



Band 13

Schriftenreihe des  
**Centrum**

für Deutsches & Europäisches

**Insolvenzrecht**

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking  
und Mark Zeuner

Nina Rohrberg-Braun

**Die unselbständige Stiftung  
in der Insolvenz**

# 1. Teil: Strukturanalyse der unselbständigen Stiftung

## A. Einführung

Gesetzlicher und stiftungsrechtlicher Ausgangspunkt ist zunächst die selbständige Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB. Die hier gegenständliche unselbständige Stiftung hat daneben keinen Eingang ins Gesetz gefunden. Gleichwohl ist sie als die Urform der Stiftungen anerkannt<sup>1</sup> und ihre Bedeutung nicht zu unterschätzen. Ihre Errichtung ist für potentielle Stifter dann attraktiv, wenn die gesetzlich normierte Stiftung den Stifterinteressen nicht gerecht wird. So vor allem, soll lediglich ein geringes Vermögen gestiftet werden und daher die Vorgaben für den Umfang des Stiftungsvermögens der selbständigen Stiftung<sup>2</sup> ebenso wenig eingehalten werden können, wie die gesetzlich geforderte umfassende Stiftungsorganisation und -verwaltung den Interessen des Stiftungswilligen nicht entsprechen.<sup>3</sup> Daneben kann dem Stifter auch die laufende Kontrolle durch die Stiftungsaufsicht missfallen oder er strebt eine mit der selbständigen Stiftung nicht zu erreichende umfassende strukturelle Flexibilität an.<sup>4</sup> Entspricht die selbständige Stiftung, mithin die Errichtung einer juristischen Person, danach nicht der Form, anhand der sich der potentielle Stifter vorstellt sein gemeinnütziges Engagement auszuüben, so bietet die unselbständige Stiftung als klassische Form der Kleinstiftung<sup>5</sup> eine denkwürdige Alternative. Dies vor allem, weil ihre Rechtsform und Errichtungsvoraussetzungen gesetzlich nicht vorgeschrieben sind, sodass sich die mit ihr verbundene Form- und Gestaltungsfreiheit vollständig am Stifterwillen orientieren kann.

In Folge dessen entsteht die unselbständige Stiftung anders als die selbständige Stiftung durch den Abschluss eines Stiftungsgeschäfts zwischen Stifter und Stiftungsträger. Auf Grundlage des Stiftungsgeschäfts überträgt der Stifter das Stiftungsvermögen mit der Verpflichtung, dieses zur dauerhaften Verfolgung eines

---

1 Gierke, Privatrecht, S. 645; Kohler, ArchBürgR 3 (1890), 228, 277; ausführlich zur Historie Danckwerth, Unselbständige Stiftungen, S. 7 ff.

2 Zwar ist kein festes Mindestkapital vorgeschrieben, doch verlangen die Anerkennungsbehörden eine Vermögensausstattung von 50.000 Euro bis 100.000 Euro, damit die Zweckerfüllung aus den Erträgen des bereitgestellten Vermögens als nachhaltig gesichert erscheint. Rawert, in: Jahreshefte, S. 27, 29; ausführlich zum Diskussionsstand Schwake, NZG 2008, 248 ff. m.w.N.

3 Wochner, ZEV 1999, 125, 126; O. Werner, Stiftung & Sponsoring, Rote Seiten 4/1999, 1, 2; zu den Mindestanforderungen der Stiftungsorganisation bei der selbständigen Stiftung, vgl. Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 8 Rn. 7, 9 ff.

4 Frische, ZSt 2008, (3).

5 Soergel/Neuhoff, BGB, Vor § 80 Rn. 32; Wochner, ZEV 1999, 125, 126.

bestimmten Stiftungszwecks zu verwenden, in das Vermögen des Stiftungsträgers.<sup>6</sup> Die dogmatische Einordnung des Stiftungsgeschäfts als vertragliches Rechtsgeschäft zwischen Stifter und Stiftungsträger ist mangels gesetzlicher Regelungen und den hierdurch entstehenden Möglichkeiten zur rechtlichen Verortung Gegenstand lang anhaltender Diskussionen. Die Aussage, die unselbständige Stiftung sei juristisch weder Fisch noch Fleisch, halb Stiftung und halb Vertragszweck,<sup>7</sup> veranschaulicht die Schwierigkeiten ihrer Einordnung in das Rechtssystem.

Seit jeher findet entweder eine Ausgestaltung des Stiftungsgeschäfts als Schenkung unter Auflage oder als Treuhandvertrag statt. Vorweggenommen werden kann an dieser Stelle bereits, dass sich diese Qualifizierungen des Stiftungsgeschäfts Kritik entgegenhalten lassen müssen. Hierbei handelt es sich um ein grundlegendes Problem der Einordnung des Stiftungsgeschäfts als Rechtsgeschäft zwischen Stifter und Stiftungsträger, welches sich bei Betrachtung aus insolvenzrechtlicher Sicht deutlich offenbart. Anknüpfungspunkt ist die Tatsache, dass das Stiftungsvermögen in das Vermögen des Stiftungsträgers übertragen wird und es sich daher anders als bei der selbständigen Stiftung nicht verselbständigt und allein seinem Zweck gehört. Vielmehr stellt es sich als ein Teilvermögen im Gesamtvermögen des Stiftungsträgers dar. Bei Betrachtung der haftungs- und insolvenzrechtlichen Folgen führt die Zuordnung zum Vermögen des Stiftungsträgers dazu, dass das Stiftungsvermögen der Gefahr eines Zugriffs von Stiftungsträger-Gläubigern wegen Forderungen, die in keinem Zusammenhang mit der Stiftungstätigkeit stehen, ausgesetzt ist. Ähnliche Fragestellungen ergeben sich für den Zugriff von privaten Gläubigern des Stifters. Besonders deutlich wird dies bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Stiftungsträgers, weil das Stiftungsvermögen als Teilvermögen in seinem Gesamtvermögen gleichsam mit zur Insolvenzmasse gezogen wird, letztlich der Befriedigung stiftungsfremder Gläubiger dient. Mangels Verselbständigung ist das Stiftungsvermögen, die unselbständige Stiftung, damit stets der Gefahr ausgesetzt für stiftungsfremde Verbindlichkeiten eintreten zu müssen.

Dass eine derartige Haftungssituation weder den Interessen des Stifters an der Förderung des Gemeinwohls noch dem Stiftungsgedanken entspricht, ist offensichtlich. Zuzugeben ist, dass die Fragen der Insolvenz in der Stiftungswirklichkeit (glücklicherweise) nicht in das Zentrum des Stiftungsgeschehens rücken.<sup>8</sup> Gleichwohl lässt sich die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht ausschließen, so dass die Einordnung des Stiftungsgeschäfts immer auch die insolvenzrechtlichen Auswirkungen im Blick haben muss. Zu denken ist dabei auch an pflichtwidrig handelnde Stiftungsträger.

---

6 Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 172; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 231 m.w.N.

7 Liermann, in: Stiftungswesen, S. 229.

8 K. Schmidt, in: Stiftungsrecht, S. 175, 184 wonach Fragen der Zwangsvollstreckung und der Insolvenz die Praktiker schmunzeln lassen, weil bei Professoren dauernd gehaftet und vollstreckt wird.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit hat eine Strukturanalyse der unselbständigen Stiftung mit Blick auf die insolvenzrechtlichen Konstellationen stattzufinden. Es soll ein Beitrag dazu geleistet werden, die Einordnung des Stiftungsgeschäfts unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Schranken interessengerecht auszugestalten. Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die unselbständige Stiftung bewusst nicht gesetzlich geregelt, sondern es der Rechtswissenschaft überlassen hat, die unselbständige Stiftung mit Hilfe der allgemeinen Regelungen des Schuld- und Erbrechts zu qualifizieren. Insofern besteht jedenfalls die Möglichkeit, das Recht der unselbständigen Stiftung weiterzuentwickeln.

## **B. Gang der Untersuchung**

Der erste Teil der Arbeit betrifft die Darstellung der unselbständigen Stiftung in ihren wesentlichen Strukturen. Dabei geht es zuvorderst um die Voraussetzungen und Anforderungen zur Errichtung einer unselbständigen Stiftung. Im Rahmen dessen erfolgt die Darstellung der Einordnung des Stiftungsgeschäfts als Schenkung unter Auflage und als Treuhandvertrag, gefolgt von der Darlegung der insolvenzrechtlichen Auswirkungen bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Stifters und des Stiftungsträgers. Es ist zu klären, wessen insolvenzrechtliches Schicksal das Stiftungsvermögen nach Errichtung der unselbständigen Stiftung teilt. Die Rechtsfolgen sind dabei vor allem unter Berücksichtigung der Interessen der Stiftungsbeteiligten zu würdigen.

Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich unter Berücksichtigung der zuvor gefundenen Ergebnisse mit der Frage der Weiterentwicklung der unselbständigen Stiftung hin zu einem insolvenzfesten Sondervermögen in Form eines Rechtsträgers. Dass die bisherige Ausgestaltung des Stiftungsgeschäfts den Interessen der Beteiligten nicht umfassend gerecht wird, wurde in der Einführung bereits deutlich. Aus diesem Anlass werden zahlreiche neue Ansätze in der Literatur zur interessengerechten Ausgestaltung des Stiftungsgeschäfts zwischen Stifter und Stiftungsträger vorgetragen. Grundlage ist dabei stets die Sicherung des Stiftungsvermögens in den insolvenzrechtlichen Gestaltungen. Im Rahmen dessen kommen entsprechend der gesetzlichen Möglichkeiten zur Verselbständigung von Vermögen sowohl die Weiterentwicklung der unselbständigen Stiftung hin zu einer juristischen Person oder hin zu einem rechtsfähigen Gebilde als auch zu einem selbständigen Sondervermögen im Vermögen des Stiftungsträgers in Betracht. Die bisher vorgebrachten Ansätze zur Weiterentwicklung der unselbständigen Stiftung sind zu untersuchen und zu bewerten.

