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

Zivilrechtliche Umwandlung und Aufhebung von Stiftungen

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

Stiftungen zeichnen sich durch ihre Vielfalt und Vielschichtigkeit aus und bewegen sich im zentralen Spannungsfeld zwischen Fortentwicklung und Respektierung des Stifterwillens. Sie wollen sich einerseits der Weiterentwicklung nicht verschliessen und müssen andererseits den Stifterwillen respektieren. Die Vorschriften über die zivilrechtliche Umwandlung und Aufhebung lösen dieses Spannungsfeld innerhalb der einzelnen Erscheinungsformen einer Stiftung dezidiert auf und belegen, dass die Stifung 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. Les dispositions de droit civil relatives à la transformation et à la dissolution de fondations résolvent cette tension pour les différentes manifestations d'une fondation et prouvent que la fondation est une institution juridique plus avancée qu'on ne pourrait le supposer. P.P.

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 Lehre[3] und Rechtsprechung[4] als ungeschriebener Rechtsgrundsatz des schweizeri-

* 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/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. A., Basel 2018, N 6 ff. zu Vor Art. 80–89*a* ZGB; *Dominique Jakob,* in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Basel 2018, N 3 zu Vor Art. 80–89*a* ZGB.

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).

schen Privatrechts anerkannt wird. Im Kern bedeutet dieses Prinzip, dass der Stifter oder die Stifterin[5] 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]

Das Prinzip der Stiftungs- und Stifterfreiheit und das Trennungs- und Erstarrungsprinzip gelten aber nicht ausnahmslos. Das Zivilgesetzbuch selbst durchbricht beide und regelt die Anpassung der Stiftung an veränderte Verhältnisse, eine Art *clausula rebus sic stantibus,* so insbesondere im Hinblick auf Änderungen der Stiftungsurkunde (zivilrechtliche Umwandlung) und die Liquidation des Stiftungsvermögens (Aufhebung). Neben den Bestimmungen über die Beaufsichtigung und Ergänzung der Stiftung sorgt gerade die im Jahr 2006 revidierte Regelung zur zivilrechtlichen Umwandlung von Stiftungen für eine deutliche Relativierung des Trennungs- und Erstarrungsprinzips.[7] Die Revision des Stiftungsrechts von 2006 hat insofern wesentliche Neuerungen gebracht, als die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen entweder die Organisation oder den Zweck der Stiftung abändern kann – was bereits unter dem bis dahin geltenden Recht teilweise möglich war – und die Aufsichtsbehörde in gewissen Situationen unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde vornehmen darf.[8] Sofern diese Massnahmen zur Krisenbewältigung nicht ausreichen sollten, verbleibt letzten Endes nur die Möglichkeit der Aufhebung der Stiftung und deren Löschung im Handelsregister, was ebenfalls Gegenstand der Stiftungsrechtsrevision von 2006 war.[9] Das dogmatische Gegenstück zum Prinzip der Stiftungs- und Stifterfreiheit und zum Trennungs- und Erstarrungsprinzip bildet dementsprechend das 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.[10]

Der Fortentwicklung des Rechtszustands einer Stiftung mittels Flexibilisierung von deren Ausrichtung und Organisation unter grösstmöglicher Bewahrung des Stifterwillens geht der vorliegende Beitrag unter Bezugnahme auf einige aktuelle Beispiele aus der Praxis nach.[11] Von besonderer Bedeutung ist dabei die Erkenntnis, dass es die eine Stiftung nicht gibt, sondern eine Vielzahl von gesetzlichen und faktischen Sonder- und Mischformen.[12] Diese Erkenntnis ist auch in die Revision von 2006 eingeflossen, indem unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde nur bei klassischen Stiftungen und Personalfürsorgestiftungen, nicht aber bei Fami-

[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 BGer 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] Zur Beaufsichtigung der Stiftung insbesondere Art. 84 Abs. 2 (Zweckerhaltung) und Art. 84*a* ZGB (Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit). Zur Ergänzung der Stiftung insbesondere Art. 83*d* ZGB (Organisationsmängel). Zur zivilrechtlichen Umwandlung der Stiftung Art. 85 (Änderung der Organisation), Art. 86 und Art. 86*a* (Änderung des Zwecks) sowie Art. 86*b* ZGB (unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde).

[8] Vgl. Art. 85 bis Art. 86*b* ZGB. Siehe auch Änderung des ZGB vom 8.10.2004, AS 2005 4545 ff.; Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats zur Parlamentarischen Initiative 00.461 über die Revision des Stiftungsrechts vom 23.10.2003, BBl 2003 8153 ff., 8168 ff.

[9] Vgl. Art. 88 und Art. 89 ZGB. Siehe auch Änderung des ZGB vom 8.10.2004, AS 2005 4545 ff.; Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats zur Parlamentarischen Initiative 00.461 über die Revision des Stiftungsrechts vom 23.10.2003, BBl 2003 8153 ff., 8171 f.

[10] Vgl. dazu etwa *Thomas Sprecher,* Stiftungsrecht, Zürich 2017, 11 (Stiftungsautonomie als Gegenstück zur Stifterfreiheit).

[11] Einen ähnlichen Zuschnitt hat der in dieser Zeitschrift vor einigen wenigen Jahren erschienene Beitrag von *Thomas Sprecher,* Zweckänderung, Fusion, Aufhebung – Möglichkeiten von Stiftungen in Zeiten der Krise, SJZ 2012 425 ff., der allerdings etwas breiter angelegt ist. Zur – hier nicht weiter zu vertiefenden – Möglichkeit der Kooperation von Stiftungen *Matthias Uhl,* Kooperation im Stiftungsrecht, Basel 2016, 21 ff.

[12] Vgl. dazu etwa *Grüninger* (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 öffentlichrechtliche Stiftungen (verwandte Erscheinung) unterscheidet. Siehe auch *Jakob* (Fn. 3) N 7 ff. zu Vor Art. 80–89*a* ZGB, der zudem Anlagestiftungen erwähnt, und hierzu *Aline Kratz-Ulmer,* Die Anlagestiftung, Basel 2016, 7 ff.

lienstiftungen und kirchlichen Stiftungen möglich sind.[13] Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend in einem ersten Schritt die zivilrechtliche Umwandlung und in einem zweiten Schritt die Aufhebung einer Stiftung behandelt. Abschliessende Betrachtungen zum Spannungsverhältnis zwischen Rechtsfortentwicklung und Bestandsschutz bei Stiftungen runden den Artikel ab.

