

Vorab per E-Mail

Eidgenössisches Departement des Innern
Herrn Lukas Bruhin
Herrn Dr. Kurt Stampfli
Inselgasse 1
3003 Bern

Basel, 12. April 2016 CDE/RBA

**Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht
Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes über Aufgaben,
Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht**

Sehr geehrter Herr Bruhin, sehr geehrter Herr Dr. Stampfli

Wir danken Ihnen sehr für die Anhörung von proFonds zum geplanten Bundesgesetz über die Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ("ESAG"). Den Austausch vom 6. April 2016 haben wir als konstruktiv empfunden. Wir hoffen, unsere Standpunkte finden Eingang in den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsvorhabens.

Wir erlauben uns, Ihnen die Anliegen von proFonds im Nachgang zur Anhörung schriftlich zu unterbreiten. Die Ausführungen beziehen sich auf den Entwurf des ESAG in der Version vom 2. März 2016.

Grundsatz

proFonds hat grundsätzlich keine Bedenken gegen die Auslagerung der ESA aus der Bundesverwaltung. Voraussetzung ist jedoch, dass der Vollzug der Auslagerung durch das ESAG in einer für den Stiftungssektor und die betroffenen Stiftungen befriedigenden Weise erfolgt. Der Entwurf des ESAG in der Version vom 2. März 2016 vermag diese Voraussetzung noch nicht zu erfüllen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

In unserer Vernehmlassung zuhanden von Herrn Bundesrat Ueli Maurer zum Stabilisierungsprogramm des Bundes haben wir drei Punkte der Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht ("ESA") kritisch beurteilt:

- drohender Automatismus beim Personalausbau der ESA
- Gebührenerhöhungen, nachdem die Gebühren bereits am 1. Januar 2015 erhöht wurden
- teurer Verwaltungsrat der ESA

Diese Kritikpunkte beschlagen auch den Entwurf des ESAG, weitere kommen hinzu. Zum Entwurf haben wir namentlich folgende Bemerkungen.

Ziel, Aufgaben und Aufsichtsmittel der ESA (Art. 2 – 4 E-ESAG)

Das Ziel der ESA ist unseres Erachtens in Art. 2 Abs. 1 E-ESAG zu wenig konzis formuliert. Zu bevorzugen wäre eine direkte Formulierung wie etwa: *"Die ESA stellt sicher, dass die Stiftungsvermögen gemäss dem Stiftungszweck verwendet werden."*

Bei den Artikeln über die Aufgaben und Aufsichtsmittel (Art. 3 f. E-ESAG) fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf den zentralen Grundsatz, wonach die ESA nicht eine Fach- oder Ermessens-, sondern eine *reine Rechtsaufsicht* ist. Der Grundsatz wird zwar im Erläuternden Bericht zum ESAG, S. 6, Ziff. 2.2, erwähnt, nicht hingegen im Gesetzesentwurf. Er ist unseres Erachtens an geeigneter Stelle ausdrücklich festzuhalten, vorzugsweise in Art. 3 E-ESAG, wie folgt: *"Die Aufsicht der ESA ist eine Rechts- und keine Fachaufsicht."*

Bei der Aufzählung der einzelnen *Aufsichtsmittel* wird im Entwurf festgehalten, dass die ESA Entscheide der Stiftungsorgane *ändern* kann (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. e). Eine solche Änderung von Entscheiden durch die ESA kann einzig als Ersatzvornahme, nicht hingegen als Regelfall erfolgen. Die ESA darf Entscheide der Stiftungsorgane aufheben. Sie darf aber nicht an ihrer Stelle neu entscheiden (Ausnahme bei Dringlichkeit im Sinne einer Ersatzvornahme). Deswegen ist unseres Erachtens lit. e wie folgt zu kürzen: *"Entscheide der Stiftungsorgane aufheben"*. Der Fall der Ersatzvornahme ist in lit. g erwähnt, so dass die ESA die Möglichkeit hat, bei Dringlichkeit auch Entscheide der Stiftungsorgane zu ändern.

