Dr. Simon Gubler

# Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat

## Vorwort und Dank

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Privatrecht bei *Prof. Dr. Dominique Jakob* und dem von ihm geleiteten Zentrum für Stiftungsrecht an der Universität Zürich im Zeitraum von 2015 bis 2017. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Ende Juni 2017 berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater *Prof. Dr. Dominique Jakob.* Die Zusammenarbeit mit ihm war spannend, lehrreich und herausfordernd zugleich, und bereitete immer wieder grosse Freude.

Das Zweitgutachten erstellte *Prof. Dr. Helmut Heiss*. Auch ihm gebührt mein herzlicher Dank.

Dank geht zudem an *Nives Nötzli* und *Lars Weber*. Deren Unterstützung war sehr wertvoll.

Für die schöne Zeit am Lehrstuhl bedanke ich mich bei meinen Kolleginnen und Kollegen *Daniela Dardel, Vanessa Eckart, Désirée Elsener, Deborah Kappeler, Michèle Ritz, Isabelle Rupf, Caroline von Götz, Lukas Brugger, Sascha Drobnjak, Benji Enz, Claude Humbel, Aron Liechti* und *Matthias Uhl*. Ich habe sie alle ins Herz geschlossen.

Besonders danke ich meinen Eltern *Maya* und *Hans Gubler*, welche mich bedingungslos unterstützen, und meinem Bruder *Mathias Gubler*. Er steht mir – sowohl in juristischer als auch sonstiger Hinsicht – jeweils mit Rat und Tat bei.

Der grösste Dank geht an meine liebe *Ariane Schwank.* Sie war während der gesamten Ausarbeitungszeit und ist auch sonst immer für mich da.

Zürich, im August 2017

Simon Gubler

# Inhaltsübersicht


Vorwort und Dank V

Inhaltsübersicht VII

Inhaltsverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis XIX

Literaturverzeichnis XXIII

**Einleitung 1**

**Teil 1: Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat 3**

Kap. 1: Ersteingrenzung des Interessenkonflikts im Stiftungsrat 4

Kap. 2: Elemente des Interessenkonflikts im Stiftungsrat 8

Kap. 3: Arten von Interessenkonflikten 29

Kap. 4: Abschliessende Eingrenzung des Interessenkonflikts im Stiftungsrat 35

**Teil 2: Der Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat 37**

Kap. 1: Allgemeine Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten 38

Kap. 2: Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen 49

Kap. 3: Der Interessenkonflikt bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats 68

Kap. 4: Der Interessenkonflikt beim Abschluss von Rechtsgeschäften 114

Kap. 5: Aufsichtsrechtliche Konsequenzen eines Interessenkonflikts 141

Kap. 6: Haftungsrechtliche Konsequenzen eines Interessenkonflikts 155

Kap. 7: Überblick zum Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat 175

**Teil 3: Konfliktkonstellationen** **183**

Konst. 1: Festlegung des Stiftungsratshonorars 184

Konst. 2: Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen 198

Konst. 3: Das Stiftungsratsmitglied als Rechtsbeistand der Stiftung 205

Konst. 4: Das Stiftungsratsmitglied als Doppelorgan 213

Konst. 5: Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung 223

# Inhaltsverzeichnis


Vorwort und Dank V

Inhaltsübersicht VII

Inhaltsverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis XIX

Literaturverzeichnis XXIII

**Einleitung 1**

**Teil 1: Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat 3**

**Kap. 1: Ersteingrenzung des Interessenkonflikts im Stiftungsrat 4**

**Kap. 2: Elemente des Interessenkonflikts im Stiftungsrat 8**

I. Stiftungsinteressen 8

1. Ansätze der Lehre zur Bestimmung der Stiftungsinteressen 8

2. Eigene Definition der Stiftungsinteressen 10

2.1 Stiftungszweck als übergeordnetes Stiftungsinteresse 10

2.2 Aus dem Stiftungszweck abgeleitete Stiftungsinteressen 10

2.3 Weitere statutarische Vorgaben des Stifters als Stiftungsinteressen 12

II. Fremdinteressen 14

III. Konfliktrelevanz der Fremdinteressen 15

1. Interessen wirtschaftlicher Natur 16

2. Interessen rechtlicher Natur 17

3. Anderweitige Interessen 18

IV. Konflikt der Interessen 19

1. Entscheidsituation 19

2. Widerspruch der Interessen 20

2.1 Interessenneutralität 21

2.2 Gleichrichtung der Interessen 21

2.3 Diametrales Entgegenstehen der Interessen 23
2.4 Fälle dazwischen (weder Gleichrichtung noch diametrales Auseinanderfallen der Interessen) 24
3. Zwischenfazit zum Konflikt der Interessen 29

**Kap. 3: Arten von Interessenkonflikten 29**
I. Charakterisierung nach der Intensität 30
1. Interessenrichtung 30
2. Rechtliche Pflicht zur Fremdinteressenwahrung 31
3. Wirtschaftliche Auswirkungen einer Handlung 32
II. Charakterisierung nach der Häufigkeit des Auftretens 32
1. Dauerhafte Interessenkonflikte 33
2. Punktuelle Interessenkonflikte 33

**Kap. 4: Abschliessende Eingrenzung des Interessenkonflikts im Stiftungsrat 35**

**Teil 2: Der Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat 37**

**Kap. 1: Allgemeine Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten 38**
I. Pflicht zu ordnungsgemässer Ermessensausübung 38
II. Treuepflicht 40
III. Sorgfaltspflicht 41
IV. Aspekte des Einzelfalls 45
V. Fazit zu den Pflichten der Stiftungsratsmitglieder zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt 46

**Kap. 2: Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen 49**
I. Offenlegung von Interessenkonflikten 50
1. Sinn und Zweck der Offenlegung von Interessenkonflikten 50
2. Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten 50
II. Qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids 53

1. Sinn und Zweck der qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids 53
2. Mittel zur qualifizierten Kontrolle der materiellen Angemessenheit einer Handlung 55
2.1 Abstellen auf den objektiven Preis 55
2.2 Fairness Opinion 55
2.3 Vergleich mit anderen objektiven Kriterien 55
3. Pflicht zur Durchführung einer qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit einer Handlung 56
III. Genehmigung von Rechtsgeschäften 58
1. Sinn und Zweck der Genehmigung 58
2. Pflicht zur Genehmigung 58
IV. Nichtmitwirkung bei bestimmten Handlungen 59
1. Sinn und Zweck der Nichtmitwirkung 59
2. Mitwirkungsverbot 59
V. Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats 59
1. Sinn und Zweck der Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats 60
2. Verbot der Annahme bzw. Pflicht zur Beendigung des Stiftungsratsmandats 60
2.1 Lehre 60
2.2 Rechtsprechung 62
2.3 Stellungnahme 62
3. Abwahl des Stiftungsratsmitglieds durch den Stiftungsrat 64
VI. Fazit zu den stiftungsrätlichen Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen 66

**Kap. 3: Der Interessenkonflikt bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats 68**

I. Beschlussfassung des Stiftungsrats im Allgemeinen 68
1. Begriff des Stiftungsratsbeschlusses 68
1.1 Definition, Funktion und Rechtsnatur 68
1.2 Abgrenzung vom (informellen) Entscheid des Stiftungsratsmitglieds 71
2. Auf die Beschlussfassung des Stiftungsrats anwendbare Regeln 72
3. Zustandekommen des Beschlusses 73
3.1 Die Verkündung des durch innerlichen Denkvorgang gefassten Willens des Einpersonenstiftungsrats 73

3.2 Beschlussfassungsverfahren des Mehrpersonenstiftungsrats 73
4. Pflicht zur Beschlussfassung 75
4.1 Pflicht zur Beschlussfassung bei fehlender Delegation von Geschäftsführungsaufgaben 75
4.2 Entfall des Beschlussfassungserfordernisses bei zulässiger Delegation von Geschäftsführungsaufgaben 77
5. Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses 78
5.1 Voraussetzungen der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit von Stiftungsratsbeschlüssen 78
5.2 Rechtswirkungen eines erfolgreich angefochtenen oder nichtigen Stiftungsratsbeschlusses 80
6. Zwischenfazit zur Beschlussfassung des Stiftungsrats im Allgemeinen 81
II. Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats 82
1. Voraussetzungen einer Ausstandspflicht 82
1.1 Sachlicher Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB 83
a Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft 84
aa Lehre 84
bb Rechtsprechung zu den „internen Verwaltungsakten“ 84
cc Stellungnahme 86
b Anwendbarkeit auf den Einpersonenstiftungsrat 87
1.2 Persönlicher Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB 88
a Nahestehende Personen 91
b Umgehung 91
c Durchgriff 92
1.3 Nichtbestehen weitergehender Ausstandspflichten 93
2. Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses infolge Ausstandspflichtverletzung 95
2.1 Lehre 95
2.2 Rechtsprechung 98
2.3 Stellungnahme 99
3. Zwischenfazit zur Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats 102
III. Pflicht zu ordnungsgemässer Beschlussfassung 104
1. Massgeblichkeit der allgemeinen Pflichten 105

2. Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses infolge Verletzung der allgemeinen Pflichten 105
2.1 Besonderheiten betreffend den Beschlussinhalt 106
2.2 Besonderheiten betreffend das Zustandekommen des Beschlusses 107
a Offenlegung des Interessenkonflikts 108
b Qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit 108
3. Zwischenfazit zur Pflicht zu ordnungsgemässer Beschlussfassung 110
IV. Fazit zum Interessenkonflikt bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats 111

**Kap. 4: Der Interessenkonflikt beim Abschluss von Rechtsgeschäften 114**

I. Insichgeschäfte 114
1. Begriff des Insichgeschäfts 114
2. Verhältnis des Insichgeschäfts zum Interessenkonflikt 115
3. Rechtsunwirksamkeit der Insichgeschäfte 115
3.1 Fehlende Benachteiligungsgefahr 116
3.2 Genehmigung oder Ermächtigung 117
II. Zum Entfall der Vertretungsmacht führende Interessenkonflikte 118
1. Fehlendes Handeln des Stiftungsratsmitglieds in seiner Eigenschaft als Organ 119
2. Fehlende Vertretungsmacht 121
2.1 Durch den Stiftungszweck geradezu ausgeschlossene Handlungen 121
2.2 Fehlende Vertretungsbefugnis bei gleichzeitiger fehlender Gutgläubigkeit des Dritten 123
a Fehlen einer genügenden Beschlussgrundlage 125
aa Fehlende Vertretungsbefugnis 125
bb Bösgläubigkeit des Dritten 127
b Vorliegen eines „effektiven Interessenkonflikts“ 128
aa Fehlende Vertretungsbefugnis 128
bb Bösgläubigkeit des Dritten 131
III. Widerrechtliche Rechtsgeschäfte 132
IV. Sittenwidrige Rechtsgeschäfte 133
1. Kollusive Rechtsgeschäfte 134

2. Berufs- und standesrechtlichen Grundsätzen widersprechende Verträge 134
2.1 Die Stiftungsratsmitglieder als besondere Vertrauensträger 135
2.2 Verstoss gegen Standesregeln 136
2.3 Zwischenfazit zu den berufs- und standesrechtlichen Grundsätzen widersprechenden Verträgen 138
3. Weitere Anwendungsfälle der Sittenwidrigkeit 138
V. Fazit zum Interessenkonflikt beim Abschluss von Rechtsgeschäften 140

**Kap. 5: Aufsichtsrechtliche Konsequenzen eines Interessenkonflikts 141**

I. Voraussetzungen eines Einschreitens der Stiftungsaufsicht 142
II. Aufsichtsmittel der Stiftungsaufsicht 144
1. Weisung 146
2. Aufhebung fehlerhafter Beschlüsse 146
3. Ersatzvornahme 146
4. Genehmigung von Rechtsgeschäften durch die Stiftungsaufsicht 147
5. Absetzung von Stiftungsratsmitgliedern 149
6. Einsetzung eines Sachwalters 151
7. Erstattung einer Strafanzeige 152
III. Fazit zu den aufsichtsrechtlichen Konsequenzen eines Interessenkonflikts 153

**Kap. 6: Haftungsrechtliche Konsequenzen eines Interessenkonflikts 155**

I. Schaden 156
1. Stiftung als Geschädigte 157
2. Destinatär als Geschädigter 158
II. Pflichtwidriges Verhalten (Widerrechtlichkeit) 159
1. Ausservertragliche Haftung 159
2. Vertragliche Haftung 161
III. Adäquater Kausalzusammenhang 162
IV. Verschulden 162
V. Aktivlegitimation 163
1. Aktivlegitimation der Stiftung 163

2. Aktivlegitimation der Stiftungsaufsichtsbehörden 164
3. Aktivlegitimation der Destinatäre 164
VI. Passivlegitimation 164
VII. Verjährungsfrist und Beweislast 165
VIII. Zur Überprüfungsbefugnis der Gerichte 166
1. Grundsätze der Business Judgment Rule 166
2. Stellungnahme zur Überprüfungsbefugnis der Gerichte bei konfliktbehafteten Ermessensentscheiden im Stiftungsrat 170
IX. Fazit zu den haftungsrechtlichen Konsequenzen eines Interessenkonflikts 172

**Kap. 7: Überblick zum Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat 175**

## Teil 3: Konfliktkonstellationen 183

**Konst. 1: Festlegung des Stiftungsratshonorars 184**
I. Interessenkonflikte bei der Festlegung des Stiftungshonorars 184
II. Grundsätze einer ordnungsgemässen Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern 185
1. Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern bei spezifischer Grundlage im Stiftungsstatut 186
2. Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern ohne spezifische Grundlage im Stiftungsstatut 186
2.1 Zulässigkeit eines Honorars an sich 186
2.2 Höhe des Honorars 187
2.3 Anspruch der Stiftungsratsmitglieder auf eine übliche Vergütung nach Art. 394 Abs. 3 OR analog 188
III. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen 191
1. Offenlegung der Höhe des Honorars 191
2. Qualifizierte Prüfung der Angemessenheit des Honorars 191
IV. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften 192
1. Beschlussfassung 192
1.1 Gesetzliche Ausstandspflichten 192
1.2 Inhaltliche Mangelhaftigkeit des Beschlusses wegen Festsetzung eines unverhältnismässig hohen Honorars 194
2. Abschluss von Rechtsgeschäften 194

V. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen 195
VI. Haftungsrechtliche Konsequenzen 195
VII. Fazit zur Festlegung Stiftungsratshonorars 196

**Konst. 2: Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen 198**

I. Interessenkonflikte bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen 198
II. Grundsätze einer ordnungsgemässen Abklärung und Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen 200
III. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften 201
IV. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen 202
V. Fazit zur Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen 203

**Konst. 3: Das Stiftungsratsmitglied als Rechtsbeistand der Stiftung 205**

I. Interessenkonflikte bei der Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds als Rechtsbeistand der Stiftung 205
II. Grundsätze einer ordnungsgemässen Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds 206
III. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen 209
1. Offenlegung des Auftragsinhalts 209
2. Qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit des Auftrags 209
IV. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften 210
V. Fazit zum Stiftungsratsmitglied als Rechtsbeistand der Stiftung 210

**Konst. 4: Das Stiftungsratsmitglied als Doppelorgan 213**

I. Interessenkonflikte des Doppelorgans 213
1. Interessen der anderen juristischen Person als konfliktrelevante Fremdinteressen 214
2. Konflikt der Fremd- mit den Stiftungsinteressen 214
3. Beachtung des Stifterwillens zur Wahrung der Interessen einer weiteren juristischen Person 216
II. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen 218
1. Offenlegung der Interessenbindung 218
III. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften 220
IV. Fazit zum Stiftungsratsmitglied als Doppelorgan 220

**Konst. 5: Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung** **223**

I. Mögliche Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung 223

1. Stiftungsinteressen im Bereich der Vermögensverwaltung 224

2. Potentielle Fremdinteressen und daraus resultierende Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung 224

II. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen 226

III. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften 229

IV. Fazit zu den Interessenkonflikten im Bereich der Vermögensverwaltung 230

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angeführten Ort |
| Abs. | Absatz |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift) |
| AktG | Aktiengesetz der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung vom 11. April 2017 (BGBl. I S. 802) |
| AnwG | Anwaltsgesetz des Kantons Zürich vom 17. November 2003 (Ordnungsnummer 215.1) |
| AnwGebV | Verordnung über die Anwaltsgebühren des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (Ordnungsnummer 215.3) |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung vom 28. April 2017 (BGBl. I S. 969) |
| BGBl. | Bundesgesetzblatt |
| BGE | Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung |
| BGer | Schweizerisches Bundesgericht; Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, nicht amtlich publiziert |
| BGFA | Bundesgesetz der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, SR 935.61) |
| BJR | Business Judgment Rule |
| BK | Berner Kommentar |
| BSK | Basler Kommentar |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) |
| BVG | Bundesgesetz der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40) |
| BVGer | Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts |
| BVV 2 | Verordnung vom 18. April 1984 der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.441.1) |
| bzw. | beziehungsweise |
| CaS | Causa Sport (Zeitschrift) |
| CC | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Code civil suisse, SR 210) |

| | |
|---|---|
| CHF | Schweizer Franken |
| CRCC | Commentaire romand Code civil |
| d.h. | das heisst |
| Dr. | Doktor |
| E. | Erwägung |
| E- | Entwurf (eines Bundesgesetzes) |
| EDI | Eidgenössisches Departement des Innern |
| F | Frage/n |
| f./ff. | und folgende (Seite/n bzw. Randnummer/n) |
| FN | Fussnote |
| GesKR | Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GOG | Gesetz des Kantons Zürich über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (Ordnungsnummer 211.1) |
| GV | Generalversammlung/s |
| HAKO | Haftpflichtkommentar |
| HAVE | Haftung und Versicherung (Zeitschrift) |
| HG | Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich |
| h.L. | herrschende Lehre |
| Hrsg. | Herausgeber |
| ibid. | ibidem (an gleicher Stelle) |
| i.d.R. | in der Regel |
| i.e.S. | im eigentlichen Sinne |
| insb. | insbesondere |
| i.S. | im Sinne; in Sachen |
| i.S.d. | im Sinne der/des |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| Kap. | Kapitel |
| Komm. | Kommentar |
| Konst. | Konstellation |
| KUKO | Kurzkommentar |
| M&A | Mergers & Acquisitions |
| m.a.W. | mit anderen Worten |
| m.E. | meines Erachtens |
| MLaw | Master of Law |
| m.V.a. | mit Verweis auf |
| m.w.N. | mit weiterem/n Nachweis/en |
| N | Randnummer |
| OFK | Orell Füssli-Kommentar |

| | |
|---|---|
| OR | Bundesgesetz der Schweizerischen Eidgenossenschaft betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220) |
| Prof. | Professor |
| RA | Rechtsanwalt |
| resp. | respektive |
| S. | Seite |
| SchlT | Schlussteil |
| SFC | Swiss Foundation Code |
| SHK | Stämpflis Handkommentar |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung |
| sog. | sogenannt(e) |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung) |
| ST | Der Schweizer Treuhänder (Zeitschrift); systematischer Teil |
| StPO | Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0) |
| SZS | Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge |
| SZW | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht |
| T. | Teil |
| u.a. | unter anderem/n |
| u.U. | unter Umständen |
| ÜBest | Übergangsbestimmungen |
| UWG | Bundesgesetz der Schweizerischen Eidgenossenschaft gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241) |
| v.a. | vor allem |
| vgl. | vergleiche |
| Vorbem. | Vorbemerkungen |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |
| Ziff. | Ziffer |
| zit. | zitiert |
| ZK | Zürcher Kommentar |
| ZPO | Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272) |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |
| ZStrR | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht |

# Literaturverzeichnis

ANDEREGG, MIRCO, Der Ersatz von Schadenabwehrkosten, Eine Analyse zum Recht der unerlaubten Handlungen, Zürich 2014.

BAUMANN LORANT, ROMAN, Der Stiftungsrat, Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Zürich 2009.

BAUMANN LORANT, ROMAN, Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde, SJZ 109 (2013) S. 517 ff. (zit.: BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde).

BAUMANN LORANT, ROMAN, Honorierung von Stiftungsräten, Angemessene und formalisierte Honorare sind zuzulassen, Jusletter vom 9. August 2010 (zit.: BAUMANN LORANT, Honorierung).

BERGER, BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012.

BÖCKLI, PETER, Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 3 (2012) S. 354 ff.

BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit.: BÖCKLI, Aktienrecht).

BRECHBÜHL, JÜRG, Änderung des BVG über die Strukturreform in der beruflichen Vorsorge, Hohe Ziele und offene Fragen, SZS 2 (2012) S. 101 ff.

BRÜCKNER, CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Ohne Beurkundung des Personenstandes, Zürich 2000.

BRUGGER, DANIEL/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, Bundesgerichtsurteil 4A_375/2012 vom 20. November 2012 in Sachen Lorze AG gegen die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG (publiziert als BGE 139 III 24), Mit Bemerkungen von MLaw Daniel Brugger und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich, SZW 85 (2013) S. 178 ff.

BÜHLER, CHRISTOPH B./SPICHTIN NICOLAS, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, Besprechung des Urteils 4A_147/2014 des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. November 2014 sowie des zugrunde liegenden Urteils HG110172 des Handelsgerichts Zürich vom 22. Januar 2014, GesKR 1 (2015) S. 150 ff.

BURGHERR, MARC, Entscheide von Exekutivorganen im Verein als Gegenstand der Anfechtungsklage von Art. 75 ZGB, Zürich 2010.

BURKART, THIERRY/KIESER, HANNES, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats, Die vertragliche und ausservertragliche Haftung des Stiftungsrats nach schweizerischem Recht, ST 4 (2013) S. 209 ff.

CAMINADA, PETRA, Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, Neuregelung infolge der Strukturreform, Zürich 2012.

CHRISTEN, ALEX, „Quo vadis, BJR?“, AJP 1 (2015) S. 123 ff.

COLEMAN, STEPHEN, When conflicts of interest are an unavoidable problem, Australian Association for Professional and Applied Ethics, 12th Annual Conference, 28-30 September 2005, Adelaide 2005, abrufbar unter : http://w3.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/coleman.pdf
(zuletzt besucht am 1. Juli 2017).

DÄNIKER, DANIEL, Die zwei Hüte des Verwaltungsrates, Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich 2005, 113 ff.

DRÖGE, HENNER, Haftung für Gremienentscheidungen, Berlin 2008.

DRUEY, JEAN NICOLAS, Interessenkonflikte, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Ihre Tätigkeit und ihr Verhältnis zueinander, Bern 2006, S. 59 ff.

DRUEY, JEAN NICOLAS, Neues aus dem Konzernrecht Oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 9 (2005) S. 1083 ff. (zit.: DRUEY, Konzernrecht).

DUBS, DIETER, Die bedingte Beschlussfassung der Aktionäre an der Generalversammlung, in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 355 ff.

EDER, FLORIAN, Die Stiftung als „Tatobjekt", Im Spannungsfeld zwischen rechtmässiger Vermögensbewirtschaftung und strafrechtlichem Risiko, ZStrR 4 (2011) S. 387 ff.

EGGER, AUGUST, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-10, Personenrecht Art. 11-89, 2. Aufl., Zürich 1930, Nachdruck 1978 (zit.: ZK ZGB-EGGER).

EISENRING, MARTIN TH. MARIA, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Zürich 1999.

ERNST, WOLFGANG, Der Beschluss als Organakt, in: Häublein, Martin/Utz, Stephen (Hrsg.), Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin 2012, S. 1 ff.

ERNST, WOLFGANG, Kleine Abstimmungsfibel, Leitfaden für die Versammlung, Zürich 2011 (zit.: ERNST, Abstimmungsfibel).

FELDMANN, HANS, Beschluss und Einzelstimme im Schweizerischen Gesellschaftsrecht, Zürich 1954.

FELLMANN, WALTER, Kommentar zu Art. 12 BGFA, in: Fellmann, Walter/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich 2011 (zit.: Komm. BGFA-FELLMANN).

FELLMANN, WALTER, Kommentar zu den Art. 394-406 OR, in: Hausheer, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (zit.: BK OR-FELLMANN).

FELLMANN, WALTER, Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, HAVE 1 (2016) S. 95 ff.

FISCHER, DAMIAN, Gültigkeit von Verträgen bei organschaftlicher Doppelvertretung, Besprechung des Urteils 4A_360/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Dezember 2012, GesKR 2 (2013) S. 281 ff.

FISCHER, EDY, Welche Kosten fallen bei der Vermögensverwaltung an?, Das Geld-Magazin 5 (2015) S. 18 (zit.: FISCHER, Vermögensverwaltung).

FISCHER, WILLI, Kommentar zu den Art. 41-61 OR (ohne Art. 59a OR), in: Fischer, Willi/Luterbacher, Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016 (zit: HAKO OR-FISCHER).

FORSTMOSER, PETER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Vogt, Nedim Peter/Zobl, Dieter (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, S. 9 ff.

FORSTMOSER, PETER, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 88 (1992) S. 157 ff. (zit.: FORSTMOSER, Aktienrecht).

FORSTMOSER, PETER/KÜCHLER, MARCEL, Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/EMMENEGGER, SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014.

GERHARD, FRANK, Business Judgment Rule und Rechtsrisiken, Anerkennung einer Legal Judgment Rule für rechtlich gebundene Entscheide von Unternehmensorganen, SZW 3 (2016) S. 254 ff.

GERICKE, DIETER/WALLER, STEFAN, Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in: Kunz, Peter V./Jörg, Florian S./Arter, Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, S. 287 ff.

GERICKE, DIETER/WALLER STEFAN, Kommentar zu den Art. 754-761 OR, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK OR-GERICKE/WALLER).

GIGER, GION, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, Zürich 2003.

GLATTER, ANDREAS, Unverbindlich, aber ein Gütesiegel, Die Bedeutung des Swiss Foundation Code für den eidgenössischen Stiftungssektor, Die Stiftung, Special Schweiz, Februar 2010, S. 10 f.

GMÜR, MARKUS/OPRANDI, PATRIZIA, Vergütung von Vorstand, Stiftungsrat und Geschäftsleitung in Schweizer Hilfswerken, Freiburg 2012.

GRAF, DAMIAN K., Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit – Ungetreue Geschäftsbesorgung – Misswirtschaft, Zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung, Zürich 2017.

GRÜNINGER, HAROLD, Innovative Vermögensbewirtschaftung im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht, Venture Philanthropy, Social Business, Mission Based Investments zwischen Vision und Haftung, in: Jakob, Dominique (Hrsg.), Stiften und Gestalten, Anforderungen an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld, Basel 2013, S. 37 ff.

GRÜNINGER, HAROLD, Kommentar zu den Art. 80-89bis ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas/Wiegand, Wolfgang/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-GRÜNINGER).

GULLO, DOMENICO, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, SZS 45 (2001) S. 40 ff.

GUTZWILLER, MAX, Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II: Einleitung und Personenrecht, 5. Teilband, 3. Aufl., Basel 1967, S. 573 ff.

HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016.

HÄFLIGER, PETER, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Bern 1978.

HANDSCHIN, LUKAS, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidfindung, in: von der Crone, Hans Caspar/Weber, Rolf H./Zäch, Roger/Zobl, Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, S. 169 ff.

HANDSCHIN, LUKAS/TRUNIGER, CHRISTOF, Von der „kassatorischen Natur" der Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB, SJZ 99 (2003) S. 142 ff.

HAUSHEER, HEINZ/AEBI-MÜLLER, REGINA E., Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit.: BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER).

HEINI, ANTON/PORTMANN, WOLFGANG, Das Schweizerische Vereinsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II: Einleitung und Personenrecht, 5. Teilband, 3. Aufl., Basel 2005.

HEINI, ANTON/PORTMANN, WOLFANG/SEEMANN, MATTHIAS, Grundriss des Vereinsrechts, Basel 2009.

HEINI, ANTON/SCHERRER, URS, Kommentar zu den Art. 60-79 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas/Wiegand, Wolfgang/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-HEINI/SCHERRER).

HONSELL, HEINRICH, Kommentar zu den Art. 1-4 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas/Wiegand, Wolfgang/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-HONSELL).

HUGUENIN, CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.

HUGUENIN, CLAIRE/MEISE, BARBARA, Kommentar zu den Art. 19-21 OR, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK ZGB-HUGUENIN/MEISE).

HUGUENIN, CLAIRE/REITZE, CHRISTOPHE PETER, Kommentar zu den Art. 52-59 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas/Wiegand, Wolfgang/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE).

HUNGERBÜHLER, IVO W., Der Verwaltungsratspräsident, Zürich 2003.

JÄGGI, PETER, Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Max Obrecht, Solothurn 1961, S. 394 ff.

JAKOB, DOMINIQUE, Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, SJZ 104 (2008) S. 533 ff.

JAKOB, DOMINIQUE, Die Liechtensteinische Stiftung – Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, Schaan 2009 (zit.: JAKOB, Die Liechtensteinische Stiftung).

JAKOB, DOMINIQUE, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, ZSR 132 (2013) II S. 185 ff. (zit.: JAKOB, Stiftungsbegriff).

JAKOB, DOMINIQUE, Kommentar zu den Art. 52-89c ZGB, in: Büchler, Andrea/Jakob, Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar Zivilgesetzbuch, Basel 2012 (zit.: KUKO ZGB-JAKOB).

JAKOB, DOMINIQUE, Schutz der Stiftung, Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006 (zit.: JAKOB, Schutz der Stiftung).

JAKOB, DOMINIQUE/PICHT, PETER, Kommentar zu § 86 BGB, in: Geibel, Stefan (Hrsg.)/Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Mayer, Jörg (Gesamt-Hrsg.), Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Band 1 (Verein, Stiftung, Gesellschaft, Gemeinschaft), Stand 1. April 2017 (zit.: OGK BGB-JAKOB/PICHT).

JAKOB, DOMINIQUE/PICHT, PETER, Vom Stiftungszweck zur Anlagestrategie, Stiftungsrechtliche Überlegungen zu nachhaltigen und verantwortlichen Investitionen von Stiftungen, Stiftung & Sponsoring 6 (2012) S. 26 ff.

JAKOB, DOMINIQUE/UHL, MATTHIAS, Der Swiss Foundation Code und seine bisherige Rezeption im Stiftungswesen, AJP 2 (2015) S. 279 ff.

JAKOB, DOMINIQUE/VON SCHNURBEIN, GEORG/STUDEN, GORAN, Gemeinnützige Stiftungen in der Schweiz errichten und führen – Ein praktischer Leitfaden, Zürich 2015, abrufbar unter:
https://www.credit-suisse.com/stiftungsleitfaden (zuletzt besucht am 1. Juli 2017).

JEANNERET, VINCENT/HARI, OLIVIER, Kommentar zu den Art. 60-69c ZGB, in: Pichonnaz, Pascal/Foex, Bénédict (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, Basel 2010 (zit.: CRCC-JEANNERET/HARI).

JÖRG, FLORIAN, Das Mitglied des Verwaltungsrates als Superman? Pflichten und Tipps, in: Jörg, Florian/Arter, Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, S. 279 ff.

JUNG, PETER, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 273 ff.

KAMMERER, ADRIAN, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1997.

KESSLER, MARTIN A., Kommentar zu den Art. 41-49 OR, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR-KESSLER).

KOCH, JENS, Kommentar zu den §§ 95–116, in: Hüffer, Uwe/Koch, Jens (Hrsg.), Aktiengesetz, 12. Aufl., München 2016 (zit.: Komm. AktG-KOCH).

KOLLER, ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.

KRAMER, ERNST A., Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 3a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zit: BK OR-KRAMER).

KRAMER, ERNST A./SCHMIDLIN, BRUNO, Kommentar zu den Art. 1-18 OR, in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit.: BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN).

KRAUSS, LYDIA, Vermögensanlagen und Anlagevorschriften von klassischen Stiftungen, in: Gewos AG (Hrsg.), Vermögensanlagen und Anlagevorschriften von klassischen Stiftungen, Bern 2010, S. 41 ff.

KRNETA, GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

KUMPAN, CHRISTOPH, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, Tübingen 2014.

KÜNZLE, HANS RAINER, Die Verantwortung des Stiftungsrates, Krisenfälle weisen auf Regelungslücken hin, ST 74 (2000) S. 539 ff.

LANTER, MARCO, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Die zivilrechtliche Haftung von Organpersonen mit Verwaltungs- und Aufsichtsaufgaben in privatrechtlichen Stiftungen unter Berücksichtigung der Vorschriften des BVG, Zürich 1984.

LARDELLI, FLAVIO, Kommentar zu den Art. 5-9 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas/Wiegand, Wolfgang/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-LARDELLI).

LAZOPOULOS, MICHAEL, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004.

LAZOPOULOS, MICHAEL, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2 (2006) S. 139 ff. (zit.: LAZOPOULOS, Massnahmen).

LICHTSTEINER/LUTZ, Honorierung von Stiftungsräten, Eine empirische Untersuchung zur Honorierung von Stiftungsräten gemeinnütziger Stiftungen in der Schweiz, Freiburg 2008.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtreform, 11. Aufl., Bern 2012.

MEIER, PHILIPP, Kommentar zu Art. 55 ZGB, in: Fischer, Willi/Luterbacher, Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016 (zit.: HAKO ZGB-MEIER).

METZGER, PETER, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Einschliesslich Versicherungsrecht mit Synonymen und Antonymen, Basel 2005.

MONSCH, MARTIN/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, Bundesgerichtsurteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, Mit Bemerkungen von MLaw Martin Monsch und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich, SZW 85 (2013) S. 445 ff.

MÜLLER, KASPAR/ZÖBELI, DANIEL, Die Honorierung der obersten Leitungsorgane von Nonprofit-Organisationen, Eine Situationsanalyse und Diskussionsgrundlage, Basel 2012.

MÜLLER, ROLAND, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005.

MÜLLER, ROLAND/LIPP, LORENZ/PLÜSS, ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014.

NATER, HANS, Kommentar zu Art. 13, in: Nater, Hans/Zindel, Gaudenz G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit.: Komm. BGFA-NATER).

NEUBERT, LUZIUS, Vermögensverwaltung, in: Zöbeli, Daniel/Neubert, Luzius (Hrsg.), Externe Mandate von Nonprofit-Organisationen, Welche Aspekte sind besonders zu beachten?, Basel 2013, S. 23 ff.

NIKITINE, ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Zürich 2007.

PERRIN, JEAN-FRANÇOIS, Droit de l’association, Zürich 2004.

PFAFFINGER, MONIKA, Kommentar zu den 1-5, in: Büchler, Andrea/Jakob, Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar Zivilgesetzbuch, Basel 2012 (zit.: KUKO ZGB-PFAFFINGER).

PLÜSS, ADRIAN, Die Verantwortlichkeit von Mitgliedern von Vereinsvorständen und Stiftungsräten, Jahrbuch des Handelsregisters (2001) S. 21 ff.

PORTMANN, WOLFGANG/RUDOLPH, ROGER, Kommentar zu den Art. 319-362 OR, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH).

REHM, CHRISTIAN, Die Einzel- und Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, Die Verantwortung für die Leitung und Geschäftsführung im mehrköpfigen Vorstand in der unabhängigen und der herrschenden Aktiengesellschaft, Berlin 2012.

REY, HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008.

RIEMER, HANS MICHAEL, Beschränkung der persönlichen Haftung des Vereinsvorstands durch Ressortverteilung, CaS 4 (2015) S. 373 f.

RIEMER, HANS MICHAEL, Corporate Governance-Richtlinien für Vereine und Stiftungen aus juristischer Sicht, SJZ 102 (2006) S. 513 ff. (zit.: RIEMER, Corporate Governance).

RIEMER, HANS MICHAEL, Die Behandlung der Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz, SJZ 100 (2004) S. 201 ff. (zit.: RIEMER, Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz).

RIEMER, HANS MICHAEL, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Allgemeine Bestimmungen über juristische Personen; Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 100 (2004) S. 514 ff. (zit.: RIEMER, Entwicklungen).

RIEMER, HANS MICHAEL, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 52-59 ZGB, in: Hausheer, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Erster Teilband: Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB, Bern 1993 (zit.: BK ZGB-RIEMER).

RIEMER, HANS MICHAEL, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 60-79 ZGB, in: Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Zweiter Teilband: Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, Bern 1990 (zit.: BK ZGB-RIEMER).

RIEMER, HANS MICHAEL, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 80-89bis ZGB, in: Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Dritter Teilband: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, Bern 1975, Nachdruck 1981, Zürich 1974/75 (zit.: BK ZGB-RIEMER).

RIEMER, HANS MICHAEL, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB), mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52-59 ZGB), Stämpflis Handkommentar, Bern 2012 (zit.: SHK ZGB-RIEMER).

RUSTERHOLZ, LEO/HELD, LUKAS, Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, GesKR 2 (2016) S. 186 ff.

SCHALLER, JEAN-MARC, Kommentar zu den Art. 394-406 OR, in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit.: KUKO OR-SCHALLER).

SCHERRER, URS, Rechtsfragen des organisierten Sportlebens in der Schweiz, Eine vereins- und persönlichkeitsrechtliche Untersuchung, Zürich 1982.

SCHERRER, URS/TÄNNLER, HEINZ, Wann ist ein „Beschluss" ein Beschluss? Betrachtungen nach Schweizerischem Recht, CaS 3 (2005) S. 280 ff.

SCHOTT, ANSGAR, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002.

SCHOTT, BERTRAND, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich 2009 (zit.: SCHOTT, GV-Beschluss).

SCHWANDER, IVO, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.), ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-SCHWANDER).

SCHWENZER, INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.

SOMMER, CHRISTA ALEXANDRA, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich 2010.

SPRECHER, THOMAS, Stiftungsrecht in a nutshell, Zürich 2017.

SPRECHER, THOMAS, Vermögensbewirtschaftung durch Schweizer Stiftungen, in: Schäfer, Ulrike A./Sethe, Rolf/Lang, Volker, Handbuch der Vermögensverwaltung, in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. Aufl., München 2016, S. 700 ff. (zit.: SPRECHER, Vermögensbewirtschaftung).

SPRECHER, THOMAS/EGGER, PHILIPP/JANSSEN, MARTIN, Swiss Foundation Code 2009, mit Kommentar, Grundsätze und Empfehlungen zur Gründung und Führung von Förderstiftungen, Basel 2015 (zit.: SFC 2009).

SPRECHER, THOMAS/EGGER, PHILIPP/VON SCHNURBEIN, GEORG, Swiss Foundation Code 2015, Grundsätze und Empfehlungen zur Gründung und Führung von Förderstiftungen, Basel 2015 (zit.: SFC 2015).

SPRECHER, THOMAS/VON SALIS-LÜTOLF, ULYSSES, Die schweizerische Stiftung, Ein Leitfaden, Zürich 2002.

STEININGER, THOMAS ALEXANDER, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Zürich 2011.

STRAESSLE, RALPH/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Die Doppelvertretung im Aktienrecht, Bundesgerichtsurteil 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012 in Sachen SE Swiss Estates AG gegen die Generalbau Rudolf Lüthy AG, Mit Bemerkungen von lic. iur. Ralph Straessle und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich, SZW 85 (2013) S. 445 ff.

STUDEN, GORAN, Vertrauen ist gut – Kontrolle ist besser?, Präventive Aufsichtselemente als Ausdruck moderner Foundation Governance, in: Coninx, Anna/Ege, Gian/Mausbach, Julian (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2017, S. 227 ff.

STUTZ, BETTINA/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, Urteil des Bundesgerichts 127 III 332 vom 2. Mai 2001 i.S. Erbengemeinschaft J.M. (Berufungsklägerin) gegen K. AG (Berufungsbeklagte), Urteil des Bundesgerichts 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999 i.S. W, C und T (Berufungskläger) gegen H Immobilien Holding AG (Berufungsbeklagte), Mit Bemerkungen von lic. iur. Bettina Stutz und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich, SZW 75 (2003) S. 102 ff.

TANNER, BRIGITTE, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Zürich 1987.

THÉVENOZ, LUC/BAHAR, RASHID, Conflicts of Interest, Corporate Governance and Financial Markets, Zürich 2007.

TRECHSEL, STEFAN/NOLL, PETER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6., Aufl., Zürich 2004.

TRUNIGER, CHRISTOF/ZEITER, ALEXANDRA, Der Anlageentscheid – die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, SZS 48 (2004) S. 24 ff.

TSCHÄNI, RUDOLF/DIEM, HANS JAKOB, Interessenkonflikte in M&A-Transaktionen, in: Tschäni, Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich 2016, S. 53 ff.

TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD/SCHMID, JÖRG, § 17 Die Stiftung, in: Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra (Hrsg.), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, S. 151 ff.

VITO, ROBERT/KRISTOFFEL, GRECHENIG, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130 (2011) S. 5 ff.

VON DER CRONE, HANS CASPAR, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994) S. 1 ff.

VON DER CRONE, HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 119 (2000) S. 235 ff. (zit.: VON DER CRONE, Verantwortlichkeit).

VON THUR, ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, München 1910.

VON THUR, ANDREAS/PETER, HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl, Zürich 1979, Nachdruck 1984.

WATTER, ROLF, Kommentar zu den Art. 716–722 OR (davon Art. 716-717 und 718b gemeinsam mit ROTH PELLANDA, KATJA), in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK OR-WATTER bzw. BSK OR-WATTER/ROTH PELLANDA).

WEBER-DÜRLER, HANS PETER, Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussformen des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1973.

WEBER, ROLF H., Juristische Personen, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II: Einleitung und Personenrecht, 4. Teilband, Basel 1998.

WEBER, ROLF H., Kommentar zu den Art. 394-406 OR, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR-WEBER).

WEIMAR, ROBERT, Konflikt und Entscheidung, Psychologische Theorien und Konzepte auf dem Prüfstand, Frankfurt am Main 2008.

WHERLOCK, ALEXANDER/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, Bundesgerichtsurteil 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, Mit Bemerkungen von RA MLaw Alexander Wherlock und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich, SZW 87 (2015) S. 542 ff.

WIEGAND, WOLFGANG, Kommentar zu den Art. 97-109 OR, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR-WIEGAND).

WÜRDINGER, HANS, Gesellschaften, Erster Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937.

ZEN-RUFFINEN, PIERMARCO/SCHERRER, URS, Zur Wirkung der Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB – eine Entgegnung, SJZ 99 (2003) S. 473 ff.

ZÖBELI, DANIEL/NEUBERT, LUZIUS, Einleitung, in: Zöbeli, Daniel/Neubert, Luzius (Hrsg.), Externe Mandate von Nonprofit-Organisationen, Welche Aspekte sind besonders zu beachten?, Basel 2013, S. 3.

ZOBL, DIETER, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989) S. 289 ff.

# Einleitung

Die Funktion als Organ einer juristischen Person bringt an sich eine *Gefahr des Missbrauchs* der damit einhergehenden Kompetenzen mit sich. Die Stiftung ist aus verschiedenen Gründen aber besonders anfällig für Missbräuche des Stiftungsrats bzw. dessen Mitglieder. Dies liegt u.a. daran, dass die Stiftung einerseits ausschliesslich durch den Stiftungsrat handeln kann, andererseits aufgrund ihrer anstaltlichen Natur keine Gesellschafter oder Mitglieder existieren, welche den Stiftungsrat kontrollieren.[1]

Trotz der erhöhten Missbrauchsgefahr kommt dem Stiftungsrat im Umgang mit Interessenkonflikten, insbesondere aufgrund der geringen Normendichte in diesem Gebiet, oft in weiten Teilen *Ermessen* zu. Dementsprechend stellt sich in der Praxis oft die Frage, wie dieses Ermessen auszuüben ist oder anders, welche Regeln im *Umgang mit Interessenkonflikten* gelten und welche *Rechtsfolgen* mit einer Nichtbeachtung dieser Regeln verbunden sind.[2] Die vorliegende Arbeit soll zur Klärung dieser Fragen beitragen.

Da der Begriff des Interessenkonflikts uneinheitlich verwendet wird, ist hierzu in einem ersten Schritt zu eruieren, was im vorliegenden Zusammenhang unter einem Interessenkonflikt zu verstehen ist. In *Teil 1* wird daher der den *Gegenstand dieser Arbeit* bildende Interessenkonflikt eingegrenzt. Nach einer ersten Konkretisierung des Begriffs in Kapitel 1 werden in Kapitel 2 die massgebenden Elemente des vorliegend relevanten Interessenkonflikts im Einzelnen betrachtet. Alsdann wird in Kapitel 3 aufgezeigt, wie Interessenkonflikte nach den Kriterien der Intensität und der Häufigkeit des Auftretens klassifiziert werden können. Die Erkenntnisse werden schliesslich in Kapitel 4 zusammengefasst und der Gegenstand dieser Arbeit abschliessend eingegrenzt.

In *Teil 2* – welcher den Kern dieser Arbeit bildet – werden die im *Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat* relevanten Regeln aufgezeigt. In einem ersten Schritt werden hierzu in Kapitel 1 die für den Stiftungsrat und dessen Mitglieder massgebenden allgemeinen Pflichten behandelt, um gestützt darauf in Kapitel 2 konkrete Massnahmen darzulegen, welche dem Schutz der Stiftungsinteressen dienen. Die im Zusammenhang mit Beschlüssen und Rechtsgeschäften geltenden, speziellen Regeln werden in Kapitel 3 und 4 erörtert,

---

1 Vgl. zur erhöhten Missbrauchsgefahr bei Stiftungen im Einzelnen JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 91 ff.; BAUMANN LORANT, S. 67 ff.

2 Vgl. JAKOB/VON SCHNURBEIN/STUDEN, S. 60.

wobei besonders betrachtet wird, unter welchen Voraussetzungen Interessenkonflikte zur Rechtsunwirksamkeit von Beschlüssen oder Rechtsgeschäften führen können. Kapitel 5 und 6 gehen auf die aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen ein, welche (zusätzlich zu einer allfälligen Rechtsunwirksamkeit von Beschlüssen oder Rechtsgeschäften) drohen, wenn die in den vorangehenden Kapiteln aufgezeigten Pflichten bzw. Regeln verletzt werden. Auf Grundlage der Erkenntnisse in den Kapiteln 1-6 wird schliesslich in Kapitel 7 ein Gesamtüberblick über den Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat gewährt.

Schliesslich soll mit *Teil 3* ein qualifizierter Bezug zur Praxis hergestellt werden. Aufbauend auf den Ergebnissen aus den ersten beiden Teilen dieser Arbeit werden dem Verfasser wichtig erscheinende Aspekte und Besonderheiten ausgewählter *Konfliktkonstellationen* aufgezeigt.

# Teil 1: Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat

Im vorliegenden Teil wird der *Gegenstand dieser Arbeit* festgelegt. Hierzu wird zunächst eine Ersteingrenzung des näher zu betrachtenden Interessenkonflikts im Stiftungsrat vorgenommen (Kapitel 1). In einem nächsten Schritt werden die einzelnen Elemente, aus welchen sich der relevante Interessenkonflikt zusammensetzt, genauer geprüft (Kapitel 2). Alsdann werden ausgewählte Arten von Interessenkonflikten aufgezeigt (Kapitel 3). Schliesslich wird der Gegenstand dieser Arbeit auf Grundlage der vorangehenden Ausführungen abschliessend eingegrenzt (Kapitel 4).

# Kapitel 1: Ersteingrenzung des Interessenkonflikts im Stiftungsrat

Oft entstehen Interessenkonflikte auf Grundlage eines Rechtsverhältnisses, welches eine Person verpflichtet, die *Interessen einer anderen Person wahrzunehmen*, z.B. eines Auftrags.[3] Diese wahrgenommenen Interessen können in Konflikt mit den persönlichen Interessen oder anderen von der verpflichteten Person wahrgenommenen Interessen geraten.[4]

> Den *Begriff des Interesses* kann nach allgemeinem Sprachgebrauch – neben der kognitiven Anteilnahme oder Aufmerksamkeit an einer Person oder Sache – als Ziel oder Vorteil verstanden werden, den sich eine Person oder eine Gruppe von Personen aus einer Handlung oder von einer Sache verspricht oder erhofft.[5] Ein so definiertes Interesse hängt massgebend von den subjektiven Wertungen des Interessenträgers ab.[6] Im *rechtlichen Kontext* wird der Begriff des Interesses indes regelmässig einem objektivierten Begriffsverständnis untergeordnet,[7] indem die rechtlich relevanten Interessen nach

3 Vgl. STEININGER, S. 25 f.; KUMPAN, S. 22 ff. Letzterer bedient sich zur Eingrenzung der besonders regelungsbedürftigen Interessenkonflikte der von WÜRDINGER, S. 9 ff., entwickelten „Grundtatbestände des Rechtsverkehrs", wonach zwischen den Verträgen des Interessengegensatzes, der Interessengemeinschaft und der Interessenwahrung unterschieden werden kann. Er kommt zum Schluss, dass bei Interessenkonflikten, welche *Interessenwahrungsverträgen* zugrunde liegen, aufgrund der „asymmetrischen Interessengewichtung" ein *höherer Regelungsbedarf* bestehe, und weist darauf hin, dass organschaftliche Rechtsverhältnisse „von ihrer Interessenstruktur her mit Fremdinteressenwahrungsverträgen vergleichbar" seien (S. 26). Für eine Übersicht über die auf sämtliche Fremdgeschäftsführungsverhältnisse anwendbare „Agency-Problematik" vgl. STEININGER, S. 35 ff., m.w.N.

4 STEININGER, S. 26, m.w.N.; VON DER CRONE, S. 2; THÉVENOZ/BAHAR, S. 3.

5 STEININGER, S. 7; METZGER, S. 332. Vgl. auch JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 387, der mit der Formulierung „Interesse *auf*" anstelle von „Interesse an" ebenfalls die *Zielgerichtetheit* des Interesses unterstreicht. Vgl. auch KUMPAN, S. 56, welcher das Interesse als *positive Bezogenheit* eines bestimmten Subjekts zu bestimmten Gegenständen oder Sachverhalten versteht.

6 Vgl. KUMPAN, S. 17.

7 KUMPAN, S. 15.

> objektiven Massstäben ermittelt werden.[8] Auch die für vorliegende Arbeit relevanten Interessen werden anhand objektiver Kriterien bestimmt.[9]

Auch dem Gegenstand dieser Arbeit bildenden Interessenkonflikt liegt eine „Interessenwahrungskonstellation" zugrunde. Aufgrund deren Organstellung sind sowohl der Stiftungsrat als auch die einzelnen Stiftungsratsmitglieder zur *Wahrnehmung der Stiftungsinteressen* verpflichtet.[10] Sind hierbei Entscheide zu treffen, welche gleichzeitig auch persönliche *Eigeninteressen* der Stiftungsratsmitglieder oder andere von diesen *wahrgenommene Drittinteressen* betreffen, können diese mit den Stiftungsinteressen in Konflikt geraten. Es geht in vorliegender Arbeit somit um den Konflikt der Stiftungsinteressen mit anderen, von den Stiftungsratsmitgliedern wahrgenommenen Interessen.[11]

> Für das „oberste Stiftungsorgan" i.S. des Gesetzes (vgl. Art. 83a, 83b Abs. 1, 84a Abs. 1 und 3, 85, 86 Randtitel und Abs. 1 und 86b ZGB) hat sich in der Literatur und der Praxis die Bezeichnung *Stiftungsrat* durchgesetzt.[12] Diese wird in vorliegender Arbeit übernommen. Der Stiftungsrat setzt sich zusammen aus einem oder mehreren *Stiftungsratsmitgliedern*.[13] Dabei weisen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER[14] zutreffend darauf hin, dass der Organbegriff in der Lehre einerseits für bestimmte Stellen verwendet wird, bei welchen gewisse Funktionen zusammenkommen, z.B. für den Verwaltungsrat, andererseits aber auch für die Funktionsträger, z.B. das

8 KUMPAN, S. 17.

9 Vgl. unten T. 1, Kap. 2, S. 8 ff.

10 Zur Verpflichtung des Stiftungsrats und der einzelnen Stiftungsratsmitglieder zur Wahrung der Stiftungsinteressen vgl. unten T. 2, Kap. 1, II., Treuepflicht, S. 40 f.

11 Der Fokus der vorliegenden Arbeit liegt dabei auf den *gewöhnlichen Stiftungen*. Allfällige Besonderheiten gesetzlicher Sonderformen, namentlich der Familienstiftungen, der kirchlichen Stiftungen und der Personalfürsorgestiftungen, werden nicht berücksichtigt. Zur Abgrenzung der Sonderstiftungen von den gewöhnlichen Stiftungen vgl. BK ZGB-RIEMER, ST vor Art. 80 ff. N 97 ff.

12 Vgl. BAUMANN LORANT, S. 83, m.w.N.; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 4; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 3; BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 5.

13 KUKO ZGB-JAKOB, a.a.O.; LANTER, S. 31, m.w.N.

14 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 29 ff.

> Verwaltungsratsmitglied. In diesem Sinne werden auch in der vorliegenden Arbeit sowohl der Stiftungsrat als auch die Stiftungsratsmitglieder als *Organe* der Stiftung betrachtet. Die Bezeichnung der Stiftungsratsmitglieder als Organe rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil diese die Stiftung entsprechend ihrer Zeichnungsberechtigung grundsätzlich auch selbständig vertreten können.[15] Zudem wird auch in Art. 54 und 55 ZGB der Organbegriff für die Personen verwendet, welche für die juristische Person „nach aussen handelnd auftreten".[16]

Der Entstehungsgrund des zu untersuchenden Interessenkonflikts liegt dabei charakteristischerweise darin, dass die Stiftungsratsmitglieder jeweils *mehrere Positionen* innehaben.[17] Einerseits haben sie Organstellung und sind deshalb zur Wahrung der Stiftungsinteressen verpflichtet. Andererseits sind sie zugleich natürliche oder juristische Personen[18] mit Eigeninteressen oder nehmen als solche Interessen eines Dritten wahr. Die Interessenkonflikte können somit immer einem bestimmten *Stiftungsratsmitglied zugeordnet* werden, weshalb man von Interessenkonflikten der Stiftungsratsmitglieder sprechen könnte.

Der Gegenstand dieser Arbeit ist indes breiter gefasst. Es werden nicht nur die Interessenkonflikte der Stiftungsratsmitglieder, sondern allgemeiner die *Implikationen eines derartigen Interessenkonflikts im Stiftungsrat* behandelt. Es wird mithin nicht nur analysiert, wann ein Interessenkonflikt eines Stiftungsratsmitglieds vorliegt, sondern auch, wie im Stiftungsrat damit umzugehen ist und welche Rechtsfolgen daraus erwachsen können, was sowohl sämtliche *Stiftungsratsmitglieder* (also auch solche, welche nicht aufgrund ihrer Doppelposition am Ursprung des Interessenkonflikts stehen) als auch den *Stiftungsrat* als solchen betrifft.

> So obliegen die allgemeinen *Pflichten* im Umgang mit Interessenkonflikten eines Stiftungsratsmitglieds nicht nur den einzelnen Stiftungsratsmitgliedern, sondern

15 Zur Vertretungsmacht der Mitglieder des Stiftungsrats vgl. unten T. 2, Kap. 4, II., S. 119 ff.

16 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 30.

17 KUMPAN, S. 27.

18 Zur Frage, ob auch juristische Personen Stiftungsratsmitglieder sein können, vgl. BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 5, m.w.N.; BAUMANN LORANT, S. 89.

auch dem Stiftungsrat als solchem.[19] Andererseits können auch den vom Interessenkonflikt nicht unmittelbar betroffenen Stiftungsratsmitgliedern Pflichten erwachsen; beispielsweise kann im Nachgang zu einer begangenen Pflichtverletzung einem anderen Mitglied die Pflicht erwachsen, einer durch das unmittelbar vom Interessenkonflikt betroffene Stiftungsratsmitglied begangenen Pflichtverletzung entgegenzuwirken.[20] Schliesslich knüpfen mit einem Rechtskonflikt verbundene *Rechtsfolgen* regelmässig an eine vom Stiftungsrat als Gremium ausgehende Handlung an; so können „unbehandelte" Interessenkonflikte namentlich zur Anfechtbarkeit von Stiftungsratsbeschlüssen führen.[21]

19 GRAF, N 689; JÖRG, S. 297; KAMMERER, S. 116; NIKITINE, S. 83 (alle zum Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft). Zur Unterscheidung zwischen Kollektiv- und Individualpflichten im Einzelnen vgl. GRAF, N 657 ff.; DRÖGE, S. 31 ff.

20 Vgl. GRAF, N 768 ff.

21 Vgl. in diesem Zusammenhang GRAF, N 658, 662, der namentlich den pflichtwidrigen Beschluss oder die pflichtwidrige Unterlassung der Beschlussfassung als Verletzung einer Kollektivpflicht qualifiziert.

# Kapitel 2: Elemente des Interessenkonflikts im Stiftungsrat

Wie bereits in Kapitel 1 festgehalten wurde, geht es in vorliegender Arbeit um den Konflikt der Stiftungsinteressen mit anderweitigen, von den Stiftungsratsmitgliedern wahrgenommenen Eigen- oder Drittinteressen. In diesem Kapitel wird der Gegenstand dieser Arbeit noch genauer eingegrenzt. Hierzu wird definiert, worin die *Stiftungsinteressen* bestehen (I.), was unter *Fremdinteressen* zu verstehen ist (II.), wann diese *konfliktrelevant* sind (III.) und wann ein *Konflikt* besteht (IV.).

## I. Stiftungsinteressen

In der Lehre und Rechtsprechung ist man sich darüber einig, dass die Stiftungsinteressen gewahrt werden müssen.[22] Was diese im Einzelnen *beinhalten*, wird indes nicht vertieft erörtert. Im Nachfolgenden werden die Ansätze aufgezeigt, welche in der Lehre zur Beantwortung der Frage bestehen, wie die Stiftungsinteressen zu bestimmen sind (1.). Alsdann wird definiert, worin die Stiftungsinteressen nach hier vertretener Auffassung bestehen bzw. woraus sie sich ableiten (2.).

### 1. Ansätze der Lehre zur Bestimmung der Stiftungsinteressen

BAUMANN LORANT führt aus, dass sich der Stiftungsrat bei der Wahrung der Stiftungsinteressen am *Zweck der Stiftung* zu orientieren habe.[23] Er verweist dabei auf FELLMANN, welcher unter der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR die Pflicht des Beauftragten[24] versteht, sein Verhalten dem Interesse des Auftraggebers zu unterstellen und ausführt, dass in ihrem Kern „alle Treuepflichten vom Beauftragten die Ausrichtung seines Handelns auf den nach dem Vertrauensprinzip zu berücksichtigenden Leistungszweck“ forderten; er habe „alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung […] zu

22 Vgl. zur Pflicht zur Wahrung der Stiftungsinteressen unten T. 2, Kap. 1, II., S. 40 f.

23 BAUMANN LORANT, S. 310.

24 Im Sinne einer besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit bei Personenbezeichnungen i.d.R. die männliche Form gewählt, auch wenn sich die Angabe auf Angehörige beider Geschlechter bezieht.

gewährleisten."[25] Die konkreten Verhaltenspflichten seien im Einzelfall durch Auslegung des Rechtsgeschäfts zu ermitteln.[26] Wendet man diese Ausführungen auf die Stiftung an, ergeben sich die Stiftungsinteressen aus dem Stiftungszweck (als Hauptleistung bzw. Leistungszweck), welcher auszulegen ist, um die konkreten Einzelpflichten zu eruieren.

LANTER und RIEMER definieren nicht explizit, was sie unter dem Stiftungsinteresse verstehen. Sie gehen aber beide davon aus, dass die Ausführung der *Anordnungen der Stiftungsurkunde* im Stiftungsinteresse liegt.[27]

JAKOB definiert als „*genuine Stiftungsinteressen*" diejenigen, welche auf das Wohl der Stiftung abzielen;[28] daneben unterscheidet er zwischen „*legitimen Interessen*", welche möglicherweise „das Wohl der Stiftung einbremsen wollen", aber aufgrund stiftungsrechtlicher oder externer Notwendigkeiten sachlich geboten sind, und „*stiftungsfremden Sonderinteressen*", welche auf privater oder sonstiger Motivation beruhen und „am Stiftungszweck vorbeizielen".[29] Neben dem Interesse an Zweckerfüllung und Zweckwahrung führt er eine Vielzahl von weiteren Interessen auf, welche für die Stiftung relevant sind.[30]

---

25 BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 23 f., m.w.N.

26 BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 27, m.w.N.

27 LANTER, S. 130: „Bei Stiftungen stellt sich häufig die Frage der Ungültigkeit gar nicht, da keine Interessenkollision vorliegt, so namentlich bei Rechtsgeschäften, die in blosser Erfüllung der Stiftungsurkunde getätigt werden."; m.V.a. BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 70, nach welchem bei Verfügungen aufgrund von Verpflichtungen des Stiftungsgeschäfts keine Interessenkollision vorliegt, weil es sich dabei um blosse Erfüllungsgeschäfte handle.

28 JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 388.

29 JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 387 f.

30 JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 388 ff.

## 2. Eigene Definition der Stiftungsinteressen

Die Stiftungsinteressen ergeben sich aus dem *Stiftungsstatut*.[31] Massgebend ist dabei primär der Stiftungszweck (2.1), wobei aus diesem weitere Interessen der Stiftung abgeleitet werden können (2.2). Ebenfalls relevant sind die weiteren statutarischen Vorgaben des Stifters (2.3).

### *2.1 Stiftungszweck als übergeordnetes Stiftungsinteresse*

Als „Herzstück" des objektivierten und erstarrten Willens des Stifters und damit auch der Stiftung bestimmt der im Stiftungsstatut festgehaltene Zweck die *Hauptaufgabe*[32] und Identität der Stiftung und die Leitlinie allen stiftungsrechtlichen Handelns.[33] Gleichzeitig legt der Zweck damit die vom Stiftungsrat zu wahrenden *übergeordneten Interessen* der Stiftung fest.[34] Das übergeordnete Stiftungsinteresse ist somit im Stiftungszweck enthalten.[35]

### *2.2 Aus dem Stiftungszweck abgeleitete Stiftungsinteressen*

Nachdem der Stiftungszweck das *übergeordnete* Stiftungsinteresse definiert, können aus diesem auch weitere Interessen der Stiftung abgeleitet werden.[36] Ist die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (bzw. eines „Zwischenziels" auf dem Weg zur Erfüllung des Stiftungszwecks) *unumgängliche Voraussetzung* zur Erreichung des Stiftungszwecks, liegt dieser Erfolg klarerweise ebenfalls im Stiftungsinteresse. Andere Erfolge sind zur Erreichung des

---

31 Der Begriff des *Stiftungsstatuts* wird in vorliegender Arbeit als Überbegriff verwendet, umfassend sowohl die *Stiftungsurkunde* als auch das *Stiftungsreglement*; vgl. SPRECHER, S. 87, der von demselben Begriffsverständnis ausgeht.

32 BK ZGB-RIEMER, Art. 80 N 37; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 80 N 12; BAUMANN LORANT, S. 2.

33 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 80 N 2; JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 49 ff.

34 Vgl. BAUMANN LORANT, S. 310.

35 Somit ist von einem objektiven Verständnis des Begriffs des Stiftungsinteresses auszugehen, welches kein entsprechendes subjektives Bewusstsein durch die Person, welcher das Interesse zuzuordnen ist, erfordert; vgl. KUMPAN, S. 15.

36 Zu einer strukturierten Auflistung von Interessengruppen vgl. JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 388 ff.

Stiftungszwecks nicht erforderlich, aber *dienlich*. Auch diese können im Stiftungsinteresse liegen.[37]

> Insbesondere hat die Stiftung i.d.R. – unter Vorbehalt der Besonderheiten der sog. „Verbrauchsstiftungen" – ein *Interesse an Bestand*:[38] Nur wenn die Stiftung nach ihrer Entstehung weiterbesteht, kann sie ihren Zweck verwirklichen. Das Interesse an Bestand wiederum erfordert, dass das *Stiftungsvermögen sicher und mit einer angemessenen Rendite angelegt* wird.
>
> Auch die Einhaltung des *objektiven Rechts* liegt i.d.R. im Stiftungsinteresse.[39] Bei der Nichterfüllung gewisser Normen droht eine Rechtslage, welche die *selbständige Zweckverfolgung* durch die Stiftung gefährdet (beispielsweise hat die Stiftung gemäss Art. 83d Abs. 2 ZGB eine zweckdienliche Organisation zu gewährleisten; andernfalls hat die Aufsichtsbehörde das Vermögen einer anderen Stiftung zuzuwenden). Selbst wenn die Zweckverfolgung bei Nichtbeachtung bestimmter Normen nicht verunmöglicht wird, liegt es im Interesse der Stiftung, dass diese eingehalten werden, wenn sie dem *Schutz der Stiftung* dienen (so beispielsweise die in Art. 84a ZGB vorgesehenen Massnahmen bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, welche neben dem Schutz der Destinatäre und Gläubiger auch dem Schutz der Stiftung dienen). Selbst die Einhaltung objektiver Normen, deren Sinn und Zweck nicht im Schutz der Stiftung liegen (beispielsweise Normen zum Schutz von Polizeigütern wie der Gesundheit), kann mittelbar dem Stiftungszweck dienen, indem Sanktionen oder sonstige *Rechtsnachteile* vermieden werden.

---

37 Ob der Erreichung des Stiftungszwecks dienliche Erfolge im Stiftungsinteresse liegen, ist vom Stiftungsrat und dessen Mitgliedern im Einzelfall unter Befolgung der Grundsätze der ordnungsgemässen Ermessensausübung zu eruieren; vgl. zur Pflicht zur ordnungsgemässen Ermessensausübung unten T. 2, Kap. 1, I., S. 39.

38 JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 389 f.

39 Vgl. HANDSCHIN, S. 175, m.w.N., nach dessen Ansicht der Gesellschaftszweck und die Rechtsordnung das Gesellschaftsinteresse definieren.

### *2.3 Weitere statutarische Vorgaben des Stifters als Stiftungsinteressen*

Auch die Vorgaben des Stifters im Stiftungsstatut, welche *nicht dem Stiftungszweck zuzuordnen* sind, werden mit der Errichtung der Stiftung als Teil des Stifterwillens zu einem Bestandteil derselben.[40] Auch sie sind als Bestandteil des objektivierten und erstarrten Stifterwillens für den Stiftungsrat und dessen Mitglieder grundsätzlich *verbindlich* und vor Verwaltungsbehörden und Gerichten *erzwingbar*.[41] Auch die weiteren statutarischen Vorgaben bilden daher für den Stiftungsrat verbindliche Leitlinien und definieren dadurch das Stiftungsinteresse. Die Stiftungsratsmitglieder haben daher bei der Ermittlung des Stiftungsinteresses jeweils im Einzelfall zu eruieren, ob in Bezug auf den konkret anstehenden Entscheid neben dem Stiftungszweck weitere Anordnungen im Stiftungsstatut das Stiftungsinteresse definieren.

Steht eine Vorgabe dabei in Bezug auf einen konkret anstehenden Entscheid *zum Stiftungszweck im Widerspruch*, ist durch Auslegung dieser Vorgabe nach dem *Willensprinzip* zu ermitteln, ob eine Verfolgung derselben trotz des Widerspruchs dem Stifterwillen entspricht.[42] Ist dies zu bejahen, so bildet die Anordnung einen verbindlichen Teil des für den Stiftungsrat und dessen Mitglieder massgeblichen Stiftungsinteresses. Da der Stifter die Stiftung nach dem Grundsatz der Stifterfreiheit bei ihrer Errichtung grundsätzlich nach seinem eigenen Willen ausgestalten darf,[43] muss es dem Stifter auch vorbehalten sein, im Rahmen des zwingenden Rechts Anordnungen zu treffen, die andere Aspekte als den Stiftungszweck berücksichtigen, ohne damit rechnen zu müssen, dass diese mit der Begründung nicht verfolgt werden, sie dienten nicht optimal

---

40 Vgl. JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 60, der festhält, dass Stifterwille und Stiftungszweck gemeinsam das Gesamtbild Stiftung ergeben.

41 Nach unbestrittener Rechtsprechung zu Art. 84 Abs. 2 ZGB „sind die Aufsichtsbehörden zum Eingreifen befugt und verpflichtet, wenn die Organe der Stiftung eine Verfügung treffen, die der *Stiftungsurkunde oder dem Reglement* […] widerspricht."; BGE 106 II 269 (Hervorhebungen hinzugefügt). Vgl. auch BK ZGB-RIEMER, ST vor Art. 80 ff. N 56; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 9; zum Vollzug des Stifterwillens insb. KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 7, m.w.N. und JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 59, 204, m.w.N. Vgl. zur Willenstheorie in diesem Zusammenhang insbesondere JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 132, m.V.a. BGE 93 II 444.

42 Zur Auslegung des Stiftungsgeschäfts nach dem Willensprinzip vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 17 N 14; JAKOB/VON SCHNURBEIN/STUDEN, S. 68 f.; BGE 93 II 444; BGer 5A_232/2010 vom 16. September 2010, E. 3.1.1.

43 BK ZGB-RIEMER, ST vor Art. 80 ff. N 55.

dem Stiftungszweck. Im Widerspruch zum Stiftungszweck stehende Vorgaben des Stifters können somit *ebenfalls Teile des Stiftungsinteresses* bilden.[44]

Die *Grenze* der Verbindlichkeit solcher im Widerspruch zum Stiftungszweck stehenden Vorgaben des Stifters im Stiftungsstatut liegt dort, wo deren Befolgung eine *Verfolgung des Stiftungszwecks verunmöglicht oder in unverhältnismässigem Ausmass beeinträchtigt*. Solche Anordnungen können[45] m.E. nicht mehr dem Stiftungsinteresse zugeordnet werden, selbst wenn der *Widerspruch zum Stiftungszweck vom Stifter gewollt* war. Um die Zweckerreichung nicht zu verunmöglichen oder unverhältnismässig zu erschweren, muss diesfalls der *Stiftungszweck vorgehen*[46] und allein das massgebende Stiftungsinteresse bilden, worin sich auch die Tatsache äussert, dass der Stiftungszweck eben die übergeordneten Interessen der Stiftung festlegt.[47]

> Nicht vom Stifter, sondern *vom Stiftungsrat festgelegte Anordnungen* in Stiftungsreglementen oder Richtlinien können das durch die Vorgaben des Stifters im Stiftungsstatut definierte Stiftungsinteresse lediglich – aber

---

44 Ähnlich OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 49, welche im Zusammenhang mit der Vermögensanlage festhalten: „Im Ausgangspunkt sollte der Stifter durchaus das Recht haben, eine individuelle, und damit ggf. *weniger optimierte Vermögensstruktur* zu etablieren. Wieder lässt sich dies zunächst aus dem Gedanken begründen, dass der Stifter auf eine Stiftung und damit jegliche Zweckrealisierung auch ganz hätte verzichten können. Dogmatisch leistet der Grundsatz der *Stifterautonomie* weitere Unterstützung. Aber auch rechtspolitisch muss die Frage gestellt werden, ob es einen besonderen Anreiz zum Stiften setzt, wenn der Stifter damit rechnen muss, dass keine seiner vermögensrelevanten Vorgaben vor einem *objektivierten Optimierungszwang* Bestand haben kann. Muss der Stifter, überspitzt formuliert, damit rechnen, dass selbst sein Bildnis in der Eingangshalle des Stiftungsgebäudes verkauft wird, um den Erlös nach Portfoliogesichtspunkten anzulegen, wird er von seinem Stiftungsprojekt vielleicht lieber Abstand nehmen." (Hervorhebungen hinzugefügt). Vgl. auch BK ZGB-RIEMER, ST vor Art. 80 ff. N 43, der atypische Erscheinungen nicht als begriffswidrig, sondern zulässig betrachtet.

45 Vgl. BAUMANN LORANT, S. 310.

46 Vgl. auch hier OGK BGB-JAKOB/PICHT, a.a.O.: „Das «Recht zur Unvernunft» muss indes deutliche Grenzen haben. Der Stifter darf bestimmte Modalitäten der Vermögensverwaltung dann nicht anordnen, wenn in der Konsequenz eine nachhaltige *Zweckrealisierung gar nicht mehr möglich* ist oder der *Grad der Zweckerreichung völlig außer Verhältnis* zum Vermögen der Stiftung und dessen potentiellen Erträgen bei optimierter Verwaltung stünde. Dogmatisch wird in solchen Fällen die Stifterautonomie von der Stiftungsautonomie überlagert […]." (Hervorhebungen hinzugefügt).

47 Vgl. BAUMANN LORANT, S. 310.

immerhin – *konkretisieren*. Voraussetzung ist, dass dem Stiftungsrat hierzu eine ausreichende Kompetenz durch den Stifter in der Stiftungsurkunde eingeräumt wurde, diese nicht überschritten wird und die Anordnung nicht im Widerspruch zum Stiftungszweck oder anderen Vorgaben des Stifters im Stiftungsstatut steht. Sobald ein derartiger Widerspruch besteht, ist die entsprechende Anordnung unverbindlich und bildet nicht mehr Bestandteil des Stiftungsinteresses.

## II. Fremdinteressen

Fremdinteressen sind nach dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis alle diejenigen Vorteile oder Ziele, welche einer *anderen Person als der Stiftung* zugeordnet werden können. Darunter fallen einerseits die *Eigeninteressen* eines Stiftungsratsmitglieds, andererseits die (zumindest primär) einem Dritten zuzuordnenden *Drittinteressen*.[48]

Dabei ist es nicht möglich, dass die Stiftungsinteressen mit vermeintlichen *Interessen des Stiftungsrats* in Konflikt treten, da solche nicht existieren. Als Organ – und damit nach dem Rechtsverständnis des Bundesgerichts und der h.L als Bestandteil der Stiftung –[49] verkörpert der Stiftungsrat als solcher allein die *Interessen der Stiftung*. Es geht somit nur um den Konflikt der Stiftungs-

48 Vgl. HANDSCHIN, S. 171, SOMMER, S. 85, und TSCHÄNI/DIEM, S. 78, welche ebenfalls zwischen Eigen- und Drittinteressen unterscheiden.

49 BGE 112 II 190, wonach gemäss dem „Organbegriff des schweizerischen Rechts […] die Organe Teil der juristischen Person selbst sind und ihr Handeln deshalb nicht als Handeln für eine andere Person aufzufassen ist […].“; BGE 44 II 138: „Das Organ der juristischen Person ist dieser gegenüber nicht ein «Dritter», der kraft Rechtsgeschäfts zu ihrer Vertretung bestellt würde, sondern ein Bestandteil der juristischen Person selbst.“; BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 6, m.w.N.; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 55 N 1, der das Organ als „Organisationseinheit einer juristischen Person“ definiert; vgl. auch DRÖGE, S. 32, wonach auch gemäss herrschender deutscher Lehre Organe als „unselbständige Gliederungen innerhalb eines Organisationsgefüges“ gelten. Vgl. zum Organbegriff zudem oben S. 5 f.

mit denjenigen Interessen, welche den Stiftungsratsmitgliedern persönlich zuzuordnen sind.

