

Bernd Andrick/Gerd Hellmig/Axel Janitzki
Karlheinz Muscheler/Markus Schewe
(Hrsg.)

Die Stiftung

Jahreshefte zum Stiftungswesen

2. Jahrgang

2008



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Die Stiftung

Bernd Andrick/Gerd Hellmig/Axel Janitzki
Karlheinz Muscheler/Markus Schewe
(Hrsg.)

Die Stiftung

Jahreshefte zum Stiftungswesen

2. Jahrgang

2008



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://www.d-nb.de>> abrufbar.

ISSN 1864-922X

ISBN 978-3-631-58361-6 (Print)

E-ISBN 978-3-653-05148-3 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-05148-3

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2008

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.

Printed in Germany 1 2 3 4 5 7

www.peterlang.de

Editorial

Das rechtliche Umfeld der Stiftungen befindet sich im Wandel. Nachdem das Stiftungsrecht über viele Jahrzehnte ein Schattendasein geführt hatte, kam in der zweiten Hälfte der neunziger Jahre der Stein zur Modernisierung des Stiftungsrechts ins Rollen. Die politische Befassung mit dem Stiftungsrecht durch fast alle im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien bewirkte, dass das Stiftungswesen nicht nur in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt worden ist, sondern dass es auch bedarfsgerechte und zeitgemäße rechtliche Rahmenbedingungen erhalten hat. Ein erster Schritt war im Jahre 2000 das *Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen*, mit dem bereits eine deutliche Verbesserung der steuerlichen Verhältnisse herbeigeführt wurde. Ihm folgte im Jahr 2002 das *Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, dem das Ziel inne wohnt, das materielle Stiftungsrecht zu modernisieren und zur Förderung des Stiftungswesens beizutragen. Dabei hat es die Politik aber nicht belassen. Im Bewusstsein des gesellschaftspolitischen Potenzials der Stiftungen beschreitet sie fortan – so die Koalitionsabrede der Regierungsparteien – den Weg, das Stiftungsrecht und Stiftungssteuerrecht weiter zu entwickeln und damit Anreize zu schaffen, sich durch Stiftungen an der Förderung des Gemeinwohls zu beteiligen. Die so gewollte Förderung von Stiftungen ist (in einem ersten Schritt) im Herbst 2007 mit dem *Gesetz zur Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements* umgesetzt worden. Sein Regelungsgehalt betrifft unter anderem die verstärkte steuerliche Förderung von Stiftungserrichtungen sowie den Spendenabzug.

Die Stiftungsrechtstage an der Ruhr-Universität Bochum nehmen die aktuellen – nicht nur legislativen – Entwicklungen im Stiftungsrecht und Stiftungssteuerrecht auf und vermitteln als Nahtstelle zwischen Wissenschaft und Praxis einerseits deren rechtstheoretischen Hintergrund, sie beleuchten andererseits auch die praktischen Auswirkungen und zeigen Perspektiven auf. Der 2. *Stiftungsrechtstag* am 18.01.2008 mit dem Leitthema *Stiftung und Recht: heute, morgen, grenzüberschreitend* hat sich unter anderem dem neuen Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht, der aktuellen Rechtsprechung, der unverzichtbaren Beziehung von Stiftung und Staat sowie der Betätigung deutscher Stiftungen im Ausland gewidmet. Dieser weit gespannte Bogen dient nicht nur der Information, er soll auch (neue) Horizonte erschließen. Die Beiträge in diesem Buch ermöglichen noch einmal eine vertiefte Befassung mit den vielfältigen Einzelthemen des 2. Stiftungsrechtstages sowie mit rechtlichen Fragen darüber hinaus.

BERND ANDRICK

Inhalt

Editorial	5
Begrüßung zum 2. Bochumer Stiftungsrechtstag am 18. Januar 2008.....	9
PETER A. WINDEL	
Zur historischen Herkunft von ‚(ewige‘) Dauer und ‚Nachhaltigkeit‘ im Stiftungsrecht	11
KLAUS NEUHOFF	
Auf fundierter Grundlage ? Zur aktuellen Rechtsprechung im Stiftungszivilrecht	29
K. JAN SCHIFFER	
Die Haftung des Stiftungsvorstands.....	51
KARLHEINZ MUSCHELER	
Zum Mindestumfang anfänglicher Vermögensausstattung von Stiftungen und den Folgerungen für Vorrats-, Einkommens- und Sammelstiftungen.....	59
MATTHIAS GANTENBRINK	
Stiftung und Pflichtteil	69
KARLHEINZ MUSCHELER	
Der Testamentsvollstrecker, das Stiftungsgeschäft und das RDG.....	75
JONAS ARNHOLD	
Die Anerkennung der Stiftung.....	79
GEORG WOCHNER	
Stiftung und Aufsicht Verfassungsrechtliche Grundlagen – einfachgesetzliche Ausgestaltung	89
JOACHIM SUERBAUM	
Aus der Praxis der obersten Stiftungsaufsichtsbehörde.....	111
GISELA PRIMAS	
Verwaltungsrechtliche Reaktion bei erschlichener Stiftungsgenehmigung Anmerkung zum Urteil des BayVGh vom 12.10.2005 5 BV – 03.2841 –	115
BERND ANDRICK	

