

Autonomie im Recht

Gegenwartsdebatten
über einen rechtlichen Grundbegriff

Herausgegeben von
Christian Bumke und Anne Röthel

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Christian Bumke ist Inhaber des Commerzbank-Stiftungslehrstuhls Grundlagen des Rechts an der Bucerius Law School in Hamburg.

Anne Röthel ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht an der Bucerius Law School in Hamburg.

ISBN 978-3-16-154883-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
---------------	-----

Erster Teil

Einführung

<i>Christian Bumke</i> Autonomie im Recht	3
--	---

<i>Anne Röthel</i> Forschungsgespräche über Autonomie im Recht Ausgangsbedingungen, Typizitäten, Lehren	45
---	----

Zweiter Teil

Autonomie als Produkt privatrechtlicher Gestaltung

<i>Christian Bumke</i> Privatautonomie Grundelement privatrechtlicher Ordnungsbildung im demokratischen Verfassungsstaat	69
---	----

<i>Anne Röthel</i> Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer	91
---	----

<i>Dieter Reuter</i> Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Verbandsautonomie	117
---	-----

<i>Karsten Schmidt</i> Verbandsautonomie und Außeneinfluss	143
---	-----

Hanno Merkt

Funktionsbedingungen der Selbstregulierung im Unternehmensrecht ... 167

Rüdiger Veil

Regulierung von Finanzprodukten

Abschied vom Leitbild des verständigen Investors? 185

Birgit Weitemeyer

Von der Stifterfreiheit zur Stiftungsautonomie

Weiterentwicklung oder Sackgasse? 201

Dominique Jakob

Freiheit durch Governance

Die Zukunft des Stiftungsrechts aus rechtsvergleichender Perspektive ... 225

Matthias Jacobs

Pluralität im Tarif- und Arbeitskampfrecht

Gefahren für die Tarifautonomie? 247

Martin Henssler

Tarifeinheit per Gesetz – Fragen und Antworten 269

Dritter Teil

Autonomie als öffentliche Aufgabe

Michael Fehling

Autonomie und staatliche Regulierung 295

Jens Kersten

Die Konsistenz des Menschlichen

Post- und transhumane Dimensionen des Autonomieverständnisses 315

Gabriele Britz

Verfassungsrechtlicher Schutz der freien Persönlichkeitsentfaltung 353

Martin Eifert

Autonomie und Sozialität: Schwierigkeiten rechtlicher

Konzeptionalisierung ihres Wechselspiels am Beispiel der

informationellen Selbstbestimmung 365

Vierter Teil

Autonomie im Recht von außen betrachtet

Marie-Claire Foblets

Assessing Individual Autonomy in the Face of Cultural Diversity:
views of bodily integrity 387

Karsten Fischer

Das Paradox der Autonomie und seine Entfaltungen
Eine Urgeschichte politischer Liberalität 411

Autorenverzeichnis 435

Von der Stifterfreiheit zur Stiftungsautonomie

Weiterentwicklung oder Sackgasse?

Birgit Weitemeyer

Inhaltsübersicht

I. Die Privatautonomie des Stifters	201
1. Die Stiftung als singuläre Rechtsform	201
2. Die Stiftung als historische Rechtsform	203
3. Fehlender Interessengegensatz bei Stiftungserrichtung	205
II. Keine autonomen Entscheidungen der Stiftungsorgane	207
III. Erweiterung der Stifterfreiheit durch Zulässigkeit privatautonomer Entscheidungen der Stiftungsorgane?	208
1. Auf der Grundlage des BGB	208
2. Durch Landesrecht	210
3. Wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage	212
4. Durch weite Zweckbestimmung und weitere Organe	213
5. De lege ferenda: Stiftungsrechtsreform – Die Dritte	214
a) Einführung eines lebzeitigen freien Änderungsrechts des Stifters	214
b) Reformbedürfnis	215
c) Dauer des Änderungsrechts	217
d) Juristische Personen als Stifter	221
e) Schutz von Zustiftern, Destinatären, Ehrenamtlichen und Spendern	221
f) Schutz der Stiftungsorgane?	222
IV. Fazit	223

I. Die Privatautonomie des Stifters

1. Die Stiftung als singuläre Rechtsform

Die rechtsfähige Stiftung des privaten Rechts auf der Grundlage der §§ 80 bis 88 BGB ist eine von einem Stifter (oder Stifterin oder mehreren Stiftern) errichtete Organisation, die mit Hilfe des ihr gewidmeten Vermögens einen vom Stifter festgelegten Zweck dauernd erfüllen soll.¹ Im Gegensatz zur Körperschaft und

¹ v. Campenhausen/Richter/*v.Campenhausen/Stumpf*, 4. Aufl. München 2014, § 1 Rn. 6;

zur Gesellschaft tritt an die Stelle des Personenverbands, der sich seinen Zweck selbst setzt, das Vermögen, dem der Stifter seinen Zweck vorgegeben hat.²

Stiftungszweck, Stiftungsvermögen und Stiftungsorganisation sind die drei wesentlichen Elemente des Stiftungsbegriffs, die – im Rahmen der Gesetze – im Stiftungsgeschäft und in der Satzung durch den Stifter privatautonom festgelegt werden.³ Nur die Rechtsform der selbstständigen Stiftung ermöglicht es nach geltendem Recht, den eigenen Willen in Form des Stiftungszwecks dauerhaft einem Vermögen zu widmen und ihn dadurch zu perpetuieren.⁴ Der Stiftungszweck ist daher das Kernelement der Stiftung.⁵ Er wird ausschließlich durch den Stifter bestimmt und unterliegt nach der staatlichen Anerkennung der Stiftung keiner privatautonomen Gestaltung mehr, und zwar weder durch den Stifter selbst noch durch Stiftungsorgane oder die Stiftungsaufsichtsbehörden.⁶ Es gilt das so genannte *Trennungs-* und *Erstarrungsprinzip*: Der Stifter trennt sich von seinem Vermögen endgültig und ohne Widerrufsrecht; wird die Zweckverwirklichung unmöglich, so fällt das Vermögen nicht etwa an den Stifter zurück, sondern an eine von ihm benannte anfallsberechtigte dritte Person, § 88 BGB. Der ursprüngliche Stifterwille ist mit der Errichtung der Stiftung erstarrt und kann selbst durch den Stifter nicht mehr geändert oder auch nur modifiziert werden.⁷

Zweckänderungen sind nur unter engen Voraussetzungen als ultima ratio zulässig. So erlaubt § 87 BGB eine Zweckänderung oder die Aufhebung der Stiftung, wenn der Stiftungszweck anders nicht mehr erfüllt werden kann. Insofern ist die „Unverfügbarkeit“ der Stiftung kein Element des Stiftungsbegriffs, sondern Folge aus der Einschränkung privatautonomer Gestaltungsfreiheit nach Anerkennung der Stiftung.⁸ Daraus erklärt sich die große Bedeutung der zutreffenden Erfassung und Auslegung des ursprünglichen Stifterwillens, einer Frage, der *Dominique Jakob* und *Lukas von Orelli* an der Universität Zürich eine ganztägige Tagung mit dem Titel „Stifterwillen – Ein Phänomen zwischen Vergan-

Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, Neubearb. Berlin 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 1. In der Sache übereinstimmend BT-Drs. 14/8765 S. 10.

² MüKoBGB/*Weitemeyer*, 7. Aufl. München 2015, § 80 BGB Rn. 1; anders die Lehre vom funktionellen Stiftungsbegriff.

³ Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 4; v. Campenhausen/*Richter/v. Campenhausen/Stumpf*, § 1 Rn. 6 ff. jeweils mwN.

⁴ *Mugdán*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Berlin 1899, S. 961 f.

⁵ Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 5; v. Campenhausen/*Richter/v. Campenhausen/Stumpf*, § 1 Rn. 9 jeweils mwN.

⁶ MüKoBGB/*Weitemeyer*, § 80 BGB Rn. 2, 222.

⁷ Vgl. etwa *Jakob*, Modernes Stiftungsrecht für Deutschland in Europa – was sollte geregelt werden?, nPoR 2016, 7 (10).

⁸ AA *Hof*, Die Unverfügbarkeit der selbstständigen Stiftung bürgerlichen Rechts, in: Kohl/Kübler/Ott/K. Schmidt (Hrsg.), GS Walz, München 2008, 233 ff.; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 14.

genheit, Gegenwart und Ewigkeit“ gewidmet haben.⁹ Vor diesem Hintergrund möchte ich der Frage nachgehen, welche Folgen aus der besonderen Ausprägung der Privatautonomie des Stifters für die Änderbarkeit des Stifterwillens *de lege lata* und für die aktuelle Reformdiskussion zu ziehen sind.

2. Die Stiftung als historische Rechtsform

Die Gründe für die Besonderheit der Stiftung wurzeln im Christentum. In der deutschen und europäischen Rechtstradition entwickelte sich die Stiftung aus den von den Kirchen verwalteten *piae causae*,¹⁰ wobei auch die Islamische Rechtstradition Stiftungen zu religiösen, gemeinnützigen Zwecken oder zugunsten einer Familie anerkennt.¹¹ Der Stifter wandte der Kirche ein Vermögen zu, das diese treuhänderisch zu frommen Zwecken als Sondervermögen getrennt verwaltete. Stiftungen waren also zunächst rechtlich unselbständige Sondervermögen eines anderen Rechtsträgers und dienten vor allem dem Seelenheil des Stifters. Oder wie es ein Referent auf besagter Zürcher Tagung etwas despektierlich formuliert: „Der Deal mit dem lieben Gott – die frommen Stiftungen. Psychosoziale Überlegungen“.¹²

Von der Langlebigkeit solcher Gestaltungen zeugt die Fuggerei, die älteste Reihenhaussozialsiedlung der Welt, gestiftet von *Jakob Fugger* im Jahr 1521, deren heute 150 bedürftige katholische Augsburgener Bewohner für eine Jahreskaltmiete von 0,88 Euro und tägliche Gebete (Vaterunser, Glaubensbekenntnis und Ave Maria für den Stifter und seine Familie) die Häuser mieten. Die Gegenleistung entspricht bis heute dem Gegenwert eines Rheinischen Guldens¹³ und zeigt die Problematik des Ewigkeitsgedankens, nämlich die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Anpassung oder Änderung des Stiftungszwecks oder der Stiftungssatzung.