Sollte eine *juristische Person* ein Stiftungsratsmandat innehaben,[50] wäre zur Prüfung vorhandener Fremdinteressen einerseits zu eruieren, ob Privatinteressen der natürlichen Person, welche als Organ funktioniert, vorhanden sind, und andererseits, ob Interessen der juristischen Person, also des eigentlichen Stiftungsratsmitglieds, involviert sind. Letztere würden primär durch den Zweck der juristischen Person definiert.[51]

## III. Konfliktrelevanz der Fremdinteressen

Nicht alle Fremdinteressen müssen zu einem Interessenkonflikt führen. Damit die Fremdinteressen konfliktrelevant sind, müssen diese *an sich geeignet* sein, das *Entscheidverhalten eines Stiftungsratsmitglieds zu beeinflussen*. Hierzu müssen die Fremdinteressen an sich von gewisser Bedeutung bzw. Tragweite sein.[52] Diese Bedeutung muss sich alsdann auf das Stiftungsratsmitglied beziehen, d.h. die Fremdinteressen, insbesondere auch die Drittinteressen, müssen für das Stiftungsratsmitglied bedeutsam sein.

Während die Eigeninteressen begriffsimmanent einem Stiftungsratsmitglied zuzuordnen sind, muss bei den *Drittinteressen* zusätzlich eine *besondere Bindung* zwischen dem Dritten und dem Stiftungsratsmitglied vorliegen, damit diese geeignet sind, mittelbar auch das Entscheidverhalten des entsprechenden Stiftungsratsmit-

50 Zur Frage, ob auch juristische Personen Stiftungsratsmitglieder sein können, vgl. BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 5, m.w.N.; BAUMANN LORANT, S. 89.

51 Zur Bestimmung der Stiftungsinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I., S. 8 ff.

52 Vgl. TSCHÄNI/DIEM, S. 78, m.w.N., welche eine „gewisse Intensität" des Interessenkonflikts fordern, damit dieser rechtsrelevant ist und damit einhergehend verlangen, dass das betreffende Organ „unter Druck steht, dem Sonderinteresse den Vorrang einzuräumen"; vgl. auch SOMMER, S. 92, welche den „Interessendruck" als Parameter versteht, welcher darüber Auskunft gibt, mit welcher Stärke ein Interesse auf das Organ einwirkt. Zur Intensität des Interessenkonflikts vgl. unten T. 1, Kap. 3, I., S. 30 ff.

> glieds zu beeinflussen.[53] Letztendlich ist aber auch für die Beurteilung der Konfliktrelevanz von Drittinteressen dieselbe Frage zu stellen wie bei den Eigeninteressen, nämlich ob diese an sich geeignet sind, das Entscheidverhalten des Stiftungsratsmitglieds zu be-einflussen.

Ob Fremdinteressen geeignet sind, das Entscheidverhalten eines Stiftungsratsmitglieds zu beeinflussen, ist anhand der Umstände des *Einzelfalls* zu beurteilen.[54] Indes kann bei dieser Beurteilung die nachfolgende Einteilung in wirtschaftliche (1.), rechtliche (2.) und anderweitige Interessen (3.) hilfreich sein. Oft sind dabei mehrere der aufzuzeigenden *Interessengruppen* gleichzeitig betroffen.

## 1. Interessen wirtschaftlicher Natur

Von der Konfliktrelevanz bestimmter Fremdinteressen ist immer dann auszugehen, wenn deren Verfolgung *bedeutende wirtschaftliche Auswirkungen* für das Stiftungsratsmitglied bzw. auf dessen Vermögensstand mit sich bringen kann.[55] Dabei kann sowohl die Verfolgung von Eigen- als auch von Drittinteressen bedeutende wirtschaftliche Auswirkungen auf das Vermögen eines Stiftungsratsmitglieds haben. In letzterer Konstellation sind die Eigeninteressen mittelbar ebenfalls betroffen.

> Beispiel 1: Die Stiftung X verkauft eine Liegenschaft an ein Stiftungsratsmitglied Y. Aus Sicht der Stiftung

---

53 Vgl. zum Erfordernis der Zurechnung auch DRUEY, S. 64 ff.; vgl. auch die Unterscheidung des Bundesgerichts zwischen direkten und indirekten Interessenkollisionen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vertretung einer nach altem Recht entmündigten Person. Von einer direkten Interessenkollision ging es aus, „wenn die Interessen des Unmündigen denjenigen des gesetzlichen Vertreters unmittelbar widersprechen"; unter die indirekte Interessenkollision subsumierte es die Sachverhalte, bei denen „der Unmündige in Geschäftsbeziehungen mit einem Dritten tritt oder steht, dem der gesetzliche Vertreter derart eng verbunden ist, dass die erforderliche Objektivität bei der Wahrung der Kindesinteressen als beeinträchtigt erscheint"; BGer 5A_743/2009 vom 4. März 2010, E. 2.2.

54 Ebenso TSCHÄNI/DIEM, S. 81, bezugnehmend auf die Eigeninteressen.

55 Ebenso TSCHÄNI/DIEM, S. 79, 81; vgl. auch SOMMER, S. 92, welche davon ausgeht, dass mit der wirtschaftlichen Betroffenheit auch der Interessendruck steigt.

bestünde das Eigeninteresse des Y grundsätzlich darin, einen möglichst tiefen Kaufpreis zu vereinbaren. Diese Fremdinteressen sind konfliktrelevant, da sie bedeutende wirtschaftliche Auswirkungen auf den Vermögensstand des Y mit sich bringen können.

Beispiel 2: Die Stiftung X verkauft eine Liegenschaft an ein Unternehmen Z. Y ist an Z in erheblichem Umfang beteiligt. Wird die Liegenschaft zu einem vorteilhaften Preis an Z verkauft, dient dies primär den Drittinteressen des Unternehmens Z. Da Y aber an Z beteiligt ist, kann sich ein derartiges Geschäft auch auf die Vermögensinteressen des Y und damit mittelbar auch auf dessen Eigeninteressen auswirken. Auch diese Fremdinteressen sind somit konfliktrelevant.

## 2. Interessen rechtlicher Natur

*Drittinteressen* sind jeweils dann konfliktrelevant, wenn einem Stiftungsratsmitglied eine *rechtliche Pflicht* zur Wahrung derselben zukommt, deren Verletzung erhebliche Rechtsnachteile (insbesondere eine persönliche Haftung) mit sich bringen könnte.[56] Durch die drohenden Rechtsnachteile sind mittelbar auch die Eigeninteressen des Stiftungsratsmitglieds betroffen.

Beispiel: Die Stiftung X verkauft eine Liegenschaft an die Aktiengesellschaft Z. Y ist sowohl Stiftungsratsmitglied bei X als auch Verwaltungsratsmitglied bei Z. Aus Sicht der Stiftung bestünde das Drittinteresse der Z grundsätzlich darin, einen möglichst tiefen Kaufpreis zu vereinbaren. Y wäre aufgrund seiner Organstellung zur Wahrnehmung dieses Interesses verpflichtet, weshalb es konfliktrelevant ist.

56 TSCHÄNI/DIEM, S. 78 f.; SOMMER, S. 92; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 641.

## 3. Anderweitige Interessen

Das Stiftungsratsmitglied kann auch aus *anderweitigen Gründen* in seinem Entscheidverhalten durch Fremdinteressen beeinflusst werden, deren Verfolgung weder wirtschaftliche noch rechtliche Auswirkungen auf das Stiftungsratsmitglied hat. Im Vordergrund stehen *soziale oder psychologische Motive*, welche dazu führen können, dass sich ein Stiftungsratsmitglied den Interessen eines Dritten verpflichtet fühlt. In Abgrenzung zu den wirtschaftlichen und den rechtlichen Interessen kann auch von *ideellen Interessen* gesprochen werden.[57]

Bei *Drittinteressen*, welche keine wirtschaftlichen oder rechtlichen Auswirkungen auf das Stiftungsratsmitglied selbst haben, kann sich das Mitglied insbesondere aufgrund eines *besonderen Näheverhältnisses* (wie beispielsweise Verwandtschaft) zu einem Dritten den Interessen desselben verpflichtet fühlen oder hierzu zumindest geneigt erscheinen.[58] Ob dies zutrifft und eine Beeinflussung des Entscheidverhaltens somit wahrscheinlich ist, hängt von der tatsächlich gelebten Beziehung des Stiftungsratsmitglieds zum Dritten ab.[59]

Im Sinne einer *Orientierungshilfe* zur Beantwortung der Frage, wann eine relevante Bindung vorliegt, kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 48i BVV 2 herbeigezogen werden.[60] Nach Abs. 2 dieser Bestimmung gelten insbesondere der Ehegatte oder die Ehegattin, der eingetragene Partner oder

---

57 Vgl. SOMMER, S. 92. Vgl. auch TSCHÄNI/DIEM, S. 81, welche die wirtschaftlichen von den *ideellen* Interessen unterscheiden.

58 Vgl. auch SCHOTT, S. 83 f., der die Gefahr bei Geschäften eines Vertreters, dem Ehegatten oder nahen Verwandten in eigenen wirtschaftlichen Interessen oder in der Familientreue begründet sieht.

59 TSCHÄNI/DIEM, S. 80. Vgl. auch SOMMER, a.a.O., welche die wirtschaftliche Betroffenheit und die Pflichtenkollision vom Vorliegen psychologischer Motive an der Verfolgung von Eigen- und Drittinteressenunterscheidet.

60 Das Bundesgericht sah es bei der Beurteilung der Pflicht, das Kapital der Stiftung nach den Grundsätzen der Sicherheit, Rentabilität, Liquidität, Risikoverteilung und Substanzerhaltung anzulegen, als mit dem Bundesrecht vereinbar an, hierbei die Art. 49 ff. BVV 2, welche an sich nur für Personalvorsorgestiftungen gelten, auch als *Orientierungshilfe für alle Stiftungen* beizuziehen, da sich bei beiden Stiftungsarten vergleichbare Probleme im Zusammenhang mit der Sicherheit von Kapitalanlagen stellten und dadurch eine objektivere Beurteilung ermöglicht werde; BGE 124 III 99; BGE 108 II 352. Diese Integritäts- und Loyalitätsbestimmungen für Vorsorgeeinrichtungen werden in der Praxis anscheinend auch von einigen Stiftungsaufsichtsbehörden als „informeller Vergleichsmassstab" herbeigezogen; ZÖBELI/NEUBERT, S. 3.

die eingetragene Partnerin, der Lebenspartner oder die Lebenspartnerin und Verwandte bis zum zweiten Grad sowie juristische Personen, an denen eine wirtschaftliche Berechtigung besteht, als nahestehende Personen, bei welchen die Regeln des Abs. 1 einzuhalten sind (bei bedeutenden Rechtsgeschäften mit denselben müssen gemäss Abs. 1 Konkurrenzofferten eingefordert werden und bei der Vergabe muss vollständige Transparenz herrschen). Nach der allgemeinen Lebenserfahrung kann davon ausgegangen werden, dass das Stiftungsratsmitglied zur Wahrnehmung der Drittinteressen dieser Personen zumindest geneigt erscheint, so dass das Stiftungsratsmitglied in seinem Entscheidverhalten beeinflusst sein könnte.[61] Demnach sind die *Drittinteressen der in Art. 48i BVV 2 genannten Personen grundsätzlich konfliktrelevant*.

> Beispiel: Die Stiftung X verkauft eine Liegenschaft an Z. Z ist der Bruder des Stiftungsratsmitglieds Y. Grundsätzlich besteht ein Drittinteresse des Z an einem möglichst tiefen Kaufpreis. Aufgrund der Verwandtschaft ist grundsätzlich auch von der mittelbaren Betroffenheit der ideellen Eigeninteressen des Y auszugehen, weshalb das primär Y zuzuordnende Interesse an einem tiefen Kaufpreis auch für Z konfliktrelevant ist.

## IV. Konflikt der Interessen

An sich konfliktrelevante Fremdinteressen stehen (erst) dann in einem Konflikt mit den Stiftungsinteressen, wenn sie zu denselben in Bezug auf einen anstehenden *Entscheid* (1.) in einem gewissen *Widerspruch* stehen (2.). Diese beiden Elemente werden nachfolgend näher betrachtet.

### 1. Entscheidsituation

61 Insbesondere familienrechtlich mit einem Stiftungsratsmitglied verbundene Dritte werden regelmässig eine Bindung sozialer oder psychologischer Natur zu demselben haben (z.B. Gefühl der Verbundenheit, Solidarität). Darüber hinaus können aber auch Verbindungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur vorhanden sein (z.B. Treue- und Beistandspflicht der Ehegatten, vgl. Art. 159 Abs. 3 ZGB; erb- und güterrechtliche Ansprüche, vgl. nur Art. 215 Abs. 1 ZGB).

Der Interessenkonflikt knüpft jeweils an eine *Entscheidsituation* an.[62] Dabei kann der Konflikt sowohl bei (informellen) Entscheiden einzelner oder mehrerer *Stiftungsratsmitglieder*, aber auch bei der (formellen) Beschlussfassung des *Stiftungsrats* auftreten.[63]

> Beispiele: Ein Stiftungsratsmitglied entscheidet in seinem Zuständigkeitsbereich informell (d.h. ohne Beschluss), mit wem er ein bestimmtes Rechtsgeschäft abschliesst; mehrere Stiftungsratsmitglieder entscheiden gemeinsam informell, über eine Angelegenheit gar nicht erst Beschluss zu fassen. In solchen Entscheiden kann sich ein Konflikt der Interessen äussern.
>
> Je nach *Entscheidsituation* sind dabei vom Stiftungsrat und dessen Mitglieder *unterschiedliche Regeln* zu beachten. Geht es um die Beschlussfassung, sind insbesondere die Ausstandsregeln des Art. 68 ZGB zu beachten.[64] Soll ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Insichgeschäften und zum Entfall der Vertretungsmacht von besonderer Relevanz.[65] Bei sämtlichen konfliktbehafteten Entscheiden sind die allgemeinen Pflichten der Stiftungsratsmitglieder zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt massgebend.[66]

## 2. Widerspruch der Interessen

---

62 KUMPAN, S. 28; COLEMAN, S. 1 f. In dieser Entscheidsituation äussert sich der Widerspruch der Interessen; vgl. zum Widerspruch sogleich unten S. 211 ff.

63 Zur Abgrenzung des *(informellen) Entscheids* vom Beschluss vgl. unten T. 2, Kap. 3, I. 1. 1.2, S. 71 f.

64 Zu den bei der konfliktbehafteten Beschlussfassung zu beachtenden Regeln vgl. unten T. 2, Kap. 3, S. 68 ff.; zu den Ausstandsregeln im Besonderen S. 83 ff.

65 Vgl. zu den beim Abschluss konfliktbehafteter Rechtsgeschäfte zu beachtenden Regeln unten T. 2, Kap. 4, S. 115 ff.

66 Vgl. zu den bei sämtlichen konfliktbehafteten Entscheiden zu beachtenden allgemeinen Regeln unten T. 2, Kap. 1, S. 38 ff.

Damit ein Konflikt zwischen den (konfliktrelevanten) Fremdinteressen und den Stiftungsinteressen besteht, muss zwischen diesen ein *Widerspruch von einer gewissen Erheblichkeit* vorliegen.[67] Zur Eingrenzung des konfliktrelevanten Widerspruchs in diesem Sinn soll versucht werden, auf die in der Lehre oft erwähnte *Interessenrichtung*[68] abzustellen. Demnach können neben der Konstellation, in welcher die Fremdinteressen für den anstehenden Entscheid überhaupt nicht relevant sind (1.1), die Gleichrichtung der Interessen (1.2), das diametrale Entgegenstehen der Interessen (1.3), und die Fälle dazwischen (1.4) unterschieden werden.

### *2.1 Interessenneutralität*

Kein Interessenkonflikt liegt vor, wenn die *Fremdinteressen* in Bezug auf den anstehenden Entscheid *nicht relevant* sind; in Übereinstimmung mit SOMMER kann von „Interessenneutralität" gesprochen werden.[69] Diesfalls sind bezüglich des konkreten Sachverhalts überhaupt keine Fremdinteressen involviert, weshalb auch kein Konflikt derselben mit den Stiftungsinteressen vorliegt.

> Beispiel: Ist X als Privatperson daran interessiert, eine Liegenschaft im Tessin zu kaufen, während X zu gleicher Zeit als Stiftungsratsmitglied mit dem Verkauf einer Liegenschaft in Zürich der Stiftung Y befasst ist, besteht diesbezüglich Interessenneutralität.[70]

### *2.2 Gleichrichtung der Interessen*

---

67 Vgl. VON DER CRONE, S. 2, der darauf hinweist, dass nicht jeder Widerspruch zwischen verschiedenen Interessen ein Interessenkonflikt sei.

68 Ebenso könnte man, anstatt von der *Richtung*, von der *Nähe* oder der *Ähnlichkeit* der Interessen sprechen; vgl. STEININGER, S. 26: „Die Gefahr eines […] Interessenkonflikts ist […] umso kleiner, je mehr die Interessen *einander gleichen*." (Hervorhebungen hinzugefügt).

69 SOMMER, S. 86 f. Vgl. auch OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 71, welche ausführen, dass ein Interessengegensatz dann hinzunehmen sei, wenn sich die „Überschneidung schlicht nicht im *konkret entscheidungserheblichen Bereich* bewegt."

70 Anlehnung an das Beispiel in SOMMER, S. 87.

Wie SCHOTT zutreffend ausführt, spielt im Recht „der Interessenkonflikt dann eine Rolle, wenn der Handelnde einen anderen, zu dessen Interessenwahrung er verpflichtet ist, benachteiligt, indem er eigene Interessen oder Interessen eines anderen (Drittinteressen) in den Vordergrund stellt."[71] Im Umkehrschluss sind diejenigen Situationen nicht von Interesse, in denen eine derartige *Benachteiligung bzw. Bevorzugung gar nicht möglich* ist.

Geht mit der *Verfolgung der Fremdinteressen* in Bezug auf den anstehenden Entscheid jeweils *gleichzeitig auch eine Begünstigung der Stiftungsinteressen* einher, können fremde Interessen zulasten derjenigen der Stiftung auch nicht bevorzugt werden. Es besteht keine von der Involvierung der Fremdinteressen ausgehende Gefahr der Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen, weshalb die genannten Interessen auch nicht in Konflikt bzw. Widerspruch zueinander stehen. Eine in diesem Sinn verstandene Gleichrichtung der Interessen schliesst somit das Vorliegen eines Interessenkonflikts aus.

Es ist somit davon auszugehen, dass kein Interessenkonflikt vorliegt, wenn die bei einem Entscheid involvierten Interessen in dem Sinne übereinstimmen, als mit der Verfolgung der einen jeweils auch eine *Begünstigung der anderen Interessen einhergeht.*[72] JAKOB/PICHT nennen diese Konstellation „Interessengleichklang", während SOMMER die Bezeichnung „Interessenharmonie" verwendet; wobei allesamt diesfalls das Bestehen eines Interessenkonflikts verneinen.[73]

> Beispiel: Die Stiftung X bezweckt die Unterstützung der Forschung im Industriesektor. Hierzu unterstützt sie ein konkretes Projekt, bei welchem eine Plattform für Wissenschafter aufgebaut wird. Bei der Umsetzung dieses Projekts arbeitet auch das Stiftungsratsmitglied Y der Stiftung X mit, welches ebenfalls wissenschaftlich tätig ist und als solches auch ein Eigeninteresse am Aufbau dieser Plattform hat. Das vom Stiftungszweck erfasste

71 SCHOTT, S. 44, m.w.N.

72 SOMMER, S. 87.

73 OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 71; SOMMER, S. 87; vgl. auch HANDSCHIN, S. 171, 175, der von „gleichgerichteten Interessen" und „*Interessenidentität*" spricht; BAUMANN LORANT, S. 311 f., der zumindest in eine ähnliche Richtung zu gehen scheint, indem er nur dann vom Vorliegen eines Interessenkonflikts ausgeht, wenn ein Ermessensspielraum besteht.

> Interesse der Stiftung und das Eigeninteresse des X am Aufbau der Plattform an sich sind gleichgerichtet.

### *2.3 Diametrales Entgegenstehen der Interessen*

Einig scheint sich die Lehre darüber, dass bei „diametralem Entgegenstehen" der Interessen ein Interessenkonflikt besteht. BÖCKLI spricht von einem „echten Interessengegensatz" als Anwendungsfall des Interessenkonflikts, wenn die Verfolgung des einen Interesses „reziprok" die anderen Interessen schädigt.[74] WHERLOCK/VON DER CRONE stimmen dem zu, indem sie im Falle eines ebensolchen „reziproken" bzw. *„diametralen" Auseinanderfallens der Interessen* „klarerweise" von einem Interessenkonflikt ausgehen.[75] Auch SOMMER nennt den „diametralen Interessengegensatz" als Anwendungsfall eines Interessenkonflikts, bei dem sich die zu wahrenden Interessen „zu 180 Grad" widersprechen und welcher bei jedem Geschäft gegeben sei, das die Gesellschaft mit einem Verwaltungsratsmitglied als Marktgegenseite abschliesst.[76] JAKOB/PICHT gehen in eine ähnliche Richtung, indem sie von einem „echten" Interessenkonflikt ausgehen, wenn sich die Belange der Stiftung und anderweitige *Interessen „unvereinbar gegenüber stehen*".[77]

> Fraglich ist, ob die Begriffe des „*diametralen Auseinanderfallens*" (BÖCKLI, WHERLOCK/VON DER CRONE und SOMMER)[78] und der „*Unvereinbarkeit*" (JAKOB/PICHT)[79] der Interessen übereinstimmend verstanden werden. Namentlich bei einem synallagmatischen Vertrag (z.B. Kaufvertrag), bei dem an sich diametral auseinanderfallende Interessen involviert sind, lassen sich diese Interessen sehr wohl miteinander „vereinbaren", da es den synallagmatischen Vertrag gerade charakterisiert, dass

74 BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 639. Vgl. auch FORSTMOSER, S. 16, welcher den Konflikt dann als „offenkundig" betrachtet, wenn ein in mehreren Gesellschaften tätiges Organ Rechtsgeschäfte zwischen diesen Gesellschaften abschliesst, so dass die vorteilhaften Bedingungen für die eine Gesellschaft meist nachteilig für die anderen sind.

75 WHERLOCK/VON DER CRONE, S. 546.

76 SOMMER, S. 91.

77 OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 71.

78 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, WHERLOCK/VON DER CRONE und SOMMER, alle a.a.O.

79 Vgl. OGK BGB-JAKOB/PICHT, a.a.O.

zwar entgegengesetzte Interessen verfolgt werden, diese sich aber ergänzen bzw. miteinander interagieren, indem ein Preis ausgehandelt wird, mit dem beide Seiten einverstanden sind.[80] Da der „echte Interessenkonflikt" indes von JAKOB/PICHT als Begriffsgegenstück zum „*Interessengleichklang*" verwendet wird, wird der von ihnen verwendete Begriff der „Unvereinbarkeit" der Interessen wohl dahingehend zu verstehen sein, dass die Verfolgung des einen Interesses zu einer weniger optimierten Verfolgung des anderen Interesses führt, womit das Verständnis eines Konfliktes mit demjenigen von BÖCKLI, WHERLOCK/VON DER CRONE und SOMMER übereinstimmte.

Von einem diametralen Entgegenstehen der Interessen kann dann gesprochen werden, wenn *mit einer Begünstigung der Fremdinteressen eine weniger optimierte Verfolgung der Stiftungsinteressen einhergeht* und umgekehrt, eine „Beschneidung" der einen oder anderen Interessen also unumgänglich ist. Stehen sich die Stiftungs- und die (konfliktrelevanten) Fremdinteressen diametral entgegen, besteht nach hier vertretener Auffassung *immer ein Interessenkonflikt*, da ein grösserer Widerspruch zwischen den Interessen gar nicht bestehen kann.

Beispiel: Die Stiftung X verkauft Y, welches Mitglied des Stiftungsrats der X ist, Bilder. Y hat ein Eigeninteresse an einem möglichst tiefen Kaufpreis, welches dem Interesse der Stiftung an einem möglichst hohen Kaufpreis diametral entgegensteht.[81]

### *2.4 Fälle dazwischen (weder Gleichrichtung noch diametrales Auseinanderfallen der Interessen)*

80 Vgl. hierzu STEININGER, S. 23 f., der bei einem Kaufvertrag davon ausgeht, dass die Interessen der Parteien „gegenläufig verlaufen" aber „trotzdem miteinander interagieren", wobei dies einen „offensichtlichen" Interessenkonflikt darstelle.

81 Die Interessen stehen einander diametral entgegen, da „jeder Franken Preisunterschied entweder für die Gesellschaft oder für das Verwaltungsratsmitglied einen zusätzlichen Nutzen oder Schaden" bedeutet; SOMMER, S. 91.

Im Bereich zwischen den beiden Extremen des diametralen Auseinanderfallens und der Gleichrichtung der Interessen fallen die Terminologie und die Ansichten der Lehre, wann noch von einem Interessenkonflikt auszugehen ist, sehr unterschiedlich aus. So sprechen JAKOB/PICHT nicht mehr von Interessenkonflikten, sondern von „*Interessenüberschneidungen*“, wenn die Divergenz der Interessen entweder geringfügig ist oder zu einem (insbesondere für die Stiftung) förderlichen Ausgleich gebracht werden kann.[82] WHERLOCK/VON DER CRONE unterscheiden zwischen Interessenkonflikten und *Interessenberührungen* und umschreiben Letztere negativ, indem sie diese von den Interessenkonflikten unterscheiden, bei welchen sich die Interessen diametral entgegenstehen; lediglich eine Berührung der Interessen soll demnach vorliegen, wenn „dem potenziellen Vorteil des Verwaltungsrats bei Verfolgung der Eigeninteressen keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen reziprok gegenübersteht“.[83] BÖCKLI unterscheidet ebenfalls zwischen Interessenkonflikt und Interessenberührung; eine blosse Interessenberührung, Trübung des Urteilsvermögens oder „Befangenheit“ soll – im Gegensatz zum intensiven Interessenkonflikt – insbesondere dem diametralen Interessengegensatz – nicht zum Stimmrechtsausschluss führen, aber zur Offenlegung desselben verpflichten.[84] SOMMER unterscheidet unter dem Aspekt der Kollisionsrichtung in Übereinstimmung mit BÖCKLI zwischen dem diametralen Interessengegensatz und der blossen Berührung divergierender Interessen.[85] Beide betrachten die Interessenberührung als Interessenkonflikt.[86] Nach KOCH „genügt nicht jeder *untergeordnete Interessengegensatz*“, vielmehr fordert er für das Vorliegen eines Interessenkonflikts „ein dem Unternehmensinteresse gegenläufiges Eigen- oder (für Mitglied relevantes) Drittinteresse, das aufgrund seiner Dauer und Intensität befürchten lässt, dass das Unternehmensinteresse nicht nur unwesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird.“[87]

Die Grenze, ab welcher die Divergenz der Interessen nur noch „geringfügig“ ist bzw. „ausgeglichen“ werden kann oder nur ein „untergeordneter

82 OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 71.

83 WHERLOCK/VON DER CRONE, S. 546. Interessenberührungen müssen nach deren Ansicht offengelegt werden, verpflichten jedoch nicht zur Ergreifung interessensichernder Massnahmen; zustimmend TSCHÄNI/DIEM, S. 76.

84 BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 633 ff.

85 SOMMER, S. 91.

86 Vgl. insbesondere den Titel bei BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 633, und die Abgrenzung der Berührung zum *intensiven* Interessenkonflikt, N 639.

87 Komm. AktG-KOCH, § 108 N 12 (Hervorhebungen hinzugefügt).

Interessengegensatz“ oder eine „Trübung des Urteilsvermögens“ vorliegt, kann nicht eindeutig definiert werden. Bereits aufgrund deren *Unbestimmtheit* eignen sich die Kriterien daher nicht, um die Rechtsrelevanz eines Interessenkonflikts zu eruieren.[88] Überdies besteht die Gefahr einer *Vermischung* der Frage, wann ein *Interessenkonflikt* vorliegt, mit jener, ob die *Stiftungsinteressen ausreichend gewahrt* werden bzw. sich die Stiftungsratsmitglieder pflichtgemäss verhalten.[89]

In der vorliegenden Arbeit wird daher i.S. eines *weiten und negativen Begriffsverständnisses* bereits dann von einem Konflikt gesprochen, *sobald die Interessen nicht (gänzlich) gleichgerichtet* sind, indem die Verfolgung der Fremdinteressen in Bezug auf die konkrete Angelegenheit nicht immer auch eine Begünstigung der Stiftungsinteressen mit sich bringt.[90] Die mehr oder weniger weitgehende Gleichrichtung der Interessen wird erst relevant, wenn die *Intensität* des Interessenkonflikts und – davon abhängig – die zu ergreifenden *Massnahmen* bestimmt werden sollen.[91]

---

88 In diesem Sinne weist auch SOMMER, S. 87, m.V.a. DRUEY, S. 61, darauf hin, dass die Gefahr bestehe, „dass die auf den ersten Blick gleichlaufenden Interessen letztlich doch nicht ganz gleichgerichtet sind“.

89 Insbesondere die Herbeiziehung des Kriteriums der „Trübung des Urteilsvermögens“ ist deshalb nicht zur Bestimmung geeignet, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, weil sie bereits *vorgreifend* auf die Frage Stellung bezieht, ob die zu schützenden Interessen *verletzt* wurden. Liegt ein Konflikt vor, indem ein Entscheid zur Beeinflussung des Entscheidverhaltens eines Stiftungsratsmitglieds geeignet erscheint, sagt dies nämlich noch nichts darüber aus, ob sich das Stiftungsratsmitglied auch tatsächlich beeinflussen lässt (und damit als *befangen* bezeichnet werden könnte). Vielmehr ist der Interessenkonflikt von der Befangenheit abzugrenzen; vgl. KUMPAN, S. 28, m.w.N.: „Befangenheit ist die eigennützige Voreingenommenheit, die dem Entscheidenden die Offenheit für das Recht oder die Distanz zum Entscheidungsgegenstand nimmt. Der *Interessenkonflikt* stellt dagegen lediglich eine *Tendenz zur Befangenheit* dar. Er muss die Entscheidung nicht zwangsnotwendig beeinflussen.“ (Hervorhebungen hinzugefügt); COLEMAN, S. 1: „Conflicts of interest do not always affect judgment […]. A conflict of interest is thus different from mere bias [Befangenheit], though conflicts of interest and ibas are often discussed together.“

90 „Ausgleichend“ zum weiten Verständnis des Begriffs des *Konflikts* werden die rechtsrelevanten Konflikte in der vorliegenden Arbeit aber dennoch über das Erfordernis der *Konfliktrelevanz der Fremdinteressen* eingegrenzt; vgl. hierzu oben T. 1, Kap. 2, III., S. 15 ff.

91 Vgl. SOMMER, S. 87: „Daher ist im Zweifelsfall [d.h. wenn unklar ist, ob die Interessen tatsächlich gleichgerichtet sind] von einer Interessenkollision auszugehen. Die *mehr*

> Durch das weite Begriffsverständnis werden somit sämtliche Fälle erfasst, welche die Stiftung schädigen könnten. Erst in einem weiteren Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der Interessenkonflikt derart intensiv ist, dass Massnahmen zur ausreichenden Wahrung der Stiftungsinteressen erforderlich sind. Die Fragen, (1.) ob ein *Interessenkonflikt* vorliegt, (2.) wie *intensiv* dieser ist, (3.) ob und welche *Massnahmen* zur ausreichenden Wahrung der Stiftungsinteressen erforderlich sind und (4.) ob die Stiftungsinteressen *ausreichend gewahrt* wurden, sind somit klar auseinanderzuhalten.

Da im Entscheidzeitpunkt oft nur schwer erkennbar ist, ob die Interessen gleichgerichtet sind, muss dabei bereits die *Möglichkeit*, dass die Stiftungsinteressen zugunsten der Fremdinteressen beeinträchtigt werden könnten, genügen, damit von einem Interessenkonflikt auszugehen ist.[92] Es genügt m.a.W. eine *abstrakte Gefährdung der Stiftungsinteressen* in der konkreten Angelegenheit.[93] Sobald mithin Entscheidoptionen vorhanden sind, bei deren Wahrnehmung die Fremdinteressen zulasten der Stiftungsinteressen gefördert

---

*oder weniger gleichlaufende Richtung* der Interessen wird dann bei der Bestimmung des *Intensitätsgrades* des Konflikts unter dem Kriterium der Kollisionsrichtung berücksichtigt." (Hervorhebungen geändert). Zur Bestimmung der Intensität des Interessenkonflikts vgl. unten T. 1, Kap. 3., I., S. 30 ff.; zu den Schutzmassnahmen bei Interessenkonflikten unten T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.

92 Ebenso SOMMER, a.a.O.

93 Vgl. BGE 5A_743/2009, E. 2.1 f., wo im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vertretung einer altrechtlich verbeiständeten Person festgehalten wird: „Entgegen der geäusserten Kritik ist die Verbeiständung nicht erst bei Vorliegen einer konkreten Gefährdung, sondern schon bei *blosser Möglichkeit einer Gefährdung* der Interessen des Vertretenen, d. h. bei *abstrakter Gefährdung* geboten." (Hervorhebungen hinzugefügt). Vgl. zur Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Interessenkonflikten auch KUMPAN, S. 41. Das Ausreichen einer abstrakten Gefährdung soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass nach vorliegendem Verständnis immer in Bezug auf den konkreten Entscheid und den damit verbundenen Sachverhalt zu prüfen ist, ob eine derartige abstrakte Gefahrdung vorliegt; die *Abstraktheit* bezieht sich mithin auf die Gefährdung der Interessen im *konkreten Sachverhalt*; vgl. wiederum BGE 5A_743/2009, wo in E. 3.1 die Abstraktheit ebenfalls auf den konkreten Sachverhalt bezogen wird, indem in E. 3 geprüft wird, ob im konkreten Fall eine abstrakte Gefährdung der Interessen des zweijährigen Kindes besteht (vgl. insb. E. 3.1 und 3.1).

werden könnten, liegt nach vorliegendem Begriffsverständnis ein Interessenkonflikt vor.

> Beispiel: Die Stiftung X vergibt Fördergelder für Forschungsprojekte im Industriesektor. Das Stiftungsratsmitglied Y ist für die Auswahl der Destinatäre zuständig. Auch Z, die Ehegattin des Y, kommt als Destinatärin in Frage. Y prüft, ob er Z Fördergelder zuteilen soll.
>
> Z hat ein wirtschaftliches Interesse an der Vergabe. Gleichzeitig hat aufgrund der Nähe zu Z möglicherweise auch Y ein mittelbares wirtschaftliches und/oder ein ideelles Interesse an einer Vergabe von Fördergeldern an Z, weshalb konfliktrelevante Fremdinteressen bezüglich des Vergabeentscheids des Y vorliegen. Erfüllt Z die statutarischen Voraussetzungen, um Fördergelder zu erhalten, liegt eine Ausschüttung an Z andererseits grundsätzlich auch im Stiftungsinteresse.
>
> Man könnte in Anwendung der oben aufgeführten Lehrmeinungen[94] davon ausgehen, dass sich die involvierten Interessen nur berühren bzw. die Interessendivergenz zu einem für die Stiftung förderlichen Ausgleich gebracht werden kann, da eine Ausschüttung an Z sowohl im Fremd- als auch im Stiftungsinteresse liegt, die Interessen mithin weitgehend gleichgerichtet sind. Da aber nicht ausgeschlossen werden kann, dass Z nur deshalb als Destinatärin ausgewählt wird, weil Y sie begünstigen möchte, obwohl andere Personen den statutarischen Destinatärsanforderungen besser entsprächen, sind die Interessen nach vorliegendem Begriffsverständnis möglicherweise nicht (gänzlich) gleichgerichtet.
>
> Insgesamt liegt (1.) ein Interessenkonflikt vor. Dieser ist (2.) wohl nicht als intensiv zu qualifizieren, da eine Ausschüttung grundsätzlich sowohl im Stiftungs- als auch im Fremdinteresse liegt. Dennoch erscheint es (3.) erforderlich, dass Y Massnahmen trifft und den Konflikt den übrigen Stiftungsratsmitgliedern zumindest offenlegt

94 Vgl. oben T. 1, Kap. 2., IV. 2. 2.4, S. 25 f.

> und darüber hinaus bei einer Beschlussfassung in den Ausstand tritt bzw. die Zuteilung einem anderen Mitglied überträgt, um zu erreichen, dass (4.) die Stiftungsinteressen ausreichend gewahrt werden.

## 3. Zwischenfazit zum Konflikt der Interessen

Der Interessenkonflikt knüpft an eine *Entscheidsituation* an. Er kann bei (informellen) Entscheiden einzelner oder mehrerer Stiftungsratsmitglieder, aber auch bei der (formellen) Beschlussfassung des Stiftungsrats auftreten.

Ein Konflikt besteht dann, wenn in Bezug auf den anstehenden Entscheid ein *Widerspruch* von gewisser Erheblichkeit besteht. An einem solchen fehlt es, wenn die Fremdinteressen für den Entscheid gar nicht relevant sind. Ebenfalls kein Widerspruch besteht, wenn mit der Verfolgung der Fremdinteressen gleichzeitig jeweils auch eine Begünstigung der Stiftungsinteressen einhergeht, Stiftungs- und Fremdinteressen also gänzlich gleichgerichtet sind.

Sobald die Interessen indes *nicht mehr gänzlich gleichgerichtet* sind, indem die Verfolgung der Fremdinteressen in Bezug auf die konkrete Angelegenheit nicht immer auch eine Begünstigung der Stiftungsinteressen mit sich bringt, wird in der vorliegenden Arbeit (i.S. eines weiten und negativen Begriffsverständnisses) von einem Konflikt gesprochen. Da im Entscheidzeitpunkt oft nur schwer erkennbar ist, ob die Interessen gleichgerichtet sind, genügt bereits die *Möglichkeit*, dass die Stiftungsinteressen zugunsten der Fremdinteressen beeinträchtigt werden könnten, damit von einem Interessenkonflikt auszugehen ist. Sobald mithin Entscheidoptionen vorhanden sind, bei deren Wahrnehmung die Fremdinteressen zulasten der Stiftungsinteressen gefördert werden könnten, liegt nach vorliegendem Begriffsverständnis ein Interessenkonflikt vor.

# Kapitel 3: Arten von Interessenkonflikten

Im vorliegenden Kapitel wird aufgezeigt, wie Interessenkonflikte nach den Kriterien der *Intensität* (I.) und *Dauer* (II.) voneinander unterschieden werden können. Weitere Klassifizierungen wären möglich. Um den Umgang mit

Interessenkonflikten im Stiftungsrat kanalisieren und dadurch einfacher eruieren zu können, welche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen geboten sind, dienen aber insbesondere die beiden genannten Kriterien. Für eine Übersicht über weitere Konfliktarten wird auf KUMPAN, SOMMER und LAZOPOULOS verwiesen.[95]

# I. Charakterisierung nach der Intensität

Das Unterscheidungsmerkmal der Intensität beschreibt das *Gefährdungspotential*, welches die Involvierung eines Fremdinteresses für die Stiftungsinteressen mit sich bringt.[96] Je intensiver ein Interessenkonflikt, umso grösser ist die Gefahr, dass die Stiftungsinteressen durch Bevorzugung der Fremdinteressen beeinträchtigt werden. Die nachfolgenden, nicht in einem abschliessenden Sinne zu verstehenden *Parameter* der Interessenrichtung (1.), der rechtlichen Pflicht zur Fremdinteressenwahrung (2.) und der wirtschaftlichen Auswirkungen einer Handlung (3.) können herbeigezogen werden, um das Ausmass dieser Gefährdung zu bestimmen. Letztendlich hängt die Intensität des Interessenkonflikts aber jeweils stark vom Einzelfall und damit einhergehend möglicherweise von weiteren Faktoren ab.[97]

## 1. Interessenrichtung

Je mehr sich Stiftungs- und Fremdinteressen widersprechen, umso intensiver ist der Interessenkonflikt. Das Ausmass des Widerspruchs kann mit der Interessenrichtung umschrieben werden: Liegt ein „*diametraler Interessengegensatz*“ vor, indem mit einer Begünstigung der Stiftungsinteressen jeweils auch eine weniger optimierte Verfolgung bzw. Beeinträchtigung der Fremdinteressen einhergeht, ist der Interessenkonflikt von grösserer Intensität als wenn die Interessen „*weitgehend gleichgerichtet*“ sind, indem die Begünstigung der Stiftungs- auch gleichzeitig einen Vorteil für die Fremdinteressen mit sich

95 KUMPAN, S. 37 ff.; SOMMER, S. 89 ff.; LAZOPOULOS, S. 97 ff.

96 Vgl. zur Intensität von Interessenkonflikten auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 636 ff.; SOMMER, S. 91 ff.

97 Namentlich *soziale und psychologische Motive* können massgebende Leitlinien für das Handeln eines Stiftungsratsmitglieds bilden und zu einem intensiven Konflikt führen; vgl. SOMMER, S. 92.

bringen kann.[98] In der Lehre wird im Bereich zwischen den beiden Extremen des diametralen Auseinanderfallens und der Gleichrichtung der Interessen zwischen verschiedenen Intensitätsgraden von Interessenkonflikten differenziert, wobei es sich indes um schwer fassbare Differenzierungen handelt.[99]

> Beispiel: Ist der Stiftungsrat selbst Gegenseite beim Kauf eines Grundstücks durch die Stiftung, besteht ein diametraler Interessengegensatz und damit ein intensiver Interessenkonflikt, da jeder Franken, um den der Preis höher festgesetzt wird, dem Privatvermögen des Stiftungsratsmitglieds zugutekommt und gleichzeitig das Vermögen der Stiftung vermindert.[100]

## 2. Rechtliche Pflicht zur Fremdinteressenwahrung

Jedes Stiftungsratsmitglied ist zur Wahrung der Stiftungsinteressen verpflichtet. Besteht daneben noch eine weitere rechtliche Pflicht zur Wahrung der Fremdinteressen, so entsteht ein *Pflichtenkonflikt* bzw. eine Pflichtenkollision.[101] Der Konflikt wird dadurch intensiviert, da aufgrund drohender Rechtsnachteile[102] ein grosser Anreiz besteht, die Fremdinteressen zu verfolgen. Dieser Anreiz und damit auch die Wahrscheinlichkeit, dass die Fremdinteressen bevorzugt werden, ist dabei umso grösser, je gewichtiger die Rechtsnachteile einer Pflichtverletzung im Verhältnis zu den Folgen einer Nichtwahrung der Stiftungsinteressen sind.

> Beispiel: Nimmt ein Stiftungsratsmitglied den Kauf eines Grundstücks durch die Stiftung mit einer Gesellschaft als Verkäuferin vor, welche auch er vertritt (Doppelorganschaft), so trifft ihn auf Grundlage der Organstellung ebenfalls eine Pflicht zur Wahrung der

98 Zur Gleichrichtung der Interessen und zum diametralen Interessenkonflikt vgl. oben T. 1, Kap. 2, IV. 2., S. 21 ff.

99 Vgl. hierzu oben T. 1, Kap. 2, IV. 2. 2.4, S. 25 f.

100 BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 638 f. (zum Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft).

101 BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 641.

102 BÖCKLI, Aktienrecht, a.a.O., nennt einige Beispiele weitgehender Rechtsfolgen: „Strafandrohung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, persönliche Haftbarkeit mit Reputationsschaden, Disziplinarverfahren, Verwirklichung eines Grundes zu fristloser Entlassung“.

Drittinteressen der Gesellschaft. Der Interessenkonflikt wird dadurch zugleich zum Pflichtenkonflikt. Besteht dabei über die organschaftliche Verbindung zur Gesellschaft hinaus ein Arbeitsvertragsverhältnis, so intensiviert sich der Konflikt zusätzlich, da ihm bei Missachtung der Pflichten der Gesellschaft darüber hinaus arbeitsrechtliche Nachteile drohen.

### 3. Wirtschaftliche Auswirkungen einer Handlung

Oft bilden wirtschaftliche Anreize den Grund dafür, dass bestimmte Interessen wahrgenommen werden. *Je grösser* die potentiellen wirtschaftlichen bzw. finanziellen Auswirkungen einer Handlung, *umso intensiver* wird dadurch der Interessenkonflikt.[103]

Beispiel: Ein Stiftungsratsmitglied möchte im Namen der Stiftung Produkte einer Gesellschaft kaufen, welche auch er vertritt (Doppelorganschaft). Seitens der Gesellschaft stehen beim Verkauf solcher Produkte Provisionen in Aussicht. Grundsätzlich gilt: Je grösser die Provisionen, umso intensiver ist der Interessenkonflikt.

## II. Charakterisierung nach der Häufigkeit des Auftretens

103 Vgl. in diesem Zusammenhang auch WHERLOCK/VON DER CRONE, S. 546: „Verursacht ein Geschäft, das einer Organperson einen Vorteil bringt, der Gesellschaft bei ordnungsmässiger Buchführung gemäss Art. 957a OR und in «fair presentation» nach Art. 962 OR einen Mehraufwand oder Minderertrag, so liegt vermutungsweise ein Interessenkonflikt und nicht bloss eine Interessenberührung vor.“ Eine Herbeiziehung der *Grundsätze der ordnungsgemässen Buchführung* kann auch bei der Beurteilung der mit den potentiellen wirtschaftlichen Auswirkungen der Bevorzugung der Fremdinteressen einhergehenden Intensität eines Interessenkonflikts im Stiftungsrat im Einzelfall in Betracht gezogen werden. Den Ausführungen von WHERLOCK/VON DER CRONE kann indes nicht vorbehaltlos gefolgt werden, da die „Verursachung eines Mehraufwands oder Minderertrags“ nicht die Frage betrifft, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, sondern ob die Interessen der vertretenen juristischen Person ausreichend gewahrt wurden; vgl. zur Vermischung dieser beiden Fragen bereits oben S. 26, insb. FN 89.

Das Unterscheidungsmerkmal der „Häufigkeit des Auftretens“ des Interessenkonflikts beinhaltet eine *Prognose, wie oft* es in einer bestimmten Konstellation bzw. aufgrund eines bestimmten Verhältnisses zu Interessenkonflikten kommen wird. Es kann demnach unterschieden werden zwischen dauerhaften (1.) und punktuellen Interessenkonflikten (2.).

## 1. Dauerhafte Interessenkonflikte

Vom Vorliegen eines dauerhaften Interessenkonflikts wird in der vorliegenden Arbeit ausgegangen, wenn dieser ab seinem Auftreten *voraussichtlich* eine *Vielzahl*[104] von Entscheidungen betreffen wird.[105] Dauerhafte Interessenkonflikte tangieren ein Stiftungsratsmitglied mithin nicht nur in Einzelfällen, sondern dauerhaft und generell,[106] so dass die *Tätigkeit als Organ der Stiftung an sich* und insgesamt problematisch erscheint. Der dauerhafte Interessenkonflikt kann insbesondere aus einer (neben dem Stiftungsratsmandat) weiteren, auf Dauer angelegten Tätigkeit oder aus anderen permanent angelegten Gründen hervorgehen.

> Beispiel: Eine Stiftung bezweckt die Unterstützung ausländischer Unternehmen im Kanton Nidwalden bei der Steueroptimierung. X ist gleichzeitig Stiftungsratsmitglied und Leiter des Steueramts des Kantons Nidwalden. Wenn X als Stiftungsratsmitglied die Unternehmen auch berät und sie bei der Optimierung unterstützt, mithin operative Funktionen übernimmt, könnte ein dauerhafter Interessenkonflikt entstehen.

## 2. Punktuelle Interessenkonflikte

---

104 Dass aufgrund einer besonderen Konstellation gleich *alle* Handlungen des Stiftungsratsmitglieds gleichzeitig Stiftungs- und Fremdinteressen betreffen, dürfte lediglich dann zutreffen, wenn der Aufgabenbereich des Stiftungsratsmitglieds sehr eng gefasst wurde; vgl. hierzu LAZOPOULOS, S. 100 f.

105 Vgl. die ähnliche Definition des dauerhaften Konflikts von KUMPAN, S. 41.

106 LAZOPOULOS, S. 100. Vgl. auch DRUEY, S. 67, der von *generellen* Interessenkonflikten spricht und diese von den kasuellen unterscheidet.

Punktuelle Interessenkonflikte treten nur in *Einzelfällen* oder zeitlich begrenzt auf.[107] Die Tätigkeit als Organ der Stiftung erscheint *nicht an sich* problematisch wie beim dauerhaften Interessenkonflikt.

> Beispiel: Die Stiftung X, vertreten durch das Stiftungsratsmitglied Z, verkauft Z eine Liegenschaft. Der Interessenkonflikt betrifft nur den Abschluss des Kaufvertrags.

107 KUMPAN, S. 41; Vgl. auch DRUEY, a.a.O., der von *kasuellen* Interessenkonflikten spricht und diese von den generellen unterscheidet.

# Kapitel 4: Abschliessende Eingrenzung des Interessenkonflikts im Stiftungsrat

Aufgrund ihrer Organstellung sind sowohl der Stiftungsrat als auch die einzelnen Stiftungsratsmitglieder zur Wahrnehmung der Stiftungsinteressen verpflichtet. Sind bei der Wahrnehmung dieser Interessen Entscheide zu treffen, welche auch einem Stiftungsratsmitglied zuzuordnende, konfliktrelevante Fremdinteressen betreffen, können Letztere mit den Stiftungsinteressen in Widerspruch geraten und so zu einem **Interessenkonflikt** führen. In vorliegender Arbeit geht es somit um den *Konflikt* der *Stiftungsinteressen* mit *konfliktrelevanten Fremdinteressen* bei *Entscheiden des Stiftungsrats und seinen Mitgliedern*.

Das übergeordnete **Stiftungsinteresse** wird durch den *Stiftungszweck* festgelegt. Aus dem Stiftungszweck können auch weitere Stiftungsinteressen *abgeleitet* werden. Auch *anderweitige statutarische Vorgaben des Stifters* definieren die Stiftungsinteressen, es sei denn, sie verunmöglichen oder beeinträchtigen eine Verfolgung des Stiftungszwecks in unverhältnismässigem Ausmass. Nicht vom Stifter, sondern vom Stiftungsrat festgelegte Anordnungen in Stiftungsreglementen oder Richtlinien können das Stiftungsinteresse demgegenüber lediglich konkretisieren.

**Fremdinteressen** sind einerseits die *Eigeninteressen* eines Stiftungsratsmitglieds. Andererseits gehören dazu auch die (zumindest primär) einem Dritten zuzuordnenden *Drittinteressen*.

Damit Fremdinteressen **konfliktrelevant** sind, müssen sie *an sich geeignet* sein, das *Entscheidverhalten eines Stiftungsratsmitglieds zu beeinflussen*, indem sie für das Stiftungsratsmitglied von gewisser Bedeutung sind. Konfliktrelevant sind Fremdinteressen immer dann, wenn deren Verfolgung oder Nichtverfolgung bedeutende *wirtschaftliche oder rechtliche Auswirkungen* für das Stiftungsratsmitglied mit sich bringen könnte. Das Stiftungsratsmitglied kann aber auch aus *anderweitigen Gründen* in seinem Entscheidverhalten durch Fremdinteressen beeinflusst werden, wobei soziale oder psychologische Motive im Vordergrund stehen.

An sich konfliktrelevante Fremdinteressen stehen (erst) dann in einem **Konflikt** mit den Stiftungsinteressen, wenn sie zu denselben in Bezug auf einen *Entscheid des Stiftungsrats oder eines Stiftungsratsmitglieds* in einem gewissen *Widerspruch* stehen. An einem derartigen Widerspruch fehlt es, wenn die Fremdinteressen in Bezug auf den anstehenden Entscheid *nicht relevant* sind. Kein Widerspruch liegt überdies dann vor, wenn mit der Verfolgung der Fremdinteressen gleichzeitig jeweils auch eine Begünstigung der Stiftungsinteressen einhergeht, Stiftungs- und Fremdinteressen also gänzlich *gleichgerichtet* sind. Sobald die Interessen indes nicht mehr gänzlich gleichgerichtet sind, indem die Verfolgung der Fremdinteressen in Bezug auf die konkrete Angelegenheit *nicht immer auch eine Begünstigung der Stiftungsinteressen* mit sich bringt, wird in der vorliegenden Arbeit (i.S. eines weiten und negativen Begriffsverständnisses) von einem Konflikt gesprochen. Da im Entscheidzeitpunkt oft nur schwer erkennbar ist, ob die Interessen gleichgerichtet sind, genügt bereits die *Möglichkeit*, dass die Stiftungsinteressen zugunsten der Fremdinteressen beeinträchtigt werden könnten, damit von einem Interessenkonflikt auszugehen ist. Sobald mithin Entscheidoptionen vorhanden sind, bei deren Wahrnehmung die Fremdinteressen zulasten der Stiftungsinteressen gefördert werden könnten, liegt nach vorliegendem Begriffsverständnis ein Interessenkonflikt vor.

Um den Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat kanalisieren und dadurch einfacher eruieren zu können, welche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen geboten sind, können **Interessenkonfliktarten** u.a. anhand der Intensität und der Häufigkeit des Auftretens des Konflikts bestimmt werden. Das Unterscheidungsmerkmal der *Intensität* beschreibt das Gefährdungspotential, welches die Involvierung eines Fremdinteresses mit sich bringt. Insbesondere die Interessenrichtung (bzw. das diametrale „Sich-Entgegenstehen" der Interessen), eine rechtliche Pflicht und wirtschaftliche Anreize zur Wahrung der Fremdinteressen können einen Interessenkonflikt intensivieren. Letztendlich hängt die Intensität des Interessenkonflikts aber jeweils stark vom Einzelfall ab. Nach der *Konfliktdauer* können dauerhafte und punktuelle Konflikte unterschieden werden. Vom Vorliegen eines dauerhaften Interessenkonflikts wird in der vorliegenden Arbeit ausgegangen, wenn dieser ab seinem Auftreten voraussichtlich eine Vielzahl von Entscheidungen betreffen wird. Beim punktuellen Interessenkonflikt ist demgegenüber eine konkrete Handlung des Stiftungsratsmitglieds im Einzelfall problematisch.

# Teil 2: Der Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat

Im vorangehenden Teil wurde der *Gegenstand* dieser Arbeit bildende Interessenkonflikt eingegrenzt. Aufbauend darauf wird im vorliegenden Teil aufgezeigt, welche Regeln im *Umgang* mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat gelten.

In einem ersten Schritt werden hierzu in *Kapitel 1* die für den Stiftungsrat und dessen Mitglieder bei sämtlichen konfliktbehafteten Handlungen bzw. Entscheiden zu beachtenden *allgemeinen Pflichten* behandelt. Alsdann werden in *Kapitel 2 konkrete stiftungsrätliche Massnahmen* aufgezeigt, welche dem Schutz der Stiftungsinteressen dienen.

Für *Beschlüsse und Rechtsgeschäfte* gelten im Umgang mit Interessenkonflikten zusätzliche, spezielle Regeln, welche in *Kapitel 3 und 4* erörtert werden. Besonders betrachtet wird dabei, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung dieser Regeln zur *Rechtsunwirksamkeit* der Beschlüsse oder Rechtsgeschäfte führen können.

*Kapitel 5 und 6* gehen auf die *aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen* ein, welche – zusätzlich zu einer allfälligen Rechtsunwirksamkeit von Beschlüssen oder Rechtsgeschäften – drohen, wenn die in den vorangehenden Kapiteln 1-4 aufgezeigten Pflichten bzw. Regeln verletzt werden. Auf Grundlage der Erkenntnisse in den Kapiteln 1-6 wird schliesslich in *Kapitel 7* ein *Gesamtüberblick* über den Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat gewährt.

# Kapitel 1: Allgemeine Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten

Im vorliegenden Kapitel werden die allgemeinen Pflichten behandelt, welche vom Stiftungsrat und dessen Mitgliedern bei sämtlichen interessenkonfliktbehafteten Entscheiden und Handlungen zu beachten sind. Es handelt sich hierbei um die *Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung* (I.), *Treue* (II.) und *Sorgfalt* (III.). Da es sich um allgemeine Pflichten handelt, ist jeweils anhand einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob diese verletzt sind. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Fragestellungen bzw. Aspekte bei einer solchen Einzelfallbetrachtung behilflich sein könnten (IV.).

Dabei ist bereits an dieser Stelle hervorzuheben, dass diese Pflichten sowohl dem *Stiftungsrat* als Gremium als auch den *einzelnen Stiftungsratsmitgliedern* obliegen.[108] In diesem Sinne können aufsichtsrechtliche Massnahmen oder die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen auch an der dem Stiftungsrat als Gremium zuzurechnenden Pflichtverletzung anknüpfen.[109] Wird namentlich ein inhaltlich die Treuepflicht verletzender und damit fehlerhafter Beschluss getroffen, so liegt eine primär dem Stiftungsrat als solchem zuzurechnende Pflichtverletzung vor, welche aufsichtsrechtliche Massnahmen oder die Unwirksamkeit des Beschlusses zur Folge haben können. Gleichzeitig liegt aber auch eine Pflichtverletzung z.B. derjenigen Stiftungsratsmitglieder vor, welche ihre Stimme in Verletzung ihrer Treuepflicht abgegeben haben.[110]

## I. Pflicht zu ordnungsgemässer Ermessensausübung

---

108 GRAF, N 689; JÖRG, S. 297; KAMMERER, S. 116; NIKITINE, S. 83. (allesamt zum Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft). Vgl. zur Unterscheidung zwischen Kollektiv- und Individualpflichten im Einzelnen GRAF, N 657 ff.; DRÖGE, S. 31 ff. Im Sinne einer besseren Lesbarkeit wird nachfolgend teilweise vereinfacht von den „*Pflichten des Stiftungsrats*" und nicht von den „Pflichten des Stiftungsrats und dessen Mitgliedern" gesprochen, wenn es nicht auf eine entsprechende Unterscheidung ankommt.

109 Zu einer *persönlichen Haftung* können demgegenüber nur den Stiftungsratsmitgliedern *individuell vorwerfbare Pflichtverletzungen* zu einer persönlichen Haftung Letzterer führen; vgl. GRAF, N 746.

110 Neben der Pflicht zum pflichtgemässen Abstimmen können auch der Beschlussfassung vor- und nachgelagerte Pflichten verletzt sein; vgl. hierzu GRAF, N 752 ff.

Abgesehen von den Sonderregeln, welche bei der Beschlussfassung (vgl. Kapitel 3) und beim Abschluss von Rechtsgeschäften (vgl. Kapitel 4) zu beachten sind, kommt dem Stiftungsrat und dessen Mitgliedern *im Umgang mit Interessenkonflikten in weiten Teilen Ermessen* zu.[111] Dieses Ermessen haben sie *ordnungsgemäss auszuüben*.[112]

Die dem Stiftungsrat und dessen Mitgliedern obliegende Pflicht zu ordnungsgemässer Ermessensausübung gebietet, dass sämtliche Entscheide des Stiftungsrats und dessen Mitglieder in einem *sachgerechten Prozess der Entscheidungsfindung* getroffen werden, indem alle für die Wahl einer von mehreren Optionen relevanten Aspekte zusammengestellt, gegeneinander abgewogen und eine Option gewählt wird, welche die verschiedenen Umstände nach ihrem Gewicht am besten berücksichtigt.[113] Ist ein Entscheid umgekehrt *unhaltbar*, indem er "auf *sachfremden Kriterien* beruht oder einschlägige Kriterien ausser acht lässt", liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine *Rechtsverletzung* in Form eines *Ermessensfehlers* vor, welche grundsätzlich ein Eingreifen der Aufsichtsbehörden rechtfertigt[114] und gleichzeitig eine haftungsbegründende Pflichtverletzung darstellt.[115]

---

111 Dies gilt freilich nur unter dem Vorbehalt besonderer Vorgaben im Stiftungsstatut zum Umgang mit Interessenkonflikten.

112 Für eine Übersicht zur Pflicht des Stiftungsrats zu ordnungsgemässer Ermessensausübung vgl. JAKOB/VON SCHNURBEIN/STUDEN, S. 65 ff.

113 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 14. Vgl. auch STUDEN, S. 231.

114 BGE 111 II 99, KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 15; LANTER, S. 80.

115 Vgl. zur Pflicht der Stiftungsratsmitglieder zu ordnungsgemässer Ermessensausübung insb. KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 14 ff., m.w.N.; JAKOB, Die Liechtensteinische Stiftung, N 301 ff.; JAKOB/VON SCHNURBEIN/STUDEN, S. 65 ff.; BAUMANN LORANT, S. 203, m.w.N.; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 9, m.w.N.; BGE 111 II 99; BGE 108 II 500; BGE 100 Ib 135.

## II. Treuepflicht

In der Lehre und Rechtsprechung ist zu Recht unbestritten, dass der Stiftungsrat und dessen Mitglieder der Stiftung zu Treue verpflichtet sind.[116] Der *Inhalt* der Treuepflicht wird in der *Lehre* unterschiedlich umschrieben. WATTER/ROTH PELLANDA sehen sie als „Interessenwahrungspflicht".[117] LANTER versteht darunter „die für eine Vertrauensperson in einem persönlichen Vertrauensverhältnis bestehende rechtserhebliche Pflicht zur Unterordnung der eigenen Interessen unter die Interessen eines anderen und zur Wahrung und Förderung der Interessen des anderen im Rahmen des Zwecks des bestehenden Rechtsverhältnisses".[118] BAUMANN LORANT, definiert sie als „umfassende, am Zweck der Stiftung orientierte Wahrung der Stiftungsinteressen" und hält fest, die Treuepflicht verlange auf der einen Seite, dass der Stiftungsrat alles unterlasse, was der Stiftung Schaden zufügen könnte und auf der anderen Seite alles unternehme, um die Interessen der Stiftung bestmöglich zu wahren, wobei ein besonders hervorzuhebender Aspekt derjenige sei, dass die eigenen Interessen denjenigen der Stiftung unterzuordnen seien.[119] Auch SOMMER versteht die Treuepflicht als Interessenwahrungspflicht mit einer aktiven als auch einer passiven Komponente, nämlich einerseits der Pflicht zur Interessensförderung, andererseits dem Verbot, gegen diese Interessen zu verstossen.[120]

---

116 Die Lehre leitet die Treue- und die Sorgfaltspflicht aus dem analog auf den Stiftungsrat anwendbaren Art. 398 Abs. 2 OR aus dem *Auftragsrecht*, aber auch aus der *Organstellung* der Stiftungsratsmitglieder ab; vgl. insb. BAUMANN LORANT, S. 303 ff.; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 13; LANTER, S. 81, 129; SPRECHER, S. 68. Das Bundesgericht leitet die Treuepflicht ebenfalls aus der Organstellung ab; so hielt es in BGE 138 V 239 fest, dass die Organe einer Personalfürsorgestiftung „nach dem Muster" („à l'instar") der Organe einer juristischen Person zu Sorgfalt und Treue verpflichtet sind. Der Ansicht des Bundesgerichts ist zu folgen: Dem Stiftungsrat und dessen Mitglieder obliegen die Treue- und Sorgfaltspflicht bereits aus deren *Organstellung*, aufgrund welcher diese als Bestandteile der Stiftung (BGE 112 II 190; BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 6, m.w.N.; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 55 N 1) die Interessen der Stiftung verkörpern müssen. Hierzu ist erforderlich, einerseits die *Stiftungsinteressen* möglichst *optimal zu wahren* und sämtliche Handlungen (bzw. auch den Entscheid zur Nichtvornahme einer Handlung) an den Stiftungsinteressen *auszurichten* (Treuepflicht). Andererseits ist hierzu auch erforderlich, dass der Stiftungsrat und dessen Mitglieder hierbei auch mit *ausreichender Sorgfalt* vorgehen (Sorgfaltspflicht). Eine analoge Anwendung des Auftragsrechts ist somit nicht erforderlich.

117 BSK OR-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 15.

118 LANTER, S. 129.

119 BAUMANN LORANT, S. 309.

120 SOMMER, S. 17.

Nach JAKOB verpflichtet die Treuepflicht die Stiftungsratsmitglieder dazu, sich jeweils „von Stiftungsinteressen leiten zu lassen und sachfremde Eigen- und Drittinteressen auszublenden".[121] Ein generelles Verbot oder eine allgemeine Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten enthält die Treuepflicht nach Ansicht genannter Lehrmeinungen – soweit ersichtlich – richtigerweise nicht.[122]

Das *Bundesgericht* definiert die Treuepflicht als Pflicht, die Interessen eines begünstigten Dritten zu fördern und dabei gegebenenfalls die eigenen Interessen gegenüber den Interessen des Dritten zurückzustellen. Es unterscheidet dabei zwischen einer positiven Komponente, welche zur Verfolgung der genannten Interessen verpflichtet, und einer negativen Komponente, welche es dem Verpflichteten verbietet, seine eigenen Interessen voranzustellen und den Zweck hat, eine Benachteiligung des begünstigten Dritten zu verhindern.[123]

Die Treuepflicht wird in vorliegender Arbeit als Pflicht des Stiftungsrats und dessen Mitglieder verstanden, die *Stiftungsinteressen* einerseits *möglichst optimal zu wahren*. Hierzu sind andererseits sämtliche Handlungen (bzw. auch den Entscheid zur Nichtvornahme einer Handlung) an diesen auszurichten.

Im *Umgang mit Interessenkonflikten* gibt die Treuepflicht für einen ordnungsgemässen Entscheidfindungsprozess vor, dass die *Stiftungsinteressen* – und nicht allfällige Fremdinteressen – bei der Entscheidfindung den *massgebenden Aspekt* bilden müssen und eine Handlungsoption zu wählen ist, welche (aus einer ex-ante-Sicht im Entscheidzeitpunkt) im Ergebnis die Stiftungsinteressen am optimalsten wahrt. Die Fremdinteressen dürfen mithin nicht ausschlaggebend sein bei der Entscheidfindung, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder nicht; von mehreren Handlungsoptionen darf nicht eine solche gewählt werden, welche die Stiftungsinteressen weniger optimal wahrt, um dadurch Fremdinteressen zu fördern.

## III. Sorgfaltspflicht

---

121 JAKOB, Die Liechtensteinische Stiftung, N 316, m.w.N.

122 So explizit SOMMER, S. 101 ff., m.w.N.; BAUMANN LORANT, S. 310 ff.; vgl. im Übrigen insbesondere die Nachweise in den FN 117, 118 und 121.

123 BGE 138 V 239.

In der Lehre und Rechtsprechung ist zu Recht unbestritten, dass der Stiftungsrat und dessen Mitglieder der Stiftung zu Sorgfalt verpflichtet sind.[124] Die Sorgfaltspflicht bestimmt im Allgemeinen, welches *Mass an Umsicht und Vorsicht* der Stiftungsrat und dessen Mitglieder bei der Ausübung ihrer Funktion aufzubringen haben. Das Mass der erforderlichen Vorsicht bestimmt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung[125] und herrschender Lehre[126] nach *objektiven Kriterien*. Mögliche Quellen zur Bestimmung des erforderlichen Sorgfaltsmassstabes sind primär das Gesetz, die Stiftungsstatuten und -reglemente, aber auch Rechtsnormen aus anderen Gebieten, Fachregeln, private Regelwerke oder gruppen- oder berufsspezifisches Durchschnittsverhalten.[127]

> Wurden Aufgaben an einzelne Stiftungsratsmitglieder delegiert, trifft die übrigen Stiftungsratsmitglieder eine *Pflicht zur sorgfältigen Überwachung und Aufsicht der Delegierten*.[128] Eine Ausnahme von der Überwachungspflicht kann richtigerweise lediglich dann gelten, wenn einem Stiftungsratsmitglied im Stiftungsstatut die Kompetenz zur selbständigen Erledigung einer bestimmten Aufgabe eingeräumt wurde. Diesfalls trifft die übrigen Stiftungsratsmitglieder im Grundsatz keine Überwachungspflicht mehr.[129] Wird über eine Frage Beschluss gefasst, ermöglicht der damit einhergehende Prozess der Entscheidfindung eine Auseinandersetzung mit der Sache und damit einhergehend eine Kontrolle. Ist eine ausreichende Kontrolle auf dem Weg der Mitwirkung bei der Beschlussfassung gar nicht oder nicht ausreichend möglich, haben die Stiftungsratsmitglieder von sich aus für eine anderweitige Überwachung der Handlungen ihrer Kollegen zu sorgen (z.B. indem sie von den Handelnden Auskunft verlangen oder eigene Abklärungen treffen). Eine sinnvolle Organisations- und

124 Vgl. oben FN 116.
125 BGE 127 III 331, m.w.N.
126 Vgl. nur BSK OR-WEBER, Art. 398 N 27, m.w.N.; KUKO OR-SCHALLER, Art. 398 N 4, m.w.N.; für eine Übersicht vgl. FELLMANN, S. 95 ff.; vgl. auch BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 17; BSK OR-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 3.
127 BAUMANN LORANT, S. 305, m.w.N.
128 BAUMANN LORANT, S. 145 ff.
129 BAUMANN LORANT, S. 146; RIEMER, S. 374.

> Überwachungsstruktur sollte bereits vom Stifter bei Stiftungserrichtung vorgesehen werden.[130]

Im *Umgang mit Interessenkonflikten* gibt die Sorgfaltspflicht für einen ordnungsgemässen Entscheidfindungsprozess vor, dass der Stiftungsrat und dessen Mitglieder die *notwendige Umsicht und Vorsicht* aufwenden, um die *Stiftungsinteressen möglichst optimal* zu wahren. Hierzu haben sie insbesondere mit ausreichender Sorgfalt abzuklären, welche Handlungsoptionen zur Verfolgung der Stiftungsinteressen überhaupt bestehen, welche Aspekte bei der Auswahl massgeblich sind, und welche der Varianten den Stiftungsinteressen vor dem Hintergrund welcher Aspekte voraussichtlich am besten dienen werden.[131] Möglicherweise sind hierzu im Einzelfall konkrete Massnahmen (wie z.B. eine qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines geplanten Entscheids) zu treffen.[132]

> Die Sorgfaltspflicht ergänzt dabei die Treuepflicht. Während die *Treuepflicht* bestimmt, *dass* die Stiftungsinteressen zu wahren sind, bestimmt die *Sorgfaltspflicht*, *wie* die Stiftungsinteressen ausreichend zu wahren sind.

---

130 Dabei hat der Stifter aufgrund der Stifterfreiheit eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten; JAKOB, S. 534, 538. Z.B. besteht die Möglichkeit, sowohl *auf Dauer* als auch *ad hoc* einen *Ausschuss* zu bilden, welcher bestimmte Geschäfte oder eben ein bestimmtes Geschäft genehmigt; vgl. SOMMER, S. 119 f. Auch der SFC 2015, S. 61 f., empfiehlt in gewissen Situationen die Einsetzung von Ausschüssen. Zur Frage der Zulässigkeit der Delegation von Aufgaben, insb. auch ohne entsprechende statutarische Grundlage, vgl. BAUMANN LORANT, S. 225 f.

131 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 14. Im Nachhinein werden sich die überprüfenden Behörden oft die Fragen stellen müssen, ob das Stiftungsratsmitglied (1.) den Entscheidungsprozess auf die Fremdinteressen ausgerichtet hat und bewusst eine Option gewählt hat, welche den Fremdinteressen dient, dies unter Inkaufnahme der Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen oder (2.) den Entscheidungsprozess zwar auf die Stiftungsinteressen ausrichtete, dabei aber auch Fremdinteressen miteinbezog und dabei aus sorgfaltspflichtwidriger Unvorsichtigkeit (a.) entweder gar nicht erkannte, dass die Stiftungsinteressen beeinträchtigt werden könnten, oder (b.) die Gefahr der Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen zwar erkannte, aus sorgfaltspflichtwidriger Unvorsichtigkeit jedoch darauf vertraute, dass es nicht zu einer solchen Beeinträchtigung komme (vgl. zur Abgrenzung zwischen Vorsatz, unbewusster und bewusster Fahrlässigkeit im Strafrecht TRECHSEL/NOLL, S. 99; zudem nachfolgend S. 45). Kann eine dieser Fragen bejaht werden, liegt ein Ermessensfehler vor.

132 Vgl. zu den Schutzmassnahmen unten T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.

> Die Herbeiziehung der Sorgfalts-pflichtsregeln ist zur Beurteilung eines Fehlverhaltens eines Stiftungsratsmitglieds aber nur dann erforderlich, wenn die Stiftungsinteressen nicht absichtlich verletzt wurden. Lässt ein Stiftungsratsmitglied die Stiftungsinteressen bewusst bzw. absichtlich ausser Acht, verhält es sich ohne Weiteres treupflichtwidrig und fehlerhaft; i.d.R. stellt die Verletzung der Treuepflicht dabei zugleich eine Verletzung der Sorgfaltspflicht dar.[133] Andernfalls ist danach zu fragen, ob das betreffende Stiftungsratsmitglied seine Sorgfaltspflicht erfüllt hat, indem es den Interessenkonflikt an sich erkannt und die zur Wahrung der Stiftungsinteressen erforderlichen Massnahmen getroffen hat.

Da bei einem Interessenkonflikt begriffsimmanent eine *erhöhte Gefahr einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen* besteht, haben der Stiftungsrat und dessen Mitglieder (sowohl die vom Interessenkonflikt betroffenen als auch allfällige weitere Stiftungsratsmitglieder) dabei mit besonderer Sorgfalt auf das Zustandekommen eines im Stiftungsinteresse liegenden Entscheids hinzuwirken. Die in diesem Sinne *erhöhten Anforderungen an die Sorgfaltspflicht* können im Einzelfall zusätzlich noch verschärft werden, wenn aufgrund des mit den Fremdinteressen verbundenen Näheverhältnisses ein „*besonderer Wissensstand* über die Faktoren zur Einschätzung der Risikos […] erwartet werden" darf.[134]

*Parallel* dazu ist auch ein *„genaueres Hinsehen" der Behörden* insofern gerechtfertigt und erforderlich, als diese exakt zu prüfen haben, ob die Stiftungsratsmitglieder der ihnen zukommenden, erhöhten Sorgfaltspflicht auch nachkommen und nicht die Fremdinteressen zulasten der Stiftungsinteressen fördern. Insofern hat die Stiftungsaufsicht bei der Überprüfung der entsprechenden Handlungen des Stiftungsrats einen *strengeren Massstab* anzusetzen.

Dies erscheint nicht zuletzt auch deshalb angezeigt, um dem mit dem Informationsdefizit, welches aufgrund des besonderen Wissensstandes der Stiftungsratsmitglieder entstehen kann, *entgegenzuwirken*. Da es für die

---

133 SOMMER, S. 22.

134 BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1 (Hervorhebungen hinzugefügt); vgl. auch die Besprechung dieses Entscheids von VOGT/BÄNZIGER.

Stiftungsaufsicht allenfalls schwieriger als für die mit den „Verhältnissen vertrauten“ Stiftungsratsmitglieder ist, *nachzuvollziehen*, ob nicht doch mit der die Fremdinteressen berücksichtigenden Option auch Stiftungsinteressen gefährdet werden, rechtfertigt es sich zudem, wenn sich der Stiftungsrat weitgehender „erklären“ muss, um im Raum stehende Zweifel zur Wahrung der Stiftungsinteressen aus dem Weg zu räumen.

