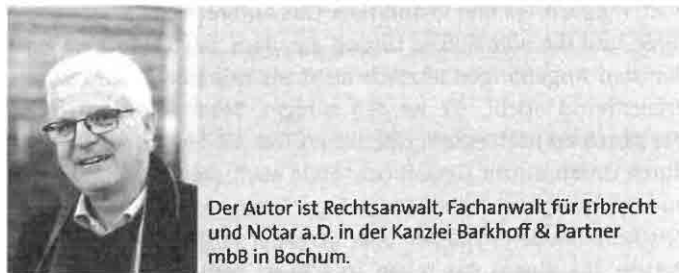




Die Haftung des Stiftungsvorstandes unter Berücksichtigung der aktuellen Stiftungsrechtsreform und die Bedeutung von Anlagerichtlinien

Axel Janitzki

Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder einer juristischen Person müssen grundsätzlich geltend gemacht werden.¹ Bei Stiftungen besteht die Besonderheit, dass auch die Stiftungsbehörden dazu anhalten, Organverschulden zivilrechtlich verfolgen zu lassen. Stiftungsbehörden können auf die Neubesetzung des Vorstandes drängen, damit ein neu bestellter Vorstand Ansprüche der Stiftung gegen den ausgeschiedenen Vorstand prüft und durchsetzt. Unterlassen es Mitglieder der Kontrollorgane, Schadenersatzansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder geltend zu machen, haften sie selbst persönlich und gesamtschuldnerisch.² Das am 1.7.2023 in Kraft tretende neue Stiftungsrecht enthält Klarstellungen und eröffnet Gestaltungsmöglichkeiten für den Umgang mit den verschiedenen Vermögensarten einer Stiftung. Diese Möglichkeiten sollten genutzt werden, um die Frage einer persönlichen Haftung für Organmitglieder in ihrer Stiftungstätigkeit gar nicht erst aufkommen zu lassen.



Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und Notar a.D. in der Kanzlei Barkhoff & Partner mbB in Bochum.

I. Die Haftung von Organmitgliedern als aktuelle und brisante Fragestellung

Die Haftung des Stiftungsvorstandes, aber auch der Mitglieder der weiteren Gremien einer Stiftung, etwa der Mitglieder eines den Stiftungsvorstand kontrollierenden Stiftungsrates, ist eine aktuelle und auch brisante Fragestellung, mit der sich jeder auseinandersetzen muss, der für sich die Entscheidung getroffen hat, Mitglied eines Stiftungsvorstandes oder etwa eines Stiftungsrates zu werden oder zu bleiben. Sie hat in der Beratungspraxis ein zunehmendes Gewicht im Hinblick auf die wachsende Komplexität der Vermögensanlagen, aber auch im Hinblick auf die weitreichenden persönlichen Folgen der von einer Haftung betroffenen Personen.

Die besondere Verantwortlichkeit und eine daraus folgende Haftbarkeit ergeben sich vor allem in Fragen des Umgangs mit Vermögen, also dem Erhalt und der Verwendung des Vermögens und der Vermögenserträge. Insbesondere wenn der Stiftungsvorstand aus mehreren Personen besteht – das dürfte die Regel sein – ist eine Verständigung untereinander – aber auch der Stiftungsbehörde gegenüber – darüber erforderlich, wie das Stiftungsvermögen verwaltet werden soll.

Auch außerhalb des Vermögensverwaltungsgebietes ergeben sich Haftungsrisiken, wenn Mitglieder eines Stiftungsorgans sich selbst überfordern oder durch Situationen, in die sie sich begeben haben, überfordert werden. Solche Überforderungssituationen können sich beispielsweise ergeben, wenn Vorstandsmitglieder in schwierige operative Fragen, etwa der Ersatzschulfinanzierung oder im Pflegesatzbereich, eingebunden sind und es ihnen nicht gelingt, rechtzeitig sachkundige Hilfe zu erhalten.

In der Stiftungsliteratur und in der Stiftungspraxis ist die Frage der Vermögensverwaltung und die aus ihr folgende Frage der persönlichen Haftung intensiv diskutiert worden im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 20.11.2014, das sich mit dem Fall einer kirchlichen Stiftung in Emden befasst.³ Die Stiftung betreibt dort auch heute noch eine bedeutende Bibliothek, fördert die Wissenschaft und führt erfolgreich kulturelle Veranstaltungen durch.

Anfang der 2000er Jahre hatte die Stiftung eine schwere Krise zu überwinden. Durch das Anlageverhalten des Stiftungsvorstandes in den Jahren 2001 bis zu seiner Abberufung im Jahr 2008 ist das Stiftungsvermögen von ca. 8,8 Mio. EUR auf ca. 2,5 Mio. EUR reduziert worden.⁴

1 Grundlegend für die AG BGH Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926.

2 OLG Hamm Urt. v. 6.4.2022 – 8 U 73/12, BeckRS 2022, 7597 = NJW-Spezial 2022, 623.

3 BGH Urt. v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, nPoR 2015, 28; Vorinstanzen: LG Aurich Urt. v. 22.2.2013 – 5 O 636/10, nv; nachfolgend: OLG Oldenburg Urt. v. 8.11.2013 – 6 U 50/13, nPoR 2014, 134 mAnm Hüttemann/Kampermann.

