2. Teil: Stiftungszivilrecht

Im Rahmen von Nachfolgegestaltungen sind stets zwei Komponenten zu berücksichtigen. Auf der einen Seite muss das Zivilrecht die beabsichtigte Gestaltung zulassen, sie muss also rechtlich möglich sein. Auf der anderen Seite sollen die Steuerfolgen, welche an die zivilrechtlichen Vorgänge anknüpfen, das zu übertragene Vermögen so wenig wie möglich beeinträchtigen. Im folgenden Kapitel wird zunächst die zivilrechtliche Situation der Familienstiftungen nach deutschem und österreichischem Recht dargestellt und verglichen.

A. Wesensmerkmale der Stiftung

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich werden einige Elemente als grundlegende Bestandteile des Stiftungsbegriffs angesehen. Dies spiegelt sich auch in den gängigen Definitionen wider. In Deutschland fehlt eine gesetzliche Definition des Stiftungsbegriffs, in Österreich dagegen lässt sich die Begriffsbestimmung der Privatstiftung aus einer Aufzählung ihrer wesentlichen Merkmale in § 1 Abs. 1 PSG entnehmen.[416] Sie ist demnach ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen; sie genießt Rechtspersönlichkeit und muss ihren Sitz im Inland haben. In Bezug auf Stiftungen nach deutschem Recht herrscht Einigkeit darüber, dass die Stiftung des bürgerlichen Rechts ein selbstständiger, nicht auf einem Personenverband beruhender Rechtsträger ist, welcher in einem Stiftungsgeschäft festgelegte Zwecke mit Hilfe eines zu diesen Zwecken gewidmeten Vermögens dauerhaft verfolgt.[417] Wesensmerkmale von Stiftungen sind also in beiden Rechtsordnungen der Stiftungszweck, das Stiftungsvermögen und die Stiftungsorganisation.[418]

I. Stiftungszweck

Um die Familienstiftung in der Nachfolgegestaltung einsetzen zu können, müssen die in der Kautelarpraxis denkbaren Gestaltungen mit den Wesensmerkmalen und Grundprinzipien

---

416 Vgl. zur Begriffsbestimmung oben S. 8 f.

417 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger,* §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 1 m. w. N.; *Ellenberger* in *Palandt*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 5; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 13; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 51; *Schiffer/Noel* in *Schiffer* (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, S. 13.

418 In Bezug auf BGB-Stiftungen: *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 40; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 4; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 51; *Werner* in *Erman*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 7; *Ellenberger* in *Palandt*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 5; in Bezug auf PSG-Stiftungen: *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 2 bezieht auch Sitz im Inland als Wesenselement ein; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 1; *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 3 ff.; *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 149.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Stiftung vereinbar sein. Dies gilt im Besonderen für den Stiftungszweck. Er nimmt im Vergleich zu den anderen Wesensmerkmalen der Stiftung – insoweit unterscheiden sich Stiftungen nach deutschem und österreichischem Recht nicht – eine besondere, herausgehobene Stellung ein. Der Stifter legt den Zweck im Rahmen der Privatautonomie fest und gibt so der Stiftung ihre Individualität.[419] Aus den obigen Definitionen folgt, dass alleiniges Ziel der Stiftungserrichtung die Erfüllung des Zwecks ist. Diese besondere Funktion des Zwecks wird in der Literatur oft durch Metaphern veranschaulicht. *Hof* beschreibt ihn beispielsweise als das „Herzstück"[420], *Hüttemann* und *Rawert* sprechen von ihm als die „Seele"[421] der Stiftung. *Kalss* meint, aus dem Zweck leite die Stiftung „geradezu ihre Identität ab".[422] Er bringt unmittelbar den Willen des Stifters zum Ausdruck und ist somit maßgeblich für die Tätigkeit der Stiftung.[423] Nach der Anerkennung beziehungsweise Eintragung der Stiftung in das Firmenbuch kann der Zweck nicht mehr ohne weiteres geändert werden, ist also der Disposition des Stifters grundsätzlich entzogen. Bei österreichischen Privatstiftungen ist es mittels einfacher Satzungsgestaltungen möglich, dieses Prinzip weitgehend außer Kraft zu setzen.[424] Das zu stiftende Vermögen wird nur für die Erfüllung des Zwecks organisatorisch verselbstständigt. Die anderen beiden Wesensmerkmale, Stiftungsvermögen und -organisation, sind demgegenüber nicht eigenständig, sondern müssen sich dem Zweck absolut unterordnen, haben mithin nur dienende Funktion.[425] Erst der Zweck rechtfertigt die Verselbständigung eines Vermögens zu einer juristischen Person,[426] eine Stiftung ohne

---

419 In Bezug auf BGB-Stiftungen: *Werner* in *Erman*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 8; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch,§ 7 Rn. 4 f.; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 5; in Bezug auf PSG-Stiftungen: *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (16); *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 11; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 17; *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 15 f.

420 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 1.

421 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 5.

422 *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 17; in diese Richtung auch *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 15; sachlicher *Schiffer/Pruns* in *Schiffer* (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, S. 80, die ihn mit der Funktion des Unternehmensgegenstandes eines Gewerbebetriebes vergleichen.

423 In Bezug auf BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 5; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 1; in Bezug auf PSG-Stiftungen: *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 11; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 17; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (16).

424 In Bezug auf BGB-Stiftungen: *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 4; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 5; bei Privatstiftungen ist nach Entstehen der Privatstiftung die Änderung der Stiftungserklärung erschwert, jedoch kann der Stifter Änderungen, sogar grundlegende Veränderungen des Zwecks, vornehmen, wenn er sich dieses Recht in der Stiftungserklärung vorbehalten hat, vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 83; siehe dazu unten S. 118 ff., 127 ff.

425 In Bezug auf BGB-Stiftungen: *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 79 Rn. 23; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 5; in Bezug auf PSG-Stiftungen: *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 17; *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 45 f.

426 In Bezug auf PSG-Stiftungen: *Guggenberger* in *Hasch & Partner* (Hrsg.), PSG, S. 27; *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 45 f.; in Bezug auf BGB-Stiftungen: *Strickrodt*, Stiftungsrecht, S.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einen Zweck ist unzulässig.[427] Ihr wäre die Anerkennung beziehungsweise die Eintragung in das Firmenbuch zu versagen.

1. Gesetzliches Leitbild

Sowohl den §§ 80 - 88 BGB wie dem PSG liegt ein bestimmtes Leitbild des Stiftungszwecks zugrunde. In vielen Rechtsordnungen, insbesondere im anglo-amerikanischen und dem romanischen Rechtskreis, sind Stiftungserrichtungen nur zur Verfolgung von gemeinnützigen Zwecken zulässig.[428] Vor dem Inkrafttreten des PSG, als Stiftungen nur nach Maßgabe des BStFG und der korrespondierenden Landesgesetze gegründet werden konnten, war dies auch in Österreich so.[429] Solche Beschränkungen existieren gegenwärtig aber weder in Österreich noch in Deutschland, sodass privatnützige Stiftungen in beiden Ländern prinzipiell zulässig sind.

§ 80 Abs. 2 BGB bestimmt, dass mit einer Stiftung jeder Zweck verfolgt werden darf, wenn er „das Gemeinwohl nicht gefährdet". In Deutschland liegt damit der Stiftung das Leitbild der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung zugrunde.[430]

Grundsätzlich darf die Stiftung also jeden Zweck, den die Rechtsordnung nicht verbietet, verfolgen.[431] Dem ist die Konzeption in Österreich, wo die Stiftung einen „erlaubten" Zweck (§ 1 Abs. 1 PSG) verfolgen muss, sehr ähnlich; es handelt sich ebenfalls um eine Allzweckstiftung.[432] Auch hier ist also der Stifter in der Festlegung des Stiftungszwecks prinzipiell frei, soweit dieser nicht unsittlich (§ 879 ABGB) oder gesetzeswidrig ist, beispielweise nicht in Einklang mit straf- oder finanzstrafrechtlichen Regelungen steht.[433] In Deutschland wie in Österreich darf also der Stifter prinzipiell den Zweck frei festlegen, solange er keinen gesetzes- oder sittenwidrigen wählt.

26; *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 56 ff.; *Schmidt*, Stiftungswesen, S. 18; ähnlich auch *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, S. 167.

427 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 7; vgl. in Bezug auf BGB-Stiftungen *Hüttemann* in FS Reuter, S. 121 (121).

428 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 61; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 30 m. w. N. bzgl. der Rechtslage in Italien, Frankreich, Belgien, Spanien und Portugal.

429 *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, Einl. Rn. 13; siehe auch oben S. 46.

430 BT-Drs. 14/8765, S. 9; vgl. dazu *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 48; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 5; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 62.

431 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 7; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 48; *Werner* in *Erman*, BGB, § 81 Rn. 12; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 40; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 61.

432 *Jud*, JBl. 2003, S. 771 (771).