Der dritte Teil der Ausarbeitung basiert auf den vorangegangenen Ergebnissen und verdeutlicht die Anforderungen und Bedürfnisse an die Ausgestaltung des Stiftungsgeschäfts, um die dauerhafte Verfolgung des Stiftungszwecks gewährleisten zu können. Unter Berücksichtigung der zuvor gefundenen Ergebnisse erfolgt die Darstellung eines nach der hier vertretenen Ansicht tauglichen Ansatzes zur Errichtung der unselbständigen Stiftung. Diese Ausgestaltung der unselbständigen Stiftung wird durch die in Betracht kommenden insolvenzrechtlichen

Fallgestaltungen auf ihren Fortbestand, mithin ihre Insolvenzimmunität, hin untersucht und gewürdigt. Im Anschluss erfolgte eine Darstellung der wesentlichen Ergebnisse.

## C. Einführung in das Recht der unselbständigen Stiftung

### I. Historische Einführung

Die identische Struktur von selbständiger und unselbständiger Stiftung führt zu der Annahme, die unselbständige Stiftung sei im klassischen römischen Recht die Grundform und damit die ältere Form der Stiftung gewesen.<sup>9</sup> Denn bereits in der vorchristlichen Antike traten stiftungsartige Institutionen mit religiöser, sozialer und rechtlicher Bedeutung auf. Hierbei handelte es sich nicht um rechtsfähige Stiftungen, sondern um fiduziarische Stiftungen, da das

gewidmete Vermögen stets einem anderen Rechtssubjekt gehörte.<sup>10</sup> Der Gesetzgeber hat sich bei der Kodifikation des privaten Stiftungsrechts allerdings auf die selbständige Stiftung konzentriert, ohne die unselbständige Stiftung ebenfalls ausdrücklich mit ins BGB aufzunehmen.<sup>11</sup> Sie wurde als eigenständige Form der Stiftung mit eigenem Regelungsbedarf nicht anerkannt.<sup>12</sup> Dabei war man sich bewusst, dass die Mehrzahl aller Stiftungen unselbständige, fiduziarische Stiftungen waren und Stiftungen mit staatlicher Genehmigung die Ausnahme darstellen würden.<sup>13</sup> Es wurde aber davon ausgegangen, die vorhandenen schuld- und erbrechtlichen

---

9 OLG Stuttgart, NJW 1964, 1231, 1232; Gierke, Privatrecht, S. 645; Kohler, ArchBürgR 3 (1890), 228, 277; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 16; Schlüter, Stiftungsrecht, S. 220 ff.; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 235; Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 1; Danckwerth, Unselbständige Stiftungen, S. 7 ff.

10 Ausführlich hierzu und zur weiteren Entwicklung Seifert/Campenhausen/ders., Stiftungsrecht, § 5 Rn. 4 ff.; zur Entwicklungsgeschichte des Stiftungsrechts Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 48 ff.

11 Zwar gab es in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB einen Antrag, die Regelungen der rechtsfähigen Stiftung entsprechend auf die unselbständige Stiftung anzuwenden, vgl. Achilles/Spahn/Gebhard, Protokolle, Bd. I, S. 606 f., doch fand dieser keine Berücksichtigung. Es wurde davon ausgegangen, eine Schenkung unter Auflage sei üblich, sodass in diesem Zusammenhang diskutiert wurde, ob sie formbedürftig sei, wenn die Auflage eine zweckbestimmte Verwendung des geschenkten Gegenstandes vorsehe und damit letztlich die Errichtung einer fiduziarischen Stiftung bezweckt werde, vgl. Achilles/Spahn/Gebhard, Protokolle, Bd. II, S. 33 f.; zur fehlenden Verortung im BGB Fritsche, ZSt 2008, 3, 5 f.

12 Pleimes, Irrwege, S. 92 f., 96 f.; vgl. Tuhr, Allgemeine Teil, S. 595.

13 Achilles/Spahn/Gebhard, Protokolle, Bd. I, S. 585 f.; OLG Stuttgart, NJW 1964, 1231, 1232.

Regelungen würden ausreichen.<sup>14</sup> So ist bewusst vermieden worden, für fiduziarische Stiftungen eine bestimmte Form vorzuschreiben, um die anzustrebende Förderung idealer Zwecke nicht zu hindern.<sup>15</sup> Dies wurde durch das Reichsgericht bestätigt.<sup>16</sup> Weitere Diskussionen im Rahmen der Reform des Stiftungsrechts in den 60er Jahren haben keine Änderung gebracht.<sup>17</sup> Auch im Rahmen der Reform des Stiftungsprivatrechts von 2002 wurde von einer ausdrücklichen Regelung der unselbständigen Stiftungen abgesehen.<sup>18</sup>

## II. Rechtsgrundlagen

Die unselbständige Stiftung findet mangels zivilrechtlicher Gesetzgebungskompetenz der Länder keinen Eingang in landesrechtliche Vorschriften.<sup>19</sup> Indes wird die unselbständige Stiftung regelmäßig in den jeweiligen Gemeinde- und Kommunalordnungen angesprochen,<sup>20</sup> wobei sich die Regelungen allein auf gemeindlich verwaltete Stiftungen beschränken. Allerdings hat die unselbständige Stiftung Eingang in steuerrechtliche Vorschriften gefunden. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG wird sie als eigenes Steuersubjekt behandelt und ist unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, mithin körperschaftsteuerlich rechtsfähig.<sup>21</sup> Diese Vorschrift setzt die unselbständige Stiftung jedoch voraus, ohne sie weiter zu definieren, sodass sich hieraus keine Rechtsgrundlage für die unselbständige Stiftung ziehen lässt. Mangels gesetzlicher Definition und Konkretisierung der unselbständigen Stiftung finden vorrangig die

- 
- 14 Mugdan, *Materialien*, Bd. II, S. 754 f.; Kohler, *ArchBürgR* 3 (1890), 228, 277, 291; kritisch hierzu Pleimes, *Irrwege*, S. 92 ff.
  - 15 Achilles/Spahn/Gebhard, *Protokolle*, Bd. II, S. 34; vgl. Liermann, in: *Stiftungswesen*, S. 229, 231 f.
  - 16 RGZ 105, 305, 307.
  - 17 Ausführlich Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 23 f.; weitergehend Ballerstedt/Salzwedel, in: *Verhandlungen*, S. 1, 51 f.; Fritsche, *ZSt* 2008, 3, 5 f.; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 62 ff.
  - 18 BGBl. 2002, Teil 1, S. 2634 f.; BMJ, *Bericht Stiftungsrecht*, S. 52 f. wonach sich ergibt, dass ein Bedarf für gesetzliche Regelungen nicht begründet ist und die nichtrechtsfähige Stiftung vielmehr aufgrund fehlender spezieller Regelungen eine besondere Flexibilität aufweist und daher gut geeignet ist, auf neue Entwicklungen zu reagieren. Zu den Inhalten der Reform und deren Umsetzung Weitemeyer, in: *Law Yearbook*, S. 17 ff.
  - 19 Bis zum Außer-Krafttreten erwähnten einige Landesgesetze die unselbständige Stiftung, z.B. § 28 *StiftG* Sachsen-Anhalt, als eine Vermögensmasse, die vom Stifter zur treuhänderischen Verwaltung auf eine juristische Person übertragen wird. Hierzu Fritsche, *ZSt* 2008, 3, 6 f.
  - 20 Vgl. z.B. § 96 GO-SH; §§ 96, 101 GO-BW; §§ 97, 100 GO-NRW.
  - 21 Schauhoff/*ders.*, *Handbuch*, § 6 Rn. 1, § 3 Rn. 181; Hüttemann/Herzog, *DB* 2004, 1001, 1002 ff.; Augsten/Wolf, *ZErB* 2006, 155, 160; Strickrodt, *Stiftungsrecht*, S. 117; Buchna/Seeger/Brox, *Gemeinnützigkeit*, S. 47.

Normen des Schuld- und Erbrechts Anwendung.<sup>22</sup> Damit obliegt die Aufgabe, die unselbständige Stiftung zu typisieren, der Rechtspraxis.<sup>23</sup>

### III. Abgrenzung zur Stiftung mit Rechtspersönlichkeit

Die Unterschiede zwischen der unselbständigen Stiftung und der Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB basieren vor allem auf der Einordnung der letztgenannten Stiftung als juristische Person.<sup>24</sup> Als juristische Person entsteht die Stiftung aufgrund einer einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung des Stifters.<sup>25</sup> Dieser Stiftungsakt enthält die Erklärung des Stifters, ein bestimmtes Vermögen auf Dauer der Erfüllung der von ihm vorgegebenen Zwecke zu widmen, und die Stiftungssatzung, die die Grundlage der konkreten Stiftung bildet, mithin Zweck und Organisation der Stiftung, konkretisiert.<sup>26</sup> Mit der sodann folgenden staatlichen Anerkennung<sup>27</sup> erlangt die Stiftung Rechtsfähigkeit und wird zur juristischen Person.<sup>28</sup> Die unselbständige Stiftung bedarf hingegen eines rechtsfähigen Trägers, um rechtswirksam handeln zu können.<sup>29</sup> Sie entsteht durch den Abschluss des Stiftungsgeschäfts zwischen Stifter und Stiftungsträger. Bei diesem zweiseitigen Vertrag<sup>30</sup> verpflichtet sich der Stifter zur Übertragung der für die Erfüllung des Stiftungszwecks erforderlichen

---

22 VGH Baden-Württemberg v. 23.6.1955, VRspr. 8, 550 = StiftRSpr. Band. I, S. 11 f., 13; Mugdan, Materialien, Bd. II, S. 754 f.; Kohler, ArchBürgR 3 (1890), 228, 277, 291; Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 30; Richter, Stiftung & Sponsoring, Rote Seiten 3/2006, 1, 17; Hof/Bianchini-Hartmann/Richter, Stiftungen, S. 277 f.; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit, S. 47.