Die unselbständige kommunale Stiftung.....	123
NORBERT MEIER	
Gemeinnützigkeits- und neues Spendenrecht.....	135
URSULA LEY	
Stiften und Stiftungen aus Sicht der Finanzverwaltung NRW Typische Problemfelder bei der Errichtung steuerbegünstigter Stiftungen.....	151
DIRK SOMBROWSKI	
Steuerrecht grenzüberschreitender Stiftungen.....	165
MICHAEL REDBRAKE	
Grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit am Beispiel der Zukunftsstiftung Entwicklungshilfe in der GLS Treuhand e.V.	175
ANNETTE MASSMANN/AXEL JANITZKI	
Kann die Vorlage der vorläufigen Gemeinnützigkeitsbescheinigung des Finanzamtes Voraussetzung für die Eintragung eines gemeinnützigen Vereins in das Vereinsregister sein?	183
AXEL JANITZKI	

Begrüßung zum 2. Bochumer Stiftungsrechtstag am 18. Januar 2008

PETER A. WINDEL *

Sehr verehrte Mitglieder von Fundare, sehr verehrte Damen und Herren Referentinnen und Referenten, meine Damen und Herren!

In meiner Eigenschaft als Dekan der Juristischen Fakultät habe ich die große Ehre und die nicht minder große Freude, auch den zweiten Stiftungsrechtstag an der Ruhr-Universität Bochum eröffnen zu dürfen. Nachdem die Veranstalter dem Groll erfolgreich getrotzt haben, den die Götter in Gestalt des Orkans *Kyrill* auf den ersten Stiftungsrechtstag haben niederkommen lassen, sehen wir uns heute wohlbehalten in einem Kreise wieder, der sich gegenüber dem ersten Mal erfreulich vergrößert hat. Alle alten wie neuen Teilnehmer sind uns herzlich willkommen.

Meine Damen und Herren, das Datum des 18. Januar ist geschichtsträchtig. 1701 hat sich Kurfürst Friedrich der *Dritte* von Brandenburg selbst zum *Ersten*, nämlich König *in* Preußen gekrönt. Wilhelm I. *von* Preußen war 1871 mitnichten bescheidener, aber doch stilvoller. Denn er legte nicht gleich selbst Hand an, sondern *ließ sich* im Spiegelsaal des Schlosses von Versailles zum Deutschen Kaiser proklamieren. Der Unbescheidenste von allen ist freilich der Dekan der Juristischen Fakultät, für den das Wichtigste am 18. Januar nicht der preußische Königstag darstellt, nicht die zweite Reichsgründung, ja nicht einmal der zweite Bochumer Stiftungsrechtstag, sondern vielmehr – der Geburtstag seiner Mutter.

Dieser Geburtstag sollte uns allen zu denken geben. Denn meine Mutter ist mittlerweile in dem Alter, in dem man sich spätestens fragen muss, was aus dem eigenen Vermögen einmal werden soll. Das dahinter stehende rechtliche Grundproblem hat meine Hamburger Kollegin *Anne Röthel* unlängst auf die prägnante Formel gebracht:

*Vermögenswidmung durch Stiften oder Vererben: Konkurrenz oder Konkordanz?*¹

Der breiteren Öffentlichkeit wurde das Konfliktfeld durch den Fall der Dresdner Frauenkirche bekannt, bei dem Pflichtteilsberechtigte auf die ihnen zustehende Vermögensteilhabe auch gegenüber dem gemeinnützigen Stiftungszweck bestanden und vor dem BGH Recht bekommen haben². Frau *Röthel* beurteilt die gesellschaftliche Wahrnehmung der *Charitable Correctness*³ so, dass das Stiftungsrecht mehr oder weniger unausgesprochen für die gemeinnützige

* Prof. Dr. Peter A. Windel ist Inhaber eines Lehrstuhls für Prozessrecht und Bürgerliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum und Dekan der Juristischen Fakultät.

¹ In: Kohl/Kübler/Ott/Schmidt (Hrsg.), *Zwischen Markt und Staat*, Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 617 ff.

² BGHZ 157, 178.

³ Wort nach *Rawert*, NJW 2002, 3151 ff.

Vermögenswidmung stehe, während das Erbrecht zum Inbegriff individualnütziger, egoistischer Vermögensbeanspruchung bzw. Vermögenswidmung avanciert sei⁴.

An dieser gesellschaftlichen Befindlichkeit zeigt sich deutlich, dass das Stiftungswesen in einen Bereich hineinführt, den das klassische Erbrecht zwar ebenfalls berührt, den es sich aber nur zum Teil erschlossen hat. Streng juristisch betrachtet liegt dieser Bereich aber nicht dort, wo ihn das breitere Publikum sucht. Guttatsweise verfügen lässt sich nämlich auch erbrechtlich, durch Einsetzung der Armen (§ 2072 BGB) oder ihrerseits gemeinnütziger juristischer Personen, durch Auseinandersetzungsanordnungen und durch Auflagen. Was erbrechtlich ausgeschlossen ist, ist demgegenüber die Perpetuierung eines vom Erblasser gesetzten Zweckes (§§ 2044 II; 2109; 2162 f.; 2210 BGB). Konzeptionell geht das Stiftungsrecht gerade in diesem Punkt weiter als das Erbrecht. Denn die Gemeinnützigkeit ist in unserer Rechtsordnung der Stiftung gerade nicht wesensmäßig, man denke an Familienstiftungen und an die unternehmenstragende Stiftung bis hin zur Holding⁵.