II. Zivilrechtliche Umwandlung: Änderungen der Stiftungsurkunde

Die Vorschriften über die zivilrechtliche Umwandlung von Stiftungen bieten eine Möglichkeit der Kurskorrektur, die häufig – zumindest relativ gesehen – nur wenig einschneidend ist.[14] Gegenstand dieser Massnahmen sind Änderungen der Organisation und des Zwecks einer Stiftung sowie weitere unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde. Diese Vorschriften gelten jedoch ausschliesslich für Stiftungen des Privatrechts. Die Anpassung der Stiftungsurkunde von öffentlich-rechtlichen Stiftungen richtet sich nach öffentlichem Recht.

A. Änderung der Organisation einer Stiftung

Gemäss Art. 85 ZGB *kann* die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde – auf Antrag der Aufsichtsbehörde und nach Anhörung des obersten Stiftungsorgans – die Organisation der Stiftung ändern, «wenn die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Stiftungszwecks die Änderung dringend erfordert». Diese Vorschrift zielt im Kern auf eine derart ausgestaltete Organisation einer Stiftung ab, welche auf die eine oder andere Art und Weise (etwa durch Schutz des Stiftungsvermögens) dem Stiftungszweck dient.[15] Der zuständigen Behörde kommt in diesem Zusammenhang ein relativ weitgehendes Ermessen zu.

Die zentrale Frage, die sich bei der Auslegung dieser Bestimmung stellt, lautet, wann eine Organisationsänderung mit Blick auf den Stiftungszweck angezeigt ist. In der Literatur gehen die Ansichten darüber auseinander. Sie reichen vom einfachen Erfordernis, dass der Stiftungszweck so «wesentlich besser» erreicht werden kann, über die Doppelvoraussetzung, dass dies nicht nur «im Interesse der Erfüllung des Stiftungszwecks liegt», sondern auch «aus unabweisbaren Gründen als geboten erscheint», bis zur «Rettung des sonst gefährdeten Stiftungszwecks».[16] Eine höchstrichterliche Klärung oder Präzisierung dieser Frage gibt es zumindest bis anhin noch nicht.

Wenn man sich bei der Auslegung dieser Bestimmung von der Vorstellung und Idee einer besseren Erfüllung des Stiftungszwecks durch eine optimal darauf ausgerichtete Organisationsstruktur leiten lässt, spricht viel dafür, keine allzu hohen Anforderungen an derartige organisatorische Änderungen zu stellen.[17] Dringlichkeit, wie der Wortlaut nahelegt, muss daher nicht gegeben sein.[18] Vielmehr lässt sich diese Formulierung historisch – bis zur Revision von 2006 hiess es «dringend erheischt» – und systematisch – in Abgrenzung zu den unwesentlichen Änderungen der Stiftungsurkunde gemäss Art. 86*b* ZGB – erklären.

Ein Beispiel, bei dem sich eine Änderung der Organisation geradezu aufdrängt, ist eine sehr komplizierte und äusserst kostspielige Organisationsstruktur, die infolge einer Vermögensverminderung der Stiftung nicht mehr länger tragbar ist.[19] Weiters die Trennung von Stiftungsrat und einem besonderen Geschäftsführungsorgan oder die Art und Weise der Beschlussfassung der Organe einer Stiftung.[20] Sitzverlegungen und Namensänderungen sind jedoch nicht vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung erfasst, weil es sich dabei nur um unwesentliche Änderungen handeln dürfte.[21]

B. Änderung des Zwecks einer Stiftung

Die Zweckänderung kann entweder von der Aufsichtsbehörde oder vom obersten Stiftungsorgan ausgehen, neuerdings (seit der Revision des Stiftungsrechts von 2006) aber auch vom

[13] Vgl. Art. 86*b* i.V.m. Art. 87 Abs. 1 ZGB. Grund dafür ist, dass Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen – unter Vorbehalt des öffentlichen Rechts – keiner Aufsichtsbehörde unterstellt sind, diese Behörde aber zur Vornahme von unwesentlichen Änderungen der Stiftungsurkunde zuständig wäre. Siehe auch *Grüninger* (Fn. 3) N 2 zu Art. 86*a* ZGB.

[14] Vgl. Art. 85 bis Art. 86*b* ZGB. Siehe hierzu *Sprecher* (Fn. 11) 426 f. (Organisationsänderung) und 427 (Zweckänderung).

[15] Vgl. dazu *Riemer* (Fn. 3) N 52 zu Art. 85/86 ZGB; *Hans Michael Riemer,* Vereins- und Stiftungsrecht, in: Stämpflis Handkommentar, Bern 2012, N 13 f. zu Art. 85 ZGB.

[16] *Riemer* (Fn. 3) N 50 zu Art. 85/86 ZGB; *Thomas Sprecher/Ulysses von Salis-Lütolf,* Die schweizerische Stiftung, Ein Leitfaden, Zürich 1999, Frage 225; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo* (Fn. 1) 158.

[17] So auch *Grüninger* (Fn. 3) N 4 zu Art. 85/86 ZGB.

[18] Ebenso *Riemer* (Fn. 15) N 10 zu Art. 85 ZGB.

[19] So insbesondere *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo* (Fn. 1) 158.

[20] Siehe hierzu die Beispiele bei *Riemer* (Fn. 3) N 11 zu Art. 85 ZGB.

[21] Gl.M. *Grüninger* (Fn. 3) N 5 zu Art. 85/86 ZGB. A.A. *Martin Eisenring,* in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Bd. 1, 3. A., Zürich 2016, N 1 zu Art. 85 ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 3 zu Art. 85 ZGB.

Stifter selbst, etwa aufgrund einer Verfügung von Todes wegen.

1. *Antrag der Aufsichtsbehörde oder des obersten Stiftungsorgans*

Die Aufsichtsbehörde oder das oberste Stiftungsorgan können sowohl eine Änderung des Zwecks der Stiftung als auch die Aufhebung oder Abänderung von Auflagen oder Bedingungen beantragen.

a) Zweckänderung

Nach Art. 86 Abs. 1 ZGB *kann* die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde – auf Antrag der Aufsichtsbehörde oder des obersten Stiftungsorgans – den Zweck der Stiftung ändern, «wenn deren ursprünglicher Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, sodass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist». Es ist zu beachten, dass die zuständige Behörde bei der Beurteilung dieser und der damit zusammenhängenden Fragen – gleich wie bei einer Änderung der Organisation, aber anders als bei einer Zweckänderung auf Antrag des Stifters – einen grossen Ermessensspielraum für sich beanspruchen kann.

