

# 1. Kapitel: Das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung in der Errichtungsphase

Nachfolgend soll das Rechtsverhältnis zwischen dem Stifter und der Stiftung in der Errichtungsphase näher untersucht werden. In diesem Stadium besteht die Stiftung als solche nicht. Rechtsfähigkeit erlangt die Stiftung gemäß § 80 I BGB letztlich im Wege der behördlichen Anerkennung. Dieser privatrechtsgestaltende, mitwirkungsbedürftige Verwaltungskt hat für die Stiftung konstitutive Bedeutung.<sup>25</sup> Für die Frage nach dem Bestehen und der Beschaffenheit eines etwaigen Rechtsverhältnisses zwischen Stifter und Stiftung ist daher systematisch zu trennen zwischen der Errichtungsphase und der operativen Phase. Zwar ist die Stiftung als solche in der Errichtungsphase noch nicht existent. Insofern mag die Frage nach einem Rechtsverhältnis in dieser Phase auf den ersten Zugriff befremdlich anmuten. Jedoch könnte auch und gerade dieses Stadium, in dem der Stifter gewissermaßen den Grundstein legt, etwaige Anhaltspunkte liefern, welche dann in der operativen Phase zu berücksichtigen wären und gegebenenfalls fortgeführt werden könnten. Im Anschluss an eine terminologische Weichenstellung sind verfassungsrechtliche Grundlagen ebenso zu würdigen wie bürgerlichrechtliche und landesstiftungsgesetzliche Grundlagen.

## A. Terminologische Weichenstellung

Zunächst soll eine begriffliche Klarstellung erfolgen. Diese bildet die Grundlage für das Verständnis hinsichtlich der Beschaffenheit eines etwaigen Rechtsverhältnisses zwischen Stifter und Stiftung wie auch für die Erfassung und Einordnung verschiedenster Rechtsbeziehungen zwischen den beiden „Protagonisten“.

### I. Die Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB

Eine Definition des Stiftungsbegriffs enthalten weder die Landesstiftungsgesetze noch das BGB.<sup>26</sup> Der Stiftungsbegriff wird dort vielmehr vorausgesetzt.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 244; Werner, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 371.

<sup>26</sup> V. Campenhausen, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 1 Rn. 6.

<sup>27</sup> Beuthien, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 77 Rn. 13.

## 1. Stiftungsbegriff

In Abgrenzung zu den fiduziarischen Rechtsverhältnissen einerseits und im Unterschied zu den Körperschaften andererseits wird üblicherweise ein formaler, enger Stiftungsbegriff ins Feld geführt.<sup>28</sup> Im Gegensatz zu den fiduziarischen Rechtsverhältnissen kennzeichnet sich die Stiftung danach durch ihre eigene Rechtspersönlichkeit.<sup>29</sup> Von den Körperschaften unterscheidet sie sich dadurch, dass sie keine Mitglieder kennt und als reine Verwaltungsorganisation von der festen Zweckbestimmung durch den Stifter lebt.<sup>30</sup> Nach dem formalen Stiftungsbegriff handelt es sich bei einer Stiftung im Sinne von §§ 80 ff. BGB mithin um einen selbständigen, nicht auf einem Personenverband beruhenden Rechtsträger, welcher in einem Stiftungsgeschäft festgelegte Zwecke mit Hilfe eines diesen Zwecken gewidmeten Vermögens dauerhaft verfolgt.<sup>31</sup> Im Rahmen dieses formalen Stiftungsbegriffs weichen die Definitionsansätze teils geringfügig voneinander ab. Dabei handelt es sich überwiegend um eine rein unterschiedliche Akzentuierung bei der grundsätzlichen Kennzeichnung der Wesensmerkmale einer Stiftung.<sup>32</sup> Manche Autoren verzichten definitorisch etwa auf die Negativvoraussetzung, dass die Stiftung nicht aus einem Personenverband bestehe.<sup>33</sup> Mitnichten geht damit jedoch eine grundsätzliche inhaltliche Abkehr im Hinblick auf den Gegensatz zu einer Körperschaft einher.<sup>34</sup> Auch finden sich Ansätze, welche den Fokus in erster Linie auf die Zweckbindung des Vermögens richten.<sup>35</sup> Ob nun primär auf das Erfordernis einer Stiftungsorganisation und eines Stiftungsvermögens abzustellen oder die Abgrenzung zum Verband zu betonen ist oder ob etwa die Zweckbindung des Vermögens im Zentrum

<sup>28</sup> Zum weiter gefassten, sogenannten funktionalen Stiftungsbegriff vergleiche *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 21 f. Ein derart verstandener Stiftungsbegriff umfasst auch unselbständige Stiftungen und Stiftungskörperschaften. Zur dogmatischen Einordnung unselbständiger Stiftungen vergleiche etwa *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 231 ff., 241 ff.; vergleiche auch *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, S. 422 ff.; bei Stiftungskörperschaften erfolgt durch satzungsrechtliche Gestaltungsmaßnahmen eine Anpassung der körperschaftlichen Organisation an eine stiftungsartige Struktur. So kann beim eingetragenen Verein wie bei der GmbH eine weitgehende Abkoppelung der Mitglieder vom Körperschaftsvermögen hergestellt werden. Die Mitgliedschaft lässt sich auf diesem Wege gewissermaßen vollständig nichtvermögensrechtlich ausgestalten. Vergleiche hierzu *Schlüter*, in: Handbuch Stiftungen, 2. Aufl., 2003, S. 865 (879 ff.); v. *Camphenhausen*, in: Seifart/ v. *Camphenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 2 Rn. 20; *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 293.

<sup>29</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 2.

<sup>30</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 2.

<sup>31</sup> BVerwG NJW 1998, 2545 f.; *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 1; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 5; *Werner*, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 7; *Backert*, in: Bamberger/ Roth, BGB, 23. Edit., 2012, Vor §§ 80 ff. Rn. 3; vergleiche auch BT-Drucks. 14/8765, S. 10.

<sup>32</sup> Siehe *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 19.

<sup>33</sup> Siehe etwa v. *Camphenhausen*, in: Seifart/ v. *Camphenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 1 Rn. 6.

<sup>34</sup> Siehe die Erläuterungen bei v. *Camphenhausen*, in: Seifart/ v. *Camphenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 1 Rn. 6 f.

<sup>35</sup> So *Richter*, Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation, 2001, S. 364, zumindest im Hinblick auf die gemeinwohlfördernde rechtsfähige Stiftung privaten Rechts.

des Ansatzes zu stehen hat, kann zunächst dahingestellt bleiben. Denn trotz dieser unterschiedlichen Perspektiven<sup>36</sup> ist festzuhalten, dass entscheidende Unterschiede im materiellen Gehalt damit nicht einhergehen.<sup>37</sup>

## 2. Konstitutive Merkmale

Es besteht überwiegend Einigkeit darin, dass der Stiftungsbegriff, wenn auch teils unterschiedlich akzentuiert, aus drei konstitutiven Elementen besteht: dem Stiftungszweck, dem Stiftungsvermögen und der Stiftungsorganisation.<sup>38</sup>

Mitunter werden zur Erläuterung des Stiftungsbegriffs weitere selbständige Merkmale angeführt. Vereinzelt wird etwa das Vorliegen einer eindeutigen Stiftungsabsicht im Sinne einer uneigennützigen und endgültigen Trennung von den für Stiftungszwecke bereitgestellten Gütern, vergleichbar mit der „general charitable intention“ des angelsächsischen Stiftungsrechts verlangt.<sup>39</sup> Bedenken begegnet diese Auffassung, weil eine sogenannte Stiftungsabsicht als ein rein subjektives Merkmal des Stiftungsgeschäfts nur bei der Auslegung der Willenserklärung des Stifters von Bedeutung ist.<sup>40</sup> Im Stiftungsgeschäft gemäß § 81 I BGB muss die Absicht zum Ausdruck kommen, eine selbständige Stiftung errichten zu wollen.<sup>41</sup> Von diesem Willen hängt zwar letztlich die Anwendbarkeit der §§ 80 ff. BGB, der Landesstiftungsgesetze und mithin die Zuständigkeit der Stiftungsaufsicht ab.<sup>42</sup> Jedoch vermag ein als gesondert verstandenes Merkmal<sup>43</sup> der Stiftungsabsicht im Sinne einer „general charitable intention“ nichts zur (weiteren) Klärung des Stiftungsbegriffs beizutragen.<sup>44</sup> Die Stiftung ist ein Institut des objektiven Rechts.<sup>45</sup> Im Übrigen muss sich der Stifter die Perpetuierung seines Willens anders als im angelsächsischen Recht nicht durch die

---

<sup>36</sup> So *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 19.

<sup>37</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 38.

<sup>38</sup> *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 15 ff.; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 5 ff.; *Werner*, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 7; *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 4; a. A. offenbar *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, S. 8 f., der das Stiftungsvermögen nicht als elementares Strukturmerkmal ansieht.

<sup>39</sup> *Neuhoff*, in: Soergel, 13. Aufl., 2000, Vor §§ 80 ff. Rn. 8 f.; siehe auch *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, S. 7.

<sup>40</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 13.

<sup>41</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 12; *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 21; siehe auch *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899, S. 660 f.

<sup>42</sup> *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 21.

<sup>43</sup> *Neuhoff*, a. a. O., spricht von „Strukturmerkmalen“, von einem „juristischen Merkmal der Stiftung...“.

<sup>44</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 13.

<sup>45</sup> *Hüttemann/ Rawert*, a. a. O.

Verfolgung von „charitable purposes“ erkaufen.<sup>46</sup> Es besteht somit kein Bedürfnis, den Stiftungsbegriff um das Merkmal einer Stiftungsabsicht zu ergänzen.

Daneben soll mit der jüngst von *Hof* angeführten sogenannten Unverfügbarkeit der selbständigen Stiftung bürgerlichen Rechts der Stiftungsbegriff um ein weiteres selbständiges Element ergänzt werden.<sup>47</sup> *Hofs* Ansatz erscheint zunächst umfassender und von anderer Dimension als eine etwaige Stiftungsabsicht. Für *Hof* ergibt sich die von ihm als solche bezeichnete Unverfügbarkeit der Stiftung aus den Regelungen, welche die Stiftung von der Körperschaft und der Handelsgesellschaft unterscheiden, welche anders gewendet die Einwirkungsmöglichkeiten des Stifters, der Stiftungsorgane und der übrigen Stiftungsbeteiligten auf die Stiftung begrenzen und dergestalt eine Fremdbestimmung der Stiftung verhindern möchten.<sup>48</sup> Letztlich soll gerade mit dem so bezeichneten Unverfügbarkeitskriterium die in der dauerhaft angestrebten Beziehung von Stiftungszweck und Stiftungsvermögen zum Ausdruck kommende besondere Autonomie der Stiftung gewährleistet werden.<sup>49</sup> Auf den ersten Blick scheint *Hof* damit materiell-inhaltlich nichts Neues ins Feld zu führen. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, weshalb dem Dreigestirn<sup>50</sup> Zweck, Vermögen und Organisation gerade ein Grundmerkmal der Unverfügbarkeit gewissermaßen gleichberechtigt zur Seite stehen sollte. Welche etwaigen Schlüsse aus dem von *Hof* angeführten Kriterium der Unverfügbarkeit gerade im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Stifter und Stiftung zu ziehen sind, wird an anderer Stelle zu würdigen sein. Mithin besteht kein Bedürfnis, den Stiftungsbegriff neben den Merkmalen des Zweckes, des Vermögens und der Organisation um weitere konstitutive Merkmale zu ergänzen.

### 3. Das Verhältnis der Stiftung zum Stiftungsvermögen oder der Inhalt der juristischen Persönlichkeit

Die Stiftung im Sinne der obigen Definition kennzeichnet sich gerade durch ihre eigene Rechtspersönlichkeit. Die Frage nach der Beschaffenheit dieser juristischen Person Stiftung bzw. danach, was sie ausmacht, ist damit jedoch noch nicht beantwortet. Es handelt sich dabei um ein Problem der Bestimmung des Verhältnisses der Stiftung zum Stiftungsvermögen. In diesem Zusammenhang stößt man vereinzelt auf die Annahme, die selbständige Stiftung sei ein bloß in Rechtsfähigkeit erwachsendes selbständiges Zweckvermögen.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> *Hüttemann/Rawert*, a. a. O.

<sup>47</sup> *Hof*, in: GS Walz, 2008, S. 233 ff.

<sup>48</sup> *Hof*, in: GS Walz, 2008, S. 233 (249).

<sup>49</sup> *Hof*, in: GS Walz, 2008, S. 233 (249); siehe auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 14.

<sup>50</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 44.

<sup>51</sup> Siehe *Reuter*, AcP 207 (2007), 1 (5); *ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, Vor §§ 80 ff. Rn 53.

Lapidar wird die Stiftung in diesem Sinne mitunter als organisiertes Zweckvermögen bezeichnet.<sup>52</sup> Dieser Ansicht nach ist das Vermögen selbst die juristische Person. So gesehen herrschte im Hinblick auf das Verhältnis der Stiftung zum Stiftungsvermögen Identität. Nach anderer Auffassung ist die Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB nicht lediglich die aus einem Stiftungsakt hervorgehende Vermögensmasse, die von einem Stifter ausgesondert und einer eigenen, dauerhaften Zweckbestimmung unterworfen wird. Sie ist vielmehr zugleich die aus dem Errichtungsakt hervorgehende juristische Person namens Stiftung, welche das Zuordnungssubjekt der Rechte und Pflichten der gestifteten Vermögensmasse ist.<sup>53</sup> Diese Ansicht überzeugt. Zwar kann ein (Sonder-)Vermögen bestimmten Zwecken dienen, aber eine Vermögensmasse kann keine Fähigkeiten haben, mithin keine Rechtsfähigkeit besitzen.<sup>54</sup> Rechtssubjekt und daher Zuordnungsendpunkt von Rechten und Pflichten können nur Personen sein.<sup>55</sup> Gerade als eine solche (juristische) Person ist die Stiftung innerhalb des Systems des Allgemeinen Teils des BGB<sup>56</sup> ausgestaltet.<sup>57</sup> Die Stiftung als ein bloßes in Rechtsfähigkeit erwachsendes Zweckvermögen anzusehen, bedeutete somit ein Verkennen und eine Missinterpretation der im Falle der §§ 80 ff. BGB bestehenden Kongruenz von Rechtsträger und Stiftungsvermögen.<sup>58</sup>

Mithin ist festzuhalten: Die Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB ist nicht ein rechtsfähiges Vermögen, sondern sie ist eine juristische Person und hat ein (Zweck-)Vermögen.<sup>59</sup>

## II. Der Stifter

Nachfolgend sind die Anforderungen an die Stifterfähigkeit und die Auswirkungen einer etwaigen Stiftermehrheit für die vorliegende Untersuchung zu klären. Auch ist der Frage nachzugehen, ob die Widmung eigenen Vermögens unabdingbare Voraussetzung für die Begründung der Stellung als Stifter ist. Schließlich soll eine begriffliche Abgrenzung zu

<sup>52</sup> Siehe etwa den Hinweis bei *Beuthien*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 77 Rn. 13.

<sup>53</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, 1983, S. 131; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 3.

<sup>54</sup> *Beuthien*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 77 Rn. 13; vergleiche auch *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899, S. 395.

<sup>55</sup> Siehe *K. Schmidt*, in: Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175 f., sowie *Beuthien*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 77 Rn. 13.

<sup>56</sup> Siehe BGB Abschnitt 1: Personen, Titel 2: Juristische Personen, Untertitel 2: Stiftungen.

<sup>57</sup> *Beuthien*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 77 Rn. 13.

<sup>58</sup> In diesem Sinne auch *K. Schmidt*, in: Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175 f.

<sup>59</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, 1983, S. 131; *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, S. 210 f.; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 3; unverständlich einzig der Schluss *K. Schmidts*, a. a. O., demzufolge die rechtsfähige Stiftung kein rechtsfähiges Vermögen, sondern eine juristische Person sei und ein *rechtsfähiges* Vermögen habe.

zwei weiteren Figuren, namentlich Spendern und Zustiftern, erfolgen. Gerade die Rolle von Zustiftern und deren Verhältnis zur rechtsfähigen Stiftung wird auch im Hinblick auf Folgekontakte noch genauer zu würdigen sein.

## 1. Die Stifterfähigkeit in personeller Hinsicht

In personeller Hinsicht kommen als Stifter einerseits natürliche Personen, andererseits juristische Personen und Personengesellschaften in Betracht. Eine natürliche Person kann als Träger von Rechten und Pflichten Stifter sein.<sup>60</sup> Für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden und damit auch für die Person des Stifters gelten die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte.<sup>61</sup> Insbesondere muss der Stifter aufgrund der einseitigen Natur des Stiftungsgeschäfts unbeschränkt geschäftsfähig sein.<sup>62</sup> Von beschränkt Geschäftsfähigen getätigte Stiftungsgeschäfte sind gemäß § 111 BGB unwirksam.<sup>63</sup> Das Stiftungsgeschäft kann in entsprechender Anwendung der §§ 1641, 1804 BGB auch nicht etwa von einem gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden.<sup>64</sup> Im Übrigen ist eine Vertretung gemäß §§ 164 ff. BGB zulässig; der Stifter muss das Stiftungsgeschäft nicht höchstpersönlich vornehmen.<sup>65</sup>

Ob auch juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften als Stifter in Betracht kommen, wird vereinzelt bestritten. Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden setze einen lebenden, nicht etwa einen existenten Stifter voraus.<sup>66</sup> Der Gesetzgeber habe das Anerkennungserfordernis des § 80 BGB gerade als Gegengewicht zu der mit der Stiftungserrichtung einhergehenden, die natürlichen Grenzen weit überschreitende Ausdehnung der Privatautonomie eingeführt.<sup>67</sup> Bei juristischen Personen fehle aber jegliches Perpetuierungsbedürfnis, denn einer Stiftung bedürfe es als ausnahmsweise zulässiges Mittel zur Verewigung des Willens nur bei sterblichen, mithin natürlichen Personen.<sup>68</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass juristische Personen und Personengesellschaften natürlich auf Dauer angelegt sein können; sie verewigen aber mit der Stiftungsgründung letztlich<sup>69</sup> den Willen

---

<sup>60</sup> *Werner*, in: *Werner/ Saenger*, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 267.

<sup>61</sup> Siehe etwa *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB, 70. Aufl., 2011, § 81 Rn. 2.

<sup>62</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: *Staudinger*, BGB, 2011, § 81 Rn. 6; *Hennerkes/ Schiffer*, Stiftungsrecht, 3. Aufl., 2001, S. 79.

<sup>63</sup> *Hof*, in: *Seifart/ v. Campenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 7.

<sup>64</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: *Staudinger*, BGB, 2011, § 81 Rn. 6.

<sup>65</sup> *Hof*, in: *Seifart/ v. Campenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 9; *Hennerkes/ Schiffer*, Stiftungsrecht, 3. Aufl., 2001, S. 79 f.

<sup>66</sup> *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, S. 248 f.

<sup>67</sup> *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, S. 248 f., unter Verweis auf *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899, S. 831.

<sup>68</sup> *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, S. 248 f.

<sup>69</sup> Auch am Ende einer gedachten Kette körperschaftlicher Mitglieder steht letztlich jedenfalls eine natürliche Person. Bei einer selbständigen Stiftung als Errichter kann der im Stiftungsgeschäft manifestierte Stifterwille angeführt werden.

ihrer aktuellen Mitglieder.<sup>70</sup> Juristische Personen und Personengesellschaften haben damit ein aner kennenswertes Interesse an der Perpetuierung des Willens der Mehrheit ihrer Mitglieder.<sup>71</sup> Ihrer Eigenschaft als Stifter steht mithin nichts entgegen.<sup>72</sup> Insoweit gilt grundsätzlich auch für die Stiftereigenschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts nichts anderes.<sup>73</sup> Ob die Stiftungserrichtung durch juristische Personen des öffentlichen Rechts wegen einer Umgehung parlamentarischer Kontrolle oder wegen verwaltungs- oder haushaltsrechtlicher Bedenken im Einzelfall abzulehnen ist, berührt lediglich die Stiftungsgründung, nicht aber die Stiftereigenschaft als solche.<sup>74</sup>

## 2. Notwendigkeit der Widmung eigenen Vermögens?

Fraglich ist, ob als Stifter nur gelten kann, wer sich im Rahmen des Stiftungsgeschäfts zur Hingabe eigenen Vermögens verpflichtet. Vereinzelt wird vertreten, dass eine eigene Vermögenszusicherung des Stifters im Sinne des § 82 BGB nicht erforderlich sein soll.<sup>75</sup> Vielmehr genüge es, wenn der Stifter im Stiftungsgeschäft den Weg beschreibe, auf welchem die Stiftung die notwendigen Mittel erhalten solle, um ihre Zwecke zu verwirklichen.<sup>76</sup> Hiernach kann letztlich Stifter sein, wer lediglich den Zweck und die Organisation widmen möchte und hinsichtlich der Vermögensdotations gänzlich auf Dritte verweist. Begründet wird diese Auffassung damit, dass sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis auf einen derartigen die Stiftungserrichtung in bestimmten Fällen unnötig erschwerenden Willen des Reformgesetzgebers finde.<sup>77</sup> Aus § 82 BGB wiederum ergebe sich lediglich ein Anspruch der Stiftung gegen den Stifter auf die Übertragung des zugesicherten Vermögens; nicht aber

---

<sup>70</sup> *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 4.

<sup>71</sup> Vergleiche *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 4, sowie *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 7; vergleiche im Übrigen auch § 5 III 2 2. HS des Hamburgischen Stiftungsgesetzes.

