsicht
 - Gutachten im Auftrag der Eidg. Finanzkontrolle 2016; Bericht v. 9.2.2017 (publiziert am 27.4.2017)
 - Parallel dazu, unerwartet und versteckt in Haushaltsgesetz: Entwurf eines Bundesgesetzes über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (ESAG) v. 2.3.2016; inzwischen abgelehnt, Wiederaufnahme im Rahmen der parlamentarischen Initiative Luginbühl möglich



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

III. Entwicklungen

- Was sagt der Entwurf des ESAG über die Zukunft der Stiftungsaufsicht?
 - Sparen
 - Ausgliedern (Haftungsgefahren, «Bad Banks»)
 - Überregulierung
 - Vom Vertrauen zum Generalverdacht
 - Vom Partner zur Stiftungspolizei
- ESAG in damals vorgeschlagener Form würde Charakter der Schweizer Stiftungsaufsicht massgeblich verändern; Ansatz sollte dringend überdacht werden



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

IV. Rechtsvergleichender Ausblick

- Leitlinien für eine potentielle Reform des Aufsichtsrechts
 - Kein detailliertes Durchregeln des Stiftungsaufsichtsrechts, sondern Klarstellen der Grundlagen
 - Neuformulierung von Art. 84 Abs. 2 ZGB (Prüfungsauftrag, Rechtsaufsicht, Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Subsidiarität)
 - Verankerung der Stiftungsaufsichtsbeschwerde und ihrer Antragslegitimation («berechtigtes Kontrollinteresse») in einem neuen Art. 84 Abs. 3 ZGB



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

IV. Rechtsvergleichender Ausblick

- Am 25. – 28. September 2018 findet der 72. Deutsche Juristentag statt
 - Mein Thema: Übergreifende Aufsicht für NPO?
 - Einige zentrale Thesen:
 - Klare Trennung zwischen «organisationsrechtlicher» Aufsicht der Stiftungsaufsichtsbehörden und «gemeinnützigkeitsrechtlicher» Aufsicht der Steuerbehörden
 - Verhinderung von Geldwäscherei und Steuerhinterziehung ist Sache der spezialgesetzlich berufenen Stellen; keine Stiftungspolizei



Die Schweizer Stiftungsaufsicht

IV. Rechtsvergleichender Ausblick


- Am 25. – 28. September 2018 findet der 72. Deutsche Juristentag statt
 - Mein Thema: Übergreifende Aufsicht für NPO
 - Einige zentrale Thesen:
 - Interne Governance und Grundsatz der Delegation
 - Klar geregelter Zugang zu einem beteiligtenbezogenen Rechtsschutz
 - Ein moderner Stiftungssektor lebt von Liberalität und der Umsetzbarkeit innovativer Ideen, sonst Stiftungsboom der letzten Jahre eher Fluch als Segen


Universität Zürich^{UZH}
 Rechtswissenschaftliches Institut Prof. Dr. Dominique Jakob

Die Schweizer Stiftungsaufsicht


IV. Rechtsvergleichender Ausblick

20. September 2018 Seite 23


Universität Zürich^{UZH}
 Rechtswissenschaftliches Institut Prof. Dr. Dominique Jakob

Die Schweizer Stiftungsaufsicht

V. Resümee



- Professionalisierung wichtig und gut; notwendig sind aber vor allem ausreichende Ressourcen und Kompetenzen
- Keine Überregulierung, sondern Verständnis der Grundlagen
- Individuelle Gestaltungsvorstellungen zulassen; nicht kleine Stiftungen drangsaliieren und bei grossen zaudern
- Grundvertrauen gewähren; bei Missstand dafür kraftvoll zupacken
- Besinnung auf Auftrag: Schutz *der* Stiftungen, nicht Schutz *vor* Stiftungen
- Charakter der Aufsicht bewahren; an der richtigen Mischung von Freiheit und Governance hängt die Zukunft des Stiftungsstandorts Schweiz

20. September 2018 Seite 24



Universität
Zürich^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. Dominique Jakob

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

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

Lehrstuhl für Privatrecht, Zentrum für Stiftungsrecht
Universität Zürich

www.rwi.uzh.ch/jakob

Rechtsberatung

dominique.jakob@rwi.uzh.ch

20. September 2018

Seite 25