In der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts wurde die Stiftung juristisch nicht mehr als dauerhafter Dienst an einem kirchlichen oder gemeinnützigen Zweck, sondern als Rechtsform zur dauerhaften Bindung der Verwaltung eines

⁹ Jakob/von Orelli (Hrsg.), *Der Stifterwille: Ein Phänomen zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Ewigkeit*, Bern 2014.

¹⁰ v. *Campenhausen*, *Geschichte des Stiftungswesens*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Handbuch Stiftungen*, Wiesbaden 2003, S. 19 (23, 27 ff.); *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, Berlin 2001, S. 47 ff.; *Schulze*, *Die Gegenwart des Vergangenen – Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgeschichte*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln 2001, S. 55 (58 ff.).

¹¹ Vgl. *Borgolte* (Hrsg.), *Enzyklopädie des Stiftungswesens in Mittelalterlichen Gesellschaften*, Band 1: Grundlagen, Berlin 2014, S. 36 ff.

¹² *R. Jakob*, *Der Deal mit dem lieben Gott – die Frommen Stiftungen*, in: Jakob/von Orelli (Hrsg.), *Der Stifterwille: Ein Phänomen zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Ewigkeit*, Bern 2014, S. 229 ff.

¹³ Informationen unter www.fugger.de, letzter Abruf am 19.11.2015.

Vermögens an den Willen des Stifters gesehen.¹⁴ Allerdings galten die juristischen Personen noch als potenzielle Konkurrenten der öffentlichen Hand, die man nur dulden konnte, soweit ihre Existenz und Tätigkeit durch die öffentliche Hand beeinflussbar war.¹⁵ Während im BGB für Vereine (mit gewissen Vorbehalten für politische, sozialpolitische und religiöse Vereine) und im ADHGB für Aktiengesellschaften die Rechtsentwicklung weiter fortgeschritten war und diese mit der Anerkennung der juristischen Person des privaten Rechts dem privaten Recht unterworfen wurden,¹⁶ blieb es für Stiftungen bei der traditionellen Sichtweise. Die Reichstagskommission zur Schaffung eines BGB stellte fest:

„Das Stiftungsgeschäft geht in seinen Wirkungen über die der Privatautonomie sonst gezogenen Grenzen weit hinaus. Wenn die Rechtsordnung dem Einzelnen die außerordentliche Machtvollkommenheit beilegt, eine Vermögensmasse auf unbeschränkte Zeit einem bestimmten Zweck zu widmen, so geschieht dies, um Zwecke, welche dem Gemeinwohle zu dienen, dadurch zu fördern. Nicht zu Gunsten jedes beliebigen Zweckes kann dem Willen des Einzelnen diese Macht eingeräumt werden.“¹⁷

Dem entsprach es, dass der Staat über die Genehmigung der privatrechtlichen Stiftung nach freiem, der gerichtlichen Überprüfung entzogenem Ermessen¹⁸ entscheiden durfte und dem gemeinen Wohl damit Rechnung zu tragen hatte.¹⁹ Der 44. Deutsche Juristentag leitete im Jahr 1962 mit dem Referat *Mestmäcker*, der an den anglo-amerikanischen charitable trust und die charitable corporation angeknüpft hat, die Integration der Stiftung in das Privatrecht ein.²⁰ Das anglo-amerikanische Beispiel zeigt, dass die Anerkennung von Freiheit und Eigentum des Einzelnen das Recht einschließen kann, ein Vermögen auf unbeschränkte Zeit einem bestimmten Zweck zu widmen, wenn für praktische Konkordanz mit der Freiheit anderer und der Verantwortung des Staates für die Gerechtigkeit der sozialen Verhältnisse gesorgt wird.²¹ Daraus ergibt sich, dass die Beteiligung des Staates an der Errichtung der Stiftung heute und zumal unter der Geltung des Grundgesetzes nicht mehr dazu dient, die Stiftungsvorhaben auszuwählen, die aus staatlicher Sicht den „Nutzen der Allgemeinheit befördern“. Es

¹⁴ *Schulze*, Historischer Hintergrund des Stiftungsrechts, in: Hauer (Hrsg.), Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, Tübingen 1989, S. 29 (32 ff.); v. *Campanhausen* (Fn. 10), S. 23, 40; *Richter* (Fn. 10), 66.

¹⁵ *Richter* (Fn. 10), 102 ff., 106 ff.; *Schulze* (Fn. 14), 49 ff. Zu Aktiengesellschaften vgl. *Iris Janina Weber*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft, Hamburg 2014, S. 9 ff. m. w. N.

¹⁶ Vgl. *Staudinger/Weick*, Vorbem. zu § 21 BGB Rn. 15 ff.; *Schöpflin*, Der nichtrechtsfähige Verein, Köln 2003, S. 34 ff.

¹⁷ *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 961 f.

¹⁸ OVG Lüneburg, OVG 22, 484 (485); *Klässel*, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Hannover 1962, G 77, 79; vgl. auch *Staudinger/Coing*, 12. Aufl. 1980, § 80 Rn. 21.

¹⁹ *Staudinger/Coing* (Fn. 18), § 80 Rn. 17.

²⁰ *Mestmäcker*, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Hannover 1962, G 3 ff.

²¹ Vgl. (für die Vereinigungsfreiheit) BVerfG, NJW 1979, 699 (706).

gelten vielmehr die allgemeinen Grenzen der Privatautonomie: Es ist nicht „verboten, was nicht erlaubt“, sondern „erlaubt, was nicht verboten“ ist.

Es dauerte gleichwohl weitere 40 Jahre bis zu einer Reform des Bundesstiftungsrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002,²² das dem Stifter volle Privatautonomie gewährte. Das Gesetz hat die Voraussetzungen für das Entstehen einer rechtsfähigen Stiftung des privaten Rechts abschließend im BGB geregelt und die vorher zum Teil erheblich voneinander abweichenden Länderregelungen²³ beseitigt. Das Konzessionssystem ist in der Form beibehalten worden, dass die Entstehung der rechtsfähigen Stiftung neben dem privatrechtlichen Stiftungsgeschäft die staatliche Anerkennung voraussetzt (§ 80 Abs. 1 BGB). Geändert hat sich die Terminologie, die nun von „Anerkennung“ statt von „Genehmigung“ spricht. Zudem wird dem Stifter gem. § 80 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Anerkennung der Stiftung eingeräumt, weil die Vorschrift eine gebundene Entscheidung vorschreibt („ist“ als rechtsfähig anzuerkennen). Damit besteht ein Anspruch gegenüber dem Staat auf Anerkennung des eigenen Stiftungsvorhabens entsprechend der Registereintragung anderer juristischer Personen. Es wäre daher nur konsequent, wenn sich Deutschland anderen Rechtsordnungen anschließt und von einem „unechten Konzessionssystem“ zu einem echten Normativsystem mit Registrierung der Stiftung in einem bei den Gerichten geführten Register wie dem Vereinsregister mit sofortiger Übernahme der Kontrolle durch die Stiftungsaufsichtsbehörden findet.²⁴ Wo es noch echte Konzessionssysteme mit freiem staatlichem Ermessen für die Errichtung einer Stiftung gibt, so in China ebenso wie in Frankreich, sind Stiftungen nur eine Randerscheinung in der Zivilgesellschaft.²⁵

3. Fehlender Interessengegensatz bei Stiftungserrichtung

Die Errichtung einer Stiftung ist damit jedenfalls materiell-rechtlich Ausdruck der Privatautonomie des Stifters geworden. Privatautonomie bedeutet die „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben.“²⁶ Sie ist verfassungsrechtlich geschützt, und zwar als Auffangtatbestand durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, soweit nicht speziellere Freiheitsrechte wie Art. 12 GG

²² BGBl. I 2634.

²³ Zur Entwicklung der Landesstiftungsrechte Hüttemann/Richter/Weitemeyer/Weitemeyer/Franzius, *Landesstiftungsrecht*, Köln 2011, Rn. 2.1 ff.

²⁴ So nach dem Vorbild der Schweiz Jakob (Fn. 7), 9.

²⁵ Vgl. Weitemeyer, *Gemeinsame Wurzeln und Wiederannäherung des Stiftungsrechts*. Rechtsvergleichender Generalbericht der Stiftungsrechtsordnungen Deutschlands, der Schweiz, der USA, Frankreichs und Chinas, in: Jung (Hrsg.), *Stärkung des Stiftungswesens*, Tübingen 2016, S. 107 (124 ff., 185).

²⁶ BVerfGE 89, 214 (231); umfassend Röthel, *Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer* [in diesem Band], S. 91 ff.

und Art. 9 GG oder die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG eingreifen.²⁷ Stifter können sich insofern auf die allgemeine Handlungsfreiheit und die Eigentums- und Erbfreiheit berufen.²⁸ Dabei unterliegt die Privatautonomie einer Instituts- und Erbfreiheit, die der Gesetzgeber nicht im ihrem Wesen einschränken oder gar abschaffen darf, und dient als individuelles Abwehrrecht des Einzelnen, deren freie Ausübung der Gesetzgeber allerdings aus anderen Gründen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit einschränken darf.²⁹

Während die anderen Ausprägungen der Privatautonomie, etwa die allgemeine Vertragsfreiheit, die Vereinigungsfreiheit und die Eigentumsfreiheit, zugunsten eines sozialstaatlich motivierten Versorgungsgedanken durch Kontrahierungszwang (Beispiel eines Girokontos für jedermann) oder zugunsten einer strukturell unterlegenen Vertragspartei eingeschränkt werden können, zum Beispiel durch Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen,³⁰ Verbraucherschutz oder soziales Mietrecht, und damit durch aktuelle Konflikte zwischen Privaten gekennzeichnet sind, ist die Freiheit zu Stiften von solchen gegenwärtigen Konflikten frei. Der Stifter entäußert sich seines eigenen Vermögens und verpflichtet keinen privaten Dritten zu Gegenleistungen. Lediglich die Stiftung für den Stifter, die nur als Haftungsexklave zu Lasten der Gläubiger des Stifters dienen soll, stellt solch einen aktuellen Konflikt zwischen Rechten Privater dar und ist als missbräuchliche Verwendung der Rechtsform unzulässig.³¹

Vielmehr tritt die Stiftung mit den Interessen der nachfolgenden Generationen in Konflikt und ähnelt insofern dem Erbrecht, als dessen funktionelles Pendant *Anatol Dutta* die Stiftung in seiner Hamburger Habilitationsschrift „Warum Erbrecht?“ einordnet. Wie im Erbrecht erlaubt die Stiftung eine Herrschaft der „toten“ oder „kalten“ Hand gleichsam aus dem Grab heraus³² und vermag insofern zwingendes Erbrecht zu ersetzen. *Dutta* stellt zu Recht heraus, die Erbrechtsersetzungsfunktion komme nur der privatnützigen, nicht der gemeinnützigen Stiftung zu, denn dadurch werde Vermögen auf die nachfolgende Generation, aber eben unter teilweiser Umgehung des Erbrechts, weitergegeben, während der gemeinnützig Stiftende sein Vermögen ja auch zu Lebzeiten weggeben

²⁷ BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 7.9.2010, 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10, NJW 2011, 1339 ff. – Gaspreiserhöhungsklauseln; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, 74. EL 2015, Art. 2 GG Rn. 101.