<sup>72</sup> In diesem Sinne auch *Ihle*, RNotZ 2009, 557 (559), sowie *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 5, wenn er feststellt, dass natürliche und juristische Personen gleichermaßen Stifter sein können. Einzig unpräzise vor dem Hintergrund deutscher (Handels-) Rechtsdogmatik ist *Hof*, a. a. O., wenn er davon spricht, dass „ebenso Verein, Unternehmen, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften eine Stiftung privaten Rechts errichten können“. Denn jedes Unternehmen hat einen Unternehmensträger. Dieser, nicht das Unternehmen selbst, ist das Subjekt der das Unternehmen betreffenden Rechte und Pflichten. Vergleiche hierzu etwa *Hopt*, in: Baumbach/ Hopt, HGB, 34. Aufl., 2010, Vor §§ 1 ff. Rn. 41, sowie *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2010, Vor §§ 1 ff. Rn. 9.

<sup>73</sup> Siehe nur *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 7; a. A. *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, S. 248 f.

<sup>74</sup> *Werner*, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 270.

<sup>75</sup> *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 19; siehe auch *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 196 f.

<sup>76</sup> *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 19.

<sup>77</sup> *Hüttemann/Rawert*, a. a. O.

folge daraus, dass der Stifter selbst ein Vermögen zusichern müsse.<sup>78</sup> Auch dem § 80 II BGB sei nicht zu entnehmen, dass der Stifter selbst der Stiftung ein (ausreichendes) Vermögen zuwende. Vielmehr werde in der Gesetzesbegründung ausdrücklich betont, dass in die Prüfung der angemessenen Vermögensausstattung auch einzubeziehen sei, „ob weitere ausreichende Zustiftungen bzw. Zuwendungen mit einer gewissen Sicherheit zu erwarten sind“.<sup>79</sup> <sup>80</sup> Auch daraus folge letztlich, wenn schon grundsätzlich keine Einigkeit über die Höhe des von Stifterseite zu widmenden Vermögens bestehe, dass es schlechterdings gar keiner eigenen Vermögenszusicherung des Stifters bedürfe.<sup>81</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass aus der Gesetzesbegründung zu § 80 II BGB, wonach bei der Prüfung der angemessenen Vermögensausstattung auch einzubeziehen sei, „ob weitere ausreichende Zustiftungen bzw. Zuwendungen mit einer gewissen Sicherheit zu erwarten sind“, gerade nicht geschlossen werden kann, dass es keiner eigenen Vermögenszusicherung des Stifters bedarf. Wenn von „weiteren ausreichenden Zustiftungen bzw. Zuwendungen“ die Rede ist, so spricht dies vielmehr dafür, dass zumindest der Stifter selbst ein gewisses Anfangsvermögen verbindlich im Stiftungsgeschäft zusichern muss. Des Weiteren ist der Wortlaut des § 81 I 2 BGB zu berücksichtigen, wonach das Stiftungsgeschäft die verbindliche Erklärung des Stifters enthalten muss, ein Vermögen zur Erfüllung eines vom Stifter vorgegebenen Zweckes zu widmen. Die Vorschrift setzt die Verpflichtung zur Kapitalausstattung der Stiftung voraus.<sup>82</sup> Bei Nichterfüllung der gemäß § 81 I 2 BGB getätigten Vermögensausstattungsusage kann der Versprechende nach Anerkennung der Stiftung auf Leistung aus § 82 BGB in Anspruch genommen werden.<sup>83</sup> Dann aber kann der Stifter selbst nicht davon entbunden sein, ein Vermögen für die Stiftungsgründung bereitzustellen.<sup>84</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die Gesetzesbegründung zu § 81 BGB zu beachten, wonach das Stiftungsgeschäft die verbindliche Erklärung des Stifters erfordert, „ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm nach Maßgabe von § 80 II BGB benannten Zweckes *hinzugeben*“<sup>85</sup>. Zu betonen ist jedoch, dass diese „Hingabe“ des Vermögens im eigentlichen Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden hat. Insofern sollte jedenfalls nicht lapidar der Widerspruch

---

<sup>78</sup> Hüttemann/ Rawert, a. a. O.

<sup>79</sup> BT-Drucks. 14/8765, S. 8.

<sup>80</sup> Hüttemann/ Rawert, a. a. O.

<sup>81</sup> Hüttemann/ Rawert, a. a. O.

<sup>82</sup> Werner, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 268.

<sup>83</sup> Werner, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 268.

<sup>84</sup> In diesem Sinne die Folgerung von Werner, a. a. O.; nach Werner, a. a. O., ist „Kriterium für die Stiftereigenschaft daher die Vermögensausstattungsusage sowie deren Erfüllung“ – „durch den Stifter“ wäre klarstellend hinzuzufügen. Hiergegen wendet sich Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 15, mit dem Hinweis, dass der Stifter unbeschadet seiner Verpflichtung nach § 81 I 2 BGB nicht selbst das Vermögensopfer erbringen müsse. Für ihn könne gemäß §§ 267, 362 BGB ein Dritter erfüllen.

<sup>85</sup> BT-Drucks. 14/8765, S. 9.



zum Wortlaut des § 81 I 2 BGB zur Untermauerung der Thesen ins Feld geführt werden.<sup>86</sup> Aufgrund der eben aufgeführten Argumente könnte vielmehr von einer Art abgeschwächtem Wortlautargument gesprochen werden. Vor diesem Hintergrund ist es, um ein plakatives Beispiel wählen, letztlich nicht denkbar, dass eine Stiftereigenschaft etwa dergestalt zu begründen wäre, dass Prominente als Werbeträger für eine Stiftung gewonnen und als Stifter in der Stiftungsurkunde erwähnt werden; dies gleichzeitig mit der Festlegung, dass diese Personen nicht zu irgendeiner Leistung an die Stiftung verpflichtet sein sollen.<sup>87</sup> Die Verpflichtung, der Stiftung das Führen des Namens zu gestatten, ist keine auch nur irgendwie mit einer Vermögenszuwendung in Beziehung stehende Zusage.<sup>88</sup>

Uneinigkeit herrscht auch darüber, ob das Gesetz vom Stifter die Hingabe gerade eines zur nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks ausreichenden Vermögens verlangt. Dabei wird vereinzelt vertreten, bereits das vom Stifter gewidmete Vermögen müsse dem Erfordernis des § 80 II BGB genügen.<sup>89</sup> Mithin reiche es also nicht aus, dass „der Stifter einen Euro widmet und die nachhaltige Sicherung des Stiftungszwecks mit der Aussicht auf Spenden Dritter (Sammelstiftung) oder mit eigenen künftigen Zustiftungen (Vorratsstiftung) zu begründen versucht“.<sup>90</sup> Dem kann nicht gefolgt werden. Der Hinweis darauf, dass die Widmung lediglich eines Euros keinesfalls ausreiche, zeugt von einem teilweisen Verkennen oder aber bewussten Verdrehen der mit diesem Argument intendierten Aussage: Denn wenn an die von der Anerkennungsbehörde vorzunehmende Prognoseentscheidung auch strenge Maßstäbe anzulegen sind, so kann im Einzelfall *in Theorie* die Widmung nur „eines Euros“ ausreichen.<sup>91</sup> In diesem Rahmen kann der Vermögensstamm gering sein, um dann nach den Vorstellungen des Stifters aufgestockt zu werden.<sup>92</sup> Hierzu sei im Übrigen abermals auf die Begründung des Regierungsentwurfs verwiesen, wonach in die Prüfung der angemessenen Vermögensausstattung auch einbezogen werden müsse, „ob weitere ausreichende Zustiftungen bzw. Zuwendungen mit einer gewissen Sicherheit zu erwarten sind“.<sup>93</sup>

Losgelöst hiervon begegnet man neuerdings einer weiteren Ansicht, welche mittels einer speziellen vertraglichen Konstruktion dem Stifter kein eigenes Vermögensopfer abverlangt. Hiernach soll der Stifter mit Einwilligung eines betroffenen Dritten auch erklären können, einen Gegenstand aus dessen Vermögen zur Erfüllung eines vom Stifter vorgege-

---

<sup>86</sup> So aber etwa *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 150.

<sup>87</sup> *Werner*, in: *Werner/ Saenger*, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 269.

<sup>88</sup> *Werner*, a. a. O.

<sup>89</sup> *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, S. 131 (133).

<sup>90</sup> *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, a. a. O.

<sup>91</sup> In diesem Sinne *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 149 f.; vergleiche auch *Reuter*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 14 f.

<sup>92</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 149.

<sup>93</sup> BT-Drucks. 14/8765, S. 8.

benen Zwecks zu widmen. Auch damit habe der Stifter dann eine den Erfordernissen des § 81 I 2 BGB genüge tragende Erklärung abgegeben. Vorauszusetzen sei, dass die Stiftung mit der Anerkennung einen Anspruch gegen den Dritten erlange, welcher demjenigen gegen den Stifter aus § 82 BGB rechtlich gleichwertig ist. Beispielhaft wird ein durch die Anerkennung der Stiftung aufschiebend bedingter, notariell beurkundeter Schenkungsvertrag zugunsten der Stiftung angeführt. In diesem Fall erlange die Stiftung – „zwar durch vertragliche Konstruktion und nicht nach § 82 BGB“ (sic!) – mit der Anerkennung den Anspruch auf Vermögensausstattung gegen den Schenker.<sup>94</sup> Letztlich soll dieser Anspruch zum Gegenstand der Vermögenswidmung des Stifters gemacht werden. Dies ist jedoch mit dem hiesigen stiftungsrechtlichen Dogmatikverständnis nicht zu vereinbaren. Daran vermag auch die „wirtschaftlich identische Konstellation“<sup>95</sup>, dass zu Gunsten des Stifters ein formwirksames Schenkungsversprechen eines Dritten unter einer entsprechenden Auflage bestehe, nichts zu ändern. Denn in diesem Fall würde der Stifter der Stiftung seinen eigenen Anspruch aus dem Schenkungsversprechen widmen und damit gleichzeitig die Auflage erfüllen. Dieser Fall wird natürlich von § 82 BGB<sup>96</sup> erfasst. Ein Anspruch der Stiftung gegen einen Dritten, namentlich gegen den Schenker, nicht gegen den Stifter selbst, wäre *contra legem* und ist daher abzulehnen.

Mithin bleibt festzuhalten, dass als Stifter nur gelten kann, wer sich im Rahmen des Stiftungsgeschäfts zur Hingabe eigenen Vermögens verpflichtet. Ein seitens des Stifters zur nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks bereits ausreichendes Vermögen ist dann nicht erforderlich, wenn bereits zum Zeitpunkt der behördlichen Anerkennung aufgrund zu erwartender Spenden und Zustiftungen die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint.

### 3. Mitstifter

Auch mehrere Personen können Stifter sein.<sup>97</sup> Man spricht mitunter von sogenannten Mitstiftern.<sup>98</sup> Exemplarisch sind in diesem Zusammenhang sogenannte Bürgerstiftungen zu nennen. Bei einer Bürgerstiftung handelt es sich um eine gemeinnützige Stiftung von Bür-

<sup>94</sup> Backert, in: Bamberger/ Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 81 Rn. 4b.

<sup>95</sup> Backert, a. a. O.

<sup>96</sup> Siehe dazu auch § 82 S. 2 BGB.

<sup>97</sup> BGHZ 70, 313 (320); Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 5; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 80 Rn. 1; Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 11; Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 92; Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 50; Strickrodt, Stiftungsrecht, Geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge, 1977, S. 41; siehe auch Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 124, mit dem Hinweis, dass eine Mehrzahl von Stiftern gleichwohl nicht dem hergebrachten Bild der Stiftung entspreche.

<sup>98</sup> BGHZ 70, 313 (323); Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 267.

gern für Bürger mit einem meist sehr weiten Stiftungszweck, welche sich nachhaltig und dauerhaft für das Gemeinwesen in einem geographisch begrenzten Raum engagiert und in der Regel fördernd und operativ für alle Bürger ihres festgelegten Einzugsgebietes tätig ist.<sup>99</sup> Bürgerstiftungen sind in dieser Hinsicht jedoch kein Einzelfall, denn auch sonst können in praxi oft mehrere Personen gemeinsam das notwendige Grundstockkapital aufbringen.<sup>100</sup>

Bei einer Mehrzahl von Stiftern liegen regelmäßig mehrere gesonderte, einseitige Willenserklärungen vor.<sup>101</sup> Denkbar sind aber auch wechselseitig aufeinander bezogene Erklärungen, etwa dergestalt, dass es sich letztlich für einen um ein Stiftungsgeschäft unter Lebenden, für den anderen um eine Verfügung von Todes wegen handelt.<sup>102</sup> Dass das Stiftungsgeschäft unter Lebenden in einen Vertrag integriert werden kann bzw. gemeinsam von mehreren vorgenommen wird, vermag an der Natur des Stiftungsgeschäfts als einseitiges Rechtsgeschäft nichts zu ändern.<sup>103</sup> Lebhaft diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob der Stifter vertraglich auf das in § 81 II 1 BGB statuierte Widerrufsrecht verzichten könne.<sup>104</sup>

In der vorliegenden Untersuchung soll und kann dies dahingestellt bleiben. Denn grundsätzlich unterscheidet sich das Verhältnis einer Mehrzahl von Stiftern zur Stiftung

---

<sup>99</sup> Siehe etwa *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 76 f., mit weiteren Hinweisen auf die im Zusammenhang mit Bürgerstiftungen diskutierten Probleme hinsichtlich des Stiftungszwecks und der Stiftungsorganisation; siehe auch *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl., 2012, § 2 Rn. 47.

<sup>100</sup> *Werner*, in: *Werner/ Saenger*, Die Stiftung, 2008, Kapitel VII Rn. 267.

<sup>101</sup> *Hof*, in: *Seifart/ v. Campenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 11; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, 1983, S. 139; die Rede ist meist von einem sogenannten Gesamttakt, siehe etwa *Reuter*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 6.

<sup>102</sup> *Hof*, in: *Seifart/ v. Campenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 1, mit Verweis auf BGHZ 70, 313 (321 f.).

<sup>103</sup> *Hof*, in: *Seifart/ v. Campenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 11; *Reuter*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 6; *Hüttemann/ Rawert*, in: *Staudinger*, BGB, 2011, § 81 Rn. 2, mit Verweis auf RGZ 158, 185 (187); *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, 1983, S. 139; a. A. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 92 ff., 105 f., der zwischen dem „Stiftungsgeschäft durch Gesamttakt“, also einer Mehrzahl einseitiger, parallel vorgenommener Stiftungsgeschäfte, und dem „Stiftungsgeschäft durch Vertrag“ differenziert und letztlich die Vornahme des Stiftungsgeschäfts durch Vertrag für zulässig erachtet; dies nicht zuletzt unter Verweis auf selbige, oben angeführte Reichsgerichtsentscheidung. Ausführlich zum Ganzen auch *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 156 f., 158 f. Unbeschadet dessen soll es nach überwiegender Ansicht möglich sein, sich zur Errichtung einer Stiftung zu verpflichten mit der Folge, dass der Vertragspartner insbesondere auf Vornahme des Stiftungsgeschäfts und Beantragung der Anerkennung klagen kann. Vgl. hiezu *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, 1983, S. 139; *Reuter*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 11; *Muscheler*, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, S. 104; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 161; a. A. v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1910, S. 600 f., sowie entgegen früher vertretener Auffassung *Hüttemann/ Rawert*, in: *Staudinger*, BGB, 2011, § 81 Rn. 3.

<sup>104</sup> Siehe dazu *Hüttemann/ Rawert*, in: *Staudinger*, BGB, 2011, § 81 Rn. 2, mit weiteren Nachweisen. Der Bundesgerichtshof geht in einem obiter dictum von der Möglichkeit des vertraglichen Ausschlusses des Widerrufsrechts aus. Vergleiche BGHZ 70, 313 (323). Ein Großteil des Schrifttums steht dieser Möglichkeit generell ablehnend gegenüber. Festzuhalten ist mit *Hof*, in: *Seifart/ v. Campenhausen*, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 56, dass jedenfalls in der vertraglichen Verpflichtung zur Errichtung einer Stiftung noch kein Verzicht auf das Widerrufsrecht des Stifters aus § 81 II 1 BGB liegt.

jedenfalls nicht von demjenigen eines einzelnen Stifters zur Stiftung.<sup>105</sup> Insoweit sieht das Gesetz die Personengruppe insgesamt als den einen Stifter an.<sup>106</sup> Stifterwille ist in diesem Zusammenhang nicht der etwaig divergierende Wille einzelner Stifter – Stiftungserklärung und Stiftungssatzung führen die verschiedenen Stifterwillen zu dem rechtlich maßgebenden einheitlichen Stifterwillen zusammen –, sondern der im Stiftungsgeschäft objektivierte Stifterwille.<sup>107</sup> Für den Fortgang der Untersuchung bedarf eine etwaige Mehrheit von Stiftern daher keiner gesonderten Berücksichtigung.

#### 4. Abgrenzung zu Zustiftern und Spendern

Zuwendungen an eine existierende Stiftung sind in Form der Spende und der Zustiftung möglich.<sup>108</sup> Dies ist abhängig vom Einsatz der empfangenen Mittel bei der begünstigten Stiftung.<sup>109</sup> Spenden sind Zuwendungen, welche in Erfüllung des Stiftungszwecks zum zeitnahen Verbrauch bestimmt sind und nicht dem Stiftungskapital zufließen sollen.<sup>110</sup> Sie sind zu behandeln wie eine Schenkung unter Auflage.<sup>111</sup> Dem Spender ist es grundsätzlich nicht möglich, auf die Geschäftstätigkeit der Stiftung Einfluss zu nehmen.<sup>112</sup> Er hat im Übrigen keine eigentümlich stiftungsrechtliche Funktion.<sup>113</sup> Mithin sind Spender für die vorliegende Untersuchung nicht von Belang.

Für den Begriff der Zustiftung findet sich im BGB keine Definition. In einigen Landesstiftungsgesetzen taucht der Begriff jedoch auf<sup>114</sup> oder wird sogar definiert<sup>115</sup>. In Anlehnung hieran ist eine Zustiftung eine Vermögenszuwendung, die der existierenden Stiftung von außen, also durch Zuführung fremden Vermögens, zugewendet wird, und die der Zuwendende, namentlich der Stifter oder ein Dritter, dazu bestimmt hat, der Stiftung dauerhaft

---

<sup>105</sup> Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 156.

<sup>106</sup> Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, a. a. O.

<sup>107</sup> Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 124; vergleiche auch bereits Stintzing, AcP 88 (1898), 392 (435 f.), mit der Bemerkung, die Mitstifter wollten nicht, „dass mit jedem Beirag eine besondere Stiftung dotirt werde, sondern sie wollen, dass ein Zweck von einer Stiftung durchgeführt werde“. „Die Angabe der Beträge ist nur eine Angelegenheit zwischen den Mitstiftern und hat vor Allem die Bedeutung, kund zu thun, wie viel Jeder zu dem edlen Zweck beigetragen habe.“.

<sup>108</sup> Werner, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel X Rn. 511.

<sup>109</sup> Werner, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel X Rn. 511.

<sup>110</sup> Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 19; Kersting, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (70).

<sup>111</sup> BGH NJW 2004, 1382 f., unter Abgrenzung zur treuhänderischen Vermögensübertragung; Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (477 f.); ders., S. 192 f.; Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 163.

<sup>112</sup> Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 19.

<sup>113</sup> Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 163.

<sup>114</sup> Siehe Art. 19 Nr. 1 des Bayerischen Stiftungsgesetzes.

<sup>115</sup> Siehe etwa § 4 III 2 des Schleswig-Holsteinischen Stiftungsgesetzes oder § 6 II 3 des Saarländischen Stiftungsgesetzes.

zugute zu kommen.<sup>116</sup> Bedeutung erlangen Zustiftungen ebenfalls bei Bürgerstiftungen, da alle nachträglich hinzutretenden Stifter Zustiftungen erbringen.<sup>117</sup> Im Gegensatz zur Spende wird die Zustiftung grundsätzlich<sup>118</sup> dem nicht verbrauchbaren Stiftungsvermögen, dem Stiftungskapital, zugeschlagen.<sup>119</sup> Vermögenszuwendungen mit vom Stiftungszweck abweichender Zweckwidmung können dem Stiftungskapital grundsätzlich nicht zugeführt werden.<sup>120</sup> Auszuweichen ist in einem solchen Fall möglicherweise auf eine unselbständige Stiftung oder die Gründung einer anderen rechtsfähigen Stiftung.<sup>121</sup> Ob eine Zuwendung als Spende oder Zustiftung zu behandeln ist, richtet sich in erster Linie nach dem Willen des Zuwendenden.<sup>122</sup> Ist ein solcher Wille nicht feststellbar, obliegt die rechtliche Einordnung der Zuwendung dem Stiftungsvorstand.<sup>123</sup>

Uneinigkeit besteht bisweilen über die Rechtsnatur der Zustiftung. Diese hat Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem Zustifter und der Stiftung. Auch der Stifter selbst kann zustiften.

Ganz überwiegend erfolgt eine vertragstypologische Einordnung der Zustiftung. Wie die Spende wird die Zustiftung ganz überwiegend als Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB qualifiziert.<sup>124</sup> Vereinzelt wird vertreten, bei der Zustiftung handele es sich nicht um einen Vertrag, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches, um wirksam zu werden, der Zustimmung durch die Stiftung und durch die Stiftungsaufsicht bedürfe.<sup>125</sup> Folglich seien auf die Zustiftung die Vorschriften der §§ 80 ff. BGB analog anzuwenden. Die Ei-

<sup>116</sup> *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 41; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 264; *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 11 f.

<sup>117</sup> *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 14; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl., 2012, § 2 Rn. 47.

<sup>118</sup> Vergleiche hierzu *Werner*, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel X Rn. 511, 526, mit dem Hinweis auf landesrechtliche Regelungen, wonach unter gewissen Voraussetzungen auch Zuwendungen in Form der Spende dem Grundstockvermögen zugeführt werden können, wenn dies etwa zur Erhaltung des Stiftungsvermögens in seinem Wert erforderlich ist. Dabei muss stets und sofern vorhanden der Wille des Zuwendenden Beachtung finden.

