



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliches Institut

Freiheit durch Governance - Die Zukunft des Stiftungsrechts aus rechtsvergleichender Perspektive

**Ringvorlesung der Bucerius Law School Hamburg,
13. Januar 2015**

Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L.

Ordinarius für Privatrecht

Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht

Universität Zürich



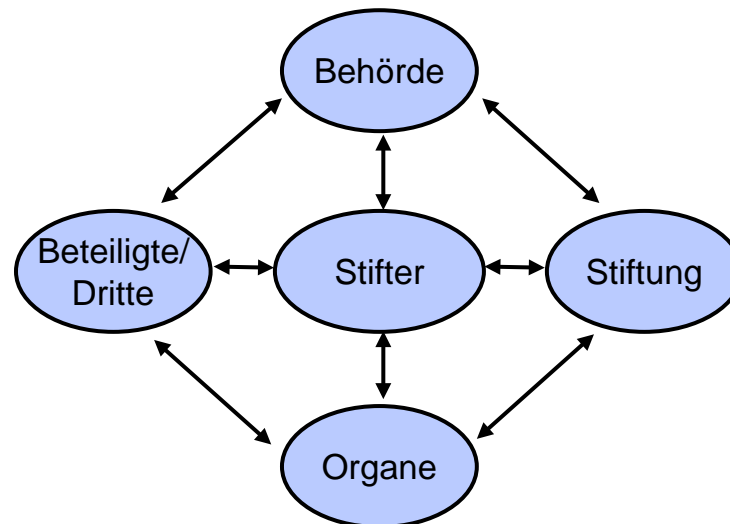
Freiheit durch Governance

- I. (Privat-) Autonomie und stiftungsrechtliches Beteiligtengeflecht
- II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht
 1. Stellung des Stifters und Stiftungserrichtung
 2. Stellung von Stiftungsbeteiligten und Aufsichtssystem
 3. Grundrecht auf Stiftung und (Privat-) Autonomie
 4. Zwischenergebnis
- III. Stifterautonomie vs. Organautonomie
 1. Stifterrechte
 2. Organautonomie und Zusammenspiel mit Stifterautonomie
- IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance
 1. Schutz des Stifterwillens durch Aufsichtsinstanz
 2. Schutzrechte der Stiftungsbeteiligten?
 3. Ganzheitliches Schutzsystem i.S. einer Foundation Governance
- V. Stiftungsrechtliche Leitwertungen

Freiheit durch Governance

I. (Privat-) Autonomie und stiftungsrechtliches Beteiligengeflecht

- Definition Privatautonomie: Privatrechtsverhältnisse selbst zu gestalten und selbstverantwortlich zu handeln
- Passt das auf das rechtsformspezifische Beziehungsgeflecht «Stiftung»?



- Es lassen sich nicht «Stifter» oder «Organe» etc. herausgreifen, weil die Autonomie des einen immer die Autonomie des anderen betrifft



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

1. Stellung des Stifters und Stiftungserrichtung

– Deutschland

- Zwar Anspruch auf Stiftungserrichtung, wenn gesetzliche Voraussetzungen erfüllt
- Das aber liegt in Letztkompetenz der Aufsichtsbehörde
- Anerkennung bleibt Verwaltungsakt

Stiftungserrichtung als Konzessionsakt des Staates



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

1. Stellung des Stifters und Stiftungserrichtung

– Schweiz

- Stifterfreiheit: Freiheit, Stiftung zu errichten und Zweck frei zu bestimmen, einhergehend mit weitgehender Gestaltungs- und Organisationsfreiheit des Stifters
- Dominierendes Grundmerkmal des Schweizer Stiftungsrechts
- Stiftung entsteht durch Eintragung im Handelsregister (mit Ausnahmen); Stiftung also grds. als zulässig angesehen; falls Probleme, kann nachträglich eingeschritten werden

