

Private Universität Witten/Herdecke gGmbH, 58448 Witten

Herrn  
Klaus-Dieter Stallmann  
Vorsitzender  
Ausschuss für Innere Verwaltung und Verwaltungsstruktur

Platz des Landtags 1  
40221 Düsseldorf

Dr. Klaus NEUHOFF

Leiter

Institut Stiftung und Gemeinwohl

Postanschrift

Alfred-Herrhausen-Str. 50

D-58448 Witten

Büro:

58453 Witten-Annen

Stockumer Str. 10

Telefon 02302/669.171

Fax 02302/669.220

klausn@uni-wh.de



11/11/04

Sehr geehrter Herr Stallmann,

in Kürze steht im Landtag die Anhörung zum Entwurf eines neuen Stiftungsgetzes NW an. Da ich schon vor annähernd 3 Jahrzehnten mitberatend am Zustandekommen des derzeit noch geltenden StiftG teilgenommen habe (übrigens mit dem Erfolg, dass das jetzt gefährdete Institut der nichtrechtsfähigen Stiftung zur Ehre einer gewissen Anerkennung in einem deutschen Landesstiftungsgesetz kam, mit Folgewirkung auf einige ostdeutsche Länder), habe ich mir nun die Freiheit herausgenommen, mich wieder zu Wort zu melden.

Meine Einlassungen und Vorschläge zum vorliegenden Entwurf sind beigelegt. Den einzelnen Landtagsfraktionen habe ich ebenfalls Kenntnis zukommen lassen. Darf ich Sie der guten Form halber, da bisher uneingeladen, um eine förmliche Einladung zu der Anhörung bitten.

Mit freundlichen Grüßen,

Anl



## Stellungnahme

### **zum Gesetzentwurf der Landesregierung: Stiftungsgesetz NW** (Anhörung Landtag am 2/12/04 – Drucksache 13/5987/13. Wahlperiode vom 22/9/04)

#### **I. Vorbemerkungen**

- (1) Nach der BGB-Reform im Jahre 2002 war es unabwendbar geworden, dass der Landesgesetzgeber tätig werden musste, um (altes) Landesrecht an (neues) Bundesrecht anzupassen. Grundsätzlich ist der im Entwurf zu findende Ansatz richtig, das Landesrecht bezüglich (Staats-) Aufsicht über die und (interne) Organisation sowie Verwaltung der Stiftungen zu modernisieren (in Richtung einer Stärkung oder Betonung der Stifterfreiheit und von Selbstverwaltungsprinzipien, insbesondere bezüglich des eigenverantwortlichen Handelns), zu vereinfachen (u.a. durch Abbau von Bürokratie bei den genehmigungsbedürftigen Geschäften) und – begleitend sowie unterstützend – mehr Transparenz im Stiftungswesen zu schaffen (durch ein allgemein zugängliches Stiftungsverzeichnis).
- (2) Allerdings bleiben einige Fragen offen bzw. ist die Verwaltung mit ihrem Entwurf an der einen oder anderen Stelle über's Ziel hinausgeschossen, oder sie hat nicht genug Mut aufgebracht; auch handwerklich Fehler sind aufgefallen. Im einzelnen fiel schon eingangs (Punkte A – H i.V. mit ‚Begründung/A. Allgemeines‘) folgendes auf:
  - a) Ein Beweis dafür, dass eine „umfassende Überarbeitung des seit nunmehr 25 Jahren praktisch unverändert geltenden Landesstiftungsgesetzes geboten“ sei (A/2. Abs.), wird nicht erbracht. (Bescheidenes) Alter allein kann ja wohl nicht ein Grund sein, ein Gesetz ungeprüft für nahezu obsolet zu befinden. Da mangelt es bei der den Entwurf vorlegenden Verwaltung nicht nur an Achtung vor dem Gesetzgeber, schliesslich wird auch bislang noch mit diesem Gesetz gearbeitet, und gravierende Klagen ob seiner Unhandlichkeit oder Unzeitgemässheit sind nicht bekannt geworden, auch nicht eine erkennbare Auswanderung in andere Rechtsformen bzw. in andere Bundesländer oder gar ins Ausland. Hier wäre mehr (seriöse!) Analyse wünschenswert gewesen, bevor solche Behauptungen in die Welt gesetzt werden.
  - b) Der angebliche (allerdings in dieser Form bisher auch schon bestehende <sup>1)</sup> Rechtsanspruch auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Stiftung (A/1. Abs.) sollte nicht allzu hoch gehängt werden, bleibt doch auch unter dem neuen Rechtsregime (des BGB) mehr als nur ein Hauch von Ermessen (einer Landesbehörde), allein wenn es darum geht, abzuschätzen, wann gem. § 80

---

<sup>1</sup> vgl. SOERGEL-Neuhoff, Rz 10, 12 Vor § 80, § 80 Rz 15.