> Die Stiftungsratsmitglieder müssen dabei die erforderliche Sorgfalt nicht nur in Bezug auf die Verhinderung einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen (also einer Realisierung der mit einem Interessenkonflikt einhergehenden Gefahr), sondern auch in Bezug auf die Erkennung einer möglichen Gefährdung der Stiftungsinteressen aufbringen. In Bezug auf die Gefährdungserkennung könnte dabei – in Anlehnung an die strafrechtlichen Unterscheidungen der Fahrlässigkeitsarten – unterschieden werden zwischen der „*unbewussten Sorgfaltspflichtverletzung*“ (das Stiftungsratsmitglied erkennt die Gefährdung der Stiftungsinteressen gar nicht erst) und der „*bewussten Sorgfaltspflichtverletzung*“ (das Stiftungsratsmitglied erkennt die Möglichkeit einer Gefährdung der Stiftungsinteressen zwar, vertraut aber in pflichtwidriger Unvorsichtigkeit auf die Nichtrealisierung dieser Gefahr).[135] Realisiert sich indes ein Risiko, welches das Stiftungsratsmitglied bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht erkennen musste, so darf nicht unter dem Vorwand des Erfordernisses der erhöhten Vorsicht davon ausgegangen werden, die Sorgfaltspflicht sei verletzt.

## IV. Aspekte des Einzelfalls

Ob sich der Stiftungsrat oder dessen Mitglieder fehlerfrei verhalten, ist nicht abstrakt, sondern anhand einer *Gesamtbetrachtung* aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Relevant kann im Einzelfall beispielsweise sein,

---

135 Vgl. TRECHSEL/NOLL, S. 99.

ob im Entscheidzeitpunkt[136] die Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen hätte *vorhergesehen* werden können, wie gross die *Wahrscheinlichkeit* der tatsächlichen Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen war, wie *schwer* die drohende Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen wog und welche *Vorteile* für die Stiftungsinteressen demgegenüber mit der die Fremdinteressen berücksichtigenden Wahl hätten verbunden sein können.

> Für die Überprüfung, sowohl im Stiftungsrat als auch durch die Stiftungsaufsicht, ob die Stiftungsinteressen durch einen Beschluss im Ergebnis ausreichend gewahrt werden, könnten möglicherweise *Fragestellungen* wie die nachfolgenden behilflich sein: Bestehen anderweitige Optionen, bei denen keine Fremdinteressen involviert sind? Bringt die Option, welche auch Fremdinteressen dienlich ist, im Vergleich zu den übrigen Optionen aus objektiver Sicht wesentliche Nachteile für die Stiftung mit sich oder im Gegenteil sogar Vorteile? Werden allfällige Nachteile durch konkrete Vorteile wieder aufgewogen oder führen diese Vorteile sogar dazu, dass die gleichzeitig den Fremdinteressen dienende Option die Stiftungsinteressen am besten berücksichtigt? Handelt es sich bei den „Vorteilen" tatsächlich um Vorteile oder könnten die entsprechenden Konditionen auch erreicht werden, wenn eine Option gewählt würde, bei welcher keine Fremdinteressen involviert sind?

## V. Fazit zu den Pflichten der Stiftungsratsmitglieder zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt

136 Massgeblich für die Beurteilung der Einhaltung der Sorgfalts- und Treuepflicht muss dabei grundsätzlich eine *ex-ante-Perspektive* im Entscheidzeitpunkt sein. Merken die Stiftungsratsmitglieder demgegenüber im Nachhinein, dass eine bestimmte Handlung nicht den Stiftungsinteressen dient (oder hätten sie dies merken müssen), so sind sie dazu verpflichtet, die zur *Wiederherstellung* möglichen (und zumutbaren) Massnahmen zu treffen. Tun sie dies nicht, stellt diese Unterlassung eine Pflichtverletzung dar, welche ein Eingreifen der Aufsichtsbehörden rechtfertigt und eine möglicherweise haftungsbegründende Pflichtverletzung darstellt.

Abgesehen von Sonderregeln, welche bei der Beschlussfassung und beim Abschluss von Rechtsgeschäften zu beachten sind (vgl. Kapitel 3 und 4), kommt den Stiftungsratsmitgliedern im Umgang mit Interessenkonflikten – unter Vorbehalt besonderer Vorgaben im Stiftungsstatut – in weiten Teilen Ermessen zu. Dabei besteht eine **Pflicht zu ordnungsgemässer Ausübung des Ermessens**, wobei insbesondere die *Vorgaben der Treue- und Sorgfaltspflicht* einzuhalten sind.

Im Umgang mit Interessenkonflikten gibt die **Treuepflicht** für einen ordnungsgemässen Entscheidfindungsprozess vor, dass die *Stiftungsinteressen* – und nicht allfällige Fremdinteressen – bei der Entscheidfindung den *massgebenden Aspekt* bilden müssen und eine Handlungsoption zu wählen ist, welche (aus einer ex-ante-Sicht im Entscheidzeitpunkt) im Ergebnis die Stiftungsinteressen am optimalsten wahrt. Die Fremdinteressen dürfen mithin nicht ausschlaggebend sein bei der Entscheidfindung, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder nicht; von mehreren Handlungsoptionen darf nicht eine solche gewählt werden, welche die Stiftungsinteressen weniger optimal wahrt, um dadurch Fremdinteressen zu fördern.

Die **Sorgfaltspflicht** gibt für einen ordnungsgemässen Entscheidfindungsprozess im Zusammenhang mit Interessenkonflikten vor, dass die Stiftungsratsmitglieder mit *ausreichender Umsicht und Vorsicht* abklären, wie die Stiftungsinteressen ausreichend gewahrt werden können. Hierzu haben sie sorgfältig zu prüfen, welche Handlungsoptionen zur Verfolgung der Stiftungsinteressen überhaupt bestehen, welche Aspekte bei der diesbezüglichen Auswahl massgeblich sind, und welche der Varianten den Stiftungsinteressen vor dem Hintergrund welcher Aspekte voraussichtlich am besten dienen wird. Da bei einem Interessenkonflikt einer erhöhte Gefahr einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen besteht, haben die Stiftungsratsmitglieder mit besonderer Sorgfalt auf eines im Stiftungsinteresse liegenden Entscheids hinzuwirken. Die in diesem Sinne *erhöhten Anforderungen* an die Sorgfaltspflicht können im Einzelfall zusätzlich verschärft werden, wenn aufgrund des mit den Fremdinteressen verbundenen Näheverhältnisses Kenntnisse besonderer Risikofaktoren erwartet werden dürfen.

Ob sich das Stiftungsratsmitglied fehlerfrei verhält, ist nicht abstrakt, sondern anhand einer Gesamtbetrachtung aller relevanten **Umstände des Einzelfalls** zu beurteilen. Relevant kann im Einzelfall insbesondere sein, ob die Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen hätte *vorhergesehen* werden können, wie gross die *Wahrscheinlichkeit* der tatsächlichen Beeinträchtigung der

Stiftungsinteressen war, wie *schwer* die drohende Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen wog und welche *Vorteile* für die Stiftungsinteressen demgegenüber mit der die Fremdinteressen berücksichtigenden Wahl hätten verbunden sein können.

# Kapitel 2: Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen

Im aktuellen Kapitel wird beleuchtet, welche *konkreten Massnahmen* (I.-V.) im Stiftungsrat zum Schutz der Stiftungsinteressen bei Interessenkonflikten getroffen werden können. Dabei wird jeweils aufgezeigt, worin der Sinn und Zweck der einzelnen Massnahmen liegt und unter welchen Voraussetzungen eine Pflicht besteht, diese zu treffen.[137]

Die nachfolgende Zusammenstellung ist dabei nicht in einem abschliessenden Sinn zu verstehen, d.h. es sind auch *anderweitige Massnahmen* möglich. Die Massnahmen können zudem auch *kumulativ* getroffen werden.[138]

Der *Entscheid*, welche Massnahmen zu treffen sind, obliegt dabei grundsätzlich dem vom Interessenkonflikt betroffenen *Stiftungsratsmitglied*.[139] Es hat das ihm hierbei zukommende *Ermessen* pflichtgemäss auszuüben und die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Intensität und die Häufigkeit des Auftretens des Interessenkonflikts, zu berücksichtigen.[140]

---

137 Für eine Kurzübersicht über Massnahmen zur Interessenkonfliktbewältigung im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft vgl. LAZOPOULOS, Massnahmen, S. 139 ff.

138 Vgl. SOMMER, S. 108.

139 Im Einzelfall kann aber auch ein *Beschluss des Gesamtstiftungsrats* über die zu treffende Massnahme erforderlich sein; vgl. zur Pflicht zur Beschlussfassung unten T. 2, Kap. 3, I. 4., S. 75 ff. Ein solcher ist beispielsweise dann notwendig, wenn zwischen den Stiftungsratsmitgliedern *Uneinigkeit* über die zu treffende Massnahme besteht; diesfalls würde ein selbständiger Entscheid des Stiftungsratsmitglieds das Kollegialitätsprinzip verletzen. Der Entscheid, ob ein Interessenkonflikt *offengelegt* wird, kann hingegen dann nur vom betroffenen Stiftungsratsmitglied selbständig getroffen werden, wenn die übrigen Stiftungsratsmitglieder von diesem nichts wissen. Auch die Ablehnung eines Stiftungsratsmandats (durch eine Person, die noch nicht Teil des Stiftungsrats ist) erfolgt durch einen informellen Entscheid, während für die Beendigung eines Stiftungsratsmandats besondere Regeln gelten; vgl. hierzu unten T. 2, Kap. 2, V., S. 59 ff. Vgl. zur Frage, ob das *Verwaltungsratsmitglied* oder der Gesamtverwaltungsrat über Massnahmen zum Schutz der Gesellschaftsinteressen bei Interessenkonflikten entscheidet, SOMMER, S. 107, m.w.N.

140 SOMMER, S. 107; HUNGERBÜHLER, S. 108. Vgl. auch BGE 130 III 219: „Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der betroffene Verwaltungsrat mittels *geeigneter Massnahmen* sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden." (Hervorhebungen hinzugefügt). Zur Intensität und Häufigkeit des Auftretens des Interessenkonflikts vgl. oben T. 1, Kap. 3, S. 30 ff.

# I. Offenlegung von Interessenkonflikten

## 1. Sinn und Zweck der Offenlegung von Interessenkonflikten

Die Offenlegung von Interessenkonflikten eines Stiftungsratsmitglieds gegenüber *nicht vom Interessenkonflikt betroffenen Stiftungsratsmitgliedern* ermöglicht beim mehrköpfigen Stiftungsrat, dass Letztere das mit dem Interessenkonflikt einhergehende Risiko einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen einschätzen und entsprechend handeln können.[141] Namentlich können die Mitglieder dadurch einerseits selbständig beurteilen, ob besondere *Massnahmen* zur Wahrung der Stiftungsinteressen erforderlich sind, und sich andererseits inhaltlich in Bezug auf die konkret anstehende Angelegenheit (bezüglich welcher ein Interessenkonflikt besteht) einen *freien Willen* bilden, indem sie den Interessenkonflikt als Aspekt in ihre persönliche Entscheidfindung miteinbeziehen können.

## 2. Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten

Im *Grundsatz* hat das betroffene Stiftungsratsmitglied den übrigen Stiftungsratsmitgliedern *jeden potentiellen Interessenkonflikt* offenzulegen.[142] Nur so können Letztere unabhängig beurteilen, ob und welche Massnahmen zur Wahrung der Stiftungsinteressen erforderlich sind und wie allenfalls inhaltlich zu entscheiden ist.[143] Die fehlende Offenlegung kann im Einzelfall für sich allein

---

141 SOMMER, S. 103 f.; HANDSCHIN, S. 173 f.; vgl. zur Konfliktoffenlegungspflicht im Allgemeinen auch KUMPAN, S. 230.

142 So auch OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 72. Dabei sollte es genügen, wenn der Interessenkonflikt gegenüber dem Stiftungsratspräsidenten (bzw. dessen Stellvertreter) offengelegt wird; vgl. SOMMER, S. 104, m.w.N.

143 Diese grundsätzliche Pflicht zur Offenlegung gilt insbesondere auch in Bereichen, in denen Aufgaben an ein Stiftungsratsmitglied *delegiert* wurden. Zwar muss das Stiftungsratsmitglied die entsprechende Aufgabe grundsätzlich selbständig erfüllen können. Da mit dem Interessenkonflikt indes eine erhöhte Gefährdung der Stiftungsinteressen einhergeht, muss der Interessenkonflikt grundsätzlich dennoch offengelegt werden. Nur so können die übrigen Stiftungsratsmitglieder zumindest *überprüfen*, ob das betroffene Stiftungsratsmitglied selbst ausreichende Schutzmassnahmen trifft bzw. inhaltlich im Sinne der Stiftungsinteressen entscheidet.

eine Pflichtverletzung darstellen und deshalb aufsichtsrechtliche oder haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.[144]

Das betreffende Stiftungsratsmitglied hat die übrigen Mitglieder i.d.R. von sich aus über *sämtliche Umstände* zu informieren, welche die *Stiftungsinteressen beeinträchtigen könnten*.[145] Dabei ist eine Offenlegung erforderlich, bevor der Meinungsbildungsprozess über die Angelegenheit beginnt bzw. zu einem Zeitpunkt, in welchem die übrigen Stiftungsratsmitglieder die zur Wahrung der Stiftungsinteressen erforderlichen Massnahmen noch treffen können.[146]

> Fraglich ist, wie ein Stiftungsratsmitglied vorzugehen hat, welches durch die Offenlegung eines Interessenkonflikts ein *Amts- oder Berufsgeheimnis* verletzen würde.[147] Richtigerweise hat das betreffende Mitglied die Einwilligung des Geheimnisinhabers einzuholen resp. sich von der dafür zuständigen Stelle vom Amts- oder Berufsgeheimnis entbinden zu lassen, bevor es den Interessenkonflikt detailliert offenlegt. Der Anwalt beispielsweise kann sich primär durch den Klienten und subsidiär – sollte der Klient nicht einwilligen – durch die kantonale Aufsichtsbehörde vom Berufsgeheimnis entbinden lassen.[148] Dem Stiftungsratsmitglied muss es aber im Einzelfall auch erlaubt sein, von einer detaillierten Offenlegung des Interessenkonflikts (insbesondere

144 Zu den möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen vgl. unten T. 2, Kap. 5 und 6, S. 143 ff. und 157 ff. Zur Aufhebung eines Beschlusses wegen fehlender Offenlegung eines Konflikts vgl. unten T. 2, Kap. 3, III. 2. 2.2 a, S. 109.

145 Ist die Beurteilung, ob ein Interessenkonflikt vorliegt oder nicht, an sich schwierig, dürfen die entsprechenden Tatsachen den übrigen Stiftungsratsmitgliedern grundsätzlich ebenfalls nicht vorenthalten werden. Auch das Nichterkennen eines Interessenkonflikts kann im Einzelfall bereits eine Pflichtverletzung darstellen.

146 Vgl. SOMMER, S. 103 ff., m.w.N.; HANDSCHIN, S. 173; SFC 2015, S. 63 ff. Sind potenzielle Interessenkonflikte bereits *vor Annahme* des Stiftungsratsmandates erkennbar, müssen diese auch bereits vor dem entsprechenden Zeitpunkt angegeben werden; SOMMER, S. 106, m.w.N. Vgl. auch FORSTMOSER, S. 18.

147 Vgl. hierzu insbesondere SOMMER, S. 105 und HANDSCHIN, S. 173 f.

148 Komm. BGFA-NATER, Art. 13 N 133. Bei ihrem Entscheid wird die Aufsichtsbehörde eine Güterabwägung vornehmen und prüfen, „ob das Interesse des Anwalts an der Offenbarung des Berufsgeheimnisses wesentlich höher ist als das Interesse des Auftraggebers an der Geheimhaltung“; Komm. BGFA-NATER, Art. 13 N 137, m.V.a. BGer 2C_157/2008 vom 28. April 2008, E. 2.3.3 und m.w.N.

> der involvierten Fremdinteressen) abzusehen und lediglich in allgemeiner Form auf das Bestehen eines Interessenkonflikts hinzuweisen; dies gilt insbesondere dann, wenn eine Entbindung vom Geheimnis misslingt.[149]

Erreicht das betreffende Stiftungsratsmitglied mit *anderweitigen Massnahmen*, dass die Stiftungsinteressen trotz Interessenkonflikt ausreichend gewahrt werden, kann aber von einer Offenlegung abgesehen werden. Sieht das Stiftungsratsmitglied namentlich von einer *Mitwirkung* in der betreffenden Angelegenheit *gänzlich* ab, so kann dies zur Wahrung der Stiftungsinteressen ausreichen.

Ist zudem von *vornherein offensichtlich, dass die Offenlegung eines Interessenkonflikts nicht der Wahrung der Stiftungsinteressen dient*, so muss dieser ausnahmsweise ebenfalls nicht offengelegt werden. Keine Pflicht zur Offenlegung besteht in diesem Sinne namentlich dann, wenn ohne Zweifel feststeht, dass die übrigen Stiftungsratsmitglieder auch *in Kenntnis des Interessenkonflikts nicht anders entscheiden* und keine Massnahmen ergreifen würden.[150] Ob dies zutrifft, kann im Einzelfall aber schwierig zu beurteilen sein, weshalb die übrigen Mitglieder im Zweifel zu informieren sind.[151]

---

149 LAZOPOULOS, S. 138 f. Freilich wird man sich im Einzelfall möglicherweise auch die Frage stellen müssen, ob nicht bereits aus dem Hinweis auf den Interessenkonflikt auf das Geheimnis geschlossen werden kann.

150 Vgl. SOMMER, S. 105; HANDSCHIN, S. 174. Dabei kann möglicherweise eine unternehmensinterne Praxis zum Umgang mit Interessenkonflikten als Richtschnur dienen; vgl. HANDSCHIN, S. 174. Überdies besteht auf der anderen Seite dann keine Offenlegungspflicht, wenn der Interessenkonflikt offensichtlich ist und davon ausgegangen werden kann, die übrigen Stiftungsratsmitglieder wüssten davon; SOMMER, S. 105. Im Zweifel ist es auch hier ratsam, die Verhältnisse offenzulegen.

151 Für eine Übersicht über die Lehrmeinungen zur Offenlegungspflicht des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft siehe SOMMER, S. 105, m.w.N. Die Autorin verlangt die Offenlegung grundsätzlich aller Interessenkonflikte, ausser solcher mit unerheblichen Auswirkungen auf die Gesellschaft. Dies v.a., um eine Überschüttung mit unwesentlichen Informationen zu vermeiden. Als Massstab zur Beurteilung der Unerheblichkeit stellt sie darauf ab, ob der Interessenkonflikt bei objektiver Betrachtung geeignet ist, die Entscheidungen des Verwaltungsrats zu beeinflussen. Zur Offenlegungspflicht des deutschen Stiftungsvorstands vgl. OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 72, nach welchen als angemessene Reaktion auf einen Interessenkonflikt dieser „nahezu immer" offenzulegen sei. Vgl. auch SFC 2015, S. 64 f.

Eine derartige Eingrenzung entspricht dem Erfordernis einer *„alltagstauglichen" Beschränkung* der offenzulegenden Interessenkonflikte, so dass der Geschäftsgang nicht unnötig gehindert wird.[152] Nicht zuletzt zeigt auch die Tatsache, dass bei *Einpersonenstiftungsräten*[153] Interessenkonflikte gar keinen weiteren Stiftungsratsmitgliedern offengelegt werden können, dass auch anderweitige Massnahmen im Einzelfall ausreichend sein müssen.

## II. Qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids

### 1. Sinn und Zweck der qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids

Kann das (voraussichtliche) Ergebnis einer Handlung objektiv gemessen werden, bietet sich ein Vergleich einer Entscheidoption mit den entsprechenden objektiven Kriterien als Grundlage für einen ordnungsgemässen Ermessensentscheid an.[154] Anhand dieser kann gemessen werden, ob die Entscheidoption *materiell angemessen*[155] erscheint, insbesondere ein geplantes Rechtsgeschäft für die Stiftung gleich vorteilhafte Kriterien beinhaltet, welche auch bei einem Geschäft mit einem Dritten vorlägen (auch Ausrichtung am „dealing at arm's

---

152 SOMMER, S. 105. Vgl. auch OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 71, welche von einer „differenzierten und massvollen Übersetzung in das reale Stiftungsleben" sprechen.

153 Unter einem *Einpersonenstiftungsrat* wird in der vorliegenden Arbeit ein Stiftungsrat verstanden, welcher – im Gegensatz zum Mehrpersonenstiftungsrat – lediglich aus *einem Mitglied* besteht. Zur Zulässigkeit und den Besonderheiten des Einpersonenstiftungsrats vgl. BAUMANN LORANT, S. 84 ff.

154 Vgl. zu den objektiven Kriterien bzw. den Mitteln einer qualifizierten Kontrolle der materiellen Angemessenheit sogleich unten S. 55. Von der Objektivität eines Kriteriums wird in der vorliegenden Arbeit dann ausgegangen, wenn es sich um einen Vergleichswert handelt, welcher nicht der *Wertung* einer irgendwie mit der *Stiftung verbundenen Person* unterliegt und nach allgemeiner Lebenserfahrung eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der „Richtigkeit" oder „materiellen Angemessenheit" (vgl. zur materiellen Angemessenheit nachfolgende FN 155) des Ergebnisses gewährt.

155 Vgl. zum Begriff der materiellen Angemessenheit insbesondere VON DER CRONE, S. 8 f.; LAZOPOULOS, S. 117, m.w.N.

length"-Prinzip[156] genannt). Dadurch kann einerseits geprüft werden, ob der Entscheid tatsächlich im Stiftungsinteresse liegt, und andererseits auch allfälligen Pflichtverletzungsvorwürfen Dritter (z.B. vom Interessenkonflikt nicht betroffener Stiftungsratsmitgliedern, der Destinatäre, der Stiftungsaufsichtsbehörden oder weiterer Stakeholder) entgegnet werden.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass ein Vergleich mit objektiven Kriterien nur beschränkte Rechtswirkungen zeitigt: Hält die Handlung eines Stiftungsratsmitglieds einer materiellen Überprüfung stand, zeigt dies lediglich, ob die Interessen der Stiftung *aus dem Blickwinkel der geprüften Aspekte* ausreichend gewahrt wurden. Die erfolgreiche Überprüfung einer Handlung kann somit als Indiz für eine ausreichende Wahrung der Stiftungsinteressen dienen; weder *beseitigt* sie indes den eigentlichen Interessenkonflikt noch kann sie *garantieren*, dass die Interessen der Stiftung ausreichend gewahrt werden.[157] Für eine abschliessende Beurteilung des pflichtgemässen Verhaltens der Stiftungsratsmitglieder sind vielmehr jeweils *alle relevanten Umstände des Einzelfalls* zu berücksichtigen. Dabei kann es sein, dass *anderweitige Umstände* als diejenigen, welche *Gegenstand der materiellen Überprüfung* bildeten, entscheidend sind.[158]

156 Für eine Übersicht zum „dealing-at-arm's length"-Prinzip vgl. LAZOPOULOS, S. 117 ff., m.w.N.; SOMMER, S. 125 ff., m.w.N.; VON DER CRONE, a.a.O.

157 Ebenso SOMMER, S. 127; LAZOPOULOS, S. 119 f.; vgl. auch VON DER CRONE, S. 8, der davon ausgeht, dass bei externer Abstützung eines Entscheides des Verwaltungsrates eine Vermutung des pflichtgemässen Verhaltens desselben besteht.

158 Ähnlich BÖCKLI, S. 357; vgl. auch STRAESSLE/VON DER CRONE, S. 14.

## 2. Mittel zur qualifizierten Kontrolle der materiellen Angemessenheit einer Handlung

### *2.1 Abstellen auf den objektiven Preis*

Unterliegen die Entscheidobjekte einer *Preisbestimmung nach objektiven Kriterien*, kann auf den Preis abgestellt werden.[159] Insbesondere kann möglicherweise ein Vergleich mit *Markt- oder Börsenpreise* angestellt werden.[160]

### *2.2 Fairness Opinion*

Ein *neutrales Gutachten* eines unabhängigen Dritten kann zur Feststellung dienen, ob die Handlung des Stiftungsrats die Stiftungsinteressen ausreichend wahrt.[161] Entscheidend ist, ob sich die ausreichende Wahrung der Stiftungsinteressen *objektiv* messen lässt. Zudem ist das Gutachten nur dann aussagekräftig, wenn es von einem „aussenstehenden, unabhängigen Sachverständigen", z.B. einer Revisionsgesellschaft, verfasst wurde.[162]

### *2.3 Vergleich mit anderen objektiven Kriterien*

Allgemein kann eine Handlung auf ihre materielle Angemessenheit hin überprüft werden, wenn sie sich mit *objektiv bestimmbaren Kriterien* vergleichen lässt. Hierzu kann z.B. die Einholung von *Konkurrenzofferten*[163] oder ein Vergleich mit vergleichbaren Parametern *anderer Stiftungen* hilfreich sein.[164]

---

159 STRAESSLE/VON DER CRONE, S. 344.

160 STRAESSLE/VON DER CRONE, a.a.O.

161 Zum Begriff der „Fairness Opinion" vgl. insbesondere SOMMER, S. 126, m.w.N.; LAZOPOULOS, S. 118 ff., m.w.N.; VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, S. 245. Zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. KUMPAN, S. 138 ff.

162 LAZOPOULOS, S. 118.

163 Als Vorbild könnte die Regelung in Art. 48i Abs. 1 BVV2 dienen, welche im Bereich der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge dazu verpflichtet, für *bedeutende Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden Konkurrenzofferten* einzuholen.

164 Vgl. SFC 2015, S. 54: „Bei der Festlegung der Höhe von Entschädigungen ist ein Vergleich mit anderen Stiftungen oder vergleichbaren Organisationen anzustellen."

## 3. Pflicht zur Durchführung einer qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit einer Handlung

Wann und inwieweit die Sorgfaltspflicht bzw. die Pflicht der ordnungsgemässen Ermessensausübung eine qualifizierte Überprüfung einer geplanten Handlung auf ihre materielle Angemessenheit erfordert, ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu eruieren.[165] Allgemein ist bei Vorliegen eines Interessenkonflikts ein Vergleich mit objektiven Kriterien zu empfehlen, es sei denn, dieser wäre mit einem *unverhältnismässigen, unzumutbaren Aufwand* verbunden.

Das Treffen eines Entscheides auf einer *unausreichenden Informationsgrundlage* kann im Einzelfall für sich allein eine Pflichtverletzung darstellen und deshalb aufsichtsrechtliche oder haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.[166] Ein mit Verantwortlichkeitsforderungen befasstes Gericht beispielsweise wird sich die Frage stellen, ob der Stiftungsrat aus einer „ex-ante-Sicht" (zumindest) im Zeitpunkt, in welchem der umstrittene Entscheid getroffen wurde, davon ausgehen durfte, dieser liege im Stiftungsinteresse. Eine Bejahung dieser Frage setzt voraus, dass der Entscheid auf einer angemessenen Informationsgrundlage getroffen wurde, wozu u.U. eine qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit des geplanten Entscheids gehört. Der Überprüfung der materiellen Angemessenheit anhand objektiver Kriterien kann daher eine entscheidende Bedeutung bei der Minimierung von Haftungsrisiken zukommen.[167]

Bestehen *Markt- oder Börsenpreise*, wird ein Vergleich mit denselben i.d.R. nicht mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden sein, weshalb ein solcher Vergleich, wenn möglich, vorgenommen werden sollte. Sollen hingegen ein Gutachten oder Konkurrenzofferten eingeholt werden, wird genauer abzuwägen sein, ob der Nutzen solcher Abklärungen dem Aufwand tatsächlich entspricht.

Geht es namentlich um den Kauf einer *Liegenschaft*, ist die Einholung eines Verkehrswertgutachtens eines unabhängigen Experten unerlässlich, um das

---

165 Vgl. RUSTERHOLZ/HELD, S. 189; CHRISTEN, S. 126.

166 Vgl. zu den möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen unten T. 2, Kap. 5 und 6, S. 143 ff. und 157 ff.

167 Zur Rechtsunwirksamkeit eines *Beschlusses* wegen ungenügender Überprüfung der materiellen Angemessenheit vgl. unten T. 2, Kap. 3, III. 2. 2.2 b, S. 109 f.

Haftungsrisiko gering zu halten.[168] Bei einer allfälligen Schadenersatzforderung gegen ein Stiftungsratsmitglied hätte ein befasstes Gericht zur Feststellung des Schadens nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Schätzung des Verkehrswerts eines Experten einzuholen und darauf abzustellen, ob der Verkaufspreis mehr als ca. 10 % des geschätzten Verkehrswertes über- bzw. unterschreitet.[169]

> Vgl. auch Art. 51c Abs. 1 BVG, wonach Rechtsgeschäfte von Vorsorgeeinrichtungen mit Nahestehenden marktüblichen Bedingungen entsprechen müssen;[170] zudem die Bestimmung im Swiss Foundation Code 2015,[171] nach welcher wesentliche Geschäfte der Stiftung mit Mitgliedern von Stiftungsorganen oder diesen nahe stehenden Personen zu gleichen Bedingungen wie für einen Dritten abzuschliessen und zudem im Geschäftsbericht auszuweisen und zu begründen seien.

---

168 Auch der SFC 2015, S. 64, empfiehlt bei Interessenkonflikten generell, „nötigenfalls […] vorgängig eine neutrale Begutachtung einzuholen", und insbesondere bei der Veräusserung von *Liegenschaften* oder anderen Sachen oder Rechten an für die Stiftung tätige Personen mit *nicht einfach oder eindeutig feststellbarem Wert* sogar *zwei* „neutrale Wertgutachten" einzuholen.

169 BGer 9C_238/2009 vom 11. September 2009, E. 3.1, 3.4.

170 Das Bundesgericht stellte bereits vor Einführung des Art. 51c Abs. 1 BVG bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit einer Vermögensanlage auf Marktwerte ab. So konsultierte es in BGer 9C_997/2009 vom 31. Mai 2010 den „durchschnittlichen Zinssatz der Kantonalbanken für neue Ersthypotheken" und kam zum Schluss, dass die konkret erzielte Rendite der Anlage das eingegangene Risiko nicht rechtfertige. Für weitere Beispiele, in denen das Bundesgericht auf die marktüblichen Bedingungen abstellte vgl. BRECHBÜHL, S. 131 FN 101. Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht auch bei der Beurteilung einer Sorgfaltspflichtverletzung von Organträgern *gewöhnlicher Stiftungen* Vergleiche mit allfälligen Marktwerten anstellen würde, da diese eine objektive Beurteilung der Angemessenheit zulassen. Andererseits hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Beiziehung der für Personalvorsorgestiftungen geltenden Anlagevorschriften der BVV 2 als Orientierungshilfe bundesrechtlich nicht zu beanstanden sei; BGE 124 III 99.

171 SFC 2015, S. 63.

## III. Genehmigung von Rechtsgeschäften

### 1. Sinn und Zweck der Genehmigung

Unterliegt ein Stiftungsratsmitglied in Bezug auf ein Rechtsgeschäft einem Interessenkonflikt, kann es sich zum Abschluss desselben ermächtigen oder dieses genehmigen lassen. Die Ermächtigung oder Genehmigung kann durch den Gesamtstiftungsrat mittels eines Beschlusses oder durch einzelne, vom Interessenkonflikt nicht betroffene Stiftungsratsmitglieder erfolgen.[172] So wird ermöglicht, dass zumindest ein *konfliktfreies Mitglied* das Rechtsgeschäft auf dessen Übereinstimmung mit den Stiftungsinteressen prüft.

### 2. Pflicht zur Genehmigung

Unter gewissen Voraussetzungen kann eine *Pflicht* des Stiftungsrats bestehen, über den Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte *Beschluss zu fassen*.[173] Ein zustande gekommener Beschluss beinhaltet diesfalls *gleichzeitig auch die Genehmigung* des Rechtsgeschäfts. Ohne Beschluss fehlt es umgekehrt an der Vertretungsbefugnis für das entsprechende Rechtsgeschäft.[174] Im Ergebnis kommt die Pflicht zur Beschlussfassung über den Abschluss eines Rechtsgeschäfts somit einer Pflicht zur Genehmigung desselben gleich.

Die Ermächtigung oder Genehmigung durch den Stiftungsrat oder andere Stiftungsratsmitglieder kann zudem erforderlich sein, um ein *Insichgeschäft* ausnahmsweise *rechtswirksam* zu machen.[175] In diesem Sinne kann zumindest von einer *Obliegenheit* der Ermächtigung zum Abschluss bzw. der Genehmigung von Insichgeschäften gesprochen werden. Darüber hinaus besteht keine Pflicht, bestimmte Rechtsgeschäfte vom Stiftungsrat oder von anderen Stiftungsratsmitgliedern genehmigen zu lassen.

---

172 Zur Genehmigung von Rechtsgeschäften durch die *Stiftungsaufsicht* vgl. unten T. 2, Kap. 5, II., 4., S. 148 ff.

173 Vgl. zur Beschlussfassungspflicht unten T. 2, Kap. 3, I. 4., S. 75 ff. Eine Genehmigung durch *einzelne Stiftungsratsmitglieder* ist unzulässig, wenn eine solche Beschlussfassungspflicht besteht.

174 Die fehlende Vertretungsbefugnis führt zum Entfall der Vertretungsmacht, wenn die Gegenseite bösgläubig war; vgl. hierzu unten T. 2, Kap. 4, II. 2. 2.2, S. 124 ff.

175 Vgl. zu den Insichgeschäften unten T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff.

## IV. Nichtmitwirkung bei bestimmten Handlungen

### 1. Sinn und Zweck der Nichtmitwirkung

Durch die gänzliche Nichtwirkung bei bestimmten Handlungen kann der dem Interessenkonflikt inhärenten Gefährdung der Stiftungsinteressen präventiv entgegengewirkt werden.[176] Die Nichtmitwirkung eines konfliktbetroffenen Stiftungsratsmitglieds kann insbesondere im Ausstand bei der Beschlussfassung oder in der Übertragung des Geschäftsabschlusses auf ein anderes Stiftungsratsmitglied bestehen.

### 2. Mitwirkungsverbot

Ein Verbot der Mitwirkung bei der *Beschlussfassung* besteht nach hier vertretener Auffassung lediglich im Anwendungsbereich von Art. 68 ZGB.[177] Ein Verbot, beim Abschluss eines *Rechtsgeschäfts* mitzuwirken, besteht im Ergebnis dann, wenn eine Ermächtigung oder Genehmigung durch den Stiftungsrat oder andere Stiftungsratsmitglieder zum Abschluss eines Insichgeschäfts nicht eingeholt werden kann und auch die Natur desselben dieses nicht ausnahmsweise *rechtswirksam* macht.[178]

## V. Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats

Nachfolgend wird zunächst der Sinn und Zweck einer Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats aufgezeigt (1.) und zudem behandelt, wann ein Verbot bzw. eine Pflicht hierzu besteht (2.). Darüber hinaus wird auch die Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen ein Stiftungsratsmitglied, welches zur Beendigung des Stiftungsratsmandats verpflichtet wäre, vom Stiftungsrat abberufen werden kann (3.).

---

176 VON DER CRONE, S. 4.
177 Vgl. zur Ausstandspflicht unten T. 2, Kap. 3, II, S. 83 ff.
178 Vgl. zu den Insichgeschäften unten T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff.

## 1. Sinn und Zweck der Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats

I.S. einer *ultima ratio* kann einem Interessenkonflikt mit der Nichtannahme oder der Beendigung des Stiftungsratsmandats begegnet werden.[179] Diese Massnahmen stehen beim Vorliegen eines *dauerhaften Interessenkonflikts* im Vordergrund, d.h. wenn dieser ab seinem Auftreten voraussichtlich eine Vielzahl von Entscheidungen betreffen wird, so dass die Tätigkeit als Organ der Stiftung an sich und insgesamt problematisch erscheint.[180]

## 2. Verbot der Annahme bzw. Pflicht zur Beendigung des Stiftungsratsmandats

Ist eine Person in der Revisionsstelle tätig, darf sie nach Art. 83b Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1 bzw. Art. 729 OR nicht gleichzeitig Mitglied des Stiftungsrats der Stiftung sein, welche die Revisionsstelle prüft.[181] Weitere *Inkompatibilitätsvorschriften* für Stiftungsratsmitglieder lassen sich dem objektiven Stiftungsrecht nicht entnehmen.[182] Indes könnten die den einzelnen Stiftungsratsmitgliedern allgemeinen Pflichten[183] eine Nichtannahme oder Aufgabe des Stiftungsratsmandates gebieten. Nachfolgend wird aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen die Lehre (2.1) und die Rechtsprechung (2.2) davon ausgehen, dass ein Stiftungsratsmandat nicht ausgeübt werden darf. Alsdann wird aufgezeigt, wann das Stiftungsratsmandat nach hier vertretener Auffassung nicht angenommen werden darf bzw. beendet werden muss (2.3).

### *2.1 Lehre*

---

179 Alternativ kommt allenfalls auch eine Aufgabe der den Interessenkonflikt provozierenden *externen Bindung* in Betracht.

180 Zur Unterscheidung zwischen dauerhaften und punktuellen Interessenkonflikten vgl. oben T. 1, Kap. 3, II., S. 33 f.

181 BAUMANN LORANT, S. 95.

182 Auch kann Art. 48h BVV 2 nicht als Orientierungshilfe für gewöhnliche Stiftungen dienen. Diese Bestimmung ist spezifisch auf die Besonderheiten der Personalvorsorgestiftungen zugeschnitten, indem sie sich nur auf „externe Personen" bezieht. Darunter sind grundsätzlich solche zu verstehen, welche nicht in einem Arbeitsverhältnis zu einem der angeschlossenen Unternehmen stehen; BRECHBÜHL, S. 129.

183 Zu den allgemeinen Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 1, S. 38 ff.

LANTER ist der Ansicht, dass dem Organträger bei *fortdauernder* Interessenkollision nur der Rücktritt bleibe, andernfalls er seine Treuepflicht verletze und unter Umständen schadenersatzpflichtig werde.[184] PICHT/JAKOB erachten ein Ausscheiden aus dem Amt oder eine Aufgabe der konfligierenden Bindung dann als geboten, wenn „der Interessenkonflikt nach *Häufigkeit und Reichweite* […] so gravierend [wird], dass das Mitglied seine Funktion im Vorstand nicht mehr richtig ausfüllen kann".[185] SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF gehen davon aus, dass ein Stiftungsmitglied bei *gravierenden, dauernden* Interessenkonflikten sein Amt wegen „Unvereinbarkeit" nicht antreten oder ausüben darf.[186] Ausgehend davon, dass der fortdauernde Interessenkonflikt in der Regel vom Stifter bewusst herbeigeführt oder in Kauf genommen wurde, ist BAUMANN LORANT der Ansicht, dass das Stiftungsratsmitglied die Wahl in den Stiftungsrat dann ohne Pflichtverletzung annehmen könne, wenn *statutarisch vorgesehen* ist, dass die Stiftungsratsmitglieder auch die Wahrung von Drittinteressen zu wahren haben.[187]

> Zum dauernden Interessenkonflikt äussert sich der Swiss Foundation Code 2015 folgendermassen:[188] „Wer in einem dauernden personellen, institutionellen oder geschäftlichen Interessenkonflikt steht, wird in seiner Arbeit für die Stiftung entscheidend behindert. Zudem kann seine Tätigkeit zu einem Reputationsschaden der Stiftung führen. Eine solche Person darf dem Stiftungsrat oder der Geschäftsführung nicht (mehr) angehören."

184 LANTER, S. 132, m.w.N.
185 OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 72 (Hervorhebungen hinzugefügt).
186 SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, F 146.
187 BAUMANN LORANT, S. 312.
188 SFC 2015, S. 64.

### *2.2 Rechtsprechung*

Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass in gewissen Situationen die Gefahr von Interessenkollisionen derart gross ist, dass sie nur durch Abberufung des Stiftungsratsmitglieds wirkungsvoll ausgeschaltet werden kann.[189] Da sich in dem zu beurteilenden Fall der Stiftungsrat aus dem Verwaltungsratspräsidenten, einem Verwaltungsrat und einem Prokuristen der *Stifterfirma*[190] zusammensetzte, sah es das Bundesgericht als offenkundig an, dass „es zwischen der Stiftung und der sich in *finanziellen Schwierigkeiten* befindenden Stifterfirma, die beide weitgehend durch dieselben Personen vertreten w[u]rden, zu Interessenkollisionen kommen" könne.[191] Es qualifizierte die durch die Aufsichtsbehörde bereits erfolgte und zu beurteilende *Abberufung* des Stiftungsrats daher als recht- und insbesondere verhältnismässig, da nur so der Gefährdung sowohl der Interessen der Stiftung und deren Destinatäre als auch umgekehrt der Stifterfirma und deren Gläubiger – welche insbesondere im Hinblick auf das laufende *Stundungsverfahren* bestand – wirkungsvoll begegnet werden konnte.[192]

### *2.3 Stellungnahme*

Sobald ein Interessenkonflikt *dauerhaft*[193] und derart *intensiv* ist,[194] dass die *gewissenhafte Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt* erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied das Stiftungsratsmandat nicht mehr ausüben. Wann dies zutrifft, ist anhand der gesamten Umstände des Einzelfalls zu eruieren.

> Beispiel 1: Die Stiftung X bezweckt die Unterstützung von Asylbewerbern im Asylverfahren. Y ist Mitglied des Stiftungsrats der X. Nach einigen Monaten der Ausübung seiner Stiftungsratstätigkeit kommt er zum

189 BGE 105 II 328. Ob das einzelne Stiftungsratsmitglied eine Pflicht zum *Rücktritt* trifft, ist damit freilich noch nicht geklärt.

190 Als Stifterfirma wird in Anlehnung an BGE 105 II 321 das Unternehmen bezeichnet, welches die Stiftung errichtete.

191 BGE 105 II 327 (Hervorhebungen hinzugefügt).

192 BGE 105 II 327 f.

193 Zur Unterscheidung zwischen dauerhaften und punktuellen Interessenkonflikten vgl. oben T. 1, Kap. 3, II., S. 33 f.

194 Zur Intensität des Interessenkonflikts vgl. oben T. 1, Kap. 3, I., S. 30 ff.

Schluss, dass zu viele Asylgesuche bewilligt werden. Er tritt deshalb dem Verein Z bei, welcher radikale fremden- bzw. flüchtlingsfeindliche Ansichten vertritt und bezweckt, die Anzahl aufzunehmender Flüchtlinge mit allen möglichen Mitteln zu senken. Y betätigt sich aktiv in diesem Verein. Da die Interessen der Stiftung X und des Vereins Z einander dauerhaft und diametral entgegenstehen, verunmöglicht die Mitgliedschaft beim Verein Z eine gewissenhafte Ausübung des Stiftungsratsmandats bei der Stiftung X an sich. Um seiner Sorgfalts- und Treuepflicht nachzukommen, hat Y entweder das Stiftungsratsmandat oder seine Tätigkeit im Verein zu beenden (wobei selbst nach Beendigung der Tätigkeit im Verein eine weitere Ausübung des Stiftungsratsmandats problematisch sein könnte).

Beispiel 2: In einem Fall wie dem in BGE 105 II 321 beurteilten[195] ist eine Pflicht zum Rücktritt zu bejahen. Weil Organe der Stifterfirma den Stiftungsrat der Stiftung bildeten, war der Interessenkonflikt auf Dauer angelegt. Aufgrund des Konkursverfahrens und der finanziellen Schwierigkeiten standen sich die Interessen der Stifterfirma und der Stiftung in Bezug auf eine Vielzahl von Entscheiden diametral entgegen; beispielsweise indem die Eingabe einer zu tiefen Forderung der Stiftung gegenüber der Stifterfirma im Konkursverfahren den Interessen der Stiftung in dem Umfang geschadet hätte, in welchem sie gleichzeitig den Interessen der Stifterfirma gedient hätte. Deshalb drängte sich ein Rücktritt des Stiftungsrats auf, da ihm nicht mehr zugetraut werden konnte, die Interessen der Stiftung ausreichend zu wahren.

195 Vgl. hierzu oben S. 62.

## 3. Abwahl des Stiftungsratsmitglieds durch den Stiftungsrat

Gebietet ein dauerhafter, intensiver Interessenkonflikt, dass das Stiftungsratsmandat nicht mehr ausgeübt wird, so hat das betreffende Stiftungsratsmitglied das Stiftungsratsmandat *von sich aus* niederzulegen. Unterlässt es dies, kann der Stiftungsrat das vom Konflikt betroffene Mitglied *nach Massgabe des Stiftungsstatuts abwählen*.

Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zudem eine *Abberufung* von Stiftungsratsmitgliedern durch die Stiftung *aus wichtigen Gründen* analog Art. 72 Abs. 3 ZGB selbst dann möglich, wenn dies im Stiftungsstatut nicht vorgesehen ist.[196] Eine derartige Abberufung aus wichtigen Gründen hat durch *einfachen Mehrheitsbeschluss des Stiftungsrats* zu erfolgen, wobei das auszuschliessende Stiftungsratsmitglied vom Stimmrecht nach Art. 68 ZGB richtigerweise ausgeschlossen sein muss.[197]

Ein wichtiger Grund liegt nach BAUMANN LORANT dann vor, „wenn dem Stiftungsrat die Zusammenarbeit mit einem Mitglied *nach Treu und Glauben nicht länger zugemutet* werden kann und die daraus resultierenden gestörten Beziehungen innerhalb des Organs die Funktionsfähigkeit der Stiftung ernsthaft gefährden".[198] In den Worten des Bundesgerichts ist mit Blick auf die die Abberufung eines Stiftungsorgans „zu fragen, ob dessen Verhalten in seiner Gesamtheit dergestalt [war], dass eine weitere Ausübung des Amtes unhaltbar

196 BGE 112 II 100; BGer 5A.23/1999 vom 27. März 2000, E. 2.c; BGE 128 III 211. BAUMANN LORANT, S. 121, BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 8; BK ZGB-RIEMER, ST vor Art. 60 ff. N 136; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, F 136. In Ausnahmesituationen kann nur noch eine Abberufung eines Stiftungsratsmitglieds die Stiftungsinteressen ausreichend wahren, weshalb die Abberufung aus wichtigen Gründen möglich sein muss und den Ansichten des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre auch zu folgen ist. Eine Abberufung aus wichtigen Gründen muss insbesondere dann möglich sein, wenn ein Stiftungsratsmitglied auf unbestimmte Dauer ins Amt gewählt wurde; vgl. BAUMANN LORANT, S. 121 f.

197 Vgl. zur Ausstandspflicht unten T. 2, Kap. 3, II, S. 83 ff.

198 BAUMANN LORANT, S. 122; vgl. auch BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 98; Art. 72 N 30; vgl. zum Begriff des wichtigen Grundes insgesamt BAUMANN LORANT, S. 123 ff., m.w.N.

erscheint."[199] Als wichtiger Grund ist demnach insbesondere auch die *grobe Pflichtverletzung* durch ein Stiftungsratsmitglied zu betrachten.[200]

Unterliegt ein Stiftungsratsmitglied einem *dauerhaften, schwerwiegenden Interessenkonflikt* und tritt es nicht von sich aus zurück, stellt dies einen wichtigen Grund dar, welcher eine Abberufung rechtfertigt. Besteht somit eine *Pflicht zur Beendigung* des Stiftungsratsmandats, stellt dies somit gleichzeitig *immer auch einen wichtigen Grund* dar, welcher eine Abberufung selbst ohne statutarische Grundlage rechtfertigt. Im Einzelfall kann die Pflicht zur Wahrung der Stiftungsinteressen eine solche Abberufung sogar *gebieten*.

> Bestehen keine weiteren, zur Abwahl befugten Stiftungsratsmitglieder, kann im Einzelfall das erforderliche Mehr nicht mehr erreicht werden oder bleiben die übrigen Stiftungsratsmitglieder untätig, hat die Stiftungsaufsichtsbehörde entsprechend tätig zu werden. Zur Absetzung von Stiftungsratsmitgliedern durch die Stiftungsaufsicht vgl. unten T. 2, Kap. 5, II. 5., S. 149 ff.

---

199 BGer 5A.8/2002 vom 20. August 2002, E. 4.2 (wo es um die Zulässigkeit der durch das EDI vorgenommenen Abberufung ging). Vgl. des Weiteren BGE 105 II 326, wonach für die Abberufung durch die Stiftungsaufsicht erforderlich ist, dass „das Verhalten des Stiftungsrats im Hinblick auf eine gesetzes- und stiftungsmässige Tätigkeit der Stiftung *nicht mehr tragbar*, die Zweckverwendung des Stiftungsvermögens beeinträchtigt oder gefährdet ist"; BGer 5A.23/1999 vom 27. März 2000, E. 3.b: „Wo […] die Funktionsfähigkeit der Stiftung als gefährdet erscheint, ist die Aufsichtsbehörde zuständig, über die Frage des Ausschlusses zu entscheiden."; vgl hierzu auch Baumann Lorant, S. 129. Diese Rechtsprechung betreffend die Voraussetzungen einer Abberufung durch die Stiftungsaufsicht kann auch auf die Abberufung durch den Stiftungsrat übertragen werden; BAUMANN LORANT, S. 124. Zur Absetzung von Stiftungsratsmitgliedern durch die Stiftungsaufsicht vgl. unten T. 2, Kap. 5, II. 5., S. 150 ff.

200 BAUMANN LORANT, S. 122.

## VI. Fazit zu den stiftungsrätlichen Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen

Auf Grundlage der allgemeinen Pflichten des Stiftungsrats und dessen Mitgliedern zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt können im Einzelfall konkrete Massnahmen erforderlich sein, um die Stiftungsinteressen bei Vorliegen eines Interessenkonflikts zu schützen. Der **Entscheid, welche Massnahmen** zu treffen sind, obliegt dabei grundsätzlich dem vom Interessenkonflikt betroffenen *Stiftungsratsmitglied*. Ausnahmsweise kann aber auch ein *Beschluss des Gesamtstiftungsrats* über die zu treffende Massnahme erforderlich sein. Ein bei einem derartigen Entscheid bestehendes *Ermessen* muss pflichtgemäss ausgeübt werden. Insbesondere sind die Umstände des Einzelfalls, namentlich die Intensität und Häufigkeit des Auftretens des Interessenkonflikts, zu berücksichtigen.

Die **Offenlegung** von Interessenkonflikten eines Stiftungsratsmitglieds gegenüber nicht vom Interessenkonflikt betroffenen Stiftungsratsmitgliedern ermöglicht, dass Letztere ein mit dem Interessenkonflikt einhergehendes Risiko der Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen einschätzen und entsprechend handeln können. Im *Grundsatz* hat das betroffene Stiftungsratsmitglied den übrigen Stiftungsratsmitgliedern *jeden potentiellen Interessenkonflikt* offenzulegen und diese rechtzeitig über sämtliche Umstände zu informieren, welche die Stiftungsinteressen beeinträchtigen könnten. Erreicht das betreffende Stiftungsratsmitglied mit anderweitigen Massnahmen, dass die Stiftungsinteressen trotz Interessenkonflikt ausreichend gewahrt werden, oder ist von vornherein offensichtlich, dass die Offenlegung eines Interessenkonflikts nicht der Wahrung der Stiftungsinteressen dient, kann ausnahmsweise von einer Offenlegung abgesehen werden. Ob dies zutrifft, kann im Einzelfall aber schwierig zu beurteilen sein, weshalb die übrigen Mitglieder im Zweifel zu informieren sind.

Kann anhand objektiver Kriterien überprüft werden, ob ein Entscheid materiell angemessen ist, insbesondere ein geplantes Rechtsgeschäft für die Stiftung gleich vorteilhafte Kriterien beinhaltet, welche auch bei einem Geschäft mit einem Dritten vorlägen (auch Ausrichtung am „dealing at arm's length"-Prinzip genannt), sollte eine solche **qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids** grundsätzlich auch vorgenommen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine solche Überprüfung mit einem *unverhältnismässigen, unzumutbaren Aufwand* verbunden wäre. Insbesondere wenn Markt- oder Börsenpreise bestehen, sollte ein Vergleich mit denselben i.d.R.

angestellt werden. Sollen hingegen ein neutrales Gutachten eines unabhängigen Dritten oder Konkurrenzofferten eingeholt werden, wird möglicherweise genauer abzuwägen sein, ob der Nutzen solcher Abklärungen dem Aufwand tatsächlich entspricht. Geht es um den Kauf einer Liegenschaft, ist die Einholung eines Verkehrswertgutachtens eines unabhängigen Experten i.d.R. unumgänglich.

Durch die gänzliche **Nichtmitwirkung** bei bestimmten Handlungen kann der dem Interessenkonflikt inhärenten Gefährdung der Stiftungsinteressen präventiv entgegengewirkt werden. Die Nichtmitwirkung eines konfliktbetroffenen Stiftungsratsmitglieds kann insbesondere im Ausstand bei der Beschlussfassung oder in der Übertragung des Geschäftsabschlusses auf ein anderes Stiftungsratsmitglied bestehen. Ein Verbot der Mitwirkung bei der *Beschlussfassung* besteht nach hier vertretener Auffassung lediglich im Anwendungsbereich von Art. 68 ZGB. Ein Verbot, beim Abschluss eines *Rechtsgeschäfts* mitzuwirken, besteht im Ergebnis dann, wenn eine Ermächtigung oder Genehmigung durch den Stiftungsrat oder andere Stiftungsratsmitglieder zum Abschluss eines Insichgeschäfts nicht eingeholt werden kann und auch die Natur desselben dieses nicht ausnahmsweise rechtswirksam macht.

Schliesslich kann einem Interessenkonflikt mit der **Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats** begegnet werden. Sobald ein Interessenkonflikt dauerhaft und derart intensiv ist, dass die *gewissenhafte Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt* erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied das Stiftungsratsmandat nicht mehr ausüben. Diesfalls hat das betreffende Stiftungsratsmitglied von sich aus das Stiftungsratsmandat niederzulegen. Unterlässt es dies, kann es vom Stiftungsrat aus wichtigen Gründen durch einfachen Mehrheitsbeschluss abberufen werden.

# Kapitel 3: Der Interessenkonflikt bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats

Im vorliegenden Kapitel wird eruiert, welche Regeln bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats im Zusammenhang mit Interessenkonflikten zu beachten sind. Hierzu werden zunächst die bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats im *Allgemeinen* geltenden Regeln aufgezeigt (I.). Alsdann wird bezogen auf den Interessenkonflikt geprüft, unter welchen Voraussetzungen die Stiftungsratsmitglieder verpflichtet sind, bei der Beschlussfassung in den *Ausstand* zu treten und welche Rechtsfolgen die Verletzung dieser Pflicht auf die Rechtswirksamkeit des Beschlusses haben kann (II.). Schliesslich wird betrachtet, welche Regeln bei der konfliktbehafteten Beschlussfassung *im Übrigen* massgebend sind und unter welchen Voraussetzung eine Verletzung derselben zur Rechtsunwirksamkeit des Beschlusses führen kann (III.).

## I. Beschlussfassung des Stiftungsrats im Allgemeinen

Zunächst wird aufgezeigt, was unter einem *Stiftungsratsbeschluss* zu verstehen ist und welche Funktion und Rechtsnatur diesem zukommt (1.). Alsdann wird betrachtet, nach welchen *Regeln* sich die Beschlussfassung des Stiftungsrats richtet (2.), wie ein Beschluss *zustande kommt* (3.) und wann eine *Beschlussfassungspflicht* besteht (4.). Schliesslich wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen ein Stiftungsratsbeschluss *rechtsunwirksam* ist bzw. wird (5.).

### 1. Begriff des Stiftungsratsbeschlusses

#### *1.1 Definition, Funktion und Rechtsnatur*

Der (formelle) Beschluss wird in vorliegender Arbeit verstanden als nicht empfangsbedürftige,[201] verbindliche *Verkündung des Willens des Stiftungsrats*,[202] welcher beim mehrköpfigen Stiftungsrat aus einem formellen

201 Vgl. BURGHERR, N 45; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 66 N 1 (beide zum Verein).

202 Grundsätzlich erfolgt bei der Stiftung die Willensbildung durch den *Stifter* und ist mit der Stiftungserrichtung vollendet; JAKOB, Stiftungsbegriff, S. 253;

Beschlussfassungsverfahren und beim Einpersonenstiftungsrat aus einem innerlichen Denkvorgang hervorgeht.[203] Er hat die Funktion, für die mit der Umsetzung des Beschlusses befassten Personen *verbindliche oder zumindest richtungsweisende Anordnungen* im Kompetenzbereich des Stiftungsrats zu treffen.[204]

> In der *Lehre* wird der Stiftungsratsbeschluss unterschiedlich definiert. BAUMANN LORANT um-schreibt den Stiftungsratsbeschluss – gleich wie HEINI/SCHERRER[205], SCHERRER/TÄNNLER[206] und RIEMER[207] den Vereinsbeschluss – als eine aus mehreren Willenserklärungen der Stiftungsratsmitglieder hervor-gehende, einheitliche Willenserklärung des Gesamtstiftungsrats.[208] JAKOB sieht den (Vereins-)Beschluss als „Willenserklärung zur Bestimmung des Vereinswillens, die sich i.d.R. aus mehreren gleichgerichteten Willenserklärungen der jeweiligen Mitglieder bündelt, ohne dass ein zusätzlicher Erklärungsempfänger vorhanden wäre".[209] SCHOTT sieht

---

TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 17 N 14 ff. In diesem Sinne ist der Stiftungsrat nicht als Willensbildungsorgan zu betrachten; BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 9. Nichtsdestotrotz kann der Stiftungsrat *im Umfang des ihm durch den Stifter eingeräumten Ermessens* einen *eigenen Willen* bilden; BK ZGB-RIEMER, a.a.O. Der Wille des Stiftungsrats stellt dabei eine „*künstlich geschaffene, rechtliche Einheit*" dar; WEBER-DÜRLER, S. 16; vgl. auch BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 4.

203 BURGHERR, N 47. Ist das einzige Mitglied eine juristische Person, kann deren eigenes Beschlussfassungsverfahren wiederum für die Willensbildung von Bedeutung sein.

204 ERNST, S. 27; FELDMANN, S. 22: „Rechtswirkungen werden immer da sein, seien es Aussen- oder Innenwirkungen, diesem Ziele wegen wird der Beschluss ja auch gefasst." Vgl. auch ERNST, S. 9: „Mit dem Beschluss […] wird das […] Verhalten der anderen Organe […] angeleitet. Der Beschluss hat Steuerungsfunktion." Als mit der Umsetzung des Beschlusses befasste Personen stehen beim mehrköpfigen Stiftungsrat die Stiftungsratsmitglieder, beim Einpersonenstiftungsrat andere Organe oder Dritte als Adressaten im Vordergrund.

205 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 66 N 19.

206 SCHERRER/TÄNNLER, S. 281.

207 BK ZGB-RIEMER, Art. 66 N 5.

208 BAUMANN LORANT, S. 165 f., m.w.N.

209 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 66 N 1.

> den Beschlussantrag und die Beschlussverkündung als entscheidende Tatbestandsmerkmale des Beschlusses.[210]

Auf Grundlage der soeben aufgezeigten Definition und Funktion des Beschlusses ist dieser mit der h.L.[211] als *Rechtsgeschäft* zu qualifizieren. Unter einem solchen ist die Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses, an welche die Rechtsordnung den Eintritt dieses gewollten rechtlichen Erfolges knüpft, zu verstehen.[212] Tatbestandselemente bilden einerseits die auf eine *Rechtsfolge gerichtete Willenserklärung*, andererseits die entsprechende *Rechtsfolge*.

Der Beschluss weist beide Elemente auf: Die *Beschlussverkündung* stellt die eigentliche Erklärung des Willens des Stiftungsrats dar. Zudem hat der Beschluss nach Massgabe der dem Stiftungsrat im Stiftungsstatut eingeräumten Kompetenzen Rechtsfolgen, indem er entsprechend seiner Funktion *für alle mit der Umsetzung des Beschlusses befassten Personen verbindlich oder zumindest richtungsweisend* ist. Die Bindung der einzelnen Stiftungsratsmitglieder an die Beschlüsse des Gesamtstiftungsrats ergibt sich aus deren Stellung als Organe. Mit Übernahme einer Organträgerfunktion unterwerfen sich die Stiftungsratsmitglieder auch dem geltenden Beschlussfassungsverfahren und den auf Grundlage desselben getroffenen (zukünftigen) Beschlüssen.

> Beim *mehrköpfigen Stiftungsrat* ist diese Bindungswirkung besonders wichtig, damit ein einheitliches Handeln der mit der Umsetzung des Beschlusses befassten Stiftungsratsmitglieder gewährleistet ist. Aber auch der durch einen *Einpersonenstiftungsrat* geäusserte Beschluss hat Bindungswirkung; einerseits bindet er andere Organe und Dritte, die mit der Umsetzung des Beschlusses befasst sind, andererseits bindet ein

---

210 SCHOTT, GV-Beschluss, § 6 N 24 ff.

211 Vgl. nur DUBS, S. 357; FELDMANN, S. 22; FORSTMOSER, Aktienrecht, S. 162; HÄFLIGER, S. 111; HUGUENIN, N 55; SCHWENZER, N 3.29; WEBER-DÜRLER, S. 25 ff. Für eine ausführliche Begründung der Qualifikation als Rechtsgeschäft vgl. SCHOTT, GV-Beschluss, § 2 N 24 ff.

212 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 120 ff.; SCHOTT, GV-Beschluss, § 2 N 6; HUGUENIN, N 45; SCHWENZER, N 3.01; KOLLER, § 3 N 5, m.w.N.; WEBER-DÜRLER, S. 25; FELDMANN, S. 13 f., m.w.N.

verkündeter Beschluss bis zu dessen Widerruf aber auch das verkündende (einzige) Stiftungsratsmitglied selbst.[213] Auch Beschlüsse, die *ausführender Rechtshandlungen* (z.B. des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts mit Dritten) bedürfen, damit die letztendlich verfolgten Ziele erreicht werden, sind als Rechtsgeschäfte zu qualifizieren. Sie entfalten bereits unmittelbar mit der Verkündung intern Rechtswirkungen, indem sie die Rahmenbedingungen für die Ausführungshandlungen vorgeben.

### *1.2 Abgrenzung vom (informellen) Entscheid des Stiftungsratsmitglieds*

Der (informelle) Entscheid wird vorliegend als *innerlicher Denkvorgang* verstanden, mittels dessen sich das *Stiftungsratsmitglied* seinen Willen bildet.[214] Der Denkvorgang beinhaltet die Auswahl einer von mehreren Handlungsoptionen und Erhebung derselben zum Willen mit dem Ziel, die gewählte Option zu verwirklichen.[215]

In ihrer Funktion als Organe der Stiftung haben die Stiftungsratsmitglieder eine Vielzahl von informellen Entscheiden zu treffen, da *sämtlichen Handlungen* des Stiftungsrats und dessen Mitglieder informelle Entscheide der einzelnen Stiftungsratsmitglieder *zugrunde* liegen. Auch Stiftungsratsbeschlüsse resultieren aus informellen Entscheiden der Stiftungsratsmitglieder.

Beim *Einpersonenstiftungsrat* stimmt der Wille des einzigen Stiftungsratsmitglieds jeweils mit dem Willen des Stiftungsrats als solchem überein.

---

213 Dadurch können sich auch mit der Stiftung in qualifizierter Weise verbundene Dritte, wie beispielsweise die Stiftungsaufsicht, am Beschluss orientieren. Der Stiftungsratsbeschluss schafft in diesem Sinne auch Rechtssicherheit.

214 Vgl. BURGHERR, N 47.

215 Vgl. WEIMAR, S. 7: „Die Entscheidung erscheint vor diesem Hintergrund als der vom „Ich" gesteuerte Prozess, der zur Auswahl einer der angebotenen und phänomenal realisierbaren Alternativen führt und die Verwirklichung der Alternative, auf die sich das Subjekt festgelegt hat, intendiert."; WEBER-DÜRLER, S. 15: „[Der Mensch] entscheidet sich, indem er aus den vielen möglichen Vorstellungen *eine* auswählt und zum Willen erhebt."

Informelle Entscheide des einzigen Stiftungsratsmitglieds können somit durch die Abgabe einer einfachen *Willenserklärung zum Beschluss* werden.[216]

> In der juristischen Literatur wird dabei häufig nur dann von einem „Beschluss" gesprochen, wenn dieser von einer Personenmehrheit ausgeht.[217] In vorliegender Arbeit wird die verbindliche Kundgabe des Willens eines *Einpersonenstiftungsrats* demgegenüber *ebenfalls* als *Beschluss* bezeichnet, wodurch dieser von den informellen Entscheiden des Einpersonenstiftungsrats abgegrenzt werden kann.

Beim *Mehrpersonenstiftungsrat* stimmt der Wille des Stiftungsrats oft nicht mit dem Willen der einzelnen Stiftungsratsmitglieder überein. Der Wille des Stiftungsrats muss zunächst durch ein *Beschlussfassungsverfahren* ermittelt und alsdann *verkündet* werden, damit ein dem Gesamtstiftungsrat zuzuordnender *Beschluss* zustande kommt.[218]

> Interessenkonflikte können in sämtlichen denkbaren *Entscheidsituationen* auftreten. *Abhängig davon, wie diese Entscheide umgesetzt werden*, gelten indes *unterschiedliche Regeln*, welche zu beachten sind. Im vorliegenden Kapitel geht es um die Regeln bei einer Umsetzung von Entscheiden mittels eines Beschlusses.[219]

## 2. Auf die Beschlussfassung des Stiftungsrats anwendbare Regeln

---

216 Vgl. hierzu sogleich unten T. 2, Kap. 3, I. 3. 3.1, S. 73 f.

217 Vgl. hierzu die Übersicht in BURGHERR, N 32.

218 Vgl. hierzu sogleich unten T. 2, Kap. 3, I. 3. 3.2, S. 74 f.

219 Besondere Regeln gelten ausserdem beim Abschluss von Rechtsgeschäften; vgl. unten T. 2, Kap. 4, S. 115 ff. Im Übrigen sind die allgemeinen Pflichten massgebend; vgl. oben T. 2, Kap. 1, S. 38 ff.

Nach dem Art. 83 ZGB zu entnehmenden Grundsatz der Organisationsfreiheit ist es grundsätzlich dem Stifter überlassen, die Einzelheiten der Organisation und insbesondere auch das Beschlussfassungsverfahren des Stiftungsrats zu regeln.[220] Enthält das *Stiftungsstatut* keine Regelung, kann nach der gefestigten und von der Lehre anerkannten Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Stiftungen „in organisatorischer Hinsicht, namentlich betreffend Willensbildung und Beschlussfassung" *Vereinsrecht analog* angewendet werden, soweit die Stiftungsurkunde oder –reglemente nichts anderes bestimmen.[221] Lässt sich den vereinsrechtlichen Regeln zu einer bestimmten Frage keine Antwort entnehmen, gelten bei der Beschlussfassung im Übrigen dieselben Regeln, welche für alle Handlungen und Entscheide des Stiftungsrats relevant sind. Massgebend können somit auch die allgemeinen Pflichten zu *ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt* sein.[222]

## 3. Zustandekommen des Beschlusses

### *3.1 Die Verkündung des durch innerlichen Denkvorgang gefassten Willens des Einpersonenstiftungsrats*

Der Einpersonenstiftungsrat fasst seine Beschlüsse – unter Vorbehalt anderweitiger statutarischer Vorgaben – durch die *einfache Erklärung seines* durch einen innerlichen Denkvorgang gebildeten *Willens*.[223] Die entsprechende Willenserklärung ist zu protokollieren.[224]

### *3.2 Beschlussfassungsverfahren des Mehrpersonenstiftungsrats*

---

220 BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 30.

221 BGE 129 III 644; BGE 128 III 211; BGE 112 II 97; BGer 5A.23/1999 vom 27. März 2000, E. 2b; vgl. auch BGer 5A.37/2004 vom 1. Juni 2005, E. 4; RIEMER, Entwicklungen, S. 515 f.; BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 32; BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 2; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 3a; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 3; BAUMANN LORANT, S. 40.

222 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 1 und 2, S. 38 ff. und 49 ff.

223 BURGHERR, N 41, 47 (zum Verein); vgl. zu den Willenserklärungen im Einzelnen HUGUENIN, N 167 ff.

224 BAUMANN LORANT, S. 176 ff.; BK ZGB-RIEMER, Art. 69 N 46 i.V.m. Art. 83 N 33; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, F 156; ZK ZGB-EGGER, Art. 69 N 5 i.V.m. Vorbem. zu Art. 80 N 8.

Nach den unter Vorbehalt anderweitiger statutarischer Vorgaben auch für die Beschlussfassung des Stiftungsrats massgebenden vereinsrechtlichen Regeln erfordert eine ordentliche Beschlussfassung eines mehrköpfigen Stiftungsrats zunächst eine gehörige *Einberufung* einer Stiftungsratssitzung, welche insbesondere eine gehörige *Ankündigung* der Abstimmungsgegenstände beinhaltet (vgl. Art. 67 Abs. 3 ZGB). In der Stiftungsratssitzung erfolgt alsdann die *eigentliche Beschlussfassung*. Diese besteht beim Mehrpersonenstiftungsrat aus einem Antrag, der Aussprache, der Abstimmungsfrage, der Stimmabgabe und der Auszählung der Stimmen und resultiert in der *Verkündung* des Beschlussinhalts, d.h. der Vorsitzende gibt sowohl das Auszählungsergebnis als auch den Beschlussinhalt bekannt und lässt beides protokollieren.[225]

Der Wille des mehrköpfigen Stiftungsrats wird bereits im Zeitpunkt determiniert, in welchem die letzte Stimme abgegeben wird. Verbindlich wird der Beschluss m.E. aber erst mit seiner *Verkündung*. Der Beschluss geht somit nicht unmittelbar und automatisch aus den Stimmabgaben hervor, sondern kommt erst mit seiner Verkündung zustande; die Beschlussverkündung ist mithin *konstitutiv*.[226] Dies erfordern insbesondere Gründe der Rechtssicherheit und der Förderung eines einheitlichen Handelns des Stiftungsrats.[227] Die Stimmabgaben können in diesem Sinne als Sachverhalt angesehen werden, auf dessen Grundlage der eigentliche Beschluss durch Verkündung des Ergebnisses zustande kommt.[228]

---

225 ERNST, Abstimmungsfibel, N 186. Vgl. zur Protokollierungspflicht von Beschlüssen die vorangehende FN.

226 Ebenso ERNST, insb. S. 9 und S. 39; SCHOTT, GV-Beschluss, § 6 N 13; BURGHERR, N 44 f. A.A. insb. JÄGGI, S. 402; SCHOTT, S. 116; TANNER, S. 154; HUNGERBÜHLER, S. 156 (allesamt zur Aktiengesellschaft). Zum deutschen Recht vgl. insb. die Verweise in ERNST, S. 2 und S. 9, u.a. auf VON THUR, S. 232.

227 Käme der Beschluss bereits mit der Abgabe der einzelnen Stimmen zustande, könnte dies zu stossenden Ergebnissen führen. So gälte der Beschluss nach vollendeter Abgabe der Stimmen selbst dann bereits als gefasst, wenn sich die Stiftungsratsmitglieder uneinig darüber sind, ob der Antrag nun angenommen oder abgelehnt wurde; ERNST, S. 9 f. Vgl. für eine ausführliche Begründung, weshalb ein Beschlussfeststellungserfordernis besteht, ERNST, S. 7 ff., der u.a. ausführt, dass der Beschluss im Gegensatz zum Vertrag auch weitere Rechtssubjekte binde, die nicht an der Beschlussfassung beteiligt waren (nämlich die abwesenden Mitglieder und die anderen Organe), was ein klares Festhalten des Ergebnisses erfordert.

228 ERNST, S. 37.

## 4. Pflicht zur Beschlussfassung

Es stellt sich die Frage, welche *Entscheide in Form eines Beschlusses* zu regeln sind und wann demgegenüber ein *informeller Entscheid* genügt. Die Beantwortung dieser Frage hängt massgeblich davon ab, ob Geschäftsführungsaufgaben an einzelne Stiftungsratsmitglieder delegiert wurden (4.2) oder nicht (4.1).

> Die Beschlussfassungspflicht ist insbesondere deshalb für vorliegende Arbeit relevant, weil einerseits die im Umgang mit Interessenkonflikten geltenden *Regeln bei der Beschlussfassung* nur dann zur Anwendung kommen, wenn auch tatsächlich Beschluss gefasst wird. Andererseits stellt es eine *Pflichtverletzung* dar, wenn ein Entscheid in unzulässiger Weise nicht in Form eines Beschlusses getroffen wird. Zudem ist ein Stiftungsratsmitglied, welches ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Beschlussgrundlage abschliesst, *nicht zur Vertretung der Stiftung befugt*, was bei Bösgläubigkeit der Gegenseite zum Entfall der Vertretungsmacht führt.[229]

### *4.1 Pflicht zur Beschlussfassung bei fehlender Delegation von Geschäftsführungsaufgaben*

Enthält das Stiftungsstatut keine anderweitigen Vorgaben, gilt als „Grundsatz des schweizerischen Körperschaftsrechts" das *Kollegialsystem*. Demnach haben die Stiftungsratsmitglieder den Stiftungszweck *gemeinsam* umzusetzen.[230] Dies bedingt gleichzeitig, dass bei der Umsetzung des Stiftungszwecks anfallende Entscheide grundsätzlich nach dem *Mehrheitsprinzip* getroffen werden.[231] Die Beachtung des Mehrheitsprinzips wiederum erfordert, dass auch die Regeln eines *formellen Beschlussfassungsverfahrens* beachtet werden.[232]

---

229 Vgl. hierzu unten T. 2, Kap. 4, II. 2. 2.2, S. 124 ff.

230 BAUMANN LORANT, S. 221 i.V.m. S. 219 f.; HEINI/PORTMANN, N 483.

231 BAUMANN LORANT, a.a.O.; vgl. auch HEINI/PORTMANN, N 484.

232 Nur bei Beachtung der formellen Beschlussfassungsregeln kann gewährleistet werden, dass der Beschlussinhalt auch tatsächlich dem Gesamtstiftungsrat zugeordnet werden

Die Entscheide des Stiftungsrats müssen somit im Grundsatz in Form von Beschlüssen getroffen werden.

Gleichzeitig sind im Praxisalltag eine Vielzahl von Entscheiden zu treffen, weshalb es schlicht *nicht möglich* ist, über *sämtliche Entscheide Beschluss* zu fassen. Auch eine *effiziente Verfolgung des Stiftungszwecks* erfordert zudem, dass die einzelnen Stiftungsratsmitglieder gewisse Entscheide auch selbständig, d.h. ohne das Erfordernis einer Beschlussfassung, treffen können. Die mittels Beschluss zu treffenden Entscheide müssen daher eingegrenzt werden, ohne dass dabei vom grundsätzlich geltenden Kollegialsystem abgewichen werden.