Von vordergründiger Bedeutung ist auch hier, wann eine solche Zweckänderung angebracht ist. Folgt man dem Wortlaut der Bestimmung, so ist in objektiver Hinsicht ein Wandel in der Bedeutung und Wirkung des Stiftungszwecks und in subjektiver Hinsicht eine Entfremdung vom ursprünglichen Stifterwillen vorausgesetzt.[22] In systematischer Hinsicht sticht zudem deutlich das Verhältnis dieser Norm zu Art. 88 ZGB (Aufhebung) ins Auge, wo in Abs. 1 Ziff. 1 ausdrücklich auf diese Norm Bezug genommen und damit der von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Grundsatz «Zweckänderung vor Stiftungsaufhebung» kodifiziert wird.[23]

In einem jüngeren Leitentscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass eine 1922 gegründete Familienstiftung, die Frauen aus dem Kreis der Begünstigten ausschliesst, sobald sie heiraten und daher den Namen ändern, aufgrund der Entwicklungen im Eherecht kein Zweckänderungsverfahren durchlaufen muss.[24] Die Begründung lautete, dass es sich um keine objektive Änderung der Bedeutung und der Wirkung des ursprünglichen Stiftungszwecks handelt. Das Prinzip der Stiftungs- und Stifterfreiheit wurde namentlich deshalb höher gewichtet als die beanstandete Veränderung der Verhältnisse, weil der Stiftungszweck nach wie vor objektiv realisierbar («objectivement réalisable») ist.

Auch wenn dieser Entscheid auf den ersten Blick vielleicht etwas antiquiert daherkommen mag, ist er im Ergebnis meines Erachtens – zumindest in konzeptioneller Hinsicht – durchaus richtig. Behördliche Zweckänderungen i.S.v. Art. 86 ZGB stellen einen äusserst einschneidenden Eingriff in das «Herzstück» einer Stiftung dar. Nach dem Sinn und Zweck dieser Norm, der im Kern darin besteht, dem Stifterwillen bei einer Veränderung der Umstände Nachachtung zu verschaffen, scheint es mir daher angebracht, den Anwendungsbereich dieser Norm über eine teleologische Reduktion auf die klaren Fälle (soweit es solche überhaupt gibt) zu beschränken. Im Zweifelsfall ist daher dem Stifterwillen der Vorzug zu geben.

Eine Zweckänderung dürfte jedoch insbesondere in zwei Fallkonstellationen angebracht sein, nämlich dann, wenn der Zweck der Stiftung «aufgrund wesentlich veränderter allgemeiner (objektiver) äusserer Umstände […] oder aufgrund von wesentlichen Veränderungen innerhalb der betreffenden Stiftung obsolet geworden ist».[25] Beispiele für die erste Fallgruppe sind Stiftungen zugunsten der Einführung des Frauenstimmrechts oder der Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz.[26] In die zweite Gruppe fallen etwa Stiftungen mit sehr erheblichem und dauerndem Vermögensverlust oder mit sehr erheblichem Vermögenszuwachs.[27]

b) Aufhebung oder Änderung von Auflagen oder Bedingungen

Unter denselben Voraussetzungen können zudem Auflagen oder Bedingungen, die den Stiftungszweck beeinträchtigen, aufgehoben oder abgeändert werden.[28] Diese Gleichschaltung der Voraussetzungen rechtfertigt sich insbesondere dadurch, dass die jeweiligen Einschränkungen entweder direkt im Stiftungszweck umschrieben oder separat in Form einer

[22] BGE 133 III 167 E. 3.1. *August Egger,* Das Personenrecht, in: August Egger/Arnold Escher/Robert Haab/Hugo Oser (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 2. A., Zürich 1930, N 4 ff. zu Art. 85/86 ZGB; *Eisenring* (Fn. 21) N 2 zu Art. 86 ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 7 zu Art. 85/86 ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 2 zu Art. 86 ZGB.

[23] Vgl. dazu *Riemer* (Fn. 15) N 2 zu Art. 86 ZGB. Siehe hierzu auch Fn. 51.

[24] BGE 133 III 167 E. 3.4.

[25] So *Riemer* (Fn. 15) N 9 zu Art. 86 ZGB. Siehe auch *Jakob* (Fn. 3) N 2 zu Art. 86 ZGB, wonach der Zweck entweder unsinnig geworden oder überholt sein oder wirtschaftlich ineffizient geworden sein muss.

[26] Weitere Beispiele bei *Riemer* (Fn. 3) N 13 (Zweckänderung vorgenommen) und N 14 (Zweckänderung verweigert) zu Art. 85/86 ZGB; *Riemer* (Fn. 15) N 10 zu Art. 86 ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 7 zu Art. 85/86 ZGB.

[27] Weitere Beispiele bei *Egger* (Fn. 22) N 5 f. zu Art. 85/86 ZGB; *Riemer* (Fn. 15) N 11 zu Art. 86 ZGB.

[28] Vgl. Art. 86 Abs. 2 ZGB.

Auflage oder Bedingung in der Stiftungsurkunde verankert werden können.[29]

Zunächst gilt es herauszufinden, was unter einer Auflage i.S.v. Art. 86 Abs. 2 ZGB zu verstehen ist. Die alte Streitfrage diesbezüglich dreht sich darum, ob solche Auflagen ausserhalb des Stiftungszwecks liegende Verpflichtungen betreffen oder der näheren Umschreibung des eigentlichen Stiftungszwecks dienen.[30] Folgt man letzterer Ansicht, die unter Heranziehung der Materialien insgesamt überzeugender ist, dürfte sich die praktische Bedeutung dieser Zusatzbestimmung freilich in Grenzen halten, da diese Fälle bereits von Art. 86 Abs. 1 ZGB erfasst werden.

Gleichermassen ist zu eruieren, was unter einer Bedingung i.S.v. Art. 86 Abs. 2 ZGB zu verstehen ist. Auch hier darf man davon ausgehen, dass damit jene Bedingungen erfasst werden, die sich auf die Verwirklichung des Stiftungszwecks (d.h. die Erbringung einer Leistung der Stiftung) beziehen.[31] Da es sich lediglich um eine nähere Umschreibung des Stiftungszwecks handelt, dürfte dieser Zusatzbestimmung keine selbständige Bedeutung zukommen.

