

Bonn, den 30. April 2021

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts

I.

Der Gesetzentwurf ist im Ansatz zu begrüßen, weil er drei zentrale Forderungen der Stiftungsrechtsdebatte der letzten zehn Jahre aufgreift und umsetzt:

- Vereinheitlichung des materiellen Rechts der rechtsfähigen Stiftung im BGB,
- Weiterentwicklung des geltenden Rechts in Hinsicht auf aktuelle Herausforderungen wie z.B. Vermögensverwaltung, Vorstandshaftung und Satzungsänderungen,
- Einführung eines Stiftungsregisters mit Publizitätswirkung.

Allerdings ist daran zu erinnern, dass der Entwurf nicht das Ergebnis einer offenen Reformdiskussion ist (siehe dazu den Professorenentwurf zur Stiftungsrechtsreform, Beilage zu ZIP 10/2020), sondern durch eine ministerielle Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorbereitet wurde, die zusammen mit dem BMJV sechs Jahre benötigt hat, um einen Gesetzentwurf vorzulegen, dessen Anspruch sich darauf beschränkt, „das Stiftungsrecht übersichtlicher und verständlicher“ zu regeln. Der Entwurf enthält zahlreiche neue Vorschriften, klammert gleichzeitig aber praktisch wichtige Themen wie z.B. die Verzahnung von Stiftungs- und Vereinsrecht, das Verhältnis von Stiftungsrecht und steuerlicher Gemeinnützigkeit und Fragen der Rechnungslegung von Non-Profit-Organisationen aus. In einzelnen Punkten (z.B. bei der „Stiftung auf Zeit, die ihr Vermögen erhalten soll“) weist der Entwurf geradezu restaurative Züge auf, ohne dies zu begründen. Gleichzeitig werden seit langem bekannte Lücken des geltenden Rechts, die es etwa erlauben, mit der Rechtsform der Stiftung die unternehmerische Mitbestimmung zu vermeiden (vgl. § 4 Abs. 1 MitBestG) oder erbschaftsteuerliche Vorteile zu erlangen (siehe § 28a ErbStG), nicht angesprochen, geschweige denn geschlossen.

II.

Im Besonderen ist auf folgende Schwächen des Entwurfs hinzuweisen:

- Die in **§ 80 Abs. 1 Satz 1 BGB-neu** vorgesehene (klarstellende) Definition des Wesens der Stiftung ist verzichtbar, da über die Merkmale des Stiftungsbegriffs kein Streit besteht. Missverständlich ist auch die Überschrift („Ausgestaltung“), denn § 80 Abs. 1 BGB-neu regelt nicht die „Ausgestaltung“ der Rechtsform durch Stifterinnen und Stifter, sondern enthält eine (überflüssige) gesetzliche „Merkmalsbeschreibung“ der Rechtsform. Die Überschrift „Entstehung der Stiftung“ genügt.
- Für das in **§ 80 Abs. 1 Satz 2 BGB-neu** angedeutete Verbot der zeitbefristeten Stiftung, die ihr Vermögen erhalten soll, verweist der Entwurf lediglich auf die bisherige „Praxis der Verwaltungsbehörden“, nennt aber keine inhaltlichen Gründe. Richtigerweise besteht für eine unterschiedliche Behandlung von „zeitbefristeten“ und „zweckbefristeten“ Stiftungen kein Anlass. Weshalb soll eine Stifterin nicht bestimmen dürfen, dass die von ihr errichtete Kulturförderstiftung 25 Jahre nach ihrem Tod aufgelöst und das Vermögen sodann dem städtischen Museum anheimfallen soll? Darüber hinaus verlangt der Entwurf bei der Verbrauchsstiftung auch noch detaillierte Angaben über den Vermögensverbrauch, was bei zeitbefristeten Stiftungen, die zumeist über Jahrzehnte angelegt sind, nicht sinnvoll ist. Die Lösung des Gesetzentwurfs ist doktrinär.
- **§ 81 Abs. 1 Nr. 1 BGB-neu** verzichtet bewusst auf Pflichtangaben in der Satzung zur „Art und Weise der Zweckverwirklichung“, weil solche Regelungen „nicht bei jedem Stiftungszweck geboten“ seien. Diese Begründung überrascht, denn der Entwurf erläutert nicht, wie die Stiftungsbehörden ohne solche Angaben des Stifters zur beabsichtigten Tätigkeit der Stiftung die in § 82 BGB-neu zwingend vorgesehene „Lebensfähigkeitsprüfung“ durchführen könnten. Darüber hinaus übersieht die Gesetzesbegründung, dass über 90 Prozent aller Stiftungen schon heute wegen der §§ 59, 60 AO solche Angaben zwingend in ihre Satzung aufnehmen müssen. Eine solche „Selbstgenügsamkeit“ des Stiftungsrechts missachtet das gesetzlich angeordnete Zusammenspiel von Zivil- und Steuerrecht und widerspricht dem Ziel, das Stiftungsrecht „übersichtlicher und verständlicher zu machen“. Sie ist auch nicht vereinbar mit § 85 Abs. 2 Satz 2 BGB-neu, der die „Art und Weise der Zweckverwirklichung“ zu den „prägenden“ Elementen der Stiftungsverfassung zählt.
- **§ 81 Abs. 3 BGB-neu** hält zwar zu Recht am Schriftformerfordernis des Stiftungsgeschäfts fest. Der Wortlaut bringt das Gewollte aber unzureichend zum Ausdruck. Dem Vorschlag des Bundesrates sollte daher gefolgt werden.
- Aus der Begründung zu **§ 83a BGB-neu** ergibt sich, dass der Ort der Verwaltung der Stiftung derjenige Ort ist, an dem die Geschäftsordnungsorgane der Stiftung „schwerpunktmäßig“ tätig sind. Diese – erstmals im Regierungsentwurf enthaltene – Klarstellung ist nachdrücklich zu begrüßen, da sie dem bei Beratern beliebten „Aufsicht-Shopping“ bei der Stiftungsgründung entgegenwirkt, den Inlandsbezug der Stiftungsaufsicht auch gegen unionsrechtliche Bedenken absichert und zu einem Gleichlauf der örtlichen Zuständigkeit von Finanzämtern (vgl. § 10 AO) und Stiftungsaufsichtsbehörden führt. Im Interesse der Rechtsvereinheitlichung sollte § 83a BGB-neu aber um eine entsprechende Definition des Verwaltungssitzes ergänzt werden.

