Gelbe Erläuterungsbücher

Stiftungsrecht: StiftR

Kommentar

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Dr. Christoph Stumpf, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Joachim Suerbaum, Prof. Dr. Martin Schulte,
und Dr. Rudolf Pauli, Rechtsanwalt und Steuerberater

3. Auflage 2018. Buch. XXXIV, 888 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 72103 8
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Stiftungsrecht

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

höchstgrenze von 720 EUR ist allein die Tätigkeitsvergütung entscheidend, wohingegen der Ersatz von Aufwendungen auch dann außer Betracht bleibt, wenn die betreffenden Organmitglieder oder besonderen Vertreter hierfür eine Pauschale erhalten.[49]

31a Organmitglieder und besondere Vertreter haften gegenüber der Stiftung hier nur bei Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Für die Abgrenzung der Verschuldensformen gelten die allgemeinen Grundsätze. Die Mitverantwortung anderer Organe kann der Vorstand der Stiftung nicht seiner eigenen Inanspruchnahme durch die Stiftung entgegenhalten.[50]

32 Ebenso wie für die Anwendung von § 31 BGB ist es auch für eine Haftung nach § 31a BGB erforderlich, dass die Organmitglieder und besonderen Vertreter **im Rahmen der durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Pflichten** handeln; für Schäden, welche die Organmitglieder oder besonderen Vertreter nur bei Gelegenheit der Pflichterfüllung, etwa beim Stiftungsvorstand in Überschreitung seiner Vertretungsbefugnis, verursachen, haften sie grds. unbegrenzt. Unberührt bleibt durch die Vorschrift freilich die Außenhaftung der Stiftung gegenüber Dritten.

33 Die Verweisung auf § 31a Abs. 1 Satz 2 BGB hat für das Stiftungsrecht infolge der **Mitgliederlosigkeit der Stiftung** keine Bedeutung.

33a Für die Bestimmung des Verschuldensgrades sieht der aufgrund des Ehrenamtsstärkungsgesetzes neu eingeführte § 31a Abs. 1 Satz 3 BGB die Beweislast bei der Stiftung.

34 Mit von der Verweisung des § 86 BGB umfasst ist der **Freistellungsanspruch gegenüber der Stiftung** nach § 31a Abs. 2 BGB. Soweit ein ehrenamtlich tätiges und damit durch § 31a Abs. 1 Satz 1 BGB privilegiertes Organmitglied oder ein entsprechender besonderer Vertreter in Ausübung der betreffenden Pflichten einen Schaden bei einem Dritten verursacht hat, kann die Stiftung auf Freistellung in Anspruch genommen werden. Wenn das Organmitglied oder ein besonderer Vertreter bereits dem Dritten Schadenersatz geleistet hat, wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Ersatzanspruch um.[51]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

35 Über die Regelung des § 31a BGB hinaus kann die Stiftungssatzung auch eine Haftungsmilderung für nicht ehrenamtlich tätige Organe und besondere Vertreter sowie einen Ausschluss der Haftung bei grober Fahrlässigkeit begründen.

36 Aus dem Umstand, dass die Vorschrift des § 31a BGB im Vereinsrecht nicht in den Katalog der dispositiven Normen in § 40 BGB aufgenommen worden ist, wird gefolgert, dass sie im Hinblick auf ehrenamtliche Stiftungsorgane und besondere Vertreter **nicht dispositiv** in dem Sinne sei, dass die Haftung zu deren Lasten verschärft werden könnte.[52]

IX. Insolvenz der Stiftung (§ 42 BGB)

37 Auf die Stiftung sind grds. die insolvenzrechtlichen Regelungen für Vereine gem. §§ 86, 42 BGB anzuwenden. Die Stiftung ist also **insolvenzfähig.**[53] Im Falle einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Stiftung besteht eine

[49] *Ellenberger* in Palandt § 31a Rn. 2 unter Hinweis auf BT-Drs. 16/10120, 7 ff.
[50] BGH BKR 2015, 71.
[51] *Ellenberger* in Palandt § 31a Rn. 5.
[52] Dazu → C Rn. 137.
[53] *Bach/Knof* ZInsO 2005, 729 (730 f.).

