



Die Gründung der Stiftung nach der Stiftungsrechtsreform

Axel Janitzki

Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts¹ am 1.7.2023 und Aufnahme der bundeseinheitlichen Neuregelungen in das Bürgerliche Gesetzbuch² stellt sich für die Beratungspraxis die Frage, welche Gestaltungsspielräume nunmehr eröffnet sind. Bereits jetzt kann darüber gestritten werden, welche Vorschriften des neuen Stiftungsrechts zwingend und welche satzungsdispositiv sind.³ Das neue Stiftungsrecht enthält zudem eine Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe. Die flexible Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe und die Berücksichtigung vorhandener und hinzugekommener Gestaltungsmöglichkeiten werden für das Gelingen der Stiftungsrechtsreform in der Praxis entscheidend sein.⁴ Mit der Gesetzgebung zum neuen Stiftungsrecht will der Gesetzgeber das Stiftungsrecht vereinfachen, Streitfragen klären und den Stiftern verdeutlichen, welche Möglichkeiten das Stiftungsgeschäft und die Stiftungssatzung bieten, „den Stifterwillen zukunfts offen zu formulieren, so dass die Stiftung problemlos an sich verändernde Verhältnisse angepasst werden kann“.⁵



Der Autor ist Rechtsanwalt, FA ErbR und Notar a.D.

Zustiftungen bedenken und/oder sie zur Erbin einsetzen wollen.

Gleichwohl gilt auch hier: Wo viel Licht ist, ist auch viel Schatten. Die strikte Zweckbindung bewirkt, dass selbst wesentliche Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse im Grundsatz¹⁰ nicht ausreichen, einen einmal festgelegten Zweck diesen tatsächlichen Veränderungen entsprechend anzupassen und zwar selbst dann nicht, wenn diese Anpassungen dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Stifterwillen ent-

I. Die Wahl der Rechtsform „Rechtsfähige Stiftung“ (das „Ob“ der Stiftungsgründung)

Die Rechtsform „rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts“ – nachfolgend „selbstständige Stiftung“ – erfährt zu Recht ein hohes Ansehen.⁶ Dauerhaftigkeit und Nachhaltigkeit sind zwingende und stiftungsimmanente Wesensmerkmale der selbstständigen Stiftung. Sie sind Voraussetzung für die Ausgestaltung und Entstehung der Stiftung, so nunmehr ausdrücklich in § 80 Abs. 1 S. 1 BGB definiert.⁷

Der Stiftungszweck als „Herzstück einer jeden Stiftung“⁸ kann nicht durch wechselnde Willensbildungen (Verein) oder sachfremde Eigentumsübergänge bzw. Vererbungen (Gesellschaften) gefährdet werden. Der Stiftungszweck wird vom Stifter⁹ vorgegeben und kann gem. § 85 Abs. 1 BGB nur ausgetauscht oder erheblich beschränkt werden, wenn

- der Stiftungszweck nicht mehr dauernd und nachhaltig erfüllt werden kann oder
- der Stiftungszweck das Gemeinwohl gefährdet.

Die durch die Stiftungsorgane zu gewährleistende und von der Stiftungsaufsicht zu überprüfende Beständigkeit der Stiftung schafft Vertrauen, sowohl aufseiten des Stifters als auch aufseiten derjenigen, die die Stiftung mit Zuwendungen und

1 BGBl. 2021 I 2947.

2 Im Untertitel „Rechtsfähige Stiftungen“ sind nunmehr 36 Vorschriften zum Stiftungsrecht enthalten anstelle der bisherigen 9 Vorschriften.

3 Burgard nPoR 2023, 103.

4 Janitzki ErbR 2022, 15 (19).

5 Bericht des Ausschusses für Recht- und Verbraucherschutz vom 23.6.2021, BT-Drs. 19/31118, 7; vgl. Schauhoff nPoR 2023, 117 (112); Schauhoff/Mehren StiftungsR/Schauhoff Kap. 1 Rn. 3: „Die Freiheit der stifterischen Gestaltung der eigenen Stiftung hat der Gesetzgeber durch die Neuregelung des Stiftungsrechts nicht beschränkt, sondern bekräftigt“.

6 Vgl. Schauhoff/Kirchhain Gemeinnützigkeits-HdB/van Randenborgh § 1 Rn. 6 („Auf einer Werteskala nach subjektiven Kriterien liegt die Stiftung für gewöhnlich weit vor der GmbH oder dem Verein. Der Begriff der Stiftung ist in der Regel positiv belegt [...] Auch das Spendenaufkommen an Stiftungen dürfte ungleich höher sein als etwa das an gemeinnützige GmbHs“).

7 § 80 Abs. 1 S. 1 BGB lautet: „Die Stiftung ist eine mit einem Vermögen zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung eines vom Stifter vorgegebenen Zwecks ausgestattete, mitgliederlose juristische Person“.

8 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Schauhoff Kap. 1 Rn. 18.

9 Das Gesetz verwendet (nur) das generische Maskulinum. Vor diesem Hintergrund wird folgend ebenfalls nur das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind jedoch alle Geschlechter.