Ein weiterer Aspekt betrifft Art. 4 Abs. 2 E-ESAG. Darin wird zu Recht festgehalten, dass die ESA die *Selbständigkeit* der Stiftungen und die Eigenverantwortung der Stiftungsorgane zu respektieren hat. Das Bundesgericht hat dazu in den letzten Jahrzehnten eine reichhaltige Praxis entwickelt. Daher wäre es sinnvoll, in diesem Bereich die *gefestigte Terminologie des Bundesgerichts* zu übernehmen und an geeigneter Stelle im Gesetz ausdrücklich zu nennen. Danach respektiert die Aufsicht bei ihrer Tätigkeit das *Ermessen* der Stiftungsorgane und unterlässt es, in den *Autonomiebereich* der Stiftung und der Stiftungsorgane einzugreifen.

Schliesslich erscheint es angezeigt, ausdrücklich im Gesetz festzuhalten, dass die Aufsicht ihre Aufsichtsmittel nach Massgabe der verwaltungsrechtlichen *Grundsätze, namentlich die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität*, einzusetzen hat.

Pflichten der Stiftungen gegenüber der ESA (Art. 5 E-ESAG)

Während Art. 5 Abs. 1 des E-ESAG die üblichen Pflichten der Stiftungen bei der jährlichen Rechenschaftsablage statuiert, sehen die Absätze 2 und 3 weitere Pflichten der Stiftungen vor.

Diese weiteren Pflichten werden erstmals kodifiziert und können sich nicht auf eine bekannte Rechtsprechung zum Stiftungsaufsichtsrecht stützen. Sie sind im Entwurf nicht konzis umschrieben und stellen die Stiftungsräte vor unlösbare Aufgaben. Das Gesetz bringt nicht mit der erforderlichen Klarheit zum Ausdruck, *welche* Auskünfte und Unterlagen die Stiftungsräte der ESA *zu welchem Zeitpunkt* auszuhändigen haben. Die Voraussetzungen dieser Informations- und Herausgabepflichten sind entsprechend nicht mit der erforderlichen gesetzgeberischen Bestimmtheit umschrieben. Beide Absätze sind unter den Aspekten des *Legalitätsprinzips und des Grundsatzes der Rechtssicherheit* sehr fragwürdig und setzen die Stiftungsräte – wie erwähnt – vor unlösbare Aufgaben. Sie öffnen Tür und Tor für nicht berechnete potentielle Haftungsansprüche gegen Stiftungsratsmitglieder und entziehen diesen den gebotenen Schutz vor Willkür.

Fazit: Die Absätze 2 und 3 von Art. 5 E-ESAG sind ersatzlos zu streichen. Eventualiter wäre Absatz 2 in der folgenden Formulierung denkbar: "Die Stiftungen übermitteln der ESA auf deren Verlangen alle Auskünfte und Unterlagen, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt."

Informationsaustausch und Amtshilfe (Art. 6 E-ESAG)

Die Kompetenzen der ESA betreffend Informationsaustausch und Amtshilfe sind neu und einschneidend geregelt. Ein Vergleich zu den entsprechenden Bestimmungen im Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) zeigt, dass Art. 6 E-ESAG einen weitergehenden Informationsaustausch bzw. eine weitergehende Amtshilfe vorsieht als das FINMAG. Soweit ersichtlich ist das praktische Bedürfnis an dieser weitergehenden Amtshilfe nicht nachgewiesen. Die Ausführungen dazu im Erläuternden Bericht bringen diesbezüglich keine befriedigenden Aufschlüsse. proFonds ist nicht überzeugt, dass die Bestimmung für die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags der ESA unumgänglich ist.

Die Erforderlichkeit sowie gegebenenfalls die konkrete Ausgestaltung des Informationsaustausches und der Amtshilfe sind vertieft zu prüfen. Rein eventualiter haben wir dazu folgende Bemerkungen:

Die *Kompetenz zur aktiven Datenbekanntgabe* der ESA geht sehr weit und wäre entsprechend in der Praxis mit Augenmass zu handhaben. Es handelt sich bei den Absätzen 1 und 3 von Art. 6 E-ESAG um *Kann-Bestimmungen*, was richtig ist. Unseres Erachtens fehlt aber an dieser Stelle die gesetzliche Statuierung des *Subsidiaritätsprinzips*. Im Erläuternden Bericht, S. 13, wird dieses zutreffend erwähnt: Die ESA soll bei einem vermuteten Verstoss vorerst bei den Stiftungsorganen intervenieren und diese zu den erforderlichen Schritten anhalten und erst danach, wenn die Aufforderung erfolglos war, der spezifisch zuständigen Behörde Informationen und Unterlagen liefern. Dieser wichtige Grundsatz der Subsidiarität muss unseres Erachtens nicht nur im Erläuternden Bericht, sondern ausdrücklich in Art. 6 E-ESAG Erwähnung finden.

