

Der Stifterwille: Ein Phänomen zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Ewigkeit

Herausgegeben von

Dominique Jakob
Lukas von Orelli

Europäisches Institut für Rechtspsychologie EIRP



Universität
Zürich^{UZH}

Zentrum für Stiftungsrecht

SwissFoundations



Stämpfli Verlag

**Der Stifterwille:
Ein Phänomen zwischen Vergangenheit, Gegenwart
und Ewigkeit**

Schriften zur Rechtspsychologie

Begründet und herausgegeben im Auftrag des Europäischen
Instituts für Rechtspsychologie von

Dr. Raimund Jakob, Salzburg

Prof. Dr. Manfred Rehbinder, Zürich

Prof. Dr. Martin Usteri, Zürich



Stämpfli Verlag

**Der Stifterwille:
Ein Phänomen zwischen
Vergangenheit, Gegenwart und
Ewigkeit**

Herausgegeben von

**Dominique Jakob
Lukas von Orelli**

Mit freundlicher Unterstützung von
SwissFoundations



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3137-7
ISBN Judocu 978-3-0354-1156-0
ISBN E-Book 978-3-7272-5871-8



Der Schutz des Stifterwillens

DOMINIQUE JAKOB*

* Prof. Dr. iur. DOMINIQUE JAKOB, M.I.L. (Lund), ist Ordinarius für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich (<http://www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch>).

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	63
II.	Das stiftungsrechtliche Beteiligtengeflecht	63
III.	Schutzmöglichkeiten und Schutzrichtungen.....	65
	1. Schutz des Stifterwillens durch seinen ordnungsgemässen Vollzug.....	66
	a. Ermittlung des Stifterwillens	66
	b. Ordnungsgemässe Ermessenausübung	67
	c. Dynamisches Stiftungsverständnis	67
	d. Änderungsrechte	68
	2. Schutz des Stifterwillens durch die Aufsichtsinstanz.....	70
	3. Schutz des Stifterwillens durch den Stifter.....	73
	4. Schutz des Stifterwillens durch die (übrigen) Stiftungsbeteiligten.....	75
	a. Zweitorgan	75
	b. Begünstigte	75
	c. Sonstige Beteiligte	76
	d. Exkurs: Antragslegitimation für die Stiftungsaufsichts- beschwerde.....	76
IV.	Ganzheitliches Schutzsystem im Sinne einer Foundation Governance	78
V.	Ausblick und Thesen	79

I. Einleitung

Möchte man über den Schutz des Stifterwillens nachdenken, müssen diese Gedanken ihren Ausgangspunkt bei der Struktur der Rechtsform Stiftung nehmen. Es ist allgemein bekannt, dass der Stifterwille, jedenfalls in seiner im Stiftungszweck festgeschriebenen Form, als „das Herzstück der Stiftung“ bezeichnet wird.¹ Doch warum ist der Stifterwille das Herz der Stiftung? Was ist die genaue Funktion des Stifterwillens im Stiftungskonzept? Und warum ist die Stiftung als derart schutzbedürftige Entität anzusehen, dass sogar von einem „rechtsformtypischen Defizit“ gesprochen wird? Um diese Fragen dogmatisch zu unterlegen, ist zunächst ein Blick auf das stiftungstypische Beteiligtengeflecht zu werfen.

II. Das stiftungsrechtliche Beteiligtengeflecht

Am Anfang steht der Stifter.² Dieser trennt sich von seinem Vermögen und widmet es zu einem bestimmten Zweck, sodass es bestimmungsgemäss gewissen Begünstigten zugutekommen soll. Geschaffen wird hierdurch eine juristische Person, die sich durch das sogenannte Trennungs- und Erstarrungsprinzip auszeichnet: der Stifter trennt sich endgültig vom gewidmeten Vermögen, Stifter und Stiftung werden zwei unabhängige Rechtspersonen, und der Stifterwille ist mit Stiftungserrichtung erstarrt.³ Dem Stifter steht nach Stiftungserrichtung also im Grundsatz weder Eigentum am Vermögen zu, noch Einfluss auf die Rechtsfigur Stiftung. Im System der juristischen Personen spricht man daher von einer Anstalt, im Gegensatz zu den Körperschaften, welche sich durch die Existenz von Eigentümern (bei der Aktienge-

¹ HAROLD GRÜNINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 80 N 12; DOMINIQUE JAKOB, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Basel 2012, Art. 80 N 2; RAINER HÜTTEMANN/PETER RAWERT, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 80–89 (Stiftungsrecht), Neubearbeitung, Berlin 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. N 5.

² Wenn dieser Beitrag nur die männlichen Formen der Personenbezeichnungen gebraucht, soll dies ausschliesslich der sprachlichen Einfachheit dienen.

³ Siehe zum Trennungs- und Erstarrungsprinzip aus dogmatischer und rechtsvergleichender Sicht ausführlich DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung – Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006, 36 ff.

sellschaft) oder Mitgliedern (beim Verein) auszeichnen.⁴ Bei der Stiftung ist es vielmehr der im Zweck perpetuierte Stifterwille, der die Geschicke der Stiftung in Zukunft lenken soll; der Stiftungszweck ist gleichsam „Kristallisationspunkt“ des Stifterwillens.

Freilich bedarf es Personen, die den Stifterwillen vollziehen; das personalisierte Zweckvermögen braucht also Gliedmassen, die für jenes handeln können. Als solche fungieren die Stiftungsorgane, allen voran der Stiftungsrat (gegebenenfalls ergänzt durch ein Zweitorgan). An dieser Stelle ist wichtig zu verstehen, dass die Stiftungsorgane jedenfalls im Grundsatz keinen *eigenen* autonomen Willen bilden, sondern stets den einmal perpetuierten *Stifterwillen* zu vollziehen haben. Anders als die Willensbildungsorgane der Körperschaften (etwa Aktionärs- oder Vereinsversammlung) sind die Handlungsorgane bei der Stiftung reine *Vollzugsorgane des Stifterwillens*. Aber wie lässt sich sicherstellen, dass der Stifterwille und nur der Stifterwille vollzogen wird? Denn der Vermögensträger und die handelnden Personen fallen auseinander, und es ist nicht gesagt, dass ihre Interessen übereinstimmen. Wir stehen also vor einem sogenannten „Principal-Agent-Konflikt“, der dadurch noch potenziert wird, dass es – anders als bei den Körperschaften – keine Eigentümer oder Mitglieder gibt, die den handelnden „Agent“ kontrollieren können. Das ist der Grund, warum man bei der Stiftung von einem „rechtsformtypischen Schutzdefizit“⁵ spricht und der bereits den historischen Gesetzgeber (in eigentlich allen klassischen Stiftungsrechtsordnungen) veranlasst hat, die Stiftung unter die Aufsicht einer (staatlichen) Aufsichtsinstanz zu stellen,⁶ einer Instanz, die dafür zu sorgen hat, dass der Stiftungszweck ordnungsgemäss vollzogen wird, das Stiftungsvermögen zweckgemäss verwaltet wird und die Organe ihrer Stiftung keinen Schaden zufügen.

