

Bochumer Studien zum Stiftungswesen

Herausgegeben von Karlheinz Muscheler

4

Jonas Arnhold

Die selbständige Stiftung und der Testaments- vollstrecker

PETER LANG

Während die Stiftung der Theorie nach ewig existent sein kann, gilt dies für den Stifter nicht. Er kann aber einen Testamentsvollstrecker einsetzen, um die Verwirklichung des Stifterwillens durch „seine“ Stiftung postmortal zu beeinflussen. Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, welche Aufgaben der Stifter einem Testamentsvollstrecker insoweit übertragen kann. Dies betrifft naturgemäß vor allem die Stiftung von Todes wegen, kann aber auch bei der zu Lebzeiten errichteten Stiftung Bedeutung erlangen, insbesondere wenn der Stifter vor der Anerkennung stirbt. Untersucht werden sowohl die Frage, inwieweit der Testamentsvollstrecker – etwa durch die Ergänzung des Stiftungsgeschäfts – zur Entstehung der Stiftung beitragen kann, als auch die Rolle des Testamentsvollstreckers im Leben der bereits anerkannten Stiftung.

Jonas Arnhold wurde 1981 in Münster geboren. Nach dem rechtswissenschaftlichen Studium in Münster war er von 2006 bis 2008 als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Handelsrecht in Bochum tätig. Seit 2008 absolviert er den juristischen Vorbereitungsdienst am Landgericht Bochum.

Die selbständige Stiftung und der Testamentsvollstrecker

Bochumer Studien zum Stiftungswesen

Herausgegeben von Karlheinz Muscheler

Band 4



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Jonas Arnhold

Die selbständige Stiftung und der Testaments- vollstrecker



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2009

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

D 294

ISSN 1864-936X

ISBN 978-3-653-00042-9

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2010

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Für Jihane

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat diese Arbeit im Wintersemester 2009/2010 als Dissertation angenommen. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur konnten berücksichtigt werden, soweit sie bis Ende Januar 2010 veröffentlicht wurden.

Prof. Dr. Karlheinz Muscheler hat das Erstgutachten angefertigt und mit wertvollen Hinweisen versehen. Als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl habe ich viel von ihm lernen und stets freundliche Förderung erfahren dürfen. Prof. Dr. Christoph Krampe hat das ebenfalls hilfreiche Zweitgutachten erstellt.

Meine Freunde und Kollegen am Bochumer Lehrstuhl haben dort eine überaus angenehme Atmosphäre geschaffen, die dem Arbeiten förderlich war. Vor allem Matthias Gantenbrink, mit dem ich ein Büro teilen durfte, stand mir stets zur Seite.

Große Unterstützung und Nachsicht ist mir durch meine Familie, insbesondere durch meine Eltern und meine Schwester, zuteil geworden. Meine Tante Hilde Mangels hat das Geschriebene zudem mit enormer Sorgfalt durchgesehen. Gleiches gilt für meine Ehefrau Jihane, die darüber hinaus jeden Tag erhellt.

Für all diese wichtigen Beiträge danke ich herzlich.

Berlin, im Mai 2010

Jonas Arnhold

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
B. Zum Stiftungsgeschäft von Todes wegen.....	7
C. Allgemeiner Aufgaben des Testamentsvollstreckers	13
I. Vollziehung der Vermögensausstattung	13
II. Handeln anstelle der noch nicht vorhandenen Stiftung	15
III. Auseinandersetzung des Nachlasses	18
D. Herbeiführung der Stiftungsentstehung	25
I. Initiierung des Anerkennungsverfahrens	25
1. Art des erforderlichen Handelns	25
2. Pflicht des Testamentsvollstreckers.....	31
II. Unzureichende Gestaltung des Stiftungsgeschäfts	32
1. Anforderungen an das Stiftungsgeschäft	35
a) Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig.....	35
aa) Erfordernis einer „Satzung“	35
bb) Notwendiger Inhalt der Satzung	38
cc) Bestimmtheit des Stiftungszwecks	41
(1) Herleitung und Reichweite.....	41
(2) Vereinbarkeit mit § 2065 Abs. 2 BGB.....	46
(3) Anwendung des § 2073 BGB?	47
b) Anerkennung der Stiftung als gemeinnützig.....	47
2. Ergänzung des Stiftungsgeschäfts	50
a) Rechtsnatur der Ergänzung	51
b) Ermächtigung des Testamentsvollstreckers	53
c) Ausschluss Dritter durch die behördliche Ergänzungsbefugnis (§ 83 Satz 2 BGB)?	56
d) Generelle Höchstpersönlichkeit eines Stiftungsgeschäfts?.....	58
e) Vereinbarkeit mit §§ 2064, 2274 BGB	62
f) Vereinbarkeit mit § 2065 Abs. 2 BGB	62
aa) Wortlaut	63
bb) Stiftung von Todes wegen als Ausnahme von § 2065 Abs. 2 BGB?	65
cc) Einschränkung der Höchstpersönlichkeit wegen der Verfolgung gemeinnütziger Zwecke?.....	65
dd) Folgerungen aus der behördlichen Ergänzungsbefugnis	67
ee) Reichweite des Prinzips der materiellen Höchstpersönlichkeit.....	71
ff) Grund für die materielle Höchstpersönlichkeit.....	74
gg) Wesentlichkeit der einzelnen Elemente des Stiftungsgeschäfts	80
hh) Widerspruch zur Rechtslage nach der Anerkennung?.....	85
g) Vereinbarkeit mit § 2065 Abs. 1 BGB.....	87
h) Vermächtnisaussetzung und Auflage	88