433 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 15; *Guggenberger* in *Hasch & Partner* (Hrsg.), PSG, S. 29; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 21; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (16).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Familienstiftung

Die Definition der Familienstiftung ist uneinheitlich. Allgemein kann sie – das gilt für die österreichische wie für die deutsche Rechtsordnung – als eine Stiftung definiert werden, welche wesentlich den Interessen einer Familie oder mehrerer Familien dient.[434] Familienstiftungen lassen sich in Bedürftigkeitsstiftungen und Unterhaltsstiftungen beziehungsweise Versorgungsstiftungen einteilen. Erstere machen Ausschüttungen an Destinatäre in aller Regel von dem Eintreten gewisser Voraussetzungen, wie wirtschaftlicher Not oder dem Besuch einer Bildungseinrichtung, abhängig. Im Unterschied dazu erfolgt die Unterstützung der Destinatäre durch Unterhaltsstiftungen, ohne dass weitere Voraussetzungen, mit Ausnahme der Familienzugehörigkeit, erfüllt sein müssen.[435] Familienstiftungen im klassischen Sinne sollen, wenn sie in der Nachfolgegestaltung zur Anwendung kommen, in der Regel den Begünstigten ohne das Erfüllen gewisser Voraussetzungen die Teilhabe an den Erträgen des Stiftungsvermögens ermöglichen. Dies entspricht der Situation der gesetzlichen Erbfolge, im Rahmen derer der Erbe auch ohne die Erfüllung von besonderen Bedingungen in die Rechtspositionen des Erblassers eintritt (§ 1922 BGB, § 533 ABGB). Um eine Familienstiftung in Form der Unterhaltsstiftung für die Nachfolgegestaltung einsetzen zu können, muss diese zunächst zulässig sein.

a. Deutschland

Über die Familienstiftung sind keine speziellen Vorschriften im BGB enthalten, welche sie ausdrücklich für zulässig oder unzulässig erklären. Demzufolge war die Zulässigkeit der Familienstiftung in Form der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung (Unterhaltsstiftung) Gegenstand einer kontroversen Diskussion; seit der Modernisierung des Stiftungsrechts wird diese jedoch weitgehend als erledigt betrachtet. Die Zulässigkeit der Bedürftigkeitsstiftung stand demgegenüber nie in Frage.[436]

aa. Rechtslage vor der Modernisierung des Stiftungsrechts

Bereits vor der Reform des Stiftungsrechts lag der Stiftung, welche nach den Regelungen des BGBs errichtet wurde, das Konzept der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung zugrunde.[437] Dies ergab sich aus einem Umkehrschluss zu § 87 Abs. 1 BGB a. F.[438] Einer

---

434 Siehe oben S. 10 f.

435 In Bezug auf BGB-Stiftungen: *Saenger* in *Werner/Saenger* (Hrsg.), Die Stiftung, Rn. 186; vgl. *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 95 und in Münchener Kommentar BGB[4], Vorb. § 80 Rn. 34, 36; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 12;. in Bezug auf PSG-Stiftungen: *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 127; *Csoklich* in *Csoklich/Müller* (Hrsg.), Die Stiftung als Unternehmer, S. 99 (105).

436 *Mirbach*, Stiftungszweck und Gemeinwohlgefährdung, S. 107; vgl. auch *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 66.

437 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechtshandbuch², § 8 Rn. 56; *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 80 ff. Rn. 13; *Neuhoff* in *Soergel*, §§ 1 - 103 BGB, Vorb. § 80 Rn. 11; a. A. *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], Vorb. § 80 Rn. 7, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stiftung war demnach von vornherein die Genehmigung zu versagen, wenn sie das Gemeinwohl gefährdete. Eine Beschränkung auf gemeinnützige Zwecke ließ sich indes auch vor der Modernisierung des Stiftungsrechts aus dem Gesetzestext der §§ 80 ff. BGB nicht ableiten.[439] Es ist daher, jedenfalls auf Grundlage der §§ 80 ff. BGB, also unabhängig von speziellen landesrechtlichen Regelungen,[440] auf den ersten Blick nicht ersichtlich, wieso Familienstiftungen als unzulässig hätten qualifiziert werden müssen, zumal das Rechtsinstitut der Familienstiftung dem Gemeinwohlvorbehalt[441] a priori nicht unterfiel.[442] Dementsprechend qualifizierte die überwiegende Ansicht die Familienstiftung – auch in Form der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung – ohne Einschränkungen als zulässig[443] und sah sich insofern in der Genehmigungspraxis bestätigt, als dass vielfach Familienstiftungen existierten.[444] Auch spezielle Regelungen im Steuerrecht sowie in den Landesstiftungsgesetzen legten die Annahme nahe, dass der Gesetzgeber sich der Verwendung der Stiftung als Familienstiftung bewusst war und er in Kenntnis dessen von bundeseinheitlichen einschränkenden Bestimmungen abgesehen hatte.

Allerdings wurden dennoch Bedenken gegen die Zulässigkeit vorgetragen, die hier nur in aller Kürze, nachdem die Modernisierung des Stiftungsrechts mehr als 10 Jahre zurückliegt, wiedergegeben werden sollen:[445] Insbesondere *Däubler* wendete sich gegen die Zulässigkeit einer Familienstiftung, „wenn sie ausschließlich dazu dient, die wirtschaftliche Position einer Familie auf Dauer zu sichern“.[446] Er leitete dies unter anderem aus dem Verbot der

---

438 § 87 Abs. 1 BGB a. F.: „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.“

439 *Heinrichs* in *Palandt*, BGB[61], Vorb. § 80 Rn. 2; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechtshandbuch², § 8 Rn. 52; *Westermann* in *Erman*, BGB[10], Vorb. § 80 Rn. 2; *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 80 ff. Rn. 13; a. A. offenbar *Neuhoff* in *Soergel*, §§ 1 - 103 BGB, Vorb. § 80 Rn. 11: „Die BGB-Stiftung ist […] als eine gemeinwohlkonforme Allzweckstiftung zu bezeichnen, was privatnützige Gestaltungen weitgehend ausschließt.“

440 In Brandenburg bspw. waren Familienstiftungen landesrechtlich nicht genehmigungsfähig, vgl. *Pöllath* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechthandbuch², § 14 Rn. 32.

441 Eine Gemeinwohlgefährdung liegt lt. *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], § 87 Rn. 6 vor, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks gegen die Rechtsordnung verstößt, wobei eine restriktive Auslegung des Merkmals geboten sei.

442 A. A. *Neuhoff* in *Soergel*, §§ 1 - 103 BGB, Vorb. § 80 Rn. 57, der meint, mit dem BGB sei die Familienstiftung „abgeschafft“ worden und wenn überhaupt könnten „Inhalte von Familienstiftungen nur Zwecke des Gemeinwohls“ sein; *ders.* in *Hauer/Goerdeler/Kreuser/v. Pölnitz-Egloffstein* (Hrsg.), Deutsches Stiftungswesen 1977 - 1988, S. 61 (73 ff.).

443 *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 151 ff.; *Heinrichs* in *Palandt*, BGB[61], Vorb. § 80 Rn. 9; *Westermann* in *Erman*, BGB[10], Vorb. § 80 Rn. 6; *Pöllath* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch², § 14 Rn. 29; *Sorg,* Die Familienstiftung, S. 32 f., 63 f.; *Kronke,* Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 59 f.

444 *Reuter* weist in Münchener Kommentar BGB[4], Vorb. 80 Rn. 35, darauf hin, dass die Existenz nicht zwingend einen Rückschluss auf die Genehmigungsfähigkeit neuer Familienstiftungen zulasse.

445 Vgl. ausführliche Zusammenfassungen der Diskussion bei *Mirbach*, Stiftungszweck und Gemeinwohlgefährdung, S. 106 ff., *Fröhlich*, Die selbstständige Stiftung im Erbrecht, S. 33 ff. und *Volkholz*, Geltung und Reichweite der Privatautonomie bei der Errichtung von Stiftungen, S. 235 ff.

446 *Däubler*, JZ 1969, S. 499 (501).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Familienfideikommisse und der wirtschaftlichen Entsprechung von Familienstiftungen ab,[447] wobei er deren grundsätzliche Zulässigkeit anerkannte, jedoch im selben Zusammenhang auf Grenzen hinwies: Die grundsätzliche Wertung des Erbrechts, welches einer dauerhaften Vermögensbindung entgegen stehe, wie sich insbesondere aus §§ 2044 Abs. 2, 2109, 2162, 2163 und 2210 BGB ergebe, lasse sich mit Familienstiftungen in besagter Konstellation nicht in Einklang bringen.[448]

Auch *Rawert* griff diesen Ansatz auf und stellte fest, dass die Stiftung trotz ihrer prinzipiellen Zweckoffenheit in ihren Einsatzmöglichkeiten dort einzuschränken sei, wo eine überlange Nachlassbindung drohe.[449] Gegen die Erstreckung des Fideikommissverbotes wurde auf der anderen Seite vielfach eingewendet, die beiden Rechtsinstitute seien nicht hinreichend miteinander vergleichbar, unter anderem, weil im Gegensatz zum Kommiss die Stiftung dem Rechtsverkehr gerade nicht entzogen sei.[450] Dem Argument, die Familienstiftung verstoße konstruktiv gegen erbrechtliche Wertungen, hielt man entgegen, dass die Situationen nicht vergleichbar seien. In den angesprochen Normen wäre die Vermögenszuordnung nur vorläufig. Die Stiftung sei hingegen endgültig und ohne Beschränkungen Eigentümerin des ihr übertragenen Vermögens. Sinn und Zweck der zeitlichen Begrenzung im Sinne der Rechtssicherheit mache diese deshalb bei der Familienstiftung nicht erforderlich.[451]

Reuter führte gegen die Zulässigkeit der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung neben der Übertragung des Fideikommissverbotes eine Analogie zu § 22 BGB ins Feld. Sein Konzept der Stiftungsklassenabgrenzung unterschied in Anlehnung an die Vereinsklassenabgrenzung[452] zwischen Idealstiftungen und wirtschaftlichen Stiftungen. Während für erstere ein verfassungsrechtlich garantierter Anspruch auf Genehmigung bestehe, seien wirtschaftliche Stiftungen nur ausnahmsweise zulässig, nämlich dann, wenn ein förderungswürdiger Zweck auf andere Weise nicht zu erreichen sei (Grundsatz der Subsidiarität). An einer Familienstiftung hätten die Destinatäre aufgrund der stiftungstypischen Verselbstständigung des Vermögens keine Anteile; ebenso wenig bestünden Ansprüche gegen die Stiftung, so dass insoweit eine Haftungsexklave eröffnet werde. Wie bei einem Verein, dessen Hauptzweck die Verwaltung des Vermögens im Interesse der Mitglieder ist (Vermö-

447 Ebenso *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], Vorb. § 80 Rn. 39, der das Fideikommissverbot mittels teleologischer Extension auf die „familienbezogene Vermögensverwaltungsstiftung" erstreckt.