Stiftungserrichtung als Akt der Privatautonomie



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

1. Stellung des Stifters und Stiftungserrichtung

– Liechtenstein

- Privatautonome Gestaltungsfreiheit steht über den Grenzen des klassisch-traditionellen Stiftungsbegriffs (treuhänderische Errichtung mittels Hinterlegung, Stiftung für den Stifter, Stifterrechte auf Zweckänderung und Widerruf etc.)
- Schutz der Privatsphäre und des Vermögens bisweilen zu Lasten Dritter (Privater, Steuerbehörden) überinterpretiert
- Reform von 2009 versuchte, traditionelle Besonderheiten zu bewahren, aber an moderne Governance zu binden

**Stiftungserrichtung als Instrument der
privaten Vermögensverwaltung**



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

2. Stellung von Stiftungsbeteiligten und Aufsichtssystem

– Deutschland

- Ausschliesslich externe staatliche Aufsicht
- Top-down-Verhältnis ohne Ein- und Mitwirkungsmöglichkeit (nur Anfechtungsmöglichkeit bei eigener Rechtsverletzung)

**Reines top-down–Behördenverhältnis ohne
privatautonome Einwirkungsmöglichkeit**



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

2. Stellung von Stiftungsbeteiligten und Aufsichtssystem

– Schweiz

- Laufende staatliche Aufsicht, z.T. aus Gründen der Professionalisierung und Governance in separate «Anstalten» ausgegliedert
- Eher partnerschaftlich, als top-down; bisweilen (zu) zögerlich
- Aber: Stiftungsaufsichtsbeschwerde für alle Personen mit berechtigtem Interesse

**Professionalisiertes öffentlich-rechtliches Verhältnis mit
Mitsprache- und Antragsmöglichkeit**



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

2. Stellung von Stiftungsbeteiligten und Aufsichtssystem

– Liechtenstein

- Staatliche oder «private» Aufsicht je nach Ausgestaltung des Stiftungszwecks (überwiegend privat- oder gemeinnütziger Zweck)
- Bei überwiegend privatnützigen Stiftungen wird Aufsicht durch die Begünstigten (mit entsprechenden Rechten) wahrgenommen
- Bei Errichtung privater Kontrollorgane (oder Unterstellung unter Staatsaufsicht) können Begünstigtenrechte reduziert werden.
- Alle Stiftungsbeteiligten haben Antragsrechte an Aufsichtsbehörde oder Gericht

**Foundation Governance als privatautonomes
Gestaltungsanliegen**



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

3. Grundrecht auf Stiftung und (Privat-) Autonomie

- h.M. in Deutschland nimmt Grundrecht auf Stiftungerrichtung an
- m.M. sogar ein (Grund-) Recht des Stifters auf den Stiftungsbestand
- Aber: Debatte ist deutsches Phänomen; keine Errungenschaft der Privatautonomie, sondern Versuch, sich eines zu einflussfreudigen Staates zu erwehren



Freiheit durch Governance

II. Verschiedene Ansätze zur «Autonomiefrage» im Stiftungsrecht

4. Zwischenergebnis

- Weichen des privatautonomen Grundverständnisses werden gestellt im Verhältnis von Stifter und Beteiligten zum Staat
- Deutsches Konzessions- und Aufsichtssystem (sehr) alte Schule
- Andere Rechtsordnungen zeigen (modernere) Ansätze, die Stiftungserrichtung und Governance als Teil der Privatautonomie ansehen



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

- Zentrales Thema des modernen Stiftungsrechts
- Neue Generation von Stiftern möchte unternehmerischer agieren, Einfluss behalten und autonome (Geschäfts-) Entscheidungen treffen
- Neue Generation von Stiftungsräten möchte Stiftung mehr Wirkung verleihen und daher flexibler navigieren
- Aber: Fragen spielen zusammen, wichtig ist (homogenes) Verhältnis zueinander