Dies führt uns weiter zum nächsten Punkt, ob Stiften und Vererben nämlich als instrumentell gleichwertig anzusehen sind, was uns rechtsdogmatisch aufgeben würde, beide Teilrechtsgebiete zu harmonisieren oder mit den Worten von Frau *Röthel*: Konkordanz herzustellen. Diejenigen, die meine Worte vom letzten Jahr noch im Ohr oder – nachdem sie jetzt gedruckt sind⁶ – vor Augen haben, wissen, das ich mich damit nicht anfreunden kann. Auch Frau *Röthel* spricht sich im Ergebnis für Konkurrenz statt für Konkordanz aus⁷. Dies heißt freilich nicht, dass sich beide Teilrechtsordnungen als Antinomien unversöhnlich einander gegenüberstünden. Vielmehr wird neben unserer Vererbungs- auch eine Stiftenkultur zu entwickeln sein, die sich beide zu einer geschlossenen Vermögenskultur ergänzen können. Sie sehen, wie gespannt ich vor diesem Hintergrund auf die folgenden Verhandlungen bin, denen ich jetzt auch nicht mehr allzu lange im Wege stehen darf.

Bevor ich schließe, muss ich aber auf den Geburtstag meiner Mutter zurückkommen und mich nochmals zur individualnützigen, egoistischen Vermögensbeanspruchung bekennen: Mir käme es sehr zu Unpass, wenn mich die Gute enterben und ihr Vermögen einem gemeinnützigen Zwecke stiften würde, nur weil ich nicht zu Ihrem Wiegenfeste erscheine. Deshalb bitte ich Sie, mich nach der Kaffeepause zu dispensieren, denn ich habe bis in den Schwarzwald ein gut Stück Wegs vor mir.

Herzlichen Dank für Ihr Verständnis.

⁴ *Röthel* (Fn. 1), S. 617, 618.

⁵ Dazu *Huffer*, in: Ennuschat/Geerlings/Mann/Pielow (Hrsg.), *Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart*, Gedächtnisschrift Tettinger, 2007, S. 449 ff.

⁶ *Die Stiftung* 1 (2007), 11 f.

⁷ *Röthel* (Fn. 1), S. 617, 634.

Zur historischen Herkunft von ‚ewige‘ Dauer und ‚Nachhaltigkeit‘ im Stiftungsrecht

KLAUS NEUHOFF *

- I. Neue Begrifflichkeiten im BGB-Stiftungsrecht
- II. Zur Dauer von Stiftungen
- III. Institutionen als Gewährleister von Dauer
- IV. Zur religiösen Herkunft von ‚Dauer‘
- V. Philosophische Bemühungen um die Ewigkeit

I. Neue Begrifflichkeiten im BGB-Stiftungsrecht

Es darf in diesen ‚aufgeklärten‘ Kreisen vorausgesetzt werden, dass im Jahre 2002 das BGB-Stiftungsrecht zivilrechtlich – angeblich – aus der Wilhelminischen Zeit in die Neuzeit verbracht wurde. Eigentlich waren sich die politischen wie auch administrativen diesbezüglich kundigen Thebaner in Bund und Ländern jedoch einig, dass eine Reform weder dringlich noch notwendig sei. Dass die Stiftungsrechtsreform dennoch kam, ist dem Druck sog. zivilgesellschaftlicher Kräfte zu verdanken. Allerdings: Heraus kam letzten Endes eine Mini-Reform, die hinten und vorne nicht befriedigen konnte¹. Anders dagegen die Reform des Gemeinnützigkeitsrechts vom Herbst 2007, die insbesondere für Stiftungen einige Erleichterungen und für deren Errichtung wichtige Anreize brachte².

Es tauchten jedoch neue (zivilrechtliche) Begriffe auf, die ‚wir‘ bislang so nicht kannten. Da ist zunächst einmal ‚Anerkennung‘, was einen Paradigmenwechsel signalisieren will, aber für diesen – immer noch – Verwaltungsakt eines Bundeslandes eher eine Erwartungshaltung des Bundesgesetzgebers ausdrückt, dass die die neue (BGB-) Rahmengesetzgebung ausfüllende, daher zeitnah zu novellierende Landesgesetzgebung und insbesondere die zuständigen Landesbehörden den Wink aus Berlin in ihren Gesetzeswerken und im Verwaltungshandeln verstehen mögen, nämlich das Procedere der Stiftungsentstehung (als juristische Person) und die laufende Stiftungsbeaufsichtigung im Sinne einer modernen Bürgergesellschaft liberal zu behandeln.

* Dr. Klaus Neuhoff ist Leiter des Instituts Stiftung und Gemeinwohl der Privaten Universität Witten/Herdecke.