2. Antrag des Stifters oder Verfügung von Todes wegen

Nach Art. 86*a* Abs. 1 ZGB *muss* die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde – auf Antrag des Stifters oder aufgrund seiner Verfügung von Todes wegen – den Zweck einer Stiftung ändern, «wenn in der Stiftungsurkunde eine Zweckänderung vorbehalten worden ist und seit der Errichtung der Stiftung oder seit der letzten vom Stifter verlangten Änderung mindestens zehn Jahre verstrichen sind». Besonders hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die zuständige Behörde nicht frei über die Zweckänderung entscheiden kann, sondern diese antragsgemäss umzusetzen hat, sofern die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.[32]

Neben dem Zweckänderungsvorbehalt in der Stiftungsurkunde und einer Mindestzeitspanne von zehn Jahren ist das Änderungsrecht des Stifters von weiteren Kautelen abhängig, so insbesondere davon, dass der geänderte Zweck öffentlich oder gemeinnützig sein muss, falls es der abzuändernde Zweck ebenfalls ist; dass das Änderungsrecht unvererblich und unübertragbar ist und bei juristischen Personen spätestens 20 Jahre nach der Stiftungserrichtung erlischt; und dass die Abänderung bei gemeinschaftlicher Stiftungserrichtung nur gemeinsam verlangt werden kann.[33] Bei Ausübung des Abänderungsrechts mittels Verfügung von Todes wegen ist zudem eine behördliche Mitteilungspflicht zu beachten.[34]

Aus der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesnovelle ergibt sich, dass dieser Zweckänderungsvorbehalt ausschliesslich klassischen Stiftungen offensteht, nicht aber Familienstiftungen, kirchlichen Stiftungen oder Personalfürsorgestiftungen.[35] Die Materialien sprechen denn auch ausdrücklich von einem «qualifizierten Schweigen» des Gesetzes, selbst wenn dies nicht zum sonstigen Konzept der Gesetzgebung für die gesetzlichen Sonderformen passt, wonach jeweils Sonderregelungen ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen worden sind.[36] Zwingend ist dies allerdings nicht, zumal Art. 95 Abs. 2 HRegV die Eintragung des Zweckänderungsvorbehalts (Art. 95 Abs. 1 Bst. g HRegV) weder für Familienstiftungen oder kirchliche Stiftungen noch für Personalfürsorgestiftungen ausschliesst.[37]

Art. 86*a* ZGB ist abgesehen davon inzwischen teilweise gelobt und teilweise kritisiert worden.[38] An dieser Kompromisslösung des Schweizer Rechts ist zunächst einmal positiv hervorzuheben, dass dadurch in der Tat dem Stifterwillen mehr Nachachtung verschafft wird. Die Durchbrechung des Trennungs- und Erstarrungsprinzips scheint mir hier insofern vertretbar, als die verschiedenen Kautelen (vor allem der ausdrückliche Vorbehalt in der Stiftungsurkunde und die zeitliche Begrenzung des Ausübungsrechts) zumindest einen gewissen Verkehrsschutz gewährleisten. Mit Ausnahme von einer Missbrauchskontrolle scheint daher die gewählte Lösung, die den

[29] So auch *Riemer* (Fn. 15) N 16 zu Art. 86 ZGB.

[30] Vgl. dazu die Übersicht und die Nachweise bei *Riemer* (Fn. 3) N 43 ff. zu Art. 85/86 ZGB.

[31] So etwa *Riemer* (Fn. 3) N 46 ff. zu Art. 85/86 ZGB.

[32] *Riemer* (Fn. 15) N 2 zu Art. 86*a* ZGB spricht diesbezüglich zu Recht von einem Änderungsrecht – und nicht bloss von einem Antrag – des Stifters. Ebenso *Eisenring* (Fn. 21) N 5 zu Art. 86*a* ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 8 zu Art. 86*a* ZGB.

[33] Vgl. Art. 86*a* Abs. 2 bis Abs. 4 ZGB. Siehe auch *Riemer* (Fn. 15) N 5 zu Art. 86*b* ZGB.

[34] Vgl. Art. 86*a* Abs. 5 ZGB. Siehe auch *Riemer* (Fn. 15) N 6 zu Art. 86*b* ZGB.

[35] Vgl. etwa *Riemer* (Fn. 15) N 1 zu Art. 86*a* ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 2 zu Art. 86*a* ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 9 zu Art. 86*a* ZGB.

[36] Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats zur Parlamentarischen Initiative 00.461 über die Revision des Stiftungsrechts vom 23.10.2003, BBl 2003 8153 ff., 8170. Vgl. demgegenüber aber insbesondere Art. 87 (Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen) und Art. 89*a* ZGB (Personalfürsorgestiftungen).

[37] So schon *Riemer* (Fn. 15) N 1 zu Art. 86*a* ZGB, was m.E. in der Tat ein überzeugender Einwand ist.

[38] Wohlwollend *Dominique Jakob,* Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, SJZ 2008 533 ff., 536 f. (Vorschlag einer Kanalisierung des Änderungsrechts anhand materieller Legitimitätskriterien und einer Interessenabwägung). Kritisch *Riemer* (Fn. 15) N 7 zu Art. 86*a* ZGB (Hinweis auf das Missbrauchspotenzial).

Grundsatz der Privatautonomie in den Vordergrund stellt, gesamthaft betrachtet überzeugend und vorzugswürdig.

C. Unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde

Gemäss Art. 86*b* ZGB *kann* die Aufsichtsbehörde – nach Anhörung des obersten Stiftungsorgans – unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde vornehmen, «sofern dies aus triftigen Gründen als geboten erscheint und keine Rechte Dritter beeinträchtigt». Im Unterschied zu den soeben besprochenen wesentlichen Änderungen der Organisation oder des Zwecks einer Stiftung, welche jeweils durch die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde vorzunehmen sind, können unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde in einem vereinfachten Verfahren direkt durch die Aufsichtsbehörde vorgenommen werden. Dieser dürfte ebenfalls ein erhebliches Ermessen zukommen.

Von besonderem Interesse ist diesbezüglich das historische Auslegungselement. Dem in der Praxis seit jeher ausgesprochen grossen Bedürfnis nach unwesentlichen Organisations- und Zweckänderungen sowie weiteren Änderungen der Stiftungsurkunde entsprechend wurden solche Anpassungen unter gewissen Voraussetzungen – Interesse an einer wirksamen Erfüllung des Stiftungszwecks, triftigen sachlichen Gründen und keiner Verletzung von Drittrechten – bereits bisher ohne gesetzliche Grundlage zugelassen. Wegweisend für diese Unterscheidung war ein Aufsatz eines Bundesrichters.[39] Das Bundesgericht hat sich rund 20 Jahre später selbst dieser Ansicht angeschlossen.[40] Seit dem 1. Januar 2006 steht Art. 86*b* ZGB in Kraft.

