Urteilskopf

120 II 374

69. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1994 i.S. Stiftung X. (Schweiz) in Gründung gegen Eidgenössisches Departement des Innern (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Stiftungsaufsicht (Art. 84 Abs. 1 ZGB) und Stiftungsfreiheit (Art. 80/81 und 83 ZGB).

Bei einer gewöhnlichen Stiftung bestimmen statutarischer Zweck und örtlicher Tätigkeitsbereich das für die Aufsicht zuständige Gemeinwesen (E. 3).

Eine gewöhnliche Stiftung bedarf zu ihrer Errichtung keiner behördlichen Genehmigung und muss bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen in das Handelsregister eingetragen werden. Eine staatliche Mitwirkung im Errichtungsstadium ist nur in engen Grenzen möglich und folgt dem Grundsatz, die Stiftung dem Stifterwillen gemäss zu erhalten (E. 4).

Regeste (fr):
Surveillance des fondations (art. 84 al. 1 CC) et liberté du fondateur (art. 80/81 et 83 CC).

Dans le cas d'une fondation ordinaire, le but statutaire et le lieu de son activité déterminent quelle est la corporation publique compétente pour exercer la surveillance (consid. 3).

Une fondation ordinaire n'a besoin pour sa constitution d'aucune autorisation de l'autorité; si les conditions légales sont remplies, elle doit être inscrite au registre du commerce. Une collaboration de l'Etat au stade de la constitution de la fondation n'est possible que dans d'étroites limites et elle obéit au principe du respect de la volonté du fondateur (consid. 4).

Regesto (it):
Vigilanza sulle fondazioni (art. 84 cpv. 1 CC) e libertà del fondatore (art. 80/81 e 83 CC).

Lo scopo statutario e il campo di attività locale determinano, nel caso di una fondazione ordinaria, l'ente pubblico competente per la vigilanza (consid. 3).

Una fondazione ordinaria non necessità per la sua costituzione di un'autorizzazione delle autorità e dev'essere iscritta nel registro di commercio se adempie i presupposti legali. Una partecipazione dello Stato nell'ambito della costituzione di una fondazione è unicamente possibile entro stretti limiti e segue il principio del rispetto della volontà del fondatore (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 375

BGE 120 II 374 S. 375

Gegen die Verfügung des Eidgenössischen Departementes des Innern (nachfolgend: EDI), die Bundesaufsicht nicht zu übernehmen, erhob die Stiftung X. Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die das Bundesgericht gutheisst.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 84 Abs. 1 ZGB stehen die Stiftungen unter der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören. Bei gewöhnlichen Stiftungen ist darauf abzustellen, in den Aufgabenkreis welchen Gemeinwesens deren Zweck fällt; auf den Stifterwillen oder den Sitz der Stiftung kann es nicht ankommen (BGE 56 I 377 E. 2 S. 380). Massgebend ist auch die räumliche Ausdehnung der Stiftungstätigkeit (BGE 72 I 52 E. 2 S. 56; RIEMER, Berner Kommentar, N. 5 ff. und N. 15 zu Art. 84 ZGB; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 4 zu Art. 84 ZGB; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 4.A. Bern 1994, S.