Abs. 2 BGB Voraussetzung 2 „die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint“. Es handelt sich hierbei um eine langfristig anzulegende Prognoseentscheidung der Verwaltung über die Wirksamkeit der Relation von im Stiftungsgeschäft versprochenem Stiftungsvermögen, daraus erzielbaren (Netto-) Erträgen und dadurch ermöglichtem Handeln der Stiftung bei deren Einsatz zur Zweckverwirklichung.

Im Gegensatz zum Verein kann diesbezüglich nicht auf freiwilliges Engagement von Mitgliedern gebaut werden, üben doch die wenigen Organmitglieder in einer Stiftung ein (zunächst Verwaltungs-) Amt aus, das überbordende Freiwilligkeit bei Leistungen und/oder eigenem Mittel- sowie Zeiteinsatz nicht erwarten lässt, schliesslich vollstreckt ‚man‘ in der Stiftung nicht primär eigenen Willen, sondern eines fremden, zumeist schon verstorbenen Menschen Willen.

- c) Bedauerlicherweise nimmt der Entwurf Abschied von einer – allerdings nicht ganz unumstrittenen - Innovation des (alten) StiftG: Verzicht auf Regelungen für die nichtrechtsfähige Stiftung (nr Stiftung). Die Bemerkung unter ‚B – Zu den einzelnen Bestimmungen/Zu § 1 Abs. 4‘, die „wenigen bisherigen Regelungen für unselbständige Stiftungen haben sich in der Praxis als entbehrlich erwiesen“, wird nicht substantiiert. Hier muss der Gesetzgeber einfach glauben, was ihm die Verwaltung da vorträgt. Er entscheidet ohne eine Begründung oder einen einzigen Beleg für diese Behauptung. Ein eigenwilliges Verständnis von Gesetzgebungsvorbereitung!

Der Folgesatz in diesem Absatz ist zudem falsch (handwerklicher Fehler?). Der Landesgesetzgeber hat sehr wohl (aus dem BGB abgeleitete) Kompetenzen bei Auflagen, die Private rechtsgeschäftlich (schenkweise bzw. letztwillig) Dritten (Auflagenbeschwerte) gegenüber verfügen, um vermittels ihrer entäusserten und auf diese transferierten materiellen Mittel öffentliche Interessen durchzusetzen (§§ 525 Abs. 2, 2194 S. 2 BGB). Wird dabei ‚ewige Dauer‘ (u. a. in der Form des Vermögenserhalts und der Verausgabung nur der Erträge für öffentliche Interessen = Gemeinwohl) verfügt, so ergibt sich zwangsläufig eine nr Stiftung.

In der hL ist anerkannt, dass solche Auflagen von allen Beteiligten (d.h. auch vom Staat = Land als Wahrer öffentlicher Interessen) für alle Zeiten zu beachten sind. Und in der Tat haben die Gerichte auch nicht davor zurückgeschreckt, solchen – zumeist letztwillig verfügten - Stiftungen noch nach Jahrhunderten Rechts- und Bestandsschutz zu gewähren (bis hin zum BVerfG). Und wegen Vergleichbarkeit der Verhältnisse wird im Kommunalrecht bei örtlichen nr Stiftungen im allgemeinen die Analogie zum Stiftungsrecht vorgeschrieben.

Anknüpfungspunkt für den Landesgesetzgeber (als Verwaltungsgesetzgeber) wären also nicht die rechtsgeschäftlichen Handlungen der Stifter, sondern die in diesen zivilrechtlichen Rechtsakten festgehaltenen Auflagen im öffentlichen Interesse. Nur bei diesem Anknüpfungspunkt kann der (Landes-) Verwaltungsgesetzgeber einhaken, kann er einem Ordnungsauftrag der Rechtsgemeinschaft nachkommen. Stiftung als Institution im Recht zur Beförderung des

Gemeinwohls und Auflage im öffentlichen Interesse entsprechen sich. Daher sind ein stärker gesetzlich geregelter Bestandsschutz der nr Stiftung sowie der Schutz des Stifterwillens vor Veränderungen durch den Stiftungsträger schon wünschenswert.