448 *Däubler*, JZ 1969, S. 499 (500 ff.).

449 *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 80 ff. Rn. 133, der diese Wertung auch auf Unterhaltsstiftungen, die keine Familienstiftungen sind, erstreckt sehen möchte.

450 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 129; *Pöllath* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechtshandbuch², § 14 Rn. 29; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungswesens, S. 31; *Sorg,* Die Familienstiftung, S. 44 f., 62 f.; *Meyer zu Hörste,* Die Familienstiftung als Technik der Vermögensverewigung, S. 25 ff.; ausgewogen dazu *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 60 f.

451 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 131; *Meyer zu Hörste,* Die Familienstiftung als Technik der Vermögensverewigung, S. 29 ff.; wohl gegen eine „juristische Person auf Zeit" *Schmidt* in *v. Campenhausen/Kronke/Werner* (Hrsg.), Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 229 (238).

452 Vgl. dazu *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 22 Rn. 6 ff.; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], §§ 21, 22 Rn. 6 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gensverwaltungsverein),[453] sei die Vermögensverwaltungsstiftung (Unterhaltsstiftung) deshalb der Restriktion des § 22 BGB zugunsten der Vereine des Handelsrechts zu unterwerfen[454] und zwar, obwohl der Wortlaut des § 22 BGB („wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb") diese Fälle nicht erfasst.[455] *Rawert*, der dieser Überlegung in Bezug auf wirtschaftliche Stiftungen folgte,[456] wendete gegen diesen Ansatz ein, die Funktion des § 22 BGB sei in erster Linie im Schutz der Gläubiger des Vereins zu sehen, denen der Verein keine Mindesthaftsumme garantiere und deshalb für wirtschaftliche Betätigungen grundsätzlich auf die Vereine des Handelsrechts verweise.[457] Auch in analoger Anwendung auf die Stiftung müsste die Funktion auf den Schutz der Gläubiger der Stiftung und nicht die Gläubiger der Destinatäre beschränkt bleiben.[458] Selbst wenn man zudem die vielfach bestrittene weitere Funktion des § 22 BGB, den Mitgliederschutz,[459] anerkennen wollte, sei dieser Gedanke auf die Stiftung, die nicht körperschaftlich organisiert sei, nicht übertragbar.[460] *Reuter* greift nicht mehr auf diese Argumentation zurück, wenngleich er sie nicht für gegenstandslos zu halten scheint.[461]

bb. Rechtslage seit der Modernisierung des Stiftungsrechts

Seit der Modernisierung des Stiftungsrechts im Jahre 2002 wird der Streit um die Zulässigkeit der Familienstiftung ganz überwiegend für erledigt erachtet. Der Gesetzgeber hat, obwohl entsprechende Vorschläge zu restriktiven Regelungen über Familienstiftungen Gegenstand der parlamentarischen Diskussion waren, von speziellen Bestimmungen bezüglich privatnütziger Stiftungen, im speziellen in Form der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung,[462] abgesehen und stattdessen die Zulässigkeit der Stiftung durch die Schaffung einer Negativvoraussetzung, der Gemeinwohlgefährdung, zweckoffen gestaltet und dabei im Besonderen keine Festlegung auf gemeinnützige Zwecke vorgenommen.[463]

---

453 Siehe dazu *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 22 Rn 40 - 42; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], §§ 21, 22 Rn. 39 - 41.

454 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], Vorb. § 80 Rn. 36.

455 Siehe dazu *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 22 Rn. 40 - 42; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], §§ 21, 22 Rn. 39 - 41.

456 *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 80 ff. Rn. 94.

457 Näher zur Funktion des § 22 BGB *Weick* in *Staudinger,* §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 21 ff. Rn. 47 u. § 21 Rn. 5.

458 *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 80 ff. Rn. 132.

459 Siehe dazu *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], §§ 21, 22 Rn. 13.

460 *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 80 ff. Rn. 132.

461 *Reuter*, AcP 2007 (207), S. 1 (17 f.) hält vielmehr die Fortsetzung der Diskussion für nicht sinnvoll, „seit der Großteil der Teilnehmer am stiftungsrechtlichen Diskurs den Standpunkt einnimmt, man brauche sich den Argumenten nicht mehr zu stellen, weil das Machtwort des Modernisierungsgesetzgebers die Diskussion beendet habe"; vgl. auch *Reuter* in GS Eckert, S. 677 (692); seitdem begründet *Reuter* in Münchener Kommentar[5], Vorb. § 80 Rn. 34 ff. und in Münchener Kommentar[6], §§ 80, 81, Rn. 96 ff. die Unzulässigkeit der Familienstiftung unabhängig von § 22 BGB.

462 Siehe dazu oben S. 42; zusammenfassend *Nissel*, Das neue Stiftungsrecht, Rn. 164 ff.; nach dem Vorschlag der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* sollten Familienstiftungen nach 30 Jahren erlöschen.

463 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 186; *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 13 Rn. 29; *Ellenberger* in *Pa-*

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit folgte er der Empfehlung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht.[464] Durch das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts sind die Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Anerkennung entsteht, bundeseinheitlich abschließend geregelt worden.[465] Da für den Bereich des Stiftungsrechts eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht, wurden mit Inkrafttreten des Gesetzes landesrechtliche Regelungen, die beispielweise die Zulässigkeit von Familienstiftungen oder Unternehmensstiftungen beschränken, unanwendbar.[466]

Soweit ersichtlich wendet sich heute nur noch *Reuter* gegen die Zulässigkeit der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung. Zur Begründung rekurriert er maßgeblich auf drei Punkte, nämlich zunächst eine Schutzpflichtverletzung des Gesetzgebers gegenüber den Vermögensnachfolgern des Stifters, weiterhin auf den Umstand, dass die Stiftung unzulässige Haftungsexklaven ermögliche, was mit dem zivilrechtlichen Haftungssystem nicht vereinbar sei, und letztlich auf einen Verstoß gegen das Verbot der Familienfideikommisse gemäß Art. 155 Abs. 2 WRV, welches er auch nach der Reform des Stiftungsrechts auf die voraussetzungslos berechtigende Familienstiftung erstreckt.

(1) Familienstiftung und Grundrecht auf Stiftung

Reuter nimmt an, die Gründung privatnütziger Stiftungen, im speziellen die von Familienstiftungen, sei nicht von dem Schutzbereich des Grundrechts auf Stiftung umfasst. Vielmehr verletze der Staat eine Schutzpflicht gegenüber den Destinatären. Der Stifter schränke die Destinatäre durch die Gründung der Stiftung und die damit einhergehende Vermögensbindung in ihrem Selbstbestimmungsrecht unverhältnismäßig ein, was der Staat nicht zulassen dürfe.[467]

Reichweite und dogmatische Begründung des Grundrechts auf Stiftung sind, auch nach der Modernisierung des Stiftungsrechts, umstritten, zum Teil wird die Existenz sogar gänzlich verneint.[468] Ausdrücklich statuiert das Grundgesetz ein Grundrecht auf Errichtung einer Stiftung nicht. Es wurde kreiert, um den als mit den Grundideen des Grundgesetzes als unvereinbar betrachteten Konzessionstatbestand, welcher letztlich Relikt überkommener Überzeugungen aus einem obrigkeitsstaatlichen System ist, in einen ermessensunabhängi-

---

landt, BGB, § 80 Rn. 8; *Werner* in *Erman*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 3 f., 17; *Nissel*, Das neue Stiftungsrecht, Rn. 170; *Schwarz*, DStR 2002, S. 1767 (1767 f.); *Hüttemann* in ZHR 2002, S. 35 (63) meinte noch, die Klärung bleibe Praxis und Rspr. überlassen; *Schiffer* in *Wachter* (Hrsg.), FS Spiegelberger, S. 1358 (1358); *Burgard*, NZG 2002, S. 697 (700); *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 4.

464 Bericht der Arbeitsgruppe, S. 48 (siehe oben FN 374).

465 Vgl. nur *Hüttemann*, ZHR 2003, 35 (45); *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 16; *Schwarz*, DStR 2002, S. 1718 (1719).

466 Dazu explizit *Schwarz*, ZEV 2003, S. 306 ff.; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 4; *Nissel*, Das neue Stiftungsrecht, Rn. 137 ff.

467 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 34 und §§ 80, 81 Rn. 96.