23 So im Ergebnis auch Fritsche, ZSt 2008, 3, 7; Neuhoﬀ, DÖV 1985, (985).

24 Strickrodt, Stiftungsrecht, S. 117.

25 Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 6 Rn. 11; eingehend Muscheler, AcP 203 (2003), 469 ff.

26 Eingehend hierzu MünchKomm/Reuter, BGB, §§ 80, 81 Rn. 12 ff., 25 ff.; Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 6 Rn. 3 f., 116 f.

27 Nach allg. Ansicht handelt es sich bei dem Stiftungsgeschäft und der Anerkennung um zwei selbständige Voraussetzungen zur Entstehung der Stiftung, vgl. MünchKomm/Reuter, BGB, §§ 80, 81 Rn. 1 f. m.w.N.; über die Anerkennung entscheidet die nach Landesrecht zuständige Behörde durch gebundenen Verwaltungsakt auf Grundlage des § 80 II BGB.

28 Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 6 Rn. 326.

29 Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 18, 29; Werner/Saenger/Fritsche, Stiftung, Rn. 833; Danckwerth, Unselbständige Stiftungen, S. 78 f.

30 Allg. Ansicht, vgl. Danckwerth, Unselbständige Stiftungen, S. 34 f.; Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 171; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 71; Vertragshandbuch/Hof, Bd. 1, VIII. 6 Anm. 1, 5; Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 30; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 239. Andere Ansichten, nach denen kein Vertrag bestehen soll, konnten sich nicht durchsetzen, so Bächstädt, Unselbständige Stiftung, S. 165 f., der einen Vertrag als sachlich nicht begründeten Unterschied zur rechtsfähigen Stiftung ablehnt; Kohler, ArchBürgR 3 (1890), 226, 283, der eine einseitige Kreation annimmt.

Vermögensgegenstände auf den Stiftungsträger. Der Stiftungsträger verpflichtet sich, diese Vermögensgegenstände i.S.d. Stiftungszwecks zu verwalten und einzusetzen. Die unselbständige Stiftung ist damit kein Rechtssubjekt, sondern basiert lediglich auf dem Rechtsverhältnis zwischen Stifter und dem Rechtsträger des zugewendeten, zweckgebundenen Vermögens.<sup>31</sup> Daher unterliegt die unselbständige Stiftung anders als die Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB keiner staatlichen Anerkennung und weitergehenden Kontrollen.<sup>32</sup> Eine Abgrenzung der Stiftungen bereitet aufgrund der staatlichen Anerkennung als Voraussetzung zur Entstehung der selbständigen Stiftung keine Schwierigkeiten.<sup>33</sup> Grundsätzlich ist damit eine Stiftung, die ohne staatliche Genehmigung besteht, eine unselbständige Stiftung.

#### IV. Begriffsbestimmung der unselbständigen Stiftung

Eine allgemeine Definition der Stiftung ist in zivilrechtlichen Normen nicht vorhanden. Dementsprechend bestehen verschiedene Definitionsansätze, die im Wesentlichen durch drei Elemente gekennzeichnet sind: das Vorhandensein eines Stiftungszwecks, das Stiftungsvermögen und eine Stiftungsorganisation.<sup>34</sup> Neben der Stiftung mit Rechtspersönlichkeit i.S.d. §§ 80 ff. BGB ist auch die unselbständige Stiftung als Stiftung anerkannt und zulässig.<sup>35</sup> Der Begriff der Stiftung knüpft daher nicht allein an eine bestimmte Rechtsform an, sondern ist weiter zu fassen und unter zwei Anknüpfungspunkten zu verstehen. Dies ist zum einen der Vorgang, also die zweckgebundene Widmung der Vermögensmasse durch den Stifter und dessen Übertragung auf einen anderen Träger; zum anderen das Ergebnis, also die Stiftung als Einrichtung, die die Aufgabe hat, den Stiftungszweck mit Hilfe des dazu gewidmeten Vermögens auf Dauer zu fördern.<sup>36</sup> Von diesem funktionalen Stiftungsbegriff sind sämtliche Formen der Stiftung, die die wesentlichen Begriffsmerkmale,

---

31 RGZ 105, 305, 306; Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 173; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 18; Hüttemann/Herzog, DB 2004, 1001, 1002.

32 Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 12; Werner/Saenger/A. Werner, Stiftung, Rn. 948; Beckmann, in: Stiftungen, S. 220; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 60.

33 Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 39; Seifert/Campenhause/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 2.

34 Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 15 ff.; Koos, Fiduziarische Person, S. 56; Seifert/Campenhause/ders., Stiftungsrecht, § 1 Rn. 6, § 2 Rn. 4; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 33, 35; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 60 f.; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 18 f.; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 231, 3 ff.; Soergel/Neuhoff, BGB, Vor § 80 Rn. 10, 14, 17.

35 H.M. vgl. nur RGZ 88, 335, 338 f.; OLG Stuttgart, NJW 1964, 1231 f.; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 231; Seifert/Campenhause/ders., Stiftungsrecht, § 2 Rn. 4; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 33; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 60 f.; Soergel/Neuhoff, BGB, Vor § 80 Rn. 23; RGRK/Steffen, BGB, Vor § 80 Rn. 5.

36 Sog. funktionaler Stiftungsbegriff, Schlüter, Stiftungsrecht, S. 210 ff.; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 3, 32 ff., 270 ff.; Rawert, in: FS

Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation erfüllen, erfasst. Stiftung in diesem Sinne ist damit auch die vorliegende unselbständige Stiftung.<sup>37</sup> Nach dieser Begriffsbestimmung handelt es sich bei der vorliegenden Stiftung um eine Zuwendung von Vermögenswerten durch den Stifter an eine natürliche Person oder an einen anderen mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Stiftungsträger mit der Maßgabe, die übertragenen Werte wirtschaftlich getrennt von seinem Eigenvermögen als Sondervermögen zu verwalten und dauerhaft zur Verfolgung der vom Stifter festgelegten Zwecke zu nutzen.<sup>38</sup> Namentlich in Betracht kommen für die Übernahme der Stiftungsträgerschaft private Träger, selbständige Stiftungen, Vereine, Verbände, Gesellschaften aber auch öffentlich-rechtliche Institutionen wie Universitäten oder Gemeinden.<sup>39</sup>

## V. Voraussetzungen

Die konstitutiven Merkmale einer Stiftung, die Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks, das Stiftungsvermögen und die Stiftungsorganisation, sind im Folgenden im Hinblick auf die Errichtung einer unselbständigen Stiftung zu charakterisieren.

### 1. Stiftungszweck

Dem Stiftungszweck kommt entscheidende Bedeutung und eine zentrale Funktion im Stiftungsrecht zu.<sup>40</sup> Er bezeichnet das Ziel der Stiftungstätigkeit, mithin

- 
- Hopt, S. 177, 181; Reuter, in: Law Yearbook, S. 65, 68 f.; Seifert/Campenhausen/*ders.*, Stiftungsrecht, § 1 Rn. 1; Soergel/*Neuhoff*, BGB, Vor § 80 Rn. 2.
- 37 RGZ 88, 335, 339; OLG Stuttgart, NJW 1964, 1231, 1232; OVG NW, DÖV 1985, (983); Bamberger/Roth/*Backert*, BGB, § 80 Rn. 22; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 231; Hauger, Unselbständige Stiftung, S. 7 f.; Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 3; Schlüter, Stiftungsrecht, S. 21 f.; Weitemeyer, in: Law Yearbook, S. 17, 18.
- 38 OLG Hamburg NJW-RR 1986, (1305); MünchKomm/*Reuter*, BGB, Vor § 80 Rn. 97; Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 173; Liermann, in: Stiftungswesen, S. 229, 232; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 231; Seifert/Campenhausen/*ders.*, Stiftungsrecht, § 2 Rn. 4; Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 1, 59; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 26.
- 39 Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 59; Soergel/*Neuhoff*, BGB, Vor § 80 Rn. 21; Liermann, in: Stiftungswesen, S. 229, 232; Werner/*Saenger/A. Werner*, Stiftung, Rn. 950; Danckwerth, Unselbständige Stiftungen, S. 47 f.
- 40 H.M. vgl. nur Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 16; Seifert/Campenhausen/*ders.*, Stiftungsrecht, § 1 Rn. 9; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 5; O. Werner, in: Stiftungswesen, S. 243, 247; nach Koos, Fiduziarische Person, S. 57 bildet der Stiftungszweck den Geist des Stiftungsgebildes, seine Identität. Bei der Stiftung i.S.d. §§ 80 ff. BGB wird der Stiftungszweck auch als die Seele der Stiftung bezeichnet, Liermann, in: Stiftungswesen, S. 153, 154; Strickrodt, Stiftungsrecht, S. 26 „wichtigstes Konstitutionselement“.

die Manifestation des Stifterwillens. Der Stifter legt durch den Stiftungszweck die Leitlinien der Stiftungstätigkeit fest, mithin welchen Zwecken die Stiftung dienen und auf welche Art und Weise Förderungen stattfinden sollen. Hierdurch wird dem Stiftungsträger zugleich der notwendige Handlungsspielraum eingeräumt. Das der unselbständigen Stiftung zugewendete Vermögen ist dabei dem Stiftungszweck unterworfen,<sup>41</sup> wird also nur für diese Zwecke eingesetzt.

