

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von P. Breitschmid, A. Bächler, H. C. von der Crone,
P. Forstmoser, R. Hilty, H. Honsell, C. Huguenin, P. Oberhammer, W. Ott,
W. Portmann, H. Rey, H.-M. Riemer, A. K. Schnyder, H. U. Vogt, R. H. Weber,
R. Zäch und D. Zobl

Roman Baumann Lorant

Der Stiftungsrat

Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLIII
Verzeichnis der kantonalen Verordnungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB	XLV
Verzeichnis behördlicher Dokumente und privater Regelwerke	XLVII

1. Kapitel: Organisation im Allgemeinen 1

§ 1 ALLGEMEINE GRUNDLAGEN	1
§ 2 SPEZIFISCHE ORGANISATIONSGRUNDLAGEN	19
§ 3 HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER ORGANISATIONSARTIKEL IM ÜBERBLICK	55
§ 4 FOUNDATION GOVERNANCE	62

2. Kapitel: Der Stiftungsrat im Besonderen 83

§ 5 BEGRIFF UND TERMINOLOGIE	83
§ 6 ALLGEMEINES ZUM STIFTUNGSRAT	84
§ 7 ZUGEHÖRIGKEIT ZUM STIFTUNGSRAT	89
§ 8 INNENSTRUKTUR UND FUNKTIONSWEISE DES STIFTUNGSRATES	145
§ 9 HONORIERUNG DER STIFTUNGSRATSMITGLIEDER	190
§ 10 HAUPTAUFGABEN DES STIFTUNGSRATES	202
§ 11 ALLGEMEINE RECHTSPFLICHTEN BEI DER AUSÜBUNG DES MANDATES	302
§ 12 SPEZIELLE AUFGABEN	316
§ 13 VERANTWORTLICHKEIT DES STIFTUNGSRATES	350

3. Kapitel: Schlussbetrachtung 385

§ 14 ÜBERLEGUNGEN DE LEGE FERENDA	385
§ 15 ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN	394

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLIII
Verzeichnis der kantonalen Verordnungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB	XLV
Verzeichnis behördlicher Dokumente und privater Regelwerke	XLVII

1. Kapitel: Organisation im Allgemeinen 1

§ 1 ALLGEMEINE GRUNDLAGEN	1
I. Stiftungsbegriff.....	1
1. Definition	1
2. Vermögenswidmung	1
3. Besonderer Zweck	2
II. Stifterfreiheit.....	3
III. Typologie der Stiftungen.....	4
1. Vorbemerkung	4
2. Gesetzliche Typologie.....	5
3. Einteilung nach Massgabe der Zwecksetzung.....	6
a) Allgemeines	6
b) Ideelle Zwecksetzung.....	7
c) Wirtschaftliche Zwecksetzung.....	7
aa) <i>Doktrin</i>	7
bb) <i>BGE 127 III 337 ff.</i>	8
cc) <i>Begriff der Unternehmensstiftung</i>	9
4. Einteilung nach dem Destinatärkreis	10
5. Der Ansatz von BRÜCKNER.....	11
6. Einteilung nach der Art der Zweckverwirklichung und Finanzierung	11
7. Einteilung nach Schwellenwerten in kleine, mittlere und grosse Stiftungen	12
IV. Zur Terminologie der Untersuchungsgegenstände	14
1. Gewöhnliche Stiftung	14
2. Oberstes Stiftungsorgan (Stiftungsrat)	16
§ 2 SPEZIFISCHE ORGANISATIONSGRUNDLAGEN	19
I. Stiftungsrechtlicher Organ- und Organisationsbegriff.....	19
II. Art. 83 ZGB als einschlägige Organisationsnorm	22
III. Organisationsfreiheit.....	23
IV. Stiftungsurkunde und -reglement.....	25
V. Organisationsreglement im Besonderen.....	28
1. Inhalt	28
2. Form.....	30
3. Erlass.....	31
a) Bei Vorliegen einer Erlasskompetenz in der Stiftungsurkunde	31
b) Bei Fehlen einer Erlasskompetenz in der Stiftungsurkunde	32