Zum Ausgleich des der Stiftung entstandenen Schadens ist das (einzige) Mitglied des Stiftungsvorstandes, ein Pfarrer und Theologe, persönlich letztinstanzlich auf Schadenersatz in Anspruch genommen worden – neben einer bereits in der Vorinstanz erkannten Schadenersatzsumme im hohen sechsstelligen Bereich – in Höhe eines weiteren Betrages ebenfalls im hohen sechsstelligen Bereich. Dem Vorstandsmitglied wurden Pflichtverletzungen bei der Vermögensanlage und weitere Pflichtverletzungen (Budgetüberschreitungen) zur Last gelegt.

Wie konnte es zu einem solchen Schadensereignis mit so weitgehenden persönlichen Folgen für das Vorstandsmitglied kommen?

Der Vorstand hatte mit zwei Bankhäusern Vermögensverwaltungsverträge über den wesentlichen Teil des Stiftungsvermögens abgeschlossen, die einen Aktienanteil von bis zu 80 % erlaubten. Im Vollzug dieser Vermögensverwaltungsverträge kam es bei der Anlage von ca. 71 % des Stiftungsvermögens in Aktien, Aktienfonds und Hedgefonds zu den erheblichen Wertverlusten.

Nach Ansicht des OLG Oldenburg als Vorinstanz hätte der beklagte Vorstand (der alleinvertretungsberechtigte und allein handelnde Pfarrer) diese Anlagegeschäfte nicht tätigen dürfen. Eine angemessene Informationsgrundlage und die Beratung eines unabhängigen Dritten seien nicht herbeigeführt worden. Die Aktienquote ist nach Auffassung der Gerichte im konkreten Fall überhöht und es sei keine „informierte“ Entscheidung getroffen worden.

Für die Pflichtverletzung in dem zu entscheidenden Fall war nach Auffassung des OLG Oldenburg nicht in erster Linie maßgeblich, dass die bewusst riskante Vermögensanlage als solche rechtswidrig war, sondern dass der Vorstand unverändert an der Anlagestrategie trotz fundamental veränderter Börsenlage festhielt und sein Anlageverhalten nicht an die veränderte Vermögenslage anpasste.⁵

In der Literatur ist kritisiert worden, dass beide Vorwürfe nicht eingehend begründet worden seien.⁶ Es ist allerdings fraglich, ob allgemeine Aussagen dazu, ab wann die Grenze zum pflichtwidrigen Verhalten überschritten ist, überhaupt möglich sind. Ob eine grobe Pflichtverletzung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁷ Es kommt auf den Grad des Verschuldens und die Bedeutung der Pflichtverletzung für die Stiftung an. Bei stiftungsaufsichtsrechtlichen Ermessensvorschriften ist der Stifterwille maßgeblich zu beachten.

Der Fall der Stiftung in Emden verdeutlicht die Brisanz der Haftungsfrage für Stiftungsvorstandsmitglieder. Es lassen sich insbesondere folgende Lehren ziehen:

- Im Bereich der Vermögensanlage haben Stiftungsvorstände zwar einen gewissen Abwägungsspielraum, sie können aber nicht nach freiem Ermessen entscheiden.⁸ Es bedarf in jedem Fall einer „informierten Entscheidung“, zu deren Vorbereitung externer und unabhängiger Sachverstand in der Regel hinzugezogen werden muss.
- Stifter können – wenn sie eine Entlastung des Vorstandes mit Verzichtswirkung für sinnvoll halten – ein Kontrollor-

gan mit entsprechender Kompetenz in der Satzung vorsehen.⁹ Ob einer Entlastungserklärung durch ein Kontrollorgan Verzichtswirkung zukommen kann, ist umstritten. Einigkeit besteht in der Mehrheit der Literaturmeinung darüber, dass eine Entlastungskompetenz eines Kontrollorgans dann anzunehmen ist, wenn ein dementsprechender Stifterwille ermittelt werden kann.¹⁰ Sieht eine Stiftungssatzung eine Entlastungskompetenz für ein Kontrollorgan vor, ist eine wirksame Erteilung einer Entlastung ausgeschlossen, wenn die Erteilung der Entlastung eine Pflichtwidrigkeit des entlastenden Organs darstellt.¹¹

- Stiftungen sollten über einen mehrgliedrigen Vorstand verfügen und bspw. durch Ressortverteilungen vorbeugend dafür Sorge tragen, dass kaufmännische Entscheidungen von Personen mit entsprechender wirtschaftlicher Kompetenz getroffen werden.