In materieller Hinsicht setzt Art. 86*b* ZGB neben «triftigen sachlichen Gründen» voraus, dass keine Drittrechte beeinträchtigt werden. Triftige sachliche Gründe dürften immer dann gegeben sein, wenn die Änderung im Interesse einer besseren Erfüllung des Stiftungszwecks liegt.[41] Unter Drittrechten sind vor allem solche aus Arbeitsvertragsrecht oder aus Auftrag zu verstehen. Nach herrschender Lehre[42] und Rechtsprechung[43] ist eine unwesentliche Änderung aber nur dann möglich, wenn das Wesen der Stiftung dadurch nicht tangiert wird und keine nach dem (mutmasslichen) Stifterwillen als unabänderlich zu qualifizierenden Klauseln der Stiftungsurkunde betroffen sind. Auch wenn in solchen Fällen ein grösserer Spielraum für Anpassungen besteht, bleibt der Stifterwille eine wichtige Leitschnur.

Bedeutung dürften derartige unwesentliche Änderungen in erster Linie für Personalfürsorgestiftungen haben, da diese einem starken Wandel unterworfen sind.[44] Typische Beispiele von unwesentlichen Änderungen der Stiftungsurkunde betreffen – wie bereits erwähnt – den Namen oder den Sitz einer Stiftung, zudem die Anzahl und Funktion der Organmitglieder oder ihre Amtsdauer, stiftungsinterne Zuständigkeiten sowie Einzelheiten der Formalitäten und der stiftungsinternen Verfahrensabläufe.[45]

III. Aufhebung: Liquidation des Stiftungsvermögens

Die Aufhebung einer Stiftung ist selbsterklärend der schwerwiegendste Eingriff in den Stifterwillen, der nur als äusserstes Mittel *(ultima ratio)* ins Auge gefasst werden darf.[46] Diese Massnahme strebt stets die Liquidation des Stiftungsvermögens an. Dennoch hat diese Rechtsfigur in einigen sehr kritischen Fallkonstellationen durchaus ihre Berechtigung und kann darüber hinaus sogar ausdrücklich vom Stifterwillen gedeckt sein.

A. Gründe für die Aufhebung einer Stiftung

Art. 88 und Art. 89 ZGB sind nicht nur auf klassische Stiftungen, sondern sinngemäss auch auf Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen sowie auf Personalfürsorgestiftungen anwendbar.[47] Die Aufhebung öffentlich-rechtlicher Stiftungen richtet sich nach öffentlichem Recht.

[39] Grundlegend zur Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen der Stiftungsurkunde *Schönenberger* (Fn. 2) 41 ff. Zusammenfassend über Entwicklung und Stand von Praxis und Lehre in den darauffolgenden Jahren *Riemer* (Fn. 3) N 68 ff. zu Art. 85/86 ZGB.

[40] BGE 103 Ib 161 E. 2 (Bedürfnis nach Änderung und Anpassung der Stiftungsurkunde an gewandelte Verhältnisse bei Personalfürsorgestiftungen).

[41] So auch *Riemer* (Fn. 15) N 6 zu Art. 86*b* ZGB.

[42] *Eisenring* (Fn. 21) N 2 zu Art. 86*b* ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 3 zu Art. 86*b* ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 3 zu Art. 86*b* ZGB.

[43] BGE 103 Ib 161 E. 2 bis E. 4.

[44] So schon BGE 103 Ib 161 E. 2, wonach insbesondere bei Personalfürsorgestiftungen ein ausgewiesenes Bedürfnis für solche Änderungen und Anpassungen besteht.

[45] Siehe diese und weitere Beispiele bei *Riemer* (Fn. 3) N 12 zu Art. 85 ZGB und N 12 zu Art. 86 ZGB.

[46] Vgl. Art. 88 und Art. 89 sowie Art. 57 und Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 739 bis Art. 747 OR. Siehe hierzu *Sprecher* (Fn. 11) 433.

[47] Für Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen Art. 88 Abs. 2 ZGB (Aufhebung durch das Gericht). Für Personalfürsorgestiftungen insbesondere Art. 53*c* (Gesamtliquidation) und Art. 53*d* BVG (Verfahren bei Teil- oder Gesamtliquidation) i.V.m. Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (unerreichbarer Zweck).

1. Aufhebung aufgrund eines unerreichbaren Zwecks

Gemäss Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB hebt die *zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde* (bei einer klassischen Stiftung oder Personalfürsorgestiftung) oder das *Gericht* (bei einer Familienstiftung oder kirchlichen Stiftung) die Stiftung – entweder auf Antrag oder von Amtes wegen – auf, «wenn deren Zweck unerreichbar geworden ist und die Stiftung durch eine Änderung der Stiftungsurkunde nicht aufrechterhalten werden kann». Jede Person, die ein Interesse hat, ist zur Antragstellung oder zur Klage berechtigt.[48] Die zuständige Behörde oder das Gericht muss daraufhin die Aufhebung der Stiftung zwecks Liquidation beim Handelsregister zur Löschung des Eintrags anmelden.[49]

Die Unerreichbarkeit des Zwecks ist in praktischer Hinsicht mit Abstand der wichtigste Aufhebungsgrund. Der Zweck der Stiftung wird insbesondere dann unerreichbar, wenn es sich um einen obsoleten Stiftungszweck handelt oder ein vollständiger oder zumindest starker Vermögensverlust eintritt, wodurch die Weiterverfolgung des Zwecks nicht mehr möglich ist.[50] Im erstgenannten Fall sollte eine Zweckänderung stets möglich sein, nicht aber im zweitgenannten. Diese Unterscheidung ist insofern von Relevanz, als dass – getreu dem Grundsatz «Rettung vor Aufhebung», der inzwischen auch Eingang ins Gesetz gefunden hat – zunächst ein Zweckänderungsverfahren angestrengt werden muss.[51]

Ein Beispiel aus der bundesgerichtlichen Praxis für eine obsolete Zwecksetzung ist das Aussterben einer Familie bei einer auf deren Angehörige beschränkten Familienstiftung.[52] Ein anderes wäre das Ende des zweiten Weltkriegs bei einer nur für dessen Dauer errichteten Stiftung.[53] Bei Personalfürsorgestiftungen stellt sich aufgrund der engen Verknüpfung der Stiftung mit der Stifterfirma häufig die Frage nach der Unerreichbarkeit des Stiftungszwecks, so bei einer Liquidation, Fusion, Sitzverlegung ins Ausland, Veräusserung oder Vererbung der Stifterfirma.[54] Das Bundesgericht hatte hierzu kürzlich entschieden, dass eine wesentliche Umstrukturierung bei der Stifterfirma nicht zwingend die Totalliquidation der Personalfürsorgestiftung und deren Aufhebung zur Folge hat.[55]