Vor diesem Hintergrund ist zu fordern, dass *grundlegende, wichtige und (voraussichtlich) streitige Entscheide* vom Stiftungsrat in Form eines Beschlusses getroffen werden. Entscheide *untergeordneter Natur* und solche, mittels welcher die genannten (grundlegenden, wichtigen und streitigen) Entscheide *vorbereitet oder ausgeführt* werden, können hingegen informell getroffen werden.[233]

Werden die grundlegenden und wichtigen Entscheide vom Stiftungsrat als solchem getroffen, sind die ausführenden Entscheide als vom *Willen des Gesamtstiftungsrats mitumfasst* zu betrachten. Bei vorbereitenden Entscheiden und solchen untergeordneter Natur tritt demgegenüber das Kollegialsystem zugunsten einer *effizienten Zweckverfolgung* in den Hintergrund. Bei streitigen Entscheiden kann indes nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sie vom Willen des Gesamtstiftungsrats gedeckt sind, weshalb das *Kollegialitätsprinzip* die Fassung eines Beschlusses erfordert, es sei denn, es handle sich um gänzlich untergeordnete Entscheide. Die effiziente Zweckverfolgung tritt bei umstrittenen Entscheiden wieder in den Hintergrund.

> Die vorangehende Begründung der Pflicht zur Beschlussfassung kann nur teilweise auf den *Einpersonenstiftungsrat* übertragen werden, da bei diesem das

---

kann und dem Mehrheitsprinzip effektiv Nachachtung verschafft wird. Andernfalls ist nicht garantiert, dass sich sämtliche Stiftungsratsmitglieder vorbereiten, mit der Sache auseinandersetzen und an der Entscheidfindung überhaupt teilnehmen können.

233 Im Ergebnis ähnlich BAUMANN LORANT, S. 222. Die Beurteilung, ob ein formeller Beschluss erforderlich ist, hängt vom Ermessen der einzelnen Stiftungsratsmitglieder ab; diese haben es in der Hand, einen Antrag auf Beschlussfassung in einer konkreten Angelegenheit zu stellen.

Kollegialsystem keine Anwendung findet. Die Beschluss-fassung hat bei diesem primär die Funktion, mit der Umsetzung eines Entscheids befasste Dritte, aber auch das Mitglied selbst zu binden, um so als Orientierung für mit der Stiftung in qualifizierter Weise verbundene Dritte – wie die Stiftungsaufsicht – zu dienen und gleichzeitig Rechtssicherheit zu schaffen.[234] Diese Funktion kann in der Praxis ebenfalls nur dann erfüllt werden, wenn die mittels Beschluss zu treffenden Entscheide eingegrenzt werden. Vor diesem Hintergrund ist beim Einpersonenstiftungsrat davon auszugehen, dass dieser ebenfalls *über grundlegende und wichtige Entscheide Beschluss* zu fassen hat, nicht aber über solche untergeordneter Natur.

### *4.2 Entfall des Beschlussfassungserfordernisses bei zulässiger Delegation von Geschäftsführungsaufgaben*

Der *Stifter* darf nach dem Grundsatz der Organisationsfreiheit[235] im Stiftungsstatut bestimmte Aufgaben und damit verbundene Entscheidungen und Handlungen auf einzelne Stiftungsratsmitglieder übertragen.[236] Mit dieser selbständigen Entscheidungs- und Handlungskompetenz geht grundsätzlich auch die Befugnis einher, im entsprechenden Bereich auf eine formelle Beschlussfassung zu verzichten.

Zudem ist davon auszugehen, dass der *Stiftungsrat* selbst bei Fehlen einer entsprechenden Grundlage im Stiftungsstatut dazu befugt ist, eine Delegation von Aufgaben auf einzelne Stiftungsratsmitglieder durch interne Weisungen oder

---

234 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 3, I. 1. 1.1, S. 68 f.

235 BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 30.

236 BAUMANN LORANT, S. 221. Vgl. zu den *undelegierbaren Aufgaben* aber BAUMANN LORANT, S. 232, m.w.N.

mittels eines Organisationsreglements vorzunehmen,[237] da ihm die „umfassende Organisationsverantwortung“[238] zukommt. Die Sorgfaltspflicht kann eine solche Delegation sogar gebieten. In den delegierten Bereichen ist eine formelle Beschlussfassung ebenfalls nicht erforderlich, da die Delegation gerade mit sich bringt, dass nicht sämtliche Stiftungsratsmitglieder darin involviert werden.[239]

## 5. Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses

Nachfolgend wird in einem ersten Schritt geklärt, unter welchen Voraussetzungen Stiftungsratsbeschlüsse von der Stiftungsaufsichtsbehörde *aufgehoben* werden können oder sogar *nichtig* sind (5.1). In einem zweiten Schritt wird erläutert, welche *Rechtsfolgen* mit der erfolgreichen Anfechtung oder der Nichtigkeit eines Beschlusses verbunden sind (5.2).

### *5.1 Voraussetzungen der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit von Stiftungsratsbeschlüssen*

Ist ein Beschluss fehlerhaft, so kann er von der *Stiftungsaufsicht* auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde hin oder von Amtes wegen *aufgehoben* werden.[240] Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer Gesetzes-, Statuten- oder Reglementsverletzung bzw. eines Ermessensfehlers.[241]

Ist der *Inhalt* eines angefochtenen Beschlusses fehlerhaft, so ist dieser von der Stiftungsaufsichtsbehörde aufzuheben.[242] Betrifft die Pflichtverletzung nicht

---

237 BAUMANN LORANT, S. 222; BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 31, 9. Für eine Übersicht über die Lehrmeinungen vgl. BAUMANN LORANT, S. 225 f. Vgl. zu den undelegierbaren Aufgaben aber wiederum BAUMANN LORANT, a.a.O.

238 BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 11, Hervorhebung hinzugefügt.

239 Demgegenüber kann *selbst in einem delegierten Bereich* nicht mehr davon ausgegangen werden, dass ein Stiftungsratsmitglied selbständig Entscheide fällen darf, wenn zwischen den Stiftungsratsmitgliedern in der konkreten Angelegenheit *Uneinigkeit* besteht; diesfalls würde ein selbständiger Entscheid des Stiftungsratsmitglieds das Kollegialitätsprinzip verletzen.

240 Vgl. zu den Voraussetzungen eines Einschreitens der Stiftungsaufsicht und zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde unten T. 2, Kap. 5, I., S. 143 ff.

241 BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 519; BAUMANN LORANT, S. 181.

242 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 75 N 9.

primär den Inhalt, sondern das *Zustandekommen* des Beschlusses (indem z.B. Verfahrensvorschriften verletzt werden),[243] ist dieser dann aufzuheben, wenn der *Beschlussinhalt ohne die Pflichtverletzung möglicherweise ein anderer* gewesen wäre.[244]

Die Stiftungsaufsicht hat den Stiftungsrat i.d.R. anzuweisen, in der Sache *erneut Beschluss zu fassen*. Eine reformatorische Ersetzung des fraglichen Beschlusses durch einen anderweitigen Beschluss wird normalerweise nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar sein, es sei denn, der Inhalt, welcher bei Offenlegung des Interessenkonflikts erzielt worden wäre, stünde zweifelsfrei fest.[245]

Bei gravierenden Fehlern kann ein Beschluss sogar *nichtig* sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten die Grundsätze zur Nichtigkeit von Vereinsbeschlüssen auch für die Beschlüsse des Stiftungsrats.[246] Demnach sind Stiftungsratsbeschlüsse, die mit besonders *schwerwiegenden Fehlern* behaftet sind, nichtig.[247] Als schwerwiegend fehlerhaft qualifiziert das Bundesgericht Beschlüsse, die gegen die „*Grundstruktur* der juristischen Person verstossen", deren „Inhalt unsittlich" ist,[248] die „einen *unmöglichen* oder gegen das *Gesetz* oder die *Statuten verstossenden Inhalt"* haben, „gegen das Recht der

243 KUKO ZGB-JAKOB, a.a.O.

244 Die Pflichtverletzung muss m.a.W. *potentiell kausal* für das Beschlussergebnis gewesen sein; ebenso KUKO ZGB-JAKOB, a.a.O., m.w.N.; BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 26 f.; ERNST, Abstimmungsfibel, N 281; BGE 114 II 199, wo festgehalten wird, dass ein angefochtener Beschluss wegen eines formellen Fehlers nicht aufgehoben werden darf, wenn dieser formelle Fehler keinen Einfluss auf den Inhalt des Beschlusses hatte; ebenso BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 75 N 11.

245 Zur grundsätzlich kassatorischen Natur der Verfügungen der Stiftungsaufsicht bei einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde vgl. BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 125. Zum Vereinsrecht vgl. insbesondere KUKO ZGB-JAKOB, Art. 75 N 2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 46; BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 75 N 31; HANDSCHIN/TRUNIGER, S. 142 ff.; ZEN-RUFFINEN/SCHERRER, S. 473 ff.

246 BGer 5A.8/2002 vom 20. August 2002, E. 2.3; BGE 129 III 644 f.; BAUMANN LORANT, S. 187; RIEMER, Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz, S. 516.

247 BAUMANN LORANT, S. 186 f.; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, F 164; HEINI/PORTMANN, N 273.

248 BGE 86 II 88.

Persönlichkeit [verstossen] oder unter Verletzung *zwingender Vorschriften über die Beschlussfassung* zustande gekommen sind".[249]

### *5.2 Rechtswirkungen eines erfolgreich angefochtenen oder nichtigen Stiftungsratsbeschlusses*

Die *Aufhebung* eines Beschlusses durch die Stiftungsaufsicht hat – analog zum Vereinsrecht – *gestaltende Wirkung ex tunc und erga omnes*.[250] Ein nichtiger Stiftungsratsbeschluss entfaltet von Anfang an keine Rechtswirkungen.[251] Erfolgreich angefochtene oder nichtige Beschlüsse können die ihnen an sich zukommende Funktion, eine für die Stiftungsratsmitglieder verbindliche Anordnung zu treffen, deshalb nicht (mehr) erfüllen. Bei *rechtsgestaltenden* Beschlüssen (wie z.B. der Abwahl eines Stiftungsratsmitglieds) treten die damit bezweckten Rechtswirkungen nicht ein bzw. entfallen: Mit einem Beschluss verbundene *Weisungen* sind bzw. werden unverbindlich und durch einen Beschluss vermeintlich *eingeräumte Rechte* sind nicht (mehr) kompetenzbegründend. Insbesondere die durch einen Beschluss vermeintlich eingeräumte *Vertretungsbefugnis* besteht nicht bzw. entfällt.[252]

---

249 BGE 93 II 30 (Regeste), 33 ff., m.V.a. BGE 67 II 175 und BGE 86 II 88. Vgl. auch BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 93 ff. Für eine Übersicht möglicher, von der Lehre und der Rechtsprechung aufgeführter Nichtigkeitsgründe vgl. BAUMANN LORANT, S. 186 ff.; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 75 N 10 ff.; BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 75 N 34 ff., alle m.w.N.

250 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 75 N 2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 46; BGE 136 III 350; BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 75 N 31. Zur Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Regeln bei der Beschlussfassung vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 2., S. 73.

251 BAUMANN LORANT, S. 187, m.w.N. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer 5A.8/2002 vom 20. August 2002, E. 2.3; BGE 129 III 645; vgl. auch BGer 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006, m.w.N.) und BAUMANN LORANT, a.a.O., ist aber immerhin dann *ausnahmsweise* über die Nichtigkeit des Beschlusses hinwegzusehen, wenn dadurch die Rechtssicherheit in *qualifizierter Weise* gefährdet würde, beispielsweise weil gutgläubige *Dritte* jahrelang auf einen unangefochtenen Beschluss bzw. Zustand vertraut haben.

252 Zum Fehlen der Vertretungsmacht bei fehlender Vertretungsbefugnis und Bösgläubigkeit des Dritten vgl. unten T. 2, Kap. 4, II. 2. 2.2, S. 124 ff.

## 6. Zwischenfazit zur Beschlussfassung des Stiftungsrats im Allgemeinen

Der (formelle) *Beschluss* wird in vorliegender Arbeit verstanden als eine nicht empfangsbedürftige, verbindliche Verkündung des Willens des Stiftungsrats, welcher beim mehrköpfigen Stiftungsrat aus einem formellen Beschlussfassungsverfahren und beim Einpersonenstiftungsrat aus einem innerlichen Denkvorgang hervorgeht. Er hat die Funktion, für alle mit der Umsetzung des Beschlusses befassten Personen verbindliche oder zumindest richtungsweisende Anordnungen im Kompetenzbereich des Stiftungsrats zu treffen und ist als Rechtsgeschäft zu qualifizieren.

Die Beschlussfassung des Stiftungsrats richtet sich zunächst nach allfälligen Vorgaben des Stiftungsstatuts. Nach gefestigter und von der Lehre anerkannter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind zudem die vereinsrechtlichen *Beschlussfassungsregeln* analog anwendbar. Lässt sich weder dem Stiftungsstatut noch dem Vereinsrecht zu einer bestimmten Frage eine Antwort entnehmen, sind die allgemeinen Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt massgebend.

Wie ein *Stiftungsratsbeschluss zustande kommt*, hängt – unter Vorbehalt besonderer statutarischen Vorgaben – davon ob, der Stiftungsrat aus einem oder mehreren Mitgliedern besteht. Der Einpersonenstiftungsrat fasst seine Beschlüsse durch die einfache Erklärung seines (durch einen innerlichen Denkvorgang gebildeten) Willens. Eine ordentliche Beschlussfassung eines Mehrpersonenstiftungsrats erfordert zunächst eine gehörige Einberufung einer Stiftungsratssitzung, welche insbesondere eine gehörige Ankündigung der Abstimmungsgegenstände beinhaltet (vgl. Art. 67 Abs. 3 ZGB). In der Stiftungsratssitzung erfolgt alsdann die eigentliche Beschlussfassung. Diese besteht beim Mehrpersonenstiftungsrat aus einem Antrag, der Aussprache, der Abstimmungsfrage, der Stimmabgabe und der Auszählung der Stimmen und resultiert in der Verkündung des Beschlussinhalts, d.h. der Vorsitzende gibt sowohl das Auszählungsergebnis als auch den Beschlussinhalt bekannt und lässt beides protokollieren. Der Beschluss geht nicht unmittelbar und automatisch aus den Stimmabgaben hervor, sondern kommt erst mit seiner Verkündung zustande; die Beschlussverkündung ist konstitutiv.

Welche *Entscheide in Form eines Beschlusses* getroffen werden müssen, ist primär anhand des Stiftungsstatuts zu eruieren. Ist diesem nichts zu entnehmen, hat der Stiftungsrat über grundlegende, wichtige und (voraussichtlich)

streitige Entscheide Beschluss zu fassen. Entscheide untergeordneter Natur und solche, mittels welcher die genannten (grundlegenden, wichtigen und streitigen) Entscheide vorbereitet oder ausgeführt werden, können hingegen informell getroffen werden. Werden zudem vom Stifter oder dem Stiftungsrat in zulässiger Weise Aufgabenbereiche an einzelne Stiftungsratsmitglieder delegiert, muss über die zur Erfüllung der delegierten Aufgaben erforderlichen Entscheide grundsätzlich nicht Beschluss gefasst werden.

Ist ein Beschluss *fehlerhaft*, so kann er angefochten werden. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer Gesetzes-, Statuten- oder Reglementsverletzung bzw. eines Ermessensfehlers. Ist der Inhalt fehlerhaft, so ist der Beschluss von der Stiftungsaufsichtsbehörde aufzuheben. Betrifft die Pflichtverletzung nicht primär den Inhalt, sondern das Zustandekommen des Beschlusses, ist dieser dann aufzuheben, wenn der Beschlussinhalt ohne die Pflichtverletzung möglicherweise ein anderer gewesen wäre. Die Stiftungsaufsicht kann Beschlüsse auch von Amtes wegen aufheben. Die Aufhebung eines Beschlusses durch die Stiftungsaufsicht hat gestaltende Wirkung ex tunc und erga omnes. Bei besonders schwerwiegenden Fehlern ist ein Beschluss möglicherweise sogar nichtig. Ein nichtiger Stiftungsratsbeschluss entfaltet von Anfang an keine Rechtswirkungen. Bei rechtsgestaltenden Beschlüssen (wie z.B. der Abwahl eines Stiftungsratsmitglieds) treten die damit bezweckten Rechtswirkungen nicht ein bzw. entfallen. Insbesondere die durch einen Beschluss vermeintlich eingeräumte Vertretungsbefugnis besteht nicht bzw. entfällt.

## II. Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats

Nachfolgend wird ermittelt, unter welchen Voraussetzungen eine *Ausstandspflicht* bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats besteht (1.). Alsdann wird aufgezeigt, welche Rechtsfolgen die *Verletzung* einer solchen Ausstandspflicht bezüglich der Rechtswirksamkeit des entsprechenden Beschlusses zeitigt (2.).

### 1. Voraussetzungen einer Ausstandspflicht

Nach der h.L. und Rechtsprechung kann auf die Beschlussfassung des Stiftungsrats Vereinsrecht analog angewendet werden.[253] Insbesondere hat das Bundesgericht explizit festgehalten, dass *Art. 68 ZGB*, welcher dem Schutz der Vereinsinteressen bei der Beschlussfassung im Falle von Interessenkonflikten dient,[254] *analog* auf Stiftungen anwendbar ist.[255] Nach dieser Bestimmung ist jedes Mitglied bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person einerseits und der Stiftung andererseits von Gesetzes wegen vom Stimmrecht ausgeschlossen.

Nachfolgend werden die *sachlichen* (1.1) und der *persönlichen Anwendungsvoraussetzungen* (1.2) dieser Bestimmung ermittelt, welche für das Bestehen einer Ausstandspflicht kumulativ erfüllt sein müssen. Alsdann wird dargelegt, weshalb ausserhalb des Anwendungsbereichs des Art. 68 ZGB *keine weitergehenden Ausstandspflichten* bestehen (1.3).

### *1.1 Sachlicher Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB*

In sachlicher Hinsicht fällt die Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit unter Art. 68 ZGB. Unter *Rechtsstreitigkeiten* sind nach h.L. alle Arten von Prozessen zu verstehen.[256]

Demgegenüber ist die Reichweite des Begriffs des *Rechtsgeschäfts* weniger klar, weshalb hierauf nachfolgend näher eingegangen wird (a). Zudem wird

---

253 Vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 2., S. 73.

254 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 1.

255 BGE 128 III 211.

256 Unter Art. 68 ZGB fallen namentlich Beschlussfassungen betreffend Zivil- und Strafprozesse, Betreibungshandlungen, andere Vollstreckungsverfahren und öffentlichrechtliche Verfahren und Prozesse; BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 16; SHK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 14; BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 8; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 68 N 3.

überprüft, ob die Bestimmung auch auf den *Einpersonenstiftungsrat* anzuwenden ist (b).

### a Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft

#### aa Lehre

Ein Rechtsgeschäft wird im Wesentlichen übereinstimmend verstanden als Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses, an welche die Rechtsordnung den Eintritt dieses gewollten rechtlichen Erfolges knüpft.[257] Namentlich Beschlüsse betreffend *Verträge* werden dementsprechend von der Lehre einheitlich unter Art. 68 ZGB subsumiert.[258] Die Lehre sieht indes nicht nur Rechtsgeschäfte in eben verstandenem Sinn als von Art. 68 ZGB erfasst an, sondern insbesondere auch den stiftungsinternen Erlass von *generell-abstrakten Bestimmungen*,[259] die Beschlussfassung über *Ansprüche der Stiftung aus vertraglicher oder ausservertraglicher Haftung*[260] oder *Wahlgeschäfte*[261]. Art. 68 ZGB wird demnach in einem über das „klassische" Begriffsverständnis des Rechtsgeschäfts hinausgehenden Sinne angewendet.

#### bb Rechtsprechung zu den „internen Verwaltungsakten"

Das Bundesgericht grenzt die „Rechtsgeschäfte" nach Art. 68 ZGB von den sog. „*internen Verwaltungsakten*" ab und subsumiert Letztere nicht unter Art. 68 ZGB.[262] Was unter einem „internen Verwaltungsakt" zu verstehen ist, definiert das Bundesgericht nicht explizit. Es verlangt aber implizit eine

---

257 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 120 ff.; SCHOTT, GV-Beschluss, § 2 N 6; HUGUENIN, N 45; SCHWENZER, N 3.01; KOLLER, § 3 N 5, m.w.N.; WEBER-DÜRLER, S. 25; FELDMANN, S. 13 f., m.w.N.

258 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 9; BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 11; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 68 N 3; HEINI/PORTMANN, N 243.

259 BAUMANN LORANT, S. 174; vgl. auch BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 9; BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 12; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 68 N 3.

260 BAUMANN LORANT, S. 174; HEINI/PORTMANN, a.a.O.

261 BAUMANN LORANT, a.a.O., m.w.N.

262 BGE 134 III 486, m.w.N.

gewisse Aussenwirkung eines Beschlusses, damit dieser von Art. 68 ZGB erfasst wird:

So betrachtet das Bundesgericht *Wahlen* in den *Vereinsvorstand* oder Wahlen von Stockwerkeigentümern zum *Verwalter* als interne Verwaltungsakte. Demgegenüber gilt die Wahl des *Abwarts* (und dessen Entlöhnung) nicht als interner Verwaltungsakt, weil der Abwart keine organähnliche Stellung hat und die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft nicht entscheidend von ihm abhängt.[263] Im Gegensatz zum Beschluss betreffend Wahl eines Organs wie dem Verwalter betrachtet das Bundesgericht den Beschluss betreffend *Entlöhnung* für die Tätigkeit als Verwalter einer Stockwerkeigentümergemeinschaft wiederum als Rechtsgeschäft. Dies begründet es damit, dass der Lohnzahlungsbeschluss den betreffenden Stockwerkeigentümer (welcher zugleich Verwalter ist) wirtschaftlich begünstigt und somit über einen internen Verwaltungsakt hinausgeht.[264] Das Bundesgericht hat an dieser Rechtsprechung festgehalten und in einem neueren Entscheid erneut ausgeführt, dass es sich bei Wahlen in den Vereinsvorstand nicht um Rechtsgeschäfte i.S.v. Art. 68 ZGB handle, weshalb auch diejenigen Vereinsmitglieder wahlberechtigt seien, um deren Ernennung in den Vorstand es gehe.[265] Mangels Aussenwirkung wären somit nach der aufgezeigten Rechtsprechung allgemein Beschlüsse betreffend die *Wahl von Organen oder von Personen mit organähnlicher Stellung* gemäss Bundesgericht grundsätzlich „interne Verwaltungsakte" und nicht Rechtsgeschäfte i.S.v. Art. 68 ZGB, es sei denn, es gehe um deren Entlöhnung.

Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 68 ZGB auf die *(Wieder-)Wahl von Stiftungsratsmitgliedern* hat sich das Bundesgericht – nach gegenwärtigem Wissensstand – noch nicht geäussert. Angesichts der bestätigten Nichtanwendbarkeit des Art. 68 ZGB auf die Wahl des Vereinsvorstandes[266] und der analogen Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Regeln im Bereich der Beschlussfassung,[267] wäre an sich konsequenterweise davon auszugehen, dass auch die (Wieder-)Wahl von Stiftungsratsmitgliedern nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung *nicht unter Art. 68 ZGB* zu subsumieren wäre. Ein weiterer Entscheid des Bundesgerichts lässt jedoch erhebliche Zweifel an einem derartigen Ergebnis aufkommen: Das *Bundesgericht wendete Art. 68 ZGB auf*

263 BGE 134 III 487, m.w.N.
264 Ibid.
265 BGE 134 III 486, m.w.N.
266 BGE 39 II 483, bestätigt in BGer 5A_149/2007 vom 10. Juli 2008, E. 3.5.
267 Zur Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Regeln bei der Beschlussfassung vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 2., S. 73.

*die Abwahl von Stiftungsratsmitgliedern an* und verbot den Stiftungsratsmitgliedern die Beteiligung an der Beratung und Abstimmung über ihre eigene Abwahl.[268] Wird indes Art. 68 ZGB vom Bundesgericht auf die Abwahl von Stiftungsratsmitgliedern angewendet, müsste die Bestimmung wiederum konsequenterweise auch auf die (Wieder-)Wahl von Stiftungsratsmitgliedern Anwendung finden.[269] Somit ist im Ergebnis unklar, ob die Stiftungsratsmitglieder bei der Wahl der von Art. 68 ZGB erfassten Personen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vom Stimmrecht ausgeschlossen sind oder nicht.

### cc Stellungnahme

Der Begriff des Rechtsgeschäfts i.S.v. Art. 68 ZGB ist in Übereinstimmung mit den oben aufgezeigten Lehrmeinungen[270] in einem weiten, über das „klassische" Begriffsverständnis[271] hinausgehenden Sinn zu verstehen. Dies ergibt sich bereits aus den unterschiedlichen Wortlauten der deutschen, französischen und der italienischen Fassungen von Art. 68 ZGB.[272] Der Anwendungsbereich der französischen und italienischen Fassung erscheint dabei weitreichender als derjenige der deutschen, indem allgemein von „affaire" bzw. „interesse privato" die Rede ist. Andererseits würde eine Beschränkung auf das „klassische" Begriffsverständnis auch dem Sinn und Zweck von Art. 68 ZGB widersprechen. Art. 68 ZGB dient dem Schutz der Vereins- bzw. Stiftungsinteressen vor den negativen Folgen eines Interessenkonflikts.[273] So wäre es stossend, wenn namentlich *Beschlüsse über stiftungsinterne Angelegenheiten* nicht von Art. 68 ZGB erfasst wären, da ein Schutzbedürfnis der Stiftungsinteressen vor den negativen Folgen eines Interessenkonflikts bei solchen Geschäften gleichermassen besteht.[274] Insbesondere sollte Art. 68 ZGB sowohl auf die *Wahl als auch die Abwahl* von Stiftungsratsmitgliedern anwendbar sein. Die Gefahr einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen besteht

---

268 BGE 128 III 211.

269 So auch BAUMANN LORANT, S. 175.

270 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 9; BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 12; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 68 N 3.

271 Vgl. zum „klassischen" Begriff des Rechtsgeschäfts oben S. 84.

272 Vgl. hierzu bereits BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 10.

273 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 1.

274 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 1.

insbesondere auch bei diesen Geschäften.[275] Wird Art. 68 ZGB vom Bundesgericht auf die Abwahl von Stiftungsratsmitgliedern angewendet, müsste die Bestimmung schliesslich konsequenterweise auch auf die (Wieder-) Wahl von Stiftungsratsmitgliedern Anwendung finden.[276] Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass Art. 68 ZGB über den deutschen Wortlaut hinaus allgemein auf die Beschlussfassung über *konfliktanfällige Angelegenheiten* betreffend die erfassten Personen anwendbar ist.[277]

### b Anwendbarkeit auf den Einpersonenstiftungsrat

Richtigerweise ist Art. 68 ZGB auch auf die Beschlüsse des Einpersonenstiftungsrats anzuwenden. Auch wenn die Bestimmung auf Beschlussfassungen mit einem Abstimmungsvorgang und damit auf ein mehrköpfiges Gremium zugeschnitten zu sein scheint,[278] ist die von einem Interessenkonflikt ausgehende *Gefahr einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen*, welcher mit dieser zwingenden Bestimmung gerade entgegengewirkt werden soll,[279] beim Einpersonenstiftungsrat aufgrund der mangelnden Kontrolle durch andere

---

275 Ebenso BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 15; BAUMANN LORANT, S. 174 f. Das Bundesgericht stützt sich bei seinen Ausführungen zu den internen Verwaltungsakten auf HEINI/PORTMANN, N 246 (BGer 5A_149/2007 vom 10. Juli 2008, E. 3.5). Diese führen an entsprechender Stelle aus, Art. 68 ZGB schliesse die Beteiligung an der eigenen Wahl nicht aus, weil im Gegensatz zur Abberufung „*nicht a priori ein Interessengegensatz* zwischen Mitglied und Verein" vorliege, wobei ein solcher aber beispielsweise dann vorliegen könne, wenn eine Wahl dem Gewählten wirtschaftliche Vorteile wie beispielsweise Lohn bringen würde. Während es zutreffen mag, dass bei Wahlen nicht per se ein Interessengegensatz besteht, kann daraus aber nicht abgeleitet werden, dass bei Wahlen kein Interessenkonflikt besteht, wenn es um die von Art. 68 ZGB erfassten Personen geht. Art. 68 ZGB sollte deshalb auf Wahlgeschäfte Anwendung finden.

276 So auch BAUMANN LORANT, S. 175.

277 Vgl. in diesem Zusammenhang HEINI/PORTMANN, N 243, welche im Zusammenhang mit der Tragweite der von Art. 68 ZGB erfassten Stimmrechtsausschlüsse ausführen, dass für die Auslegung von Art. 68 ZGB „letztlich und generell" die Interessenkollision das „ausschlaggebende Kriterium" sei; das „Individualinteresse des Mitglieds" dürfe die juristische Person nicht an ihrer Willensbildung hindern. M.E. ist eine derartige interessenkonfliktbezogene Auslegung indes primär allein für den sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmung massgebend. In Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich gelten aufgrund der klaren Eingrenzung auf bestimmte Personen restriktivere Regeln; vgl. hierzu sogleich unten T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.2, S. 89 ff.

278 Vgl. die Gesetzessystematik, insbesondere Art. 66 f. ZGB und zudem den Wortlaut der Bestimmung, welcher sich auf „Stimmrechte" bezieht.

279 Vgl. BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 1.

Mitglieder sogar noch grösser. Art. 68 ZGB muss daher *umso mehr* beim Einpersonenstiftungsrat gelten.[280]

Eine allfällige damit einhergehende *Blockierung* des Stiftungsrats kann primär verhindert werden, indem idealerweise durch den Stifter selbst *mehrere Stiftungsratsmitglieder* eingesetzt werden. Falls dies nicht der Fall ist, kommt grundsätzlich auch eine Neuorganisation durch den Stiftungsrat in Form der Einsetzung zusätzlicher Stiftungsratsmitglieder in Frage. Schliesslich sollten durch den – mangels Ergreifung der genannten Massnahmen weiterhin nur aus einem Mitglied bestehenden – Stiftungsrat unter Art. 68 ZGB fallende Rechtsgeschäfte *vermieden* werden. Lässt sich die Miteinbeziehung der in der Bestimmung genannten Personen nicht vermeiden, kommt eine Konsultierung bzw. Genehmigung des Geschäfts durch die *Stiftungsaufsichtsbehörde* in Frage.

Der Einpersonenstiftungsrat ist somit ebenfalls von Art. 68 ZGB erfasst. Schreitet er ohne die Fassung eines entsprechenden Beschlusses direkt zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts, kann die Bestimmung indes letztendlich dennoch umgangen werden. Diesfalls sind aber allenfalls immerhin die bundesgerichtlichen Regeln zum sog. *Insichgeschäft* anwendbar. Zudem fehlt es eben an einem rechtsgültigen Beschluss, weshalb die *Vertretungsbefugnis* entfällt; das Rechtsgeschäft entfaltet bei Bösgläubigkeit des Dritten entsprechend keine Wirkung.[281] Schliesslich stellt die Missachtung des Art. 68 ZGB eine Pflichtverletzung dar, welche *aufsichts- und haftungsrechtliche Konsequenzen* haben könnte.[282]

### *1.2 Persönlicher Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB*

Art. 68 ZGB betrifft Beschlüsse über Angelegenheiten, welche einerseits die *Stiftung* und andererseits das *Stiftungsratsmitglied*, seinen *Ehegatten* oder eine

---

280 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die ähnliche Argumentation zur Übertragung von Art. 68 ZGB auf Vorstandsbeschlüsse in BK ZGB-RIEMER, Art. 69 N 53, wonach sich die analoge Anwendung der primär auf die Vereinsversammlung anwendbaren Vorschrift auf den kleineren Kreis des Vorstandes *a fortiori* aufdränge, da die einzelne Stimme bezüglich der Beschlussfassung noch mehr Gewicht habe.

281 Vgl. hierzu unten T. 2, Kap. 4, II. 2. 2.2, S. 124 ff.

282 Zu den möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen vgl. unten T. 2, Kap. 5 und 6, S. 143 ff. und 157 ff.

mit dem Stiftungsratsmitglied in *gerader Linie verwandte Person* betreffen.[283] Betrifft ein Beschluss die genannten Personen, besteht in persönlicher Hinsicht eine Ausstandspflicht. Fraglich ist, ob und inwieweit der persönliche Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB ausnahmsweise *erweitert* werden kann.

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass Art. 68 ZGB abschliessend ist, erlaubt dann aber dennoch Ausnahmen.[284] Auf Grundlage des *Rechtsmissbrauchsverbots* von Art. 2 Abs. 2 ZGB (insbesondere in Form des Durchgriffs) und der *Treuepflicht* der Vereinsmitglieder wird angenommen, dass in ähnlichen Konstellationen über Art. 68 ZGB hinaus eine Ausschliessung vom Stimmrecht bestehen kann. So soll ein Stiftungsratsmitglied nach Ansicht HEINI/SCHERRERS über Art. 68 ZGB hinaus unter Verweis auf das Rechtsmissbrauchsverbot und den „Durchgriff" namentlich dann vom Stimmrecht ausgeschlossen sein, wenn über ein Rechtsgeschäft der Stiftung abgestimmt wird, das nicht direkt mit dem Ehegatten des Mitglieds, aber mit dessen *Einpersonenaktiengesellschaft* abgeschlossen werden soll.[285] Überdies weisen sie darauf hin, dass auch die vereinsrechtliche Treuepflicht eine Ausschliessung vom Stimmrecht rechtfertigen könne.[286] JAKOB hält eine erweiternde Auslegung von Art. 68 ZGB grundsätzlich nicht für angezeigt, geht aber davon aus, eine Ausstandspflicht könne im Einzelfall gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot und die Treuepflicht bestehen.[287] Nach RIEMER besteht ausserhalb des direkten Anwendungsbereichs von Art. 68 ZGB im Verein grundsätzlich keine Ausstandspflicht, insbesondere auch nicht für *irgendwie nahestehende Personen*.[288] Auch für *Mitglieder und Organe einer juristischen Person oder Rechtsgemeinschaft*, die mit dem Verein in einer in Art. 68 ZGB umschriebenen Rechtsbeziehung stehen, besteht seiner Ansicht nach – mit Ausnahme der Mitglieder einer einfachen Gesellschaft – keine Ausstandspflicht.[289] Dies gelte aber dann nicht, wenn das Mitglied, sein Ehegatte, Aszendent oder Deszendent

283 BAUMANN LORANT, S. 174. Übernimmt man dabei die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 68 ZGB bei der Stockwerkeigentümerversammlung, ist das Stiftungsratsmitglied auch dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn es ein anderes Stiftungsratsmitglied vertreten soll, welches an sich nicht vom Stimmrecht ausge-schlossen wäre; BGE 134 III 488.

284 BAUMANN LORANT, S. 175; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 68 N 2; BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 8; SHK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 7; BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 4 f.

285 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 5; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 34 ff.

286 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 5, m.w.N.

287 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 68 N 2.

288 BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 7 f., m.w.N.

289 Ibid.

bei einer juristischen Person oder Rechtsgemeinschaft eine beherrschende Stellung innehabe; im Sinne eines „Durchgriffs“ unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot) bestehe diesfalls ein Stimmrechtsausschluss.[290]

Grundsätzlich ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zum Vereinsrecht von der *Abschliesslichkeit* des Art. 68 ZGB auszugehen. Mit dieser auch für Stiftungen zwingenden[291] Bestimmung gilt für die erfassten Konstellationen ein generelles, vom Einzelfall und dem tatsächlichen Vorliegen eines Interessenkonflikts unabhängiges Verbot der Mitwirkung der betreffenden Stiftungsratsmitglieder bei der Beschlussfassung. Im Ergebnis werden dadurch dem Stiftungsrat weitgehende Handlungsvorgaben gemacht, welche bei Nichtbefolgung *weitreichende Wirkungen* haben können, indem die betreffende Stimme keine Wirkung hat.[292] Deshalb darf die Bestimmung nicht leichtfertig ausgedehnt werden. Überdies spricht der *Wortlaut* der Bestimmung dafür, dass die Aufzählung der vom Stimmrecht ausgeschlossenen Personen abschliessend ist. Eine Bezeichnung wie „insbesondere“, „namentlich“ oder „beispielsweise“ fehlt und auch die aufgezählten Personen (Mitglied selbst, Ehegatte und in gerader Linie verwandte Person) sind klar festgelegt und lassen keinen grossen Interpretationsraum. Die Annahme einer Ausstandspflicht beim Vorliegen anderer Interessenkonfliktsituationen über Art. 68 ZGB hinaus würde schliesslich auch zu erheblicher *Rechtsunsicherheit* führen. Eine Ausstandspflicht besteht somit grundsätzlich nur in den von Art. 68 ZGB explizit genannten Anwendungsfällen.

Hingegen könnte das Vorliegen einer (unechten) *Lücke* angenommen werden, welche es zu füllen gilt. Eine solche liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn eine Regelung eine sachlich unhaltbare Antwort auf eine Rechtsfrage enthält.[293] Zur Korrektur unechter Lücken wendet das Bundesgericht Art. 2 Abs. 2 ZGB an („Gesetz selbst ist Unrecht“).[294] In Anwendung der

290 Ibid.

291 Vgl. zur zwingenden Natur des Art. 68 ZGB unten S. 100 f.

292 Zu den Rechtsfolgen der Nichtbeachtung von Art. 68 ZGB vgl. unten T. 2, Kap. 3, II. 2., S. 96 ff.

293 Zum Begriff der (un)echten Lücke: BGE 120 II 134, wonach eine Lücke vorliegt, „wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt (echte Lücke) oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss (*unechte Lücke*)“; vgl. auch KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 2 N 10.

294 Ibid.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung könnte der Anwendungsbereich somit auf weitere Fallgruppen ausgedehnt werden, wenn sich eine Nichtanwendung von Art. 68 ZGB als unhaltbar erweisen würde. Überdies kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Art. 2 Abs. 2 ZGB dort korrigierend zur Anwendung gelangen, „wo die Ausübung eines vom Gesetz formell eingeräumten Rechts aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls *rechtsmissbräuchlich* ist („Rechtsausübung ist Unrecht")".[295]

Nachfolgend wird geprüft, ob in einzelnen *Fallgruppen* ausgehend von Art. 68 ZGB durch Lückenfüllung bzw. in Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots eine Ausstandspflicht einzelner Stiftungsratsmitglieder über dessen Wortlaut hinaus bejaht werden kann. Im Einzelnen wird geprüft, ob die Bestimmung auf nahestehende Personen anwendbar ist (a) und unter welchen Voraussetzungen eine Ausstandspflicht weiterer Personen gestützt auf die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zur sog. „Umgehung" (b). und zum sog. „Durchgriff" (c.) bejaht werden kann.

### a Nahestehende Personen

Angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung von Art. 68 ZGB wird hier davon ausgegangen, dass eine *generelle* Ausdehnung dieser Norm auf Angelegenheiten zwischen der Stiftung und *andere* als in Art. 68 ZGB genannte, dem Stiftungsratsmitglied *nahestehende Personen* durch den Gesetzgeber *gerade nicht* gewollt war, ansonsten diese als solche aufgeführt worden wären.[296] Art. 68 ZGB ist somit nicht analog auf nahestehende Personen anwendbar.

### b Umgehung

---

295 Ibid.

296 Insbesondere eine Anwendung von Art. 68 ZGB auf nahestehende Personen gestützt auf das *Rechtsmissbrauchsverbot* lässt sich nur schwer begründen. Von einer über das Rechtsmissbrauchsverbot zu füllenden *Lücke* kann angesichts des klaren Wortlauts und des in Übereinstimmung mit RIEMER, Corporate-Governance, S. 515, anzunehmenden qualifizierten Schweigens der Bestimmung nicht ausgegangen werden. Deshalb kann das Rechtsmissbrauchsverbot nur noch aufgrund der konkreten Umstände im *Einzelfall* korrigierend zur Anwendung kommen. Erforderlich hierfür ist ein *krass stossendes Verhalten*, ein *offenbarer Rechtsmissbrauch;* KUKO ZGB-PFAFFINGER, a.a.O., m.w.N.; BSK ZGB-HONSELL, Art. 2 N 27 f..

Das Rechtsmissbrauchsverbot gewährt insbesondere Umgehungsgeschäften Einhalt.[297] Ein solches liegt nach dem Verständnis des Bundesgerichts vor, wenn die Beteiligten „durch die Art der Rechtsgestaltung eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Regelung umgehen [wollen]",[298] indem sie sich auf *ein scheinbar rechtmässiges Vorbringen* berufen, was jedoch zu einem *verbotenen Resultat* führt.[299] Eine Umgehung kann beispielsweise darin bestehen, dass extern eine andere Person vorgeschoben wird, die intern an die Weisungen der verpflichteten Person gebunden oder sonst mit ihr verbunden ist.[300] So stellten nach bundesgerichtlicher Praxis namentlich das „Umgehen eines Konkurrenzverbotes durch Betreiben der konkurrenzierenden Tätigkeit mittels einer eigens dafür errichtenen Aktiengesellschaft, das Umgehen einer statutarischen Stimmrechtsbeschränkung durch simulierte Übertragung der Aktien an einen Dritten oder durch fiduziarische Übertragung an eine Bank mit entsprechender Rückgabeverpflichtung" Umgehungshandlungen dar.[301]

Wird Art. 68 ZGB in diesem Sinne umgangen, könnte er im *Einzelfall* dennoch anwendbar sein, wenn der genannte Artikel nach *Sinn und Zweck* auf das Umgehungsgeschäft anwendbar ist.[302] Insbesondere wenn ein Stiftungsratsmitglied also bei der Beschlussfassung über einen Vertrag mitwirkt, welcher zwar „extern" nicht zwischen ihm und der Stiftung als Vertragsparteien abgeschlossen wird, dabei aber *„intern" die Vertragspartei an die Weisungen des Stiftungsratsmitglieds gebunden* ist, kann ein Gericht daher nach Prüfung aller Umstände des Einzelfalls zum Schluss kommen, dass eine Ausstandspflicht über den Wortlaut von Art. 68 ZGB dennoch besteht.

### c Durchgriff

Im Sinne eines Durchgriffs gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in einer „*wirtschaftlichen Betrachtungsweise*" ausnahmsweise über die rechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person

297 Zu den von Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchsverbots vgl. OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 2 N 4, m.w.N.
298 BGE 125 III 262.
299 BGE 132 III 219.
300 BGE 125 III 261.
301 BGE 125 III 262.
302 Zur rechtsdogmatischen Einordnung der Umgehung gesetzlicher Verpflichtungen vgl. KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 2 N 13.

hinweggesehen, wenn diese „im Einzelfall rechtsmissbräuchlich, entgegen Treu und Glauben geltend gemacht“ wird.[303] Der Durchgriff wird von Lehre und Rechtsprechung als Rechtsinstitut im Allgemeinen anerkannt, dessen Voraussetzungen werden im Einzelnen indes unterschiedlich umschrieben.[304] Die Voraussetzungen für einen Durchgriff sind nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls nur ausnahmsweise erfüllt und sehr stark einzelfallabhängig.[305]

Für einen Durchgriff fordert das Bundesgericht i.d.R. einerseits eine *Beherrschung* der juristischen Person, über deren rechtliche Selbständigkeit hinweggesehen wird.[306] Andererseits verlangt es regelmässig eine *rechtsmissbräuchliche Berufung* auf die rechtliche Selbständigkeit.[307] Sind diese weitgehenden Voraussetzungen ausnahmsweise erfüllt, kann im Einzelfall möglicherweise über Art. 68 ZGB hinaus vom Bestehen einer Ausstandspflicht ausgegangen werden.

### *1.3 Nichtbestehen weitergehender Ausstandspflichten*

Das Bestehen einer Ausstandspflicht über Art. 68 ZGB hinaus wird in der Lehre teilweise auf die den Stiftungsratsmitgliedern obliegende *Treue- oder Sorgfaltspflicht* gestützt.[308] Es ist zu prüfen, ob aus den Pflichten der

303 BGE 113 II 36; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 256; BSK ZGB-HONSELL, Art. 2 N 52.

304 Für einen Überblick vgl. MONSCH/VON DER CRONE, S. 445 ff.; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 2 N 4, beide mit Übersichten über die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

305 Vgl. BERGER, N 386; DRUEY, Konzernrecht, S. 1083; BGer 5A_330/2012, E. 3.2.

306 BGer 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008, E. 2.2; BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016, E. 5.4; das Bundesgericht spricht auch von „wirtschaftlicher Identität“; BGE 108 II 215; BGer 5C_209/2001 vom 12.2.2002, E. 3b; BGer 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008, E. 2.2; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 258.

307 BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, E. 7.2.1; BGer 5A_498/2007 vom 28.2.2008, E. 2.2.; BGE 113 II 36 f.; BGE 108 II 214 f.; MONSCH/VON DER CRONE, S. 448; vgl. auch BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 258. MONSCH/VON DER CRONE, S. 457, fordern in Anlehnung an die Lehre und Rechtsprechung zusammenfassend, dass einerseits „mehrere Rechtssubjekte eine wirtschaftliche Einheit bilden“, andererseits eine *zweckwidrige Verwendung* der juristischen Person vorliegt.

308 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 5, KUKO ZGB-JAKOB, Art. 68 N 2. BK ZGB-RIEMER, Art. 68 N 8; vgl. zum Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft auch LAZOPOULOS, S. 135 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 634a. Das Bundesgericht hat sich hierzu – soweit ersichtlich – noch nicht geäussert.

Stiftungsratsmitglieder zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt[309] eine Pflicht zum Ausstand abgeleitet werden kann.

Ausserhalb des Anwendungsbereichs des Art. 68 ZGB kommt den Stiftungsratsmitgliedern bei der Beschlussfassung im Umgang mit Interessenkonflikten – unter Vorbehalt statutarischer Vorgaben – *Ermessen* zu. Auch der *Entscheid, welche Massnahmen* bei Vorliegen eines Interessenkonflikts zu treffen sind, unterliegt grundsätzlich dem Ermessen der Stiftungsratsmitglieder.[310]

Gewähren die Stiftungsratsmitglieder nicht dadurch, dass sie in den Ausstand treten, sondern mit *anderweitigen Massnahmen* (z.B. durch die qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Beschlusses) oder indem sie *inhaltlich im Sinne der Stiftungsinteressen stimmen*, dass die Stiftungsinteressen ausreichend gewahrt werden, verhalten sie sich ebenso fehlerfrei, wie wenn sie in den Ausstand getreten wären.[311] Bei Vorliegen eines nicht von Art. 68 ZGB erfassten Interessenkonflikts muss es den Stiftungsratsmitgliedern somit erlaubt sein, an der Beschlussfassung teilzunehmen, wenn auch die Pflichten, den Interessenkonflikt offenzulegen und die eigentliche Stimmabgabe im Sinne der Stiftungsinteressen auszuführen, grundsätzlich weiterbestehen.

Auch wenn es in vielen Fällen sinnvoll sein wird, auch in Konstellationen über Art. 68 ZGB hinaus Interessenkonflikte gar nicht erst entstehen zu lassen, so stellt eine Teilnahme an der Beschlussfassung bei Interessenkonflikten ausserhalb von Art. 68 ZGB für sich alleine daher keine aufsichts- und haftungsrechtlich relevante Pflichtverletzung dar. Die Mitwirkung eines nicht von Art. 68 ZGB erfassten, aber in anderweitiger Weise einem Interessenkonflikt unterliegenden Stiftungsratsmitglieds *an sich* bringt somit keine Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des entsprechenden Beschlusses mit sich. Indes kann der Beschluss *inhaltlich* mangelhaft sein, indem er die Stiftungsinteressen nicht ausreichend wahrt. Ausserhalb des oben aufgezeigten Anwendungsbereichs von Art. 68 ZGB besteht aber nach hier vertretener Auffassung insgesamt keine Ausstandspflicht.

> Würde eine Ausstandspflicht entgegen der hier vertretenen Auffassung dennoch aus den Pflichten der

309 Vgl. oben T. 2, Kap. 1, S. 38 ff.

310 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 2, S. 49.

311 Vereinfacht könnte gesagt werden: Ausserhalb von Art. 68 ZGB ist das Mitstimmen zulässig, das Falschstimmen aber nicht.

Stiftungsratsmitglieder zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt abgeleitet, so *hätte eine Verletzung derselben nicht dieselben Rechtsfolgen* wie eine Verletzung einer aus Art. 68 ZGB abgeleiteten Ausstandspflicht, da die erstgenannten Pflichten auf anderen gesetzlichen Grundlagen beruhen.[312] Die Verletzung hätte einerseits zur Folge, dass der entsprechende Beschluss bei der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde angefochten und von derselben aufgehoben werden könnte.[313] Andererseits läge grundsätzlich ein widerrechtliches Verhalten der nicht in den Ausstand tretenden Stiftungsratsmitglieder vor, das zu einer persönlichen Haftung derselben führen könnte. *Nicht* aus den genannten Pflichten abgeleitet werden könnten indes die in Art. 68 ZGB vorgesehenen Rechtsfolgen der *Unwirksamkeit der entsprechenden Stimme* und gegebenenfalls der *Nichtigkeit des Beschlusses*.[314]

## 2. Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses infolge Ausstandspflichtverletzung

### *2.1 Lehre*

In der Lehre ist umstritten, ob die Verletzung von Art. 68 ZGB zur Nichtigkeit oder zur Anfechtbarkeit des entsprechenden Beschlusses führt.[315] Die wohl herrschende Lehre versteht den Passus von Art. 68 ZGB, welcher bestimmt, dass das betroffene Mitglied „von Gesetzes wegen vom Stimmrecht ausgeschlossen“ ist, in dem Sinne, dass die *einzelne Stimme* des vom Stimmrecht ausgeschlossenen Stiftungsratsmitglieds *ungültig* ist. Dies berücksichtigend

312 Vgl. hierzu BAUMANN LORANT, S. 303 ff.

313 Der Beschluss müsste dann aufgehoben werden, wenn nicht ausgeschlossen werden könnte, dass der Beschlussinhalt ohne die Verletzung der Ausstandspflicht ein anderer gewesen wäre; vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 5. 5.1, S. 79 f.

314 Vgl. zu diesen Rechtsfolgen sogleich nachfolgend.

315 Vgl. insb. BAUMANN LORANT, S. 175, m.w.N.; PERRIN, S. 107; BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 111, m.w.N.; CRCC-JEANNERET/HARI, Art. 68 N 7; m.w.N.

soll neu zu berechnen sein, ob das Beschlussquorum ohne die ungültige Stimme erreicht wird.[316]

Wird die Stimme des „Ausgeschlossenen" mit der herrschenden Lehre als ungültig betrachtet und wirkt sich die ungültige Stimme auf das *Endergebnis der Beschlussfassung* aus, geht ein Teil der Lehre von der *Nichtigkeit* bzw. dem *Nichtzustandekommen* eines solchen „falsch berechneten" Beschlusses aus.[317] Der andere Teil der Lehre scheint der Meinung zu sein, dass der Beschluss auch diesfalls lediglich *anfechtbar* sei.[318]

Bleibt das *Beschlussergebnis auch ohne die ungültige Stimme bestehen*, gehen sämtliche genannten Autoren davon aus, dass der entsprechende Beschluss grundsätzlich wirksam – das heisst jedenfalls nicht nichtig – ist; einige Autoren gehen aber davon aus, der entsprechende Beschluss sei unter Umständen immerhin *anfechtbar*, andere verneinen dies.[319] Die Anfechtbarkeit soll eine Überprüfung durch die Stiftungsaufsicht ermöglichen, ob – zwar nicht die Stimme des Ausgeschlossenen an sich, aber – der Ausgeschlossene durch Eingreifen in die Willensbildung bei der *Beratung* der übrigen Stiftungsratsmitglieder das Resultat *beeinflusst* hat. Diesfalls müsste die Wiederholung der Beschlussfassung angeordnet werden.[320]

---

316 BSK ZGB-Heini/Scherrer, Art. 68 N 12; BK ZGB-Riemer, Art. 75 N 111 m.w.N.; Heini/Portmann, N 245, KUKO ZGB-Jakob, Art. 68 N 5; Baumann Lorant, S. 175; Scherrer, F 84.

317 BSK ZGB-Heini/Scherrer, Art. 68 N 12; Heini/Portmann, N 244; BK ZGB-Riemer, Art. 75 N 111 m.w.N.; Baumann Lorant, S. 175; KUKO ZGB-Jakob, Art. 68 N 5. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob vom Nichtzustandekommen oder der Nichtigkeit des Beschlusses die Rede ist, da sowohl der nicht zustande gekommene als auch der nichtige Beschluss keine Rechtswirkungen haben und nötigenfalls – ohne eine Fristbeschränkung – auf Feststellung dieser Rechtslage geklagt werden kann; zur Möglichkeit einer solchen Klage auf Feststellung des Nichtzustandekommens bzw. der Nichtigkeit des Beschlusses vgl. BSK ZGB-Heini/Scherrer, Art. 68 N 12; BK ZGB-Riemer, Art. 75 N 34; unten S. 102.

318 ZK ZGB-Egger, Art. 68 N 6; Perrin, S. 107.

319 Vgl. BK ZGB-Riemer, Art. 75 N 111 und Baumann Lorant, S. 175, wonach ein solcher Beschluss immer anfechtbar ist, und andererseits KUKO ZGB-Jakob, Art. 68 N 5 und BSK ZGB-Heini/Scherrer, Art. 68 N 12, wonach eine Anfechtung des entsprechenden Beschlusses zumindest prüfenswert ist.

320 BK Riemer, Art. 75 N 111 m.w.N.; in diesem Sinne auch BK ZGB-Riemer, Art. 68 N 111; KUKO ZGB-Jakob, Art. 68 N 5: „Allerdings ist dann eine Anfechtbarkeit nach Art. 75 ZGB zu prüfen, wenn die vom Stimmrecht ausgeschlossene Person die zum

Uneinheitlich ist die Beantwortung der Frage, ob die *ungültige Stimme* bei der *Berechnungsgrundlage* der Neuberechnung zu berücksichtigen ist:[321] U.A. wird davon ausgegangen, dass das Mitglied, dessen Stimme ungültig ist, gar nicht als „anwesend" i.S.v. Art. 67 Abs. 2 ZGB gilt, weshalb es bereits bei der Berechnungsgrundlage des erforderlichen Mehrs nicht mitzuzählen ist.[322] Nach anderer Ansicht sind alle physisch anwesenden Mitglieder als anwesend i.S.v. Art. 67 Abs. 2 ZGB zu verstehen und daher auch ungültige Stimmen bei der Berechnungsgrundlage mitzuzählen.[323] Nach einer weiteren Ansicht ist Art. 67 Abs. 2 ZGB gar nicht auf den Vorstand zu übertragen, da die Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit sonst zu sehr gehemmt würde. Deshalb sei bei der Berechnung der Mehrheit des Vorstands nur auf die gültigen Ja- und Nein-Stimmen abzustellen.[324] Richtigerweise ist letzterer Ansicht zu folgen. Bei der Berechnung der erforderlichen Mehrheit ist die Regelung des Art. 67 Abs. 2 ZGB, der die „Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder" verlangt, nicht auf den Stiftungsrat zu übertragen. Vielmehr sind die *ungültigen Stimmen und die Stimmenthaltungen bei der Berechnungsgrundlage* (von welcher eine Mehrheit gegeben sein muss) *nicht mitzuzählen*, um eine Beschlussunfähigkeit des Stiftungsrats zu verhindern. Indes ist es möglich, statutarisch vorzusehen, dass bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes die ungültige Stimme, entgegen des dispositiven Art. 67 Abs. 2 ZGB, bereits bei der Berechnungsgrundlage mitgezählt wird.

---

Beschluss führende Diskussion durch ihre Teilnahme beeinflussen konnte."; BAUMANN LORANT, S. 175.

321 Zum Begriff der Berechnungsgrundlage und für eine Übersicht der Lehrmeinungen i.S. Berechnung des erforderlichen Mehrs vgl. BAUMANN LORANT, S. 166.

322 BK ZGB-RIEMER, Art. 67 N 56 und Art. 75 N 111.

323 BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 67 N 9; ZK ZGB-EGGER, Art. 66/67 N 8; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 67 N 3.

324 HEINI/PORTMANN/SEEMANN, N 425, m.w.N. Diese Ansicht deckt sich im Ergebnis wieder mit der Lehrmeinung, nach welcher die ungültige Stimme so behandelt wird, als ob das entsprechende Mitglied nicht anwesend wäre; vgl. FN 322.

### *2.2 Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts stimmt im Wesentlichen mit der herrschenden Lehre überein. Fällt ein Beschluss in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 68 ZGB, sind die *Stimmen* der in den persönlichen Anwendungsbereich der genannten Norm fallenden Stiftungsratsmitglieder demnach als *ungültig* zu betrachten und bei der Berechnung, ob das erforderliche Beschlussquorum erreicht wurde, *nicht mitzuzählen*.[325] Dies hat zur Folge, dass der Beschluss gar nicht zustande kommt, wenn die ungültige Stimme für die Beschlussfassung bzw. das erforderliche Mehr notwendig ist.[326]

> Zur Anfechtbarkeit von Beschlüssen, welche unter *Beeinflussung einer vom Stimmrecht ausgeschlossenen Person* ergangen sind, hat sich das Bundesgericht bis anhin – soweit ersichtlich – noch nicht geäussert. Es hielt aber immerhin fest, dass ausstandspflichtige Stiftungsratsmitglieder „an der Beratung und Abstimmung über ihre Abwahl" *nicht zu beteiligen* seien.[327] Zur Frage, ob die ungültige Stimme bei *Berechnungsgrundlage* der Neuberechnung zu berücksichtigen ist, musste sich das Bundesgericht ebenfalls noch nicht äussern.[328]

Zu demselben Ergebnis – nämlich der Unwirksamkeit eines gegen Art. 68 ZGB verstossenden Entscheides – kommt man, wenn man die gemäss Rechtsprechungspraxis[329] auch auf Beschlüsse des Stiftungsrats anwendbaren *Grundsätze zur Nichtigkeit von Vereinsbeschlüssen* (Art. 75 ZGB) anwendet.

---

325 BGE 134 III 488.

326 BGE 134 III 488, m.V.a. BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 68 N 10, BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 111 und HEINI/PORTMANN, N 244, welche wiederum auf BGE 93 II 31 verweisen, wonach der Generalversammlungsbeschluss einer juristischen Person nichtig ist, „wenn er unter Verletzung zwingender Vorschriften über die Beschlussfassung zustande gekommen ist"; BGE 129 III 644 f.

327 BGE 128 III 211.

328 Vgl. BGE 134 III 481; 129 III 641. Vgl. zur Rechtsfolge der Nichtigkeit bei Nichterreichen der notwendigen Mehrheit auch BGE 78 III 43.

329 BGer 5A.8/2002 vom 20. August 2002, E. 2.3; BGE 129 III 644 f.; BAUMANN LORANT, S. 187; RIEMER, Entwicklungen, S. 516.

Demnach ist ein Beschluss einer juristischen Person dann mit einem derartig schwerwiegenden Fehler behaftet, welcher zur Nichtigkeit führt, wenn er unter *Verletzung zwingender Vorschriften über die Beschlussfassung* zustande gekommen ist.[330] Art. 68 ZGB ist auch für die Beschlussfassung des Stiftungsrats als zwingende Vorschrift einzustufen.[331] Ein Beschluss des Stiftungsrats, welcher Art. 68 ZGB nicht beachtet, ist demnach mit einem schwerwiegenden Fehler behaftet und nichtig.

### *2.3 Stellungnahme*

Die *einzelne Stimme* des „vom Stimmrecht ausgeschlossenen" Stiftungsratsmitglieds nach Art. 68 ZGB ist nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung mit der h.L. und Rechtsprechung als ungültig zu betrachten und bei der Berechnung, ob das erforderliche Beschlussquorum erreicht wurde, *nicht mitzuzählen*. Die ungültige Stimme ist dabei nicht nur bei der Berechnung des eigentlichen Mehrs, sondern auch bei der Berechnungsgrundlage (von welcher eine Mehrheit gegeben sein muss) nicht mitzuzählen, um eine Blockierung des Stiftungsrats zu verhindern.

War die nach Art. 68 ZGB ungültige Stimme für das *Erreichen des Beschlussquorums relevant*, kommt die für den Beschluss (lautend auf Annahme oder Ablehnung des Antrags) erforderliche Mehrheit nicht zustande. Wurde die Stimme dennoch mitgezählt und demnach ein *„falsches" Beschlussfassungsresultat* verkündet, stellt sich die Frage, ob eine derartige Verkündung dennoch rechtwirksam sein soll.

Zur Beantwortung dieser Frage sind die allgemeinen Grundsätze der bundesgerichtlichen Praxis zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen herbeizuziehen.[332] Demnach gilt: Fehler im Beschlussfassungsverfahren führen grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit des entsprechenden Beschlusses. Wurden indes *zwingende Vorschriften über die Beschlussfassung* verletzt, führt dies zur *Nichtigkeit* des Beschlusses.

---

330 BGE 93 II 30.

331 Vgl. zur zwingenden Natur des Art. 68 ZGB sogleich unten S. 100 f.

332 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 3, I. 5. Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses, S. 78 ff.

*Art. 68 ZGB* ist – gleich wie bei Vereinen –[333] auch für den Stiftungsrat als *zwingende Beschlussfassungsvorschrift* zu qualifizieren.[334] Hierfür spricht nicht nur der klare Wortlaut, sondern auch die Wichtigkeit der Bestimmung. Diese dient dem Schutz der Willensbildung, welche ein zentrales Handlungsinstrument des Stiftungsrats und damit auch der Stiftung bildet. Bei einer Stiftung hat Art. 68 ZGB eine noch wichtigere Funktion als bei Vereinen, da bei dieser keine Eigentümer oder Mitglieder bestehen, welche eine Kontrollfunktion wahrnehmen könnten. Umso mehr rechtfertigt es sich, davon auszugehen, dass Art. 68 ZGB auch auf Stiftungen zwingend anwendbar ist.[335] Gleich wie beim Verein sollen die Statuten dabei weitere Stimmrechtsausschlüsse vorsehen können, diese aber nicht einschränken können.[336]

Es ist deshalb davon auszugehen, dass ein *Art. 68 ZGB verletzender Beschluss aufgrund der zwingenden Natur dieser Norm nichtig* ist. Art. 68 ZGB wird dabei durch einen Beschluss bzw. die Beschlussverkündung aber nur dann verletzt, wenn ein Beschlussergebnis verkündet wurde, bei dem eine an sich ungültige, für das Beschlussergebnis aber entscheidende Stimme mitgezählt wurde. War die nach Art. 68 ZGB *ungültige Stimme* indes für das *Beschlussergebnis nicht entscheidend* bzw. nicht kausal, wird durch die Beschlussverkündung die zwingende Beschlussfassungsvorschrift von Art. 68 *im Ergebnis nicht verletzt*, weshalb diesfalls nicht von der Nichtigkeit des Beschlusses auszugehen ist.

Insgesamt ist daher im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass die in den Anwendungsbereich von Art. 68 ZGB fallenden Stimmen als ungültig zu betrachten sind und der entsprechende *Beschluss nichtig ist, wenn die ungültige Stimme für das Zustandekommen des*

---

333 BSK ZGB-Heini/Scherrer, Art. 68 N 1; KUKO ZGB-Jakob, Art. 68 N 1, BK ZGB-Riemer, Art. 68 ZGB N 9 und Art. 69 N 53.

334 Baumann Lorant, S. 173; vgl. auch die Argumentationsweise in BSK ZGB-Riemer, Art. 69 N 55, wonach Art. 68 ZGB auch für den Vereinsvorstand zwingender Natur sein muss.

335 Somit ist BGE 128 III 211, wo von der analogen Anwendbarkeit von Art. 68 ZGB für den Fall ausgegangen wird, dass die Stiftungsurkunde nichts anderes bestimmt, so zu verstehen, dass die Ausstandsnorm von Art. 68 ZGB statutarisch beliebig erweitert, aber nicht enger gefasst werden kann; so auch (indes ohne Bezugnahme zu genanntem Bundesgerichtsentscheid) Baumann Lorant, S. 173.

336 Ebenso Baumann Lorant, S. 173; Brückner, S. 406; vgl. zum Verein BSK ZGB-Heini/Scherrer, Art. 68 N 1; KUKO ZGB-Jakob, Art. 68 N 2 m.w.N.

*Beschlusses notwendig gewesen wäre*.[337] Hatte die Stimme auf das Erreichung des erforderlichen Mehrs keinen Einfluss, rechtfertigt es sich nicht, von der Nichtigkeit des gesamten Beschlusses auszugehen; indes ist eine Anfechtung des Beschlusses mittels Beschwerde an die Stiftungsaufsicht zuzulassen, um zu überprüfen, ob die Beratung und dadurch das Ergebnis beeinflusst wurde.[338]

Die Nichtigkeit des Beschlusses kann sowohl mittels *Klage beim Zivilgericht* auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses als auch mittels *Aufsichtsbeschwerde* geltend gemacht werden.[339] Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an keine Frist gebunden, wobei indes ein allfälliger Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs zu beachten bleibt.[340] Ob die Aufsichtsbeschwerde demgegenüber fristgebunden ist, ist umstritten.[341] Wie BAUMANN LORANT jedenfalls zutreffend ausführt, wird im Zweifel sicherheitshalber die Stiftungsaufsichtsbeschwerde vorzuziehen sein, da auch im Rahmen derselben die Nichtigkeit eines Beschlusses festgestellt werden und so verhindert werden kann, dass eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit wegen blosser Anfechtbarkeit des Beschlusses abgewiesen wird.[342]

> Beispiel: Für die Durchführung eines konkreten Projekts einer Stiftung soll das im Zweckbereich tätige Einzelunternehmen des Stiftungsratsmitglieds A beauftragt werden. Bei der Fassung des entsprechenden Beschlusses stimmt das zu beauftragende Stiftungsratsmitglied mit, obwohl es nach den Regeln des Art. 68 ZGB zum Ausstand verpflichtet wäre. Der Stiftungsrat besteht aus 5 Mitgliedern. 3 Mitglieder, darunter A, stimmen für die Beauftragung von A. 2 Mitglieder, darunter der

337 In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer 5A.8/2002 vom 20. August 2002, E. 2.3; BGE 129 III 645; vgl. auch BGer 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006) und BAUMANN LORANT, S. 187, ist ausnahmsweise über die Nichtigkeit des Beschlusses hinwegzusehen, wenn dadurch die Rechtssicherheit in qualifizierter Weise gefährdet würde, beispielsweise weil gutgläubige Dritte jahrelang auf einen unangefochtenen Beschluss bzw. Zustand vertraut haben.

338 Ebenso BAUMANN LORANT, S. 175 f.; BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 111.

339 Vgl. hierzu BAUMANN LORANT, S. 172.

340 BGer 5A.8/2002 vom 20. August 2002, E. 2.3; BAUMANN LORANT, S. 187.

341 BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 522.

342 BAUMANN LORANT, S. 187 m.V.a. BGE 129 III 642 f., wo die Nichtigkeit im Rahmen der Aufsichtsbeschwerde festgestellt wurde.

Stiftungsratspräsident, stimmen gegen die Beauftragung von A. Das fehlerhaft verkündete Abstimmungsergebnis lautet: „Der Beschlussantrag zur Beauftragung des A wird mit 3 Ja-Stimmen, bei 2 Nein-Stimmen und 0 Enthaltungen, mit einer einfachen Mehrheit von 3/5 angenommen." Da die Stimme von A indes ungültig ist, hätte richtigerweise folgendes Abstimmungsergebnis verkündet werden müssen: „Der Beschlussantrag zur Beauftragung des A wird mit 2 gültigen Ja-Stimmen, bei 2 Nein-Stimmen und 1 ungültigen Stimme abgelehnt." Mit der Zustimmung von 2/4 Stimmen ist das erforderliche Mehr nicht zustande gekommen. Kommt dem Stiftungsratspräsidenten der Stichentscheid zu, wäre diesfalls seine Stimme massgebend für das Zustandekommen des Beschlusses. Der falsch verkündete Beschluss kann bei der Stiftungsaufsicht angefochten werden, welche die Nichtigkeit desselben festzustellen und den Stiftungsrat anzuweisen hat, in der Sache neu Beschluss zu fassen.

## 3. Zwischenfazit zur Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats

Nach h.L. und Rechtsprechung ist *Art. 68 ZGB analog* auf Stiftungen anwendbar. Nach dieser Bestimmung ist jedes Mitglied bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person einerseits und der Stiftung andererseits von Gesetzes wegen vom Stimmrecht ausgeschlossen.

In *sachlicher Hinsicht* fällt die Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit unter Art. 68 ZGB. Unter Rechtsstreitigkeiten sind nach h.L. alle Arten von Prozessen zu verstehen. Demgegenüber ist die Reichweite des Begriffs des Rechtsgeschäfts aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu des sog. „internen Verwaltungsakten" weniger klar. M.E. ist der Begriff des Rechtsgeschäfts in einem weiten Sinn zu verstehen und Art. 68 ZGB über den deutschen Wortlaut hinaus allgemein auf die Beschlussfassung über konfliktanfällige Angelegenheiten anzuwenden. Insbesondere sollte die Bestimmung sowohl auf die Wahl als auch die Abwahl von Stiftungsratsmitgliedern anwendbar sein. Richtigerweise ist Art. 68 ZGB zudem auch auf die

Beschlüsse des Einpersonenstiftungsrats anzuwenden, da die von einem Interessenkonflikt ausgehende Gefahr einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen bei solchen aufgrund der mangelnden Kontrolle durch andere Mitglieder sogar noch grösser ist und eine allfällige damit einhergehende Blockierung des Stiftungsrats verhindert werden kann.

Art. 68 ZGB betrifft Beschlüsse über Angelegenheiten, welche einerseits die Stiftung und andererseits das Stiftungsratsmitglied, seinen Ehegatten oder eine mit dem Stiftungsratsmitglied in gerader Linie verwandte Person betreffen. Betrifft ein Beschluss die genannten Personen, besteht in *persönlicher Hinsicht* eine Ausstandspflicht. Grundsätzlich ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zum Vereinsrecht von der Abschliesslichkeit des Art. 68 ZGB auszugehen. Eine Ausstandspflicht besteht somit grundsätzlich nur in den explizit genannten Anwendungsfällen. Insbesondere ist die Bestimmung nicht analog auf nahestehende Personen anwendbar. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch könnte die Be-stimmung im Einzelfall ausnahmsweise über den Wortlaut hinaus zur Anwendung gelangen, wenn Voraussetzungen eines Umgehungs- oder Durchgriffstatbestands erfüllt sind.

*Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 68 ZGB* besteht nach hier vertretener Auffassung keine Ausstandspflicht. Bei Vorliegen eines nicht von Art. 68 ZGB erfassten Interessenkonflikts muss es den Stiftungsratsmitgliedern somit erlaubt sein, an der Beschlussfassung teilzunehmen, wenn auch die Pflichten, den Interessenkonflikt offenzulegen und die eigentliche Stimmabgabe im Sinne der Stiftungsinteressen auszuführen, weiterbestehen. Eine Teilnahme an der Beschlussfassung bei Interessenkonflikten ausserhalb von Art. 68 ZGB stellt somit für sich alleine keine aufsichts- und haftungsrechtlich relevante Pflichtverletzung dar.

Die einzelne Stimme des „vom Stimmrecht ausgeschlossenen“ Stiftungsratsmitglieds nach Art. 68 ZGB ist nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung mit der h.L. und Rechtsprechung als ungültig zu betrachten und bei der Berechnung, ob das erforderliche Beschlussquorum erreicht wurde, nicht mitzuzählen. Die *ungültige Stimme* ist dabei nicht nur bei der Berechnung des eigentlichen Mehrs, sondern auch bei der Berechnungsgrundlage (von welcher eine Mehrheit gegeben sein muss) nicht mitzuzählen, um eine Blockierung des Stiftungsrats zu verhindern.

War die nach Art. 68 ZGB ungültige Stimme für das Erreichen des Beschlussquorums relevant, kommt die für den Beschluss erforderliche Mehrheit nicht zustande. Wurde die Stimme dennoch mitgezählt und demnach ein „falsches" Beschlussfassungsresultat verkündet, ist der Beschluss *nichtig*. Im Ergebnis ist daher im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass die in den Anwendungsbereich von Art. 68 ZGB fallenden Stimmen als ungültig zu betrachten sind und der entsprechende Beschluss nichtig ist, wenn die ungültige Stimme für die Beschlussfassung bzw. das erforderliche Mehr notwendig gewesen wäre.

War die nach Art. 68 ZGB ungültige Stimme indes für das erforderliche Mehr nicht entscheidend, wird durch die Beschlussverkündung die zwingende Beschlussfassungsvorschrift von Art. 68 im Ergebnis nicht verletzt, weshalb diesfalls nicht von der Nichtigkeit des Beschlusses auszugehen ist. Indes ist eine *Anfechtung* des Beschlusses mittels Beschwerde an die Stiftungsaufsicht zuzulassen, um zu überprüfen, ob die Beratung und dadurch das Ergebnis dennoch beeinflusst wurden.

Die *Geltendmachung der Nichtigkeit* des Beschlusses kann sowohl mittels Klage beim Zivilgericht auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses als auch mittels Aufsichtsbeschwerde erfolgen. Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an keine Frist gebunden, wobei ein allfälliger Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs zu beachten bleibt. Ob die Aufsichtsbeschwerde demgegenüber fristgebunden ist, ist umstritten. Sicherheitshalber wird die Stiftungsaufsichtsbeschwerde vorzuziehen sein, da auch im Rahmen derselben die Nichtigkeit eines Beschlusses festgestellt werden und so verhindert werden kann, dass eine Feststellungsklage wegen blosser Anfechtbarkeit des Beschlusses abgewiesen wird.

## III. Pflicht zu ordnungsgemässer Beschlussfassung

Nachfolgend wird aufgezeigt, weshalb bei der Beschlussfassung im Zusammenhang mit Interessenkonflikten neben der Ausstandspflicht die *allgemeinen Pflichten* massgebend sind und was dies bedeutet (1.). Alsdann wird aufgezeigt, welche Rechtsfolgen die *Verletzung* dieser Pflichten bezüglich der Rechtswirksamkeit des entsprechenden Beschlusses zeitigen kann (2.).