aa) § 2151 BGB	88
bb) § 2156 BGB	91
cc) § 2193 BGB	93
i) Rechtsfolge des § 2065 BGB	94
j) Möglichkeit der Umdeutung	95
3. Ermittlung des Stiftungsgeschäftsinhalts.....	97
a) Regeln zur Auslegung des Stiftungsgeschäfts	97
b) Auslegungshoheit des Testamentsvollstreckers.....	100
aa) Zulässigkeit verbindlicher Interpretation.....	101
bb) Letztwilliges Schiedsgericht	104
c) „Formale Satzungsergänzung“	105
4. Anforderungen an die Ergänzungserklärung	106
a) Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bestimmung	106
b) Bestimmung bei Bestehen eines Testamentsvollstreckergremiums ..	107
c) Übertragbarkeit der Ergänzungsbefugnis.....	107
d) Erklärungsempfänger	108
e) Widerruflichkeit	109
f) Form der Erklärung	109
g) Ausbleiben der Ergänzung	111
aa) Fristsetzung	112
bb) Fruchtloser Ablauf der Frist.....	112
5. Wirksamkeit der Ergänzungen des Testamentsvollstreckers	114
a) Fehlende Ergänzungsbefugnis	114
b) Unwirksamkeit wegen Unvereinbarkeit mit dem Stifterwillen	116
c) Anfechtbarkeit	119
aa) Folgen der Anfechtung	119
bb) Anfechtungsberechtigter	120
cc) Anfechtungsgegner	121
dd) Anfechtungsgrund.....	121
ee) Anfechtungsfrist.....	123
III. Rechtsschutz des Testamentsvollstreckers gegen die	
Anerkennungsbehörde	123
1. Verpflichtungsklage auf Anerkennung.....	123
2. Bekanntgabe der Anerkennung.....	126
IV. Besonderheiten bei der Stiftungserrichtung unter Lebenden	127
1. Auflage der Stiftungserrichtung unter Lebenden	127
2. Stiftungsgeschäft unter Lebenden des Erblassers.....	129
a) Sicherung des Anerkennungsverfahrens	129
aa) Widerruf.....	129
bb) Antrag.....	134
b) Ergänzung des Stiftungsgeschäfts vor der Anerkennung	136
aa) Widerruf durch den Erben möglich	136

bb) Widerruf durch den Erben nicht mehr möglich	139
E. Tätigkeit nach Anerkennung der Stiftung.....	141
I. Möglicher Tätigkeitsbereich des Testamentsvollstreckers	141
II. Zulässigkeit der Übertragung besonderer Aufgaben	144
1. Satzungsänderungsbefugnis.....	144
a) Stiftungsautonomie.....	145
b) Befugnis als Organwalter.....	147
c) Folgen.....	152
2. Beratung	153
III. Dauervollstreckung (§ 2209 BGB).....	154
1. Zulässigkeit der Dauervollstreckung	154
a) Dauervollstreckung bei durch Vermächtnis oder Auflage bedachter Stiftung	154
b) Interessenkonflikte	157
c) Stiftungsautonomie.....	157
d) Anerkennungs- und Lebensfähigkeit der Stiftung	159
aa) Auskehr der Erträge an die Stiftung	160
bb) Keine Auskehr der Erträge an die Stiftung.....	163
(1) Anerkennungsfähigkeit ohne Zweckerfüllung.....	163
(2) Unzulässigkeit der Erblasserordnung	166
(3) Umdeutung in die Einsetzung als Nacherbin	168
2. Überwachung der Stiftung	170
3. Mögliche Gründe für die Anordnung der Dauervollstreckung	174
4. Anordnung der Dauervollstreckung.....	178
5. Ende der Dauervollstreckung bzw. des Testamentsvollstreckeramtes..	179
a) Zeitliche Beschränkung (§ 2210 BGB).....	180
b) Entlassung des Testamentsvollstreckers (§ 2227 BGB)	181
IV. Testamentsvollstrecker als Vorstandsmitglied	185
1. Einschränkungen durch § 181 BGB	186
2. Vereinbarkeit beider Ämter	187
3. Berufung zum Vorstandsmitglied.....	193
V. Letztwillige Zuwendung an eine bereits bestehende Stiftung	195
F. Auswirkungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes.....	197
G. Fazit	201
Literaturverzeichnis.....	XIII

A. Einführung

Die Fähigkeit eines Menschen, einen Willen zu bilden und seine Absichten selbst in die Tat umzusetzen, endet mit seinem Tode. Ein solches „Naturgesetz“¹ kann eine Rechtsordnung nicht aufheben. Sie vermag dem Einzelnen aber Möglichkeiten zu eröffnen, dass sein vor dem Ableben gebildeter Wille nach dem Tod verwirklicht werden kann. So steht es dem Erblasser insbesondere frei, die Nachfolge in sein Vermögen zu regeln, beispielsweise durch Erbeinsetzung. Das Gesetz selbst sorgt hier, indem es diesen Willen des Verstorbenen gelten lässt, für die postmortale Wirkung des Willens. Der Erblasser ist zur Verwirklichung seiner Vorstellungen für die Zeit nach seinem Ableben regelmäßig auf das Wirken anderer Personen angewiesen, wenn die Wünsche nicht allein die Vermögensnachfolge betreffen – der Erblasser mag etwa die Pflege des Familiengrabes oder die (standesgemäße) Hochzeit seiner Tochter erreichen wollen. Mittels erbrechtlicher Optionen kann er jedoch Personen dazu anregen, sich in der von ihm gewünschten Weise zu verhalten. So kann er dem durch Verfügung von Todes wegen Begünstigten etwa ein bestimmtes Verhalten zur Bedingung (§§ 2074 ff. BGB) oder zur Auflage (§§ 1940, 2192 ff. BGB) machen.

