



Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

## Die Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht — vom Partner zur Stiftungspolizei?

Zürcher Stiftungstag 2017  
10. Mai 2017  
Zürich, Auditorium Rahn+Bodmer Co.

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



Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. Dominique Jakob

### Die Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht

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



## Die Zukunft der 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



## Die Zukunft der 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 Nahrungskette



## Die Zukunft der 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»



## Die Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht

### I. Ausgangslage

- 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; Beschwerde beim BGer hängig)
  - Haftungsklage gegen Aufsichtsbehörde wegen Nichtbeanstandung eines vom Beistand abgeschlossenen, potentiell nachteiligen Vergleichs (BGer 2C\_1059/2014 vom 25.5.2016)
- Legitimationsdruck durch «Interne Foundation Governance»
  - Swiss Foundation Code 2016 mit Anspruch auf Richtigkeit
  - Interne Governance als das «bessere» Aufsichtsrecht?



## Die Zukunft der 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 Aufsicht (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 Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht

### II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

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



## Die Zukunft der 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 Zukunft der 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 Zukunft der 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 Zukunft der 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 Zukunft der 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 Zukunft der 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 Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht

### II. Grundlagen des Aufsichtsverhältnisses

- Rechtsschutz
  - Stiftungsaufsichtsbeschwerde: Rechtsmittel *sui generis* für Stiftungsbeteiligte gegenüber Behörde mit Weiterzugsmöglichkeit bis zum BGer
  - Antragsbefugnis für jeden mit «berechtigtem Kontrollinteresse»
  - Mittel der internen «Foundation Governance»: Kontrolle der Kontrolleure ist in der Schweiz möglich!



## Die Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht

### III. Entwicklungen

- Kantonale Stiftungsaufsicht: Zum 1.1.2012 BVG-Strukturreform
  - Neustrukturierung der kantonalen Stiftungsaufsicht
  - Kompetenzschlamassel (vgl. Stiftungsreport 2012, 14 ff.; 2015, 10)
  - Entwicklung der Gebühren? Zufriedenheitsstudie? Vgl. Stiftungsreport 2014, 6 ff.; 2016, 11 f.
  - Im Grundsatz gut: Aufbau einer eigenständigen Abteilung wie bei BVS ZH





## Die Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht

### III. Entwicklungen

- Bundesstiftungsaufsicht
  - «Grundlagenbericht» 2010 (mit «Motion Luginbühl» 2013 versenkt)
  - 2013 Personal aufgestockt (von 6,5 auf 13 Vollzeitstellen)
  - 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



## Die Zukunft der 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 vorliegender Form würde Charakter der Schweizer Stiftungsaufsicht massgeblich verändern und sollte dringend überarbeitet werden



## Die Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht

### III. Entwicklungen

- Breaking News: Rechtskommission des Ständerates entscheidet am 26.4.2017, nicht auf das ESAG einzutreten
  - RK-S «möchte keine Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht»
  - Gesetzgeberische Handlungsbedarf möglich, sollte allerdings in «umfassenderer Gesamtschau» geschehen; allein bei Organisation der Stiftungsaufsicht kein zwingender Handlungsbedarf erkennbar
  - Es gäbe umfassende Initiative «Schweizer Stiftungsstandort. Stärkung» (14.470) v. 9.12.2014; diese scheitert aber an Uneinigkeit der Verbände



## Die Zukunft der Schweizer Stiftungsaufsicht



### IV. Resümee und Ausblick

- Professionalisierung wichtig und gut; notwendig sind aber vor allem ausreichende Ressourcen und Kompetenzen
- Keine Überregulierung, sondern Verständnis der Grundlagen
- Aus Sicht der Stiftungen selbstbewusstes Auftreten, Rechte kennen
- Individuelle Lösungen zulassen; nicht kleine Stiftungen drangsalieren 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



Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>

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](http://www.rwi.uzh.ch/jakob)

**Rechtsberatung**

[dominique.jakob@rwi.uzh.ch](mailto:dominique.jakob@rwi.uzh.ch)

Jakob Studen Partner, [www.jsp-law.com](http://www.jsp-law.com)



JSP-LAW.COM

10. Mai 2017

Seite 21