aa) Ansicht RIEMERS.....	32
bb) Eigene Betrachtungsweise	32
4. Behördliche Kenntnisnahme	34
5. Änderung	35
6. Auslegung	36
VI. Observanz als Organisationsgrundlage.....	39
VII. Analoge Anwendung von Vereinsrecht auf die Stiftungen	40
VIII. Behördliche Änderung der Organisationsbestimmungen.....	41
1. Frühere Rechtslage und Praxis unter dem ZGB von 1907	41
2. Aktuelle Rechtslage	44
a) Art. 85 und 86b ZGB	44
b) Organisatorische Massnahmen nach Art. 83d ZGB	45
aa) Eingriffsvoraussetzungen.....	46
bb) Erforderliche Massnahmen.....	48
cc) Kosten der Massnahmen.....	51
c) Verhältnis von Art. 85 und 86b ZGB zu Art. 83d ZGB.....	51
§ 3 HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER ORGANISATIONSARTIKEL IM ÜBERBLICK	55
I. Eingang von Art. 83 ZGB ins ZGB von 1907.....	55
II. Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts 1993	56
III. Revision des Stiftungsrechts 2004	57
IV. Revision des Gesellschafts- und Revisionsrechts 2005	58
V. Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts 2007.....	60
§ 4 FOUNDATION GOVERNANCE	62
I. Ausgangslage.....	62
II. Begriff.....	62
III. Funktion der Foundation Governance im Überblick.....	63
IV. Notwendigkeit und Grenzen der Foundation Governance	67
1. Notwendigkeit.....	67
2. Grenzen der Foundation Governance.....	70
V. Bestehende Konzeptionen	72
1. Behördliche Musterurkunden.....	72
2. ZEWO-Richtlinien.....	73
3. Swiss Foundation Code.....	73
4. Swiss NPO-Code	74
VI. Rechtliche Aspekte der Regelwerke.....	75
1. Verbindlichkeit	75
a) Bei Integration in der Stiftungsurkunde oder im Stiftungsreglement	75
b) Bei integralem Verweis in der Stiftungsurkunde.....	76
c) Bei freiwilliger Unterstellung ohne Kompetenz in der Stiftungsurkunde.....	77
2. Rechtsnatur	78
VII. Würdigung.....	79
2. Kapitel: Der Stiftungsrat im Besonderen	83
§ 5 BEGRIFF UND TERMINOLOGIE	83
§ 6 ALLGEMEINES ZUM STIFTUNGSRAT	84
I. Grösse.....	84
II. Zusammensetzung.....	86
III. Empfehlungen Foundation Governance.....	87
§ 7 ZUGEHÖRIGKEIT ZUM STIFTUNGSRAT	89
I. Persönliche Voraussetzungen.....	89

1.	Handlungsfähigkeit	89
2.	Befähigung	90
	a) Persönliche Fähigkeit	90
	b) Weiterbildung	92
	c) Empfehlungen Foundation Governance	93
3.	Domizil- und Nationalitätserfordernisse	94
4.	Fehlen von Unvereinbarkeitsgründen	95
5.	Juristische Personen als Stiftungsratsmitglieder	96
6.	Nahestehende als Mitglieder im Stiftungsrat	98
	a) Stifter	98
	b) (Potentieller) Destinatär	99
	c) Willensvollstrecker	100
	d) Fazit	101
II.	Rechtsverhältnis zwischen Stiftungsrat und Stiftung	102
1.	Lehre	102
2.	Rechtsprechung	103
3.	Würdigung	104
III.	Beginn und Ende des Stiftungsratsmandates	105
1.	Ausgangslage: Fehlen gesetzlicher Grundlagen	105
2.	Bestellung	105
	a) Durch den Stifter	105
	b) Durch ein Wahlorgan	106
	c) Durch den Stiftungsrat (Kooptation)	108
	d) Durch Einsitznahme in einem anderen Amt (sog. Personalunion)	109
	e) Durch die Aufsichtsbehörde	110
	f) Durch einen Willensvollstrecker	114
	g) Durch Nachrücken eines Ersatzmitgliedes	114
	h) Kritische Würdigung	115
3.	Beginn des Stiftungsratsmandats	116
4.	Amtsauer, Amtszeit und Amtsperiode	117
5.	Abberufung	119
	a) Grundlagen, Modalitäten und Abberufung aus wichtigen Gründen	119
	b) Zur Abberufung im Besonderen	125
	aa) Durch ein internes oder externes Wahlorgan	125
	bb) Durch den Stiftungsrat	125
	cc) Durch die Aufsichtsbehörde	127
	c) Rechtsbehelfe gegen eine Abberufung	130
6.	Suspendierung im Amt	132
7.	Rücktritt (Demission)	134
8.	Weitere Beendigungsgründe	138
9.	Empfehlungen Foundation Governance	139
IV.	Eintragung der Stiftungsratsmitglieder im Handelsregister	140
1.	Frühere Rechtslage und Rechtsprechung	140
2.	Aktuelle Rechtslage	142
3.	Modalitäten des Eintrages	143
§ 8	INNENSTRUKTUR UND FUNKTIONSWEISE DES STIFTUNGSRATES	145
I.	Konstituierung	145
1.	Ressortzuteilung	145
2.	Stiftungsratspräsident	149
3.	Bildung von Ausschüssen	151
4.	Empfehlungen Foundation Governance	154
II.	Einberufung des Stiftungsrates	155
1.	Allgemeines	155
2.	Pflicht zur Teilnahme an den Sitzungen	155
3.	Häufigkeit, Zeitpunkt und Einladung (inkl. Traktandierung)	157