Geradezu als Prototyp der Instrumente, mit denen die Willensumsetzung nach dem Tode gefördert werden kann, kann die selbständige Stiftung bezeichnet werden. In Anlehnung an die Herrschaftsdefinition *Max Webers*² soll „Stiftung“ nach *Borgolte*³ denn auch „die Chance heißen, für Befehle bestimmten Inhalts über den eigenen Tod hinaus bei angebbaren Gruppen von Menschen Gehorsam zu finden“. Mit der selbständigen Stiftung im Sinne des BGB wird eine juristische Person und damit ein selbständiger Vermögensträger geschaffen, dessen einziger Sinn und einzige Aufgabe es ist, den Zweck, den ihr der Stifter gegeben hat, auf Dauer zu verwirklichen. Der Stifter wendet der Stiftung ein Vermögen zu, das der Zweckerfüllung dient und ihr somit „gewidmet“ ist.⁴ Der Zweck wird dabei grundsätzlich nur mit den Erträgen dieses Vermögens verwirklicht.⁵ Bei einer unselbständigen Stiftung, die im BGB keine Regelung erfahren hat

¹ Scherner, in: *Itinera Fiducia*, 237, 264.

² Weber, S. 28: „Herrschaft soll die Chance heißen, für Befehle bestimmten Inhalts bei angebbaren Gruppen von Menschen Gehorsam zu finden.“

³ Borgolte, in: *Stiftungen und Stiftungswirklichkeiten*, 39, 41.

⁴ Vgl. etwa Staudinger/Rawert, vor §§ 80 ff. Rn. 4; Bamberger/Roth/G.C. Schwarz/Backert, § 80 Rn. 3; Palandt/Ellenberger, vor § 80 Rn. 5; A. Schlüter/Stolte, Kap. 1 Rn. 27.

⁵ Erman/Werner, vor § 80 Rn. 2 f.; Staudinger/Rawert, vor §§ 80 ff. Rn. 17; A. Schlüter/Stolte, Kap. 1 Rn. 37; Ebersbach, S. 15; Muscheler, *Die Stiftung* 1 (2007), 59, 60. Vgl. die Definition in § 1 Abs. 1 des österreichischen Privatstiftungsgesetzes (PSG): „Die Privatstiftung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen [...]“.

und nicht Gegenstand dieser Arbeit sein wird, wird das „gestiftete“ Vermögen hingegen als Sondervermögen von einem selbständigen Träger treuhänderisch verwaltet.⁶ Dieser Stiftungsträger kann neben dem Stiftungszweck auch eigene Zwecke verfolgen.⁷ Die selbständige Stiftung kann – wie die unselbständige – sowohl durch eine Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag; § 83 BGB) als auch unter Lebenden (§ 81 BGB) errichtet werden. Auch im letzteren Fall ist sie aber prinzipiell auf eine Wirkdauer jenseits des Stifterlebens gerichtet. Eine Beschränkung auf gemeinnützige Zwecke besteht dabei nicht; es gilt das Prinzip der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung.⁸

Verkörpert im Stiftungszweck wird der Wille des Stifters über seinen Tod hinaus „konserviert“: Der zu verfolgende Zweck ist die Essenz des Stifterwillens und als solche zugleich dessen Erscheinungsform.⁹ Indem auf die Verwirklichung des Zwecks hingearbeitet wird, wird auch die Fortwirkung des Stifterwillens betrieben. Der Stifterwille ist ständige Leitlinie der Stiftung, an dem sich die konkrete Willensbildung durch die Stiftungsorgane auszurichten hat.¹⁰ Zweck und Stifterwille stehen bei der entstandenen Stiftung grundsätzlich unveränderlich fest und sind somit nach der Entstehung der Stiftung nicht für den Stifter, seine Erben oder Dritte disponibel.¹¹ Die Einhaltung des Stifterwillens wird dadurch gewährleistet, dass eine laufende staatliche Aufsicht, die in den Landesstiftungsgesetzen näher geregelt ist, über die tatsächliche Geschäftsführung der Stiftung besteht.¹² Insbesondere die prinzipielle Unveränderlichkeit des Stiftungszwecks und die Ausrichtung der Stiftung auf ein dauerhaftes Wirken führen dazu, dass man mithilfe der Stiftung der Idee einer „Verewigung des Willens“ nahe kommen kann.¹³

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung in einer Verfügung von Todes wegen kann dem Erblasser ebenfalls dazu verhelfen, dass sein Wille nach dem

⁶ Vgl. Bamberger/Roth/G.C. Schwarz/Backert, § 80 Rn. 22; Herzog, S. 14.

⁷ Herzog, S. 14; Muscheler, Die Stiftung 1 (2007), 59, 60 (dieser in Fn. 6 auch gegen die Annahme, dass begrifflich eine „unselbständige Stiftung“ vorliegt, wenn der Stiftungsträger mit dem alleinigen Zweck gegründet wird, die Stiftung zu verwalten).

⁸ Bamberger/Roth/G.C. Schwarz/Backert, § 80 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Reuter, vor § 80 Rn. 44; Werner/Saenger/Nissel, Rn. 211 f.

⁹ Seifart/Hof, § 7 Rn. 7; Werner, in: Stiftungen in Deutschland und Europa, 243, 247; Ebersbach, S. 16.

¹⁰ Werner, in: Stiftungen in Deutschland und Europa, 243, 247; Staudinger/Rawert, vor §§ 80 ff. Rn. 6.

¹¹ Siehe nur Staudinger/Rawert, vor §§ 80 ff. Rn. 6; Soergel/Neuhoff, vor § 80 Rn. 13; Beckmann, S. 1.