II. Die Haftung für Vermögensanlagen, Unterteilung in Vermögensarten, Kapitalerhaltungskonzepte nach erfolgter Stiftungsrechtsreform

Die persönliche Haftung eines Stiftungsvorstandsmitgliedes kann aus dem organschaftlichen Rechtsverhältnis (Auftragsverhältnis) oder aus dem schuldrechtlichen Verhältnis folgen. Die Haftung der Vorstandsmitglieder stützt sich somit auf zwei verschiedene Rechtsgrundlagen. Hieraus ergeben sich in der Praxis keine Unterschiede, da die organschaftlichen Pflichten einerseits durch die dienstvertraglichen Pflichten modifiziert und zum anderen der Vorstand durch das Eingehen des Dienstverhältnisses an die Wahrung der organschaftlichen Pflichten gebunden ist.¹² Erforderlich ist stets eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 BGB.

Welcher Maßstab an die ordnungsgemäße Pflichterfüllung von Organmitgliedern zu legen ist, ergibt sich nunmehr ausdrücklich aus § 84 a BGB-neu. Danach sind die den Haftungsmaßstab verringernden Grundsätze der *Business Judgement Rule* und die damit verbundene *ex-ante* Sichtweise maßgeblich.

§ 84 a Abs. 2 S. 2 BGB-neu lautet:

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Mitglied des Organs bei der Geschäftsführung unter Beachtung der

4 Der Sachverhalt ergibt sich im Einzelnen aus der Urteilsbegründung des OLG Oldenburg Ur. v. 8.11.2013 – 6 U 50/13, nPoR 2014, 134 ff.

5 BGH Ur. v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, nPoR 2015, 28 (30).

6 OLG Oldenburg Ur. v. 8.11.2013 – 6 U 50/13, nPoR 2014, 134 mAnm Hüttemann/Kampermann.

7 VG Bremen Ur. v. 17.7.2020 – 2 K 2193/17, Beck RS 2020, 36074.

8 In seiner Stellungnahme vom 23.4.2021 zum Gesetzentwurf hat der Bundesverband Deutscher Stiftungen empfohlen, § 83 c Abs. 1 durch einen Abs. 1 a mit folgendem Wortlaut zu ergänzen: „Über Art und Weise der Vermögenserhaltung entscheiden die zuständigen Stiftungsorgane unter Berücksichtigung des Stifterwillens und der Erfordernisse des Stiftungszweckes nach pflichtgemäßem Ermessen“, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll Nr. 19/150 (Anlagen), 49; der Gesetzgeber hat diese klarstellende Formulierung nicht übernommen.

9 OLG Oldenburg Ur. v. 8.11.2013 – 6 U 50/13, nPoR 2014, 134 mAnm Hüttemann/Kampermann.

10 Elmenhorst/Dörfer nPoR 2015, 177 (181).

11 Schwintek Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, 2001, 203.

12 Elmenhorst/Dörfer nPoR 2015, 177.

gesetzlichen und satzungsgemäßen Vorgaben vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Stiftung zu handeln.“

Weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung ist allerdings geregelt, wen die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der *Business Judgement Rule* trifft. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Beweislast auf Seiten des Stiftungsvorstandes liegt.¹³

Für den Verschuldensmaßstab gelten die allgemeinen Vorgaben des § 276 Abs. 1 BGB, soweit sich ein anderer Verschuldensmaßstab nicht aus der Satzung ergibt. Gem. § 84 a Abs. 3 BGB-neu ist § 31 a BGB entsprechend anzuwenden. Durch die Satzung kann die Anwendbarkeit des § 31 a BGB beschränkt oder ausgeschlossen werden.

Nach dem Urteil des BGH vom 20.11.2014 ist geklärt, dass sich ein Stiftungsvorstand nicht auf ein Mitverschulden eines anderen Stiftungsorgans berufen kann.¹⁴

Das neue Stiftungsrecht macht ausdrücklich keine Vorgaben dazu, welche Form der Vermögensanlage zulässig ist.¹⁵ Eine Beschränkung auf mündelsichere Anlagen gem. § 1807 BGB, wie etwa auf Sparbücher, Festgelder, Bundes- und Länderanleihen, Sparbriefe und Sparobligationen ist nicht erforderlich, wenn der Stifter diese Beschränkung nicht ausdrücklich angeordnet hat. Das Gesetz schreibt nicht vor, wie diversifiziert eine Vermögensanlage einer Stiftung zu sein hat, etwa wie hoch die Aktienquote einer Stiftung sein darf.¹⁶ Es gibt zahlreiche Stiftungen, die mit Billigung der Stiftungsbehörde Aktienquoten von 50 % oder mehr haben.¹⁷ Anlagen dürfen nicht unangemessen riskant sein. Ungesicherte oder nicht ausreichend gesicherte Darlehen sind nicht nur stiftungsrechtlich problematisch, sie können bereits als Anlagestrategie zum Verlust der Gemeinnützigkeit führen.¹⁸

Aufgabe des zuständigen Stiftungsorgans ist es, sich ausreichend darüber zu informieren, welche Form der Vermögensanlage „zeitgemäß“¹⁹ ist, welche Vorschläge professionelle Vermögensverwalter machen, die erlangten Informationen selbstständig auszuwerten und unter Beachtung der eigenen satzungsgemäßen Vorgaben, Geschäftsordnungen und Anlage Richtlinien eigene Entscheidungen zu treffen.

Von der Frage der Vermögensanlage zu unterscheiden ist die Frage der Unterteilung in Vermögensarten und eine daraus folgende Verantwortlichkeit.