<sup>119</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (477 f.).

<sup>120</sup> Zur Frage der Zweckkonformität von Zustiftung und Empfängerstiftung, also inwieweit die Zweckbestimmung von Zustiftungen in Inhalt und Umfang mit der Zweckbestimmung der Empfängerstiftung in Einklang stehen muss, vergleiche *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 274 ff., sowie *Werner*, Die Zustiftung, 2003, S. 71 ff.

<sup>121</sup> Vergleiche hierzu *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 276; siehe auch *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 174, sowie *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 116.

<sup>122</sup> *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 116; vergleiche auch § 4 III 2 des Schleswig-Holsteinischen Stiftungsgesetzes sowie § 6 II 3 des Saarländischen Stiftungsgesetzes.

<sup>123</sup> *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 42.

<sup>124</sup> *Rawert*, DNotZ 2008, 5 (7); *Schauhoff*, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl., 2010, § 3 Rn. 64; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 164; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 500.

<sup>125</sup> *Muscheler*, WM 2008, 1669 ff., freilich entgegen früherer vertretenen Auffassung, siehe dazu *ders.*, AcP 203 (2003), 469 (477 f.).

nordnung der Zustiftung als unentgeltliche Zuwendung unter Auflage erfordere notwendigerweise die Bildung eines Sondervermögens, da nur so die Einhaltung der Auflage nachgewiesen, kontrolliert und gegebenenfalls auf dem Klageweg erzwungen werden könne. Damit aber würde die Grenze zwischen Zustiftung und unselbständiger Stiftung verwischt. Der Zustifter aber strebe vielmehr dieselbe Rechtsstellung an, welche eine Mitstifter beim ursprünglichen Stiftungsgeschäft innehatte. Im Übrigen spreche sowohl der Wortsinn von Zustiftung wie auch der Sinn des Aktes Zustiften für die einseitige Rechtsnatur der Zustiftung.<sup>126</sup>

Zugegebenermaßen hat der Gedanke, dass der Zustifter co-fundator post foundationem und nicht donator<sup>127</sup> sein wolle und die Zustiftung letztlich ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, etwas Reizvolles. Jedenfalls regt ein solcher Ansatz zum Nachdenken an. Denn hier nach stünde gedanklich nicht mehr der Inhalt des Zuwendungsakts im Mittelpunkt, sondern die Absicht des Zuwendenden.<sup>128</sup> Gleichwohl beruht diese Ansicht zum einen auf einem Missverständnis der Zustiftung als Schenkung unter Auflage. Denn grundsätzlich erschöpft sich die Auflage darin, das Zugewendete dem Grundstockvermögen beizugeben.<sup>129</sup> Mit der Überführung in das Grundstockvermögen ist die Auflage aber vollzogen. Die Bildung eines Sondervermögens, dessen auflagengerechte Verwaltung und Verwendung überwacht werden müsste, ist mithin nicht erforderlich.<sup>130</sup> Zum anderen ist nicht nachzuvollziehen, auf welcher Grundlage der Weg für eine analoge Anwendung der das Stiftungsgeschäft regelnden Bestimmungen der §§ 80 ff. BGB bereitet wird. Denn hierfür müssten die für einen Analogieschluss entwickelten Voraussetzungen vorliegen. Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.<sup>131</sup> Zunächst müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Eine solche Lücke besteht nicht, wenn bestimmte Tatbestände bewusst nicht in eine Regelung aufgenommen wurden, weil für sie die entsprechenden Rechtsfolgen nach der Regelungs idee nicht eintreten sollten.<sup>132</sup> In diesem Zusammenhang spricht man auch von einem beredten, qualifizier-

---

<sup>126</sup> Muscheler, WM 2008, 1669 ff.

<sup>127</sup> Muscheler, WM 2008, 1669.

<sup>128</sup> In diesem Sinne auch Reuter, nPoR 2009, 55.

<sup>129</sup> Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 38.

<sup>130</sup> Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 38.

<sup>131</sup> BGH NJW 2003, 1932 f.; Würdinger, AcP 206 (2006), 946 (949); siehe auch Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 191 ff.

<sup>132</sup> Würdinger, AcP 206 (2006), 946 (951).

ten oder planmäßigen Schweigen des Gesetzgebers.<sup>133</sup> Darüber, ob der historische wie auch der Modernisierungsgesetzgeber aus dem Jahre 2002 die Zustiftung bewusst nicht in die Regelungen der §§ 80 ff. BGB aufnahm, geben die Gesetzesmaterialien keinen Aufschluss.<sup>134</sup> Ob es sich gar um ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers handelt, kann aber jedenfalls dann dahingestellt bleiben, wenn eine Analogie letztlich mangels vergleichbarer Interessenlage abzulehnen ist. Gegen eine hinreichende Ähnlichkeit zwischen einer Zustiftung und der Erstdotierung der Stiftung spricht, dass die Stiftung bei der Zustiftung schon besteht, die Vermögenshingabe demnach gerade nicht auf die Schaffung einer neuen Rechtsperson gerichtet ist, sondern ein bereits bestehender Vermögensempfänger bereichert wird.<sup>135</sup> Deshalb ist die Zustiftung auch eine Schenkung.<sup>136</sup> Auch ist es nur sachgerecht, dass der Vertragsschluss unmittelbar zur Leistung des zugesagten Vermögens verpflichtet.<sup>137</sup> Schließlich steht im Falle der Zustiftung nicht noch eine diese „ins Leben rufende“ Anerkennung im Raum. Die vergleichsweise lockere Form des § 81 I 1 BGB<sup>138</sup> kann für eine Zustiftung nicht ausreichen, denn diese Form hängt gerade mit der Unverbindlichkeit des Ausstattungsversprechens des Stifters bis zur Anerkennung der Stiftung zusammen.<sup>139</sup> Das Anerkennungsverfahren trägt dabei das Seine zur Gewährleistung der Warnfunktion bei.<sup>140</sup> Die Zustiftung bedarf stets eines Annahmeaktes und hat damit notwendig Vertragscharakter.<sup>141</sup> Aufgrund der unmittelbaren Verbindlichkeit der Vermögenszusage ist die Formvorschrift des § 518 BGB zu beachten.<sup>142</sup> Andernfalls wäre eine Warnfunktion für den Zustifter kaum zu gewährleisten.<sup>143</sup> Auch dann nicht, wenn man davon ausgeht, die Annahme der Zustiftung erfordere eine genehmigungsbedürftige Änderung der Stiftungssatzung.<sup>144</sup> Die Satzungsänderung ist unter Umständen als Teil der Annahme vom Vorstand zu beschließen, der auch die Genehmigung zu beantragen hat.<sup>145</sup> Der Zustifter ist

<sup>133</sup> Würdinger, AcP 206 (2006), 946 (951), mit Verweis auf *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 39 f.

<sup>134</sup> Insbesondere ist weder dem Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002 (BT-Drucks. 14/8765) noch dem Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19. Oktober 2001 diesbezüglich etwas zu entnehmen.

<sup>135</sup> Schwake, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 210.

<sup>136</sup> Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 14.

<sup>137</sup> Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 37.

<sup>138</sup> Im Gegensatz zur Formvorschrift des § 518 I BGB verlangt § 81 I 1 BGB lediglich Schriftform im Sinne von § 126 BGB.

<sup>139</sup> Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 37.

<sup>140</sup> Reuter, npoR 2009, 55 (59).

<sup>141</sup> Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 266.

<sup>142</sup> Rawert, DNotZ 2008, 5 (7 f.).

<sup>143</sup> Reuter, npoR 2009, 55 (59).

<sup>144</sup> Muscheler, WM 2008, 1669 f. Vergleiche hierzu aber Rawert, DNotZ 2008, 5 (8), mit dem Hinweis, dass heute im Falle einer Zustiftung regelmäßig gar kein verwaltungsbehördliches Genehmigungsverfahren mehr stattfindet.

<sup>145</sup> Reuter, npoR 2009, 55 (59).

aber weder an der Satzungsänderung noch an dem Genehmigungsverfahren beteiligt.<sup>146</sup> Die Annahme, die Zustiftung sei ein einseitiges Rechtsgeschäft und der Zustifter gewissermaßen ein nachträglicher Mitstifter, ist mangels hinreichender Ähnlichkeit abzulehnen. Eine analoge Anwendung der das Stiftungsgeschäft regelnden Bestimmungen der §§ 80 ff. BGB auf Zustiftungen kommt mithin mangels vergleichbarer Interessenlage nicht in Betracht. Damit steht gleichzeitig aber noch nicht fest, inwieweit schenkungsrechtliche Vorschriften im Rahmen der Erstdotierung der Stiftung analoge Anwendung finden können. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

Innerhalb der überwiegenden und richtigen Ansicht besteht Uneinigkeit allein über die Schenkungsform. So wird die Zustiftung einerseits als Schenkung unter Auflage gemäß § 525 BGB qualifiziert.<sup>147</sup> Hiernach erwirbt die Stiftung die Schenkung mit der Auflage, das zugewandte Vermögen in seinem Bestand zu erhalten und es selbst oder seine Erträge dem Zweck der Stiftung gemäß einzusetzen.<sup>148</sup> Andererseits wird die Zustiftung als Zweck-schenkung aufgefasst.<sup>149</sup> Grundsätzlich wird bei einer Zweckschenkung ein über die Bereicherung des Beschenkten hinausgehender Zweck angestrebt, dessen Erreichung nicht nur Motiv oder Wunsch auf Seiten des Schenkers bleibt.<sup>150</sup> Im Unterschied zur Schenkung unter Auflage wird bei einer Zweckschenkung keine vertragliche Einigung über eine einklagbare Verpflichtung getroffen.<sup>151</sup> Es besteht lediglich eine – wenn auch nur stillschweigende – tatsächliche Willensübereinstimmung der Beteiligten über den verfolgten Zweck.<sup>152</sup> Bei Nichterreichen des beabsichtigten Zweckes hat der Schenker einen Konditionsanspruch gemäß § 812 I 2 2. Alt. BGB; fehlt es an einer solchen tatsächlichen Einigung, finden die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB Anwendung.<sup>153</sup> Für die Abgrenzung einer Zweckschenkung von einer Schenkung unter Auflage kommt der Interessenlage Indizwirkung zu.<sup>154</sup> Je mehr die Zweckerreichung den Belangen des Schenkers oder eines Dritten dient, desto mehr spricht für eine AufLAGENSchenkung.<sup>155</sup> Eine Zweckschenkung liegt insbesondere dann nahe, wenn die Zweckerreichung

---

<sup>146</sup> Reuter, nPoR 2009, 55 (59).

<sup>147</sup> So etwa Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 265; Hof, in: Seifart/ v. Campenhäusen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 173; Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 37 ff.; in diese Richtung auch BGH NJW 2004, 1382 f.

<sup>148</sup> Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 265.

<sup>149</sup> Werner, Die Zustiftung, 2003, S. 124 ff.; dies., in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel X Rn. 525; Peiker, Hessisches Stiftungsgesetz, 4. Aufl., 2009, § 1 Erläuterung 4.

<sup>150</sup> Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 525 Rn. 16.

<sup>151</sup> BGH NJW 1984, 233.

<sup>152</sup> BGH NJW 1984, 233.

<sup>153</sup> Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 525 Rn. 8; Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 525 Rn. 16.

<sup>154</sup> Gehrlein, in: Bamberger/ Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 525 Rn. 7; Mühl/ Teichmann, in: Soergel, 12. Aufl., 1997, § 525 Rn. 6.

<sup>155</sup> Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 525 Rn. 8.



dem Interesse des Beschenkten dient und wenn nach dem Charakter der Zweckbestimmung die Durchsetzung im Klageweg ohnehin nicht möglich ist.<sup>156</sup> Bei einer Zustiftung stehe nun das Interesse der empfangenden Stiftung im Vordergrund, denn deren Vermögen solle gestärkt und eine langfristige Zweckerfüllung ermöglicht werden. Für die Zweckerreichung, welche die Verwirklichung ihrer eigenen Zwecke sei, könne die Stiftung dem Zustifter gegenüber keine rechtliche Verpflichtung eingehen. Ein eigenes Klagerecht des Zustifters im Bezug auf die Erfüllung der Stiftungszwecke widerspräche der Anspruchssystematik im Stiftungsrecht. Zum Wohle der Stiftungsautonomie bestehe ein weitgehender Ausschluss der gegen die Stiftung gerichteten Ansprüche und Einwirkungen. Die Bestimmung zur satzungsgemäßen Verwendung sei mithin weder eine auf der Zuwendung liegende Last noch eine Auflage im Sinne von § 525 BGB.<sup>157</sup>

Der Stichhaltigkeit dieser Argumente soll an dieser Stelle nicht nachgegangen werden. Ob die Zustiftung eine Zweckschenkung darstellt oder als Schenkung unter Auflage zu qualifizieren ist, ist für den Fortgang der Untersuchung nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Von Interesse ist hingegen, auf welcher Grundlage die zur Einordnung der Zustiftung als Zweckschenkung herangezogene Argumentation, insbesondere ein so beschriebener systemimmanenter Ausschluss<sup>158</sup>, steht. Der Versuch, darüber Aufschluss zu geben, soll im Fortgang unternommen werden.

## B. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Verfassungsrechtliche Vorgaben könnten erste Anhaltspunkte für ein besonderes, zwischen Stifter und Stiftung bestehendes Rechtsverhältnis ergeben. Ein ausdrückliches Recht auf Stiftungserrichtung sehen weder das Grundgesetz noch die Länderverfassungen<sup>159</sup> vor.<sup>160</sup> Nach allgemeiner Auffassung steht dem Stifter aber ein Grundrecht auf Stiftung zu, welches er mit Errichtung der Stiftung ausübt.<sup>161</sup> Uneinigkeit besteht einzig in der dogmatischen Herleitung dieses Grundrechts.<sup>162</sup> So werden zur Begründung vereinzelt Spezial-

<sup>156</sup> Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 525 Rn. 17.

<sup>157</sup> Werner, Die Zustiftung, 2003, S. 126 f., 129 f.

<sup>158</sup> Werner, Die Zustiftung, 2003, S. 126 f.

<sup>159</sup> Landesverfassungsrechtliche Grundlagen bleiben im Übrigen außer Betracht.

<sup>160</sup> Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 20.

<sup>161</sup> Siehe nur Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 108 ff.; vergleiche diesbezüglich zur juristischen Person des öffentlichen Rechts als Stifter Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 4 Rn. 100 ff.; zur nicht merklich anderen Meinungslage vor der Modernisierung des Stiftungsrechts im Jahre 2002 vergleiche Hof, in: Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 301 (327 ff.), insbesondere auch mit dem Hinweis auf die Gegenposition Sachsens, in: FS Leisner, 1999, S. 955 (957 ff.); a. A. ebenfalls Muscheler, Stiftungsrecht, Gesammelte Beiträge, 2. Aufl., 2011, S. 51 f.

<sup>162</sup> Vergleiche hierzu etwa Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, Vor §§ 80 ff. Rn. 28 ff.; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 22 ff.; Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 108 ff.

grundrechte wie etwa Art. 14 I GG, Art. 4 I, II GG, Art. 5 I, III GG, Art. 6 I GG sowie Art. 7 IV GG herangezogen.<sup>163</sup> Auch auf die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG wird mitunter im Zusammenspiel mit Art. 14 I GG abgestellt.<sup>164</sup> So sei Stiften etwa als freiwillige Vermögensverwendung zu privatautonomen Zwecken primär durch Art. 14 I GG geschützt, wohingegen der auf die Schaffung der juristischen Person gerichtete Organisationsakt Art. 2 I GG unterfalle.<sup>165</sup> Ebenso finden sich Begründungsansätze, wonach in erster Linie auf Art. 2 I GG abzustellen ist.<sup>166</sup> Vereinzelt wird bisweilen eine Differenzierung nach Stiftungszwecken vorgenommen, mit der Folge, dass die dem Grunde nach anerkannte Stifterfreiheit nur hinsichtlich gemeinwohlbezogener Stiftungen zu gewähren sei.<sup>167</sup>

Festzuhalten ist, dass hinsichtlich der Existenz des Grundrechts auf Stiftungserrichtung weitestgehend Einigkeit besteht. Im Übrigen hat der Modernisierungsgesetzgeber grundsätzlich das Bestehen eines Grundrechts auf Stiftungserrichtung anerkannt und mit dem einfachgesetzlichen Anspruch nach § 80 II BGB bestärkt.<sup>168</sup> Eine Auseinandersetzung mit der Gegenauffassung erübrigt sich folglich. Die verschiedenen Begründungsansätze für besagtes Grundrecht sind wiederum für die vorliegende Untersuchung nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Wiewohl trefflich darüber gestritten werden könnte, inwiefern etwa ein Rückgriff auf den sogenannten funktionalen Stiftungsbegriff nötig ist, infolgedessen primär Art. 14 I GG, aber auch Art. 2 I GG zur Anwendung gelangt.<sup>169</sup> Gleiches gilt für den Begründungsansatz, demzufolge das Grundrecht auf Stiftung nur hinsichtlich gemeinwohlbezogener Stiftungen Geltung beanspruchen soll.<sup>170</sup>

### C. Bürgerlichrechtliche Grundlagen

Neben der Existenz des Grundrechts auf Stiftungserrichtung könnten bürgerlichrechtliche Grundlagen zu weiteren Erkenntnissen für ein Verhältnis zwischen Stifter und Stiftung

<sup>163</sup> Siehe *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 23; vergleiche auch bereits *Frowein*, Grundrecht auf Stiftung, 1976, S. 11 ff.

<sup>164</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 33 f.; *Rawert*, in: FS Reuter, 2010, S. 1323 (1331 ff.).

<sup>165</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 33 f.; *Rawert*, in: FS Reuter, 2010, S. 1323 (1331 ff.).

<sup>166</sup> So etwa *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 4 Rn. 8 ff.

<sup>167</sup> *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, Vor §§ 80 ff. Rn. 31 ff.; *Walz*, ZSt 2004, 133 (139 f.), zufolge erfasst der Schutz nicht jede gemeinwohlkonforme Allzweckstiftung, sondern nur Zwecke, die generationenübergreifend in der objektiven Ordnung des Grundgesetzes angelegt sind; Sympathie bezeugend *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 108 ff.

<sup>168</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 110; siehe auch BT-Drucks. 14/8765, S. 8.

<sup>169</sup> So *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 32 ff.

<sup>170</sup> Näher hierzu *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 4 Rn. 23, 49, 54.

führen. Dabei werden neben den genuin stiftungsrechtlichen Regelungen der §§ 80 ff. BGB besonders die schenkungsrechtlichen Vorschriften der §§ 516 ff. BGB zu würdigen sein.

### *I. Stiftungsrecht, §§ 80 ff. BGB*

Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts<sup>171</sup> aus dem Jahre 2002 hat die Grundstrukturen des Stiftungsrechts nicht merklich verändert.<sup>172</sup> Neben dem schon vormals bestehenden Rechtsanspruch des Stifters auf Anerkennung der Stiftung<sup>173</sup>, welcher nunmehr aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in § 80 II BGB niedergeschrieben ist, sind vor allem die Regelungen der §§ 80 f. BGB hervorzuheben, welche die materiellrechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine Stiftung Rechtsfähigkeit erlangt, nun einheitlich und abschließend regeln.<sup>174</sup>

Im Errichtungsstadium verfügt der Stifter gemäß § 81 II 1 und 2 BGB über ein Widerrufsrecht. Bis zur Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig ist er gemäß § 81 II 1 BGB zum Widerruf des Stiftungsgeschäfts berechtigt. Nach § 85 BGB hat der Stifter die Möglichkeit, die Verfassung der Stiftung festzulegen und die Stiftung so zu gestalten.<sup>175</sup> Diese Regelungen allein lassen jedenfalls noch keine Anknüpfungspunkte für ein besonderes zwischen Stifter und Stiftung bestehendes Band erkennen.

Auch die Vorschrift des § 82 BGB vermag schließlich im Rahmen der Errichtungsphase keine Erkenntnisse zu liefern. Die Norm regelt den Vermögenserwerb der Stiftung sowie die Haftung des Stifters für die Übertragung des der Stiftung im Stiftungsgeschäft zugesicherten Vermögens.<sup>176</sup> Mit dem Erwerb der Rechtsfähigkeit infolge der Anerkennung durch die Stiftungsbehörde erwirbt die Stiftung damit einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Stifter auf Übertragung der im Stiftungsgeschäft zugesagten Vermögenswerte.<sup>177</sup> Der Anwendungsbereich des § 82 BGB betrifft damit jedenfalls das Stadium nach der behördlichen Anerkennung der Stiftung; im Rahmen der vorliegend gewählten Unterteilung mithin die operative Phase. Diese bildet folglich den geeigneten Rahmen, auf die Bedeutung und den Aussagegehalt der Regelung des § 82 BGB einzugehen.

---

<sup>171</sup> BGBl. 2002 I, S. 2634.

<sup>172</sup> *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 1.

<sup>173</sup> Ausführlich hierzu *Schwarz*, DStR 2002, 1718 (1720); *Nissel*, Das neue Stiftungsrecht, 2002, S. 41 Rn. 90.

<sup>174</sup> *Schwarz*, DStR 2002, 1718 f.; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 1; *Nissel*, Das neue Stiftungsrecht, 2002, S. 41 Rn. 88; *Reuter*, in: Hüttemann/ Richter/ Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Kapitel 3 Rn. 14; *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 16; *Muscheler*, NJW 2004, 713; a. A. wohl *Peiker*, ZSt 2003, 47 (48 f.), sowie *Backert/ Carstensen*, ZIP 2003, 284.

<sup>175</sup> *Aigner*, Der Schutz der Stiftung vor Einflussnahme Dritter, 2000, S. 29; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 115.