²⁸ Vgl. MüKoBGB/Weitemeyer, § 80 BGB Rn. 33.

²⁹ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 3. Aufl. Heidelberg 2009, § 150 Rn. 90 ff.

³⁰ BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 7.9.2010, 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10, NJW 2011, 1339 ff. – Gaspreiserhöhungsklauseln.

³¹ MüKoBGB/Weitemeyer, § 80 BGB Rn. 2; Staudinger/Hüttemann/Rawert, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 8; v. Campenhausen/Richter/v. Campenhausen/Stumpf, § 1 Rn. 9 jeweils mwN; aA *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, Köln 2006, S. 132 ff.

³² *Beckert/Rawert*, Im Würgegriff der toten Hand, FAZ v. 11.7.2010, 37; *Dutta*, Warum Erbrecht?, Tübingen 2014, S. 40 m. w. N.

oder verbrauchen könne, ohne dadurch durch zwingendes Erbrecht gehindert zu sein.

Das Pflichtteilsrecht zeigt, dass gegensätzliche Interessen des Stifters und der folgenden Generationen auch bei gemeinnützigen Stiftungen zum Tragen kommen, wie der BGH in der Entscheidung *Dresdner Frauenkirche* verdeutlicht. In dem zugrunde liegenden Fall wurde die Zustiftung eines bedeutenden Geldbetrags von über 4 Mio. Euro an die gemeinnützige Stiftung (wofür dem Stifter ideell die Turmspitze des Treppenhauses A zugeordnet wurde) durch den Pflichtteilergänzungsanspruch in Höhe des halben Pflichtteils vermindert, §§ 2325, 2329 BGB, konkret 1,8 Mio Euro.³³ Ein Sonderrecht für gemeinnützige Stiftungen lehnte der BGH zu Recht ab.

Die Besonderheit der Stifterautonomie besteht nach alledem darin, dass die Rechtsordnung weniger auf den Interessengegensatz zwischen lebenden privaten Rechtssubjekten Rücksicht zu nehmen hat, sondern einen Ausgleich zwischen dem Stifterwillen und den nachfolgenden Generationen finden muss, so im Pflichtteilsrecht oder dann, wenn durch privatnützige Familien- oder Unternehmensstiftungen bedeutende Teile der Unternehmenslandschaft perpetuiert werden, wie *Dutta* rechtshistorisch und rechtsvergleichend verdeutlicht.³⁴ *Kroppenberg* spricht insofern richtig von „Privatautonomie von Todes wegen“.³⁵

II. Keine autonomen Entscheidungen der Stiftungsorgane

Als juristische Person bedarf die Stiftung einer Organisation, mittels derer sie handlungsfähig wird.³⁶ Die Stiftungsorganisation bestimmt sich primär nach der Satzung der Stiftung und subsidiär nach den Regeln des BGB, insbesondere den §§ 81, 86 i. V. m. § 26 Abs. 1 BGB, die als Minimalanforderung nur die Bildung eines Vorstands vorsehen. § 85 BGB behält die Verfassung der Stiftung, dh die organisatorischen und materiellen Grundentscheidungen, die Gestalt und Zielrichtung der Stiftung bestimmen, dem Stiftungsgeschäft und damit der privatautonomen Entscheidung des Stifters vor, soweit diese nicht (wirksam) durch das Bundes- und das Landesstiftungsrecht zwingend festgelegt sind.³⁷ Das Stif-

³³ BGHZ 157, 178.

³⁴ *Dutta* (Fn. 32), S. 47 ff.; hierzu *Reuter*, Anatol Dutta, Rezensionenabhandlung zu „Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung“, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/Schmidt (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2015/2016, S. 15 ff.

³⁵ *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, Tübingen 2008, S. 231 ff.

³⁶ *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 11; v. *Campenhausen/Richter/v. Campenhausen/Stumpf*, § 1 Rn. 13 jeweils mwN.

³⁷ Zum vielschichtigen Problembereich vgl. *Beckmann*, Die Änderung der Stiftungssatzung, Aachen 2005; *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen

tungsgeschäft muss die Stiftungsorganisation und die materiellen Ziele der Stiftungstätigkeit vorgeben. Die Aufgabe des Stiftungsvorstands darf nur in der Ausführung des durch das Stiftungsgeschäft erteilten Auftrags bestehen.³⁸ Eine Privatautonomie der Stiftung selbst, vermittelt durch die Willensbildung ihrer Organe, wird demnach nicht anerkannt.

III. Erweiterung der Stifterfreiheit durch Zulässigkeit privatautonomer Entscheidungen der Stiftungsorgane?

1. Auf der Grundlage des BGB

Nur der Stifter hat die Alleinkompetenz zur Festlegung des Stiftungszwecks im Stiftungsgeschäft, wie § 81 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt. An diese Vorgabe sind die Stiftungsorgane und die Stiftungsbehörden gebunden. Die Stiftungsorgane haben für die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen, die Stiftungsbehörden darüber zu wachen, dass dies im Einklang mit Gesetz und Satzung geschieht. Lediglich wenn die Verfolgung des vom Stifter vorgegebenen Zwecks unmöglich oder wegen Gefährdung des Gemeinwohls unzulässig geworden ist, kommt als Alternative zur Auflösung nach § 87 BGB die Änderung

Stiftung Bürgerlichen Rechts, Frankfurt 1998; *Grziwotz*, Das Ende der agnatischen Familienstiftungen, FamRZ 2005, 581; *Jakob*, Stifterrechte zwischen Privatautonomie und Trennungsprinzip, in: Saenger/Bayer/Koch/Körber (Hrsg.), FS Werner, Baden-Baden 2009, S. 101; *Hoffmann*, Zusammenlegung und Zulegung rechtsfähiger Stiftungen des bürgerlichen Rechts, Frankfurt 2011; *Reuter*, Der Vorbehalt des Stiftungsgeschäfts, NZG 2004, 939; *ders.*, Die Änderung der Stiftungssatzung, Die Stiftung, Jahreshefte zum Stiftungsweisen, 4. Jahrgang 2010, 49; *Runte*, Atypische Organisationsstrukturen bei Fondazione, Stiftung und Fondation, Hamburg 2012; *H. Schack*, Weiterleben nach dem Tode – juristisch betrachtet, JZ 1989, 609; *Schwarz*, Unveräußerlichkeitsklauseln in Stiftungssatzungen – Zu den Grenzen der Verlängerungsgegenstandsbindung bei der Unternehmensstiftung, ZSt 2004, 101; *Wagner/Walz*, Zweckerfüllung gemeinnütziger Stiftungen durch zeitnahe Mittelverwendung und Vermögenserhaltung. Eine ökonomische und rechtliche Analyse, Baden-Baden 1997; *Walz*, Stiftungsreform in Deutschland: Stiftungssteuerrecht, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, Köln 2001, S. 197; *A. Werner*, Satzungsänderungen durch Stiftungsorgane gemäß den Voraussetzungen der Landesstiftungsgesetze, ZStV 2012, 189; *Wiesner*, Korporative Strukturen bei der Stiftung bürgerlichen Rechts. Zu den Möglichkeiten und Grenzen von Satzungsänderungen durch Organbeschluss, Hamburg 2012.

³⁸ *Jeß*, Das Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, Ammersbek bei Hamburg 1991, S. 87 ff.; *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, Köln 2001, S. 109 (128 f.); vgl. auch OVG Bremen, StftrSpr. IV, 127 (129 f., 131); aA *Burgard* (Fn. 31), S. 357 f.; dagegen wiederum *Reuter*, Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck, AcP 207 (2007), 1 (12 f.); *Rawert*, Die Stiftung als GmbH? oder: Der willenlose Stifter, in: Hommelhoff/Rawert/K. Schmidt (Hrsg.), FS Priester, Köln 2007, S. 647 (653).

des Stiftungszwecks durch die Stiftungsbehörde in Betracht. Die Voraussetzung für eine Änderung des Stiftungszwecks nach § 87 Abs. 2 S. 1 BGB ist durch die Stiftungsrechtsreform von 2002 näher gefasst worden. Bei der Umwandlung des Stiftungszwecks unter den Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BGB soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden. Insbesondere ist dafür zu sorgen, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustattenkommen sollen, im Sinne des Stifters erhalten bleiben.