2. Aufhebung aufgrund eines widerrechtlich oder unsittlich gewordenen Zwecks

Nach Art. 88 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 ZGB hebt die *zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde* (bei einer klassischen Stiftung oder Personalfürsorgestiftung) oder das *Gericht* (bei einer Familienstiftung oder kirchlichen Stiftung) die Stiftung – entweder auf Antrag oder von Amtes wegen – auf, «wenn deren Zweck widerrechtlich oder unsittlich geworden ist». Jede Person, die ein Interesse hat, ist zur Antragstellung oder zur Klage berechtigt.[56] Die zuständige Behörde oder das Gericht muss daraufhin die Aufhebung der Stiftung zwecks Liquidation beim Handelsregister zur Löschung des Eintrags anmelden.[57]

Die nachträgliche Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit ist als Aufhebungsgrund bisher kaum aktuell geworden. Eine nachträgliche Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn ein Stiftungszweck mit einer neuen Rechtslage unvereinbar wird.[58] Typisches Beispiel dafür ist eine Stiftung, die eine verbotene Partei unterstützt.[59] Eine nachträgliche Unsittlichkeit ist demgegenüber anzunehmen, wenn der Zweck nachträglich sich gewandelten sittlichen Anschauungen zuwiderläuft.[60] Der Zweck muss dabei als Ganzes und nicht bloss in Einzelheiten der veränderten Rechtsordnung widersprechen.[61]

3. Aufhebung unter Berücksichtigung des Stifterwillens

Als Ausfluss der Stiftungs- und Stifterfreiheit hat der Stifter mehrere Möglichkeiten, um eine Aufhebung der Stiftung aus anderen als den beiden soeben genannten Gründen herbeizuführen. Die zwei vom Stifterwillen beherrschten Aufhebungs-

---

48 Vgl. Art. 89 Abs. 1 ZGB.

49 Vgl. Art. 89 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 Bst. e HRegV.

50 EDI vom 12.3.1979, in: VPB 1980 37 ff. *Riemer* (Fn. 15) N 8 zu Art. 88–89 ZGB; *Eisenring* (Fn. 21) N 4 zu Art. 88–89 ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 3 zu Art. 88/89 ZGB.

51 Vgl. Art. 88 Abs. 1 Ziff. 1 a.E. ZGB («und die Stiftung durch eine Änderung der Stiftungsurkunde nicht aufrechterhalten werden kann»). Aus der älteren bundesgerichtlichen Praxis BGE 119 Ib 46 E. 3b; BGE 133 III 167 E. 4.1.

52 BGE 93 II 439 E. 3b.

53 So etwa *Grüninger* (Fn. 3) N 4 zu Art. 88/89 ZGB, m.w.N.

54 *Riemer* (Fn. 3) N 10 ff. zu Art. 88/89 ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 5 zu Art. 88/89 ZGB.

55 BGE 119 Ib 46 E. 3 (der Grundsatz, dass das Personalvorsorgevermögen dem Personal folgt, kann auch mit einer Teilliquidation gewahrt werden unter Fortführung der bisherigen Stiftung für einen Teil des Personals).

56 Vgl. Art. 89 Abs. 1 ZGB.

57 Vgl. Art. 89 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 Bst. e HRegV.

58 So etwa *Grüninger* (Fn. 3) N 4a zu Art. 88/89 ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 4 zu Art. 88/89 ZGB.

59 So *Riemer* (Fn. 3) N 25 zu Art. 88/89 ZGB.

60 So etwa *Grüninger* (Fn. 3) N 4a zu Art. 88/89 ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 4 zu Art. 88/89 ZGB.

61 Vgl. dazu *Riemer* (Fn. 3) N 25 ff. zu Art. 88/89 ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 4a zu Art. 88/89 ZGB.

gründe, die ebenfalls zulässig sein dürften, sind Befristungen und Resolutivbedingungen.

Die Befristung kann entweder faktischer Natur sein oder ausdrücklich in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden. Eine faktische Befristung wird etwa dadurch erreicht, dass die Stiftung innerhalb einer mehr oder weniger genau umschriebenen Zeitspanne durch eine allmähliche Aufzehrung ihres Vermögens untergeht.[62] Es kann aber auch eine ausdrückliche Befristung vorgesehen werden, wonach die Existenz einer Stiftung auf eine bestimmte Zeitdauer oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt beschränkt wird.[63]

Zudem ist es denkbar, dass die Existenz der Stiftung von einer Resolutivbedingung – einer auflösenden Bedingung i.S.v. Art. 154 OR – abhängig gemacht wird, indem die Stiftungsurkunde vorsieht, dass die Stiftung mit dem Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses untergehen soll. In der Literatur wird die Zulässigkeit von Resolutivbedingungen in der Stiftungsurkunde überwiegend bejaht.[64] Das Bundesgericht hat diese Frage in einem älteren Entscheid zwar angesprochen, aber vorerst offengelassen.[65] In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht die Resolutivbedingung in der Stiftungsurkunde sodann ausdrücklich als Aufhebungsgrund anerkannt und dabei klargestellt, dass bei Streitigkeiten über den Eintritt einer Resolutivbedingung nicht das Gericht, sondern die Aufsichtsbehörde zuständig ist.[66]

Eine Selbstauflösung der Stiftung durch den Stiftungsrat ist demgegenüber – anders als bei den körperschaftlich ausgestalteten juristischen Personen, also den Kapitalgesellschaften und der Genossenschaft, aber auch bei den Personengesellschaften – nicht möglich, da dies dem Wesen der Stiftung widersprechen würde, die über weite Strecken vom Stifterwillen beherrscht wird.[67] Zugleich verbietet das Trennungs- und Erstarrungsprinzip aber auch ein Verfügungsrecht des Stifters über die von ihm errichtete Stiftung und das hierfür ausgeschiedene Vermögen, wonach dieser die Stiftungsaufhebung auch nicht an die Stiftungsorgane delegieren darf.[68]

B. Liquidation der Stiftung

Das Liquidationsverfahren für privatrechtliche Stiftungen richtet sich durch Verweis und Weiterverweis nach den allgemeinen Regeln für juristische Personen und Aktiengesellschaften.[69] Bei einfachen, übersichtlichen Verhältnissen werden immerhin Vereinfachungen gegenüber dem Aktienrecht zugelassen.[70] Für öffentlich-rechtliche Stiftungen ist demgegenüber das öffentliche Recht massgebend.