BGE 120 II 374 S. 376

263). Aus der Praxis der zuständigen Behörden lässt sich als weitere Regel insbesondere die lokale - kommunale oder kantonale - Bindung an den Betrieb einer Anstalt, an ein wirtschaftliches Unternehmen oder an die spezifisch örtliche Ausrichtung der Zweckverwirklichung feststellen. In Betracht fallen sodann besondere Verhältnisse und Zweckmässigkeitsüberlegungen, die allesamt dem örtlichen Bezug in irgendeiner Weise Rechnung tragen wollen (vgl. RIEMER, Berner Kommentar, N. 16 und N. 18, sowie die Auflistung der Rechtsprechung in N. 32/33 zu Art. 84 ZGB; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 5 zu Art. 84 ZGB). Zusammengefasst beurteilt sich die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde nach dem Zweck der Stiftung und ihrem räumlichen Wirkungskreis. Die Art. 84 Abs. 1 ZGB entsprechende Formulierung in Art. 57 Abs. 1 ZGB wird nicht anders verstanden (BGE 112 II 1 E. 5 S. 8/9; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 57 ZGB; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, a.a.O., S. 211; vgl. RIEMER, Berner Kommentar, N. 209 des Syst. Teils vor Art. 52-59 ZGB). Die Organisation und deren Umfeld haben das EDI veranlasst, die Aufsicht über die Beschwerdeführerin abzulehnen. Ausschlaggebend sind dabei Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit der Institution gewesen, weil offenbar Beziehungen zu einer Organisation bestünden, deren Verhältnis zu Gewalt und Recht als problematisch zu bezeichnen sei. Was die sozialen Aktivitäten angehe, so würden sie sich bei näherem Hinsehen als geschickte Propagandaaktion erweisen und der Geldbeschaffung dienen. In einer Sammelaktion habe sich die Beschwerdeführerin in unzulässiger Weise bereits als Stiftung bezeichnet und ausserdem das EDI als "Kontrollstelle" angegeben. Begründete Zweifel, ob das Vermögen der Beschwerdeführerin - die aufgrund dieser Sammelaktion geäufneten Mittel - ausschliesslich im Sinne des vorgesehenen Stiftungszweckes verwendet würden, seien nicht zu unterdrücken, so dass dieses Sammelvermögen einer Institution mit gleicher oder ähnlicher Zwecksetzung überwiesen werden müsste. Allein schon die Gegenüberstellung von Entscheidkriterien, wie sie von Rechtsprechung und Lehre angeführt werden, und tatsächlich genannten Gründen, die Bundesaufsicht zu verweigern, machen deutlich, dass sich das EDI in Beurteilung der Aufsichtszuständigkeit von sachfremden Motiven hat leiten lassen. Mag für die Zuständigkeit des Gemeinwesens auch nicht ein "critère d'ordre extérieur" (BGE 56 I 377 E. 2 S. 380) wesentlich sein, so ist dennoch der "Bestimmung" in Verbindung mit dem räumlichen Moment ("angehört") Rechnung zu tragen. Zweck und örtlicher Tätigkeitsbereich

BGE 120 II 374 S. 377

legen sie fest, und die Aufsichtszuständigkeit des Gemeinwesens kann nicht aus irgendwelchen anderen Gründen abgelehnt werden. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist begründet (Art. 104 lit. a OG).

4. Was mit der angefochtenen Verfügung letztlich bezweckt wird, zeigt das EDI in seiner Vernehmlassung auf. Es hält dort unter anderem fest, die erwähnten Gründe hätten es dazu bewogen, "in dieser Angelegenheit noch gründlicher zu recherchieren und den Eintrag der bereits gegründeten Stiftung im Handelsregister zu untersagen. ... Wenn seitens der Aufsichtsbehörde schon im Rahmen der Vorprüfung einer Stiftungsurkunde begründete Zweifel an der zweckkonformen Verwendung des Stiftungsvermögens bestehen, so bleibt nur die Möglichkeit, die Übernahme der Stiftungsaufsicht zu verweigern und den Eintrag im Handelsregister zu verhindern, damit eine solche Stiftung keine Tätigkeit entfalten kann." - Im Zusammenhang mit gewöhnlichen Stiftungen erwecken diese Auffassung und die Vorgehensweise unüberwindbare Bedenken. a) Das Stiftungsrecht des ZGB beruht auf dem Prinzip der Stiftungsfreiheit (RIEMER, Berner Kommentar, N. 55 ff. des Syst. Teils vor Art. 80-89bis ZGB mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Zur Errichtung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck (Art. 80 ZGB), der Form der öffentlichen Urkunde oder einer letztwillige Verfügung (Art. 81 Abs. 1 ZGB) sowie - unter Vorbehalt hier nicht zutreffender Ausnahmen - der Eintragung in das Handelsregister (Art. 52 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 2 ZGB). Weitere Erfordernisse bestehen von Bundesrechts wegen nicht; eine behördliche Genehmigung ist weder notwendig, noch darf die Errichtung von einer Zulässigkeitsprüfung irgendwelcher Art abhängig gemacht werden (BGE 70 I 209 E. 2 S. 213/214). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Anspruch auf Eintragung in das Handelsregister (RIEMER, Berner Kommentar, N. 98 zu Art. 81 ZGB; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 8 zu Art. 81 ZGB; ferner etwa: MATTI, Stiftung und Stiftungsaufsicht, SAG 65/1970 S. 925; VON STEIGER, Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung und deren Eintragung im Handelsregister, SJZ 62/1966 S. 117 f.; KRAFFT, Les fonds de prévoyance et la théorie générale des fondations, Diss. Lausanne 1955, S. 13/14; FLÜCKIGER, Die Aufsicht über Stiftungen, MBVR 22/1924 S. 263; MARTIN, Des fondations en droit civil suisse, SJ 37/1915 S. 529 und S. 544). Die abweichende Praxis, welche zur Eintragung einer Stiftung in das Handelsregister die Bestätigung des zuständigen Gemeinwesens, die Aufsicht zu übernehmen, oder eine regelrechte Prüfung der Zulässigkeit der Stiftung