## 1. Massgeblichkeit der allgemeinen Pflichten

Den vereinsrechtlichen Regeln lässt sich zum Umgang mit Interessenkonflikten über Art. 68 ZGB hinaus nichts entnehmen. Es gelten bei der Beschlussfassung im Übrigen daher dieselben Regeln, welche für alle Handlungen und Entscheide des Stiftungsrats relevant sind. Massgebend sind somit die allgemeinen *Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt*, deren Inhalt bereits aufgezeigt wurde.[343]

Insbesondere müssen die Stiftungsinteressen bei der Entscheidfindung den massgebenden Aspekt bilden und ist eine Handlungsoption zu wählen, welche die *Stiftungsinteressen am optimalsten wahrt*.[344] Zudem muss auf einer ausreichenden Informationsgrundlage und mit ausreichender Sorgfalt abgeklärt werden, welche Handlungsoptionen zur Verfolgung der Stiftungsinteressen bestehen, welche Aspekte bei der Auswahl massgeblich sind, und welche der Varianten den Stiftungsinteressen vor dem Hintergrund welcher Aspekte voraussichtlich am besten dienen werden.[345]

## 2. Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses infolge Verletzung der allgemeinen Pflichten

Werden die genannten Pflichten verletzt, gelten die allgemeinen Regeln zur Rechtsunwirksamkeit von Stiftungsratsbeschlüssen.[346] Im Zusammenhang mit Interessenkonflikten sind dabei einige *Besonderheiten* zu beachten, welche nachfolgend aufgezeigt werden. Der Übersicht halber wird dabei unterschieden zwischen Besonderheiten, welche den *Inhalt* (2.1) und solchen, welche das *Zustandekommen* des Beschlusses betreffen (2.2).

---

343 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 1 und 2, S. 38 ff. und 49 ff.

344 Vgl. zur Treuepflicht oben T. 2, Kap. 1, II., S. 40 f.

345 Vgl. zur Sorgfaltspflicht oben T. 2, Kap. 1, III., S. 42 ff.

346 Vgl. zur Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses im Allgemeinen oben T. 2, Kap. 3, I. 5., S. 78 ff.

### *2.1 Besonderheiten betreffend den Beschlussinhalt*

Ein Beschluss ist dann inhaltlich fehlerhaft, wenn er die Stiftungsinteressen nicht ausreichend wahrt. Bei gravierenden Fehlern kann ein Beschluss sogar *nichtig* sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Stiftungsratsbeschlüsse nichtig, die gegen die „Grundstruktur der juristischen Person verstossen", deren „Inhalt unsittlich" ist,[347] die „einen unmöglichen oder gegen das Gesetz oder die Statuten verstossenden Inhalt" haben, „gegen das Recht der Persönlichkeit [verstossen] oder unter Verletzung zwingender Vorschriften über die Beschlussfassung zustande gekommen sind".[348]

Wann ein *Verstoss gegen die Grundstruktur der Stiftung* vorliegt, welcher einen Beschluss als nichtig qualifizieren lässt, ist im Einzelfall zu ermitteln.[349] Als Verstoss gegen die Grundstruktur der Stiftung und damit nichtig können aber jeweils solche Beschlüsse qualifiziert werden, welche einen derartigen Inhalt haben, welcher auch zum Entfall der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht führen würde:[350] Ist der Inhalt eines Beschlusses durch den Stiftungszweck „geradezu ausgeschlossen",[351] stellt dies jeweils auch einen Verstoss gegen die Grundstruktur der Stiftung dar, weshalb der entsprechende Beschluss als nichtig zu qualifizieren ist. Im Übrigen obliegt es dem Ermessen des befassten Gerichts bzw. der befassten Aufsichtsbehörde, anhand der

347 BGE 86 II 88.

348 BGE 93 II 30 (Regeste), 33 ff. m.V.a. BGE 67 II 175 und BGE 86 II 88. Vgl. auch BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 93 ff. Für eine Übersicht möglicher, von der Lehre und der Rechtsprechung aufgeführter Nichtigkeitsgründe vgl. BAUMANN LORANT, S. 186 ff.; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 75 N 10 ff.; BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 75 N 34 ff., alle m.w.N. Vgl. zur Nichtigkeit von Stiftungsratsbeschlüssen im Einzelnen oben T. 2, Kap. 3, I. 5 5.1, S. 79 f.

349 Im Einzelfall kann es sehr schwierig sein, die lediglich fehlerhaften von den nichtigen Beschlüssen abzugrenzen. Insbesondere in den Fällen, in denen bereits die Beurteilung schwerfällt, welcher Beschlussinhalt optimal den Stiftungsinteressen dient, darf nicht leichtfertig von der Fehlerhaftigkeit des Beschlusses ausgegangen werden. Vgl. in diesem Sinne BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 30, 35, nach welchem es sich in der Praxis de facto in den meisten Fällen, in welchen ein Vereinsbeschluss inhaltlich gegen objektives Recht verstosse, um Nichtigkeitsfälle handle.

350 Zur Vertretungsmacht vgl. unten T. 2, Kap. 4, II., S. 119 ff.

351 Vgl. dazu unten S. 122 ff.

relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob ein Beschluss gegen die Grundstruktur der Stiftung verstösst und damit nichtig ist.[352]

Fraglich ist, ob ein Beschluss, welcher inhaltlich die Stiftungsinteressen nicht ausreichend wahrt, infolge *Sittenwidrigkeit* gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig sein könnte. Grundsätzlich können die zum Tatbestand der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften entwickelten Grundsätze auch auf Beschlüsse angewendet werden, da diese ebenfalls als Rechtsgeschäfte zu qualifizieren sind.[353] Zu den durch bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen der Sittenwidrigkeit ist auf die diesbezüglichen nachfolgenden Ausführungen zu verweisen.[354] Dabei ist indes zu beachten, dass diese Fallgruppen auf gegen Aussen gerichtete Rechtsgeschäfte zugeschnitten sind. Die Sittenwidrigkeit eines Beschlusses kann daher vor allem dann aktuell sein, wenn dieser den Abschluss eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts vorsieht. Sieht der Beschluss somit den Abschluss eines wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Rechtsgeschäfts vor, ist ebenfalls von der Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses auszugehen. Ein Beschluss, welcher beispielsweise die Verpfändung des gesamten Stiftungsvermögens vorsieht, ist somit nichtig.[355]

### *2.2 Besonderheiten betreffend das Zustandekommen des Beschlusses*

Fehler im Zustandekommen eines Beschlusses können bei Interessenkonflikten insbesondere darin bestehen, dass ein Interessenkonflikt nicht *offengelegt* wurde (a) oder nicht genügend überprüft wurde, ob der geplante Beschluss *materiell angemessen* ist (b.). Nachfolgend wird deshalb besonders betrachtet, unter welchen Voraussetzungen derartige Fehler zur Rechtsunwirksamkeit des entsprechenden Beschlusses führen.

---

352 So auch SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, F 164.

353 BSK OR-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 6; SCHOTT, GV-Beschluss, § 2 N 1 ff., 31. Zur Qualifizierung des Beschlusses als Rechtsgeschäft vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 1. 1.1, S. 70 f.

354 Vgl. unten T. 2, Kap. 4, IV., S. 134 ff.

355 Demgegenüber kann ein Beschluss, welcher inhaltlich die Stiftungsinteressen nicht ausreichend wahrt, nicht infolge *Rechtswidrigkeit* gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig sein; für eine Begründung vgl. unten T. 2, Kap. 4, III., S. 133 f.

### a Offenlegung des Interessenkonflikts

Um einen *sachgerechten Prozess der Entscheidfindung zu ermöglichen*, muss ein von einem Interessenkonflikt betroffenes Stiftungsratsmitglied diesen zunächst i.d.R. *offenlegen*. Nur so ist eine Stimmabgabe der übrigen Stiftungsratsmitglieder auf einer ausreichenden Informationsbasis möglich.[356]

Legt ein Stiftungsratsmitglied einen Interessenkonflikt pflichtwidrig nicht oder zu spät offen, obwohl dieser für den Beschlussinhalt relevant gewesen wäre, können die übrigen Stiftungsratsmitglieder den entsprechenden Beschluss mittels Beschwerde bei der Stiftungsaufsicht anfechten. Gelingt ihnen der Nachweis, dass der *Beschlussinhalt möglicherweise ein anderer* gewesen wäre, wenn der Interessenkonflikt rechtzeitig offengelegt worden wäre, muss die Beschwerde nach den *allgemeinen Regeln zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit* von Stiftungsratsbeschlüssen gutgeheissen werden.[357] Ob die fehlende Offenlegung für sich allein hingegen zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führen könnte, ist unklar. In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre dies wohl zu verneinen, da es sich bei der Pflicht zur Offenlegung nicht um eine „zwingende Vorschrift über die Beschlussfassung" handelt.[358]

### b Qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit

Ein ordnungsgemässes Beschlussfassungsverfahren kann des Weiteren eine qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit des geplanten Beschlusses erfordern.[359] Wurde eine solche Überprüfung nicht vorgenommen,

---

356 Zur Offenlegungspflicht vgl. oben T. 2, Kap. 2, I., S. 50 ff.

357 Zur Aufhebung von fehlerhaft zustande gekommenen Stiftungsratsbeschlüssen vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 5 5.1, S. 79 f.

358 Im Ergebnis wohl ebenfalls von der *Anfechtbarkeit* und nicht der Nichtigkeit solcher Beschlüsse geht RIEMER aus, wenn er einen Beschluss, bei welchem wichtige Informationen gegenüber den Stimm- und Wahlberechtigten vorenthalten wurden, als anfechtbar (und nicht als nichtig) betrachtet: BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 884; möglicherweise sogar von der *Nichtigkeit* solcher Beschlüsse gehen demgegenüber BAUMANN LORANT, S. 189, HEINI/PORTMANN, N 275 und BSK ZGB-HEINI/SCHERRER, Art. 75 N 36 aus, welche die Vorenthaltung von Informationen, welche für die Ausübung des Stimm- und Wahlrechts notwendig sind, als Nichtigkeitsgrund betrachten.

359 Vgl. zur qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids oben T. 2, Kap. 2, II., S. 53 ff.

kann eine Anfechtung des entsprechenden Beschlusses mit der Begründung, der Beschluss sei auf einer ungenügenden Informationsgrundlage getroffen worden, insbesondere dann aktuell sein, wenn gerade aufgrund der fehlenden Informationsgrundlage *nicht beurteilt werden kann*, ob ein Beschluss inhaltlich den *Stiftungsinteressen dient oder nicht*. Steht demgegenüber fest, dass die Stiftungsinteressen nicht ausreichend gewahrt wurden, ist der Beschluss gleichzeitig inhaltlich mangelhaft und deshalb aufzuheben.

Die Beschlussfassung auf einer ungenügenden Informationsgrundlage stellt in diesem Sinne aber – gleich wie die pflichtwidrige fehlende Offenlegung eines Interessenkonflikts –[360] *an sich* einen Fehler dar, welcher durch die Stiftungsaufsicht nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips behoben werden kann. Zeigt sich indes, dass ein an sich auf einer ungenügenden Informationsgrundlage getroffener Beschluss im Ergebnis den Stiftungsinteressen dient, rechtfertigen sich aufsichtsrechtliche Massnahmen nicht mehr. Aus denselben Gründen wie bei der fehlenden Offenlegung kann eine mangelhafte Informationsgrundlage für sich allein nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung indes wohl nicht zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führen.[361]

> Beispiel: Für die Durchführung eines längerfristigen Projekts zur Umsetzung des Stiftungszwecks beschliesst der Stiftungsrat, dieses in Zusammenarbeit mit einem Unternehmen durchzuführen, an welchem ein Grossteil der Stiftungsratsmitglieder wirtschaftlich beteiligt sind. Dabei hat es der Stiftungsrat im Vorfeld des Beschlusses unterlassen, die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen ernsthaft in Betracht zu ziehen und entsprechende Informationen bzw. Konkurrenzofferten einzuholen. Dies, obwohl diverse weitere Anbieter ebenfalls geeignet wären, mit der Stiftung zusammenzuarbeiten. Ein Stiftungsratsmitglied erhebt Beschwerde an die Stiftungsaufsicht. Es bringt vor, das Unternehmen sei für die Durchführung des Projekts ungeeignet und die geplanten Vertragsbedingungen für die Stiftung ungünstig. Die Stiftungsaufsichtsbehörde könnte den Beschluss aufheben und den Stiftungsrat anweisen, Konkurrenzofferten

360 Vgl. oben S. 109.
361 Ibid.

einzuholen und auf dieser Grundlage erneut Beschluss zu fassen.

## 3. Zwischenfazit zur Pflicht zu ordnungsgemässer Beschlussfassung

Dem Vereinsrecht lässt sich zum Umgang mit Interessenkonflikten über Art. 68 ZGB hinaus nichts entnehmen. Es gelten bei der Beschlussfassung im Übrigen daher dieselben Regeln, welche für alle Handlungen und Entscheide des Stiftungsrats relevant sind. Massgebend sind somit die *allgemeinen Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt*. Insbesondere müssen die Stiftungsinteressen – und nicht allfällige Fremdinteressen – bei der Entscheidfindung den massgebenden Aspekt bilden und ist eine Handlungsoption zu wählen, welche (aus einer ex-ante-Sicht im Entscheidzeitpunkt) im Ergebnis die Stiftungsinteressen am optimalsten wahrt. Zudem muss auf einer ausreichenden Informationsgrundlage und mit ausreichender Sorgfalt abgeklärt werden, welche Handlungsoptionen zur Verfolgung der Stiftungsinteressen bestehen, welche Aspekte bei der Auswahl massgeblich sind, und welche der Varianten den Stiftungsinteressen vor dem Hintergrund welcher Aspekte voraussichtlich am besten dienen werden.

Werden die genannten Pflichten verletzt, gelten die *allgemeinen Regeln zur Rechtsunwirksamkeit von Stiftungsratsbeschlüssen*. Der Beschluss ist somit von der Stiftungsaufsicht auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde hin oder von Amtes wegen aufzuheben, wenn dessen Inhalt fehlerhaft ist. Betrifft die Pflichtverletzung nicht primär den Inhalt, sondern das Zustandekommen des Beschlusses, ist der Beschluss dann aufzuheben, wenn der Beschlussinhalt ohne die Pflichtverletzung möglicherweise ein anderer gewesen wäre. Stiftungsratsbeschlüsse, die mit besonders schwerwiegenden Fehlern behaftet sind, können sogar nichtig sein.

Aus den allgemeinen Pflichten abgeleitete *Fehler im Zustandekommen* eines konfliktbehafteten Beschlusses können insbesondere darin bestehen, dass ein Stiftungsratsmitglied einen Interessenkonflikt pflichtwidrig nicht oder zu spät offenlegt oder der Stiftungsrat eine qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Beschlusses in pflichtverletzender Weise unterlässt. Solche Beschlüsse sind aufzuheben, wenn der Beschlussinhalt bei pflichtgemässem Verhalten möglicherweise ein anderer gewesen wäre. Es ist davon auszugehen, dass die aus den allgemeinen Pflichten abgeleiteten Fehler im

Zustandekommen für sich allein aber nicht ausreichen, um von der Nichtigkeit des Beschlusses ausgehen zu können. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 68 ZGB kann ein konfliktbehafteter Beschluss somit nach hier vertretener Auffassung nur aus inhaltlichen Gründen nichtig sein.

Ob ein konfliktbehafteter Beschluss *inhaltlich fehlerhaft* ist, indem er die Stiftungsinteressen nicht ausreichend wahrt, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Zur Bestimmung der inhaltlichen Nichtigkeit eines Beschlusses kann im Zusammenhang mit Interessenkonflikten u.a. die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften und zum Entfall der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht herbeigezogen werden.

## IV. Fazit zum Interessenkonflikt bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats

Ohne spezifische Anordnungen im Stiftungsstatut besteht eine **Pflicht zur Beschlussfassung** über *grundlegende, wichtige und (voraussichtlich) streitige Entscheide*. *Untergeordnete* Entscheide und solche, mittels welcher die genannten (grundlegenden, wichtigen und streitigen) Entscheide *vorbereitet* oder ausgeführt werden, können hingegen informell getroffen werden. Über die zur Erfüllung von *delegierten* Aufgaben erforderlichen Entscheide muss grundsätzlich nicht Beschluss gefasst werden.

Im Zusammenhang mit Interessenkonflikten ist die analog anwendbare vereinsrechtliche **Ausstandspflicht** nach *Art. 68 ZGB* zentral. Demnach ist jedes Mitglied bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person einerseits und der Stiftung andererseits von Gesetzes wegen vom Stimmrecht ausgeschlossen. Mit dieser auch für Stiftungen zwingenden Bestimmung gilt für die erfassten Konstellationen ein generelles, vom Einzelfall und dem tatsächlichen Vorliegen eines Interessenkonflikts unabhängiges Verbot der Mitwirkung der betreffenden Stiftungsratsmitglieder bei der Beschlussfassung. In *sachlicher Hinsicht* ist aufgrund der uneinheitlichen Praxis des Bundesgerichts insbesondere unklar, ob Wahlen ebenfalls von dieser Bestimmung erfasst sind. Richtigerweise ist der Begriff des Rechtsgeschäfts i.S.v. Art. 68 ZGB in einem weiten, über das „klassische" Begriffsverständnis hinausgehenden Sinn zu verstehen und die Bestimmung allgemein auf die

Beschlussfassung über konfliktanfällige Angelegenheiten, und somit insbesondere auch auf Wahlen, anzuwenden. Überdies ist die Norm nach hier vertretener Auffassung auch auf die Beschlüsse des Einpersonenstiftungsrats anzuwenden. In *persönlicher Hinsicht* besteht grundsätzlich nur in den von Art. 68 ZGB explizit genannten Anwendungsfällen eine Ausstandspflicht. Insbesondere ist die Bestimmung nicht analog auf nahestehende Personen anwendbar. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch könnte die Bestimmung im Einzelfall ausnahmsweise über den Wortlaut hinaus zur Anwendung gelangen, wenn die Voraussetzungen eines Umgehungs- oder Durchgriffstatbestands erfüllt sind. *Ausserhalb des Anwendungsbereichs* von Art. 68 ZGB besteht nach hier vertretener Auffassung keine Ausstandspflicht. Bei Vorliegen eines nicht von Art. 68 ZGB erfassten Interessenkonflikts muss es den Stiftungsratsmitgliedern somit erlaubt sein, an der Beschlussfassung teilzunehmen, wenn auch die Pflichten, den Interessenkonflikt offenzulegen und die eigentliche Stimmabgabe im Sinne der Stiftungsinteressen auszuführen, weiterbestehen.

Wird die **Ausstandspflicht verletzt**, sind die in den Anwendungsbereich der Bestimmung fallenden Stimmen im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als ungültig zu betrachten. Dies führt zur *Nichtigkeit des Beschlusses, wenn die ungültige Stimme für das erforderliche Mehr notwendig gewesen wäre*. Die einzelne Stimme ist dabei richtigerweise bereits bei der Berechnungsgrundlage (von welcher eine Mehrheit gegeben sein muss) nicht mitzuzählen, um eine Blockierung des Stiftungsrats zu verhindern. Die Nichtigkeit des Beschlusses kann sowohl mittels Klage beim Zivilgericht auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses als auch mittels Aufsichtsbeschwerde geltend gemacht werden. Hatte die nach Art. 68 ZGB ungültige Stimme auf das erforderliche Mehr keinen Einfluss, ist eine *Anfechtung* des Beschlusses mittels Beschwerde an die Stiftungsaufsicht zuzulassen, um zu überprüfen, ob die Beratung und dadurch das Beschlussergebnis beeinflusst wurden.

Im Übrigen sind bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats die **allgemeinen Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt** massgebend. Insbesondere müssen die *Stiftungsinteressen* – und nicht allfällige Fremdinteressen – bei der Entscheidfindung den *massgebenden Aspekt* bilden und ist eine Handlungsoption zu wählen, welche (aus einer ex-ante-Sicht im Entscheidzeitpunkt) im Ergebnis die Stiftungsinteressen am optimalsten wahrt. Zudem muss auf einer ausreichenden Informationsgrundlage und mit ausreichender *Sorgfalt* abgeklärt werden, welche Handlungsoptionen zur Verfolgung der Stiftungsinteressen überhaupt bestehen, welche Aspekte

bei der Auswahl massgeblich sind, und welche der Varianten den Stiftungsinteressen vor dem Hintergrund welcher Aspekte voraussichtlich am besten dienen werden.

Werden die genannten **allgemeinen Pflichten verletzt**, so gelten auch die *allgemeinen Regeln zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit von Stiftungsratsbeschlüssen*. Der Beschluss ist somit von der Stiftungsaufsicht auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde hin oder von Amtes wegen *aufzuheben*, wenn dessen *Inhalt* fehlerhaft ist, indem er die Stiftungsinteressen nicht ausreichend wahrt. Betrifft die Pflichtverletzung nicht primär den Inhalt, sondern das *Zustandekommen* des Beschlusses – insbesondere indem ein Stiftungsratsmitglied einen Interessenkonflikt pflichtwidrig nicht oder zu spät offenlegt oder der Stiftungsrat eine qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Beschlusses in pflichtverletzender Weise unterlässt –, ist der Beschluss dann aufzuheben, wenn der Beschlussinhalt ohne die Pflichtverletzung möglicherweise ein anderer gewesen wäre. Stiftungsratsbeschlüsse, die mit besonders schwerwiegenden Fehlern behaftet sind, können sogar *nichtig* sein. Es ist dabei aber davon auszugehen, dass aus den allgemeinen Pflichten abgeleitete Fehler im Zustandekommen für sich allein nicht ausreichen, um von der Nichtigkeit des Beschlusses ausgehen zu können. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 68 ZGB kann ein konfliktbehafteter Beschluss somit nur aus *inhaltlichen Gründen* nichtig sein. Zur Bestimmung der Nichtigkeit kann u.a. die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften herbeigezogen werden.

# Kapitel 4: Der Interessenkonflikt beim Abschluss von Rechtsgeschäften

Schliesst der Stiftungsrat im Namen der Stiftung Rechtsgeschäfte ab, stellt sich die Frage, unter welchen Umständen diese *unwirksam* sind, wenn das handelnde Organ einem Interessenkonflikt unterliegt. Massgebend zur Beantwortung dieser Frage ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den sog. *Insichgeschäften* (I.). Des Weiteren sind die allgemeinen Voraussetzungen der *Zurechnung der Handlungen eines Organs zur juristischen Person* auf den Interessenkonflikt des Stiftungsrats zu übertragen (II.). Schliesslich ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Rechtsgeschäfte widerrechtlich (III.) oder sittenwidrig (IV.) und damit *nichtig* i.S.v. Art. 20 OR sein können.

## I. Insichgeschäfte

Zunächst wird aufgezeigt, was das Bundesgericht unter einem *Insichgeschäft* versteht (1.). Alsdann wird eruiert, unter welchen Voraussetzungen einem Insichgeschäft jeweils auch ein *Interessenkonflikt* nach dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis zugrunde liegt (2.). Schliesslich wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. von der *Rechtsunwirksamkeit* eines Insichgeschäfts auszugehen ist (3.).

### 1. Begriff des Insichgeschäfts

Insichgeschäfte im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Rechtsgeschäfte, die ein direkter Stellvertreter oder ein Organ *für beide Seiten gleichzeitig* vornimmt. Dies kann in Form des *Selbstkontrahierens* (der Vertreter schliesst ein Geschäft namens des Vertretenen mit sich selbst als Gegenpartei ab) oder in Form der *Doppelvertretung* zweier Vertragsparteien (der Vertreter schliesst ein Geschäft als Vertreter oder Organ zweier Vertretener im Namen dieser beiden ab) geschehen.[362]

362 BGE 127 III 332, Regeste; SCHOTT, S. 51.

## 2. Verhältnis des Insichgeschäfts zum Interessenkonflikt

Ein Gegenstand dieser Arbeit bildender Interessenkonflikt liegt dann vor, wenn in Bezug auf einen Entscheid des Stiftungsrats oder eines Stiftungsratsmitglieds neben den Stiftungsinteressen auch konfliktrelevante, nicht gleichgerichtete Fremdinteressen involviert sind.[363] Bei einem *Selbstkontrakt* eines Stiftungsratsmitglieds mit sich selbst sind dabei stets Eigeninteressen involviert. Bei einem Rechtsgeschäft, welches ein Stiftungsratsmitglied als *Doppelvertreter* sowohl der Stiftung als auch der Gegenseite abschliesst, sind die Fremdinteressen aufgrund der mit der Vertretung der Interessen einhergehenden rechtlichen Bindung des Stiftungsratsmitglieds ebenfalls dem Stiftungsratsmitglied zuzuordnen.

Unter den Voraussetzungen, dass die Fremdinteressen von gewisser *Erheblichkeit* sind, so dass sie geeignet sind, das Entscheidverhalten des Stiftungsratsmitglieds zu beeinflussen, und dass die Stiftungs- und die Fremdinteressen nicht gleichgerichtet sind, liegt einem Insichgeschäft somit immer auch ein Interessenkonflikt zugrunde. Kann eine *Benachteiligungsgefahr* nicht ausnahmsweise ausgeschlossen werden,[364] ist dabei davon auszugehen, dass Stiftungs- und Fremdinteressen nicht gleichgerichtet sind.

Ob ein zur Unwirksamkeit führendes Insichgeschäft vorliegt oder nicht, beurteilt sich indes *unabhängig* davon, ob auch ein Interessenkonflikt vorliegt oder nicht. Massgebend sind allein die nachfolgenden Grundsätze.

## 3. Rechtsunwirksamkeit der Insichgeschäfte

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und h.L. sind Insichgeschäfte wegen deren Gefährdungspotential *grundsätzlich rechtsunwirksam*. Ausnahmsweise wirksam sind sie nur dann, wenn die *Gefahr einer Benachteiligung* des Vertretenen nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist (I.3.1) oder der Vertretene den Vertreter zum Abschluss des Insichgeschäfts

363 Vgl. oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f.
364 Vgl. zur fehlenden Benachteiligungsgefahr sogleich unten S. 118.

ermächtigt oder das Insichgeschäft nachträglich *genehmigt* hat (I.3.2).[365] Liegt ein unwirksames Insichgeschäft vor, sind die Parteien des Rechtsgeschäfts durch dasselbe nicht gebunden. Aufgrund eines unwirksamen Rechtsgeschäfts bereits erfolgte Zuwendungen können nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zurückgefordert werden.[366]

> In Zusammenfassung seiner aktuellen Rechtsprechung hielt das Bundesgericht fest: „Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt. *Selbstkontrahieren* hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Dieselben Regeln gelten auch für die *Doppelvertretung* zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe.“[367]

### *3.1 Fehlende Benachteiligungsgefahr*

Das Insichgeschäft hat ausnahmsweise dennoch Geltung, wenn die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen wegen der Natur des Geschäfts

---

365 BGE 39 II 566 ff.; BGE 126 III 363 f.; BGE 127 III 333; BÜHLER/SPICHTIN, S. 155; DÄNIKER, S. 123; SCHOTT, S. 44 f., 279; SOMMER, S. 135 ff.; STUTZ/VON DER CRONE, S. 107; BSK OR-WATTER, Art. 718 N 21, Art. 718a N 12.

366 Vgl. Art. 39 Abs. 3 OR. Zudem können auch Ansprüche der Stiftung gegenüber den Stiftungsratsmitgliedern auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung gem. Art. 41 ff. OR entstehen (vgl. Art. 39 Abs. 1 OR).

367 BGE 127 III 333 (Hervorhebungen hinzugefügt); in diesem Sinne definierte das Bundesgericht die Schranken der Zulässigkeit ab BGE 89 II 325 neu und bestätigte diese Grundsätze in ständiger Rechtsprechung bis heute. Zuletzt bestätigte es diese Rechtsprechung in BGE 4A_474/2014 vom 9. Juli 2015. Für eine Übersicht zur diesbezüglichen Rechtsprechung bis 2002 vgl. SCHOTT, S. 30 ff. Zur Gültigkeit von Verträgen bei organschaftlicher Doppelvertretung vgl. FISCHER, S. 281 ff.

ausgeschlossen werden kann. Darunter lassen sich in Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts folgende *Fallgruppen* subsumieren: (1) Geschäfte zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit, (2) Geschäfte zum Vorteil des Vertretenen, (3) Geschäfte unter Konzerngesellschaften, (4) Geschäfte mit objektiver Preisbestimmung und (5) Geschäfte mit besonderen vertraglichen Abreden.[368] Auf die Ausnahmen wird im Einzelnen nicht näher eingegangen, da sie von Lehre und Rechtsprechung – insbesondere im Bereich des Aktienrechts – bereits eingehend behandelt worden sind und die entsprechenden Ausführungen auch für die Insichgeschäfte von Stiftungsratsmitgliedern Anwendung finden.[369]

### *3.2 Genehmigung oder Ermächtigung*

Der Vertretene kann den Vertreter zum Abschluss eines Insichgeschäfts ermächtigen oder dasselbe genehmigen und dem Geschäft dadurch ausnahmsweise Rechtswirksamkeit verleihen.[370] Streitig ist in der Lehre, ob bei einem Insichgeschäft eines Stiftungsratsmitglieds die Genehmigung durch den *gesamten Stiftungsrat* zu erfolgen hat[371] oder auch durch die nicht von einem Interessenkonflikt betroffenen *einzelnen Stiftungsratsmitglieder* entsprechend ihrer Zeichnungsberechtigung vorgenommen werden kann.[372]

Enthält der Handelsregistereintrag keine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht, ist dieser grundsätzlich umfassend.[373] Insbesondere sind von jedem einzelnen Stiftungsratsmitglied ausgehende Vertretungshandlungen i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZGB grundsätzlich für die Stiftung verpflichtend. Es ist davon auszugehen, dass Insichgeschäfte von den übrigen Stiftungsratsmitgliedern nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung genehmigt werden können (bzw. eine Ermächtigung zu einem solchen Geschäft erfolgen kann), sofern

368 STRAESSLE/VON DER CRONE, S. 342 ff., SCHOTT, S. 123 ff.; JUNG, S. 281 ff.
369 Für eine Übersicht vgl. SCHOTT, S. 115 ff., 123 ff.
370 Vgl. FN 365.
371 SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, F 147.
372 Für eine Genehmigung durch den Gesamtstiftungsrat SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, a.a.O.; demgegenüber hält BAUMANN LORANT, S. 269, die Genehmigung durch einzelne zeichnungsberechtigte Stiftungsratsmitglieder für ausreichend.
373 BAUMANN LORANT, S. 264.

diese selbst keinem Interessenkonflikt unterliegen.[374] Kommt mithin den übrigen Stiftungsratsmitgliedern *Einzelzeichnungsberechtigung* zu, kann *jedes einzelne Stiftungsratsmitglied* ein Insichgeschäft eines anderen Stiftungsratsmitglieds genehmigen, da jedes einzelne Stiftungsratsmitglied das entsprechende Rechtsgeschäft auch in eigener Regie rechtsgültig vornehmen könnte.[375]

## II. Zum Entfall der Vertretungsmacht führende Interessenkonflikte

Liegt kein Insichgeschäft vor, beurteilt sich die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften eines Organs der Stiftung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach den allgemeinen Regeln der *Zurechnung der Handlungen der Organe zur juristischen Person*.[376] Handelt ein Stiftungsratsmitglied ohne Vertretungsmacht, vermag das entsprechende Rechtsgeschäft die Stiftung nicht zu binden.[377]

---

374 Andernfalls entfiele der Sinn und Zweck der Ermächtigung bzw. Genehmigung, wenn ein selbst einem Interessenkonflikt unterliegendes Stiftungsratsmitglied dieses genehmigen könnte.

375 In diesem Sinne auch BGE 127 III 333 f. zum Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, wonach eine Genehmigung eines Insichgeschäfts eines Verwaltungsratsmitglieds durch ein über- oder nebengeordnetes Organ erforderlich ist, wobei jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung auch ein Insichgeschäft eines anderen Verwaltungsrates nachträglich genehmigen könne. Die Genehmigungskompetenz der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder der Aktiengesellschaft wird auch in der Lehre einhellig bejaht, vgl. insb. GIGER, S. 356; KRNETA, N 1945; LAZOPOULOS, S. 141 ff.; MÜLLER, S. 194 f.; SOMMER, S. 138 ff.; 647; ZOBL, S. 309 f.

376 BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.1: „Il potere di rappresentanza del membro del consiglio di una fondazione segue le regole che vigono per il membro del consiglio di amministrazione di una società anonima." (in Bezug auf die Vertretungsmacht gelten für die Stiftungsratsmitglieder mithin die gleichen Regeln, welche auch für die Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft gelten); BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 23 m.w.N.; BAUMANN LORANT, S. 263; GUTZWILLER, S. 584.

377 BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE, Art. 54 N 25. Aufgrund eines unwirksamen Rechtsgeschäfts bereits erfolgte Zuwendungen kann die Stiftung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zurückfordern; nicht ausgeschlossen werden kann hingegen, dass das Handeln des Stiftungsratsmitglieds ohne Vertretungsmacht die Stiftung aus ausservertraglichen Gründen verpflichtet; BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE,

Damit die Handlung eines Stiftungsratsmitglieds der Stiftung zugerechnet wird, muss das Stiftungsratsmitglied demnach einerseits in seiner *Eigenschaft als Organ* handeln (1.). Andererseits muss ihm *Vertretungsmacht* zukommen (2.).[378] Nachfolgend wird aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen Interessenkonflikte zum Entfall der Vertretungsmacht führen können.

## 1. Fehlendes Handeln des Stiftungsratsmitglieds in seiner Eigenschaft als Organ

Nur Handlungen, welche der Stiftungsrat in seiner Funktion als Organ vornimmt, d.h. Handlungen „*in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen*" bzw. „im Namen der juristischen Person", können der Stiftung zugerechnet werden.[379] Handelt der Stiftungsrat hingegen privat bzw. auf eigene Rechnung, können diese Handlungen nicht der Stiftung zugerechnet werden.[380]

> Nicht als der juristischen Person zurechenbare, sondern als private Handlungen gelten solche, die das Organ „*offensichtlich als Privatperson für eigene Rechnung und im eigenen Namen* vornimmt".[381] Zur Beurteilung, ob jemand privat handelt oder nicht, dient beispielsweise das verwendete Briefpapier, die angegebene Adresse und Art und Weise, in welcher unterschrieben wurde (beispielsweise mit welchen Zusätzen).[382] Im Zweifel ist nach dem

---

a.a.O. Im Umfang eines der Stiftung durch die Unverbindlichkeit des Rechtsgeschäfts entstehenden Schadens entsteht andererseits möglicherweise ein Schadenersatzanspruch der Stiftung gegenüber dem ohne Vertretungsmacht handelnden Stiftungsratsmitglied nach den Grundsätzen von Art. 41 ff. OR oder aufgrund einer allfälligen vertraglichen Anspruchsgrundlage; zu den Voraussetzungen einer persönlichen Haftung vgl. unten T. 2, Kap. 6, S. 157 ff.; zur Qualifikation der Verletzung der Regeln im Umgang mit Rechtsgeschäften als widerrechtliches Verhalten im Besonderen vgl. T. 2, Kap. 6, II., S. 161 ff.

378 WEBER, S. 167 ff; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 54/55, N 18 ff.

379 HAKO ZGB-MEIER, Art. 55 N 41.

380 BGE 96 II 443; WEBER, S. 168, BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 N 35; BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 18 m.V.a. BGE 101 Ib 436 f.; BGE 96 I 479; BGE 68 II 98.

381 BGE 68 II 99 (Hervorhebungen hinzugefügt).

382 BGE 96 II 443.

> Vertrauensprinzip zu entscheiden, ob privates Handeln oder Handeln der juristischen Person vorliegt.[383]

Von einem Interessenkonflikt kann nach dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis nur dann gesprochen werden, wenn auch *Stiftungsinteressen* involviert sind.[384] Handlungen eines Stiftungsratsmitglieds als Privatperson sind nicht erfasst. Vorliegend interessieren daher nur Handlungen, die der Stiftungsrat in seiner Eigenschaft als Organ vornimmt.

Es sind aber Fallkonstellationen denkbar, in denen die *Abgrenzung* zwischen Handlungen privater Natur und solcher als Stiftungsorgan schwierig ist. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die vorgenommenen Handlungen sowohl dem Stiftungs- als auch dem Fremdinteresse dienen könnten.

> Beispiel: Ein Stiftungsratsmitglied lässt in einem aufwendigen Rechtsgutachten abklären, ob sein Verhalten in einer vergangenen stiftungsrechtlichen Angelegenheit strafrechtlich relevant war. Ein derartiges Gutachten könnte auch den Stiftungsinteressen dienen, indem auch für die Zukunft und andere Stiftungsorgane relevante Grundsatzfragen beantwortet werden.

---

383 BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 N 40; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 45/55 N 18 m.V.a. BGE 51 II 528 f.

384 Vgl. zum Begriff des Interessenkonflikts oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f.

## 2. Fehlende Vertretungsmacht

Die (aktive)[385] *Vertretungsmacht* beschreibt das „rechtliche Können", d.h. die „Fähigkeit" der Organe, die juristische Person rechtsgeschäftlich zu binden.[386] Es ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vertretungsmacht im Zusammenhang mit Interessenkonflikten *entfällt*, indem entweder die Handlung des Stiftungsratsmitglieds durch den *Stiftungszweck geradezu ausgeschlossen* ist (2.1) oder das Stiftungsratsmitglied *bei gleichzeitig fehlender Gutgläubigkeit der Gegenseite keine Vertretungsbefugnis* hat (2.2).

### *2.1 Durch den Stiftungszweck geradezu ausgeschlossene Handlungen*

Zur Bestimmung des sachlichen Umfangs der Vertretungsmacht des Stiftungsratsmitglieds wendet das Bundesgericht die zur Vertretungsmacht des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft geltenden Grundsätze an.[387] Demnach kann ein Stiftungsratsmitglied alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.[388] Solange die Handlungen des

---

385 Von passiver Vertretungsmacht wird demgegenüber gesprochen, wenn es um die Entgegennahme von rechtsgeschäftlichen Erklärungen geht. Diese steht nach zutreffender herrschender Meinung grundsätzlich jeder Organperson zu; HAKO ZGB-MEIER, Art. 55 ZGB N 51, m.w.N.; BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 ZGB N 45 f.; WEBER, S. 174. Ein Interessenkonflikt beschlägt die Macht zur Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen deshalb nicht und wird im Weiteren ausser Acht gelassen.

386 BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 ZGB N 22 m.w.N.; BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 ZGB N 41; WEBER, S. 169; BÜHLER/SPICHTIN, S. 153 m.w.N.; BGer 4A-357/2007 vom 8. April 2008, E. 4.2 und BGE 95 II 448 ff.

387 BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.1. Der *persönliche Umfang* der Vertretungsmacht bestimmt sich grundsätzlich nach dem *Handelseintrag*; bei nicht im Handelsregister eingetragenen Stiftungen verfügt nach herrschender Lehre *jedes einzelne* Organ umfassende Vertretungsmacht; HAKO ZGB-MEIER, Art. 55 N 45; BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 ZGB, N 42.

388 BGer 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001, E. 2a: „Wer organschaftliche Vertretungsmacht besitzt, ist zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, welche der *Zweck der vertretenen juristischen Person mit sich bringen kann*. Dies ist ausdrückliche Gesetzesvorschrift für die im OR geregelten Körperschaften (vgl. insbesondere Art. 718a Abs. 1 OR für die AG), gilt aber auch für den Verein und die *Stiftung*. Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschafts- bzw. Stiftungszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss solche zu verstehen, welche der Gesellschaft bzw. Stiftung nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr ebenfalls *ungewöhnliche*

Stiftungsratsmitglieds mithin *aus objektiver, abstrakter Sicht durch den Stiftungszweck nicht geradezu ausgeschlossen* sind, kommt einem Organ daher Vertretungsmacht zu.[389] Selbst bezüglich Rechtshandlungen, welche *tatsächlich* lediglich im Interesse des handelnden Organs liegen, *abstrakt* aber durch den Gesellschaftszweck nicht per se ausgeschlossen sind, besteht daher Vertretungsmacht.[390] Vertretungshandlungen des Stiftungsrats sind nur in Extremfällen an sich nicht von der Vertretungsmacht gedeckt und damit von Anfang an ungültig.[391]

Unterliegt ein Stiftungsratsmitglied einem Interessenkonflikt und realisiert sich dieser, indem zugunsten der involvierten Fremdinteressen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, welches den Stiftungsinteressen derart zuwider läuft, dass es durch den Stiftungszweck geradezu ausgeschlossen ist, wird die entsprechende Handlung somit gar nicht erst der Stiftung zugerechnet. Es muss sich dabei aber um *schwerwiegende, sich realisierende Interessenkonflikte* handeln, welche die Struktur und Existenz der Stiftung betreffen, damit die Vertretungsmacht entfällt.

> Beispiele für solche Extremfälle aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche teilweise auch auf Interessenkonflikten basieren, sind die *Veräusserung des gesamten Betriebes* mit allen Aktiven einer

---

*Geschäfte*, sofern sie auch nur *möglicherweise im Zweck der Gesellschaft bzw. der Stiftung* begründet sind, das heisst durch diesen *zumindest nicht ausgeschlossen* […]. Nach der […] Praxis erfolgt die Beurteilung dabei generell und *abstrakt* aufgrund eines *objektiven* Kriteriums nach der *Natur* und dem *Typ* der in Frage stehenden Rechtshandlung, und *nicht* danach, ob diese im *konkreten* Zusammenhang tatsächlich der Verfolgung des Gesellschafts- bzw. Stiftungszweckes diente." (Hervorhebungen hinzugefügt); vgl. auch Art. 718a Abs. 1 OR.

389 BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.1 (Hervorhebungen hinzugefügt); BGE 116 II 323; BGE 111 II 289 ff. ; BGE 96 II 444 f. BAUMANN LORANT, S. 264; BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 N 43.

390 BGE 111 II 289 f. Somit kann ein Organ beispielsweise sogar eine kumulative Schuldübernahme für eine persönliche Schuld des Organs abschliessen bzw. die juristische Person verpflichten, solidarisch für eine persönliche Schuld des Organs einzustehen; solche Geschäfte können auch dazu dienen, dass die Gesellschaft ihrerseits Leistungen, Finanzierungen, Darlehen oder Vorschüsse erhält und sind somit durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen; BGE 111 II 290.

391 BÜHLER/SPICHTIN, S. 150.

Gesellschaft[392], die *Umwandlung* einer Betriebsgesellschaft in eine Verwaltungs- und Holdinggesellschaft[393] oder die *Verpfändung des Stiftungsver-mögens*[394].

### *2.2 Fehlende Vertretungsbefugnis bei gleichzeitiger fehlender Gutgläubigkeit des Dritten*

Während die Vertretungsmacht regelt, in welchem Umfang die Stiftungsratsmitglieder für die Stiftung Rechte und Pflichten begründen können, bestimmt die *Vertretungsbefugnis*, inwieweit die Stiftungsratsmitglieder für die Stiftung Rechte und Pflichten begründen *dürfen*.[395] Die Befugnis zur Vertretung kann intern, auch stillschweigend, beliebig beschränkt sein.[396]

Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis hat einem *gutgläubigen Dritten* gegenüber, für welchen die Beschränkung nicht erkennbar war, aber keine Wirkung.[397] Grundsätzlich darf der Dritte davon ausgehen, dass „Vertretungsorgane Vertretungsbefugnis im Umfang der objektiven Zweckgrenze haben".[398] Umgekehrt gilt: Wusste der Dritte oder hätte er wissen müssen, dass das handelnde Organ keine Vertretungsbefugnis hatte, ist das Geschäft unwirksam. Ist die Gegenpartei mithin bösgläubig, entfällt die Vertretungsmacht.[399]

---

392 Besondere Umstände wie Konkursreife der Gesellschaft können jedoch eine andere Betrachtungsweise rechtfertigen, so dass sogar Vertretungsmacht für die Veräusserung des ganzen Betriebs bestehen kann; BGE 116 II 323.

393 Solche Rechtsgeschäfte sind nicht mehr durch die Vertretungsmacht der Organe gedeckt, weil sie „die Gesellschaft dem Wesen nach verändern" und auch zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks" führen; BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 2.1; BÜHLER/SPICHTIN, S. 153 m.w.N.

394 BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.2.

395 BAUMANN LORANT, S 263.

396 BSK OR-WATTER, Art. 718a N 6; vgl. auch BAUMANN LORANT, S. 264.

397 BSK OR-WATTER, Art. 718a N 8; vgl. auch BAUMANN LORANT, S. 264 f.

398 BSK OR-WATTER, a.a.O. Vgl. BGE 120 II 9: „Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis hat […] gegenüber Gutgläubigen keine Wirkung, wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen ist"; BGE 111 II 289.

399 BGE 111 II 290; BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.1.

> Gutgläubig ist, wer davon ausging, das handelnde Organ sei zur Vertretung befugt, was gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet wird. Wer indes zwar davon ausging, die Befugnis zur Vertretung bestehe, bei der *Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf*, aber hätte merken müssen, dass das handelnde Organ zu einer bestimmten Handlung nicht mehr befugt ist, ist nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen.[400]

Überschreitet ein Organ die Vertretungsbefugnis, hat dies somit keine Auswirkungen auf das *Aussenverhältnis*, sofern der Dritte gutgläubig ist.[401] Indes muss das die Vertretungsbefugnis überschreitende Stiftungsratsmitglied der Stiftung möglicherweise im *Innenverhältnis* für den aus einem derartigen pflichtwidrigen Verhalten entstehenden Schaden einstehen.[402]

An der Vertretungsbefugnis fehlt es im Zusammenhang mit Interessenkonflikten einerseits dann, wenn *keine genügende Beschlussgrundlage* besteht (a). Andererseits besteht dann keine Vertretungsbefugnis, wenn ein „*effektiver Interessenkonflikt*" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegt (b).

---

400 Zum Grad der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB *erforderlichen Aufmerksamkeit* vgl. insb. BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.2, wonach die „Art des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts" relevant sei. So könnten beispielsweise vertiefte Abklärungen erforderlich werden, wenn es um die Abwicklung von nicht mehr „gewöhnlichen" Geschäften geht; demgegenüber bestehe bei „gewöhnlichen" Geschäften ein Pflicht zu vertieften Abklärungen nur dann, wenn Indizien für ein Überschreiten der Vertretungsmacht bestünden.

401 STUTZ/VON DER CRONE, S. 104 f.

402 BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 ZGB N 23, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 115; ZOBL, S. 296; BAUMANN LORANT, S. 265 m.w.N. Zu den Voraussetzungen einer persönlichen Haftung vgl. unten T. 2, Kap. 6, S. 157 ff.

### a Fehlen einer genügenden Beschlussgrundlage

#### aa Fehlende Vertretungsbefugnis

Besteht *keine Beschlussgrundlage*, obwohl in der Sache ein *Beschluss erforderlich* wäre,[403] fehlt auch die Vertretungsbefugnis. Wird m.a.W. die Kompetenz eines Stiftungsratsmitglieds zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts erst durch einen entsprechenden Beschluss begründet, so kommt dem Stiftungsratsmitglied diese ohne einen solchen auch nicht zu.

An einer genügenden Beschlussfassungsgrundlage fehlt es auch dann, wenn sich eine Handlung auf einen *rechtsunwirksamen*, d.h. nichtigen oder erfolgreich angefochtenen *Beschluss* stützt. Eine derartige Rechtsunwirksamkeit kann bei Interessenkonflikten insbesondere in der Verletzung von Ausstandspflichten oder der Verletzung der allgemeinen Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue oder Sorgfalt begründet sein.[404]

> Selbst wenn beim Mehrpersonenstiftungsrat in der Sache *an sich kein Beschluss erforderlich* gewesen wäre, aber dennoch zur Fassung eines solchen geschritten wurde, dieser aber alsdann nichtig ist oder aufgehoben wird, fehlt dem handelnden Stiftungsratsmitglied m.E. die Vertretungsbefugnis. Diesfalls kann der Abschluss des Rechtsgeschäfts – gleich wie bei streitigen Entscheiden im Allgemeinen – nicht mehr als vom Willen des Stiftungsrats erfasst betrachtet werden, weshalb das Kollegialitätsprinzip die Fassung eines Beschlusses erfordert.[405] Die *Tatsache, dass Beschluss gefasst wurde*, impliziert, dass das entsprechende Geschäft nur beim rechtsgültigen Zustandekommen des Beschlusses abgeschlossen werden darf.

---

403 Vgl. zur Pflicht zur Beschlussfassung oben T. 2, Kap. 3, I. 4., S. 75 ff.

404 Zur Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses bei Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 2 und III. 2, S. 96 ff. und S. 106 ff.

405 Vgl. zum Beschlussfassungserfordernis bei streitigen Entscheiden und zum Kollegialitätsprinzip oben T. 2, Kap. 3, I. 4. 4.1, S. 76 ff.

Unklar ist, welche *Rechtswirkungen* einem kompetenzbegründenden Beschluss zukommen, *solange die Stiftungsaufsicht noch nicht entschieden* hat, ob dieser aufzuheben ist oder nicht. Insbesondere bei wichtigen Beschlüssen und Rechtsgeschäften, welche im Stiftungsrat umstritten sind, kann es im Einzelfall zumindest sinnvoll sein, mit der Umsetzung des Beschlusses zuzuwarten.

Wurde ein Stiftungsratsbeschluss *angefochten*, ist den Stiftungsratsmitgliedern zu empfehlen, mit der Umsetzung desselben (namentlich mit dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts gestützt auf den angefochtenen Beschluss) solange zuzuwarten, bis die Stiftungsaufsicht einen Entscheid getroffen hat. Eine Pflicht, zuzuwarten, besteht indes grundsätzlich nicht. Die Tatsache, dass der Beschluss angefochten wurde, legt eine mögliche Fehlerhaftigkeit desselben zwar nahe, weshalb fraglich sein könnte, ob mit der Umsetzung des Beschlusses befasste Stiftungsratsmitglieder noch auf die Rechtswirksamkeit desselben vertrauen dürfen. Soll ein Beschluss indes zeitnah umgesetzt werden und ist dies für die Stiftungsaufsicht erkennbar, so hat sie richtigerweise eine vorsorgliche Sistierung des Beschlusses des Stiftungsrats anzuordnen.[406]

Zu verneinen ist jedenfalls das Bestehen einer grundsätzlichen Pflicht, jeweils ein Monat mit der Umsetzung von Stiftungsratsbeschlüssen zuzuwarten, um sicherzustellen, dass deren Rechtswirkungen nicht aufgrund einer innert *Monatsfrist* erfolgreich erhobenen *Stiftungsaufsichtsbeschwerde* entfallen. Dies würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass Beschlüsse – vergleichbar mit noch nicht rechtskräftigen Verfügungen von Verwaltungsbehörden – erst nach einmonatiger Frist rechtswirksam würden. Der Stiftungsrat würde dadurch in einer mit der Stiftungsautonomie nicht vereinbaren Weise in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt. Dies gilt umso mehr, als die Frage, ob ein Beschluss analog zum Vereinsrecht nur innert einer Monatsfrist angefochten werden kann, weder durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geklärt noch durch die Lehre einheitlich beantwortet wurde und somit unklar bleibt, ob die Stiftungsaufsichtsbeschwerde überhaupt einer Frist unterliegt.[407]

> Beispiel: Ein Stiftungsratsmitglied X der Stiftung Z schlägt den übrigen Stiftungsratsmitgliedern für ein konkretes Projekt die Beauftragung des

406 Vgl. zur Möglichkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen, insbesondere der vorsorglichen Sistierung von Entscheiden des Stiftungsrats BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 523; BGE 112 II 99.

407 Vgl. hierzu BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 522.

Unternehmens Y vor. Die Beauftragung des Unternehmens Y bringt aufgrund vertraglicher Bindungen mit sich, dass das Unternehmen des Y auf Dienstleistungen des Unternehmens des X zurückgreifen muss, womit im Endeffekt X wirtschaftlich profitiert. Der Stiftungsrat der Stiftung Z beschliesst auf Vorschlag des X und ohne Einholung weiterer Offerten (da X ihnen mitteilt, nur Y könne das Projekt in der geplanten Form umsetzen), Y mit der Umsetzung des konkreten Projekts zu beauftragen. Das Stiftungsratsmitglied K, welches dem Beschluss nicht zugestimmt hat, informiert sich im Nachfeld genauer über das geplante Projekt. Er findet heraus, dass X und Y wirtschaftlich verbunden sind und diverse weitere Anbieter bestehen, welche das Projekt wahrscheinlich zu für die Stiftung vorteilhafteren Konditionen durchführen könnten. Er ficht den Beschluss bei der Stiftungsaufsicht erfolgreich an. Diese hebt den Beschluss auf und weist den Stiftungsrat an, auf Grundlage vollständiger Informationen erneut Beschluss zu fassen. X könnte das Rechtsgeschäft mit Y dennoch rechtswirksam abschliessen, sofern Y nichts von der fehlenden Vertretungsbefugnis wissen musste. X könnte hierfür aber durch eine Schadenersatzklage der Stiftung persönlich zur Verantwortung gezogen werden.

#### bb Bösgläubigkeit des Dritten

Fehlt einem Stiftungsratsmitglied in Bezug auf das abgeschlossene Rechtsgeschäft eine genügende Beschlussgrundlage, entfällt die Vertretungsmacht nur dann, wenn dem Dritten die entsprechende Beschränkung der Vertretungsbefugnis bekannt sein musste. Bestanden für den Dritten keine *Anhaltspunkte* für eine derartige Beschränkung (wie beispielsweise eine Kommunikation dieser Tatsachen durch den Stiftungsrat selbst), so darf dieser davon ausgehen, dass „Vertretungsorgane Vertretungsbefugnis im Umfang der objektiven

Zweckgrenze haben",[408] weshalb diesfalls die Vertretungsmacht trotz fehlender Beschlussgrundlage dennoch bestehen bleibt.

> Fortsetzung Beispiel vorangehende Seite: X teilt dem Y mit, dass der Beschluss erfolgreich angefochten wurde. Die beiden beschliessen, den Vertrag dennoch abzuschliessen, da sie der Ansicht sind, am Ende würde auch bei erneuter Beschlussfassung die Wahl auf Y fallen. Da die fehlende Vertretungsbefugnis des X für Y erkennbar war, entfällt die Vertretungsmacht des X. Der Vertrag ist unwirksam.

### b Vorliegen eines „effektiven Interessenkonflikts"

#### aa Fehlende Vertretungsbefugnis

Bei Vorliegen eines Interessenkonflikts nimmt das Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen eine stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis an.[409] So führte es aus: „Bei einem Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und jenen des handelnden Organs ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person *stillschweigend* jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als *interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln* erweisen."[410] Das Bundesgericht setzt hierfür einen „effektiven Interessenkonflikt" voraus; diejenige Partei, die sich auf das Fehlen der Vertretungsmacht aufgrund eines Interessenkonflikts beruft, hat dabei darzutun, dass die vom Organ verfolgten Interessen *effektiv gegenläufig* zu den Interessen der juristischen Person sind.[411] Was unter „effektiv gegenläufigen Interessen" zu verstehen ist, wurde vom Bundesgericht bisher – soweit ersichtlich – nicht

---

408 BSK OR-WATTER, Art. 718a N 8. Zum Grad der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB erforderlichen Aufmerksamkeit vgl. insb. BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.2, wonach bei „gewöhnlichen" Geschäften eine Pflicht zu vertieften Abklärungen nur dann bestehe, wenn *Indizien für ein Überschreiten der Vertretungsmacht* bestünden.

409 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1; BGE 126 III 363.

410 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, a.a.O. (Hervorhebungen hinzugefügt). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Ungültigkeit von unter Interessenkonflikten abgeschlossenen Rechtsgeschäften ist auch auf Stiftungen anwendbar. Dies hat das Bundesgericht in BGer 4A_228/2008 vom 27. März 2009, E. 4.1.1 explizit festgehalten.

411 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.4.

explizit definiert. Indes kann aufgrund der nachfolgenden Bundesgerichtsentscheide immerhin näher eingegrenzt werden, unter welchen Voraussetzungen die Vertretungsmacht aufgrund dieser Praxis entfallen könnte:[412]

In einem neueren Bundesgerichtsentscheid[413] bestand aus Sicht der Klägerin der Interessenkonflikt darin, dass die Verwaltungsratsmitglieder der A AG, welche gleichzeitig auch Aktionäre derselben waren, die Anwaltskanzlei B AG nur mandatiert hätten, um als Aktionärsgruppe ihren Einfluss auf die A AG zu stärken. Dies erachtete das Bundesgericht als ungenügend, um von einem effektiven Interessenkonflikt auszugehen und die Rechtsfolge der Ungültigkeit anzuwenden. Der Versuch, den *Einfluss* auf die A AG zu vergrössern, bedeute noch nicht, dass ein solches Verhalten auch den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen müsse. Vielmehr könne davon ausgegangen werden, dass Aktionäre *neben ihren persönlichen auch die Interessen der Gesellschaft* wahren wollen.[414]

Von einem „rechtsrelevanten Interessenkonflikt“[415] ging das Bundesgericht hingegen im Fall „Schwegler AG“ aus.[416] In diesem Entscheid führte das Bundesgericht aus: „Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als *interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln* erweisen. Eine stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis kann aber dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Der Interessenkonflikt vermag die Vertretungsmacht nur zu begrenzen, wenn er für den Dritten erkennbar war oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen.“[417] Freddy Schwegler, Verwaltungsratsmitglied der Schwegler AG, hatte mit seinem Gläubiger, der Kaufmann & Co., vereinbart, dass die Schwegler AG seine *eigene persönliche Schuld übernimmt*. Es lag mithin ein Missbrauch der Vertretungsmacht

412 Soweit ersichtlich, handelt es sich hierbei um die einzigen Bundesgerichtsentscheide, in welchen der Entfall der Vertretungsmacht wegen Vorliegens eines Interessenkonflikts thematisiert wurde.

413 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014.

414 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.5.

415 So die Terminologie des Handelsgerichts im Entscheid HG110172 vom 22. Januar 2014, welcher dem bundesgerichtlichen Entscheid BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014 zugrunde lag.

416 BGE 126 III 361.

417 BGE 126 III 363 (Hervorhebungen hinzugefügt).

bzw. ein „Griff in die Gesellschaftskasse“ vor.[418] Das Bundesgericht führte aus, es handle sich dabei um eine darlehensähnliche Begünstigung Schweglers zulasten der Schwegler AG. „Die Gefahr eines Konflikts zwischen den Interessen des Organs und der Gesellschaft“ sei „unübersehbar“.[419]

Wie sich aus den beiden aufgezeigten Bundesgerichtsentscheiden ergibt, genügt es für einen stillschweigenden Entfall der Vertretungsbefugnis auf-grund eines „effektiven Interessenkonflikts“ für sich allein noch nicht, wenn ein Interessenkonflikt *besteht*. Vielmehr ist erforderlich, dass die Interessen der juristischen Person durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts auch *tatsächlich beeinträchtigt* werden, d.h. die vom Interessenkonflikt ausgehende Gefährdung der Interessen der juristischen Person sich *realisiert* und das Stiftungsratsmitglied den Interessen der Stiftung zuwider handelt. Zusätzlich zum Vorliegen eines Interessenkonflikts muss somit ein interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln hinzukommen, weshalb der Begriff des „effektiven Interessenkonflikts“ ungenau ist. Die Beweislast für diese beiden Punkte liegt grundsätzlich bei derjenigen Person, welche sich auf das Fehlen der Vertretungsmacht beruft.[420]

> Beispiel: Das Stiftungsratsmitglied X der Stiftung Y beauftragt seine Ehefrau Z mit der Durchführung eines Projekts, obwohl die Kernkompetenzen der Z in einem anderen als dem vertragsgegenständlichen Gebiet liegen. Grundsätzlich ist zu vermuten, dass X neben den ihm zuzuordnenden, involvierten Fremd-interessen auch die Interessen der Stiftung wahren wollte. Von einem Entfall der Vertretungs-macht wegen Vorliegens eines „effektiven Interessenkonflikts“ i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könnte nur dann ausgegangen werden, wenn der Stiftung Y der Beweis gelänge, dass (1.) der Auftrag effektiv den Interessen der Stiftung entgegenläuft und (2.) das Fehlen der Vertretungsbefugnis auch für Z erkennbar war.

---

418 BÖCKLI, S. 357, m.V.a. SCHOTT, S. 86.

419 BGE 126 III 364; Vom Erfordernis der effektiven Gegenläufigkeit der Interessen war in diesem Entscheid noch nicht die Rede, da der Interessenkonflikt offensichtlicher war als in BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014.

420 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.4.

### bb Bösgläubigkeit des Dritten

Auch der „effektive *Interessenkonflikt"* vermag die *Vertretungsmacht* nur zu begrenzen, wenn er für den *Dritten erkennbar* war oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen.[421] Ist kein Interessenkonflikt in diesem Sinn erkennbar, kann sich der Vertragspartner auf das Bestehen der Vertretungsbefugnis bis zur objektiven Zweckgrenze, d.h. für alle Handlungen, die durch den Stiftungszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind, verlassen."[422] Ob für den Dritten „die Gefahr einer Benachteiligung […] erkennbar und [er] diesbezüglich nicht gutgläubig war", beurteilt sich anhand der Umstände des Einzelfalls.[423]

Den *bundesgerichtlichen Entscheiden* lassen sich *keine sachdienlichen Hinweise* dazu entnehmen, unter welchen Voraussetzungen der Dritte den „effektiven Interessenkonflikt" erkennen muss. Im Fall „Schwegler AG" war der Interessenkonflikt nach Ansicht des Bundesgerichts für den Dritten „augenfällig", da dieser wusste, dass sich der Verwaltungsrat in finanziellen Schwierigkeiten befand und sich gerade aus diesem Grund die Rückleistung der „darlehensähnlichen Begünstigung" durch die Schwegler AG und nicht durch Schwegler selbst versprechen liess.[424] In BGE 4A_147/2014 vom 19. November 2014 musste die Bösgläubigkeit des Dritten gar nicht erst geprüft werden, da es bereits an einem „effektiven Interessenkonflikt" fehlte.

> Fortsetzung Beispiel vorangehende Seiten: Musste Z beispielsweise wissen, dass sie für den konkreten Auftrag gänzlich ungeeignet ist und dieser somit den Stiftungsinteressen entgegenläuft, ist von deren Bösgläubigkeit auszugehen. Der „effektive

421 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.4.; BGE 126 III 363 f.

422 BGer 4A_617/2013 vom 30. Juni 2014, E. 5.1.Von der Ungültigkeit eines unter einem Interessenkonflikt mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfts ging es erstmals in BGE 126 III 361 aus, vgl. BGE 126 III 363. Davor hielt es bereits in BGE 120 II 10 fest, dass der Interessenkonflikt eines Organs einer juristischen Person im Innenverhältnis Grund für eine Beschränkung der Vertretungsmacht darstellen könne, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit jedoch verlangten, dass der Dritte sich auf die im Handelsregister eingetragene Vertretungsmacht verlassen könne.

423 BGE 126 III 365.

424 Ibid.

Interessenkonflikt“ führt diesfalls nicht nur zum Entfall der Vertretungsbefugnis, sondern auch zum Entfall der Vertretungsmacht.

## III. Widerrechtliche Rechtsgeschäfte

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts infolge Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 OR setzt nach h.L. und Rechtsprechung voraus, dass der Inhalt des Rechtsgeschäfts gegen objektives Recht verstösst und sich die *Rechtsfolge der Nichtigkeit* ausdrücklich *aus der betreffenden Norm* oder aus deren Sinn und Zweck ergibt.[425] Im Bereich der Interessenkonflikte müsste sich eine derartige Nichtigkeit aus der Sorgfalts- oder Treuepflicht ableiten lassen.[426] Die Grundlage der Sorgfalts- und Treuepflicht der Stiftungsratsmitglieder liegt entweder im Organbegriff an sich oder in Art. 398 Abs. 2 OR analog begründet.[427] Es handelt sich sowohl bei der Sorgfalts- als auch der Treuepflicht um Schutznormen, deren Verletzung widerrechtlich ist und eine Schadenersatzpflicht des Stiftungsrats begründen kann.[428] Weder dem Wortlaut oder dem Sinn und Zweck des Art. 398 Abs. 2 OR noch dem Organbegriff lässt sich indes entnehmen, dass eine Verletzung der Treue- oder Sorgfaltspflicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften nach sich ziehen soll. Vielmehr handelt es sich bei diesen Pflichten um Generalklauseln, welche Grundlage diverser Nebenpflichten bilden und der Konkretisierung bedürfen.[429] Ein Interessenkonflikt kann somit *nicht* zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Widerrechtlichkeit nach Art. 20 OR führen, da weder die Treue- noch die

425 BGE 123 III 299; BGE 102 II 404; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 684, m.w.N.; BSK OR-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 54, m.w.N.; BK OR-KRAMER, Art. 20 N 321 ff., m.w.N. Zum Begriff des objektiven Rechts vgl. BERGER, N 1 ff.

426 Mängel im Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts sind keine inhaltlichen Fehler gemäss Art. 20 OR und können gestützt auf diese Bestimmung daher nicht zu dessen Nichtigkeit führen. Deshalb könnte beim Interessenkonflikt allein eine Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht durch die unausreichende Wahrung der Stiftungsinteressen zu einer inhaltlichen Nichtigkeit führen. Hierfür müsste sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit aus der Treue- oder Sorgfaltspflicht ergeben.

427 Vgl. oben FN 116.

428 Vgl. unten T. 2, Kap. 6, II., S. 161 ff.

429 BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 24.

Sorgfaltspflicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit vorsehen, wenn sie verletzt werden.[430]

## IV. Sittenwidrige Rechtsgeschäfte

Ein infolge Sittenwidrigkeit nach Art. 20 OR nichtiges Rechtsgeschäft liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, „wenn gegen die herrschende Moral, d. h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der *Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe* verstossen wird."[431] Auf Grundlage eines nichtigen Rechtsgeschäfts erfolgte Leistungen können nach h.L. und Rechtsprechung mittels Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) oder Kondiktion (Art. 62 ff. OR) zurückgefordert werden.[432]

Nachfolgend wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen Interessenkonflikte zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften infolge Sittenwidrigkeit führen können. Hierzu werden zunächst die *kollusiven Rechtsgeschäfte* (1.) und die *berufs- und standesrechtlichen Grundsätzen widersprechenden Verträge* (2.) betrachtet, um schliesslich auf *weitere Anwendungsfälle* der Sittenwidrigkeit (3.) einzugehen.

---

430 Ebenso geht BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 128 und 131, nicht davon aus, dass die Verletzung der Treuepflicht die Ungültigkeit eines Geschäfts nach sich zieht. In diesem Sinne auch FORSTMOSER/KÜCHLER, N 1081, welche festhalten: „Eine vertrags- oder treuwidrige Handlung führt nicht zur Nichtigkeit dieser Handlung, sondern hat schadenersatz- oder allenfalls vollstreckungsrechtliche Folgen."; ebenso MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 283.

431 BGE 136 III 477 m.V.a. BGE 132 III 485; SCHWENZER, N 32.26.

432 BSK OR-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 68a, m.w.N., BK OR-KRAMER, Art. 20 N 312. U.U. ist auch eine Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB möglich. Nicht ausgeschlossen werden kann – gleich wie beim Handeln des Stiftungsratsmitglieds ohne Vertretungsmacht – dass das Handeln des Stiftungsratsmitglieds die Stiftung aus ausservertraglichen Gründen verpflichtet; vgl. hierzu oben FN 377. Im Umfang eines der Stiftung durch die Unverbindlichkeit des Rechtsgeschäfts entstehenden Schadens entsteht möglicherweise ein Schadenersatzanspruch der Stiftung gegenüber dem Stiftungsratsmitglied nach den Grundsätzen von Art. 41 ff. OR oder aufgrund einer allfälligen vertraglichen Anspruchsgrundlage. Zu den Voraussetzungen einer persönlichen Haftung vgl. unten T. 2, Kap. 6, S. 157 ff.; zur Qualifikation der Verletzung der Regeln im Umgang mit Rechtsgeschäften als widerrechtliches Verhalten im Besonderen vgl. T. 2, Kap. 6, II., S. 161 ff.

## 1. Kollusive Rechtsgeschäfte

*Wirkt ein Stiftungsratsmitglied mit einem Dritten* durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts *gewollt zusammen, um die Stiftung zu schädigen*, liegt ein kollusives Rechtsgeschäft vor.[433] Dabei handelt es sich um einen Verstoss gegen grundlegende sozialethische Prinzipien, da das entgegengebrachte Vertrauen ohne Schutzmöglichkeit davor verletzt wird.[434] Kollusive Rechtsgeschäfte sind daher *sittenwidrig* und *nichtig*.[435]

Für den Abschluss eines derartigen Rechtsgeschäfts fehlt dem Stiftungsratsmitglied im Übrigen stillschweigend auch die Vertretungsbefugnis, da es sich um einen „*effektiven Interessenkonflikt*" i.S.d. bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt,[436] indem sich der Interessenkonflikt realisiert und die Stiftungsinteressen *tatsächlich beeinträchtigt* werden. Da Vertreter und Dritter bewusst zusammenwirken, ist der Dritte jeweils bösgläubig, weshalb auch die Vertretungsmacht entfällt. Kollusive Rechtsgeschäfte sind daher sowohl gemäss Art. 20 OR als auch nach den Regeln des Bundesgerichts zu den „effektiven Interessenkonflikten" rechtsunwirksam.

> Beispiel: Das einzige Stiftungsratsmitglied X beauftragt Y im Namen der Stiftung Z mit der Durchführung eines Projekts. Das Honorar für die entsprechende Tätigkeit setzt er unverhältnismässig hoch an. Y verpflichtet sich, die Hälfte des Honorars auf das Privatkonto des X zu überweisen. Ein solcher Vertrag ist in Anwendung der soeben aufgezeigten Grundsätze als Folge des bewussten Zusammenwirkens zulasten der Stiftungsinteressen rechtsunwirksam.

## 2. Berufs- und standesrechtlichen Grundsätzen widersprechende Verträge

---

433 SCHOTT, S. 39, BK OR-ZÄCH, Art. 38 N 18; VON THUR/PETER, S. 363.
434 SCHOTT, a.a.O.
435 SCHOTT; BK OR-ZÄCH; VON THUR/PETER, alle a.a.O.
436 Vgl. zum „effektiven Interessenkonflikt" oben T. 2, Kap. 4, II. 2 2.2. b, S. 129 ff.

Das Bundesgericht betrachtet Verträge dann als wegen Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR nichtig, wenn bestimmte *Berufsträger, welchen ein besonderes Vertrauen entgegengebracht* wird – u.a. Ärzten, Anwälten, Bankiers, Treuhänder und Finanzberater – den sich aus dem Vertrauensverhältnis ergebenden Einfluss in unlauterer Weise ausnützen. Hierzu bedarf es eines Verstosses gegen „*elementare Standesregeln*, deren Zweck gerade darin besteht, von vornherein Interessenkonflikte und Zweifel über mögliche unerwünschte Beeinflussungen zu verhindern".[437]

Diese Regeln werden nachfolgend auf den Interessenkonflikt im Stiftungsrat übertragen. Hierzu wird zunächst eruiert, ob die *Stiftungsratsmitglieder als besondere Vertrauensträger* ebenfalls von der genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst sind (2.1). Alsdann wird ermittelt, ob für die Stiftungsratsmitglieder im Zusammenhang mit Interessenkonflikten irgendwelche *Standesregeln* i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten, deren Verletzung zur Nichtigkeit eines Vertrages führen könnten (2.2).

### *2.1 Die Stiftungsratsmitglieder als besondere Vertrauensträger*

Fraglich ist zunächst, ob auch die Stiftungsratsmitglieder unter die genannten Berufsträger subsumiert werden können. Das Bundesgericht scheint in seiner Rechtsprechung zwar Vertrauenspersonen *natürlicher Personen* vor Augen gehabt zu haben.[438] Ungeachtet dessen kann die Stellung der Stiftungsratsmitglieder sehr wohl mit derjenigen der von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfassten Berufsträger verglichen werden.

Gleich wie einem Rechtsanwalt, Treuhänder oder Finanzberater – oder sogar noch darüber hinaus – kommt den Stiftungsratsmitgliedern eine *besondere*

---

437 BGer 4A_3/2014 vom 9. April 2014 (Hervorhebungen hinzugefügt), m.V.a. BGE 132 III 459.

438 So sprach das Bundesgericht beispielsweise von Berufsträgern, welche „in besonders sensiblen Bereichen tätig seien, da ihnen ihre Tätigkeit unweigerlich tiefe Einblicke in die *persönlichen* und wirtschaftlichen Belange der betreuten Person verschaffe" bzw. von „Personen, die durch ihre berufliche Tätigkeit im Umfeld der verfügenden Person deren *Vertrauen gewonnen*" haben und führte aus, es dränge sich daher „fallweise die Beurteilung auf, ob eine Verfügung zugunsten einer solchen Vertrauensperson auf einem *selbstbestimmten Entscheid* beruht oder ob der Berufsträger den aus dem Vertrauensverhältnis sich ergebenden Einfluss in unlauterer Weise ausgenützt habe."; BGer 4A_3/2014 vom 9. April 2014, E. 3.1 (Hervorhebungen hinzugefügt).

*Vertrauensstellung* zu. Da die Stiftung ausschliesslich durch den Stiftungsrat handeln kann, haben die Stiftungsratsmitglieder in der Regel weitgehende Handlungsbefugnisse; die Stiftung kann sich nur schwer vor Fehlvertretungen schützen.[439] Insbesondere bestehen keine Gesellschafter (wie bei Kapitalgesellschaften) oder Mitglieder (wie bei Vereinen), welche kontrollierend und selbstregulierend wirken könnten, sondern findet die Kontrolle hauptsächlich durch die Stiftungsaufsicht statt, und dabei auch nur in beschränkter Weise.[440]

Unabhängig davon, ob der Stifter die Stiftungsratsmitglieder selbst eingesetzt und somit diesen persönlich ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht hat, oder die Stiftungsratsmitglieder über statutarische Bestimmungen in anderer Form eingesetzt wurden, handelt es sich bei der *Beziehung zwischen Stiftungsrat und Stiftung* aus eben genannten Gründen um ein besonders sensibles Vertrauensverhältnis. Eine *Herbeiziehung der Grundsätze der genannten Rechtsprechung* zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts erscheint daher *gerechtfertigt*.

