

Die Stiftung als Rechtsinstitut zwischen Fortentwicklung und Respektierung des Stifterwillens, II

Umstrukturierungen von Stiftungen

Dr. iur. Valentin Jentsch, LL.M., Rechtsanwalt (Zürich)*

I. Ausgangslage und Problemstellung

Die privatrechtliche Stiftung, verstanden als ein gewidmetes Zweckvermögen i.S.v. Art. 80 ZGB, gilt mithin als ein relativ starres und unbewegliches Rechtsinstitut, das dem Fortschritt weitgehend verschlossen ist.¹ Die Stiftung wird im Wesentlichen von dem in der Stiftungsurkunde niedergelegten Stifterwillen beherrscht, wobei die darin festgehaltene Zwecksetzung und Organisationsstruktur nur unter sehr beschränkten Bedingungen abgeändert werden kann.² Bei der Errichtung einer Stiftung zählt demnach das Prinzip der Stiftungs- und Stifterfreiheit, das sich aus dem Grundsatz der Privatautonomie ableitet und von Lehre³ und Rechtspre-

Stiftungen zeichnen sich durch ihre Vielfalt und Vielschichtigkeit aus und bewegen sich im zentralen Spannungsfeld zwischen Fortentwicklung und Respektierung des Stifterwillens. Neben den bereits behandelten zivilrechtlichen Vorschriften lösen die Vorschriften über Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz dieses Spannungsfeld innerhalb der einzelnen Erscheinungsformen einer Stiftung ebenso dezidiert auf und belegen abermals, dass die Stiftung ein fortschrittlicheres Rechtsinstitut ist, als man vielleicht annehmen würde.

Les fondations se caractérisent par leur diversité et leur complexité et se situent dans la zone de tension entre développement permanent et respect de la volonté du fondateur. Outre les dispositions de droit civil déjà évoquées, les dispositions relatives aux restructurations de fondations en vertu de la Loi sur la fusion résolvent également cette tension pour les différentes manifestations d'une fondation et prouvent une fois de plus que la fondation est une institution juridique plus avancée qu'on ne pourrait le supposer.

* Habilitand an der Universität Zürich, Gastwissenschaftler am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

¹ Vgl. dazu etwa Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015, 151 ff., insbesondere 158. Eingehend auf typische Spannungsfelder aufgrund widerstreitender Interessen der Stiftung und ihrer Rechtsverhältnisse Dominique Jakob, Schutz der Stiftung, Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006, 103 ff. (Rechtsverhältnisse) und 387 ff. (Interessenkonflikte und Lösungsmöglichkeiten).

² Grundlegend zu dieser Problematik Wilhelm Schönenberger, Abänderungen von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Zivilrecht, ZSR 1947 41 ff. (Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen der Stiftungsurkunde). BGE 103 Ib 161 E. 2 (bundesgerichtliche Anerkennung dieser Unterscheidung).

³ Hans Michael Riemer, Die Stiftungen, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. I/3/3, Bern 1975, N 55 ff. des systematischen Teils; Harold Grüninger, in: Thomas Geiser/Christiane Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. A., Basel 2018, N 6 ff. zu Vor Art. 80–89a ZGB; Dominique Jakob, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Basel 2018, N 3 zu Vor Art. 80–89a ZGB.

chung⁴ als ungeschriebener Rechtsgrundsatz des schweizerischen Privatrechts anerkannt wird. Im Kern bedeutet dieses Prinzip, dass der Stifter oder die Stifterin⁵ eine Stiftung innerhalb der Schranken des Gesetzes – sie darf namentlich keinen unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt haben – frei ausgestalten kann, so insbesondere im Hinblick auf deren Zweck, Vermögen und Organisation. Nach ihrer Errichtung kann die Stiftung aber auch vom Stifter nicht mehr frei geändert werden: Nach dem Trennungs- und Erstarrungsprinzip trennt sich der Stifter grundsätzlich endgültig vom gewidmeten Vermögen, Stifter und Stiftung werden zwei selbständige Rechtssubjekte und der Stifterwille gilt mit dem Errichtungsakt als erstarrt.⁶

In der Praxis besteht demgegenüber häufig ein ausgewiesenes Bedürfnis zur Anpassung der rechtlichen Strukturen von Stiftungen.⁷ Hauptgrund dafür dürfte die Tatsache sein, dass die Schweizer Stiftungsvermögen im Verhältnis zu den Administrationskosten (d.h. den Kosten für Verwaltung, Revision und Aufsicht) oft zu klein sind.⁸ Dies wird insbesondere in jüngster Zeit durch die sich bei vielen Stiftungen aufdrängenden Kosteneinsparungen verschärft, die aufgrund fehlender oder zumindest rückgängiger Erträge – hauptsächlich bedingt durch die nach wie vor sehr tiefe Zinslage – notwen-

dig werden können.⁹ Das Bundesgericht hat bereits früh den Weg in Richtung Flexibilisierung der bestehenden Strukturen geebnet, indem es in einem wegweisenden Leitenstcheid aus dem Jahr 1989 die Fusion zweier Personalfürsorgestiftungen unter Rückgriff auf eine echte Gesetzeslücke in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB für zulässig erklärt hat.¹⁰ Mit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes per 1. Juli 2004 wurden verschiedene Strukturanpassungen von Stiftungen – so die Fusion und die Vermögensübertragung, in bestimmten Fällen auch die Umwandlung – ausdrücklich gesetzlich geregelt.¹¹ Solche Anpassungen entsprechen dem Prinzip der Stiftungsautonomie, wonach sich die Stiftung und ihre Organe im Rahmen von Gesetz und Stiftungsurkunde frei bewegen können, um die in Not geratene Stiftung aus der Krise zu führen.¹²

Der vorliegende Beitrag geht diesem Bedürfnis nach Fortentwicklung des Rechtszustands einer Stiftung mittels Flexibilisierung von deren rechtlichen Strukturen unter grösstmöglicher Bewahrung des Stifterwillens nach, dies unter Bezugnahme auf einige aktuelle Beispiele aus der Praxis.¹³ Von besonderer Bedeutung ist auch hier die Erkenntnis, dass es die eine Stiftung nicht gibt, sondern eine Vielzahl von ge-

⁴ BGE 120 II 374 E. 4a (Prinzip der Stiftungsfreiheit); BGE 127 III 337 E. 2 (Grundsatz der Stiftungsfreiheit und Frage nach der Zulässigkeit von Unternehmensstiftungen); BGE 133 III 167 E. 4 (principe de la liberté du fondateur).