#### a) Inhaltliche Anforderungen an den Stiftungszweck

Mangels Anwendbarkeit des § 87 BGB,<sup>42</sup> der für die selbständige Stiftung bestimmt, dass der Stiftungszweck weder unmöglich sein, noch das Allgemeinwohl gefährden darf, folgen inhaltliche Grenzen für die unselbständige Stiftung und die Beschränkung des Stiftungszwecks auf gemeinwohlkonforme Zwecke aus den allgemeinen Regelungen der §§ 134, 138 BGB. Danach darf der Stiftungszweck weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten verstoßen.<sup>43</sup> Der Bestimmung des Stiftungszwecks sind damit bereits durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 134, 138 BGB Grenzen gezogen. Eine Überlegung bzgl. einer analogen Anwendung des § 87 BGB auf die unselbständige Stiftung erscheint überflüssig. Um die Gemeinwohlkonformität von Anfang an sicherzustellen, bietet es sich an, bei Ausgestaltung des Stiftungsgeschäfts auf die inhaltlichen Anforderungen des § 87 BGB Bezug zu nehmen. Die Anforderungen des § 87 BGB gelten in diesem Fall jedoch nicht direkt, sondern kraft vertraglicher Vereinbarung zwischen Stifter und Stiftungsträger.<sup>44</sup>

#### b) Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks

In Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten, insbesondere zum Sammelvermögen i.S.d. § 1914 BGB, muss der Stiftungszweck auf Dauer angelegt sein.<sup>45</sup> Mangels gesetzlicher Regelungen ist auch das Merkmal der Dauerhaftigkeit nicht näher

---

41 Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 7.

42 Speziell zur Anwendung des § 87 BGB: RGZ 105, 305, 307; Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 10 Rn. 66; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 35 f., 177 f.; a.A. für eine analoge Heranziehung des § 87 BGB Palandt/Ellenberger, BGB, Vorb v § 80 Rn. 10; Soergel/Neuhoff, BGB, Vor § 80 Rn. 30; Buchna/Seeger/Brox, Gemeinnützigkeit, S. 48; tendenziell auch Erman/O. Werner, BGB, Vor § 80 Rn. 12.

43 Der gemeinwohlgefährdende Zweck i.S.d. §§ 80 II, 87 BGB ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch das einfache Recht näher bestimmt und ausgestaltet wird. Eine Gemeinwohlgefährdung liegt insbes. bei Kollisionen des Stiftungszwecks mit dem einfachen Gesetz und bei Verstößen gegen die verfassungsrechtliche Ordnung vor, vgl. BVerwGE 106, 177, 180; Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 7 Rn. 70; weitergehend Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, § 80 Rn. 28 f., § 87 Rn. 7; Palandt/Ellenberger, BGB, § 87 Rn. 1, § 80 Rn. 6; Erman/O. Werner, BGB, § 87 Rn. 3.

44 So auch Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 66; Kaper, Bürgerstiftungen, S. 194.

45 So schon Mugdan, Materialien, Bd. II, S. 754; Soergel/Neuhoff, BGB, Vor § 80 Rn. 13; Erman/O. Werner, BGB, Vor § 80 Rn. 13.

bestimmt. Eine genaue Definition der Dauerhaftigkeit ist jedoch für die spätere rechtliche Qualifizierung des Stiftungsgeschäfts bedeutsam. Fraglich ist, ob unter Dauerhaftigkeit die Ewigkeit der Verfolgung des Stiftungszwecks zu verstehen ist; Dauerhaftigkeit also in zeitlicher Hinsicht zu sehen ist. So wurde für die unselbständige Stiftung eine Mindestdauer von einem Menschenalter verlangt.<sup>46</sup> Dauerhaftigkeit kann hingegen auch im Sinne von Beständigkeit der Zwecksetzung gegenüber dem Wandel der Verhältnisse verstanden werden.<sup>47</sup> Danach soll die unselbständige Stiftung beständig sein, also nicht in der Art angelegt sein, dass ihr zugrunde liegender Zweck lediglich ein kurzzeitiger, vorübergehender ist, der nur ein zeitlich begrenztes Tätigwerden der Stiftung erfordert.

Erleichtert wird die Einordnung des Begriffs der Dauerhaftigkeit durch eine Abgrenzung der unselbständigen Stiftung zum sog. Sammelvermögen.<sup>48</sup> Letzteres wird von mehreren Personen (Spendern) durch Spenden oder Beiträge für einen bestimmten Zweck aufgebracht und von den Sammlern für diesen Zweck verwendet.<sup>49</sup> Es ist zum Verbrauch bestimmt, sodass der Zweck beim Sammelvermögen nur vorübergehend erfüllt wird, es letztlich am Merkmal der Dauerhaftigkeit fehlt.<sup>50</sup>

Daher geht bei der unselbständigen Stiftung mit der Dauerhaftigkeit der Zweckverfolgung auch der dauerhafte Erhalt des Stiftungsvermögens einher. Ein zeitlich begrenzter Zweck kann damit dauerhaft sein, soweit das Stiftungsvermögen nicht kurzzeitig verbraucht wird oder der Zweck kurzzeitig erreicht werden kann. Der Stiftungszweck muss über einen gewissen Zeitraum bestehen und damit einhergehend das Stiftungsvermögen erhalten bleiben. Dem entspricht der Sinn einer Stiftung, langfristig das Gemeinwohl zu fördern und entsprechend der festgelegten Zwecke zu handeln. Dabei sind jedoch die wandelnden Verhältnisse der Gesellschaft zu berücksichtigen, sodass die ursprüngliche Zwecksetzung ggf. den geänderten Verhältnissen anzupassen ist. Im Rahmen dessen sind vor allem die Wahrung der Identität der Stiftung und der ursprüngliche Wille des Stifters zu berücksichtigen. Einer begrifflichen Gleichsetzung von einem dauerhaften Erhalt und einem ewigen und unvergänglichen Bestand der Stiftung kann nicht gefolgt werden.<sup>51</sup> Dies ist mit dem Wandel der Zeit nicht in Einklang zu bringen.

---

46 Kohler, ArchBürgR 3 (1890), 228, 268; Danckwerth, Unselbständige Stiftungen, S. 29; a.A. Koos, Fiduziarische Person, S. 67.

47 Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 16; Seifert/Campenhausen/*ders.*, Stiftungsrecht, § 1 Rn. 9; Soergel/*Neuhoff*, BGB, Vor § 80 Rn. 13.

48 Zum Begriff des Sammelvermögens: Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 19; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 296 f.; Erman/*O. Werner*, BGB, Vor § 80 Rn. 13.

49 Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 19; Erman/*O. Werner*, BGB, Vor § 80 Rn. 13.

50 Ganz h.M., vgl. Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 20; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 298; RGRK/*Steffen*, BGB, Vor § 80 Rn. 6.

51 Schmid, Zuwendungen, S. 103; Bamberger/Roth/*Backert*, BGB, § 80 Rn. 4; Schlüter, Stiftungsrecht, S. 309; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 36; Werner/*Saenger/A. Werner*, Stiftung, Rn. 945; Plodeck, ZSt 2007, 38, 39.

## 2. Stiftungsvermögen

Als unverzichtbare Grundlage stellt das Stiftungsvermögen nicht nur eine elementare Voraussetzung der unselbständigen Stiftung dar, sondern ist zugleich materielle Grundlage für die Verwirklichung des Stiftungszwecks.<sup>52</sup> Das Stiftungsvermögen wird vom Stifter auf den Stiftungsträger – bei beweglichen Gegenständen nach §§ 929 ff. BGB, bei Grundstücken aufgrund §§ 873, 925 BGB bzw. durch die Abtretung von etwaigen Forderungen oder sonstigen Rechten nach §§ 398 ff. BGB – übertragen.

### a) Verwaltung als Sondervermögen

Der Stiftungsträger hat das Stiftungsvermögen getrennt von seinem übrigen Vermögen zu verwalten.<sup>53</sup> Dabei ist allgemein anerkannt, dass das Stiftungsvermögen im Vermögen des Stiftungsträgers die Stellung eines Sondervermögens erlangt. Zur Gewährleistung dessen ist es erforderlich, diese Verpflichtung des Stiftungsträgers bereits im Stiftungsgeschäft festzulegen.<sup>54</sup> Konkret bedeutet dies, die Verpflichtung des Stiftungsträgers, Konten für das Stiftungsvermögen zu eröffnen und zu führen, die unabhängig von seinen privaten Konten bestehen, sodass eine eigenständige Bilanzführung sichergestellt ist. Eine Vermischung von Eigenvermögen mit den übertragenen Gütern des Stifters, würde eine jederzeitige Feststellung und Verwaltung des Stiftungsvermögens unmöglich machen<sup>55</sup> und ist dabei keineswegs im Interesse des Stifters. Entscheidend ist bei Errichtung einer unselbständigen Stiftung die Erfüllung des Stiftungszwecks durch das hierfür gewidmete Vermögen. Dazu muss eine ordnungsgemäße Trennung der Vermögensmassen im Vermögen des Stiftungsträgers gewährleistet sein.

