

Thomas Sprecher

Stiftung und Konkurs

Inhaltsübersicht

Einleitung	368
I. Konkurs des Stifters	368
1. Klassische Stiftung	369
2. Kirchliche Stiftung und Familienstiftung	374
3. Erbstiftung	375
4. Konkursrechtliche Anfechtung	376
a) Schenkungsanfechtung	376
b) Überschuldungsanfechtung	377
c) Absichtsanfechtung	377
d) Wirkungen der Anfechtung	377
II. Konkurs der Stiftung	378
1. Konkursfähigkeit	378
a) Rechtslage bis 1997	378
b) Rechtslage seit 1997	379
c) Insolvenzerklärung	381
d) Wechselbetriebsfähigkeit	383
e) Nachlassverfahren	383
f) Rechtsvergleichung	383
2. Die Stiftung vor der Konkurseröffnung	383
a) Verhältnis des Konkurses zur Aufhebung der Stiftung	383
b) Überschuldung	386
c) Eingehen von Verpflichtungen	387
d) Konkursaufschub	388
3. Die Stiftung im Konkursverfahren	388
a) Konkursort	389
b) Eintragung der Konkurseröffnung im Handelsregister	389
c) Mitwirkung des Stiftungsrates	389
d) Konkursmasse	389
e) Konkursforderungen	390
4. Die Stiftung nach Beendigung des Konkursverfahrens	390
a) Erlöschen der Stiftung	390
b) Widerruf des Konkurses und Weiterbestehen der Stiftung	391
c) Nachkonkurs	392
5. Internationales Konkursrecht	392
6. Regelungsbedarf des Stifters	392
III. Konkurs Dritter	393
1. Konkurs von Geschäftspartnern der Stiftung	393
2. Konkurs von Destinatären der Stiftung	394
3. Konkurs des Arbeitgebers bei Personalvorsorgestiftungen	394

Einleitung

Stiftungen können auf verschiedene Weise von Konkursen betroffen sein. In Konkurs können fallen der Stifter oder die Stiftung selbst, aber auch Dritte, die in einer rechtlichen Beziehung zur Stiftung stehen, insbesondere Vertragspartner und Destinatäre und bei Personalvorsorgestiftungen das Arbeitgeber-Unternehmen. Je nachdem stellen sich verschiedene Rechtsprobleme, die nachfolgend skizziert seien.¹

I. Konkurs des Stifters

Der Konkurs umfasst alles pfändbare Vermögen des Stifters zur Zeit der Konkursöffnung (Art. 197 SchKG). Im Zusammenhang mit der Stiftungerrichtung fragt es sich also, in welchem Zeitpunkt das der Stiftung gewidmete Vermögen sich vom Stifter löst und auf die Stiftung übergeht. Je nachdem fällt es noch in die Konkursmasse oder eben nicht mehr. Zu beachten sind dabei die Fragen des Zeitpunktes der Entstehung der Stiftung, ihrer Fähigkeit, Vermögen zu erwerben, und ihrer Widerrufbarkeit.

Die Übertragung des Vermögens vom Stifter auf die Stiftung geschieht durch die Widmung bzw. ihren Vollzug. Der Begriff der Widmung stammt aus Art. 80 ZGB: «Zur Errichtung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck.» Die Widmung ist ein unentgeltliches, nichtempfangsbedürftiges, einseitiges Rechtsgeschäft *sui generis*, das die Schaffung eines neuen

Rechtssubjektes bezweckt.² Sie bedeutet die *Verpflichtung* des Stifters zugunsten der entstehenden Stiftung, nicht schon die Verfügung. Mit der Widmung verpflichtet sich der Stifter, das gewidmete Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. Die Verpflichtungserklärung erfolgt durch die Errichtung der öffentlichen Urkunde und ist mit ihr abgeschlossen.

1. Klassische Stiftung

Die durch öffentliche Urkunde errichtete klassische Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB entsteht und wird rechtsfähig (Art. 53 ZGB) mit dem Eintrag ins Handelsregister (Art. 52 Abs. 1 ZGB).³ Solange über sie noch keine öffentliche Urkunde errichtet ist, gibt es sie noch keineswegs, ist sie ein rechtliches *nullum*.

Was aber gilt für die durch öffentliche Urkunde errichtete Stiftung, die noch nicht im Handelsregister eingetragen ist? Kann sie das ihr gewidmete Vermögen erwerben? Nach verschiedenen Lehrmeinungen hat sie die Rechtsstellung eines *nasciturus*.⁴ Demnach wäre sie unter Vorbehalt der Eintragung im Handelsregister rechtsfähig und könnte das ihr vom Stifter gewidmete Vermögen erwerben. Das Bundesgericht hielt dazu fest:⁵ «Das Gesetz setzt diese bedingte Rechtsfähigkeit der noch nicht eingetragenen Stiftung voraus, indem es vorsieht, [zum] [...] Errichtungsgeschäft des Stifters gehöre die Widmung eines Vermögens für einen bestimmten Zweck. Eine solche Widmung [...] kann vor der Eintragung nur erfolgen, wenn die Stiftung die ihr eingeräumten Ansprüche wenigstens bedingt erwerben kann». Nach Riemer kommt der Stiftung hingegen *hinsichtlich des ihr vom Stifter gewidmeten Vermögens* bereits nach erfolgter Errichtung der Stiftungsurkunde Rechtsfähigkeit zu.⁶ «einseitig verpflichten kann man sich auch zugunsten einer rechtlich überhaupt noch nicht existierenden Person; diese erwirbt das entsprechende, für sie bestimmte Recht *mit* ihrer Entstehung und kann sich von da an auch auf dieses berufen».⁷ Die unter Lebenden errichtete «Stiftung» kann dem-

¹ Soweit nicht nachfolgend im einzelnen erwähnt, wurde folgende Literatur herangezogen: BRUNO CHRISTEN, Teilliquidation und Liquidation bei Vorsorgeeinrichtungen: Was muss der Stiftungsrat tun und was ist der Beitrag der Wirtschaftsprüfung?, in: ST, Zürich, Jg. 74 (2000), 5, 481–488; MICHAEL HINZ, Die Haftung der Stiftung für Verbindlichkeiten des Stifters, Baden-Baden: Nomos 1996; MARCO LANTER, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen. Die zivilrechtliche Haftung von Organpersonen mit Verwaltungs- und Aufsichtsaufgaben unter Berücksichtigung der Vorschriften des BVG, Diss. Zürich 1984 (= ZStP 41); MARCO LANTER, Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen bei Vermögensanlage von nicht registrierten Vorsorgeeinrichtungen, in: Publikation anlässlich des 20jährigen Jubiläums, Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Jahresversammlung vom 7./8. Juni 1990 in St. Gallen, Bern 1990, S. 44–58; MARCO LANTER, Aufgaben und Verantwortlichkeit in der Stiftung, Basel 1998 (= Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft für gemeinnützige Stiftungen 6); HANS MICHAEL RIEMER, Rechtsprobleme der Unternehmensstiftung, in: ZBJV 116 (1980), 489 ff.; KARL SPÜHLER/MYRIAM GEHRI/SUSANNE B. PFISTER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 3. Aufl., Zürich 2004, URS SUTER, Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, in: Verantwortlichkeit und Vermögensanlage nach neuer BVV 2, gültig seit 1.7.96, hrsg. von Revisuisse Price Waterhouse, S. 5–12.

² HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar. Die Stiftungen. Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89^{bis} ZGB, Bern 1975, Nachdruck 1981 [zit. RIEMER, BK], Art. 80 N 4 ff., Art. 81 N 77; HAROLD GRÜNINGER, Kommentar zu Art. 80–89^{bis}, 335, 349–359, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1–359 ZGB, hrsg. v. HEINRICH HONSELL u.a., 2. Aufl., Basel u.a. 2003. [zit. BSK ZGB-GRÜNINGER], Art. 80 N 6.

³ THOMAS SPRECHER/ULYSSES VON SALIS, Die schweizerische Stiftung, Zürich: Schulthess 1999, Nr. 81 [zit. SPRECHER/VON SALIS]; Art. 52 ZGB, Art. 101–103 HRV.

⁴ Vgl. RIEMER, BK, Art. 81 N 77.

⁵ BGE 99 II 265 f.

⁶ RIEMER, BK, Art. 81 N 61.

⁷ RIEMER, BK, Art. 81 N 77.

nach vor ihrer Eintragung im Handelsregister rechtsgültig Zuwendungen Dritter erhalten.⁸

Was gilt, wenn die Stiftung nach Errichtung der öffentlichen Urkunde widerrufen wird? Hier fragt es sich, bis wann die Errichtung einer öffentlichen Urkunde über eine Stiftung widerrufen werden kann. Der Zeitpunkt des Eintritts der Unwiderruflichkeit ist bei den klassischen Stiftungen umstritten.⁹ Manche Autoren nehmen an, die Stiftung werde bereits mit der öffentlichen Beurkundung unwiderruflich,¹⁰ andere legen diesen Zeitpunkt erst auf die Eintragung der Stiftung im Handelsregister fest. Das Bundesgericht schliesst die Massgeblichkeit eines «Erlöschens des Stifterwillens» zwischen der Errichtung der Stiftungsurkunde und der Anmeldung zur Eintragung der Stiftung ins Handelsregister nicht aus.¹¹

Wie verhält es sich bei einem Stifter, der zwischen öffentlicher Beurkundung und Handelsregistereintrag verstirbt? Es ist unklar, ob die Erben die Stiftung widerrufen können.¹² Fest steht, dass das gewidmete Vermögen zunächst in die Erbmasse fällt und die Stiftung erst mit ihrer Errichtung Trägerin des Vermögens werden könnte.¹³

Die Stiftung braucht ein Stiftungsvermögen, das gross genug ist, um eine zweckentsprechende Tätigkeit der Stiftung zu ermöglichen.¹⁴ Dabei reicht es, wenn begründete Aussicht besteht, dass sie das notwendige Vermögen bis zur Aufnahme ihrer Tätigkeit erlangt.¹⁵ Ohne Vermögen keine Stiftung – sind die ihr gewidmeten Vermögensrechte durch Verjährung¹⁶ oder auf andere Weise untergegangen, kann die Stiftung grundsätzlich nicht mehr entstehen;¹⁷ sie darf ins Handelsregister eingetragen werden nur noch bei begründeter Aussicht auf einen späteren Vermögenszugang.

Welches sind nun die Wirkungen, wenn über den Stifter der Konkurs eröffnet wird, bevor die Stiftung im Handelsregister eingetragen ist:

- Darf oder muss die Konkursverwaltung die Stiftung im Handelsregister anmelden?

⁸ Später, nach der Stiftungserrichtung vorgenommene Zuwendungen an die Stiftung sind keine Widmungen im Sinne von Art. 80 ZGB, sondern zum Beispiel Schenkungen (RIEMER, BK, Art. 80 N 5), die obligationenrechtlich, nicht stiftungsrechtlich zu qualifizieren sind.

⁹ RIEMER, BK, Art. 81 N 68.

¹⁰ RIEMER, BK, Art. 81 N 69 ff.