und damit deren Eintragungsfähigkeit durch die Aufsichtsbehörde fordert (vgl. für die Basler Praxis: REBSAMEN, Handbuch für das Handelsregister, 2.A. Basel 1991/Nachdruck 1993, S. 169; auf Bundesebene: HAHN-LOSER, Die Stiftungsaufsicht, Basel 1989, S. 9/10, sowie z.B. VPB 52 1988 Nr. 55), entbehrt bei den gewöhnlichen Stiftungen jeder gesetzlichen Grundlage (RIEMER, Berner Kommentar, N. 99 zu Art. 81 ZGB), mag sie sich auch auf irgendwelche Rund- oder Kreisschreiben des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister stützen, denen keinerlei Gesetzeskraft zukommen kann und die Bestimmungen des materiellen Rechtes nicht einschränken können (BGE 120 II 137 E. 2b S. 139 mit Hinweisen).
Die gesetzliche Grundlage ist klar und eindeutig. Art. 103 Abs. 1 HRegV (SR 221.411) sieht denn auch ausdrücklich vor, der Handelsregisterführer gebe "von der Eintragung der Stiftung" ("Le préposé annonce l'inscription de la fondation"; "L'ufficiale annuncia l'iscrizione della fondazione"), mithin erst nach der Eintragung (VON STEIGER, SJZ 62/1966 S. 118 Ziff. IV; FLÜCKIGER, MBVR 22/1924 S. 270 Ziff. 5), der Aufsichtsbehörde Kenntnis und hole die Bestätigung ein, dass sie die Aufsicht übernehme (RIEMER, Berner Kommentar, N. 110 zu Art. 81 ZGB). Die Auffassung wurde von den Bundesbehörden - zumindest früher - geteilt (VEB 18 1946/1947 Nr. 44 S. 84). Bei dieser Sachlage bleibt auch für eine Vorschrift kantonalen Rechts, welche dem Handelsregisterführer Abweichendes zur Pflicht machte, ebensowenig Raum, wie für eine Abwägung von Schutzbedürfnis der Destinatäre und Anspruch auf Registereintrag (a.M. MEIER, Die staatliche Beaufsichtigung der Personalvorsorgestiftungen im geltenden und werdenden Recht, Diss. Basel 1978, S. 68); diese Frage hat der Gesetzgeber entschieden. Zur Vermeidung nachträglicher, anscheinend umständlicher Korrekturen kann die Stiftungsurkunde zwar den voraussichtlich zuständigen Behörden zur Prüfung vorgelegt