Antragspflicht des Stiftungsvorstands und zudem auch ein Antragsrecht der Gläubiger und der Stiftungsaufsicht.[54] Im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit besteht ein Antragsrecht des Stiftungsvorstands. Anders als noch unter der Konkursordnung verliert die Stiftung nicht mehr allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Rechtsfähigkeit; vielmehr tritt diese Folge erst mit ihrer Vollbeendigung ein.[55] Für die Zwecke der Insolvenzverfahrensdurchführung ist die Rechtsfähigkeit erforderlich, wobei insoweit auch eine Sanierung, etwa durch Zustiftungen, in Betracht kommt. Wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Stiftung beantragt wird, hat dieses Vorrang vor etwaigen Maßnahmen der Stiftungsaufsicht.[56]

X. Stiftung unter Verwaltung einer Behörde

38 Der Stifter kann eine Stiftung unter die Verwaltung einer Behörde stellen. In Betracht kommen hierbei sowohl **staatliche Behörden als auch Behörden von Kirchen und Religionsgemeinschaften,** die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Der Charakter der Stiftung als rechtsfähige Person des bürgerlichen Rechts wird hierdurch nicht berührt. Insbes. führt die Übertragung der Verwaltung der Stiftung an eine Behörde nicht dazu, dass die Stiftung damit selbst einen öffentlich-rechtlichen Charakter erhielte. Es liegt auf der Hand, dass eine entsprechende Übertragung der Verwaltung an eine Behörde deren Zustimmung hierzu bedarf.[57]

39 Allein die **Bestellung von bestimmten behördlichen Amtsinhabern** *ex officio* als Stiftungsvorstand begründet keine Verwaltungsführung durch die Behörde.[58] Erforderlich für die behördliche Verwaltung einer Stiftung ist vielmehr, dass die Behörde selbst das Amt des Stiftungsvorstands übernimmt. Auch eine sonstige Einbindung von Behörden, etwa als stiftungsinternes Aufsichtsorgan in die Stiftung, begründet noch keine Übertragung der Verwaltung der Stiftung an die betr. Behörde.

40 Auf eine Stiftung, deren Verwaltung einer Behörde unterstellt wird, sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 80 ff. BGB anzuwenden. Auch der Stiftungsaufsicht sind derartige Stiftungen grds. unterstellt. § 86 BGB begründet hier lediglich **Ausnahmen für bestimmte Verweisungen auf das Vereinsrecht:** Die Regelung in § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB über die Empfangsbedürftigkeit von Willenserklärungen und in § 29 BGB über die Notbestellung von Vorständen sind auf von Behörden verwaltete Stiftungen grds. nicht anzuwenden, da hierfür dem Charakter der behördlichen Verwaltung nach kein Bedarf besteht.[59] Die Vorschriften über die Vertretung in § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB, über die Geschäftsführung in § 27 Abs. 3 BGB und über die Beschlussfassung in § 28 BGB sind idR ebenfalls nicht anwendbar, wobei hier die Stiftungssatzung dennoch die Anwendbarkeit dieser Vorschriften anordnen kann.

---

[54] Vgl. *Fritzsche* ZSt 2003, 211 (219); gegen ein Antragsrecht der Stiftungsaufsicht *Burgard*, 622.

[55] *Schulz* ZSt 2005, 137 (138).

[56] *Weitemeyer* in MüKo § 86 BGB Rn. 37 f.; aA *Neuhoff* in Soergel § 86 Rn. 17.

[57] *Hüttemann/Rawert* in Staudinger BGB § 86 Rn. 86.

[58] *Weitemeyer* in MükoBGB § 86 Rn. 40.