¹¹ BGE 99 II 264 E. 9c.

¹² Nach RIEMER ist diese Frage präjudiziert durch die Beantwortung der Frage nach der Widerruflichkeit durch den Stifter selbst (BK, Art. 81 N 75).

¹³ RIEMER, BK, Art. 81 N 76.

¹⁴ SPRECHER/VON SALIS, Nr. 33.

¹⁵ SPRECHER/VON SALIS, Nr. 349.

¹⁶ RIEMER, BK, Art. 81 N 80.

¹⁷ RIEMER, BK, Art. 81 N 65.

- Kann sie die Errichtung der öffentlichen Urkunde widerrufen?
- Muss der Handelsregisterführer, wenn die Stiftung bereits zur Eintragung angemeldet, aber noch nicht eingetragen ist, die Eintragung aussetzen, bis sich die Konkursverwaltung zur Frage des Widerrufs geäussert hat?
- Was geschieht mit dem der Stiftung gewidmeten Vermögen?

Fällt der Stifter in Konkurs, bevor die Stiftung im Handelsregister eingetragen ist, so fehlt ihr zunächst das vom Stifter zuge dachte Vermögen. Es fällt in die Konkursmasse. Der Stifter selbst kann die Stiftung nicht mehr beim Handelsregister anmelden (Art. 204 Abs. 1 SchKG).¹⁸

Die «werdende Stiftung» hat gegen den Stifter durch die Errichtung der Stiftungsurkunde Anspruch auf Übertragung des ihr gewidmeten Vermögens erworben. Dieser Anspruch richtet sich nun also gegen die Konkursmasse. Unter der Voraussetzung, dass die Stiftung im Handelsregister eingetragen wird und entsteht, kann sie ihn im Konkurs geltend machen. Sie wird Gläubigerin und hat Anspruch auf eine Konkursdividende. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass sie via Konkursdividende zu einem zwar kleineren, aber immer noch hinreichenden Vermögen gelangt, das gestattet, sie ins Handelsregister einzutragen. Grundsätzlich kann ihr das zur Zweckerreichung erforderliche Vermögen auch von anderer Seite zufallen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Stiftung jedenfalls weder unbesehen in das Handelsregister eingetragen noch unbesehen nicht eingetragen werden darf, wenn nach Errichtung der Stiftungsurkunde über den Stifter der Konkurs eröffnet worden ist. Ist eine Anmeldung schon erfolgt, hat der Handelsregisterführer – der vom Konkursrichter nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (und Art. 194 SchKG) gleichzeitig mit dem Konkursamt vom Konkurs des Stifters Kenntnis erhält – die Eintragung vielmehr auszusetzen, bis entschieden werden kann, ob die Stiftung genügend Vermögen erwirbt, um lebensfähig zu werden. Dies wird regelmässig dann der Fall sein, wenn die Konkursdividende feststeht. Ist die Stiftung noch nicht beim Handelsregisterführer zur Eintragung angemeldet, so kann bis zu diesem Zeitpunkt wohl darauf verzichtet werden.

Zuständig zum Entscheid darüber, ob die Stiftung angemeldet bzw. ob die Anmeldung aufrecht erhalten werden soll, ist meines Erachtens nicht die Konkursverwaltung, sondern die Aufsichtsbehörde, welche von der Konkursverwaltung zu informieren ist.¹⁹ Gemäss Art. 103 Abs. 1 HRV und einem darauf beruhenden

¹⁸ Es lässt sich aber wohl mit Art. 204 Abs. 1 SchKG vereinen, dass er eine Anmeldung widerruft bzw. zurückzieht, da dadurch die Position seiner Gläubiger nicht erschwert, sondern potentiell verbessert wird.

¹⁹ Gemeint ist hier und nachfolgend immer die Stiftungsaufsichtsbehörde nach Art. 84 ZGB, nicht die betreibungs- und konkursrechtliche Aufsichtsbehörde nach Art. 13 SchKG.

den Kreisschreiben des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom Juli 1972 ist es die Aufgabe des für die Eintragung der Stiftung zuständigen Registerführers, von der Aufsichtsbehörde eine Bestätigung über die Übernahme der Aufsicht einzuholen. Das Bundesgericht hat die Ausdehnung dieses Bestätigungsverfahrens auf die Frage der Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit der Stiftung wiederholt abgelehnt.²⁰ Unter den vorliegenden Umständen (und wohl nur unter ihnen) wäre eine solche Ausdehnung aber sinnvoll. Hat die Aufsichtsbehörde diese Bestätigung schon abgegeben und ist danach der Stifter in Konkurs gefallen, so ist vom Handelsregisterführer zu verlangen, dass er die Aufsichtsbehörde erneut um die Abgabe einer – die neuen Umstände berücksichtigenden – Bestätigung ersucht.

Die Frage, ob die Konkursverwaltung die Stiftungserrichtung widerrufen darf, verlangt nach einer anderen Beurteilung als bei den Erben, wo neben den stiftungsrechtlichen erbrechtlichen Vorschriften einzubeziehen sind. Das Konkursrecht gibt der Konkursverwaltung grundsätzlich weder eine Pflicht noch das Recht, die Stiftungserrichtung zu widerrufen und so in den Willen des Stifters einzugreifen. Mit der Stiftungserrichtung hat sich der Stifter zur Widmung eines bestimmten Vermögens verpflichtet. Aus Sicht des SchKG ist diese Verpflichtung nicht unter dem Aspekt eines Widerrufs der Stiftung, sondern unter jenem der Anfechtung zu prüfen.²¹

Unklar ist, wer für die «werdende Stiftung» handeln und zum Beispiel die Konkursforderung anmelden soll und darf. Meines Erachtens sollte dies jene Aufsichtsbehörde tun, die für die «werdende Stiftung» vorgesehen ist, allenfalls auch – im Auftrag dieser Aufsichtsbehörde, als eine Art Beistandschaft²² – jene Personen, die als Stiftungsräte in der Stiftung vorgesehen sind. Letztere könnten es, als zukünftige Stiftungsräte, an sich auch aus eigener Kraft tun. Ihr Handeln würde aber immer unter dem Vorbehalt stehen, dass die Stiftung tatsächlich Rechtspersönlichkeit erwirbt. Steht nicht fest, ob die Aufsichtsbehörde und die in der Stiftungsurkunde als Stiftungsratsmitglieder vorgesehenen Personen von der Errichtung der Stiftungsurkunde Kenntnis haben, so liegt es an der Konkursverwaltung, sie darüber zu informieren. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Aufsichtsbehörde, von der dann weitere Massnahmen verlangt werden dürfen. Wenn zum Beispiel die Stiftungsurkunde keine Personen als Stiftungsräte namentlich be-

²⁰ Vgl. BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 7.

²¹ Vgl. hinten Ziff. I.4.

²² Fehlt der Stiftung ein Stiftungsrat, so hat die zuständige Vormundschaftsbehörde einen förmlichen Beistand zu bestellen (Verwaltungsbeistandschaft, Art. 393 Ziff. 4 ZGB). Allerdings sollten bei einer nur vorübergehenden, absehbaren Handlungsunfähigkeit wie vorliegend die Aufsichtsbehörden aktiv werden (vgl. SPRECHER/VON SALIS, Nr. 6, 116).

zeichnet, sondern lediglich bestimmte Wahlorgane vorsieht, so hat die Aufsichtsbehörde gegebenenfalls diese Wahlorgane davon in Kenntnis zu setzen. Generell ist von der Aufsichtsbehörde zu verlangen, dass sie alles unternimmt, um die Ansprüche der «werdenden Stiftung» zu wahren,²³ ausser es wäre von vorneherein aussichtslos, dass die «Stiftung» zu dem Vermögen gelangt, das eine Eintragung im Handelsregister gestatten würde.

Anders verhält es sich, wenn die Stiftung ins Handelsregister eingetragen wird und entsteht, bevor der Konkurs über den Stifter ausgesprochen wird. Hier sind zwei Varianten denkbar:

- Das gewidmete Vermögen ist schon ganz auf die Stiftung übergegangen. In diesem Fall übt der Konkurs des Stifters grundsätzlich keinen Einfluss mehr auf die Existenz der Stiftung aus.²⁴
- Oder das gewidmete Vermögen ist nicht oder nicht ganz auf die Stiftung übergegangen, und die Stiftung hat Ansprüche gegen den Stifter auf Übertragung des (restlichen) Vermögens erworben. Zum Beispiel kann ein Stifter der Stiftung einen gewissen Betrag gewidmet und sich zudem in der Stiftungsurkunde verpflichtet haben, ihr in einigen Jahren weiteres Vermögen zukommen zu lassen. Die in der Stiftungsurkunde verbrieft Forderung der Stiftung gegen den Stifter stellt kein Schenkungsversprechen dar und ist nicht nach Art. 250 Abs. 2 OR infolge Eröffnung des Konkurses über den Stifter erloschen.²⁵ Die Stiftung nimmt daher am Konkurs als Gläubigerin teil. Rein stiftungsrechtlich ist zu prüfen, ob die Stiftung unter den geänderten Umständen lebensfähig bleibt. Reicht die auf sie entfallende Konkursdividende zusammen mit dem schon übertragenen Vermögen zusammen nicht, um den Stiftungszweck zu verfolgen, und ist auch kein anderweitiger Vermögenszuwachs sichtbar, so ist die Stiftung nach Abschluss des Konkurses stiftungsrechtlich zu liquidieren.²⁶

Die Aufsichtsbehörde (oder von ihr beauftragte Personen) haben namens der «Stiftung» die Forderung auf Übertragung des gewidmeten Vermögens im Konkurs anzumelden. Es handelt sich um eine aufschiebend bedingte Forderung (Art. 151 OR). Nach Art. 210 Abs. 1 SchKG sind solche Forderungen im Konkurs zum vollen Betrag zugelassen. Die Konkursverwaltung hat demnach die «werdende Stiftung» als Gläubigerin zu behandeln, auch wenn sie rechtlich noch nicht existiert.

²³ Dazu gehören zum Beispiel in Bezug auf die Forderungen der Stiftung die Anmeldung der Forderung, verjährungsunterbrechende Handlungen (Art. 135 ff. OR, insbesondere Art. 138 Abs. 3 OR: Verjährungsunterbrechung durch Eingabe im Konkurs; vgl. BSK OR-DÄPPEN, Art. 139 N 6 ff.) etc.

²⁴ Paulianae vorbehalten; vgl. hinten Ziff. I.4.

²⁵ BGE 83 III 147.

²⁶ Vgl. hinten Ziff. II.2.

tiert, und zwar eben unter dem Vorbehalt späterer Eintragung im Handelsregister. Sie ist zum Bezug des auf sie entfallenden Anteils an der Konkursmasse erst berechtigt, wenn die Bedingung erfüllt ist. Ist im Zeitpunkt der Verteilung weiterhin unklar, ob sie auf die Konkursdividende berechtigt ist, ist diese bei der Depositionsanstalt zu hinterlegen (Art. 264 Abs. 3 SchKG). Dies hat analog auch bei Unklarheit darüber zu gelten, ob die Stiftung Rechtspersönlichkeit erlangt hat, erlangen wird oder beibehalten wird. Wird die Gläubigerstellung der Stiftung definitiv und ist die Bedingung erfüllt, so ist die Konkursdividende auszurichten. Andernfalls fallen der hinterlegte Betrag und dessen Zinsen an die Konkursmasse zurück, welche sie gemäss Art. 269 Abs. 2 SchKG zu verteilen hat. Dasselbe hat nach dieser Bestimmung auf jeden Fall nach Ablauf von zehn Jahren zu geschehen.