10 Soweit an Zweckänderungen nicht geringere Anforderungen zu stellen sind, weil sie die Richtung der Stiftung nicht grundlegend verändern bzw. soweit die Anpassungen im Stiftungsgeschäft bzw. der Gründungssatzung nicht unter den Vorgaben des § 85 Abs. 4 BGB erleichternd zugelassen werden.

sprechen. Die Beendigung einer Stiftung oder auch Zulegung zu einer anderen vergleichbaren Stiftung sind im Grundsatz nicht bereits dann möglich, wenn diese unter Beachtung des Stifterwillens von den von ihm eingesetzten Organen als sinnvoll angesehen und begründet werden, sondern unterliegen engen objektiven Voraussetzungen und der Genehmigung der Stiftungsbehörde. Gem. den Regelungen in § 85 BGB sind alle Satzungsänderungen in einem Drei-Stufen-Modell durch die Stiftungsbehörde zu genehmigen. Satzungsänderungserleichterungen in Bezug auf die gesetzliche Neuregelung können gem. § 85 Abs. 4 BGB nur vorgesehen werden, wenn der Stifter im Stiftungsgeschäft „Inhalt und Ausmaß der Änderungsermächtigung hinreichend bestimmt festlegt“, mithin zu einem Zeitpunkt, in dem ihm die geänderten Verhältnisse nicht bekannt und für ihn nicht vorhersehbar sind. Bei Verbrauchsstiftungen gem. § 81 Abs. 2 BGB ist zum Zeitpunkt der Gründung der Stiftung die Zeit festzulegen, für die die Stiftung errichtet wird, und es sind zusätzlich Bestimmungen zu treffen, wie das Vermögen innerhalb dieses Zeitraums zu verwenden ist. Von der Stifterin und dem Stifter werden zum Gründungszeitpunkt so gleichsam „prophetische Gaben“ abverlangt. Das geltende Stiftungsrecht versucht zu sehr, den Stifter vor sich selbst zu schützen.¹¹ Ganz verständlich ist dieses Misstrauen gegenüber dem Stifter nicht. Der „Normalfall“ ist doch, „dass der Stifter nicht nur nichts Böses im Schilde führt, sondern dass er etwas nicht nur für sich Gutes tun will“.¹²

Auch wenn in der Regel die Frage des „Ob“ einer Stiftungsgründung durch den Stifter im Hinblick auf seinen Stiftungswunsch zum Zeitpunkt der Gründungsberatung häufig bereits bejaht worden ist, ist es Aufgabe der Beratung, auf Alternativen zur Gründung einer selbstständigen Stiftung und auf Übergangsregelungen hinzuweisen.

Angesichts teilweise restriktiver Anforderungen an die Satzung und deren Abänderbarkeit kann es sich für den Stifter empfehlen, auf die Rechtsform der unselbstständigen Stiftung zurückzugreifen.¹³ Die unselbstständige Stiftung wird häufig als treuhänderische Stiftung bezeichnet; sie begründet sich in der Regel auf der Grundlage einer Schenkung mit Auflage durch Vertrag mit einem (geeigneten) Treuhänder. Die stiftungsrechtlichen Vorschriften des BGB finden auf die unselbstständige Stiftung weder direkt noch indirekt Anwendung. Eine staatliche Anerkennung ist mithin nicht notwendig, eine Stiftungsaufsicht erfolgt nicht. Die unselbstständige Stiftung ist Steuersubjekt und weist ein Stiftungsorgan auf, in dem eine der selbstständigen Stiftung vergleichbare Willensbildung erfolgt. Satzungsänderungen und auch Zweckänderungen sind in der Regel umsetzbar.¹⁴ Die Vergünstigungen des Gemeinnützigkeitsrechts können auch von unselbstständigen Stiftungen in Anspruch genommen werden.

Auch für den Fall eines unerwarteten Anerkennungshindernisses oder zeitlicher Gegebenheiten, die eine schnelle Gründung einer selbstständigen Stiftung nicht möglich machen,¹⁵ kann die Gründung einer unselbstständigen Stiftung (als „fall-back-option“¹⁶) in Betracht kommen. Die Satzung einer unselbstständigen Stiftung sollte die Möglichkeit der Umwandlung in eine selbstständige Stiftung enthalten, sowie Regelungen, wie und unter welchen Voraussetzungen eine solche Umwandlung erfolgen soll.

Der Nachteil der unselbstständigen Stiftung ist ihre fehlende Rechtsfähigkeit. Sie kann stets nur über den Treuhänder am Rechtsverkehr teilnehmen. Sie übereignet diesem ihr Vermögen, das von diesem zwar stets als Sondervermögen zu verwalten, aber bei Insolvenz des Treuhänders gefährdet ist.¹⁷

Gleichwohl „überrascht es nicht, dass die treuhänderische Stiftung als Alternative zur rechtsfähigen Stiftung vermehrt in den Fokus gerät“.¹⁸

In der Gründungsberatung sind auch Stiftungsersatzformen anzusprechen („Nicht nur eine Stiftung ist eine Stiftung“¹⁹). Die Bezeichnung „Stiftung“ ist etwa auch für Vereine oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung zulässig, wenn sie einer Stiftung vergleichbar mit Kapital ausgestattet werden.

In der vom Bundesverband Deutscher Stiftungen geführten Liste der größten Stiftungen in Deutschland²⁰ findet sich eine ganze Anzahl namhafter Stiftungen in der Rechtsform der Stiftung GmbH, wie etwa die Robert Bosch Stiftung GmbH oder die Mahle Stiftung GmbH. Als Stiftung eV sind beispielsweise die Konrad-Adenauer-Stiftung eV oder die Heinrich-Böll-Stiftung als parteinahe Stiftungen bekannt. Innerhalb dieser Alternativformen zur Gründung einer Stiftung können zur Wahrung der Beständigkeit der Stiftungstätigkeit stiftungsähnliche Strukturen gewählt werden. Ob eine solche Gestaltung, die mit einem hohen Beratungsaufwand verbunden ist, eine mit einer Stiftung vergleichbare Sicherheit liefert, kann infrage gestellt werden.²¹ Einer Stiftungsaufsicht unterliegen Stiftungen, die nicht als rechtsfähige Stiftungen iSd BGB errichtet wurden, nicht. Dies kann als Vor- oder Nachteil angesehen werden und wird in dieser Konsequenz im Einzelfall abzuwägen sein.