⁵ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird nachfolgend auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet, sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermassen für beide Geschlechter.

⁶ So schon BGE 5A.37/2004 vom 1.6.2005 E. 3.1 (keine Vorzugsstellung des Stifters nach Errichtung der Stiftung). Grundlegend zum Trennungs- und Erstarrungsprinzip *Jakob* (Fn. 1) 36 ff.; *Dominique Jakob*, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, ZSR 2013 185 ff., 253 f.; *Jakob* (Fn. 3) N 23 zu Art. 80 ZGB. BGE 144 III 264 E. 2.1 (bundesgerichtliche Anerkennung dieses Prinzips).

⁷ BGE 115 II 415 E. 2 bis E. 5 (Fusion zweier Personalfürsorgestiftungen). So auch im Hinblick auf Stiftungsfusionen *Harold Grüninger*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. A., Basel 2014, N 1 zu Art. 78 FusG.

⁸ So beispielsweise auch die Feststellung von *Philipp Egger*, Schweizer Stiftungsvermögen oft zu klein, Neue Zürcher Zeitung vom 25.6.2008, <https://www.nzz.ch/schweizer_stiftungsvermoegen_of_t_zu_klein-1.767992> zuletzt besucht am 27.11.2019; *Philipp Egger*, Der Leidensdruck der Stiftungen, Neue Zürcher Zeitung vom 23.12.2011, <https://www.nzz.ch/der_leidensdruck_der_stiftungen-1.13807123?reduced=true> zuletzt besucht am 27.11.2019.

⁹ Zu den verschiedenen Vor- und Nachteilen einer Stiftungsfusion *Georg von Schnurbein*, 5:5 – Gründe für und gegen Stiftungsfusionen, in: Beate Eckhardt/Dominique Jakob/Georg von Schnurbein (Hrsg.), Der Schweizer Stiftungsreport 2016, Basel 2016, 44 ff.

¹⁰ BGE 115 II 415 E. 2 bis E. 5.

¹¹ Vgl. Art. 78 bis Art. 87 (Fusion und Vermögensübertragung von Stiftungen), Art. 88 bis Art. 98 (Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen) und Art. 99 bis Art. 101 FusG (Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts). Siehe auch AS 2004 2617 ff.; Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13.6.2000, BBl 2000 4337 ff., 4468 ff.

¹² Zur Stiftungsautonomie als Gegenstück der Stifterfreiheit *Thomas Sprecher*, Stiftungsrecht, Zürich 2017, 11.

¹³ Aus der älteren Literatur *Hans Michael Riemer*, Fusionen bei klassischen und Personalvorsorgestiftungen, SZS 1991 169 ff.; *Martin Tauter*, Fusion von Stiftungen, AJP 1998 777 ff.; *Christina Ruggli-Wüest*, Umstrukturierungen in der Wirtschaft und ihre Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, BJM 2001 113 ff.; *Hans Michael Riemer*, Die Behandlung der Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz, SJZ 2004 201 ff.; *Hans Michael Riemer*, Vorsorgeeinrichtungen und Fusionsgesetz, SZS 2004 139 ff. Aus der neueren Literatur *Simon Heim*, Strukturanpassungen von Stiftungen nach dem Fusionsgesetz, in: Werner Beilstein/Simon Heim/Kurt Schildknecht (Hrsg.), Stiftungsfusionen, Zürich 2007, 7 ff., 16 ff. (Stiftungen) und 38 ff. (Vorsorgeeinrichtungen); *Thomas Sprecher*, Zweckänderung, Fusion, Aufhebung – Möglichkeiten von Stiftungen in Zeiten der Krise, SJZ 2012 425 ff., 429 ff. (Fusion) und 432 f. (Vermögensübertragung).

setzlichen und faktischen Sonder- und Mischformen.¹⁴ Davon hat sich auch der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Fusionsgesetzes leiten lassen, indem er für gewöhnliche Stiftungen (d.h. klassische Stiftungen, Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen), Personalfürsorgestiftungen und öffentlich-rechtliche Stiftungen jeweils einen unterschiedlichen Regelungsansatz gewählt hat.¹⁵ Bei den gewöhnlichen Stiftungen galt dies lange auch für die Vermögensübertragung, die – als übertragende Rechtseinheit – häufig nur klassischen Stiftungen, mangels Handelsregistereintrag nicht aber Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen offenstand.¹⁶ Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend Umstrukturierungen von gewöhnlichen Stiftungen, Personalfürsorgestiftungen und öffentlich-rechtlichen Stiftungen behandelt. Abschliessende Betrachtungen zum Spannungsverhältnis zwischen Rechtsfortentwicklung und Bestandsschutz bei Stiftungen runden den Artikel ab.

II. Umstrukturierungen von gewöhnlichen Stiftungen

Für gewöhnliche Stiftungen, d.h. klassische Stiftungen, Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen, steht die Fusion mit einer anderen Stiftung oder die Vermögensübertragung offen.

A. Fusion einer klassischen Stiftung, Familienstiftung oder kirchlichen Stiftung

Gewöhnliche Stiftungen können nach Art. 78 Abs. 1 FusG *nur untereinander* fusionieren. Aus den Materialien geht hervor, dass unter einer Stiftungsfusion die «rechtliche Vereinigung von zwei oder mehr Stiftungen durch Übertragung des Vermögens ohne Liquidation» zu verstehen ist.¹⁷ In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass Fusionen von klassischen Stiftungen in der Praxis eher selten sind: Im Jahr 2011 haben beispielsweise aus dem Kreis der rund 12500 klassischen Stiftungen gerade einmal acht Fusionen stattgefunden.¹⁸ Bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen dürfte dieses Verhältnis nicht anders sein.