¹ Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002 (BGBl. I, S. 2634), in Kraft getreten am 1.9.2002, betr. die §§ 80-88 BGB.

² Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 21.9.2007 (BGBl. I vom 15.10.2007 – Nr. 50, S. 2332) – mit den meisten seiner Regelungen geltend für den VZ 2007.

Dann taucht da eine bislang im BGB nicht bekannte Wortwahl auf: In § 80 II BGB lesen wir folgende Formulierung:

„Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 genügt, die *dauernde* und *nachhaltige* Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet.“

‚Dauernd‘ und ‚nachhaltig‘ sind im Stiftungszusammenhang, d.h. zivilrechtlich, bundesrechtlich neu, wobei insbesondere ‚nachhaltig‘ ein Modernismus ist, der im öffentlichen Diskurs der letzten Jahre überreichlich aufscheint, insbesondere bei Naturschutz- und Umweltangelegenheiten.

Das sei zur Ergänzung schon kurz angeführt: Stiftungsverwaltungsrechtlich sind die beiden Begriffe – in den Stiftungsgesetzen der Länder – hingegen alte Bekannte.

II. Zur Dauer von Stiftungen

In § 81 I BGB werden die Voraussetzungen postuliert, die stifterseits erfüllt sein müssen, um die Stiftung durch staatliche Konzessionierung (!) zur Entstehung (als juristische Person = „rechtsfähig“) kommen zu lassen. U.a. muss im Stiftungsgeschäft (des Stifters als Institution-Einrichter), und zwar in dessen vermögensrechtlichen Teil (Widmungsgeschäft), eine verbindliche Erklärung enthalten sein, „ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen“.

Es bedarf – typischerweise – also eines fungiblen und vor allem ertragbringenden Vermögens, um den vom Stifter vorgegebenen Zweck – finanzierenderweise – zu erfüllen (Kapitalstiftung). Und mit diesem Vermögen ist dann auch und vor allem die Dauer der Zweckerfüllung seitens der Stiftung verknüpft, ebenfalls die geforderte Nachhaltigkeit der Zweckerfüllung. Solange beides gegeben ist, ist primär die Stiftung als (juristische Person) Trägerin und Garantin dieser Postulate einbezogen in die Begrifflichkeiten (inkl. Inhalte) von Dauer und Nachhaltigkeit.

Über die Bedeutung dieser neuen Begrifflichkeiten für stiftungsrechtliche Zusammenhänge habe ich mir an anderer Stelle Gedanken gemacht³. Das kann von Interessierten dort nachgelesen werden, soll folglich hier nicht weiter ausgeführt werden.

Es müssen auch nicht unbedingt diese Modernismen sein, die einen bestimmten Sachverhalt festschreiben wollen; so gebraucht das ALR (vom 5.2.1794) den Terminus ‚beständig‘, wenn es für Fideikommisse deren Vermögensausstattung

³ *Neuhoff*, ‚Ewige Dauer‘ als Problem des Stiftungsrechts, in: Kohl/Kübler/Ott/Schmidt (Hrsg.), *Zwischen Markt und Staat*, Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 465.

beschreibt und dabei formuliert, dass „ein gewisses Grundstück oder Capital“ nach des Stifters Willen u.a. „für beständig“ bei einer solchen Stiftung verbleiben soll⁴. Folgerichtig ist denn auch der ‚Dritte Abschnitt‘ mit „Von beständigen Familien-Fideicomissen“ überschrieben (§§ 47-226). Sicherheitshalber wird in § 123 noch verfügt, dass die „Eigenschaft des Fideicommisses ... durch keine Verjährung verloren gehen“ kann. Und bei Familienstiftungen wird durch § 39 deren ‚Beständigkeit‘ dadurch festgeschrieben, dass „der wesentliche Inhalt der Stiftungsurkunde durch einen auch einstimmigen Schluß der Familie nicht aufgehoben, noch abgeändert werden“ kann.

Dass Stiftungen ‚für die Ewigkeit‘ gemacht wurden und werden sollten, das galt und gilt im deutschen Stiftungswesen und Stiftungsrecht, basierend auf kirchenrechtlichen Vorgaben, als ausgemacht, wenngleich diesbezüglich Aufweichungstendenzen unübersehbar sind. Ein Beispiel für diese Pfadabhängigkeit des modernen Stiftungsrechts von älteren Vorbildern: Seit dem Mittelalter bis hin zu den Zeiten der BGB-Gesetzgebung wird hierzulande unter „getruwelich“ (Frankfurt, 1428) in nachgelassenen Stiftungen (= Stiftung von Todes wegen) die „getreue Hand“ verstanden, die ein „ewiges Almosen“ vollstreckt. Dabei, also bei letzterem, handelt es sich um einen germanisch-rechtlichen Begriff für ‚Stiftung‘ aus der Zeit vor der Rezeption des römischen Rechts. Nur vermittels dieses Instruments konnte in testamentlosen Zeiten, das den ‚Germanen‘ als Rechtsinstitut noch unbekannt war, am damaligen Erbrecht vorbei (= Vererbung innerhalb des Familienverbandes) überhaupt anders vererbt werden, nämlich zugunsten Gottes, Christus oder eines Heiligen – mit einer Kirche oder einem Kloster als Träger des Stiftungsvermögens und Vollstrecker des Stifterwillens⁵.