1. Bestellung und Abberufung der Liquidatoren

Besonders interessant bei der Liquidation einer Stiftung erscheint zunächst, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die *aktienrechtliche Regelung* über die Bestellung und Abberufung der Liquidatoren auch auf solche Sachverhalte anwendbar ist. Aufgrund gesetzlicher (Weiter-)Verweise müsste diese Regelung in systematischer Hinsicht grundsätzlich anwendbar sein.[71] Es sprechen aber gewichtige Argumente, die sich aus dem Wesen der Stiftung ergeben, gegen eine umfassende Anwendung der Vorschriften zum aktienrechtlichen Liquidationsverfahren.[72]

Auf die Bestellung der Liquidatoren einer Stiftung ist Art. 740 Abs. 1 OR analog anzuwenden. Die Liquidation wird demnach durch den Stiftungsrat oder die in der Stiftungsurkunde bezeichneten Personen besorgt. Es liegt nahe, dass der Stiftungsrat die Liquidation selbst besorgt, sofern der Stifterwille dies nicht ausdrücklich anders anordnet. Da es einen Beschluss der Generalversammlung bei Stiftungen aber nicht gibt und auch nicht geben kann, dürfte es in der Praxis aus-

[62] BGE 70 I 209 E. 3: «rien n'empêchait les sociétés fondatrices de créer une institution appelée à disparaître le jour où ses ressources ne lui permettraient plus de faire face aux allocations statutaires». Ebenso *Riemer* (Fn. 3) N 54 ff. zu Art. 88/89 ZGB; *Riemer* (Fn. 15) N 11 zu Art. 88–89 ZGB; *Eisenring* (Fn. 21) N 2 zu Art. 88–89 ZGB.

[63] BGE 70 I 209 E. 3: «elles pouvaient tout aussi bien lui assigner d'emblée une durée limitée à quelques années». Ebenso *Riemer* (Fn. 3) N 57 ff. zu Art. 88/89 ZGB; *Riemer* (Fn. 15) N 16 zu Art. 88–89 ZGB.

[64] Vgl. etwa *Riemer* (Fn. 3) N 60 f. zu Art. 88/89 ZGB; *Riemer* (Fn. 15) N 17 zu Art. 88–89 ZGB; *Eisenring* (Fn. 21) N 2 zu Art. 88–89 ZGB.

[65] BGE 71 I 454 E. 3: «Eine Frage für sich ist, ob die Stiftungsurkunde gewisse ‹in der Eigenart und dem Zweck der Stiftung begründete› Beendigungsgründe vorsehen könne».

[66] BGE 120 II 412 E. 2a: «le fondateur a la possibilité de prévoir dans l'acte de constitution une ou plusieurs conditions résolutoires» mit der Ergänzung, «[u]ne condition résolutoire peut notamment consister dans la survenance d'un événement».

[67] BGE 140 II 255 E. 4.1: «une dissolution de la fondation par décision du conseil de fondation […] est inadmissible». Siehe auch *Eisenring* (Fn. 21) N 2 zu Art. 88–89 ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 2 zu Art. 88/89 ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 1 zu Art. 88/89 ZGB.

[68] BGE 140 II 255 E. 4.1: «une dissolution de la fondation […] par décision du fondateur ou des ayants droit est inadmissible». *Grüninger* (Fn. 3) N 2 zu Art. 88/89 ZGB.

[69] Vgl. Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 913 Abs. 1 i.V.m. Art. 739 bis Art. 747 OR.

[70] Vgl. dazu *Riemer* (Fn. 15) N 24 zu Art. 88–89 ZGB und N 3 zu Art. 58 ZGB.

[71] Vgl. Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 913 Abs. 1 i.V.m. Art. 740 (Bestellung) und Art. 741 OR (Abberufung).

[72] Zum Ganzen *Riemer* (Fn. 3) N 91 zu Art. 88/89 ZGB.

serdem zulässig sein, dass die Ernennung von Liquidatoren zudem durch die Aufsichtsbehörde, oder, wo eine solche – wie bei Familienstiftungen oder kirchlichen Stiftungen – nicht existiert, durch das Gericht erfolgen kann.

Ein jederzeitiges Abberufungsrecht der ernannten Liquidatoren analog Art. 741 Abs. 1 OR müsste folglich bei einer Stiftung entweder der Aufsichtsbehörde oder, sofern es sich um eine Familienstiftung oder kirchliche Stiftung handelt, dem Gericht zustehen. Dies gilt allerdings nur für die behördlich oder gerichtlich ernannten Liquidatoren und nicht für die durch den Stiftungsrat bestimmten oder andere in der Stiftungsurkunde bezeichneten Personen. Ein Abberufungsrecht des Stifters gestützt auf «wichtige Gründe» analog Art. 741 Abs. 2 OR wäre aber ebenso undenkbar wie ein entsprechendes Abberufungsrecht der Destinatäre, da deren Rechtspositionen nicht annähernd mit der Aktionärsstellung vergleichbar sind.

2. Verteilung des Vermögens

Da das Stiftungsrecht keine Vorschrift über die Vermögensverwendung aufstellt, kommt in dieser Hinsicht die *allgemeine Regel* über die Aufhebung einer juristischen Person von Art. 57 ZGB zur Anwendung. In der Praxis dürfte der Vermögensanfall an das Gemeinwesen nach Art. 57 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB jedoch von untergeordneter Bedeutung sein, da die Stiftungsurkunde zumeist einen Verwendungszweck oder eine entsprechende Ermächtigung an «die zuständigen Organe» (letzter Vorstand oder letzter Stiftungsrat) enthält.[73] Demgegenüber hat die staatliche Vermögenskonfiskation gemäss Art. 57 Abs. 3 ZGB zeitweise – vorab bei Verstössen von Aktiengesellschaften gegen die Gesetzgebung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – eine gewisse praktische Bedeutung erlangt.[74]

Nach Art. 57 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB fällt das Vermögen der aufzuhebenden Stiftung an das Gemeinwesen (Bund, Kanton und Gemeinde), dem die Stiftung nach ihrer Bestimmung angehört hat, sofern in der Stiftungsurkunde nichts anderes vorgesehen ist oder «die zuständigen Organe» es nicht anders bestimmen, und ist dem bisherigen Zweck möglichst entsprechend zu verwenden. Als zuständige Organe kommen in erster Linie der letzte Vorstand oder der letzte Stiftungsrat in Betracht, welche das Vermögen im «Geiste der Stiftung» bzw. nach dem «mutmasslichen Stifterwillen» zu verwenden haben.[75] Diesen Organen kommt daher unter Umständen ein erheblicher Ermessenspielraum zu, der durch eine weite Umschreibung des Empfängerkreises in der Stiftungsurkunde noch verstärkt werden kann. Im Übrigen können diese Organe, wie der Wortlaut bereits nahelegt, diesbezüglich auch eine andere Anordnung treffen.