werden, und de lege ferenda kann es auch als wünschbar bezeichnet werden, bundesrechtlich solches vorzuschreiben (vgl. RIEMER, Berner Kommentar, N. 99 und N. 83 zu Art. 81 ZGB, je am Ende). Nach geltendem Recht aber beruht dies auf Freiwilligkeit und ist nicht zwingend (HAHNLOSER, a.a.O., S. 10). Die daherigen Äusserungen der Behörden haben lediglich den Wert von Empfehlungen und bilden mangels gesetzlicher Entscheidbefugnis keinesfalls anfechtbare Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (SR 172.021). Die dargelegten Grundsätze sind dem EDI bekannt. Das Bundesgericht hat sie erst unlängst wieder kurz zusammengefasst (nicht veröffentlichtes Urteil

des Bundesgerichtes vom 18. Mai 1989 i.S. S. SA und C. SA c/DFI, E. b und c, teilweise publiziert in: SJ 111/1989 S. 549). Ein verbindliches, aufsichtsrechtliches Prüfungsverfahren über die Eintragungsfähigkeit einer Stiftung stünde zudem weder mit dem Handelsregisterrecht in Einklang, noch wäre ein begründetes Bedürfnis danach ersichtlich. Einerseits macht Art. 940 Abs. 1 OR die Prüfung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind (s. Art. 101 HRegV), dem Handelsregisterführer ausdrücklich zur Pflicht, der er sich durch Übertragung an eine andere Behörde nicht entschlagen kann; er hat vielmehr nach der gesetzlichen Vorschrift seinen Entscheid zu fällen und damit auch den entsprechenden Rechtsweg zu öffnen (RIEMER, Berner Kommentar, N. 96/97 zu Art. 81 ZGB; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, a.a.O., S. 260). Andererseits kommt dem Handelsregistereintrag bei Stiftungen regelmässig keine heilende Wirkung zu (vgl. BGE 96 II 273 E. 2 S. 280/281; dazu RIEMER, Berner Kommentar, N. 117 ff. zu Art. 81 ZGB mit weiteren Hinweisen); Änderungen sind auf Anweisung der zuständigen Aufsichtsbehörde im übrigen unmittelbar in das Handelsregister einzutragen (ausdrücklich Art. 102 Abs. 2 Satz 2 HRegV). Soweit aus dem Sinn und dem objektiv-zwingenden Charakter der Zuständigkeitsregelung in Art. 84 Abs. 1 ZGB (RIEMER, Berner Kommentar, N. 406 des Syst. Teils vor Art. 80-89bis ZGB und N. 5 zu Art. 84 ZGB) nicht ohnehin geschlossen werden müsste, dass Stiftungen nicht nur der Aufsicht unterstehen sollen, sondern dies auch tun müssen, weshalb das nach der gesetzlichen Voraussetzung zuständige Gemeinwesen die Aufsicht auch zwingend zu übernehmen hätte, könnte die Ablehnung der Aufsicht den Bestand einer Stiftung nicht berühren, wenn sie nach Art. 80 und Art. 81 ZGB gültig errichtet worden ist. Sie bestünde dann eben rechtssatzmässig, wenn auch ohne Aufsicht. Verfolgte sie einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck (Art. 52 Abs. 3 und Art. 57 Abs. 3 ZGB), müsste sie durch den Richter aufgehoben werden, wobei "jedermann, der ein Interesse hat" (Art. 89 Abs. 1 ZGB), klageberechtigt wäre (BGE 76 I 39 S. 45; vgl. BGE 112 II 1 E. b S. 6). Diesfalls wiederum eine eigentliche Klagepflicht (BGE 112 II 1 E. 5 S. 8; RIEMER, Berner Kommentar, N. 29 zu Art. 88/89 ZGB) der an sich zuständigen Aufsichtsbehörde anzunehmen, verstiesse nicht gegen Bundesrecht, so dass ein die Aufsicht ablehnender Entscheid letztlich zu nichts führen könnte.