2. Kirchliche Stiftung und Familienstiftung

Bei kirchlichen Stiftungen und Familienstiftungen ist der Handelsregistereintrag grundsätzlich nicht Voraussetzung für die Entstehung (Art. 52 Abs. 2 ZGB). Solche Stiftungen entstehen, sobald die Stiftungsurkunde errichtet ist. Eine Eintragungspflicht besteht ausnahmsweise dann, wenn die Stiftung ein kaufmännisches Unternehmen (im Sinne von Art. 934 OR und Art. 54 HRV) betreibt. Im übrigen besteht die Möglichkeit, sich – mit deklaratorischer Wirkung²⁷ – freiwillig im Handelsregister eintragen lassen. Der einzige Unterschied zu den klassischen Stiftungen besteht im vorliegenden Zusammenhang darin, dass der Konkurs des Stifters nach Errichtung der Stiftungsurkunde (aber vor einem allfälligen Eintrag im Handelsregister) nichts am Entstehen der Stiftung ändert. Die Stiftung ist entstanden und hat gegenüber der Konkursmasse Anspruch auf Übertragung des gewidmeten Vermögens, soweit dies noch nicht erfolgt ist. Da die Stiftung bereits vorbehaltlos existiert, kann ihr Stiftungsrat vorbehaltlos für sie handeln, Forderungen anmelden etc. Die Stiftung kann auch unabhängig vom Konkurs des Stifters im Handelsregister angemeldet werden. Dies macht allerdings dort keinen Sinn, wo die Stiftung aufgrund des Konkurses noch nicht über das ihr für die Zweckerreichung erforderliche Vermögen verfügt und vielleicht nie verfügen wird. Mindestens sollte in solchen Fällen das Eintragungsverfahren ausgesetzt werden.

²⁷ BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 87 N 10; RIEMER, BK, Art. 81 N 89.

3. Erbstiftung

Eine Stiftung kann auch von Todes wegen errichtet werden (Art. 81 und 493 ZGB).²⁸ Sie wird dann meist Erbstiftung genannt. Im Rahmen der erbrechtlichen Verfügungsarten stellt Art. 493 ZGB eine eigenständige Verfügungsart dar, welche die Vermögenswidmung als Stiftung beinhaltet. Obwohl ihre Errichtung auf einer erbrechtlichen Verfügung beruht, ist die Erbstiftung ein rein personenrechtliches und nicht erbrechtliches Institut. Sie ist, anders gesagt, eine klassische Stiftung, eine Familienstiftung oder eine kirchliche Stiftung mit der Besonderheit, dass sie auf dem Wege einer letztwilligen Verfügung entstanden ist. Der stiftende Erblasser genießt zu Lebzeiten grundsätzlich dieselben stiftungsrechtlichen Freiheiten wie der lebzeitige Stifter. Er muss bei der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen aber zusätzlich die einschlägigen erbrechtlichen Vorschriften einbeziehen.

Die Stiftungserrichtung durch Rechtsgeschäft von Todes wegen kann gemäss den entsprechenden erbrechtlichen Vorschriften widerrufen werden.²⁹ Erst mit dem Tod des Stifters wird die von ihm letztwillig errichtete Stiftung unwiderruflich.³⁰ Vorher ist sie weder rechts- noch handlungsfähig.³¹ Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen werden mit dem Tod des Stifters rechtsfähig.³² Stiftungen, die zum Erwerb der Rechtspersönlichkeit noch ins Handelsregister eingetragen werden müssen, sind rechtsfähig in Bezug auf die von Todes wegen erfolgten Zuwendungen.³³

Hat der Stifter in einer letztwilligen Verfügung eine Stiftung von Todes wegen vorgesehen, so ändert sein Konkurs an sich nichts. Entscheidend ist, ob im Zeitpunkt des Ablebens (wieder) genügend Vermögen vorhanden ist und in den Nachlass fällt, damit die Stiftung in der vom Stifter und Erblasser vorgesehenen oder allenfalls angepassten Form existieren kann. Ist zwar genügend Vermögen vorhanden, dass die Stiftung existieren könnte, würden durch die Stiftungserrichtung aber ehe- oder erbgüterrechtliche Ansprüche verletzt, so kann ihre Errichtung von dem durch sie beschwerten Ehegatten³⁴ bzw. den (pflichtteilgeschütz-

²⁸ Bisher wurde die Errichtung einer Erbstiftung *durch Erbvertrag* vom Bundesgericht nicht zugelassen (BGE 96 II 273 ff., BGE 105 II 253). Im revidierten Stiftungsrecht soll dies nun gemäss Art. 81 Abs. 1 ermöglicht werden.

²⁹ RIEMER, BK, Art. 81 N 59.

³⁰ RIEMER, BK, Art. 81 N 60.

³¹ RIEMER, BK, Art. 81 N 61.

³² RIEMER, BK, Art. 81 N 629.

³³ RIEMER, Art. 81 N 62. Nach ALEXANDRA ZEITER, Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB), Diss. Freiburg 2001 (= Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Bd. 203), 240, entsteht die Erbstiftung schon im Zeitpunkt des Erblassers, und der Eintrag ins Handelsregister hat lediglich deklaratorischen Charakter.

³⁴ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Stiftungen und Nachlassplanung, in: HANS MICHAEL RIEMER (Hrsg.), Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, Zürich: Schulthess 2001, 1–38, 9.

ten) Erben³⁵ angefochten werden. Ist das Konkursverfahren noch im Gang, wenn der Stifter stirbt, so gilt im wesentlichen das für die lebzeitig errichtete Stiftung Gesagte. Die Stiftung nimmt an dem Konkursverfahren teil; damit sie dies tun kann, müssen jene Personen, die sie zu vertreten haben, also Aufsichtsbehörde und Stiftungsratsmitglieder, informiert werden.

4. Konkursrechtliche Anfechtung

Die rechtsgültig errichtete Stiftung haftet für die Verbindlichkeiten des Stifters nach den Vorschriften über die Gläubigeranfechtung. Aus Sicht der Konkursmasse bzw. der Konkursorgane sind deshalb Stiftungserrichtung und Vermögensübertragung unter dem Gesichtspunkt der Paulianae zu prüfen. Mit der Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG sollen Vermögenswerte der Stiftung der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Art. 286–288 SchKG entzogen worden sind.

a) Schenkungsanfechtung

Nach Art. 286 Abs. 1 SchKG anfechtbar sind – mit Ausnahme üblicher Gelegenheitsgeschenke – alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat. Die Errichtung einer Stiftung ist keine Schenkung³⁶, lässt sich aber ohne weiteres als «unentgeltliche Verfügung» verstehen. Gemäss Art. 82 ZGB kann sie von den Erben und Gläubigern des Stifters wie eine Schenkung angefochten werden. Art. 286 SchKG ist daher anwendbar.³⁷

Das blosses Schenkungsversprechen führt noch nicht zu einer Verminderung der Aktiven. Analog führt die blosses Errichtung einer öffentlichen Stiftungsurkunde (bei einer klassischen Stiftung) noch nicht zu einer Verminderung der Aktiven des Stifters. Bleibt es dabei, so braucht diese Errichtung nicht angefochten zu werden.³⁸ Macht die «Stiftung» unter dem Vorbehalt ihrer Entstehung die Übertragung dieser Vermögenswerte geltend, kann der Konkursverwaltung einredeweise³⁹ Art. 286 Abs. 1 SchKG geltend machen. Nur wo tatsächlich die Stif-

³⁵ Vgl. KÜNZLE, 10 f., ZEITER, 312 ff.

³⁶ BSK OR-VOGT, Art. 239 N 30.

³⁷ STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., Basel/Genf/München 1998 [zit. BSK SchKG-Bearbeiter], BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 286 N 7; BLSchK 1940, 116.

³⁸ BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 286 N 8.

³⁹ Vgl. BSK SchKG-BAUER, Art. 291 N 6.

tung schon errichtet und vor Konkurseröffnung⁴⁰ Vermögen auf sie übertragen wurde, muss die Konkursverwaltung versuchen, aktiv vorzugehen und mit einer Anfechtungsklage dieses Vermögen wieder zur Masse zu ziehen.

b) Überschuldungsanfechtung

Gemäss Art. 286 SchKG sind folgende Rechtshandlungen anfechtbar, wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war:

- Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war;
- Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel;
- Zahlung einer nicht verfallenen Schuld.

Diese Anfechtungsvariante scheint nicht einschlägig zu sein.

c) Absichtsanfechtung

Schliesslich sind nach Art. 288 SchKG alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Die Stiftungserrichtung fällt klarerweise unter den Begriff der Rechtshandlungen.⁴¹ Im Bereich der subjektiven Kriterien problematisch kann sein, dass die schädigende Absicht für den begünstigten Dritten erkennbar sein muss. Nun wird man wohl ohne weiteres einerseits als begünstigten Dritten die Stiftung selbst wie auch die Destinatäre erkennen, andererseits das Wissen des Stifters der eben gegründeten Stiftung anrechnen können. Dies insbesondere dann, wenn der Stifter selbst als Stiftungsrat oder in anderer Funktion für die Stiftung tätig wird oder ihr Destinatär sein soll.

d) Wirkungen der Anfechtung

Wer durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, ist zur Rückgabe dieses Vermögens verpflichtet (Art. 291 Abs. 1 SchKG). Die Stiftung hat demnach ihr vom Stifter gewidmetes Vermögen der Konkursmasse herauszugeben.

⁴⁰ Übertragungen nach Konkurseröffnungen durch den Stifter sind gegenüber den Konkursgläubigern nach Art. 204 Abs. 1 SchKG ungültig.

⁴¹ BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 285 N 11; BGE 91 III 101 f.

Bei der Schenkungsanfechtung nach Art. 286 SchKG kommt es nicht darauf an, ob der Beschenkte gutgläubig war. Art. 291 Abs. 3 SchKG hält aber fest, dass der gutgläubige Empfänger einer Schenkung nur bis zum Betrag seiner Bereicherung, d.h. der im Zeitpunkt der Anfechtung noch vorhandenen Vermögensvermehrung,⁴² zur Rückerstattung verpflichtet ist.

Diese Herausgabe bedeutet nicht den Widerruf der Stiftung und noch nicht zwangsläufig ihr Ende. Denn ist sie zu weiterem Vermögen gekommen – von Anfang an durch weitere Stifter, in der Folge durch Zuwendungen, Erwerbstätigkeit etc. – und reicht dieses zur Verfolgung des Stiftungszwecks, so kann eine stiftungsrechtliche Liquidation natürlich unterbleiben. Dies gilt wiederum auch, wenn begründete Aussicht darauf besteht, dass die Stiftung das ihr notwendige Vermögen in absehbarer Zukunft erlangen, dass sie also zu einem Vermögen kommen wird, das sie in die Lage versetzt, sowohl dem Anfechtungsbegehren zu entsprechen als auch den Stiftungszweck (weiter) zu verfolgen.