Bleibt man jedoch beim stiftungsrechtlichen Beteiligtenengeflecht, springen einem weitere zentrale Beteiligte ins Auge: allen voran die Destinatäre, die die Begünstigten des Stiftungsvermögens sein sollen und die daher ein genuines Interesse daran haben, dass der Stiftungszweck ordnungsgemäss vollzogen wird. Zugleich können die Begünstigten freilich auch gegenläufige Interessen in sich tragen, etwa dass die Stiftungsorgane über die Grenzen des

⁴ Siehe zur Systematik der juristischen Personen KuKo ZGB-JAKOB (Fn. 1), Vor Art. 52–59 N 2. Zum anstaltlichen Verständnis der Stiftung des deutschen Rechts aus historischer Perspektive ANDREAS RICHTER, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, Berlin 2001, 76 ff.

⁵ Siehe hierzu JAKOB, *Schutz der Stiftung* (Fn. 3), 89 ff., 95 ff.

⁶ Zur Legitimation der Stiftungsaufsicht siehe JAKOB, *Schutz der Stiftung* (Fn. 3), 240 ff.; einen anderen Begründungsansatz zur Geltung bringen möchte jetzt PARISIMA VEZ, *Surveillance étatique et autorégulation des fondations classiques*, ZSR 2013 II, 341, 346 ff.

Stiftungszwecks hinausgehen, und somit auch eine Gefahr für die Stiftung darstellen. Auch die Teilnehmer des übrigen Rechtsverkehrs (allen voran Erben und Gläubiger) können eine Rolle spielen. Erben und Gläubiger sind häufig nicht erfreut, dass sich der Stifter durch die Übertragung auf eine Stiftung von seinem Vermögen getrennt hat, auf welches sie nicht mehr zugreifen können. Aus diesem Grund werden sie die Stiftung möglicherweise anzugreifen versuchen, jedenfalls aber genau im Auge behalten wollen. Und schliesslich ist die Steuerbehörde zu beachten, welche bei gemeinnützigen Stiftungen überprüfen muss, ob die Gemeinnützigkeitskriterien der Stiftung eingehalten sind und ob sich auch die Stiftungsorgane in dem vom Gemeinnützigkeitsrecht vorgegebenen Rahmen bewegen.

Dieser Rundgang durch das stiftungsrechtliche Beteiligten- und Interessengeflecht sollte zeigen, dass der einmal perpetuierte Stifterwille bei der Stiftung die autonome Willensbildung der Organe sowie das bei anderen Rechtsformen vorhandene „echte“ Willensbildungsorgan ersetzt. Der Stiftungsrat hat somit im Grundsatz den Stifterwillen zu vollziehen. Sichtbar wurde aber auch, dass die Interessen von Vollzugsorgan und Vermögensträger auseinanderfallen können; es entsteht ein sogenannter „Principal-Agent-Konflikt“, der sich klassischerweise im Verhältnis von Stiftungsrat und der ihn kontrollierenden Aufsichtsbehörde abspielt. Jedoch sollte deutlich geworden sein, dass *Gefahr* für den Stifterwillen nicht nur vom Stiftungsrat, sondern auch von anderen Stiftungsbeteiligten ausgehen kann, etwa den Begünstigten, falls sie mehr wollen, als ihnen vom Stifterwillen her zusteht. Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass sowohl die Begünstigten als auch alle anderen Stiftungsbeteiligten zum *Schutz* der Stiftung herangezogen werden können. Letzteres Verständnis ist neu⁷ und noch nicht im allgemeinen Bewusstsein verankert, jedenfalls ist es in vielen Rechtsordnungen bislang unzureichend verwirklicht. Und schliesslich: Der Schutz des Stifterwillens ist kein rein akademisches Problem, sondern eines der grössten Spannungsfelder in der stiftungsrechtlichen Praxis.

III. Schutzmöglichkeiten und Schutzrichtungen

Die Struktur der Stiftung wurde deswegen so ausführlich hergeleitet, um zu zeigen, dass es nicht nur verschiedene Beteiligte, sondern auch diverse Schutzmöglichkeiten und mehrere Schutzrichtungen gibt. Der folgende Teil soll daher nach diesen unterschiedlichen Schutzrichtungen untergliedert werden.

⁷ Siehe hierzu grundlegend JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 7 f., 101 f., 387 ff.

1. Schutz des Stifterwillens durch seinen ordnungsgemässen Vollzug

Der Schutz des Stifterwillens beginnt, dies ist eine lapidare, aber nicht zu unterschätzende Feststellung, bereits bei seinem ordnungsgemässen Vollzug durch den Stiftungsrat. Es handelt sich, wie gesehen, sogar um dessen genuine Aufgabe und Verantwortung. Hierbei sind drei Aspekte von besonderer Wichtigkeit.

a. Ermittlung des Stifterwillens

Der Stiftungsrat hat sich stets und zuvorderst zu fragen, welchen Inhalts der Stifterwille ist, den er jeweils verwirklichen soll. Diese Aufgabe ist anspruchsvoll, weil sich Umstände und Umwelteinflüsse weiterentwickeln und häufig nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist, welche Position der Stifterwille in einem Konglomerat von Aussen Umständen und Interessen einzunehmen vermag. Im Ergebnis geht es hierbei um die sachgerechte *Auslegung* des Stifterwillens,⁸ welche sich nach dem Willensprinzip richtet und insbesondere auch die Zwecke der Formbedürftigkeit der Stiftungserklärung zu wahren hat, was nach herrschender Meinung zur sogenannten Andeutungstheorie⁹ führt. An dieser Stelle¹⁰ soll lediglich festgehalten werden, dass es der *ursprüngliche* Stifterwille ist, der die Richtschnur für die Stiftung bildet. Von besonderer Bedeutung ist daher, diesen Stifterwillen vor unberechtigten nachträglichen Modifikationen durch die Stiftungsbeteiligten, aber auch durch den Stifter selbst zu schützen, wenn letzterer unter Missachtung stiftungsrechtlicher Prinzipien auf die Geschicke der Stiftung Einfluss nehmen möchte.

⁸ Siehe zur Auslegung ausführlich KuKo ZGB-JAKOB (Fn. 1), Art. 80 N 20 ff.; DERS., Schutz der Stiftung (Fn. 3), 135 ff.; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Dritter Teilband: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89^{bis} ZGB, 3. Aufl., Bern 1981, Syst. Teil N 62 ff.; DERS., Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89^{bis} ZGB): mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Stämpfli Handkommentar, Bern 2012, Art. 81 N 6.

⁹ Zur Andeutungstheorie, ihren Konsequenzen und ihrer Übertragung aus dem Erbins Stiftungsrecht siehe KuKo ZGB-JAKOB (Fn. 1), Art. 80 N 21 ff.; BGer vom 16.9.2010, 5A_232/2010, E. 3.1.1; BGer vom 20.3.1995, 5A.19/1994 E. 2a.