4.	Zuständigkeit.....	159
5.	Ort der Stiftungsratssitzung	160
6.	Form der Einberufung.....	160
7.	Inhalt der Einberufung: Traktandierung im Besonderen.....	161
8.	Mangel bei der Einberufung	162
III.	Beschlussfassung.....	163
1.	Stimmrecht.....	163
2.	Anwesenheitsquorum.....	164
3.	Beschlussquorum	165
4.	Stimmabgabe.....	169
	a) Offene und geheime Stimmabgabe	169
	b) Zirkularbeschluss.....	169
5.	Kollegialitätsprinzip	171
6.	Mangelhafte Beschlussfassung	172
IV.	Ausstandspflicht.....	172
1.	Gemäss Stiftungsstatut.....	173
2.	Bei Fehlen einer Regelung im Stiftungsstatut.....	174
3.	Folgen bei Missachtung	175
4.	Empfehlungen Foundation Governance.....	176
V.	Protokollierung.....	176
1.	Allgemeines	176
2.	Fehlen einer gesetzlichen Regelung.....	177
3.	Inhalt, Unterzeichnung und Verwendung des Protokolls.....	177
4.	Wirkung des Protokolls.....	179
VI.	Vorgehen gegen Handlungen und Unterlassungen des Stiftungsrates	180
1.	Anfechtbarkeit von Stiftungsratsbeschlüssen.....	180
	a) Fehlende zivilrechtliche Anfechtung	180
	b) Stiftungsaufsichtsbeschwerde	180
2.	Aufsichtsanzeige (Aufsichtsbeschwerde im eigentlichen Sinn).....	186
3.	Nichtigkeit von Stiftungsratsbeschlüssen.....	186
§ 9	HONORIERUNG DER STIFTUNGSRATSMITGLIEDER	190
I.	Rechtliche Grundlagen	190
II.	Grundsatz der Ehrenamtlichkeit.....	191
1.	Lehre und Praxis	191
2.	Steuerbehörden	192
3.	Neuere Lehre.....	193
4.	Empirische Studien	193
III.	Eigene Betrachtungsweise	194
1.	Bei Vorhandensein einer Grundlage im Stiftungsstatut.....	194
2.	Bei Fehlen einer Honorierungsgrundlage im Stiftungsstatut	197
IV.	Offenlegungspflicht von Vergütungen.....	198
V.	Empfehlungen Foundation Governance.....	199
§ 10	HAUPTAUFGABEN DES STIFTUNGSRATES.....	202
I.	Ausgangslage.....	202
1.	Fehlen eines gesetzlichen Aufgabenkatalogs.....	202
2.	Stiftungsrat und Ermessensausübung.....	202
II.	Zweck als Dreh- und Angelpunkt	205
1.	Gebot der zweckgemässen Vermögensverwendung (Art. 84 Abs. 2 ZGB).....	205
	a) Der Gehalt von Art. 84 Abs. 2 ZGB	205
	b) Kantonale Ausführungsbestimmungen zu Art. 84 Abs. 2 ZGB.....	206
2.	Enge <i>versus</i> weite Umschreibung des Stiftungszwecks.....	207
	a) Vor- und Nachteile.....	207
	b) Lehrmeinungen	209
	c) Kritische Würdigung unter organisationsrechtlichen Gesichtspunkten	210