Eine der positiven Errungenschaften der Stiftungsrechtsreform sind die in § 83 b BGB-neu und § 83 c BGB-neu erfolgten Klarstellungen zu den Vermögensarten:

Das Vermögen einer auf unbestimmte Zeit errichteten Stiftung besteht aus ihrem Grundstockvermögen und ihrem sonstigen Vermögen, somit aus stets zu erhaltendem und – sofern dies der Stifter wünscht – zusätzlich aus verbrauchbarem Vermögen. Damit wird die Zulässigkeit einer „hybriden“ Stiftungsform ausdrücklich anerkannt. Eine „hybride“ Stiftung ist anererkennungsfähig, wenn ihre Ausstattung mit nicht verbrauchbarem Vermögen die dauerhafte und nachhaltige Stiftungstätigkeit gewährleistet. Diese Satzungsautonomie erfordert künftig noch klarere und gut beratene Entscheidun-

gen über die Zusammensetzung des Stiftungsvermögens bei Stiftungsgründung. Eine Verbrauchsstiftung besteht nur aus sonstigem Vermögen, das frei verbraucht werden kann. Bei gemeinnützigen Stiftungen sind die Vorgaben des Gemeinnützigkeitsrechts zu beachten.

Es ist bei Stiftungsgründung nicht nur zu entscheiden, welche Vermögensanteile als Grundstockvermögen stets zu erhalten sind (Widmung eines Vermögens), sondern auch wie die Vermögenserhaltung erfolgen soll, beispielsweise, ob bestimmte Vermögensbestandteile (Unternehmensbeteiligungen, Immobilien uam) und Zuwächse aus Umschichtung des Grundstockvermögens, beispielsweise im Zuge von Aktienverkäufen, für die Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet werden dürfen oder dem Grundstockvermögen zuzufließen haben. Stiftungen, deren Satzung keine Aussage zum Umgang mit realisierten Umschichtungsgewinnen trifft, können (weiterhin) Umschichtungsgewinne zur Erfüllung des Stiftungszwecks nutzen oder hieraus Rücklagen bilden. Abweichenden Sichtweisen wird durch die gesetzliche Neuregelung der Boden entzogen.

Das von dem Stifter und der Stifterin nicht notwendig und in der Regel auch nicht zweckmäßig in der Satzung vorzusehende Kapitalerhaltungskonzept kann und sollte nach Möglichkeit Regelungen enthalten, ob das Vermögen real oder nominal zu erhalten ist. Das Gesetz und die Gesetzesbegründung geben nicht vor, ob ein realer oder nominaler Werterhalt geboten ist.²⁰ Auch weiterhin dürfte, wenn die Satzung keine Festlegung trifft, der nominale Werterhalt ausreichend sein. Bei größeren Stiftungen ist der reale Werterhalt anstrebenswert.

III. Gestaltungsmöglichkeiten zur Haftungsvermeidung, Satzungsgestaltung, Ressortaufteilung, Anlagerichtlinien nach erfolgter Stiftungsrechtsreform

§ 84 a Abs. 1 S. 3 BGB-neu lässt ausdrücklich Satzungsgestaltungen zur Beschränkung der Haftung von Organmitgliedern

13 Schauhoff/Mehren/Kraus StiftungsR, Kap. 6 Rn. 130: „Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der *Business Judgement Rule* anders als bei der AG und der GmbH nicht beim betroffenen Organ, sondern bei der Stiftung liegt, wäre zu erwarten gewesen, dass dies in der sehr umfangreichen Gesetzesbegründung angesprochen wird“.

14 BGH Urt. v. 20.11.2014 – III ZR 509/13, npoR 2015, 28.

15 BT-Drs. 19/28173, Gesetzesbegründung, 55: „Für die Anlage von Stiftungsvermögen gibt es keine konkreten Anlageregelungen, wie zum Beispiel für Mündelvermögen. Es sind auch keine gesetzlichen Verbote für bestimmte Anlageformen vorgesehen. Inwieweit bestimmte Anlagen, wie zum Beispiel bestimmte Aktien oder Anteile an bestimmten Investmentfonds, für eine konkrete Stiftung geeignet sind, ist regelmäßig eine Einzelfallentscheidung. [...] Die zuständigen Stiftungsorgane können sich bei Entscheidungen über die Anlage des Vermögens wie bei anderen Geschäftsführungsentscheidungen auf die sogenannte *Business-Judgement-Rule* berufen.“

16 Schauhoff/Mehren/Schauhoff StiftungsR, Kap. 1 Rn. 21.

17 Schauhoff/Mehren/Mehren StiftungsR, Kap. 7 Rn. 35.

18 FG Münster Urt. v. 11.12.2014 – 3 K 323/12 Erb, ErbStB 2015, 129.

19 Schauhoff, aaO Fn. 16; im Folgenden an gleicher Stelle: „Wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Verlust aus einem Investment zu erwarten ist oder tatsächlich keine Erwartungen in Bezug auf einen positiven oder negativen Ausgang gebildet werden können, weil es sich wie beim Roulette um Glücksspiel handelt, hat diese Form der Vermögensanlage natürlich zu unterbleiben.“