¹⁰ Siehe ausführlich zur Auslegung des Stifterwillens auch den Beitrag von LUKAS VON ORELLI in diesem Band.

b. *Ordnungsgemässe Ermessenausübung*

Der zweite bedeutende Umstand beim Vollzug des Stifterwillens ist die *ordnungsgemässe Ermessenausübung* durch den Stiftungsrat.¹¹ Diese fungiert als eine Art Schnittstelle zwischen den Vorgaben des Stifters und der Eigenverantwortung des Stiftungsrats. Weil ein Stifter niemals alle Vorgaben im Detail für die zukünftige Verwaltung „seiner“ Stiftung vorgeben kann, muss es stets bei einem Spielraum für die eigenverantwortliche Vollziehung des Stifterwillens durch den Stiftungsrat verbleiben. Freilich kann der Stifter den Umfang des Ermessensspielraums als Ausfluss seines Stifterwillens statutarisch modellieren und auch erweitern. Der Stifter gibt dem Stiftungsrat also eine Handlungsfreiheit, die den Stiftungsrat gleichsam im Gegenzug dazu verpflichtet, von dieser Freiheit nur im Rahmen ordnungsgemässer Entscheidungsprozesse Gebrauch zu machen. Der Stifter hat damit keinen Einfluss auf die konkreten *Ergebnisse* des Stiftungsrats, muss sich aber darauf verlassen können, dass diese Ergebnisse in sachgerechten Entscheidungsfindungsprozessen ermittelt werden. Die Pflicht zur ordnungsgemässen Ermessenausübung ist damit das Gegenstück zur Gewährung von autonomer Handlungsfreiheit für den Stiftungsrat; der Stiftungsrat schuldet dem Stifter diesen Aspekt des Schutzes und muss sich diesbezüglich auch gegenüber der Aufsichtsbehörde verantworten.

c. *Dynamisches Stiftungsverständnis*

Der dritte Punkt ist die Feststellung, dass selbst das starre Rechtsinstitut der Stiftung einer gewissen Dynamik unterliegt und auch der Schutz des Stifterwillens eine dynamische Fortentwicklung erfahren kann und muss. Ändern sich beispielsweise äussere Umstände, so erfordern bereits die ordnungsgemässe Auslegung des (hypothetischen) Stifterwillens sowie die ordnungsgemässe Ermessenausübung, dass der Stiftungsrat den Stifterwillen nicht in Starrheit „verdorren“ lässt, sondern einer dynamischen *Weiterentwicklung* zuführt. Dies ist solange innerhalb der reinen Ermessenausübung und im Bereich der dem Stiftungsrat zustehenden Handlungsautonomie möglich, als sich die Fortentwicklung innerhalb der identitätsbestimmenden Grundentscheide des Stifters bewegt.¹² Soll die Fortentwicklung diese Grundentscheide indessen überschreiten, reicht hierfür die beschriebene Handlungsautonomie des Stiftungsrats nicht mehr aus; gleichwohl ist damit die Fortent-

¹¹ Siehe ausführlich zu den Grundsätzen ordnungsgemässer Ermessenausübung KuKo ZGB-JAKOB (Fn. 1), Art. 83 N 13 ff.

¹² Siehe grundlegend zu diesem Verständnis JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 204 ff.

wicklung der Stiftung nicht abschliessend verhindert, sie hat jedoch im Rahmen der gesetzlichen Änderungstatbestände stattzufinden (in der Schweiz also im Rahmen der Art. 85 ff. ZGB). Dies kann ein zum Teil aufwändiges Verfahren auslösen und erfordert den Beizug der Aufsichtsbehörde; dennoch kann ein Stiftungsrat, stösst der ursprüngliche Stifterwille an seine Grenzen, zu einer solchen Fortentwicklung verpflichtet sein. Der Schutz der Stiftung kann also auch ihre Abänderung beinhalten und im Einzelfall sogar ihre Beendigung.

d. *Änderungsrechte*

Stichwort Änderungsrechte: Hierbei handelt es sich um ein wichtiges und auch ambivalentes Thema, welches in einer innigen Relation mit dem Schutz des Stifterwillens steht. Denn es wird auf Anhieb deutlich, dass jede Änderung von Zweck und Statuten den ursprünglichen Stifterwillen tangiert. Allerdings schliessen sich der Schutz des Stifterwillens und Änderungsrechte nicht aus. Im Gegenteil: Ein modernes Stiftungsverständnis scheint einher zu gehen mit der Einsicht, dass trotz aller Starrheit eine gewisse Flexibilisierung des Rechtsinstituts für ein funktionierendes Stiftungswesen möglich sein sollte. Auch klassische Stiftungsrechtsordnungen wie die deutsche, die bisher keine freien Änderungsrechte aufweisen,¹³ sehen hierin kein Tabu mehr.¹⁴ Allerdings erfordert diese Entwicklung, dass etwaige Liberalisierungs- und Funktionalisierungstendenzen von dogmatischen Grenzen eingefasst werden. Hier kann gerade das vorliegende Thema seinen Beitrag leisten, denn es sollte sich in der Tat um den *Schutz des Stifterwillens* handeln, der diese Tendenzen kanalisieren und als Korrektiv für etwaige Liberalisierungen dienen kann. Anders gesagt liesse sich als These aufstellen, dass eine erleichterte Änderung der Stiftung stets nur „mit dem Stifterwillen“ und niemals „gegen den Stifterwillen“ erfolgen darf. Dies ist folgendermassen zu verstehen:

¹³ Siehe zu den (im Detail hoch umstrittenen) Zweck- und Satzungsänderungsrechten und den damit verbundenen Fragen nach der Zulässigkeit korporativer Strukturen nach deutschem Recht ausführlich Staudinger/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 1), § 85 N 9 ff.; HAGEN HOF, in: Axel Freiherr von Campenhausen/Andreas Richter (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl., München 2014, § 7 N 131 ff.; vgl. noch JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 142 ff.; 433 ff.

¹⁴ Vgl. etwa den Reformvorschlag des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen e.V., Stiftungsposition 9-2013: Reformvorschläge zur Verbesserung des Stiftungs- und Stiftungssteuerrechts, abrufbar unter: http://www.stiftungen.org/fileadmin/bvds/de/Verband/Positionen/StiftungsPosition_2013_Reformvorschlaege_06092013.pdf.