Von aktueller Bedeutung für die Gründungsberatungspraxis und die Gestaltung von Unternehmensnachfolgen sowie als Alternative zu Unternehmensbeteiligungsstiftungen ist die Diskussion über die Gesellschaft in Verantwortungseigentum bzw. die Gesellschaft mit gebundenem Vermögen (GmgV).²² Bei diesem Impuls zur Entwicklung einer neuen Rechtsform, der aus der Praxis heraus entstanden ist,²³ geht es um die

11 Es kann der Eindruck entstehen, „dass der Staat die Stiftung vor ihren Stiftern beschützen müsse“, Steinsdörfer, Deutsches Stiftungszentrum, zitiert nach Jungheim, Die Stiftung, 2017, 43.

12 Muscheler, Stiftungsrecht, 60.

13 Schiffer/Pruns/Schürmann, Die Reform des Stiftungsrechts, § 1 Rn. 9 („Wir sind also gut beraten, uns näher mit der treuhänderischen Stiftung zu befassen und zu prüfen, für welche Sachverhaltskonstellationen sie in welcher Ausgestaltung ein sinnvoller Vorschlag sein kann“).

14 Ponath/Tolksdorf ZEV 2021, 612.

15 Vgl. Janitzki, Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen, 1. Jg. 2007, 121 ff. („der Konzerthausfall“).

16 Schwalm ZEV 2021, 75 („Subsidiär-Lösung“).

17 Plottek/Weiten, NotF Stiftungsrecht, § 2 Rn. 35.

18 Schiffer/Pruns/Schürmann, aaO, § 1 Rn. 8.

19 Schiffer (Hrsg.), Die Stiftung in der Beratungspraxis, Schiffer/Noel, § 2 Rn. 76.

20 www.stiftungen.org/stiftungen/zahlen-und-daten/liste-der-groessten-stiftungen.html

21 Schiffer, aaO, Schiffer/Noel, § 2 Rn. 95 („Es lässt sich nicht bestreiten, dass das einen erheblichen Aufwand bedeutet, der dennoch keine wirkliche Sicherheit gibt, denn beispielsweise können Satzungen zumindest einstimmig geändert werden“).

22 Steuernagel, Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen, 15./16. Jg. 2021/2022, 9 ff.

Weiterentwicklung der Rechtsnachfolge in Unternehmensbeteiligungen. Durch vorgeschriebene Vinkulierungen bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen wird eine bleibende „Werteverwandtschaft“ der Gesellschafter angestrebt. Die neu zu entwickelnde Rechtsform soll gewährleisten, dass

- Gewinne stets im Unternehmen verbleiben,
- Anteile auch im Falle der Übertragung und Vererbung Gesellschaftern vorbehalten sind, die sich mit dem Sinn des Unternehmens (Purpose) verbinden können und wollen.

Der Vorschlag zur Entwicklung der Rechtsform einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen hat eine hohe gesellschaftliche Aufmerksamkeit erfahren.²⁴ Einer solchen neuen Rechtsform kann eine Bedeutung als Alternative zu einer selbstständigen Stiftung, deren Aufgabe es ist, Eigentümerin von Gesellschaftsanteilen zu sein (unternehmensverbundene Stiftung), zukommen. Unternehmensverbundenen Stiftungen können ein hoher Gründungsaufwand²⁵ und eine sich schon durch die staatliche Eingebundenheit ergebende Inflexibilität entgegeng gehalten werden. Sie weisen aber den Vorteil der Wahrung des Stifterwillens, Kontinuität und eine strukturelle Verbindung von Gewerblichkeit und Gemeinnützigkeit auf, die volkswirtschaftlich im Sinne eines gesellschaftlich erforderlichen und nutzbringenden Kreislaufes verstanden werden kann. Ob die neue Rechtsform der GmgV zur Regelung der Rechtsnachfolge innerhalb von Familienunternehmen und im Gesellschaftsrecht erforderlich und vorzuziehen ist, wird entscheidend davon abhängen, wie flexibel das jetzt geltende Stiftungsrecht ausgelegt und gehandhabt werden kann.²⁶ Als „Notlösung“²⁷ kann eine stiftungsgetragene Unternehmenskonzeption nicht angesehen werden. Das Gegenteil beweisen viele erfolgreiche und zukunftsweisende Beispiele in der Praxis. Viele Unternehmer sehen die Übertragung ihres Unternehmens in das Eigentum einer Stiftung gleichsam als Krönung ihres Lebenswerkes. Der Diskussionsprozess über eine neue Rechtsform der Gesellschaft mit gebundenem Vermögen kann sich auch im Sinne eines „Wettbewerbs der Rechtsformen“ als nutzbringend erweisen.²⁸ Die Frage nach „Verantwortungseigentum“ ist eng mit der Stiftungsfrage verbunden.²⁹

II. Gestaltungsmöglichkeiten des neuen Stiftungsrechts (das „Wie“ der Stiftungsgründung)

1. Die zukunfts offene Formulierung des Stifterwillens

§ 80 Abs. 1 S. 1 BGB schreibt zwingend vor, dass der Stiftungszweck durch den Stifter vorgegeben wird. Die Besonderheit der Rechtsform Stiftung besteht darin, dass nicht – wie bei anderen juristischen Personen – der aktuelle Wille bzw. zu aktualisierende Wille zählt, sondern der Wille, wie er bei der Stiftungsgründung bestand.³⁰ Die Stiftung hat kein „*personales Substrat*“.³¹ Den Stiftungsorganen steht in Bezug auf Zweckänderungen keine autonome Willensbildung zu, selbst wenn der Stifter eine solche Autonomie wünscht, sie in der Satzung verankern will und selbst Mitglied des entsprechenden Stiftungsorgans ist.³² Bei künftigen Zweckänderungen bestehen somit die engen Anforderungen des § 85 Abs. 1 S. 1. BGB. Nach diesen ist eine Zweckänderung nur möglich, wenn der Stiftungszweck nicht mehr „*dauernd und nachhaltig*“ erfüllt werden kann. In der Praxis wird dieser Sachverhalt bei

enger Auslegung dieser Merkmale nur selten vorliegen. Eine enge Auslegung ist aber nicht geboten und wird durch den Gesetzgeber nicht gewollt. Dies ergibt sich aus der in § 85 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehenen „*Erleichterung*“, nach der eine Zweckänderung (schon) vorgenommen werden kann, wenn eine Stiftung keine ausreichenden Mittel für die Erfüllung ihrer (bisherigen) Zwecke hat.