[59] Vgl. *Hüttemann/Rawert* in Staudinger BGB § 86 Rn. 24.

XI. Unselbständige Stiftung

Für die **unselbständige Stiftung** hat die Verweisung auf das Vereinsrecht nur eine geringe Bedeutung. **41**

1. Vertretung

Grds. wird die unselbständige Stiftung von ihrem **Rechtsträger** vertreten. Die Bestellung weiterer Vertreter erfolgt nach den allgemeinen Regeln des Privatrechts gem. §§ 164 ff. BGB. **42**

2. Geschäftsführung

Für die Geschäftsführung der unselbständigen Stiftung ist im Normalfall der Rechtsträger zuständig. Die Einzelheiten richten sich nach dem der unselbständigen Stiftung zugrundeliegenden **Vertrag.**[60] Freilich ist die Einschaltung weiterer Personen zur Geschäftsführung auf schuldrechtlicher Grundlage möglich; gleiches gilt auch für die Schaffung von organähnlichen Strukturen der unselbständigen Stiftung, die ebenfalls auf schuldrechtlicher Grundlage möglich ist. **43**

3. Haftung

Haftungssubjekt der unselbständigen Stiftung ist grds. der Rechtsträger, der prinzipiell persönlich und unbegrenzt haftet, wobei abweichende Regelungen zulässig sind. Für die Anwendung der §§ 31, 31a BGB besteht hier kein Raum.[61] Eine Verselbstständigung der Haftung bezogen auf das Vermögen der unselbständigen Stiftung ist nicht möglich; zulässig sind allenfalls bilateral vereinbarte Haftungseinschränkungen. **44**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

4. Insolvenz

Die Insolvenz der unselbständigen Stiftung ist grds. nicht von der Insolvenz des Rechtsträgers zu trennen. Soweit allerdings das der unselbständigen Stiftung zugrundeliegende Geschäft als Treuhandvertrag ausgestaltet ist, besitzen der Stifter oder seine Nachfolger ggf. ein **Aussonderungsrecht** im Hinblick auf das Stiftungsvermögen. Grds. denkbar wären *de lege ferenda* Sonderinsolvenzverfahren wie über den Nachlass, Gütergemeinschaften oder das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft.[62] Derartiges ist *de lege lata* jedoch nicht vorgesehen. **45**

§ 87 Zweckänderung; Aufhebung

(1) **Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben.**

(2) **[1]Bei der Umwandlung des Zweckes soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden, insbesondere soll dafür gesorgt werden, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustatten**

[60] Hierzu → B § 80 BGB Rn. 91 ff.
[61] Vgl. auch → B § 85 Rn. 40.
[62] Vgl. → B § 80 BGB Rn. 108.

kommen sollten, im Sinne des Stifters erhalten bleiben. [2]Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert.

(3) **Vor der Umwandlung des Zweckes und der Änderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden.**

Literatur: *Andrick*, Stiftungsrecht und Staatsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der nordrhein-westfälischen Verhältnisse, 1988; *Backert*, Die Beendigung der Stiftung durch die Aufsichtsbehörde, in Werner/Saenger (Hrsg.), Die Stiftung – Recht, Steuern, Wirtschaft, 2008, 441; *Gutzschebauch*, Umwandlung und Aufhebung von Stiftungen infolge der Geldumstellung, BB 1949, 119; *Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, 2007; *Hüttemann/Rawert*, Die notleidende Stiftung, ZIP 2013, 2136; *Muscheler*, Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 17.12.2001 – 12 U 1334/01 – (Gründe für Eilverfügung gegen Stiftungsauflösung), JR 2003, 23; *K. Schmidt*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984. **Siehe auch die speziellen Literaturhinweise in der Vorbemerkung (Teil B).**

Übersicht

	Rn.
I. Regelungsinhalt	1
II. Voraussetzungen für Eingriffsmaßnahmen der Stiftungsaufsicht	7
1. Unmöglichkeit	9
2. Gemeinwohlgefährdung	12
III. Maßnahmen der Stiftungsaufsicht	14