Lässt sich ein Stifterwille nicht mehr umsetzen, wie er ursprünglich geplant war, treten die klassischen Änderungstatbestände in Kraft; ein Stiftungsrat ist also berufen, einer Stiftung durch Statutenänderung neues Leben einzuhauchen und handelt damit nicht gegen den Stifterwillen, sondern vielmehr mit dem mutmasslichen Stifterwillen. Hat sich der Stifter selbst Änderungsrechte vorbehalten, so ist es schon Bestandteil des ursprünglichen Stifterwillens, dass letzterer erst und nur unter dem Vorbehalt einer tatbestandlich begrenzten und höchstpersönlichen nachträglichen Willensbildung erstarrt ist. Dergestalt konzipiert sind die Stifterrechte des Art. 86a ZGB¹⁵ oder des Art. 552 § 30 des liechtensteinischen PGR¹⁶. Und auch in Rechtsordnungen, in denen es keine Stifterrechte gibt, werden inzwischen Wege *de lege ferenda* vorgeschlagen, dem Stifter einen entsprechenden Einfluss auf seine Stiftung einzuräumen, etwa indem man die Errichtungsphase einer Stiftung ausdehnt und den Stifterwillen erst als mit dem Tod des Stifters erstarrt ansieht.¹⁷

Nimmt man jedoch den schweizerischen Art. 86a ZGB als Beispiel, so kann man bei genauerer Hinsicht ersehen, dass die dort gewählte starre Grenze von zehn Jahren ihr Ziel verfehlen kann. Was etwa geschieht mit einem Stifter, der bereits nach sieben Jahren ein höchst legitimes Änderungsanliegen hat, es aber nicht mit den anderen Änderungstatbeständen, die in der Zuständigkeit von Stiftungsrat und Aufsichtsbehörde liegen, durchsetzen kann? Hier ist die Änderung ausgeschlossen. Hingegen kann ein Stifter nach zehn Jahren auch einer nach seinem ursprünglichen Stifterwillen im besten Masse zum Wohle der Allgemeinheit florierenden Stiftung den Boden entziehen, selbst wenn er aus missbräuchlichen oder nur schwer nachvollziehbaren Motiven heraus handelt (etwa unter Einfluss einer dominanten Drittperson). An dieser Stelle sieht man, dass das Geheimnis nicht in starren zeitlichen Grenzen liegen dürfte, sondern alle Arten von Änderungstatbeständen durch ein möglichst einheitliches inhaltliches Kriterium kanalisiert werden sollten. Ein solches könnte in einer *Interessenabwägung* liegen: Die Änderung der Stiftung könnte dann für möglich erachtet werden, wenn die Interessen der Änderungsbefugten die Interessen der Stiftung an unverändertem Bestand überwiegen, also die *Legitimität* des Änderungsanliegens den ursprünglichen Stifterwillen überragt und letzterer in seiner Bedeutung hinter die neuen Mo-

¹⁵ Zu Art. 86a ZGB siehe KuKo ZGB-JAKOB (Fn. 1), Art. 86a.

¹⁶ Zu den Änderungsrechten nach liechtensteinischem Stiftungsrecht siehe DOMINIQUE JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung, Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, Vaduz 2009, N 247 ff.

¹⁷ Siehe PETER RAWERT, Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? – Der noch lebende Stifter und die Verfassung „seiner“ Stiftung, in: Non Profit Law Yearbook 2012/2013, Hamburg 2013, 51, 60 (sowie dessen Beitrag in diesem Band) und hierzu DOMINIQUE JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, 185, 220.

tive zurücktritt. Hier wäre ein einheitliches Kriterium gefunden, welches individuelle und flexible Lösungen zulassen könnte.¹⁸

Kritisch sind daher auch Vorschläge zu beurteilen, welche die Geltung des Stiftungswillens zeitlich begrenzen und letzteren nach einer gewissen Zeit (etwa nach dem Ablauf von 30 Jahren) zur Disposition des Stiftungsrats stellen wollen.¹⁹ Hier wäre der Schutz des Stifterwillens gleichsam zeitlich begrenzt und würde wie etwa ein Patent oder Urheberrecht nach einem bestimmten Zeitraum automatisch auslaufen. Der Verfasser hat bereits an anderer Stelle²⁰ darauf hingewiesen, dass dies auf eine Art „Rule against perpetuities light“ hinauslaufen würde, welche zwar nicht zu einem Auslaufen der Verbindlichkeit des Rechtsinstituts selbst, aber doch des ursprünglichen Stifterwillens führen würde. Ein solcher Ansatz könnte jedoch die Funktion der Stiftung sowie auch ihre Reputation stark beeinträchtigen und der Rechtsfigur am Ende zum Schaden gereichen. Es sollte daher auch insoweit dabei bleiben, dass kein automatischer Ablauf des Willensschutzes eintreten darf, sondern stets eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Mit einer solchen könnten etwa inaktive Stiftungen modernisiert werden, wenn der ursprüngliche Stifterwille keine Wirksamkeit mehr entfaltet; es würden jedoch keine Stiftungen, die voll und ganz nach Stifterwillen funktionieren, automatisch den Interessen der Stiftungsräte ausgeliefert.²¹

2. Schutz des Stifterwillens durch die Aufsichtsinstanz

Es handelt sich um die traditionelle Rolle und Legitimation einer staatlichen Aufsichtsinstanz, die Kontrolle darüber zu übernehmen, dass der Stifterwille ordnungsgemäss vollzogen und die Stiftung vor Schädigung durch die Stiftungsorgane geschützt wird.²² Jedenfalls nach schweizerischem

¹⁸ Siehe ausführlich zu diesem Gedanken JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 289 ff.

¹⁹ So etwa THOMAS SPRECHER, Anstiftung zum Geben, Schweizer Monat 1001, November 2012, 45, 49.

²⁰ JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 294 ff.

²¹ Siehe ausführlich zu diesem Gedanken JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 289 ff.

²² Zweifelhaft erscheint daher der kürzlich von VEZ entwickelte Ansatz, dass eine hoheitliche Aufsicht über Stiftungen lediglich durch die Verfolgung *öffentlicher Interessen* gerechtfertigt sei. So liesse sich nach VEZ etwa eine Aufsicht über Stiftungen mit wirtschaftlicher Zweckverfolgung nicht mehr aufrechterhalten; vielmehr sei die staatliche Teilhabe am Stiftungswesen als „Dienstleistung“ zu verstehen und somit nicht mehr als Regel, sondern als Ausnahme, so dass die Aufsicht nur mehr aufgrund eines begründeten Antrags seitens der Stiftung übernommen werden sollte, vgl. dazu VEZ, ZSR 2013 II, 341, 361 f.

(und deutschem Verständnis)²³ handelt es sich hierbei um eine Verwaltungsbehörde,²⁴ welcher das klassische Instrumentarium an präventiven und repressiven Massnahmen zur Verfügung steht, getragen von den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität.²⁵ Wichtig ist, daran zu erinnern, dass es sich bei dieser staatlichen Aufsicht um eine *Rechtsaufsicht* handelt, die nicht die *Zweckmässigkeit* des Stiftungsratshandelns kontrolliert; es tritt also wiederum ein gewisser Freiraum der Organe bei der Verwirklichung des Stifterwillens zu Tage, der lediglich an einem ordnungsgemässen *Entscheidungsvorgang* sowie an der Verletzung von Gesetzen und Statuten zu messen ist.