⁴ II 4 § 23 ALR.

⁵ Ein frühes Beispiel (aus dem Jahre 1093) ist vom Kloster (Essen-) Werden bekannt. Aus einer dortigen Urkunde (betreffend heutige Mülheimer Liegenschaften) lässt sich u.a. folgendes entnehmen: Ein Adelliger namens Thuringus hatte seinen Sohn im Kampf gegen die Friesen verloren. Ohne direkten (männlichen) Erben entschließt sich der Vater nun, ‚sein‘ Vermögen nicht (automatisch) an den Familienverband zurückfallen zu lassen, sondern es dem Kloster in Werden zu übereignen (mit der Formulierung: „Gott zum Erben eines Teils seiner Güter zu machen“), also eine Schenkung („donatione“ wird im lateinischen Text auch vermerkt) oder – eher – eine Zustiftung (in eine Art Gotteskasten). Sowohl bei Schenkung wie auch bei Stiftung wird erwartet, dass der Schenker/Stifter für seine gute Tat etwas zurück erhält. So auch hier: Das Kloster soll nicht nur Fürbitte für das Seelenheil insbesondere des Sohnes und der restlichen Familie sowie der Vorfahren des Stifters leisten, sondern auch irgendwie den Lebensunterhalt des Stifters, seiner Ehefrau und der Tochter sicherstellen. Ein *do ut des*-Geschäft: ich gebe, damit du gibst. Wichtig ist dabei, dass die gute Tat aus freiem Willen geschah und das Vermögen auf Seiten des Stifters (beispielsweise im Erbgang) rechtmäßig erworben worden war. Zunächst bleiben der Stifter, dessen Frau und auch die Tochter also auf ‚seinem‘ Gut und zehren von dessen Einnahmen. Das Kloster, vertreten durch Abt Otto, der die Urkunde aufsetzen ließ, gibt sogar noch ein eigenes Landgut auf Zeit her, um das ‚Geschäft‘ abzusichern. Mit dem Tod der Tochter soll dann Schluss sein mit dieser besonderen Familien-

Wenn denn die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks schon bei der Entstehung der Stiftung gesichert sein soll (als realistische Prognose-Vorstellung des Stifters sowie – deutlich stärker – der staatlichen Stiftungsaufsicht als – zunächst – Anerkennungsinstanz), so sollte daraus eigentlich eine Verschärfung des Prüfungsvorgangs im Anerkennungsverfahren bei der zuständigen Behörde resultieren. Manch ein Stiftungsvorhaben nach bisherigem Schnittmuster wäre demnach in Zukunft zurückzuweisen.

Beide hier neu in das Zivilrecht aufgenommenen Begriffe sind uns Stiftologen schon seit langem bekannt. Es sind, insbesondere bei ‚Dauer‘, Begrifflichkeiten des Verwaltungsrechts, nicht nur des (Landes-) Stiftungsverwaltungsrechts – fast schon mit Verfassungsrang. Mit ‚dauernd‘ ist eine Zeitdimension angesprochen, und ergänzend dazu ist mit ‚nachhaltig‘ Wirkung gemeint, auch Eindruck, Leistung, (Über-) Lebensfähigkeit, Problembewältigung o.ä. Mit beiden Begriffen wird sowohl die Stiftung selbst, d.h. ihr Handlungsorgan, wie auch die staatliche Stiftungsaufsicht in die Pflicht genommen, die darin mit-schwingenden Inhalte zu gewährleisten. Primär ist damit die Sorge um den Erhalt des Stiftungsvermögens als Kraftquell für Dauer und Nachhaltigkeit der Zweckerfüllung gemeint.

Letzteres greift das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 22.9.1972 mit etwas anderer Wortwahl auf. Es befindet, dass die der Grundrechte des Art. 19 III GG teilhaftig werdende juristische Person ‚Stiftung‘ „... als ständige Einrichtung bei der Gestaltung von Gegenwart und Zukunft mitwirken soll“⁶. Der Normalfall der Stiftungsexistenz, darin von der Rechtsordnung geschützt, ist demnach das weit in die Zukunft gedachte wohlthätige und gestaltende Wirken dieses Stifterkonstrukts, einerseits die jeweilige Gegenwart sozial erträglich machend und andererseits eine bessere Zukunft vorbereitend.