Nach Art. 290 SchKG sind bei der Anfechtungsklage jene Personen passiv legitimiert, «die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind», sowie «ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger» und «bösgläubige Dritte».⁴³ Stiftungen sind ohne weiteres unter den Begriff «weitere Begünstigte» zu subsumieren. Darunter können ferner auch Personen fallen, die von der Stiftung begünstigt worden sind, denn dies stellt eine indirekte Begünstigung durch den Stifter dar. Es kann sich um Destinatäre der Stiftung handeln, aber auch um Stiftungsorgane, um von der Stiftung beauftragte oder angestellte Personen oder Vertragspartner. Voraussetzung ist aber stets, dass diese Personen die subjektiven Voraussetzungen erfüllen.⁴⁴

II. Konkurs der Stiftung

1. Konkursfähigkeit

a) Rechtslage bis 1997

Der Konkursbetreibung unterliegen nur Schuldner, die in einer bestimmten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen sind. Art. 39 Abs. 1 SchKG nennt diese Schuldner in einem Katalog. Bis zur Revision vom 16. Dezember 1994 (in Kraft

seit 1. Januar 1997) war die Stiftung darin nicht enthalten. Ob die Stiftung konkursfähig sei, blieb deshalb lange umstritten. Nach herrschender Lehre und nach dem Bundesgericht unterlag sie aufgrund einer grammatikalischen Auslegung von Art. 39 Abs. 1 SchKG nicht der Konkursbetreibung.⁴⁵

Dessen ungeachtet kam es in der Praxis (vereinzelt) zu Konkursen von Stiftungen.⁴⁶

Im Rahmen der Reform des Stiftungsrechts postulierte der Vorentwurf Riemer von 1993 die Konkursfähigkeit der Stiftung.⁴⁷

b) Rechtslage seit 1997

Im Rahmen der SchKG-Revision 1994 wurde in den genannten Katalog auch die Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB aufgenommen (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 12 SchKG).⁴⁸ Danach unterliegen Stiftungen der ordentlichen Konkursbetreibung, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind.⁴⁹ Bedeutung hat die Unterstellung der Stiftung

⁴⁵ BGE 88 II 389; THOMAS MANHART, Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorgestiftungen, Diss. Zürich 1986 (= ZStP 53), 21; AB GE, in: SJZ 1985, 358 f.; RIEMER, BK, Art. 81 N 107; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 81 N 25; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, Zürich 1984, § 10 Anm. 24; HANS ULRICH HARDMEIER, Änderungen im Konkursrecht, in: AJP 1996, 1428 ff., 1429; BSK SchKG-ACOCCELLA, Art. 39 N 34.

⁴⁶ Vgl. WILLY HOCHULI, Eine Stiftung im Konkurs?, in: SJZ 1983, 365–368, 365; MICHAEL KRAMPF/ROLF SCHULER, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, in: AJP 2002, 1060–1076, 1075 Ziff. 7.

⁴⁷ EJPD, Bericht mit Vorentwurf (Anhang) für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Stiftungsrecht und Eröffnung von Ehe- und Erbverträgen), Bern 1993. Vgl. auch Bericht des EJPD von 1993 zur Vernehmlassungsvorlage betreffend die geplante Revision des Stiftungsrechtes, 15: «Im Gegensatz zur Spezialexécution, bei der das rücksichtslose Vorgehen eines Gläubigers belohnt wird und kaum Zeit für allfällige Sanierungsverhandlungen bleibt, hat die Konkursbetreibung u.a. den Vorteil dass dem sanierungswilligen Schuldner durch den Einbezug sämtlicher Gläubiger und durch ihre grundsätzliche Gleichbehandlung echte Sanierungschancen über das Nachlassrecht geboten werden.»

⁴⁸ HANS MICHAEL RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, in: BLSchK 1996, 121–131; THOMAS SPRECHER/ROLF P. JETZER, Einführung in das neue Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Schweiz, Zürich 1997, 20; KARL SPÜHLER/CATHERINE B. STRUNZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. Aufl., Zürich 2003, 3; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale pour dettes et la faillite, Bde. I–V, Lausanne 1999–2003, Art. 39 N 49–52.

⁴⁹ Vgl. GILLIÉRON, Art. 39 N 50: «Seule l'inscription au registre du commerce fait naître la fondation à la vie juridique, mais elle ne produit aucun effet guérisseur en cas de nullité de l'acte constitutif, acte authentique ou disposition testamentaire contenue dans un testament public ou holographe, voire dans un pacte successoral pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une clause contractuelle (ATF 96 II 278–281, JdT 1972 I 167–170, c. 2 et les réf.; ATF 105 II 257–258, JdT 1980 I 308–309, c. 1b et les arrêts cités). L'inscription assujettit les fondations à la poursuite par voie de faillite.»

⁴² BSK SchKG-BAUER, Art. 291 N 29.

⁴³ Zur Aktivlegitimation vgl. Art. 285 SchKG.

⁴⁴ BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 290 N 5.

unter die Konkursbetreuung insbesondere auch für die Unternehmensstiftungen erlangt.

Der Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG vom Dezember 1981 hatte diese Änderung noch nicht vorgesehen. Auch bei der Revision von 1994 wurde sie erst durch den Nationalrat eingeführt.⁵⁰ Das eigentliche Motiv für die Unterstellung der Stiftungen unter die Konkursbetreuung war die Erfassung der Personalvorsorgestiftungen, welche vermehrt in Zahlungsschwierigkeiten und in eine Überschuldung hineingeraten waren.⁵¹

Massgebend für die Unterstellung unter die Konkursbetreuung ist demnach die Eintragung im (schweizerischen) Handelsregister. Sie ist wie erwähnt für die klassische Stiftung erforderlich. Ihre Konkursfähigkeit beginnt mit dem Tag nach der Veröffentlichung der Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und dauert noch während sechs Monaten seit der Veröffentlichung ihrer Streichung an (Art. 39 SchKG Abs. 3 und 40 Abs. 1 SchKG).⁵²

Für die kirchlichen Stiftungen und die Familienstiftungen gilt:

- Wenn sie im Handelsregister eingetragen sind – weil sie müssen oder weil sie können und wollen –, unterstehen sie der Konkursbetreuung.
- Nach der grammatikalischen Auslegung von Art. 39 SchKG, wonach weiterhin nur konkursfähig ist, wer «in einer der nachbezeichneten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist», sind nicht eingetragene kirchliche und Familienstiftungen nach wie vor nicht konkursfähig. Sie können am Sitz der Verwaltung auf Pfändung betrieben werden.⁵³ Bei Stiftungen, die nicht im Handelsregister eingetragen sein wollen, aber müssen, weil eine Pflicht zur Eintragung besteht, kann der Gläubiger die Eintragung nach den Vorschriften der Handelsregisterverordnung zwangsweise erwirken.⁵⁴ Über die Eintragungspflicht entscheidet die Aufsichtsbehörde über das Handelsregister.

⁵⁰ AmtlBull. NR 1993, 18. Noch die Bundesrätliche Botschaft hatte darauf verzichtet, die Stiftung konkursfähig zu erklären, mit der Begründung, «angesichts der ausserordentlichen Zweckvielfalt einer Stiftung» solle «eine allfällige Modifizierung ihres zwangsvollstreckungsrechtlichen Schicksals im Rahmen einer künftigen Revision des Stiftungsrechts geprüft werden» (Botschaft vom 8. Mai 1991, BBl 143 1991, Nr. 27, Bd. III, 47). In der Vernehmlassung war aber die Unterstellung der Stiftung unter die Konkursbetreuung gewünscht worden (Botschaft, S. 14).

⁵¹ HARDMEIER, 1429; PAUL ANGST, Neuerungen im Betreibungsverfahren, Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Bern 1995, 13 ff., 19; BSK SchKG-ACOCCELLA, Art. 39 N 2.

⁵² BGE 122 III 206.

⁵³ BSK SchKG-ACOCCELLA, Art. 39 N 36. Vorbehalten bleiben die Fälle der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (vgl. hinten Ziff. II.1.c.). Nach Art. 333 SchKG kann ein Schuldner, der nicht der Konkursbetreuung unterliegt, beim Nachlassrichter die Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung oder einen Nachlassvertrag nach Art. 293 ff. SchKG beantragen.

⁵⁴ WERNER BAUMANN, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1979, 4.

Im Fall von Art. 191 SchKG (Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung auf Antrag der Stiftung selbst)⁵⁵ – wie auch in jenem von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung auf Antrag eines Gläubigers, bei einer Stiftung mit unbekanntem Aufenthaltsort oder bei einer auf der Flucht befindlichen Stiftung)⁵⁶ – unterliegen auch nicht im Handelsregister eingetragene kirchliche oder Familienstiftungen der Konkursbetreuung.⁵⁷

Weiterhin keine Konkursbetreuung ist zulässig bei öffentlichrechtlichen Stiftungen.⁵⁸ Sie ist auch ausgeschlossen bei Beitragsforderungen des Sicherheitsfonds gegenüber den Vorsorgeeinrichtungen i.S.v. Art. 59 BVG, da dieser eine Einrichtung des öffentlichen Rechts ist (Art. 43 Ziff. 1 SchKG).⁵⁹

c) Insolvenzerklärung

Vor der SchKG-Revision 1994 war die Frage umstritten, ob eine Stiftung eine Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG abgeben könne.⁶⁰

Heute ist diese Frage ohne weiteres zu bejahen.⁶¹ Die Stiftung kann selbst ihren Konkurs bewirken, indem sie die Insolvenzerklärung abgibt.⁶² Auf die Auflösung gerichtete Rechtsgeschäfte sind zwar grundsätzlich nichtig.⁶³ Anders verhält es sich aber, wenn das Vermögen zur Weiterverfolgung des Stiftungszwecks dauerhaft nicht mehr reicht.

Die Auflösung der Stiftung durch Abgabe der Insolvenzerklärung bedarf der Zustimmung der Aufsichtsbehörde.⁶⁴ Da ein Gläubiger nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1

⁵⁵ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. II.1.c.).

⁵⁶ Art. 192 SchKG ist auf Stiftungen weiterhin nicht anwendbar.

⁵⁷ BSK SchKG-ACOCCELLA, Art. 39 N 35.

⁵⁸ Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts, SR 282.11.

⁵⁹ Im Gegensatz zur Auffangeinrichtung, welche eine privatrechtliche Stiftung ist (BGE 118 III 13 ff.; BGE 115 III 89 ff.). Vgl. DANIELA D. ROTH, Versicherungsansprüche im Konkurs, in: Insolvenzen- und Wirtschaftsrecht 3/1998, 107–110, 198.