Damit aber nicht genug. Denn es drängt sich die entscheidende Frage auf, wer die Aufsichtsinstanz als Kontrolleur kontrollieren soll?²⁶ Wer etwa prüft, ob die Aufsichtsinstanz Fehler macht oder gar kollusiv mit einem Stiftungsrat zusammenwirkt? Wer kann eine möglicherweise überlastete Aufsichtsbehörde veranlassen, doch gewisse Tatbestände näher anzusehen, und sie entgegen ihrer ursprünglichen Intention zum Einschreiten bewegen? Und wer schliesslich kann sogar unabhängig von den Aufsichtsinstanzen gewisse Rechte geltend machen? Dass diese Fragen keine Theorie sind, sondern durchaus virulent werden können, zeigen immer wieder Fälle in der Praxis.²⁷ Manchmal

²³ Nicht näher eingegangen wird an dieser Stelle auf den österreichischen Ansatz, die Stiftungsaufsicht in die Hände der Gerichte zu legen, vgl. hierzu JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 226.

²⁴ Nur hingewiesen sei auf den Umstand, dass im Zuge der BVG-Strukturreform die Struktur der kantonalen Aufsichtsbehörden verändert und auch die Aufsicht über klassische Stiftungen vielfach in unabhängige öffentlich-rechtliche Anstalten ausgelagert wurde; siehe hierzu im Detail DOMINIQUE JAKOB, Rechtliche Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Stiftungsrecht, in: Dominique Jakob (Hrsg.), *Stiften und Gestalten, Anforderungen an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld*, Basel 2013, 3, 6 ff.

²⁵ Durch letztere Grundsätze wird dem Stifter ein gewisser Einfluss auf das Verhältnis seiner Stiftung zur Aufsicht ermöglicht, weil er privatautonome Massnahmen für gewisse Interessenkonflikte und Streittatbestände vorsehen kann, die – ihr Funktionieren vorausgesetzt – die Aufsichtsbehörde von einem hoheitlichen Einschreiten abhalten können; dazu grundlegend DOMINIQUE JAKOB, *Begrenzung und Ausschluss der stiftungsaufsichtlichen Kontrolle durch stiftungsautonome Bestimmungen*, ZSt 2006, 63 ff.

²⁶ Siehe zum Gedanken der „Kontrolle der Kontrolleure“ JAKOB, *Schutz der Stiftung* (Fn. 3), 238 f.

²⁷ Vgl. aktuell zum Fall einer Zürcher Kunststiftung KONRAD TOBLER, *Spektakulärer Rücktritt*, Tages-Anzeiger online vom 7.1.2014, abrufbar unter: <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Stiftungsrat-der-Sammlung-Werner-Coninx-tritt-zurueck/story/12962648>.

bedarf es eben doch eines Inputs von aussen, um die Stiftung zu schützen und den Stifterwillen zu wahren.

Verschiedene Rechtsordnungen stehen dieser Frage unterschiedlich gegenüber. Etwa besteht in Deutschland kein institutioneller Rechtsschutz für die Stiftungsbeteiligten.²⁸ Zwar ist das Verhältnis von Aufsicht und Stiftung dort ein genuines verwaltungsrechtliches Über- und Unterordnungsverhältnis und natürlich kann im Grundsatz Rechtsschutz gegen einen Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörden gesucht werden. Voraussetzung für eine Klagebefugnis ist jedoch, dass der Rechtssuchende eine unmittelbare Verletzung in *eigenen* Rechten geltend machen kann.²⁹ Nach ganz herrschender Meinung ist es jedoch nur die Stiftung selbst, die in eigenen Rechten verletzt ist, nicht sind es die Stiftungsbeteiligten wie etwa die Begünstigten, die nur reflexartig betroffen sein sollen.³⁰ Und nachdem das Stiftungsrecht keine eigenen genuinen Rechte für die Beteiligten vorsieht, sind diese Personengruppen in den meisten Fällen von einem Rechtsschutz ausgeschlossen.

Anders das neue liechtensteinische Recht. Hier steht die gemeinnützige Stiftung unter der laufenden Aufsicht einer Verwaltungsbehörde, die jedoch ihre Massnahmen beim Gericht zu beantragen hat, sodass die Handlungen der Verwaltungsbehörde bereits unmittelbar einer Kontrolle durch den unabhängigen Richter unterliegen.³¹ Daneben (und bei der privatnützigen Stiftung stattdessen) stehen den übrigen Stiftungsbeteiligten³² eigene Antragsrechte bei Gericht zu.³³ Wenngleich dieser Ansatz von den Marktteilnehmern in Liechtenstein als umständlich beschrieben wird,³⁴ so handelt es sich doch um

²⁸ Siehe ausführlich zum nur schwach ausgeprägten Rechtsschutz im deutschen Stiftungsrecht JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 103 ff, 405 ff.

²⁹ Statt aller und zu allen Details RAINER WAHL/PETER SCHÜTZ, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, 25. Ergänzungslieferung, München 2013, § 42 Rn. 43 ff.

³⁰ Siehe m.w.N. JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 384 f., 440, dort auch zu den Konsequenzen für die unterschiedlichen Beteiligten.

³¹ Siehe hierzu ausführlich JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 16), N 456 ff.

³² Zu den Stiftungsbeteiligten zählen nach Art. 552 § 3 PGR der Stifter, die Begünstigungsberechtigten, die Anwartschaftsberechtigten, die Ermessensbegünstigten, die Letztbegünstigten, die Organe der Stiftung gemäss den §§ 11, 24, 27 und 28 sowie die Mitglieder dieser Organe.

³³ JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 16), N 468 ff.

³⁴ Vgl. dazu die Kurzzusammenfassung der wesentlichen Umfrageergebnisse zum Projekt „Umfrage Gesellschaftsrecht“ der Hochschule Liechtenstein (Prof. Dr. Francesco A. Schurr) aus dem Dezember 2010; vgl. zum punktuellen Reformbedarf im aktuellen Recht ausserdem GEORG SCHIMA, Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen Stiftungsrecht, in: Hubertus Schuma-

eine interessante Mischung zweier Aufsichtssysteme: nämlich die Mischung einer laufenden Staatsaufsicht mit der unabhängigen Kontrolle durch ein sachkundiges Gericht.

In der Schweiz schliesslich existiert die Stiftungsaufsichtsbeschwerde. Diese wird als Rechtsmittel *sui generis* aus Art. 84 Abs. 2 ZGB hergeleitet und gibt gewissen Berechtigten die Möglichkeit, die Aufsichtsbehörden zu einer Tätigkeit zu veranlassen; es besteht eine Weiterzugsmöglichkeit ans Gericht bis in letzter Instanz hin zum Bundesgericht.³⁵ Natürlich stellt sich hier die Kernfrage, *welchen* Beteiligten die *Antragslegitimation* zu dieser Beschwerde zukommt, wie also der Zugang zu diesem stiftungsspezifischen Rechtsmittel zu fassen ist. Diese Frage ist so elementar, dass sie in einem eigenen Punkt behandelt werden wird (siehe sogleich unter 4.d).

