



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

INSTITUT FÜR STIFTUNGSRECHT UND
DAS RECHT DER NON-PROFIT-ORGANISATIONEN

Bucerius Law School, Institut für Stiftungsrecht, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

An den
Deutschen Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft
Institut für Stiftungsrecht und das
Recht der Non-Profit-Organisationen

Leitung:
Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Sekretariat:
Julia Theele

Tel.: +49 (0)40 3 07 06 - 270
Fax: +49 (0)40 3 07 06 - 275
E-Mail: julia.theele@law-school.de

Hamburg, 4. Mai 2021

Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem am 3. Februar 2021 von der Bundesregierung verabschiedeten Kabinettsentwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts danke ich sehr herzlich.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ unter Federführung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz hatte in Reaktion auf einen verbreitet konstatierten Reformstau im Stiftungszivilrecht am 29./30.11.2016 einen ersten Vorschlag und am 27.2.2018 einen Diskussionsentwurf für eine Reform des Stiftungsrechts veröffentlicht. Der erste Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe stellt eine solide Diskussionsgrundlage für das Reformvorhaben dar. Anerkennenswert sind auch die erheblichen Mühen der Mitglieder der Arbeitsgruppe, die verschiedenen Landesstiftungsgesetze und die unterschiedlichen Kulturen der Stiftungsbehörden in den Ländern auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Es ist aber bedauerlich, dass die Stiftungsrechtsreform nicht im weiteren Verlauf nach dem Vorbild des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts durch eine gemischte Kommission von Expertinnen und Experten aus Wissenschaft und Praxis und unter breiter Diskussion in der Fachöffentlichkeit vorbereitet wurde. Lediglich zum ersten Entwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe wurde eine zweitägige Anhörung durchgeführt, ohne dass aber Anregungen konkret aufgegriffen wurden. Auch die Kritik an den nachfolgenden erheblichen Änderungen im Diskussionsentwurf und im Referentenentwurf fanden im Regierungsentwurf kaum Niederschlag.

Den Reformprozess hat eine Gruppe von im Stiftungs- und Vereinsrecht forschenden Hochschullehrern intensiv beobachtet und sich in zahlreichen Veröffentlichungen hierzu geäußert. Diese Stellungnahme

beruht auf jenen Überlegungen, insbesondere dem alternativen Vorschlag des sog. Professorenentwurfs,¹ der Hamburger Erklärung zur Stiftungsrechtsreform 2020² und der gemeinsamen Analyse des Regierungsentwurfs durch *Arnd Arnold, Ulrich Burgard, Gregor Roth* und mir.³

I. Zum Grundanliegen des Regierungsentwurfs

Der Ausgangspunkt des Regierungsentwurfs, das Stiftungszivilrecht abschließend **bundesrechtlich** zu regeln, wird zu Recht einhellig positiv bewertet. Damit wird eine - auch international gebräuchliche - einheitliche Rechtsgrundlage geschaffen, es werden sachlich nicht gerechtfertigte landesrechtliche Unterschiede im materiellen Stiftungsrecht der Länder harmonisiert und es wird die Diskussion über die Verfassungswidrigkeit der vom Bundesrecht abweichenden Vorschriften beendet.

Kritikwürdig ist aber die Umsetzung der Rechtsvereinheitlichung. Erlaubt ist nicht mehr alles, was nicht verboten ist, sondern es ist alles verboten, was nicht ausdrücklich erlaubt ist. So heißt es in der Begründung zum Gesetzentwurf bei *„den einzelnen Vorschriften wird ausdrücklich geregelt, inwieweit davon durch die Satzung abgewichen werden kann“* (BT-Drs. 19/28173, S. 27). Entsprechende Einschränkungen finden sich im Gesetz oder in der Begründung zu § 80 Abs. 1 S. 1 und S. 2, § 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 82, § 83b Abs. 2, Abs. 4, § 83c Abs. 1 S. 2, Abs. 2, Abs. 3, § 84 Abs. 3, Abs. 4 S. 2, § 85 Abs. 2 S. 2, Abs. 4, § 85a Abs. 1 S. 1, S. 2, § 86b Abs. 1 S. 2, § 87 Abs. 3, zu den §§ 86 bis 86h und § 86a, zu den §§ 87 bis § 87c BGB-neu. Das führt zu einer erheblichen **Einschränkung der Stifterfreiheit** und widerspricht dem sonst im Zivilrecht, im Vereins-, im Personengesellschaftsrecht und im Recht der GmbH verwirklichten Grundsatz der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG). Vorzugswürdig ist die bisherige Regelungssystematik, wie sie auch noch im Diskussionsentwurf vorgesehen war, die den Stiftern weitgehende Gestaltungsfreiheit gewährt. Ebenso wie im Vereins- und Gesellschaftsrecht ist im Stiftungsrecht bereits durch die Auslegung weitgehend geklärt, welche (wenigen) Vorgaben zwingend sind.