- Zu Recht verzichtet der Entwurf in **§ 83c Abs. 1 Satz 1 BGB-neu** auf eine Legaldefinition des Gebotes der Vermögenserhaltung. Tatsächlich lässt sich sein Inhalt angesichts der individuellen Stiftungszwecke und Vermögenswidmungen nicht allgemeingültig festlegen. Vielmehr bleibt es die Aufgabe der Stiftungsorgane, unter Beachtung der objektiven Erfordernisse des jeweiligen Stiftungszwecks und der konkreten Vermögenswidmung des Stifters ein bestimmtes „Erhaltungskonzept“ im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens festzulegen. Im Interesse eines eigenständigen Verständnisses des Grundsatzes sollte der Wortlaut des § 83c Abs. 1 Satz 1 BGB-neu zudem von jeder verbalen Anknüpfung an die bisherigen landesrechtlichen Vorschriften freigehalten werden. Dies gilt auch für den völlig inhaltsleeren Begriff „ungeschmälert“, den die Bund-Länder-Arbeitsgruppe offenbar einfach aus § 4 Abs. 2 Satz 1 StiftGNRW und § 7 Abs. 2 Satz 1 StiftGRhPf übernommen hat. Die Regelung sollte daher lauten: „Das Grundstockvermögen ist zu erhalten.“

- **§ 83c Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BGB-neu** sind unbedingt zu ändern, da der vorgeschlagene Wortlaut in der Praxis für Verwirrung sorgen wird. Im Kern geht es um die Frage, ob – wie es in der Begründung heißt – „Zuwächse aus Vermögensumschichtungen“ zur Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet werden dürfen. Nach der Begründung soll diese Frage „wie bisher“ zu bejahen sein. Diese Aussage ist in mehrfacher Hinsicht nicht nachvollziehbar. Zunächst ist daran zu erinnern, dass der Referentenentwurf noch die gegenteilige Ansicht vertrat (offenbar gab es selbst in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe keine Einigkeit) und im stiftungsrechtlichen Schrifttum eine differenzierte Auffassung vorherrscht. Vor allem sind die Ausführungen in der Begründung nicht vom Wortlaut des Gesetzentwurfs gedeckt. Denn nach § 83c Abs. 1 Satz 1 BGB darf der Stiftungszweck nur „mit den Nutzungen des Grundstockvermögens“ erfüllt werden. Der Begriff der Nutzungen ist – bei einer systematischen Auslegung – im Sinne von § 100 BGB zu verstehen. Danach gehören „Zuwächse aus Umschichtungsgegewinnen“ bezogen auf einzelne Vermögensgegenstände (z.B. eine Gesellschaftsbeteiligung) nicht zu den Nutzungen, da Veräußerungsgewinne regelmäßig weder Erträge i.S. von § 99 BGB (also Sach- oder Rechtsfrüchte), noch Gebrauchsvorteile sind (so für den Verkaufserlös einer Aktie etwa OLG Bremen, DB 1970, 1436; Palandt-Ellenberger, 80. Aufl. 2021, § 100 BGB Rz. 1). Zudem erweckt § 83c Abs. 3 BGB-neu den Eindruck, als dürften Zuwächse aus Vermögensumschichtungen nur bei solchen Stiftungen verbraucht werden, deren Satzung eine entsprechende Regelung enthält.