Mehrere interessante Rechtsfragen stellen sich zum Anwendungsbereich von Art. 78 Abs. 1 FusG, wonach Stiftungen «miteinander» fusionieren können. Aufgrund der verschiedenen Formen und Ausprägungen einer Stiftung gilt es hierbei präzisierend anzumerken, dass diese Bestimmung ohne weitere Einschränkung die Fusion von klassischen Stiftungen, Familienstiftungen oder kirchlichen Stiftungen erfasst, nicht aber ohne Weiteres auch solche Fusionen, an denen eine Personalfürsorgestiftung oder eine öffentlich-rechtliche Stiftung beteiligt ist.¹⁹ Auf Umstrukturierungen unter Beteiligung solcher Stiftungen sind wiederum besondere Vorschriften des Fusionsgesetzes anwendbar.²⁰

Die Fusion muss gemäss Art. 78 Abs. 2 Satz 1 FusG «sachlich gerechtfertigt» sein und insbesondere «der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks» dienen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung der Fusion zu stellen sind. In den Materialien wird das Beispiel zweier Stiftungen genannt, die einen ähnlichen Zweck verfolgen, zu deren Erfüllung sie selbständig nicht mehr in der Lage sind.²¹ In der Literatur dürfte sich jedoch mittlerweile die noch liberalere Ansicht durchgesetzt haben, dass es unter diesem Gesichtspunkt ausreicht,

¹⁴ Vgl. dazu etwa *Grüniger* (Fn. 3) N 3 zu Art. 80 ZGB, der neben klassischen Stiftungen (gesetzlicher Normalfall) Familienstiftungen, kirchliche Stiftungen und Personalfürsorgestiftungen (gesetzliche Sonderformen), gemischte Stiftungen (faktische Mischform) und Unternehmensstiftungen (faktische Sonderform) sowie öffentlich-rechtliche Stiftungen (verwandte Erscheinung) unterscheidet. Siehe auch *Jakob* (Fn. 3) N 7 ff. zu Vor Art. 80–89a ZGB, der zudem Anlagestiftungen erwähnt, und hierzu *Aline Kratz-Ulmer*, Die Anlagestiftung, Basel 2016, 7 ff.

¹⁵ Vgl. Art. 78 bis Art. 87 (gewöhnliche Stiftungen), Art. 88 bis Art. 98 (Personalfürsorgestiftungen) und Art. 99 bis Art. 101 FusG (öffentlich-rechtliche Stiftungen).

¹⁶ Die Vermögensübertragung durch eine gewöhnliche Stiftung bedarf eines Handelsregistereintrags (Art. 86 Abs. 1 FusG). Bis zum 31.12.2015 mussten Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen nicht ins Handelsregister eingetragen werden (vgl. Art. 52 Abs. 2 ZGB in der Fassung vom 1.7.2014). Ab dem 1.1.2016 sind Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen nicht mehr von der Verpflichtung befreit, sich im Handelsregister eintragen zu lassen, wobei immerhin eine Übergangsfrist von fünf Jahren vorgesehen ist (vgl. Art. 52 Abs. 2 ZGB in der Fassung vom 1.1.2016, Art. 6b Abs. 2^{bis} SchlT ZGB; siehe auch Praxismitteilung 3/15 des EHRA vom 23.12.2015).

¹⁷ Botschaft (Fn. 11) 4469.

¹⁸ *Sprecher* (Fn. 13) 426; *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber*, Das Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2017, Rz. 266.

¹⁹ So auch *Fabian Burkart*, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2012, N 12 ff. und insbesondere N 14 zu Vor Art. 78–87 FusG; *Grüniger* (Fn. 7) N 3 zu Art. 78 FusG.

²⁰ Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. III.A. (Fusion einer Personalfürsorgestiftung) und Ziff. IV.A. (Fusion einer öffentlich-rechtlichen Stiftung).

²¹ Botschaft (Fn. 11) 4469.

wenn die Fusion eine Verbesserung oder Rationalisierung der Zweckerreichung bewirkt, etwa durch eine Vereinfachung der Verwaltung, womit eine effizientere Verwendung der vorhandenen Mittel erzielt wird.²² In Anbetracht der einleitend beschriebenen Ausgangslage scheint diese zeitgemässe Auslegung durchaus angemessen. Präzisierend anzumerken ist, dass die Wahrung und Realisierung des Stiftungszwecks – eine Voraussetzung, die sich an die zivilrechtliche Umwandlung der Stiftung anlehnt (so ausdrücklich in Art. 85 ZGB) – neben der sachlichen Rechtfertigung keine eigenständige Voraussetzung, sondern nur eine mögliche Konkretisierung dieser Generalklausel ist.

Art. 78 Abs. 2 Satz 2 FusG schreibt zudem vor, dass allfällige «Rechtsansprüche der Destinatäre der beteiligten Stiftungen» im Rahmen der Fusion gewahrt werden müssen. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist insofern gering, weil die Destinatäre einer klassischen Stiftung nur ausnahmsweise einen Rechtsanspruch auf Stiftungsleistungen haben.²³ Viel eher können Rechtsansprüche der Destinatäre bei Familienstiftungen auftreten. Aus den Materialien geht denn auch hervor, dass diese Bedingung in erster Linie Familienstiftungen betrifft.²⁴ Falls und soweit den Destinatären ein Rechtsanspruch zukommt, darf sich deren Rechtsposition durch die Fusion nicht verschlechtern, wobei empfehlenswert ist, ihre Position in der neuen, fusionierten Stiftung im Fusionsvertrag klar zu regeln.²⁵

Sofern im Hinblick auf eine Fusion eine Zweckänderung erforderlich ist, muss die (übernehmende) Stiftung das Zweckänderungsverfahren von Art. 86 ZGB durchlaufen.²⁶ Die Bedeutung dieses Verweises besteht darin, dass die Anforderungen an die Zweckänderung nicht von der Fusion konsumiert werden oder darin enthalten sind, sondern unabhängig

davon eingehalten werden müssen.²⁷ Die übernehmende Stiftung muss demnach ihren Zweck insofern erweitern, als er jenen der übertragenden Stiftung miterfasst.