Um dem „Dilemma“ einer praktisch nur eingeschränkt möglichen Zweckänderung zu entgehen, kann gem. § 85 Abs. 4 BGB im Stiftungsgeschäft bzw. der Errichtungssatzung vorgeesehen werden, welche späteren Zweckänderungen möglich sind, wenn insofern „*Inhalt und Ausmaß*“ vorab bestimmt werden. Es erscheint allerdings als sehr fraglich, ob der Stifter bereits im Stiftungsgeschäft „*Inhalt und Ausmaß*“ der Änderung der Zwecke, die er zu diesem Zeitpunkt als richtig und ausreichend ansieht, bestimmen kann und will. Der Stifter wird hierzu in der Satzung vielleicht schweigen, „*was häufig klug sein kann, da auch er die Zukunft nur begrenzt voraussehen kann*“.³³ Berechtigt ist aber auch die Auffassung, der Stifter solle erleichterte oder erschwerte Satzungsänderungsmöglichkeiten nach § 85 Abs. 4 BGB ausdrücklich anordnen,³⁴ um so die vom Gesetzgeber angesprochene Zukunfts Offenheit³⁵ zu gewährleisten.

In der Ausgestaltung der Stiftungszwecke ist der Stifter frei, insbesondere dahin gehend, ob er eher weite oder enge Vorgaben machen möchte.³⁶ Der Stiftungszweck kann eng auf

23 Steuernagel, aaO, 20.

24 „In einer repräsentativen Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach sprachen sich 72 Prozent der befragten Familienunternehmen für die Einführung einer neuen Rechtsform aus, 42 Prozent können sich Verantwortungseigentum für das eigene Unternehmen vorstellen“, Steuernagel, aaO, S. 21; vgl. Uffmann, in: Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungsweesen 2021/2022, Editorial: „Mehrere hundert namhafte Unternehmer fordern seit geraumer Zeit, für ihre bereits gelebte Idee eines sog. Verantwortungseigentums eine passende Rechtsform zur Verfügung zu stellen. Eine Forderung, die von der aktuellen Regierung in ihren Koalitionsvertrag aufgenommen wurde [...] Diesem Modell, wonach das Unternehmen ähnlich der Stiftung im Grunde sich selbst gehört, schlägt allerdings bislang ein steifer Gegenwind entgegen [...] Mich persönlich überrascht die Kritik nicht. Geht es um Systemveränderungen, ist die Ablehnung üblicherweise erst einmal groß“.

25 Häring, Endspiel des Kapitalismus, 2022, 310 („Stiftungen zu gründen ist teuer und aufwendig“).

26 Janitzki ErbR 2022, 16.

27 Häring, aaO.

28 Uffmann, aaO.

29 Nach Burgard, Kommentar zum Stiftungsrecht, vor § 80 Rn. 81, hat die Initiative „Verantwortungseigentum“ das Gespräch mit Beamten im BMJV gesucht und dort die Auskunft erhalten, dass die Stiftung nicht die richtige Rechtsform zur Umsetzung dieser Idee sei („*was objektiv falsch ist*“).

30 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Schauhoff, Vorwort.

31 Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) § 85 Rn. 2.

32 Den Stiftungsorganen bleibt durchaus vorbehalten, den Stifterwillen entsprechend den mutmaßlichen Erwägungen des Stifters fortzuentwickeln, vgl. Schauhoff/Mehren StiftungsR/Schauhoff, Vorwort, sowie Schauhoff, Kap. 1 Rn. 16: „Im Zweifel kann davon ausgegangen werden, dass der Stifter eine moderate Fortentwicklung der Stiftungssatzung gewollt hat“. Die Sonderstellung des Stifters innerhalb der Stiftungstätigkeit zu regeln etwa durch eine für ihn vorgesehene Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand über einen Wahlturnus hinaus als „geborenes Vorstandsmitglied“ und durch dem Stifter vorbehaltene Vorschlagsrechte, ist eine wesentliche Aufgabe der Gründungsberatung.

33 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Schauhoff, Kap. 1, Rn. 12.

34 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Kampermann, Kap. 5 Rn. 31.

35 BT-Drs. 19/31118, 7.

eine Aufgabe fokussiert werden oder sich auf ganze Aufgabenbereiche erstrecken, wie dies etwa bei einer Bürgerstiftung der Fall ist.³⁷ Die Stiftungszwecke müssen hinreichend bestimmt sein. Der Stifter kann der Stiftung mehrere Zwecke geben, sowie die Intensität und zeitliche Abfolge der Verfolgung der einzelnen Zwecke unterschiedlich regeln. Möglich und empfehlenswert ist beispielsweise die Formulierung:

„Die Stiftung ist nicht verpflichtet, alle Zwecke gleichzeitig und in gleichem Umfang zu verfolgen. Der Stiftungsvorstand beschließt darüber, welche Zwecke vorrangig verwirklicht werden.“

Umstritten, aber stiftungsrechtlich grundsätzlich denkbar sind Ersatz- und Vorratzzwecke.³⁸ Aus dem Gemeinnützigkeitsrecht ergeben sich zusätzliche Anforderungen an konkret zu benennende Zwecke und die Art der Zweckverwirklichung. Die Art der Zweckverwirklichung sollte beispielhaft („der Stiftungszweck wird verwirklicht insbesondere durch [...]“) beschrieben werden, um auch so die Flexibilität der Stiftung sicherzustellen.