Der mit dem Entwurf verfolgte Zweck, das Stiftungsrecht *„übersichtlicher und verständlicher“* (BT-Drs. 19/28173, S. 1) zu regeln, kann durch die nun vorgelegte **Neuformulierung des gesamten Stiftungsrechts** des BGB und der materiellen Regelungen aus den Landesstiftungsgesetzen sowie durch die **Aufgabe der bewährten Verzahnung von Vereinsrecht und Stiftungsrecht** nicht gelingen. Durch jede Abweichung vom bisherigen Wortlaut ergeben sich zahlreiche neue Auslegungsfragen, die Stifterinnen und Stifter, Behörden und Gerichte auf Jahre beschäftigen und zu höchst unterschiedlichen Antworten führen werden. Soweit die bisherigen Vorschriften im Stiftungsrecht des BGB funktionieren und durch Auslegung einen gefestigten Inhalt erhalten haben, sind Änderungen nicht erforderlich. Die Vorschriften sind nur dort *„minimal-invasiv“* zu ergänzen, wo konkreter Änderungsbedarf besteht. Auch die materiell zivilrechtlichen Vorschriften aus den Landesstiftungsgesetzen zur Zweckänderung, zur Zu- und Zusammenlegung, zur Aufhebung der Stiftung sowie zur Verwaltung des Stiftungsvermögens sind behutsam und ohne unnötige Umformulierungen zu vereinheitlichen und in das BGB einzufügen. Denn

¹ *Arnold/Burgard/Droege/Hüttemann/Jakob/Leuschner/Rawert/Roth/Schauhoff/Segna/Birgit Weitemeyer*, Beilage zu ZIP 10/2020.

² *Arnold/Burgard/Jakob/Roth/Weitemeyer*, Hamburger Erklärung zur Stiftungsrechtsreform anlässlich der Hamburger Tage des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts 2020, npoR 2021, 41 f.

³ Vgl. die Beiträge von *Arnold, Burgard* und *Roth*, npoR 2021, 78 ff. sowie unveröff. Stellungnahmen von *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*; vgl. bereits *Weitemeyer*, ZGR 2019, 238 ff.

anders als Verträge oder Satzungen im sonstigen Schuld- und Gesellschaftsrecht können Stiftungssatzungen nicht ohne Weiteres an neue Gesetzgebung und die infolgedessen entstehende neue Auslegung in der Rechtsprechung beständig angepasst und korrigiert werden.

Zudem wurde die Vereinheitlichung des Landesrechts zum Anlass genommen, die jeweils **strengste Behördenpraxis** in Gesetzesform zu gießen, etwa zur Zulässigkeit einer Verbrauchsstiftung, zum Erfordernis eines Verbrauchsplans, zur Zulässigkeit der reinen Zeitstiftung oder zur Verwendung von Umschichtungsgewinnen. In dieser Fassung darf der Entwurf daher nicht umgesetzt werden. Er würde zu einem Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht führen. Bestehende Stiftungen würden erheblicher Rechtsunsicherheit, einer von Behörde zu Behörde abweichenden Praxis und vielfältigen Satzungsänderungen ausgesetzt, zumal die Übergangsregelungen völlig unzureichend sind. Der Anspruch auf Anerkennung künftiger Stiftungen würde durch die vielen, oft unklaren Ge- und Verbote ausgehöhlt und Stiftungswillige würden angesichts der Einschränkung der Stifterfreiheit noch mehr als jetzt schon auf Ersatzformen wie die gGmbH, Treuhandstiftungen, neue Rechtsformen wie die GmbH m. geb. V. oder gleich in das Ausland ausweichen. Dabei sind wichtige Zukunftsfragen noch nicht einmal angegangen, wie die - auch internationale übliche - Gleichstellung mit anderen Rechtsformen durch Schaffung eines Normativsystems mittels Eintragung in ein bei den Amtsgerichten geführtes Register, verpflichtende Rechnungslegung entsprechend §§ 238 ff. HGB für große Stiftungen, die Anwendung des Unternehmensrechts entsprechend dem Niederländisch/Skandinavischen Modell auf Unternehmensstiftungen und ein Änderungsrecht für lebende Stifterinnen und Stifter.

Zu begrüßen sind im Grundsatz die Schaffung eines Stiftungsregisters mit Publizitätswirkung, die Einführung der Business Judgment Rule, die Änderungen zur Notbestellung von Organen und die Änderung der Regelung über die Anfallklausel. Sollte das Gesetzgebungsverfahren fortgeführt werden, sind aber zumindest die folgenden, auch von anderen Verbänden und Experten vielfach kritisierten Regelungen zu ändern, damit das Stiftungswesen in Deutschland nicht ernsthaft beschädigt wird.