III.	Oberleitung der Stiftung	211
IV.	Festlegung der optimalen Organisation	214
V.	Pflicht zur Mittelbeschaffung?	216
VI.	Geschäftsführung	218
	1. Terminologie.....	218
	2. Geschäftsführung durch Gesamstiftungsrat	221
	3. Geschäftsführung durch einzelne Stiftungsratsmitglieder.....	221
	4. Geschäftsführung durch delegierte Geschäftsstelle	223
	a) Grundsätzliches zur Delegation von Aufgaben.....	223
	b) Stiftungsinterne Geschäftsstelle.....	228
	c) Stiftungsexterne Geschäftsstelle	229
	d) Zusammenarbeit zwischen Stiftungsrat und Geschäftsstelle	229
	5. Undelegierbare Aufgaben	232
	6. Recht auf Auskunft und Einsicht	234
	7. Empfehlungen Foundation Governance.....	237
VII.	Verwaltung des Stiftungsvermögens (Mittelbewirtschaftung)	238
	1. Fehlen bundesrechtlicher Vermögensanlagevorschriften.....	239
	2. Statutarische Ausgestaltungsmöglichkeiten.....	241
	3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	244
	a) BGE 99 Ib 255 ff.	244
	b) BGE 108 II 352 ff.	244
	c) BGE 124 III 97 ff.....	245
	4. Organisation der Vermögensanlage	247
	5. Anlagetätigkeit als Instrument zur Zweckverwirklichung?	250
	6. Empfehlungen Foundation Governance.....	250
VIII.	Ausrichten von Stiftungsleistungen (Mittelverwendung)	251
	1. Allgemeines	251
	2. Feststellung der Adressaten bzw. Destinatäre.....	252
	3. Stiftungsleistung als subjektives Recht.....	254
	4. Festlegung des Umfangs von Stiftungsleistungen.....	257
	5. Vorgehensweise bei der Ausrichtung von Stiftungsleistungen.....	258
	6. Ausrichten von Stiftungsmitteln und Grundrechtsbindung	260
IX.	Vertretung der Stiftung gegenüber Dritten	263
	1. Allgemeines und Terminologie.....	263
	2. Aktive Vertretung	264
	3. Passive Vertretung	266
	4. Wissensvertretung.....	266
	5. Delegation der Vertretungsbefugnis	267
	6. Spezialfälle: Selbstkontrahierung und Doppelvertretung.....	268
X.	Stiftungsrat und Revisionsstelle	271
	1. Allgemeines	271
	2. Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle	272
	a) Wahl, Abberufung, Handelsregistereintrag.....	272
	b) Berufliche Qualifikation der Revisionsstelle	274
	c) Anforderungen an die Unabhängigkeit	276
	3. Befreiung von der Pflicht zur Bezeichnung einer Revisionsstelle (<i>Opting-out</i>).....	278
	4. Kommunikation zwischen Stiftungsrat und Revisionsstelle	283
	5. Kritik an der geltenden Rechtslage	283
XI.	Buchführungspflicht und Rechnungslegung	285
	1. Gesetzliche Grundlagen	285
	a) Rechtslage bis 2005	285
	b) Rechtslage ab 2006	286
	c) Rechtslage ab 2008.....	286
	d) Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts von 2007	287
	2. Materieller Gehalt der Buchführungspflicht	288
	3. Empfehlungen Foundation Governance.....	290