### b) Umfang des Stiftungsvermögens

Das Stiftungsvermögen umfasst neben dem vom Stifter übertragenen Vermögen als unantastbaren Teil, sog. Grundstockvermögen, auch Erträge des Grundstockvermögens, sog. Verwaltungsvermögen.<sup>56</sup> Hierunter fallen die Mittel, die mit Hilfe des Grundstocks selbst erwirtschaftet werden, namentlich seine Früchte und Nutzungen, vgl. §§ 99, 100 BGB. Das Grundstockvermögen kann durch Zustiftungen

---

52 Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 37; Soergel/*Neuhoff*, BGB, Vor § 80 Rn. 14 m.w.N.

53 Seifert/*Campenhausen/Hof*, *Stiftungsrecht*, § 36 Rn. 73; O. Werner, *Stiftung & Sponsoring*, Rote Seiten 4/1999, 1, 10; Ebersbach, *Stiftungsrecht*, S. 172; Kaper, *Bürgerstiftungen*, S. 208; Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 98; Danckwerth, *Unselbständige Stiftungen*, S. 84.

54 RGZ 105, 305, 307; Ebersbach, *Stiftungsrecht*, S. 172; Herzog, *Die unselbständige Stiftung*, S. 24, 105; Seifert/*Campenhausen/Hof*, *Stiftungsrecht*, § 36 Rn. 8, 58.

55 Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 98.

56 Werner/*Saenger/A. Werner*, *Stiftung*, Rn. 945; O. Werner, *Stiftung & Sponsoring*, Rote Seiten 4/1999, 1, 10.

ergänzt werden. Daneben können Zuwendungen, sog. Spenden, erfolgen, die anders als die Zustiftungen nicht der Stärkung des Grundstocks, sondern zum Verbrauch bestimmt sind.<sup>57</sup>

Eine Mindestkapitalausstattung ist bei der unselbständigen Stiftung anders als bei der selbständigen Stiftung nicht erforderlich.<sup>58</sup> Um den Stiftungszweck dauerhaft zu erfüllen, ist sicherlich zu fordern, dass ein gewisses Vermögen vorhanden ist, sodass der Stiftungszweck auch nach Abzug der Aufwendungen verfolgt werden kann. Hinsichtlich der Höhe können jedoch wegen der Verschiedenartigkeit der Stiftungszwecke keine konkreten Angaben gemacht werden.<sup>59</sup> Grundsätzlich sollte das Verhältnis von Stiftungszweck, Stiftungsvermögen und der erforderliche organisatorische Aufwand in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen.<sup>60</sup>

### c) Einsatz des Stiftungsvermögens

Die übertragenen Vermögenswerte sind zur Verfolgung des Stiftungszwecks einzusetzen. Entsprechend der Vorstellungen des Stifters ist eine Zweckwidmung des Vermögens erforderlich, die die Art und Weise, zu der die übertragenen Vermögenswerte eingesetzt werden sollen, festlegt.<sup>61</sup> Ebenfalls kann dabei die Ausgestaltung der Aufgaben und die Arbeitsweise im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme des Vermögens umfassend geregelt werden.<sup>62</sup> Eine konkrete Bestimmung bildet dabei eine Leitlinie bei der Verwaltung des Vermögens<sup>63</sup> und stellt sicher, dass das Stiftungsvermögen für den vom Stifter vorgegebenen Stiftungszweck eingesetzt wird. Unter Berücksichtigung der Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks ergibt sich, dass das Grundstockvermögen grds. zu erhalten ist und unangetastet bleibt. Demgemäß erfolgt die Aufgabenerfüllung allein aus den Erträgen und sonstigen Einnahmen der Stiftung.<sup>64</sup>

---

57 Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 116; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 265; Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 9 Rn. 19.

58 Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, Kap. 4 Rn. 46. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die unselbständige Stiftung keiner Anerkennung einer staatlichen Aufsichtsbehörde bedarf, sodass eine dauerhafte und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks nicht überprüft wird.

59 Vgl. Neuhoff, ZSt 2005, 277, 280 zu „Spekulationen über das Stiftungsvermögen“.

60 Ebenso Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 76; Kaper, Bürgerstiftungen, S. 209 f.

61 Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 21, 24; Kaper, Bürgerstiftungen, S. 208; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 203; Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 139; ausführlich Hüttemann, in: FG Flume, S. 59, 69 mit Beispielen.

62 Findet eine Festlegung nicht statt, so ist der Stifterwille auszulegen und eine bestmögliche Erfüllung des Stiftungszwecks durch den Einsatz des Stiftungsvermögens zu gewährleisten.

63 Hierzu ausführlich Hüttemann, in: FG Flume, S. 59, 69.

64 Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 4; O. Werner, Stiftung & Sponsoring, Rote Seiten 4/1999, 1, 10 f.; zu weiteren Möglichkeiten, die die Existenz

Hinsichtlich der Anforderungen an die Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks ist fraglich, ob das Stiftungsvermögen, insbesondere das Grundstockvermögen, auch zum Verbrauch bestimmt sein kann, mithin eine sog. Verbrauchsstiftung zulässig ist. Bei einem bloßen Verbrauch des Stiftungsvermögens würde jedenfalls der Stiftungszweck den Anforderungen der Dauerhaftigkeit nicht genügen. Der Verbrauch des Stiftungsvermögens muss daher mit der Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks im Einklang stehen.<sup>65</sup> Ob ein Verbrauch des Stiftungsvermögens oder der Erhalt des Stiftungsvermögens angestrebt wird, ergibt sich i.d.R. aus den Regelungen des Stiftungsgeschäfts, andernfalls ist der Wille der Beteiligten, insbesondere der des Stifters, zu ermitteln. Entscheidend ist der hinter dem Verbrauch stehende Zweck. Ein Wille zum Verbrauch kann etwa vorliegen, wenn der Stiftungszweck im Wiederaufbau von Kulturdenkmälern besteht. Dieser Zweck ist nicht einmalig, sondern erstreckt sich über einen gewissen Zeitraum, ein zeitlich eng befristetes Tätigwerden liegt nicht vor. Da es sich um einen längerfristigen Zweck handelt, die Stiftung also über einen gewissen Zeitraum wirken kann, steht dies mit den Vorgaben über die Beständigkeit und Dauerhaftigkeit des Stiftungszwecks im Einklang. In diesen Fällen handelt sich damit um eine sog. unechte unselbständige Stiftung oder Verbrauchsstiftung.<sup>66</sup>

### 3. Stiftungsorganisation

Das dritte konstitutive Merkmal der Stiftung, die Stiftungsorganisation, beschreibt das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger. Sie stellt die erforderliche Verbindung von Stiftungszweck und Stiftungsvermögen dar in Folge dessen der Stiftungsträger die ihm übertragenen Vermögenswerte auch ausschließlich zur Verfolgung des vom Stifter vorgegebenen Stiftungszwecks einsetzt.<sup>67</sup> Die Stiftung besteht im Gegensatz zur Gesellschaft nicht aus einem Personenverband, sondern sie ist mitgliederlos, sodass es an einer verbandsmäßigen Organisation fehlt.<sup>68</sup> Weiterer Unterschied zur Körperschaft ist, dass der Wille des Stifters über die Gründungsphase hinaus wirkt, der Stiftungszweck sich vom Stifter verselbständigt. Eine Körperschaft hingegen hängt vom wandelbaren Willen ihrer Mitglieder ab, ohne die sie auch keinen Bestand hätte.<sup>69</sup>

---

des Grundstockvermögens sicherstellen können vgl. Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 203 f.

65 Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 67; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 22; Werner/Saenger/A. Werner, Stiftung, Rn. 945.

66 Wallenhorst, DStR 2002, 984, 986; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 22; Werner/Saenger/A. Werner, Stiftung, Rn. 945; Erman/O. Werner, BGB, Vor § 80 Rn. 12; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 127, § 81 Rn. 57.

67 Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 21; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 24.

68 O. Werner, Stiftung & Sponsoring, Rote Seiten 4/1999, 1, 11.

69 Koos, Fiduziarische Person, S. 53; Seifert/Campenhausen/ders., Stiftungsrecht, § 1 Rn. 7.

### a) *Stiftungssatzung*

Die Stiftungsorganisation wird weitgehend in der Stiftungssatzung<sup>70</sup> geregelt und dient gleichzeitig der näheren Ausgestaltung des durch das Stiftungsgeschäft begründeten Rechtsverhältnisses zwischen Stifter und Stiftungsträger. Mangels zivilrechtlicher Vorschriften steht dem Stifter in der Gestaltungsfreiheit ein hohes Maß an Flexibilität zu, sodass er durch die Satzung seinen Einfluss auf die dem Träger obliegende Stiftungsverwaltung nach seinem Ermessen steuern und entsprechend seinem Stifterwillen zum Ausdruck bringen kann. Vor allem werden Zweck und Gemeinnützigkeit der Stiftung, ebenso wie Rechte und Pflichten des Stiftungsträgers, Vorgaben zur Organisation durch den Einsatz von Gremien und dessen Kompetenzen, die Verwaltung und Behandlung des Vermögens und die Satzungsänderung und Beendigung niedergelegt.<sup>71</sup> Konkrete Vorgaben erfolgen im Bereich der Vermögensverwaltung und –einsatz, beispielsweise Regelungen über den Einsatz des Grundstockvermögens durch den Stiftungsträger.<sup>72</sup> Weitere Klärungspunkte sind die Verwendung von Erträgen der Stiftung sowie die Möglichkeiten der Aufstockung des Stiftungsvermögens durch Zustiftungen und Spenden von Dritten.<sup>73</sup> Der Umfang der Handlungsfreiheit des Stiftungsträgers hängt damit entscheidend von der Art und Weise der Ausgestaltung der Stiftungssatzung ab.<sup>74</sup> Die Stiftungssatzung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Einbeziehung in das Stiftungsgeschäft, sodass sie Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung wird.<sup>75</sup>

### b) *Einsatz von Gremien*

Mangels staatlicher Kontrolle durch die Stiftungsaufsicht i.S.d. § 80 BGB hat der Stifter wegen der zum Teil erheblichen Vermögensübertragung und seinem Anliegen -der dauerhaften Verfolgung des Stiftungszwecks- ein großes Interesse an einer

---

70 Siehe hierzu die Musterbeispiele, Formularbuch/*Rawert*, I. 32; Vertragshandbuch/*Neuhoff*, Bd. 6, XVII. 3; ferner *Werner/Saenger/A. Werner*, Stiftung, Rn. 975 ff.