II. Im Einzelnen

1. Zu § 80 BGB-neu (Ausgestaltung und Entstehung der Stiftung)

Die Regelung sollte weitgehend zugunsten des bisherigen § 80 BGB aufgegeben werden. Die Formulierung in § 80 Abs. 2 S. 1 BGB-alt ist geringfügig zu modifizieren, um den rechtsstaatlichen Bedenken gegen die zu weite Gemeinwohlklausel in § 80 Abs. 2 BGB Rechnung zu tragen: „Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Absatz 1 genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und die *Stiftung nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt*.“

Begründung:

Durch § 80 Abs. 1 BGB-neu sollen zeitlich begrenzte Stiftungen allein in der Form der **Verbrauchsstiftung** zulässig sein. Demgegenüber sollte es bei der durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.3.2013⁴ geschaffenen Anerkennung der Verbrauchsstiftung, wenn das Vermögen einer Stiftung zum Verbrauch während eines Zeitraums von mindestens zehn Jahren bestimmt ist, bleiben. Ein Verbot der reinen Zeitstiftung ist angesichts des grundsätzlichen Vorrangs der Privatautonomie des Stifters nicht notwendig. Die Stiftung ermöglicht es dem Stifter, seine privatautonome Entscheidung in

⁴ BGBl. 2013 I, 556.

einer Weise zu perpetuieren, wie es keine andere Rechtsform oder rechtliche Gestaltung erlaubt. Entscheidend ist aber nicht die ewige Zweckbindung, sondern die Beständigkeit des Zweckes *während* des Bestehens der Stiftung. Auf Seiten der Stifter nimmt das Bedürfnis nach Errichtung von Verbrauchsstiftungen wegen des konzentrierten Vermögenseinsatzes zu, wobei diese aber auch schon im Mittelalter verbreitet waren. Auch die Frage, ob neben der Verbrauchsstiftung eine „Stiftung auf Zeit“ zulässig ist und ob die Verbrauchsstiftung immer zeitlich begrenzt sein muss,⁵ sollte Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben oder - besser noch - ausdrücklich gesetzlich erlaubt werden.

Die dogmatische Festlegung in § 80 Abs. 1 BGB-neu zur „Ausgestaltung der Stiftung“ sollte vermieden werden. Soweit damit reine Funktionsträgerstiftungen wie die Stiftung & Co. KG verboten werden sollen, sind diese bereits nach geltendem Recht unzulässig. Allerdings kann das Verbot schon jetzt, aber auch mit der neuen Gesetzesfassung in Zukunft allzu leicht umgangen werden, indem der Stiftung außer der Funktion als Komplementärin weitere Aufgaben übertragen werden. Wie international üblich sollte das Verbot daher ausdrücklich formuliert werden, wenn man es denn vorsehen will, so in der Schweiz (Art. 552 Abs. 1 OR), in Tschechien,⁶ Liechtenstein (Art. 552 § 1 Abs. 3 PGR)⁷ und in Österreich (§ 1 Abs. 2 PSG),⁸ wo Stiftungen als juristische Personen die Rolle als persönlich unbeschränkt haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft schon grundsätzlich verschlossen ist.

§ 80 Abs. 2 S. 2 BGB-neu entspricht dem bisherigen „**Städelparagrafen**“ § 84 BGB und ist in § 80 inhaltlich und systematisch fehl am Platz. Er sollte als Satz 3 in § 82a BGB-neu angefügt werden.

2. Zu § 81 Abs. 1 BGB-neu (Stiftungsgeschäft)

In § 81 Abs. 1 BGB-neu und in allen anderen Vorschriften ist das Wort „Errichtungssatzung“ durch „Satzung“ zu ersetzen.

Begründung:

In § 81 Abs. 1 BGB-neu, in § 83 Abs. 2 BGB-neu zur Maßgeblichkeit des Stifterwillens, in § 84a Abs. 1 BGB-neu sowie § 85 Abs. 4 BGB-neu wird nicht wie bisher auf den Stifterwillen, wie er in der „Satzung“ zum Ausdruck kommt, hilfsweise den mutmaßlichen Stifterwillen abgestellt, sondern auf die ursprüngliche „Errichtungssatzung“. Schon bisher wird der maßgebende Stifterwille auf der Grundlage der Satzung im Zeitpunkt der Errichtung ermittelt. Lässt sich aber bei historischen Stiftungen die Errichtungssatzung nicht mehr zuverlässig ermitteln oder hat sich die Satzung nach genehmigten Änderungen fortentwickelt, ist die aktuelle Satzung Ausgangspunkt der Auslegung des Stifterwillens. Alles andere würde bei Alt-Stiftungen zu historischer Detektivarbeit und bei allen Stiftungen zu einer dysfunktionalen Erstarrung führen.