XII. Jährliche Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde	292
XIII. Behörden- und Destinatärverkehr	295
1. Behördenverkehr.....	295
a) Aufsichtsbehörde	295
b) Handelsregisteramt	296
c) Steuerbehörde	297
aa) <i>Einreichung der Steuererklärung</i>	297
bb) <i>Meldepflichten</i>	297
cc) <i>Steuerbefreiung</i>	297
2. Destinatärverkehr.....	299
a) Information, Aufklärung und Begründung ablehnender Gesuche	299
b) Gebot der Gleichbehandlung	300
§ 11 ALLGEMEINE RECHTSPFLICHTEN BEI DER AUSÜBUNG DES MANDATES	302
I. Pflicht zur persönlichen Ausführung	302
II. Sorgfaltspflicht	303
1. Begriffliches.....	303
2. Objektivierter Sorgfaltsmassstab	304
3. Kasuistik	305
III. Treuepflicht	309
1. Allgemeines	309
2. Interessenkollision im Besonderen	310
3. Geheimhaltungs- bzw. Schweigepflicht.....	313
§ 12 SPEZIELLE AUFGABEN	316
I. Bilanzierungs- und Anzeigepflichten nach Art. 84a ZGB	316
1. Allgemeines zu Art. 84a ZGB.....	316
2. Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz	317
3. Pflicht zur Ergreifung der erforderlichen Massnahmen	320
II. Stiftungsrat und Zweckänderung	323
1. Allgemeines	323
2. Rechtsstellung des Stiftungsrates im Änderungsverfahren	325
3. Stiftungsrat und Zweckänderung auf Antrag des Stifters	327
III. Die Aufgaben des Stiftungsrates nach Fusionsgesetz	328
1. Allgemeines	328
2. Beurteilung und Beschlussfassung einer Fusion bzw. Vermögensübertragung.....	329
3. Abschluss des Fusions- bzw. Übertragungsvertrages	331
4. Erstellung Fusionsbilanz.....	332
5. Informationspflicht gegenüber Destinatären mit Rechtsansprüchen.....	333
6. Antragstellung zur Genehmigung der Fusion bzw. Vermögensübertragung	335
7. Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz.....	336
IV. Rechtsstellung des Stiftungsrates bis zur Eintragung der Stiftung im Handelsregister	337
1. Erbstiftung (Art. 493 ZGB).....	337
a) Entstehung und Handelsregistereintrag.....	337
b) Exkurs: Wahrnehmung von Erbenrechten und -pflichten.....	339
2. Stiftungerrichtung unter Lebenden.....	340
V. Stiftungsrat und zivilrechtliche Aufhebung der Stiftung	341
1. Allgemeines	341
2. Grundsatz: Verbot der Selbstauflösung	342
3. Aufhebungsgründe und jeweilige Rechtsstellung des Stiftungsrates	342
a) Feststellung der anfänglichen Nichtigkeit einer Stiftung Art. 52 Abs. 3 ZGB	342
b) Aufhebung gemäss Art. 88 Abs. 1 ZGB	343
c) Eintritt eines vom Stifter in der Stiftungsurkunde vorgesehenen Aufhebungsgrundes.....	344
4. Der Stiftungsrat im Liquidationsverfahren	346
5. Entscheid des Stiftungsrates über die Verwendung des Liquidationsergebnisses.....	347

§ 13	VERANTWORTLICHKEIT DES STIFTUNGSRATES.....	350
I.	Grundlagen	350
II.	Haftung gegenüber der Stiftung	351
	1. Voraussetzungen der Haftung.....	351
	a) Haftung aus Vertrag.....	351
	aa) <i>Vertrags- bzw. Pflichtverletzung</i>	352
	bb) <i>Schaden im Vermögen der Stiftung</i>	352
	cc) <i>Adäquater Kausalzusammenhang</i>	354
	dd) <i>Verschulden</i>	355
	b) Haftung aus unerlaubter Handlung (Delikt).....	356
	c) Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag.....	357
	2. Prozessuale Durchsetzung.....	358
	a) Sachliche und örtliche Zuständigkeit.....	358
	b) Aktivlegitimation zur Verantwortlichkeitsklage.....	359
	aa) <i>Stiftung</i>	359
	bb) <i>Aufsichtsbehörde</i>	360
	cc) <i>Destinatäre</i>	363
	dd) <i>Fazit</i>	364
	3. Dauer der Haftung.....	365
III.	Haftung gegenüber Dritten	365
	1. Haftung gegenüber Destinatären.....	365
	2. Haftung gegenüber Gläubigern.....	369
IV.	Sonderfragen	369
	1. Mehrzahl von Ersatzpflichtigen.....	370
	a) Aussenverhältnis.....	370
	b) Innenverhältnis.....	372
	2. Keine Haftungsmilderung aufgrund Ehrenamtlichkeit.....	374
	3. Keine vertragliche und statutarische Wegbedingung der Haftung.....	377
	4. Erteilung der Décharge im Stiftungsrecht.....	379
	5. Foundation Governance und Verantwortlichkeit.....	381
3. Kapitel:	Schlussbetrachtung	385
§ 14	ÜBERLEGUNGEN DE LEGE FERENDA.....	385
I.	Allgemeines	385
II.	Revision von Art. 83 ZGB?	386
III.	Gesetzlicher Aufgabenkatalog?	387
IV.	Bestimmung zur Organverantwortlichkeit?	38
§ 15	ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN.....	3 ¹