Als in der Praxis hilfreich haben sich einer Satzung voraussetzende Präambeln erwiesen, die zwar nicht Bestandteil der Satzung sind, aber in der Zukunft und auch bereits in der Gründungsberatung dazu verhelfen, den individuellen Stifterwillen zu erfassen und auszulegen.

Um die Identität und Kontinuität³⁹ sowie zeitnahe Anerkennungsfähigkeit der Stiftung und ihrer Gemeinnützigkeit⁴⁰ zu gewährleisten, ist eine professionelle Befatung und Begleitung der Stiftungsgründung unerlässlich.⁴¹

2. Bestimmungen über die Verwendung des Stiftungsvermögens

Eine der positiven Errungenschaften der Stiftungsrechtsreform sind die in §§ 83 b und 83 c BGB erfolgten Klarstellungen der Vermögensarten.⁴² Der Stifter hat die Möglichkeit, selbst zu bestimmen, welcher Teil des Vermögens stets zu erhalten ist (Grundstockvermögen) und welcher Teil nach Bedarf und Ermessen zur Förderung der Stiftungsziele verwendet werden kann (*sonstiges Vermögen*). Eine Stiftung kann und sollte in der Regel beide Vermögensarten enthalten.⁴³ Sicherzustellen ist stets, dass die Ausstattung mit nicht verbrauchbarem Vermögen die dauerhafte und nachhaltige Stiftungstätigkeit gewährleistet. Die Vermögensausstattung einer Stiftung muss so bemessen sein, dass eine positive Lebensfähigkeitsprognose getroffen werden kann.⁴⁴ Auch gegenständliche Festlegungen können erfolgen. Es kann somit festgelegt werden, welche Vermögensgegenstände stets untrennbar mit der Stiftung verbunden sein sollen (Gesellschaftsbeteiligungen, Gebäude, Gemäldesammlungen uam). Abänderungsmöglichkeiten können insofern gem. § 85 Abs. 4 BGB vorgesehen werden.

Durch Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz,⁴⁵ mithin auf den letzten Metern der Stiftungsrechtsreform, ist abgewendet worden, dass Umschichtungsgewinne stets zu thesaurieren sind. Das Gesetz ist auch insofern jetzt freilassend. Umschichtungsgewinne können gem. der gesetzlichen Regelung⁴⁶ für die Erfüllung der Stiftungszwecke verwendet werden, soweit dies nicht durch die Satzung ausgeschlossen wurde und die Erhaltung des Grund-

stockvermögens gewährleistet ist. Unter dieser Voraussetzung können Umschichtungsgewinne auch dem sonstigen Vermögen zugewiesen werden. Es empfiehlt sich und ist Gegenstand der Gründungsberatung, insofern ausdrückliche Regelungen und eventuelle Abänderungsmöglichkeiten im Stiftungsgeschäft bzw. der Gründungssatzung vorzusehen. Möglich wäre etwa folgende Regelung:

„Umschichtungen sind mit Ausnahme der Unternehmensbeteiligungen der Stiftung (*im Einzelnen genau zu beschreiben*) zulässig. Umschichtungsgewinne können dem Grundstockvermögen oder dem sonstigen Vermögen zugeschrieben werden. Umschichtungsgewinne können zur Erfüllung der Stiftungszwecke verwendet werden, sofern die Erhaltung des Grundstockvermögens sichergestellt ist.“

Das Gesetz und die Gesetzbegründung geben nicht vor, ob das Vermögen einer Stiftung, soweit eine Erhaltungspflicht besteht, nominal oder real zu erhalten ist⁴⁷. Ein von dem Stifter nicht notwendig in der Satzung vorzulegendes Kapitalerhaltungskonzept kann und sollte hierzu Aussagen enthalten.

Die Satzung sollte Angaben dazu enthalten, ob Zustiftungen/Zuwendungen an die Stiftung künftig zulässig sind, etwa:

„Die Stiftung ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Zustiftungen und Zuwendungen entgegenzunehmen.“

Die Rechtsstellung der Destinatäre sollte geregelt werden, etwa:

„Es besteht – auch bei wiederholter Leistung – kein Rechtsanspruch auf Gewährung von Stiftungsleistungen.“

Ob die jetzt in § 80 Abs. 1 BGB vorgesehene ausdrücklich zugelassene Verbrauchsstiftung angesichts der restriktiven Anforderungen des § 81 Abs. 2 BGB,⁴⁸ in der Praxis künftig noch eine Chance hat, wird sich erweisen müssen.⁴⁹ Die in der Gesetzbegründung enthaltene Aussage, die Zweckerfüllung durch eine Stiftung, die über einen sehr langen Zeitraum besteht („Ewigkeitsstiftung“), sei in der Regel wirksamer als die Zweckerfüllung einer Verbrauchsstiftung,⁵⁰ bleibt ohne nähere Begründung und dürfte durch eine Vielzahl von Stif-

36 Aumann DNotZ 2022, 894 (896).

37 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Schauhoff, Kap. 1 Rn. 18.

38 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Kampermann, Kap. 5 Rn. ff.

39 Nicht zu vergessen: Flexibilität.

40 92 Prozent aller Stiftungen in Deutschland sind gemeinnützig, vgl. Schauhoff, aaO, Vorwort.