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

I. Regelungsinhalt

1 Die Vorschrift regelt die **Änderung des Stiftungszwecks** sowie die **Aufhebung der Stiftung** seitens der Stiftungsaufsicht, wenn die Stiftung entweder ihren Zweck nicht oder nicht mehr erreichen kann oder aber die Stiftung das Gemeinwohl gefährdet (Abs. 1). Hintergrund ist die Bedeutung des Stiftungszwecks für die Stiftung: Sie bedarf zwingend eines bestimmten Zwecks, den sie erfüllen kann. Dementsprechend ist die Änderung eines unmöglichen oder gemeinwohlgefährdenden Stiftungszwecks in einen möglichen gemeinwohlkonformen Stiftungszweck eine durch die Natur der Stiftung bedingte Notwendigkeit. Andernfalls muss die Stiftung aufgehoben werden.

2 Die Vorschrift schafft zudem Leitlinien für entsprechende den Stiftungszweck oder die Existenz der Stiftung selbst berührende **aufsichtsrechtliche Maßnahmen.** Sie gibt der Stiftungsaufsicht auf, den Stifterwillen bei etwaigen Stiftungszweckänderungen zu berücksichtigen. Hierbei soll insbes. auf den vom Stifter in Aussicht genommenen Kreis der Destinatäre geachtet werden (Abs. 2). Darüber hinaus sieht sie vor, dass eine Anhörung des Stiftungsvorstands erfolgen soll (Abs. 3).

3 Wenngleich § 87 BGB ausdrücklich nur Maßnahmen der Stiftungsaufsicht regelt, kann dennoch die Stiftungssatzung selbst vorsehen, dass der Stifter oder die Stiftungsorgane eine Zweckänderung oder aber eine Aufhebung der Stiftung selbst veranlassen können. Für derartige **autonome Stiftungssatzungsänderungen,** die den Inhalt des Stiftungszwecks ändern, sind die Rahmenbedingungen sowohl des Abs. 2 hinsichtlich der Berücksichtigung des Stifterwillens als auch der

Stiftungsverfassung in § 85 BGB zu beachten.[1] Zugleich ist es im Interesse der präventiven Stiftungsaufsicht zulässig, wenn das Landesrecht vorsieht, dass entsprechende autonome Änderungen des Stiftungszwecks einer Genehmigung der Stiftungsaufsicht unterworfen werden. Hingegen ist es den Stiftungsorganen nicht erlaubt, den unmöglichen oder gemeinwohlunverträglichen Zweck selbst nicht mehr oder auch nur weniger genau zu befolgen.[2]

Die Norm wurde durch die **Novellierung des Stiftungsprivatrechts** im Jahre 2002 lediglich geringfügig in Abs. 2 verändert. Während nach dem früheren Wortlaut der Wille des Stifters „tunlichst" zu berücksichtigen war, „soll" der Stifterwille nun berücksichtigt werden. Praktische Konsequenzen ergeben sich hieraus nicht.[3] In jedem Fall bleibt die Eingriffsbefugnis der Stiftungsaufsicht an eine Unmöglichkeit oder Gemeinwohlschädlichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks gebunden. Dies ist der Fall, wenn die Stiftungsorgane den Stiftungszweck wegen Unmöglichkeit nicht mehr erfüllen können, oder ihn wegen Gemeinwohlschädlichkeit nicht mehr erfüllen dürfen.[4] Hierbei gelten die gleichen Grenzen, wie sie auch für die Beurteilung der Gemeinwohlkonformität des Stiftungszwecks nach § 80 BGB heranzuziehen sind.[5] **4**