468 Vgl. Zusammenfassungen des Diskussionstands bei *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 20 ff.; *Reuter* in Münchener Kommentar, Vorb. § 80 Rn. 28 ff.; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen Anspruch auf Stiftungserrichtung umzubilden.[469] Da bis heute die Errichtung rechtsfähiger Stiftungen weiterhin nicht ohne den Erlass eines Verwaltungsaktes durch die Stiftungsbehörden möglich ist und die Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen ein einfachgesetzlicher Anspruch auf Anerkennung der Stiftung besteht, im hohen Maße auslegungsbedürftig sind, ist die Diskussion auch nach der Modernisierung des Stiftungsrechts nicht obsolet geworden, auch wenn der Gesetzestext nun von einem „Anspruch auf Anerkennung" spricht.[470]

Reuter will jedoch nur gemeinnützige Stiftungen unter den Schutz des Grundrechts auf Stiftung stellen. Dabei verweist er darauf, dass die Anordnung privatnütziger Stiftungen die Vermögensnachfolger in ihrem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzten, welches dem des Stifters entgegen liefe.[471] Demgegenüber seien die Interessen der potentiellen Vermögensnachfolger im Fall der Gründung einer gemeinnützigen Stiftung nicht zu berücksichtigen, weil sich die Stiftung nun nicht mehr auf sie, sondern auf das Gemeinwohl beziehe.[472] Diese Ansicht überzeugt nicht.[473] *Reuter* berücksichtigt nicht hinreichend, dass Art. 14 Abs. 1 GG dem Eigentümer grundsätzlich – vorbehaltlich ausdrücklicher Inhalts- und Schrankenbestimmungen – das Recht einräumt, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, einfach-gesetzlich konkretisiert beispielweise durch § 903 Satz 1 BGB). Die Eigentumsgarantie hat dabei die Aufgabe, einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen.[474] Das Erbrecht ergänzt diese insoweit, als dass das Privateigentum als Grundlage eigenverantwortlicher Lebensgestaltung mit dem Tod des Eigentümers nicht untergeht, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge sichert, wobei der Erblasser die Vermögensnachfolge weitgehend nach seinen Vorstellungen gestalten kann.[475] Der Anspruch der Kinder auf eine gewisse wirtschaftliche Mindestbeteiligung am Nachlass, der aus Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG folgt, wird hinreichend durch das geltende Pflichtteilsrecht gesichert.[476]

Die potentiellen Berechtigten einer privatnützigen Stiftung haben indes vor Stiftungserrichtung nicht zwingend eine rechtliche Verbindung zu dem Vermögen des Stifters; es gilt die Testierfreiheit. Selbst wenn sie also gesetzliche Erben sind, könnte der Stifter sie von der Erbfolge, freilich in den Grenzen des Pflichtteilsrechts, ausschließen.[477] Wenn er demgegenüber durch die Errichtung einer Stiftung nun doch eine Teilhabe gewährt, erweitert er damit die Rechte dieses Personenkreises. *Reuter* macht indes nicht klar, wieso der Stifter durch die Gründung einer gemeinnützigen Stiftung, bei der den potentiellen Vermögensnachfolgern nichts bliebe, diese weniger bevormundete als durch die Gründung einer pri-

469 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 20; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 10 ff.

470 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. § 80 ff. Rn. 20; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 10 ff.

471 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 34 und §§ 80, 81 Rn. 96.

472 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 34 und §§ 80, 81 Rn. 97.

473 Wie hier mit ähnlicher Argumentation: *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 43 f.

474 BVerfG v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00, NJW 2005, S. 1191 (1192) m. w. N.

475 BVerfG v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561 (1562 f.) m. w. N.

476 BVerfG v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00, BVerfG, NJW 2005, 1561 (1561) m. w. N.; zum Thema Stiftungserrichtung und Pflichtteilsrecht ausführlich unten S. 142 ff.

477 Vgl. BVerfG v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561 (1563) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vatnützigen Stiftung, die dem Interesse der potentiellen Vermögensnachfolger dient. Vielmehr stützt die Annahme *Reuters*, die Gründung einer gemeinnützigen Stiftung sei von dem Grundrecht auf Stiftung erfasst, eher die hier vertretene Ansicht: Wenn die Eigentums- und Testierfreiheit es dem Stifter gestattet, seine gesetzlichen Vermögensnachfolger gänzlich von einer Teilhabe an seinem Vermögen auszuschließen, indem er sein Vermögen nun auf die Gemeinnützigkeit bezieht, dann muss es ihm doch erst recht gestattet sein, eine Teilhabe zu ermöglichen, wenn auch in den Grenzen der Satzung einer privatnützigen Familienstiftung. Diesen müssen sich die Destinatäre im Übrigen auch nicht unterwerfen, denn das deutsche Recht bietet keine Möglichkeit, Geschenke, Erbschaften oder Destinatszahlungen aufzuzwingen.[478]

Zudem ist sehr zweifelhaft, ob durch Stiftungskonstellationen eine Schutzpflicht des Staates ausgelöst wird. Seiner Schutzpflicht in Bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit kommt der Staat beispielweise durch § 240 StGB, dem Straftatbestand für Nötigung, nach.[479] Danach ist strafbar, wer einen anderen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung und Unterlassung nötigt. Ganz offensichtlich hat die freiwillige Unterwerfung unter die Regeln einer Stiftungssatzung eine andere Qualität. Zudem nimmt das BVerfG bisher Schutzpflichten in Bezug auf die Privatautonomie nur bei ungewöhnlich starker Belastung eines Vertragspartners und massivster Disparität an. Dies gilt typischerweise dann, wenn die wirtschaftliche Existenz eines Vertragspartners dauerhaft vernichtet würde[480] oder einer der Vertragspartner in schier ausweglose Lage ist.[481] Indes werden die Interessen der potentiellen Erben schon hinreichend durch das Pflichtteilsrecht geschützt, so dass derart extreme Situationen, wie sie den genannten BVerfG-Entscheidungen zugrunde lagen, nicht vorstellbar sind.

Wenn *Reuter* also darauf hinweist, dass Art. 2 Abs. 1 GG das Recht des Einzelnen, seine eigenen Angelegenheiten nach seinen Vorstellungen zu gestalten, schütze,[482] so ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass der Stifter einer privatnützigen Stiftung genau dies tut. Vor dem Tod des Stifters ist die Frage, was mit seinem Vermögen geschehen soll, nur seine Angelegenheit und nicht die seiner Erben. Dieses Recht setzt sich in der Testierfreiheit in den beschriebenen Grenzen fort. Mithin kann auch eine Schutzpflicht des Gesetzgebers gegenüber den Vermögensnachfolgern in Bezug auf ihr Recht, ihre Angelegenheiten nach den eigenen Vorstellungen zu regeln, die *Reuter* als verletzt wähnt, noch nicht gegeben sein. Vor dem Erbgang sind die Vermögensangelegenheiten des Stifters eben nicht die seiner potentiellen Vermögensnachfolger.[483]

Es ist überdies mit *Hüttemann/Rawert* wohl nicht davon auszugehen, dass aus dem Grundrechtskatalog eine Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet werden kann, eine Rechts-

478 Vgl. *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 43.

479 *Lang* in *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 2 Rn. 27.

480 BVerfG v. 19.10.1993 – Az. 1 BvR 567/89, NJW 1994, S. 36 (38) in Bezug auf eine Bürgschaft, die eine einkommens- und vermögenslose Tochter übernommen hatte und dadurch in ausweglose Überschuldung geraten war.

481 BVerfG v. 6.2.2001 – Az. 1 BvR 12/92, NJW 2001, S. 957 (958) in Bezug auf einen Ehevertrag, mit welchem eine Schwangere in einer außergewöhnlichen Drucksituation auf nachehelichen Unterhalt für sich und weitgehend auf Kindesunterhalt verzichtete.

482 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 34.

483 Ähnlich *Gantenbrink*, Die hoheitliche Beendigung der Stiftung durch die Stiftungsbehörde, S. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

form, die der rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts entspricht, bereitzustellen.[484] Wenn der Gesetzgeber aber eine solche zur Verfügung stellt, so stellen *Hüttemann/Rawert* und auch *Hof* zutreffend klar, müssen sich die Gründe für eine Versagung und Anerkennung einer Stiftung aus dem Gesetz ergeben, was bereits aus dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die Gründung einer Stiftung nur dann nicht zuzulassen, wenn der Stiftungszweck das Gemeinwohl gefährdet, wobei der Behörde ein gerichtlich vollständig kontrollierbarer Beurteilungsspielraum zugewiesen ist.[485] Im Besonderen ist der Verfassung und auch dem BGB, das vom Leitbild der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung ausgeht, kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass nur die Gründung gemeinwohlbezogener Stiftungen möglich sein soll. Eine Privilegierung gemeinnütziger Anliegen ist in den Grundrechten nicht vorgesehen.[486] Wenn und soweit ein Grundrecht auf Stiftung existiert, was *Reuter* dem Grundsatz nach bejaht, sind in den Schutzbereich folglich auch privatnützige Stiftungen ohne Abstriche einzubeziehen.

(2) Familienstiftung keine unzulässige Haftungsexklave

Weiterhin moniert *Reuter*, privatnützige Stiftungen stellten Haftungsexklaven zur Verfügung, welche mit dem Haftungssystem des bürgerlichen Rechts nicht vereinbar seien. Diesem liege das Konzept zugrunde, dass jeder Schuldner im Grundsatz mit all seinem Vermögen hafte. Mit Hilfe einer Stiftung wende der Stifter jedoch bestimmten Personen Vermögen zu, ohne dass deren Gläubiger auf dieses zugreifen könnten. Die voraussetzungslos berechtigende privatnützige Stiftung unterlaufe so das Haftungskonzept des deutschen Zivilrechts und sei folglich unzulässig.[487] Für seine Sicht führt *Reuter* jedenfalls eine latente Gläubigerbenachteiligungsabsicht ins Feld: „Denn dann sind nur zwei Erklärungen dafür möglich, dass der Zuwendende statt der Schenkung die Stiftung gewählt hat: zum einen die Absicht der Bindung des Begünstigten (die allerdings auch durch Schenkung unter Auflage erreichbar ist) und zum anderen die Absicht der Immunisierung des Vermögens des Begünstigten.“ Selbstverständlich ist *Reuter* in der Feststellung der Tatsachenlage, dass Gläubiger der Destinatäre in das Vermögen der Stiftung nicht vollstrecken können, zuzustimmen. Auch mögen seine Bedenken rechtspolitisch nicht gänzlich von der Hand zu weisen sein.[488]

Allerdings kann ihm auf Grundlage des geltenden Rechts nicht gefolgt werden, denn das Vermögen der Stiftung ist gerade nicht mit dem Vermögen des Destinatärs gleichzusetzen,

---

484 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 35, die gestützt auf Art. 14 Abs. 1 GG annehmen, der Gesetzgeber müsse nur Regelungen schaffen, die den eigentumsspezifischen Freiraum des Verfügenkönnens im Sinne eines funktionalen Äquivalents der Stiftung gewährleisten; a. A. *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 35 und *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 15 ff.