20 BT-Drs. 19/28173, 57.

zu („Durch die Satzung kann [...] insbesondere auch die Haftung für Pflichtverletzung von Organmitgliedern beschränkt werden.“). In der Regel wird sich eine Beschränkung der Haftung von Organmitgliedern auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz empfehlen. Durch die Satzung der Stiftung kann ein Anspruch der Organmitglieder auf Abschluss einer D&O-Versicherung durch die Stiftung vorgesehen werden. Solche Regelungen sollten bereits bei Stiftungsgründung bedacht werden, da spätere Satzungsänderungen nur unter den erschwerten Bedingungen des § 85 Abs. 2 BGB-neu erfolgen können, wenn nicht der Stifter gem. § 85 Abs. 4 BGB-neu im Stiftungsgeschäft die Ermächtigungsgrundlage zu Satzungsänderungen unter erleichterten Bedingungen vorgesehen hat.

§ 84 Abs. 3 BGB-neu stellt in Verbindung mit § 84 Abs. 1 S. 2 BGB-neu klar, dass nicht zwingend der Vorstand der Stiftung die Geschäfte der Stiftung führen muss, sondern Geschäftsführungsaufgaben auf ein anderes Organ als den Vorstand und insbesondere auf einen Geschäftsführer übertragen werden dürfen, soweit dies in der Satzung vorgesehen ist. Auch insofern sollte eine Regelung oder eine Ermächtigungsgrundlage bereits bei Stiftungsgründung bedacht werden.

Eine entsprechende Satzungsformulierung könnte lauten:

„Der Vorstand kann zur Führung der laufenden Geschäfte der Stiftung eine(n) Geschäftsführer(in) bestellen und über deren/dessen Vergütung in angemessener Höhe beschließen.“

Nach dem Prinzip der Gesamtverantwortung ist jedes Vorstandsmitglied – auch bei einem mehrgliedrigen Vorstand – grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Stiftung zuständig und verantwortlich. Zur Reduzierung des Haftungsrisikos insbesondere für Vorstandsmitglieder, die zwar über Sachverstand in Bezug auf die ideellen Ziele der Stiftung, nicht aber in kaufmännischen, organisatorischen und finanziellen Fragen verfügen, können durch die Satzung oder eine Geschäftsordnung, soweit eine solche Geschäftsordnung durch die Satzung zugelassen wird, einzelne Bereiche (Ressorts) einzelnen Vorstandsmitgliedern zur alleinigen Verantwortung übertragen werden. Wird bspw. der Bereich „Steuern und Finanzen“ einem Vorstandsmitglied übertragen, sind die weiteren Vorstandsmitglieder von den steuerlichen Erklärungs-, Anzeige- und Mitwirkungsverpflichtungen im Besteuerungsverfahren befreit.²¹

Eine Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung auf der Ebene der Geschäftsführung setzt eine klare und deutliche Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben aufgrund einer von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung voraus, die die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstellt und ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers die Zuständigkeit des Gesamtorgans für nicht delegierbare Aufgaben der Geschäftsführung wahrt. Eine diesen Anforderungen genügende Aufgabenzuweisung bedarf nicht zwingend einer schriftlichen Dokumentation.²²

Eine wirksame Ressortverteilung führt nicht zu einer vollständigen Entbindung von jeglicher Verantwortung, sondern zu

einem Wechsel von einer Erfüllungspflicht zu einer Überwachungs- und Kontrollpflicht. Jedes Vorstandsmitglied muss sich fortwährend von dem pflichtgemäßen Verhalten der anderen Ressortverantwortlichen überzeugen.²³

Eine Formulierung in der Satzung zur Geschäftsverteilung (Ressortbildung) könnte lauten:²⁴

„Über Gemeinschaftsaufgaben entscheiden die Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich. Für die einem einzelnen Mitglied des Vorstandes übertragenen Ressortaufgaben ist dieses Vorstandsmitglied allein verantwortlich. Das jeweils andere Vorstandsmitglied übernimmt für den Geschäftsbereich, den es nicht zu verantworten hat, eine Überwachungsverantwortung und Eingriffspflicht bei Zweifeln an der Recht- und Zweckmäßigkeit der Aufgabenerledigung des jeweils handelnden Mitglieds. Zu diesem Zwecke haben sich die Geschäftsführungsmitglieder über wesentliche Vorgänge der Gesellschaft gegenseitig zu unterrichten und zu kontrollieren.“

Eine weitere Möglichkeit zur Strukturierung des Stiftungsvermögens und damit auch zur Reduzierung der Haftungsrisiken der handelnden Personen ist die Zulassung und Vereinbarung von Vermögensanlagerichtlinien.²⁵

In der Begründung zum Gesetzentwurf wird vorgeschlagen, Anlagerichtlinien vorzusehen:²⁶

„Anlagerichtlinien, die der Stifter oder die jeweils zuständigen Organe aufstellen, können eine wichtige Grundlage für transparente und nachvollziehbare Anlageentscheidungen der Stiftungsorgane und die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte durch die zuständigen Stiftungsorgane nach § 84 a Abs. 2 BGB-neu sein.“

Anlagerichtlinien können durch den Stifter im Stiftungsgeschäft bzw. in der Stiftungssatzung vorgegeben werden. Da Stiftungen konstitutiv auf Dauer angelegt sind und gleichzeitig die ökonomischen Rahmenbedingungen und das Spektrum der Anlagemöglichkeiten einem ständigen Wandel unterliegen, dürfte es in der Regel vorzuziehen sein, in der Satzung die zuständigen Stiftungsorgane zu ermächtigen, im Zuge der Stiftungstätigkeit außerhalb der Stiftungsverfassung Anlagerichtlinien zu entwickeln, die den Charakter verbindlichen Innenrechts haben.