B. Vermögensübertragung einer klassischen Stiftung, Familienstiftung oder kirchlichen Stiftung

Gewöhnliche Stiftungen, die im Handelsregister eingetragen sind, können – als übertragende Rechtseinheit – ihr Vermögen nach Art. 86 Abs. 1 FusG ganz oder teilweise auf *andere Rechtsträger* übertragen. Als übernehmende Rechtseinheit können sich gewöhnliche Stiftungen, auch ohne Handelsregistereintrag, an einer Vermögensübertragung beteiligen.²⁸ So oder anders, in praktischer Hinsicht kommt der Vermögensübertragung bei Stiftungen eine besondere Bedeutung zu, weil dadurch wirtschaftlich ähnliche Ergebnisse erzielt werden können wie bei anderen Umstrukturierungen (namentlich die Fusion mit einer Gesellschaft, die Spaltung und die Umwandlung), die für Stiftungen so nicht vorgesehen sind.²⁹

Die äusserst praxisrelevante Frage, auf welche Rechtseinheiten eine Stiftung ihr Vermögen übertragen kann, beantwortet die Literatur nach wie vor unterschiedlich.³⁰ Das Gesetz spricht hier – im Unterschied zu Art. 69 Abs. 1 FusG, wo von «anderen Rechtsträgern des Privatrechts» die Rede ist – bloss von «anderen Rechtsträgern».³¹ Die Vermögensübertragung von Stiftungen hat damit einen weiteren Anwendungsbereich als die Vermögensübertragung von Gesellschaften und Einzelfirmen, weil auch Institute des öffentlichen Rechts,

²⁷ Vgl. etwa *Grüninger* (Fn. 7) N 13 zu Art. 78 FusG.

²⁸ Art. 69 Abs. 1 FusG spricht in diesem Zusammenhang von «Rechtsträgern des Privatrechts», wozu unbestrittenermassen die privatrechtlichen, m.E. aber nicht die öffentlich-rechtlichen Stiftungen gehören. A.A. *Piera Beretta*, in: Frank Vischer (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, Fusionsgesetz*, 2. A., Zürich 2012, N 7 zu Art. 69 FusG; *Ralph Malacrida*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, 2. A., Basel 2014, N 7 zu Art. 69 FusG. Im Ergebnis ändert dies allerdings nichts daran, da für solche Fälle die Sonderregelung von Art. 99 Abs. 2 FusG greift.

²⁹ Vgl. dazu *Berni/Roberto* (Fn. 22) N 2 zu Art. 86 FusG; *Burkart* (Fn. 19) N 1 zu Art. 86 FusG; *Malacrida* (Fn. 28) N 1 zu Art. 86 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 1 zu Art. 86 FusG.

³⁰ Vgl. dazu *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 2 zu Art. 86/87 FusG; *Burkart* (Fn. 19) N 3 zu Art. 86 FusG; *Lukas Glanzmann*, *Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes*, 3. A., Bern 2014, Rz. 909; *Malacrida* (Fn. 28) N 3 zu Art. 86 FusG; *von der Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber* (Fn. 18) Rz. 891.

³¹ Vgl. Art. 86 Abs. 1 FusG.

²² *Markus Berni/Vito Roberto*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz*, Bern 2003, N 10 zu Art. 78 FusG; *Marc Amstutz/Ramon Mabillard*, *Kommentar, Fusionsgesetz*, Basel 2007, N 8 zu Art. 78–85 FusG; *Burkart* (Fn. 19) N 11 zu Art. 78 FusG; *Grüninger* (Fn. 7) N 9 zu Art. 78 FusG; *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel*, *Orell Füssli Kommentar, Fusionsgesetz*, 3. A., Zürich 2017, N 9 zu Art. 78 FusG.

²³ Vgl. etwa *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 23 zu Art. 78–85 FusG; *Grüninger* (Fn. 7) N 11 zu Art. 78 FusG.

²⁴ *Botschaft* (Fn. 11) 4469.

²⁵ So schon *Taufer* (Fn. 13) 780. Ebenso *Burkart* (Fn. 19) N 19 zu Art. 78 FusG.

²⁶ Vgl. Art. 78 Abs. 2 Satz 3 FusG.

und damit auch öffentlich-rechtliche Stiftungen, als übernehmende Rechtseinheit infrage kommen.³²

Die Vermögensübertragung muss – gleich wie die Fusion – «sachlich gerechtfertigt» sein und vor allem «der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks» dienen.³³ Zudem müssen auch hier allfällige «Rechtsansprüche der Destinatäre der beteiligten Stiftungen» im Rahmen der Vermögensübertragung gewahrt werden.³⁴ Für die Konkretisierung dieser Voraussetzungen kann sinngemäss auf die entsprechenden Ausführungen zur Fusion verwiesen werden.³⁵

Schliesslich kann bei der Vermögensübertragung ebenfalls (i.d.R. aufseiten der übernehmenden Stiftung) eine Zweckänderung erforderlich sein.³⁶ Auch diesbezüglich gelten die entsprechenden Ausführungen zur Fusion.³⁷

III. Umstrukturierungen von Vorsorgeeinrichtungen

Für Vorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform einer Stiftung, d.h. Personalfürsorgestiftungen, steht die Fusion mit einer anderen Vorsorgeeinrichtung, die Umwandlung in eine Stiftung oder die Vermögensübertragung offen.

A. Fusion einer Personalfürsorgestiftung

Personalfürsorgestiftungen können nach Art. 88 Abs. 1 FusG *untereinander und mit anderen Vorsorgeeinrichtungen* fusionieren. Für Fusionen unter Beteiligung einer Personalfürsorgestiftung bestand schon beim Inkrafttreten des Fusionsge-

setzes ein grosses Bedürfnis.³⁸ Auch in den vergangenen Jahren sind solche Fusionen in der Praxis immer wieder vorgekommen.³⁹ Es ist davon auszugehen, dass dieser Trend weiterhin anhalten und sich allenfalls noch verstärken wird.

Um den Anwendungsbereich von Art. 88 Abs. 1 FusG zu klären, muss zunächst der Begriff der Vorsorgeeinrichtung definiert werden.⁴⁰ Nach der gesetzlichen Legaldefinition von Art. 2 Bst. i FusG sind damit all jene Einrichtungen in der Rechtsform einer juristischen Person gemeint, die der Aufsicht nach dem Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge unterstehen.⁴¹ Demnach umfasst dieser Begriff die nach Art. 48 Abs. 1 BVG registrierten Personalfürsorgestiftungen und Genossenschaften, die nach Art. 48 Abs. 1 BVG registrierten Einrichtungen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit sowie die nicht registrierten Personalfürsorgestiftungen einschliesslich patronaler Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen und Finanzierungsstiftungen.⁴² So verstandene Vorsorgeeinrichtungen können untereinander auch rechtsformübergreifend fusioniert werden, nicht jedoch mit anderen Stiftungen, die nicht unter den soeben umschriebenen Begriff der Vorsorgeeinrichtung fallen.⁴³