Dem Verf. sind zwei NW-Fälle bekannt, bei denen die Stiftung mangels Aufsicht durch den jeweiligen privatrechtlichen Träger aufgehoben wurde; in einem Falle lebte der Stifter noch, der altersbedingt kein Amt in der Stiftung inne hatte und daher davon erst viel später Kenntnis bekam. Die Fälle, da einvernehmlich zwischen Stifter (z.B. ein Unternehmen) und Träger die Stiftung aufgehoben wurde (bei – meistens - durchaus gemeinnütziger Verwendung des Restvermögens) sind schon zahlreicher. Und zahlreiche Prozesse in Sachen einer (NW-) örtlichen Stiftung (gegen den Stiftungsträger) belegen, dass sogar die Einbindung der Stiftung in kommunale Verhältnisse keineswegs eine Garantie für die Achtung und Bewahrung des Stifterwillens ist<sup>2</sup>, und erst recht muss es das bei rein privatrechtlicher Trägerschaft nicht sein. Insofern ist das Wort von der Entbehrlichkeit von gesetzlichen Regelungen über nr Stiftungen schon gewagt, nimmt auch nicht zur Kenntnis, dass der Gesetzgeber diesbezüglich seinerzeit, vor gut 100 Jahren kein Verbot gesetzgeberischer Fortentwicklung des Stiftungsrechts aussprach, sondern von einer Probephase in Wissenschaft und Rechtsprechung ausging, die nun vielleicht doch als in einem gewissen Sinne abgeschlossen angesehen werden sollte.

(3) Die Befristung der Geltungsdauer des Gesetzes (auf 5 Jahre) in § 17 Abs. 1 des Entwurfs erscheint verfassungsrechtlich gewagt. Zwar werden Gesetze, anders als - theoretisch - eine Stiftung, nicht für die Ewigkeit gemacht, aber die Befristung bedeutet doch eine Beeinträchtigung der Souveränität des Gesetzgebers von heute (bzw. von morgen) durch den von gestern (bzw. von heute), ausgenommen bei Leistungsgesetzen, bei denen eine Befristung von Leistungszusagen dem höherrangigen Zweck der Haushaltsicherung dient. Er, der durch eine Befristung präjudizierte Gesetzgeber, könnte zwar, falls ihm zum Ende der Befristung nichts Nachteiliges einfällt, das alte Gesetz einfach mit einem Federstrich neu in Kraft setzen, es also weitergelten lassen, aber er müsste dafür *expressis verbis* tätig werden. Und im Vorfeld solcher Überlegungen sollte, falls alle ernsthaft zur Sache gehen, zunächst einmal die Verwaltung forschend und bewertend tätig werden, um Belege für die Fortgeltung bzw. für eine Änderung des Gesetzes an dieser oder jener Stelle zu erarbeiten. Letzteres könnte als eine Art Beschäftigungsprogramm gedeutet werden, ersteres ist schlicht und einfach bedenklich, weil damit, wenn dieses Prinzip einreißen sollte, von einer verfassungsmässig gebotenen Stetigkeit und Verlässlichkeit der Rechtsordnung, insbesondere bei der *ordre public*-Rechtsetzung nicht mehr die Rede sein kann.

Ein solche Bindung oder Bemühung des Souveräns von morgen durch den von heute kann zudem nicht einfachgesetzlich beschlossen werden. Dazu bedarf es eines Verfassungsmandats (hier: im Grundgesetz, da der Grundsatz der Einheitlichkeit der - bundesstaatlichen - Rechtsordnung die verfassungsgebende Macht des Landesverfassungsgebers überlagert).

<sup>2</sup> Fallbeschreibung vgl. Verf.: Zur steuerrechtlichen Umwidmung von Stiftungen der öffentlichen Rechts zu solchen des privaten Rechts, in: DÖV 2004, S. 289 und Andrick: Im Dickicht des Rechts, in: ZSt 2004, S. 191

## II. Zu den einzelnen Paragraphen des Entwurfs

### **§ 1: Geltungsbereich, Begriffsbestimmungen**

Anders als im alten § 2 wird eine Definition einzelner Erscheinungsformen der Stiftung im Landesrecht nun nicht mehr gewagt, obwohl an verschiedenen Stellen im Entwurf bestimmte Erscheinungsformen der BGB-Stiftung aufscheinen. Es sind dies im einzelnen:

- die Stiftung für private Zwecke (§ 6 Abs. 3)
- die kirchliche Stiftung (§ 13 Abs. 1)
- die dieser gleichgestellte Stiftung (§ 13 Abs. 2)
- die teilweise in der Gemeindeordnung geregelte (rechtsfähige kommunale/örtliche) Stiftung (§ 1 S. 2; **fehlt:** Hinweis auf die vergleichbare Kreisordnung - § 26 Abs. 1 Buschst. n) spricht generell nur von 'Stiftungen', womit auch rechtsfähige Stiftungen in der Verwaltung eines Kreises erfasst sind)
- die dem Innenministerium sowohl bei der Anerkennung wie auch grundsätzlich aufsichtsmässig zugeordnete Stiftung (§ 15 Abs. 3)
- die so im Gesetzesentwurf nicht erwähnte gemeinnützige Stiftung (als Normalfall der Stiftung – s. dazu unter ‚Begründung/A. Allgemeines bei der Abgrenzung ‚privatnützig/gemeinnützig‘, ebenfalls beim ‚Verzeichnis der gemeinnützigen Stiftungen‘).