¹² Vgl. z.B. § 6 Abs. 2 StiftG NRW: „Aufgabe der Stiftungsaufsicht ist es zu überwachen und sicherzustellen, dass die Organe der Stiftung den in Stiftungsgeschäft und Stiftungssatzung zum Ausdruck kommenden Willen der Stifterin oder des Stifters und die stiftungsrechtlichen Bestimmungen beachten.“

¹³ Strachwitz, in: Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, 123, 129.

eigenen Tod durchgesetzt wird. So ist gemäß § 2203 BGB Aufgabe des Testamentsvollstreckers in erster Linie, die testamentarisch getroffenen Verfügungen des Erblassers und damit dessen „letzten“ Willen auszuführen.¹⁴ Von der Testamentsvollstreckung unterscheidet sich die Stiftung wesentlich dadurch, dass sie grundsätzlich auf unbeschränkte Zeit angelegt ist. Die Testamentsvollstreckung endet regelmäßig mit der Erfüllung der Aufgaben oder, bei Anordnung der sog. „Dauervollstreckung“ (§ 2209 BGB), nach Erreichen der zeitlichen Grenze des § 2210 BGB, d.h. in der Regel dreißig Jahre nach dem Erbfall. Dieser Unterschied und zugleich die Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute werden darin deutlich, dass von der Stiftung auch als „ewiger Testamentsvollstreckung“ die Rede ist.¹⁵

Ziel dieser Arbeit ist vor allem zu erkennen, ob und inwieweit die Errichtung einer Stiftung und die Anordnung der Testamentsvollstreckung miteinander kombiniert werden können, um die postmortale Verwirklichung des Stifterwillens zu optimieren.

Ein Einsatz des Testamentsvollstreckers ist insbesondere zu erwägen, um eine Stiftung von Todes wegen tatsächlich zur Entstehung gelangen zu lassen. Grundvoraussetzung für die durch die Stiftung erreichbare Willensverewigung ist, dass die Absicht des Erblassers, die Stiftung zu errichten, umgesetzt wird. Zur Stiftungsentstehung bedarf es nicht allein eines vom Stifter erklärten sog. Stiftungsgeschäfts, sondern darüber hinaus muss die zuständige Behörde die Stiftung als rechtsfähig anerkennen (§ 80 Abs. 1 BGB). Gerade die stiftungsrechtlichen Vorschriften enthalten mit § 83 Satz 1 die einzige Norm des BGB außerhalb des Fünften Buches, die sich mit einer Tätigkeit des Testamentsvollstreckers befasst. Die Regelung lässt erkennen, dass der Testamentsvollstrecker die Möglichkeit hat, bei der Behörde die Anerkennung der durch Verfügung von Todes wegen errichteten Stiftung zu „beantragen“. Eine weitere Aufgabe des Testamentsvollstreckers kann aber auch darin bestehen, das Stiftungsgeschäft zu ergänzen. Das Stiftungsgeschäft ist die Willenserklärung des Stifters, mit der er die Stiftung entstehen lassen will. An das Stiftungsgeschäft sind bestimmte Anforderungen gestellt, damit die Stiftung durch die Behörde anerkannt wird. Es muss nicht nur den eindeutigen Willen des Stifters erkennen lassen, eine rechtsfähige Stiftung errichten zu wollen,¹⁶ sondern auch die Erklärung, ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen (§ 81 Abs. 1 Satz 2 BGB), sowie weitere in § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB beschriebene wesentliche Regelungen enthalten. Zudem darf der Stiftungszweck nicht das Gemein-

¹⁴ Trefflich ist deshalb die Bezeichnung als „Willensvollstrecker“, die das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) verwendet (Art. 517, 518 ZGB). Zum Willensvollstrecker *Muscheler*, Haftungsordnung, S. 72 ff.

¹⁵ *O. Schmidt*, S. 99.

¹⁶ *Soergel/Neuhoff*, § 80 Rn. 2; *Erman/Werner*, § 81 Rn. 5; *Steffek*, S. 62; *Schewe*, S. 87; *Ebersbach*, S. 44.

wohl gefährden und es muss die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheinen (§ 80 Abs. 2 BGB). Sieht die Behörde diese Voraussetzungen durch die Verfügung von Todes wegen noch nicht als erfüllt und die Stiftung deshalb als noch nicht anererkennungsfähig an, könnten diese Mängel durch den Testamentsvollstrecker, zu dem der Erblasser in der Regel eine als besonders vertrauenswürdig empfundene Person erwählen wird,¹⁷ dem Willen des Stifters gemäß beseitigt werden, so dass keine Versagung der Anerkennung erfolgen müsste.¹⁸ Dementsprechend enthalten die Musterformulare für die Stiftungserrichtung von Todes wegen eine der folgenden vergleichbare Verfügung: „Zum Testamentsvollstrecker ernenne ich [...], ersatzweise [...]. Dem Testamentsvollstrecker obliegt die Begleitung des Anerkennungsverfahrens. Er ist zur Änderung der Stiftungssatzung befugt, soweit dies zur Anerkennung der Stiftung (und zu deren Steuerbegünstigung) nach Auffassung der zuständigen Behörden erforderlich ist.“¹⁹ Der Testamentsvollstrecker könnte gewissermaßen den eigentlich zuständigen Stifter bei der Gestaltung des Stiftungsgeschäfts ersetzen. Aufgaben des Testamentsvollstreckers in Bezug auf eine Stiftung ergeben sich insoweit aber nicht nur bei einer Stiftung von Todes wegen, wenn also die Stiftung nach dem Tod des Stifters entstehen soll; eine Ergänzungsbefugnis des Testamentsvollstreckers könnte auch bei einer Stiftung unter Lebenden bestehen, wenn der Stifter verstirbt, bevor die Behörde eine Entscheidung über die Anerkennung der Stiftung getroffen hat.