⁶⁰ Bejahend: RIEMER, BK, Art. 81 N 108; WERNER NUSSBAUM, Die Personalfürsorgestiftung und das Konkursrecht, in: BLSchK 1989, 1–6, 3, sowie in: Schweizer Personalvorsorge 2/88, 53 ff.; verneinend: HOCHULI, 366 ff. Der Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich hat zwischen 1995 und 2002 zweimal über eine Stiftung gestützt auf eine Insolvenzerklärung den Konkurs eröffnet (KRAMPF/SCHULER, 1075).

⁶¹ BSK SchKG-ACOCCELLA, Art. 39 N 35; RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, 123; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Ausgewählte Fragen zum Verfahren der Liquidation von Personalvorsorgestiftungen insbesondere unter Berücksichtigung haftungsrechtlicher Aspekte, in: SJZ 1998, 1 ff., 4.

⁶² Im Ergebnis stellt dies einen Anwendungsfall von Art. 88 Abs. 1 ZGB dar (RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, 123).

⁶³ SPRECHER/VON SALIS, Nr. 232; RIEMER, BK, Art. 88/89 N 4.

⁶⁴ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 38 N 28; RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, 123;

SchKG den Konkursrichter in der Regel anrufen wird, ohne vorher die Aufsichtsbehörde zu informieren, scheint es sinnvoll, wenn der Konkursrichter diese unverzüglich davon in Kenntnis setzt, damit sie Sicherungsmassnahmen prüfen und gegebenenfalls durchsetzen kann. Dasselbe muss gelten, wenn der Stiftungsrat nach Art. 191 SchKG den Konkursrichter anruft, ohne vorher die Aufsichtsbehörde um Genehmigung ersucht zu haben. Der Konkursrichter kann dann seine Entscheidung aussetzen, bis die Zustimmung der Aufsichtsbehörde eingetroffen ist.⁶⁵ Er darf den Konkurs nur eröffnen, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Art. 333 ff. besteht (Art. 191 Abs. 2 SchKG).

Der Konkursrichter am Bezirksgericht Zürich verlangt für die Konkurseröffnung wegen Insolvenz von der Stiftung folgende Unterlagen:⁶⁶

- Insolvenzerklärung des obersten Stiftungsorgans;
- Handelsregisterauszug neuesten Datums des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich.

Ausserdem muss ein Barvorschuss von CHF 1'800.– geleistet werden.

Stellt die Revisionsstelle eine Überschuldung fest, so hat sie dies nach dem neuen Art. 83b ZGB im Rahmen ihres Berichtes «dem obersten Stiftungsorgan» mitzuteilen. Dieses muss dann an die Aufsichtsbehörde gelangen. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, in Fällen der Dringlichkeit habe die Revisionsstelle analog Art. 725 Abs. 2 und 729b Abs. 2 OR direkt an den Konkursrichter zu gelangen.⁶⁷ Dieser Ansicht ist beizupflichten, wobei Klarheit darüber vorausgesetzt wird, dass der Stiftungsrat die Anzeige an den Richter unterlassen oder dass die Verzögerung durch eine Anzeige an den Stiftungsrat und dessen Einholung der Zustimmung der Aufsichtsbehörde zu (weiterem) Schaden führen wird. In jedem Fall ist zu fordern, dass die Revisionsstelle den Stiftungsrat und auch direkt die Aufsichtsbehörde über ihre Benachrichtigung des Richters informiert, um diese in die Lage zu versetzen, auf das eingeleitete Verfahren Einfluss nehmen zu können.

VETTER-SCHREIBER, Ausgewählte Fragen, 4; KRAMPF/SCHULER, 1076. Eine Selbstauflösung der Stiftung aufgrund eines autonomen Beschlusses ihres obersten Organes ist grundsätzlich nicht möglich, ausser eventuell bei Familienstiftungen (BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 89 N 2).

⁶⁵ PARISIMA VEZ, La fondation: lacunes et droit désirable, Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, Bern: Stämpfli 2004, N 697.

⁶⁶ Merkblatt des Konkursrichters auf www.gerichte-zh.ch. In der Auflistung bei KRAMPF/SCHULER, 1076, wird noch ein Ermächtigungsbeschluss der Aufsichtsbehörde zur Insolvenzerklärung verlangt.

⁶⁷ VEZ, N 696 f. – Bisher hatte die Stiftung mangels gesetzlicher Grundlage weder die Pflicht noch die Berechtigung zur Anzeige einer Überschuldung (BSK SchKG-BRUNNER, Art. 192 N 5; KRAMPF/SCHULER, 1075).

d) Wechselbetriebsfähigkeit

Der Konkursbetreuung unterliegende Stiftungen können nach Massgabe von Art. 177 ff. SchKG auch für Forderungen betrieben werden, die auf einen Wechsel oder Check gründen.

e) Nachlassverfahren

Neben dem Konkurs ist für Stiftungen auch ein Nachlassverfahren möglich.⁶⁸

f) Rechtsvergleichung

Das *Österreichische Recht* hat zum Konkurs der Privatstiftung eine klare Regelung getroffen:⁶⁹ § 35 Abs. 1 Z 2 und 3 des Privatstiftungsgesetzes (PSG) sieht die Auflösung der Stiftung wegen der Eröffnung des Konkurses bzw. wegen der Ablehnung des Konkurses mangels hinreichenden Vermögens vor. Bereits mit der Konkurseröffnung bzw. der Rechtskraft des ablehnenden Beschlusses ist die Stiftung aufgelöst, die auf die anschliessende Mitteilung des Konkursgerichtes an das Firmenbuchgericht (§ 35 Abs. 6 PSG) folgende Eintragung der Auflösung ins Firmenbuch hat nur noch deklaratorischen Charakter. Wird die Konkurseröffnung mangels hinreichenden Vermögens abgelehnt, schliesst sich das in § 36 PSG geregelte Abwicklungsverfahren an. Hat der Konkursrichter hingegen den Konkurs über die Stiftung eröffnet, muss der Masseverwalter nach den Bestimmungen der Konkursordnung (KO) das Vermögen verwerten und unter den Gläubigern verteilen.

Auch in *Deutschland* ist die Stiftung konkursfähig.⁷⁰ Sobald Überschuldung eintritt, hat der Vorstand der Stiftung nach den §§ 86, 42 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) die Eröffnung eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens oder des Konkurses zu beantragen.

2. Die Stiftung vor der Konkurseröffnung

a) Verhältnis des Konkurses zur Aufhebung der Stiftung

Eine Stiftung kann aus verschiedenen Gründen aufgelöst werden. In der Lehre werden die Aufhebung von Gesetzes wegen, die Aufhebung durch den Rich-

⁶⁸ RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, 123 Anm. 19.

⁶⁹ Vgl. CHRISTINA SPIELVOGEL, Die schweizerische und österreichische Privatstiftung im Vergleich, Wien 1998 (= Dissertationen der Universität Wien 53), 212 f.

⁷⁰ AXEL FREIHERR VON CAMPENHAUSEN, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl., München: Beck 1999, § 12 N 34 ff.

die Aufhebung gemäss Stifterwillen und die Aufhebung durch die Aufsichts- oder die Umwandlungsbehörden unterschieden.⁷¹

So kann eine Stiftung aufgehoben werden,

- wenn der Stiftungszweck vollständig erfüllt ist. Dies ist nur anzunehmen, wenn alle in der Stiftungsurkunde erwähnten Stiftungszwecke als vollständig und dauerhaft erfüllt anzusehen sind;
- wenn eine in der Stiftungsurkunde vorgegebene Frist abgelaufen ist;⁷²
- wenn eine in der Stiftungsurkunde genannte auflösende Bedingung eingetreten ist;⁷³
- wenn andere Umstände eingetreten sind, die in der Stiftungsurkunde genannt sind;
- wenn die Stiftung fusioniert wird (Art. 78–87 FusG).

Auch der Konkurs ist einer der möglichen Auflösungsgründe der Stiftung. Er führt aber nicht zwingend zur Auflösung.⁷⁴

Nach Art. 88 ZGB ist eine Stiftung von Gesetzes wegen durch den Richter aufzuheben, wenn ihr Zweck unerreichbar geworden ist. Die nachträgliche Unerreichbarkeit des Zwecks muss endgültigen Charakter haben. Ist der Stiftungszweck noch erreichbar, wenn auch unter starker Reduktion der Stiftungstätigkeit, so bleibt er eben doch erreichbar, und eine Auflösung der Stiftung kommt nicht in Frage.⁷⁵ Unerreichbar ist der Zweck insbesondere dann, wenn zu seiner Verfolgung kein genügendes Stiftungsvermögen zur Verfügung steht und auch nicht mehr mit einer Äufnung gerechnet werden kann. Der Verlust des Stiftungsvermögens (oder der Anwartschaft auf Stiftungsvermögen) muss die Zweckerreichung dauerhaft verunmöglichen. Ein Vermögenszerfall als solcher genügt dann nicht, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verluste durch Erträge des verbleibenden Vermögens in absehbarer Zeit wieder ausgeglichen werden können oder dass die Stiftung auf andere Weise zu weiterem Vermögen kommt. Der Vermögensverlust kann auf verschiedene Weise eintreten, so:

- durch eigenes Fehlverhalten in Geschäftstätigkeit und Vermögensverwaltung;
- durch ungünstige Entwicklungen bei der Vermögensverwaltung, die nicht auf Fehlverhalten zurückzuführen sind;
- durch Geldentwertung;
- durch Überschuldung einer mit der Stiftung verbundenen Unternehmung.

⁷¹ RIEMER, BK, Art. 88/89, Übersicht.

⁷² RIEMER, BK, Art. 88/89 N 57 ff.

⁷³ RIEMER, BK, Art. 88/89 N 60 f.

⁷⁴ Vgl. hinten Ziff. II.4.b.).

⁷⁵ BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 89 N 4.

Der Umstand, dass ihr Zweck obsolet geworden ist, bringt eine Stiftung nicht in die Nähe eines Konkurses. Vielmehr steht dann einzig die stiftungsrechtliche Aufhebung zu Gebote.

Es kann auch in einem laufenden Aufhebungsverfahren zum Konkurs kommen. Wenn es sich ergibt, dass die Stiftung überschuldet ist, oder wenn sie während des Aufhebungsverfahrens in die Überschuldung gerät, ist das Konkursverfahren einzuleiten (Art. 743 Abs. 2 und 740 Abs. 5 OR).⁷⁶ Ähnlich verhält es sich dann, wenn ein Aufhebungsverfahren geplant ist, die Stiftung aber in eine Überschuldung gerät, bevor das Aufhebungsverfahren anhebt. Dies kann zum Beispiel erfolgen, wenn die Stiftung ihre Stiftungstätigkeit noch zu lange ausführt und ihr dann zu wenige Mittel zur geordneten Liquidation verbleiben.