41 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Kampermann, Kap. 5 Rn. 4 („zu empfehlen“).

42 Janitzki ErbR 2023, 256.

43 Auch Zustifter können bestimmen, wie das von ihnen eingebrachte Vermögen gewidmet und zu verwenden ist. Bei gemeinnützigen Stiftungen sind dabei die Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts zu beachten.

44 Schauhoff/Mehren StiftungsR/Schlenker-Ohletz, Kap. 3 Rn. 4.

45 BT-Drs. 19/30938, 2. d) (Seite 3).

46 § 83 c Abs. 1 S. 3 BGB.

47 BT-Drs. 19/28173, 57; Schauhoff/Mehren StiftungsR/Mehren, Kap. 7 Rn. 73.

48 Vgl. Janitzki, in: Andrick/Muscheler/Uffmann, Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht, § 81 Abs. 2 BGB.

49 Gollan AnwBl Online 2023, 362 („Ob reine Verbrauchsstiftungen künftig eine große Rolle in der Praxis spielen werden, erscheint fraglich. Dennoch sollten Teilnehmern des Rechtsverkehrs ihre Existenz bekannt sein“).

tern in dieser Allgemeinheit nicht geteilt werden. Die gesetzlichen Regelungen zur Verbrauchsstiftung spiegeln die im Gesetzgebungsverfahren und in der Anhörung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ am 4. und 5.4.2017 im Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz wahrnehmbare Abneigung der Ministerialbürokratie gegenüber der Verbrauchsstiftung wider.⁵¹ Diese Abneigung verdeutlicht auch die durch § 82 c BGB jetzt für die Verbrauchsstiftung vorgeschriebene Verpflichtung zur Führung des Namenszusatzes „eingetragene Verbrauchsstiftung“, in der Abkürzung „e.VS.“. Es gibt keinen Anlass, im Rechtsverkehr vor einer Verbrauchsstiftung warnen zu müssen. Die Verbrauchsstiftung steht nicht in einem Rangverhältnis mit einer Stiftung auf unbestimmte Zeit.⁵² Es gab – soweit ersichtlich – im gesamten Gesetzgebungsverfahren, neben der vielfachen Kritik an einem solchen Namenszusatz, außerhalb der Ministerialbürokratie keine Stimme, die sich für Namenszusätze überhaupt ausgesprochen hat.⁵³

Auch steuerlich wird die Verbrauchsstiftung im Vergleich zur Stiftung auf unbestimmte Dauer ungerechtfertigt ungleich behandelt. Der ansonsten bei einer Stiftung mögliche Sonderausgabenabzug iHv 1 Mio. EUR (bei Ehegatten bis zu einem Gesamtbetrag von 2 Mio. EUR) wird bei Verbrauchsstiftungen nach wie vor nicht gewährt.⁵⁴

3. Gestaltungsmöglichkeiten zur Haftungsvermeidung⁵⁵

Durch geeignete Satzungsgestaltungen, insbesondere durch zulässige Haftungsbeschränkungen, Regelungen in Bezug auf die Organbildung und deren Abänderbarkeit, Ressortaufteilung, Anlagerichtlinien und Kontrollvorkehrungen mit Entlastungsmöglichkeiten, können die Haftungsrisiken der Mitglieder der Stiftungsorgane erheblich reduziert werden. Solche Regelungen können entscheidende Bedeutung dafür haben, dass es gelingt, für die Besetzung der Stiftungsorgane auch über die Gründungsphase hinaus geeignete Persönlichkeiten zu gewinnen.

Geschäftsführungsaufgaben können statutarisch anderen Organen als dem Vorstand übertragen werden.⁵⁶

Die fehlende Verantwortung einer Stiftung gegenüber Mitgliedern kann (teilweise) dadurch kompensiert werden, dass Dritte, etwa durch Vorschlagsrechte bei der Besetzung der Entscheidungsorgane, miteinzubeziehen sind und/oder für Entscheidungsträger bestimmte (berufliche) Kompetenzen vorgeschrieben werden.

Bei größeren Stiftungen empfiehlt es sich – auch mit Entlastungskompetenz –, ein Aufsichtsorgan vorzusehen.⁵⁷ Stiftungsorgane können auch fakultativ vorgesehen werden, etwa mit der Formulierung:

- „Organe der Stiftung sind
- der Stiftungsvorstand
- der Wirtschaftsrat (fakultativ)“⁵⁸

4. Satzungsänderungen und Satzungsänderungserleichterungen

Der neu geschaffene § 85 BGB unterscheidet in Bezug auf die Möglichkeiten späterer Satzungsänderungen einer Stiftung in einem Drei-Stufen-Modell drei Gruppen mit unterschiedlicher

„Änderungsfestigkeit“.⁵⁹ Die Anforderungen an Satzungsänderungen sind umso strenger, je stärker die Satzungsänderungen in die Stiftungsverfassung (§ 83 BGB) eingreifen und die Stiftung verändern.⁶⁰

Zweckänderungen sind gem. § 85 Abs. 1 S. 1. BGB nur zulässig, wenn der Stiftungszweck nicht mehr dauernd und nachhaltig erfüllt werden kann. Nicht jede Ergänzung, Erweiterung oder Begrenzung der Zweckbestimmung ist jedoch eine „Zweckänderung“ im Sinne dieser Vorschrift⁶¹.

Zweckänderungen, die die Identität der Stiftung nicht betreffen, sind in der Regel gem. den Anforderungen des § 85 Abs. 2 BGB zu prüfen. Für diese Stufe ist maßgeblich, ob „*sich die Verhältnisse nach Errichtung der Stiftung wesentlich verändert haben*“. Ob diese Voraussetzung des § 85 Abs. 2 BGB vorliegt, ist stets eine einzelfallbezogene Entscheidung⁶². Satzungsänderungen auf der zweiten Stufe gelten für prägende Bestimmungen der Stiftungsverfassung.