Ist die durch Verfügung von Todes wegen errichtete Stiftung anerkannt worden und entstanden, scheint ein Aufgabenfeld für den Testamentsvollstrecker nicht mehr vorhanden zu sein. Die Stiftung verfügt über eigene Organe, die die Stiftung zum Handeln befähigen. Die konkrete Willensbildung der Stiftung im Einzelfall und damit die „Vollstreckung“ des abstrakteren Stifterwillens erfolgen durch die Organe der Stiftung. Nicht zuletzt kommt ihnen auch die Aufgabe der Vermögensverwaltung für die Stiftung zu, ein nachvollziehbares Bedürfnis für die Anordnung einer dauernden Nachlassverwaltung durch den Testamentsvollstrecker (§ 2209 BGB) ist also zunächst nicht erkennbar. Wie der Testamentsvollstrecker haben auch die Stiftungsorgane den Willen des Erblassers umzusetzen, der Erblasser kann sich mit der Stiftung einen Vermögensnachfolger nach seinen Wünschen gestalten. Vielmehr liegt bei einer solchen Kombination von Stiftung und Testamentsvollstreckung die Schaffung von Kompetenzkonflikten nahe. Einige Stimmen im Schrifttum benennen jedoch besondere Aufgaben, die der Testamentsvollstrecker nach der Anerkennung ausführen könne. Diese Aufgaben finden sich weitgehend schon in einer Stiftungssatzung, die in einem Ur-

¹⁷ Groll/Groll, C IX Rn. 14; Bengel/Reimann/Reimann, 2. Kap. Rn. 124.

¹⁸ Z.B. Schiffer, Stiftung in der Beraterpraxis, § 5 Rn. 18; A. Schlüter/Stolte, Kap. 2 Rn. 118; Pues/Scheerbarth, S. 17; Schauhoff/Schauhoff, § 3 Rn. 34; Groll/Schindhelm/Stein, B XII Rn. 30 f.; Förster, S. 38; Pauli, Die Stiftung I (2007), 125, 162.

¹⁹ Formulierung bei v. Holt/Koch, S. 144.

teil des Reichsgerichts²⁰ beschrieben ist: „die Testamentsvollstrecker haben die Befolgung der Anordnungen des Stifters zu überwachen und nötigenfalls zu erzwingen [= Überwachung der Stiftung], außerdem die Stiftung bei Verträgen und Prozessen mit der Stadtgemeinde C. oder gegen Mitglieder des Magistrats aus Veranlassung der Stiftungsverwaltung zu vertreten [= Vertretung der Stiftung], bei Satzungsänderungen, bei der Aufnahme oder Entfernung von Pflege-lingen und bei der Beschlußfassung über die Einrichtung, Hausordnung und Leitung der Anstalt mitzuwirken [= Mitwirkung bei grundlegenden Entscheidungen der Stiftung].“

Die hier nur angedeuteten Fragestellungen, die sich ergeben, wenn Stiftung und Testamentsvollstrecker zur möglichst effektiven Verwirklichung des Erblasserwillens eingesetzt werden, werden im Folgenden untersucht: Tätigkeiten zur Herbeiführung der Stiftungsanerkennung (D.) sowie bei erlangter Existenz der Stiftung (E.). Zunächst sollen allerdings das Stiftungsgeschäft von Todes wegen (B.) und allgemeinere Aufgaben des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Abwicklung des Nachlasses betrachtet werden, die nicht allein bei der Errichtung einer Stiftung bestehen, die aber insbesondere hier von Bedeutung und Nutzen sein können (C.). Abschließend (F.) werden kurz die Auswirkungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes auf die genannten Tätigkeiten besprochen.

²⁰ RG, JW 1915, 1194.

B. Zum Stiftungsgeschäft von Todes wegen

Wird eine Stiftung gemäß § 83 Satz 1 BGB von Todes wegen errichtet, regelt der Erblasser nicht nur die Nachfolge in sein Vermögen, sondern erschafft (in Verbindung mit der behördlichen Anerkennung) gleichzeitig die begünstigte Person. Der Erblasser kann mit der Stiftung einen „Wunscherben“²¹ kreieren. Fraglich ist aber, auf welche Weise dies durch das Stiftungsgeschäft gelingt, d.h., wie das Stiftungsgeschäft von Todes wegen rechtsdogmatisch einzuordnen ist. In der Begründung zum Redaktorvorentwurf zum Allgemeinen Teil des BGB werden die beiden diskutierten Konstruktionswege genannt²²: Einem Teil der Lehre zufolge ist Inhalt des Stiftungsgeschäfts „die in dem Testamente ausgesprochene Erklärung, daß ein Vermögen mit der Bestimmung der Verwendung zu einem gewissen Zwecke ausgesetzt und dadurch eine juristische Person geschaffen werden solle“. Diese Disposition bilde eine selbständige Art letztwilliger Verfügungen und stehe als solche „neben dem Rechtsgeschäfte der Erbeinsetzung und des Vermächnisses.“ Nach dem zweiten Modell sei „die Stiftungserklärung des Erblassers als eine der juristischen Person gemachte Zuwendung von Todeswegen“ zu verstehen, „die durch Erbeinsetzung oder Honorierung mit einem Vermächtniß erfolgen müsse.“ Während also nach der ersten Auffassung ein einaktiges Rechtsgeschäft vorliegt, das ein selbständiger Verfügungstyp neben Erbeinsetzung, Vermächtnis und Auflage ist, setzt das Stiftungsgeschäft sich nach der zweiten Auffassung aus einem vermögensrechtlichen Teil, der Vermögenszuwendung, und einem organisationsrechtlichen Teil, der Erschaffung der juristischen Person, zusammen. Die zweite BGB-Kommission ließ eine Entscheidung zwischen den Theorien letztlich offen, da „es richtiger sei, diese Frage lediglich der Wissenschaft zu überlassen“.²³ Dabei ging man davon aus, dass beide Modelle zu denselben Ergebnissen bei der Rechtsanwendung gelangen würden.²⁴