3. Schutz des Stifterwillens durch den Stifter

Wechseln wir aber zunächst die Perspektive und schauen auf einen weiteren Beteiligten, der grosses Interesse am Schutz des Stifterwillens hat, nämlich den Stifter selbst. Zu erinnern ist daran, und das ist jedem Stifter bei Stiftungerrichtung nicht klar genug zu machen,³⁶ dass der *ursprüngliche* Stifterwille perpetuiert wird; nach Errichtung steht der Stifter der Stiftung im Grundsatz nicht anders als ein Dritter gegenüber (sogenanntes Trennungs- und Erstarrungsprinzip).³⁷ Freilich besteht für den Stifter die Möglichkeit, sich statutarisch gewisse Rechte vorzubehalten. Zu trennen ist hierbei in sogenannte „Drittrechte“ und sogenannte „Stifterrechte“.³⁸ Drittrechte sind solche Rechte, die der Stifter jedem anderen Dritten hätte vorbehalten können (etwa den Einsitz im Stiftungsrat, den Einsitz in einem Zweitorgan, gewisse Vetorechte oder das Recht zur Bestimmung von Begünstigten); auch der Stifter kann sich gleichsam selbst als einen solchen Dritten einsetzen. Davon zu unterscheiden sind echte Stifterrechte, die dem Stifter um seiner selbst willen und damit höchstpersönlich zustehen und die eine gewisse nachträgliche Wil-

cher/Wigbert Zimmermann (Hrsg.), 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof. Festschrift für Gert Delle Karth, Wien 2013, 847 ff.

³⁵ BK-RIEMER (Fn. 8), Art. 84 N 132 ff.; BSK ZGB I-GRÜNINGER (Fn. 1), Art. 84 N 17 f.; SHK-RIEMER (Fn. 8), Art. 84 N 23 f.

³⁶ Vgl. dazu auch den Beitrag von THOMAS SPRECHER in diesem Band.

³⁷ Siehe JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 36 ff., 105, 300 ff.; zur rechtshistorischen Entwicklung des Trennungs- und Erstarrungsprinzips RICHTER (Fn. 4), 319 ff.; vgl. aus der Rechtsprechung überdies für die Schweiz BGer, Urteil vom 1.6.2005, 5A.37/2004 E. 3.1; für Deutschland BGHZ 99, 344, 348.

³⁸ Siehe zu dieser Trennung und ihren Konsequenzen näher bei KuKo ZGB-JAKOB (Fn. 1) Art. 86a N 4 ff.

lensbildung ermöglichen sollen. Nachdem solche Rechte das Trennungs- und Erstarrungsprinzip durchbrechen, müssen sie vom Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumt worden sein und sie sind dies, wenn es sie gibt, auch stets nur in engen Grenzen (siehe etwa Art. 86a ZGB mit seinen detaillierten Voraussetzungen). Aber auch unabhängig von solchen spezifisch eingeräumten Rechten gehört der Stifter jedenfalls zu den Stiftungsbeteiligten und kann diesen zustehende Rechte etwa gegenüber der Aufsicht geltend machen (zur Antragslegitimation sogleich unter 4.d). Das neue liechtensteinische Recht hat diesen Grundsatz, der von manchen Stiftungsrechtsordnungen nicht ausreichend verinnerlicht zu sein scheint, schon im Gesetzeswortlaut klargestellt und in Art. 552 § 3 Ziff. 1, § 4 PGR spezifiziert, dass zu den Stiftungsbeteiligten auch der *Stifter* gehört.

Doch selbst wenn eine Rechtsordnung keine solche Schutzmöglichkeit kennt (wie Deutschland), stellt sich die Frage, ob es sein kann, dass sich der Stifter tatsächlich nicht gegen Verletzungen seines ursprünglichen Stifterwillens wehren können soll. So wird in Deutschland zwar ausgiebig über die Existenz eines Grundrechts des Stifters auf Stiftungserrichtung diskutiert.³⁹ Kaum reflektiert wird jedoch darüber, ob sich ein solches Grundrecht wirklich mit der *Errichtung* der Stiftung erschöpfen kann, oder ob hieraus nicht zumindest auch ein Recht des Stifters auf *Stiftungsbestand* folgen muss, jedenfalls wenn stifterwillenswidrig in die identitätsbestimmenden Grundentscheide des Stifters in existenzverändernder Weise eingegriffen wird.⁴⁰ Zur Klarstellung: Es soll hier nicht darum gehen, dem Stifter stifterrechtsartige Einflussrechte auf seine bestehende Stiftung zu gewähren; jedoch sollte ihm die Möglichkeit zustehen, bei existenzvernichtenden Eingriffen seinen ursprünglichen Stifterwillen gegenüber anderen Beteiligten und der Aufsichtsbehörde zu schützen. In Deutschland würde dies im Ergebnis darauf hinauslaufen, den Stifter bei entsprechenden Verwaltungsakten durchaus als in seinen *eigenen* Rechten (nämlich denjenigen auf Stiftungsbestand) betroffen anzusehen, was zu einer Klagebefugnis im Hinblick auf den Angriff dieser Verwaltungsakte führen würde.

³⁹ Siehe als Überblick über die Diskussion Staudinger/HÜTTEMANN/RAWERT (Fn. 1), Vorbem zu §§ 80 N 20 ff. mit umfangreichen Nachweisen; JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 108 f.

⁴⁰ Siehe ausführlich zu diesem Gedanken JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 110 ff.

4. Schutz des Stifterwillens durch die (übrigen) Stiftungsbeteiligten

a. Zweitorgan

Hat der Stifter ein Zweitorgan eingerichtet, werden diesem stiftungsinterne Kontroll-, Aufsichts- oder Beratungskompetenzen zustehen, je nach statutarischer Gestaltung. Häufig ist es die genuine Aufgabe des Zweitorgans, das Erstorgan zu beraten oder auch zu kontrollieren und somit die Verwirklichung des Stifterwillens gerade auch im *Ermessensbereich* zu schützen. Hinzuweisen ist nämlich darauf, dass – anders als bei der Aufsichtsbehörde, die auf eine *Rechtsaufsicht* beschränkt ist⁴¹ – durch ein internes Kontrollorgan auch eine *Zweckmässigkeitskontrolle* ermöglicht werden kann. Hier kann also durchaus interne oder externe Sachkunde versammelt werden, welche ein „besseres Wissen“ gegenüber dem Stiftungsrat zur Geltung bringen kann. Zugleich ist festzuhalten, dass ein solches Zweitorgan zu den Stiftungsbeteiligten zählt, sodass eine Antragsberechtigung im Rahmen einer allgemeinen Stiftungsaufsichtsbeschwerde gegeben sein kann.

b. Begünstigte

Nachdem den Begünstigten der Stiftungszweck bestimmungsgemäss zu Gute kommt, haben sie in aller Regel ein genuines Interesse am Vollzug des Stifterwillens. Eigene Informations- und Auskunftsrechte, die den Begünstigten durch die *Statuten* eingeräumt werden, sind selten und vor allem bei kleineren Begünstigtenkreisen sinnvoll. Häufig sind solche Rechte hingegen sogar statutarisch ausgeschlossen. *Gesetzliche* Auskunfts- und Mitwirkungsrechte der Begünstigten sind in der Schweiz und in Deutschland sehr schwach ausgeprägt, in der Regel erschöpfen sie sich im allgemeinen Rechte- und Pflichtengefüge, welches sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten lässt. Anders hingegen im liechtensteinischen Stiftungsrecht: Dort ist das Regime der Begünstigtenrechte in Form von Art. 552 §§ 9 ff. PGR der gesetzliche Grundpfeiler im Rahmen der internen Foundation-Governance.⁴² Da privatnützige Stiftungen nicht unter der staatlichen Stiftungsaufsicht stehen, sollen diese privaten Begünstigtenrechte die Aufsicht gerade ersetzen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es dem Stifter freisteht, auch die privatnützige Stiftung fakultativ unter die Staatsaufsicht zu stellen, wodurch die Begünstigtenrechte suspendiert werden. Und auch ein Mittelweg ist denkbar:

⁴¹ Dazu oben III.2.