### *2.2 Verstoss gegen Standesregeln*

Missbrauchen der Stiftungsrat bzw. dessen Mitglieder das ihnen entgegengebrachte Vertrauen, ist ein solches Verhalten in Anwendung der Rechtsprechung als sittenwidriges Verhalten zu qualifizieren, wenn der Vertrauensmissbrauch einen Verstoss gegen „*elementare Standesregeln*“ darstellt.[441] Der Zweck dieser elementaren Standesregeln muss überdies geraden darin bestehen, „*Interessenkonflikte* und Zweifel über mögliche unerwünschte Beeinflussungen *zu verhindern*“.[442]

Fraglich ist zunächst, ob für Stiftungsräte bzw. dessen Mitglieder überhaupt solche *Standesregeln* bestehen. Als solche kämen zum heutigen Zeitpunkt allein die im aktuellen *Swiss Foundation Code 2015* enthaltenen Regeln in Betracht. Ein Nichtbeachten dieser Empfehlungen hat grundsätzlich aber keine

439 JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 92.
440 JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 95 ff.
441 BGer 4A_3/2014 vom 9. April 2014 (Hervorhebungen hinzugefügt).
442 Ibid.

unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen, es sei denn, die Empfehlungen seien zum Bestandteil des Stiftungsstatuts erhoben worden.[443] Wie im Swiss Foundation Code selbst umschrieben, stellt dieser grundsätzlich einen „generellen Orientierungsrahmen für gute Stiftungsführung" dar.[444] Es handelt sich bei diesen Bestimmungen aber nicht um den Stiftungsräten bzw. dessen Mitgliedern obliegende Pflichten, deren Verletzung nachteilige Rechtsfolgen wie z.B. Disziplinarmassnahmen mit sich bringen könnte.[445] Daher ist ihnen der standesrechtliche Charakter *abzusprechen*.[446]

Selbst wenn man davon ausginge, dass die Bestimmungen des Swiss Foundation Codes als Standesregeln zu verstehen seien, wären die *Regeln betreffend Interessenkonflikte im Einzelnen zu wenig konkret*, um gestützt darauf bestimmen zu können, in welchen Fällen von der *Nichtigkeit* von Verträgen auszugehen wäre. So befasst sich insbesondere Empfehlung 11 mit dem Umgang mit Interessenkonflikten.[447] Bereits die darin enthaltene Definition des Interessenkonflikts ist viel zu unbestimmt, um im Endergebnis zu einer Konkretisierung des Begriffs der Sittenwidrigkeit führen zu können.[448] Auch die Verpflichtungen, allein schon den Anschein von Interessenkonflikten durch rechtzeitige bzw. sofortige Offenlegung und/oder Neuordnung der

---

443 So auch RIEMER, Corporate Governance, S. 515.

444 SFC 2015, S. 3.

445 Vgl. im Gegensatz dazu beispielsweise die möglichen Disziplinarmassnahmen nach Art. 17 Abs. 1 BGFA bei schuldhafter Verletzung der anwaltlichen Berufspflichten.

446 So auch GLATTER, S. 10: „Der Swiss Foundation Code ist Richtlinie und Hilfestellung, *nicht aber eine verbindliche Standesregel* – auch nicht für Mitglieder der SwissFoundations." (Hervorhebungen hinzugefügt). Zum heutigen Zeitpunkt kann auch noch nicht von der Ausbildung einer „langjährigen Übung" gesprochen werden, welche im Übrigen für ein Bejahen der Sittenwidrigkeit m.E. ebenfalls nicht ausreichen würde; vgl. hierzu JAKOB/UHL, S. 283, 290. Zur „langjährigen Übung" im Allgemeinen und im Zusammenhang mit der Ausbezahlung eines Honorars vgl. auch unten T. 3, Konst. 1, II. 2. 2.3, S. 188 ff.

447 SFC 2015, S. 63.

448 Die Definition des SFC 2015, S. 63, lautet folgendermassen: „Ein Interessenkonflikt besteht, wenn ein Stiftungsratsmitglied aufgrund persönlicher Verbindung oder beruflicher Tätigkeit aus einer Entscheidung des Stiftungsrats Vorteile für sich oder ihm nahestehende Personen und Institutionen ziehen könnte." Was unter „persönlicher Verbindung", „Vorteilen" und „nahestehende Personen" zu verstehen, bedarf der Konkretisierung. Die beispielhafte Aufzählung nahestehender Personen („etwa die Nähe von für die Stiftung tätigen Personen, meist von Mitgliedern des Stiftungsrats, zu Finanz- und anderen Dienstleistern" und die „Nähe zum Kreis der Destinatäre") vermag keine genügende Konkretisierung herbeizuführen.

Verhältnisse zu vermeiden und Geschäfte zwischen der Stiftung und Mitgliedern von Stiftungsorganen oder ihnen nahe stehenden Personen „zu Drittbedingungen" abzuschliessen, sind m.E. zu unbestimmt, um als elementare Standesregeln gewertet werden zu können, deren Verletzung eine Nichtigkeit eines Vertrages wegen Sittenwidrigkeit rechtfertigen würde.

> Beispiel: Der Swiss Foundation Code empfiehlt die Offenlegung von Tatsachen, welche den Anschein eines Interessenkonflikts erwecken. Allein die Tatsache, dass ein Stiftungsratsmitglied trotz Anscheins eines Interessenkonflikts die entsprechenden Tatsachen nicht offenlegt, kann nicht zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit führen.

### *2.3 Zwischenfazit zu den berufs- und standesrechtlichen Grundsätzen widersprechenden Verträgen*

Insgesamt kann festgehalten werden, dass zwischen Stiftungsrat und Stiftung zwar ein besonders sensibles Vertrauensverhältnis besteht, welches eine *Herbeiziehung der Grundsätze der aufgezeigten Rechtsprechung grundsätzlich rechtfertigt*. Indes bestehen zur Zeit für den Stiftungsrat generell *keine Regeln mit standesrechtlichem Charakter*. Insbesondere die Bestimmungen im Swiss Foundation Code 2015 können m.E. nicht als Standesregeln qualifiziert werden. Selbst wenn man davon ausginge, dass diese Bestimmungen als Standesregeln zu verstehen seien, wären die *Regeln betreffend Interessenkonflikte im Einzelnen zu wenig konkret*, um gestützt darauf bestimmen zu können, in welchen Fällen von der Nichtigkeit von Verträgen auszugehen wäre. Insgesamt können die genannten Regeln des Bundesgerichts daher nicht auf den Stiftungsrat übertragen werden.

## 3. Weitere Anwendungsfälle der Sittenwidrigkeit

Der Abschluss eines Rechtsgeschäfts bei Bestehen eines Interessenkonflikts kann möglicherweise unter *anderweitige, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen* subsumiert werden, welche dasselbe wegen Sittenwidrigkeit nichtig machen. So ist ein Rechtsgeschäft sittenwidrig, wenn es den Tatbestand von Art. 4a UWG (Bestechen und sich bestechen

lassen) erfüllt oder eine Verfälschung der Wettbewerbssituation beim Steigerungskauf bezweckt.[449] Schliesslich sollte auch eine „krasse" Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung zur Sittenwidrigkeit führen können.[450] Ob die Voraussetzungen hierzu erfüllt sind, ist einzelfallabhängig.

> Beispiel: Stiftungsratsmitglied X verkauft ein wertvolles Mobiliar der Stiftung zu einem symbolischen Preis an eine bedürftige Familie, welche aber nicht zum Destinatärskreis der Stiftung gehört. Ein solches Rechtsgeschäft kann nach Art. 20 OR sittenwidrig und deshalb nichtig sein.

449 SCHWENZER, N 32.29, m.w.N.

450 Ibid. Nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehrmeinung wird das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung indes abschliessend von Art. 21 OR erfasst; vgl. hierzu SCHWENZER, 32.32, m.w.N. Anhaltspunkte, wann ungeachtet dessen von einem derartigen krassen Missverhältnis gesprochen werden könnte, finden sich in BGE 93 II 191 f., wo im Unterschied zu der jetzigen Rechtsprechung (vgl. nur BGE 115 II 236) unabhängig von Art. 21 OR Sittenwidrigkeit bejaht wurde, wobei das Missverhältnis in einem Darlehenszins in der Höhe von 26 % begründet war; SCHWENZER, a.a.O.

## V. Fazit zum Interessenkonflikt beim Abschluss von Rechtsgeschäften

Für den Umgang mit Interessenkonflikten beim Abschluss von Rechtsgeschäften ist zunächst die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den sog. **Insichgeschäften** beachtlich. Darunter sind Rechtsgeschäfte zu verstehen, die der Stiftungsrat – in Form des Selbstkontrahierens oder der Doppelvertretung – für beide Seiten gleichzeitig vornimmt. Sie sind grundsätzlich *rechtsunwirksam*. Ausnahmsweise wirksam sind sie nach h.L. und Rechtsprechung nur dann, wenn die *Gefahr einer Benachteiligung* der Stiftung nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder das Insichgeschäft *genehmigt* bzw. das handelnde Stiftungsratsmitglied zu dessen Abschluss *ermächtigt* wurde. Die Genehmigung muss nach hier vertretener Auffassung nicht durch den gesamten Stiftungsrat, sondern kann auch durch die nicht von einem Interessenkonflikt betroffenen einzelnen Stiftungsratsmitglieder entsprechend ihrer Zeichnungsberechtigung vorgenommen werden. Liegt ein unwirksames Insichgeschäft vor, sind die Parteien des Rechtsgeschäfts durch dasselbe nicht gebunden.

Liegt kein Insichgeschäft vor, beurteilt sich die Unwirksamkeit der vom Stiftungsrat abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nach den **allgemeinen Regeln der Zurechnung der Handlungen der Organe zur juristischen Person**. Damit die Handlung eines Stiftungsratsmitglieds der Stiftung zugerechnet wird, muss das Stiftungsratsmitglied demnach einerseits in seiner *Eigenschaft als Organ* handeln. Andererseits muss ihm *Vertretungsmacht* zukommen.

Nach dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis kann bei Handlungen eines Stiftungsratsmitglieds als Privatperson nicht von einem Interessenkonflikt gesprochen werden. Vorliegend interessieren daher nur Handlungen, die der Stiftungsrat in seiner **Eigenschaft als Organ** vornimmt. Die *Abgrenzung* zwischen Handlungen privater Natur und solcher als Stiftungsorgan kann aber mitunter schwierig sein. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die vorgenommenen Handlungen sowohl dem Stiftungs- als auch dem Fremdinteresse dienen könnten.

Die **Vertretungsmacht** entfällt nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung einerseits dann, wenn ein Rechtsgeschäft aus objektiver, abstrakter Sicht durch den *Stiftungszweck geradezu ausgeschlossen* ist. Es geht hier aber um Extremfälle, d.h. es muss ein schwerwiegender, sich realisierender Interessenkonflikt vorliegen, welcher die Struktur und Existenz der Stiftung betrifft, damit die Vertretungsmacht entfällt. Die Vertretungsmacht fehlt

andererseits dann, wenn das handelnde Stiftungsratsmitglied *bei gleichzeitig fehlender Gutgläubigkeit der Gegenseite keine Vertretungsbefugnis* hat.

Der Dritte ist **gutgläubig**, wenn die Beschränkung der Vertretungsbefugnis trotz *genügender Aufmerksamkeit* im Einzelfall nicht erkennbar war. Bestehen für den Dritten keine *Anhaltspunkte* für eine Beschränkung, darf er davon ausgehen, dass Vertretungsorgane Vertretungsbefugnis im Umfang der objektiven Zweckgrenze haben.

Die **Vertretungsbefugnis** fehlt einerseits dann, wenn *keine genügende Beschlussgrundlage besteht*. Andererseits kann ein „*effektiver Interessenkonflikt*" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu einer stillschweigenden Begrenzung der Vertretungsbefugnis führen.

Fehlt eine **Beschlussgrundlage** überhaupt, da gar *kein Beschluss gefasst* wurde, in der konkreten Angelegenheit ein solcher aber *erforderlich* gewesen wäre, fehlt auch die Vertretungsbefugnis. An einer genügenden Beschlussfassungsgrundlage fehlt es zudem, wenn sich eine Handlung auf einen *rechtsunwirksamen, d.h. nichtigen oder erfolgreich angefochtenen Beschluss* stützt. Eine derartige Rechtsunwirksamkeit kann bei Interessenkonflikten insbesondere in der Verletzung von Ausstandspflichten oder der Verletzung der allgemeinen Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue oder Sorgfalt begründet sein.

Für einen stillschweigenden Entfall der Vertretungsbefugnis aufgrund eines „**effektiven Interessenkonflikts**" i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es für sich allein noch nicht, wenn ein *Interessenkonflikt* nach dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis besteht. Vielmehr ist *zusätzlich* erforderlich, dass die Interessen der juristischen Person durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts auch *tatsächlich beeinträchtigt* werden, d.h. die vom Interessenkonflikt ausgehende Gefährdung der Interessen der juristischen Person sich realisiert und das Stiftungsratsmitglied den Interessen der Stiftung zuwider handelt.

Ein Interessenkonflikt kann schliesslich zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts infolge **Sittenwidrigkeit** nach Art. 20 OR führen. Massgebend sind die von der *bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen*.

# Kapitel 5: Aufsichtsrechtliche Konsequenzen eines Interessenkonflikts

Nachdem in den vorangehenden Kapiteln aufgezeigt wurde, welche Regeln für den Umgang mit Interessenkonflikten im *Stiftungsrat* massgebend sind, wird im vorliegenden Kapitel der Fokus auf die Rolle der *Stiftungsaufsicht* gelegt. Hierzu werden die allgemeinen *Voraussetzungen eines Einschreitens* derselben aufgezeigt und auf den vorliegend relevanten Interessenkonflikt bezogen (I.). Alsdann wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen welche *Aufsichtsmittel* dem Schutz der Stiftungsinteressen bei Interessenkonflikten dienen können (II.)

# I. Voraussetzungen eines Einschreitens der Stiftungsaufsicht

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die Stiftungsaufsicht „dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen *Zwecken gemäss* verwendet wird (Art. 84 Abs. 2 ZGB), indem sie darüber wacht, dass sich die Organe einer Stiftung an das *Gesetz*, die *Stiftungsurkunde*, allfällige *Reglemente* und die *guten Sitten* halten."[451] Sie ist m.a.W. dafür zuständig, die Handlungen der Stiftungsorgane auf ihre Rechts- und Statutenkonformität zu überprüfen und bei

451 BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009, E. 5.1, m.w.N. (Hervorhebungen hinzugefügt). Vgl. auch BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 9. Begründen lässt sich die Zuständigkeit zur Überwachung der Einhaltung des *objektiven Rechts und der guten Sitten* damit, dass die Stiftungsaufsicht nicht nur privaten (eben der Durchsetzung des Stifterwillens), sondern auch *öffentlichen Interessen* dient; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 1, m.w.N.; vgl. zur „doppelköpfigen Natur" der Stiftungsaufsicht auch STUDEN, S. 230.

Pflichtverletzungen einzuschreiten.[452] Die Stiftungsaufsicht wird von Amtes wegen, auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde oder Anzeige hin tätig.[453]

> Die *Stiftungsaufsichtsbeschwerde* ist ein vom Bundesgericht anerkanntes Rechtsmittel sui generis,[454] mittels dessen gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane vorgegangen werden kann.[455] Zur Beschwerde legitimiert ist grundsätzlich, wer ein ausreichendes Interesse an der Aufhebung, Änderung oder (bei Unterlassungen) Vornahme einer Handlung des Stiftungsrats oder eines Stiftungsratsmitglieds hat.[456] Mit der Stiftungsaufsichtsbeschwerde kann eine Gesetzes-, Statuten- oder Reglementsverletzung geltend gemacht werden, wobei, wenn dem Stiftungsrat durch

---

452 BRÜCKNER, S. 419. In *Abgrenzung zur Zuständigkeit der Zivilgerichte* ist die Stiftungsaufsicht gemäss Bundesgericht zuständig, wenn es um die Kontrolle des statutenkonformen Funktionierens der Stiftung und nicht um die Geltendmachung materieller Ansprüche geht; vgl. BGer 5A_828/2008 vom 30. März 2009, E. 1.4. Vgl. zur Abgrenzungsfrage auch JAKOB, Stiftungsbegriff, S. 320 f. Nach BRÜCKNER ist die Aufsichtsbeschwerde zu erheben, wenn das *Hauptproblem* im *pflichtwidrigen Verhalten* der Stiftungsorgane besteht, und der zivilrechtliche Klageweg zu wählen, wenn vorwiegend *inhaltliche* Fragen betreffend eines *Anspruchs* zu beurteilen sind; vgl. BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 136 ff., m.w.N.; SHK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 27 ff., m.w.N. In Übereinstimmung mit dem Bundesgericht und BRÜCKNER ist m.E davon auszugehen, dass die Stiftungsaufsicht zuständig ist, wenn es primär darum geht, die *Handlungen der Stiftungsorgane* auf ihre Rechts- und Statutenkonformität hin zu überprüfen. Geht es dagegen primär um *materielle Ansprüche*, z.B. den Anspruch auf Ausrichtung einer Destinatärsleistung, ist der zivilrechtliche Weg zu wählen. Die nicht im Vordergrund stehende Frage kann dabei allenfalls vorfrageweise von der zuständigen Behörde entschieden werden. Bei Interessenkonflikten gilt dasselbe: Geht es darum, zu überprüfen, ob sich ein Stiftungsratsmitglied im Umgang mit Interessenkonflikten pflichtgemäss verhalten hat, ist die Stiftungsaufsicht zuständig. Geht es primär um materielle Ansprüche, wie beispielsweise Schadenersatzansprüche, sind diese vor dem zuständigen Zivilgericht einzufordern.

453 BAUMANN LORANT, S. 180 ff.

454 BGE 107 II 390.

455 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 10.

456 Nach BGE 107 II 391 ist „jede Person, die wirklich einmal in die Lage kommen kann, eine Leistung oder einen andern Vorteil von der Stiftung zu erlangen, zur Beschwerde legitimiert"; vgl. zur Beschwerdelegitimation im Einzelnen JAKOB, Stiftungsbegriff, S. 320 ff.; BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 519; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 11 f.; STUDEN, S. 234, m.w.N.

> Gesetz oder Statuten Ermessen eingeräumt wurde, ein Ermessensfehler vorliegen muss, damit die Beschwerde gutgeheissen werden kann.[457] Ein Beschwerdeführer sollte richtigerweise auch rügen können, der Stiftungsrat habe einen rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig festgestellt.[458]

Im Zusammenhang mit Interessenkonflikten sind aufsichtsrechtliche Massnahmen grundsätzlich dann angezeigt, wenn der Stiftungsrat oder dessen Mitglieder deren *allgemeine Pflichten* zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue oder Sorgfalt,[459] daraus abgeleitete Pflichten,[460] *besondere Regeln* zur Beschlussfassung[461] oder solche zum Abschluss von Rechtsgeschäften[462] verletzt haben. Darüber hinaus bildet auch die Verletzung besonderer *Anordnungen im Stiftungsstatut* zum Umgang mit Interessenkonflikten Gegenstand aufsichtsrechtlicher Massnahmen.

## II. Aufsichtsmittel der Stiftungsaufsicht

Das Rechtsverhältnis zwischen Stiftung und Aufsichtsbehörde ist öffentlich-rechtlicher Natur.[463] Deshalb ist die Stiftungsaufsicht bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nach unbestrittener Lehre und Rechtsprechung an die *Grundsätze des Verwaltungsrechts* gebunden.[464] Neben dem Grundsatz der

---

457 BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 519. Zu den übrigen Voraussetzungen einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde vgl. BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 522 f.

458 So BAUMANN LORANT, S. 181.

459 Vgl. hierzu T. 2, Kap. 1, S. 38 ff.

460 Vgl. hierzu T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.

461 Vgl. hierzu T. 2, Kap. 3, S. 68 ff.

462 Vgl. hierzu T. 2, Kap. 4, S. 115 ff.

463 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 4; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 17 N 21; BGE 120 II 377 ff.; BGE 107 II 388.

464 KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 5; BSK ZGB-GRÜNINGER m.w.N.; BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 37; BGE 96 I 406 ff. Da die Stiftungsaufsicht sowohl öffentlichen als auch privaten Interessen dient (BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 1, m.w.N.), kann zwar aus der sog. Interessentheorie (vgl. hierzu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 225 ff.) nicht geschlossen werden, ob die Tätigkeit der Stiftungsaufsicht dem öffentlichen Recht oder

*Gesetzmässigkeit* (Art. 5 Abs. 1 BV) hat die Stiftungsaufsicht insbesondere den Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 Abs. 2 BV), beinhaltend auch das Subsidiaritätsprinzip, zu wahren.[465]

Sowohl die Frage, *ob* ein Einschreiten der Stiftungsaufsicht angezeigt ist, als auch die Frage, *welche* Massnahmen zu treffen sind, richtet sich mangels spezifischer gesetzlicher Vorgaben nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip.[466] Die getroffenen Massnahmen müssen jeweils *geeignet* (d.h. zwecktauglich)[467] und *erforderlich* sein (d.h. es darf keine gleich geeignete, aber mildere Massnahme bestehen), um die Einhaltung des Stifterwillens und des objektiven Rechts zu gewährleisten; ausserdem muss der *Zweck* der Massnahme in einem *vernünftigen Verhältnis* zum *Eingriff* in die Handlungsautonomie der Stiftung stehen.[468]

> Das Bundesgericht unterscheidet dabei zwischen präventiven und repressiven Massnahmen.[469] Unter die *präventiven Massnahmen* zählt es beispielsweise Vorgaben über die Vermögensanlage oder die Verpflichtung zu Berichterstattung und Rechnungsablage. Als Beispiele für *repressive Massnahmen* nennt es die Weisungen, die Aufhebung von Beschlüssen, Verwarnungen, Bussen oder die Abberufung von Stiftungsorganen.[470]

---

dem Privatrecht unterliegt; BGE 96 I 408. Der Auftrag in Art. 84 Abs. 2 ZGB, für die zweckgemässe Vermögensverwendung durch die Stiftungen zu sorgen, kann indes nur durch hoheitliches Handeln erreicht werden und setzt somit ein Subordinationsverhältnis voraus; vgl. zur Subordinationstheorie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 223 f.; vgl. zur Anwendung der Subordinationstheorie auf die Stiftungsaufsicht BGE 96 I 409. Daraus ergibt sich, dass die Handlungen der Stiftungsaufsicht dem öffentlichen Recht unterstehen müssen.

465 BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009, E. 5.1; BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 37; BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, S. 523.

466 In Art. 83d Abs. 1 ZGB werden lediglich die Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und die Ernennung eines Sachwalters – in nicht abschliessender Weise – als Massnahmen zur Behebung von Mängeln in der Organisation genannt. Im Übrigen ist die Stiftungsaufsicht im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Grundsätze grundsätzlich frei; vgl. BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 37 und 88.

467 Vgl. BGE 130 I 154.

468 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 521 ff., m.w.N.

469 BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009, E. 5.1.

470 Ibid. Zur Unterscheidung zwischen präventiven und repressiven Massnahmen vgl. JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 259 ff.; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 9 und 12 f.

Insgesamt verbleibt der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde bei der Wahl der Aufsichtsmittel ein erheblicher Ermessensspielraum. Im Sinne einer Orientierungshilfe und ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden im Nachfolgenden einige wichtige *Besonderheiten ausgewählter Aufsichtsmittel* (1-7) aufgezeigt, welche im Zusammenhang mit Interessenkonflikten relevant sein können.[471] Dabei wird der Fokus weniger auf die Lehrmeinungen hierzu, sondern vielmehr auf die *Praxis des Bundesgerichts* hierzu gelegt.

## 1. Weisung

Wird vom Stiftungsrat oder einem Stiftungsratsmitglied mittels *individuell-konkreter, verbindlicher Anordnung* ein bestimmtes Verhalten verlangt, handelt es sich um eine Weisung.[472] Der Inhalt der Weisung kann im Rahmen der Kompetenzen der Stiftungsaufsicht beliebiger Natur sein.

## 2. Aufhebung fehlerhafter Beschlüsse

Ist ein Beschluss fehlerhaft, so kann er von der Stiftungsaufsicht auf erhobene *Stiftungsaufsichtsbeschwerde* hin oder *von Amtes wegen* aufgehoben werden; bei gravierenden Fehlern kann die Aufsicht die *Nichtigkeit des Beschlusses feststellen*. Unter welchen Voraussetzungen Beschlüsse im Zusammenhang mit Interessenkonflikten aufgehoben werden können oder nichtig sind, wurde bereits behandelt.[473]

## 3. Ersatzvornahme

---

471 Für eine Übersicht zu möglichen Aufsichtsmitteln der Stiftungsaufsicht vgl. insbesondere BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 56 ff.; SHK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 13 ff.; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 12 ff.

472 Vgl. BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 90.

473 Zur Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses *im Allgemeinen* vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 5., S. 78 ff.; zur Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses *bei Interessenkonflikten* vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 2 und III. 2, S. 96 ff. und S. 106 ff.

Falls notwendig, kann die Stiftungsaufsicht anstelle der Stiftung eine an sich im *Kompetenzbereich des Stiftungsrats* liegende Handlung selbst vornehmen oder *durch Dritte auf Kosten der Stiftung* vornehmen lassen.[474] Beispielsweise kann sie gemäss Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ein fehlendes Organ ernennen, wenn der Stiftungsrat untätig bleibt.

Handelt die Stiftungsaufsicht anstelle der Stiftung, stellt dies einen schwerwiegenden Eingriff in die Stiftungsautonomie dar, weshalb besonderes Augenmerk auf die Einhaltung des *Verhältnismässigkeitsprinzips* gelegt werden muss.[475] Dies gilt insbesondere dann, wenn die Stiftungsaufsicht einen eigenen Entscheid an die Stelle eines Beschlusses des Stiftungsrats setzt, da sie hierdurch in die Willensbildung der Stiftung eingreift. I.d.R ist der Stiftungsrat daher vorzugsweise anzuweisen, selbst (unter bestimmten Vorgaben) zu handeln oder Beschluss zu fassen.[476] Insbesondere muss es der Stiftungsaufsichtsbehörde aber vorbehalten sein, dann anstelle des Stiftungsrats zu handeln bzw. einen Beschluss zu fassen, wenn die „*zeitliche Dringlichkeit, Unfähigkeit oder Unwilligkeit des obersten Organs*“ dies gebieten.[477]

## 4. Genehmigung von Rechtsgeschäften durch die Stiftungsaufsicht

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht auf Grundlage von Art. 84 Abs. 2 ZGB ausnahmsweise *von Gesetzes wegen eine Pflicht der vorgängigen Genehmigung von Rechtsgeschäften* des Stiftungsrats durch die Stiftungsaufsicht, wenn die „Gefahr einer Zweckentfremdung von Stiftungsvermögen offenkundig“ ist.[478] Für die Beurteilung, ob eine derartige Gefährdungssituation

474 BK ZGB-Riemer, Art. 84 N 105.

475 Ibid.; Sprecher, S. 40.

476 BK ZGB-Riemer, Art. 84 N 87.

477 SHK ZGB-Riemer, Art. 84 N 15 (Hervorhebungen hinzugefügt).

478 BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016, E. 6.3.3 (Hervorhebungen hinzugefügt); BGE 71 I 459. In dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall lag nach Ansicht des Bundesgerichts keine solche Gefahr einer Zweckentfremdung vor. Konkret ging es um einen Vergleich zwischen der Stiftung und einer mutmasslich erbberechtigten Person, welche beide Ansprüche auf Vermögenswerte der verstorbenen Stifterin erhoben. Dieser hätte von der Stiftungsaufsicht nicht genehmigt werden müssen (wurde aber dennoch genehmigt).

besteht, ist insbesondere die Intensität des Interessenkonflikts massgebend.[479] So können insbesondere das diametrale Entgegenlaufen der Fremd- zu den Stiftungsinteressen, das Vorliegen einer Pflichtenkollision und die Erheblichkeit wirtschaftlicher Auswirkungen einer geplanten Handlung Faktoren der „Offenkundigkeit" einer Gefahr der Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens sein.

Besteht in gewissen Fällen eine Pflicht zur vorgängigen Einholung einer Genehmigung für Rechtsgeschäfte, muss die Stiftungsaufsicht eine derartige *Verpflichtung zur Einholung einer Genehmigung* für bestimmte, konkrete Geschäfte ausnahmsweise auch *anordnen* können, sofern die Umstände des Einzelfalls dies erfordern bzw. das Verhältnismässigkeitsprinzip dies zulässt. Eine Genehmigung bestimmter Rechtsgeschäfte könnte sich beispielsweise dann rechtfertigen, wenn der Stiftungsrat oder ein Stiftungsratsmitglied unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts bereits pflichtwidrig Rechtsgeschäfte vorgenommen hat und dies sich wiederholen könnte, oder wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu erwarten ist, dass es erstmalig zu solchen kommen könnte.[480]

Wird die *Genehmigung für ein Geschäft pflichtwidrig nicht eingeholt oder die Genehmigung verweigert*, hat dies m.E. zur Folge, dass den Stiftungsratsmitgliedern die *Vertretungsbefugnis* für das entsprechende Rechtsgeschäft abgeht; die Stiftungsratsmitglieder dürfen diesfalls nicht mehr davon ausgehen, zur Vertretung der Stiftung befugt zu sein.[481] Die pflichtwidrige fehlende Einholung einer Genehmigung oder das Sich-Hinwegsetzen über die

---

479 Zur Intensität des Interessenkonflikts vgl. oben T. 1, Kap. 3, I., S. 30 ff.

480 Vgl. BK ZGB-RIEMER, Art. 84 N 87: Dieser erachtet generelle unmittelbare präventive Massnahmen (also z.B. die generelle Pflicht aller Stiftungen, für grössere Geschäfte die Zustimmung der Aufsichtsbehörde einzuholen) als unzulässig, da dies nicht mehr mit der Handlungsfähigkeit der Stiftung und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sei (ausser es gehe um „grundlegende Umstrukturierungen bei der Vermögensanlage" oder eine „Verfügung über die Stiftung", also „Entäusserungen" des Stiftungsvermögens). Unmittelbare präventive Massnahmen sieht er demgegenüber im Einzelfall als zulässig und möglicherweise sogar geboten an, wenn bereits Unregelmässigkeiten vorgekommen sind oder begründeter Verdacht bestehe, es werde zu solchen kommen.

481 Zum Fehlen der Vertretungsmacht bei fehlender Vertretungsbefugnis und Bösgläubigkeit des Dritten vgl. oben T. 2, Kap. 4, II. 2. 2.2, S. 124 ff.

Nichtgenehmigung könnte zudem auch *haftungsrechtliche Konsequenzen* mit sich bringen.[482]

Des Weiteren können nach hier vertretener Auffassung insbesondere *Insichgeschäfte*[483] durch die Stiftungsaufsichtsbehörde genehmigt und denselben dadurch zu Rechtswirksamkeit verholfen werden. Dies kann beispielsweise beim *Einpersonenstiftungsrat* aktuell sein, da diesfalls keine weiteren Stiftungsratsmitglieder bestehen, welche ein Insichgeschäft genehmigen könnten.[484]

> Schliesslich kann die Stiftungsaufsicht – von sich aus oder auf eine entsprechende Konsultierung seitens des Stiftungsrats hin – ihre *Stellungnahme* zu bestimmten Rechtsgeschäften abgeben, soweit dies nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips angebracht erscheint.[485] Im Zusammenhang mit Interessenkonflikten käme z.B. ein Hinweis auf die rechtlichen Risiken eines geplanten, konfliktbehafteten Rechtsgeschäfts in Frage. Hierbei haben einerseits die Stiftungsratsmitglieder aber vor Augen zu halten, dass sie eine derartige Stellungnahme *nicht von ihren Pflichten* und einer allfälligen Haftung bei Fehlverhalten *entbindet*.[486] Andererseits hat die Stiftungsaufsicht zu beachten, dass einer solchen Stellungnahme vor dem Hintergrund des in Art. 9 BV verankerten Grundsatzes des *Vertrauensschutzes*[487] u.U. erhöhte Bedeutung zukommen könnte.

## 5. Absetzung von Stiftungsratsmitgliedern

---

482 Zu den Voraussetzungen einer persönlichen Haftung vgl. unten T. 2, Kap. 6, S. 157 ff.

483 Zu den Insichgeschäften vgl. oben T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff.

484 Ebenso halten RIEMER allgemein und BAUMANN LORANT für den Fall, dass der Stiftungsrat nur aus einem Mitglied bestehe, eine derartige Genehmigung von Insichgeschäften für zulässig; BK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 70; BAUMANN LORANT, S. 269.

485 In diesem Sinne hält auch BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 84 N 1, eine „zustimmende Kenntnisnahme" der Stiftungsaufsicht von Rechtsgeschäften von besonderer Tragweite generell für möglich.

486 STUDEN, S. 230 f.

487 Vgl. hierzu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 624 ff.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass in gewissen Situationen die Gefahr von Interessenkollisionen derart gross ist, dass sie nur durch Abberufung des Stiftungsratsmitglieds wirkungsvoll ausgeschaltet werden kann.[488] Nach dessen Rechtsprechung darf eine Abberufung von Stiftungsratsmitgliedern „nur erfolgen, wenn das Verhalten des Stiftungsrats im Hinblick auf eine gesetzes- und stiftungsmässige Tätigkeit der Stiftung *nicht mehr tragbar*, die Zweckverwendung des Stiftungsvermögens beeinträchtigt oder gefährdet ist und andere, weniger einschneidende Massnahmen keinen Erfolg versprechen."[489] In einem späteren Entscheid hielt es in Ergänzung dieser Formel zudem fest: „Trifft dies zu, ist die Abberufung jedoch zu verfügen und kann insbesondere ein allfällig anders lautender Stifterwille […] nicht entgegenstehen."[490]

> Da sich in ersterwähntem Fall[491] der Stiftungsrat aus dem Verwaltungsratspräsidenten, einem Verwaltungsrat und einem Prokuristen der Stifterfirma zusammensetzte, sah es das Bundesgericht als offenkundig an, dass „es zwischen der Stiftung und der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Stifterfirma, die beide weitgehend durch dieselben Personen vertreten werden, zu Interessenkollisionen kommen" könne.[492] Es qualifizierte die durch die Aufsichtsbehörde bereits erfolgte und zu beurteilende *Abberufung des Stiftungsrats* daher als *recht- und insbesondere verhältnismässig*, da nur so der Gefährdung sowohl der Interessen der Stiftung und deren Destinatäre als auch umgekehrt der Stifterfirma und deren Gläubiger – welche insbesondere im Hinblick auf das laufende Stundungsverfahren bestand – wirkungsvoll begegnet werden konnte.[493]

---

488 BGE 105 II 328.

489 BGE 105 II 326 (Hervorhebungen hinzugefügt), bestätigt insbesondere in BGE 112 II 471, BGE 126 III 501 und BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009, E. 5.1. Nicht massgebend ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dabei, ob das Stiftungsratsmitglied schuldhaft gehandelt hat; BGE 105 II 321.

490 BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009, E. 5.1, m.V.a. BGE 126 III 501, BGE 105 II 326, BGE 112 II 471 und BK ZGB-Riemer, Art. 84 N 56 ff.

491 BGE 105 II 328.

492 BGE 105 II 327.

493 BGE 105 II 327 f.

Sobald ein Interessenkonflikt *dauerhaft*[494] und derart *intensiv* ist,[495] dass die *gewissenhafte Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt* erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied das Stiftungsratsmandat nicht mehr ausüben.[496] In einem solchen Fall rechtfertigt sich auch eine Absetzung des Stiftungsratsmitglieds durch die Stiftungsaufsichtsbehörde. Diesfalls ist das Verhalten des Stiftungsrats im Hinblick auf eine gesetzes- und stiftungsmässige Tätigkeit der Stiftung nicht mehr tragbar, weshalb die Abberufung durch die Stiftungsaufsicht sogar geboten ist.

## 6. Einsetzung eines Sachwalters

Ist die vorgesehene Organisation nicht genügend, fehlt der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, kann die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 83d Abs. 1 nach einer Fristansetzung einen Sachwalter ernennen.[497] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfordert die Einsetzung eines Sachwalters, dass die bestehenden Organe nicht mehr „funktionstüchtig" sind.[498] Die Einsetzung eines Sachwalters erscheint in Anwendung dieser Rechtsprechung daher jedenfalls dann geboten, wenn *sämtliche oder eine Vielzahl von Stiftungsratsmitgliedern einem derart intensiven Interessenkonflikt* unterliegen, dass der Stiftungsrat an sich nicht mehr geeignet erscheint, *von sich* aus die Stiftungsinteressen ausreichend zu wahren.[499]

> Das Bundesgericht äusserte sich in einem Entscheid aus dem Jahr 2008 ausführlich zu den Voraussetzungen der Einsetzung eines Sachwalters bei Stiftungen.[500] Es hatte, nachdem es die Absetzung zweier Stiftungsratsmitglieder wegen diverser Verfehlungen guthiess, zu

494 Zur Unterscheidung zwischen dauerhaften und punktuellen Interessenkonflikten vgl. oben T. 1, Kap. 3, II., S. 33 f.

495 Zur Intensität des Interessenkonflikts vgl. oben T. 1, Kap. 3, I., S. 30 ff.

496 Zur Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats vgl. oben T. 2, Kap. 2, V., S. 59 ff.

497 Zu den Voraussetzungen der Einsetzung eines Sachwalters im Allgemeinen vgl. BAUMANN LORANT, S. 361 ff.

498 BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009, E. 6.2.

499 Vgl. KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83d N 2, wonach Art. 83d auch Interessenkonflikte von Stiftungsratsmitgliedern umfasst.

500 BGer 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009.

beurteilen, ob das verbliebene Stiftungsratsmitglied die Auflösung der Vertragsbeziehungen der abgesetzten Mitglieder zur Stiftung und die Wahl neuer Stiftungsratsmitglieder vornehmen dürfe oder ein Sachwalter einzusetzen sei.[501] Es entschied sich für die Einsetzung eines Sachwalters. Bereits die Absetzung zweier Stiftungsratsmitglieder war die Folge diverser Verfehlungen auf Grundlage von Interessenkonflikten.[502] Aber auch das verbleibende Stiftungsratsmitglied unterlag in Bezug auf die vorzunehmenden Handlungen nach den Ausführungen des Bundesgerichts einem Interessenkonflikt, da es wiederholt gezeigt habe, nicht willens zu sein, „die beiden Stiftungsräte aus eigener Kraft mit unabhängigen Fachpersonen zu ergänzen". Aus diesen Gründen wurde der gesamte Stiftungsrat als *nicht funktionstüchtig* eingestuft und von einer ungenügenden Organisation im Sinn von Art. 83d Abs. 1 ZGB ausgegangen.[503]

Das Bundesgericht bejahte bei einem Entscheid betreffend eine Aktiengesellschaft einen Organisations-mangel auch für den Fall, dass ein Exekutivorgan in einem Prozess sowohl die Kläger- als auch die Beklagtenseite vertritt, aber auch allgemeiner, wenn „*sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen*".[504] Auch einer Stiftung wäre in einer derartigen Situation ein Sachwalter zu bestellen.

## 7. Erstattung einer Strafanzeige

Oft sind Verfehlungen vor dem Hintergrund von Interessenkonflikten strafrechtlich relevant. Erhält eine Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis von möglicherweise strafbaren Handlungen, *kann* sie diese den zuständigen Strafverfolgungsbehörde anzeigen (vgl. Art. 301 Abs. 1 StPO). U.U.

501 E. 6.
502 Vgl. BGer 5A_174/2008 vom 4. September 2008, E. 2, 5.4 und 5.5.
503 BGer 5A_174/2008 vom 19. Januar 2009, E. 6.2.
504 BGer 4A_717/2014, E. 2.5.2 (Hervorhebungen hinzugefügt).

kann auch eine *Pflicht* zur Anzeige bestehen. Die Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich beispielsweise ist gemäss § 167 Abs. 1 GOG verpflichtet, bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit wahrgenommene strafbare Handlungen anzuzeigen.

## III. Fazit zu den aufsichtsrechtlichen Konsequenzen eines Interessenkonflikts

Ein **Einschreiten der Stiftungsaufsicht** ist dann angezeigt, wenn sich der Stiftungsrat oder dessen Mitglieder nicht pflichtkonform verhalten. Im Umgang mit Interessenkonflikten geht es dabei um die *Verletzung der allgemeinen Pflichten* zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue oder Sorgfalt, der daraus abgeleiteten Pflichten und der *besonderen Regeln zur Beschlussfassung und zum Abschluss von Rechtsgeschäften*. Darüber hinaus bildet auch die Verletzung besonderer *Anordnungen im Stiftungsstatut* zum Umgang mit Interessenkonflikten Gegenstand aufsichtsrechtlicher Massnahmen. Die Stiftungsaufsicht wird von Amtes wegen, auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde oder auf Anzeige hin tätig.

Die Stiftungsaufsicht ist bei der Ausübung ihrer Tätigkeit an den Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** (Art. 5 Abs. 2 BV), beinhaltend auch das Subsidiaritätsprinzip, gebunden. Sowohl die Frage, *ob* ein Einschreiten der Stiftungsaufsicht angezeigt ist, als auch die Frage, *welche Massnahmen* zu treffen sind, richtet sich nach diesem Grundsatz. Die getroffenen Massnahmen müssen somit *geeignet* und *erforderlich* sein, um die Einhaltung des Stifterwillens und des objektiven Rechts zu gewährleisten; ausserdem muss der *Zweck der Massnahme* in einem *vernünftigen Verhältnis* zum *Eingriff in die Handlungsautonomie* der Stiftung stehen. Insgesamt verbleibt der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde bei der Wahl der Aufsichtsmittel ein erheblicher Ermessensspielraum.

Ein im vorliegenden Zusammenhang wichtiges Aufsichtsmittel besteht darin, dass die Stiftungsaufsicht auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde hin oder von Amtes wegen **Beschlüsse** *aufheben* kann. Überdies kann sie die *Nichtigkeit* eines Beschlusses *feststellen*.

Falls notwendig, kann die Stiftungsaufsicht zudem eine an sich im Kompetenzbereich des Stiftungsrats liegende **Handlung ersatzweise** *selbst vornehmen oder durch Dritte auf Kosten der Stiftung vornehmen lassen*. Hierbei ist

ein besonderes Augenmerk auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu legen.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht ausnahmsweise in *besonderen Gefährdungssituationen* von Gesetzes wegen eine *Pflicht* der vorgängigen **Genehmigung von Rechtsgeschäften** des Stiftungsrats durch die Stiftungsaufsicht. Für die Beurteilung, ob eine derartige Gefährdungssituation besteht, ist insbesondere die Intensität des Interessenkonflikts massgebend. Besteht in gewissen Fällen eine Pflicht zur vorgängigen Einholung einer Genehmigung für Rechtsgeschäfte, muss die Stiftungsaufsicht eine derartige Verpflichtung zur Einholung einer Genehmigung für bestimmte, konkrete Geschäfte ausnahmsweise – und unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips – auch *anordnen* können. Wird die Genehmigung für ein Geschäft pflichtwidrig nicht eingeholt oder die Genehmigung verweigert, hat dies zur Folge, dass den Stiftungsratsmitgliedern die *Vertretungsbefugnis* für das entsprechende Rechtsgeschäft fehlt. Auch *Insichgeschäfte* können nach hier vertretener Auffassung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde genehmigt und ihnen dadurch zu Rechtswirksamkeit verholfen werden.

Sobald ein Interessenkonflikt *dauerhaft und derart intensiv* ist, dass die *gewissenhafte Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt* erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied nach hier vertretener Auffassung das Stiftungsratsmandat nicht mehr ausüben. In einem solchen Fall rechtfertigt sich auch eine **Absetzung** des Stiftungsratsmitglieds durch die Stiftungsaufsichtsbehörde.

Die Stiftungsaufsicht kann zudem auch **Sachwalter** einsetzen. Dies ist in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest dann geboten, wenn *sämtliche oder eine Vielzahl von Stiftungsratsmitgliedern* einem derart *intensiven Interessenkonflikt* unterliegen, dass der Stiftungsrat an sich *nicht mehr geeignet* erscheint, von sich aus die Stiftungsinteressen ausreichend zu wahren.

Oft sind Verfehlungen vor dem Hintergrund von Interessenkonflikten schliesslich auch strafrechtlich relevant. Erhält eine Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis von möglicherweise strafbaren Handlungen, *kann* sie diese den zuständigen **Strafverfolgungsbehörde anzeigen**. U.U. besteht sogar eine *Pflicht* zur Anzeige.

# Kapitel 6: Haftungsrechtliche Konsequenzen eines Interessenkonflikts

In diesem Kapitel sollen die *Besonderheiten einer persönlichen Haftung* der Stiftungsratsmitglieder für im Umgang mit Interessenkonflikten entstandene Schäden aufgezeigt werden.[505] Da zwischen dem Stiftungsratsmitglied und der Stiftung oft nicht nur eine organschaftliche, sondern darüber hinaus eine vertragliche Bindung besteht, kommt für im Vermögen der Stiftung entstandene Schäden sowohl eine ausservertragliche (Art. 41 ff. OR) als auch eine vertragliche Haftung (Art. 97 ff. OR) in Betracht.[506]

Sowohl für eine Haftung aus Vertrag als auch unerlaubter Handlung müssen im Allgemeinen die Voraussetzungen des Schadens (I.), der Widerrechtlichkeit (II.), des adäquaten Kausalzusammenhangs (III.) und des Verschuldens (IV.) vorliegen, damit ein Stiftungsratsmitglied schadenersatzpflichtig wird.[507]

---

505 Zur Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen im Allgemeinen vgl. LANTER, S. 1 ff., und BAUMANN LORANT, S. 350 ff.

506 Das *Rechtsverhältnis zwischen der Stiftung und dem Stiftungsrat* wird nach einer Lehrmeinung als solches *eigener Art* angesehen; so HEINI/PORTMANN, N 398; PLÜSS, S. 11 f.; BAUMANN LORANT, S. 104 f. Nach anderer Ansicht ist es als *Vertragsverhältnis* zu qualifizieren; so ZK ZGB-EGGER, Art. 54/55 N 23; LANTER, S. 52 ff.; VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, S. 30; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 17; RIEMER, Art. 55 N 16. Das Bundesgericht geht in seiner neueren Rechtsprechung zum Verwaltungsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, das gleichzeitig in einem Anstellungsverhältnis mit der Gesellschaft steht, von einem sogenannten *schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis* aus; BGE 130 III 216 f.; BGE 128 III 132 f. In seiner älteren Rechtsprechung ging das Bundesgericht noch von einem Vertragsverhältnis mit arbeits- oder auftragsrechtlichem Charakter (BGE 90 II 485 f.; BGE 75 II 153) bzw. einem mandatsähnlichen Verhältnis sui generis (BGE 125 II 81) aus. Insbesondere, wenn ein Stiftungsratsmitglied neben dem Stiftungsratsmandat gleichzeitig als Geschäftsführer Weisungen des Gesamtstiftungsrats entgegennimmt oder die Stiftung als Experte berät (vgl. BGE 128 III 133; BAUMANN LORANT, S. 104), ist eine Unterscheidung der Organstellung von der vertraglichen Bindung angebracht, damit zwischen den aus der Organstellung und der vertraglichen Bindung entstehenden *unterschiedlichen Rechten und Pflichten* differenziert werden kann. Deshalb ist zwischen der *Organstellung* und allfälligen daneben bzw. darüber hinaus bestehenden *Vertragsverhältnissen* zu unterscheiden; im Ergebnis ebenso BAUMANN LORANT, S. 104 und HEINI/PORTMANN, N 399.

507 LANTER, S. 7; BAUMANN LORANT, S. 351 ff.; TRUNIGER/ZEITER, S. 31. Sind die Voraussetzungen für eine Haftung sowohl aus Vertrag als auch aus unerlaubter Handlung erfüllt, besteht Anspruchskonkurrenz; BAUMANN LORANT, S. 351, m.w.N. Demgegenüber

Diese Voraussetzungen sind in Bezug auf den Interessenkonflikt genauer zu untersuchen. Des Weiteren ist zu überprüfen, wer zur Geltendmachung eines solchen Schadens aktiv- (V.) und passivlegitimiert (VI.) ist, welche Verjährungsfrist gilt, wem die Beweislast zukommt (VII.) und welche Besonderheiten im Zusammenhang mit der Überprüfungsbefugnis der Gerichte zu beachten sind (VIII.).

> Missachtet ein Stiftungsratsmitglied seine Pflichten im Zusammenhang mit Interessenkonflikten vorsätzlich, erfüllt er hierdurch möglicherweise auch *Straftatbestände*. Im Vordergrund stehen die Vermögensveruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, der Betrug nach Art. 146 StGB, die ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB und die Urkundendelikte nach Art. 251 ff. StGB. Deren nähere Erörterung unterbleibt in der vorliegenden Arbeit.[508]

# I. Schaden

Nach der allgemein anerkannten *Differenztheorie* besteht der Schaden in der „Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte".[509] Diese Schadensdefinition gilt auch für die zivilrechtliche Haftung der Stiftungsratsmitglieder.[510]

Im vorliegenden Kontext liegen die schädigenden Ereignisse in den Pflichtverletzungen der Stiftungsratsmitglieder im Umgang mit Interessenkonflikten.[511] Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem *Vermögensstand mit und demjenigen ohne eine derartige Pflichtverletzung*. Der Schaden kann dabei im Vermögen der Stiftung (1.), aber auch im Vermögen von Destinatären entstehen (2.).

---

besteht zu den Destinatären kein vertragliches Verhältnis, weshalb bei Letzteren lediglich ausservertragliche Haftungsansprüche in Frage kommen.

508 Zur Vermögensveruntreuung und zur ungetreuen Geschäftsbesorgung vgl. EDER, S. 387 ff.

509 BGE 142 III 27, m.w.N.

510 BGer B 11/2006 vom 2. August 2007, E. 5.1; BAUMANN LORANT, S. 353.

511 Zu den Pflichten der Stiftungsratsmitglieder im Umgang mit Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 1 bis 4, S. 37 ff.

## 1. Stiftung als Geschädigte

Die im Umgang mit Interessenkonflikten relevanten Pflichten dienen allesamt dem Schutz vor einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen zugunsten involvierter Fremdinteressen.[512] E contrario wird sich eine schadensbegründende Verletzung dieser Pflichten *in erster Linie* in einer *Minderung des Vermögens der Stiftung* auswirken. Dabei stehen zwei Arten von Schäden im Vordergrund, nämlich einerseits die „*nicht zweckkonforme Vermögensverwendung* (d.h. v.a. zweckwidrige Auszahlung von Stiftungsmitteln)“ und andererseits die „Schäden durch *Verluste auf den Vermögensanlagen*, die nicht gesetzes-, urkunden- oder reglementskonform angelegt bzw. fehlerhaft verwaltet wurden“.[513]

> Beispiel 1 (zweckwidrige Auszahlung von Stiftungsmitteln): Der Stiftungsrat erbringt Leistungen an Personen, welche nicht vom statutarisch festgelegten Destinatärskreis der Stiftung erfasst sind. Dadurch wird das zur ordentlichen Erfüllung des Stiftungszwecks zur Verfügung stehende Vermögen im Umfang der erbrachten Leistungen vermindert und die Stiftung in entsprechendem Umfang geschädigt.
>
> Beispiel 2 (Verluste auf Vermögensanlagen): Der Stiftungsrat verkauft eine Liegenschaft der Stiftung zu einem im Vergleich zum Marktwert viel zu tiefen Verkaufspreis rechtswirksam an einen Dritten. Dadurch

---

512 So dient die *Treuepflicht* dazu, dass die Stiftungsinteressen möglichst optimal gewahrt und hierzu sämtliche Handlungen an denselben ausgerichtet werden. Die *Sorgfaltspflicht* ergänzt die Treuepflicht, indem sie die Stiftungsratsmitglieder dazu verpflichtet, bei der Wahrung der Stiftungsinteressen die notwendige Vorsicht um Umsicht aufzubringen. Auch die *Pflicht zu ordnungsgemässer Ermessensausübung* dient dazu, eine ausreichende Qualität der Handlungen der Stiftungsratsmitglieder zugunsten der Stiftungsinteressen dann zu gewährleisten, wenn den Stiftungsratsmitgliedern Ermessen bei der Umsetzung des Stiftungszwecks eingeräumt wurde. Schliesslich dienen auch die Regeln im Umgang mit Interessenkonflikten bei der *Beschlussfassung* und beim Abschluss von *Rechtsgeschäften* dem Schutz der Stiftungsinteressen, indem sie im Ergebnis zu einer Vermeidung bestimmter Beschlüsse und Rechtsgeschäfte mit erhöhtem Stiftungsgefährdungspotential führen.

513 BAUMANN LORANT, S. 353 (Hervorhebungen hinzugefügt), m.w.N.

wird das Vermögen der Stiftung um die Differenz zwischen Verkehrswert und Verkaufspreis vermindert und die Stiftung in entsprechendem Umfang geschädigt.

## 2. Destinatär als Geschädigter

Die Pflichtverletzung kann auch eine Schädigung der Destinatäre bewirken, indem diese ihre Destinatärsleistungen nicht erhalten – sei dies, weil sie vom Stiftungsrat „bewusst ausgelassen" werden, oder weil Pflichtverletzungen des Stiftungsrats dazu führen, dass nicht mehr genügend Mittel vorhanden sind, um die Ausschüttungsleistungen an die Destinatäre zu erbringen.[514] Solange dem Destinatär kein *subjektiver Rechtsanspruch* auf die ihm verweigerte Leistung der Stiftung zukommt, liegt indes in seinem Vermögen kein Schaden im Sinne der Differenztheorie vor, da diesfalls kein dem Destinatär anrechenbares Aktivum besteht.[515] Hat ein Destinatär demgegenüber einen subjektiven Rechtsanspruch auf eine Stiftungsleistung und wird dieser nicht erfüllt, ist der Destinatär geschädigt. Ein solcher Anspruch besteht aber nur ausnahmsweise.[516]

Beispiel: Der Stiftungsrat vergibt den jährlichen Unterstützungsbeitrag nicht – wie in den Stiftungsstatuten klar vorgegeben – an den Studenten der juristischen Fakultät der Universität Lausanne mit den besten Endnoten, sondern an einen einem Stiftungsratsmitglied nahestehenden Studenten. Der Student mit den besten Endnoten ist dadurch in seinem Vermögen geschädigt.

---

514 Vgl. zur Haftung der Stiftungsratsmitglieder gegenüber Destinatären im Allgemeinen BAUMANN LORANT, S. 365 ff. Vgl. zur Klageberechtigung von Destinatären auf Leistung an die Stiftung BAUMANN LORANT, S. 363 f. und 389 ff.

515 Der Destinatär ist somit nicht geschädigt, weil nicht mit ausreichender Gewissheit feststeht, ob er die streitgegenständliche Leistung erhalten hätte; im Ergebnis ebenso BAUMANN LORANT, S. 168.

516 So auch BURKART/KIESER, S. 214; BAUMANN LORANT, S. 368, nach welchem „die Destinatäre *in der Regel keine subjektiven Rechtsansprüche* gegenüber der Stiftung, sei es aufgrund einer statutarischen Anspruchsgrundlage oder einer individuellen, verbindlichen Leistungszusage, haben." (Hervorhebungen hinzugefügt).

## II. Pflichtwidriges Verhalten (Widerrechtlichkeit)

Eine persönliche Haftung eines Stiftungsratsmitglieds setzt voraus, dass sich dieses pflichtwidrig verhalten hat. Um zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen eine derartige haftungsbegründende Widerrechtlichkeit zu bejahen ist, wird zwischen der *ausservertraglichen* (1.) und der *vertraglichen Haftung* (2.) unterschieden.

### 1. Ausservertragliche Haftung

Wird die Haftung *ausservertraglich* begründet, ist nach der Theorie der *objektiven Widerrechtlichkeit* erforderlich, dass entweder ein absolut geschütztes Rechtsgut oder eine sog. Schutznorm verletzt wurde.[517] Im vorliegenden Kontext stehen *reine Vermögensschäden* im Vordergrund, da sich eine allfällige haftungsbegründende Pflichtverletzung bei Interessenkonflikten i.d.R. in einer unrechtmässigen Verwendung des Stiftungsvermögens und nicht in der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter äussert.[518]

Die Herbeiführung derartiger reiner Vermögensschäden ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre nur dann widerrechtlich, wenn sie gegen eine besondere *Verhaltensnorm* (sog. „Schutznorm") verstösst, welche den Schutz vor *Schäden von der Art des eingetretenen* zum Zweck hat.[519] Es ist daher zu prüfen, ob die Verletzung von im Umgang mit Interessenkonflikten bestehenden Pflichten Schutznormen darstellen, bei deren Verstoss Widerrechtlichkeit vorliegt.

Die *im Umgang mit Interessenkonflikten relevanten Pflichten* dienen allesamt dem Schutz vor einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen zugunsten

---

517 REY, N 698.

518 Vgl. BSK OR-KESSLER, Art. 41 N 34, m.w.N.; BURKART/KIESER, S. 212 f., m.V.a. BGE 112 II 125 und m.w.N.

519 REY, a.a.O.; BSK OR-KESSLER, a.a.O.; BGE 132 III 130. „Solche Verhaltensnormen ergeben sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung, unter anderem aus Privat-, aus Verwaltungs- und Strafrecht, gleichgültig, ob es sich um eidgenössisches oder kantonales, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht handelt."; BGE 116 Ia 169. Das Bundesgericht erachtet auch die Verletzung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen als widerrechtlich; BGE 118 Ib 476, m.w.N.

involvierter Fremdinteressen.[520] Bereits deshalb sind sie als *Schutznormen* zu qualifizieren.[521] Zu demselben Ergebnis kommt man bei Anwendung der überwiegenden Lehransicht, nach welcher sämtliche aus Art. 84 Abs. 2 ZGB abgeleitete Pflichten Vermögensschutzcharakter haben, da die Verletzung sämtlicher im Umgang mit Interessenkonflikten bestehender Pflichten auch von dieser Bestimmung erfasst sind.[522] Verletzt ein Stiftungsratsmitglied diese Pflichten, handelt er somit widerrechtlich und kann für einen dadurch schuldhaft und adäquat-kausal verursachten Schaden persönlich zur Verantwortung gezogen werden.[523]

---

520 Vgl. oben FN 512. Zu den Pflichten der Stiftungsratsmitglieder im Umgang mit Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 1 bis 4, S. 37 ff.

521 Dieses Ergebnis lässt sich auch mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Ansicht eines wesentlichen Teils der Lehre vereinbaren, nach welcher gerade auch die *Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht widerrechtlich* ist; BGE 128 V 129, m.w.N.; BGE 128 V 123, m.w.N.; vgl. auch HAKO OR-FISCHER, Art. 41 N 69 FN 129, wo auf verschiedene Entscheide verwiesen wird, wo das Bundesgericht die Widerrechtlichkeit aus der Verletzung allgemeiner Rechtsgrundsätze ableitet; BGer 9C_40/2015 vom 17. November 2015, E. 3.3 ff., wo die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Organe einer Vorsorgestiftung wegen Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht bejaht wurde; BGer 5A_687/2014 vom 16. Dezember 2014, E. 3.2.3.2.1, wo die Widerrechtlichkeit unter dem Gesichtspunkt der sorgfältigen Vermögensverwaltung betrachtet wurde; ANDEREGG, N 188, wonach Sorgfalts- oder Schutzpflichten ebenfalls Verhaltensnormen darstellen; TRUNIGER/ZEITER, nach welchem Widerrechtlichkeit vorliegt, wenn die sich aus Gesetz und Verordnung, aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrats, einem Vertragsverhältnis oder den Weisungen der Aufsichtsbehörde ergebenden Pflichten, wozu auch die allgemeine Sorgfaltspflicht gehört, verletzt werden; EISENRING, S. 195, 202, m.w.N.

522 So bejahen den Schutznormcharakter des Art. 84 Abs. 2 ZGB insbesondere KÜNZLE, S. 542; BURKART/KIESER, S. 213; LANTER, S. 69, 188; vgl. auch EISENRING, S. 194, nach welcher jede Vermögensverminderung, die nicht durch den Stiftungszweck gedeckt ist, eine Pflichtverletzung bedeutet; differenzierend BAUMANN LORANT, S. 356.

523 Insbesondere handelt ein Stiftungsratsmitglied auch widerrechtlich, wenn es seine Vertretungsbefugnis überschreitet. Ist die Vertretungsbefugnis z.B. stillschweigend beschränkt, weil ein „effektiver Interessenkonflikt" i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegt, und wird diese Handlung dennoch vorgenommen, liegt ein haftungsbegründendes, pflichtwidriges Verhalten vor. Zum Fehlen der Vertretungsmacht bei fehlender Vertretungsbefugnis und Bösgläubigkeit des Dritten vgl. oben T. 2, Kap. 4, II. 2. 2.2, S. 124 ff.; zur Haftung im Innenverhältnis für Überschreitungen der Vertretungsbefugnis im Besonderen vgl. S. 125.

## 2. Vertragliche Haftung

Die vertragliche Haftung setzt eine *Verletzung vertraglicher Pflichten* voraus. Eine Verletzung der oben aufgezeigten Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten stellt i.d.R. auch eine *Verletzung der Treue- oder Sorgfaltspflicht* dar.[524] Die Pflichten zu Treue- und Sorgfalt obliegen den Stiftungs-ratsmitgliedern beim *Auftrag oder Arbeitsvertrag* gestützt auf Art. 398 Abs. 2 bzw. Art. 321a OR. Eine Verletzung der oben aufgezeigten Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten stellt somit bei Bestehen eines Auftrags oder eines Arbeitsvertrags zwischen der Stiftung und dem Stiftungsratsmitglied

524 Die *Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen* bei Interessenkonflikten (vgl. oben T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.) stellen *Konkretisierungen der allgemeinen Pflichten* der Stiftungsratsmitglieder zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt (vgl. oben T. 2, Kap. 1, S. 39 ff.) dar. Die bei der *Beschlussfassung* (T. 2, Kap. 3, S. 68 ff.) und dem *Abschluss von Rechtsgeschäften* (T. 2, Kap. 4, S. 115 ff.) geltenden besonderen Regeln werden zwar teilweise *nicht aus diesen Pflichten abgeleitet* (so besteht namentlich Art. 68 ZGB von Gesetzes wegen und werden die Regeln zu den Insichgeschäften und zum Entfall der Vertretungsmacht bei Interessenkonflikten vom Bundesgericht nicht aus den genannten Pflichten abgeleitet). Halten die Stiftungsratsmitglieder diese Regeln nicht ein, bedeutet dies ungeachtet dessen *regelmässig* auch, dass sie *nicht die notwendige Sorgfalt bei der Wahrung der Stiftungsinteressen* aufgebracht haben. Eine ausreichende Umsicht und Vorsicht bei der Verfolgung der Stiftungsinteressen erfordert, dass auch diese Regeln gekannt und eingehalten werden. Mit einer Verletzung der Regeln im Umgang mit Interessenkonflikten geht daher oft auch eine Verletzung der Sorgfaltspflicht einher. Eine nicht pflichtwidrige Verletzung der Regeln des Art. 68 ZGB wäre aber z.B. dann denkbar, wenn das Stiftungsratsmitglied weder wusste noch wissen musste, dass eine ihm i.S.v. Art. 68 ZGB nahestehende Person bei der Beschlussfassung involviert ist. Es müssten hierzu aber besondere Umstände vorliegen, welche dieses Nichtwissen rechtfertigten.

grundsätzlich auch eine Verletzung dieses Vertrages dar.[525] Eine allfällige persönliche Haftung lässt sich daher allenfalls auch vertraglich abstützen.[526]

## III. Adäquater Kausalzusammenhang

Die pflichtverletzende Handlung muss für den eingetretenen Schaden adäquat kausal gewesen sein, damit sie eine persönliche Haftung begründen kann. Hierzu muss sie nach der *allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet* sein, einen Schaden wie den eingetretenen herbeizuführen.[527] Der adäquate Kausalzusammenhang kann *unterbrochen* werden, wenn eine andere adäquate Ursache – namentlich schweres Selbst- oder Drittverschulden oder höhere Gewalt – mit einer derartigen Intensität hinzutritt, dass die Pflichtverletzung rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint.[528] Zu denken ist etwa an eine unvorhersehbare Entwicklung auf dem Anlagemarkt als tatsächliche, die Pflichtverletzung nicht mehr beachtlich erscheinen lassende Ursache.[529]

## IV. Verschulden

---

525 Der Inhalt der Pflichten zu Treue und Sorgfalt bestimmt sich jeweils nach dem konkreten Vertrag. Ohne anderweitige Regelung kommt dem Stiftungsratsmitglied, welches in einem *Auftragsverhältnis* zur Stiftung steht, dieselbe Treue- und Sorgfaltspflicht zu, welche ihm bereits aufgrund des organschaftlichen Verhältnisses zukommt, da auf Letzteres ebenfalls Art. 398 Abs. 2 OR analog anwendbar ist. Bei einem *Arbeitsvertrag* sind demgegenüber die zu Art. 321a Abs. 1 und 321e OR entwickelten Grundsätze massgebend. Für eine Übersicht, weshalb trotz des Verweises in Art. 398 Abs. 2 OR die arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur Sorgfaltspflicht nicht unverändert übernommen werden können, vgl. HUGUENIN, N 3266. Für eine Übersicht zur arbeitsvertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht vgl. BSK OR-PORTMANN/ RUDOLPH, Art. 321a, N 1 ff. Für eine Übersicht zur auftragsvertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht vgl. BSK OR-WEBER, Art. 398 N 1 ff.

526 Nach SPRECHER, S. 72, ergibt sich die Haftung der Mitglieder der Stiftungsorgane sogar „nach ständiger Praxis *insbesondere* aus Vertrag“ (Hervorhebung hinzugefügt).

527 Vgl. zum Ganzen REY, N 525.

528 REY, N 551 ff.

529 Vgl. EISENRING, S. 205.

Die Stiftungsratsmitglieder haften nur für schuldhaftes Verhalten. Dies ergibt sich für die Haftung aus unerlaubter Handlung aus Art. 41 Abs. 1 OR. Auch die vertragliche Haftung erfordert Verschulden, welches gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet wird.[530] Verschulden erfordert in subjektiver Hinsicht Urteilsfähigkeit und in objektiver Hinsicht *Absicht oder Fahrlässigkeit*.[531] Fahrlässig handelt, wer nicht die nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufbringt.[532]

Eine Verletzung der Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten stellt i.d.R. auch eine *Verletzung der Treue- oder Sorgfaltspflicht* dar.[533] *Pflichtverletzungen* im Umgang mit Interessenkonflikten *implizieren* somit i.d.R. auch das *Verschulden*.

## V. Aktivlegitimation

Nachfolgend wird ermittelt, wer dazu legitimiert ist, einen Schaden der Stiftung oder seinen eigenen Schaden gerichtlich geltend zu machen und welche Besonderheiten hierbei zu beachten sind. Im Vordergrund steht die Aktivlegitimation der *Stiftung* (1.), aber auch die *Aufsichtsbehörden* (2.) oder die *Destinatäre* (3.) können u.U. zur gerichtlichen Durchsetzung eines Schadens legitimiert sein.

### 1. Aktivlegitimation der Stiftung

Als direkt Geschädigte ist primär die Stiftung selbst aktivlegitimiert.[534] Insbesondere, wenn das einzige Stiftungsratsmitglied *gegen sich selber* vorgehen müsste, aber auch dann, wenn bei erfolgreicher Geltendmachung einer Klage durch ein Mitglied in Vertretung der Stiftung gegen dessen Kollegen die Gefahr von *Rückgriffsansprüchen* droht oder aus Gründen der *Loyalität* ein ideelles Interesse der Stiftungsratsmitglieder besteht, die eigenen Kollegen nicht anzugreifen, manifestiert sich der Interessenkonflikt, welchem

530 Vgl. BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 42.
531 Vgl. BSK OR-KESSLER, Art. 41 N 45 ff.
532 Zum Mass der erforderlichen Sorgfalt vgl. oben T. 2, Kap. 1, III., S. 42 ff.
533 Vgl. FN 524.
534 BAUMANN LORANT, S. 359.

Stiftungsratsmitglieder in Bezug auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen unterliegen.[535] Auf diesen Konflikt wird weiter unter eingegangen.[536]

### 2. Aktivlegitimation der Stiftungsaufsichtsbehörden

Auch die Stiftungsaufsichtsbehörden sind ausnahmsweise zur Prozessführung befugt.[537] Bei Interessenkollisionen ist zudem auch die Einsetzung eines *Sachwalters* zu erwägen.[538]

### 3. Aktivlegitimation der Destinatäre

Haben Destinatäre *subjektive Rechtsansprüche* auf eine Stiftungsleistung und erhalten sie diese nicht, sind sie geschädigt[539] und können diesen Schaden grundsätzlich gerichtlich geltend machen.[540] U.U. besteht auch eine Klageberechtigung von Destinatären auf Leistung *an die Stiftung*.[541]

## VI. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist das *Stiftungsratsmitglied, welches eine Pflichtverletzung begangen hat*. Sind mehrere Stiftungsratsmitglieder passivlegitimiert, haften diese im Aussenverhältnis grundsätzlich solidarisch.[542] Im Innenverhältnis ist alsdann ein Rückgriff möglich.[543]

---

535 Vgl. BAUMANN LORANT, S. 359.
536 Vgl. hierzu unten T. 3, Konst. 2, S. 198 ff.
537 Vgl. hierzu BAUMANN LORANT, S. 360 ff.
538 Vgl. hierzu unten T. 3, Konst. 2, IV., S. 202 f.
539 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 6, I. 2., S. 160 f.
540 Vgl. zur Haftung der Stiftungsratsmitglieder gegenüber Destinatären insgesamt BAUMANN LORANT, S. 365 ff.
541 Vgl. hierzu BAUMANN LORANT, S. 363 f. und 389 ff.
542 Vgl. zum Ganzen BAUMANN LORANT, S. 370 ff.
543 Vgl. BAUMANN LORANT, S. 372 f.

> Insbesondere bei Beschlüssen, welche inhaltlich fehlerhaft sind, ist genau zu überprüfen, *wer* sich pflichtwidrig verhalten hat. Primär können bei einem im Ergebnis fehlerhaften Beschluss die *Stimmabgabe für den inhaltlich fehlerhaften Beschluss*, aber auch die *Stimmenthaltung* oder gänzliche *Nichtmitwirkung* bei der Beschlussfassung Pflichtverletzungen darstellen.[544] Des Weiteren können aber auch der *Beschlussfassung vor- und nachgelagerte Pflichten* bestehen, beispielsweise die Pflicht, gegen die Ausführung eines inhaltlich fehlerhaften Beschlusses angemessene Massnahmen zu ergreifen.[545]

## VII. Verjährungsfrist und Beweislast

Die *Verjährungsfristen* richten sich im Bereich der vertraglichen Haftung grundsätzlich nach Art. 127 OR. Im ausservertraglichen Bereich ist Art. 60 OR anwendbar.[546]

Sowohl bei der ausser- als auch der vertraglichen Haftung hat grundsätzlich der *Kläger* den *Nachweis* zu erbringen, dass ein Stiftungsratsmitglied eine *Pflichtverletzung* begangen hat. Dies ergibt sich aus Art. 8 ZGB, wonach im Prinzip derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Da sich der Nachweis der Pflichtverletzung (Widerrechtlichkeit) und der Exkulpationsbeweis (Verschulden) inhaltlich weitgehend decken, stellt die bei einer vertraglichen Forderung bestehende *Verschuldensvermutung keine wesentliche Beweiserleichterung* dar, da der Kläger in jedem Fall den Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung zu erbringen hat.[547]

---

544 GRAF, N 765, m.w.N.; DRÖGE, S. 36; REHM, S. 262.

545 Zu den der Beschlussfassung vor- und nachgelagerten Pflichten vgl. GRAF, N 752 ff.; demnach besteht insbesondere eine Pflicht, „die nötigen, geeigneten und zumutbaren Schritte zu ergreifen, um den Gremiumsbeschluss umzustossen und dessen Ausführung zu verhindern" (N 770), z.B. einen Wiedererwägungsantrag zu stellen (N 776).

546 Zu den Einzelheiten zur Verjährungsfrist vgl. BAUMANN LORANT, S. 365.

547 Andererseits wird auch eine Exkulpation misslingen, wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen wurde; BAUMANN LORANT, S. 356 FN 1442, m.V.a. BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 445.

## VIII. Zur Überprüfungsbefugnis der Gerichte

Nachfolgend wird die Frage behandelt, wie weit die Überprüfungsbefugnis der Gerichte bei der *Beurteilung der Widerrechtlichkeit von Ermessensentscheiden der einzelnen Stiftungsratsmitglieder* im Zusammenhang mit Interessenkonflikten geht. Hierzu wird in einem ersten Schritt eruiert, ob die grundsätzlich auf Entscheide des Verwaltungsrats zugeschnittenen Grundsätze der sog. Business Judgment Rule in das Stiftungsrecht übertragen werden können und was dies bedeuten würde (1.), um alsdann vor diesem Hintergrund zur aufgeworfenen Frage Stellung zu nehmen (2.).

### 1. Grundsätze der Business Judgment Rule

Bei der Beurteilung von *„Geschäftsentscheiden" von Verwaltungsratsmitgliedern* von Aktiengesellschaften auferlegt das Bundesgericht und die h.L. nach dem Vorbild der Business Judgment Rule den befassten Gerichten grundsätzlich *Zurückhaltung*, sofern diese Entscheide in einem einwandfreien Prozess der Entscheidfindung zustande gekommen sind. Die den befassten Gerichten auferlegte Zurückhaltung entfällt aber insbesondere bei *Interessenkonflikten*.[548]

> In Zusammenfassung seiner Rechtsprechung hielt das Bundesgericht fest: „Das Bundesgericht anerkennt, dass die Gerichte sich bei der *nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung* aufzuerlegen haben, die in einem *einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess* zustande gekommen

548 BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; m.w.N.; BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.1.; BSK OR-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 6; m.w.N.; BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31, m.w.N.; BRUGGER/VON DER CRONE, S. 184. Die Prüfung der Business Judgment Rule ist richtigerweise bei der (Sorgfaltspflicht-) Verletzung und nicht beim Verschulden einzuordnen; vgl. zu einer ebensolchen Einordnung durch das Bundesgericht die Verweise auf diverse Entscheide in RUSTERHOLZ/HELD, S. 186. Vgl. zur Business Judgment Rule im Allgemeinen GERICKE/WALLER, S. 287 ff., NIKITINE, S. 1 ff.

> sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, prüft das Gericht den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf, ob er als *vertretbar* erscheint. Andernfalls rechtfertigt es sich dagegen nicht, bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung besondere Zurückhaltung zu üben und lediglich zu prüfen, ob der Entscheid noch im Rahmen des Vertretbaren liegt. Vielmehr reicht es dann aus, dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei *freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet* erscheint, ohne dass etwa zu prüfen wäre, ob er bei einer *Abwägung von Chancen und Risiken* aus damaliger Sicht dennoch als richtig erscheint."[549]

Die Gründe, welche eine Zurückhaltung der Gerichte bei der Überprüfung von unternehmerischen Entscheiden des Verwaltungsrats gebieten, lassen sich auch auf Entscheidungen des Stiftungsrats übertragen.[550] Eine *Übertragung* der Business Judgment Rule auf den Stiftungsrat erscheint daher *grundsätzlich gerechtfertigt*.[551]

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Business Judgment Rule und die diesbezüglichen Lehrmeinungen sind im Einzelnen indes uneinheitlich und unübersichtlich. Die *Auswirkungen einer Übertragung* der Grundsätze zur Business Judgment Rule auf die Stiftung sind daher momentan *schwer einzuschätzen* und nur von beschränktem Nutzen.