485 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 23; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Rn. 35 f.

486 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 23.

487 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 65, in Bezug auf Familienstiftungen Rn. 96; *Reuter* würde solche Gestaltungen wohl § 138 BGB unterwerfen, vgl. *Reuter* in GS Eckert, S. 677 (689, 692).

488 So bspw. *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 188.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie *Reuter* dies möchte.[489] Wesentliches Merkmal der Eigentümerstellung ist eine umfassende Verfügungsbefugnis (§ 903 BGB). Diese fehlt bei dem typischen Destinatär einer Stiftung. Er ist lediglich Nutznießer, nicht Verfügungsberechtigter.[490] Wenn beispielweise der Stifter dem Destinatär selbst eine Rente zahlte, ohne dies durch das von ihm verselbstständigte Vermögen erledigen zu lassen, gäbe es auch keinen Anlass zu der Annahme, dass dieses Vermögen den Gläubigern des Destinatärs zur Verfügung stehen sollte. Ebenso wenig wie über das Vermögen des Stifters kann der Destinatär folglich über das Vermögen der Stiftung verfügen und spiegelbildlich seine Gläubiger aus selbigem Befriedigung suchen. Das Gegenteil zu behaupten hieße, die Relativität der Schuldverhältnisse zu leugnen. Dies gilt selbst dann, wenn der Stifter sich der Stiftung ausdrücklich nur deshalb bedient, um das Vermögen dem Zugriff der (künftigen) Gläubiger des Destinatärs nicht preiszugeben. Eine Pflicht, fremde Schulden tilgen zu müssen, besteht im Grundsatz nicht. Zudem ist nicht ersichtlich, wieso das Verhalten der Gegenansicht, die sich, so *Reuter*, „nur noch schlicht auf die Billigung durch den Gesetzgeber“[491] berufe, verwerflich sein sollte, denn gerade der Wille des Gesetzgebers ist maßgeblich wie bindend. Er darf nicht zur Disposition gestellt werden.

(3) Familienstiftung mit dem Fideikommissverbot vereinbar

Letztlich versucht *Reuter*, die Unzulässigkeit der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung aus dem Fideikommissverbot gemäß Art. 155 Abs. 2 WRV abzuleiten.[492] Selbst wenn man entgegen vieler Stimmen[493] eine hinreichende Vergleichbarkeit trotz der unbestritten funktionalen Ähnlichkeit bejahte, ist doch anzuerkennen, dass die Familienstiftung im Gegensatz zum Familienfideikommiss nicht Gegenstand zahlreicher einschränkender Gesetze geworden ist. Vielmehr hat sich der Modernisierungsgesetzgeber, obwohl nicht erst der Gesetzesentwurf von *Bündnis 90/Die Grünen* auf das Problem der überlangen Nachlassbindung aufmerksam gemacht hat, sich nicht für eine Beschränkung der Familienstiftung entschieden und damit durch sein Schweigen die voraussetzungslos berechtigende Familienstiftung ohne Einschränkung für zulässig erklärt.[494] Die Annahme, der Gesetzgeber habe im Rahmen der Fid-eikommissgesetzgebung die Familienstiftung übersehen, was Voraussetzung einer planwidrigen Regelungslücke ist, welche eine analoge Anwendung des

489 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 65.

490 Zu den beschränken Rechten der Destinatäre vgl. *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 29 ff.; *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 36; ausführlich dazu *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts, insb. Zusammenfassung S. 193 ff.

491 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 66.

492 Siehe oben S. 58.

493 *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 13 Rn. 29; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 129; *Pöllath* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechtshandbuch², § 14 Rn. 29; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungswesens, S. 31; *Sorg,* Die Familienstiftung, S. 44 f., 62 f.; *Meyer zu Hörste,* Die Familienstiftung als Technik der Vermögensverewigung, S. 25 ff.

494 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. BGB Rn. 188; *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 13 Rn. 29, jeweils m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fideikommissverbotes voraussetzt, ist jedenfalls nach der Modernisierung des Stiftungsrechts nicht mehr aufrechtzuerhalten.[495]

cc. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass durchgreifende Bedenken – abseits rechtspolitischer Erwägungen – gegen die Familienstiftung, auch in Form der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung, nicht bestehen. Wurden vor der Modernisierung des Stiftungsrechts im Jahre 2002 ernstzunehmende Einwände gegen diese spezielle Form der Familienstiftung erhoben, sind diese jedenfalls durch das Schweigen des Gesetzgebers, dem das Problem nicht entgangen sein kann, ausgeräumt. Auch die speziellen steuerrechtlichen Regelungen, die sämtlich bereits vor der Modernisierung des Stiftungsrechts bestanden, legen nahe, dass dem Gesetzgeber das Phänomen „Familienstiftung" bekannt war und er trotz dieser Kenntnis bewusst von Restriktionen abgesehen hat. Dies mag zwar rechtspolitisch fragwürdig sein, doch es obliegt dem Gesetzgeber, derartigen Bedenken zu folgen oder aber nicht.

b. Österreich

In Österreich verfolgte der Gesetzgeber mit dem Erlass des Privatstiftungsgesetzes explizit die Absicht, die Rechtsordnung um ein Instrument, welches die Verselbstständigung von Vermögen zu privatnützigen Zwecken ermöglicht, zu ergänzen.[496] Die Privatstiftung ist dabei als Allzweckstiftung ausgestaltet worden.[497] Demgemäß wird die Zulässigkeit einer Familienstiftung auf Grundlage des PSG, auch in Form der voraussetzungslos berechtigenden Familienstiftung, nicht bestritten, sondern allseits eindeutig und unzweifelhaft anerkannt.[498] Die Zulässigkeit lässt sich zudem im Wege eines Umkehrschlusses aus § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG ableiten, der voraussetzungslos berechtigende Versorgungsstiftungen, wie die Familienstiftung, gewissen Restriktionen unterwirft.

---

495 So auch *Gantenbrink*, Die hoheitliche Beendigung der Stiftung durch die Stiftungsbehörde, S. 67.

496 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 7.

497 *Jud*, JBl. 2003, S. 771 (771).

498 *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 23; *Arnold*, PSG, Einl. Rn. 10, § 1 Rn. 12; *Bruckner/Fries/Fries*, Die Familienstiftung, S. 17; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (17); *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 128; ausdrücklich wird der Zweck „Versorgung von Familien" auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 3; genannt; darüber hinaus ist wohl auch nach dem BStFG und den korrespondierenden Landesgesetzen eine „gemeinnützige" Familienstiftung zulässig, vgl. dazu *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 128; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, Einl. Rn. 29 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. Schranke des § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG

Der österreichische Gesetzgeber ist Stiftungen gegenüber skeptisch, deren Destinatäre voraussetzungslos berechtigt sind. Er tritt ihnen – trotz der liberalen Grundhaltung, welche im PSG zum Ausdruck kommt – mit „gewisse[r] Vorsicht“[499] entgegen; dies unter anderem, um nicht in Konflikt mit dem Fideikommissverbot zu geraten.[500] § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG bestimmt daher, dass der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss fassen muss, sobald eine nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, 100 Jahre gedauert hat. Die Stiftung kann indes trotz einer Dauer von 100 Jahren fortgesetzt werden, wenn alle Letztbegünstigten dies einstimmig, längstens jedoch jeweils für 100 weitere Jahre, beschließen. Es handelt sich bei dieser Vorschrift um zwingendes Recht, eine abweichende Satzungsgestaltung ist unwirksam.[501]

(1) Versorgung von natürlichen Personen als überwiegender Zweck

Der überwiegende Zweck einen solchen Stiftung muss auf die Versorgung natürlicher Personen gerichtet sein. Eine Legaldefinition des Begriffs „Versorgung“ fehlt. Unter Versorgung sind alle Leistungen an Begünstigte zu verstehen, die im weitesten Sinne Unterhaltscharakter haben, wobei diese nicht zwingend regelmäßig erfolgen müssen. Abhängig vom Einzelfall ist auch eine einmalige Gewährung als Versorgungsleistung zu qualifizieren, wobei die regelmäßige Gewährung der typische Fall sein dürfte. Diese Leistungserbringung kann – und wird meist – in finanzieller Form erfolgen, allerdings kommt auch die Zurverfügungstellung von Wohn- und Arbeitsraum oder ähnlicher Leistungen in Frage. Nicht maßgeblich ist hingegen, ob die Destinatäre auf die Zahlung der Stiftung angewiesen sind, also ohne diese nicht selbst für ihren Unterhalt sorgen könnten.[502] Die Frage, wie „überwiegend“ zu verstehen ist, wird im PSG nicht ausdrücklich beantwortet. Zum Teil möchte man dies in der Literatur wertmäßig anhand der erbrachten Leistungen feststellen,[503] andere Autoren möchten untersuchen, ob neben dem Versorgungszweck noch andere Zwecke in einem Ausmaß verfolgt werden, die eine Auflösung der Stiftung nicht geboten erscheinen lassen.[504] Naturgemäß ist dieser Frage bisher aber nur wenig Beachtung geschenkt worden.