Der Stifter kann die Stiftungsexistenz von einer Resolutivbedingung nach Art. 154 OR abhängig machen. Er hat in diesem Fall in der Stiftungsurkunde festzulegen, dass die Stiftung bei Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses untergehen soll.⁷⁷ Kann er auch die Konkursöffnung über die Stiftung als Resolutivbedingung festlegen, zur Vermeidung des Konkurses durch vorgängige zivilrechtliche Aufhebung der Stiftung? Er kann, aber dadurch lässt sich die Konkursöffnung nicht vermeiden.⁷⁸ Selbst wenn der Stifter als auflösende Bedingung ein Ereignis vor der Konkursöffnung, z.B. die Konkursandrohung (Art. 159 ff. SchKG), definieren und wenn dann unverzüglich das stiftungsrechtliche Aufhebungsverfahren eröffnet würde, müsste doch das Konkursverfahren seinen Lauf nehmen und nach Konkursöffnung dem Aufhebungsverfahren vorgehen.

Mit der Unterstellung der Stiftung unter das Konkursrecht können zwischen den stiftungsrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen und den Verfahrensnormen des SchKG Kollisionen auftreten. Im Konkurs muss nach den strengen formalen Regeln des SchKG verfahren werden. Im Verfahren der Aufhebung der Stiftung, das sich materiell nach den Vorschriften des Aktienrechts, d.h. nach Art. 739–757 OR,⁷⁹ richtet, ist hingegen dem Ermessen der Liquidationsorgane – entweder der unter der Aufsicht der Behörde handelnden Stiftungsorgane oder von eingesetzten Liquidatoren – Raum gegeben. Dieser Raum fällt weg, sobald das Konkursverfahren einmal eingeleitet ist. Er ist allenfalls wieder vorhanden, wenn das Konkursverfahren abgeschlossen ist.

Besondere Probleme können sich bei einer konkursamtlichen Liquidation von Personalvorsorgestiftungen ergeben, welche gesetzliche, statutarische oder regle-

⁷⁶ VEZ, N 1159.

⁷⁷ RIEMER, BK, Art. 88/89, N 61 ff.

⁷⁸ Keine solchen Probleme werden hingegen aufgeworfen, wenn der Stifter die Auflösung der Stiftung bei Konkurs eines Dritten vorsieht.

⁷⁹ Art. 58 ZGB i.V.m. 913 Abs. 1 OR; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 89 N 17; RIEMER, BK, Art. 88/89 N 85.

mentarische Verpflichtungen gegenüber ihren Destinatären zu erfüllen hat, die teilweise noch nicht einmal fällig geworden sein mögen. Diese Ansprüche können nicht mit einer Konkursdividende abgegolten werden.⁸⁰

b) Überschuldung

Art. 84b des Vorentwurfs Riemer von 1993 sah Massnahmen im Zusammenhang mit der Überschuldung der Stiftung vor:⁸¹

- Schwebt die Gefahr der Überschuldung über der Stiftung, hat der Stiftungsrat eine Zwischenbilanz aufzustellen, welche von der Kontrollstelle zu prüfen ist (Art. 84b Abs. 1 VE).
- Ist die Stiftung tatsächlich überschuldet, muss nach Art. 84b Abs. 2 VE der Aufsichtsbehörde die Zwischenbilanz übermittelt werden. Sie hat dann die erforderlichen Massnahmen zur Konkursabwendung zu treffen (z.B. den Zweck durch eine Änderung der Stiftungsurkunde zu begrenzen).
- Ist eine Sanierung nicht mehr möglich, hat die Stiftung nach Abs. 3 den Konkursrichter einzuschalten.

Das Obligationenrecht verpflichtet Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften, den Konkursrichter zu benachrichtigen, wenn Überschuldung vorliegt (Art. 725, 764 Abs. 2, 817 und 903 OR). Für die Stiftung fehlte bisher eine entsprechende Bestimmung. Es steht ausser Frage, dass die genannten Normen nicht einfach auf die Stiftung anwendbar waren.⁸² Hingegen sprach Folgendes für eine Pflicht des Stiftungsrates, bei Überschuldung die Aktivitäten einzustellen und die Liquidation herbeizuführen:

- Zunächst die Befolgung der allgemeinen Sorgfaltspflicht, die der Stiftungsrat aus seinem Organträgervertragsverhältnis heraus hat.⁸³
- Der Stiftungsrat muss sodann eine angemessene Finanzkontrolle ausüben.⁸⁴ Zu dieser gehört selbstverständlich, auf eine Überschuldung zu reagieren. Die Stiftung darf nicht Geld ausgeben, das sie gar nicht mehr hat.
- Eine Pflicht zur Einstellung der Geschäftstätigkeit bei Insolvenz der Stiftung lässt sich auch aus dem SchKG ableiten. Wenn nämlich aufgrund der finanziel-

⁸⁰ Dazu näher HARDMEIER, 1429, wo auch darauf hingewiesen wird, dass sich für die Personalvorsorgestiftung dieselben Probleme auch bei der Aufhebung nach Art. 88 f. ZGB stellen. Seine Hoffnung, die Stiftungsrechtsreform bringe hier Klarheit, hat sich nicht erfüllt.

⁸¹ EB zum Revisionsentwurf, 14.

⁸² Gl. M. ISAAC MEIER, Pflicht eines Unternehmens zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens nach geltendem Recht, in: Jusletter 25, Oktober 2004, Rz 20.

⁸³ SPRECHER/VON SALIS, Nr. 141; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 22.

⁸⁴ SPRECHER/VON SALIS, Nr. 142.

len Schieflage einer Stiftung jede Rechtshandlung gemäss Art. 285 ff. SchKG anfechtbar geworden ist, wird in der Regel die Einstellung des Geschäftsbetriebes zur Notwendigkeit werden.⁸⁵

- Schliesslich können sich die Mitglieder des Stiftungsrates nach Art. 165 i.V.m. Art. 172 StGB strafbar machen, wenn sie die Pflicht zur Deponierung der Bilanz verletzen.⁸⁶

Am 8. Oktober 2004 hat das Parlament eine Revision des Stiftungsrechtes beschlossen.⁸⁷ Vorgesehen ist ein neuer Art. 84a ZGB mit der Marginalie «Massnahmen bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit». Er übernimmt weitgehend die Regelung von Art. 725 OR:

¹ Besteht begründete Besorgnis, dass die Stiftung überschuldet ist oder ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht mehr erfüllen kann, so stellt das oberste Stiftungsorgan auf Grund der Veräusserungswerte eine Zwischenbilanz auf und legt sie der Revisionsstelle zur Prüfung vor. Verfügt die Stiftung über keine Revisionsstelle⁸⁸, so legt das oberste Stiftungsorgan die Zwischenbilanz der Aufsichtsbehörde vor.

² Stellt die Revisionsstelle fest, dass die Stiftung überschuldet ist oder ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht erfüllen kann, so legt sie die Zwischenbilanz der Aufsichtsbehörde vor.

³ Die Aufsichtsbehörde hält das oberste Stiftungsorgan zur Einleitung der erforderlichen Massnahmen an. Bleibt dieses untätig, so trifft die Aufsichtsbehörde die nötigen Massnahmen.

⁴ Nötigenfalls beantragt die Aufsichtsbehörde vollstreckungsrechtliche Massnahmen; die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Eröffnung oder den Aufschub des Konkurses sind sinngemäss anwendbar.

Wenn die Stiftung Aussichten hat, in absehbarer Zukunft zu neuem Vermögen zu kommen, also eine Sanierung denkbar ist, kann nach Art. 84a Abs. 3 ZGB auf die Einleitung eines Konkursverfahrens verzichtet werden. Diese Phase kann länger anhalten, wenn die Gläubiger Ruhe halten und keinen Konkurs erzwingen.

c) Eingehen von Verpflichtungen

Stiftungsräte dürfen keine Ansprüche begründen, wenn die Gefahr besteht, dass die Stiftung sie ganz oder teilweise nicht erfüllen kann. Dies ist sicher der Fall, wenn die Stiftung überschuldet ist, allerdings nicht erst dann. Gerade die weitere Begründung von Ansprüchen Dritter kann eine Stiftung in die Überschuldung

⁸⁵ MEIER, Rz 29–32.

⁸⁶ MEIER, Rz 33, 40, mit weiteren Hinweisen.

⁸⁷ BBl 2004 5435. Vgl. THOMAS SPRECHER, Das schweizerische Stiftungsrecht in Bewegung, in: VM, Fachzeitschrift für Verbands- und Nonprofit-Management, Freiburg, Nr. 3, 2003, S. 66–73, mit weiteren Hinweisen.

⁸⁸ Nach dem neuen Art. 83a Abs. 4 ZGB kann unter vom Bundesrat festzulegenden Bedingungen die Aufsichtsbehörde eine Stiftung von der Pflicht befreien, eine Revisionsstelle zu bezeichnen.

ziehen. Vom Moment an, wo die Besorgnis besteht, dass die Stiftung überschuldet ist oder ihre Verbindlichkeiten längerfristig nicht mehr erfüllen kann, darf der Stiftungsrat keine Verpflichtungen eingehen, die Gläubiger schädigen könnten.

Insbesondere die Einräumung von Ansprüchen an Destinatäre vor dem Konkurs kann geeignet sein kann, (andere) Gläubiger der Stiftung zu schädigen. Dies kann nicht nur konkursrechtlich, sondern auch strafrechtlich (Art. 163 ff. StGB) relevant sein.

Die Stiftungsorgane tun also gut daran, ihre Vergabepaxis besonders gründlich zu prüfen, wenn sie Überschuldung und Konkurs der Stiftung befürchten müssen.

Bei den Personalvorsorgestiftungen hat nach Art. 56 Abs. 1 lit. b und c BVG der Sicherheitsfonds die gesetzlichen und unter bestimmten Voraussetzungen die darüber hinausgehenden reglementarischen Leistungen sicherzustellen. Im Umfang der sichergestellten Leistungen steht dem Sicherheitsfonds nach Art. 56a Abs. 1 BVG ein Rückgriffsrecht gegen die Personen zu, welche die Zahlungsunfähigkeit verschuldet haben.

d) Konkursaufschub

Der Vorentwurf Riemer sah in Art. 84b die Möglichkeit eines Konkursaufschubs bei Aussicht auf Sanierung der Stiftung vor. Wie eben zitiert, wird die Möglichkeit des Konkursaufschubs nun in Art. 84a Abs. 4 ZGB geregelt.

3. Die Stiftung im Konkursverfahren

Die Stiftung erfährt im SchKG keine besondere Beachtung. Sie wird nur an einer einzigen Stelle erwähnt, nämlich im besprochenen Art. 39. Sie ist als normale Schuldnerin zu behandeln. Immerhin ist zu fordern, dass die Konkursverwaltung im Rahmen ihrer Möglichkeiten den Besonderheiten der Stiftung Rechnung trägt.