3. Zu § 81 Abs. 2 BGB-neu (Verbrauchsstiftung)

§ 81 Abs. 2 BGB-neu über die zeitliche Begrenzung einer Verbrauchsstiftung und das Erfordernis von Satzungsbestimmungen, wie das Vermögen zu verbrauchen ist, ist zu streichen.

⁵ Vgl. zur Verbrauchsstiftung folgende Sonderregelungen: § 80 Abs. 1 S. 3, § 81 Abs. 2, § 82 S. 2, § 83a S. 2, § 83c Abs. 1 S. 4, § 87 Abs. 2, § 87a Abs. 2 Nr. 1 § 85 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 81 Abs. 2 BGB-neu.

⁶ *Ronovska*, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 35, 43.

⁷ Gesetz v. 26.6.2008 über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts, LGBl. 2008, Nr. 220.

⁸ BGBl. 1993/694 idF BGBl. I 2020/111.

Begründung:

Zur Kritikwürdigkeit der zeitlichen Begrenzung einer Verbrauchsstiftung siehe bereits unter 1. Im Übrigen vermag es kein Stifter im Vorhinein abzusehen, wie konkret seine Verbrauchsstiftung in dreißig, fünfzig oder hundert Jahren ihr Vermögen ausgeben wird. Man denke nur an die Bill und Melinda Gates Stiftung, deren enormes Stiftungsvermögen fünfzig Jahre nach dem Versterben des Stifterehepaars für die Stiftungszwecke eingesetzt worden sein soll.⁹ Vorgaben zum Verbrauch darf der Stifter bisher machen, muss dies aber nicht. In diesem Fall erfolgt der Verbrauch nach pflichtgemäßem Ermessen der Organe, so dass diese situationsangemessen entscheiden können, etwa zur Bekämpfung einer Pandemie erhöhte Mittel zu verbrauchen. Absehbar ist auch nicht, ob und wie durch eine erfolgreiche Vermögensanlage oder erhebliche Zustiftungen oder Spenden Dritter das Vermögen anwächst und wie ein „**Verbrauchsplan**“ dann zu modifizieren wäre.

4. Zu § 81 Abs. 3 BGB-neu (Form des Stiftungsgeschäfts)

Die Regelung ist neu zu fassen: „Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der schriftlichen Form. § 311b und § 15 Abs. 4 GmbHG sind nicht anzuwenden.“

Begründung:

Der Wortlaut von § 81 Abs. 3 BGB-neu ist misslungen. Die Begründung zum Entwurf will es bei der bisherigen Rechtslage belassen, dass die besonderen Formvorschriften auf ein Stiftungsgeschäft **nicht** anzuwenden sind. Der Verweis auf die Verfügung von Todes wegen ist überflüssig, da sich dies aus dem Erbrecht ergibt. Alternativ kann dem Vorschlag des Bundesrats gefolgt werden (BR-Drs. 143/1/21, S. 1 f.).

5. Zu § 82c S. 2 BGB-neu (Namenszusatz der Stiftung)

§ 82c S. 2 BGB-neu sieht einen eigenen Namenszusatz „e.SV.“ für Verbrauchsstiftungen vor. Dieser Satz ist zu streichen.

Begründung:

Vor der Verbrauchsstiftung muss nicht gesondert gewarnt werden. Der Zusatz diskriminiert die Verbrauchsstiftung und verwirrt den Rechtsverkehr. Da auch Ewigkeitsstiftungen bereits mit einem geringen Vermögen von 100.000 € errichtet werden können, sind diese nicht weniger insolvenzanfällig als milliardenschwere und über Jahrzehnte bestehende Verbrauchsstiftungen wie die Gates Stiftung. Ausreichend ist es, dass die Eigenschaft als Verbrauchsstiftung im Stiftungsregister verlautbart wird.

6. Zu § 83 c BGB-neu (Verwaltung des Grundstockvermögens)

§ 83c Abs. 1 BGB-neu ist anzupassen „(1) Das Grundstockvermögen ist nach Maßgabe des Stifterwillens zu erhalten. Der Stiftungszweck ist unter Berücksichtigung der Erhaltungspflicht aus den Erträgen des Grundstockvermögens zu erfüllen.“

Es ist ein neuer § 83c Abs. 2 BGB-neu einzufügen: „(2) Über die Art und Weise der Vermögenserhaltung entscheiden die zuständigen Stiftungsorgane unter Berücksichtigung des Stifterwillens und der Erfordernisse des Stiftungszwecks nach pflichtgemäßem Ermessen“

⁹ Beatty, Gates Foundation Sets Its Lifespan, v. 1.1.2006, <http://www.wsj.com/articles/SB116493514082937519>.