(2) Fehlende Gemeinnützigkeit

Stiftungen werden von § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG nicht erfasst, wenn sie gemeinnützig sind. Im PSG fehlt eine Definition der Gemeinnützigkeit. Die überwiegende Ansicht greift auf § 2

499 *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 29.
500 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 8; vgl. *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, Einl. Rn. 28 und *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (287).
501 *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 4, 26; *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 87.
502 *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 29.
503 So bspw. *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 30.
504 *Arnold*, PSG, § 35 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 2 BStFG zurück.[505] Das BStFG ist ein Spezialgesetz, welches seit 1974 die Möglichkeit eröffnet, in Österreich gemeinnützige Stiftungen zu errichten. Vorher gab es keine hinreichenden gesetzlichen Bestimmungen über Stiftungen. Gemeinnützig sind demnach solche Zwecke, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird. Eine Förderung der Allgemeinheit liegt insbesondere dann vor, wenn die Tätigkeit der Stiftung dem Gemeinwohl auf geistigem, kulturellem, sittlichem, sportlichem oder materiellem Gebiet nützt. § 2 Abs. 2 Satz 3 BStFG bestimmt, dass es der Gemeinnützigkeit nicht entgegensteht, wenn durch die Tätigkeit der Stiftung nur ein bestimmter Personenkreis gefördert wird. Insoweit unterscheiden sich der stiftungsrechtliche Gemeinnützigkeitsbegriff des BStFG und der steuerliche der BAO. Die Annahme der herrschenden Meinung, der Gemeinnützigkeitsbegriff in § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG entspreche dem des BStFG, überzeugt indes nicht. In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass mit der grundsätzlich Beschränkung auf 100 Jahre der fehlenden Beziehung des Stifters zu den zeitlich entfernten Nachkommen der dem Stifter nahestehenden Personen, die das Motiv für die Stiftung war, Rechnung getragen werde.[506] Es ist nicht ersichtlich, wieso eine solche Beziehung im Falle einer gemeinnützigen Familienstiftung, die nach dem BStFG wie gezeigt grundsätzlich möglich ist, bestehen sollte. Mit den gleichen Argumenten ist auch eine gemeinnützige Familienstiftung der Restriktion des § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG zu unterwerfen.

Die Auffassung der überwiegenden Ansicht führt indes dazu, dass nicht zwingend jede Familienstiftung unter das Regime des § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG fällt. Dies ist zwar der Fall, wenn neben der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreis (hier: der Familie, in deren Interesse die Stiftung errichtet wurde) keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um Destinatszuwendungen zu erhalten, denn dann läge die klassische Versorgungsstiftung vor.[507] Anders ist die Situation aber zu beurteilen, wenn neben der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreis die Zuwendung von weiteren Voraussetzungen abhängig und diese so gestaltet sind, dass bei ihrer Erfüllung eine Förderung der natürlichen Person im allgemeinen Interesse liegt.[508] Denkbar wäre die Unterstützung der schulischen und akademischen Bildung eines Familienmitglieds oder die Gewährung finanzieller Hilfe im Fall von Verarmung.[509] Es läge dann eine gemeinnützige Familienstiftung vor. Es sind jedoch viele Konstellationen denkbar, in denen die Beurteilung der Gemeinnützigkeit nicht so eindeutig ausfällt, wie in den beiden erwähnten Beispielsfällen. Es wird daher gefordert, dass immer dann, wenn der Kreis der Berechtigten nach Kriterien ohne Bezug zur Gemeinnützigkeit bestimmt ist, ein strenger Maßstab anzulegen sei, mithin der verfolgte Zweck eindeutig gemeinnützig sein muss.[510] Letztlich wäre es in Anbetracht dieser Abgrenzungsschwierigkeiten ebenfalls vorteilhaft, die Bestimmung des Merkmales der Gemeinnützigkeit auf die Regelungen der BAO zu beziehen.

---

505 *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 30; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 23; *Arnold*, PSG, § 35 Rn. 12 mit Verweis auf Einl. Rn. 10; *Jud*, JBl. 2003, S. 771 (772); *Knirsch*, ecolex 1993, S. 729 (729) geht demgegenüber von einem Verweis auf die Regelungen der steuerlichen Vorschriften, also der BAO, aus.

506 Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 8, 88.

507 *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 31.

508 *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 31.

509 Zur gemeinnützigen Familienstiftung vgl. *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 128.

510 *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Fortsetzungsbeschluss

Diese zeitliche Beschränkung entfaltet, wenn sich dies dem Gesetzestext auch nicht ausdrücklich entnehmen lässt, besondere Relevanz für Familienstiftungen, die zwar nicht explizit, wohl aber implizit angesprochen werden.[511] Eine Situation, in der ein Stifter die Erträge seines Vermögens über ein Jahrhundert Personen zur Verfügung stellt, die nicht mit ihm verwandt sind, ist in der Praxis nur schwerlich vorstellbar. Mit dieser Sonderregelung möchte der Gesetzgeber ausweislich der Regierungsvorlage der Überlegung gerecht werden, dass „die Beziehung des Stifters zu zeitlich weit entfernten Nachkommen der dem Stifter nahestehenden Personen, die das Motiv für die Stiftung war, nicht mehr vorhanden sein wird und anderseits eine im Ergebnis dem Fideikomiß ähnliche Versteinerung von Vermögensmassen nicht erwünscht ist."[512] Jedoch kann die Stiftung, wenn ein einstimmiger Fortsetzungsbeschluss,[513] der jeweils längstens für weitere 100 Jahre gelten kann, durch alle Letztbegünstigten gefasst wird, über die Grenze von 100 Jahren hinaus fortgesetzt werden. Damit gerät, obwohl theoretisch das Vermögen über einen sehr langen Zeitraum in der Stiftung gebunden wäre, der Gesetzgeber des PSGs auch nicht in Konflikt zum Fideikommissverbot und setzt sich nicht in Widerspruch zu Grundwertungen des ABGB, denn die wahren Interessenträger der Stiftung, die Letztbegünstigten, dürfen entscheiden, ob das Stiftungsvermögen auf sie übergehen oder in der Stiftung verbleiben soll. Im Unterschied zu Fideikommissinhabern können sie Verfügungsmacht über das gebundene Vermögen erlangen.[514] Dem eindeutigen Wortlaut zur Folge („jeweils"), sind mehrere Fortsetzungsbeschlüsse möglich.[515]

bb. Ergebnis

In Österreich ist eine Familienstiftung ohne weiteres zulässig, auch in Form der voraussetzungslos berechtigenden Versorgungsstiftung. Dies ergibt sich jedenfalls implizit aus der Gesetzesbegründung. Es war gerade Ziel des PSG-Gesetzgebers, privatnützige Stiftungen zu ermöglichen, wobei die Familienstiftung der Prototyp der privatnützigen Stiftung ist. Allerdings werden Versorgungsstiftungen, und damit auch Familienstiftungen, nach einhundertjähriger Dauer aufgelöst, wenn die Letztbegünstigten nicht einstimmig einen Fortsetzungsbeschluss fassen.

c. Zusammenfassung und Bewertung

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich ist eine Familienstiftung, auch in Form der voraussetzungslos berechtigten Versorgungsstiftung, ohne Einschränkungen in Bezug auf

511 *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 29.
512 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 8.
513 Zu technischen Fragen vgl. *Arnold*, PSG, § 35 Rn. 15; *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 33.
514 *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (287).
515 *Arnold*, PSG, § 35 Rn. 13; *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Zweck zulässig. Während sich dies für die Privatstiftung ohne Zweifel aus der Gesetzesbegründung ergibt, hat in Deutschland der Modernisierungsgesetzgeber durch sein Schweigen zum Thema Familienstiftung ebenfalls eindeutig die Frage nach der Zulässigkeit, welche vorher von einer beachtlichen Mindermeinung verneint wurde, im Sinne der überwiegenden Ansicht positiv beantwortet.[516] Die in Bezug auf die Situation in Deutschland erhobenen rechtspolitischen Bedenken sind mit Blick auf die Frage, ob die Familienstiftung als ein Instrument für Nachfolgegestaltungen in Frage kommt, nicht relevant. Es kann nichts Verwerfliches daran ausgemacht werden, den Gestaltungsspielraum, welchen der Gesetzgeber dem Rechtsanwender eröffnet, auszunutzen. Allerdings ist damit und mit der klaren Fokussierung des Stiftungswesens in Deutschland auf die Gemeinnützigkeit die mögliche Gefahr einer restriktiven Gesetzesänderung verbunden, was in der Kautelarpraxis nicht unberücksichtigt bleiben darf. In Bezug auf bereits bestehende Stiftungen wäre jedoch kritisch zu untersuchen, ob eine solche Rückwirkung von Gesetzen zulässig wäre. Angesichts des Umstandes, dass man der Familienstiftung in Deutschland erheblich kritischer gegenüber steht als dies in Österreich der Fall zu sein scheint,[517] ist es bemerkenswert, dass sich der Gesetzgeber, zumal unter Hinweis auf das Fideikommissverbot, genötigt sah, durch § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG eine Beschränkung der voraussetzungslos berechtigenden Versorgungsstiftung in das Gesetz aufzunehmen. Dies ist wohl auf die vielgelobte sachliche Diskussion im Vorfeld des Gesetzesbeschlusses frei von sachfernen Erwägungen zurückzuführen,[518] die man sich in Deutschland nicht zum Vorbild genommen zu haben scheint.[519] Durch § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG werden die rechtspolitischen Zweifel gegenüber der Familienstiftung nach dem BGB bestätigt.