71 Fritsche, ZSt 2008, 3, 11; *Werner/Saenger/A. Werner*, Stiftung, Rn. 975; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 69; *Wochner*, ZEV 1999, 125, 130; ausführlich hierzu *Seifert/Campenhausen/Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 120 ff.; Vertragshandbuch/*Hof*, Bd. 1, VIII. 6 Anm. 6.

72 Soll der Bestand „ewig“ gesichert werden, kann die Entnahme aus dem Vermögen grds. verboten werden, sodass die Verfolgung des Stiftungszwecks ausschließlich aus den Erträgen des Grundstockvermögens erfolgt. Vgl. *Westebbe*, Stiftungstreuhand, S. 204; *Seifert/Campenhausen/Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 140.

73 *Westebbe*, Stiftungstreuhand, S. 203.

74 Vertragshandbuch/*Neuhoff*, Bd. 6, XVII. 3 Anm. 1.

75 *Augsten/Wolf*, ZErB 2006, 155, 159; Fritsche, ZSt 2008, 3, 11; *Erman/O. Werner*, BGB, Vor § 80 Rn. 12; vgl. auch das Beispiel in Formularbuch/*Rawert*, I. 30. Aufgrund der Niederlegung von Rechten und Pflichten des Stiftungsträgers kommt ihr Vertragscharakter zu. Noch weitergehend *Strickrodt*, Stiftungsrecht, S. 119, der von einem „Organisationsvertrag“ spricht. Von einem Organisations- und Rechtsetzungsakt ausgehend *Bächstädt*, Unselbständige Stiftung, S. 156 f.

kontrollierten Arbeit des Stiftungsträgers. Hierzu kann er verschiedene Gremien<sup>76</sup> zur internen Kontrolle einsetzen, die die Arbeit der Stiftung nahe am Stifterwillen sicherstellen.<sup>77</sup> Dies insbesondere im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Verwaltung und Einsetzung des Stiftungsvermögens. Als solches kann ein „Beirat“, ein „Stiftungsrat“ oder auch ein „Kuratorium“ fungieren.<sup>78</sup> Dabei steht es dem Stifter frei, ob und in welchem Umfang die unselbständige Stiftung über ein eigenständiges Gremium verfügen soll.<sup>79</sup>

Die den eingesetzten Gremien zukommenden Kontrollbefugnisse gegenüber dem Stiftungsträger dienen, angelehnt an die Kontrolle der Stiftungsaufsicht bei der selbständigen Stiftung, der Sicherstellung der Erfüllung des Stiftungszwecks durch Überwachung der laufenden Verwaltung.<sup>80</sup> Hauptaufgabe ist die Kontrolle über die Stiftungsverwaltung durch den Stiftungsträger und die Beschlussfassung über die Vergabe der Stiftungsmittel.<sup>81</sup> Auch werden Gremien in der Satzung gewöhnlich mit Informations- und Einsichtsrechten ausgestattet. Die Stellung als Gremienmitglied und die damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten stellen zugleich die Grundlage für einen entsprechenden Aufwendersatz der Gremienmitglieder, der im Rahmen der Stiftungssatzung festgelegt wird, dar.<sup>82</sup>

Da die Einsetzung im Belieben des Stifters steht, kann sich je nach Ausgestaltung eine andere Aufgabenverteilung, insbesondere eine andere Ausgestaltung der Kontrollaufgaben zwischen Stiftungsträger und den jeweiligen Gremien, ergeben. Die Aufgabenverteilung zwischen Stiftungsträger und einem Gremium muss vom Stifter mit dem Stiftungsträger abgestimmt und in der Stiftungssatzung oder dem Stiftungsgeschäft niedergelegt sein.<sup>83</sup>

---

76 Wegen der fehlenden Rechtspersönlichkeit der unselbständigen Stiftung kann es keine Organe geben, die für die unselbständige Stiftung handeln. Daher ist vorliegend von „Gremien“ die Rede.

77 A. Werner, ZSt 2008, 51, 55; Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 146; Hof/Bianchini-Hartmann/Richter, Stiftungen, S. 292.

78 Vertragshandbuch/*Hof*, Bd. I, VIII. 6 Anm. 13; Formularbuch/*Rawert*, I. 32; Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 91.

79 Küstermann, ZSt 2008, 161, 163; Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 91.

80 Wochner, ZEV 1999, 125, 130; A. Werner, ZSt 2008, 51, 54; Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 90.

81 A. Werner, ZSt 2008, 51, 55.

82 Der Aufwendersatz ist durch den Stiftungsträger aus dem Stiftungsvermögen an die Gremienmitglieder zu zahlen. Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 137; Seyfarth, Unselbständige Stiftung, S. 68; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 90.

83 Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 98; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 87.

## VI. Grundlegendes zum Stiftungsgeschäft

### 1. Stiftungsgeschäft unter Lebenden

Die Qualifizierung der Rechtsnatur des Stiftungsgeschäfts ist seit langem Gegenstand zahlreicher Diskussionen. Dabei sind zunächst die beiden grundlegend vertretenen Ansichten zur Qualifizierung des Stiftungsgeschäfts darzustellen.

#### a) Schenkung unter Auflage

Teilweise wird das Stiftungsgeschäft als Schenkung unter Auflage i.S.d. §§ 516, 525 BGB eingeordnet.<sup>84</sup> Die unentgeltliche Zuwendung wird dabei in der Übertragung des Stiftungsvermögens vom Stifter auf den Stiftungsträger gesehen. Durch die mit der Schenkung verbundene Auflage wird der Stiftungsträger verpflichtet, das ihm übertragene Vermögen zur Verfolgung des vom Stifter vorgegebenen Zwecks zu verwenden und von seinem übrigen Vermögen getrennt zu verwalten. Mit Vollzug der Schenkung wird der Stiftungsträger Eigentümer des Stiftungsvermögens. Der Stifter kann vom Stiftungsträger die Vollziehung der Auflage verlangen, sobald er das Stiftungsvermögen auf den Stiftungsträger übertragen hat, vgl. § 525 Abs. 1 BGB.

#### b) Treuhandlösung

Nach anderer Ansicht ist das Stiftungsgeschäft zwischen Stifter und Stiftungsträger treuhänderisch ausgestaltet.<sup>85</sup> Das Treuhandrecht wurde innerhalb des BGB zwar nicht ausdrücklich geregelt, ist jedoch in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt.<sup>86</sup> Die sog. fiduziarische Treuhand ist eine rechtsgeschäftliche Treuhand und setzt sich aus zwei Geschäften zusammen, der Treuhandabrede als schuldrechtlich verpflichtenden Teil und dem Übertragungsakt als dingliches Element.<sup>87</sup> Der Treuhandvertrag ist dabei je nach Entgeltlichkeit als Auftrag, §§ 662 ff. BGB,

---

84 MünchKomm/Reuter, BGB, Vor § 80 Rn. 104 f.; Reuter, in: Stiftungen, S. 203, 217 f.; neuerdings auch Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 248; Herzog, Die unselbständige Stiftung, S. 46 ff.; Wochner, ZEV 1999, 125, 127 f., 132; Schlüter, Stiftungsrecht, S. 59 f.; Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, Kap. 4 Rn. 12; dahingehend auch Staudinger/Chiusi, BGB, § 525 Rn. 49.

85 Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 66 f., 188 f.; O. Werner, Stiftung & Sponsoring, Rote Seiten 4/1999, 1, 7 f.; Erman/O. Werner, BGB, Vor § 80 Rn. 12; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 11 Rn. 227; Löhnig, Treuhand, S. 324; vgl. auch Heuel, Stiftung & Sponsoring, Rote Seiten 4/2012, 1, 7 wonach im Zweifel ein Treuhandvertrag vorliegt.

86 RGZ 127, 341, 345; BGH, WM 1969, 935 f.; ausführlich zur Entwicklung des Treuhandrechts Coing, Treuhand, S. 28 ff., 40 ff.; Henssler, AcP 196 (1996), 37 f.; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 148; Gernhuber, JuS 1988, (355); Kritik bei Löhnig, Treuhand, S. 135 wonach die Treuhand eine Regelung im Recht der Geschäftsbesorgung gefunden habe.