Die Ursache für diese **Rechtsunsicherheiten** ist zum einen darin zu finden, dass der Gesetzentwurf in diesem Punkt vom Referentenentwurf abweicht, ohne dass der Gesetzestext verständlich angepasst wurde. Zum anderen haben die Verfasser des Entwurfs übersehen, dass es bei der Behandlung von „Zuwächsen aus Umschichtungen“ viele verschiedene Fallgestaltungen gibt, von denen hier zwei beispielhaft näher dargestellt werden sollen: Besteht das Stiftungsvermögen aus wenigen konkreten vom Stifter gewidmeten Vermögensgegenständen (drei Mietwohnungen), kann man für den Regelfall davon ausgehen, dass der Stiftungszweck nach der Bestimmung des Stifters lediglich mit den Mieten („Nutzungen“ i.S. von Rechtsfrüchten nach § 99 BGB) zu erfüllen ist. Ob nach dem Stifterwillen dagegen auch der Gewinn aus der Veräußerung einer Wohnung für den Stiftungszweck verbraucht werden darf, erscheint in solchen Fällen eher zweifelhaft. Völlig anders liegen die Dinge im Regelfall einer Kapitalstiftung,

deren Stiftungsvermögen in verschiedenen „Assetklassen“ (Aktien, Anleihen, Fonds, Festgeld u.a.) breit angelegt werden soll. In diesem Fall hat es rechtlich und wirtschaftlich keinen Sinn, über die Frage zu streiten, ob „Zuwächse aus Umschichtungen“ (z.B. dem Verkauf von Wertpapieren oder Immobilienfonds) für den Stiftungszweck verbraucht werden dürfen. Vielmehr ist es gerade das Ziel einer breit gestreuten Vermögensanlage, neben „laufenden Erträgen“ wie z.B. Zinsen und Dividenden auch realisierte Wertsteigerungen aus Umschichtungen des Vermögens ganz oder teilweise für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu nutzen, sofern sie nicht für die Vermögenserhaltung benötigt werden. Diese Sicht entspricht nicht nur dem typischen Stifterwillen, sondern auch dem richtig verstandenen Nutzungsbegriff des § 100 BGB, der immer nur anhand der „wirtschaftlichen Bestimmung“ einer Sache bzw. Sachgesamtheit konkretisiert werden kann (vgl. §§ 92, 99 BGB). So ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass z.B. der Gewinn eines Unternehmens als „Ertrag“ dieser Sachgesamtheit zu den „Nutzungen“ zählt (zuletzt BGHZ 168, 220, 241).

Gerade bei der derzeitigen Kapitalmarktsituation muss die gewollte **Zulässigkeit eines Verbrauchs von Umschichtungsgewinnen** für den Normalfall der Kapitalstiftung im Gesetz eindeutig geregelt werden. Dazu sollte der missverständliche § 83c Abs. 3 BGB-neu ersatzlos gestrichen, die Gesetzesbegründung überarbeitet und § 83c Abs. 1 BGB-neu um einen Satz 3 ergänzt werden, der das vom Entwurf für den Regelfall Gewollte klar zum Ausdruck bringt: „Zuwächse aus Vermögensumschichten dürfen zur Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet werden, wenn die Erhaltung des Vermögens gesichert ist und der Stifterwille nicht entgegensteht.“