Indirekt ist auch die nichtrechtsfähige Stiftung noch im Gesetz enthalten (§§ 1 – 3, 12 Abs. 2 Nr. 6, 13 Abs. 1 (wissend darum, dass im Kirchenrecht, zumindest im CIC, auch dieser Stiftungstyp geregelt ist; ähnlich in S. 2, wo der Entwurf Bezug nimmt auf die GemO, in der die nichtrechtsfähigen örtlichen Stiftungen auch geregelt sind).

### **§ 4 Abs. 2 S. 1**

Aus der Formulierung, dass der Stifter in der Satzung – im Klartext – auch den Vermögensverzehr dekretieren kann und dies sowohl bei der Anerkennung wie auch später bei der laufenden Aufsicht als Stifterwille zu beachten sei, folgt die generelle Zulässigkeit der **Stiftung auf Zeit**, was ein Novum im deutschen Stiftungsrecht wäre. In Abs. 1 wird zwar noch die „nachhaltige Verwirklichung des Stiftungszwecks“ postuliert, doch wird dies im Licht von Abs. 2 S. 1 dann wohl so ausgelegt werden müssen, dass eine nachhaltige Verwirklichung auch über eine Zeitspanne von 10, 12 oder 25 Jahren anzustreben sei. Nachhaltigkeit würde dann nur so etwas wie Ordnungsmäßigkeit bedeuten. Es ist zu bezweifeln, ob der Landesgesetzgeber den Bundesgesetzgeber so weit auslegen darf, dass er die Stiftung auf Zeit generell für zulässig erklärt. Denn bisher ging die hM immer davon aus, dass die Stiftung in der Theorie ‚auf ewig‘, zumindest aber auf ziemlich lange Dauer angelegt ist. Damit war dem Stifter das Mandat entzogen (es gibt sie, Grenzen der Stifterfreiheit!), in der Satzung Verfügungen zu treffen, die den (rechtsinstitutionell gebotenen) Vermögenserhalt relativieren oder anderweitig die (lange) Dauer der Stiftung beschränken.

In der Begründung zu diesem Absatz (a.E.) wird es den Stiftern freigestellt, in die Satzung als Ausdruck der Privatautonomie sozusagen genehmigungsbedürftige Geschäfte hineinzuschreiben. Dabei wird die Beteiligung einer (privaten?) Gutachterstelle als Beispiel für eine besondere Bedingung bei bestimmten Vermögensverfügungen genannt. Frage: Soll der Stifter hier auch die Stiftungsaufsichtsbehörde mit privatrechtsgeschäftlichen Verfügungen (d.h. qua Satzungsbestimmung) in die Pflicht nehmen können.?

### § 4 Abs. 3

Kleine redaktionelle Panne: natürlich entstehen Verwaltungskosten nicht nur („hierdurch“) im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Stiftungszwecks. Selbst bei gelegentlichem Stillstand der eigentlichen (fördernden o.ä.) Stiftungstätigkeit fallen auch Verwaltungskosten an; generelle Verwaltungskosten vs. Kosten der Verwaltung der Zweckverwirklichung, wenn man denn schon so differenzieren will.

### § 5 Abs. 1 S. 1

Hier wird's gefährlich; die zuständigen Stiftungsorgane (besser, da das BGB nur den Vorstand kennt: Stiftungsorgan; übrigens, ein mögliches zweites Organ in einer Stiftung mag nach der Stiftungssatzung bei einer Satzungsänderung gar nicht mitwirken müssen) beschliessen eine Satzungsänderung, definieren diese als „nicht wesentlich“ und teilen das so der Stiftungsaufsichtsbehörde mit. Nach dieser Unterrichtung legt die Behörde den Vorgang einfach zu den Akten? So könnte diese Passage zumindest gedeutet werden.– Aber nein, denn gem. § 6 ist die Behörde zumindest zur Rechtsaufsicht verpflichtet, was bedeutet, dass es hier eine Pflicht zur Prüfung des Vorgangs anhand von Gesetz und Satzung gibt.

Dennoch bleibt hier ein Unbehagen, denn damit wird ein Tor geöffnet, durch das Satzungsänderungen ohne behördliche Genehmigung (zum Zwecke derer Rechtskrafterlangung) ermöglicht werden. Bisher waren die höchsten Gerichte immer der Meinung, zur Änderung der Stiftungssatzung bedürfe es eines rechtfertigenden Grundes, was der Entwurf aber noch nicht einmal vom Stiftungsorgan als vorgeschaltete Denkanstrengung fordert. Befindet die Behörde die angezeigte Maßnahme als rechtsaufsichtlich unbedenklich und schweigt (d.h. keine ausdrückliche Genehmigung!), so wird die Satzungsänderung – zunächst (für wie lange?) – vom Tage der Beschlussfassung an wirksam; vor Gericht kann sie immer noch zurückgenommen werden. Auch das ein Novum im deutschen Stiftungsrecht, das bisher nur in dem einen oder anderen Landesstiftungsgesetz für Familienstiftungen galt – und auch dort umstritten ist.