87 Gernhuber, JuS 1988, 355, 356; Coing, Treuhand, S. 85 f.; Henssler, AcP 196 (1996), 37, 47.

oder als Geschäftsbesorgungsvertrag, § 675 BGB, einzustufen.<sup>88</sup> Der Treuhandabrede folgt jedoch lediglich eine vorübergehende Vermögensübertragung<sup>89</sup> in Folge dessen der Treuhänder zwar Eigentümer des Treuguts wird, er jedoch durch die zugrunde liegende Treuhandabrede gegenüber dem Treugeber im Innenverhältnis verpflichtet wird, über das Treugut ausschließlich im Sinne der schuldrechtlichen Abrede zu verfügen.<sup>90</sup> Dem Treuhänder werden nach außen hin also mehr Rechte übertragen, als ihm im Verhältnis zum Treugeber wirtschaftlich zustehen sollen.<sup>91</sup> Vorliegend wird der Stiftungsträger durch die schuldrechtliche Treuhandabrede zur Verwaltung des Stiftungsvermögens und zur Erfüllung des vorgegebenen Stiftungszwecks entsprechend der Vorgaben des Stifters verpflichtet. Bei Einordnung des Stiftungsgeschäfts unter das Treuhandrecht handelt es sich in Abgrenzung zur Sicherungstreuhand um eine sog. Verwaltungstreuhand.<sup>92</sup> Hierbei wird das Treugut durch den Treuhänder fremdnützig für andere Personen oder Zwecke gehalten. Aufgrund der Zweckbindungen nimmt das Treugut innerhalb des Vermögens des Treuhänders eine besondere Stellung als sog. Sondervermögen ein,<sup>93</sup> das er getrennt von seinem persönlichen Vermögen zu halten hat.<sup>94</sup> Der Treuhänder hält damit zwei verschiedene Vermögensmassen, die ihm in gleicherweise zugeordnet sind, wobei er in der Verfügung und Verwendung seines privaten Vermögens frei, hinsichtlich des Sondervermögens jedoch an die Vorgaben aus der Treuhandabrede gebunden ist. Diese Beschränkung ist zwar schuldrechtlich wirksam, § 137 S. 2 BGB, wirkt aber gem. § 137 S. 1 BGB nicht dinglich.<sup>95</sup>

- 
- 88 BGHZ 32, 67, 70 unter Verweis auf RGZ 59, 190, 192; BGH, ZIP 1995, 1860, 1862; NJW 2002, 2459, 2460; Coing, Treuhand, S. 92, 109; Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 178; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 73; Meyer, in: Stiftungen, S. 228, 231.
- 89 Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 74; Staudinger/*Hüttemann/Rawert*, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 243 f.; MünchKomm/*Reuter*, BGB, Vor § 80 Rn. 99; Gottwald/*ders./Adolphsen*, Insolvenzrecht, § 40 Rn. 34.
- 90 Coing, Treuhand, S. 85 f., 161 f.; Hauger, Unselbständige Stiftung, S. 82; Koos, Fiduziarische Person, S. 72; Meyer, in: Stiftungen, S. 228, 229; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 66 f.; Erman/*Berger*, BGB, § 662 Rn. 17, 6; Bitter, Rechtsträgerschaft, S. 5; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 146.
- 91 Reinhardt/Erlinghagen, JuS 1962, (41).
- 92 Coing, Treuhand, S. 57, 89; Gernhuber, JuS 1988, 355, 356 f.; Ganter, in: FS Kreft, S. 251 f.; Siebert, Treuhandverhältnis, S. 99 f.; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 73; Wochner, ZEV 1999, 125, 126.
- 93 Coing, Treuhand, S. 86; Kötz, Trust, S. 137; Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil, § 132 I, S. 845; Ulmer/Ihrig, GmbHR 1988, 373, 376 f.; zu den verschiedenen Ansätzen einer Begriffsbestimmung der Zweckbindungen vgl. Dauner-Lieb, Sondervermögen, S. 41 f.
- 94 Kötz, Trust, S. 137; Ebersbach, Stiftungsrecht, S. 172; Seifert/Campenhausen/*Hof*, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 73; Kaper, Bürgerstiftungen, S. 208; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 98; Danckwerth, Unselbständige Stiftungen, S. 84.
- 95 RGZ 99, 142, 143; 153, 366, 368 f.; BGHZ 11, 37, 43; Coing, Treuhand, S. 123, 162; Gaul, in: FS Serick, S. 105, 107; Henssler, AcP 196 (1996), 37, 48.

## 2. Stiftungsgeschäft durch Verfügung von Todes wegen

Daneben kann eine unselbständige Stiftung auch durch Verfügung von Todes wegen mit Hilfe der erbrechtlichen Gestaltungsformen errichtet werden. Für die Errichtung kommen vor allem eine Erbeinsetzung oder die Anordnung eines Vermächtnisses in Betracht.<sup>96</sup> Dies kann durch Testament, §§ 2229 ff. BGB oder durch Erbvertrag, §§ 2274 ff. BGB, erfolgen. In diesen Fällen unterliegt das Stiftungsgeschäft besonderen erbrechtlichen Formvorschriften, vgl. §§ 2247, 2276 BGB. Indes kann die unselbständige Stiftung mangels Rechtsfähigkeit nicht selbst Erbe sein.

### a) Errichtung der unselbständigen Stiftung

Setzt der Stifter den Stiftungsträger als Erbe ein,<sup>97</sup> so geht mit dessen Tod das Vermögen nach § 1922 BGB auf den Stiftungsträger über. Die unselbständige Stiftung entsteht dabei unmittelbar mit der Annahme der Erbschaft, § 1942 BGB. Daneben kann der Erblasser zur Errichtung der unselbständigen Stiftung auch den Stiftungsträger als Vermächtnisnehmer i.S.d. §§ 2147 ff. BGB einsetzen.<sup>98</sup> Der Vermächtnisnehmer erhält im Gegensatz zum Erben mit dem Erbfall jedoch nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben auf Übertragung des Stiftungsvermögens, § 2174 BGB.<sup>99</sup> Die unselbständige Stiftung entsteht sodann mit der Annahme des Vermächtnisses.

Weiter kann die unselbständige Stiftung durch ein Schenkungsversprechen von Todes wegen, § 2301 BGB, errichtet werden. Dabei kommen wegen § 2301 Abs. 2 BGB die schuldrechtlichen Schenkungsvorschriften zur Anwendung, soweit der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes noch zu Lebzeiten vollzieht.<sup>100</sup>

### b) Bindung an den Stiftungszweck

Wie bei der Stiftungerrichtung unter Lebenden ist auch im Fall der Errichtung von Todes wegen erforderlich, dass die notwendige Bindung des Stiftungsträgers an den vom Erblasser vorgegebenen Stiftungszweck hergestellt wird. Als Mittel kommen vor allem die Anordnung eines Vermächtnisses bzw. Untervermächtnisses zugunsten der Destinatäre oder eine Auflage, wonach der Stiftungsträger als Beschwerter

---

96 Ebersbach, *Stiftungsrecht*, S. 179 f.; Koos, *Fiduziarische Person*, S. 108; Seifert/Campenhausen/*Hof*, *Stiftungsrecht*, § 36 Rn. 102; Werner/Saenger/*A. Werner*, *Stiftung*, Rn. 969; Westebbe, *Stiftungstreuhand*, S. 75; Wochner, *ZEV* 1999, 125, 128.

97 Zu den Möglichkeiten der Einsetzung des Trägers als Miterbe, Vorerbe, Nacherbe oder Ersatzerbe vgl. O. Schmidt, *ZEV* 2003, (316); Werner/Saenger/*A. Werner*, *Stiftung*, Rn. 968.

98 Zu den Möglichkeiten des Ersatzvermächtnisses, des Vor- und Nachvermächtnisses vgl. O. Schmidt, *ZEV* 2003, 316, 317.

99 Seifert/Campenhausen/*Hof*, *Stiftungsrecht*, § 36 Rn. 110; MünchKomm/*Rudy*, BGB, § 2174 Rn. 4 f.

100 Vgl. hierzu Koos, *Fiduziarische Person*, S. 110; Nieder, *BWNotZ* 1996, 129, 130 f.; Palandt/*Weidlich*, BGB, § 2301 Rn. 1.

verpflichtet wird, den Nachlass zur Verfolgung und Erfüllung des Stiftungszwecks einzusetzen, in Betracht.<sup>101</sup>

#### aa) Vermächtnis

Im erstgenannten Fall würden die Destinatäre als Vermächtnisnehmer einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Träger als Beschwerten auf Zuwendung der Stiftungserträge erhalten, §§ 2147 ff. BGB. Dieser Anspruch der Destinatäre gegenüber dem Stiftungsträger ist jedoch aufgrund des Wesens der unselbständigen Stiftung einigen Bedenken ausgesetzt.

Ausgehend von dem Standpunkt, dass den Destinatären grds. kein eigenes Forderungsrecht hinsichtlich der Stiftungsleistungen zusteht,<sup>102</sup> ist eine Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck durch ein Vermächtnis zugunsten der Destinatäre bereits aus diesem Grund nicht geeignet.<sup>103</sup> Die Rechtsstellung der Stiftungsdestinatäre steht mit einer Zweckbindung durch Vermächtnis zu ihren Gunsten in Widerspruch.

Damit einhergehend sind bei Anordnung eines Vermächtnisses die §§ 2151, 2152 BGB zu berücksichtigen. Danach kann die Bestimmung der Berechtigten, der Destinatäre, zwar einem Dritten, dem Träger, überlassen werden, der Erblasser muss den Kreis jedoch hinreichend genau bestimmen.<sup>104</sup> Erforderlich hierfür ist, dass alle seine Angehörigen benannt werden können.<sup>105</sup> Die Förderung der Allgemeinheit oder eines nicht bestimmbareren Personenkreises ist mit einem Vermächtnis daher nicht möglich.<sup>106</sup> Diese Bestimmbarkeit divergiert zudem mit den steuerrechtlichen Anforderungen der AO an eine gemeinnützige Stiftung, wonach ihr Steuervergünstigungen nur zukommen, soweit sie i.S.d. § 52 AO die Allgemeinheit fördert.<sup>107</sup> Dies kann mit einem Vermächtnis nicht erreicht werden.