- **§ 83b und § 83c BGB-neu** sind sachlich unvollständig, weil die Vorschriften einerseits überaus detaillierte Aussagen zu Begriff und Verwaltung des Grundstockvermögens enthalten, andererseits zur wichtigen Problematik der Rücklagenbildung schweigen. So vermittelt der Gesetzentwurf den – unrichtigen – Eindruck, dass die z.B. im steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht ausdrücklich erlaubte Bildung von Rücklagen (vgl. § 62 AO) stiftungsrechtlich nur in Form einer „Kapitalerhöhung“ nach § 83b Abs. 2 Nr. 3 BGB-neu zulässig sein soll. Die Zulässigkeit einer Einstellung von Vermögenserträgen in Rücklagen (z.B. für konkrete künftige Vorhaben oder zur Stärkung der Leistungskraft der Stiftung) sollte ausdrücklich in § 83c BGB-neu geregelt werden.
- Der Entwurf sieht vor, dass die Organverfassung der rechtsfähigen Stiftung in den **§§ 84 ff. BGB-neu** künftig „umfassender eigenständig im Stiftungsrecht“ geregelt wird. Indes zeigt ein Blick auf die neuen Vorschriften, dass der Entwurf seinen selbst gesetzten Anspruch nicht einlöst. Vielmehr werden mehr oder weniger willkürlich bestimmte Fragen durch wortlautgleiche Regelungen aus dem Vereinsrecht in das Stiftungsrecht „transplantiert“ (z.B. die Regelungen über den Vorstand) und andere Fragen weiterhin durch Verweisung auf das Vereinsrecht geregelt (z.B. die Beschlussfassung des Vorstands). Diese Art von „Rechtsvereinheitlichung“ trägt zur Verwirrung bei und birgt die Gefahr, dass Gerichte z.B. eine entsprechende Anwendung der Business-Judgment-Rule auf Vereinsvorstände unter Hinweis auf § 84a Abs. 2 BGB-neu und § 34 Abs. 1 GenG in Frage stellen.

- **§ 84a BGB-neu** sollte um ein Organklagerecht ergänzt werden, damit z.B. Vorstandsmitglieder künftig auch ohne direkte Betroffenheit rechtswidrige Beschlüsse im eigenen Namen gerichtlich überprüfen lassen können. Von einem allgemeinen Notklagerecht „berechtigter Dritter“ gegen Aufsichtsmaßnahmen ist abzuraten, da derartige Klagerechte bei gemeinnützigen Stiftungen auf die Einführung einer Popularklage hinauslaufen würden (jeder „Kunstinteressierte“ könnte dann gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde bei einer Kulturförderstiftung klagen) und bei Familienstiftungen schon heute durch Satzungsregelung möglich sind.
- Zumindest nach seinem Wortlaut erleichtert der Entwurf in **§ 85 BGB-neu** die Umwandlung „gescheiterter“ Ewigkeitsstiftungen in Verbrauchsstiftungen. Ob es künftig tatsächlich zu einer größeren Zahl solcher – in der Sache wünschenswerter – „Umwandlungen“ von nicht mehr lebensfähigen Ewigkeitsstiftungen in Verbrauchsstiftungen kommen wird, hängt vor allem von der praktischen Umsetzung der neuen Bestimmungen durch die Stiftungsbehörden ab. Diese haben sich in der Vergangenheit äußerst restriktiv gezeigt. Vor diesem Hintergrund sollte in der Gesetzesbegründung noch deutlicher hervorgehoben werden, dass an eine „Unmöglichkeit“ i.S. von § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB-neu keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Auch nach der Gesetzesbegründung soll es anscheinend ausreichen, dass das „ursprüngliche Lebensfähigkeitskonzept“ der Stifterin oder des Stifters gescheitert ist. Neben finanziellen Schwierigkeiten unterkapitalisierter Stiftungen gehört dazu aber z.B. auch der Fall, dass sich keine ehrenamtlichen Vorstandsmitglieder mehr finden lassen, da die eigentliche Stiftungsidee zu sehr auf die Person der Stifterin oder des Stifters zugeschnitten war und für Dritte unattraktiv ist. Vor allem sollten in Zukunft höhere Anforderungen an die Kapitalausstattung neuer Stiftungen gestellt werden.
- Die Vorschriften über eine Zulegung und Zusammenlegung in den **§§ 86 ff. BGB-neu** stehen in keinem vernünftigen Verhältnis zur (außerordentlich geringen) praktischen Bedeutung dieser Rechtsinstitute und sollten „gelichtet“ werden. Für den praktisch wichtigsten Fall der Zulegung sollte geprüft werden, ob das Kriterium der „wesentlichen Zweckidentität“ in § 86 Nr. 2 BGB-neu nicht zu eng formuliert ist. Insoweit ist nicht nur an den in der Begründung angesprochenen Fall einer übernehmenden Stiftung mit mehreren Zwecken zu denken, sondern auch an den Fall, dass der Stifter die Organe für den Fall einer Zulegung zu einer Zweckerweiterung „ermächtigt“ hat. So gesehen, sollte es alleine darauf ankommen, ob die konkrete Zulegung dem Willen der Stifter der übernehmenden Stiftung entspricht.
- Ein **lebzeitiges Satzungsänderungsrecht** von Stifterinnen und Stifter könnte die Attraktivität der Rechtsform Stiftung vergrößern, wäre aber gleichzeitig für Organmitglieder, Kooperationspartner und Dritte mit Unsicherheiten verbunden. Dogmatisch ließe sich ein lebzeitiges Änderungsrecht bei natürlichen Personen mit dem „Wesen“ der Stiftung vereinbaren, wenn man davon ausgeht, dass die endgültige Ausgestaltung der Stiftungssatzung eine „Lebensaufgabe“ darstellt, für die den Stifterinnen und Stiftern ein angemessen langer Zeitraum einzuräumen ist. Sollte der Gesetzgeber sich für diesen Weg entscheiden, darf die Entscheidung für eine steuerbegünstigte Stiftung allerdings auf keinen Fall mehr „umkehrbar“ sein. Davon abgesehen, bedürfte ein Änderungsrecht lebender Stifterinnen und Stifter keiner weiteren Einschränkungen.