Das Stiftungsgeschäft ist jedenfalls eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung, die die Äußerung des Willens, eine Stiftung zu errichten, sowie die Angabe von Zweck, Vermögen und den in § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB genannten Merkmalen enthalten muss. Folgt man der Lehre von der Zweiaktigkeit des Stiftungsgeschäfts²⁵, kann die nach § 81 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche

²¹ Turner, ZEV 1995, 206.

²² Schubert, AT I, S. 699. Die unterschiedlichen Auffassungen werden entsprechend auch zum Stiftungsgeschäft unter Lebenden vertreten.

²³ Protokolle I, S. 595 (= *Mugdan* I, S. 664).

²⁴ Protokolle I, S. 595 (= *Mugdan* I, S. 664). Zur Entwicklung in den Beratungen *Muschele*, Stiftungsrecht, S. 97 ff.

²⁵ Vertreter dieser Auffassung, die auf v. Gierke, § 78 V 3 (S. 651 ff.) zurückgeht: Münch-Komm-BGB/Reuter, § 83 Rn. 1; Bamberger/Roth/G.C. Schwarz/Backert, § 80 Rn. 37;

Vermögensausstattung der Stiftung dadurch erfolgen, dass diese als Erbin eingesetzt wird,²⁶ ihr ein Vermächtnis ausgesetzt wird oder – als in der Begründung zum Vorentwurf noch nicht aufgeführte Möglichkeit – sie durch eine Auflage begünstigt wird.²⁷ Üblicherweise wird bei Letzterer folgendermaßen unterschieden: Enthält die Verfügung von Todes wegen das vollständige Stiftungsgeschäft und gleichzeitig die Auflagenanordnung, dass der Erbe oder Vermächtnisnehmer bestimmte Vermögenswerte an die Stiftung zu leisten habe, liege eine Stiftung von Todes wegen mit dem Erblasser als Stifter vor. Um eine Errichtung unter Lebenden handle es sich dagegen, wenn dem Beschwerten aufgegeben wird, nicht bloß der Stiftung das Vermögen zuzuwenden, sondern ein Stiftungsgeschäft und damit eine Stiftung zu errichten. Stifter sei dann nicht der Erblasser, vielmehr der durch die Auflage Beschwerte.²⁸

§ 84 BGB fingiert, dass die nach dem Tode des Stifters anerkannte Stiftung hinsichtlich der Zuwendung des Stifters schon vor dessen Tod entstanden ist. Aufgrund dieser Fiktion kann die Stiftung trotz § 1923 Abs. 1 BGB, der für erbfähig nur zur Zeit des Erbfalls „lebende“ – d.h. bei juristischen Personen: „entstandene“ – Personen erklärt, zur Erbin werden, ohne dass eine Nacherbschaft der Stiftung (vgl. §§ 2101, 2105 BGB) konstruiert werden muss.²⁹ Ist der Stiftung ein Vermächtnis ausgesetzt, fällt der Vermächtnisanspruch aufgrund der Fiktion nicht entsprechend § 2178 BGB erst mit Entstehung der Stiftung an, sondern bereits mit dem Erbfall.³⁰ Von Bedeutung ist der Zeitpunkt des Anfalls nicht zuletzt für § 2184 BGB.³¹ Nach dieser Vorschrift hat der Vermächtnisnehmer gegen den Beschwerten einen Anspruch insbesondere auf Herausgabe der seit dem Anfall gezogenen Früchte.

Bei einer vermögensausstattenden Auflage wird der Stiftung von Todes wegen ein Vermögen nicht unmittelbar zugewendet wie durch die Erbschaft oder

Staudinger/Rawert, § 80 Rn. 10; Soergel/Neuhoff, § 80 Rn. 3; Ebersbach, S. 44 f.; Schewe, ZSt 2004, 270, 272 f.

²⁶ Dabei ist prinzipiell nicht nur die Allein-, sondern auch Mit-, Vor-, Nach- oder Ersatzerbschaft möglich. Ausführlich dazu Schewe, S. 200 ff.; MünchKomm-BGB/Reuter, § 83 Rn. 6 ff.

²⁷ OLG Zweibrücken, NJW-RR 2000, 815, 817; Palandt/Ellenberger, § 83 Rn. 1; Bamberger/Roth/G.C. Schwarz/Backert, § 83 Rn. 3; Ebersbach, S. 52.

²⁸ Staudinger/Rawert, § 83 Rn. 7; Soergel/Neuhoff, § 83 Rn. 4 ff.; Bamberger/Roth/G.C. Schwarz/Backert, § 83 Rn. 6; Planck/Knoke, § 83 Anm. 4; Ebersbach, S. 54; Jakob, S. 276 f.; v. Tuhr, § 41 Fn. 23 (S. 598). A.A. (Stifter sei stets der Auflagenbeschwerte) Stintzing, AcP 88 (1898), 392, 453 f.; Steffek, S. 41; A. Schlüter/Stolte, Kap. 2 Rn. 114.

²⁹ Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich die Vor- und Nacherbschaft wegen ihrer Kompliziertheit und der relativ kurzen Zeitspanne zwischen Erbfall und Anerkennung vermeiden (Motive I, S. 123 f. = Mugdan I, S. 420).