Abs. 3 BGB-neu ist zu ändern: „(3) Das Stiftungsvermögen ist unter Berücksichtigung der Vorgaben des Stifters nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Vermögensverwaltung zu bewirtschaften. In diesem Rahmen sind auch Umschichtungen des Grundstockvermögens zulässig.“

Es ist ein neuer Abs. 4 BGB-neu einzufügen: „(4) Die Bildung von Rücklagen ist erlaubt, soweit die Satzung nicht entgegensteht und sie der Erfüllung des Stiftungszwecks oder der Erhaltung des Stiftungsvermögens dienen.“

Die Abs. 2 und 4 werden Abs. 4 und 6.

Begründung:

In Anlehnung an den Professorenentwurf, die Vorschläge des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen e.V. und des Stifterverbandes ist die Vorschrift über die Verwaltung des Grundstockvermögens dem bislang geltenden Recht anzupassen. Abs. 1 enthält das Gebot der ungeschmälernten Erhaltung des Stiftungsvermögens aus den Landesstiftungsgesetzen und gehört zu den Grundprinzipien des Stiftungsrechts. In Zeiten der Niedrigzinsen und neuer Anlageprodukte erwirtschaften Stiftungen heute ihre Erträge aber nicht mehr aus der bloßen Nutzung, sondern aus allen **Erträgen des Vermögens**, zu denen in einer weiten Begrifflichkeit über § 100 BGB hinaus maßgeblich auch Umschichtungsgewinne aus Verkäufen von Immobilien, Immobilienfonds, Aktien, Unternehmens- oder Staatsanleihen oder Anteilen in Investmentfonds gehören. Eine Gruppe von Ökonomen um *Ann-Kristin Achleitner* hat erst kürzlich das zu zögerliche Anlageverhalten deutscher Stiftungen kritisiert. Allein mit laufenden Erträgen können Stiftungen ihren Stiftungszweck nicht mehr nachhaltig erfüllen.

Auch daher stellt der Vorschlag eines Abs. 3 S. 1 die Konkretisierung des Gebots der Vermögenserhaltung in das pflichtgemäße Ermessen der Stiftungsorgane, soweit sich nicht aus dem Stifterwille etwas anderes ergibt. Das Grundstockvermögen ist zwar grundsätzlich in seinem realen Nutzungswert für die Verfolgung des Stiftungszwecks zu erhalten ist, ein solcher realer Vermögenserhalt kann aber zu Lasten der nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks gehen. Ein nomineller Vermögenserhalt führt dagegen inflationsbedingt zu einem langsamen, aber stetigem Vermögensverzehr. Dieser Zielkonflikt lässt sich angesichts der Vielgestaltigkeit der Stiftungen, ihrer Vermögen und Zwecke sowie der Unwägbarkeit des finanziellen Umfeldes und der Schwierigkeit von Bewertungsfragen (z.B. bei Immobilien und Kunstwerken) nicht gesetzlich auflösen. Daher soll die Frage in das pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Stiftungsorgane gestellt werden. Abs. 3 S. 2 stellt klar, dass Umschichtungen des Stiftungsvermögens grundsätzlich, d.h. abseits von gegenteiligen Vorgaben des Stifters, zulässig sind. Inwieweit **Umschichtungsgewinne** zu den Erträgen gehören, bestimmt sich nach der vom Stifter bestimmten Art und Weise der Vermögenserhaltung, im Gegensatz zu § 83c Absatz 3 BGB-neu, der ausdrückliche Satzungsbestimmungen fordert. Problematisch ist daran neben der Beschneidung der Ermessensfreiheit der Organe, dass zahllose Stiftungen ihre Satzungen anpassen müssten. Der hier gemachte Vorschlag entspricht der bisher weitgehend (bis auf Bayern) geltenden Rechtsauffassung.

Abs. 4 erlaubt die Bildung von **Rücklagen**, die der Erfüllung des Stiftungszwecks oder der Erhaltung des Stiftungsvermögens dienen. Dabei ermöglicht der Hinweis auf die Satzung, dass die Regelungen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts zur zulässigen Bildung von Rücklagen als in der Satzung inkorporiert befolgt werden müssen und dürfen.

7. Zu § 84 ff. BGB-neu (Stiftungsorgane)

Die Vorschriften über die Stiftungsorgane sind entsprechend dem bisherigen Recht in § 86 BGB beizubehalten.