Der Begriff ‚nicht wesentlich‘ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der hier, wenn eine Aufsicht mit Biss nicht zu erwarten ist, nachgerade zu Manipulationen am Stifterwillen einlädt. Es kann damit gerechnet werden, dass zukünftig die Stiftungsaufsicht sich selbst deutlich zurücknehmen wird, weil sie aus Bundes- wie Landesrecht so etwas wie eine Ermahnung zur Zurückhaltung gegenüber den Vorstellungen von Bürgern/Stiftern/Stiftungsverwaltern heraushört, sie also eher abnicken dürfte als hinterfragen möchte, um sich nicht in einen langen Streit um Worte verwickeln zu lassen.

### § 5 Abs. 2 letzter Satz

Von der Logik her sollte dieser Satz zu einem eigenständigen Abs. 3 gestaltet werden.

### § 6 Abs. 2

„... zum Ausdruck kommenden Willen der Stifterin oder des Stifters und ...“?

### § 6 Abs. 3

Frage: Was ist der Unterschied zwischen ‚Rechtsaufsicht‘ über Stiftungen gem. Abs. 1 und ‚Stiftungsaufsicht‘ über private Zwecke verfolgende Stiftungen? - Nach der Logik dieses

Grundsatz-Paragrafen müsste die 'Stiftungsaufsicht' weniger stringent zu Wege gehen als die (neue) Rechtsaufsicht, die nun aber auch schon weniger streng daherkommt als die bisherige Staatsaufsicht über die Stiftungen. Hat also der Wechsel in der Begrifflichkeit etwas zu bedeuten, und wenn ja, was will er uns vermitteln?

Ob die Betätigung einer Stiftung den öffentlichen Interessen zuwiderläuft oder nicht, das lässt sich am besten einem Tätigkeitsbericht entnehmen, der Teil der den Stiftungen in § 7 Abs. 1 auferlegten jährlichen Rechenschaftslegung ist. Denn nicht immer muss solches den öffentlichen Interessen zuwiderlaufende Handeln der Stiftung dermassen deutlich und erkennbar sein, dass es sozusagen Beschwerden hagelt. Der angeblich überschaubare Kreis der Destinatäre (so in der 'Begründung', a.E.) bei Familienstiftungen beruht auf einer Fehleinschätzung, gilt dies doch nur für eine noch 'junge' Stiftung, bei der vielleicht die zweite und dritte Generation schon vorhanden sind. Nach weiteren fünf Generationen mag das schon ganz anders aussehen. Und in der Tat sind Familienstiftungen mit über tausend Bezugsberechtigten nach nur gut 100 Jahren Existenz durchaus keine Seltenheit. Wer in solch einem Gebilde einmal 'an die Macht' gekommen ist, ist in der Regel so etwas wie ein autokratischer Herrscher über finanzielle Mittel. Da wären mehr Transparenz und eine gewisse Stiftungsaufsicht mit (potentiellem) Biss (*fleet in being*-Funktion) schon angebracht. Ordnungsmässigkeit des Stiftungshandeln und Erfüllung des Stiftungszwecks sind so selbstverständlich bei aufsichtslosen Stiftungen nicht, wie das hier unterstellt wird.

#### § 7 Abs. 2

Wieder ein Wechsel in der Begrifflichkeit: Stiftungskapital statt Stiftungsvermögen, wie bisher immer. Hat das etwas zu besagen? 'Kapital' ist ein Begriff des Handelsrechts, nicht des Stiftungsrechts. Mit seinem Gebrauch wird hier signalisiert, dass die Stiftung eine Bilanz vorlegt, bei der es eine Passivposition 'Stiftungskapital' gibt. Solches wird allerdings im Gesetz ansonsten nicht gefordert.

Da es stiftungsrechtlich auch keine Vorschriften über die Bewertung von Aktivposten der Bilanz bzw. der Positionen im Bestandsverzeichnis gibt (z.B. bei Grundstücken oder bei Kunstwerken, aber auch nicht bei Wertpapieren), führt die hier postulierte Fünftel-Zugriffsregel für anzeigepflichtige Geschäfte bei zwei ansonsten identischen (Schwester-) Stiftungen einmal zur Anzeige an die zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde und zum anderen eben nicht. Die eine Stiftung bewertet ihre Vermögenspositionen nach jeweiligen Anschaffungswerten bzw. nach Werten, wie sie der Stifter bislang in seinen Unterlagen führte (z.B. Einheitswerte für Grundstücke, Anschaffungswerte beim Stifter oder Stichtagswerte zum Zeitpunkt der Stiftungsanerkennung für Wertpapiere), während die andere Stiftung auf ein System der Bewertung zu Stichtagswerten (31. 12. eines jeden Jahres) übergegangen ist. Letztere dürfte mit ihrem zwangsläufig höheren 'Stiftungskapital' häufig aus der Anzeigepflicht herausfallen. Erstere wird wohl anzeigen müssen. Alles ist relativ – sagt der Philosoph, sollte es aber in einem Gesetz nicht sein, wo von Verfassungen wegen eine hinreichende Bestimmtheit verlangt wird. An dieser mangelt es aber, wenn der anzeigenden Stiftung das Geschäft untersagt wird, bei der nicht anzeigenden Stiftung jedoch später, bei der Durchsicht der Jahres-Rechenschaftslegung, das Problem nicht aufscheint und damit das u.U. zu beanstandene Geschäft als ordnungsgemäss vollzogen angesehen werden muss.