Einerseits sind die *Anwendungsvoraussetzungen* der Business Judgment Rule unscharf umrissen. So wird insbesondere unterschiedlich beurteilt, was unter

---

549 BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.1 (Hervorhebungen hinzugefügt).

550 Eingehend zur Legitimation und Funktion der Business Judgment Rule NIKITINE, S. 112 ff.

551 Ebenso SPRECHER, Vermögensbewirtschaftung, N 18 FN 7, der ohne weitere Begründung davon ausgeht, dass man wohl von einer analogen Anwendung im Stiftungsrecht ausgehen dürfe; BAUMANN LORANT, S. 350, der sich zur analogen Heranziehung einzelner Haftungsgrundsätze aus dem körperschaftlichen Haftungsrecht ausspricht. Vgl. auch HELBLING/WYLER-SCHMELZER, S. 11, m.w.N., nach welchen „die mit Bezug auf die *Sorgfalt* entwickelten Grundsätze auch bei der Verwaltung einer Vorsorgeeinrichtung Gültigkeit haben". Zur Anwendung der im liechtensteinischen Recht kodifizierten Business Judgment Rule auf die Liechtensteinische Stiftung vgl. JAKOB, Die Liechtensteinische Stiftung, N 348 ff.

sog. *Unternehmens- bzw. Geschäftsentscheiden* zu verstehen ist.[552] Ungeklärt ist überdies, was unter einem *Interessenkonflikt* zu verstehen ist, welcher die Verpflichtung der Gerichte zu Zurückhaltung entfallen lässt.[553]

Andererseits sind auch die *Rechtsfolgen* einer Anwendung der Business Judgment Rule unsicher.[554] Bei Vorliegen eines Interessenkonflikts soll es gemäss Bundesgericht für die Annahme der Fehlerhaftigkeit eines Entscheids ausreichen, „dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei *freier bzw. umfassender Prüfung* als fehlerbehaftet erscheint."[555] Darüber hinaus soll aber auch die Prüfungsbeschränkung des Gerichts auf „Vertretbarkeit" unter „*Berücksichtigung von Chancen und Risiken* im Zeitpunkt der Entscheidung" *entfallen*.[556]

Eine *uneingeschränkte Überprüfung* wegen Vorliegens eines Interessenkonflikts nahm das Bundesgericht bisher lediglich in einem Entscheid vor.[557] In diesem lag der Interessenkonflikt beim Verkauf einer „Gallonenabfüllmaschine" darin begründet, dass die Verwaltungsratsmitglieder der Verkäuferdie Käufergesellschaft mitgegründet und ein Verwaltungsratsmitglied der Verkäufer- auch Mitglied im Verwaltungsrat der Käufergesellschaft war. Der Geschäftsentscheid, die „Gallonenabfüllmaschine" an die der Verkäuferin in diesem Sinne nahestehende Käuferin zu verkaufen, wurde deshalb von der Vorinstanz nach Ansicht des Bundesgerichts zu Recht umfassend auf dessen

552 Zum Begriff des Unternehmens- bzw. Geschäftsentscheids vgl. insbesondere NIKITINE, S. 163 ff.; CHRISTEN, S. 126; VOGT/BÄNZIGER, S. 611; BRUGGER/VON DER CRONE, S. 182; GERHARD, S. 261; RUSTERHOLZ/HELD, S. 186 f.; jeweils m.w.N., welche i.S. eines gemeinsamen Nenners alle für das Vorliegen eines Geschäftsentscheids zumindest einen Ermessensspielraum des Verwaltungsrats voraussetzen.

553 Der Begriff des Interessenkonflikts wird auch im Zusammenhang mit der Business Judgment Rule in der *Lehre* wenig diskutiert; vgl. exemplarisch RUSTERHOLZ/HELD, S. 189 ff., welche ausführlich auf die Konsequenzen des Vorliegens eines Interessenkonflikts eingehen, den Begriff des Interessenkonflikts selbst aber nicht näher erörtern. Zu Anwendungsfällen vgl. immerhin VOGT/BÄNZIGER, insb. S. 623 ff.; GERHARD, S. 263 ff. Auch der *Rechtsprechung* lässt nicht entnehmen, was das Bundesgericht unter einem Interessenkonflikt versteht; selbst BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, in dem das Bundesgericht einen Entscheid des Verwaltungsrats wegen eines Interessenkonflikts „ohne Zurückhaltung" prüfte, lässt sich nichts zu dessen Begriffsverständnis entnehmen.

554 Für eine Übersicht vgl. RUSTERHOLZ/HELD, S. 192 ff.

555 BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1. (Hervorhebungen hinzugefügt).

556 BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.3. (Hervorhebungen hinzugefügt).

557 BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015.

Fehlerhaftigkeit hin überprüft.[558] Die umfassende Überprüfung bestand darin, dass „unter *Berücksichtigung sämtlicher Alternativen*" geprüft wurde, ob keine Möglichkeit eines anderweitigen Entscheids bestand, welcher zu einem für die Gesellschaft besseren „*Gesamtergebnis*" geführt hätte.[559] Auf Grundlage dieses Urteils würde das Vorliegen eines Interessenkonflikts im grundsätzlichen Anwendungsbereich der Business Judgment Rule somit (lediglich aber immerhin) dazu führen, dass die Fehlerhaftigkeit eines Entscheids eines Organs *besonders genau überprüft* wird.

Was der erwähnte *Entfall der Vertretbarkeitsüberprüfung* indes mit sich bringen soll, ist jedoch unklar und in der Lehre umstritten.[560] Immerhin kann aufgrund eines bereits erwähnten neueren Entscheids zumindest davon ausgegangen werden, dass ein Interessenkonflikt „nicht ohne Weiteres zur Annahme einer Pflichtverletzung" führt.[561]

---

558 Vgl. E. 4.2.2.

559 Vgl. E. 4.2.5. (Hervorhebungen hinzugefügt).

560 Für eine Übersicht über die „Vertretbarkeitsprüfung" des Bundesgerichts und die verschiedenen Auslegungen derselben der Lehre vgl. RUSTERHOLZ/HELD, S. 192 ff.

561 BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.2. RUSTERHOLZ/HELD, S. 192; dies steht im Gegensatz zu der von der Lehre vertretenen Regel, wonach eine Sorgfaltspflichtwidrigkeit bei Bestehen eines Interessenkonflikts *vermutet* wird; RUSTERHOLZ/HELD, S. 189 f., m.w.N.

## 2. Stellungnahme zur Überprüfungsbefugnis der Gerichte bei konfliktbehafteten Ermessensentscheiden im Stiftungsrat

Aus verschiedenen Gründen ist davon auszugehen, dass die *Gerichte grundsätzlich nicht in den Ermessensspielraum* des Stiftungsrats und dessen Mitglieder *eingreifen* dürfen. So darf die Stiftungsratsautonomie[562] von den Gerichten nicht unnötig eingeschränkt werden. Weder die Stiftungsaufsichtsbehörden noch die Gerichte sollen beurteilen, ob „innerhalb des Spektrums rechtlich zulässiger Möglichkeiten eine andere Massnahme vielleicht die bessere gewesen wäre".[563] Sie sind hierzu ungeeignet.[564] Darüber hinaus erscheinen schadhafte Ereignisse im Rückblick oft als vorhersehbarer, als sie es eigentlich waren. Auch dies spricht für die Zurückhaltung der Behörden, insbesondere wenn mit einem Eingriff persönliche negative Konsequenzen (wie beispielsweise einer persönlichen Haftung) verbunden sind.[565] Gleich wie die Stiftungsaufsichtsbehörden müssen somit auch die Gerichte dazu verpflichtet sein, *sämtliche Ermessensentscheide* – und somit nicht nur sog. Geschäftsentscheide i.S.d. Business Judgment Rule – lediglich auf deren *Fehlerhaftigkeit* hin zu überprüfen.[566]

Bei einem *Interessenkonflikt* sind die *Anforderungen an die Sorgfaltspflicht* der Stiftungsratsmitglieder grundsätzlich *erhöht*: Einerseits haben sie der erhöhten Gefahr einer Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen mit besonderer Umsicht entgegenzutreten; andererseits darf u.U. ein besonderer Wissensstand über die Faktoren zur Einschätzung gewisser Risiken von ihnen erwartet werden.[567] *Parallel dazu* ist auch ein „*genaueres Hinsehen*" *der Behörden* gerechtfertigt und erforderlich. Diese haben exakt zu prüfen, ob die Stiftungsratsmitglieder der ihnen zukommenden, erhöhten Sorgfaltspflicht auch nachgekommen sind.[568]

---

562 Vgl. JAKOB, Stiftungsbegriff, S. 252; JAKOB, Schutz der Stiftung, S. 204 ff.

563 Vgl. JAKOB, Stiftungsbegriff, S. 316.

564 Ibid.

565 Vgl. zu den sog. Rückschaufehlern insb. VITO/KRISTOFFEL, S. 5 ff.

566 So im Ergebnis auch KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 16: „Wurde ein Ermessensfehler begangen, sind Behörden und *Gerichte* zum Einschreiten berufen, wobei zur Wahrung der Stiftungsautonomie eine gewisse «Zurückhaltung» an den Tag zu legen ist […]."(Hervorhebungen modifiziert).

567 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 1, III., S. 44.

568 Vgl. hierzu oben T. 2, Kap. 1, III., S. 44 f.

Vor diesem Hintergrund erscheint bei Vorliegen eines *Interessenkonflikts* eine *genauere Überprüfung durch die Gerichte*, ob die Stiftungsratsmitglieder ihrer *Sorgfaltspflicht* nachgekommen sind, grundsätzlich *gerechtfertigt*. Die Feststellung des Bundesgerichts, nach welcher es bei Vorliegen eines Interessenkonflikts für die Annahme der Fehlerhaftigkeit eines Entscheids ausreicht, „dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint", ist daher nicht zu beanstanden.[569]

Nicht gefolgt werden kann dem Bundesgericht hingegen, wenn es ausführt, die Prüfungsbeschränkung auf „Vertretbarkeit" unter „Berücksichtigung von Chancen und Risiken im Zeitpunkt der Entscheidung" solle bei Interessenkonflikten entfallen.[570] Die erhöhte Sorgfaltspflicht der Stiftungsratsmitglieder und die Befugnis der Behörden einer eingehenderen Überprüfung dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass den Stiftungsratsmitgliedern auch bei einem *konfliktbehafteten Entscheid weiterhin Ermessensspielräume* zukommen.[571] Diese müssen den Stiftungsratsmitgliedern von den Gerichten *belassen* werden. War ein konfliktbehafteter Entscheid somit – *unter Berücksichtigung der dem Konflikt inhärenten Gefährdung der Stiftungsinteressen – vertretbar*, darf nicht von dessen Fehlerhaftigkeit ausgegangen werden.

Bei der Beurteilung einer Pflichtverletzung eines Organs hat das Gericht dabei eine *Gesamtbetrachtung* sämtlicher relevanter Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei müssen auch *potentielle Vorteile* miteinbezogen werden, welche mit einer gleichzeitig den *Fremdinteressen dienenden Entscheidoption verbunden* sind, berücksichtigt werden.[572] Deshalb, aber nicht zuletzt auch aufgrund der *heterogenen Verwendung des Begriffs des Interessenkonflikts* in

569 BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

570 BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.3.

571 Vgl. oben T. 2, Kap. 1, I. und IV., S. 39 und 46.

572 Vgl. oben T. 2, Kap. 1, V., S. 46, wonach die Stiftungsratsmitglieder bei der Ermessensausübung sämtliche Aspekte des Einzelfalls berücksichtigen müssen; parallel dazu ist auch eine solche Gesamtbetrachtung durch die befassten Behörden erforderlich. Eine solche nahm das Bundesgericht im „Gallonenabfüllmaschinen-Fall" (BGer 4A_219/2015 vom 8. September 2015; vgl. oben S. 171) auch tatsächlich vor. Es prüfte bei seiner Gesamtbetrachtung auch die Vorteile der die Fremdinteressen fördernden Variante (E. 4.2.2 und 4.2.3) und kam sogar zum Schluss, der Verwaltungsrat habe seine Pflichten mit der Wahl dieser Variante nicht verletzt (E. 4.2.5).

der Praxis und Lehre,[573] kann eine „Berücksichtigung von Chancen und Risiken im Zeitpunkt der Entscheidung“ bei Interessenkonflikten nicht generell entfallen.

Insgesamt erscheint bei Vorliegen eines Interessenkonflikts eine *genaue, umfassende Überprüfung* der Gerichte, ob die Stiftungsratsmitglieder ihrer *Sorgfaltspflicht* nachgekommen sind, gerechtfertigt. Weiterhin dürfen aber *nur Ermessensfehler* zu einer Haftung führen. Ob solche vorliegen, haben die Gerichte anhand einer umfassenden *Gesamtbetrachtung* der relevanten Umstände des Einzelfalls zu eruieren, bei welcher auch die Vorteile einer gleichzeitig den Fremdinteressen dienenden Entscheidoption berücksichtigt werden.

## IX. Fazit zu den haftungsrechtlichen Konsequenzen eines Interessenkonflikts

Zwischen dem Stiftungsratsmitglied und der Stiftung besteht oft nicht nur eine organschaftliche, sondern darüber hinaus eine vertragliche Bindung. Sowohl für eine Haftung aus Vertrag als auch unerlaubter Handlung müssen die **allgemeinen Voraussetzungen** des *Schadens*, der *Widerrechtlichkeit*, des *adäquaten Kausalzusammenhangs* und des *Verschuldens* vorliegen, damit ein Stiftungsratsmitglied schadenersatzpflichtig wird.

Im vorliegenden Kontext besteht der **Schaden** in der *Differenz* zwischen dem *Vermögensstand mit und demjenigen ohne die Pflichtverletzung*, welche im Umgang mit Interessenkonflikten begangen wird. Die schadensbegründende Pflichtverletzung wird sich in erster Linie in einer Minderung des Vermögens der *Stiftung* auswirken. Die Pflichtverletzung kann aber auch eine Schädigung der *Destinatäre* bewirken, wenn diese ausnahmsweise einen subjektiven Rechtsanspruch auf eine Stiftungsleistung haben.

Im *ausservertraglichen Bereich* erfordert die Voraussetzung der **Widerrechtlichkeit**, dass entweder ein absolut geschütztes Rechtsgut oder eine sog. Schutznorm verletzt wurde, welche den Schutz vor Schäden von der Art des

573 Vgl. hierzu oben T. 1, S. 3 ff. (Eruierung des Begriffs des Interessenkonflikts als Gegenstand dieser Arbeit); T. 2, Kap. 4, II., 2. 2.2 b 1., S. 129 ff. (unscharfer Begriff des effektiven Interessenkonflikts i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung); FN 553 (Unklarheit des Begriff des Interessenkonflikts im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zur Business Judgment Rule).

eingetretenen zum Zweck hat. Im vorliegenden Kontext stehen reine Vermögensschäden und damit die Verletzung von Schutznormen im Vordergrund. Die im Umgang mit *Interessenkonflikten relevanten Pflichten* können allesamt als *Schutznormen* qualifiziert werden. Verletzt ein Stiftungsratsmitglied diese Pflichten, handelt er somit *widerrechtlich*. Eine Verletzung der Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten stellt i.d.R. auch eine Verletzung der Treue- oder Sorgfaltspflicht dar, welche insbesondere auf *arbeits- oder auftragsvertraglicher Grundlage* bestehen; eine Schadenersatzforderung kann auch auf dieser Grundlage geltend gemacht werden.

Die pflichtverletzende Handlung muss für den eingetretenen Schaden **adäquat kausal** gewesen sein, damit sie haftungsbegründend sein kann. Hierzu muss sie nach der *allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet* sein, einen Schaden wie den eingetretenen herbeizuführen. Der adäquate Kausalzusammenhang kann auch unterbrochen werden.

Die Stiftungsratsmitglieder haften nur für **schuldhaftes Verhalten**. Eine *Verletzung der Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten impliziert* i.d.R. auch eine Sorgfaltspflichtsverletzung und damit auch ein *Verschulden*.

Als direkt Geschädigte ist primär die *Stiftung* selbst **aktivlegitimiert**. Auch die *Stiftungsaufsichtsbehörden* sind ausnahmsweise zur Prozessführung befugt. Bei Interessenkollisionen ist zudem auch die Einsetzung eines *Sachwalters* zu erwägen. Haben *Destinatäre* subjektive Rechtsansprüche auf eine Stiftungsleistung und erhalten sie diese nicht, sind sie geschädigt und können diesen Schaden grundsätzlich ebenfalls gerichtlich einfordern. U.U. besteht auch eine Klageberechtigung von Destinatären auf Leistung an die Stiftung.

**Passivlegitimiert** ist das Stiftungsratsmitglied, welches eine *Pflichtverletzung begangen* hat. Sind mehrere Stiftungsratsmitglieder passivlegitimiert, haften diese im Aussenverhältnis grundsätzlich solidarisch. Im Innenverhältnis ist alsdann ein Rückgriff möglich.

Die **Verjährungsfristen** richten sich im Bereich der *vertraglichen* Haftung grundsätzlich nach Art. 127 OR. Im *ausservertraglichen* Bereich ist Art. 60 OR anwendbar.

Sowohl bei der ausser- als auch der vertraglichen Haftung hat grundsätzlich der *Kläger* den Nachweis zu erbringen, dass ein Stiftungsratsmitglied eine Pflichtverletzung begangen hat. Da sich der **Nachweis der Pflichtverletzung** (Widerrechtlichkeit) und der Exkulpationsbeweis (Verschulden) inhaltlich

weitgehend decken, stellt die bei einer vertraglichen Forderung bestehende *Verschuldensvermutung keine wesentliche Beweiserleichterung* dar, da der Kläger in jedem Fall den Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung zu erbringen hat.

Bei der Beurteilung von „Geschäftsentscheiden" von Verwaltungsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften auferlegt das Bundesgericht und die h.L. nach dem Vorbild der sog. **Business Judgment Rule** den befassten Gerichten grundsätzlich *Zurückhaltung*, sofern ein einwandfreier Entscheidfindungsprozess stattgefunden hat. Die den befassten Gerichten auferlegte Zurückhaltung *entfällt* aber bei *Interessenkonflikten*. Eine *Übertragung dieser Regeln* erscheint grundsätzlich gerechtfertigt.

Bei Vorliegen eines Interessenkonflikts erscheint jedenfalls eine *umfassende* **Überprüfung durch die Gerichte**, ob die Stiftungsratsmitglieder ihrer *Sorgfaltspflicht* nachgekommen sind, angezeigt. Weiterhin dürfen aber *nur Ermessensfehler* zu einer Haftung führen. Ob solche vorliegen, ist anhand einer umfassenden *Gesamtbetrachtung* des Einzelfalls zu eruieren.

# Kapitel 7: Überblick zum Umgang mit Interessenkonflikten im Stiftungsrat

Grundsätzlich müssen sowohl der Stiftungsrat als auch die Stiftungsratsmitglieder im Umgang mit sämtlichen konfliktbehafteten Entscheiden den ihnen obliegenden **allgemeinen Pflichten** zu *ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt* nachkommen. Für einen ordnungsgemässen Entscheidungsprozess gibt die Treuepflicht hierbei vor, dass die *Stiftungsinteressen* – und nicht allfällige Fremdinteressen – bei der Entscheidfindung den *massgebenden Aspekt* bilden müssen und eine Handlungsoption zu wählen ist, welche (aus einer ex-ante-Sicht im Entscheidzeitpunkt) im Ergebnis die Stiftungsinteressen am optimalsten wahrt. Die Sorgfaltspflicht gibt vor, dass die Stiftungsratsmitglieder mit *ausreichender Sorgfalt* abklären, welche Handlungsoptionen zur Verfolgung der Stiftungsinteressen überhaupt bestehen, welche Aspekte bei der diesbezüglichen Auswahl massgeblich sind, und welche der Varianten den Stiftungsinteressen vor dem Hintergrund welcher Aspekte voraussichtlich am besten dienen wird.

Auf Grundlage dieser allgemeinen Pflichten können im Einzelfall konkrete **stiftungsrätliche Massnahmen** erforderlich sein, um die Stiftungsinteressen bei Vorliegen eines Interessenkonflikts zu schützen. Der *Entscheid, welche Massnahmen* zu treffen sind, obliegt dabei grundsätzlich dem vom Interessenkonflikt betroffenen Stiftungsratsmitglied, ausnahmsweise kann aber auch ein Beschluss des Gesamtstiftungsrats über die zu treffende Massnahme erforderlich sein. Im Grundsatz hat das betroffene Stiftungsratsmitglied den übrigen Stiftungsratsmitgliedern jeden potentiellen Interessenkonflikt *offenzulegen* und diese rechtzeitig über sämtliche Umstände zu informieren, welche die Stiftungsinteressen beeinträchtigen könnten. Kann anhand objektiver Kriterien überprüft werden, ob ein Entscheid materiell angemessen ist, sollte eine solche *qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit* eines Entscheids grundsätzlich auch vorgenommen werden, es sei denn, diese sei mit einem unverhältnismässigen, unzumutbaren Aufwand verbunden. Ein *Verbot der Mitwirkung* bei der Beschlussfassung besteht nach hier vertretener Auffassung lediglich im Anwendungsbereich von Art. 68 ZGB; ein Verbot, beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts mitzuwirken, besteht im Ergebnis dann, wenn eine Ermächtigung oder Genehmigung durch den Stiftungsrat oder andere Stiftungsratsmitglieder zum Abschluss eines Insichgeschäfts nicht eingeholt werden kann und auch die Natur desselben dieses nicht ausnahmsweise rechtswirksam macht. Sobald ein Interessenkonflikt dauerhaft und derart

intensiv ist, dass die gewissenhafte Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied das *Stiftungsratsmandat nicht mehr ausüben*.

Bei der **Beschlussfassung** gelten besondere Regeln im Umgang mit Interessenkonflikten. Zwingend und vom tatsächlichen Vorliegen eines Interessenkonflikts unabhängig gilt nach dem auf den Stiftungsrat anwendbaren Art. 68 ZGB in gewissen Konstellationen ein *Verbot der Stimmabgabe* bestimmter Stiftungsratsmitglieder bei der Beschlussfassung. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 68 ZGB besteht nach hier vertretener Auffassung keine Ausstandspflicht, d.h. es muss den Stiftungsratsmitgliedern selbst bei Vorliegen eines Interessenkonflikts erlaubt sein, an der Beschlussfassung teilzunehmen, wenn auch die Pflichten, den Interessenkonflikt offenzulegen und die eigentliche Stimmabgabe im Sinne der Stiftungsinteressen auszuführen, weiterbestehen. Die in den Anwendungsbereich von Art. 68 ZGB fallenden Stimmen sind im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als ungültig und der entsprechende Beschluss als *nichtig* zu betrachten, wenn diese für die Beschlussfassung bzw. das erforderliche Mehr notwendig gewesen wären. Die Nichtigkeit des Beschlusses kann sowohl mittels Klage beim Zivilgericht auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses als auch mittels Aufsichtsbeschwerde geltend gemacht werden. Hatte die ungültige Stimme auf das erforderliche Mehr keinen Einfluss, ist immerhin eine *Anfechtung* des Beschlusses mittels Beschwerde an die Stiftungsaufsicht zuzulassen, um zu überprüfen, ob die Beratung und dadurch das Beschlussergebnis dennoch beeinflusst wurde. Über Art. 68 ZGB hinaus lässt sich den vereinsrechtlichen Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten nichts entnehmen. Es gelten bei der Beschlussfassung im Übrigen daher dieselben Regeln, welche für alle Handlungen und Entscheide des Stiftungsrats relevant sind. Massgebend sind somit die *allgemeinen Pflichten* zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue und Sorgfalt. Werden diese verletzt, so gelten die allgemeinen Regeln zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit von Stiftungsratsbeschlüssen. Der Beschluss ist demnach von der Stiftungsaufsicht auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde hin oder von Amtes wegen aufzuheben, wenn der *Inhalt* eines angefochtenen Beschlusses fehlerhaft ist. Ist ein Beschluss mit besonders schwerwiegenden inhaltlichen Fehlern behaftet, kann er sogar nichtig sein. Betrifft die Pflichtverletzung nicht primär den Inhalt, sondern das *Zustandekommen* des Beschlusses – insbesondere indem ein Stiftungsratsmitglied einen Interessenkonflikt pflichtwidrig nicht oder zu spät offenlegt oder der Stiftungsrat eine qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Beschlusses in pflichtverletzender Weise unterlässt –, ist der Beschluss dann

aufzuheben, wenn der Beschlussinhalt ohne die Pflichtverletzung möglicherweise ein anderer gewesen wäre. Es ist davon auszugehen, dass aus den allgemeinen Pflichten abgeleitete Fehler im Zustandekommen für sich allein nicht ausreichen, um von der Nichtigkeit des Beschlusses ausgehen zu können.

Besondere Regeln im Umgang mit Interessenkonflikten gelten alsdann beim Abschluss von **Rechtsgeschäften**. Zunächst ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den sog. *Insichgeschäften* beachtlich. Diese sind nach h.L. und Rechtsprechung grundsätzlich rechtsunwirksam. Im Übrigen beurteilt sich die Unwirksamkeit der vom Stiftungsrat abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nach den allgemeinen Regeln der Zurechnung der Handlungen der Organe zur juristischen Person. Die *Vertretungsmacht* entfällt nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung einerseits dann, wenn ein Rechtsgeschäft aus objektiver, abstrakter Sicht durch den *Stiftungszweck geradezu ausgeschlossen* ist. Die Vertretungsmacht fehlt andererseits dann, wenn das handelnde Stiftungsratsmitglied *bei gleichzeitig fehlender Gutgläubigkeit der Gegenseite keine Vertretungsbefugnis* hat. Die Vertretungsbefugnis fehlt dann, wenn *keine genügende Beschlussgrundlage* besteht oder ein „effektiver Interessenkonflikt" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegt. Keine genügende Beschlussgrundlage besteht dann, wenn gar kein Beschluss gefasst wurde, obwohl in der konkreten Angelegenheit ein solcher erforderlich gewesen wäre, oder wenn sich eine Handlung auf einen rechtsunwirksamen, d.h. nichtigen oder erfolgreich angefochtenen Beschluss stützt. Eine derartige Rechtsunwirksamkeit kann bei Interessenkonflikten insbesondere in der Verletzung von Ausstandspflichten oder der Verletzung der allgemeinen Pflichten zu ordnungsgemässer Ermessensausübung, Treue oder Sorgfalt begründet sein. Für einen stillschweigenden Entfall der Vertretungsbefugnis aufgrund eines *„effektiven Interessenkonflikts"* i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es für sich allein noch nicht, wenn ein Interessenkonflikt nach dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis besteht. Vielmehr ist erforderlich, dass die Interessen der juristischen Person durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts auch tatsächlich beeinträchtigt werden, d.h. die vom Interessenkonflikt ausgehende Gefährdung der Interessen der juristischen Person sich realisiert und das Stiftungsratsmitglied den Interessen der Stiftung zuwider handelt. Ein Interessenkonflikt kann schliesslich zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts infolge *Sittenwidrigkeit* nach Art. 20 OR führen. Sittenwidrig sind insbesondere kollusive Rechtsgeschäfte, möglicherweise lässt sich ein Rechtsgeschäft aber auch unter andere Fallgruppen subsumieren, namentlich, wenn im Ergebnis eine „krasse" Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung besteht.

Verletzen der Stiftungsrat oder die Stiftungsratsmitglieder ihre Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten, kann dies – neben einer allfälligen Rechtsunwirksamkeit eines Beschlusses oder Rechtsgeschäfts oder einer persönlichen Haftung – **aufsichtsrechtliche Konsequenzen** nach sich ziehen. Die Stiftungsaufsicht ist bei der Ausübung ihrer Tätigkeit an den Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 Abs. 2 BV), beinhaltend auch das Subsidiaritätsprinzip, gebunden. Sowohl die Frage, ob ein Einschreiten der Stiftungsaufsicht angezeigt ist, als auch die Frage, welche Massnahmen zu treffen sind, richtet sich nach diesem Grundsatz. Insgesamt verbleibt der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde bei der Wahl der Aufsichtsmittel aber ein erheblicher Ermessensspielraum. Im Umgang mit Interessenkonflikten kommt insbesondere die *Aufhebung von Beschlüssen* in Betracht; die Stiftungsaufsicht kann diese auf erhobene Stiftungsaufsichtsbeschwerde hin oder von Amtes wegen aufheben oder deren Nichtigkeit feststellen. Falls notwendig, kann die Stiftungsaufsicht zudem anstelle der Stiftung eine an sich im Kompetenzbereich des Stiftungsrats liegende *Handlung selbst vornehmen* oder durch Dritte auf Kosten der Stiftung vornehmen lassen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht zudem ausnahmsweise in besonderen Gefährdungssituationen von Gesetzes wegen eine Pflicht der vorgängigen *Genehmigung von Rechtsgeschäften* des Stiftungsrats durch die Stiftungsaufsicht; umgekehrt muss die Stiftungsaufsicht eine derartige Verpflichtung zur Einholung einer Genehmigung für bestimmte, konkrete Geschäfte ausnahmsweise auch anordnen können. Des Weiteren können nach hier vertretener Auffassung Insichgeschäfte durch die Stiftungsaufsichtsbehörde genehmigt und denselben dadurch zu Rechtswirksamkeit verholfen werden. Sobald ein Interessenkonflikt dauerhaft und derart intensiv ist, dass die gewissenhafte Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied das Stiftungsratsmandat nicht mehr ausüben; diesfalls rechtfertig sich auch eine *Absetzung des Stiftungsratsmitglieds* durch die Stiftungsaufsichtsbehörde. Die *Einsetzung eines Sachwalters* ist in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest dann geboten, wenn eine Vielzahl von Stiftungsratsmitgliedern einem derart intensiven Interessenkonflikt unterliegen, dass der Stiftungsrat an sich nicht mehr geeignet erscheint, von sich aus die Stiftungsinteressen ausreichend zu wahren. Erhält eine Aufsichtsbehörde schliesslich im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis von möglicherweise strafbaren Handlungen, muss sie diese u.U. der zuständigen *Strafverfolgungsbehörde anzeigen*.

Eine Verletzung der Pflichten im Umgang mit Interessenkonflikten durch die Stiftungsratsmitglieder kann auch zu einer **persönlichen Haftung** derselben

führen. Sowohl für eine Haftung aus Vertrag als auch unerlaubter Handlung müssen die allgemeinen Voraussetzungen des Schadens, der Widerrechtlichkeit, des adäquaten Kausalzusammenhangs und des Verschuldens vorliegen, damit ein Stiftungsratsmitglied schadenersatzpflichtig wird. Im vorliegenden Kontext besteht der *Schaden* in der Differenz zwischen dem Vermögensstand mit und demjenigen ohne eine Pflichtverletzung. Die im Umgang mit Interessenkonflikten relevanten Pflichten können allesamt als Schutznormen qualifiziert werden. Eine *Verletzung der Pflichten* im Umgang mit Interessenkonflikten stellt i.d.R. auch eine Verletzung der Treue- oder Sorgfaltspflicht dar, welche insbesondere auch auf arbeits- oder auftragsvertraglicher Grundlage bestehen, weshalb eine Verletzung dieser Pflichten regelmässig auch eine Vertragsverletzung darstellt. Die pflichtverletzende Handlung muss alsdann für den eingetretenen Schaden *adäquat kausal* gewesen sein, damit sie haftungsbegründend sein kann. Die Stiftungsratsmitglieder haften zudem nur für *schuldhaftes Verhalten*. Pflichtverletzungen im Umgang mit Interessenkonflikten implizieren i.d.R. auch das Verschulden. Sowohl bei der ausser- als auch der vertraglichen Haftung hat grundsätzlich der Kläger den zu *beweisen*, dass ein Stiftungsratsmitglied eine Pflichtverletzung begangen hat. Da sich der Nachweis der Pflichtverletzung (Widerrechtlichkeit) und der Exkulpationsbeweis (Verschulden) inhaltlich weitgehend decken, stellt die bei einer vertraglichen Forderung bestehende Verschuldensvermutung keine wesentliche Beweiserleichterung dar, da der Kläger in jedem Fall den Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung zu erbringen hat.

# Teil 3: Konfliktkonstellationen

Aufbauend auf den Ergebnissen der ersten beiden Teile dieser Arbeit werden im vorliegenden Teil dem Verfasser wichtig erscheinende Aspekte und Besonderheiten *ausgewählter Konfliktkonstellationen* aufgezeigt. Im Einzelnen werden die Festlegung des Stiftungshonorars (Konstellation 1), die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen (Konstellation 2), die Verpflichtung eines Stiftungsratsmitglieds als Rechtsbeistand der Stiftung (Konstellation 3), die Doppelorganschaft eines Stiftungsratsmitglieds (Konstellation 4) und die Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung (Konstellation 5) näher beleuchtet.

# Konstellation 1: Festlegung des Stiftungsratshonorars

Nachfolgend wird aufgezeigt, inwiefern bei der Festlegung des Honorars der einzelnen Stiftungsratsmitglieder ein Interessenkonflikt besteht und welche Besonderheiten im Umgang mit einem solchen zu beachten sind. Hierzu wird in einem ersten Schritt anhand der Erkenntnisse in Teil 1 eruiert, aus welchen Elementen sich der *Interessenkonflikt* bei der Festlegung des Stiftungsratshonorars zusammensetzt (I.). Alsdann wird erläutert, welche *Grundsätze bei einer ordnungs- bzw. pflichtgemässen Honorierung* zu beachten sind (II.). In einem nächsten Schritt werden die im Vordergrund stehenden *stiftungsrätlichen Massnahmen* zum Schutz der Stiftungsinteressen betrachtet (III.). Danach wird die Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen *Beschlüsse und Rechtsgeschäfte*, mittels denen das Stiftungsratshonorar geregelt wird, unwirksam sein können (IV.). Schliesslich wird auf Besonderheiten im Zusammenhang mit allfälligen *aufsichts-* (V.) und *haftungsrechtlichen Konsequenzen* (VI.) eingegangen.

## I. Interessenkonflikte bei der Festlegung des Stiftungshonorars

Die Vergütung der Stiftungsratsmitglieder dient nicht der unmittelbaren Verwirklichung des Stiftungszwecks. Sie kann jedoch als Gegenleistung für die Tätigkeit des Stiftungsratsmitglieds als Organ angesehen werden. Dadurch wird im Regelfall eine professionelle Ausübung des Stiftungsratsmandats gewährleistet, welche wiederum eine für die Erreichung des Stiftungszwecks unabdingbare Voraussetzung bildet.[574] Zumindest eine „nach Massgabe des Arbeitsaufwandes festgesetzte Entschädigung“[575] dient in diesem Sinne grundsätzlich den *Stiftungsinteressen*.[576] Abgesehen davon besteht ein

574 Vgl. zur Entschädigung als Mittel zur Professionalisierung des Stiftungsrats SHK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 16; BAUMANN LORANT, S. 194 ff.; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 27 f. Vgl. zur Tendenz zu mehr Professionalisierung und Aufwand im Stiftungsbereich auch GRÜNINGER, S. 47 ff.

575 SHK ZGB-RIEMER, a.a.O.

576 Zu den Stiftungsinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I., S. 8 ff.

Interesse der Stiftung daran, die nicht dem Stiftungszweck dienlichen Ausgaben, und damit auch das Stiftungsratshonorar, gering zu halten.

Demgegenüber haben die Stiftungsratsmitglieder bei der Festlegung ihres eigenen Honorars ein wirtschaftliches *Eigeninteresse* daran, ihr Einkommen zu erhöhen. Dieses ist grundsätzlich geeignet, das Entscheidverhalten der Stiftungsratsmitglieder zu beeinflussen; sie könnten versucht sein, ein unangemessen hohes Honorar festzulegen.[577]

Die Stiftungs- und die Eigeninteressen stehen einander dabei in Bezug auf den über eine angemessene Entschädigung hinaus gehenden Teil diametral entgegen. Vor diesem Hintergrund ist vom Vorliegen eines *Interessenkonflikts* auszugehen, wenn die Stiftungsratsmitglieder ihr eigenes Honorar festlegen.[578]

## II. Grundsätze einer ordnungsgemässen Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern

Nachfolgend wird eruiert, *unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe* die Ausbezahlung eines Stiftungsrats grundsätzlich *zulässig* ist. Dies hängt massgeblich davon ab, ob die Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern auf *Basis des Stiftungsstatuts* (1.) oder *ohne spezifische Grundlage* (2.) erfolgt, weshalb diese beiden Konstellationen getrennt voneinander zu betrachten sind. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 394 Abs. 3 OR sogar ein *Anspruch* auf ein Stiftungsratshonorar bestehen kann (3.).

577 Zu den konfliktrelevanten Fremdinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, III., S. 15 ff.

578 Zum Konflikt vgl. oben T. 1, Kap. 2, IV., S. 19 ff. Zum Begriff des Interessenkonflikts insgesamt vgl. oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f.

## 1. Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern bei spezifischer Grundlage im Stiftungsstatut

Nach dem Grundsatz der *Stifterfreiheit* darf der Stifter die von ihm zu errichtende Stiftung nach seinem eigenen Willen ausgestalten; einzige Schranken bilden die Widerrechtlichkeit und die Unsittlichkeit.[579] Dem Stifter ist es deshalb auch vorbehalten, im Stiftungsstatut ein *Honorar* des Stiftungsrats vorzusehen.[580]

Aufgrund der Stifterfreiheit muss es dem Stifter grundsätzlich auch erlaubt sein, ein Honorar festzulegen, welches über eine die Tätigkeit des Stiftungsrats abdeckende *Gegenleistung hinausgeht*.[581] Wird das Honorar – insbesondere in Relation zur Leistung des Stiftungsratsmitglieds und zum Stiftungsvermögen –[582] hingegen *derart hoch* festgesetzt, dass die Verfolgung des Stiftungszwecks dadurch in einem *unverhältnismässigen Ausmass beeinträchtigt* wird, ist die entsprechende Anordnung zumindest im Umfang des Übermasses unverbindlich.[583]

## 2. Honorierung von Stiftungsratsmitgliedern ohne spezifische Grundlage im Stiftungsstatut

### *2.1 Zulässigkeit eines Honorars an sich*

Eine „nach Massgabe des Arbeitsaufwandes festgesetzte Entschädigung" dient grundsätzlich den Stiftungsinteressen.[584] Gleich wie die Ausbezahlung von Honoraren an Geschäftsführer,[585] muss nach hier vertretener Auffassung daher auch die *Festlegung einer Vergütung durch den Stiftungsrat grundsätzlich von dessen Ermessen gedeckt* sein, selbst wenn im Stiftungsstatut keine

579 BK ZGB-RIEMER, ST vor Art. 80 ff. N 55.

580 So auch BAUMANN LORANT, Honorierung, N 15.

581 Nicht behandelt wird an dieser Stelle die Frage, ob eine Honorierung aus steuerrechtlicher Sicht mit einem Gemeinnützigkeitsstatus der Stiftung vereinbar wäre; vgl. KUKO ZGB-JAKOB, Art. 83 N 6: „Eine Vergütung des Stiftungsrats ist zivilrechtlich zulässig, kann in steuerlicher Hinsicht jedoch den Gemeinnützigkeitsstatus gefährden."

582 Zu den Kriterien der Verhältnismässigkeit eines Honorars vgl. auch FN 588.

583 Zur Verbindlichkeit von im Widerspruch zum Stiftungszweck stehenden Anordnungen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I. 2. 2.3, S. 12 ff.

584 Vgl. hierzu oben S. 184.

585 Vgl. hierzu BAUMANN LORANT, Honorierung, N 13.

explizit Grundlage hierzu besteht. Nicht erforderlich ist demnach eine Organisationsänderung, um sich bei Fehlen einer expliziten Grundlage im Stiftungsstatut ein Honorar auszubezahlen.[586]

### *2.2 Höhe des Honorars*

Fehlt eine Grundlage im Stiftungsstatut, ist die Ausbezahlung eines Honorars hingegen nur insoweit mit dem Stiftungszweck vereinbar, als die Höhe des Honorars – unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte des Einzelfalls – eine *angemessene Gegenleistung* für die vom Stiftungsratsmitglied im Rahmen des Stiftungsratsmandats zu erbringenden Leistungen darstellt und im Verhältnis zum *Stiftungsvermögen* nicht unverhältnismässig hoch ist. Für ein über eine angemessene Gegenleistung hinaus gehendes Honorar hingegen wäre eine entsprechende statutarische Grundlage erforderlich; fehlt eine solche, müsste eine Organisationsänderung vorgenommen werden, damit ein derartiges Honorar zulässig sein kann.[587] Als Kriterien zur Beurteilung des Werts der Leistungen der Stiftungsratsmitglieder können beispielsweise die aufgewendete Zeit, aber auch die Verantwortung und das Fachwissen derselben dienen.[588]

---

586 A.A. BAUMANN LORANT, Honorierung, N 19.

587 Ibid.

588 Vgl. die von BAUMANN LORANT, Honorierung, N 16, genannten *Kriterien zur Beurteilung der Zulässigkeit eines Honorars*: „die finanzielle und operative Grösse der Stiftung, die Präsenzzeit eines Stiftungsratsmitglieds und dessen effektive zeitliche Beanspruchung ausserhalb der Sitzungen, die Anzahl Sitzungen pro Jahr, die aufgewendete Zeit für Sitzungsvorbereitungen, das Fachwissen und die praktische Erfahrung, der persönliche Einsatz eines Stiftungsratsmitglieds, der Reputationswert des Stiftungsratsmitglieds für die Stiftung sowie umgekehrt des Stiftungsratsmandats für das einzelne Stiftungsratsmitglied, die Stellung und Aufgaben innerhalb des Stiftungsrats, das Mass der zu tragenden Verantwortung, die Höhe der Kapital-, Spenden- und sonstigen Erträge, der internationale Charakter der Stiftung“.
Auch der SFC 2015, S. 54, geht von der Zulässigkeit einer angemessenen Entschädigung der Stiftungsratsmitglieder aus und prüft die Angemessenheit derselben namentlich unter den Gesichtspunkten der Grösse der Stiftung und der Leistungen des Stiftungsrats.

### *2.3 Anspruch der Stiftungsratsmitglieder auf eine übliche Vergütung nach Art. 394 Abs. 3 OR analog*

Äussert sich das Stiftungsstatut nicht zur Frage der Honorierung der Stiftungsratsmitglieder, kann nach allgemeiner Auffassung Art. 394 Abs. 3 OR herangezogen und analog angewendet werden.[589] Nach dieser Bestimmung ist eine *Vergütung dann zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich* ist.

> Art. 394 Abs. 3 OR ist zur Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang die Ausbezahlung eines Honorars aus stiftungsrechtlicher Sicht *zulässig* ist, indes m.E. nicht die passende Bestimmung. Vielmehr sind die oben aufgezeigten Grundsätze massgeblich.[590] Die genannte Norm bestimmt somit allein, unter welchen Voraussetzungen den Stiftungsratsmitgliedern im Rahmen oben aufgezeigter Grundsätze ein *Anspruch* auf Ausbezahlung eines Honorars zukommt. Sind die Voraussetzungen von Art. 394 Abs. 3 OR umgekehrt nicht erfüllt, kann dies den Stiftungsrat nicht davon abhalten, unter Beachtung der oben genannten Grundsätze eine angemessene Vergütung festzulegen. Es ist nachfolgend aber zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch nach Art. 394 Abs. 3 OR bestehen kann.

---

589 Vgl. BAUMANN LORANT, Honorierung, N 3; BAUMANN LORANT, S. 197; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 27 f.; JAKOB/UHL, S. 516; SHK ZGB-RIEMER, Art. 83 N 16. Die Übertragung von Art. 394 Abs. 3 OR erscheint grundsätzlich sachgerecht, um dadurch eine angemessene Entschädigung für den vom Stiftungsratsmitglied erbrachten Aufwand zu gewährleisten.

590 Vgl. oben T. 3, Konst. 1, II. 2. 2.1 und 2.2., S. 186 f. Für eine *aus stiftungsrechtlicher Sicht zulässige Verabredung* eines Honorars zwischen der Stiftung und dem Stiftungsratsmitglied müssen diese Grundsätze mithin weiterhin erfüllt sein; die *Rechtswirksamkeit* eines solchen Vertrages richtet sich dabei aber nach den oben aufgezeigten, beim Abschluss von Rechtsgeschäften geltenden Regeln (vgl. oben T. 2., Kap. 4, S. 115 ff.). Insbesondere darf kein Insichgeschäft vorliegen. Eine *Übung* zu einer unverhältnismässig hohen Vergütung, welche den oben genannten Grundsätzen (S. 186 f.) nicht entspricht, kann andererseits ebenfalls nicht entstehen; eine Unsitte kann nicht als Übung schutzwürdig sein; BSK ZGB-LARDELLI, Art. 5 N 42.

GRÜNINGER hält vor dem Hintergrund von Art. 394 Abs. 3 OR fest, dass „nach moderner Auffassung […] eine faktische Vermutung für Entgeltlichkeit und damit für eine eigentliche Honorierung nebst Spesenersatz nach berufs- oder sonst wie üblichen Ansätzen" spreche.[591] BAUMANN LORANT spricht demgegenüber von „relativer Üblichkeit", da die Üblichkeit der Verbreitung von Honoraren in der Praxis noch nicht genügend mittels empirischer Studien erstellt sei und „Teile der Lehre, die Behördenpraxis und die […] Foundation Governance-Empfehlungen nach wie vor den Grundsatz der Ehrenamtlichkeit" postulierten.[592]

Eine *Übung* i.S. von Art. 394 Abs. 3 OR würde erfordern, dass sich die *allgemeine Auffassung* gebildet hat, dass Honorare an die Stiftungsratsmitglieder auszubezahlen seien, und dieser Auffassung auch *beinahe ausnahmslos und langjährig gefolgt* wurde.[593] Hinweise zur Üblichkeit können *empirische Studien* geben. Zudem können auch *Corporate Governance-Richtlinien* zur Ermittlung des Inhalts einer bestimmten Übung beigezogen werden.[594]

Eine detaillierte Analyse zur Üblichkeit der Ausbezahlung eines über den Spesen- und Auslagenersatz hinausgehenden Honorars würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Soweit ersichtlich, besteht aber auch heute noch *keine ausreichende Grundlage an empirischen Studien*, welche die Üblichkeit eines Honorars belegen würde.[595] Andererseits lassen sich *auch keinen Corporate Governance-Richtlinien* ausreichende Hinweise zu einer derartigen Üblichkeit entnehmen bzw. aus einer langjährigen Befolgung solcher Bestimmungen durch einen Grossteil der Stiftungen schliessen, die Ausbezahlung eines Honorars sei unter gewissen Voraussetzungen üblich.

---

591 BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 28.

592 BAUMANN LORANT, Honorierung, N 18. Vgl. im Übrigen die Übersicht zu den Lehrmeinungen in BAUMANN LORANT, Honorierung, N 5 f.

593 Vgl. BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 376.

594 RIEMER, Corporate Governance, S. 516. Vgl. auch JAKOB/UHL, S. 283: „Je mehr Stiftungen dem SFC folgen, indem sie seine Empfehlungen befolgen, desto stärker wird die faktische Selbstbindung, die nach und nach zu einer Übung oder Gewohnheit mutieren kann."

595 Vgl. insbesondere die Studien von LICHTSTEINER/LUTZ, Honorierung von Stiftungsräten, Eine empirische Untersuchung zur Honorierung von Stiftungsräten gemeinnütziger Stiftungen in der Schweiz; MÜLLER /ZÖBELI, Die Honorierung der obersten Leitungsorgane von Nonprofit-Organisationen, Eine Situationsanalyse und Diskussionsgrundlage; GMÜR/OPRANDI, Vergütung von Vorstand, Stiftungsrat und Geschäftsleitung in Schweizer Hilfswerken.

> Insbesondere der *Swiss Foundation Code 2015* empfiehlt zwar eine angemessene Entschädigung der Mitglieder des Stiftungsrats, „sofern die Mittel der Stiftung dies erlauben und die Mitglieder nicht ehrenamtlich tätig sein wollen“[596] und reiht eine Vielzahl von Argumenten auf, weshalb keine Pflicht zur Ehrenamtlichkeit bestehe.[597] Da bereits im Swiss Foundation Code aus dem Jahr 2009 eine angemessene Honorierung der Stiftungsratsmitglieder empfohlen wurde, könnte man erwägen, dies als Indiz für die Üblichkeit einer Honorierung der Stiftungsratsmitglieder zu werten.[598] Wie JAKOB/UHL aber zutreffend ausführen, reicht dies *zur Zeit* (zumindest noch) nicht aus, um von einer Übung im Sinne des Gesetzes ausgehen zu können.[599]

Insgesamt kann noch *nicht generell von einer langjährigen Übung der Ausbezahlung eines Honorars* an die Stiftungsratsmitglieder gesprochen werden. Eine Üblichkeit i.S.v. Art. 394 Abs. 3 OR kann sich indes aus konkreten Aspekten der Tätigkeit eines Stiftungsratsmitglieds ergeben.[600] Sind die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt, kann dies den Stiftungsrat aber nicht davon abhalten, unter oben genannten Voraussetzungen eine angemessene Vergütung festzulegen.[601]

---

596 SFC 2015, S. 51.

597 SFC 2015, S. 51 ff.

598 Vgl. SFC 2009, S. 58 ff.

599 JAKOB/UHL, S. 283 (der Beitrag stammt aus dem Jahr 2015).

600 Vgl. BGE 117 II 284, wonach in Bezug auf Art. 394 Abs. 3 OR gilt, „dass die Vergütung den geleisteten Diensten entsprechen, ihnen objektiv angemessen sein muss. Nach welchen Gesichtspunkten sie im Übrigen zu ermitteln ist und was bei ihrer Bemessung berücksichtigt werden darf, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art und Dauer des Auftrages, der übernommenen Verantwortung sowie der beruflichen Tätigkeit und Stellung des Beauftragten.“

601 Vgl. oben S. 186 f.

## III. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen

Möglicherweise sind zum Schutz der Stiftungsinteressen bei der Festlegung des Stiftungshonorars konkrete Massnahmen erforderlich.[602] Dabei stehen im vorliegenden Zusammenhang die *Offenlegung* der Höhe des Honorars (1.) und die *qualifizierte Prüfung der materiellen Angemessenheit* desselben (2.) im Vordergrund.

### 1. Offenlegung der Höhe des Honorars

Damit insbesondere auch die Stiftungsaufsicht und zukünftige weitere Stiftungsratsmitglieder oder anderweitige mit der Stiftung verbundene Personen die Zusammensetzung und Höhe des ausbezahlten Honorars nachvollziehen und auf ihre Angemessenheit überprüfen können, ist zu fordern, dass die diesbezüglichen Grundsätze, soweit sie nicht bereits im Stiftungsstatut enthalten sind oder aus einem Beschluss hervorgehen, in anderweitiger geeigneter Form *schriftlich festgehalten* werden.[603] Dies kann namentlich in Form einer Honorarvereinbarung und der Offenlegung derselben geschehen.[604]

### 2. Qualifizierte Prüfung der Angemessenheit des Honorars

Das Honorar muss grundsätzlich in einem angemessenen Verhältnis zu den von den Stiftungsratsmitgliedern erbrachten Leistungen und dem Stiftungsvermögen stehen.[605] Zur Überprüfung der materiellen Angemessenheit kann ein Vergleich mit objektiven Anhaltspunkten angebracht sein.[606] Der Swiss Foundation Code 2015 empfiehlt in diesem Sinne einen *Vergleich mit anderen Stiftungen oder vergleichbaren Organisationen*, weist aber gleichzeitig

602 Zu den stiftungsrätlichen Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen bei Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.

603 BAUMANN LORANT, Honorierung, N 15, 17.

604 Zur Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 2, I., S. 50 ff.

605 Vgl. hierzu oben S. 187.

606 Zur qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids vgl. oben T. 2, Kap. 2, II., S. 53 ff.

zutreffend darauf hin, dass stets im Einzelfall zu beurteilen ist, ob eine Entschädigung angemessen ist.[607]

# IV. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften

## 1. Beschlussfassung

Stiftungsratsbeschlüsse können sowohl wegen Fehlern des Inhalts als auch des Zustandekommens mangelhaft sein.[608] Im vorliegenden Zusammenhang stehen einerseits die Verletzung von *Ausstandspflichten* (1.1.), andererseits die *inhaltliche Mangelhaftigkeit des Beschlusses wegen Festsetzung eines unverhältnismässig hohen Honorars* (1.2) im Vordergrund.

### *1.1 Gesetzliche Ausstandspflichten*

Aufgrund der i.d.R. nicht unerheblichen finanziellen Tragweite der regelmässigen Ausbezahlung eines Honorars ist davon auszugehen, dass über die Festsetzung eines Honorars grundsätzlich *Beschluss gefasst werden muss*.[609] Es ist zu prüfen, ob hierbei eine Ausstandspflicht besteht.[610]

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass *Art. 68 ZGB allgemein auf Beschlüsse über konfliktanfällige Angelegenheiten* anwendbar ist.[611] Gerade die Vergütungsfestsetzung ist konfliktanfällig, weshalb die in dieser Bestimmung vorgesehenen Ausstandspflichten Geltung haben sollten.

Zu prüfen ist, ob Art. 68 ZGB auch nach der bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu den sog. „internen Verwaltungsakten" Anwendung fände.[612] Dies ist

---

607 SFC 2015, S. 54, mit weiteren Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit.

608 Vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 5., S. 78 ff.

609 Zur Pflicht zur Beschlussfassung vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 4., S. 75 ff.

610 Zur Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats vgl. oben T. 2, Kap. 3, II., S. 83 ff.

611 Zum sachlichen Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.1., S. 84 ff.

612 Zur Rechtsprechung zu den "internen Verwaltungsakten" vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.1 a bb., S. 85 f.

zu bejahen. Der *Beschluss betreffend Entlöhnung* ist *nicht als „interner Verwaltungsakt“* zu qualifizieren, da die Stiftungsratsmitglieder dadurch wirtschaftlich begünstigt werden und das rechtsgeschäftliche Element überwiegt. Der Honorarfestsetzungsbeschluss des Stiftungsrats fällt somit auch in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter Art. 68 ZGB.

Bei der Festsetzung seines eigenen Honorars ist das entsprechende Stiftungsratsmitglied nach Art. 68 ZGB *somit von der Beschlussfassung ausgeschlossen*. Wird gleichzeitig über die Honorarhöhe aller Stiftungsratsmitglieder beschlossen, sind sämtliche Stiftungsratsmitglieder erfasst und kann der Stiftungsrat somit auch keinen rechtswirksamen Beschluss fassen. Werden die Honorare der einzelnen Stiftungsratsmitglieder demgegenüber separat festgesetzt, könnten die nicht betroffenen Mitglieder grundsätzlich mitstimmen. Möglicherweise würde dadurch indes der Umgehungstatbestand nach Art. 2 Abs. 2 ZGB erfüllt, womit Art. 68 ZGB gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot dennoch Anwendung fände.[613] Hierbei wird es sich indes *nicht um ein praxisrelevantes Problem* handeln: Ist das Honorar angemessen, wird niemand ein Interesse daran haben, gegen die Festsetzung desselben vorzugehen. Ist das Honorar nicht angemessen, kann der Beschluss aufgrund dessen Inhalts aufgehoben werden,[614] weshalb die Verletzung von Art. 68 ZGB nicht geltend gemacht werden muss.

---

613 Zur Umgehung vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.2 b, S. 92 f. Die Umgehung könnte darin bestehen, dass es zwar vordergründig bei den jeweiligen Beschlüssen um das Honorar der anderen Stiftungsratsmitglieder geht, bei Gutheissung des Honorars des Kollegen aber damit gerechnet werden kann, dass der entsprechende Kollege auch das eigene Honorar gutheissen wird, womit im Endergebnis erreicht wird, dass faktisch das eigene Honorar festgesetzt werden kann.

614 Vgl. sogleich unten S. 194.

### *1.2 Inhaltliche Mangelhaftigkeit des Beschlusses wegen Festsetzung eines unverhältnismässig hohen Honorars*

Unzulässige Honorare festsetzende Beschlüsse sind *fehlerhaft* und können von der Stiftungsaufsicht *aufgehoben* werden.[615] In der Praxis wird der Stiftungsrat dabei i.d.R. nicht von sich aus gegen eine übermässiges Honorar vorgehen. Die Stiftungsaufsicht kann aber von Amtes wegen einschreiten.[616]

## 2. Abschluss von Rechtsgeschäften

Wird das Honorar vertraglich geregelt, so sind die Stiftungsratsmitglieder, um deren Honorierung es geht, nach den Regeln zu den sog. *Insichgeschäften* von einer Vertretung der Stiftung ausgeschlossen.[617] Schliesst indes ein Mitglied im Namen der Stiftung einen Vertrag mit einem anderen Mitglied ab, liegt kein Insichgeschäft vor; der Vertrag hat grundsätzlich Geltung.[618] Im Übrigen gelten die Regeln zum Entfall der Vertretungsmacht und zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften.[619]

Bei der Vereinbarung eines übermässig hohen Honorars steht es der Stiftung offen, im Umfang der Übermässigkeit die Ausbezahlung des Honorars gestützt auf die *Einrede des Rechtsmissbrauchs* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zu verweigern.[620] Übermässig hoch ist derjenige Teil des Honorars, welcher nicht mehr marktüblichen Bedingungen entspricht.[621] Der Stiftungsrat wird untätig bleiben und die Einrede nicht erheben, solange es um dessen eigenes Honorar geht. Die

---

615 Zur zulässigen Höhe des Honorars vgl. oben S. 187 ff. Zur Rechtsunwirksamkeit des Stiftungsratsbeschlusses vgl. oben T. 2, Kap. 3, I. 5., S. 78 ff.

616 Zu den Voraussetzungen eines Einschreitens der Stiftungsaufsicht und zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde vgl. oben T. 2, Kap. 5, I., S. 143 ff.

617 Zu den Insichgeschäften vgl. oben T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff. Der Vertrag ist demnach ungültig, es sei denn, er würde genehmigt oder die Natur des Geschäfts schliesse die Gefahr der Benachteiligung der Stiftung aus.

618 BGer 4C.402/1998 vom 4. Dezember 1999, E. 1b; wo die Schwester eines Verwaltungsratsmitglieds als Verwaltungsratspräsidentin im Namen der Aktiengesellschaft einen Arbeitsvertrag mit dem Bruder abschloss und darin einen übermässig hohen Lohn vereinbarte.

619 Vgl. oben T. 2, Kap. 4, II.-IV., S. 119 ff.

620 BGer 4C.402/1998 vom 4. Dezember 1999, E. 2b.

621 BGer 4C.402/1998 vom 4. Dezember 1999, E. 2c. Vgl. zur Üblichkeit eines Honorars auch oben S. 188 ff.

Einrede des Rechtsmissbrauchs könnte aber z.B. relevant werden, wenn ein neues Mitglied Teil des Stiftungsrats wird oder der Stiftung von der Stiftungsaufsicht ein Sachwalter bestellt wird.[622]

## V. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen

Bei unzulässigen Honoraren hat die Stiftungsaufsicht die geeigneten *Massnahmen* zu ergreifen.[623] Namentlich kann sie die Unrechtmässigkeit einer entsprechenden Bestimmung im Stiftungsstatut oder eines die Höhe festsetzenden Beschlusses feststellen und den Stiftungsrat anweisen, das Honorar zu reduzieren. Möglich ist auch eine vorgängige Genehmigung des Honorars.[624] Ist der Abschluss einer Honorarvereinbarung geplant und handelt es sich hierbei um ein *Insichgeschäft*, kann dieser durch eine Genehmigung der Stiftungsaufsicht zu Wirksamkeit verholfen werden.[625]

## VI. Haftungsrechtliche Konsequenzen

Zahlen sich die Stiftungsratsmitglieder ein unverhältnismässig hohes Honorar aus, verletzen sie in widerrechtlicher Weise ihre Sorgfalts- bzw. Treuepflicht.[626] Ein Schaden entsteht im Umfang der *Übermässigkeit* des Honorars.[627] Sind die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt, haben die Stiftungsratsmitglieder für diesen Schaden einzustehen.[628]

---

622 Ibid.

623 Zu den möglichen Massnahmen vgl. oben T. 2, Kap. 5, II., S. 145 ff.

624 Zur Genehmigung von Rechtsgeschäften durch die Stiftungsaufsicht vgl. oben T. 2, Kap. 5, II. 4, S. 148 ff.

625 Zu den Insichgeschäften vgl. oben T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff.

626 Zur Voraussetzung der Widerrechtlichkeit vgl. oben T. 2, Kap. 6, II, S. 161 ff.

627 Zur Schadensvoraussetzung vgl. oben T. 2, Kap. 6, I., S. 158 ff.

628 Zu den gesamten Voraussetzungen einer persönlichen Haftung der Stiftungsratsmitglieder vgl. oben T. 2, Kap. 6, S. 157 ff.

## VII. Fazit zur Festlegung Stiftungsratshonorars

Bei der Festlegung ihres eigenen Honorars haben die Stiftungsratsmitglieder ein *wirtschaftliches Interesse* daran, ihr Einkommen zu erhöhen. Dieses Eigeninteresse ist *geeignet*, das Entscheidverhalten der Stiftungsratsmitglieder zu *beeinflussen*, und *nicht gleichgerichtet* mit den Stiftungsinteressen, weshalb die Stiftungsratsmitglieder in Bezug auf die Festlegung ihres eigenen Honorars einem **Interessenkonflikt** unterliegen.

Die **Zulässigkeit und die zulässige Höhe eines Honorars** hängen u.a. davon ab, ob eine *statutarische Grundlage* für die Ausbezahlung eines Honorars besteht. Dem Stifter muss es erlaubt sein, im Stiftungsstatut ein Honorar vorzusehen, welches über eine die Tätigkeit des Stiftungsrats abdeckende Gegenleistung hinausgeht. Die Grenze der Zulässigkeit und Verbindlichkeit einer derartigen Bestimmung liegt dort, wo die Verfolgung des Stiftungszwecks in einem *unverhältnismässigen Ausmass beeinträchtigt* wird. Die Festlegung einer Vergütung ist selbst dann möglich, wenn im *Stiftungsstatut keine explizite Grundlage* hierzu besteht. Dies kann aber nur insoweit zulässig sein, als die Höhe des Honorars eine *angemessene Gegenleistung* für die vom Stiftungsratsmitglied im Rahmen des Stiftungsratsmandats zu erbringenden Leistungen darstellt und im Verhältnis zum *Stiftungsvermögen nicht unverhältnismässig* hoch ist. Äussert sich das Stiftungsstatut nicht zur Frage der Honorierung der Stiftungsratsmitglieder, kann nach allgemeiner Auffassung Art. 394 Abs. 3 OR herangezogen und analog angewendet werden, wonach eine Vergütung dann zu leisten ist, wenn sie verabredet oder üblich ist. Die *Üblichkeit* muss sich dabei aus konkreten Aspekten der Tätigkeit des Stiftungsrats ergeben. Sind die Voraussetzungen von Art. 394 Abs. 3 OR nicht erfüllt, kann dies den Stiftungsrat aber nicht davon abhalten, unter Beachtung der oben genannten Grundsätze eine angemessene Vergütung festzulegen.

Möglicherweise sind bei der Festlegung des eigenen Honorars besondere **stiftungsrätliche Massnahmen** zum Schutz der Stiftungsinteressen erforderlich. Insbesondere ist zu fordern, dass die *Zusammensetzung und Höhe* des ausbezahlten Honorars, soweit nicht bereits im Stiftungsstatut enthalten oder aus einem Beschluss ausreichend ersichtlich, in geeigneter Form *schriftlich festgehalten* werden. Zur Überprüfung der *materiellen Angemessenheit* eines Honorars kann ein Vergleich mit objektiven Anhaltspunkten angebracht sein. Der Swiss Foundation Code 2015 empfiehlt in diesem Sinne einen Vergleich

mit anderen Stiftungen oder vergleichbaren Organisationen, weist aber gleichzeitig zutreffend darauf hin, dass stets im Einzelfall zu beurteilen ist, ob eine Entschädigung angemessen ist.

Bei der *Festsetzung seines eigenen Honorars* ist das entsprechende Stiftungsratsmitglied nach Art. 68 ZGB von der **Beschlussfassung** *ausgeschlossen*. Wird gleichzeitig über die Honorarhöhe aller Stiftungsratsmitglieder beschlossen, kann der Stiftungsrat keinen rechtswirksamen Beschluss fassen. Hierbei wird es sich indes nicht um ein praxisrelevantes Problem handeln: Ist das Honorar angemessen, wird niemand ein Interesse daran haben, gegen die Festsetzung vorzugehen. Ist das Honorar *nicht angemessen*, kann der *Beschluss aufgrund dessen Inhalts aufgehoben* werden, weshalb die Verletzung von Art. 68 ZGB nicht geltend gemacht werden muss. In der Praxis wird der Stiftungsrat dabei i.d.R. nicht von sich aus gegen ein übermässiges Honorar vorgehen. Die Stiftungsaufsicht kann aber *von Amtes wegen* einschreiten.

Wird das Honorar eines oder mehrerer Stiftungsratsmitglieder vertraglich geregelt, so sind die Stiftungsratsmitglieder, um deren Honorierung es geht, nach den Regeln des Bundesgerichts zu den sog. *Insichgeschäften* von einer Vertretung der Stiftung ausgeschlossen. Schliesst indes das eine Stiftungsratsmitglied im Namen der Stiftung einen Vertrag mit einem anderen Stiftungsratsmitglied ab, so liegt kein Insichgeschäft vor; der Vertrag und das darin vereinbarte Honorar haben grundsätzlich Geltung. Im Übrigen gelten die *allgemeinen Regeln zum Entfall der Vertretungsmacht und zur Sittenwidrigkeit* von **Rechtsgeschäften**. Bei der Vereinbarung eines übermässig hohen Honorars steht es der Stiftung dabei grundsätzlich offen, im Umfang dieser Übermässigkeit die Ausbezahlung des Honorars gestützt auf die *Einrede des Rechtsmissbrauchs* zu verweigern.

Bei Festsetzung eines unverhältnismässig hohen Honorars hat die **Stiftungsaufsicht** die geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Namentlich kann sie die *Unrechtmässigkeit* einer entsprechenden *Bestimmung im Stiftungsstatut* oder eines die Höhe festsetzenden *Beschlusses* des Stiftungsrats feststellen und den Stiftungsrat *anweisen, das Honorar zu reduzieren*.

Für die Ausbezahlung eines unverhältnismässigen Honorars **haften** die Stiftungsratsmitglieder möglicherweise persönlich. Ein *Schaden* besteht im Umfang der *Übermässigkeit* desselben.

# Konstellation 2: Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen

Nachfolgend wird aufgezeigt, inwiefern bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber einzelnen Stiftungsratsmitgliedern ein Interessenkonflikt besteht und welche Besonderheiten im Umgang mit einem solchen zu beachten sind. Hierzu wird in einem ersten Schritt anhand der Erkenntnisse in Teil 1 eruiert, aus welchen Elementen sich der *Interessenkonflikt* bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen zusammensetzt (I.). Alsdann wird erläutert, welche *Grundsätze bei einer Abklärung und Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen* i.S. einer ordnungsgemässen Ermessensausübung beachtet werden müssen (II.). In einem nächsten Schritt wird die Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen *Beschlüsse und Rechtsgeschäfte* im Zusammenhang mit Verantwortlichkeits-ansprüchen unwirksam sein können (III.). Da in der Praxis die Problematik regelmässig darin liegt, dass der Stiftungsrat gänzlich passiv bleibt und sich nicht um die Verfolgung von Verantwortlichkeitsansprüchen kümmert, wird nicht näher auf mögliche stiftungsrätliche Massnahmen eingegangen, sondern vielmehr ein besonderer Fokus auf mögliche *aufsichtsrechtliche Massnahmen* gelegt (IV.).

Kommt der Stiftungsrat seiner Pflicht zu ordnungsgemässer Abklärung und Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Zusammenhang mit einer „ersten" Pflichtverletzung nicht nach, stellt dieses Untätigbleiben möglicherweise eine „zweite" haftungsrechtlich relevante Pflichtverletzung dar. Die Durchsetzung von Ansprüchen wegen eine solchen „zweiten" Pflichtverletzung erscheinen indes nicht praxisrelevant, weshalb auch *keine zusätzlichen Ausführungen zu einer allfälligen zivilrechtlichen Haftung* wegen fehlender Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen angebracht werden.

## I. Interessenkonflikte bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen

Hat ein Stiftungsratsmitglied durch ein pflichtwidriges Verhalten einen Schaden herbeigeführt, besteht das *Stiftungsinteresse* darin, durch die erfolgreiche Durchsetzung eines Verantwortlichkeitsanspruchs den entstandenen Schaden auszugleichen und damit eine zweckgemässe Verwendung des

entsprechenden Vermögens zu ermöglichen.[629] Auf der anderen Seite kann ein (rechtliches und wirtschaftliches) *Eigeninteresse* der potentiell für den Schaden verantwortlichen Stiftungsratsmitglieder bestehen, die erfolgreiche Durchsetzung des Anspruchs und damit rechtliche und finanzielle Nachteile zu verhindern. Dieses Eigeninteresse ist aufgrund der Natur und der Erheblichkeit der potentiellen Nachteile geeignet, das Entscheidverhalten der Stiftungsratsmitglieder zu beeinflussen.[630] Konfliktrelevante Fremdinteressen können zudem bestehen, wenn bei erfolgreicher Geltendmachung einer Klage gegen ein anderes Stiftungsratsmitglied die Gefahr von Rückgriffsansprüchen droht oder aus Gründen der Loyalität ein ideelles Interesse der Stiftungsratsmitglieder besteht, die eigenen Kollegen nicht anzugreifen.[631] Die genannten Stiftungs- und Eigeninteressen laufen einander dabei diametral entgegen, da die Wahrung der einen jeweils eine Beeinträchtigung der anderen Interessen mit sich bringt.[632] Vor diesem Hintergrund ist daher bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen vom Vorliegen eines *Interessenkonflikts* auszugehen.[633]

> Der Interessenkonflikt kann sich negativ auf die Stiftungsinteressen auswirken, indem der Stiftungsrat *gänzlich untätig* bleibt, obwohl die Stiftung geschädigt wurde und genügend Anhaltspunkte bestehen, dass der Schaden durch widerrechtliches Verhalten des Stiftungsrats bzw. dessen Mitglieder adäquat-kausal verursacht wurde. Die Stiftungsinteressen können aber auch dann beeinträchtigt werden, wenn der Stiftungsrat zwar aktiv wird und beispielsweise auf Unregelmässigkeiten hinweist oder die Angelegenheit sogar Gerichten oder

629 Zu den Stiftungsinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I., S. 8 ff.

630 Zu den konfliktrelevanten Fremdinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, III., S. 15 ff.

631 Vgl. BAUMANN LORANT, S. 359: „Besteht der Stiftungsrat lediglich aus einer Person, wird die Stiftung ohnehin nicht klagen, müsste doch das einzige Stiftungsratsmitglied die Stiftung gegen sich selbst vertreten. Selbst in einem mehrköpfigen Stiftungsrat dürfte zuweilen die Motivation fehlen, Schadenersatzansprüche gegen einen Kollegen aus demselben Organ durchzusetzen. Die Stiftungsratskollegen werden sich hüten, ein Verantwortlichkeitsverfahren einzuleiten, insbesondere aufgrund der latenten Gefahr, selbst im Rahmen eines Rückgriffsprozesses mit Ansprüchen konfrontiert zu werden."

632 Zum Konflikt vgl. oben T. 1, Kap. 2, IV., S. 19 ff. Die Gegensätzlichkeit der Interessen ist dabei dem Verantwortlichkeitsansprüchen inhärenten Begriff der *Streitigkeit* an sich bereits immanent.

633 Zum Begriff des Interessenkonflikts insgesamt vgl. oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f.

> Aufsichtsbehörden beibringt, dann aber das zur Durchsetzung Erforderliche doch *nicht „mit letzter Konsequenz"* vorkehrt oder beispielsweise versucht, die begangenen Pflichtwidrigkeiten zu vertuschen, das Handeln der „vermeintlich" fehlbaren Stiftungsratsmitglieder zu rechtfertigen oder den gesamten Umfang des Schadens zu verschleiern. Die Stiftungsratsmitglieder werden wohl eher dazu tendieren, gänzlich untätig zu bleiben, um sich nicht angreifbar zu machen.[634]

## II. Grundsätze einer ordnungsgemässen Abklärung und Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen

Als Exekutivorgan der Stiftung obliegt dem Stiftungsrat die übergeordnete Pflicht, den Stiftungszweck zu verfolgen und damit, das *Vermögen zweckgemäss* zu verwenden.[635] Hierzu ist erforderlich, dass auch der Stiftung zustehende *Forderungen* geltend gemacht werden, weshalb auch eine Pflicht besteht, potentielle *Verantwortlichkeitsansprüche* abzuklären und bei Aussicht auf Erfolg geltend zu machen.[636]

Grundsätzlich unterliegt der Entscheid, ob Verantwortlichkeitsansprüche gegen Stiftungsratsmitglieder letztendlich geltend gemacht werden oder nicht, dem *Ermessen* des Stiftungsrats. Dieses Ermessen muss ordnungsgemäss ausgeübt werden, indem ein sachgerechter Entscheidfindungsprozess durchgeführt wird. Dabei müssen sämtliche relevanten Vor- und Nachteile, welche mit einer Durchsetzung für die Stiftungsinteressen verbunden sein könnten, berücksichtigt werden. Insbesondere ist eine sorgfältige Abklärung der *Erfolgsaussichten* einer Verantwortlichkeitsklage unter Berücksichtigung der *Prozesskostenrisiken* erforderlich. Welches *Prozesskostenrisiko* noch vertretbar ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich dem noch vorhandenen Stiftungsvermögen und weiteren Faktoren.

---

634 BAUMANN LORANT, S. 359.

635 Vgl. zum Stiftungszweck als übergeordnetes Stiftungsinteresse oben T. 1, Kap. 2, I. 2. 2.1, S. 10.

636 BVGer C-2365/2006 vom 19. Februar 2008, E. 6.3.; GULLO, S. 54. Zur Ableitung der Stiftungsinteressen aus dem Stiftungszweck vgl. oben T. 1, Kap. 2, I. 2. 2.2, S. 10 f.

In BGer 2A.579/2006 vom 21. März 2007, E. 2.3, beispielsweise wurde das Ermessen durch den Stiftungsrat nach Ansicht des Bundesgerichts ordnungsgemäss ausgeübt, indem dieser das Prozesskostenrisiko auf CHF 24‘000 schätzte und deshalb angesichts der vorhandenen Aktiven der Stiftung in der Höhe von CHF 6‘173.80 von einer Verantwortlichkeitsklage absah. Es ging in diesem Fall um die Prozessführung neu eingetretener gegen frühere Stiftungsratsmitglieder. Vgl. auch BGE 139 III 24 zur Vertretbarkeit der Prozessführung nach den Grundsätzen der sog. Business Judgment Rule bei der Aktiengesellschaft.