Das Gesetz führt nur aus, welche Bestimmungen „regelmäßig“ prägend sind (Name, Sitz, Art und Wesen der Zweckerfüllung, Verwaltung des Grundstockvermögens). Die genannten Regelbeispiele sind typischerweise prägende Bestandteile der Satzung. Dies bedeutet, dass stets zu prüfen ist, ob im Einzelfall Gründe vorliegen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Eine wichtige Aufgabe der Gründungsberatung ist somit die Festlegung, welche Bestimmungen im konkreten Einzelfall aus Sicht des Stifters prägend und welche leicht abänderbar (auf der Stufe 3) sein sollen. Die Bestimmungen hierzu sollten in das Stiftungsgeschäft bzw. die Gründungssatzung aufgenommen werden.

Für Verbrauchsstiftungen sind die Anforderungen des § 81 Abs. 2 BGB „prägend“.⁶³

Die Laufzeit einer Verbrauchsstiftung kann somit auf Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelung abgeändert werden, wenn sich die Verhältnisse nach Errichtung der Stiftung – etwa durch Zustiftungen – wesentlich verändert haben.

Auf der dritten Stufe der Anforderungen an Stiftungssatzungsänderungen können gem. § 85 Abs. 3 BGB Satzungsänderungen

50 BT-Drs. 19/28173, 46; auch Schauhoff/Mehren *StiftungsR/Schienen-Ohletz* Kap. 3 Rn. 4.

51 Vgl. Janitzki *ErbR* 2022, 15 (16). Zur Diskussion über mögliche und evtl. auch erforderliche zeitliche Beschränkungen von Stiftungen in den Vereinigten Staaten („*Stiftungen für die Ewigkeit als rechtliche Herausforderung für sich wandelnde Gesellschaften*“), Adam *npO* 2022, 280 ff.

52 VG Gelsenkirchen Urt. v. 12.7.2018 – 12 K 499/18, *ZStV* 2018, 174 ff.

53 Janitzki *ErbR* 2022, 15 (17); an anderer Stelle war die Ministerialbürokratie konstruktiv um Verbesserungen des ursprünglichen Gesetzesvorschlages bemüht, vgl. Schauhoff *npO* 2023, 111.

54 § 10 b Abs. 1 a S. 2 *EstG*.

55 Ausführlich: Uffmann, in: Andrick/Muscheler/Uffmann, *Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht*, § 84 a BGB Rn. 1 ff.; Janitzki *ErbR* 2023, 254 ff.

56 Lange *ZEV* 2022, 172; Janitzki *ErbR* 2023, 259.

57 Janitzki *ErbR* 2023, 255. Ob einer Entlastungserklärung durch ein Kontrollorgan Verzichtswirkung zukommen kann, ist umstritten.

58 Wann und wie ein solches zusätzliches Organ eingeführt werden kann, ist in der Satzung zu konkretisieren.

59 Schauhoff/Mehren *StiftungsR/Schauhoff*, Kap. 1 Rn. 3.

60 BT-Drs. 19/28173, 64.

61 Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/28173, 64.

62 BT-Drs. 19/28173, 67.

63 BT-Drs. 19/28173, 67.

gen vorgenommen werden, wenn dies der Erfüllung des Stiftungszwecks dient.

Von großer Bedeutung für die Gründungsberatung ist § 85 Abs. 4 BGB, der spätere Satzungsänderungen durch die zuständigen Satzungsorgane erleichtert, wenn der Stifter zum Zeitpunkt der Stiftungsgründung hierzu Inhalt und Umfang hinreichend bestimmt festlegt. Das Gesetz und die Gesetzesbegründung sind insofern erstaunlich unbestimmt. Der Stifter kann den Stiftungsorganen keine Blanko- oder Pauschalermächtigung erteilen.⁶⁴ Dieser Hinweis auf eine sich bereits aus dem Wesen der Rechtsform Stiftung ergebende Voraussetzung spricht dafür, dass an Satzungsänderungserleichterungen keine hohen Anforderungen zu stellen sind. § 85 Abs. 4 BGB schließt im Wesentlichen nur aus, dass der Stifter Grundlagenänderungen in das freie Ermessen der Stiftungsorgane stellt.⁶⁵ Der Stifter kann zum Beispiel vorsehen, dass Änderungen, die der zweiten Stufe unterliegen (§ 85 Abs. 2) satzungsgemäß den Anforderungen des § 85 Abs. 3 BGB unterstellt werden.⁶⁶

Zulässig sind etwa folgende Formulierungen:

„Die Bestimmungen dieser Satzung über die Art und Weise der Zweckerfüllung, die Verwaltung des Grundstockvermögens und über die Zusammensetzung und Aufgabe der Organe sind nicht prägend iSd § 85 Abs. 2 BGB und können daher unter den Voraussetzungen des § 85 Abs. 3 geändert werden.“⁶⁷

Oder:

„Sinkt der Wert des Grundstockvermögens unter 100.000 EUR ab, kann die Stiftung in eine Verbrauchsstiftung umgewandelt werden.“⁶⁸

III. Satzungsgestaltung und Dispositionsfreiheit

Schon jetzt zeichnet sich in Bezug auf das neue Stiftungsrecht eine streitige Auseinandersetzung darüber ab, welche Vorschriften des neuen Rechts zwingend und welche satzungsdiskursiv sind.⁶⁹ Das im früheren Referentenentwurf (§ 83 Abs. 2 BGB-RefE) noch vorgesehene Prinzip der Satzungsstrenge („Durch die Satzung kann von den Vorschriften dieses Untertitels nur abgewichen werden, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist“) ist auf heftigen Widerstand gestoßen und im Gesetzgebungsverfahren aufgegeben worden.⁷⁰

Die Begründung des Gesetzes vollzieht dies nicht nach⁷¹ („Das novellierte Stiftungsrecht enthält auch weiterhin sowohl zwingende als auch dispositive Vorschriften. Bei den einzelnen Vorschriften wird ausdrücklich geregelt, inwieweit davon durch die Satzung abgewichen werden kann“⁷²). Diese nicht durchgehend zutreffende Begründung⁷³ ist auf dem Stand des – überholten – Referentenentwurfes.