Noch eine Ungereimtheit: Was will uns der Entwerfer mit dem 'vorhandenen' Stiftungskapital sagen? Gibt es daneben noch so etwas wie ein virtuelles/irreales Stiftungskapital?

### § 7 Abs. 3

Wieso 'kann'? - Ist es nicht die verdammte Pflicht und Schuldigkeit der Behörde, bei Vorliegen von Anhaltspunkten/Verdachtsmomenten, sich diesbezüglich Klarheit zu verschaffen? Soll hier mit 'kann' der (durchaus möglichen) Schläfrigkeit oder (auch nicht seltenen) ängstlichen Zurückhaltung (bei 'hohen Tieren' in Stiftungsgremien) der Verwaltung Vorschub geleistet werden? Sie **hat** dann die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Das ist sie unter dem auch in Zukunft noch geltenden Prinzip des staatlichen Schutzes des Stifterwillens dem Stifter und der Rechtsgemeinschaft schuldig.

### § 7 Abs. 4

Aus der Begründung des Gesetzentwurfs erschliesst sich, dass mit den 'private Zwecke dienenden Stiftungen' vornehmlich Familienstiftungen gemeint sind. Ihnen stehen dann - idealiter - die anderen Stiftungen als gemeinnützige Stiftungen gegenüber. Bei diesem - gedanklichen - Gebrauch von *termini technici* des Steuerrechts fallen bestimmte Stiftungen aber in eine dritte Kategorie: zwar steuerbefreit, aber nicht gemeinnützig (z.B. Unterstützungskassen von Unternehmen für Mitarbeiter und deren Angehörige, Sterbekassen, Vermögensverwaltungen für Berufsverbände). Dienen diese nun auch privaten Zwecken? Zumindest ihre Zielgruppe dürfte in der Regel recht klein sein, manchmal kleiner als der Destinatärskreis einer Familienstiftung. Und was ist mit einer – nicht nur theoretisch angedachten – Nicht-Familienstiftung, die bewusst nicht als gemeinnützige Stiftung angelegt ist (wiewohl gemeinwohlkonforme Zwecke verfolgen soll), aber aufgrund ihrer Vermögensausstattung praktisch keine Steuern zahlt, obwohl sie grundsätzlich steuerpflichtig ist - privat? Ähnlich kompliziert liegt der - allerdings nicht sehr häufige - Fall, wenn eine Familienstiftung steuerrechtlich als gemeinnützig eingestuft werden kann.

Die wie immer letzten Endes auch definierten privaten Zwecken dienenden Stiftungen sollen nun aus der gängigen Stiftungsaufsicht entlassen werden. Ähnliche Verhältnisse mag es zwar in anderen Bundesländern auch geben, trotzdem ist das rechtspolitisch ein unhaltbarer Zustand, insbesondere in Verbindung mit dem schon angesprochenen ‚Privileg‘ der eigenmächtigen Satzungsänderung bei Unwesentlichkeit (s. o. Zu § 5 Abs. 1 S. 1) und der Befreiung von der Anzeigepflicht bei grösseren Rechtsgeschäften im Vermögensbereich. Wie will die Stiftungsaufsicht dann sicherstellen, dass das Stiftungsorgan/die Organe der Stiftung den Stifterwillen sowie das Stiftungsgesetz beachten, wie es gem. § 6 Abs. 2 des Entwurfs bei allen Stiftungen ihre Aufgabe ist? Beides ist im öffentlichen Interesse und ist daher keine Kann-Aufgabe der staatlichen Stiftungsaufsicht, sondern eine **Pflichtaufgabe**.