Die Fusion muss gemäss Art. 88 Abs. 2 FusG den «Vorsorgezweck» sowie «die Rechte und Ansprüche der Versicherten» wahren. Das wirft die Frage auf, was unter der Wahrung des Vorsorgezwecks zu verstehen ist. Der Zweck der beruflichen Vorsorge, der sich bereits aus Art. 1 Abs. 1 BVG ergibt, umfasst

³² Gl.M. Amstutz/Mabillard (Fn. 22) N 2 zu Art. 86/87 FusG; Burkart (Fn. 19) N 3 zu Art. 86 FusG, der ausserdem insofern von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes ausgeht, als über den Wortlaut von Art. 2 Bst. a FusG hinaus auch die Vermögensübertragung auf eine als Genossenschaft ausgestaltete Vorsorgeeinrichtung erfasst sein soll, was m.E. zumindest seit der Anpassung von Art. 48 Abs. 2 BVG (vgl. Fn. 50) nicht mehr gelten dürfte; Malacrida (Fn. 28) N 3 zu Art. 86 FusG, der allerdings – in Abweichung von Art. 2 Bst. a FusG – auch die Übertragung der Aktiven und Passiven von Stiftungen auf Einzelfirmen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, zulassen will. A.A. Glanzmann (Fn. 30) Rz. 909, der sich für gleiche Voraussetzungen wie bei der gewöhnlichen Vermögensübertragung nach Art. 69 FusG ausspricht. Siehe hierzu auch die Anmerkung in Fn. 28.

³³ Vgl. Art. 86 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 78 Abs. 2 Satz 1 FusG.

³⁴ Vgl. Art. 86 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 78 Abs. 2 Satz 2 FusG.

³⁵ Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. II.A. (Fusion einer klassischen Stiftung, Familienstiftung oder kirchlichen Stiftung).

³⁶ Vgl. Art. 86 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 78 Abs. 2 Satz 3 FusG.

³⁷ Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. II.A. (Fusion einer klassischen Stiftung, Familienstiftung oder kirchlichen Stiftung).

³⁸ Exemplarisch hierfür ist BGE 115 II 415 E. 2 (Fusion von Stiftungen durch Absorption).

³⁹ Sprecher (Fn. 13) 426; von der Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber (Fn. 18) Rz. 266.

⁴⁰ Vgl. dazu Ernst Staehelin, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2012, N 7 ff. zu Vor Art. 88–98 FusG; Ueli Huber, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. A., Basel 2014, N 4 zu Art. 88 FusG.

⁴¹ Vgl. hierzu etwa Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel (Fn. 22) N 3 zu Art. 88 FusG. Siehe auch Art. 61 und Art. 62 BVG (Aufsicht nach dem Gesetz über die berufliche Vorsorge).

⁴² Vgl. Art. 89 Abs. 1 bis Abs. 5 (registrierte Personalfürsorgestiftungen), Abs. 6 (nicht registrierte Personalfürsorgestiftungen) sowie Abs. 7 und Abs. 8 ZGB (patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen, Finanzierungsstiftungen). Siehe auch Art. 331 Abs. 2 OR und Art. 48 Abs. 2 BVG. Zur Zulässigkeit von registrierten Genossenschaften Bst. b (Rechtsform der Vorsorgeeinrichtungen) der Übergangsbestimmungen zur Änderung des BVG vom 17.12.2010.

⁴³ Ebenso Staehelin (Fn. 40) N 15 ff. zu Art. 88 FusG; Glanzmann (Fn. 30) Rz. 914; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel (Fn. 22) N 3 zu Art. 88 FusG; von der Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber (Fn. 18) Rz. 280.

alle Massnahmen, die der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge dienen. Die in den Materialien enthaltene Formulierung, dass die Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen «weder direkt noch indirekt eine Änderung des Zwecks der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen bewirken» darf, ist klarerweise zu eng gefasst und wird vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckt.⁴⁴ Vielmehr muss es auch hier möglich sein, dass die übernehmende Vorsorgeeinrichtung eine Zweckänderung vornimmt, sofern dies aus Sicht der übertragenden Vorsorgeeinrichtung notwendig ist.⁴⁵ Was die Rechte und Ansprüche der Versicherten betrifft, so dürfen diese durch die Fusion nicht schlechtergestellt werden, was im Fusionsvertrag abgebildet werden muss.⁴⁶ Schwierige Abgrenzungsfragen stellen sich diesbezüglich im Hinblick auf einen ungleichen Deckungsgrad bei den Fusionsobjekten, die Arbeitgeberbeitragsreserven oder ungleiche Leistungspläne.⁴⁷

Das Fusionsgesetz enthält zudem einen Vorbehalt der Bestimmungen des Stiftungsrechts und der Gesetzgebung über die berufliche Vorsorge.⁴⁸ Einerseits wird dieser Vorbehalt wohl in Bezug auf das soeben erwähnte Zweckänderungsverfahren nach Art. 86 ZGB eine gewisse Bedeutung haben. Andererseits dürfte in diesem Zusammenhang auch Art. 80 BVG von grosser Praxisrelevanz sein, wonach Vorsorgeeinrichtungen weitgehend steuerbefreit sind.⁴⁹

B. Umwandlung einer Personalfürsorgestiftung

Seit dem 1. Januar 2014 können sich Vorsorgeeinrichtungen und damit auch Personalfürsorgestiftungen nach Art. 97 Abs. 1 FusG nur noch in eine *Stiftung* und nicht mehr wie bisher auch in eine Genossenschaft umwandeln. Hintergrund dieser Revision war die Anpassung von Art. 48 Abs. 2 BVG, wonach die Genossenschaft als Rechtsform für registrierte Vorsorgeeinrichtungen auf diesen Zeitpunkt weggefallen ist.⁵⁰

Wenn das Gesetz von einer Umwandlung in eine Stiftung spricht, meint es natürlich nur eine Personalfürsorgestiftung

und nicht etwa eine gewöhnliche Stiftung – wie eine klassische Stiftung, Familienstiftung oder kirchliche Stiftung – oder eine öffentlich-rechtliche Stiftung. Nach der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Umwandlung einer Personalfürsorgestiftung in ein (unabhängiges) Institut des öffentlichen Rechts aber dennoch nicht ausgeschlossen, fällt aber nicht in den Geltungsbereich des Fusionsgesetzes, sondern in die originäre Kompetenz der Kantone.⁵¹