Begründung:

Gegenüber dem ersten Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe lässt der Diskussionsentwurf ebenso wie der Regierungsentwurf die bisherige Verweisung in § 86 S. 1 BGB auf das Vereinsrecht fallen und regelt die Rechte und Pflichten der Stiftungsorgane eigenständig (§§ 84, 84a, 84d BGB-neu), kann aber auch nicht auf Einzelverweisungen auf § 30, § 31 und § 31a, § 32 und § 42 Abs. 2 BGB verzichten. Die bisherige Regelungstechnik habe zu unverständlichen Verweisketten in das Vereinsrecht geführt. Problematisch ist, dass der Wegfall der Verweisung den bisherigen Gleichlauf von Vereinsrecht und Stiftungsrecht beeinträchtigen könnte, indem die zum Vereinsrecht mit seinen rund 600.000 Vereinen entwickelten Grundsätze und Auslegungsergebnisse nicht mehr berücksichtigt werden können. Das BGB ist nicht für juristische Laien geschrieben und bietet mit seiner modular aufgebauten Schichtung von allgemeinen und besonderen Regelungen die Gewähr für eine stringente Dogmatik. Längst geklärte Grundsätze könnten Frage gestellt werden. So ist es aufgrund der Mitgliederlosigkeit der Stiftung nicht zulässig, die Position des Vorstands durch ein weiteres Organ als frei widerruflich auszugestalten, da es keine körperschaftlichen autonomen Rechte von Mitgliedern gibt. Auf § 27 Abs. 2 BGB verweist § 86 BGB in seiner jetzigen Form daher gerade nicht.¹⁰ Diese bewährte Regelungstechnik aufzugeben, leuchtet nicht ein.

Zudem sollen damit die Sonderregelungen zur Verwaltung einer Stiftung durch eine öffentlich-rechtliche Behörde entfallen. Der Stifter kann die Verwaltung einer privatrechtlichen Stiftung einer öffentlichen Behörde, häufig einer Kommune übertragen. Damit keine Konkurrenz zu den Vorschriften des jeweiligen öffentlichen Organisationsrechts eintritt, werden nach der aktuellen Gesetzeslage die Vorschriften der §§ 26 Abs. 2, 27 Abs. 3, 28 und 29 BGB auf diesen Fall nicht angewandt, weil die Rechtsbeziehung zwischen der Stiftung und der Behörde etwa zur Beschlussfassung oder zur Vertretung nicht dem Stiftungs-, Vereins- und Auftragsrecht, sondern dem öffentlichen Recht unterliegen. Nach dem Entwurf soll in solchen Fällen das Landesrecht Abweichendes vorsehen können (BT-Drs. 19/28173, S. 58). Diese Möglichkeit muss aber im BGB klargestellt werden, sonst schließt das vorgehende BGB, das eine solche Öffnung dem Wortlaut nach nicht vorsieht, landrechtliche Regelungen aus (Art. 31 GG). Auch der Bundesrat schlägt daher zutreffend eine entsprechende Ergänzung vor (BR-Drs. 143/1/21, S. 2 f.).

8. Zu § 84a Abs. 2 BGB-neu (Business Judgment Rule)

Positiv zu werten ist die klarstellende Regelung einer haftungsmildernden Business Judgment Rule für Stiftungsorgane. Die Regelung sollte Vereinen aber ebenso zugutekommen. Das hätte sonst zur Folge, dass die Business Judgment Rule künftig zwar für die rund 24.000 Stiftungen, nicht aber für die rund 600.000 Vereine ausdrücklich geregelt ist (und im Umkehrschluss im Vereinsrecht abgelehnt werden könnte) und in der Stiftungssatzung zwar § 31a BGB abbedungen werden kann, nicht aber in der Vereinssatzung.

¹⁰ Vgl. *Rawert*, ZGR 2018, 835, 836.

9. Schaffung eines Organklagerechts und Klagerechte berechtigter Personen

In einem neuen Absatz zu § 86 BGB-alt oder zu § 83 BGB-neu sollte es heißen „Organmitglieder haben das Recht, die Nichtigkeit von Beschlüssen aller Stiftungsorgane sowie Rechte und Ansprüche der Stiftung im eigenen Namen geltend zu machen, wenn das zuständige Stiftungsorgan nicht binnen angemessener Frist tätig wird. Darüber hinaus können Personen mit berechtigtem Interesse Rechte der Stiftung geltend machen, wenn anders die Existenz der Stiftung nicht gewährleistet werden kann.“