Der Konkurs des Arbeitgebers führt nicht automatisch zur Auflösung von Arbeitsverhältnissen. Diese müssen auch im Konkursfall gekündigt werden. Wenn dies nicht mehr durch den konkursiten Arbeitgeber geschieht, also den Stiftungsrat, so hat es durch die Konkursverwaltung zu erfolgen. Sie hat alle mit der Stiftung geschlossenen Arbeitsverhältnisse zu kündigen, soweit sie es noch nicht sind und soweit sie nicht den Betrieb oder Betriebsteile der Stiftung weiterlaufen lassen will. Nicht kündigen kann und muss sie den Stiftungsorganen. Für sie gelten, solange die Stiftung existiert, die Regeln des Stiftungsrechts. Umgekehrt sind die Arbeitnehmer nach Art. 337c OR berechtigt, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig geworden ist und ihm für seine

Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird.

a) Konkursort

Konkursort ist der Sitz der Stiftung.

b) Eintragung der Konkursöffnung im Handelsregister

Die Konkursöffnung ist analog zu Art. 64 HRV im Handelsregister einzutragen (Art. 165 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG).

c) Mitwirkung des Stiftungsrates

Im Betreibungs- und Konkursverfahren werden juristische Personen durch ihre Organe vertreten. Dies ist bei der Stiftung grundsätzlich der Stiftungsrat. Nur wenn dieser untätig bleibt, es aber bestimmter Massnahmen zum Schutz des Stiftungsvermögens bedarf, kann die Aufsichtsbehörde an seiner Stelle handeln.⁸⁹

Im Konkurs liegt die Verfahrenshoheit bei den Konkursorganen, bei der Konkursverwaltung und – wenn ein solcher eingesetzt ist – beim Gläubigerausschuss (Art. 237 Abs. 3 SchKG). Der Stiftungsrat als Vertreter der Gemeinschuldnerin muss ihnen gemäss Art. 229 SchKG zur Verfügung stehen.

d) Konkursmasse

Bei der Ermittlung des in die Konkursmasse fallenden Vermögens sind auch Ansprüche – insbesondere Verantwortlichkeitsansprüche – gegen den Stifter, gegen Mitglieder von Stiftungsorganen und natürlich gegen Dritte zu berücksichtigen. Auch Ansprüche gegen die Stiftungsaufsicht sind denkbar.⁹⁰

Ferner sind auch die Paulianae für Stiftungen relevant. Die Rückabwicklung des Rechtsgeschäftes wird in der Weise vorgenommen, dass der Akt, mit dem die Stiftungsorgane den Rechtsanspruch des Destinatärs begründet haben, aufgehoben wird. Liegen die Voraussetzungen für eine Anfechtung nicht vor, so ist immer noch zu prüfen, ob gegen die Stiftungsorgane, welche Destinatäre solcherweise begünstigt haben, Verantwortlichkeitsansprüche geltend gemacht werden können.

⁸⁹ BGE 83 III 150.

⁹⁰ Vgl. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Diss. Zürich 1996.

e) Konkursforderungen

Konkursgläubiger sind diejenigen, die im Zeitpunkt der Konkursöffnung eine persönliche Forderung gegen die Stiftung besitzen.

Bei der Kollokation haben die Konkursorgane zu prüfen, ob auch Destinatäre, welche Forderungen angemeldet haben, zu den Gläubigern zählen. Sie tun dies, wenn sie Rechtsansprüche auf Leistungen der Stiftung haben. Dies ist aufgrund der Auslegung des Stiftungsstatuts und allfälliger rechtserheblicher Erklärungen der Stiftungsorgane zu entscheiden.⁹¹ Ist grundsätzlich eine Leistungspflicht der Stiftung gegenüber Destinatären zu bejahen, so fragt es sich, ob diese nur besteht, solange Stiftungsvermögen zur Zweckerfüllung verfügbar ist.⁹² Dies muss aber verneint werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine Leistungspflicht nicht gegeben sein soll, wenn die Leistung nicht oder nicht mehr erbracht werden kann. Vielmehr werden die Destinatäre durch die Handlung, die ihnen gegenüber der Stiftung eine Forderung einräumt – die rechtserhebliche Verpflichtungserklärung des Stiftungsrats –, zu deren Gläubiger und können ihre Forderung im Konkurs geltend machen. Anders verhält es sich nur, wenn das Leistungsversprechen bedingt war, nämlich unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt der Leistungsfähigkeit der Stiftung stand. Dann ist diese Bedingung nicht erfüllt, und die Verpflichtung entfällt.

Zu den Konkursgläubigern zählen auch jene Personen, zu deren Gunsten der Stifter die Stiftung mit einem Vermächtnis oder einer Auflage belastet hat.

4. Die Stiftung nach Beendigung des Konkursverfahrens

a) Erlöschen der Stiftung

Wenn nach Beendigung des Konkursverfahrens keine Aktiven übrig bleiben, hat die Stiftung zu erlöschen.⁹³ Als juristische Person kann sie dies indes selbst bei völligem Vermögensverlust nicht stillschweigend tun. Es bedarf eines staatlichen Aktes, der ihr die Rechtsfähigkeit entzieht. Die förmliche Feststellung bedeutet «eine Verneinung aller Möglichkeiten zur Erhaltung der Stiftung».⁹⁴

Grundsätzlich ist das staatliche Eingreifen nur subsidiär. Vorab muss grundsätzlich ein stiftungsinterner Beschluss erfolgen, der durch die Stiftungsaufsicht als der

Garantin des Stifterwillens zu genehmigen ist. Im Konkursfall bedarf es – unter Vorbehalt der nachfolgend Ziff. II.4.b. beschriebenen Situation – keines Beschlusses des Stiftungsrates mehr; der Konkurs ersetzt ihn.

Die Konkursverwaltung macht den Schluss des Konkursverfahrens öffentlich bekannt (Art. 268 Abs. 4 SchKG),⁹⁵ die Stiftung ist gemäss Art. 104 HRV im Handelsregister zu löschen (vgl. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG).

b) Widerruf des Konkurses und Weiterbestehen der Stiftung

Das Ende der konkursrechtlichen Liquidation bedeutet nicht zwingend das Ende der Stiftung. Wenn das Stiftungsvermögen nicht vollständig liquidiert wird – werden muss – und nach Befriedigung aller Gläubiger unter Einschluss der Konkursverfahrenskosten ein Aktivenüberschuss bleibt, stellt sich die Frage nach ihrem Schicksal und jenem der Stiftung. Zur Beantwortung zuständig ist nicht mehr die Konkursverwaltung. Ihr Ziel ist es nicht, die Stiftung zum Verschwinden zu bringen, sondern, ihre Gläubiger in den konkursrechtlichen Grenzen zu befriedigen. Hat sie dieses Ziel erreicht, ist sie selbst obsolet geworden. Deshalb ist in diesem Fall das Konkursverfahren, das grundsätzlich zur Auflösung einer juristischen Person führt,⁹⁶ nach Massgabe von Art. 195 SchKG (Widerruf des Konkurses) ohne Löschung der Stiftung zu beenden, und Stiftungsrat und Aufsichtsbehörde sind wieder in die Verantwortung für die Stiftung zu setzen. Es liegt an ihnen zu bestimmen, ob das verbleibende Vermögen ausreicht, die Stiftung weiterzuführen und existent zu halten.

Dass am oder vor dem Ende des Konkursverfahrens Vermögenswerte vorhanden sind, ist bei einer Stiftung wahrscheinlicher – oder, zurückhaltender gesagt, weniger unwahrscheinlich – als bei einer Aktiengesellschaft, da eine Stiftung während des Konkursverfahrens durch Spenden oder Kurssteigerung von Wertchriften vielleicht eher zu neuem Vermögen kommt. Reicht das am Ende des Konkursverfahrens vorhandene Vermögen aus, um den Stiftungszweck ganz oder teilweise weiter zu erfüllen, so ist von einer stiftungsrechtlichen Liquidation abzusehen. Der Stiftungsrat kann seine Tätigkeit wieder aufnehmen. Allenfalls ist durch eine förmliche Zweckänderung (Reduktion des Zwecks bzw. der Zwecke) den veränderten Vermögensverhältnissen Rechnung zu tragen.

Reicht das vorhandene Vermögen nicht aus, um die Stiftung weiterzuführen, so ist – wie für die Frage der Verwendung des Vermögens nach einer stiftungsrechtlichen Liquidation – zu prüfen, ob in der Stiftungsurkunde Bestimmungen über das Restvermögen enthalten sind. Demgemäss kann es an den Stifter oder

⁹¹ SPRECHER/VON SALIS, Nr. 186. Ob und wie weit zu den Ansprüchen gegen die Stiftung auch Anwartschaften (künftiger Destinatäre) gehören, ist im Einzelfall zu prüfen.

⁹² Bejahend AXEL FREIHERR VON CAMPENHAUSEN, § 12 N 32, mit der Begründung, eine Verfügbarkeit von Stiftungsvermögen sei im Konkurs nicht mehr gegeben.

⁹³ Zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nach Art. 230 SchKG vgl. GILLIÉRON, Art. 230 N 35–38, 46, 57.

⁹⁴ RIEMER, BK, Art. 88/89 N 18.

⁹⁵ GILLIÉRON, Art. 268 N 12.

⁹⁶ SPÜHLER/STRUNZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 91.

seinen Rechtsnachfolger zurückfallen⁹⁷ oder kann der Stiftungsrat dazu kompetent erklärt werden, es nach dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Stifterwillen zu verwenden. Fehlt eine solche Regelung, so fällt das Vermögen in (analoger) Anwendung von Art. 57 Abs. 1 ZGB an das für die Aufsicht zuständige Gemeinwesen, welches grundsätzlich dazu verpflichtet ist, es möglichst dem bisherigen Zweck entsprechend zu verwenden (Art. 57 Abs. 2 ZGB).

c) Nachkonkurs

Werden nach Schluss des Konkursverfahrens Vermögensstücke entdeckt, welche zur Masse gehörten, aber nicht zu ihr gezogen wurden, nimmt die Konkursverwaltung diese in Besitz und besorgt ohne weitere Förmlichkeit die Verwertung und die Verteilung des Erlöses an die zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung (Art. 269 Abs. 1 SchKG).

Im Falle eines Konkurswiderrufs kann es (schon begrifflich) keinen Nachkonkurs geben. Nach Konkurswiderruf neu entdeckte Vermögensstücke sind nicht an die Gläubiger zu verteilen – die es, da befriedigt, nicht mehr gibt –, sondern das Schicksal des übriggebliebenen Vermögens teilen zu lassen. Wo die Stiftung weiterbesteht, fallen sie also an diese. Dasselbe gilt für Vermögen, das nicht neu entdeckt, sondern erst nach Konkurswiderruf entstanden ist, z.B. durch Spenden an die Stiftung. Gibt es die Stiftung hingegen nicht mehr, so sind solche Zuwendungen als zivilrechtlich nichtig zu betrachten, da die Adressatin und Beschenkte fehlt, und sie sind an die Zuwendungswilligen zurückzuführen.

5. Internationales Konkursrecht

Die Konkursmasse umfasst das gesamte Vermögen der Stiftung, «gleichviel wo es sich befindet» (Art. 197 SchKG), also auch das im Ausland gelegene. Bei Stiftungen mit Sitz im Ausland kommt umgekehrt für ihr in der Schweiz belegendes Vermögen ein schweizerisches Konkursverfahren in Frage (Art. 166 ff. IPRG).

6. Regelungsbedarf des Stifters

Abschliessend sei die Frage gestellt, ob sich für den Stifter im Hinblick auf die Möglichkeit des Konkurses der Stiftung ein Regelungsbedarf ergibt. Seine Stiftungsfreiheit wird durch das zwingende Konkursrecht beschränkt. Er kann also

den Stiftungsorganen verbindliche Vorgaben machen nur für die Phase, da noch kein Konkurs eröffnet, und für jene, da er beendet ist.