Es erklärt sich von selbst, dass unter diesen Umständen die Möglichkeit der Umwandlung einer Personalfürsorgestiftung in eine andere Rechtsform faktisch obsolet wird. Eine Diskussion der Umwandlungsvoraussetzungen, wonach – wie bei der Fusion – der «Vorsorgezweck» und «die Rechte und Ansprüche der Versicherten» zu wahren sind, erübrigt sich daher.⁵²

C. Vermögensübertragung einer Personalfürsorgestiftung

Personalfürsorgestiftungen können ebenso wie andere Vorsorgeeinrichtungen – als übertragende Rechtseinheit – ihr Vermögen nach Art. 98 Abs. 1 FusG ganz oder teilweise auf *andere Vorsorgeeinrichtungen oder Rechtsträger* übertragen. Diese Regelung ermöglicht es Personalfürsorgestiftungen und anderen Vorsorgeeinrichtungen gleichermaßen, erleichterte Strukturanpassungen vorzunehmen.⁵³ Als übernehmende Rechtseinheit können sich Personalfürsorgestiftungen nach den für alle Gesellschaften und Einzelfirmen geltenden Regeln an einer Vermögensübertragung beteiligen.⁵⁴ Gerade bei Personalfürsorgestiftungen kommt der Vermögensübertragung eine erhebliche praktische Bedeutung zu, zumal andere Umstrukturierungsvarianten entweder nicht oder nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich sind.

⁴⁴ Botschaft (Fn. 11) 4475. Ebenso *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 22 zu Art. 88–96 FusG; *Huber* (Fn. 40) N 7 zu Art. 88 FusG.

⁴⁵ So auch *Staehelein* (Fn. 40) N 13 zu Art. 88 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 5 zu Art. 88 FusG.

⁴⁶ Vgl. Art. 90 Abs. 2 Bst. b FusG. Siehe hierzu etwa *Staehelein* (Fn. 40) N 14 zu Art. 88 FusG und N 14 ff. zu Art. 90 FusG.

⁴⁷ Eingehend hierzu *Huber* (Fn. 40) N 8 ff. zu Art. 88 FusG.

⁴⁸ Vgl. Art. 88 Abs. 3 FusG.

⁴⁹ Vgl. dazu *Kilian Perroulaz*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz*, Bern 2003, N 14 ff. zu Art. 88 FusG.

⁵⁰ Änderung des BVG vom 17.12.2010, AS 2011 3385 ff. Siehe auch *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 1a zu Art. 97 FusG.

⁵¹ BGE 134 I 23 E. 6.2 (Vorsorgekasse für das Personal des Staates Wallis). Zum Verhältnis des Bundeszivilrechts zum öffentlichen Recht der Kantone Art. 3 BV und Art. 6 ZGB. Siehe auch Bst. b (Rechtsform der Vorsorgeeinrichtungen) der Übergangsbestimmungen zur Änderung des BVG vom 17.12.2010.

⁵² Vgl. Art. 97 Abs. 2 FusG.

⁵³ *Martin Epper*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz*, Bern 2003, N 1 zu Art. 98 FusG; *Malacrida* (Fn. 28) N 1 zu Art. 98 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 1 zu Art. 98 FusG.

⁵⁴ Vgl. Art. 69 Abs. 1 FusG. Siehe auch Fn. 28.

Im Hinblick auf den Anwendungsbereich von Art. 98 Abs. 1 FusG fragt sich insbesondere, was unter «anderen Vorsorgeeinrichtungen oder Rechtsträgern» zu verstehen ist. In der Literatur ist einmal mehr umstritten, was damit genau gemeint ist.⁵⁵ In praktischer Hinsicht ist entscheidend, ob die übernehmende Rechtseinheit eine Vorsorgeeinrichtung ist oder nicht. Der Grund dieser Unterscheidung liegt in der Voraussetzung, dass die Vermögensübertragung – wie bei der Fusion oder bei der Umwandlung – den «Vorsorgezweck» sowie «die Rechte und Ansprüche der Versicherten» wahren muss.⁵⁶ Daraus ergibt sich die zentrale Einschränkung, dass keine Vorsorgeverhältnisse übertragen werden dürfen, sofern es sich bei der übernehmenden Rechtseinheit nicht um eine Vorsorgeeinrichtung handelt.⁵⁷

Soweit im Rahmen einer Vermögensübertragung auch Vorsorgeverhältnisse an eine Vorsorgeeinrichtung übertragen werden, müssen weitere Regeln beachtet werden. Solche Teil- oder Gesamtliquidationen bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.⁵⁸ Falls nur ein Teil der Vorsorgeverhältnisse übergehen soll, sind die freien Mittel der übertragenden Vorsorgeeinrichtung auf die übergehenden Vorsorgeverhältnisse und die verbleibenden Vorsorgeverhältnisse nach objektiven Kriterien aufzuteilen.⁵⁹ Dies entspricht dem Prinzip, wonach das Personalvorsorgevermögen dem Personal folgt. Sofern sämtliche Vorsorgeverhältnisse von der Vermögensübertragung erfasst werden, sind die gesamten freien Mittel an die übernehmende Vorsorgeeinrichtung zu übertragen.⁶⁰

IV. Umstrukturierungen von Instituten des öffentlichen Rechts

Institute des öffentlichen Rechts, also auch öffentlich-rechtliche Stiftungen, können sich als übertragende Rechtseinheit an einer Fusion oder Umwandlung sowie als übertragende oder übernehmende Rechtseinheit an einer Vermögensübertragung beteiligen.