Der Stifter kann zwar im Stiftungsgeschäft die Voraussetzungen und den Inhalt einer Zweckänderung regeln. Er kann aber die Stiftungsorgane nicht zur Zweckänderung nach deren freien Ermessen und damit nicht andere zur privatautonomen Entscheidung an seiner Stelle ermächtigen.³⁹ Diese Grundentscheidung des deutschen Stiftungsrechts für das Erstarrungsprinzip wurde in den Habilitationsschriften von *Andreas Schlüter* und *Thomas von Hippel* unter Verweis auf ausländische Vorbilder bestritten und das deutsche Recht insofern zur Fortentwicklung mit dem Ziel eines modernen Stiftungsrechts aufgefordert.⁴⁰ Die Habilitationsschrift von *Ulrich Burgard* liefert einen weiteren Begründungsstrang. Die im BGB verankerte und auf der Willenstheorie des 19. Jahrhunderts beruhende Maßgeblichkeit des Stifterwillens spreche nicht gegen, sondern für eine stärkere Gestaltungsfreiheit des Stifters. Entsprechend dem Gedanken der Richtigkeitsgewähr privatautonomer Gestaltungen gleichmächtiger Geschäftspartner müsse lediglich gewährleistet sein, dass die Stiftungsorgane selbst von ihren privatautonom getroffenen Beschlüssen betroffen seien. Dies sei der Fall, wenn der noch lebende Stifter selbst oder Destinatäre Vorstandsmitglieder sind.⁴¹

Burgards Wertung ist nachvollziehbar, sie widerspricht jedoch dem geltenden Recht. So spricht § 81 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich des Stiftungszwecks von der „Vorgabe“ statt von „Regelung“ durch den Stifter. Zudem verlangt § 85 BGB darüber hinaus die Bestimmung der Stiftungsverfassung im Stiftungsgeschäft. Die Entstehungsgeschichte des § 85 BGB belegt, dass die Gesetzesverfasser bewusst

³⁹ *Rawert*, Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln 2001, S. 109 (129); *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 87 BGB Rn. 17; *Werner/Saenger/Nissel*, *Die Stiftung*, Berlin 2008, Rn. 235; *Jakob*, *Schutz der Stiftung*, Tübingen 2006, S. 204 ff.; *Muscheler*, *Stiftungsrecht*, Baden-Baden 2011, S. 293, 299 ff. unter analoger Anwendung des § 2065 Abs. 2 BGB; *Reuter*, NZG 2004, 939 (942 ff.); *Happ*, *Stifterwille und Zweckänderung*, Köln 2007, S. 104 ff.; *Hahn*, *Die Stiftungssatzung*, Tübingen 2010, S. 130 ff.; *Jeß* (Fn. 38), S. 90 f.; *Fritsche*, *Die Stiftungssatzung im Spannungsfeld zwischen Stifterfreiheit, Stiftungsautonomie und staatlicher Stiftungsaufsicht*, ZSt 2009, 21 (25); *Wiesner* (Fn. 37), S. 37 ff., 61 ff.

⁴⁰ *v. Hippel*, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, Tübingen 2007, S. 451 ff.; *Schlüter*, *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung*, München 2004, S. 337 f.; *Burgard* (Fn. 31), S. 381 f. für Stifter und Destinatäre; *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl. München 2015, § 81 BGB Rn. 7; *Erman/Werner*, 13. Aufl. Köln 2011, § 81 BGB Rn. 15; *Hof*, in: *GS Walz*, 233 (239).

⁴¹ *Burgard* (Fn. 31), S. 349 ff., 372 ff.

entgegen der vereinsrechtlichen Parallelvorschrift § 25 BGB nicht von „Satzung“ gesprochen haben. Im ersten Entwurf hieß es für den heutigen § 85 BGB noch anstatt „durch das Stiftungsgeschäft“ durch „den Willen des Stifters bestimmt“, während in der Vorgängerregelung des heutigen § 25 BGB statt „durch die Vereinssatzung“ vom „Gründungsvertrag und in Ansehung späterer Abänderungen vom Willen der Mitglieder“ die Rede war.⁴² Der Modernisierungsgesetzgeber von 2002 hat diese Auslegung bekräftigt, als er Vorschläge der CDU/CSU-Fraktion und des Stifterverbandes für die deutsche Wissenschaft, dem Stifter den Vorbehalt freier Änderung von Zweck und Verfassung wenigstens für sich selbst zu gestatten, abgelehnt hat.⁴³ Hinzu kommt ein systematisches Argument: Wenn die Anerkennung nach § 80 Abs. 2 BGB verlangt, dass die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint, dann ist damit die Unzulässigkeit einer freien Änderung von Stiftungszweck und Stiftungserfassung vorausgesetzt. Denn dieses Erfordernis läuft leer, wenn die Stiftungsorgane *nach* der Anerkennung Stiftungszweck und -verfassung in einer aus dem Stiftungsgeschäft nicht erkennbaren Weise verändern können.⁴⁴

2. Durch Landesrecht

Eine Reihe von Landesstiftungsgesetzen lässt eine Ermächtigung der Stiftungsorgane zur freien Zweckänderung durch das Stiftungsgeschäft zu.⁴⁵ Die Kompetenz der Landesgesetzgeber zu solchen Regelungen soll sich auf den seit 1900 unverändert bestehenden Vorbehalt landesgesetzlicher Regelung der Stiftungsverfassung in § 85 BGB stützen. Allerdings ist die Vorschrift auf ein heute überholtes Verständnis der Stiftung zurückzuführen. Die Verfasser des ersten Entwurfs eines BGB haben dazu angemerkt, die Einzelstaaten könnten sich mit der Ausfüllung etwaiger Lücken des Stiftungsgeschäfts begnügen, aber auch „dem Willen des Stifters Schranken ziehen und die Vorstandschaft bzw. die Vertretung schlechthin gewissen durch Gesetz oder Verordnung bestimmten Behörden zuweisen“.⁴⁶ In den Beratungen zum 2. Entwurf wurde vorgeschlagen, die gesetzliche Formulierung in diesem Sinne zu verdeutlichen: „Die Verfassung der Stiftung wird, soweit sie nicht auf den nachfolgenden Vorschriften (§§ 86 bis 88) beruht, durch das Stiftungsgeschäft bestimmt. Die Landesgesetze können die Verwaltung von Stiftungen öffentlichen Behörden übertragen“. Der Vorschlag wurde verworfen mit der Begründung, es gehe nicht an, dass das BGB die Regelungskompetenz der

⁴² Vgl. *Happ* (Fn. 39), S. 106.

⁴³ Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, 41 f.

⁴⁴ MuKo/BGB/*Weitemeyer*, § 85 BGB Rn. 2; zust. *Fritsche*, ZSt 2009, 21 (25); ähnlich *Hahn* (Fn. 39), S. 130 f.

⁴⁵ Vgl. *Hahn* (Fn. 39), S. 59.

⁴⁶ Mot. I 121.

Einzelstaaten in ihrem ureigenen Bereich, dem öffentlichen Recht, auf bestimmte Regelungen beschränke.⁴⁷ Die Regelung sollte daher eine landesgesetzliche Verstärkung der aus damaliger Sicht ohnehin zulässigen Fachaufsicht der Stiftungsbehörden über die Geschäftsführung der Stiftungsorgane ermöglichen. Dem hat das BVerwG allerdings unter Berufung auf die Grundrechtssubjektivität der einmal errichteten privatrechtlichen Stiftung zu Recht einen Riegel vorgeschoben und die Stiftungen allein der Rechtsaufsicht unterstellt.⁴⁸

Wenn die Länder aus § 85 BGB heute noch eine Regelungskompetenz über die §§ 80 ff. BGB hinaus ableiten, dann weil dem Vorbehalt des Landesgesetzes inzwischen eine andere Grundlage gegeben wurde. So begründen die Landesstiftungsgesetze von Hamburg und Rheinland-Pfalz ihre Gesetzgebungszuständigkeit zur Regelung der Stiftungsverfassung damit, dass der Bundesgesetzgeber von seiner Zuständigkeit „zur näheren Ausgestaltung und zur Arbeitsweise“ der Stiftungen nach Art. 74 Nr. 1 GG keinen erschöpfenden Gebrauch gemacht habe.⁴⁹ Deshalb soll in diesem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung Raum für ergänzendes Landesstiftungsrecht bleiben.⁵⁰ Allerdings gehen landesstiftungsrechtliche Regelungen, die ein Recht von Stiftungsorganen zur freien Zweckänderung vorsehen, über das bestehende Bundesstiftungsrecht hinaus und widersprechen ihm. So sieht es auch das BVerwG in einer Entscheidung zu § 8 Brem. StiftG. Auch wenn „in der zu ändernden Stiftungssatzung eine Änderung der Stiftungssatzung zugelassen ist, entbindet dies die Stiftungsaufsicht nicht von der Beachtung des für den Bestand der Stiftung konstitutiven Stifterwillens. Darum darf sie ungeachtet des Änderungsvorbehalts keine Satzungsänderung genehmigen, die auf die Neugründung einer Stiftung mit anderem Stiftungszweck hinausläuft“.⁵¹

Soweit die Landesstiftungsgesetze daher eine Ermächtigung der Stiftungsorgane zur Zweckänderung durch das Stiftungsgeschäft zulassen, sind sie in bundesrechtskonformer Auslegung dahin zu verstehen, dass das Stiftungsgeschäft sowohl die Voraussetzungen als auch den Inhalt in einer Weise festlegen muss, die den Stiftungsorganen nicht mehr als eine Umsetzungskompetenz belässt.⁵² Unwirksam nach Art. 31 GG ist allerdings die Regelung in Brandenburg, die den Stiftungsorganen die Zweckänderung sogar ohne Ermächtigung durch das Stiftungsgeschäft gestattet, falls das Stiftungsgeschäft sie nicht verbietet.⁵³

⁴⁷ Prot. I 596.

⁴⁸ BVerwGE 40, 347 (351); aA *Fritsche* (Fn. 39), 33.

⁴⁹ BT-Drs. 14/8765 S. 7. In diese Richtung bereits für den historischen BGB-Gesetzgeber *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 85 BGB Rn. 3, der den Ländern eine zivilrechtliche Regelungsbefugnis habe sichern wollen.

⁵⁰ HH LT-Drs. 18/1513 S. 7 f.; RhPf LT-Drs. 14/3129 S. 21 f.; A. *Werner* (Fn. 37), 189 ff.

⁵¹ BVerwG, NJW 1991, 713.

⁵² MüKoBGB/*Weitemeyer*, § 85 BGB Rn. 5; *Stolte*, Reform des Stiftungsrechts, BB 2015, 2694 (2696); vgl. umfassend *Happ* (Fn. 39), S. 135 ff.

⁵³ *Werner/Saenger/Nissel* (Fn. 39), Rn. 238; *Hahn* (Fn. 39), S. 164.

3. Wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage

Häufig werden in der Praxis Zweckänderungen unter Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt.⁵⁴ Die Anpassung eines Vertrags nach § 313 Abs. 1 BGB setzt jedoch voraus, dass der Vertragszweck aufrechterhalten bleibt. Ist das nicht möglich, dann tritt an die Stelle der Anpassung das Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht der benachteiligten Vertragspartei nach § 313 Abs. 3 BGB. Soweit die Landesstiftungsgesetze⁵⁵ bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse nicht nur die Ermächtigung der Organe zur Zweckänderung durch das Stiftungsgeschäft zulassen, sondern die Stiftungsorgane unmittelbar zur Zweckänderung ermächtigen, handelt es sich daher um einen nach Art. 31 GG unzulässigen Versuch der Korrektur von Bundesstiftungsrecht.⁵⁶

Dass diese Überlegungen nicht nur theoretisch sind, sondern von ihnen das Bestehen oder Nichtbestehen von Stiftungen, aber auch des Stiftungsgedankens selbst abhängt, zeigen Fälle aus der Praxis. So sollte das Vermögen einer vor 200 Jahren errichteten evangelischen Stiftung mit dem Stiftungszweck der christlichen Caritas, die Alten-, Behindertenpflegeeinrichtungen und ein Krankenhaus betreibt, einvernehmlich durch Vorstand und Kuratorium wegen der veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ohne Gegenleistung auf einen bestehenden Verein mit ähnlichen Aufgaben übertragen und die Stiftung anschließend aufgelöst werden. Wegen eines (bedauerlichen, inzwischen behobenen) Missbrauchsfalls und der vorübergehenden Erwirtschaftung von Verlusten sei eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten und damit nach Landesrecht eine Umwandlung möglich. Ob die Änderung der Verhältnisse gemessen am Stiftungszweck tatsächlich wesentlich gewesen ist, wird damit der Auslegung durch die Stiftungsorgane und die Aufsichtsbehörde überlassen. Dies birgt eine ungleich größere Gefahr als die Aufhebungsbefugnis nach § 87 BGB, die erst bei der Schwelle der Unmöglichkeit der weiteren Verfolgung des Stiftungszwecks greift. Nimmt man die Stiftung als einzige Rechtsform, die für die Ewigkeit errichtet werden kann, ernst, dann müssen die Anforderungen für eine Änderung des Stiftungszwecks oder eine Aufhebung der Stiftung hoch sein, weil sich nach gewisser Zeitdauer bei historischen Stiftungen die Verhältnisse immer irgendwann wesentlich ändern werden. Dass selbst § 87 BGB keinen sicheren Schutz gegenüber Auflösungsinteressen Dritter bietet, zeigt sich am Beispiel der Zeppelin Stiftung. Sie wurde durch die provisorische Landesregierung in Württemberg im Jahr 1947 im Einvernehmen mit der französischen Besatzungsmacht und der anfallsberechtigten Stadt Friedrichshafen wegen der – angeblichen – Un-

⁵⁴ So *Andrick*, Reform des nordrhein-westfälischen Stiftungsgesetzes vor dem Hintergrund der Reform in anderen Bundesländern, in: *Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe* (Hrsg.), *Die Stiftung*, Frankfurt 2010, 21 (36); *Fritsche* (Fn. 39), 31 ff.

⁵⁵ Vgl. *Happ* (Fn. 39), S. 136.

⁵⁶ *AA Mecking*, in: *MüHB-GesR V*, 3. Aufl. München 2009, § 89 Rn. 23.

möglichkeit der Erfüllung des Zwecks der Förderung der Luftfahrtforschung nach dem 2. Weltkrieg aufgehoben. Folge ist, dass die Stadt Friedrichshafen bis heute im Besitz von 92 % der Aktien der ZF Friedrichshafen ist, ein Milliardenunternehmen der Automobilzulieferindustrie.⁵⁷ Mangels Eigentümerinteressen ist die Stiftung eine potentiell gefährdete Rechtsform, die nach ihrer Errichtung in besonderem Maße den Interessen Dritter ausgeliefert ist. Die Zweckänderung ist daher allenfalls im Rahmen des § 87 BGB oder bei genauer Vorgabe des Stifters zulässig.

4. Durch weite Zweckbestimmung und weitere Organe

Unverzichtbares Organ der Stiftung ist der Vorstand, der den Stiftungszweck nach Maßgabe der Stiftungsverfassung zu verwirklichen hat. Rechtlich zulässig und in der Praxis häufig sind zusätzliche fakultative Organe wie Stiftungsräte, Beiräte oder Kuratorien.⁵⁸ Diese Gestaltungsmöglichkeit ist Ausfluss der Satzungsautonomie des Stifters.⁵⁹

Der Erstarrungsgrundsatz bildet aber auch eine Grenze für die Gestaltung der Organverfassung in der Satzung. Der Stiftungszweck muss so bestimmt sein, dass er einen der Rechtsaufsicht zugänglichen eindeutigen und abgrenzbaren Auftrag hergibt und die Stiftungsorgane nicht zur autonomen Willensbildung ermächtigt. Darin liegt eine Beschränkung für die vor allem im Zusammenhang mit den Bürgerstiftungen diskutierte Schaffung körperschaftlicher Elemente in der Stiftungsorganisation.⁶⁰ Gleichwohl sind Bürgerstiftungen im Rahmen einer gewissen größeren Bandbreite ihrer zu fördernden Zwecke, die aber durch die regionale Verankerung örtlich eingeschränkt sind, stiftungsrechtlich zulässig. Zudem ist die Rechtsform der Stiftung gerade für Bürgerstiftungen erforderlich. Denn es herrscht im Gesellschafts- und Vereinsrecht Einigkeit darüber, dass die alternativen Rechtsformen der gemeinnützigen GmbH und des Idealvereins bei Einstimmigkeit der Mitglieder trotz entgegenstehender Satzungen aufgelöst werden können oder ihnen unter den gleichen Voraussetzungen eine völlig andere Zweckrichtung gegeben werden kann.⁶¹ Stifter, Zustifter oder Spender wer-

⁵⁷ *Weitemeyer*, im Interview „Fall kann Rechtsgeschichte schreiben“, in: *Südkurier* Nr. 245 v. 23.10.2015, 21.

⁵⁸ *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 11; *Lüke*, in *MüHB-GesR V*, 3. Aufl. München 2009, § 91 Rn. 14; ausf. *Burgard*, *Der Aufsichtsrat bei Verein und Stiftung*, in: *Kohl/Kübler/Ott/K. Schmidt* (Hrsg.), *GS Walz*, Köln 2008, S. 71 ff.

⁵⁹ *Rawert*, *Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale – Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation –*, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln 2001, S. 109 (127); *Kronke*, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Trier 1988, S. 131.

⁶⁰ Kritisch gegen Bürgerstiftungen daher *MüKoBGB/Reuter*, 6. Aufl. München 2013, §§ 80, 81 BGB Rn. 122.

⁶¹ *K. Schmidt*, „Ersatzformen“ der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft, in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln 2001, S. 175

den aber derart gefährdeten Organisationen kaum größere Beträge bis zur Millionenhöhe zur Bildung eines Kapitalstocks zuwenden.⁶²

5. *De lege ferenda: Stiftungsrechtsreform – Die Dritte*

a) *Einführung eines lebzeitigen freien Änderungsrechts des Stifters*

Seit der letzten umfassenden Reformdiskussion im Stiftungsrecht beginnend in den 1990er Jahren hat sich das Umfeld für Stiftungen rasant geändert, so dass Überlegungen zur Erweiterung der Änderungsbefugnisse des Stifters erneut angestellt werden. Der Aufbau großer privater und unternehmerischer Vermögen durch die lange Wohlstandperiode nach dem 2. Weltkrieg in Deutschland bringt eine Generation von länger lebenden und rüstigen, unternehmerisch geprägten Stiftern hervor, die auf ihre Stiftung noch zu Lebzeiten Einfluss nehmen wollen. Der demographische Wandel führt dazu, dass eine Generation verstirbt, die weniger Erben hat, so dass Stiften zunehmend das Vererben ersetzt und große Unternehmensvermögen als Stiftungskapital gebunden werden. Als Alternative zur traditionellen Stiftung des BGB greifen Stifter auf flexiblere und nicht der Stiftungsaufsicht unterworfenen Stiftungsformen im funktionalen Sinne wie selbstständige Stiftungen oder Stiftungs-GmbH zurück.⁶³

Angesichts der Änderungen sowohl im wirtschaftlichen Umfeld als auch der Bedürfnisse von Stiftern und Stiftungen hat das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen am 25. und 26. September 2012 eine Tagung ausgerichtet,⁶⁴ auf der über den Stand des Stiftungsrechts im BGB und der nachfolgenden Anpassungen der Landesstiftungsgesetze sowie verbleibenden Änderungsbedarf debattiert wurde.⁶⁵ Der damals präsentierte Hamburger Vorschlag zur Reform des Stiftungsrechts hat inzwischen Eingang in die Justiz- und die Innenministerkonferenz gefunden⁶⁶ und angesichts der nur marginalen Änderungen durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.3.2013

(191); *Riehmer*, Körperschaften als Stiftungsorganisationen, Baden-Baden 1993, S. 71 ff., 110 ff., 151 ff.; *Römer*, Die Eignung der GmbH als Rechtsform für Stiftungszwecke, Gießen 1991, S. 174 ff.

⁶² Vgl. umfassend *Weitemeyer*, Die Bürgerstiftung – Rechtsform und Reformbedarf?, in: Hoyer/Hattenhauer/Meyer-Pritzl/Schubert (Hrsg.), GS Eckert, Baden-Baden 2008, S. 973 ff.

⁶³ Zum funktionalen Stiftungsbegriff einerseits *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 3, 32 ff., 270 ff.; andererseits *Reuter*, Der funktionale Stiftungsbegriff – ein Meilenstein in der stiftungsrechtlichen Diskussion? in: *Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer* (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2010/2011, Hamburg 2011, S. 65 ff.

⁶⁴ Zum Veranstaltungsbericht s. *Schauer*, Symposium „Zehn Jahre Reform des Bundesstiftungsrechts und Anpassung der Landesstiftungsgesetze“, npoR 2012, 220 ff.

⁶⁵ Zum Stand des Landesstiftungsrechts nach der Stiftungsrechtsreform 2002 siehe *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), Landesstiftungsrecht, Köln 2011.

⁶⁶ Beschluss der 85. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 25. und 26. Juni 2014 im Ostseebad Binz auf Rügen; Beschluss der 198. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 11. bis 13.6.2014 in Bonn.

(BGBl. I, S. 556) zur Einsetzung einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe geführt, über dessen Tätigkeit noch wenig bekannt ist. Es liegt aber ein Vorschlag des Bundesverbands Deutscher Stiftungen e.V. vor, der explizite Änderungsbefugnisse zu Lebzeiten des Stifters vorsieht:⁶⁷

„§ 81 BGB – E
Stiftungsgeschäft

[...]