RIEMER erwähnt zwar andernorts, dass eine Stiftung, die das Vermögenserfordernis nicht erfülle, durch richterliches Urteil im Handelsregister zu löschen sei, sofern nicht schon ihre Errichtung verhindert oder ihre Eintragung im Handelsregister verweigert worden sei (Berner Kommentar, N. 24 zu Art. 80 ZGB). Aus den von ihm zitierten Entscheiden lässt sich indes eine diesbezügliche Befugnis der Aufsichtsbehörden nicht ableiten. Dortselbst ist vielmehr festgehalten worden, "dass eine mit ungenügendem Vermögen ausgestattete Stiftung überhaupt nicht ins Handelsregister eingetragen werden sollte" und, wenn sie es bereits wäre, "Art. 83 bzw. Art. 88, Abs. 1 ZGB zur Anwendung" käme (VEB 22 1952 Nr. 26 S. 59 mit Hinweisen; unbestimmter: VEB 18 1946/1947 Nr. 41 E. 4 S. 77/78). b) Zuzugeben ist allerdings, dass die Aufsichtsbehörde an der "Errichtung" (Marginale zu Art. 80 und Art. 81 ZGB) einer Stiftung nicht völlig unbeteiligt ist, schreibt doch Art. 81 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vor, die Eintragung in das Handelsregister erfolge "nötigenfalls nach Anordnung der

Aufsichtsbehörde". Während der bundesrätliche Entwurf noch vorgesehen hatte, die Eintragung in das Handelsregister geschehe "auf Grund des Stiftungsstatuts unter Angabe der Mitglieder der Verwaltung", fügte die Kommission ein, "nötigenfalls nach Anordnung der Aufsichtsbehörde", was in der parlamentarischen Debatte wie folgt begründet wurde: "Sie (scil. die Aufsichtsbehörde) soll die nötigen Verfügungen treffen, um eine mangelhafte Organisation zu verbessern und die Grundlage festzustellen, auf welcher die Eintragung ins Handelsregister geschehen kann. Daraus ergi(e)bt sich die Beziehung zwischen den Anträgen zu Art. 92 (heute Art. 83 ZGB) und zu Art. 90, Absatz 3 (heute Art. 81 Abs. 2 ZGB), wo auf Art. 92 verwiesen wird" (Berichterstatter Huber im NR, Sten.Bull. 15/1905 S. 487).
Daraus folgt zwar unzweideutig eine Befugnis der Aufsichtsbehörde vor Eintragung in das Handelsregister, doch ist bei Schaffung dieser Möglichkeit ebenso eindeutig übersehen worden, dass eine Mitteilungspflicht an die Aufsichtsbehörde über die Errichtung einer Stiftung und die beabsichtigte Eintragung in das Handelsregister, die erst ein wirksames Eingreifen der Aufsichtsbehörde gestattete, nicht besteht; die Tragweite dieser Mitwirkungsmöglichkeit vor der Eintragung in das Handelsregister ist daher von vornherein auf Fälle beschränkt gewesen, in denen die Aufsichtsbehörde irgendwie von einer Stiftungserrichtung Kenntnis erhalten hat, ihr diese im erwähnten Sinne freiwillig unterbreitet oder aufgrund kantonaler Vorschrift von der Urkundsperson oder der