Die Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten in Art. 6 Abs. 3 E-ESAG ist zwingend zu *beschränken auf besonders gravierende Fälle* wie etwa Verbrechen und Vergehen.

Schliesslich besteht in Art. 6 Abs. 1 und 2 E-ESAG eine nicht unerhebliche Diskrepanz zum Erläuternden Bericht. Nach dem Gesetzeswortlaut kommt eine Datenbekanntgabe unter anderem nur in Frage, wenn dies für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der ESA bzw. der Behörden (vgl. Abs. 2) *erforderlich* ist. Im Erläuternden Bericht, S. 13, wird demgegenüber festgehalten, dass die Bekanntgabe nur dann in Frage kommt, wenn es für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der ESA *unumgänglich* ist. Erforderlich und unumgänglich sind inhaltlich nicht dasselbe. Unseres Erachtens ist die Terminologie *unumgänglich* zutreffend. Entsprechend wäre der Wortlaut des Gesetzes anzupassen.

Verwaltungsrat (Art. 8 f. E-ESAG)

Im Erläuternden Bericht, S. 26, ist zu lesen, dass die Kosten des Verwaltungsrats jährlich rund CHF 100'000 bis 200'000 betragen sollen. Es wird offenbar davon ausgegangen, dass der Präsident mit einem Arbeitspensum von 40% mandatiert wird.

Sowohl die Kosten als auch das Pensum des Präsidenten sind deutlich zu hoch. Vergleiche mit den Verwaltungsräten der Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB) und der BVG- und Stiftungsaufsicht Zürich (BVS) zeigen folgendes Bild:

BSABB: Nach Presseberichten und entsprechenden parlamentarischen Interventionen musste die BSABB die Entschädigungen an die Verwaltungsräte deutlich senken. Neu beträgt die Gesamtentschädigung für den fünfköpfigen Verwaltungsrat *CHF 88'500* inklusive Entschädigung für fünf Sitzungen (vormals CHF 120'000). Die von der BSABB beaufsichtigten Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen verfügen über ein Vermögen von total CHF 150 Mrd. (Basis Geschäftsbericht 2014).

BVS: Der Verwaltungsrat besteht aus einem Verwaltungsrat von ebenfalls fünf Mitgliedern. Der Gesamtaufwand für den Verwaltungsrat belief sich gemäss Jahresrechnung der BVS für das Jahr 2014 auf *CHF 72'000*. Die vom BVS beaufsichtigten Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen verfügen über ein Vermögen von total rund CHF 275 Mrd. (Basis Geschäftsbericht 2014).

Der Verwaltungsrat der ESA ist das oberste Leitungsorgan. Er hat *strategische Aufgaben*. Dementsprechend ist ein 40%-Pensum des Präsidenten deutlich überhöht. Die Geschäfte werden durch die operative Geschäftsleitung der ESA vorbereitet, so dass sie im Rahmen von Sitzungen (mit entsprechender Vor- und Nachbereitung) wie bei der BSABB und der BVS erledigt werden können. Die ESA beaufsichtigt zwar rund 4'000 Stiftungen, was aber auf die strategische Arbeit des Verwaltungsrats kaum einen Einfluss haben dürfte. Hinsichtlich der Aufgaben des Verwaltungsrats und des Personalbestands der ESA besteht Vergleichbarkeit mit der BSABB und der BVS. Aufgrund der Vorsorgeeinrichtungen, welche die BSABB und die BVS zusätzlich neben den klassischen Stiftungen zu beaufsichtigen haben, erscheinen die Aufgaben dieser Verwaltungsräte eher komplexer als

diejenigen des Verwaltungsrats der ESA. Die Erfahrungen bei der BSABB und der BVS zeigten, dass der Aufwand des Verwaltungsrats im ersten und evtl. zweiten Jahr nach der Auslagerung höher waren als in den Folgejahren, was angesichts der Aufbauarbeit verständlich ist.