- (3) (neu) Ist der Stifter eine natürliche Person, ist diese zu Lebzeiten berechtigt, die nach § 81 Abs. 1 Satz 3 erforderlichen Regelungen zu ändern, auch die Stiftung in eine Verbrauchsstiftung umzuwandeln oder mit einer anderen Stiftung zusammenzulegen oder zuzulegen; § 80 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt. Vor einer Genehmigung der Änderung hat der Stifter die für Satzungsänderungen zuständigen Organe der Stiftung anzuhören. Der Stifter kann auf dieses Recht im Stiftungsgeschäft verzichten. Nach Satz 1 kann der Stifter nicht die Aufhebung der Stiftung oder die Verfolgung anderer als steuerbegünstigter Zwecke bestimmen.“

„§ 85 – E
Stiftungsverfassung

- (1) (alt) Die Verfassung einer Stiftung wird, soweit sie nicht auf Bundes- oder Landesrecht beruht, durch das Stiftungsgeschäft bestimmt.
- (2) (neu) Für die Auslegung des Stiftungsgeschäfts ist der Stifterwille bei Errichtung der Stiftung, im Fall des § 81 Abs. 3 der Stifterwille bei Änderung der Satzung maßgebend.
- (3) (neu) Änderungen der Satzung zu Name, Zweck und zu erhaltendem Vermögen sind vorbehaltlich Absatz 2 nur unter den Voraussetzungen des § 87 zulässig. Im Übrigen können die Stiftungsorgane vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im Stiftungsgeschäft zweckmäßige Anpassungen der Stiftungssatzung an im Hinblick auf die Erfüllung des Stiftungszwecks wesentlich veränderte Umstände oder gesetzliche Änderungen vornehmen. Dies gilt auch für die Bestimmung der Art und Weise der Zweckverwirklichung. Satzungsänderungen bedürfen der Genehmigung der Stiftungsaufsicht.“

b) Reformbedürfnis

Bei der Bewertung derartiger Reformvorschläge sind die Interessen der an der Stiftung Beteiligten sowie das Spezifische der Rechtsform Stiftung zu berücksichtigen. Betrachtet man die Privatautonomie des Stifters, ist *Burgard* zuzustimmen.

⁶⁷ Bundesverband Deutscher Stiftungen, Stiftungsposition 03–2015, Reformvorschläge zur Verbesserung des Stiftungsrechts, 9 f.

men, dass die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung des Stifters, die man ihm sehr weitgehend bei Errichtung der Stiftung zubilligt, nach Errichtung der Stiftung nicht ab-, sondern infolge einer gewissen Experimentier- und Übungsphase sogar noch zunehmen kann. Zwar ließe sich diese Phase stiftungsrechtskonform auch dadurch herstellen, dass zu Lebzeiten die Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH oder einer unselbständigen Stiftung gewählt wird, und erst von Todes wegen die Umwandlung in eine selbständige Stiftung bürgerlichen Rechts angeordnet wird. Die Praxis zeigt aber, dass der Weg einer solchen konsekutiven Errichtung häufig nicht gegangen wird und umständlich ist. Vielmehr wird, auch aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit über die Reichweite von Änderungsbefugnissen auf landes- und bundesrechtlicher Grundlage dem änderungswilligen noch lebenden Stifter de facto recht weitgehend entgegengekommen, wie der Fall der Wallraff-Stiftung exemplarisch illustriert.

Der bekannte Journalist Günter Wallraff hatte im Jahr 1987 eine Stiftung mit dem Namen „Zusammen-Leben“ gegründet, die Nachbarschaftsprojekte fördern sollte. 2009 entwickelte Wallraff die Idee, Stipendien für Journalisten zu vergeben. Diese sollten – nach dem Vorbild Wallraffs – unter falscher Identität in Unternehmen anheuern, um dort Missstände aufzudecken. Wallraff beabsichtigte die Stipendien aus der Nachbarschafts-Stiftung zu finanzieren, was mit deren Zweck nicht zu vereinbaren war. Durch eine Zustiftung sollte es aber ermöglicht werden, den Stiftungszweck im Sinne einer Erweiterung zu ändern. Im nordrhein-westfälischen Landtag äußerte sich die Stiftungsaufsicht nach öffentlicher Kritik wie folgt: „Zur Änderung des Stiftungszwecks: Für die Stiftungsbehörden im Bundesgebiet – da sind die Stiftungsgesetze aller Länder sehr ähnlich – kommt eine totale Änderung des Stiftungszwecks nur dann in Betracht, wenn der Stiftungszweck nicht mehr zu erfüllen ist. [...] Wenn er gerne noch einen weiteren Zweck erfüllen möchte, gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder er gründet eine neue Stiftung mit diesem Zweck oder aber – gerade bei kleinen Stiftungen durchaus sehr sinnvoll – er erweitert seine Stiftung um diesen Zweck, damit die Verwaltungskosten minimiert werden. Es fallen ja immer Verwaltungskosten an, die zulasten der Erträge gehen, die für den Stiftungszweck ausgeschüttet werden. Wenn der Stifter den Zweck erweitern will, darf das nicht zulasten des anderen Stiftungszwecks gehen. Es muss sichergestellt sein, dass der ursprüngliche Stiftungszweck weiterhin genauso erfüllt wird wie zuvor. Das kann die Stiftungsbehörde im Wege einer Auflage in die Genehmigung hineinbringen, das muss sie aber nicht. Das hängt letztendlich immer damit zusammen, wie viel an Stiftungsvermögen zugestiftet wird. Aber sie wird im Wege der Prüfung darauf achten, dass der alte Stiftungszweck genauso erfüllt wird, wie er vorher erfüllt worden ist, damit es nicht zu einer „kalten Übernahme“ durch den neuen Stiftungszweck kommt. Das wird sie regelmäßig tun, mit den Jahresabschlüssen versuchen nachzuvollziehen und, wenn ihr etwas auffällt, die Stiftung auffordern, sich dazu zu erklären, und dann entsprechende Hinweise geben. Von

daher ist das ein normaler Vorgang, der sich dort abgespielt hat. [...] Sie weise ausdrücklich darauf hin, [...], dass bei Änderungen des Stiftungszwecks strenge Maßstäbe angelegt würden. Ein weiterer Stiftungszweck mit einem Vermögen von 100.000 € dürfe beispielsweise nicht mit Erträgen gefördert werden, die aus dem Vermögen des ersten Stiftungszwecks in Höhe von 1 Million € stammten.“⁶⁸

Nach dem im deutschen Recht noch geltenden Erstarrungsprinzip wäre eine solche Erweiterung des Stiftungszwecks allerdings nur erlaubt, wenn eine derartige Zweckerweiterung in der Stiftungssatzung durch den Stifter in ganz bestimmter Art und Weise vorgegeben war, woran es in der Regel fehlt, und die Stiftungsorgane diese Änderung lediglich vollziehen.⁶⁹ Das Beispiel macht aber deutlich, dass das Rechtsgefühl dem noch lebenden Stifter selbst viel weitgehendere Änderungsmöglichkeiten zugesteht als Dritten. Hätte der Stifter etwa einer „fremden“ Stiftung zur Förderung der Nachbarschaftshilfe eine Zustiftung mit dem Zweck der Vergabe von Stipendien an Under-Cover-Journalisten zukommen lassen wollen, hätte die Stiftungsbehörde die gleiche Zweckänderung mit Sicherheit versagt, obwohl das geltende Recht den Stifter im Verhältnis zu seiner Stiftung nicht anders behandelt als Dritte. Es bestehen aber keine Zweifel daran, dass lebzeitige Änderungsbefugnisse für den Stifter selbst in keinem Konflikt mit seinem Recht auf privatautonomer Rechtsgestaltung in Form der Errichtung einer Stiftung stehen, sondern dieses nur verstärken, so wie er zu Lebzeiten auch letztwillige Verfügungen ändern kann.⁷⁰

c) Dauer des Änderungsrechts

Nach seinem Tod ist der Stifter allerdings davor zu schützen, dass die auf Ewigkeit angelegte Stiftung durch privatautonome Entscheidungen Dritter maßgeblich geändert wird. Daher beschränken diejenigen ausländischen Stiftungsrechte, die weitergehende Zweckänderungsrechte zulassen, das freie Zweckänderungsrecht auf den lebenden Stifter, so in Liechtenstein, in Österreich und in der Schweiz.⁷¹ In Liechtenstein stehen die sehr weitgehenden Stifterrechte auf

⁶⁸ Landtag Nordrhein-Westfalen – 7 – APr 16/29, Hauptausschuss 06.09.2012, 3. Sitzung (öffentlich) Roe.

⁶⁹ Kritisch gegenüber dieser Praxis auch *Schauhoff*, Was im Stiftungsrecht reformiert werden sollte, nPoR 2016, 1 (3); *Fleisch*, Zeitenwandel. Warum wir eine Anpassung des Stiftungsrechts brauchen, Stiftung und Sponsoring 4/2015, 36.

⁷⁰ So auch *Rawert*, Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? – Der noch lebende Stifter und die Verfassung „seiner“ Stiftung, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2012/2013, Hamburg 2013, S. 51 (60); *Rawert*, Stifterwille und Privatautonomie, in: Jakob/von Orelli (Hrsg.), Der Stifterwille, Bern 2014, S. 103 (118 f.); Bedenken dagegen bei *Stolte*, Reform des Stiftungszivilrechts, BB 2015, 2694 (2969) wegen der Unverfügbarkeit der Stiftung, die durch die Reform aber gerade auf den Tod des Stifters aufgeschoben wird.

⁷¹ Hierzu *Jakob*, Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive (in diesem Band), S. 225 (235 f.).

freie Zweckänderung und auf den Vorbehalt eines Widerrufsrechts dem Stifter nur zu Lebzeiten zu, sind höchstpersönlich und nicht vererblich. Juristische Personen sind nicht erfasst.⁷² In der Schweiz kann sich der Stifter seit Inkrafttreten des § 86a ZGB am 1.1.2006 ebenfalls ein höchstpersönliches, nicht vererbliches Zweckänderungsrecht vorbehalten, das allerdings erst zehn Jahre nach Errichtung der Stiftung oder nach der letzten Zweckänderung ausgeübt werden kann. Erfahrungen hiermit konnten daher noch nicht gesammelt werden.⁷³ Das Österreichische Privatstiftungsgesetz sieht in § 33 Abs. 2 des 1993 geschaffenen Privatstiftungsgesetzes vor, dass sich der Stifter ein Änderungsrecht vorbehalten kann. Auch dieses Recht ist höchstpersönlich und nicht vererblich. Satz 2 der Vorschrift lässt es lediglich zu „ist eine Änderung wegen Wegfalls eines Stifters, mangels Einigkeit bei mehreren Stiftern oder deswegen nicht möglich, weil Änderungen nicht vorbehalten sind“, dass der Stiftungsvorstand *unter Wahrung des Stiftungszwecks* Änderungen der Stiftungserklärung zur Anpassung an geänderte Verhältnisse mit gerichtlicher Genehmigung vornimmt.