In einer neuen Regelung sollte ein Klagerecht für Organmitglieder im Sinne einer „**actio pro fundatione**“ geschaffen werden, um die Governance von Stiftungen zu verbessern. Bei der mitgliederlosen Stiftung bestehen strukturelle Durchsetzungsdefizite hinsichtlich von Rechten und Ansprüchen der Stiftung. Nur die wenigsten Landesstiftungsgesetze sehen eine entsprechende Eingriffsbefugnis vor.¹¹ Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur seit langem erwogen, als Hilfs- und Notzuständigkeit einzelnen Organmitgliedern die Befugnis einzuräumen, Rechte der Stiftung im eigenen Namen zugunsten der Stiftung geltend zu machen, also in Anlehnung an die „actio pro socio“ im Gesellschaftsrecht eine „actio pro fundatione“ zu schaffen. Zwar haben einzelne Gerichte die besondere Schutzbedürftigkeit der Stiftung erkannt und dem verfassungsrechtlichen Gebot einer effektiven Rechtsschutzgewährung gemäß Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung getragen. Bis zu der flächendeckenden Anerkennung einer „actio pro fundatione“ ist es jedoch angesichts geringer Fallzahlen noch weit. Eine allgemeine Regelung würde zudem präventiv gegen Pflichtvergessenheit von Organen wirken. Schließlich handelt es sich um ein notwendiges Korrektiv angesichts der vorgesehenen Haftungserleichterung durch die Einführung der Business Judgment Rule. Der Vorschlag entspricht dem Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in der Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 12.4.2021.

Die Einführung eines Klagerechts von **Personen mit einem berechtigten Interesse** wird ebenfalls bereits vereinzelt aus dem Grundrechtsschutz der Stiftung hergeleitet. Es ist aber ebenfalls nicht allgemein anerkannt. Dabei kann es die Kontrolle über die Stiftung und den Schutz der Stiftung effektuieren. Moderne Rechtsordnungen wie die Schweiz oder die USA sehen diese Befugnisse seit langem vor. Der Vorschlag wurde auch auf dem 72. Deutschen Juristentag in Leipzig 2018 mehrheitlich befürwortet. Einer Ausweitung zu einer Popularklage wird vermieden, indem das berechnigte Interesse eng ausgelegt und die Klage auf existenzbedrohende Vorgänge einzuschränken ist.

10. Zu § 85 Abs. 2 BGB-neu (Satzungsänderungen)

Die Regelbeispiele nach § 85 Abs. 2 S. 2 BGB-neu sollten ersatzlos gestrichen werden.

Begründung:

Umstände, die eine Änderung des Namens der Stiftung rechtfertigen könnten, sind kaum denkbar. Jedenfalls liegt es auf der Hand und muss deshalb nicht gesetzlich geregelt werden, dass der Name prägend ist. Von dem Sitz lässt sich das oft nicht sagen, weil er regelmäßig nach dem Ort der Verwaltung bzw. dem (letzten) Wohnsitz des Stifters gewählt wird, vgl. § 83 S. 3 und 4 BGB-neu, § 81 Abs. 4 S. 3 BGB-neu. Die Art und Weise der Zweckverwirklichung gehört mit voller Absicht nicht zu den Bestimmungen, die der Stifter nach § 81 Abs. 1 BGB-neu treffen muss (Begr. BT-Drs. 19/28173, S. 46 f.). Das Gleiche gilt für Satzungsbestimmungen über die Verwaltung des Grundstockvermögens.

¹¹ Lediglich § 11 Absatz 3 StiftG B-W, Art. 15 BayStiftG, § 16 StiftG Nds und § 11 StiftG NRW.

11. Lebzeitiges Änderungsrecht des Stifters

Entsprechend dem Österreichischen oder Schweizer Recht sollte in einem § 85 Abs. 5 BGB-neu ein lebzeitiges Änderungsrecht für Stifter und Stifterinnen geschaffen werden, das ihnen die zeitgemäße Fortbildung der Stiftung ermöglicht. Für juristische Personen als Stifter ist das Änderungsrecht auf eine Generation (30 Jahre) zu begrenzen. Damit wird man zugleich dem Bedürfnis vieler jüngerer Stifter und Stifterinnen gerecht und verhindert gleichzeitig, dass die Stiftung nach deren Ableben zum Spielball der Stiftungsorgane wird.

12. Zu § 85a Abs. 1 BGB-neu (Verfahren bei Satzungsänderungen)

Abs 1 sollte in dieser Form gefasst werden: „(1) Satzungsänderungen bedürfen eines wirksamen Vorstandsbeschlusses. Die Satzung kann die Zuständigkeit eines anderen Organs oder das Zusammenwirken mehrerer Organe vorsehen.“

Begründung:

Die bisherige Formulierung ist unpräzise und erfasst insbesondere nicht den in der Praxis häufigen Fall, dass die Satzung das Zusammenwirken des Vorstands mit einem anderen Organ vorsieht.

13. Zu § 86 BGB-neu (Zu- und Zusammenlegung)

In § 86 Abs. 1 Nr. 1 BGB-neu ist für die Zulegung teilweise wie folgt zu streichen: „Durch Übertragung ihres Stiftungsvermögens als Ganzes kann die übertragende Stiftung einer übernehmenden Stiftung zugelegt werden, wenn 1. sich die Verhältnisse nach Errichtung der übertragenden Stiftung wesentlich verändert haben und eine Satzungsänderung nach § 85 Absatz 2 bis 4 nicht ausreicht, um die übertragende Stiftung an die veränderten Verhältnisse anzupassen.“

In § 86 Abs. 1 Nr. 2 BGB-neu ist zu formulieren statt „im Wesentlichen“ „in Teilen dem Zweck der übernehmenden Stiftung entspricht“.