A. Fusion einer öffentlich-rechtlichen Stiftung

Institute des öffentlichen Rechts, und damit auch öffentlich-rechtliche Stiftungen, können gemäss Art. 99 Abs. 1 Bst. a FusG – jedoch nur als übertragende Rechtseinheit – mit *Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen oder Stiftungen* fusionieren.⁶¹ Die Fusion einer öffentlich-rechtlichen Stiftung mit einer Personengesellschaft ist demnach nicht möglich.⁶² Aber auch der umgekehrte Vorgang, wonach ein Institut des öffentlichen Rechts als übernehmende Rechtseinheit auftritt, liegt ausserhalb des Regelungsbereichs des Fusionsgesetzes, ebenso die Fusion zwischen zwei oder mehreren Instituten des öffentlichen Rechts.⁶³

In diesem Zusammenhang ist zu klären, ob die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften der Kantone und des Bundes sowie gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften als Institute des öffentlichen Rechts zu qualifizieren sind. Die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften der Kantone gemäss Art. 763 OR, die durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden, gelten unter dem Fusionsgesetz nach überwiegender Auffassung in der Literatur nicht als Kapitalgesellschaften, sondern als Institute des öffentlichen Rechts.⁶⁴ Dasselbe gilt für die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften des Bundes, zumal dies vom Bundesgericht in einem wegweisenden Leitentscheid ausdrücklich und mit guten Gründen so

⁵⁵ Vgl. dazu *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 3 zu Art. 98 FusG (Verweis auf die Legaldefinition des Rechtsträgers); *Glanzmann* (Fn. 30) Rz. 929 (gleiche Anforderungen wie bei der gewöhnlichen Vermögensübertragung).

⁵⁶ Vgl. Art. 98 Abs. 2 i.V.m. Art. 88 Abs. 2 FusG. Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. III.A. (Fusion einer Personalfürsorgestiftung).

⁵⁷ So auch *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 4 zu Art. 98 FusG; *Stahelin* (Fn. 40) N 15 f. zu Art. 98 FusG; *Malacrida* (Fn. 28) N 4 zu Art. 98 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 5 zu Art. 98 FusG. Anders etwa von der *Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber* (Fn. 18) Rz. 896, die von dieser Einschränkung absehen.

⁵⁸ Vgl. Art. 98 Abs. 3 FusG. Siehe hierzu auch *Malacrida* (Fn. 28) N 6 zu Art. 98 FusG.

⁵⁹ Zur Teilliquidation i.S.v. Art. 53b BVG *Stahelin* (Fn. 40) N 18 zu Art. 98 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 6 zu Art. 98 FusG.

⁶⁰ Zur Gesamtliquidation i.S.v. Art. 53c BVG *Stahelin* (Fn. 40) N 19 zu Art. 98 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 6 zu Art. 98 FusG.

⁶¹ Zum Begriff der Institute des öffentlichen Rechts Art. 2 Bst. d FusG, wonach für solche organisatorisch verselbständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts ein Handelsregistereintrag, nicht aber die Ausgestaltung als juristische Person vorausgesetzt ist.

⁶² Vgl. etwa *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 4 zu Art. 99 FusG.

⁶³ Siehe Botschaft (Fn. 11) 4481. Siehe auch *Glanzmann* (Fn. 30) Rz. 931; von der *Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber* (Fn. 18) Rz. 289.

⁶⁴ *Beatrice Wagner Pfeifer*, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2012, N 10 zu Vor Art. 99–101 FusG; *Matthias Kuster*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. A., Basel 2014, N 12 zu Art. 99 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 6 zu Art. 99 FusG.

bestätigt worden ist.⁶⁵ Als Folge dieses Entscheids ist der Gesetzgeber tätig geworden, indem er «konzessionierte Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen, soweit das öffentliche Recht eine abweichende Regelung vorsieht», per 1. Januar 2010 vom Anwendungsbereich der Vorschriften über die Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung von Instituten des öffentlichen Rechts ausgenommen hat.⁶⁶ Laut herrschender Ansicht in der Literatur sind gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften nach Art. 762 OR, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionär beteiligt ist oder Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abordnen darf, demgegenüber fusionsrechtlich als Kapitalgesellschaft zu behandeln.⁶⁷

Im soeben erwähnten Leitscheid zur Qualifikation von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften des Bundes unter dem Fusionsgesetz hat das Bundesgericht konsequenterweise entschieden, dass die Übernahme einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft durch ein Institut des öffentlichen Rechts mittels Absorptionsfusion nicht zulässig ist.⁶⁸ Dieser Entscheid wurde in der Literatur auch insofern heftig kritisiert, als ein Institut des öffentlichen Rechts, das sämtliche Anteile einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft hält und selbst als (spezialgesetzliche) Aktiengesellschaft ausgestaltet ist, einen Rechtsträger des Privatrechts mittels Absorptionsfusion übernehmen können sollte.⁶⁹ Auch wenn diese Kritik in der Sache zutrifft, da in einer solchen Konstellation keine schützenswerten Minderheitsaktionäre im Spiel sind, lässt sich aus dem Entscheid dennoch deutlich ableiten, dass Art. 99 Abs. 1 Bst. a FusG die zulässigen Fusionen abschliessend aufzählt.⁷⁰

B. Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung

Institute des öffentlichen Rechts, und daher auch öffentlich-rechtliche Stiftungen, können sich nach Art. 99 Abs. 1 Bst. b

FusG in *Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine und Stiftungen*, nicht aber in Personengesellschaften umwandeln. Im Fusionsgesetz finden sich nur Regeln für die Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts in eine Rechtsform des Privatrechts.⁷¹ Der umgekehrte Vorgang, also die Verstaatlichung eines privaten Rechtsträgers, liegt ausserhalb des Regelungsbereichs des Fusionsgesetzes.⁷²

In der Literatur ist man sich diesbezüglich uneinig, wie die Umwandlung rechtsdogmatisch zu erfolgen hat. Ein Teil der Lehre spricht sich – wie bei den übrigen Umwandlungen – für eine rechtsformwechselnde Umwandlung aus.⁷³ Ein anderer Teil, dem ich mich anschliesse, nimmt demgegenüber an, dass es sich hierbei um eine übertragende Umwandlung handeln muss.⁷⁴ Dies deshalb, weil gestützt auf ein Inventar sämtliche Vermögenswerte übertragen werden und nicht bloss ein Rechtskleidwechsel vollzogen wird.⁷⁵ Nach der vermittelnden Position soll demgegenüber sowohl eine rechtsformändernde als auch eine übertragende Umwandlung möglich sein.⁷⁶

C. Vermögensübertragung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung

Öffentlich-rechtliche Stiftungen können gemäss Art. 99 Abs. 2 FusG entweder – als übertragende Rechtseinheit – ihr Vermögen ganz oder teilweise auf *andere Rechtsträger* übertragen oder aber – als übernehmende Rechtseinheit – das Vermögen von *anderen Rechtsträgern* ganz oder teilweise übernehmen. Anders als bei der Fusion und Umwandlung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts, welche auf bestimmte Rechtsträger des Privatrechts beschränkt sind, ist die Vermögensübertragung auch zwischen zwei Instituten des öffentlichen Rechts möglich.⁷⁷

Bei der Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sind zusätzlich zur fusionsrechtlichen Regelung die entsprechenden privatrechtlichen Vorschriften zu

⁶⁵ BGE 132 III 470 E. 3 (SBB). Siehe hierzu auch *Lukas Morscher*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, 2. A., Basel 2014, N 13a ff. zu Art. 2 FusG.