In Deutschland wurde im Rahmen der Stiftungsrechtsreform eine Regelung, die sich an § 35 Abs. 2 Nr. 3 PSG anlehnte,[520] diskutiert. Sie ist jedoch nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Bewusst räumt der Gesetzgeber Stiftern jedenfalls in Bezug auf die zeitliche Dauer einer Stiftung einen größeren Freiraum ein, als dieser im Geltungsbereich des PSG gegeben ist, wo sich die Letztbegünstigten nach 100 Jahren vom Willen des Stifters lösen können. In Deutschland ist demgegenüber eine zeitlich unbeschränkte Familienstiftung der gesetzestechnische Normalfall. Damit ist das deutsche Stiftungsrecht das einzige in Westeuropa und Amerika, mit Ausnahme Liechtensteins, welches zeitlich unbeschränkte voraussetzungslos berechtigende Familienstiftungen zulässt.[521] Dies stützt die Erwägung derjenigen Autoren,

---

516 *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 150 folgert daraus eine gewisse Skepsis auf deutscher Seite, wobei Beschränkungen ja gerade nicht Gesetz geworden sind; *Dutta*, RabelsZ 2013, S. 828 (835), weist hingegen zutreffend darauf hin, dass sich – im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage – diese Skepsis gerade nicht in einem Verbot der Familienstiftung niedergeschlagen habe.

517 Vgl. aber zur sozialen Brisanz des PSG und zur Vereinbarkeit mit erbrechtlichen Grundsätzen *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, Einl. 33 f. m. w. N.

518 *Eiselsberg,* SWK 1999, S. 859 (859).

519 Vgl. *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 72; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 23; jeweils m. w. N.

520 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 186.

521 *Kronke* in *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 159 (161); *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff., die zudem darauf hinweisen, dass Liechtenstein das einzige Land in Kontinentaleuropa sei, in welchem der Fideikommiss nicht abgeschafft wurde, so dass insoweit innerhalb der Privatrechtsordnung auch keine Inkohärenz bestehe.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

welche rechtspolitische Bedenken gegen die weiten Gestaltungsmöglichkeiten angemeldet haben, die das deutsche Stiftungsrecht eröffnet.

3. Stiftung für den Stifter

Denkbar ist es, eine Stiftung zu errichten, deren einziger Destinatär der Stifter ist. Auch wenn die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Thema der vorliegenden Abhandlung, ob eine Stiftung für die Nachfolgegestaltung geeignet ist, steht, ist sie doch bedeutsam. Es handelt sich um eine Grundlage für die Frage, ob eine Stiftung, deren Destinatär neben anderen auch der Stifter ist, mit den durch den Stiftungszweck gesetzten Grenzen vereinbar ist. Damit betrifft sie die wichtige rechtssystematische Überlegung, ob der Stiftungszweck ungeschrieben (teilweise) fremdnützig ausgestaltet sein muss.

Eine Stiftung, deren einziger Destinatär der Stifter ist, wird hier unter den Begriff „reine Stiftung für den Stifter", behandelt, wobei – im Unterschied zu den unter bb) und cc) zu erörternden Gestaltungen – die Stiftung sich tatsächlich in der Begünstigung des Stifters erschöpfen würde, was in Bezug auf deutsches Recht für praxisfern gehalten wird.[522] Vorteil dieser Gestaltung gegenüber anderen Modellen der Vermögensverwaltung wäre, dass das Vermögen der Stiftung, die eine vom Stifter unabhängige eigentümerlose juristische Person ist, dem Zugriff der Gläubiger im Grundsatz entzogen wäre, der Stifter aber dennoch Nutznießer desselben bliebe, wenn er allerdings auch nur beschränkte Verfügungsmacht darüber hätte.[523] Weiterhin ist – wohl praxisrelevanter – eine Gestaltung denkbar, wonach die Erträge des gesicherten Vermögens nach dem Tode des Stifters – welcher zunächst einziger Destinatär wäre – seinen Nachkommen zur Verfügung gestellt werden. Diese rückten dann nach dem Tode des einstigen Stifters in dessen Rechte ein (Stufenmodell). In Varianz dazu ist es ebenfalls erwägenswert, dass neben dem Stifter bereits zu Lebzeiten andere Personen, beispielsweise Abkömmlinge, Destinatäre sind, wie es bei einer Familienstiftung der Fall wäre, zu deren Begünstigtenkreis auch der Stifter selbst zählt.

a. Deutschland

Eine spezielle Regelung, welche die Errichtung einer Stiftung, deren Begünstigter der Stifter selbst ist, verbietet, findet sich im deutschen Stiftungsrecht nicht. Freilich wäre der Stifter an seinen durch die Anerkennung der Stiftung verfestigten Stifterwillen gebunden und könnte ihn nicht ohne Weiteres abändern, doch ist dies im Vergleich zu anderen Stiftungen nichts Besonderes. Dennoch ist die ganz herrschende Meinung der Auffassung, eine reine Stiftung für den Stifter sei unzulässig. Zu untersuchen ist, ob diese Ansicht einer Neubewertung bedarf und ob, wenn man die reine Stiftung für den Stifter als unzulässig qualifiziert, eine Begünstigung des Stifters im Rahmen eines Stufenmodells möglich wäre und welche Voraussetzungen hierzu eingehalten werden müssten. Letztlich ist zu untersuchen, in welchem Umfang der Stifter neben anderen selber Destinatär an einer von ihm gestifteten Familienstiftung sein darf.

---

522 *Burgard,* Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 135.

523 Zur Konzeption mit Beispielen *Mirbach*, Stiftungszweck und Gemeinwohlgefährdung, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. Reine Stiftung für den Stifter

Die noch überwiegende Auffassung geht in Bezug auf die rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts davon aus, dass die reine Stiftung für den Stifter unzulässig sei.[524] Maßgeblich begründet wird dies mit zivilrechtlichen Wertungen,[525] welche die Einrichtung eines vollstreckungsimmunen Sondervermögens des Stifters verböten und mit der Überlegung, der Stiftungszweck müsse zumindest aus Sicht des Stifters uneigennützigen Charakter haben.[526] Zudem verweist man darauf, dass der Stiftungsbegriff eine Übertragung des Stiftungsvermögens auf einen vom Stifter verschiedenen Rechtsträger voraussetze.[527] Dem wird entgegen gehalten, dass sich eine solche Beschränkung nicht aus dem Gesetz ergebe und der Stifter grundsätzlich Satzungsautonomie für sich in Anspruch nehmen könne.[528] Zudem sei dem Erfordernis eines Vermögenstransfers genüge getan, denn die Stiftung sei eine juristische Person und damit vom Stifter verschieden.[529]

Hüttemann/Rawert und *Hof* haben, wenn auch in anderem Zusammenhang, darauf hingewiesen, dass sich die Gründe für eine Versagung der Anerkennung einer Stiftung aus dem Gesetz ergeben müssten (Art. 20 Abs. 3 GG). Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die Gründung einer Stiftung nur dann nicht zuzulassen, wenn der Stiftungszweck das Gemeinwohl gefährdet.[530] Das ist bei reiner Vermögensverwaltung nicht a priori anzunehmen,[531] folglich ist eine Stiftung für den Stifter nicht zwingend unzulässig. Allerdings ist, insoweit ist *Reuter* und auch *Burgard* zu folgen,[532] nach den Gründen zu fragen, wieso ein Stifter eine Stiftung nur für sich errichtet und nicht das eingebrachte Vermögen in seiner

---

524 *Rawert* in *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (116); *Hüttemann*, ZHR 2003, S. 35 (58); *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 8; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 48, 59; *Backert* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB, § 80 Rn. 5; *Nissel* in *Werner/Saenger* (Hrsg.), Die Stiftung, Rn. 266; *Jacob*, Schutz der Stiftung, S. 51 f.

525 Vgl. zu den Bedenken gegen eine Stiftung für den Stifter auch *Dutta*, RabelsZ 2013, S. 828 (838 f.).

526 Ausführlich *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 59; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. BGB, Rn. 8.

527 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 48; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. BGB, Rn. 8.

528 *Beuthien* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 77 Rn. 27; kritisch auch: *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 33; vgl. auch *Burgard,* Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 135, der wohl ebenfalls zur Zulässigkeit der der Stiftung für den Stifter tendiert; *ders.*, NZG 2002, S. 697 (700); *von Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (170); ohne nähere Befassung mit dem Problem geht *Kronke,* Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 140, von der Zulässigkeit der Stiftung für den Stifter aus.

529 *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 33.

530 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 4 Rn. 23; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Rn. 35 f.

531 Vgl. *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 33; *Beuthien* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 77 Rn. 27.

532 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 66; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vermögenssphäre belässt, was zweifelsfrei der einfachere Weg wäre.[533] Liegt tatsächlich die Stiftung für den Stifter in Reinform vor, drängt sich nahezu eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht auf,[534] was mit § 138 BGB nicht zu vereinbaren ist. Hauptzweck von § 138 BGB ist es, Missbräuchen der Privatautonomie entgegenzuwirken und die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die für die Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, weil sie gegen ihre ethischen Wertvorstellungen, die guten Sitten, verstoßen.[535] In diesem Fall würde die Stiftung – wie *Reuter* plastisch formuliert – einen „einbruchsicheren Tresor" darstellen. Dies wäre mit § 138 BGB nicht zu vereinbaren. Allerdings ist nur in diesem oder ähnlichen Fällen – gegebenenfalls unter Zuhilfenahme einer Beweislastumkehr, um dem Gläubigerschutz angemessen Rechnung zu tragen, der Stiftung für den Stifter die Anerkennung zu versagen. Stets ist also eine Einzelfallbetrachtung notwendig.[536] Im Übrigen ist ein hinreichender Gläubigerschutz durch die Vorschriften der Absichts- und Insolvenzanfechtung gewährleistet.[537]

bb. Stufenmodell

Fraglich ist, ob diese Überlegungen auch auf eine Stiftung zu übertragen sind, welche zunächst eine reine Stiftung für den Stifter ist, in dessen Rolle als Destinatär nach seinem Tode oder zu einem anderen Zeitpunkt später aber andere Personen, wie Abkömmlinge, einrücken. In Bezug auf gemeinnützige Stiftungen oder auf Unternehmensstiftungen wird nämlich häufig angeraten, eine Stiftung zu Lebzeiten zu errichten, damit der Stifter in der Anfangsphase die Arbeit der Stiftung nach seinen Vorstellungen lenken und prägen kann. Der Stifter habe dann die Möglichkeit, ein unter Umständen sehr komplexes System noch zu Lebzeiten zu justieren.[538] Auch ohne das Vorliegen eines komplexen Systems kann der Stifter die Absicht hegen, seine Vermögensverhältnisse zu Lebzeiten zu ordnen.[539]