Beide Änderungen gelten auch für § 86a BGB-neu für die Zusammenlegung.

In einem neuen § 86b Abs. 4 BGB-neu ist die Organzuständigkeit zu präzisieren: „§ 85a Abs. 1 gilt entsprechend.“

Begründung:

Zu Unrecht erlaubt der Entwurf die Zu- und Zusammenlegung nur unter engen Voraussetzungen. Wenn der Stifterwille nicht entgegensteht (§ 83 Abs. 2 BGB-neu) sollte es vielmehr dazu genutzt werden, aus mehreren finanzschwachen Stiftungen eine finanzstärkere zu machen, die dementsprechend mehr bewegen kann. Das setzt aber voraus, dass die Zu- und Zusammenlegung nicht erst zum Zuge kommt, wenn den übertragenden Stiftungen sonst nicht mehr zu helfen ist. Und es setzt voraus, dass die „Partnersuche“ nicht übermäßig erschwert wird. Hierauf zielen die vorgeschlagenen Änderungen.

In § 86b BGB-neu ist bisher nicht geregelt, welches Organ über die Zu- und Zusammenlegung beschließt. In der Begründung (BT-Drs. 19/28173, S. 70) heißt es nur, für den Abschluss des Zu- bzw. Zusammenlegungsvertrages sei der Vorstand als Vertretungsorgan zuständig. Damit könnte aber ein einzelvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied alleine eine Zu- oder Zusammenlegung wirksam an

seinen Kollegen vorbei vereinbaren. In der Begründung (S. 70) steht zudem, die Satzung könne die Mitwirkung weiterer Organe vorsehen, ohne dass dies im Gesetz verankert wurde. Angesichts von §§ 85a Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 1 S. 3 BGB-neu ist das inkonsistent. § 86b BGB-neu sollte daher um einen Abs. 4 ergänzt werden, in dem für die Zuständigkeit auf § 85a Abs. 1 BGB-neu für Satzungsänderungen verwiesen wird.

14. Zu Art. 4 (Einführung eines Stiftungsregisters)

Die Schaffung des seit langem geforderten Stiftungsregisters mit Publizitätswirkung ist zu begrüßen, da es Stiftungen im Rechtsverkehr den Nachweis der Vertretungsmacht ihrer Organe ermöglicht und so insbesondere Grundstücksgeschäfte und internationale Tätigkeiten gegenüber der bisherigen Praxis mit sog. Vertretungsbescheinigungen enorm erleichtert. Das Stiftungsregister soll aber beim Bundesamt für Justiz geführt werden, was dem Gebot des Verwaltungsvollzugs durch die Länder in verfassungswidriger Weise widerspricht.¹² Es ist daher bei den Amtsgerichten oder dem Vorschlag des Bundesrats entsprechend (BR-Drs. 143/1/21, S. 6) bei anderen geeigneten Stellen zu errichten. Außerdem ist angesichts der bürokratischen Mehrfachbelastung durch die Eintragung in das Transparenzregister, das Stiftungsregister (und ab 2024 das Gemeinnützigkeitsregister) nach dem Wegfall der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GWG dem Vorschlag des Bundesrates folgend eine einheitliche Plattform für alle Eintragungen zu schaffen.

Das Stiftungsregister soll mit einer langen Übergangsfrist zum 1.1.2026 geschaffen werden. Vorzugswürdig wäre es, wenn die Zeit bis dahin genutzt werden würde, um die Stiftung mit anderen Rechtsformen gleichzustellen und statt der Anerkennung durch Behörden ein echtes Normativsystem zu schaffen, so dass Stiftungen durch Eintragung in ein bei den Amtsgerichten geführtes Register entstehen. Dies entspricht der Rechtslage moderner Stiftungsrechtsordnungen wie der Schweiz oder den USA, ohne dass dort die anschließende Aufsicht und Kontrolle zu kurz kämen.

15. Zu Art. 229 EGBGB (Übergangsbestimmungen)

Bestehenden Stiftungen, die ihre Satzung an das neue Recht anpassen müssen, sollte eine angemessene Frist von drei Jahren zur Änderung ihrer Satzungen über die engen Vorgaben von Satzungsänderungen im Übrigen hinaus gewährt werden, wie es der Bundesverband Deutscher Stiftungen vorschlägt.

Hamburg, der 4.5.2021



Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

¹² *Kämmerer/Rawert*, npor 2020, S. 273 ff.