³⁰ MünchKomm-BGB/Schlichting, § 2178 Rn. 4; Schewe, S. 223; Muscheler, Stiftungsrecht, S. 157.

³¹ Flume, S. 147; Schewe, S. 223; Muscheler, Stiftungsrecht, S. 157.

den Vermächtnisanspruch. Der Auflagenbegünstigte hat anders als der Vermächtnisnehmer (§ 2174 BGB) gerade keinen Anspruch gegen den Beschwerten (§ 1940 BGB). Es besteht aber eine entsprechende Pflicht desselben zur Erfüllung der Auflage; zudem sind Vollziehungsberechtigte vorhanden, die die Vollziehung verlangen können (vgl. § 2194 BGB). Wie beim Vermächtnis nicht die Erfüllung, sondern das Bestehen des Vermächtnisanspruchs genügend für die Anerkennung ist, erscheint bei der Dotierung mittels Auflage nicht erst durch deren Vollzug die Zweckerfüllung gesichert, sondern schon durch die aufgrund der Auflage vermittelte Rechtsposition. Dies genügt in der Regel (bei entsprechender Höhe der Dotierung), damit eine Vermögenswidmung angenommen werden kann, bei der die Behörde die Zweckverwirklichung als hinreichend gesichert erachtet (§ 80 Abs. 2 BGB). Anzunehmen ist dies jedenfalls dann, wenn der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet hat und der Testamentsvollstrecker zur Vollziehung der Auflage verpflichtet ist.³² Im Übrigen mag sich die Anerkennungsbehörde bei den anderen Berechtigten oder dem Beschwerten eine entsprechende Zusage oder Absichtserklärung einholen. Auch für die Auflage wird die Anwendbarkeit des § 2184 BGB vertreten.³³ Da „Zuwendung“ an die Stiftung im Sinne des § 84 BGB die Begünstigung durch die Auflage ist, bewirkt § 84 BGB die Fiktion des Eintritts dieser Begünstigung mit dem Erbfall. Entsprechend § 2184 BGB sind der Stiftung also auch die durch den Auflagenbeschwerten aus dem zu überlassenden Vermögen seit dem Erbfall gezogenen Früchte zu gewähren.

Nach der Einaktigkeitstheorie³⁴ ist eine Vermögensausstattung im Wege der Erbeinsetzung oder der Vermächtnisaussetzung weder möglich noch nötig, handelt es sich doch um einen eigenständigen Verfügungstyp. Eine dennoch erfolgte Erbeinsetzung oder eine Vermächtnisaussetzung zugunsten der Stiftung schade gleichwohl nicht. Ohnehin seien die Regeln über das Vermächtnis, sollen der zu errichtenden Stiftung einzelne Vermögensstücke zukommen, oder über die Erbeinsetzung, soll das gesamte Vermögen oder ein quotaler Teil von ihm an die Stiftung fallen, analog anzuwenden.³⁵ Aufgrund der analogen Anwendung der Vorschriften ist die Rückwirkung nach § 84 BGB auch für diesen Ansatz nö-

³² Siehe sogleich.

³³ Staudinger/Otte, § 2192 Rn. 23; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2192 Rn. 8. Aufgrund der schwächeren Rechtsposition des Begünstigten ist dies durchaus zweifelhaft.

³⁴ Windscheid/Kipp, § 549, 2 (S. 254 f.); J. Kohler, § 184 II (S. 422 f.); Bekker, § 69 Beil. II (S. 282). In jüngerer Zeit vertreten von Muscheler, Stiftungsrecht, S. 102 f., 168 ff.

³⁵ Vgl. § 8 Abs. 2 des im Rahmen der ersten BGB-Kommission ausgearbeiteten Redaktorenentwurfs zum Erbrecht (Schubert, Erbrecht I, S. 2): „Die Einsetzung einer erst zu errichtenden oder zu genehmigenden Stiftung oder Vereinigung ist als die Verfügung des Erblassers aufzufassen, daß das derselben zuge dachte Vermögen in selbständiger Weise fortbestehen, und zu dem letztwillig bestimmten Zwecke verwendet werden soll.“

tig.³⁶ *Muscheler* ist der Auffassung, die Änderung des § 81 Abs. 1 Satz 2 BGB durch die Stiftungsrechtsreform des Jahres 2002³⁷ bedeute eine „bemerkenswerte Unterstützung“ für die von ihm vertretene Einaktigkeitslehre.³⁸ Nach dieser Vorschrift muss das Stiftungsgeschäft nunmehr „die verbindliche Erklärung des Stifters enthalten, ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen“. Der Reformgesetzgeber wollte jedoch offenbar mit dieser Formulierung keine Stellung nehmen, zumal der Streit zum Zeitpunkt der Reform eindeutig zugunsten der Zweiaktigkeitslehre entschieden war. So könnte man im Gegenteil eher annehmen, dass der Reformgesetzgeber von der Zweiaktigkeit ausging und dadurch, dass er sich nicht ausdrücklich für die Einaktigkeit aussprach, die Gegenauffassung zur gültigen gemacht hat. Im Übrigen ist der Wortlaut auch mit der letztgenannten Theorie zu vereinbaren. Das Vermögen wird der Stiftung zur Erfüllung ihres Zweckes zugewendet, mithin der Zweckverwirklichung „gewidmet“. Nicht zu überzeugen vermag auch das weitere Argument *Muschelers* für die Einaktigkeit, dass diese Theorie vor dem In-Kraft-Treten des BGB die herrschende gewesen sei und daher das BGB sie ausdrücklich hätte ausschließen müssen, wenn man sie hätte ablehnen wollen.³⁹ Die Mehrheit in der Zweiten Kommission wollte gerade keine Ablehnung einer der beiden Auffassungen, sondern die Frage offenlassen.