<sup>176</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 82 Rn. 1.

<sup>177</sup> *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 82 Rn. 1.

## II. *Schenkungsrecht, §§ 516 ff. BGB*

Fraglich ist, ob das Schenkungsrecht Erkenntnisse für ein etwaiges Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung bereithält. Dazu müssten die schenkungsrechtlichen Vorschriften der §§ 516 ff. BGB Anwendung finden können.

### 1. Unmittelbare Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften

Für die unmittelbare Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften müsste die Stiftungserrichtung durch das Stiftungsgeschäft als Schenkung im Sinne von § 516 I BGB einzuordnen sein. Die hierfür erforderlichen Tatbestandsmerkmale liegen jedoch nicht vor. Insbesondere handelt sich beim Stiftungsgeschäft nicht um eine vertragliche Einigung, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft.<sup>178</sup> Dieses ist auf die Begründung einer juristischen Person gerichtet, wohingegen die Schenkung eine Zuwendung an einen bereits bestehenden Zuwendungsempfänger beinhaltet.<sup>179</sup>

### 2. Analoge Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften

Das Stiftungsgeschäft besteht aus einem vermögensrechtlichen Teil, dem sogenannten Zuwendungsversprechen, und einem organisationsrechtlichen Teil, welcher auf die Schaffung einer juristischen Person gerichtet ist.<sup>180</sup> Fraglich ist, ob nicht eine analoge Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts in Betracht zu ziehen ist. Für eine solche Übertragung schenkungsrechtlicher Vorschriften auf das Zuwendungsversprechen des Stifters müssten die für einen Analogieschluss entwickelten Voraussetzungen vorliegen, namentlich eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.

#### a) Planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes

Bei der Ergründung einer planwidrigen Unvollständigkeit ist der dem Gesetz zugrundeliegende Regelungsplan im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu ermit-

---

<sup>178</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rn. 1166.

<sup>179</sup> Statt aller *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 205; anders noch RGZ 5, 138 (141 ff.), allerdings vor Inkrafttreten des BGB.

<sup>180</sup> Vergleiche hierzu etwa *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 3; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 16; *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 119; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 78 ff.; *K. Schmidt*, in: Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175 (181); a. A. *Muscheler*, ZEV 2003, 41 (49); *ders.*, AcP 203 (2003), 469 f.

teln.<sup>181</sup> Eine planwidrige Regelungslücke kann dabei nicht nur nachträglich entstehen, sondern gleichfalls von Anfang an bestanden haben.<sup>182</sup> Im letzteren Falle kann weiter unterschieden werden zwischen einer bewussten und einer unbewussten Regelungslücke.<sup>183</sup> Eine unbewusste Regelungslücke kann vorliegen, wenn der Gesetzgeber ein regelungsbedürftiges Problem übersehen hat.<sup>184</sup> Eine bewusste Regelungslücke ist gegeben, wenn der Gesetzgeber eine Frage offen gelassen hat, um sie der Entscheidung durch die Rechtsprechung und die Wissenschaft zu überlassen.<sup>185</sup> Im Falle eines solch bewussten Offenlassens einer Frage ist grundsätzlich auch ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass vom Standpunkt der Gesamtrechtsordnung eine Planwidrigkeit vorliegt.<sup>186</sup> Hiervon deutlich zu trennen ist der Fall, dass der Gesetzgeber bestimmte Tatbestände bewusst nicht in eine Regelung aufgenommen hat, weil für sie die entsprechenden Rechtsfolgen nach der Regelungsidee nicht eintreten sollten.<sup>187</sup> In einem solchen Fall wäre eine planwidrige Regelungslücke naturgemäß zu verneinen.

Gegenstand der Diskussion zum damaligen Zeitpunkt war die Frage, ob auf die Gewährleistungspflicht des Stifters die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Schenkers entsprechende Anwendung finden sollten.<sup>188</sup> Eine diesbezügliche Regelung unterblieb letztlich einzig deshalb, weil sie zu dem nicht beabsichtigten Umkehrschluss hätte Anlass geben können, hinsichtlich anderer Fragen seien schenkungsrechtliche Vorschriften bei der Stiftungserrichtung schlechterdings unanwendbar.<sup>189</sup> Der Weg sollte demnach für den konkreten Einzelfall oder die jeweilige Vorschrift offen gehalten werden.<sup>190</sup> Der historische Gesetzgeber ging mithin davon aus, dass Praxis und Lehre im Wege der Analogie von selbst zur Anwendung einzelner schenkungsrechtlicher Normen gelangten.<sup>191</sup> Eine bewusste Regelungslücke im obigen Sinne liegt also vor. Der Verzicht auf eine gesetzliche Verankerung, mithin auf eine ausdrückliche Klarstellung, mag insbesondere darin begründet sein, dass der Gesetzgeber eine generelle Anwendung schenkungsrechtlicher Vorschriften hätte vorsehen müssen, deren Legitimation stets für den jeweiligen Fall zu

<sup>181</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Einleitung Rn. 55.

<sup>182</sup> *Pawlowski*, Einführung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2000, § 7 Rn. 213.

<sup>183</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 134; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Einleitung Rn. 55.

<sup>184</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Einleitung Rn. 55.

<sup>185</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 134; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Einleitung Rn. 55.

<sup>186</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 134.

<sup>187</sup> Vergleiche hierzu *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (951).

<sup>188</sup> Ausführlich *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (487 ff.).

<sup>189</sup> *Medicus*, in: FS Heinrichs, 1998, S. 381 (387); *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 662.

<sup>190</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (492, 498).

<sup>191</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (487 ff.); *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 59 ff.; siehe auch *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899, S. 662.

überprüfen gewesen wäre.<sup>192</sup> So gesehen lässt sich letztlich von einer Art Planwidrigkeit sprechen, wenn auch auf diesen Aspekt im vorliegenden Fall nicht mit letzter Konsequenz abzustellen ist oder abgestellt werden kann.<sup>193</sup>

## b) Vergleichbare Interessenlage

Für eine Analogie müssten der vermögensrechtliche Teil des Stiftungsgeschäfts und eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB gleich zu bewerten sein. Insoweit müsste eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Aufgrund des eben dargelegten Willens des historischen Gesetzgebers, namentlich der grundsätzlichen Befürwortung einer Analogie zum Schenkungsrecht, kann es nicht ausschließlich darauf ankommen, ob die einzelnen Begriffsmerkmale der Schenkung gemäß § 516 BGB dem Grunde nach übertragen werden können. Um dem Willen des historischen Gesetzgebers Rechnung zu tragen, sind vielmehr einzelne, einem etwaigen Verhältnis zwischen Stifter und Stiftung möglicherweise genauere Konturen verleihende Vorschriften auf eine hinreichende Ähnlichkeit mit dem Zuwendungsversprechen des Stifters zu untersuchen. Dabei sind Regelungskomplexe zu bilden, welche jeweils für sich zu betrachten und auf ihre Übertragbarkeit auf das Stiftungsrecht zu prüfen sind.<sup>194</sup> Schließlich beinhaltet jeder vorliegend in Betracht kommende Regelungskomplex eine eigene *ratio legis*.<sup>195</sup>

Dennoch ist kurz auf die der Handschenkung gemäß § 516 I BGB zugrundeliegenden Tatbestandselemente einzugehen. Eine Handschenkung im Sinne von § 516 I BGB ist gegeben, wenn der Schenker aus seinem Vermögen eine Zuwendung an den Beschenkten erbringt, durch die dieser bereichert wird, soweit sich beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind.<sup>196</sup> Demgemäß bedarf es einer Zuwendung des Schenkers, einer Entreichung des Schenkers, einer Bereicherung auf Seiten des Beschenkten sowie einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.<sup>197</sup> Dass das Stiftungsgeschäft mangels Vertagscharakters auch keine vertragliche Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwen-

---

<sup>192</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (491 f.)

<sup>193</sup> Angesichts dieser historischen und teleologischen Erwägungen liegt *Medicus*, in: FS Heinrichs, 1998, S. 381 (387), zufolge nicht einmal eine „planwidrige“ Unvollständigkeit vor. Vielmehr sei von einer beabsichtigten Unvollständigkeit auszugehen. Unbeschadet dieser terminologischen Einstufung vertritt *Medicus* aber in der Sache nichts anderes. Seine begriffliche Fassung hat sogar etwas Klarstellendes für sich. Vergleiche auch *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 134, mit dem Hinweis, es sei verhältnismäßig selten, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage absichtlich offenlasse. Ferner *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 68, mit der Feststellung, dass in diesem Fall praktisch eine Art Anweisung des Gesetzgebers vorliege, wie zu verfahren sei.

<sup>194</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (498); ihm folgend *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 120 ff.; vergleiche auch *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 26 ff.

<sup>195</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (498).

<sup>196</sup> *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger, BGB, 2005, § 516 Rn. 16.

<sup>197</sup> Vergleiche etwa *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 516 Rn. 2 ff.

dung enthält, unterliegt keinem Zweifel. Dies vermag aber nichts daran zu ändern, dass auch die Zuwendung des Stifters eine unentgeltliche Leistung beinhaltet.<sup>198</sup> Denn unentgeltlich ist eine Zuwendung dann, wenn sie unabhängig von einer Gegenleistung geschieht.<sup>199</sup> Der Stifter erhält aber für seine Zuwendung keine Gegenleistung. Dies gilt nicht einmal für den Fall der Errichtung einer Familienstiftung und der damit verbundenen Erwartung eigenen Nutzens von der Stiftung, wenn etwa bedürftige Familienmitglieder unterstützt werden sollen, denen der Stifter Unterhalt schuldet, sodass die Stiftung ihm gerade die Unterhaltslast abnimmt.<sup>200</sup> Denn letztlich erfolgen die Leistungen an die Destinatäre in Gemäßheit der Stiftungssatzung, nicht etwa leistet die Stiftung auf fremde, namentlich des Stifters Schuld.<sup>201</sup> Das weitere Merkmal der Entreicherung des Schenkers liegt dann vor, wenn mit der Schenkung eine dauerhafte Verminderung der gegenwärtigen Vermögenssubstanz des Schenkers einhergeht.<sup>202</sup> Gemäß § 82 S. 1 BGB ist der Stifter verpflichtet, das im Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. Der Stifterwille wird letztlich im Stiftungszweck verkörpert. Der Stiftungszweck kann nach Anerkennung der Stiftung grundsätzlich auch vom Stifter nicht mehr einseitig geändert werden.<sup>203</sup> Im Wege der Stiftungserrichtung trennt sich der Stifter grundsätzlich endgültig von seinem für Stiftungszwecke bereitgestellten Vermögen. Damit ist eine dauerhafte Verminderung seiner gegenwärtigen Vermögenssubstanz verbunden. Eine Entreicherung in diesem Sinne unterliegt daher ebenfalls keinen Bedenken. Schließlich dürfte auch eine Bereicherung der Stiftung nicht ausgeschlossen sein. Im Schenkungsrecht muss die Bereicherung des Beschenkten das Ergebnis der Zuwendung darstellen, was rein objektiv zu beurteilen ist und wofür eine materiellrechtliche, dauerhafte und nicht nur vorübergehende oder formale Vermögensmehrung erforderlich ist.<sup>204</sup> Zweifel könnten insofern bestehen, als die Stiftung das ihr zugewandte Vermögen zweckentsprechend zu verwenden hat, es insbesondere an die Begünstigten verteilen muss und folglich eventuell nur als Durchgangsstelle oder Treuhänder fungiert.<sup>205</sup> Zu beachten ist jedoch, dass die Stiftung nicht das Stiftungskapital, sondern nur die Stiftungserträge oder Teile derselben an die Begünstigten weitergibt.<sup>206</sup> Ferner ist die Stiftung Eigentümerin des Stiftungsvermögens.<sup>207</sup> Die Zweckgebundenheit des Vermögens per se kann insbesondere vor dem Hintergrund des Rechtsinstituts der Schenkung unter

<sup>198</sup> Hüttemann, in: FS Werner, 2009, S. 85 (93).

<sup>199</sup> Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 516 Rn. 8.

<sup>200</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (474 f.).

<sup>201</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (476); a. A. Medicus, in: FS Heinrichs, 1998, S. 381 (390).

<sup>202</sup> Gehrlein, in: Bamberger/ Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 516 Rn. 4.

<sup>203</sup> Nissel, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel VI Rn. 233 ff.

<sup>204</sup> Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 516 Rn. 6.

<sup>205</sup> Vergleiche Kersting, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (64); Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (474).

<sup>206</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (475).

<sup>207</sup> Vergleiche oben A. I. 3.

Auflage im Sinne der §§ 525 – 527 BGB ebenfalls kein Ausschlusskriterium darstellen.<sup>208</sup> Im Übrigen geht es stets um die Tätigkeit der Stiftung selbst.<sup>209</sup> Denn die Mittelzuwendung dient der Zweckförderung und insofern gerade dem Lebens- bzw. Daseinszweck der Stiftung selbst.<sup>210</sup> Dementsprechend handelt es sich bei der Mittelzuwendung auch um einer dauerhafte, nicht nur formale Vermögensmehrung. Damit kann dem Grunde nach auch eine Bereicherung angenommen werden. Mithin stehen die Begriffsmerkmale der Schenkung gemäß § 516 BGB einer Analogie jedenfalls nicht von vornherein entgegen.

Fortan sind gesondert diejenigen schenkungsrechtlichen Vorschriften zu würdigen, welche eine vergleichbare Interessenlage mit dem vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts aufzuweisen versprechen. Von Interesse sind dabei ausschließlich diejenigen Normen der §§ 516 ff. BGB, welche eine gewisse Bedeutungskraft im „Innenverhältnis“<sup>211</sup> zwischen Stifter und Stiftung entfalten könnten. Die Frage nach der Anwendbarkeit von auf die Schenkung bezogenen drittschützenden Sondervorschriften<sup>212</sup> im Hinblick auf das Zuwendungsversprechen des Stifters steht dabei nicht im Zentrum der Überlegungen.<sup>213</sup> Nachfolgend sollen nunmehr die Haftung des Schenkers (§§ 521 – 524 BGB), die Rechte des Schenkers bei eigener Verarmung (§§ 519, 528 f. BGB), das Widerrufsrecht des Schenkers wegen groben Undanks (§§ 530 ff. BGB) sowie die Vorschriften über die Schenkung unter Auflage (§§ 525 – 527 BGB) auf ihre Übertragbarkeit auf das Zuwendungsversprechen des Stifters untersucht werden.

#### aa) Das Widerrufsrecht des Schenkers wegen groben Undanks nach §§ 530 ff. BGB

Fraglich ist, ob die Regelungen der §§ 530 ff. BGB aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts angewandt werden können. Dazu müsste eine hinreichende Ähnlichkeit mit der in den §§ 530 ff. BGB geregelten Situation zu bejahen sein. Bei den §§ 530 ff. BGB handelt es sich um einen Sonderfall der Störung der Geschäftsgrundlage.<sup>214</sup> Dem liegt der Gedanke eines ethischen Gebotes zugrunde, welches in Fällen erheblicher Abweichungen von der Sozialmoral die moralische Geschäftsgrundlage der Schenkung als entfallen ansieht und dem Schenker infolgedessen

<sup>208</sup> Kersting, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (64); Hüttemann, in: FS Werner, 2009, S. 85 (93).

<sup>209</sup> Medicus, in: FS Heinrichs, 1998, S. 381 (390).

<sup>210</sup> Hüttemann, in: FS Werner, 2009, S. 85 (93); Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (475 f.); vergleiche auch bereits RGZ 71, 140 (143).

<sup>211</sup> So die plakative Umschreibung Muschelers, AcP 203 (2003), 469 (496); siehe auch Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 23.

<sup>212</sup> In Betracht kommen beispielsweise § 2287 BGB; §§ 2325 ff. BGB; § 134 InsO; § 4 AnfG.

<sup>213</sup> Vergleiche hierzu Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (487 ff.); Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 22 f.; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 25.

<sup>214</sup> Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 530 Rn. 1.



ein Widerrufsrecht einräumt.<sup>215</sup> Mit diesen Regelungen wurde eine alte Rechtstradition übernommen.<sup>216</sup> Bei diesem besonderen Fall nachvertraglichen Fehlverhaltens muss sich das Fehlverhalten auf den Vertragspartner beziehen, nicht auf den Vertragsgegenstand.<sup>217</sup> Für den Beschenkten handelt es sich bei der Vermeidung grob undankbaren Verhaltens um eine Obliegenheit.<sup>218</sup> Anstelle einer kasuistischen Aufzählung einzelner Widerrufsgründe gibt das Gesetz dabei dem richterlichen Ermessen den Vorzug.<sup>219</sup> Legitimationsgrundlage des Widerrufsrechts ist die Einordnung der Schenkung als Vertrag, nicht hingegen als einseitiges Rechtsgeschäft des Schenkers.<sup>220</sup> Schließlich tritt der Beschenkte erst durch die Annahme des Schenkungsantrags in eine Art Pietätsverhältnis, welches eine derartige Rechtsobliegenheit zu begründen vermag.<sup>221</sup>

Uneinigkeit besteht über die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 530 BGB unter Beteiligung einer juristischen Person, und zwar sowohl in ihrer Rolle als Schenkerin wie auch als Beschenkte.<sup>222</sup> Im Falle einer juristischen Person als Beschenkte wird eingewandt, diese könne sich nicht als undankbar erweisen, da hierfür außer einer entsprechenden objektiven Verfehlung auch subjektiv eine tadelnswerte Gesinnung erforderlich sei, die eine juristische Person nicht entwickeln könne.<sup>223</sup> Dem wird insbesondere eine Verkennung der im Verbandsrecht erfolgenden Eigenzurechnung<sup>224</sup> entgegengehalten. Im Gegensatz zur sogenannten Vertretertheorie, wonach die juristische Person selbst nicht fähig zum Wollen und Handeln ist, weshalb Dritte, namentlich ihre Vertreter dies erledigen<sup>225</sup>, sei die heute anerkannte Organtheorie zu berücksichtigen, derzufolge der Verband selbst mittels seiner Organe Willens- und Handlungsträger ist.<sup>226</sup><sup>227</sup> Wenn aber der juristischen Person das Handeln, das Wissen und das Wollen ihrer Organe als Eigenhandeln zuzurechnen sei, und nicht etwa ein Handeln des Vertreters darstelle, so könne jedes allein vertretungsberechtigte Organmitglied der beschenkten juristischen Person groben Undank üben.<sup>228</sup> Mithin sei ein un-

<sup>215</sup> Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 121.

<sup>216</sup> Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 530 Rn. 1, mit weiteren Nachweisen; vergleiche auch Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1899, S. 168, 756.

<sup>217</sup> Herrmann, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, § 530 Rn. 1.

<sup>218</sup> Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 530 Rn. 1.

<sup>219</sup> Gehrlein, in: Bamberger/ Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 530 Rn. 1.

<sup>220</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (499).

<sup>221</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (499); Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 530 Rn. 3.

<sup>222</sup> Siehe Gehrlein, in: Bamberger/ Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 530 Rn. 3, unter Verweis auf die sich gegenüberstehenden Ansichten.

<sup>223</sup> OLG Düsseldorf NJW 1966, 550; siehe auch Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 530 Rn. 1.

<sup>224</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 250 ff.

<sup>225</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 250.

<sup>226</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 250.

<sup>227</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (500); Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 243 f.

<sup>228</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (500).

dankbares Verhalten eines Organmitglieds auch als diesbezügliche Verfehlung der juristischen Person zu werten.<sup>229</sup> Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als das Handeln der Organe dem Verband als Eigenhandeln zuzurechnen ist, wiewohl es sich dabei nicht um rechtsethisch verantwortliches Eigenhandeln im natürlichen Sinne handelt.<sup>230</sup> Der Umstand, dass es sich bei der rechtsfähigen Stiftung um eine juristische Person handelt, stünde ihrer Eigenschaft als Beschenkte im Sinne von § 530 BGB demnach nicht entgegen.

Schwierig gestaltet sich hingegen die erforderliche Annahme des Schenkungsantrags und ein damit einhergehendes Pietätsverhältnis. Die Annahmeerklärung des Beschenkten gilt als Voraussetzung für das Entstehen der entsprechenden Dankbarkeitsbeziehung<sup>231</sup> zwischen ihm und dem Schenker. Im Rahmen des Stiftungsgeschäfts fehlt aber eine derartige moralische oder rechtliche Stellungnahme seitens der Stiftung.<sup>232</sup> Der Stifter stattet die Stiftung mit einem gewissen Vermögen aus. Eine Annahmeerklärung ist mit dem den §§ 80 ff. BGB zugrundeliegenden Regelungsverständnis nicht zu vereinbaren. Eine Dankbarkeitsbeziehung ist auf diesem Wege nicht zu begründen.

An diesem Punkt wird nun vereinzelt vertreten, es gebe auch Schenkungen, welche ohne eine tatsächliche Annahmeerklärung des Beschenkten zustande kämen und auf welche die Vorschrift des § 530 BGB ebenfalls anwendbar sei. So handele es sich bei dem zwischen Stifter und Stiftung bestehenden Rechtsverhältnis um das eines fingierten Schenkungsvertrages. Das Gesetz bilde durch unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen in den Fällen der §§ 516, 518 BGB und des § 82 BGB materiellrechtlich identische Rechtsverhältnisse. Dabei seien insbesondere Parallelen zu der in § 516 II BGB geregelten Situation ersichtlich, wonach eine Annahmeerklärung fingiert werde, wenn eine Annahme oder eine Ablehnung unter den in § 516 II 1 und 2 BGB genannten Voraussetzungen ausbleibe. Dabei wird nicht übersehen, dass eine entsprechende Aufforderung zur Erklärung der Stiftung mangels Existenz schlechterdings (noch) gar nicht zugehen könne. Auch eine Ablehnung des Anspruchs aus § 82 BGB auf das im Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen sei der Stiftung gar nicht möglich, denn er entstehe erst mit ihrer Anerkennung als rechtsfähig. Es bestehe insoweit auch kein Schwebezustand im Sinne von § 516 II BGB, welchen es zu beenden gelte. Ein Schenkungsvertrag werde im Stiftungsrecht jedoch „unmittelbar fingiert“<sup>233</sup>. So wie im Schenkungsrecht gemäß § 516 II BGB durch eine fingierte Annahmeerklärung ein Dankbarkeitsverhältnis im Sinne von § 530 BGB entstehen könne, geschehe dies im Stiftungsrecht über § 82 BGB. In der Verpflichtung des Stifters aus § 82 S.1 BGB könne „in-

---

<sup>229</sup> Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 530 Rn. 14.