## III. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften

Bei der Beschlussfassung sind die Vorgaben des analog anwendbaren Art. 68 ZGB zu berücksichtigen.[637] Beim Beschluss darüber, ob gegen ein Stiftungsratsmitglied Verantwortlichkeitsklage zu erheben sei, ist das betroffene Stiftungsratsmitglied somit *vom Stimmrecht ausgeschlossen*, da es um einen Rechtsstreit zwischen diesem und der Stiftung i.S.v. Art. 68 ZGB geht.[638] Stimmt das ausgeschlossene Stiftungsratsmitglied dennoch mit und ist dessen Stimme für das Zustandekommen des Beschlusses relevant, so ist der entsprechende Beschluss *nichtig* bzw. gar nicht erst zustande gekommen.

Problematisch ist dies namentlich dann, wenn der *Stiftungsrat nur aus einem Mitglied* besteht, oder wenn *alle oder die Mehrheit der Mitglieder* bei dem in Frage stehenden Verantwortlichkeitsanspruch die *Stellung als Passivlegitimierte* innehätten; die Erreichung des für einen Beschluss erforderlichen Mehrs wird

637 Vgl. zur Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats und zu den Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Pflicht oben T. 2, Kap. 3, II., S. 83 ff.

638 Vgl. HEINI/PORTMANN, N 243, wonach der Ausschluss von Art. 68 ZGB insbesondere auch Verantwortlichkeitsansprüche des Vereins umfasst. Zum sachlichen Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.1., S. 84 ff.

verunmöglicht. Diesfalls kann einem Einschreiten der Stiftungsaufsicht erhöhte Bedeutung zukommen.

Des Weiteren sind die Regeln zu den *Insichgeschäften* und zur *Beschränkung der Vertretungsmacht* zu beachten.[639] So wäre ein Vergleich, welchen ein Stiftungsratsmitglied im Namen der Stiftung betreffend einen Verantwortlichkeitsanspruch mit sich selbst abschliessen würde, unwirksam, es sei denn, er würde genehmigt. Die Natur des Geschäfts könnte die Gefahr der Benachteiligung der Stiftung diesfalls hingegen nicht aussschliessen.

## IV. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen

In der Praxis wird die Problematik regelmässig darin liegen, dass der Stiftungsrat *gänzlich passiv* bleibt und sich nicht um die Verfolgung von Verantwortlichkeitsansprüchen kümmert.[640] Daher kommt der Stiftungsaufsicht erhöhte Bedeutung zu, welche dafür zu sorgen hat, dass den Verantwortlichkeitsansprüchen bei Aussicht auf Erfolg zum Durchbruch verholfen wird.[641]

Bestehen ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Stiftungsrat Fehler begangen hat, welche zu Verantwortlichkeitsansprüchen führen könnten, hat die Stiftungsaufsichtsbehörde diesen Hinweisen nachzugehen, indem sie beispielsweise einen eingehenden *Bericht zu den Geschehnissen* vom Stiftungsrat verlangt.[642] Auf dieser Grundlage kann die Aufsichtsbehörde zum Schluss kommen, dass Massnahmen erforderlich sind, welche eine unabhängige, umfassende Abklärung der Angelegenheit ermöglichen.[643]

In einem nächsten Schritt kann die Stiftungsaufsicht den Stiftungsrat *auffordern*, für eine unabhängige Abklärung der Verantwortlichkeitsansprüche zu

---

639 Zu den Insichgeschäften und zum Fehlen der Vertretungsmacht vgl oben T. 2, Kap. 4, I. und II., S. 115 ff. und S. 119 ff.

640 BAUMANN LORANT, S. 359.

641 Zu möglichen Aufsichtsmitteln vgl. oben T. 2, Kap. 5, S. 143 ff.

642 So geschehen in BVGer C-2365/2006 vom 19. Februar 2008, Sachverhalt B, wo das Anlageportefeuille überwiegend aus Aktien bestand und somit auf einen Widerspruch zu den gesetzlichen Anlagevorschriften hinwies, weshalb die Aufsichtsbehörde einen eingehenden Bericht über die Vermögensanlagen verlangte.

643 Vgl. BVGer C-2368/2006 vom 26. März 2007, E. 5.1 f.

sorgen.[644] Bleibt dieser trotz Aufforderung untätig oder scheint eine derartige Massnahme von Anfang an ungeeignet, kann die *Einsetzung eines weiteren Stiftungsratsmitglieds*,[645] welches mit der Abklärung der Verantwortlichkeitsansprüche beauftragt wird, eine geeignete Massnahme sein.[646] Des Weiteren kann die Einsetzung eines *Sachwalters* nach Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB erwogen werden, um eine unabhängige Abklärung der Angelegenheit zu erreichen.[647] Ausnahmsweise kann sogar die *Aufsichtsbehörde selbst* nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Prozessführung befugt sein.[648]

## V. Fazit zur Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen

Wurde die Stiftung geschädigt, besteht ein dem *Stiftungsinteresse diametral entgegenstehendes Eigeninteresse* der potentiell für den Schaden verantwortlichen Stiftungsratsmitglieder, die erfolgreiche *Durchsetzung des Anspruchs zu verhindern*. Zudem können konfliktrelevante Fremdinteressen dann bestehen, wenn bei erfolgreicher Geltendmachung einer Klage gegen ein anderes Stiftungsratsmitglied die Gefahr von Rückgriffsansprüchen droht oder aus Gründen der Loyalität ein Interesse der Stiftungsratsmitglieder besteht, die Kollegen nicht anzugreifen. Ein derartiger **Interessenkonflikt** wird sich regelmässig dadurch äussern, dass der Stiftungsrat *gänzlich untätig* bleibt.

Als Exekutivorgan der Stiftung obliegt dem Stiftungsrat die *Pflicht*, potentielle *Verantwortlichkeitsansprüche abzuklären* und bei Aussicht auf Erfolg *geltend*

---

644 Vgl. in diesem Zusammenhang BVGer C-2365/2006 vom 19. Februar 2008, Sachverhalt B., wo das Bundesverwaltungsgericht in der Tatsache, dass der Stiftungsrat auf die Aufforderungen der Stiftungsaufsicht nicht reagierte, ein Indiz für das Bestehen eines Interessenkonflikts sah.

645 Dabei kann die Aufsichtsbehörde den Stiftungsrat anweisen, ein zusätzliches Mitglied zu wählen, oder die Einsetzung selbst vornehmen; vgl. BVGer C.2365/2006 vom 26. März 2007, E. 6.1.

646 Ebenfalls möglich ist die Einsetzung eines provisorischen Stiftungsratsmitglieds für die Dauer der Durchführung eines Verantwortlichkeitsprozesses, BVG C-2365/2006 vom 26. März 2007, E. 6; BAUMANN LORANT, S. 363.

647 Vgl. zu den Voraussetzungen der Einsetzung eines Sachwalters im Allgemeinen oben T. 2, Kap. 5, II. 6., S. 152 f.

648 BGE 103 III 84, m.w.N. Vgl. zur Prozessführung durch die Stiftungsaufsicht allgemein BAUMANN LORANT, S. 360 f., m.w.N.; BSK ZGB-GRÜNINGER, Art. 83 N 26, m.w.N.; BGE 83 III 150, BGE 90 I 44, BGE 103 III 85.

*zu machen*. Für einen **ordnungsgemässen Entscheid**, ob diese letztendlich durchgesetzt werden oder nicht, ist eine *Gesamtabwägung* der möglichen Vor- und Nachteile für die Stiftungsinteressen erforderlich. Dabei ist eine sorgfältige Abklärung der *Erfolgsaussichten* einer Verantwortlichkeitsklage unter Berücksichtigung der *Prozesskostenrisiken* erforderlich.

Interessenkonfliktsituationen bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen können auch zur **Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften** führen. Beim Beschluss darüber, ob gegen ein Stiftungsratsmitglied Verantwortlichkeitsklage zu erheben sei, ist das betroffene Stiftungsratsmitglied vom *Stimmrecht ausgeschlossen*, da es um einen Rechtsstreit zwischen diesem und der Stiftung i.S.v. Art. 68 ZGB geht. Des Weiteren sind auch die vom Bundesgericht entwickelten Regeln zu den *Insichgeschäften* und zur *Beschränkung der Vertretungsmacht* zu beachten, namentlich im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vergleichs.

Im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsansprüchen können aufsichtsrechtlichen Massnahmen eine erhöhte Bedeutung zukommen. Bestehen ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Stiftungsrat Fehler begangen hat, welche zu Verantwortlichkeitsansprüchen führen könnten, hat die **Stiftungsaufsichtsbehörde** diesen Hinweisen nachzugehen. Hierzu kann sie in einem ersten Schritt einen eingehenden *Bericht zu den Geschehnissen* vom Stiftungsrat verlangen. Gegebenenfalls kann sie alsdann den Stiftungsrat auffordern, für eine *unabhängige Abklärung der Verantwortlichkeitsansprüche* zu sorgen.

# Konstellation 3: Das Stiftungsratsmitglied als Rechtsbeistand der Stiftung

Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Interessenkonflikte entstehen können, wenn ein Stiftungsratsmitglied neben seinem Stiftungsratsmandat als Rechtsbeistand der Stiftung tätig wird und welche Besonderheiten im Umgang mit solchen Interessenkonflikten beachtlich sind. Hierzu wird in einem ersten Schritt anhand der Erkenntnisse in Teil 1 eruiert, worin die Stiftungsinteressen bei der Mandatierung eines Stiftungsratsmitglieds als Rechtsbeistand bestehen und welche konfliktrelevanten Fremdinteressen hierbei v.a. involviert sein und zu einem *Konflikt* mit den Stiftungsinteressen führen können (I.). Alsdann wird erläutert, welche *Grundsätze bei einer ordnungs- bzw. pflichtgemässen Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds* zu beachten sind (II.), welche *stiftungsrätlichen Massnahmen* zum Schutz der Stiftungsinteressen im Vordergrund stehen (III.) und unter welchen Voraussetzungen *Beschlüsse und Rechtsgeschäfte*, mittels denen die Mandatierung geregelt wird, unwirksam sein können (IV.). Auf die möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen wird nicht näher eingegangen, da diesbezüglich die allgemeinen Grundsätze gelten.[649]

## I. Interessenkonflikte bei der Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds als Rechtsbeistand der Stiftung

Bei der Umsetzung des Stiftungszwecks stellen sich regelmässig auch *juristische Fragen*. Sind diese besonders komplex, ist eine ordnungsgemässe Behandlung derselben möglicherweise *nicht mehr vom Stiftungsratsmandat gedeckt*. Im vorliegenden Teil wird der Interessenkonflikt beleuchtet, welcher entstehen kann, wenn die Abklärung solcher Fragen bzw. die Rechtsvertretung in der Angelegenheit nicht einer externen Stelle, sondern einem *Stiftungsratsmitglied übertragen* wird.

In der aufgezeigten Konstellation besteht das *Stiftungsinteresse* grundsätzlich darin, die Fragen durch einen möglichst sachkompetenten Rechtsberater abklären zu lassen und dabei gleichzeitig den Kostenaufwand in einem

649 Zu den möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen vgl. oben T. 2, Kap. 5 und 6, S. 143 ff. und 157 ff.

angemessenen Rahmen zu halten.[650] Gleichzeitig hat das als Rechtsvertreter tätige Stiftungsratsmitglied ein *Eigeninteresse* an einem das wirtschaftliche Fortkommen verbessernden Auftrag.[651] Insbesondere bezüglich des Honorars sind die Stiftungs- und die Fremdinteressen nicht gleichgerichtet, womit ein *Konflikt* besteht.[652] Die in Aussicht stehenden finanziellen Vorteile sind als Fremdinteressen zudem geeignet, das Entscheidverhalten des Stiftungsratsmitglieds zu beeinflussen, weshalb ein Interessenkonflikt vorliegt. Die Stiftungsinteressen können aufgrund des Interessenkonflikts insbesondere dadurch beeinträchtigt werden, dass ein Stiftungsratsmitglied beauftragt wird, obwohl es nicht das erforderliche Fachwissen aufweist,[653] oder indem der Kostenaufwand zu hoch festgesetzt wird.

## II. Grundsätze einer ordnungsgemässen Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds

Bei einer Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds hat der Stiftungsrat eine *Gesamtbetrachtung* aller relevanten Aspekte vorzunehmen. Dabei könnte zunächst geprüft werden, ob ein Stiftungsratsmitglied für die Aufgabe grundsätzlich geeignet erscheint, um alsdann zu eruieren, ob in der konkreten Angelegenheit nicht doch eine Mandatierung eines Dritten vorzuziehen ist, und schliesslich die Bedingungen des Auftrags genauer zu prüfen.

> Bei einer derartigen Gesamtbetrachtung können auch die Empfehlungen des *Swiss Foundation Code 2015* berücksichtigt werden. Dieser rät von einer Verpflichtung externer Experten als Stiftungsratsmitglieder generell ab, weil sich hier die Grenze zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer verwische und so eine Kontrolle

650 Zu den Stiftungsinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I., S. 8 ff.

651 Zu den konfliktrelevanten Fremdinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, III., S. 15 ff. Das Eigeninteresse des Stiftungsratsmitglieds als Rechtsbeistand kann dabei nicht klar als rein wirtschaftliches, rechtliches oder ideelles Interesse bezeichnet werden, da eine Mischform vorliegt.

652 Zum Konflikt vgl. oben T. 1, Kap. 2, IV., S. 19 ff. Zum Begriff des Interessenkonflikts insgesamt vgl. oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f.

653 Diesfalls läge ein sog. Übernahmeverschulden des Stiftungsratsmitglieds als Auftragnehmer und damit gleichzeitig eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vor; vgl. BSK OR-Weber, Art. 398 N 25.

> erschwert oder gar verunmöglicht werde.[654] Andererseits wird eine (einzelfallgerechte) Berücksichtigung des beruflichen Wirkungs- und Erfahrungskreises gefordert,[655] was eben gerade die Einberufung von Experten als Stiftungsratsmitglieder nahelegt.

Das Stiftungsratsmitglied muss *grundsätzlich geeignet* sein, die rechtlichen Interessen der Stiftung – zusätzlich zu seinem Mandat als Stiftungsratsmitglied – zu vertreten. Insbesondere ist darauf zu achten, dass das Stiftungsratsmitglied zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte bzw. Dienste das notwendige *Fachwissen* mit sich bringt.[656]

Trifft dies zu, ist zu überprüfen, ob nichtsdestotrotz eine Übertragung der Abklärungen in der *konkreten Angelegenheit* an einen Dritten (d.h. eine „externe Aufgabenerfüllung") vorteilhafter für die Interessen der Stiftung ist als eine „interne Aufgabenerfüllung". Die Tatsache, dass das Stiftungsratsmitglied die *Verhältnisse der Stiftung gut kennt*, kann dabei den Stiftungsinteressen sowohl zum Vorteil als auch zum Nachteil gereichen. Dadurch könnte es als Rechtsvertreter einerseits möglicherweise besser auf die *Bedürfnisse* der Stiftung eingehen, zudem könnte der *Aufwand der Einarbeitung* in die Angelegenheit geringer sein, wobei ein Teil der Arbeit sogar noch durch das *Stiftungsmandat gedeckt* sein und *insgesamt ein geringerer Aufwand* resultieren könnte.[657] Andererseits fehlt dem Stiftungsratsmitglied u.U. gerade wegen dieser besonderen Kenntnisse auch die nötige Distanz bzw. Objektivität und *Unabhängigkeit*.[658] Ungeeignet als Rechtsvertreter der Stiftung ist ein Stiftungsratsmitglied in der konkreten Angelegenheit insbesondere dann, wenn das Mandat Fragen oder Verfahren zum *Gegenstand* hat, welche vom Stiftungsratsmitglied vertretene Fremdinteressen (insbesondere wirtschaftliche oder rechtliche Eigeninteressen) tangieren oder beeinflussen könnten.

---

654 SFC 2015, S. 47.

655 SFC 2015, S. 49.

656 Vgl. Art. 394 Abs. 1 OR; SFC 2015, S. 102.

657 Vgl. EISENRING, S. 108 ff.; BAUMANN LORANT, S. 229.

658 Vgl. zum Inhalt des Unabhängigkeitsgebots insbesondere Komm. BGFA-FELLMANN, Art. 12 N 57, m.w.N. Zur Tätigkeit von angestellten Anwälten im Monopolbereich vgl. insbesondere Art. 8 BGFA, § 11 AnwG, BGer 2P.187/2000 vom 8. Januar 2001, E. 4.; BGE 130 II 97 f.; BGE 123 I 197 ff.

> Soll beispielsweise abgeklärt werden, ob bestimmte Tätigkeiten der Stiftung aus steuerrechtlicher Sicht ordnungsgemäss ausgeführt werden, sollte nicht ein Stiftungsratsmitglied zur Abklärung dieser Fragen als Rechtsanwalt eingesetzt werden, wenn dabei auch haftungsbegründende Fehler der Stiftungsratsmitglieder zum Vorschein kommen könnten. In solchen Konstellationen gebietet nicht nur die Sorgfaltspflicht eine Mandatierung eines unabhängigen Dritten als Rechtsanwalt; eine Annahme eines solchen Mandats durch das Stiftungsratsmitglied wird auch eine Verletzung des ihm als Anwalt obliegenden Verbots von Interessenkollisionen nach Art. 12 lit. c BGFA darstellen.[659]

Steht fest, *dass* ein Stiftungsratsmitglied als Rechtsbeistand mandatiert wird, so hat der Stiftungsrat mit erhöhter Umsicht darauf hinzuwirken, dass die *Bedingungen des Auftrags* mit den Stiftungsinteressen vereinbar sind. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und in welcher Höhe und Zusammensetzung eine Honorierung desselben zulässig ist.[660]

Erhält das Stiftungsratsmitglied ein Honorar für seine Organtätigkeit, dürfen Tätigkeiten als Rechtsbeistand der Stiftung nur dann separat entschädigt werden, wenn sie nicht bereits durch die vom Stiftungsratshonorar abgedeckte oder sogar unentgeltliche *Organtätigkeit erfasst* werden. Zur Ermittlung, welche Tätigkeiten noch unter die Organtätigkeit subsumiert werden können, sind primär statutarischen Vorgaben massgebend.[661] Im Übrigen ist eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls entscheidend, wobei die Erforderlichkeit besonderen Fachwissens, die ausserordentliche Komplexität der Angelegenheit, aber auch ein aussergewöhnlicher zeitlicher Aufwand im Allgemeinen eine separate Entschädigung rechtfertigen können.[662]

---

659 Komm. BGFA-FELLMANN, Art. 12 N 94c, m.w.N. Überdies ist die anwaltliche Unabhängigkeit nach Art. 12 lit. b BGFA nicht mehr gewahrt.

660 Aktuell ist Frage, ob ein Honorar zulässig ist, insbesondere auch dann, wenn ein *Pauschalhonorar* vertraglich vereinbart oder im Stiftungsstatut vorgesehen wurde, da diesfalls ein zusätzlicher Zeitaufwand grundsätzlich nicht zusätzlich vergütet wird.

661 Überdies können insbesondere vertragliche Vereinbarungen zwischen dem Stiftungsratsmitglied und der Stiftung beachtlich sein.

662 Für weitere Kriterien vgl. oben FN 588.

## III. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen

Möglicherweise sind zum Schutz der Stiftungsinteressen bei der Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds als Rechtsbeistand der Stiftung konkrete Massnahmen erforderlich.[663] Dabei stehen im vorliegenden Zusammenhang die *Offenlegung des Auftragsinhalts* und die *qualifizierte Prüfung der materiellen Angemessenheit* desselben im Vordergrund.[664]

### 1. Offenlegung des Auftragsinhalts

Es ist zu fordern, dass der *Gegenstand des Mandats* und die Zusammensetzung und Höhe des *Honorars* klar vereinbart und schriftlich festgehalten werden.[665] Dadurch kann gewährleistet werden, dass die Stiftungsaufsicht und die übrigen bzw. zukünftigen Stiftungsratsmitglieder die *Zusammensetzung und Höhe* des ausbezahlten Honorars nachvollziehen und auf ihre Angemessenheit überprüfen können.

### 2. Qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit des Auftrags

Zur Überprüfung der materiellen Angemessenheit könnten beispielsweise *Offerten* oder sogar eine kurze *Ersteinschätzung* bei anderen potentiellen Rechtsbeiständen bzw. Anwaltskanzleien eingeholt werden.[666] Hilfsweise ist auch eine Orientierung an objektiven Rechtsbestimmungen möglich, welche sich zum Honorar äussern, z.B. der Verordnung über die Anwaltsgebühren des Kantons Zürich (AnwGebV). § 3 AnwGebV hält fest, dass die *Vergütungen der Anwälte* vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden *in der Regel* zwischen CHF 150 bis 350 pro Stunde betragen. § 2

---

663 Zu den stiftungsrätlichen Massnahmen vgl. oben T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.

664 Zum Ausstand bei der Beschlussfassung vgl. unten S. 210.

665 Vgl. BAUMANN LORANT, Honorierung, N 15, 17.

666 Zur qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids vgl. oben T. 2, Kap. 2, II., S. 53 ff.

Abs. 1 AnwGebV enthält weitere Kriterien, welche als Bemessungsgrundlage des Honorars herbeigezogen werden könnten, namentlich die *Verantwortung* und der *Zeitaufwand* des Anwalts und die *Bedeutung* und *Schwierigkeit* des Falls. Auch das erforderliche *Fachwissen* des Anwalts dürfte darüber hinaus für die Höhe des Honorars massgebend sein.

## IV. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften

Geht es bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats um die Einsetzung (oder Abwahl) eines Stiftungsratsmitglieds selbst als Anwalt oder um die Festlegung des Auftragsinhalts, so ist das betreffende Stiftungsratsmitglied nach Art. 68 ZGB vom Stimmrecht *ausgeschlossen*.[667] Es sich dabei nicht um „interne Verwaltungsakte", welche eine Anwendung von Art. 68 ZGB ausschliessen könnten,[668] da ein Auftrag ja gerade deshalb abgeschlossen wird, weil die rechtlichen Abklärungen nicht mehr vom Stiftungsratsmandat gedeckt sind. Stimmt das Stiftungsratsmitglied dennoch mit und ist dessen Stimme für das Zustandekommen des erforderlichen Mehrs relevant, so ist der entsprechende Beschluss *nichtig* bzw. gar nicht erst zustande gekommen.

Schliesst das Stiftungsratsmitglied für die Stiftung mit sich selbst einen Anwaltsvertrag ab, sind die Regeln zu den sog. *Insichgeschäften* anwendbar.[669] Der Auftrag ist demnach grundsätzlich unwirksam. Die Natur des Geschäfts kann die Gefahr der Benachteiligung dabei i.d.R. nicht ausschliessen.[670]

## V. Fazit zum Stiftungsratsmitglied als Rechtsbeistand der Stiftung

---

667 Zur Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats vgl. oben T. 2, Kap. 3, II., S. 83 ff.

668 Zur Rechtsprechung zu den „internen Verwaltungsakten" vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.1 a bb, S. 85 f.

669 Zu den Insichgeschäften vgl. oben T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff.

670 Bei einem derartigen Auftrag lässt sich die Angemessenheit desselben nie abschliessend nach objektiven Kriterien messen. Insbesondere bildet zwar die Höhe der Honorare einen objektiven Parameter, der erforderliche Arbeitsaufwand und insbesondere der Inhalt und die Qualität der juristischen Abklärungen sind jedoch nie eindeutig objektiv bestimmbar.

Werden nicht mehr vom Stiftungsratsmandat gedeckte juristische Dienstleistungen einem Stiftungsratsmitglied übertragen, hat dieses grundsätzlich ein konfliktrelevantes *Eigeninteresse* an einem hohen *Honorar*, welches den Stiftungsinteressen *zuwiderläuft* und zu einem **Interessenkonflikt** führt. Zudem kann auch das Interesse des Stiftungsratsmitglieds an einer *Übernahme des entsprechenden Auftrags an sich* den Stiftungsinteressen widersprechen, z.B. wenn dieses das erforderliche Fachwissen nicht aufweist.

Bei einer Beauftragung eines Stiftungsratsmitglieds hat der Stiftungsrat für eine **ordnungsgemässe Ermessensausübung** eine *Gesamtbetrachtung* aller relevanten Aspekte vorzunehmen. Dabei könnte zunächst sichergestellt werden, ob ein Stiftungsratsmitglied für die Aufgabe *geeignet* erscheint, um alsdann die *Bedingungen des Auftrags* genauer zu prüfen.

In Bezug auf die **Beauftragung des Stiftungsratsmitglieds an sich** ist zu prüfen, ob das Mitglied *grundsätzlich geeignet* ist, die rechtlichen Interessen der Stiftung – zusätzlich zu seinem Mandat als Stiftungsratsmitglied – zu vertreten, indem es insbesondere das notwendige Fachwissen mit sich bringt. Trifft dies zu, ist zu überprüfen, ob nichtsdestotrotz eine Übertragung der Abklärungen in der *konkreten Angelegenheit* an einen Dritten vorteilhafter für die Interessen der Stiftung ist. Die Tatsache, dass das Stiftungsratsmitglied die Verhältnisse der Stiftung gut kennt, kann dabei den Stiftungsinteressen sowohl zum Vorteil als auch zum Nachteil gereichen.

Steht fest, dass ein Stiftungsratsmitglied als Rechtsbeistand mandatiert wird, so hat der Stiftungsrat alsdann mit erhöhter Aufmerksamkeit zu prüfen, dass die **Bedingungen des Auftrags** mit den Stiftungsinteressen vereinbar sind. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und in welcher *Höhe und Zusammensetzung eine Honorierung* desselben zulässig ist. Tätigkeiten als Rechtsbeistand der Stiftung dürfen insbesondere nur dann separat entschädigt werden, wenn sie nicht bereits durch die Organtätigkeit erfasst werden.

Zur pflichtgemässen Wahrung der Stiftungsinteressen können im Einzelfall konkrete **stiftungsrätliche Massnahmen** angezeigt sein. Insbesondere ist zu fordern, dass der Gegenstand des Mandats und die *Zusammensetzung und Höhe des Honorars klar vereinbart* und sinnvollerweise *schriftlich festgehalten* werden. Zur Überprüfung der *materiellen Angemessenheit* könnten etwa Offerten oder Ersteinschätzungen bei anderen potentiellen Rechtsbeiständen bzw. Anwaltskanzleien eingeholt werden.

Geht es bei der **Beschlussfassung** des Stiftungsrats um die Einsetzung (oder Abwahl) eines Stiftungsratsmitglieds selbst als Anwalt oder um die Festlegung des Inhalts des Mandatsvertrages, so ist das betreffende Stiftungsratsmitglied nach Art. 68 ZGB vom Stimmrecht *ausgeschlossen*. Stimmt das an sich ausgeschlossene Stiftungsratsmitglied an einem derartigen Beschluss dennoch mit und ist dessen Stimme für das Zustandekommen des erforderlichen Mehrs relevant, so ist der entsprechende Beschluss *nichtig* bzw. gar nicht erst zustande gekommen.

Schliesst das Stiftungsratsmitglied für die Stiftung mit sich selbst einen Anwaltsvertrag ab, sind die vom Bundesgericht entwickelten Regeln zu den sog. **Insichgeschäften** anwendbar. Der Auftrag ist demnach ungültig, es sei denn, er würde durch die übrigen Stiftungsratsmitglieder oder die Stiftungsaufsicht genehmigt. Die Natur des Geschäfts kann die *Gefahr der Benachteiligung* der Stiftung bei der Beauftragung eines Rechtsbeistandes grundsätzlich *nicht ausschliessen*.

# Konstellation 4: Das Stiftungsratsmitglied als Doppelorgan

Nachfolgend wird aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen aufgrund der Doppelstellung eines Stiftungsratsmitglieds als Organ der Stiftung und einer weiteren juristischen Person Interessenkonflikte entstehen können und welche Besonderheiten im Umgang mit einem solchen zu beachten sind. Hierzu wird in einem ersten Schritt analysiert, welche Interessen unter Berücksichtigung des Stifterwillens als Fremd- und welche als Stiftungsinteressen zu qualifizieren sind und wann ein *Konflikt* zwischen denselben besteht (I.). In einem nächsten Schritt werden die im Vordergrund stehenden *stiftungsrätlichen Massnahmen* zum Schutz der Stiftungsinteressen betrachtet (II.). Danach wird die Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen *Beschlüsse und Rechtsgeschäfte* eines Doppelorgans unwirksam sein können (III.). Auf die möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen wird nicht näher eingegangen, da diesbezüglich die allgemeinen Grundsätze gelten.[671]

## I. Interessenkonflikte des Doppelorgans

Es wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen die Doppelstellung eines Stiftungsratsmitglieds als Organ der Stiftung und einer weiteren juristischen Person zu Interessenkonflikten führen kann. Hierzu werden die *Interessen der anderen juristischen Person*, in welchem das Stiftungsratsmitglied eine Organstellung innehat, *als konfliktrelevante Fremdinteressen* eingeordnet (1.). Alsdann wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen ein *Konflikt* derselben mit den Stiftungsinteressen entstehen kann (2.). Schliesslich wird aufgezeigt, inwieweit ein allfälliger *Stifterwille zur Wahrung der Interessen einer weiteren juristischen Person* beachtlich ist und welche Auswirkungen dies auf das Ent- bzw. Bestehen eines Interessenkonflikts hat (3.).

671 Zu den möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen vgl. oben T. 2, Kap. 5 und 6, S. 143 ff. und 157 ff.

## 1. Interessen der anderen juristischen Person als konfliktrelevante Fremdinteressen

Drittinteressen sind jeweils dann konfliktrelevant, wenn einem Stiftungsratsmitglied eine *rechtliche Pflicht* zur Wahrung derselben zukommt, deren Verletzung erhebliche Rechtsnachteile (insbesondere eine persönliche Haftung) mit sich bringen könnte.[672] Hat ein Stiftungsratsmitglied gleichzeitig Organstellung in einer weiteren juristischen Person, ist es zur Wahrung deren Interessen rechtlich verpflichtet. Die Interessen der juristischen Person, zu deren Wahrung das Doppelorgan neben den Stiftungsinteressen verpflichtet ist, sind deshalb als *konfliktrelevante Fremdinteressen* zu qualifizieren.

## 2. Konflikt der Fremd- mit den Stiftungsinteressen

Insbesondere bei zusätzlichen Organstellungen von Stiftungsratsmitgliedern in Unternehmen, die die Stiftung *konkurrenzieren*, stehen die Fremdinteressen mangels Gleichrichtung zu den Stiftungsinteressen i.d.R. bezüglich einer Vielzahl von Entscheiden in Konflikt.[673] Es handelt sich hierbei um einen *dauerhaften* Interessenkonflikt, welcher das Stiftungsratsmitglied nicht nur in Einzelfällen, sondern dauerhaft und generell tangiert, so dass die Tätigkeit als Organ der Stiftung an sich und insgesamt problematisch erscheint.[674]

Ist das Stiftungsratsmitglied demgegenüber gleichzeitig als Organ in der *Stifterfirma*, in der *Holdingstiftung* oder im *beherrschten Unternehmen* tätig,[675] sind die Interessen regelmässig gleichgerichtet, so dass die Tätigkeit nicht an sich problematisch erscheint und grundsätzlich nicht von einem dauerhaften

672 Zu den konfliktrelevanten Fremdinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, III., S. 15 ff.

673 Vgl. FORSTMOSER, S. 20 f. Zu den Stiftungsinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I., S. 8 ff. Zum Konflikt vgl. oben T. 1, Kap. 2, IV., S. 19 ff. Zum Begriff des Interessenkonflikts insgesamt vgl. oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f. Dass aufgrund einer besonderen Konstellation gleich alle Handlungen des Stiftungsratsmitglieds gleichzeitig Stiftungs- und Fremdinteressen betreffen, dürfte nur dann zutreffen, wenn der Aufgabenbereich des Stiftungsratsmitglieds sehr eng gefasst wurde; vgl. hierzu LAZOPOULOS, S. 100 f.

674 Zur Unterscheidung zwischen dauerhaften und punktuellen Interessenkonflikten vgl. oben T. 1, Kap. 3, II., S. 33 f.

675 Vgl. zu diesen Konstellationen im Allgemeinen BAUMANN LORANT, S. 310 f., m.w.N.

Interessenkonflikt auszugehen ist.[676] Hingegen kann es zu *punktuellen* Interessenkonflikten kommen.[677]

> In einem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall beispielsweise setzte sich der Stiftungsrat aus dem Verwaltungspräsidenten, einem Verwaltungsrat und einem Prokuristen der *Stifterfirma* zusammen.[678] Das Bundesgericht sah es als offenkundig an, dass „es zwischen der Stiftung und der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Stifterfirma, die beide weitgehend durch dieselben Personen vertreten w[u]rden, zu Interessenkollisionen kommen" könne und qualifizierte die durch die Aufsichtsbehörde bereits erfolgte und zu beurteilende Abberufung des Stiftungsrats daher als recht- und insbesondere verhältnismässig.[679] Eine Abberufung des Stiftungsratsmitglieds als Folge eines Interessenkonflikts setzt nach hier vertretener Auffassung voraus, dass der Interessenkonflikt dauerhafter Natur ist, so dass die gewissenhafte Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt erscheint.[680] Diese Voraussetzungen lagen im soeben aufgezeigten Fall vor: Zwar ist im Grundsatz davon auszugehen, dass die Interessen der Stifterfirma und der Stiftung gleichgerichtet sind. Ab Beginn des Konkursverfahrens und der *finanziellen Schwierigkeiten* standen sich die Interessen der Stifterfirma und der Stiftung indes für eine Vielzahl von Fragen diametral entgegen (beispielsweise indem die zu tiefe Eingabe der Forderung gegenüber der Stifterfirma den Interessen

676 Vgl. OGK BGB-JAKOB/PICHT, § 86 N 67: „Ist das Mitglied des Vorstands einer Unternehmensstiftung beispielsweise zugleich Manager im betreffenden Unternehmen, so wird es sogar die Regel bilden, dass die sorgfältige Unternehmensführung eine Pflicht gegenüber der Unternehmensträgergesellschaft wie gegenüber der Stiftung bildet." Vgl. des Weiteren VOGT/BÄNZIGER, S. 626, zum Fehlen eines konkreten Interessenkonflikts zwischen den Interessen einer Mutter- und einer Tochtergesellschaft.

677 Vgl. FN 674.

678 BGE 105 II 327.

679 Ibid.

680 Zur Beendigung des Stiftungsratsmandats durch den Stiftungsrat vgl. oben T. 2, Kap. 2, V. S. 59 ff. Zur Absetzung von Stiftungsratsmitgliedern durch die Stiftungsaufsicht vgl. oben T. 2, Kap. 5, II. 5., S. 150 ff.

> der Stiftung diametral entgegenstand), weshalb ein dauerhafter Interessenkonflikt entstand, auf Grundlage dessen sich ein Rücktritt der Stiftungsrats aufdrängte und dem Stiftungsgrat nicht mehr zugetraut werden konnte, die Interessen der Stiftung ausreichend zu wahren.

Die Interessen der juristischen Person, zu deren Wahrung das Doppelorgan neben den Stiftungsinteressen verpflichtet ist, stellen aufgrund deren rechtlichen Natur somit *jeweils konfliktrelevante Fremdinteressen* dar. Diese können *punktuell* oder – insbesondere bei einer Doppelstellung in sich konkurrenzierenden Unternehmen – *dauerhaft* in Konflikt mit den Stiftungsinteressen treten.

## 3. Beachtung des Stifterwillens zur Wahrung der Interessen einer weiteren juristischen Person

Im *Stiftungsstatut* kann vom Stifter vorgesehen werden, dass auch die *Interessen einer anderen juristischen Person* von den Stiftungsratsmitgliedern gewahrt werden müssen. Dies hat zur Folge, dass die vermeintlichen Fremdinteressen dadurch zu Stiftungsinteressen erhoben werden.[681] Steht die Anordnung dabei in Bezug auf den konkret anstehenden Entscheid zum Stiftungszweck im *Widerspruch*, ist durch *Auslegung der Anordnung* nach dem Willensprinzip zu ermitteln, ob eine Verfolgung derselben selbst dann dem Stifterwillen entspricht, wenn dadurch der Stiftungszweck tangiert wird. Ist dies zu bejahen, bilden auch solche Vorgaben einen für die Stiftungsratsmitglieder verbindlichen *Bestandteil der Stiftungsinteressen*, solange deren Befolgung eine Verfolgung des Stiftungszwecks nicht verunmöglicht oder in unverhältnismässigem Ausmass beeinträchtigt.[682] Sie können diesfalls *nicht zu einem Interessenkonflikt* führen.

---

681 Zu den weiteren statutarischen Vorgaben als Stiftungsinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I. 2. 2.3, S. 12 ff. Der Stifter hat hierbei darauf zu achten, dass eine statutarisch vorgesehene Verpflichtung zur Wahrung der Interessen einer anderen juristischen Person nicht dazu führt, dass eine unzulässige Selbstzweckstiftung bzw. Unternehmensselbstzweckstiftung entsteht. Vgl. hierzu JAKOB, Stiftungsbegriff, S. 272 ff.

682 Vgl. zur Verbindlichkeit von im Widerspruch zum Stiftungszweck stehenden Anordnungen oben T. 1, Kap. 2, I. 2. 2.3, S. 12 ff.

Eine Pflicht zur Wahrung der Interessen einer anderen juristischen Person kann sich auch *implizit* aus einer Anordnung im Stiftungsstatut ergeben. Insbesondere in den oben genannten Konstellationen, in denen das Stiftungsratsmitglied gleichzeitig Organ in der Stifterfirma, in der Holdingstiftung oder im beherrschten Unternehmen tätig ist,[683] kann eine Auslegung des Stiftungsstatuts ergeben, dass nach dem Willen des Stifters (zum Errichtungszeitpunkt) auch die Interessen dieser jeweiligen weiteren juristischen Person zu berücksichtigen sind. Auch ein so ermittelter Wille darf nicht ausser Acht gelassen werden.[684] Die Interessen dieser anderen juristischen Person sind diesfalls grundsätzlich den Stiftungsinteressen zuzuordnen und können als solche nicht zu Interessenkonflikten führen.

> Zur Veranschaulichung ist der oben aufgezeigte Bundesgerichtsfall erneut herbeizuziehen, in welchem sich der Stiftungsrat aus dem Verwaltungspräsidenten, einem Verwaltungsrat und einer Prokuristen der Stifterfirma zusammensetzte.[685] Ergibt sich aus dem Stiftungsstatut, dass der Stiftungsrat auch zur Wahrung der Interessen der Stifterfirma verpflichtet ist, so sind die Interessen der Stifterfirma grundsätzlich auch den Stiftungsinteressen zuzuordnen. Ab Beginn des Konkursverfahrens und der finanziellen Schwierigkeiten standen sich die Interessen der Stifterfirma und der Stiftung indes für eine Vielzahl von Fragen diametral entgegen (beispielsweise indem die zu tiefe Eingabe der Forderung zu einer entsprechenden Schädigung der Stiftung führen würde). Es könnte daher bereits fraglich sein, ob die Interessen der Stifterfirma nach dem Stifterwillen in einer derartigen Situation überhaupt noch dem Stiftungsinteresse zuzuordnen bzw. vom Stiftungsrat zu verfolgen sind. Selbst wenn sich nach Auslegung des Stiftungsstatuts ergäbe, dass der Stifterwille dahinginge, dass selbst in einer derartigen Situation die Interessen der Stifterfirma zu wahren

683 Vgl. oben S. 214 f.

684 In eine ähnliche Richtung scheint das Bundesgericht zu gehen, wenn es ausführt, es sei möglich, „dass der Stiftungsrat Investitionsentscheide trifft, die auch den Interessen der Stifterfirma Rechnung tragen, ohne dass er die Grenzen überschreitet, die durch den Stiftungszweck gezogen werden"; BGE 104 Ib 14.

685 BGE 105 II 327; vgl. oben S. 215 f.

seien, wäre ein derartiger Stifterwille in der vorliegenden Konstellation nach hier vertretener Auffassung aber unverbindlich und könnten die Interessen der Stifterfirma damit nicht mehr den Stiftungsinteressen zugeordnet werden, da eine Verfolgung der Interessen der Stifterfirma im Konkursverfahren eine langfristige Verfolgung des Stiftungszwecks verunmöglichen bzw. in unverhältnismässigem Ausmass beeinträchtigen würden.

## II. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen

Möglicherweise sind zum Schutz der Stiftungsinteressen bei einer Doppelorganschaft konkrete Massnahmen erforderlich.[686] Dabei stehen im vorliegenden Zusammenhang die *Offenlegung der Interessenbindung* und die *Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsmandats* im Vordergrund.[687]

### 1. Offenlegung der Interessenbindung

Das von einem Interessenkonflikt betroffene Stiftungsratsmitglied hat die übrigen Mitglieder i.d.R. von sich aus über sämtliche Umstände zu informieren, welche die Stiftungsinteressen beeinträchtigen könnten.[688] Die Stellung als Organ in einer anderen juristischen Person ist daher immer dann offenzulegen, *wenn daraus möglicherweise Interessenkonflikte resultieren könnten*, namentlich wenn die andere juristische Person in einem *ähnlichen Bereich* wie die Stiftung tätig ist, diese *konkurrenziert*, die beiden in *geschäftlichem Kontakt* zueinander stehen oder *anderweitige Verflechtungen* vorhanden sind.

Die Tätigkeit ist grundsätzlich *bei Annahme* des Stiftungsratsmandats bzw. bei Annahme des „Zweitmandats" offenzulegen. Ergibt sich ein

686 Zu den stiftungsrätlichen Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen bei Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.

687 Zur Nichtmitwirkung bzw. zum Ausstand bei der Beschlussfassung vgl. unten S. 220.

688 Zur Offenlegungspflicht vgl. oben T. 2, Kap. 2, I., S. 50 ff.

Interessenkonflikt erst im Einzelfall und war dies vorher nicht vorhersehbar, genügt die Offenlegung *bei Auftreten* des konkreten Konflikts.

## 2. Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats

Sobald ein Interessenkonflikt dauerhaft und derart intensiv ist, dass die gewissenhafte *Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt* erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied das Stiftungsratsmandat nicht (mehr) ausüben.[689] Insbesondere bei zusätzlichen Organstellungen von Stiftungsratsmitgliedern in Unternehmen, die die Stiftung *konkurrenzieren*, besteht i.d.R. ein dauerhafter Interessenkonflikt, welcher mit der Stellung als Stiftungsratsmitglied unvereinbar ist und aufgrund dessen das Stiftungsratsmandat nicht angenommen werden darf bzw. beendet werden muss.

> Auch hier kann der oben zitierte Bundesgerichtsfall als Beispiel dienen, in welchem der Stiftungsrat aus dem Verwaltungsratspräsidenten, einem Verwaltungsrat und einem Prokuristen der Stifterfirma zusammensetzte.[690] Das Bundesgericht sah es als offenkundig an, dass es zu Interessenkollisionen kommen“ könne.[691] Es qualifizierte die durch die Aufsichtsbehörde bereits erfolgte Abberufung des Stiftungsrats daher als verhältnismässig, da nur so der Gefährdung der Interessen der Stiftung als auch der Stifterfirma und deren Gläubiger – welche insbesondere im Hinblick auf das laufende Stundungsverfahren bestand – wirkungsvoll begegnet werden könne.[692] Dieser Entscheid ist zu befürworten, da die

689 Zum Verbot der Annahme bzw. der Pflicht zur Beendigung des Stiftungsratsmandats vgl. oben T. 2, Kap. 2, V. 2, S. 59 ff.

690 BGE 105 II 327; vgl. oben S. 215 f.

691 BGE 105 II 327.

692 BGE 105 II 327 f. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid zu Recht eine Rücktrittspflicht bejaht. Weil Organe der Stifterfirma den Stiftungsrat der Stiftung bildeten, war der Interessenkonflikt auf Dauer angelegt. Aufgrund des Konkursverfahrens und der finanziellen Schwierigkeiten standen sich die Interessen der Stifterfirma und der Stiftung für eine Vielzahl von Fragen diametral entgegen (beispielsweise indem eine zu tiefe Eingabe der Forderung gegenüber der Stifterfirma den Stiftungsinteressen schadete). Ein Rücktritt des Stiftungsrats drängte sich deshalb auf, da dem Stiftungsrat eine ausreichende Stiftungsinteressenwahrung nicht mehr zugetraut werden konnte.

Stiftungsratsmitglieder *in Bezug auf das Konkursverfahren* einem *dauerhaften Interessenkonflikt* unterlagen.

## III. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften

Art. 68 ZGB ist auf Doppelorgane *in persönlicher Hinsicht nicht anwendbar*.[693] Insbesondere geht es nicht um Beschlüsse, welche das Stiftungsratsmitglied selbst betreffen. Ein Stiftungsratsmitglied ist somit *allein aufgrund* dessen *Doppelstellung nicht von der Beschlussfassung ausgeschlossen*.[694]

Ausgehend von der Terminologie des Bundesgerichts[695] handelt es sich u.a. bei Rechtsgeschäften, die ein Organ in Form der Doppelvertretung für beide Seiten gleichzeitig vornimmt, um *Insichgeschäfte*.[696] Grundsätzlich kann das Doppelorgan somit durch beidseitige Vertretung kein rechtswirksames Rechtsgeschäft abschliessen.[697]

## IV. Fazit zum Stiftungsratsmitglied als Doppelorgan

Die Interessen der juristischen Person, zu deren Wahrung das Doppelorgan neben den Stiftungsinteressen verpflichtet ist, stellen aufgrund deren *rechtlichen Natur* jeweils *konfliktrelevante Fremdinteressen* dar. Diese können *punktuell* oder – insbesondere bei einer Doppelstellung in sich konkurrenzierenden Unternehmen – *dauerhaft* in **Konflikt** mit den Stiftungsinteressen treten. Im *Stiftungsstatut* kann vom Stifter vorgesehen werden, dass auch die *Interessen einer anderen juristischen Person* von den Stiftungsratsmitgliedern gewahrt werden müssen. Dies hat zur Folge, dass die vermeintlichen Fremdinteressen

693 Zur Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung vgl. oben T. 2, Kap. 3, II., S. 83 ff.

694 Denkbar ist immerhin eine ausnahmsweise Anwendung des Art. 68 ZGB gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB), wenn die Bestimmung umgangen wird, indem beispielsweise die andere juristische Person vorgeschoben wird, um letztendlich dem Doppelorgan persönlich einen Vorteil zukommen zu lassen. Vgl. zur Umgehung oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.2 b, S. 92 f.

695 BGE 127 III 332.

696 SCHOTT, S. 51.

697 Vgl. zu den Insichgeschäften oben T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff.

dadurch *zu Stiftungsinteressen erhoben* werden und als solche nicht zu einem Interessenkonflikt führen können. Steht die Anordnung dabei in Bezug auf den konkret anstehenden Entscheid zum Stiftungszweck im Widerspruch, ist durch Auslegung der Anordnung zu ermitteln, ob eine Verfolgung derselben selbst dann dem Stifterwillen entspricht, wenn dadurch der Stiftungszweck tangiert wird. Ist dies zu bejahen, bilden auch solche Vorgaben einen für die Stiftungsratsmitglieder verbindlichen Bestandteil der Stiftungsinteressen, solange deren Befolgung eine *Verfolgung des Stiftungszwecks nicht verunmöglicht oder in unverhältnismässigem Ausmass beeinträchtigt*. Nach hier vertretener Auffassung kann sich eine Pflicht zur Wahrung der Interessen einer anderen juristischen Person auch implizit aus dem Stiftungsstatut ergeben. Die Interessen dieser anderen juristischen Person sind auch dann grundsätzlich den Stiftungsinteressen zuzuordnen und können als solche nicht zu Interessenkonflikten führen.

Möglicherweise sind für eine pflichtgemässe Wahrung der Stiftungsinteressen konkrete **Massnahmen** erforderlich. Insbesondere ist die Stellung als Organ in einer anderen juristischen Person *offenzulegen*, wenn daraus möglicherweise Interessenkonflikte resultieren könnten, namentlich wenn die andere juristische Person in einem *ähnlichen Bereich* wie die Stiftung tätig ist, diese *konkurrenziert*, die beiden in geschäftlichem Kontakt zueinander stehen oder *anderweitige Verflechtungen* vorhanden sind. Die Tätigkeit ist grundsätzlich bei Annahme des Stiftungsratsmandats bzw. bei Annahme des „Zweitmandats" offenzulegen. Ergibt sich ein Interessenkonflikt erst im Einzelfall und war dies vorher nicht vorhersehbar, genügt die Offenlegung bei Auftreten des Konflikts. Bei zusätzlichen Organstellungen von Stiftungsratsmitgliedern in Unternehmen, die die Stiftung konkurrenzieren, besteht i.d.R. ein dauerhafter Interessenkonflikt, welcher mit der Stellung als Stiftungsratsmitglied grundsätzlich unvereinbar ist und aufgrund dessen das Stiftungsratsmandat *nicht angenommen werden darf bzw. beendet* werden muss.

Art. 68 ZGB ist auf Doppelorgane in persönlicher Hinsicht nicht anwendbar. Insbesondere geht es nicht um Beschlüsse, welche das Stiftungsratsmitglied selbst betreffen. Ein Stiftungsratsmitglied ist somit *allein* aufgrund dessen *Doppelstellung nicht* von der **Beschlussfassung** *ausgeschlossen*.

Ausgehend von der Terminologie des Bundesgerichts handelt es sich u.a. bei Rechtsgeschäften, die ein Organ in Form der *Doppelvertretung für beide Seiten gleichzeitig* vornimmt, um **Insichgeschäfte**. Grundsätzlich kann das

Doppelorgan somit durch beidseitige Vertretung kein rechtswirksames Rechtsgeschäft abschliessen.

# Konstellation 5: Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung

Nachfolgend werden im Bereich der Vermögensverwaltung im Vordergrund stehende Interessenkonflikte und der Umgang mit solchen beleuchtet. Hierzu wird in einem ersten Schritt analysiert, worin die Stiftungsinteressen und mögliche Fremdinteressen bestehen und wann diese miteinander in *Konflikt* stehen (I.). In einem nächsten Schritt werden die im Vordergrund stehenden *stiftungsrätlichen Massnahmen* zum Schutz der Stiftungsinteressen betrachtet (II.). Schliesslich wird die Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen *Beschlüsse und Rechtsgeschäfte* im Bereich der Vermögensverwaltung unwirksam sein können (III.). Auf die möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen wird nicht näher eingegangen, da diesbezüglich die allgemeinen Grundsätze gelten.[698]

## I. Mögliche Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung

Es ist zu eruieren, unter welchen Voraussetzungen im Bereich der Vermögensverwaltung Interessenkonflikte hauptsächlich entstehen können. Hierzu wird zunächst erörtert, wie die *Stiftungsinteressen* in diesem Bereich definiert werden (1.).[699] Alsdann wird dargelegt, welche *Fremdinteressen* bei der Vermögensverwaltung involviert sein können und wann diese zu einem *Konflikt* führen (2.).[700]

---

698 Zu den möglichen aufsichts- und haftungsrechtlichen Konsequenzen vgl. oben T. 2, Kap. 5 und 6, S. 143 ff. und 157 ff.

699 Zu den Stiftungsinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, I., S. 8 ff.

700 Zu den konfliktrelevanten Fremdinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, III., S. 15 ff. Zum Konflikt vgl. oben T. 1, Kap. 2, IV., S. 19 ff. Zum Begriff des Interessenkonflikts insgesamt vgl. oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f.

## 1. Stiftungsinteressen im Bereich der Vermögensverwaltung

Das Stiftungsinteresse im Bereich der Vermögensverwaltung wird auf *Stiftungsebene* primär durch den Stiftungszweck oder Investitionsvorgaben des Stifters festgelegt, auf *Investitionsebene* sind die allgemeinen Anlagegrundsätze zu beachten.[701] Zu den Grundprinzipien der Vermögensanlage gehören insbesondere die Pflicht, sich an den von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des Ertrags, der Liquidität, der Vermögenserhaltung, der Anlagediversifikation und der Risikominimierung auszurichten.[702]

## 2. Potentielle Fremdinteressen und daraus resultierende Interessenkonflikte im Bereich der Vermögensverwaltung

Konfliktrelevante Fremdinteressen können insbesondere von sog. *Retrozessionen* ausgehen. Darunter sind Provisionszahlungen zu verstehen, die der Vermögensverwalter für die Investition in bestimmte Anlageprodukte im Namen des Auftraggebers erhält.[703] Fondsgesellschaften beispielsweise belohnen dadurch Vermögensverwalter, um möglichst viele Investoren für ihre Produkte zu akquirieren, womit ein Anreiz besteht, zulasten der Stiftungsinteressen in Fonds zu investieren, bei welchen hohe Provisionen resultieren.[704]

Oft wird das *Honorar* des Vermögensverwalters von der *Anzahl der durchgeführten Transaktionen* abhängig gemacht wird. Dadurch besteht ein konfliktrelevantes Fremdinteresse daran, möglichst viele, anstatt weniger, für die Stiftung vorteilhafter, Transaktionen durchzuführen.[705]

---

701 JAKOB/PICHT, S. 27; JAKOB/VON SCHNURBEIN/STUDEN, S. 86. Zum Spannungsfeld zwischen Vermögensgestaltung und Stiftereinfluss vgl. JAKOB, Stiftungsbegriff, S. 298 f.

702 JAKOB/PICHT, S. 26; BGE 138 V 425 f.: „Die Grundsätze der Sicherheit, Rentabilität, Liquidität, Risikoverteilung und Substanzerhaltung sind in Berücksichtigung der gesamten Umstände in einer Weise anzuwenden, dass dem Stiftungszweck dauernd Nachachtung verschafft werden kann, wobei auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.“ Zum Inhalt dieser Grundsätze im Einzelnen vgl. insbesondere KRAUSS, S. 49 ff.; vgl. auch JAKOB/VON SCHNURBEIN/STUDEN, S. 84 f.

703 NEUBERT, S. 37.

704 Ibid.

705 FISCHER, Vermögensverwaltung, S. 18.

Schliesslich könnte ein konfliktrelevantes Fremdinteresse darin bestehen, durch Ausnützung des mit einem Vermögensverwaltungsmandat verbundenen *Sonderwissens* und entsprechender Kursveränderungen das eigene Vermögen zu vermehren.[706] Auch hier kann ein Anreiz dazu bestehen, nicht im Stiftungsinteresse liegende Transaktionen vorzunehmen, um dadurch von einer bestimmten Kursentwicklung zu profitieren.

Die aufgezeigten Fremdinteressen sind dann *geeignet*, das *Entscheidverhalten eines Stiftungsratsmitglieds zu beeinflussen*, und damit auch konfliktrelevant, wenn der mit diesen Fremdinteressen verbundene wirtschaftliche Vorteil *erheblich* ist und letztendlich einem oder mehreren *Stiftungsratsmitgliedern zugute kommt*.[707] Dies trifft dann zu, wenn das Stiftungsratsmitglied *selbst* als Vermögensverwalter tätig ist. Des Weiteren geht es um Situationen, in denen ein Stiftungsratsmitglied wirtschaftlich mit der Person *verbunden* ist, welche mit der Vermögensverwaltung betraut wurde. Solange im Einzelfall nicht ausnahmsweise eine Gleichrichtung der Fremd- und der Stiftungsinteressen besteht, resultiert aus derartigen Konstellationen ein Interessenkonflikt.[708]

> Eine ordnungsgemässe Anlage des Stiftungsvermögens erfordert *Fachwissen und Zeit*, woraus ein *Informationsvorsprung* derjenigen Stelle resultiert, welche mit der entsprechenden Aufgabe betraut ist.[709] Für die nicht mit der Vermögensverwaltung betrauten Stiftungsratsmitglieder ist es daher oft schwierig, Interessenkonflikt zu erkennen und zu beurteilen, ob die Stiftungsinteressen ausreichend gewahrt werden.

Interessenkonflikte können im Bereich der Vermögensverwaltung somit aus *verschiedenen Gründen* entstehen. Sie sind dann einem *Stiftungsratsmitglied*

---

706 Vgl. Art. 48j BVV 2 lit. a, wonach mit der Vermögensverwaltung betraute Personen insbesondere nicht „die Kenntnis von Aufträgen der Einrichtung zur vorgängigen, parallelen oder unmittelbar danach anschliessenden Durchführung von gleichlaufenden Eigengeschäften (Front/Parallel/After Running) ausnützen“ dürfen.

707 Zur Konfliktrelevanz der Fremdinteressen vgl. oben T. 1, Kap. 2, III., S. 15 ff.

708 Zum Konflikt der Interessen vgl. oben T. 1, Kap. 2, 0, S. 19 ff. Zum Begriff des Interessenkonflikts insgesamt vgl. oben T. 1, Kap. 4, S. 35 f.

709 Verstärkt wird der Informationsvorsprung durch eine *Tendenz zu mehr Professionalisierung und Aufwand* im Stiftungsbereich; vgl. hierzu GRÜNINGER, S. 47 ff. Zur Fremdgeschäftsführung und Informationsasymmetrie vgl. auch STEININGER, S. 31 ff.

zuzurechnen und somit für vorliegende Arbeit relevant, wenn dieses *selbst als Vermögensverwalter tätig* ist oder *wirtschaftlich mit der Person verbunden* ist, welche mit der Vermögensverwaltung betraut wurde.

## II. Stiftungsrätliche Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen

Möglicherweise sind zum Schutz der Stiftungsinteressen im Bereich der Vermögensverwaltung konkrete Massnahmen erforderlich.[710] Dabei stehen im vorliegenden Zusammenhang die *Offenlegung* relevanter Umstände (1.), die *qualifizierte Prüfung der materiellen Angemessenheit* (2.) und die *Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats* (3.) im Vordergrund.[711]

### 1. Offenlegung relevanter Umstände

Das von einem Interessenkonflikt betroffene Stiftungsratsmitglied hat die übrigen Mitglieder i.d.R. von sich aus über sämtliche Umstände zu informieren, welche die *Stiftungsinteressen beeinträchtigen könnten*.[712] Insbesondere muss jedes einzelne Stiftungsratsmitglied *Interessenbindungen zu einem gewerbsmässig handelnden Vermögensverwalter offenlegen* (bzw. mitteilen, wenn es selbst als solches tätig ist), um sich pflichtgemäss zu verhalten.

In Bezug auf allfällige *Retrozessionen* ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beachten, wonach Retrozessionen dem Anleger offenzulegen (und im Übrigen auch gutzuschreiben) sind.[713] Erhält der Vermögensverwalter bzw. das Stiftungsratsmitglied für bestimmte Anlagen von Vermögensteilen der Stiftung Provisionen, so müssen diese den übrigen

---

710 Zu den stiftungsrätlichen Massnahmen zum Schutz der Stiftungsinteressen bei Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 2, S. 49 ff.

711 Zum Ausstand bei der Beschlussfassung vgl. unten S. 229 f.

712 Zur Offenlegungspflicht vgl. oben T. 2, Kap. 2, I., S. 50 ff.

713 BGE 138 III 759 f. Vgl. auch BGE 137 III 396 ff.; CAMINADA, S. 122 ff.

Stiftungsratsmitgliedern somit bekannt gemacht (und der Stiftung zurückerstattet) werden.[714] Auch anderweitige *Honorare* müssen offengelegt werden.

Nutzt ein Stiftungsratsmitglied sein *Sonderwissen* zulasten der Stiftungsinteressen aus, ist nicht davon auszugehen, dass er die entsprechenden Aktivitäten offenlegt. Eine Pflicht hierzu bestünde nichtsdestotrotz, würde im Einzelfall aber in der Regel nicht dazu führen, dass ein derartiges Verhalten dadurch pflichtkonform würde.

Der Schaffung klarer Verhältnisse dient in Anlehnung an Art. 48k BVV 2 der Abschluss einer *schriftlichen Vereinbarung* zwischen der *Stiftung und dem handelnden Vermögensverwalter*, in welcher die „Art und Weise der Entschädigung und deren Höhe" bestimmt wird.[715] Ebenfalls sinnvoll ist eine solche Vereinbarung zwischen dem *Provisionsgeber und dem Vermögensverwalter* und die Offenlegung derselben.[716]

## 2. Qualifizierte Überprüfung der materiellen Angemessenheit

Mit Vermögensanlagen können erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für die Stiftung verbunden sein. Geht es um *konkrete Anlageentscheide*, ist im

---

714 Dies fordert auch Art. 48k Abs. 1 BVV 2: „Personen und Institutionen, die mit der Geschäftsführung, Verwaltung oder Vermögensverwaltung einer Vorsorgeeinrichtung betraut sind, müssen die Art und Weise der Entschädigung und deren Höhe eindeutig bestimmbar in einer schriftlichen Vereinbarung festhalten. Sie müssen der Einrichtung zwingend sämtliche Vermögensvorteile abliefern, die sie darüber hinaus im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit für die Einrichtung erhalten." Vgl. auch die Empfehlungen des SFC 2015, S. 116, diesbezüglich: „Stiftungen haben daher auf jeden Fall auf die volle Transparenz über die Kosten und etwaige Retrozessionen zu bestehen und die entsprechenden Angaben in ihre Kosten-Nutzen-Überlegungen einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Mitglieder des Stiftungsrats in die Vermögensverwaltung einbezogen sind."

715 Eine Pflicht zum Abschluss einer solchen Vereinbarung besteht hingegen nicht; Art. 48k dient für gewöhnliche Stiftungen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur als Orientierungshilfe; BGE 124 III 99.

716 Vgl. Art. 48k Abs. 2 BVV 2.

Allgemeinen, und umso mehr bei Vorliegen eines Interessenkonflikts, ein Vergleich mit objektiven Kriterien *i.d.R. unumgänglich*.[717]

## 3. Nichtannahme oder Beendigung des Stiftungsratsmandats

Ist ein Interessenkonflikt dauerhaft und derart intensiv, dass die gewissenhafte *Wahrung der Stiftungsinteressen generell beeinträchtigt* erscheint, darf das betreffende Stiftungsratsmitglied das Stiftungsratsmandat nicht (mehr) ausüben.[718] Dauerhafte *enge Verflechtungen* eines Stiftungsratsmitglieds zu einem Vermögensverwalter oder die *Doppelstellung* als Stiftungsratsmitglied und Vermögensverwalter können im Einzelfall zu einer Beendigungspflicht des Stiftungsrats- oder des Vermögensverwaltungsmandats führen, wenn sich anhand wiederholter Verfehlungen zeigt, dass eine Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen (auch in Zukunft) wahrscheinlich erscheint.

> Im *Swiss Foundation Code 2015* wird darauf hingewiesen, dass beim Einkauf von externen Dienstleistungen – insbesondere der Vermögensbewirtschaftung – oft die Nähe von Stiftungsratsmitgliedern zu Finanz- und anderen Dienstleistern kritisch sei. Zudem wird gefordert, dass Stiftungsratsmitglieder und externe Berater von den mit der Vermögensbewirtschaftung betrauten Finanzdienstleistern unabhängig sind.[719] Grundsätzlich wird empfohlen, die Vermögensverwaltung zu delegieren und nicht selbst vorzunehmen.[720]

---

717 Zur qualifizierten Überprüfung der materiellen Angemessenheit eines Entscheids vgl. oben T. 2, Kap. 2, II., S. 53 ff.

718 Zum Verbot der Annahme bzw. der Pflicht zur Beendigung eines Stiftungsratsmandats vgl. oben T. 2, Kap. 2, V. 2, S. 59 ff.. Art. 48h Abs. 1 BVV 2 kann in diesem Zusammenhang nicht als Orientierungshilfe für gewöhnliche Stiftungen dienen, da diese Bestimmung spezifisch auf die Besonderheiten der Personalvorsorgestiftungen zugeschnitten ist, indem sie sich nur auf „externe Personen" bezieht, worunter grundsätzlich solche zu verstehen sind, welche nicht in einem Arbeitsverhältnis zu einem der angeschlossenen Unternehmen stehen; BRECHBÜHL, S. 129.

719 SFC 2015, S. 63, 102.

720 SFC 2015, S. 97 und 112 f. An letzterer Stelle wird zudem ausgeführt, die externe Vergabe solcher Mandate ermögliche im Sinne der Gewaltentrennung eine effiziente Kontrolle und optimale Vergleichbarkeit und erhöhe die Flexibilität im Falle schlechter

## III. Unwirksamkeit von Beschlüssen und Rechtsgeschäften

Geht es bei der Beschlussfassung des Stiftungsrats um die *Einsetzung* (oder Abwahl) eines Stiftungsratsmitglieds[721] – oder einer anderen vom persönlichen Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB erfassten Person – als Vermögensverwalter oder um die *Festlegung des Inhalts eines Mandatsvertrages* mit einer solchen Person, so ist das betreffende Stiftungsratsmitglied diesbezüglich nach Art. 68 ZGB vom Stimmrecht ausgeschlossen.[722] Derartige Beschlüsse sind insbesondere nicht als „interne Verwaltungsakte" zu qualifizieren – welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung von Art. 68 ZGB ausgenommen sind –, da die Stiftungsratsmitglieder dadurch wirtschaftlich begünstigt werden und somit das rechtsgeschäftliche Element überwiegt.[723] Soll eine juristische Person als Vermögensverwalter beauftragt werden, welche von einem Stiftungsratsmitglied *beherrscht* wird, gilt dasselbe, falls die Voraussetzungen für einen Durchgriff erfüllt sind.[724] Stimmt das an sich ausgeschlossene Stiftungsratsmitglied an einem derartigen Beschluss dennoch mit und ist dessen Stimme für das Zustandekommen des Beschlusses relevant, so ist der entsprechende Beschluss nichtig bzw. gar nicht erst zustande gekommen.

Schliesst das Stiftungsratsmitglied für die Stiftung mit sich selbst oder mit einer anderen Person, für welche es ebenfalls handelt (beispielsweise ein Unternehmen, in welchem das Stiftungsratsmitglied ebenfalls Organstellung innehat), einen Vermögensverwaltungsvertrag ab, sind die vom Bundesgericht

---

oder zu kostspieliger Ausführung. Die Stiftung solle die Vermögensbewirtschaftung nur ausnahmsweise übernehmen, diesfalls den Interessenkonflikten erhöhte Aufmerksamkeit schenken und periodisch unabhängige Experten beiziehen und Vergleiche mit markgängigen Lösungen anstellen.

721 Soll demgegenüber beispielsweise ein Vermögensverwaltungsunternehmen beauftragt werden, bei dem ein Stiftungsratsmitglied *angestellt* ist, so schliesst Art. 68 ZGB eine Teilnahme an der entsprechenden Beschlussfassung nicht aus, da es hierbei nicht um ein Rechtsgeschäft mit dem Stiftungsratsmitglied, sondern ein solches mit dem Dritten, bei welchem das Vermögen angelegt wird, geht.

722 Vgl. zur Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung oben T. 2, Kap. 3, II., S. 83 ff.

723 Zur Rechtsprechung zu den „internen Verwaltungsakten" vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.1 a bb, S. 85 f.

724 Zur Anwendbarkeit von Art. 68 ZGB gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot vgl. oben T. 2, Kap. 3, II. 1. 1.2 b und c, S. 92 ff.

entwickelten Regeln zu den sog. *Insichgeschäften* anwendbar.[725] Der Vermögensvertrag ist demnach ungültig, es sei denn, er würde genehmigt oder die Natur des Geschäfts schliesse die Gefahr der Benachteiligung der Stiftung aus.

Eine *Genehmigung* des Rechtsgeschäfts durch die übrigen Mitglieder ist ohne Weiteres möglich.[726] Genauer zu betrachten ist die Frage, ob allenfalls die Natur des Geschäfts die *Gefahr der Benachteiligung* der Stiftung auszuschliessen vermag. Dies könnte dann zutreffen, wenn der Inhalt des Vertrags mit einem Börsen- oder Marktpreis beziffert werden kann. Insbesondere die *Selektion oder Beauftragung eines Vermögensverwalters*, das Vermögen der Stiftung zu bestimmten Bedingungen anzulegen oder die Stiftung diesbezüglich zu beraten, sind keine Geschäfte, welche sich mit einem eindeutig bestimmbaren Marktwert beziffern lassen. Demgegenüber kann die *konkret vorzunehmende Anlage* im Einzelfall einen eindeutigen Marktwert aufweisen, welcher das Insichgeschäft ausnahmsweise rechtswirksam machen kann.

Bei Vorliegen eines „*effektiven Interessenkonflikts*" nach dem Verständnis des Bundesgerichts kann überdies die Vertretungsmacht des Stiftungsratsmitglieds entfallen.[727] Tätigt der Vermögensverwalter z.B. Anlagen, welche sowohl eine geringe Sicherheit als auch Rendite gewähren, weil er dadurch von Retrozessionen profitiert, stellt dies in diesem Sinne einen Missbrauch der Vertretungsmacht dar, welcher bei Bösgläubigkeit der Gegenseite zum Entfall der Vertretungsbefugnis führt. Diametral den Stiftungsinteressen widersprechende Vermögensverwaltungsverträge oder konkrete Anlagen können im Einzelfall auch infolge *Sittenwidrigkeit* nichtig sein.[728]

## IV. Fazit zu den Interessenkonflikten im Bereich der Vermögensverwaltung

725 Zu den Insichgeschäften vgl. oben T. 2, Kap. 4, I., S. 115 ff. Vgl. auch BGE 138 III 772, wo die Regeln zu den Insichgeschäften im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung Anwendung finden.

726 Zur ausnahmsweisen Rechtswirksamkeit eines Insichgeschäfts vgl. oben T. 2, Kap. 4, I. 3., S. 116 ff.

727 Zu den zum Entfall der Vertretungsmacht führenden Interessenkonflikten vgl. oben T. 2, Kap. 4, II., S. 119 ff.

728 Zu den sittenwidrigen Rechtsgeschäften vgl. oben T. 2, Kap. 4, IV., S. 134 ff.

**Interessenkonflikte** können im Bereich der Vermögensverwaltung aus verschiedenen Gründen entstehen. Sie sind dann einem *Stiftungsratsmitglied* zuzurechnen und somit für vorliegende Arbeit relevant, wenn dieses *selbst als Vermögensverwalter* tätig ist oder *wirtschaftlich* mit der Person *verbunden* ist, welche mit der Vermögensverwaltung betraut wurde.

Möglicherweise sind für eine pflichtgemässe Wahrung der Stiftungsinteressen konkrete **Massnahmen** erforderlich. Insbesondere muss jedes einzelne Stiftungsratsmitglied *Interessenbindungen zu einem gewerbsmässig handelnden Vermögensverwalter offenlegen* (bzw. mitteilen, wenn es selbst als solches tätig ist). Erhält der Vermögensverwalter bzw. das Stiftungsratsmitglied für bestimmte Anlagen von Vermögensteilen der Stiftung *Provisionen*, so müssen diese den übrigen Stiftungsratsmitgliedern *bekannt gemacht* und der Stiftung *zurückerstattet* werden. Auch *anderweitige Honorare* müssen offengelegt werden. Der Schaffung klarer Verhältnisse dient in Anlehnung an Art. 48k BVV 2 der Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung zwischen der Stiftung und dem handelnden Vermögensverwalter, in welcher die „Art und Weise der Entschädigung und deren Höhe" bestimmt wird. Überdies ist eine solche Vereinbarung zwischen dem Provisionsgeber und dem Vermögensverwalter und die Offenlegung derselben sinnvoll. Geht es um *konkrete Anlageentscheide*, ist ein *Vergleich mit objektiven Kriterien* i.d.R. unumgänglich. Insbesondere dauerhafte enge Verflechtungen eines Stiftungsratsmitglieds zu einem Vermögensverwalter oder die Doppelstellung als Stiftungsratsmitglied und Vermögensverwalter können im Einzelfall zu einer *Beendigungspflicht* des Stiftungsrats- oder des Vermögensverwaltungsmandats führen, wenn sich anhand wiederholter Verfehlungen zeigt, dass eine Beeinträchtigung der Stiftungsinteressen (auch in Zukunft) wahrscheinlich erscheint. Der aktuelle Swiss Foundation Code empfiehlt grundsätzlich, von der Selbstverwaltung der Vermögenswerte durch den Stiftungsrat abzusehen und diese lieber zu delegieren und kontrollieren.

Geht es bei der **Beschlussfassung** des Stiftungsrats um die Einsetzung (oder Abwahl) eines Stiftungsratsmitglieds – oder einer anderen vom persönlichen Anwendungsbereich des Art. 68 ZGB erfassten Person – als Vermögensverwalter oder um die Festlegung des Inhalts eines Mandatsvertrages mit einer solchen Person, so ist das betreffende Stiftungsratsmitglied diesbezüglich vom Stimmrecht *ausgeschlossen*. Soll eine juristische Person als Vermögensverwalter beauftragt werden, welche von einem Stiftungsratsmitglied beherrscht wird, gilt dasselbe, falls die Voraussetzungen für einen Durchgriff erfüllt sind. Stimmt das an sich ausgeschlossene Stiftungsratsmitglied an einem derartigen

Beschluss dennoch mit und ist dessen Stimme für das Zustandekommen des Beschlusses relevant, so ist der entsprechende Beschluss *nichtig* bzw. gar nicht erst zustande gekommen.

Schliesst das Stiftungsratsmitglied für die Stiftung mit sich selbst oder mit einer anderen Person, für welche es ebenfalls handelt, einen Vermögensverwaltungsvertrag oder ein anderes **Rechtsgeschäft** ab, sind die vom Bundesgericht entwickelten Regeln zu den sog. *Insichgeschäften* anwendbar. Der Vermögensvertrag ist demnach ungültig, es sei denn, er würde genehmigt oder die Natur des Geschäfts schliesse die Gefahr der Benachteiligung der Stiftung aus. Insbesondere die *Selektion eines Vermögensverwalters* oder die Beauftragung eines Vermögensverwalters, das Vermögen der Stiftung zu bestimmten Bedingungen anzulegen oder die Stiftung diesbezüglich zu beraten, sind dabei keine Geschäfte, welche sich mit einem eindeutig bestimmbaren Marktwert beziffern lassen. Demgegenüber kann die *konkret vorzunehmende Anlage* im Einzelfall einen eindeutigen Marktwert aufweisen, welcher das Insichgeschäft ausnahmsweise rechtswirksam machen kann. Die Vertretungsmacht eines Stiftungsratsmitglieds kann zudem bei Vorliegen eines „*effektiven Interessenkonflikts*“ i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entfallen, wenn die Gegenseite bösgläubig ist. Diametral den Stiftungsinteressen widersprechende Vermögensverwaltungsverträge oder konkrete Anlagen können im Einzelfall auch infolge *Sittenwidrigkeit* nichtig sein.