Die Beschränkung des Änderungsrechts auf den noch lebenden Stifter erklärt sich durch die Besonderheit der Rechtsform. Nur die Stiftung erlaubt eine Perpetuierung des eigenen Willens über den Tod hinaus, was in den Beratungen zum BGB als erhebliche und gerade noch hinnehmbare Erweiterung menschlicher Rechtsmacht herausgestellt worden war⁷⁴ und von manchen als bedenkliche Herrschaft der Toten über die Lebenden durch die Macht der „toten Hand“ aufgefasst worden ist.⁷⁵ Stellt die Rechtsordnung allerdings eine solche singuläre Rechtsform zur Verfügung, wofür nicht nur historische Gründe, sondern zumindest für religiöse Stiftungen auch das Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 GG sprechen,⁷⁶ dann ist die staatlich überwachte Garantie der dauerhaften Zweckbindung zwingend erforderlich. Daraus folgt zugleich, dass die Änderungsphase mit dem Tod des Erstversterbenden unter mehreren Stiftern, etwa bei Ehegatten, endet. Wie die österreichische Regelung zeigt, müssen sich mehrere noch lebende Stifter selbstverständlich einig sein und ihre Stifterrechte gemeinsam ausüben.

⁷² Vgl. hierzu *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung, Vaduz 2009, Rn. 226, 247.

⁷³ *Jakob*, Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive (in diesem Band), S. 225 (236). Die aktuelle Parlamentarische Initiative Luginbühl sieht vor, dass sich der Stifter auch eine Änderung der Organisation seiner Stiftung vorbehalten kann, vgl. *Degen/Lorant*, Aktuelle rechtliche und steuerliche Entwicklungen im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich, Vortrag auf dem Schweizer Stiftungstag am 5.11.2015 in Zürich.

⁷⁴ Dazu oben I.2., S. 204.

⁷⁵ Hierzu ausführlich *Dutta* (Fn. 32), S. 39 ff., 47 ff.; ähnlich die Diskussion in den USA, hierzu in historisch vergleichender Betrachtung *Adam*, Stiften im 19. und 20. Jahrhundert in der deutschen und amerikanischen Gesellschaft, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2014/2015, Hamburg 2015, S. 1 ff.

⁷⁶ Hierzu MüKoBGB/Weitemeyer, § 80 BGB Rn. 40.

Die Vertreter der Stiftungsaufsichtsbehörden haben in der aktuellen Diskussion angekündigt, Gebühren für die Eintragung von Satzungsänderungen auch für gemeinnützige Stiftungen einzuführen, wenn durch das freie Änderungsrecht die Behörden über Gebühr in Anspruch genommen werden. Dieser Gefahr kann durch eine gewisse Karenzpflicht, etwa von 10 Jahren nach dem Vorbild der Schweiz begegnet werden, damit Stifter und ihre Berater sorgfältig über ihre Wünsche und Ziele nachdenken und nicht im Stadium der Dauererrichtung verharren. Auf der anderen Seite ist diese Frist angesichts vielleicht dringender Änderungsgründe noch lebender Stifter sehr starr und die Zehnjahresfrist erscheint willkürlich. *Jakob* plädiert dafür, das freie, aber befristete Änderungsrecht des Stifters stattdessen an der inhaltlichen Legitimität des Anliegens des Stifters zu messen und gegenüber den Interessen der Stiftung abzuwägen. So soll eine gut funktionierende Stiftung durch den Stifter nicht ohne berechtigtes Interesse womöglich aus böswilligen Motiven umgestaltet werden können.⁷⁷

Ein aktuelles Beispiel für den Interessengegensatz zwischen Stifter bzw. Stifterfamilie und Stiftung bietet die mit einem Stiftungskapital von 40 Mio. Euro ausgestattete Herbert-Quandt-Stiftung, deren Stiftungsrat im April 2015 „eine strategische Neuausrichtung“ beschlossen hat. „Hintergrund ist die Entscheidung der Unternehmerin, Stiftungsratsvorsitzenden und Zustifterin, Susanne Klatten, ihren gemeinnützigen Aktivitäten angesichts ihrer großen Vielfalt eine neue Klarheit zu verleihen.“ [...] Frau Klatten möchte „sich neben ihrem großen Engagement für junge Unternehmer an der TU München stärker auf die Themen Natur, Kunst und kulturelle Bildung konzentrieren. Die mit diesen Themen verbundenen Stiftungen und Projekte sollen finanziell gestärkt werden. Die Herbert Quandt-Stiftung wird ihre operative Arbeit in den Themenfeldern „Bürger und Gesellschaft“ und „Dialog der Kulturen“ noch bis Ende 2016 weiterführen und dann beschließen.“⁷⁸ Dem war im Jahr 2007 wie im Wallraff-Fall eine Zweckänderung und -erweiterung nach einer erheblichen Zustiftung vorgegangen. Die geplante Einführung eines Zweckänderungsrechts des noch lebenden Stifters sollte zum Anlass genommen werden, derartige Zweckänderungen durch Zustiftung in Zukunft ausdrücklich auszuschließen. So ist es zu begrüßen, dass das Stifterrecht in der Weise abschließend formuliert wird, dass weitere Änderungsrechte auf der Grundlage des Landesrechts fortan nicht mehr möglich sind, wie es § 85 Abs. 3 S. 1 BGB des Entwurfs vorsieht.

Gleichwohl wirft das Beispiel die Frage auf, ob und wie eine Abwägung zwischen den Interessen der Stiftung und des noch lebenden Stifters vorgenommen werden sollte, hätte der Stifter selbst (in diesem Fall das Unternehmen ALTANA AG) die Änderung herbeigeführt, um eine offenbar aktive und er-

⁷⁷ *Jakob*, Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive (in diesem Band), S. 225 (236).

⁷⁸ www.herbert-quandt-stiftung.de/pressemeldungen, letzter Abruf am 27.11.2015.

folgreich agierende Stiftung umzugestalten. Man kann sich, wie die Regelungen in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein zeigen, auf den Standpunkt stellen, die privatautonome Gestaltungsmacht des Stifters reicht bis zu seinem Tod⁷⁹ und verdrängt bis dahin eine eigene Autonomie der Stiftung selbst. Zwar ist die einmal errichtete Stiftung als inländische juristische Person des Privatrechts nach Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechtsträgerin, jedoch nur in den durch die Rechtsordnung bereitgestellten Grenzen.⁸⁰ Damit dürfte die Rechtsordnung eigene Interessen der Stiftung gegenüber ihrem Stifter übergehen, wenn sie das Erstarrungsprinzip lockert, genauso wie es kein Recht des Vereins oder der Gesellschaft gegen zweckändernde einstimmige Beschlüsse ihrer Mitglieder gibt. Da der Reformvorschlag jedoch – aus guten Gründen anders als in Liechtenstein⁸¹ – kein Widerrufsrecht des Stifters vorsieht, hat die Stiftungsaufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Genehmigung des Änderungsantrags ebenso wie bei der Errichtung der Stiftung zu prüfen, ob die Stiftung mit ihrem geänderten Zweck weiterhin die Anforderungen des § 80 Abs. 2 S. 1 BGB (Lebensfähigkeitsprognose und Gemeinwohlvorbehalt) erfüllt. Dies ist auch deshalb erforderlich, weil sonst die Prüfung dieser Voraussetzungen bei Errichtung der Stiftung ins Leere gehen würde.⁸² Die Gesetzesfassung sollte daher in § 81 Abs. 3 S. 1 BGB (neu) „unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 S. 1“ einfügen. Es bleibt damit die Frage, ob eine darüber hinausgehende Interessenabwägung auf einfachgesetzlicher Grundlage sinnvoll und praktikabel ist. Dagegen spricht nicht nur, dass die Änderungsrechte des lebenden Stifters dadurch stark eingeschränkt und entwertet werden würden, sondern auch, dass es kaum gelingen dürfte, Maßstäbe für „funktionierende“ Stiftungen zu finden.⁸³ Damit würde letztlich die Aufsichtsbehörde anstelle des Stifters die Entscheidung treffen, und damit nicht nur eine nicht vorgesehene Fachaufsicht vornehmen, sondern auch die Stifterautonomie aushöhlen.

⁷⁹ So *Rawert*, Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? – Der noch lebende Stifter und die Verfassung „seiner“ Stiftung, in: Hüttemann/Rawert/Schmidt/Weitemeyer (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2012/2013, Hamburg 2013, S. 51 (60); *ders.*, Stifterwille und Privatautonomie, in: Jakob/von Orelli (Hrsg.), Der Stifterwille, Bern 2014, S. 103 (118 f.).

⁸⁰ Vgl. MüKoBGB/Weitemeyer, § 80 BGB Rn. 44.

⁸¹ Zur Problematik einer fehlenden Trennung von Stifter und Stiftung für Pflichtteilsansprüche und aus steuerlicher Sicht vgl. *Jakob*, Das Stiftungsrecht der Schweiz – Neue Wege zwischen Privatautonomie und Governance, in: Jung (Hrsg.), Stärkung des Stiftungswesens, Tübingen 2016, S. 47 (56).

⁸² S.o. unter III.1., S. 210.