⁴² Siehe hierzu grundlegend JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 16), N 474 ff.

Wird ein privates Kontrollorgan eingerichtet, werden die Begünstigtenrechte auf einen Kernbereich reduziert.⁴³ Dieser Ansatz ist nicht zu unterschätzen. Der Gedanke, dem Stifter eine *privatautonome* Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf den Schutz seines Stifterwillens und damit auf die Foundation Governance seiner Stiftung zu geben, könnte sich als wirkungsvoller Baustein eines Stiftungsrechts der Zukunft erweisen.

Schliesslich können Begünstigte eine Antragsberechtigung im Rahmen einer allgemeinen Stiftungsaufsichtsbeschwerde erlangen, wenn die jeweilige Person „wirklich einmal in die Lage kommen kann, eine Leistung oder einen anderen Vorteil von der Stiftung zu erlangen“.⁴⁴ Ob dieser Ausspruch des Bundesgerichts freilich die richtige Umschreibung der Antragslegitimation darstellt, wird sogleich tiefer erörtert.

c. *Sonstige Beteiligte*

Auch die übrigen Beteiligten (etwa Erben oder Gläubiger) können ein potenzielles Interesse am Vollzug des Stifterwillens haben. Allerdings stehen ihnen in aller Regel weder statutarische, noch gesetzliche Rechte zu. Für sie kommt es also entscheidend darauf an, ob ihnen die Antragslegitimation im Rahmen einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde zukommt, worauf nun näher eingegangen werden muss. Es handelt sich hierbei um eine zentrale Weichenstellung: Auf der einen Seite soll eine Popularklage vermieden werden, welche eine Stiftung lähmen und dem ganzen Sektor zum Schaden reichen könnte. Auf der anderen Seite jedoch bedarf es einer möglichst wirksamen Governance zum Schutz der Stiftung und des Stifterwillens. Diese Grenzziehung soll nachfolgend vorgenommen werden.

d. *Exkurs: Antragslegitimation für die Stiftungsaufsichtsbeschwerde*

Die Existenz der Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Rechtsmittel *sui generis* ist seit Jahrzehnten gefestigte Rechtsprechung.⁴⁵ Allerdings hat sich in dieser Zeit noch keine einheitliche oder homogene Definition der Antragslegitimation herausgebildet. In Rechtsprechung und Literatur finden sich unterschiedliche Umschreibungen, die von einer potenziellen Begünstigung bis zu

⁴³ Siehe ausführlich zu diesen Möglichkeiten JAKOB, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 16), N 503 ff.

⁴⁴ BGE 107 II 385.

⁴⁵ Vgl. etwa BGE 112 Ia 190 ff.; 110 II 440 ff.; vgl. JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 227 f.

sonstigen persönlichen Interessen reichen.⁴⁶ Einig ist sich die Rechtsprechung darin, dass keine überspannten Anforderungen zu stellen sind.⁴⁷ Allerdings existieren zahlreiche divergierende Urteile. Plastisch zu erfahren war dies im Jahre 2012, als vom Bundesverwaltungsgericht⁴⁸ einem überstimmten Stiftungsratsmitglied die Beschwerdelegitimation zugesprochen, kurz zuvor vom Bundesgericht⁴⁹ in einem ähnlichen Falls jedoch verneint wurde.⁵⁰ Es herrscht in dieser wichtigen Frage also keine Rechtssicherheit.

Aus diesem Grund sollte man sich darauf besinnen, welche *Funktion* der Aufsichtsbeschwerde zukommt. Sie wird hergeleitet aus Art. 84 Abs. 2 ZGB, welcher dafür sorgen soll, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Statuten im Einklang steht und der Stifterwille geschützt wird.⁵¹ Es geht also bei der Aufsichtsbeschwerde nicht darum, Begünstigten zu ihrer Begünstigung zu verhelfen (hierzu wäre ohnehin der Zivilrechtsweg vorgesehen⁵²), sondern darum, einen effektiven Stiftungsschutz auch unter Beizug der Stiftungsbeteiligten zu gewährleisten. Gibt es also ein Rechtsmittel für *Beteiligte*, für den Schutz der Stiftung zu sorgen, muss der *Zugang* zu diesem Rechtsmittel auch danach ausgerichtet werden, dass effektiver Stiftungsschutz erreicht werden kann. Die richtige Frage lautet daher nicht, ob eine potenzielle Begünstigung in Aussicht steht oder sonstige persönliche Interessen existieren; die richtige und einheitliche Frage für *alle* Antragsberechtigten sollte vielmehr sein, ob ein *legitimes Kontrollinteresse* besteht, dass sich die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Statuten im Einklang befindet. Ob sich auf diese Weise stark veränderte Resultate ergeben würden, muss sich zeigen. Jedenfalls scheint es von elementarer Bedeutung, durch diese einheitliche Frage ein einheitliches Prozedere herauszuarbeiten, das vor allem von homogenen Wertungen geprägt ist – Wertungen, die sich am Schutz der Stiftung ausrichten. Die Antragsbefugnis für die Stiftungsaufsichtsbeschwerde ist nämlich die einzige gesetzlich vorgesehene Einbruchsstelle der internen Governance im Schweizer Recht und muss daher auch nach Governance-Gesichtspunkten bewertet werden.⁵³

⁴⁶ Siehe im Überblick JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 320 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

⁴⁷ Siehe zuletzt BVGer, Urteil vom 29. September 2009, B-383/2009, E. 4.2.

⁴⁸ BVGer, Urteil vom 11. September 2012, B-3773/2011.

⁴⁹ BGer, Urteil vom 23. März 2012, 9C_823/2011.

⁵⁰ Siehe zu beiden Urteilen näher DOMINIQUE JAKOB/DANIELA DARDEL/MATTHIAS UHL, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2012, Bern 2013, njus.ch, 76 f.

⁵¹ BSK ZGB I-GRÜNINGER (Fn. 1), Art. 84 N 9; KuKo ZGB-JAKOB (Fn. 1), Art. 84 N 1; SHK-RIEMER (Fn. 8), Art. 84 N 10; BK-RIEMER (Fn. 8), Art. 84 N 48 f.

⁵² Zur Abgrenzung siehe BSK ZGB I-GRÜNINGER (Fn. 1), Art. 84 N 17.

⁵³ Siehe ausführlich zu den hier nur kompakt entwickelten Gedanken JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 319 ff.