Gemäss Art. 57 Abs. 3 ZGB fällt das Vermögen einer Stiftung, die wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke aufgehoben wird, in jedem Fall – sogar wenn etwas anderes bestimmt worden ist – an das Gemeinwesen. Dabei gilt es präzisierend anzumerken, dass nicht nur die gemäss Stiftungsurkunde unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecke, sondern auch ein entsprechender tatsächlicher Zweck oder ein entsprechendes Verhalten der Stiftungsorgane unter die Vermögenskonfiskation fällt.[76] Nicht unter die Vermögenskonfiskation fallen hingegen etwa Aufhebungen wegen eines Verstosses gegen eine Unterhaltsstiftung.[77]

Darüber hinaus kann man sich fragen, ob und in welchem Umfang neben Art. 57 ZGB noch Raum bleibt, um Art. 745 OR – die aktienrechtliche Vorschrift zur Verteilung des Vermögens – anzuwenden. Die Vorschrift wird in systematischer Hinsicht vom (Weiter-)Verweis erfasst.[78] Art. 57 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB gehen jedoch Art. 745 Abs. 1 OR als *lex specialis* vor, womit dieser verdrängt wird.[79] Demgegenüber dürften Art. 745 Abs. 2 und Abs. 3 OR sinngemäss bei Stiftungen anwendbar sein.[80]

C. Löschung der Stiftung im Handelsregister

Nach abgeschlossenem Liquidationsverfahren ist die Stiftung aus dem Handelsregister zu löschen, indem die zuständige Behörde oder das Gericht beim Handelsregisteramt die Feststellung des Abschlusses der Liquidation anmeldet.[81] Ohne das Einverständnis der Aufsichtsbehörde darf jedoch keine Löschung der Stiftung im Handelsregister erfolgen, auch nicht durch den oder die Liquidator(en).[82]

[73] So etwa *Riemer* (Fn. 15) N 5 zu Art. 57 ZGB; *Jakob* (Fn. 3) N 5 zu Art. 88/89 ZGB.

[74] BGE 107 Ib 12 E. 1; BGE 107 Ib 186 E. 6c; BGE 110 Ib 109 E. 3b; BGE 112 II 1 E. 4 und E. 7; BGE 115 II 401 E. 2. Siehe auch *Riemer* (Fn. 15) N 6 zu Art. 57 ZGB.

[75] Vgl. dazu *Riemer* (Fn. 3) N 99 zu Art. 88/89 ZGB; *Grüninger* (Fn. 3) N 19 zu Art. 88/89 ZGB.

[76] Siehe hierzu *Riemer* (Fn. 15) N 7 zu Art. 57 ZGB.

[77] Vgl. Art. 335 Abs. 1 ZGB. So etwa *Riemer* (Fn. 15) N 8 zu Art. 57 ZGB.

[78] Vgl. Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 913 Abs. 1 i.V.m. Art. 739 bis Art. 747 OR.

[79] So schon *Egger* (Fn. 22) N 9 zu Art. 58 ZGB, allerdings betreffend – den Art. 745 Abs. 1 OR entsprechenden – Art. 713 Abs. 1 OR in der Fassung vom 1.1.1912. So auch *Riemer* (Fn. 3) N 91 zu Art. 88/89 ZGB.

[80] Ebenso *Riemer* (Fn. 3) N 91 zu Art. 88/89 ZGB.

[81] Vgl. Art. 89 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 97 Abs. 1 Bst. f. HRegV.

[82] Anders Art. 746 OR, der bei einer Stiftungsaufhebung mit Liquidation nicht anwendbar ist. So auch *Riemer* (Fn. 3) N 105 zu Art. 88/89 ZGB.

Für den Fall, dass die Stiftung buchführungs- und rechnungslegungspflichtig ist, müssen die Geschäftsbücher der Stiftung zudem während zehn Jahren nach der Löschung im Handelsregister an einem sicheren Ort aufbewahrt werden.[83] Dieser wird von den Liquidatoren oder – wenn die sich nicht darüber einigen können – vom Handelsregisteramt bezeichnet.

IV. 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 Revision des Stiftungsrechts im Jahr 2006 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 neu gewonnene Flexibilität ermöglicht es Stiftungen, sich den veränderten Anforderungen und Bedürfnissen rascher anzupassen und so ihre Existenz langfristig zu sichern.

Die Vorschriften über die zivilrechtliche Umwandlung von Stiftungen bieten eine Möglichkeit der Kurskorrektur, die häufig nur wenig einschneidend ist. Gegenstand dieser Massnahme sind Änderungen der Organisation und des Zwecks einer Stiftung sowie weitere unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde. Während keine allzu hohen Anforderungen an rein organisatorische Änderungen zu stellen sind, ist im Rahmen einer Zweckänderung im Zweifel dem Stifterwillen der Vorzug zu geben. Eine Durchbrechung des Trennungs- und Erstarrungsprinzips scheint gerade bei der Geltendmachung eines Änderungsrechts des Stifters vertretbar, da hier der Verkehrsschutz anderweitig gewährleistet ist. Selbst bei unwesentlichen Änderungen der Stiftungsurkunde bildet der Stifterwille nach wie vor eine wichtige Leitschnur.

Die Aufhebung einer Stiftung ist selbsterklärend der schwerwiegendste Eingriff in den Stifterwillen, der nur als äusserstes Mittel ins Auge gefasst werden darf. Angestrebtes Ziel dieser Massnahme ist stets die Liquidation des Stiftungsvermögens. Dennoch hat diese Rechtsfigur in einigen äusserst kritischen Fallkonstellationen durchaus ihre Berechtigung und kann darüber hinaus sogar ausdrücklich vom Stifterwillen gedeckt sein. Eine Selbstauflösung der Stiftung durch den Stiftungsrat ist hingegen nicht möglich, da dies dem Wesen der Stiftung widersprechen würde, die über weite Strecken vom Stifterwillen beherrscht wird. Zugleich verbietet das Trennungs- und Erstarrungsprinzip ein allfälliges Verfügungsrecht des Stifters über die von ihm errichtete Stiftung und das hierfür ausgeschiedene Vermögen.

Die heute geltenden Vorgaben für die zivilrechtliche Umwandlung und Aufhebung von Stiftungen können insgesamt als ausgeglichen und zeitgemäss betrachtet werden. Dem schweizerischen Stiftungsrecht gelingt es einmal mehr, 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 festgehalten werden, dass sich das neue Recht rund 15 Jahre nach Inkraftsetzung bewährt hat.

[83] Vgl. Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 913 Abs. 1 i.V.m. Art. 747 Abs. 1 OR. Zur Frage der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht Art. 83*a* ZGB i.V.m. Art. 957 OR. Siehe auch *Riemer* (Fn. 3) N 106 zu Art. 88/89 ZGB.