Die Vorschrift enthält hinsichtlich der Aufhebung der Stiftung des bürgerlichen Rechts und der Änderung ihres Stiftungszwecks eine **abschließende Regelung.** Durch Landesrecht können keine weiteren Tatbestände für die behördliche Stiftungsaufhebung oder die behördliche Änderung des Stiftungszwecks bei Stiftungen des bürgerlichen Rechts geschaffen werden.[6] Allerdings kann das Landesrecht immer noch die Zusammenlegung von Stiftungen oder die Zulegung von einer Stiftung auf eine andere Stiftung regeln. In diesem Fall erlischt jeweils die Existenz einer der beteiligten Stiftung, allerdings erfolgt dies im Grundsatz nicht aufgrund behördlicher Anordnung, sondern durch autonomen Willensakt der Stiftungsorgane. Insoweit ist das Recht der Verschmelzung von Stiftungen auf der bundesrechtlichen Ebene nicht abschließend geregelt.[7] **5**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Vorschrift ist **auf unselbständige Stiftungen weder direkt noch indirekt anwendbar.**[8] Im Falle der Unmöglichkeit des der unselbständigen Stiftung vorgegebenen Stiftungszwecks richten sich die Rechtsfolgen nach den Bestimmungen des der unselbständigen Stiftung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zwischen Stifter und Rechtsträger. Der Stiftungszweck kann dementsprechend durch eine Vereinbarung zwischen Stifter und Rechtsträger geändert werden. Ansonsten fällt das Stiftungsvermögen regelmäßig an den Stifter oder seine Rechtsnachfolger zurück. Wenn der Stifter nicht mehr existiert und kein Rechtsnachfolger vorhanden ist, behält der Rechtsträger das Stiftungsvermögen als eigenes Vermögen.[9] **6**

---

[1] Vgl. zur Satzungsänderung → B § 85 BGB Rn. 14, 16 ff.

[2] Siehe BGHZ 68, 142.

[3] Vgl. *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 1.

[4] *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 1.

[5] Siehe → Teil B § 80 BGB Rn. 65 ff.; vgl. BT-Drs. 14/8894, 10; dagegen *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 2 ff, die unter Hinweis auf die Grundrechtsträgerschaft der Stiftung ein behördliches Einschreiten nur bei einer Verletzung von Gesetzen zum Schutz der Allgemeinheit oder einem Verstoß gegen Interessen der Allgemeinheit iSv §§ 138, 826 BGB für zulässig erachtet.

[6] Ebenso → C Rn. 352; *Ellenberger* in Palandt § 87 Rn. 3.

[7] Hierzu insgesamt *Schauer*, 2017.

[8] Vgl. → B § 81 Rn. 69 ff.

[9] Siehe → B § 88 BGB Rn. 25.

II. Voraussetzungen für Eingriffsmaßnahmen der Stiftungsaufsicht

7 Voraussetzung für eine **Stiftungszweckänderung** oder eine **Stiftungsaufhebung** durch die Stiftungsaufsicht ist, dass der Stiftungszweck entweder überhaupt nicht oder nicht mehr oder jedenfalls nicht oder nicht mehr in einer gemeinwohlverträglichen Weise erfüllt werden kann. Die Stiftungsaufsicht unterliegt im Rahmen des § 87 BGB dem Opportunitätsprinzip, so dass auch im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen für ein Eingreifen die Stiftungsaufsichtsbehörde unter Beachtung rechtsstaatlicher Prinzipien in begrenztem Rahmen ein Ermessen hinsichtlich der Entscheidung über ihr Einschreiten besitzt,[10] wobei sie allerdings nicht grundsätzlich untätig bleiben darf.[11]

8 Maßnahmen der Stiftungsaufsicht sind **subsidiär** gegenüber Maßnahmen der Stiftungen: Die Stiftungsaufsicht wird daher grds. erst dann einschreiten dürfen, wenn die Stiftungsorgane nicht das ihnen Mögliche tun, um den Zustand eines unmöglichen oder gemeinwohlschädlichen Stiftungszwecks zu beheben. Hierbei ist insbes. zu fragen, ob die Stiftungsorgane selbst ggf. durch eine ihnen durch das Landesrecht oder die Stiftungssatzung eingeräumte Möglichkeit zur autonomen Änderung der Stiftungssatzung Abhilfe bei der Unmöglichkeit oder der Gemeinwohlschädlichkeit des Stiftungszwecks schaffen können.[12] Nur wenn sich die Stiftungsorgane einer eigenen Lösung verschließen, oder ihnen diese nicht möglich ist, bleibt Raum für Eingriffsmaßnahmen der Stiftungsaufsicht.