⁶⁶ Vgl. Art. 100 Abs. 1 Satz 3 FusG. Zur Entstehungsgeschichte Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 vom 9.3.2007, BBl 2007 2681 ff., 2731 (Grund: Ungleichbehandlung der SBB gegenüber den anderen konzessionierten Transportunternehmen).

⁶⁷ *Wagner Pfeifer* (Fn. 64) N 5 zu Art. 99 FusG; *Kuster* (Fn. 64) N 12 zu Art. 99 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 6 zu Art. 99 FusG.

⁶⁸ BGE 132 III 470 E. 3.3 (SBB).

⁶⁹ *Glanzmann* (Fn. 30) Rz. 931; *von der Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber* (Fn. 18) Fn. 523.

⁷⁰ So schon *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 3 zu Art. 99 FusG.

⁷¹ So etwa *von der Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber* (Fn. 18) Rz. 756.

⁷² Siehe Botschaft (Fn. 11) 4481.

⁷³ *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 6 zu Art. 99 FusG.

⁷⁴ *Wagner Pfeifer* (Fn. 64) N 10 zu Art. 99 FusG.

⁷⁵ Vgl. Art. 100 Abs. 2 FusG. Im Einzelnen hierzu etwa *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 9 zu Art. 100 FusG; *von der Crone/Gersbach/Kessler/von der Crone/Ingber* (Fn. 18) Rz. 758 f.

⁷⁶ *Kuster* (Fn. 64) N 11a zu Art. 99 FusG.

⁷⁷ Siehe Botschaft (Fn. 11) 4480 f. Siehe auch *Amstutz/Mabillard* (Fn. 22) N 7 zu Art. 99 FusG; *Glanzmann* (Fn. 30) Rz. 932; *Kuster* (Fn. 64) N 14 zu Art. 99 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 7 zu Art. 99 FusG.

beachten.⁷⁸ Eine Vermögensübertragung zwischen zwei Instituten des öffentlichen Rechts untersteht demgegenüber ausschliesslich der fusionsrechtlichen Sonderregelung.⁷⁹

V. Zusammenfassung und Fazit

Wie einleitend erwähnt, wird die Stiftung oftmals als ein relativ starres und unbewegliches Rechtsinstitut wahrgenommen, das dem Fortschritt nur schwer zugänglich ist. Die Einführung des Fusionsgesetzes im Jahr 2004 hat jedoch wesentlich dazu beigetragen, dass der Stiftung als vielfältigem und vielschichtigem Rechtsinstitut heute nicht mehr so stark der Charakter eines Instituts mit unveränderlichen Strukturen anhaftet. Die dadurch neu gewonnene Flexibilität ermöglicht es Stiftungen, sich den veränderten Anforderungen und Bedürfnissen rascher anzupassen und so ihre Existenz auch langfristig zu sichern.

Eine Umstrukturierung nach Fusionsgesetz stellt eine Möglichkeit der Einflussnahme durch die Stiftungsorgane dar, die darauf abzielt, die rechtlichen Strukturen von Stiftungen den neuen Gegebenheiten anzupassen. Weil dadurch die bestehende Organisationsstruktur einer Stiftung aufgehoben wird, ist gelegentlich auch von einer «organisatorischen Aufhebung» der Stiftung die Rede. Unter dem Fusionsgesetz kommt daher der Stiftungsautonomie ein ausgesprochen hoher Stellenwert zu.

In diesen Zusammenhang gilt es abschliessend nochmals zu verdeutlichen, dass je nach Rechtsgestalt der Stiftung unterschiedliche Umstrukturierungsmassnahmen zur Verfügung stehen. Klassische Stiftungen, Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen können nur untereinander fusionieren oder

ihr Vermögen auf andere Rechtsträger übertragen. Personalfürsorgestiftungen können untereinander und mit anderen Vorsorgeeinrichtungen fusionieren oder ihr Vermögen auf andere Vorsorgeeinrichtungen oder Rechtsträger übertragen. Öffentlich-rechtliche Stiftungen können als übertragende Rechtseinheit mit Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen oder Stiftungen fusionieren oder sich in diese Körperschaften umwandeln sowie ihr Vermögen auf andere Rechtsträger übertragen oder das Vermögen von anderen Rechtsträgern übernehmen. Das Fusionsgesetz ist in dieser Hinsicht ein schönes Beispiel dafür, wie der Gesetzgeber verschiedene Erscheinungsformen eines Rechtsinstituts unterschiedlich behandelt.

Die heute geltenden Vorgaben für Umstrukturierungen von Stiftungen können insgesamt als ausgeglichen und zeitgemäss betrachtet werden. Wie schon dem Stiftungsrecht gelingt es auch dem Umstrukturierungsrecht, einen Kompromiss zwischen den konfligierenden Rechtsgrundsätzen – dem Prinzip der Stiftungs- und Stifterfreiheit und dem Trennungs- und Erstarrungsprinzip einerseits und dem Prinzip der Stiftungsautonomie andererseits – zu finden. Im Ergebnis kann daher abermals festgehalten werden, dass sich das neue Recht rund 15 Jahre nach Inkraftsetzung bewährt hat.

In welche Richtung und inwiefern sich die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Stiftungen in Zukunft bewegen und weiterentwickeln wird, bleibt abzuwarten. Angesichts der aktuellen Tendenzen ist wohl davon auszugehen, dass sich der laufende Strukturbereinigungsprozess im Stiftungswesen fortsetzen wird.

⁷⁸ Vgl. Art. 751 (Aktiengesellschaft) und Art. 915 OR (Genossenschaft). Siehe hierzu auch *Kuster* (Fn. 64) N 15 zu Art. 99 FusG; *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 22) N 2 zu Vorbem. Art. 99–101 FusG und N 9 zu Art. 99 FusG.

⁷⁹ Vgl. Art. 99 bis Art. 101 FusG.