21 Schauhoff/Mehren/Kraus StiftungsR, Kap. 6 Rn. 75;

22 BGH Urt. v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, NZG 2019, 225 (226).

23 Schauhoff/Mehren/Kraus StiftungsR, Kap. 6 Rn. 71: „Die Vorstandsmitglieder müssen sich daher gegenseitig über die Tätigkeiten in ihrem Ressort berichten (Informationspflicht und Informationsrecht).“

24 Musterformulierung nach Ritter Stiftungsbrief 4/2019.

25 Bundesverband Deutscher Stiftungen, www.stiftungen.org/stiftungen/basiswissen-stiftungen/stiftungsvermoegen/anlagerichtlinien-fuer-stiftungen.html („Vermögensverantwortliche in Stiftungen müssen inzwischen deutlich komplexere Entscheidungen treffen, als noch vor einigen Jahren. Angesichts der Bandbreite von Anlagemöglichkeiten und Angeboten für Stiftungen ist es noch wichtiger geworden, bei der Vermögensanlage mit Plan und Strategie vorzugehen. Dafür bilden Anlagerichtlinien die unverzichtbare Basis. Ein Agieren im praktisch freien Raum ist nicht nur gefährlich, weil man riskiert, unstrukturiert und nach Gutdünken zu handeln – es kann auch zu Haftungsrisiken für den Vorstand führen.“)

26 BT-Drs. 19/28173, 57.

Den Stiftern bleibt es dann vorbehalten, der Stiftung eine grundsätzliche Anlagestrategie vorzuschlagen, die ihren wirtschaftlichen Erfahrungen und Wertvorstellungen entspricht.

Eine Formulierung könnte lauten:²⁷

„Die Anlage des Stiftungsvermögens soll sich an den Grundsätzen einer langfristigen Werterhaltung und einer angemessenen Risikodiversifizierung ausrichten. Kurzfristige Gewinne sind nicht angestrebt. Die Veräußerung kurzfristig gehaltener Wertpapiere ist dabei nicht untersagt. Die allgemeine Risikobereitschaft ist als gering bis durchschnittlich einzustufen.“

Anlagerichtlinien enthalten, soweit sie in der Satzung vorgesehen sind, einen Leitfaden für die Vermögensanlage und sind die Grundlage dafür, dass die Anlageentscheidungen zielorientiert, strukturiert und nachvollziehbar getroffen werden können. Zur Bewahrung einer notwendigen Flexibilität kann es, damit sich Anlagerichtlinien nicht selbst als Fallstricke erweisen, empfehlenswert sein, allenfalls Leitlinien grundsätzlicher Natur aufzustellen und Festlegungen lediglich in Form von Obergrenzen zu treffen.²⁸

Anlagerichtlinien dürfen der Satzung nicht widersprechen. Sie sollten schriftlich dokumentiert, von dem zuständigen Stiftungsorgan beschlossen und regelmäßig überarbeitet werden.

Anlagerichtlinien enthalten in der Regel:

- eine Präambel, aus der sich insbesondere Wertmaßstäbe für die Anlage ergeben, die den ideellen Zielen der Stiftung entsprechen;
- die Anlagestruktur (Festlegung von Ober- und Untergrenzen, Risikoklassen);
- Regelung der Zuständigkeiten,²⁹ auch in Bezug auf Abänderung und Anpassung der Anlagerichtlinien.

Anlagerichtlinien sollten Öffnungsklauseln enthalten, damit angemessene Anpassungen erfolgen können und die handelnden Personen nicht an Anlagerichtlinien gebunden sind, die sich möglicherweise nicht bewährt haben.

IV. Herausforderung an die Stiftungsberatungspraxis

Bereits zum Zeitpunkt der Stiftungsgründung sollte mehr als noch vor der Stiftungsrechtsreform insbesondere bedacht werden:

- Der individuelle Stifterwille ist das „Herrschaftsinstrument“ in den Stiftungen.³⁰ Er sollte – um sich weiterentwickeln zu können – in einer Präambel und einer weiten Zweckbeschreibung klar und entwicklungsfähig zum Ausdruck kommen. Die Art der Zweckverwirklichung ist stiftungsrechtlich, anders als aus gemeinnützigkeitsrechtlicher Sicht, nicht notwendiger Satzungsbestandteil. Wird die Art der Zweckverwirklichung in der Satzung angesprochen, sollte dies ausdrücklich nur beispielhaft erfolgen, um spätere Änderungen und Ergänzungen leichter zu ermöglichen. Eine Ermächtigung zu Änderungen und Ergänzungen kann unter Bezugnahme auf § 85 Abs. 4 BGB-neu in der Satzung vorgesehen werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Stifter Inhalt und Ausmaß der Änderungsermäch-

tigung hinreichend bestimmt festlegt. Über die Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe werden in der Gründungsphase mit den Stiftungsbehörden Gespräche zu führen sein;