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

1. Stifterrechte

- Definition: Solche Rechte, die dem Stifter auch nach Stiftungserrichtung Einfluss auf die Stiftung ermöglichen, indem sie ihm eine privatautonome *nachträgliche* Willensbildung erlauben und damit das sog. Trennungs- und Erstarrungsprinzip durchbrechen
- Gehen über traditionellen Stiftungsbegriff hinaus und bedürfen daher gesetzlicher Grundlage
- Alles andere sind «Drittrechte», die der Stifter auch jedem Dritten einräumen könnte



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

1. Stifterrechte

a) Deutschland Status quo

- Eigentlich klassisches Trennungsprinzip, keine «geschriebenen» Stifterrechte, aber Rechtsunsicherheiten wegen unübersichtlicher Gemengelage von Bundesrecht und (teilweise) überschüssendem Landesrecht

b) Liechtenstein

- Freies Zweckänderungs- und sogar Widerrufsrecht bei Vorbehalt in Stiftungsurkunde, als höchstpersönliches Recht von natürlichen Personen als Stifter
- Vorbehalt privatautonomer Entscheidungsfreiheit mit dem Preis der gelockerten Vermögenstrennung (Zeitpunkt Vermögensübertragung/ Anlauf von Fristen, Pfändbarkeit der Stifterrechte, steuerliche Transparenz)



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

1. Stifterrechte

c) Schweiz

- Kompromiss zwischen Trennungsprinzip und Stifterautonomie in Art. 86a ZGB
 - Ansatz: Lebender Stifter hat alle 10 Jahre höchstpersönliches Zweckänderungsrecht unter gewissen Bedingungen – in Statuten vorzubehalten, unübertragbar, bei juristischer Person Erlöschen nach 20 Jahren, gemeinnütziger Zweck bleibt gemeinnützig
 - Unbefriedigend bei wichtigen Interessen vor Fristablauf oder missbräuchlichen Motiven nach Fristablauf
 - Sinnvoll wäre Öffnung nach beiden Seiten anhand der Legitimität des Stifteranliegens i.V.m. *Interessenabwägung*: Stifter muss darlegen, dass seine Interessen unveränderten Bestand der Stiftung überwiegen



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

1. Stifterrechte

c) Schweiz

- Kompromiss zwischen Trennungsprinzip und Stifterautonomie in Art. 86a ZGB
 - Flexibler Ausnahmetatbestand, ausgerichtet an Verhältnismässigkeit, von Aufsicht und von Gerichten kontrollierbar
 - Ziel: Erhöhung der Stifterfreiheit, ohne Schutz der Stiftung zurückzusetzen, bei gleichzeitiger Governance

d) Weitere Ansätze

- «Verlängerung der Errichtungsphase» (Rawert/Weitemeyer):
 - Stifterwille wäre erst mit Ableben des Stifters erstarrt
 - Aber ähnliche Abgrenzungsprobleme und damit gleiche Interessenabwägung nötig



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

2. Organautonomie und Zusammenspiel mit Stifterautonomie

- Recht (und Pflicht) der Organe zur dynamischen Fortentwicklung der Stiftung
 - Dynamische Fortentwicklung innerhalb der identitätsbestimmenden Grundentscheide des Stifters; Auslegung des Stifterwillens und ordnungsgemässe Ermessensausübung als Mittel und Grenze zugleich
 - Fortentwicklung/Änderung der identitätsbestimmenden Grundentscheide im Rahmen der gesetzlichen Änderungstatbestände



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

2. Organautonomie und Zusammenspiel mit Stifterautonomie

– Stifterwille und Änderungsrechte

- Modernes Stiftungsverständnis geht einher mit gewisser Flexibilisierung des Rechtsinstituts
- Aber: Erleichterte Änderung nur «mit dem Stifterwillen», nicht «gegen den Stifterwillen»
 - Stifterwille lässt sich nicht mehr umsetzen, wie ursprünglich konzipiert (klassische Änderungstatbestände)
 - Stifter hat sich selbst Änderungsrecht vorbehalten; der Stifterwille ist somit unter dem Vorbehalt einer (tatbestandlich begrenzten) nachträglichen Willensbildung durch den Stifter (höchstpersönlich) erstarrt
 - Evtl. Verlängerung der «Errichtungsphase» einer Stiftung