<sup>230</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 253.

<sup>231</sup> Vergleiche Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 244.

<sup>232</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (501).

<sup>233</sup> Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 193, 195.

folge seiner Willenserklärung mit seinem personalisierten Willen kaum ein Minus zum Vertragsschluss mit einer anderen Person liegen“<sup>234</sup>. Ein Vertragsschluss sei lediglich aus konzeptionellen Gründen ausgeschlossen worden, da die Stiftung ansonsten von Gesetzes wegen zum Abschluss des Vertrages hätte verpflichtet werden müssen. Eine Annahmeerklärung seitens der Stiftung sei faktisch ersetzt worden durch die Entstehung des Anspruchs unmittelbar mit dem Inhalt des Stiftungsgeschäfts. So werde der Vertragsschluss durch das Gesetz ersetzt und ein gesetzliches Rechtsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Charakter entstehe. Der Vertragsschluss sei mithin wegen des gesetzlichen Schuldverhältnisses unnötig.<sup>235</sup>

Im Ergebnis stünde hiernach jedenfalls das Nichtvorliegen eines tatsächlichen Vertragsabschlusses der Anwendbarkeit des § 530 BGB im Verhältnis zwischen Stifter und Stiftung nicht entgegen. Dem ist so nicht zuzustimmen. Beim Stiftungsgeschäft handelt es sich wie etwa bei der Auslobung nach § 657 BGB um den Fall einer Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft.<sup>236</sup> Trotz des Anerkennungserfordernisses handelt es sich aber bei § 82 BGB nicht um ein gesetzliches, sondern um ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis.<sup>237</sup> Dabei ist das Stiftungsgeschäft eine eigenständige, von der causa donationis zu unterscheidende causa, nämlich dominii transferendi wie auch obligandi.<sup>238</sup> Ferner wird dem Umstand, dass das dem § 530 BGB innewohnende Pietätsverhältnis gerade auf der Annahmeerklärung des Beschenkten gründet, nicht gebührend Rechnung getragen. Im Übrigen ist angesichts der mangelnden Übertragbarkeit des in § 516 II BGB enthaltenen Rechtsgedankens eher Zurückhaltung zu üben bezüglich der Annahme der Fiktion eines Schenkungsvertrages. Mithin verhält es sich im Falle des § 82 BGB gerade nicht dergestalt, dass das Rechtsverhältnis eines fingierten Schenkungsvertrages entsteht. Für derartige Annahmen finden sich keine Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien.<sup>239</sup> Vielmehr ist anstelle einer pauschalen Annahme, im Falle des § 82 BGB entstehe das Rechtsverhältnis eines fingierten Schenkungsvertrages, zu beachten, dass jeder in Betracht kommende schenkungsrechtliche Regelungskomplex eine eigene ratio legis beinhaltet. Stets bedarf der jeweilige Einzelfall oder die jeweilige Vorschrift einer gesonderten Würdigung.<sup>240</sup>

<sup>234</sup> *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 197.

<sup>235</sup> *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 193 ff., 243 ff.

<sup>236</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (472 Fn. 6); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Vor §§ 311 ff. Rn. 3 f.; vergleiche auch *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rn. 1166.

<sup>237</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (472 Fn. 6); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Vor §§ 311 ff. Rn. 3 f.

<sup>238</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (472 Fn. 6).

<sup>239</sup> Einen solchen Nachweis bleibt denn auch *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, a. a. O., schuldig.

<sup>240</sup> Vergleiche oben unter A. I. 2. b) aa) und bb).

Eine vergleichbare Interessenlage zwischen den Regelungen der §§ 530 ff. BGB und dem vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts ist jedenfalls aufgrund einer nicht existierenden und auch nicht zu konstruierenden Dankbarkeitsbeziehung zwischen dem Stifter und der Stiftung zu verneinen. Eine analoge Anwendung der §§ 530 ff. BGB kommt daher nicht in Betracht. Mithin lassen sich aus diesen Regelungen auch keine weiteren Erkenntnisse für das Verhältnis zwischen Stifter und Stiftung ableiten.

bb) Die Rechte des Schenkers bei eigener Verarmung nach §§ 519, 528 f. BGB

Die Regelungen über die Einrede des Notbedarfs nach § 519 BGB sowie über die Rückforderung wegen eigener Verarmung nach §§ 528 f. BGB könnten aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage auf den vermögensrechtlichen Teil des Stitungsgeschäfts anzuwenden sein. Dazu müsste auch hier eine hinreichenden Ähnlichkeit zu bejahen sein. Bei den Vorschriften der §§ 519, 528 f. BGB handelt es sich um Billigkeitsregelungen.<sup>241</sup> Der Schenker soll sich und die gegen ihn Unterhaltsberechtigten dauerhaft unterhalten können und durch seine Freigebigkeit nicht in die Gefahr des wirtschaftlichen Ruins geraten.<sup>242</sup> Während der Schenker vor Vollzug der Schenkung nach § 519 BGB berechtigt ist, die Erfüllung des Versprechens zu verweigern, wenn sein angemessener Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet wird, ist die Schenkung im Falle des § 528 BGB, welcher ein Rückforderungsrecht des Schenkers statuiert, bereits vollzogen.<sup>243</sup> Es handelt sich um Sonderfälle der Störung der Geschäftsgrundlage.<sup>244</sup>

Federführend unter den Befürwortern einer Übertragung der Regelungen der §§ 519, 528 f. BGB in das Stiftungsrecht ist *Muscheler*.<sup>245</sup> Hierzu führt er zahlreiche Argumente ins Feld. So könne auch der Stifter nach Errichtung der Stiftung in Not geraten, wenn das Zurückbehaltene entgegen den Erwartungen nicht ausreiche.<sup>246</sup> Beim Einbringen in die Stiftung handele sich oftmals um ganz erhebliche Teile des Vermögens von nicht selten übereifrigen, enthusiastischen Stiftern.<sup>247</sup> Auch sei nicht einzusehen, weshalb Spenden und Zustiftungen anders zu beurteilen seien als die Zuwendung im Rahmen der Stiftungserrich-

---

<sup>241</sup> *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011: § 519 Rn. 1, § 528 Rn. 1, § 529 Rn. 1.

<sup>242</sup> *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 519 Rn. 1; *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (503).

<sup>243</sup> *Sefrin*, in: juris Praxiskommentar BGB, 5. Aufl., 2010, § 528 Rn. 1, 5.

<sup>244</sup> *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 519 Rn. 1, § 528 Rn. 1.

<sup>245</sup> Siehe *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (503 ff.); vergleiche etwa auch *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 26; nunmehr auch *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 23; a. A. etwa *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 36; *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 207 ff.; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 121 ff.

<sup>246</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (503).

<sup>247</sup> *Ders.*, AcP 203 (2003), 469 (504).

tung.<sup>248</sup> Im Falle einer nachträglichen Zuwendung gelange die überwiegende Ansicht schließlich zur (direkten) Anwendung schenkungsrechtlicher Normen.<sup>249</sup> Ferner sei der drittschützende Charakter der Vorschriften zu berücksichtigen, denn diese schützten insbesondere die Allgemeinheit davor, im Wege der Sozialhilfe unterstützend eingreifen zu müssen.<sup>250</sup> Außerdem läge ein Wertungswiderspruch vor, wandte man etwa die Vorschriften der §§ 2325 ff. BGB analog an, die Vorschriften der §§ 519, 528 f. hingegen nicht.<sup>251</sup> Schließlich sei die Unterhaltsverpflichtung des lebenden Stifters den nahen Angehörigen gegenüber noch wichtiger als die nach dem Tod des Stifters zu gewährende letzte und einmalige Unterhaltsversorgung.<sup>252</sup> Im Übrigen trete nicht notwendigerweise eine Existenzbedrohung der Stiftung ein, da nach § 528 BGB nicht das gesamte Stiftungskapital zurückzugeben sei und das Stiftungsvermögen in der Regel vergleichsweise groß sei.<sup>253</sup> Es sei letztlich unwahrscheinlich, dass die stets vorhandene Gefahr einer Verarmung des Stifters die Stiftung an der Erfüllung des Stiftungszwecks hindere.<sup>254</sup>

Fraglich ist, welche von *Muschelers* zahlreichen Argumenten zu überzeugen vermögen. Auf einen gewissen Grad der Wahrscheinlichkeit der Lähmung der Stiftung durch eine drohende Verarmung des Stifters kann jedenfalls für sich genommen nicht entscheidend abgestellt werden.<sup>255</sup> In diese Kategorie gehört auch die Feststellung, dass es sich bei der Stiftungserrichtung bisweilen um ganz erhebliche Teile des Stiftungsvermögens handele, der Enthusiasmus des Stifters im Laufe der Zeit zur Neige gehen könne und sein Blick für die finanziellen Realitäten schwinde.<sup>256</sup> Prägnanter ist an und für sich der Vergleich zu nachträglichen Zuwendungen, namentlich zur Spende und zur Zustiftung; seien dort die betreffenden Vorschriften doch anzuwenden. Unverständlich ist in diesem Zusammenhang jedoch *Muschelers* gewandeltes Verständnis von der Zustiftung, wonach es sich nicht um einen Vertrag handelt, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches, um wirksam zu werden, der Zustimmung durch die Stiftung und durch die Stiftungsaufsicht bedarf.<sup>257</sup> Dieser Vergleich ist insoweit jedenfalls aus der Feder *Muschelers* nicht mehr ernst zu nehmen. Im Übrigen ist eine Stiftung bei einer nachträglichen Zuwendung durch eine Einrede nach § 519 BGB oder eine Rückforderung nach § 528 BGB weit weniger in ihrer Existenz bedroht als dies bei entsprechenden Maßnahmen hinsichtlich der Erstdotierung der Fall wä-

<sup>248</sup> Ders., AcP 203 (2003), 469 (504).

<sup>249</sup> Ders., AcP 203 (2003), 469 (504).

<sup>250</sup> Ders., AcP 203 (2003), 469 (504 f.).

<sup>251</sup> Ders., AcP 203 (2003), 469 (504 f.).

<sup>252</sup> Ders., AcP 203 (2003), 469 (504).

<sup>253</sup> Ders., AcP 203 (2003), 469 (505).

<sup>254</sup> Ders., AcP 203 (2003), 469 (506).

<sup>255</sup> So bereits *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 123.

<sup>256</sup> In diesem Sinne auch *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 123.

<sup>257</sup> *Muscheler*, WM 2008, 1669 ff.; zur vormaligen Auffassung siehe *ders.*, AcP 203 (2003), 469 (477 f.).

re.<sup>258</sup> Dabei gelangt man unweigerlich zu *Muschelers* maßgebendem und gewichtigem Argument, namentlich dem auch drittschützenden Charakter der §§ 519, 528 f. BGB. Abgestellt wird darauf, dass eine analoge Anwendung besagter Vorschriften weniger dem Stifter selbst, sondern vielmehr dem Schutz Dritter in Form von Sozialkassen und unterhaltsberechtigten Angehörigen diene.<sup>259</sup> In der schenkungsrechtlichen Literatur sind losgelöst vom Stiftungsrecht in der Tat derartige Tendenzen zu verzeichnen. Im Rahmen einer schenkerfreundlichen Auslegung sei neben der Rückforderungsfunktion auch die Regreßfunktion im Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen.<sup>260</sup> Bei einer Interessenabwägung erscheine es mithin eher gerechtfertigt, den Beschenkten zur Herausgabe des Geschenks zu verpflichten, als die Folgen der Schenkung der Allgemeinheit aufzuerlegen.<sup>261</sup> In den Hintergrund gerät bei einer Übertragung dieser Gedanken ins Stiftungsrecht jedoch, dass es sich um die Errichtung einer juristischen Person handelt. Insofern wird mitunter vorschnell eine Vergleichbarkeit der Interessenlage bejaht. Die Stiftung erhält durch das Stiftungsgeschäft insbesondere eine Handlungsorganisation und wird mit einem für die Verfolgung des Stiftungszwecks geeigneten Vermögen ausgestattet. Mit der behördlichen Anerkennung wird die Stiftung sodann in den Rechtsverkehr entlassen. Die Verselbständigung tritt gewissermaßen auf Grundlage der der Anerkennungsbehörde vorliegenden Angaben ein. Wie aber ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich Dritte auch auf die Stiftung als verlässlichen Partner im Rechtsverkehr verlassen müssen und die Zuwendung des Stifters schlechterdings die Existenz der Stiftung ausmacht? Eine zufriedenstellende Antwort hierauf bleibt in letzter Konsequenz auch *Muscheler* schuldig. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb der Schutz des Stifters selbst und folglich der sozialhilfepflichtigen Allgemeinheit sowohl den Schutz und bisweilen die Existenz der Stiftung selbst wie auch den Schutz eines funktionsfähigen Rechtsverkehrs überwiegen mögen.<sup>262</sup> Der Vergleich mit anderen drittschützenden Sondervorschriften<sup>263</sup>, welche auch im Hinblick auf die Ausstattung der Stiftung zur Anwendung kommen können, vermag nicht hinlänglich zu überzeugen. Neben der mangelnden Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbers greifen diese Sondervorschriften gerade die besondere Gefährdung jener Dritter auf, deren Berechtigung hinsichtlich des Vermögens des Zuwendenden gegenständlich und endgültig ersatzlos gemindert wird.<sup>264</sup> Im stiftungsrechtlichen Sinne geht es in jenen Fällen primär um vermö-

<sup>258</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 124.

<sup>259</sup> *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 26; *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 23.

<sup>260</sup> *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 528 Rn. 2.

<sup>261</sup> *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 528 Rn. 2.

<sup>262</sup> So *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 123; vergleiche auch *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 36.

<sup>263</sup> Vergleiche etwa § 2287 BGB; §§ 2325 ff. BGB; § 134 InsO; § 4 AnfG.

<sup>264</sup> *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 23.

gensrechtliche Ansprüche Dritter wie etwa Gläubiger des Stifters, Vertragserben oder Pflichtteilsberechtigte.<sup>265</sup> Im Gegensatz hierzu bezwecken die Vorschriften der §§ 519, 528 f. BGB unbeschadet des ihnen attestierten drittschützenden Charakters jedenfalls den Schutz des Zuwendenden selbst. Einer Berücksichtigung der Erstdotierung des Stifters etwa im Rahmen der entsprechenden anfechtungs- und insolvenzrechtlichen Vorschriften steht denn auch deshalb nichts entgegen, weil deren Ratio gerade darin besteht, Gläubiger vor einer solchen für sie nachteiligen Vermögensverschiebung zu bewahren.<sup>266</sup> Schützenswerte Vermögensinteressen Dritter<sup>267</sup> sind in diesen Fällen jedenfalls deutlich exponierter als im Falle der §§ 519, 528 f. BGB. Gleiches gilt dem Grunde nach auch für den angemahnten Wertungswiderspruch zum Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 BGB. Zu recht wird auch speziell diesbezüglich darauf hingewiesen, dass pflichtteilsberechtigten Angehörigen nach §§ 2325 ff. BGB gerade eigene Ansprüche entstehen könnten, wohingegen es sich bei den Vorschriften der §§ 519, 528 f. BGB um Rechte handelte, welche nur dem Stifter zustünden, nicht aber Unterhaltsberechtigten und damit potenziellen Erben.<sup>268</sup>

Eine analoge Anwendung der §§ 519, 528 f. BGB auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts scheidet mithin mangels vergleichbarer Interessenlage aus.

#### cc) Die eingeschränkte Haftung nach §§ 521 – 524 BGB

Fraglich ist, ob einer analogen Anwendung der Regelungen der §§ 521 – 524 BGB auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts etwas entgegen steht. Wiederum müsste eine vergleichbare Interessenlage vorliegen.

#### (1) Grundsätzliche Erwägungen

Die Sonderregelungen der §§ 521 – 524 BGB enthalten Haftungsprivilegierungen gegenüber den allgemeinen Vorschriften der §§ 276 ff. BGB zugunsten des Schenkers.<sup>269</sup> Das Gesetz trägt damit der Uneigennützigkeit des Schenkers Rechnung.<sup>270</sup> Für seine Zuwen-

<sup>265</sup> *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 211; vergleiche auch den Hinweis bei *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 23, auf die analoge Anwendung drittschützender Regelungen „im Außenverhältnis zu Dritten“.

<sup>266</sup> *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 211; vergleiche auch *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 22 f., welcher allerdings im Hinblick auf §§ 519, 528 f. BGB entgegen früher vertretener Auffassung *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (503 ff.), folgt.

<sup>267</sup> *Schwake*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 79 Rn. 211.

<sup>268</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 124.

<sup>269</sup> *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger, BGB, 2005, § 521 Rn. 1; *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 521 Rn. 1.

<sup>270</sup> *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 521 Rn. 1; *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 521 Rn. 1.

dung erhält der Schenker keine Gegenleistung. Er möchte den Schenkungsgegenstand daher nur dergestalt auf den Beschenkten übertragen, wie er sich in seinem Vermögen befindet, und er möchte auch nicht für jedes leicht fahrlässige Verhalten einstehen.<sup>271</sup>

Von den Befürwortern einer analogen Anwendung der §§ 521 – 524 BGB wird hervorgebracht, dass die Ratio dieser schenkungsrechtlichen Vorschriften geradezu auf die Errichtung einer Stiftung zugeschnitten sei, da mangels Existenz der Stiftung im Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts ein Vertrauen auf die Vollwertigkeit des Versprochenen schlechterdings nicht gebildet werden könne, und dies auch die Anerkennungsbehörde nicht zu kompensieren vermöge.<sup>272</sup> Ferner sei dem Stiftungsgeschäft jedenfalls in Ermangelung einer anderweitigen Regelung regelmäßig eine stillschweigende Haftungsreduzierung zu entnehmen, wären die §§ 521 – 524 BGB nicht analog anwendbar.<sup>273</sup> Insofern trete der in den §§ 521 – 524 BGB verankerte mutmaßliche Parteiwille auch bei der Stiftungserrichtung deutlich hervor.<sup>274</sup> So sei denn auch die Annahme lebensfremd, der Stifter verpflichte sich stillschweigend, den Kapitalwert der versprochenen Sachwerte in Geld nachzuschießen, wenn sich etwa die auf die Stiftung übertragene Immobilie als baufällig erweise oder die eingebrachten Kunstwerke als Fälschungen erkannt würden.<sup>275</sup> Schließlich werde anders als bei Sacheinlagen in eine Kapitalgesellschaft keine bestimmte Kapitalsumme versprochen, welche Grundlage für eine Differenzhaftung des Inferenten sei.<sup>276</sup> Wolle ein Stifter doch im Regelfall nur ein tatsächlich vorhandenes Vermögen übertragen und keine darüber hinausgehende Kapitaldeckungspflicht übernehmen.<sup>277</sup> Sei im Übrigen die Verwirklichung des Stiftungszwecks aufgrund der Haftungsprivilegierung der §§ 521 – 524 BGB gefährdet, müsse behördlicherseits eben die Anerkennung unterbleiben und so die Stiftungserrichtung verhindert werden.<sup>278</sup> Ferner komme ein Verzicht des Stifters auf die Haftungsprivilegierung im Stiftungsgeschäft in Betracht.<sup>279</sup> Letztlich sei auch für die Stiftungserrichtung der in den §§ 521 ff. BGB enthaltene Rechtsgedanke zu beachten, wonach der Zuwendende seine durch die Zuwendung eintretende Gesamtbelastung sicher und definitiv absehen kön-

---

<sup>271</sup> Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 27; Hüttemann, in: FS Werner, 2009, S. 85 (96 f.); Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (508); Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 236.

<sup>272</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (507).

<sup>273</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (508); siehe auch Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 234 ff.

<sup>274</sup> Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (508); siehe auch Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 234 ff.

<sup>275</sup> Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 27.

<sup>276</sup> Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 27; vergleiche auch bereits Hüttemann, in: FS Flume, 1998, S. 59 (64 f.).

<sup>277</sup> Hüttemann, in: FS Werner, 2009, S. 85 (97).

<sup>278</sup> Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 237; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 27.