Dieser Erkenntnis steht nicht entgegen, dass Rechtsinstitute grundsätzlich auf unbestimmte Dauer angelegt werden können, theoretisch also als ‚unsterblich‘ erscheinen. Da aber in ihnen autonome Bürger Rechtspositionen innehaben, können sie diese ‚Dauer‘ jederzeit beenden. Und natürlich ‚entsorgt‘ die Insolvenz Jahr für Jahr Tausende von solchen Rechtskonstrukten, die eben nur theoretisch auf unbestimmte Dauer angelegt worden waren. Volkes Stimme sagt, dass das Leben weitergeht und ‚wir‘ uns immer wieder neu aufstellen müssen, also flexibel sein sollten. Nicht umsonst hat der Dadaist *Kurt Schwitters* (1887-1948) apodiktisch festgestellt: „Die Unsterblichkeit ist nicht Jedermanns Sache.“

Dabei ist der Gedanke, dass Stiftungen ‚ewig leben‘ könnten, der ebenfalls ‚ewigwährende‘ Staat dies zudem mit der Staatsgewalt sicherstellen soll, so etwas wie eine Ungeheuerlichkeit, verwegen in einem Gesetzeskorpus, der nur ein

stiftung, einer (unselbständigen) Stiftung auf Zeit (vgl. *Fischer/Hohensee*: Bilder, Berichte und Geschichten aus der Vergangenheit von Mülheim an der Ruhr, 1985, S. 18 f.).

⁶ BVerwGE 40, 347, 348 – VII C 27.71.

wenig Ordnung in das Hin und Her und Auf und Ab der Gesellschaft bringen will. Es handelt sich um ein Privileg der Rechts- und Gesellschaftsordnung, das Stiftern als Gegenleistung für ihre Vermögenshergabe und -umverteilung, als friedensstiftender Akt, zugunsten des Gemeinwohls eingeräumt wird. Sie, die Stifter, setzen also nicht nur Recht (in ‚ihrer‘ Stiftung), nein sie stehen auf der (weltlichen) Himmelsleiter noch eine halbe Stufe über dem gemeinen Volk, direkt unter dem Verfassungsgeber, der ja auch meint, im Grunde für die ‚Ewigkeit‘ formuliert zu haben.

Dieses Privileg wird mit Verweis auf die staatsnahen öffentlichen Interessen und die staatlicherseits garantierte Vollziehbarkeit solchen privaten Wollens nur an einer Stelle eingeräumt (eben in den §§ 80-88 BGB), ist aber durch die h.L. sowie durch eine derzeit noch zaghafte Rechtsprechung auch noch an anderer Stelle in die Rechtsordnung eingebracht worden. Es handelt sich um das Auflagenrecht gem. §§ 525 II, 2194 S. 2 BGB:

„Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.“

bzw.

„Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die öffentliche Behörde die Vollziehung verlangen.“

Bei letzterem handelt sich um eine Fortsetzung des Rechtsprinzips von I 12 §§ 514 f. ALR. Grundsätzlich sollen also Auflagen im öffentlichen Interesse nicht dem Verjährungsgedanken unterworfen sein. Auch sie dauern ewig⁷.

Dieser Rechtsgedanke ist u.a. aus dem ALR übernommen worden, wo es schon in I 4 § 156 bezüglich Willenserklärungen mit Zwecksetzungen grundsätzlich heißt, „Ist zur Erfüllung des Zwecks keine gewisse Zeit bestimmt, so kann das dazu bewilligte Recht, so lange die Erfüllung noch möglich bleibt, nicht zurück genommen werden.“

Zwar kennt das Erbrecht des ALR in I 12 § 423 auch eine 50-Jahres-Frist, die dem Erben das ihm an sich zustehende Vollrecht letztendlich einräumt, wenn

⁷ Soergel/Dieckmann, BGB, Band 22, 13. Auflage 2003, Vor § 2192 Rn. 8: „Für die Wirksamkeit der Auflage gelten ... keine zeitlichen Grenzen“, wengleich: „Der Schutz ist sehr unvollkommen“ (Rn. 6). Das deswegen, „da der Erblasser mit der Auflage stiftungsähnliche Zwecke verfolgen können soll“ (§ 2192 Rn. 12). A.A. bezüglich der Ewigkeit von Auflagen ist Reuter (Die unselbständige Stiftung, in: v. Campenhausen/Kronke/Werner (Hrsg.), Stiftungen in Deutschland und Europa, 1998, S. 204, 225 ff.), der in Analogie zu § 2210 BGB für eine 30-Jahres-Frist plädiert. Überzeugend widerlegt von K. Schmidt: ‚Ersatzformen‘ der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175, 187 ff.

der Testator ein „Vermächtniß des Gebrauchs oder Nießbrauchs“ (wohl vorwiegend in Immobilienzusammenhängen zu verstehen) zugunsten einer moralischen Person (seinerzeit nur denkbar mit öffentlichem Auftrag) ohne Zeitbestimmung verfügt hatte. § 424 hingegen dekretiert dann, dass bei der kapitalistischen Variante eines solchen Konstrukts, nämlich Vermächtnis von Zinserträgen („Hebungen“), die Erbenbelastung so lange fortlaufen soll, wie die bedachte moralische Person besteht.

Und bezüglich der heute so verstandenen nicht-rechtsfähigen Stiftung wird das ALR noch deutlicher. Zwecks weiteren Bestandes der Institution und zur Sicherstellung des Stifterwillens wird noch geregelt, wenn eine Trägerinstitution (hier: „Corporationen und Gemeinen“) aufgehoben werden soll, so fallen gem. II 6 § 193 die mit „gewisser Absicht“ diesen anvertrauten „Gelder oder Sachen“ nicht in die Aufhebungsmasse (zugunsten des Staates); vielmehr ist der Staat gehalten, „dass die Absicht des Stifters, nach der von selbigem vorgeschriebenen Bestimmung, fernerhin so viel als möglich, erreicht werde.“ Andernfalls tritt ein Rückfall des gestifteten Vermögens an den Stifter oder dessen Erben ein (§ 194). Sind diese Personen nicht mehr vorhanden oder nicht zu ermitteln, so handelt es sich um eine „herrnlose Sache“, die dem Staat anheimfällt (§§ 195, 192).