1. Unmöglichkeit

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

9 Der **Begriff** der Unmöglichkeit in Abs. 1 entspricht dem Begriff der Unmöglichkeit in § 275 Abs. 1 BGB.[13] Unmöglichkeit kann sowohl rechtliche als auch tatsächliche Unmöglichkeit bedeuten. Erstere kommt vor allem dann in Betracht, wenn der Stiftungszweck selbst bereits gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.[14] Letzteres hat vor allem dann Bedeutung, wenn der Stiftungszweck faktisch nicht verfolgt werden kann, weil er bspw. bereits endgültig erreicht ist oder die in Aussicht genommenen Destinatäre weggefallen sind.[15] Ein praktisch relevanter Fall hierfür ist vor allem der Verlust des Stiftungsvermögens: Dieser Verlust kann

---

[10] So die hM; vgl. *Andrick/Suerbaum* § 4 Rn. 7 ff.; *Neuhoff* in Soergel § 87 Rn. 4; aA *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 4, die die Beendigung ebenso wenig wie die Gründung von Stiftungen unter ein behördliches Ermessen stellen will.

[11] Siehe unten → Rn. 14 ff.

[12] Vgl. BGHZ 99, 344; OLG Koblenz NZG 2002, 135; LG Mainz NZG 2002, 738; *Werner* in Erman § 87 Rn. 2; *Schwarz/Backert* in Bamberger/Roth § 87 Rn. 1; *U. Kilian* ZSt 2005, 171 (172 f.); *Rawert* in Staudinger BGB § 87 Rn. 14, 18 ff. (hM). Es gibt allerdings Stimmen, die eine autonome Änderung des Stiftungszwecks durch die Stiftungsorgane insgesamt bestreiten, zB *Rawert* DNotZ 2008, 5, 11; *Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, 131 ff.; gegen landesrechtliche Ermächtigung zur autonomen Änderung des Stiftungszwecks auch *Muscheler* ZSt 2004, 3, 8. Zur Möglichkeit der Stiftungsorgane zur Satzungs- und auch zur Stiftungszweckänderung siehe → B § 85 BGB Rn. 14, 16 ff.

[13] *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 6.

[14] *Hof* in v. Campenhausen/Richter § 11 Rn. 60.

[15] *Hüttemann/Rawert* in Staudinger BGB § 87 Rn. 5.

bspw. Folge einer zivilrechtlichen Nichtigkeit der Vermögensübertragung, einer Verjährung von Leistungsansprüchen oder auch einer Inflation sein.[16]

Die Regelung in § 87 BGB ist auf Fälle der **anfänglichen und der nachträglichen** Unmöglichkeit anzuwenden.[17] Eine Stiftung, deren Zweck bereits von Anfang an unmöglich war, darf zwar nicht anerkannt werden; soweit sie aber dennoch anerkannt wurde und damit Rechtsfähigkeit erlangt hat, kommt eine Aufhebung nach § 87 BGB in Betracht.[18] **10**