Testamentseröffnungsbehörde von Amtes wegen angezeigt worden ist (vgl. RIEMER, Berner Kommentar, N. 83 zu Art. 81 ZGB). Dass die Befugnis nach Art. 81 Abs. 2 ZGB von allem Anfang an weitgehend toter Buchstabe geblieben ist, kann auch aus den Arbeiten zum Entwurf der Verordnung über das Handelsregister vom 8. Februar 1937 geschlossen werden. Die Mitteilungspflicht des Handelsregisterführers nach erfolgter Eintragung der Stiftung an die Aufsichtsbehörde (Art. 103 Abs. 1 HRegV; vgl. E. 4a hiervor) ist deshalb neu zur Einführung vorgeschlagen worden, weil die Stiftungsaufsicht bisher vielerorts ungenügend gewesen sei, und es Stiftungen gegeben habe, die nicht beaufsichtigt worden seien (S. 67). Freilich kann auch in diesem Bereiche nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, das ZGB beantworte sämtliche sich im Stiftungsrecht stellenden Fragen abschliessend. Gesetzeslücken müssen ausgefüllt werden oder sind bereits ausgefüllt worden (dazu namentlich SCHÖNENBERGER, Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Recht, ZSR NF 66/1947 S. 59 f. mit Beispielen; vgl. aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes beispielsweise: BGE 108 II 352 E. 5a S. 358 über die Anlage des Stiftungsvermögens; BGE 105 II 321 E. d S. 325 hinsichtlich der Aufsichtszuständigkeit für jene Stiftungen, die sich ihrer Bestimmung nach auf mehrere Gemeinden erstrecken; BGE 103 Ib 161 E. 2 S. 164 betreffend unwesentliche Änderungen der Stiftungssatzungen). Ein wichtiges Mittel bei der Beantwortung offener Fragen stellt die Anwendung des Grundsatzes der Stiftungsfreiheit dar (RIEMER, Berner Kommentar, N. 1 des Syst. Teils vor Art. 80-89bis ZGB), und unter diesem Blickwinkel ist die Frage, ob eine solche Mitteilungspflicht an die mutmassliche Aufsichtsbehörde bestehen müsse, damit diese Anordnungen im Sinne von Art. 81 Abs. 2 ZGB treffen und damit letztlich über die Zulässigkeit der Stiftung wie auch über deren handelsregisterrechtliche Eintragungsfähigkeit vorweg befinden könne, von vornherein klar und ohne Weiterungen zu verneinen. Solches liefe nämlich im Ergebnis darauf hinaus, dass juristischen Personen die Rechtspersönlichkeit durch hoheitlichen Akt verliehen würde, dass mithin eine gewöhnliche Stiftung mangels behördlicher Genehmigung rechtsgültig nicht errichtet werden könnte. Das sog. Konzessionssystem aber hat der Gesetzgeber ausdrücklich verworfen, obschon es insbesondere in den welschen Kantonen verbreitet gewesen ist und schon damals - vergleichsweise - in Deutschland gegolten hat (RIEMER, Berner Kommentar, N. 5 ff. zu Art. 52 ZGB mit Literaturhinweisen und N. 99 zu Art. 81 ZGB; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, a.a.O.,

S. 207; für das Stiftungsrecht nebst den zur Errichtungsfreiheit zitierten Literaturstellen etwa: EBERLE, Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1929, S. 39; HINDERMANN, Der Stiftungszweck, ZSR NF 47/1928, S. 227; SCHWEIZER, Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1927, S. 1 und S. 11; FLÜCKIGER, MBVR 24/1922 S. 258; MARTIN, SJ 37/1915 S. 514; LAMPERT, Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten u. Korporationen, Zürich 1912, S. 139; HÜRLIMANN, Die Stiftungen. Ihre Behandlung im zukünftigen schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Leipzig 1907, S. 33 ff.).
Abgesehen davon umfasst die auf Art. 81 Abs. 2 ZGB gestützte Mitwirkungsmöglichkeit der Aufsichtsbehörde nur jene Befugnisse, die ihr nach Art. 83 Abs. 2 ZGB - und wohl auch Abs. 3, der auf den vorgehenden Absatz verweist - zustehen sollen (eindeutig das zitierte Votum des Berichterstatters; vgl. RIEMER, Berner Kommentar, N. 92 zu Art. 81 ZGB). Die Aufsichtsbehörde hat bezüglich der ungenügenden Organisation die nötigen Verfügungen zu treffen (Abs. 2) und, wenn dies zweckdienlich nicht geschehen kann, das Vermögen, sofern der Stifter keinen Widerspruch erhebt oder nicht eine Bestimmung der Stiftungsurkunde ausdrücklich entgegensteht, einer andern Stiftung mit möglichst gleichartigem Zwecke zuzuwenden (Abs. 3). Mögen diese Befugnisse auch über das bloss Korrigierende oder Ergänzende (Abs. 2) und das lediglich Organisatorische (Abs. 3) hinausgehen (im einzelnen: RIEMER, Berner Kommentar, N. 43 und N. 53 ff. zu Art. 83 ZGB), so betreffen sie nach dem klaren Sinn der Bestimmung doch stets die Funktionstüchtigkeit der Stiftung und die Verwendung des Vermögens entsprechend dem Stifterwillen, keinesfalls aber die Verhinderung einer in Errichtung befindlichen Stiftung. Ob Art. 83 Abs. 2 und 3 ZGB ganz allgemein nur vor der Eintragung direkt und danach nur noch analog anwendbar sein soll (so RIEMER, Berner Kommentar, N. 123 zu Art. 81 ZGB sowie N. 40/41 und N. 50 zu Art. 83 ZGB), oder ob aufgrund der Stellung im Gesetz - "A. Errichtung" (Art. 80-82 ZGB) und "B. Organisation" (Art. 83 ZGB) - Art. 83 Abs. 2 und 3 ZGB vor - in Verbindung mit Art. 81 Abs. 2 ZGB - und nach der Eintragung einer Stiftung im Handelsregister unmittelbar Anwendung findet, kann letztlich offenbleiben. Festzuhalten ist, dass über Art. 83 Abs. 2 und 3 ZGB die "Stiftungsurkunde" (Art. 83 Abs. 1 ZGB) und damit Errichtungsmängel im weitesten Sinne korrigiert werden können (RIEMER, Berner Kommentar, N. 2, N. 36-39 und N. 49 zu Art. 83 ZGB).