Hierzu hat das **BVerfG** (Beschluss vom 19/1/01 – 1 BvR 1759/91, in: DB 2001, S. 2596) einige grundsätzliche Ausführungen gemacht, die über den konkreten Fall hinaus auf das Verhältnis von Rechtsordnung, hier vertreten durch den Staat, und juristischer Person (jurP) generell übertragbar sind: Die "staatliche Regelung der Organisation und Willensbildung" von jurP "ist in mehr oder minder großem Umfang auf Regelungen angewiesen, welche" die jurP "und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, ... und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen." Daraus resultiert die "Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung, ... ohne die sie praktische Wirksamkeit nicht entfalten könnte". Der Gesetzgeber darf allerdings "die Ausgestaltung nicht nach seinem Belieben vornehmen." Die konkrete Ausgestaltung hat sich u. a. an den 'schutzwürdigen sonstigen Belangen' zu orientieren, wie sie zuvor aufgelistet wurden. Es ist zu vermuten, dass die im Entwurf gefundene Freistellung bestimmter Stiftungen diesem Monitum nicht genügt.

Die Stiftung scheint, wie der dem BVerfG vorliegende Fall (einer Genossenschaft), an der einen oder anderen Stelle ‚strukturelle Defizite der Rechtsform‘ aufzuweisen, „die des Ausgleichs im Rahmen der Ausgestaltung bedürfen“: keine disziplinierenden Mitglieder, dadurch besonders starke Stellung des Vorstandes (als gesetzlich konstituierte Ein-OrganjurP, also auch keine vorgeschriebene interne Aufsicht durch ein unabhängiges zweites Organ/zweite Instanz), keine externe Kontrolle durch den Kapitalmarkt o.ä., haftungsschwach, keine umfassende Publizitätspflicht als Pendant für die erwähnten Einseitigkeiten, keine besonderen Verwaltungskennnisse o.ä. für Amtsinhaber notwendig. Bei so vielen ‚Defiziten‘ hatte die Rechtsordnung in der Neuzeit die Aufsicht über Stiftungen durch den Staat vorgesehen, in den Worten des BVerfG: „engmaschige Außensicherungsmechanismen als Ausgleich“. Naturgemäß waren diese unter einem Regime, das die Stiftungen als eine Art unmündiges Kind, als Mündel ansah, recht streng. Das hat zwischenzeitlich einem zivileren Verständnis von der jurP und ihrer Eigenständigkeit und Fähigkeit zur Selbstverwaltung Platz gemacht. Trotzdem sollte die Streithäufigkeit vor Gericht gerade der Familienstiftungen zu denken geben.<sup>3</sup>

Es ist also von Rechts wegen über die nachhaltige Verkehrsfähigkeit der Stiftung, konkret: einer besonderen Erscheinungsform der Stiftung sowie ihre Konformität mit der Rechtskultur nachzudenken. Denn es kann nicht Zielsetzung eines Gesetzes sein, die Stiftung als Institution im Recht letzten Endes als auf lange Dauer angelegt zu sehen, andererseits aber nicht genügend instrumentelle Vorkehrungen zu treffen, dass diese Dauerwirkung dann auch eintritt.

#### § 9 Abs. 1

Wieder wird hier mit einer Kann-Bestimmung gearbeitet, wo doch eigentlich Aktion verlangt wird. Die Stiftungsaufsichtsbehörde hat Kenntnis erhalten von einem Defizit im Stiftungshandeln; die Stiftung ist offensichtlich nicht in der Lage oder willens, ein Fehlverhalten eines Organmitglieds ("grobe Pflichtverletzung") zu korrigieren. Sie ist zur ordnungsgemäßen Aufgaben- und Pflichtenerfüllung folglich nicht fähig. Hier muss die Behörde eingreifen, zunächst sicherlich durch Abmahnung. Sie darf danach allerdings nicht zuwarten, bis evtl. das Problem sich von selbst löst. Dann kann die Aufsichtsfunktion auch ganz eingestellt werden.

#### § 9 Abs. 2

Die Berufung eines neuen Organmitglieds anstelle eines abberufenen Organmitglieds sollte, wenn man dieses Konstrukt überhaupt bejaht, von vornherein befristet werden. Unter dem Aspekt der verfassungsrechtlichen Autonomie der Stiftung ist dieser Fremdb Berufene nämlich ein Aussenseiter, ein Fremdkörper, ein nicht von der Satzung, letzten Endes vom Stifterwillen Legitimierter in der Runde der entsprechenden (selbstbestimmten) Organmitglieder. Daher ist es schon fraglich, ob dieses Organmitglied bis zum Ende der Amtszeit des abberufenen Organmitglieds im Amt verbleiben soll. Die Stiftung sollte so schnell wie möglich zu den gewohnten, d.h. satzungsbestimmten Verhältnissen zurückkehren können, was innerhalb von Jahresfrist möglich sein sollte. Der Neue veranlasst Handlungen, die die Stiftung nach dem bisherigen Stillstand o.ä. wieder auf den rechten Weg bringen. Danach wird er nicht mehr gebraucht und weicht einem selbstbestimmten, selbsterwählten Nachfolger. Insofern steht er

<sup>3</sup> der Verf. hat anhand der 4 Bände 'Stiftungen in der Rechtsprechung' herausgefunden, dass bei einem Bestand von rd. 5% am Gesamtbestand an BGB-Stiftungen die Familienstiftungen mit einem Drittel an den Prozessen solcher Stiftungen beteiligt waren. Daraus kann geschlossen werden, dass 'Aufsicht' als Prinzip – gesamtwirtschaftlich teure – Rechtsprechung ersetzt.

innerlich dem Sachwalter nahe. Ein Berufung auf ein Jahr sollte daher genügen. Allerdings sollte auch hinterfragt werden, ob für diese Aufgaben nicht sofort ein Sachwalter bestellt wird.