Vorgaben des Stifters an den Stiftungsrat für die Zeit vor der Konkursöffnung können sein,

- bestimmte letzte Vergabungen zu machen (solange sie unter paulianischen Aspekten noch möglich sind), oder
- an bestimmte Personen zu gelangen mit dem Ersuchen um Zustiftung.

Vorgaben des Stifters an den Stiftungsrat (bzw. an die Aufsichtsbehörde) für die Zeit nach Beendigung des Konkursverfahrens können sein,

- das eventuell verbleibende Vermögen in einer bestimmten Weise zu liquidieren bzw. an einen bestimmten Dritten zu übertragen (diese Regelung findet sich in den meisten Stiftungsurkunden schon heute, bezogen auf den Fall der stiftungsrechtlichen Liquidation), oder wiederum
- an bestimmte Personen zu gelangen mit dem Ersuchen um Zustiftung, damit die Stiftung wieder zu jenem Vermögen kommt, das sie lebensfähig erhält.
- Denkbar ist die Reduktion der Zwecksetzung auf ein Mass, das dem verbliebenen Vermögen entspricht.
- Denkbar ist ferner auch die Bestimmung, die Stiftung vor der Liquidation des verbliebenen Vermögens noch eine gewisse Zeit existent, aber inaktiv zu halten, bis feststeht, ob sie zu dem erforderlichen neuen Vermögen kommt oder aber aufzulösen ist.

Der Konkursverwaltung kann der Stifter keine verbindlichen Vorgaben machen – das Konkursrecht geht seinem Willen durchaus vor. Immerhin mag die Konkursverwaltung im Rahmen ihres vom Gesetz eingeräumten Ermessens die Anliegen des Stifters berücksichtigen, etwa

- eine vom Stifter gewünschte Liquidationsreihenfolge, wo Chancen bestehen, dass nicht alles Vermögen liquidiert werden muss, oder
- das Schicksal nicht verwertbarer Gegenstände, z.B. die Übergabe eines Stiftungsarchivs ohne Liquidationswert an eine bestimmte Person.

III. Konkurs Dritter

1. Konkurs von Geschäftspartnern der Stiftung

Am Konkurs von Geschäftspartnern nimmt die Stiftung teil, wenn und soweit sie deren Gläubigerin ist. Denkbar sind natürlich auch andere Beziehungen, etwa dass ein Rechtsgeschäft des Geschäftspartners mit der Stiftung angefochten wird und die Stiftung im Anfechtungsprozess passivlegitimiert ist, oder die Geltendmachung von nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüchen durch die Stiftung.

⁹⁷ Vgl. RIEMER, BK, Art. 88/89 N 93 ff.

Grundsätzlich wird die Stiftung im Konkurs eines Dritten durch den Stiftungsrat vertreten. Unter Umständen kann dies aber auch die Aufsichtsbehörde tun,⁹⁸ nämlich dann, wenn die Stiftungsorgane untätig bleiben. Das Bundesgericht hat die Aufsichtsbehörde schon zur Vertretung der Stiftung im Kollokationsprozess⁹⁹ und im Beschwerdeverfahren¹⁰⁰ zugelassen.

2. Konkurs von Destinatären der Stiftung

Der Konkurs eines Destinatärs ist für die Stiftung insbesondere dann relevant, wenn der Destinatär einen Rechtsanspruch gegen die Stiftung hat. Solche Ansprüche gehören grundsätzlich zur Konkursmasse und sind ins Inventar aufzunehmen. Sie können aber dann nicht gegen die Stiftung durchgesetzt werden, wenn deren Vergabung unter der ausgesprochenen oder stillschweigenden Bedingung stand, dass der berechtigte Destinatär aufrecht steht. Zum Beispiel wird bei einer Vergabestiftung das Versprechen der Zuwendung an eine Konzertveranstalterin unter der stillschweigenden Bedingung stehen, dass diese aufrechtstehend und in der Lage ist, das fragliche Konzert durchzuführen.¹⁰¹

3. Konkurs des Arbeitgebers bei Personalvorsorgestiftungen

Gut zwei Drittel aller Schweizer Stiftungen sind im Bereiche der beruflichen Vorsorge tätig.¹⁰² Deshalb ist es von grosser praktischer Bedeutung, dass ihr Schicksal mit jenem des angeschlossenen Arbeitgebers verbunden ist. Bei einem Konkurs – wie bei einem anderen Untergang (Liquidation, Fusion etc.) – des Arbeitgebers ist zu prüfen, ob die Stiftungsurkunde zu diesem Fall Regelungen enthält.¹⁰³ Wenn nicht, ist zwar in der Regel von einer Unerreichbarkeit des Zwecks der Stiftung und ihrer Aufhebung auszugehen. Diese muss allerdings nicht sogleich erfolgen, weil die Stiftung noch eine Zeitlang (oder auch viele Jahre lang) ihren Zweck erfüllen kann. Dies gilt erst recht, wenn mit der Konkurseröffnung der Arbeitgeber

nicht sogleich seinen Betrieb einstellt, sondern diesen fortführt¹⁰⁴ und weiterhin Arbeitnehmer beschäftigt.

Das Insolvenzrecht muss eine Balance finden zwischen der Gleichbehandlung aller Gläubiger und der Erhaltung des angestrebten Versicherungsschutzes. Das SchKG durchbricht deshalb den Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung aller Gläubiger zugunsten von Gläubigern, die mehr als andere auf eine möglichst volle Befriedigung angewiesen sind (Art. 219 SchKG). Alle Forderungen einer Personalvorsorgeeinrichtung gegen den ihr angeschlossenen Arbeitgeber in dessen Konkurs werden deshalb in der ersten Klasse kollektiviert. Das Privileg gilt nach herrschender Lehre für Prämien der obligatorischen wie der freiwilligen Vorsorge.¹⁰⁵

Im Hinblick auf eine Insolvenz des Arbeitgebers ist die Allokation von Vermögen der Personalvorsorgestiftung bei diesem problematisch:

- Aktien des Arbeitgebers im Depotbestand der Personalvorsorgestiftung sind im Konkurs des Arbeitgebers wertlos.¹⁰⁶
- Ungesicherte, nicht ausgeschiedene oder reinvestierte Guthaben beim Arbeitgeber sind bei dessen Konkurs ganz oder teilweise uneinbringlich. In der Regel erweist sich dabei das gemäss SchKG bestehende Konkursprivileg für solche Forderungen als ungenügend.¹⁰⁷

In der Praxis entstehen der Stiftung beinahe ausschliesslich Schäden aus einer nicht zweckentsprechenden Auszahlung oder aus Verlusten bei der Vermögensanlage. Oft resultierten diese Verluste durch Beteiligungen am Arbeitgeber, die in dessen Konkurs uneinbringlich waren. Beispiele:

- In BGE 105 IV 107 (= Pra 68, 1979, 489/490) übernahm eine Stiftung eine Schuld des Stifterunternehmens im Betrag von CHF 250'000.– sowie ein aus deren Kantinenbetrieb resultierendes Defizit von knapp CHF 170'000.–. Der Konkurs des Arbeitgebers mit einem Verlust von über CHF 3 Mio. machte eine Rückforderung dieser Beträge aussichtslos.

⁹⁸ FRITZSCHE/WALDER, § 9 Rz 37.

⁹⁹ BGE 83 III 149 f.

¹⁰⁰ BGE 103 III 84 E. 4.

¹⁰¹ Entgegenhalten könnte die Stiftung auch Art. 82 f. OR.

¹⁰² Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Entscheidungen, welche privat- oder öffentlichrechtliche Vorsorgeeinrichtungen treffen, keine definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 f. SchKG darstellen. Hingegen hat der Sicherheitsfonds generelle Verfügungskompetenz, so dass er definitive Rechtsöffnungstitel erlassen kann, wodurch er auch einen Rechtsvorschlag selbst beseitigt (BGE 118 III 15 ff.; 115 III 95 ff.; 155 V 379 ff.; RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, 125 f.).

¹⁰³ RIEMER, BK, Art. 88/89, 10 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG; ANDRES BAUMGARTNER, Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung, Diss. Freiburg 1987.

¹⁰⁵ Vgl. RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, 130 f. – Ferner ist zu erwähnen, dass gemäss Art. 92 Ziff. 8 und 93 SchKG Forderungen gegenüber Stiftungen, insbesondere Personalvorsorgestiftungen, wenn sie den im Gesetz erwähnten Unterstützungscharakter haben, nur beschränkt pfändbar oder unpfändbar und – durch die Verweisung von Art. 275 SchKG auf Art. 92 und 93 SchKG – beschränkt oder gar nicht verarrestierbar sind; vgl. RIEMER, Berufliche Vorsorge und Revision des SchKG, 126 ff., und ferner BGE vom 6.6.2003 (SC.264.2002), E. 3.5: «Das Konkursprivileg erster Klasse geniessen [...] alle Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern, unabhängig von ihrer rechtlichen Grundlage.»

¹⁰⁶ Vgl. BGE 105 II 155 = Pra 69, 1980, 688.

¹⁰⁷ Vgl. Kanton Zürich, Regierungsratsbeschluss Nr. 4948 vom 29. September 1976; Solothurnische Gerichtspraxis SOG 1994 Nr. 44.

- In BGE 122 IV 279 war der Stiftungsrat einer Personalvorsorgestiftung wegen ungetreuer Geschäftsführung angeklagt, weil er Arbeitgebern erheblich gefährdete Kredite gewährt hatte, nämlich in Missachtung der gesetzlichen Vorschriften (Art. 57 Abs. 2 BVV 2) ungesicherte Darlehen von erheblich mehr als 20% des Stiftungsvermögens.¹⁰⁸ Nach dem Konkurs der Arbeitgeber ging die Stiftung leer aus.

Diese Beispiele lassen erkennen, welche Sorgfalt der Stiftungsrat in dieser Beziehung walten lassen muss. Er hat einen Darlehensvertrag mit dem Arbeitgeber sogleich zu kündigen, wenn die Sicherheit des Darlehens nicht mehr gegeben ist. In BGE 122 IV 279 führte das Bundesgericht aus, dass bereits eine Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden darstelle. Es genüge für eine Haftung des Stiftungsrates, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden müsse. Ein Konkurs ist dann nicht einmal mehr erforderlich.

¹⁰⁸ Gemäss Art. 57 Abs. 1 BVV2 darf das Vermögen, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt sein, Nach Art. 57 Abs. 2 BVV2 dürfen höchstens 20% des Bruttovermögens beim Arbeitgeber ungesichert angelegt sein. Davon dürfen keine durch Leistungszusagen gebundene Deckungskapitalien betroffen sein. Zu den weiteren Vorschriften über die Anlagen beim Arbeitgeber vgl. BRUNO CHRISTEN, Die neuen Vorschriften über Anlagen beim Arbeitgeber, in: Schweizer Personalvorsorge, August 2004, 5 f.