<sup>279</sup> Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 237.



nen müsse.<sup>280</sup> Auf diese Weise sei das fein austarierte Verhältnis zwischen der Stiftungsdotierung einerseits und der Unterhaltssicherung des Stifters sowie der erbrechtlichen Nachfolgeplanung andererseits bestens gewährleistet.<sup>281</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass die Anwendung der §§ 521 – 524 BGB im Gegensatz zu den Vorschriften hinsichtlich des Widerrufs wegen groben Undanks oder hinsichtlich der Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers jedenfalls dem Grunde nach nicht dazu führte, dass die Ausstattung der Stiftung gänzlich oder teilweise nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden müsste.<sup>282</sup> Die Existenz der Stiftung steht insofern nicht im selben Maße auf dem Spiel, nur ist die entstandene Stiftung mitunter mit einem in Teilen oder in Gänze mangelhaften Vermögen ausgestattet.<sup>283</sup> Weshalb dem Stiftungsgeschäft jedoch grundsätzlich eine stillschweigende Haftungsreduzierung zu entnehmen sei, was letztlich zu einer mit den §§ 521 – 524 BGB vergleichbaren Interessenlage führte, vermag nicht vollends zu überzeugen. Vorzugswürdiger erscheint die Auffassung, wonach im Einzelfall zu prüfen ist, ob dem Stiftungsgeschäft tatsächlich eine (konkludente) Haftungsbeschränkung zu entnehmen ist.<sup>284</sup> Zu recht weist *Jakob* darauf hin, dass Stiftungen nicht nur aus altruistischen, sondern auch aus steuerlichen, haftungsrechtlichen sowie erbrechtlichen Gründen errichtet werden.<sup>285</sup> Eine derart pauschale Privilegierung des Stifters sähe sich daher zumindest nicht minder schweren Bedenken ausgesetzt. Der Vorwurf, derartige atypische Sachverhalte taugten nicht zur Beantwortung der Frage nach einer hinreichenden Ähnlichkeit der Sachverhalte und der private Stifter verspreche nur die Übertragung der vorhandenen Vermögensgegenstände,<sup>286</sup> ist insoweit nicht substantiell. Eine solch gelockerte Haftung des Stifters für die Aufbringung und den Fortbestand des Stiftungsvermögens verträge sich kaum mit dem in § 80 II BGB statuierten Erfordernis der dauernden und nachhaltigen Sicherung der Erfüllung des Stiftungszwecks.<sup>287</sup> Dass die Anerkennungsbehörde es im Übrigen in der Hand habe, die Entstehung der Stiftung zu verhindern, wenn die Verwirklichung des Stiftungszwecks aufgrund der Haftungsprivilegierung der §§ 521 – 524 BGB gefährdet erscheine,<sup>288</sup> mag auf den ersten Blick eine willkommene Auffanglösung darstellen. Praxistauglich ist sie in Gänze wohl kaum. In diesem Zusammenhang weist *Reuter* zutreffend auf diejenigen Fälle hin, in denen Mängel erst längere Zeit nach Entstehung der Stiftung hervortreten und Gläubiger der Stiftung im Vertrauen auf ein ausreichen-

---

<sup>280</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (508).

<sup>281</sup> *Muscheler*, AcP 203 (2003), 469 (508).

<sup>282</sup> So *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 126.

<sup>283</sup> So *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 126.

<sup>284</sup> Siehe *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 126.

<sup>285</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 126.

<sup>286</sup> *Hüttemann*, in: FS Werner, 2009, S. 85 (97 Fn. 50).

<sup>287</sup> *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 23.

<sup>288</sup> *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 27.

des Haftungskapital möglicherweise leerliefen.<sup>289</sup> Beispielgebend können hier wiederum die sich als baufällig erweisende Immobilie, ein kontaminiertes Grundstück oder die eingebrachten, sich als Kunstfälschung herausstellenden Gemälde sein. Darüber hinaus lehnt *Reuter* eine Anwendung der §§ 521 – 524 BGB auch deshalb ab, weil nicht einzusehen sei, dass ein Stifter für Rechts- und Sachmängel des versprochenen Sachvermögens lediglich im Falle arglistigen Verhaltens hafte, wohingegen ein Vereinsmitglied für seinen Beitrag nach § 276 BGB verantwortlich sei.<sup>290</sup> Gleich den Mitgliedern eines Vereins, welche für die Erfüllung ihrer Beitragspflicht nicht nach Schenkungsrecht, sondern nach den allgemeinen Vorschriften hafteten, gälten auch für den Stifter die allgemeinen Vorschriften.<sup>291</sup> Wiewohl *Reuter* im Ergebnis zuzustimmen ist, sein Weg über die Parallele zum Vereinsrecht vermag nicht zu überzeugen. Er ist auch nicht erforderlich. Mitgliedschaft ist die Teilhabe an einem Verband, woraus sich sowohl das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis in Form einer Dauerrechtsbeziehung als auch die subjektivrechtliche Position des Mitglieds ergibt.<sup>292</sup> Im ersteren Sinne vermag die Mitgliedschaft Rechte und Pflichten der Mitglieder und des Verbandes zu begründen.<sup>293</sup> Der Stifter hingegen befindet sich jedenfalls nicht in einem Pflichtengefüge, welches mit dem eines Vereinsmitgliedes zu vergleichen wäre.<sup>294</sup> Auch die Regelung des § 86 BGB vermag hieran nichts zu ändern. Das Gesetz sieht in § 86 BGB lediglich die entsprechende Anwendung einzelner vereinsrechtlicher Vorschriften auf die Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB vor. Dabei handelt es sich um Regelungen hinsichtlich der Verfassung der Stiftung, ihrer Haftung auf Schadensersatz und der Wirkung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>295</sup> Für weitergehende Verbindungen ins Vereinsrecht gibt weder die Regelung des § 86 BGB etwas her noch bedarf es an dieser Stelle des Vergleichs der rechtsfähigen Stiftung mit der „Urform“<sup>296</sup> der Körperschaften.<sup>297</sup> Die Stiftung erwirbt infolge der Anerkennung durch die Stiftungsbehörde einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Stifter auf Übertragung der im Stiftungsgeschäft zugesagten Vermögenswerte. Wie bereits dargestellt, handelt es sich um ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis zwi-

---

<sup>289</sup> *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 23.

<sup>290</sup> *Ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 81 Rn. 23.

<sup>291</sup> *Ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 82 Rn. 3.

<sup>292</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 549.

<sup>293</sup> *Ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 549.

<sup>294</sup> Siehe *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 35.

<sup>295</sup> *Hüttemann/ Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 86 Rn. 1; vergleiche auch *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 86 Rn. 1.

<sup>296</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 660.

<sup>297</sup> Unscharf insoweit *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 6 Rn. 35, demzufolge die vom BGB auch sonst im Stiftungsrecht über § 86 BGB in Bezug genommenen vereinsrechtlichen Vorschriften den Weg zu einer sachgerechteren Lösung weisen und die Haftung des Stifters über die des Schenkers hinaus erweitern können. Deutlicher *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 585, demgemäß es einer Haftung des Stifters nach allgemeinen Regeln bedarf, „wie sie etwa auch für die Beitragspflicht von Vereinsmitgliedern gelten“.

schen dem Stifter und der Stiftung.<sup>298</sup> Somit sind auch die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere die Regelungen der §§ 276, 280 BGB, anwendbar. Nach § 82 S. 1 BGB hat der Stifter letztlich auch dafür Sorge zu tragen, dass etwa die Qualität des übertragenen Gegenstands derjenigen des im Stiftungsgeschäft zugesicherten Vermögens entspricht; andernfalls böte die Errichtung einer Stiftung in Einzelfällen die Möglichkeit, sich mangelhafter Gegenstände unter erleichterten Umständen zu entledigen.<sup>299</sup> Es ist also durchaus möglich, dass Stiftungen von vornherein „mit der Gefahr von Sach- und Rechtsmängeln belastet“<sup>300</sup> ins Leben gerufen werden. Etwaige haftungsrechtliche Folgefragen richten sich aber nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts.

Die These einiger Befürworter einer analogen Anwendung der §§ 521 – 524 BGB, ein Stifter wolle nur tatsächlich vorhandenes Vermögen übertragen, nicht aber werde etwa wie bei Sacheinlagen in eine Kapitalgesellschaft eine bestimmte Kapitalsumme versprochen, welche Grundlage für eine Differenzhaftung des Inferenten sei, soll sogleich im Fortgang auf ihre Stichhaltigkeit untersucht werden. Zumal von anderer Seite<sup>301</sup> vertreten wird, das Zuwendungsversprechen sei ebenso Grundlage der Anerkennung einer Stiftung wie etwa die Aufbringung des Stammkapitals für die Eintragung einer GmbH.

Vorerst ist jedenfalls festzuhalten, dass eine analoge Anwendung der §§ 521 – 524 BGB auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts grundsätzlich mangels vergleichbarer Interessenlage abzulehnen ist. Im Einzelfall kann dem Stiftungsgeschäft jedoch eine Haftungsmilderung zu entnehmen sein.

## (2) Vergleich mit gesellschaftsrechtlichen Rechtsinstituten

Nach dem Dafürhalten der Befürworter einer analogen Anwendung der §§ 521 – 524 BGB wäre insbesondere die Annahme lebensfremd, der Stifter verpflichte sich stillschweigend, etwa den Kapitalwert der versprochenen Sachwerte in Geld nachzuschießen, wenn sich beispielsweise die auf die Stiftung übertragene Immobilie als baufällig erweise oder die eingebrachten Kunstwerke als Fälschungen erkannt würden.<sup>302</sup> Anders als bei Sacheinlagen in eine Kapitalgesellschaft werde keine bestimmte Kapitalsumme versprochen, welche Grundlage für eine Differenzhaftung des Inferenten sei.<sup>303</sup> So wolle ein Stifter doch im

---

<sup>298</sup> Siehe oben C. II. 2. b) aa).

<sup>299</sup> Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 127 (Fn. 130).

<sup>300</sup> So Hüttemann, in: FS Werner, 2009, S. 85 (98).

<sup>301</sup> Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 585.

<sup>302</sup> Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 27; siehe im Übrigen oben C II. 2. b) cc) (1).

<sup>303</sup> Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 27; vergleiche auch bereits Hüttemann, in: FS Flume, 1998, S. 59 (64 f.).

Regelfall nur ein tatsächlich vorhandenes Vermögen übertragen und keine darüber hinausgehende Kapitaldeckungspflicht übernehmen.<sup>304</sup>

Dieser Vergleich mit Einlagen in eine Kapitalgesellschaft bietet Anlass genug, etwas weitergehende Überlegungen anzustellen. Im Rahmen des vorliegenden Kapitels ist dies auch deshalb interessant, weil im Verlaufe der nachfolgenden Kapitel noch weitere Male auf gesellschaftsrechtliche Regelungen Bezug zu nehmen ist und darzulegen sein wird, ob spezifische Regelungen oder Rechtsgedanken aus dem Gesellschaftsrecht Anwendung auf die Stiftung finden können.

Fräglich ist, ob letztlich ausnahmslos und in Gänze an einer Lösung über die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere der §§ 276, 280 BGB, festzuhalten ist oder ob im Rahmen der Stiftungserrichtung nicht spezifische Konstellationen auftreten können, welche etwa an die Problematik der verdeckten Sacheinlage im Recht der Kapitalgesellschaften erinnern und daran angelehnte Lösungsansätze erfordern. Auch ist zu fragen, welche Bewandnis es mit einer Art Nachschusspflicht des Stifters haben könnte. In diesem Zusammenhang ist schließlich auch an in der Praxis mögliche Konstellationen zu denken, die auf einen Rechtsformmissbrauch oder eine Umgehung der Bewertung des Gestifteten im Anerkennungsverfahren schließen lassen und die die Frage aufwerfen, ob das stiftungsrechtliche Instrumentarium eine ausreichende Handhabe bietet, dem entgegen zu wirken.

Es soll zunächst geprüft werden, ob die hinter den kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen hinsichtlich verdeckter Sacheinlagen stehenden Wertungen in irgendeiner Form auf die Stiftung übertragen werden können. In Betracht käme grundsätzlich die Phase der Errichtung der Stiftung wie auch etwaige Zustiftungen, gewissermaßen parallel zur Gründung und Kapitalerhöhung bei einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft.

#### (a) Die Problematik der verdeckten Sacheinlage im Aktien- und GmbH- Recht

Die Regelung des § 19 IV 1 GmbHG definiert die verdeckte Sacheinlage als Geldeinlage eines Gesellschafters, welche bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist. Eine verdeckte Sacheinlage liegt mithin dann vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen, insbesondere die Offenlegung in der Satzung sowie die registergerichtliche Werthaltigkeitskontrolle, dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft jedoch bei wirtschaftlicher Betrachtung aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen

---

<sup>304</sup> Hüttemann, in: FS Werner, 2009, S. 85 (97).

Absprache nur einen Sachwert erhalten soll.<sup>305</sup> Typische Beispiele sind die Einzahlung eines Barbetrages, welchen die Gesellschaft wenig später absprachegemäß als Kaufpreis für einen Vermögensgegenstand des Gesellschafters verwendet, oder die vorabgesprochene Verrechnung von Forderungen des Gesellschafters mit der Bareinlagepflicht.<sup>306</sup> Nicht nur bei der Gründung, sondern auch bei einer Kapitalerhöhung ist gemäß § 56 II GmbHG der Anwendungsbereich des § 19 IV GmbHG eröffnet. Im Aktienrecht ist die entsprechende Legaldefinition in § 27 III 1 AktG zu finden. Für Kapitalerhöhungen nimmt § 183 II AktG hierauf Bezug.

Bei einer verdeckten Sacheinlage werden die gesetzlichen Vorschriften zur Sicherung der vollwertigen Kapitalaufbringung umgangen.<sup>307</sup> Das Aufbringen und die Erhaltung eines bestimmten Mindestkapitals dienen dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft. Deren Interessen können jedoch beeinträchtigt werden, wenn der Wert verdeckt eingebrachter Sachgegenstände nicht dem Nennbetrag der dafür übernommenen Geschäftsanteile entspricht.<sup>308</sup> Letztlich ist die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, welche durch das Trennungsprinzip in § 13 II GmbHG und § 1 I 2 AktG zum Ausdruck kommt, erst dadurch gerechtfertigt, dass die Gesellschafter oder Aktionäre das zur Deckung des Stamm- oder Grundkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nachprüfbar durch Einlagen aufbringen und es der Gesellschaft nicht wieder entziehen.<sup>309</sup>

#### (b) Die Kapitalaufbringung im Stiftungsrecht

Im Rahmen des vermögensrechtlichen Teils des Stiftungsgeschäfts und der damit notwendigen Kapitalaufbringung<sup>310</sup> kann der Stifter der Stiftung sowohl Bar- als auch Sacheinlagen zuwenden.<sup>311</sup> Zwar ist eine Bewertung von Sachleistungen grundsätzlich nicht oder erst

<sup>305</sup> *Wicke*, in: *Wicke, GmbHG*, 2. Aufl., 2011, § 19 Rn. 18; *Ebbing*, in: *Michalski, GmbHG*, 2. Aufl., 2010, § 19 Rn. 133; *Verse*, in: *Henssler/ Strohn, Gesellschaftsrecht*, 2011, § 19 GmbHG Rn. 31; siehe auch *Saenger*, *Gesellschaftsrecht*, 2010, S. 409; *Schäfer*, *Gesellschaftsrecht*, § 35 Rn. 17 ff., sowie *Pentz*, in: *FS K. Schmidt*, 2009, S. 1265 (1269 f.); vergleiche zum Aktienrecht etwa *Hüffer/ Koch*, *Gesellschaftsrecht*, 8. Aufl., 2011, § 29 Rn. 22 ff.

<sup>306</sup> *Verse*, in: *Henssler/ Strohn, Gesellschaftsrecht*, 2011, § 19 GmbHG Rn. 31; siehe auch *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002, S. 1122.

<sup>307</sup> *Wicke*, in: *Wicke, GmbHG*, 2. Aufl., 2011, § 19 Rn. 18.

<sup>308</sup> *Wicke*, in: *Wicke, GmbHG*, 2. Aufl., 2011, § 19 Rn. 18.

<sup>309</sup> Vergleiche *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002, S. 1111 f.; siehe auch *Drinkuth*, in: *Ziemons/ Jaeger, Beck'scher Online-Kommentar, GmbHG*, 9. Edit., 2011, § 13 Rn. 9 f., sowie *Heidinger*, in: *Ziemons/ Jaeger, GmbHG*, § 30 Rn. 1.

<sup>310</sup> Zur Kapitalerhaltung bzw. zum Gebot der Vermögenserhaltung bei der Stiftung vergleiche etwa *Hüttemann/ Schön*, *Vermögensverwaltung und Vermögenserhaltung im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht*, 2007, S. 14 ff.; *Burgard*, *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, 2006, S. 478 ff.; *Schlüter/ Stoltje*, *Stiftungsrecht*, 2007, Kapitel 5 Rn. 1 ff.

<sup>311</sup> Siehe etwa *Burgard*, *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, 2006, S. 475.

für eine Rechnungslegung erforderlich.<sup>312</sup> Jedoch hat die Anerkennungsbehörde aufgrund des in § 80 II BGB niedergelegten Erfordernisses der dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks im Zweifel die Werthaltigkeit von Sachleistungen zu prüfen.<sup>313</sup>

Ein bestimmtes Mindestkapital muss der Stifter nicht aufbringen, mag sich manche Anerkennungsbehörde auch an der Mindestkapitalausstattung von 25.000 Euro für eine GmbH gemäß § 5 I GmbHG orientieren.<sup>314</sup> Weder die Landesstiftungsgesetze noch die Vorschriften der §§ 80 ff. BGB sehen die Aufbringung des Stiftungsvermögens im Sinne eine Mindestkapitalausstattung entsprechend dem Recht der Kapitalgesellschaften vor.<sup>315</sup> Dennoch haben Stiftungsvorhaben mit einer Vermögensausstattung von weniger als 40.000 Euro bis 50.000 Euro grundsätzlich keine Aussicht auf Anerkennung.<sup>316</sup> Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang der Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung.<sup>317</sup> Dieser sieht in Art. 7 Nr. 2 ausdrücklich vor, dass das Vermögen einer Europäischen Stiftung mindestens 25.000 Euro entspricht.

### (c) Möglichkeit der Übertragung auf die Stiftung?

Im Recht der Kapitalgesellschaften erfüllt das Mindestkapital primär die Funktion des Gläubigerschutzes.<sup>318</sup> Es dient mithin dem Schutz des Rechtsverkehrs. Was die Vermögensausstattung der Stiftung anbelangt, so steht die Realisierung des Stiftungszwecks im Vordergrund. Notwendigerweise geht es daher in erster Linie um den Schutz der Stiftung selbst, damit letztlich der Stiftungszweck verwirklicht werden kann. Dies folgt aus § 80 II BGB, wonach im Rahmen der Anerkennung die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheinen muss. Mit Sicherheit ergibt sich so – gewissermaßen reflexartig – auch ein Schutz des Rechtsverkehrs. Dieser wird aber eben nur mittelbar bewirkt, und zwar – auch nach Errichtung der Stiftung in der operativen Phase – schon und überwiegend durch das in den Landesstiftungsgesetzen zum Ausdruck kommende Gebot der Vermögenserhaltung.<sup>319</sup> Dieser nur reflexartige oder mittelbare Schutz des Rechtsver-

---

<sup>312</sup> *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 475; weitergehend zur Bewertung von Sachwerten bei Stiftungen *Orth*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 37 Rn. 190 ff.

<sup>313</sup> *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 475.

<sup>314</sup> *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 29.

<sup>315</sup> *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 28; *Helios/ Friedrich*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 95 Rn. 8.

<sup>316</sup> *Helios/ Friedrich*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 95 Rn. 8.

<sup>317</sup> Vergleiche den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), COM (2012) 35 final.

<sup>318</sup> *Altmeyden*, in: *Altmeyden/ Roth*, GmbHG, 6. Aufl., 2009, § 13 Rn. 65.

<sup>319</sup> Vergleiche hierzu jeweils unter Verweis auf landesstiftungsgesetzliche Normen (wenn auch nunmehr in Teilen anders nummeriert) *Hüttemann/ Schön*, Vermögensverwaltung und Vermögenserhaltung im Stif-

kehrs wie auch der Umstand, dass eine Anerkennungsbehörde zu prüfen hat, ob das durch den Stifter zugesagte Vermögen eine dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gewährleistet, steht dem durch die kapitalgesellschaftlichen Vorschriften bezweckten direkten Schutz Dritter zwar nicht entgegen.<sup>320</sup> Die den kapitalgesellschaftlichen Regelungen zugrundeliegende Ratio passt jedoch nicht in das geltende Stiftungsrecht. Es ist mithin nicht angebracht, die hinter den kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen hinsichtlich verdeckter Sacheinlagen stehenden Wertungen in irgendeiner Form auf die Stiftung zu übertragen, geschweige denn Analogien zu den einschlägigen Vorschriften zu bilden.

Das heißt jedoch nicht, dass sich im Stiftungsrecht die die verdeckte Sacheinlage kennzeichnende Problematik nicht darbietet. So sind in praxi sogar etwaige Missbrauchs- und Umgehungskonstellationen im Hinblick auf die Bewertung des Gestifteten im Anerkennungsverfahren denkbar. Folgendes Beispiel soll in diesem Zusammenhang der Veranschaulichung dienen:

In Gemäßheit des Stiftungsgeschäfts stiftet der Stifter den Betrag von einer Million Euro, um die Anerkennung unproblematisch zu erhalten. Im Grunde möchte der Stifter jedoch sein Unternehmen in die Stiftung einbringen, er scheut aber die Bewertung durch die Stiftungsaufsicht. Wenige Wochen nach Anerkennung der Stiftung veräußert er der Stiftung sein Unternehmen für eine Million Euro. Später stellt sich heraus, dass das Unternehmen nur 200.000 Euro wert war und der Stiftungszweck mit diesem Betrag nicht zu realisieren ist. Zwischenzeitlich tätigte die Stiftung bereits einige Rechtsgeschäfte, die über ihre Kapazitäten hinausgehen.

In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob der Aufsichtsbehörde – soweit eine Aufsicht denn besteht<sup>321</sup> – ein wirkungsvolles Instrumentarium zur Verfügung steht, um dem zu begegnen. Grundsätzlich hat die Aufsichtsbehörde die Befugnis, die Stiftung zu prüfen, und zwar dahingehend, dass der Vorstand seiner Pflicht zur Erhaltung des Stiftungsvermögens Genüge getan hat, die Vermögensanlagen den gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorgaben entsprechen, das Stiftungsvermögen sparsam verwaltet wird und die Erträge dem Stiftungszweck entsprechend verwendet werden.<sup>322</sup> Ein solches Prüfungsrecht sieht etwa § 9 III des Stiftungsgesetzes für Baden-Württemberg oder § 6 I des Hamburgischen Stiftungsgesetzes vor. Eine weitere Befugnis der Aufsicht besteht grundsätzlich in der Überwachung der Stiftung.<sup>323</sup> Durch die Überwachung werden aktuelle Korrekturen laufender Vorgänge ermöglicht; die Überwachung ist grundsätzlich nicht auf bestimmte Zeiträume der Ge-

---

tungs- und Gemeinnützigkeitsrecht, 2007, S. 15, sowie *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 479.