### **§ 11 Abs. 1**

Wieder nur eine Kann-Bestimmung, wo Handeln der Behörde offensichtlich nötig ist. Diese Formulierungen verführen die Behörde zu Attentismus, was letztlich der Stiftung und dem ganzen Stiftungswesen schadet, wenn sich nämlich herumspricht, dass Stiftungen leicht zu beschädigen, vielleicht sogar auszuplündern seien. Irgendwann kommt dann das Problem der Amtshaftung der Behörde wegen mangelhafter Aufsichtserfüllung ins Spiel, das insbesondere wieder unter dem Aspekt, dass nur von 'kann' gesprochen wird, also die Behörde hier kein klares Mandat hat (Einladung zum Abwarten und Teetrinken?).

Die 'vertretungsberechtigte Person' scheint jemand anderes zu sein als der in § 9 Abs. 3 erwähnte Sachwalter, nicht zu sprechen von dem berufenen Organmitglied, das ja vielleicht in ein Organ berufen wird, das nach der Satzung gar nicht zur Assenvertretung berechtigt ist. Offensichtlich ersetzt diese Person für die von ihr erwartete Handlung den Vorstand, der hier nicht aktiv werden will. Vorschlag: Sachwalter mit dieser Aufgabe betreuen.

### **§ 12 Abs. 2 Nr. 3**

Die Festlegung, was in einer Stiftungssatzung die 'wesentlichen Zwecke' sind, ist eine Ermessensentscheidung der Behörde. Angesichts der beabsichtigten Internet-Veröffentlichung des Verzeichnisses spielt es keine Rolle, wenn unwesentliche Elemente im Zweckparagrafen auch noch veröffentlicht werden. Die steuerlich unbedingt notwendigen Passagen betr. Gemeinnützigkeit kann man sich sowieso schenken. Vorschlag: 'wesentlich' streichen.

### **§ 12 Abs. 3**

Es ist zu überlegen, ob die hier angesprochenen Unterlagen nicht bei berechtigtem Interesse an der Anerkennung offengelegt werden sollten, aus Schutzgründen von materiell Betroffenen bei der Stiftungserrichtung. Ebenso könnte es bestimmten Destinatären erleichtert werden, Leistungen von der Stiftung zu erlangen, die ihnen vielleicht unter fadenscheinigen Gründen vom Vorstand verweigert werden. Ein wenig mehr Transparenz würde hier mehr Recht auf Leistung schaffen.

### **§ 13 Abs. 1 Buchst. a)**

Wegen der verfassungsgeschützten Bedeutung des privaten Schulwesens sollte unter den hier enumerierten Zwecken auch noch die 'schulischen/erzieherischen' Aufgaben der Kirchen erwähnt werden (dann dito in Buchst. b).

### **§ 14 Abs. 4**

Hier besteht ein Widerspruch zu § 12 Abs. 1, der mit 'alle' beginnt. Werden nun alle Stiftungen in das Stiftungsverzeichnis eingetragen oder nicht? - Aus Gründen der Gleichbehandlung sollten wirklich alle Stiftungen eingetragen werden. Eine Zivilgesellschaft sollte beim Gebrauch der ihr angemessenen Rechtsinstrumente und Rechtsformen auch die in mancher Hinsicht besonders zu behandelnden kirchlichen (BGB-) Stiftungen so behandeln, wie es aus

Gründen des Transparenzgebots und der Rechtssicherheit für alle anderen Teilnehmer am Rechts- und Geschäftsverkehr nötig erscheint. Schliesslich gibt es bei kirchlichen Krankenhäusern, Schulen, Kindergärten etc. auch Schutzbestimmungen, die für alle gleichermaßen gelten. Das Prinzip der Sicherung einer einheitlichen Informationsordnung sollte auch hier durchschlagen. Die Öffentlichkeit als Rechtsgemeinschaft hat ein Recht darauf zu wissen, wieviel Rechtspersonen im Kleide der BGB-jurP 'Stiftung' im Lande existieren, und das schliesst das Recht ein zu wissen, wieviel davon kirchlichen Charakters sind. Damit wird deren verfassungsrechtliche Besonderheit mit keinem Beschwer o.ä. tangiert.

Witten, 11/11/04 (KN)