Die Unmöglichkeit der Verfolgung des Stiftungszwecks muss **dauerhaft** sein, um eine Anwendung von § 87 BGB rechtfertigen zu können. Insbes. darf keine begründete Aussicht mehr vorliegen, dass die Stiftung doch noch den ihr vorgegebenen Stiftungszweck erreichen kann. Hierbei ist insbes. zu prüfen, ob der Stiftungszweck unter Zugrundelegung des Stifterwillens so ausgelegt werden kann, dass er noch einen verfolgbaren Teilzweck enthält. Bei einer Minimierung des Stiftungsvermögens durch Inflation ist zu prüfen, ob sich das Vermögen im Laufe der Zeit wieder wertmäßig erholen kann oder der Zweck zumindest teilweise auch noch mit dem geschrumpften Vermögen verfolgt werden kann; hierbei ist ein großzügiger zeitlicher Rahmen zugrunde zu legen. Zudem ist zu fragen, ob sanierende Zustiftungen oder sanierende Zuwendungen zu erwarten sind. Wenn all dies ausgeschlossen ist, kommt eine Zweckänderung oder Aufhebung in Betracht.[19] **11**

2. Gemeinwohlgefährdung

Der **Begriff** der Gemeinwohlgefährdung korrespondiert mit dem in § 80 Abs. 2 BGB festgeschriebenen Merkmal der Gemeinwohlkonformität. Eine Gemeinwohlgefährdung besteht demnach nicht erst dann, wenn die Stiftung bereits an sich einen rechtswidrigen Zweck verfolgt; dieser wäre schon nach § 134 BGB grds. unmöglich.[20] Andererseits berechtigt auch ein rechtswidriges Verhalten der Stiftungsorgane für sich noch nicht zur Zweckänderung oder Aufhebung, soweit der Stiftungszweck auch rechtmäßig und gemeinwohlkonform verfolgt werden kann.[21] Ebenso darf das Merkmal der Gemeinwohlgefährdung nicht genutzt werden, um politisch unerwünschte oder dem allgemeinen Geschmack zuwiderlaufende Stiftungen zu beseitigen oder umzuwandeln.[22] Der Begriff der Gemeinwohlgefährdung ist vielmehr vor dem Hintergrund der Stifter- und Stiftungsautonomie eng auszulegen.[23] **12**

beck shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

[16] Vgl. *Gutzschebauch* BB 1949, 119 ff; siehe aber *Rawert/Hüttemann* ZIP 2013, 2136 ff.

[17] So die hM; vgl. BVerwG NJW 1969, 339 (340); *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 6, 7; *Schwarz/Backert* in Bamberger/Roth § 87 Rn. 2.

[18] Vgl. → B § 80 BGB Rn. 8.

[19] Die konkrete Aussicht auf künftige Erlangung von Vermögen kann bereits unter Umständen für die Anerkennung der Stiftung ausreichen, siehe → B § 80 BGB Rn. 56. Dementsprechend muss erst recht der bereits anerkannten Stiftung die Möglichkeit eingeräumt werden, Vermögen wieder oder jedenfalls neu zu erlangen, soweit hierauf Aussicht besteht.

[20] So die hM; krit. *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 3, 8.

[21] Vgl. *Hüttemann/Rawert* in Staudinger BGB § 87 Rn. 8.

[22] Siehe → B § 80 BGB Rn. 65 ff.

[23] Siehe hierzu aber *Weitemeyer* in MüKo § 87 BGB Rn. 9 zur Möglichkeit der Gemeinwohlverfehlung durch Selbstzweckstiftungen; für einen eigenen Tatbestand der Rechtsformverfehlung auch *Hüttemann/Rawert* in Staudinger § 87 BGB Rn. 8. Wenn eine Stiftung nach