Dadurch unterscheiden sich diese Befugnisse von der ordentlichen Aufsicht (Art. 84 Abs. 2 ZGB), die sich auf eine bereits funktionstüchtige, tätige Stiftung bezieht, wie auch von den Möglichkeiten der zuständigen Behörden nach Art. 85, Art. 86 und Art. 88 Abs. 1 ZGB, die allesamt später, zufolge Veränderung der Verhältnisse entstandene Mängel betreffen; dass insbesondere ein Vorgehen gemäss Art. 83 Abs. 2 und 3 ZGB einen zulässigen Stiftungszweck voraussetzt, ergibt sich schon aus Art. 52 Abs. 3 ZGB, wonach auch eine Stiftung mit von Anfang an unsittlichem oder widerrechtlichem Zweck das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen kann, was gleichwie der nachträglich widerrechtlich oder unsittlich gewordene Stiftungszweck (Art. 88 Abs. 2 ZGB) vom Richter festzustellen ist (zum Ganzen: RIEMER, Berner Kommentar, N. 40-42 und N. 50-52 zu Art. 83 ZGB). Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens und freie Stiftungserrichtung sind zusammengefasst ins richtige Verhältnis zu setzen: erstere dürfen letztere nicht beeinträchtigen. Sie gehorchen insoweit dem allgemeinen Grundsatz, dass zu versuchen ist, die Stiftung gemäss dem Stifterwillen zu erhalten (vgl. MATTI, SAG 65/1970 S. 928; SCHÖNENBERGER, ZSR NF 66/1947 S. 45). Dies entspricht im übrigen auch der - zumindest früheren - Praxis der Bundesbehörden (VEB 24 1954 Nr. 39 S. 122). c) Da die Beschwerdeführerin ihm die Stiftungsgrundlagen anscheinend freiwillig unterbreitet hat, kann das EDI sachdienliche Empfehlungen abgeben und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Für den Fall einer allfälligen Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister können aber auch Verfügungen im Sinne von Art. 83 ZGB - wie sie das EDI bereits angekündigt und heute beantragt hat - getroffen werden, die wiederum der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen (vgl. RIEMER, Berner Kommentar, N. 47 und N. 58 zu Art. 83 ZGB). Solche Verfügungen wären im übrigen gleicherweise noch nach erfolgter Eintragung in das Handelsregister möglich (Art. 102 Abs. 2 Satz 2 HRegV). - Kommt das EDI hingegen zum Schluss, dass der von der Beschwerdeführerin genannte Zweck

unzulässig sei, kann es diese seine Auffassung im Sinne einer Meinungsäusserung der Beschwerdeführerin mitteilen. Unter den gezeigten Umständen wird gegebenenfalls der ordentliche Zivilrichter anzurufen sein. - Andere Möglichkeiten bestehen im Errichtungsstadium nicht, namentlich letzternfalls kann die Zuständigkeit des Zivilrichters nicht umgangen werden.