- Der Gesetzentwurf unterschätzt in **Artikel 2** das zentrale Problem des Übergangs auf das neue Recht. Wie jede rechtliche Regelung lassen sich Stiftungsgeschäfte und Stiftungssatzungen nur vor dem Hintergrund des im Zeitpunkt ihrer Abfassung geltenden Rechts sinnvoll auslegen. Angesichts der umfassenden Änderungen ständen bei einer Verabschiedung des Gesetzes praktisch alle deutschen Stiftungen vor der Prüfung, ob die bestehenden Satzungen an die neue Rechtslage anzupassen sind und durch welche Regelung der Stifterwille weiterhin zutreffend zum Ausdruck kommt. Hierfür muss den Stiftungsorganen und den Stiftungsbehörden ein – temporäres – Recht zu Satzungsanpassungen eingeräumt werden. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung wird schon in zeitlicher Hinsicht dieser Erwartung nicht gerecht.
- Die Einführung eines **Stiftungsregisters mit Publizitätswirkung** ist nachdrücklich zu begrüßen. Allerdings sind von namhaften Rechtsexperten ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des vorliegenden Vorschlags erhoben worden, die im bisherigen Gesetzgebungsverfahren – auch vom BMJV – nicht ausgeräumt werden konnten. Die Verantwortung für diesen misslichen Zustand tragen in erster Linie die Bundesländer, deren Vertreter sich in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe unter Hinweis auf „Kosten“ (!) nachdrücklich gegen die Einrichtung eines zeitgemäßen Stiftungsregisters auf Länderebene gewehrt haben und am unhaltbaren heutigen Rechtszustand festhalten wollten. Gleichzeitig sind vor allem Stiftungen wegen des Fehlens eines modernen Stiftungsregisters durch die Einführung des „Transparenzregisters“ ganz erheblich belastet wurden. Die jetzt – aus der Not heraus geborene – Lösung eines mit der landesrechtlichen Stiftungsaufsicht verzahnten „Bundesregisters“ belastet die ganze Stiftungsrechtsreform mit kompetenzrechtlichen Risiken. Unabhängig von diesem Monitum sollte das Stiftungsregister – wie auch vom Bundesrat angeregt – so ausgestaltet werden, dass die Stiftungsvorstände keine zusätzlichen Pflichten treffen. Anmeldungen zum Stiftungsregister sollten – ebenso wie beim geplanten „Zuwendungsempfängerregister“ nach § 5 Abs. 1 Nr. 47 FVG – automatisch durch die zuständigen (Stiftungs-)Behörden erfolgen. Darüber hinaus reicht es aus, wenn die für den Rechtsverkehr relevanten Vertretungsbefugnisse der Stiftung für Dritte einsehbar sind.

III.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der vorliegende Gesetzentwurf manche Erwartung an ein modernes und zukunftsgerichtetes Stiftungsrecht nicht erfüllen kann. Immerhin beendet er den föderalen Stiftungsprovinzialismus, bringt einige inhaltliche Klarstellungen und Verbesserungen und wird für ein Stiftungsregister mit Publizitätswirkung sorgen. Vor diesem Hintergrund ist – wenn die **aufzeigten Mängel** bei der Behandlung von **Umschichtungsgewinnen**, der **Übergangsregelung** und im **Stiftungsregister** im Wesentlichen beseitigt werden – diese Reform ein Fortschritt und **besser als keine Reform**.