<sup>320</sup> Vergleiche hierzu auch *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 662.

<sup>321</sup> Vergleiche hierzu ausführlich unten C. II. 2. b) dd) (1).

<sup>322</sup> *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 10 Rn. 152.

<sup>323</sup> *Hof*, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 10 Rn. 181.

schäftstätigkeit beschränkt.<sup>324</sup> Weitere Instrumente sind etwa die Beanstandung<sup>325</sup> oder gar die Aufhebung<sup>326</sup> von Entscheidungen und Maßnahmen der Stiftungsorgane.<sup>327</sup> Die vorliegende Veräußerung des Unternehmens an die Stiftung für eine Million Euro wäre wohl auch anzeigepflichtig im Sinne von § 13 I Nr. 1 (4. Var.) des Stiftungsgesetzes für Baden-Württemberg. Hiernach sind der Stiftungsbehörde im voraus anzuzeigen: die Aufnahme von Darlehen, die Übernahme von Bürgschaften, die Veräußerung und Belastung von Grundstücken und die Begründung sonstiger Verpflichtungen, wenn die Erfüllung der Verpflichtungen das Stiftungsvermögen besonders belasten kann. Im obigen Fall hülfe jedoch all dies nicht entscheidend weiter. Denn allein in tatsächlicher Hinsicht bestehen Schwierigkeiten. Die Rechtsgeschäfte wurden getätigt und vollzogen. In der Praxis stellen die dargelegten Instrumente der Stiftungsaufsicht aber ein vergleichsweise stumpfes Schwert dar. Denn wenn es dem Stifter letztlich auf einen solchen Rechtsformmissbrauch ankommt, er gerade auf eine derartige Umgehung abzielt und dabei den Stiftungsvorstand auf seiner Seite weiß, so kann sich der Stifter – abgesehen von den sich der Behörde ohnehin stellenden Kontroll- und Prüfungsschwierigkeiten – hierfür obendrein einer privatnützigen Stiftung bedienen. Dies hätte eine deutlich eingeschränkte staatliche Aufsicht zur Folge.<sup>328</sup> Deutlich wird dies – um konkret und im Bilde zu bleiben – bereits in selbiger, eben aufgeführter Vorschrift des § 13 des Stiftungsgesetzes für Baden-Württemberg. Diese sieht im zweiten Absatz gerade eine Befreiung von der Anzeigepflicht für Familienstiftungen vor.

(d) „Nachschusspflichten“?

Fraglich ist, ob sich – in Anlehnung an den aus dem Gesellschaftsrecht stammenden Begriff – eine Art Nachschusspflicht des Stifters begründen lässt oder ob hierfür gar keine Notwendigkeit besteht, weil annehmbare Lösungen allein auf Grundlage der für die Stiftung geltenden allgemeinen Vorschriften zu erzielen sind. So wurde eben dargelegt, dass auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere die Regelungen der §§ 276, 280 BGB, Anwendung finden.

Die Vorschriften der §§ 26 ff. GmbHG sehen mögliche Nachschusspflichten der Gesellschafter vor.<sup>329</sup> Dabei sind die Gesellschafter über ihre Stammeinlage hinaus zur Leis-

<sup>324</sup> Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 10 Rn. 181 f., mit weiteren Nachweisen und dem Hinweis auf das grundsätzliche Erfordernis der einschränkenden Auslegung dieser Eingriffskompetenzen im grundrechtlich geschützten Bereich.

<sup>325</sup> Vergleiche etwa § 10 des Stiftungsgesetzes für Baden-Württemberg.

<sup>326</sup> Vergleiche § 13 I des Hessischen Stiftungsgesetzes.

<sup>327</sup> Vergleiche hierzu Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 10 Rn. 192 ff., 198 ff.

<sup>328</sup> Siehe hierzu ausführlich unten C. II. 2. b) dd) (1).

<sup>329</sup> Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 26 Rn. 1.



tung weiterer Beiträge grundsätzlich nicht verpflichtet.<sup>330</sup> Nachschüsse im Sinne von § 26 I GmbHG sind Einzahlungen der Gesellschafter, welche satzungsmäßig vorgesehen sind und über den Nennbetrag der Geschäftsanteile hinaus gehen.<sup>331</sup> Die Geldzahlungen führen zur Bildung von Eigenkapital der Gesellschaft, wobei keine Anrechnung auf das Stammkapital erfolgt, weshalb die Stammeinlagen und Beteiligungsquoten unberührt bleiben.<sup>332</sup> Zwar ist die Nachschusspflicht stets auf eine Geldzahlung gerichtet, jedoch kann die Gesellschaft eine Sachleistung an Erfüllung statt annehmen.<sup>333</sup> Nachschusspflichten dienen mithin primär den Gesellschaftsinteressen, hingegen nur mittelbar den Interessen der Gläubiger.<sup>334</sup> Die Gesellschafter erhalten so eine Handhabe zur variablen Aufbringung von Zusatzkapital.<sup>335</sup> Bei Bedarf soll der Gesellschaft schnell Eigenkapital zugeführt werden können, ohne den formalen Anforderungen einer Kapitalerhöhung entsprechen und die Eintragung der Kapitalerhöhung im Register abwarten zu müssen.<sup>336</sup> Die Vorläufer der heutigen Nachschussregelungen der §§ 26 – 28 GmbHG finden sich in den Regelungen der Bergrechtlichen Gewerkschaft des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes von 1865 sowie den Bestimmungen der Reederei.<sup>337</sup> Nachschüsse sind heute als Finanzierungsinstrument weitgehend ohne praktische Bedeutung; an ihre Stelle ist die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen getreten.<sup>338</sup> Gleichwohl sind Nachschusspflichten bedeutsam für die Struktur der GmbH, insbesondere in Abgrenzung zur AG, bei welcher Nachschusspflichten nicht existieren.<sup>339</sup> Abseits des GmbH-Rechts finden sich auch im Recht der Genossenschaft, namentlich in den §§ 6 Nr. 3, 105 GenG, Nachschusspflichten.<sup>340</sup> Diese bleiben aber im Unterschied zur GmbH auf den Insolvenzfall beschränkt und dienen mithin dem Gläubigerschutz, nicht hingegen der Gesellschaftsfinanzierung.<sup>341</sup> Ferner sieht § 24 VAG für den

<sup>330</sup> Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, a. a. O.

<sup>331</sup> Schütz, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, § 26 Rn. 15.

<sup>332</sup> Schütz, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, a. a. O.; Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 26 Rn. 5.

<sup>333</sup> Jaeger, in: Ziemons/ Jaeger, Beck'scher Online-Kommentar, GmbHG, 9. Edit., 2011, § 26 Rn. 3.

<sup>334</sup> Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 26 Rn. 2.

<sup>335</sup> Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, a. a. O.

<sup>336</sup> Schütz, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, § 26 Rn. 17.

<sup>337</sup> Siehe Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 26 Rn. 3, sowie Schütz, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, § 26 Rn. 12, mit weiteren Nachweisen.

<sup>338</sup> Hueck/ Fastrich, in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 26 Rn. 1; Schütz, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, § 26 Rn. 9; zu an den Nachschußregelungen der §§ 26 – 28 GmbHG geübter Kritik vergleiche Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 26 Rn. 2.

<sup>339</sup> Hueck/ Fastrich, in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 26 Rn. 1.

<sup>340</sup> Siehe hierzu auch Schütz, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, § 26 Rn. 12.

<sup>341</sup> Zeidler, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 26 Rn. 4; Schütz, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, § 26 Rn. 12.

Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit die Möglichkeit einer Nachschusspflicht vor, und zwar sowohl für die werbende Gesellschaft als auch im Falle der Insolvenz.<sup>342</sup>

Anknüpfungspunkte für das Stiftungsrecht mögen nach dem zuvor Gesagten schon aus terminologischen Gründen Schwierigkeiten bereiten. Einer Übertragung von Rechtsgedanken aus dem Bereich der gesellschaftsrechtlichen Nachschusspflichten einschließlich daran angelehnter Lösungsansätze bedarf es aber schlechterdings nicht. Denn es lassen sich allein auf Grundlage der für die Stiftung geltenden allgemeinen Vorschriften annehmbare Lösungen erzielen. So konstatiert bereits *Jakob* zu Recht, dass es verfehlt wäre, der Regelung des § 82 S. 1 BGB die Rechtsfolge zu entnehmen, dass den Stifter lediglich die Verpflichtung träfe, Eigentum und Besitz zu übertragen, und dass Sachmängel oder Rechtsmängel oder sonstige Pflichtverletzungen für die Stifterhaftung gar keine Rolle spielten.<sup>343</sup> Die Qualität des übertragenen Gegenstands müsse derjenigen des im Stiftungsgeschäft zugesicherten Vermögens entsprechen, wofür die allgemeinen Vorschriften, namentlich die §§ 280 ff. BGB, gelten würden.<sup>344</sup> Denn das zugesicherte Vermögen sei auch in seiner Qualität Grundlage der Anerkennung.<sup>345</sup> Andernfalls böte die Errichtung einer Stiftung in Einzelfällen die Möglichkeit, sich mangelhafter Gegenstände unter erleichterten Umständen zu entledigen.<sup>346</sup>

### (3) Fazit

Es wurde dargelegt, dass der Stifter nach allgemeinen Maßstäben haftet und nicht in den Genuss einer Haftungsprivilegierung in analoger Anwendung der §§ 521 – 524 BGB kommt. Nur im Einzelfall kann dem Stiftungsgeschäft eine Haftungsmilderung zu entnehmen sein. Mithin ist im Verhältnis des Stifters zur Stiftung in Gänze an einer Lösung über die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere der §§ 276, 280 BGB, festzuhalten. Auch der Vergleich mit aus dem Gesellschaftsrecht stammenden Rechtsinstituten und Rechtsgedanken vermag diese Auffassung zu bestätigen und abzurunden. In diesem Zusammenhang bleibt auch festzuhalten, dass die Instrumente der Stiftungsaufsicht *de lege lata* für die Fälle, in denen der Stifter auf eine Umgehung der Bewertung des Gestifteten im Anerkennungsverfahren abzielt, mithin Konstellationen, welche letztlich auf einen Rechtsformmissbrauch schließen lassen, nur ein stumpfes Schwert darstellen.

---

<sup>342</sup> *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 26 Rn. 4; *Schütz*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, § 26 Rn. 12.

<sup>343</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 127 (Fn. 130).

<sup>344</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, a. a. O.

<sup>345</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, a. a. O.

<sup>346</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, a. a. O.

#### dd) Die Schenkung unter Auflage, §§ 525 – 527 BGB

Die Vorschriften über die Schenkung unter Auflage gemäß §§ 525 – 527 BGB könnten auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts anwendbar sein. Für eine Analogie müsste auch hier eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Im Schrifttum wird diesen Regelungen eine vergleichsweise geringe Aufmerksamkeit zuteil. Einzig *Kersting*<sup>347</sup> und *Tolksdorf*<sup>348</sup> setzen sich hiermit ausführlich auseinander.<sup>349</sup> Bei der Schenkung unter Auflage nach §§ 525 – 527 BGB handelt es sich um eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB mit der zusätzlichen Abrede, dass der Schenker vom Beschenkten eine Leistung verlangen kann, wenn dieser den Schenkungsgegenstand erhalten hat.<sup>350</sup> Besondere Rechtsbehelfe des Schenkers sind die Vollziehung der Auflage nach § 525 I BGB und im Falle des Unterbleibens die Herausgabe des Geschenkes nach § 527 I BGB.<sup>351</sup> Im Falle eines Mangels steht dem Beschenkten unter den Voraussetzungen des § 526 S. 1 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zu, nach § 526 S. 2 BGB ein Aufwendungsersatzanspruch bei Vollziehung der Auflage in Unkenntnis des Mangels.<sup>352</sup> Bei einer Auflagenschenkungen soll die Leistung des Beschenkten nicht für die Zuwendung, sondern auf der Grundlage und aus dem Wert der Zuwendung erfolgen.<sup>353</sup> Dabei kann der Beschenkte auch lediglich in der freien Verfügung über den Gegenstand beschränkt werden.<sup>354</sup> Die Auflage kann mitunter das Hauptmotiv für die Schenkung darstellen und auch dem Wert der Schenkung entsprechen.<sup>355</sup> Sie kann im Interesse des Schenkers, des Beschenkten oder eines Dritten liegen, wobei als Inhalt ungeachtet ihres etwaigen Vermögenswertes jedwede Leistung denkbar ist.<sup>356</sup>

#### (1) Die Schenkung unter Auflage nach § 525 BGB

*Kersting* zufolge ist eine hinreichende Ähnlichkeit und damit eine vergleichbare Interessenlage zwischen einer Schenkung unter Auflage im Sinne von § 525 BGB und der Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB gegeben.<sup>357</sup> So sei eine Stiftung

<sup>347</sup> *Kersting*, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 ff.

<sup>348</sup> *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 241 ff.

<sup>349</sup> Vergleiche neuerdings auch *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 85 Rn. 23, sowie *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 26.

<sup>350</sup> *Herrmann*, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, § 525 Rn. 1.

<sup>351</sup> *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 525 Rn. 1.

<sup>352</sup> *Herrmann*, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, § 525 Rn. 1.

<sup>353</sup> BGH NJW 1982, 818 f.

<sup>354</sup> *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 525 Rn. 1.

<sup>355</sup> *Herrmann*, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, § 525 Rn. 3; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 525 Rn. 1.

<sup>356</sup> *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 525 Rn. 1.

<sup>357</sup> *Kersting*, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (65 f.).

aufgrund der mit ihr verbundenen Zweckbestimmung nichts anderes als eine verkörperte Auflage bezüglich des geschenkten Gegenstandes, nämlich des Vermögens.<sup>358</sup> Während bei der Schenkung unter Auflage der Schenker einen Beschenkten auswähle und diesem ein Geschenk unter einer Auflage mache, statte ein Stifter seine Stiftung mit Vermögen aus, das in bestimmter Weise zu verwenden sei.<sup>359</sup> Auch weise der Rechtsgedanke des § 525 II BGB Ähnlichkeit mit dem Stiftungsrecht auf.<sup>360</sup> So wie es einer Behörde möglich sei, die Vollziehung von Auflagen im öffentlichen Interesse zu verlangen, könne die Stiftungsaufsicht die Stiftung zur Erfüllung des Stiftungszwecks anhalten, also gewissermaßen die Vollziehung der Auflage des Stifters erzwingen.<sup>361</sup> Darüber hinaus bestünden keine Bedenken gegen die aus § 525 I BGB abzuleitende Berechtigung des Stifters, die Vollziehung der Auflage, mithin die Erfüllung des Stiftungszwecks, zu verlangen.<sup>362</sup> Denn im Gegensatz zur Übertragung von Rückforderungsrechten auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts werde die Stiftung auf diese Weise jedenfalls nicht in ihrer Existenz bedroht.<sup>363</sup> Die Stiftung werde vielmehr gestärkt, und Interessen Dritter würden ebenfalls nicht nachteilig berührt.<sup>364</sup> Auch sei der Umstand, dass es nach überwiegender Auffassung unproblematisch sei, wenn sich der Stifter entsprechende Kontrollrechte satzungsmäßig vorbehalte, ein Beleg dafür, dass keine Einwände bestünden, dem Stifter über eine analoge Anwendung des § 525 I BGB ein solches Recht einzuräumen.<sup>365</sup> Dies laufe letztlich in keiner Weise den Vorgaben des Stiftungsrechts zuwider.<sup>366</sup> Einer Nivellierung der Unterschiede zwischen einer rechtsfähigen Stiftung und einer Schenkung unter Auflage werde dabei nicht das Wort geredet.<sup>367</sup>

*Kerstings* Überlegungen zu § 525 BGB zielen in eine andere Richtung und sind möglicherweise gerade für das Verhältnis des Stifters zur Stiftung von anderer Dimension. Die vorangehend untersuchten schenkungsrechtlichen Normen dienten, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung, nicht der Stärkung und den Interessen der Stiftung; schon gar nicht hatten sie die Erfüllung des Stiftungszwecks zum Gegenstand. Die Anwendung von § 525 BGB zielte jedenfalls auf eine Stärkung der Stiftung ab. Interessen Dritter stünden in diesem Rahmen offensichtlich nicht auf dem Spiel. Für die Stiftung ist die Erfüllung des Stiftungszwecks von höchster Priorität. Der Stiftungszweck gibt die Aufgaben vor, welche

<sup>358</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (65).

<sup>359</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (65).

<sup>360</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (66).

<sup>361</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (66).

<sup>362</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (66).

<sup>363</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (66).

<sup>364</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (66).

<sup>365</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (66).

<sup>366</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (65).

<sup>367</sup> Ders., in: Non Profit Law Yearbook 2006, S. 57 (65 f.).

aus den Mitteln der Stiftung zu erfüllen sind, und bildet die Richtschnur für die Tätigkeit der Stiftungsorgane und für die behördliche Aufsicht.<sup>368</sup> Das Dasein der Stiftung dient allein der Durchführung des Stifterwillens durch Verwendung des gewidmeten Vermögens zu dem vom Stifter vorgegebenen Zweck.<sup>369</sup> Dieser steht in der operativen Phase grundsätzlich nicht zur Disposition des Stifters oder der Stiftungsorgane.<sup>370</sup>

Gegen *Kerstings* Ansatz wird vereinzelt eingewandt, der Stifter wolle bei Errichtung der Stiftung die Verwendung seiner Zuwendung zu dem von ihm bestimmten Zweck gerade nicht durch eine Auflage, sondern durch die Verselbständigung des Vermögens in einer dem Zweck verpflichteten Organisation sichern.<sup>371</sup> Die Verankerung einer entsprechenden eigenen Organposition im Stiftungsgeschäft, auf die der Stifter bei Nichtvorhandensein eben verzichtet habe, sei der richtige und gangbare Weg für den Stifter.<sup>372</sup> Diesem Einwand kann jedenfalls in dieser Form nicht gefolgt werden. Dass der Stifter in der Errichtungsphase die Verselbständigung des Vermögens in einer dem Zweck verpflichteten Organisation beabsichtigt, ist unumstritten. Es wird an geeigneter Stelle noch zu klären sein, ob *Kerstings* Ansatz hierzu im Widerspruch steht. Zunächst hat der Stifter jedenfalls ein nachhaltiges Interesse an der Erfüllung des Stiftungszwecks. Abseits etwaiger sonstiger Motive ist dies auch das entscheidende und rechtlich relevante Interesse des Stifters. Kommt es wider Erwarten etwa zu einem Versagen der Stiftungsorganisation, spricht dem Grunde nach – ohne bereits Details zu diskutieren – nichts gegen eine gesetzliche Auffanglösung. Eine so verstandene Auflage ist im Interesse des Stifters. Ihm geht es um die effektive Verfolgung des Stiftungszwecks. Und selbst wenn der Stifter im Übrigen auf eine entsprechende Organposition verzichtet hat, so ist weder einzusehen, weshalb damit eine Preisgabe der Interessen der Stiftung einhergehen sollte, noch weshalb beim Stifter nach Vornahme des Stiftungsgeschäfts ein weniger ausgeprägtes Interesse an der Verfolgung des Stiftungszwecks zu verzeichnen wäre.

Bei der Frage nach der Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit der Anwendung besagter Norm auf das Stiftungsrecht ist naturgemäß Zurückhaltung zu üben. Wenn überhaupt, so könnte § 525 BGB nur streng subsidiär zur Anwendung kommen. Schließlich sind dem Grunde nach sämtliche stiftungsrechtlichen Vorschriften für die vorliegenden Belange *leges speciales* gegenüber den schenkungsrechtlichen Regelungen.<sup>373</sup> Auf den ersten Blick mag

---

<sup>368</sup> *Mecking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 87 Rn. 1; vergleiche auch *Suerbaum*, in: Stumpf/ Suerbaum/ Schulte/ Pauli, Stiftungsrecht, 2011, Teil C 1. Kapitel VII. Rn. 183.

<sup>369</sup> *Nissel*, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel VI Rn. 207; *Mecking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 87 Rn. 1.

<sup>370</sup> *Mecking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2009, § 87 Rn. 4.

<sup>371</sup> *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 85 Rn. 23.

<sup>372</sup> *Ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 85 Rn. 23.

<sup>373</sup> So zurecht auch *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 241.

denn auch der Einwand, aufgrund der Stiftungsaufsicht bestehe kein praktisches Bedürfnis für eine derartige (weitere) Kontrolle der Stiftung durch den Stifter,<sup>374</sup> eingängig erscheinen. Bei genauer Betrachtung offenbart diese Feststellung jedoch inhaltliche Schwächen. Hierfür genügt ein Blick in die Landesstiftungsgesetze, namentlich in die Regelungen hinsichtlich Art und Umfang staatlicher Aufsicht. Hiernach unterliegen privatnützige Stiftungen oder Familienstiftungen<sup>375</sup> teils nur eingeschränkter, bisweilen sogar überhaupt keiner staatlichen Aufsicht. So lautet etwa Art. 10 I 1 1. HS des Bayerischen Stiftungsgesetzes: „Zu ihrem Schutz unterstehen Stiftungen, die öffentliche Zwecke [...] verfolgen, mit Ausnahme der staatlich verwalteten Stiftungen der Rechtsaufsicht des Staates [...]“. Darüber hinaus enthält der betreffende Zweite Abschnitt des Regelwerks, welcher die Stiftungsaufsicht normiert, keine entsprechenden Vorschriften. Sämtliche ausschließlich privatnützigen Stiftungen sind damit von der staatlichen Aufsicht ausgenommen. Andere Landesstiftungsgesetze statuieren nur eine äußerst eingeschränkte Aufsicht. Beispielhaft und stellvertretend für ähnlich lautende Regelungen<sup>376</sup> heißt es in § 6 III des Stiftungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen: „Stiftungen, die ausschließlich oder überwiegend private Zwecke verfolgen, unterliegen nur insoweit der Stiftungsaufsicht, als sicherzustellen ist, dass ihre Betätigung nicht gesetzlich geschützten öffentlichen Interessen zuwiderläuft.“ Als Grund für die größtenteils deutlich reduzierte Aufsicht wird der Mangel an einem besonderen öffentlichen Interesse angeführt. Eine Aufsicht sei nur gerechtfertigt, wenn das Stiftungsvermögen Zwecken der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werde, was bei privatnützigen Stiftungen bzw. Familienstiftungen nicht der Fall sei.<sup>377</sup> Ferner sei eine Auf-

<sup>374</sup> Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 26.