13 Dementsprechend ist der Begriff der Gemeinwohlgefährdung zu verstehen iS eines Widerspruchs zu den **Grundentscheidungen der verfassungsmäßigen Ordnung**[24] noch diesseits der Schwelle zur Rechtswidrigkeit. Erforderlich ist eine bereits konkrete Gefährdung von wesentlichen Rechtsgütern, etwa in dem Sinne, dass die gerade noch rechtmäßig formulierte Zweckbestimmung konkret ein verfassungswidriges Verhalten der Stiftungsorgane nahelegt. Dieses muss noch nicht bereits begonnen haben, allerdings bereits mit hinreichender Sicherheit drohen.[25] Zugestandenermaßen ist das Kriterium der Gemeinwohlgefährdung verhältnismäßig abstrakt und nur im konkreten Einzelfall vor dem Hintergrund der Gesamtumstände überhaupt fassbar. Allerdings kann es im Interesse der rechtsstaatlichen Ordnung nicht hingenommen werden, dass Maßnahmen erst nach bereits erfolgter Schädigung von Verfassungsgütern durch eine Stiftung trotz ihrer schon vorher konkret absehbaren Gefährdung ergriffen werden können; dies wäre allerdings die Konsequenz, wenn man auf den Tatbestand der Gemeinwohlgefährdung verzichten würde und ein Einschreiten der Stiftungsaufsicht nur aufgrund der rechtlichen Unmöglichkeit einer Zweckverfolgung für zulässig hielte. Die Problematik stellt sich im Stiftungsrecht nicht anders dar als im Vereins- und Gesellschaftsrecht.[26]

III. Maßnahmen der Stiftungsaufsicht

14 Auf der **Rechtsfolgenseite** ermächtigt § 87 Abs. 1 BGB unmittelbar von Bundesrechts wegen[27] die durch den Landesgesetzgeber zu bestimmende Aufsichtsbehörde zur Zweckänderung (Zweckumwandlung) sowie zur Aufhebung der Stiftung.

15 Die Entscheidung der Behörde gem. § 87 BGB steht im pflichtgemäßen Ermessen. Gegenstand einer derartigen Ermessensermächtigung kann sowohl das Ob des Einschreitens sein **(Entschließungsermessen)** als auch die im Falle eines Tätigwerdens zu ergreifende Maßnahme **(Auswahlermessen)**. Schon daher geht mit der Einräumung eines Ermessens durch den Gesetzgeber keineswegs zwangsläufig die Vorstellung einher, die Behörde könne auch untätig bleiben.[28] Auch kann gegen die Einräumung eines Ermessens in den Befugnisnormen der Stiftungsaufsicht nicht die Grundrechtsfähigkeit der Stiftung in Stellung gebracht werden.[29] Dies übersieht, dass – anders als bei begünstigenden Entscheidungen – das Verwaltungsermessen im Rahmen belastender Aufsichtsmaßnahmen die

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

§§ 80, 81 BGB errichtet wurde, kann die Rechtsform nicht verfehlt worden sein. Soweit die Stiftungsorgane rechtswidrig handeln, sind sie gem. den einschlägigen aufsichtsrechtlichen Regelungen zu einem normgemäßen Verhalten anzuhalten. Wenn die Stiftung insgesamt keinen rechtlich zulässigen Zweck verfolgen kann, liegt eine Unmöglichkeit vor, die nach § 87 BGB zu behandeln ist. Es besteht dagegen kein Anlass, mit dem Eingriffstatbestand der Gemeinwohlgefährdung rechtspolitisch unerwünschte Stiftungen zu beseitigen.

[24] Siehe auch *v. Rotberg* § 14 StiftG BW Anm. 3a, der allerdings auf die Gemeinschädlichkeit nach „Anschauungen der Gegenwart" abstellt. Zu fordern ist indes, dass hiermit nicht lediglich der Zeitgeschmack zur Beurteilung herangezogen wird, sondern auch eine „zeitenübergreifende" Gemeinwohlgefährdung vorliegt.

[25] Vgl. BT-Drs. 14/8894, 10; siehe auch → B § 80 BGB Rn. 65 ff.

[26] Als vereins- und gesellschaftsrechtliche Parallelnormen siehe § 43 BGB, § 62 GmbHG und § 396 AktG.

[27] Zur Kompetenz des Bundesgesetzgebers siehe → Teil C Rn. 5 ff., 345.

[28] Vgl. aber *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 4.

[29] So indes *Weitemeyer* in MükoBGB § 87 Rn. 4.