Der Rechtsgedanke dahinter ist einleuchtend: Stiftungen wurden ursprünglich von Todes wegen errichtet, häufig zugunsten oder verwaltet von einer schon bestehenden ‚moralischen Person‘ (Kirche, Gemeinde, Kloster o.ä.). Echte, frei konsumierbare Geschenke i.S. einer Bereicherung der bedachten Institution bzw. der dort handelnden Amtsträger waren damit in der Regel nicht gemeint⁸.

Vielmehr wurden zumeist Sonderinteressen auflagenhalber verfügt. Das, um dem (abwesenden) Stifter Individualität zu verleihen und Gedenken zu organisieren; aber auch, um so dem Willen eines Verstorbenen mehr an Rechtskraft zuzuordnen. Den Toten müssen die Lebenden gehorchen, zumindest eine ganze Weile lang. Hier ruft uns, die Lebenden, ein Gesetzgeber zur Ordnung, dem ‚wir‘ uns nicht leichtsinnig verweigern sollten. Auf dieser Schiene ist also die per Auflagen besonders heraustypisierte nicht-rechtsfähige Stiftung historisch zu verstehen, und zwar sowohl die unter Lebenden (heutzutage mit einem (VII C 27.71) zulässigen, weil aus der Autonomie des Stifters heraus mit einem Stif-

⁸ So ‚vermutet‘ I 11 § 1044 ALR zunächst nur, dass „an Armenanstalten und milde Stiftungen ohne weitem Vorbehalt abgeliefert“e „Gelder und Sachen“ Schenkungen seien. In § 1075 wird dann allerdings ohne Umschweife davon gesprochen, dass es sich bei solchen Zuwendungen „an inländische Schulen, Universitäten, und andere Erziehungsanstalten, so wie an inländische Armen- und Waisenhäuser, an Hospitäler, zu Stipendien und andern milden Stiftungen“ um („ohne Einschränkung auf eine gewisse Summe“ zulässige) Schenkungen handelt (so auch in II 12 § 21 ALR: Schenkungen an inländische Schulen unterliegen nicht gewissen Einschränkungen wie die an Kirchen und geistliche Gesellschaften; ebenso II 19 §§ 44, 48 betr. Armenanstalten).

tungsträger kontrahierte Stiftungsgeschäft außerhalb des BGB) verfügte wie auch die von Todes wegen.

III. Institutionen als Gewährleister von Dauer

Das Bemühen um die Beständigkeit des Jetzt, des Hier und Heute dürfte den Menschen schon seit den Anfängen seines bewussten Denkens begleiten. Die Zukunft war ungewiss, da lauerte Gefahr; was ‚man‘ heute hatte, das war mit einiger Gewissheit zu bewältigen, und daher war der Gedanke naheliegend, diese Verhältnisse mit ihrer relativen Sicherheit und Beherrschbarkeit zu konservieren. Das war dann eine Aufgabe der Tagespolitik, die von den jeweiligen Machteliten umgesetzt werden musste. Zu diesem Zweck mussten Sitten und Gebräuche verfestigt werden, mussten zu Institutionen umgeformt werden. Und Institutionen (als Instrumente zur Befriedigung ‚unseres‘ Bedürfnisses nach Sicherheit) bedürfen einer Konstitution/Verfassung, die per se schon ihre eigentliche Unabänderlichkeit in sich trägt, ist sie doch so etwas wie ein Grundstein, ohne den das darauf basierende Gebäude zusammenfällt.

Unterschiedliche wissenschaftliche Disziplinen haben sich über Jahrhunderte hinweg mit dem Phänomen der Institutionenbildung, -verfestigung, -reform und mit ihrem Vergehen befasst, sodass durchaus von einer Theorie der Institutionen gesprochen werden kann, so ‚man‘ sie positiv ausdeutete. Ihre Gegner haben sich eher mit Verteufelung (wegen der von ihnen ausgehenden Gewalt gegen den Einzelnen) und der Möglichkeit ihrer Abschaffung befasst. Als wohl letzte wissenschaftliche Disziplin haben sich auch die Ökonomen des Phänomens bemächtigt: Institutionenökonomie/*institutional economics*; ein Unterfall ist die *constitutional economics*, also die Ökonomie von Verfassungen.