Gegen die Einaktigkeitslehre spricht, dass – was freilich auch der BGB-Gesetzgeber erkannt hat – sie eine Analogiebildung erforderlich macht, die herrschende Meinung aber das Gesetz direkt anzuwenden vermag.⁴⁰ Durch die Zweiaktigkeit kann auf die Annahme einer entsprechenden im Erbrecht nicht geregelten letztwilligen Verfügung („Stiftungserrichtung“) neben Erbeinsetzung und Vermächtnis und die dementsprechende Notwendigkeit der analogen Anwendung erbrechtlicher Vorschriften verzichtet werden.⁴¹ Die Zweiaktigkeit fügt sich damit besser in das Gesamtgepräge des BGB-Erbrechts ein, zumal eine entsprechende Anwendbarkeit gesetzlich nicht angeordnet wird. Zudem passt die Einaktigkeitslehre auch begrifflich schwer zu den erbrechtlichen Vorschriften. Zwar liegt danach keine Erbeinsetzung vor, die Stiftung soll aber an der „Erben“gemeinschaft beteiligt sein (§ 2043 Abs. 2 BGB). Da für die Zweiaktigkeit auch ihre größere Anschaulichkeit spricht, ist mit der herrschenden Meinung von der gedanklichen Zweiteilung des Stiftungsgeschäfts in einen organisations- und einen vermögensrechtlichen Teil auszugehen. Hinsichtlich ihrer praktischen Auswirkungen sind die Unterschiede der Ansätze aber tatsächlich

³⁶ *Muscheler*, Stiftungsrecht, S. 103, 170.

³⁷ Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002, BGBl I, S. 2634 (in Kraft seit dem 1.9.2002).

³⁸ *Muscheler*, Stiftungsrecht, S. 103 f.

³⁹ *Muscheler*, Stiftungsrecht, S. 102.

⁴⁰ MünchKomm-BGB/*Reuter*, § 83 Rn. 1.

⁴¹ MünchKomm-BGB/*Reuter*, § 83 Rn. 1.

gering. Ein (pragmatischer) Grund, warum von der allgemeinen erbrechtlichen Dogmatik abgewichen werden sollte, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

Versteht man die Stiftungserrichtung als einheitliches Rechtsgeschäft, bereitet die grundsätzliche Anwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften keine Schwierigkeit. Da es sich in toto um eine erbrechtliche Verfügung von Todes wegen (*sui generis*) handelt, sind die entsprechenden Vorschriften, z.B. die Form betreffend, direkt anwendbar. Anderes gilt freilich dann, wenn die Normen gerade eine bestimmte Art der Vermögenszuwendung (etwa die Erbeinsetzung) betreffen. Insoweit kommt nur eine analoge Anwendung in Betracht (z.B. § 2087 ff. BGB für die Erbeinsetzung).

Die Annahme der Zweiaktigkeit bedeutet jedoch ebenfalls nicht, dass nur für den erbrechtlichen Teil die Regeln für die Verfügung von Todes wegen gelten. Die Errichtung einer Stiftung und die Bestimmung ihrer Merkmale sind zwar keine Verfügungen genuin erbrechtlichen Charakters – sie könnten auch Gegenstand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden sein (Stiftungsgeschäft unter Lebenden)⁴², betreffen insbesondere nicht die Vermögensnachfolge als solche, sondern die Person des Empfängers, genauer: ihre Kreation. Die Schaffung des Vermögensempfängers ist auch sonst nicht Gegenstand des Erbrechts, es handelt sich um eine Problematik des Personen-, nicht des Vermögensrechts. Trotz der Zweiaktigkeit besteht jedoch ein enger Zusammenhang zwischen beiden Teilen. Ohne die Errichtung der Stiftung käme eine Zuwendung gerade nicht zustande, da Inhalt der letztwilligen Verfügung, etwa einer Erbeinsetzung, nicht nur die Bestimmung, was zugewendet wird, sondern auch und vor allem an wen zugewendet wird, ist.⁴³ Die grundsätzliche Anwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften wird denn auch nicht angezweifelt. Der etwas ungewöhnliche Wortlaut von § 83 Satz 1 BGB („Besteht das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todes wegen [...]“ – statt etwa: „Die Stiftung kann durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden.“) soll nicht etwa ausdrücken, dass allein die Form der Verfügung von Todes wegen für das Stiftungsgeschäft Geltung beansprucht, nicht aber die sonstigen erbrechtlichen Regeln. Der Gesetzgeber wollte vielmehr deutlich machen, dass die Errichtung einer besonderen Urkunde mit besonderer Form durch den Erben, den Testamentsvollstrecker oder einen gegebenenfalls zu bestellenden Nachlasspfleger neben dem Stiftungsgeschäft des Erblassers nicht erforderlich ist.⁴⁴ Das Stiftungsgeschäft soll gerade abschließend in der Verfügung von Todes wegen des Stifters enthalten sein.

Wenn der Gesetzgeber zulässt, dass die Stiftung mittels und in einer Verfügung von Todes wegen errichtet werden kann, will er auch im Übrigen die prinzipielle Anwendbarkeit der insoweit geltenden Regeln, zumal er keine abwei-

⁴² *Sprecher/von Salis*, in: Handbuch internationales Stiftungsrecht, 1323, 1364 (Rn. 223).

⁴³ MünchKomm-BGB/*Reuter*, § 83 Rn. 2; *Schewe*, ZSt 2004, 270, 272.

⁴⁴ Vgl. *Motive* I, S. 121 (= *Mugdan* I, S. 419).