⁸³ Vgl. etwa zu der Frage einer richtigen Wirkungsmessung von gemeinnützigem Handeln nach dem Social Reporting Standard *Achleitner/Spiess-Knafl/Heinecke/Schöning/Noble*, The Social Investment Manual. An Introduction for Social Entrepreneurs, 2011; *Wörrlein*, Ein Standard für wirkungsorientierte Berichterstattung – der Social Reporting Standard, npoR 2015, 14 ff.

d) Juristische Personen als Stifter

Im vorliegenden Reformentwurf wird die Änderungsbefugnis nur natürlichen Personen eingeräumt. Aus Gründen der Gleichbehandlung könnte es geboten sein, auch juristischen Personen als Stifter, etwa Unternehmensstiftungen, eine Experimentierphase zuzugestehen. Angesichts der potentiellen Unsterblichkeit juristischer Personen muss dann allerdings eine zeitliche Begrenzung etwa von einer halben Generation, d. h. 15 Jahre oder 20 Jahre wie im Schweizer Recht, eingeführt werden. Als höchstpersönliches Stifterrecht kann die Änderungsbefugnis aber auch auf natürliche Personen als Stifter begrenzt werden.

e) Schutz von Zustiftern, Destinatären, Ehrenamtlichen und Spendern

Daneben bestehen schützenswerte Interessen von Zustiftern, die einer Stiftung im Hinblick auf deren Zweck Vermögen zugewendet haben, so dass sich die Frage stellt, ob sie der Zweckänderung zustimmen müssen. Infolge der Schaffung eines freien Zweckänderungsrechts für den Stifter entsteht nun erstmals ein Interessengegensatz zwischen dem Stifter und anderen „Stakeholdern“ der Stiftung noch zu Lebzeiten des Stifters und nicht erst gegenüber den nachfolgenden Generationen. Sieht man Zustifter als Quasi-Mitstifter,⁸⁴ wäre die Änderungsbefugnis des Stifters durch die Zustimmung aller Zustifter begrenzt und würde voraussetzen, dass auch diese noch leben. Überwiegend geht man aber zu Recht davon aus, dass Zustifter nicht selbst Stifter sind.⁸⁵ Ihre Interessen sind dadurch ausreichend geschützt, dass sie durch einen Änderungsvorbehalt in der Satzung gewahrt sind, allerdings nur, wenn sie sich diese vorlegen lassen, da es eine Pflicht zur Offenlegung der Stiftungssatzung in einem öffentlichen Register (noch) nicht gibt.

Zustifter können daneben die Rechte des Schenkungsrechts geltend machen, da sie zivilrechtlich der Stiftung ein Vermögen unter der Auflage der zweckgerechten Verwendung der hieraus erzielten Erträge schenken. Bei Nichtvollziehung der Auflage hat der Schenker und bei gemeinnützigen Zwecken nach seinem Tod auch die Behörde einen Anspruch auf Vollzug der Auflage, § 525 BGB, sowie nach § 527 BGB einen Rückforderungsanspruch.⁸⁶

Destinatäre können beeinträchtigt werden, wenn ihre Förderung von dem geänderten Stiftungszweck nicht mehr umfasst ist. Sie sind jedoch nur zu schützen, wenn sie subjektive Rechte auf bestimmte Stiftungsleistung durch Satzung ein-

⁸⁴ *Muscheler*, Das Wesen der Zustiftung, WM 2008, 1669 ff.

⁸⁵ Vgl. hierzu *Flues*, Die Zustiftung, Hamburg 2015, S. 18 (46); MüKoBGB/*Weitemeyer* § 80 BGB Rn. 189.

⁸⁶ Hierzu ausführlich *Flues* (Fn. 86), S. 36 ff; *Rawert*, Zivilrechtsfragen des Spendens, in: *Walz/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt* (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2005, Hamburg 2006, S. 165 (178).

geräumt erhalten haben.⁸⁷ Einige Landesstiftungsgesetze verboten vor der Stiftungsrechtsreform von 2002 die staatliche Genehmigung von Satzungsänderungen, die Destinatärsrechte beeinträchtigen, weil man dies als Konflikt mit dem Verbot der entschädigungslosen Enteignung ansah.⁸⁸ Nur wenn die Änderung der Stiftungssatzung zur weiteren dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks geboten ist, müssen die Interessen der Destinatäre daher zurücktreten.⁸⁹ Derartige Satzungsänderungen sind aber schon nach bisherigem Recht auf der Grundlage des § 87 BGB zulässig und daher nicht Ziel des Reformvorschlags, sondern nur klarstellend in § 85 Abs. 3 des Entwurfs geregelt. In der Regel räumen Stifter Destinatären aber gerade keine bestimmten Rechte ein, zumal dies bei gemeinnützigen Stiftungen aus steuerlichen Gründen nicht zulässig ist, da diese nicht einzelne Personen, sondern nur einen nach allgemeinen Kriterien bestimmten Kreis von Empfängern fördern dürfen.⁹⁰

Schließlich können die Interessen von ehrenamtlich Tätigen als weitere Stakeholder eine Rolle spielen. So haben jüngere Non-Profit-Organisationen mit dem Ziel des Aufbaus frei zugänglicher Software unter Mitwirkung einer Vielzahl von Freiwilligen nach negativen Erfahrungen mit der Umwandlung eines derartigen Vereins in eine gewerbliche Rechtsform durch die Gründer unter Mitnahme des Know How bewusst die Rechtsform der Stiftung gewählt, um sich hiergegen zu schützen. Vorbild ist die Apache Foundation, die der Weiterentwicklung der Open Source Software Linux dient. Obwohl die Motive zur Errichtung einer Software Stiftung weit entfernt von den Wurzeln der historischen Rechtsform sind, zeigt sich doch, dass die Stiftung als singuläre Rechtsform zur dauerhaften Widmung eines bestimmten Vermögens zu einem bestimmten (gemeinnützigen)⁹¹ Zweck nach wie vor erforderlich ist. Im Interesse eines funktionierenden Fundraising der Stiftung ist es wichtig, dass der Stifter das Änderungsrecht in der Satzung auch ausdrücklich ausschließen kann (vgl. § 81 Abs. 3 S. 3 BGB-Entwurf) und ein freies Widerrufsrecht sowie die Umwandlung einer gemeinnützigen in eine privatnützige Stiftung in § 81 Abs. 3 S. 4 BGB-Entwurf ausgeschlossen ist.

f) Schutz der Stiftungsorgane?

Die Stiftungsorgane haben keine eigenen privatautONOMEN Gestaltungsrechte in Bezug auf die Stiftung.⁹² Daran ändert die nur auf den Stifter bezogene Ände-

⁸⁷ MüKoBGB/Weitemeyer § 85 BGB Rn. 34 ff.

⁸⁸ Hierzu MüKoBGB/Reuter, 6. Aufl. München 2013, § 85 BGB Rn. 25 m. w. N.

⁸⁹ MüKoBGB/Weitemeyer § 85 BGB Rn. 31.

⁹⁰ Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. Köln 2015, Rz. 3.22. Eine Ausnahme besteht insofern bei mildtätigen Zwecken nach § 53 AO.

⁹¹ Kein Erfordernis besteht zur Perpetuierung privatnütziger Zwecke, dazu MüKoBGB/Weitemeyer, § 80 BGB Rn. 2.

⁹² S.o. II., S. 207.

rungsbefugnis nichts. Für sie ist lediglich ein Anhörungsrecht vorgesehen. Die Zweckänderung kann für sie ein wichtiger Grund zur Niederlegung des Amts sowie zur Kündigung eines eventuell bestehenden Anstellungsvertrags⁹³ darstellen. Hierdurch sind sie ausreichend geschützt.

IV. Fazit

Die Stiftungsrechtsreform von 2002 gründete maßgeblich auf der damals von dem Bundesministerium der Justiz eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe.⁹⁴ Zusammensetzung und Vorgehensweise der Arbeitsgruppe, in der sich vornehmlich die Stiftungsreferenten der Länder zusammenfanden, stießen auf Kritik. Man warf ihr vor, einseitig an der bisherigen Organisation und dem bisherigen Verfahren der Stiftungsaufsicht durch die Länder festhalten zu wollen.⁹⁵ Die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen, nur begrenzten Reformvorschläge fanden Eingang in den Regierungsentwurf⁹⁶ und den Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen,⁹⁷ der fast unverändert⁹⁸ als Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts verabschiedet wurde.

In der aktuellen Diskussion tagt ebenfalls zunächst eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe. Wegen der Erfahrungen in der Vergangenheit hat das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen bereits im Jahr 2012 eine Diskussion über den bestehenden Reformbedarf im Stiftungsrecht eingeleitet. Zu Recht fordern *Hüttemann* und *Rawert* die Politik eindringlich zum Einbezug weiterer Experten auf.⁹⁹ Das federführende Justizministerium hatte die Verbände zur Stellungnahme bis zum 31.3.2015 aufgefordert – von der Wissenschaft verspricht man sich wohl keinen Erkenntnisgewinn. Das ist bedauerlich,

⁹³ Hierzu MüKoBGB/*Weitemeyer*, § 86 BGB Rn. 8 ff.

⁹⁴ Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001.

⁹⁵ *Burgard*, Das neue Stiftungsprivatrecht, NZG 2002, 697 (697 f.); *Rawert*, Was aber bleibt, stiften die Stifter, FAZ v. 23.4.2002, 51; *K. Schmidt*, Brave New World: Deutschland und seine Unernehmererben auf dem Weg in ein Stiftungs-Dorado?, ZHR 166 (2002), 145 ff.; *Reuter*, Neue Impulse für das gemeinwohlorientierte Stiftungswesen? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts, in: *Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz* (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2001, Köln 2002, S. 27 ff.; *Hüttemann*, Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, ZHR 167 (2003), 35, 38 mit Hinweis auf die Begründung des Änderungsgesetzes des Bayerischen Stiftungsgesetzes v. 23.1.2001, LT-Drs. 14/5498, 1.

⁹⁶ BT-Drs. 14/8765 v. 11.4.2001 mit Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung.

⁹⁷ BT-Drs. 14/8277 v. 20.2.2002.

⁹⁸ Vgl. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8894 v. 24.4.2002, sowie die Stellungnahme des Bundesrates und die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8765, 13 ff.

⁹⁹ *Hüttemann/Rawert*, Eine Reform die tut not – Zur Einsetzung einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, DB 2014, Heft 38 M5.

denn gerade im Stiftungsrecht sind Reformen sorgfältig zu durchdenken. Die einmal errichtete Stiftung besteht im Grundsatz ewig und wird daher von notwendigen Korrekturen vorschneller Reformen nicht mehr erreicht. Richtschnur aller Reformvorschläge ist – wie gezeigt werden konnte – die Stifterautonomie, die gegenüber den Interessen der Stiftung selbst, ihrer Organe, Zustifter, Destinatäre, Spender und der bei ihr ehrenamtlich Tätigen vorrangig ist.