Alles in allem ist unseres Erachtens eine Gesamtentschädigung im Bereich zwischen CHF 100'000 und CHF 200'000 sowie ein präsidiales Pensum von 40% deutlich überhöht. Beides ist auf ein angemessenes Niveau zu senken.

Gebühren (Art. 14 – 16 E-ESAG)

Die Aufteilung der Gebühren in eine jährliche Aufsichtsabgabe und eine Gebühr für weitere Verfügungen und Dienstleistungen erscheint uns plausibel. Es wäre sinnvoll, für die Gebührenerhebung das *Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip* im Gesetz ausdrücklich festzuhalten (z. B. in Art. 16 E-ESAG).

Bereits in der Vernehmlassung zum Stabilisierungsprogramm des Bundes haben wir unsere Sorge zum Ausdruck gebracht, dass die Auslagerung der ESA eine erneute Gebührenerhöhung bringen wird. Die ESA hat ihre Gebühren bereits auf den 1. Januar 2015 erhöht. Die zunehmenden Gebühren führen zu einem Abfluss von Geld, das den Stiftungen nicht mehr für die Umsetzung der gemeinnützigen Zwecke zur Verfügung steht.

Die jährliche Aufsichtsgebühr sollte den Einzelfall gebührend berücksichtigen und sich in einem vernünftigen bzw. moderaten Rahmen bewegen. Ebenso moderat sollte die jährliche Gesamtbelastung ausfallen, die sich aus der Gebühr für die Prüfung der Rechenschaftsablage und der Aufsichtsabgabe ergibt.

Kommt es wie angekündigt aufgrund der Auslagerung zu weiteren Erhöhungen, wird dies namentlich kleine und mittlere Stiftungen empfindlich treffen.

Wir begrüßen, dass das ESAG die Gebühr nach Vermögensklassen abstuft, einen Höchstbetrag vorsieht und Stiftungen mit geringen Vermögen von der Entrichtung teilweise befreien kann (vgl. Art. 16 Abs. 2 E-ESAG). Allerdings sollte diese Bestimmung nicht nur als Kann-Bestimmung ausgestaltet sein. Solange uns die Gebührenverordnung des Bundesrats nicht vorliegt, können wir keine weiteren Ausführungen dazu machen. Wir behalten uns solche weiteren Ausführungen ausdrücklich vor und würden es begrüßen, wenn wir zum Entwurf der Gebührenverordnung Stellung nehmen könnten.

Verantwortlichkeit der ESA (Art. 20 E-ESAG)

Wir stellen fest, dass die Haftung der ESA bzw. des Bundes gegenüber dem Status Quo empfindlich abgeschwächt wird. Die ESA soll nur haften, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt und die Schäden nicht auf – selbst leichte – Pflichtverletzungen der Stiftungsorgane zurückzuführen sind.

Faktisch bedeutet dies eine Freizeichnung von der Haftung für die ESA. Es sind kaum Fälle denkbar, bei denen ein Schaden nicht auch auf Pflichtverletzungen der Stiftungsorgane zurückzuführen ist. Als Folge davon kann sich die ESA einer Haftung entziehen, selbst wenn sie ihrerseits die Aufsicht – in wesentlichen Punkten – pflichtwidrig geführt hat. Diese Situation ist stossend.

Die Begründung für die Haftungsbegrenzung der ESA im Erläuternden Bericht, S. 21, vermag sachlich nicht zu überzeugen. Es wird einzig festgehalten, dass der Corporate-Governance-Bericht vom 13. September 2006 dies so vorsehe für ausgelagerte Einheiten des Bundes. Eine materielle Begründung fehlt indessen.

Die Gerichtspraxis zu Staatshaftungsfällen unter dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes ist ohnehin bereits restriktiv. Es kommt selten zu Staatshaftungen. Warum nun im Rahmen der Auslagerung der ESA die Verantwortlichkeit noch weitergehend beschränkt, ja geradezu faktisch ausgeschlossen werden soll, leuchtet nicht ein. Stiftungen und Gläubiger von Stiftungen werden dadurch gegenüber dem Status Quo deutlich schlechter gestellt.