- § 85 Abs. 4 BGB-neu eröffnet weitere Chancen, im Zuge der Stiftungstätigkeit gewonnene Erkenntnisse und Erfahrungen im Sinne der Stiftungsziele in die Stiftungspraxis umzusetzen, wenn zum Zeitpunkt der Stiftungsgründung insofern von Anfang an erleichternde Satzungsänderungsvoraussetzungen in der Satzung vorgesehen werden. Solche Befugnisse zur erleichterten Abänderung der Satzung im Vollzuge der Stiftungstätigkeit können vorgesehen werden bspw. in Bezug auf die Art und Weise der Vermögensverwaltung und -anlage, die Umschichtung von Vermögensbestandteilen und den Umgang mit Umschichtungsgewinnen. Der Stifter kann zum Zeitpunkt der Stiftungsgründung die Voraussetzungen bestimmen, unter denen eine von ihm errichtete Verbrauchstiftung in eine Ewigkeitsstiftung umgestaltet oder die Dauer einer Verbrauchstiftung verlängert werden kann;³¹
- Satzungsregelungen können weit über die Mindestbestimmungen des § 81 Abs. 1 BGB-neu hinaus erfolgen. Sie können eine kompetenzorientierte Vorstandsbildung, die Einsetzung eines Geschäftsführers und die Aufteilung in Ressortverantwortlichkeiten entsprechend den individuellen Fähigkeiten, Ausbildungen und Berufen der Vorstandsmitglieder ermöglichen;
- §§ 83 b und 83 c BGB-neu schaffen nunmehr Klarheit, für welche Vermögensarten der Stifter sich entscheiden kann. Er kann sich für eine Stiftung mit stets zu erhaltendem Grundstockvermögen („Ewigkeitsstiftung“), aber auch für eine Stiftung, die nur über sonstiges Vermögen (Verbrauchstiftung) verfügt, entscheiden und auch für eine Stiftung, die sowohl Grundstockvermögen als auch sonstiges Vermögen umfasst. Stifter sollten bei Gründung der Stiftung erwägen, ob sie auf Grundlage der Ermächtigung in § 85 Abs. 4 BGB-neu die Umwandlung des Grundstockvermögens in verbrauchbares Vermögen zu einem späteren Zeitpunkt grundsätzlich zulassen wollen und hierfür Bedingungen nennen;
- Stifter können ein Vermögenserhaltungskonzept entwickeln und regeln, welche Vermögensbestandteile stets zu erhalten und welche Anteile umgeschichtet werden können. § 83 c

27 Formulierung nach Schauhoff/Mehren/Mehren StiftungsR, Kap. 7 Rn. 42.

28 Schauhoff/Mehren/Mehren StiftungsR, Kap. 7 Rn. 43.

29 In den Anlagerichtlinien der BUND Stiftung heißt es: „In Zusammenarbeit mit der Hausbank der BUND Stiftung, der Bank [...], werden die Depotkonten nach den oben beschriebenen Kriterien verwaltet. Vorschläge der Bank und nachfolgende Entscheidungen für oder gegen eine Geldanlage werden durch ein ausführliches Protokoll dokumentiert. Die Entscheidung über die Geldanlagen trifft der Vorstand der BUND Stiftung. Er bewegt sich dabei im Rahmen der aktuellen Anlagerichtlinien. Der Vorstand berichtet jährlich auf der Stiftungsratssitzung über die erzielten Ergebnisse der zurückliegenden Berichtsperiode“. www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/bund/bund_anlagerichtlinien_bundstiftung.pdf, zuletzt abgerufen am 20.3.2023.

30 Schauhoff in der Sitzung des Ausschusses Für Recht und Verbraucherschutz vom 5.5.2021, Protokoll-Nr. 19/150, 18.

31 Schauhoff/Mehren/Kirchhain StiftungsR, Kap. 9 Rn. 42; Schauer npoR 2022, 55.

Abs. 1 S. 3 BGB-neu stellt klar, dass Umschichtungsgewinne für die Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet werden können, soweit dies durch die Satzung nicht ausgeschlossen wurde. Bestandteil des Vermögenserhaltungskonzepts kann auch eine Regelung sein, ob das Vermögen nominal oder real erhalten werden soll;

- Gestaltungen zur Vermeidung der Haftung von Organmitgliedern sind möglich und erforderlich. § 84 a Abs. 1 S. 3 BGB-neu stellt ausdrücklich klar, dass die Haftung für Pflichtverletzungen von Organmitgliedern beschränkt werden kann. Bei größeren Stiftungen wird in der Regel ein Kontrollorgan vorgesehen sein, dem in der Satzung auch eine Kompetenz zur Entlastung von Vorstandsmitgliedern zuerkannt werden kann;
- Stiftungssatzungen können Anlagerichtlinien vorsehen, hierzu Grundaussagen enthalten und Stiftungsorgane ermächtigen, Anlagerichtlinien entsprechend dem Stifterwillen und den Zielen der Stiftung zu entwickeln.