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

2. Organautonomie und Zusammenspiel mit Stifterautonomie

– Stifterwille und Änderungsrechte

- Weitere Flexibilisierung sollte (nur) dann möglich sein, wenn Interessen der Änderungsbefugten (und damit die Legitimität des Änderungsanliegens) die Interessen der Stiftung an unverändertem Bestand (und damit den ursprünglichen Stifterwillen) überwiegen
- Damit würde gesamtes Verhältnis von Stifterfreiheit und Organautonomie einer *einheitlichen Interessenabwägung* unterliegen



Freiheit durch Governance

III. Stifterautonomie vs. Organautonomie

2. Organautonomie und Zusammenspiel mit Stifterautonomie

– Stifterwille und Änderungsrechte

- Aber: Keine Begrenzung der Geltungsdauer des Stifterwillens i.S. eines «Ablaufs» des Schutzes z.B. nach 30 Jahren; Stifterwille sollte nie automatisch zur Disposition des Stiftungsrats gestellt werden (keine «Rule against perpetuities light»)
- Es muss bei Interessenabwägung bleiben, mit welcher z.B. inaktive Stiftungen modernisiert werden können, aber nicht voll nach Stifterwillen funktionsfähige Stiftungen den Interessen der Stiftungsräte ausgeliefert werden



Freiheit durch Governance

IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance

1. Schutz des Stifterwillens durch die Aufsichtsinstanz
 - Klassische Rolle und Legitimation einer (staatlichen) Aufsichtsinstanz; Kontrolle, dass Stifterwille ordnungsgemäss vollzogen und Stiftung vor Schädigung durch Organe geschützt wird
 - Aber: Wer kontrolliert die Kontrolleure? Wer kann (die häufig überlasteten) Aufsichtsinstanzen zum Einschreiten bewegen? Wer kann ggf. sogar unabhängig von Aufsichtsinstanzen Rechte geltend machen?



Freiheit durch Governance

IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance

1. Schutz des Stifterwillens durch die Aufsichtsinstanz
 - Unterschiedliche Ansätze in verschiedenen Rechtsordnungen
 - Deutschland: kein institutioneller Rechtsschutz für Beteiligte
 - Liechtenstein: Aufsichtsbehörde überwacht laufend, beantragt Massnahmen aber beim Gericht; übrige Stiftungsbeteiligte haben Antragsrechte beim Gericht
 - Schweiz: Stiftungsaufsichtsbeschwerde, um Aufsichtsbehörde zu Tätigkeit zu veranlassen, mit Weiterzugsmöglichkeit ans Gericht



Freiheit durch Governance

IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance

2. Schutzrechte der Stiftungsbeteiligten?
 - Genuines Interesse am Vollzug des Stifterwillens
 - Eigene Informations- und Auskunftsrechte in den Statuten (selten, derzeit eher ausgeschlossen)
 - Gesetzliche Auskunfts- und Mitwirkungsrechte der Begünstigten (in CH und D sehr schwach, im FL-Regime der Art. 552 §§ 9 ff. PGR aber der gesetzliche Grundpfeiler der internen Foundation Governance)



Freiheit durch Governance

IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance

2. Schutzrechte der Stiftungsbeteiligten?
 - Schweiz: Antragsberechtigung im Rahmen einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde
 - Wichtige Grenzziehung zwischen Verhinderung von Popularklage und effektiver Governance durch richtige Fassung der Antragslegitimation
 - Unterschiedliche Umschreibungen in Rechtsprechung und Literatur; «Keine überspannten Anforderungen» (BVGer v. 29.9.2009); aber: divergierende Urteile, keine Rechtssicherheit



Freiheit durch Governance

IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance

2. Schutzrechte der Stiftungsbeteiligten?

– Schweiz: Antragsberechtigung im Rahmen einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde

- Neuer Wertungsansatz

- Geht nicht darum, Begünstigten zur Begünstigung zu verhelfen, sondern gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB darum, dass Verwaltung mit Gesetz und Statuten in Einklang steht und Stifterwille geschützt wird
- Richtige Frage daher: Besteht ein *legitimes Kontrollinteresse*, dass Verwaltung mit Gesetz und Statuten in Einklang steht?
- Antragsbefugnis für Stiftungsaufsichtsbeschwerde ist einzige *gesetzlich* legitimierte Einbruchstelle der internen Governance und muss nach Governance-Gesichtspunkten bewertet werden



Freiheit durch Governance

IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance

3. Ganzheitliches Schutzsystem i.S. einer Foundation Governance
 - Ganzheitliches System von «checks and balances», das möglichst alle «Schutzbefähigten» einbezieht
 - Gibt Governance-Gedanken eine neue, gestaltende Dimension und stellt ihn in den Kontext von Stifterfreiheit und Privatautonomie
 - Drei Governance-Ebenen
 - Ebene der *Handlungsorgane* i.S. von Verhaltensregeln für die Stiftungsbeteiligten (Best Practice, Governance Codices)



Freiheit durch Governance

IV. Privatautonome Mitwirkung an der Foundation Governance

3. Ganzheitliches Schutzsystem i.S. einer Foundation Governance

– Drei Governance-Ebenen

- Ebene des *Gesetzgebers* durch die gesetzliche Rahmenordnung und Festsetzung institutioneller Governance-Massnahmen (z.B. Stiftungsaufsichtsbeschwerde in CH, Begünstigtenrechte in FL)
- Ebene des *Stifters* durch Statutengestaltung (z.B. Errichtung eines Zweitorgans, individuelle Besetzungs- oder Inkompatibilitätsvorschriften)
 - Verbindung von Ebene des Gesetzgebers und des Stifters unterentwickelt (siehe aber Liechtenstein): Stifter *privatautonom* Einfluss auf *Schutz seiner Stiftung* zu geben, könnte wirkungsvoller Baustein eines Stiftungsrechts der Zukunft sein



Freiheit durch Governance

V. Stiftungsrechtliche Leitwertungen

- Bisheriger Ansatz: Den Stiftungsbeteiligten möglichst viel Autonomie zu gewähren, aber gleichzeitig den Schutz der Stiftung zu gewährleisten
- Für Stiftungsrecht der Zukunft elementar, weil in heutigem regulatorischen Umfeld freiheitliche Elemente nur bewahrt oder gar eingeführt werden können, wenn mit ausreichender Governance verknüpft
- Studie zu «Stiftungsindizes» (ZSR 2013 II, 185 ff., 262 ff.): Vergleich eines «Liberalitätsindex» mit einem «Governanceindex»
- «Freiheit» und «Governance» schliessen sich nicht aus, sondern bedingen sich gegenseitig und müssen beide zur grösstmöglichen Wirkung gebracht werden



Freiheit durch Governance

V. Stiftungsrechtliche Leitwertungen

- Das gleiche gilt für:
 - «Privatsphäre» (i.S. eines wohlverstandenen Rechts auf Privatautonomie und freie Selbstbestimmung) und «Transparenz»
 - Privatautonome «Gestaltungsfreiheit» und «Schutz der Rechte Dritter»
- Die vielen unterschiedlichen Ebenen des Stiftungsrechts (Zivilrecht, Steuerrecht, internationales Recht) dürfen nicht willkürlich und singulär, sondern müssen nach einheitlichen Leitwertungen weiterentwickelt werden
- Die Stiftungsrechtsordnung wird reüssieren, welcher es gelingt, möglichst alle Leitwertungen in praktische Konkordanz zu bringen
- Credo: «Freiheit durch Governance» als Schlüssel für Stiftungsrecht der Zukunft



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L.

Lehrstuhl für Privatrecht, Zentrum für Stiftungsrecht
Universität Zürich

www.rwi.uzh.ch/jakob

(Gutachterliche) Rechtsberatung

dominiquie.jakob@rwi.uzh.ch