IV. Ganzheitliches Schutzsystem im Sinne einer Foundation Governance

Diese Gedanken führen schliesslich zu einer kurzen Auseinandersetzung mit dem Konzept der „Foundation Governance“. Die Foundation Governance ist heute als Schlagwort in aller Munde. Allerdings entspannt sich hier eine etwas amorphe Diskussion; heute werden diverse Einzelmerkmale und Ebenen des Stiftungswesens mit dem Governance-Begriff etikettiert, ohne dass man den Eindruck gewinnen würde, dass stets vertieft über Inhalte und Grenzen eines Governance-Konzepts nachgedacht würde. An dieser Stelle soll kein Definitionsversuch erfolgen,⁵⁴ denn es sollte eindeutig sein, dass die Foundation Governance jedenfalls auch zum Schutz des Stifterwillens beitragen möchte.

Betrachtet man die vorstehenden Ausführungen, die sich am stiftungsrechtlichen Beteiligtengeflecht ausgerichtet haben, wird nicht überraschend sein, dass aus Sicht des Verfassers für eine funktionierende Foundation Governance ein möglichst *ganzheitliches* System von *Checks and Balances* entwickelt werden sollte, das möglichst *alle* „Schutzbefähigten“ einbezieht.⁵⁵ Hierzu müssen jedoch zwingend zwei Fragen gestellt werden. Erstens: Welchen *Inhalts* sollen Kontroll- und Schutzmechanismen überhaupt sein? Notwendig ist hierzu eine Analyse der stiftungsrechtlichen Interessenkonflikte und – im Hinblick auf jede konkrete Stiftung – eine Antizipation individueller stiftungsimmanenter Lösungen, damit man überhaupt weiss, welche Governance-Mechanismen sinnvoll erscheinen.⁵⁶ Und zweitens: Auf welcher *Ebene* sollen die entsprechenden Governance-Elemente angesiedelt sein? Denn es existieren grundsätzlich drei Governance-Ebenen, die in der heutigen Diskussion nicht immer hinreichend auseinander gehalten werden.⁵⁷ Die erste Ebene ist diejenige des *Gesetzgebers*. Bereits der Gesetzgeber kann durch seine gesetzliche Rahmenordnung und die Festsetzung institutioneller Governance-Massnahmen zu einem wirksamen Stiftungsschutz beitragen. Hierzu gehören etwa: die Stiftungsaufsichtsbeschwerde im Schweizer Recht, die (insbesondere im Hinblick auf ihre Antragsbefugnis) durchaus neu im Gesetz gefasst werden könnte; die Begünstigtenrechte im liechtensteinischen Recht; oder auch die gesetzlichen Inkompatibilitätsbestimmungen im österreichischen Recht. Die zweite Ebene ist diejenige des *Stifters*, der durch seine Statutenge-

⁵⁴ Siehe zu einer möglichen Umschreibung etwa JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 228 ff. m.w.N.

⁵⁵ Zu diesem Gedanken bereits JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 528 ff., 535 ff.

⁵⁶ Hierzu aus der Perspektive des deutschen Rechts ausführlich JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 387 ff.

⁵⁷ Näher JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 229 f.

staltung individuelle und aus seiner Sicht wichtige Governance-Elemente einziehen kann. Hierzu zählen etwa: die Errichtung eines (fakultativen) Zweitorgans oder individuelle Besetzungs- und Inkompatibilitätsvorschriften. Die dritte Ebene schliesslich ist diejenige der *Handlungsorgane*, die durch bestimmte Verhaltensregeln für die Stiftungsorgane zu einer möglichst guten Stiftungsführung zum Schutz des Stifterwillens angehalten werden sollen. Hierzu gehören alle Regeln, die auf eine *Best Practice* der Stiftungsorgane hinwirken wollen, ebenso wie die bisher bekannten Foundation Governance Codices.⁵⁸ Insgesamt vermag ein funktionierendes Governance-Konzept idealerweise alle diese drei Ebenen in ein homogenes Zusammenspiel zu bringen.

Die Besinnung auf eine gut strukturierte Governance ist von nicht hoch genug einzuschätzender Bedeutung: Die Foundation Governance ist nicht nur ein inhärenter Bestandteil der Rechtsform Stiftung selbst (indem sie den Schutz des Stifterwillens als Herzstück der Stiftung garantiert), sondern auch ein tragender Pfeiler für die Legitimation eines modernen und liberalen Stiftungswesens. Der Verfasser hat in seinem Gutachten zum Schweizer Juristentag 2013 herzuleiten versucht, dass sich die Leitwertungen „Liberalität“ und „Governance“ nicht ausschliessen.⁵⁹ Im Gegenteil: Im heutigen regulatorischen Umfeld ist ein liberales Stiftungsrecht nur zu bewahren, wenn es mit zupackenden Governance-Mechanismen verknüpft wird. Das richtige Verhältnis und Zusammenspiel von Liberalität und Governance wird eine der grossen Herausforderungen für ein Stiftungsrecht der Zukunft sein.

V. Ausblick und Thesen

Die vorstehenden Ausführungen sollen nachfolgend in fünf Kernthesen zusammengefasst werden:

1. Der „Schutz des Stifterwillens“ ist notwendig für den Charakter und die Legitimation der Rechtsform Stiftung; er ist als grundsätzlich zeitlos zu verstehen, falls nicht höhere Interessen überwiegen.
2. Der „Schutz des Stifterwillens“ ist ganzheitlich zu verstehen und sollte grundsätzlich *vor* jedem Stiftungsbeteiligten wie auch *durch* jeden Stiftungsbeteiligten gewährleistet werden.
3. Den „Schutz des Stifterwillens“ alleine durch staatliche Aufsichtsinstitutionen anzustreben, ist unzureichend; notwendig (im Sinne einer „Pflicht“)

⁵⁸ Siehe zu den bisherigen Kodizes im Überblick JAKOB, ZSR 2013, 185, 229 f.

⁵⁹ Siehe die Stiftungsindizes bei JAKOB, ZSR 2013 II, 185, 262 ff., sowie diverse, am Stiftungs begriff ausgerichtete, Beispiele bei DEMS., a.a.O., 268 ff.

ist ein Rechtsweg in Form einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde, welche das Potenzial der übrigen schutzbefähigten Stiftungsbeteiligten zur Geltung bringt. Hier herrschen Defizite in zahlreichen Rechtsordnungen.

4. Ansätze, weitere Stiftungsbeteiligte institutionell in den Schutzprozess einzubeziehen (wie z.B. die Begünstigten im liechtensteinischen Stiftungsrecht) sind im Sinne einer „Kür“ weiter zu beobachten.
5. Eine moderne Foundation Governance sollte Bewusstsein und Mittel auf allen drei Governance-Ebenen schaffen (Gesetzgeber, Stifter und Handlungsorgane) und diese in einer „regulierenden Dynamik“⁶⁰ bzw. einem homogenen Zusammenspiel vereinen.

⁶⁰ So bereits JAKOB, Schutz der Stiftung (Fn. 3), 538.