Zudem sind die §§ 2162, 2163 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen. Danach wird ein Vermächtnis, das unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist, nach Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam. Nach Ablauf dieser Frist würde das Stiftungsvermögen endgültig an

---

101 Augsten/Wolf, ZErb 2006, 155, 158; O. Schmidt, ZEV 2003, 316, 317 f.

102 Ein eigenes Forderungsrecht der Destinatäre scheidet bereits aufgrund der Unvereinbarkeit mit den steuerrechtlichen Anforderungen an die Gemeinnützigkeit, wonach eine Förderung der Allgemeinheit erforderlich ist, aus, vgl. § 52 AO.

103 Koos, Fiduziarische Person, S. 108; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 75 f.

104 MünchKomm/Rudy, BGB, § 2151 Rn. 2; Palandt/Weidlich, BGB, § 2151 Rn. 1.

105 BGHZ 121, 357, 361 f.; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 70; Palandt/Weidlich, BGB, § 2151 Rn. 2; Staudinger/Otte, BGB, § 2151 Rn. 3.

106 Koos, Fiduziarische Person, S. 108; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 70; Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 111; Seyfarth, Unselbstständige Stiftung, S. 57; Werner/Saenger/A. Werner, Stiftung, Rn. 969; Staudinger/Otte, BGB, § 2151 Rn. 3; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 252.

107 Zu den Anforderungen vgl. Schauhoff/ders., Handbuch, § 6 Rn. 20 ff.; siehe hierzu auch sogleich, 1. Teil, C. VII.

den Treuhänder gehen.<sup>108</sup> Das Vermächtnis ist daher für die Errichtung einer unselbständigen Stiftung wenig geeignet.

#### bb) Auflage

Die Bindung an den Stiftungszweck kann seitens des Erblassers sowohl im Fall der Erbinsetzung als auch im Fall des Vermächtnisses durch eine Auflage sichergestellt werden, vgl. §§ 1940, 2192 ff. BGB. Inhalt der Auflage ist dabei die Verpflichtung zur Verfolgung des Stiftungszwecks mit den dafür vorgesehenen Mitteln für die im Stiftungsgeschäft vorgesehene Art und Weise,<sup>109</sup> ohne dass eine begünstigte Person ein Recht auf die Leistung erhält, vgl. § 1940 BGB. Die Vollziehung der Auflage durch den Stiftungsträger können gem. § 2194 S. 1 BGB die Erben, der Miterbe sowie derjenige verlangen, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zustattenkäme. Die Leistung kann bei der Auflage nach billigem Ermessen bestimmt werden, §§ 2192, 2156 BGB, und dem Beschwerten, dem Stiftungsträger, gem. § 2193 BGB weitgehend überlassen werden, wer durch die Auflage begünstigt wird und welche Leistungen er erhält.<sup>110</sup> Letztlich unterliegt die Auflage im Gegensatz zum Vermächtnis auch keinen zeitlichen Beschränkungen. Damit entspricht die Bindung durch Auflage dem Bild der unselbständigen Stiftung, denn es findet eine Förderung der Allgemeinheit und nicht eines schon bestimmten Personenkreises statt, welchem ggf. noch Forderungsrechte zustehen.

#### c) Zwischenergebnis

Sowohl bei der Stiftungserrichtung durch Erbinsetzung als auch bei der durch Vermächtnis kann die Bindung an den Stiftungszweck in Form einer Auflage als auch durch Vermächtnis bzw. Untervermächtnis ausgestaltet werden. Die Bindung des Stiftungsträgers an den vom Erblasser vorgegebenen Stiftungszweck durch ein Vermächtnis entspricht dabei jedoch in der überwiegenden Zahl weder dem Wesen der unselbständigen Stiftung noch den Interessen der Beteiligten.<sup>111</sup> Hingegen lässt sich mit der Anordnung einer Auflage i.S.d. §§ 1940, 2192 ff. BGB die Errichtung einer unselbständigen Stiftung von Todes wegen verwirklichen. Im weiteren Verlauf der Arbeit ist das Stiftungsgeschäft von Todes wegen nur im Hinblick auf die

---

108 Zu den Einzelheiten: Seifert/Campenhausen/Hof, Stiftungsrecht, § 36 Rn. 112; weitergehend Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 77; Werner/Saenger/A. Werner, Stiftung, Rn. 969.

109 Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 61 f.; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 253; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 79; Werner/Saenger/A. Werner, Stiftung, Rn. 970 f.; Wochner, ZEV 1999, 125, 129.

110 Koos, Fiduziarische Person, S. 108 f.; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 64; Wochner, ZEV 1999, 125, 129; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Vorbem zu §§ 80 ff Rn. 253.

111 Ebenso Koos, Fiduziarische Person, S. 108; Muscheler, in: Jahreshefte, S. 59, 64, 69; Reuter, in: Stiftungen, S. 203, 219; Westebbe, Stiftungstreuhand, S. 75 f.

Zweckbindung durch Auflage weiter zu berücksichtigen. Die Stiftungserrichtung ist damit rechtlich gleich zu behandeln wie die Stiftungserrichtung unter Lebenden in Form der Schenkung unter Auflage.<sup>112</sup>

## VII. Berücksichtigung des Steuer- und Gemeinnützigkeitsrechts

Ungeachtet der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit stellt die vorliegende Stiftung nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ein selbständiges Steuersubjekt dar.<sup>113</sup> Ihr Einkommen ist nicht schon bei einem anderen Steuerpflichtigen, dem Stiftungsträger, zu versteuern, vgl. § 3 Abs. 1 KStG. Denn das Stiftungsvermögen besitzt eine wirtschaftliche Selbständigkeit,<sup>114</sup> weil es aus dem Vermögen des Stifters ausgeschieden ist, der Stiftungsträger obligatorisch durch die Auflage<sup>115</sup> bzw. die Treuhandabrede an den Stiftungszweck gebunden ist und das Stiftungsvermögen gesondert von seinem sonstigen Vermögen verwaltet wird.<sup>116</sup> Hinsichtlich der wirtschaftlichen Selbständigkeit wurden kürzlich die Anforderungen konkretisiert.<sup>117</sup> Danach ist erforderlich, dass die unselbständige Stiftung und der Stiftungsträger unterschiedliche Zwecke verfolgen. Ist dies nicht der Fall, so sind eigene Stiftungsorgane erforderlich, die unabhängig vom Stiftungsträger über die Verwendung der Mittel entscheiden können. Bei Annahme der wirtschaftlichen Selbständigkeit werden auch die Erträge des Stiftungsvermögens dem Rechtsträger des Stiftungsvermögens nicht als eigenes Einkommen zugerechnet.<sup>118</sup> Der steuerrechtliche Beginn der unselbständigen Stiftung ist dabei einzelfallabhängig, wobei es entscheidend auf den Zeitpunkt des

---

112 Diese rechtliche Gleichbehandlung von einer Schenkung unter Auflage und der Errichtung von Todes wegen unter einer Auflage sieht Reuter, in: *Stiftungen*, S. 203, 219 u. a. als Argument für die Einordnung des Stiftungsgeschäfts als Schenkung unter Auflage, sog. „einheitliche Auflagenlösung“; MünchKomm/Reuter, BGB, Vor § 80 Rn. 104.

113 OFD Frankfurt, DB 2004, (1016); Schauhoff/*ders.*, Handbuch, § 6 Rn. 1, § 3 Rn. 181; Schwarz/*Krüger*, AO, § 51 Rn. 9, Tipke/*Lang/Hey*, Steuerrecht, § 20 Rn. 4; Seifert/*Campenhausen/Pöllath/Richter*, Stiftungsrecht, § 39 Rn. 5; Buchna/*Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit, S. 47; bereits Ballerstedt/*Salzwedel*, in: *Verhandlungen*, S. 1, 19.

114 RStBl. 1936, 442, 443; BStBl. II 1993, 388, 389; OFD Frankfurt, DB 2012, (204); Hüttemann/*Herzog*, DB 2004, 1001, 1003; Augsten/*Wolf*, ZErB 2006, 155, 160.

115 Kritisch hierzu Geibel, in: *Law Yearbook*, S. 29, 42 weil eine Schenkung eine Bereicherung des Stiftungsträgers voraussetzt und fraglich ist, ob diese als Konstruktionsbaustein für ein steuerrechtssubjektfähiges Zweckvermögen taugen kann.

116 BFH, NVwZ 2003, 1020, 1021; Hüttemann/*Herzog*, DB 2004, 1001, 1003 f. Bei Vermischung mit dem Eigenvermögen des Stiftungsträgers geht auch die wirtschaftliche Selbständigkeit des Zweckvermögens verloren.

117 OFD Frankfurt, Verfügung v. 30.8.2011 – Az. S 0170 A-41-S. 53; eingehend A. Werner, ZStV 2012, 129 ff.

118 OFD München, ZEV 2003, 239 f.; vgl. Schlüter/*Stolte*, Stiftungsrecht, Kap. 4 Rn. 15 ff. Ausführlich hierzu Hüttemann/*Herzog*, DB 2004, 1001, 1003 f.