Arnold Gehlen, einer der Altmeister der deutschen Soziologie, fragt in einer seiner zahlreichen Schriften⁹ in einer Kapitelüberschrift nach dem ‚Sinn der gesellschaftlichen Institutionen‘. Und in ‚Urmensch und Spätkultur‘¹⁰ ist der Teil I mit ‚Institutionen‘ überschrieben, die er dann mit 110 Seiten abhandelt. Er spricht (auf S. 8) von der ‚außerordentlichen Wichtigkeit der Institutionen für das Selbstverständnis des Menschen‘. In ihnen und mit ihnen sieht er ‚Stabilität, Dauer und Kontinuität des Höheren im Menschen‘ verbunden, was diesen erst zu einem ‚geschichtlichen Wesen‘ habe werden lassen¹¹. „Dieselben Einrichtungen also, die die Menschen in ihrem Denken und Handeln untereinander hervorgehen lassen, verselbständigen sich ihnen zu einer Macht, die ihre eigenen Ge-

⁹ Anthropologische und sozialpsychologische Untersuchungen, 1986.

¹⁰ 5. Auflage 1986.

¹¹ Ein Beleg dafür findet sich beim Propheten Jesaja 9, 1-6: Das Volk Israel wandelt im Finstern, es gibt der (heidnischen) Feinde viele, aber es gibt auch Rettung (in der Gestalt des ‚Friede-Fürst‘); in V. 7 heißt es: „Auf daß seine Herrschaft groß werde, und des Friedes kein ende, auf dem stuhl David, und seinem königreich; dass er's zurichte, und stärke mit gericht und gerechtigkeit von nun an bis in ewigkeit“ (Luther-Deutsch).

setze wiederum bis in ihr Herz geltend macht“. Sie, die Institutionen verkörpern eine Idee und machen diese in der Welt fest (S. 9). Mit seinen Erkenntnissen begründet er, Gehlen, eine „Philosophie der Institutionen“.

Institutionen im Recht sind natürlich auch auf lange Dauer angelegt. Ihre Verrechtlichung in der Rechtsordnung begründet eine – im übertragenen Sinne – Konstitution, das ist das seitens der Gesellschaft auferlegte Regelsystem an Freiheiten, Rechten und Pflichten jedes Einzelnen. Damit bringen sie Stabilität in viele ‚unserer‘ eher öffentlichen Handlungen (Rechts- und Geschäftsverkehr), sorgen dort für stabile Lebensverhältnisse, und zwar über die Zeitspanne der jeweiligen Handlung, ja über die Lebensspanne eines Individuums hinaus.

Sie mögen diesem – in bestimmten Grenzen – sogar Instrumente an die Hand geben, selbst für Stabilität, Kontinuität und Dauer zu sorgen. Denn warum sollen solche Absichten und Gestaltungen nur Göttern, Königen, staatlichen Autoritäten und der Kirche vorbehalten sein? – Ein Beispiel dürfte die Staatsrechtshistoriker interessieren: das seit spätrömischen Tagen bekannte Institut der ‚pragmatischen Sanktion‘ wurde nicht nur besonders feierlich verkündet, was es/sie schon aus dem gesetzgeberischen Alltag heraushob, sondern sollte auch so etwas wie ein unveränderliches staatsrechtliches Grundgesetz (des Herrschers) sein, sollte bestimmte (tunlichst und von Dritten anerkannte) Rechtsverhältnisse als unverletzlich und für alle Zeiten festschreiben; in diesem Sinne war der Westfälische Friede *perpetua lex et pragmatica Imperii sanctio*.

Insofern wäre angesichts der vorgefundenen rechtlichen Traditionen und heutigen Rechtsvorschriften eine gesetzlich definierte oder unterhalb der normierten Ebene auch nur für zulässig erachtete Endlichkeit einer Stiftung (beispielsweise als Stiftung auf Zeit oder als Verbrauchsstiftung) bzw. ihrer Zwecksetzung von vornherein ein Bruch im Dogma dieser juristischen Person, auch wenn das in der Satzung oder im Stiftungsgeschäft niedergelegter Stifterwille ist, den die Rechtsordnung zurückzuweisen hätte (als nicht anerkennungsfähig).

Stiftung bedeutet ein Denken in Immobilienzusammenhängen, dieses auf (wenige) andere Lebensverhältnisse übertragen, erlegt eine Pflicht zu pfleglicher Behandlung nicht nur von Vermögenswerten auf, bedeutet letztendlich ein Verhaftet- oder Festgenagelt-Sein für das Morgen. Die Stiftung durch den Stifter in der Satzung in ihrer Existenz oder auch nur in ihrer Zweckrichtung in das Belieben späterer Amtsträger zu stellen, ist somit nach deutschem Rechtsverständnis nicht möglich. Der Stifter als Vorstand in ‚seiner‘ Stiftung ist dogmatisch auch nur ein (fremder) Amtsträger, ein Treuhänder.

Sollte das neuerdings anders gesehen werden, wozu es Stimmen gibt¹², müssten ‚wir‘/der Gesetzgeber die Stiftung schon neu erfinden oder zumindest anders

¹² „So plädiert der Stiferverband für die Möglichkeit, einen einmal festgelegten Stiftungszweck auch nachträglich noch ändern zu können. ... Dieses Recht sollte man dem lebenden Stifter auch zubilligen.“ – so *Sonnabend*, Neue Stifter braucht das Land, in: *Wirtschaft und Wissenschaft* 4/2005, S. 29. Vgl. auch Deutsches Stiftungszentrum (des Stif-