Die Gesetzesbegründung allein ist nicht ausschlaggebend für die Auslegung und eine mögliche Abdingbarkeit der stiftungsrechtlichen Vorschriften des BGB. Die Gesetzesmaterialien können nur mit Vorsicht zurate gezogen werden.⁷⁴ Der Gesetzgeber, das Parlament, stimmt über den Gesetzestext ab, nicht über seine Begründung. Der Wortlaut des Gesetzes, die teleologische, grammatikalische, systematische und historische

Auslegung lassen jedoch gleichwohl zusammen mit der Gesetzesbegründung in der Regel den Schluss zu, ob von einer der gesetzlichen Regelungen des Stiftungsrechts durch die Satzung abgewichen werden kann oder nicht.⁷⁵

Schlussbetrachtung

Stiften ist ambivalent.⁷⁶ Mit der Rechtsform der Stiftung kann eine ethisch und gesellschaftspolitisch zu hinterfragende Machtausübung, ein freiheitlicher Ermöglichungsvorgang, ein rückwärtsgewandter Erhaltungsanspruch oder eine zukunftsweisende Entwicklung verbunden sein. *Stiftungen schließen den Gerechtigkeitsgedanken nicht aus, sie gehen über ihn hinaus.*⁷⁷ Das „Ob“ der Stiftung ist hoch zu schätzen, in gleicher Weise oder vielleicht noch mehr das „Wie“.⁷⁸ Hinzu kommt mit zunehmender Aktualität die Frage nach dem „wie lange“.

Das neue Stiftungsrecht bietet neue Möglichkeiten in Bezug auf die individuelle Gestaltung der Satzung, deren Abänderbarkeit, Umgang mit dem Stiftungsvermögen, Zulegung und Zusammenlegung mit anderen Stiftungen und Regelungen zur Haftung der Stiftungsorgane. Diese Möglichkeiten sollten in der Stiftungspraxis genutzt werden.

64 BT-Drs. 19/28173, 68 („An die Bestimmtheit der Ermächtigung in der Satzung sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je bedeutsamer die Änderungen sind, zu denen ermächtigt werden soll“). Wer soll aber die Bedeutungshöhe insofern haben, wenn nicht der Stifter selbst?

65 Burgard nPoR 2023, 111.

66 Burgard, aaO.

67 Burgard/Burgard, Stiftungsrecht, § 85 Rn. 116.

68 Burgard/Burgard, Stiftungsrecht, § 85 Rn. 118.

69 Burgard nPoR 2023, 103.

70 Burgard nPoR 2023, 106; Janitzki ErbR 2022, 17.

71 Auch an anderer Stelle finden sich „Überbleibsel älterer Begründungen [...] Die Begründung des Regierungsentwurfes darf daher keinesfalls ohne Weiteres für bare Münze genommen werden“, Schauhoff nPoR 2023, 113.

72 BT-Drs. 19/28173, 29.

73 Burgard verweist auf die Vorschriften zur Zusammenführung und Auflösung der Stiftung (§§ 86, 86 a und 87 Abs. 1 BGB), die keine ausdrückliche Regelungen insofern enthalten nPoR 2023, 104; auch Schauhoff ZEV 2022, 512 (516): „Im Ergebnis sind daher nach überzeugender Ansicht abweichende Regelungen über die Zulässigkeit und die Voraussetzungen einer Zulegung und Zusammenlegung im Stiftungsgeschäft zulässig“; Schauhoff/Mehren StiftungsR/Kirchhain, Kap. 9, Rn. 71 mit eben dem Hinweis, dass sich die Begründung des Gesetzentwurfes auf einen Vorentwurf bezieht, der Satzungsstrenge vorsah: „Dieses Gebot hat der Gesetzgeber – zurecht – nicht kodifiziert. Hieraus folgt mE, dass der Stifter die Voraussetzungen einer Zulegung und/oder Zusammenlegung wie auch die Voraussetzungen einer Auflösung/Aufhebung individuell bestimmen kann“; nach anderer Auffassung sind die neuen Vorschriften über die Zulegung, Zusammenlegung, Auflösung und Aufhebung abschließend und zwingend, Bartodziej, Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht, Art. 229 § 59 EGBGB Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts, Rn. 14; Bieniek SB Stiftungsbrief, Sonderausgabe Reform des Stiftungsrechts 2023, 8: „Die Voraussetzungen für die Zulegung, Zusammenlegung und die Auflösung der Stiftung sind zwingend und dem Gestaltungsbereich des Stifters entzogen“.

74 Burgard/Burgard, Stiftungsrecht, vor § 80 Rn. 25.

75 Schauhoff nPoR 2023, 113: „Der Rechtsanwender muss selbständig die Transferleistung erbringen, welche Teile der früheren Begründungen überholt sind und was das letztlich entscheidende Motiv des Gesetzgebers war“.

76 Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) Vorbem. 104 zu §§ 80 ff.

77 Janitzki in: Andrick/Muscheler/Uffmann, Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht, § 81 Abs. 2 BGB Rn. 287.

78 „Das was bedenke, mehr bedenke wie“, Goethe, Faust II, 2. Akt.