Offenbar beabsichtigt der Bund, seine Ausfallhaftung zu beschränken (vgl. Erläuternder Bericht, S. 21). Dies steht jedoch in einem *Spannungsverhältnis* zur Absicht des Bundes, dem Bundesrat sehr weitgehende Aufsichtskompetenzen über die ESA einzuräumen (siehe dazu sogleich). Verantwortlichkeit und Aufsicht sollten aber vielmehr in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen.

proFonds beantragt, Art. 20 Abs. 2 des E-ESAG *ersatzlos zu streichen*. Der geltende Zustand unter dem Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes ist der Situation angemessen. Art. 20 Abs. 1 des E-ESAG würde demnach wie folgt lauten: "*Die Verantwortlichkeit der ESA, ihrer Organe und ihres Personals richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958.*"

Aufsicht der ESA durch den Bundesrat (Art. 24 E-ESAG)

Gemäss dem Stabilisierungsprogramm des Bundes ist ein wesentliches Ziel der Auslagerung, die *Unabhängigkeit der ESA zu stärken*. Gemäss dem Erläuternden Bericht zum Stabilisierungsprogramm, S. 72, soll die ESA in ihren Entscheiden formell nicht mehr direkt den Weisungen des Bundesrats und den Verwaltungsbehörden unterstehen.

Wir begrüssen, dass die Auslagerung die Unabhängigkeit der ESA stärken soll. Allerdings stellen wir fest, dass im E-ESAG die *Aufsichtskompetenzen des Bundesrats sehr weit gehen*. Es ist nicht einzusehen, warum der Bundesrat gemäss Art. 24 Abs. 1 E-ESAG etwa

- die Begründung oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin bzw. dem Direktor genehmigen soll;
- die Revisionsstelle wählen und abberufen soll;
- die Personalverordnung und den Geschäftsbericht genehmigen soll.

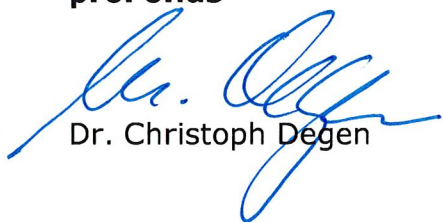
Die ESA verfügt über einen *Verwaltungsrat, dem die strategische Führung der ESA obliegt*. Die Aufsicht des Bundesrats kann sich auf das zwingend erforderliche Mass beschränken (etwa Wahl und Abberufung des Verwaltungsrats und Kenntnisnahme des jährlichen Geschäftsberichts und der strategischen Ziele der ESA). Andernfalls besteht die Gefahr, dass er verstärkt Einfluss nimmt. Damit würde aber die Unabhängigkeit der ESA – eines der wichtigsten Ziele der Auslagerung – in Frage gestellt.

Weiter ist die Aufzählung in Art. 24 Abs. 1 E-ESAG infolge des Wortes *insbesondere* offenbar nicht abschliessend. Dies wäre aber uferlos und würde dem Bundesrat weitere, nicht kodifizierte Aufsichtskompetenzen einräumen. Eine sachliche Rechtfertigung für eine nicht abschliessende Aufzählung liegt nicht vor. Vielmehr läge ein Widerspruch zu den anerkannten Grundsätzen der Good Governance vor. *Fazit:* Das Wort *insbesondere* in Art. 24 Abs. 1 E-ESAG ist *zu streichen*.

Warum der Bundesrat ein *umfassendes Einsichtsrecht* in *sämtliche* Geschäftsunterlagen der ESA haben soll (vgl. Art. 24 Abs. 2 E-ESAG), ist sachlich nicht gerechtfertigt und beeinträchtigt erneut die Unabhängigkeit der ESA. Wir regen dazu an, die Wendung "*...in sämtliche Geschäftsunterlagen der ESA...*" wie folgt zu ändern: "*...in hierfür erforderliche Geschäftsunterlagen der ESA...*"

Wir danken Ihnen für die aufmerksame Prüfung unserer Anliegen. Wir hoffen, dass unsere Anregungen bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage Berücksichtigung finden. Für ein weiteres Gespräch oder eine Vertiefung spezifischer Fragen steht proFonds gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen
proFonds



Dr. Christoph Degen



Dr. Roman Baumann Lorant