<sup>375</sup> Die Familienstiftung ist ein Unterfall der privatnützigen Stiftung. Eine Familienstiftung muss stets den Interessen einer oder mehrerer Familien dienen. Eine privatnützige Stiftung kann darüber hinaus auch einem durch Vereins- oder Betriebszugehörigkeit bzw. in ähnlicher Weise begrenzten Personenkreis zugute kommen. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zu der das Gemeinwohl fördernden öffentlichen Stiftung ist die Begünstigung eines fest umgrenzten Personenkreises. Mittelbar kann aber auch eine privatnützige Stiftung der Allgemeinheit dienen, etwa im Wege der Vergabe von Stipendien an begabte, mittellose Familienmitglieder. Siehe Seyfarth, ZSt 2008, 145 (147); v. Campenhausen, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 2 Rn. 3; Reuter, in: Hüttemann/ Richter/ Weitmeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Kapitel 4 Rn. 29 f.; Müller, Die privatnützige Stiftung zwischen Staatsaufsicht und Deregulierung, 2009, S. 49 f.; Dewald, Die privatrechtliche Stiftung als Instrument zur Wahrnehmung öffentlicher Zwecke, 1990, S. 27 f.; Sorg, Die Familienstiftung, 1984, S. 26 ff.; Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 26 ff.

<sup>376</sup> Vergleiche etwa § 5 I 2 des Hamburgischen Stiftungsgesetzes, § 21 II des Hessischen Stiftungsgesetzes, § 4 III 2 des Stiftungsgesetzes für das Land Brandenburg; für entsprechende weitere landesrechtliche Regelungen vergleiche Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 117; gemäß § 10 II des Niedersächsischen Stiftungsgesetzes erstreckt sich die Aufsicht neben der Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Stiftungsorgane immerhin auch auf Maßnahmen nach § 87 BGB; letzteres sieht auch § 10 III 1 des Saarländischen Stiftungsgesetzes vor. In Baden-Württemberg sind Familienstiftungen gemäß § 13 II des Stiftungsgesetzes für Baden-Württemberg immerhin von bestimmten Anzeigepflichten befreit.

<sup>377</sup> Seyfarth, ZSt 2008, 145 (148 ff.), mit Verweis auf die verschiedenen Begründungen der jeweiligen Regierentswürfe; siehe auch Müller, Die privatnützige Stiftung zwischen Staatsaufsicht und Deregulierung, 2009, S. 139 f.

sicht über derlei Stiftungen deshalb entbehrlich, weil die Destinatäre hier selbst die Verwirklichung der Stiftungszwecke überwachten und so für deren dauerhafte Erfüllung sorgen könnten.<sup>378</sup> Was insbesondere von letzterem Argument zu halten ist, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Es wird auf seine Stichhaltigkeit an anderer Stelle genauer zu überprüfen sein. Dass die deutlich überwiegende Anzahl der Stiftungen (ausschließlich) gemeinnützige Zwecke verfolgt<sup>379</sup>, tut diesen Erwägungen insgesamt keinen Abbruch. Geht es an dieser Stelle doch um juristische Dogmatik, nicht aber um statistische Erhebungen.

Eine Kontrolle behördlicherseits ist in ganzer Breite also *de lege lata* nicht gewährleistet. Für privatnützige Stiftungen kann nur von einer äußerst eingeschränkten bis gar nicht existenten Stiftungsaufsicht die Rede sein. Folglich handelte es sich eben nicht notwendigerweise um eine doppelte<sup>380</sup> Kontrolle der Stiftung. Mithin ist ein entsprechendes praktisches Bedürfnis jedenfalls nicht von vornherein auszuschließen. Welche Konsequenzen eine analoge Anwendung von § 525 BGB im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Stifter und Stiftung nach sich zöge, soll im Rahmen der operativen Phase genauer untersucht werden. Dort wird die genaue Ausgestaltung dieser Handhabe zu klären sein. So ist zu fragen, welche Formen ein solches Recht annehmen könnte und darf, ob auf dieser Grundlage etwa die Gefahr eines „Hineinregierens“ des Stifters in die Belange der Stiftung besteht und inwieweit das besagte Kontrollmanko der Stiftung während der operativen Phase etwa von anderer Seite, insbesondere seitens der Destinatäre, ausgeglichen werden kann. Dieser Ansatz kann letztlich abzulehnen sein, mit der Folge, dass dem Stifter ein derartiges Vorgehen gänzlich verwehrt ist. Diejenigen Gesichtspunkte, welche gegen eine analoge Anwendung der Regelungen über das Widerrufsrecht wegen groben Undanks nach §§ 530 ff. BGB, die Rechte bei eigener Verarmung nach §§ 519, 528 f. BGB sowie die eingeschränkte Haftung nach §§ 521 – 524 BGB sprechen, stehen hier jedenfalls nicht von vornherein entgegen.

## (2) Die Verweigerung der Vollziehung der Auflage nach § 526 BGB

Fraglich ist, wie es sich mit einer analogen Anwendung von § 526 BGB auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts verhält. Die Vorschrift des § 526 BGB erfasst

---

<sup>378</sup> Seyfarth, a. a. O.; vergleiche auch den Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19. Oktober 2001, S. 56 f.; kritisch zu diesen „Aufsichtsexemtionen“ angesichts einer aus der Dauerhaftigkeit der Stiftung abzuleitenden Garantiefunktion des Staates für die Verwirklichung des Stifterwillen allerdings Suerbaum, in: Stumpf/ Suerbaum/ Schulte/ Pauli, Stiftungsrecht, 2011, Teil C 1. Kapitel VII. Rn. 187 ff.

<sup>379</sup> Vergleiche Mecking, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel IV Rn. 134, mit dem Hinweis, dass allein 92% aller deutschen Stiftungen ausschließlich steuerbegünstigte Zwecke verfolgen.

<sup>380</sup> So aber Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 26; unverständlich insofern *dies.*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 28, wenn sie die mangelnde Stiftungsaufsicht im Rahmen der von ihnen grundsätzlich befürworteten analogen Anwendung der §§ 530 ff. BGB ansprechen.

Konstellationen, in denen eine Schenkung unter Auflage vorliegt, der Schenkungsgegenstand an einem Rechts- oder Sachmangel leidet und der Wert der Zuwendung infolgedessen die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht.<sup>381</sup> Es handelt sich um eine gegenüber § 242 BGB spezielle Billigkeitsregelung.<sup>382</sup> Der Beschenkte soll infolge der Auflage nicht mehr leisten müssen als er durch die Schenkung erhält.<sup>383</sup> Durch die Aufлагenschenkung soll er gewissermaßen nicht ärmer werden, als er ohne sie wäre.<sup>384</sup> Nach obiger Annahme handelt es sich bei der Stiftung aufgrund der mit ihr verbundenen Zweckbestimmung um eine verkörperte Auflage bezüglich des geschenkten Gegenstandes, namentlich des Vermögens.<sup>385</sup> Die Vollziehung der Auflage ist hiernach gleichzusetzen mit der Erfüllung des Stiftungszwecks.<sup>386</sup> Für die Erfüllung des Stiftungszwecks sind ungeachtet etwaiger Spenden grundsätzlich die Erträge des Stiftungsvermögens einzusetzen.<sup>387</sup> Dabei ist das Grundstockvermögen die finanzielle Grundlage, aus der die Stiftung die Erträge erzielt.<sup>388</sup> Es umfasst sämtliche vom Stifter bei Errichtung der Stiftung ihr zugewendeten materiellen Werte, welche nicht zum Verbrauch bestimmt sind.<sup>389</sup> Vorliegend wäre es sogar unbeachtlich, ob laut Stiftungssatzung neben den Erträgen des Stiftungsvermögens auch das Grundstockvermögen selbst für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu verbrauchen<sup>390</sup> ist.<sup>391</sup> Denn es ist jedenfalls nicht vorstellbar und ergibt im Übrigen auch keinen Sinn, dass der Wert der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen im Sinne von § 526 S. 1 BGB den Wert der Zuwendung übersteigt.<sup>392</sup> Schließlich richtet sich hier der Wert der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen gerade nach dem, was der Stiftung zugewendet wird sowie nach dem, was die Stiftung daraus erwirtschaftet.<sup>393</sup> Somit scheitert eine Analogie zu § 526 BGB an einer vergleichba-

<sup>381</sup> Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 526 Rn. 1; siehe auch Gehrlein, in: Bamberger/ Roth, BGB, 23. Edit., 2012, § 526 Rn. 1.

<sup>382</sup> Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 526 Rn. 1.

<sup>383</sup> Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 526 Rn. 1; Herrmann, in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, § 526 Rn. 1.

<sup>384</sup> Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 526 Rn. 1.

<sup>385</sup> So Kersting, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (65).

<sup>386</sup> So Kersting, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (66).

<sup>387</sup> Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 54; Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 5, 9; Schlüter/ Stolte, Stiftungsrecht, 2007, Kapitel 2 Rn. 49 f.; Fritz, in: Werner/ Saenger, Die Stiftung, 2008, Kapitel IX Rn. 452.

<sup>388</sup> Hof, in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 5.

<sup>389</sup> Ders., in: Seifart/ v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 9 Rn. 5.

<sup>390</sup> Zur Zulässigkeit einer sogenannten Verbrauchsstiftung vergleiche Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, § 81 Rn. 57, mit weiteren Nachweisen.

<sup>391</sup> Insofern muss entgegen *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 243, gar nicht darauf abgestellt werden, dass „die Auflage [...] nicht mit den unmittelbar zugewendeten Werten zu vollziehen“ ist.

<sup>392</sup> *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 243.

<sup>393</sup> Ders., S. 243; siehe auch *Kersting*, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (66), mit dem Hinweis, es verstehe sich von selbst, dass die Stiftung ihrem Auftrag nicht nachkommen könne, falls das gewidmete Vermögen unzureichend sei.



ren Interessenlage. Mithin ist die Regelung nicht auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts anwendbar.

### (3) Die Nichtvollziehung der Auflage nach § 527 BGB

Die Regelung des § 527 BGB könnte auf das Stiftungsrecht übertragbar sein. Erneut müsste eine vergleichbare Interessenlage zwischen Stiftungserrichtung und Schenkung gegeben sein. Die Vorschrift gewährt dem Schenker einen Herausgabeanspruch, um seine Rechte bei unterbliebenem Auftragsvollzug zu sichern.<sup>394</sup> Es handelt sich wiederum um einen Sonderfall der Störung der Geschäftsgrundlage.<sup>395</sup> § 527 BGB ermöglicht es dem Schenker, anstelle einer Klage auf Vollziehung der Auflage ein Rückforderungsrecht geltend zu machen.<sup>396</sup> Ein derartiger Herausgabeanspruch des Stifters hätte ähnlich wie die Vorschriften über den Widerruf wegen groben Undanks oder die Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers zur Folge, dass die Ausstattung der Stiftung gänzlich oder teilweise nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden müsste. Eine vergleichbare Interessenlage ist schon deshalb nicht zu bejahen. Insofern sei insbesondere auf obige Ausführungen zur Frage nach einer analogen Anwendung der Vorschriften der §§ 519, 528 f. BGB verwiesen.<sup>397</sup> Dem Stifter ein Mittel an die Hand zu geben, die Vollziehung der Auflage, mithin die Erfüllung des Stiftungszwecks, im Wege einer ansonsten vorbehaltenen Rückforderung der Zuwendung zu verlangen, griffe in diesem Sinne zu weit.<sup>398</sup> Es besteht ein substanzieller und in der Intensität eines solchen Einschreitens von Stifterseite für die Stiftung deutlich spürbarer Unterschied zwischen einem etwaigen Anhalten zur Erfüllung des Stiftungszwecks und einer drohenden Rückforderung der Vermögenswerte im Falle der Nichterwirklichung des Stiftungszwecks.<sup>399</sup> Letzteres wird der Verselbständigung der Stiftung als juristische Person nicht gerecht. Eine analoge Anwendung von § 527 BGB auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts ist mithin zu verneinen.

## 3. Ergebnis

Die analoge Anwendung der Regelungen der §§ 530 ff. BGB über das Widerrufsrecht des Schenkers wegen groben Undanks scheidet aufgrund der nicht bestehenden Dankbarkeits-

---

<sup>394</sup> Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 527 Rn. 1.

<sup>395</sup> Ders., in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 527 Rn. 1.

<sup>396</sup> Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 527 Rn. 2.

<sup>397</sup> Siehe oben C. II. 2. b) bb).

<sup>398</sup> In diesem Sinne auch Kersting, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (66), mit dem Hinweis auf den unbedingten Vorrang der Erzwingung der Zweckerfüllung, da die Auflage doch in einer juristischen Person verselbständigt sei.

<sup>399</sup> A. A. Tolksdorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, 2006, S. 242 f.

beziehung zwischen Stifter und Stiftung aus. Nicht analog anwendbar auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts sind auch die Vorschriften der §§ 519, 528 f. BGB über die Rechte des Schenkers bei eigener Verarmung. Der Schutz und bisweilen die Existenz der Stiftung sowie der Schutz eines funktionierenden Rechtsverkehrs überwiegen insoweit den Schutz des Stifters und der sozialhilfepflichtigen Allgemeinheit.

Ebensowenig sind die Regelungen der §§ 521 – 524 BGB über die eingeschränkte Haftung des Schenkers pauschal auf das Stiftungsrecht übertragbar. Nur im Einzelfall kann geprüft werden, ob dem Stiftungsgeschäft tatsächlich eine (konkludente) Haftungsbeschränkung zu entnehmen ist. Grundsätzlich gelten mithin die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere die Regelungen der §§ 276, 280 BGB. Der Vergleich mit aus dem Gesellschaftsrecht stammenden Rechtsinstituten und Rechtsgedanken vermag diese Auffassung zu bestätigen und abzurunden. In diesem Zusammenhang wurde festgestellt, dass die Instrumente der Stiftungsaufsicht *de lege lata* für die Fälle, in denen der Stifter auf eine Umgehung der Bewertung des Gestifteten im Anerkennungsverfahren abzielt, mithin Konstellationen, welche letztlich auf einen Rechtsformmissbrauch schließen lassen, nur ein stumpfes Schwert darstellen.

Einer analogen Anwendung von § 525 BGB auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts steht jedenfalls zunächst insofern nichts entgegen, als sie gerade in die entgegengesetzte Richtung zielte, Interessen Dritter nicht nachteilig berührte und die Existenz der Stiftung nicht bedrohte. Es wird zu prüfen sein, inwieweit das ausgemachte Kontrollmanko der Stiftung samt anderer Gefahren gerade durch den Stifter und nicht etwa von anderer Seite ausgeglichen werden kann und darf. Denkbar ist in diesem Zusammenhang neben der unzureichenden staatlichen Aufsicht über Stiftungen, die ausschließlich oder überwiegend private Zwecke verfolgen, auch ein Versagen sowohl der Stiftungsorganisation wie auch der staatlichen Aufsicht, ein kollusives Zusammenwirken von Stiftungsorganisation und staatlicher Aufsicht oder auch schlichte Gleichgültigkeit oder Reserviertheit der Aufsichtsbehörde gegenüber Stiftungen, welche gerade nicht ausschließlich oder überwiegend öffentlichen Zwecken dienen.<sup>400</sup> *Kersting* nennt im Hinblick auf Letzteres beispielhaft eine parteinahe Stiftung, welche etwa nicht verboten sei, jedoch im Verdacht fragwürdiger Ansichten stehe.<sup>401</sup> Dem ist im Übrigen auch nicht von vornherein entgegen zu halten, der Stifter könne die Satzung doch vorausschauend gestalten, insbesondere mit einem ausgeklügelten System der Kontrolle. Denn es bleibt selbst die Möglichkeit, dass Kontrollierte

---

<sup>400</sup> *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 113; siehe auch *Kersting*, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (59 f.), sowie *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 85 Rn. 24, mit weiteren Nachweisen.

<sup>401</sup> *Kersting*, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (60).

und stiftungsinterne Kontrolleure die Stiftung kollusiv schädigen.<sup>402</sup> Insofern ist ein solches Bedürfnis nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Eine analoge Anwendung von § 526 BGB sowie § 527 BGB kommt hingegen nicht in Betracht.

#### D. Landesstiftungsgesetzliche Grundlagen

Fraglich ist, ob sich den landesstiftungsrechtlichen Regelungen Erkenntnisse für ein Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung entnehmen lassen. Dazu müssten die Landesstiftungsgesetze entsprechende Anhaltspunkte bereithalten. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine Stiftung Rechtsfähigkeit erlangt, regeln nunmehr die §§ 80 f. BGB einheitlich und abschließend.<sup>403</sup> Es werden also sowohl die Anforderungen an das Stiftungsgeschäft als auch die inhaltlichen Voraussetzungen der Anerkennung abschließend bundesrechtlich geregelt.<sup>404</sup> Landesrechtliche Vorschriften, welche über den Regelungsgehalt der §§ 80 f. BGB hinausgehen, diese konkretisieren oder schlicht inhaltsgleich wiederholen, wären jedenfalls nach Art. 72 I GG mangels Kompetenz des Landesgesetzgebers nichtig.<sup>405</sup> Für das Errichtungsstadium bleibt den Ländern neben der Regelung formeller Aspekte wie Form- und Publizitätsvorschriften einzig die Befugnis, die für die Anerkennung zuständige Behörde<sup>406</sup> zu bestimmen.<sup>407</sup> Im Errichtungsstadium liefern die Landesstiftungsgesetze somit keine spezifischen Anhaltspunkte für ein zwischen Stifter und Stiftung bestehendes Rechtsverhältnis. Möglicherweise lassen sich aus den landesstiftungsgesetzlichen Regelungen im Rahmen der operativen Phase mehr Erkenntnisse gewinnen. Diesbezüglich besteht im Gegensatz zur Errichtung der Stiftung keine abschließende bundesgesetzliche Regelung.<sup>408</sup>

#### E. Ergebnis

Für das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung in der Errichtungsphase ließen sich bereits einige Erkenntnisse gewinnen. Für weiterführende Erkenntnisse und Anknüpfungspunkte ist vor dem Hintergrund des Titels dieser Untersuchung naturgemäß und im Schwerpunkt auf die operative Phase abzustellen. Erst in diesem Stadium existiert die Stif-

---

<sup>402</sup> Kersting, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 2007, S. 57 (59); vergleiche auch Wernicke, ZEV 2003, 301 (303).

<sup>403</sup> Siehe oben C. I.

<sup>404</sup> Suerbaum, in: Stumpf/ Suerbaum/ Schulte/ Pauli, Stiftungsrecht, 2011, Teil C 1. Kapitel IV. Rn. 72.

<sup>405</sup> Suerbaum, in: Stumpf/ Suerbaum/ Schulte/ Pauli, Stiftungsrecht, 2011, Teil C 1. Kapitel IV. Rn. 72; Richter/ Sturm, NZG 2005, 655.

<sup>406</sup> Vergleiche etwa §§ 5, 3 I des Stiftungsgesetzes für Baden-Württemberg.

<sup>407</sup> Hüttemann/ Rawert, in: Staudinger, BGB, 2011, Vor §§ 80 ff. Rn. 76; Muscheler, NJW 2004, 713 (715); Suerbaum, in: Stumpf/ Suerbaum/ Schulte/ Pauli, Stiftungsrecht, 2011, Teil C 1. Kapitel IV. Rn. 65 f.

<sup>408</sup> Reuter, in: Hüttemann/ Richter/ Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Kapitel 3 Rn. 17.

tung im Sinne der §§ 80 ff. BGB als solche. Im Rahmen der bürgerlichrechtlichen Grundlagen scheint das Schenkungsrecht bis zum jetzigen Zeitpunkt jedenfalls erste Ansatzpunkte zu liefern. Der im Vergleich zu den hinsichtlich der §§ 530 ff. BGB, §§ 519, 528 f. BGB sowie §§ 521 – 524 BGB in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen junge Ansatz mittels § 525 BGB ragt insoweit hervor. Insbesondere einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 525 BGB auf den vermögensrechtlichen Teil des Stiftungsgeschäfts soll daher eine erhöhte Aufmerksamkeit zuteil werden. Demgegenüber fällt der Befund hinsichtlich der Regelungen der §§ 80 ff. BGB und der landesstiftungsgesetzlichen Grundlagen eher mager aus. In verfassungsrechtlicher Hinsicht steht dem Stifter ein Grundrecht auf Stiftungserrichtung zu. Mit diesem Befund für die Errichtungsphase muss es bisweilen sein Bewenden haben, wiewohl die verfassungsrechtlichen Grundlagen in der operativen Phase keineswegs in Vergessenheit geraten sollen.

Rechtsbeziehungen zwischen Stifter und Stiftung  
Schulte, A.

2017, XV, 182 S., Softcover

ISBN: 978-3-658-16359-4