Schlussbetrachtung

Die Entwicklung des Stiftungssektors in Deutschland kann als Erfolgsgeschichte bezeichnet werden.³² Seit 2001 hat sich der

Stiftungsbestand auf gegenwärtig ca. 24 000 Stiftungen mehr als verdoppelt.³³

Die Reform des Stiftungsrechts hat zur Folge, dass das Stiftungszivilrecht im BGB und nicht mehr in 16 Landesgesetzen verstreut enthalten ist. Das neue Stiftungsrecht beinhaltet aber nicht nur eine Vereinheitlichung, sondern eröffnet Handlungsspielräume und bedingt auch Handlungsnotwendigkeiten. Für die Beratungspraxis bedeutet dies, vorhandene Gestaltungschancen auch zu nutzen, um die Haftungsrisiken für Organmitglieder entscheidend zu reduzieren.

32 Ob das auch für das Stiftungsrecht gilt, so Winkler in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf, mag dahingestellt sein (Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts, BT-Drs. 19/28173 vom 31.1.2021 anlässlich der öffentl. Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 5.5.2021, siehe: <https://www.bundestag.de/resource/blob/839522/12a6f7f2d08f6c3f29f3b9f3e5cfa1/stellungnahme-winkler-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.3.2023; vgl. Janitzki ErbR 2022, 15 ff.

33 Schauhoff/Mehren/Schauhoff StiftungsR, Kap. 1, Rn. 2; zu den Entwicklungen im Einzelnen: <https://www.stiftungen.org/stiftungen/zahlen-und-daten.html>, (Bundesverband Deutscher Stiftungen), zuletzt abgerufen am 20.3.2023.

Der Testierwille und das Briefftestament

– Teil II: Ermittlung des Testierwillens / Beweislast / Schein- und Scherztestament

Prof. Dr. Karlheinz Muscheler

Im folgenden Teil des Beitrags geht es zunächst darum, ob der Testierwille „ernstlich“ sein muss, wie die Rechtsprechung behauptet. Sodann wird der Vorschlag gemacht und begründet, die bisherige Beweislastregel der herrschenden Praxis umzukehren. Scheintestament und Scherztestament bilden den Schluss dieses Teils.



Der Autor ist Prof. em. der Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Handelsrecht.

IV. Der Testierwille (Fortsetzung)

2. Ernstlichkeit des Testierwillens

a) Vorkommen von Ernstlichkeit im BGB

Wir haben nun die erste Frage beantwortet: Was ist der Testierwille? Daran schließt sich eine zweite Frage an: Muss der Testierwille „ernstlicher“ Wille sein? So behauptet es die herrschende Meinung.

Um den Hintergrund dieses Wortes näher auszuleuchten, müssen wir etwas weiter ausholen. Die Worte „ernstlich“ bzw. „Ernstlichkeit“ kommen heute im BGB an drei Stellen vor, und zwar in den §§ 118, 1361 b Abs. 4, 2247 Abs. 3 S. 2. In den §§ 118, 1361 b Abs. 4 BGB geht es um die Ernstlichkeit

eines Meinens bzw. einer Absicht, in § 2247 Abs. 3 S. 2 BGB um die Ernstlichkeit einer Erklärung. In § 118 BGB wird eine nicht ernstlich gemeinte und damit nicht ernstlich gewollte Erklärung tatsächlich abgegeben, in § 1361 b Abs. 4 BGB eine ernstliche Absicht, ob vorhanden oder nicht, jedenfalls nicht bekundet, in § 2247 Abs. 3 S. 2 BGB das Ausreichen zur Feststellung der Ernstlichkeit einer Erklärung gefordert. § 1361 b Abs. 4, eingefügt ins BGB 1986, lassen wir im Folgenden außer Betracht, da die Vorschrift keinerlei Bezug zum Testament aufweist; „ernstlich“ dürfte hier „fest und entschieden“ meinen. Die „Ernstlichkeit“ von § 2247 Abs. 3 S. 2 BGB kam mit dem Testamentsgesetz von 1938 (dort inhaltsgleich mit § 2247 Abs. 3 S. 2 BGB in § 21 Abs. 3 S. 2 TestG) ins Testamentsrecht. In der Ursprungsfassung des BGB gab es die „Ernstlichkeit“ nur in § 118.

b) Preußisches ALR und österreichisches ABGB

Das Wort hat in der deutschen Gesetzessprache eine lange Tradition. In I, 4 des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 (ALR) wurden die allgemeinen Lehren über Willenserklärungen normiert. Schon in I, 4, § 4 hieß es, sozusagen in Form einer Übersichtsnorm: „Die Willenserklärung muss frey, ernstlich, und gewiß oder zuverlässig sein.“⁶³ Zu jeder dieser