Aus diesen Empfehlungen darf indes nicht ohne Weiteres auf die Zulässigkeit des hier in Rede stehenden Stufenmodells geschlossen werden, denn faktisch stellte man auf diesem Wege dem Stifter, unter Umständen für eine lange Zeit seines Lebens, den bereits erwähnten einbruchsicheren Tresor zur Verfügung. Wie im Falle der Stiftung für den Stifter in Reinform würde, während der Stifter lebt, eine Haftungsexklave entstehen, nämlich ein vollstreckungsresistentes Sondervermögen, dessen Nutznießer er alleine ist. Bis zu seinem Ableben entstünde mithin eine Situation, die der bei der reinen Stiftung für den Stifter entspricht. Allerdings ist es, wie gezeigt, nicht sachgerecht, jede Stiftung, deren einziger Desti-

533 *Hof* meint in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 57, die reine Stiftung für den Stifter habe keinen Sinn und will den Stifter – wohl aus Zweckmäßigkeitserwägungen – auf andere Gesellschaftsformen verweisen. Dieser Ansatz ist freilich nicht überzeugend, denn behördliche Zweckmäßigkeitserwägungen dürfen unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Stiftung, für welches *Hof* a. a. O. zu streiten vorgibt, wohl kaum ein geeigneter Maßstab zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Stiftung sein.

534 So auch *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 135.

535 *Wendtland* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 138 Rn. 2.

536 Im Ergebnis ebenso *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 35.

537 *Beuthien* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 77 Rn. 27; siehe näher dazu unten S. 142.

538 Schiffer/Pruns in Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack (Hrsg.), NK-BGB, § 83 Rn. 28.

539 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

natär der Stifter selbst ist, der Restriktion des § 138 BGB zu unterwerfen. Dies hat nur in den Fällen zu geschehen, in denen Gläubigerbenachteiligungsabsicht vorliegt. Dies muss ebenso gelten, wenn der Stifter zu einem späteren Zeitpunkt andere Personen in seine Destinatärsposition einrücken lässt, zumal in solchen Konstellationen wohl nicht unbedingt eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht zu vermuten ist. Das Stufenmodell dürfte also in den meisten Fällen zulässig sein.[540]

cc. Familienstiftung mit Stifter als Begünstigtem

Fraglich ist letztlich, ob es zulässig ist, eine Familienstiftung zu errichten, deren Destinatär neben weiteren auch der Stifter selbst ist. Ein starkes Argument für die Zulässigkeit liefert § 58 Nr. 7 AO. Danach steht es der gemeinnützigkeitsrechtlichen Steuervergünstigung nicht entgegen, wenn eine Stiftung einen Teil, jedoch höchstens ein Drittel ihres Einkommens dazu verwendet, in angemessener Weise den Stifter und seine nächsten Angehörigen zu unterhalten, ihre Gräber zu pflegen und ihr Andenken zu ehren. Geht man mit der herrschenden Meinung von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Familienstiftung aus, spricht nichts gegen eine Stiftung, deren Stifter neben anderen auch Destinatär der Stiftung ist. Es handelt sich in diesem Fall geradezu um eine typische Familienstiftung. Die Gefahr, dass der Stifter ein unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB problematisches vollstreckungssicheres Sondervermögen schafft, besteht nicht weniger als in Konstellationen, in denen Vermögen auf Familienangehörige übertragen wird. Die Gläubigerinteressen werden hinreichend durch die Absichts- und Insolvenzanfechtung geschützt.[541]

dd. Zusammenfassung

Insgesamt ist es nicht überzeugend mit der noch überwiegenden Ansicht von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Stiftung für den Stifter auszugehen.[542] Ein Verbot der Stiftung für den Stifter lässt sich nicht aus dem Gesetz ableiten. Zwar ist mit der herrschenden Ansicht anzuerkennen, dass gewisse typische Gefahren mit der Stiftung für den Stifter verbunden sind, wie die Schaffung eines vollstreckungssicheren Sondervermögens des Stifters. Allerdings lässt sich dieser Gefahr durch die Anwendung von § 138 BGB verbunden mit einer Beweislastumkehr begegnen. Auf diesem Wege wird beiderlei Interessen gedient: Die Stiftungsfreiheit des Stifters wird nicht beschnitten und die Gläubiger werden von Haftungsabschirmungen unter Zuhilfenahme von Stiftungen geschützt, ohne dass ihnen das Risiko aufgebürdet würde, den schwer zu erbringenden Beweis der Gläubigerbenachteiligungsabsicht antreten zu müssen. Zudem wird der übliche Schutz über die Vorschriften der Insolvenz- und Absichtsanfechtung gewährleistet, vor Vermögensverschiebungen ist grundsätzlich kein Gläubiger sicher. Allerdings ist die Stiftung für den Stifter angesichts der dargestellten herrschenden Meinung – wenngleich sich in jüngerer Vergangenheit auch vermehrt Gegenstimmen erhoben haben – angesichts des Risikos der Nichtanerkennung derzeit keine

---

540 So auch: *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 135; *Werner* in *Erman*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 25 a. E.; wohl auch *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 57.

541 Siehe dazu unten S. 142 ff.

542 So auch *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 152.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tragfähige Gestaltungsalternative.[543] Gleiches gilt für das hier vorgestellte Stufenmodell. Bedenkenlos ist allerdings eine Stiftung, zu deren Destinatärskreis unter anderem der Stifter gehört, möglich.

b. Österreich

Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass die Privatstiftung einen „erlaubten" Zweck haben muss; „die Privatstiftung kann rein private Zwecke, sogar die Selbstbegünstigung des Stifters zum Zweck haben."[544] Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich also explizit, dass die Privatstiftung ohne Weiteres auch als Stiftung für den Stifter zum Einsatz kommen kann. Indes ergeben sich keine Hinweise auf die Frage, in welcher Weise die Gläubiger des Stifters geschützt werden, wobei es aufgrund der Verselbstständigung des Vermögens grundsätzlich ebenfalls zu einer Schmälerung der Haftmasse für Gläubiger des Stifters kommt.[545] Der Gesetzgeber hat augenscheinlich auf die allgemein einschlägigen Rechtsinstitute vertraut, welches insbesondere die Gläubigeranfechtung, die Erwerberhaftung nach § 1409 ABGB[546] und die zwangsvollstreckungsrechtliche Nutzbarmachung von Rechten des Stifters sind.[547] Obwohl also eine Stiftung für den Stifter möglich ist, sind die Gläubiger nicht schutzlos gestellt. Allerdings sind die Zugriffsmöglichkeiten auf das Vermögen der Stiftung in der Regel zeitlich begrenzt, so dass – wie nach deutschem Recht, wenn man eine Stiftung für den Stifter anerkennen wollte, ebenfalls – eine Haftungsexklave droht. Entsprechend kritisch wurde diese rechtspolitische Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers in der deutschen Literatur aufgenommen.[548]

4. Selbstzweckstiftung

Eine Selbstzweckstiftung ist eine Stiftung ohne äußeren Zweck. Sie ist vielmehr darauf gerichtet, ihr Vermögen zu erhalten, zu vermehren und zu verwalten,[549] sie ist Zweck ihrer selbst.[550] Der Zweck unterscheidet sich damit fundamental von der Familienstiftung und der Stiftung für den Stifter. In diesen Konstellationen ist der Zweck auf einen Punkt außerhalb der Stiftung gerichtet.

---

543 So auch *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (170).

544 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 8.

545 *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 90 ff.

546 § 1409 Abs. 1 ABGB: „Übernimmt jemand ein Vermögen oder ein Unternehmen, so ist er unbeschadet der fortdauernden Haftung des Veräußerers den Gläubigern aus den zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen mußte, unmittelbar verpflichtet. Er wird aber von der Haftung insoweit frei, als er an solchen Schulden schon so viel berichtigt hat, wie der Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens beträgt."

547 Vgl. dazu ausführlich *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 90 ff.

548 Bspw. *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 60.

549 Vgl. bzgl. BGB-Stiftungen: *Werner* in *Erman* (Hrsg.), BGB, Vorb. § 80 Rn. 25; bzgl. PSG-Stiftungen: *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 13; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 34.

550 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Zulässigkeit

Nach ganz überwiegender Ansicht ist die Selbstzweckstiftung in Deutschland nicht zulässig.[551] Dies wird maßgeblich damit begründet, dass die Stiftung einen nach außen gerichteten Zweck verfolgen müsse, eine reine Perpetuierung des Vermögens sei nicht gestattet. Eine Gegenansicht wendet sich gegen diese Annahme besonders mit dem Argument, es gebe für das Verbot der Selbstzweckstiftung im Gesetz keinen Anhaltspunkt und eine Unterscheidung zwischen nach innen und nach außen gerichteten Zwecken sei dem Gesellschaftsrecht fremd.[552]

Dies überzeugt jedoch nicht. Mit der herrschenden Meinung ist von einem Verbot der Selbstzweckstiftung auszugehen. Sehr wohl lässt sich die Unzulässigkeit der Selbstzweckstiftung aus dem Gesetz ableiten, denn es enthält eine Rangordnung der drei Wesenselemente der Stiftung, die allein von dem Zweck angeführt wird.[553] Demgegenüber haben die anderen beiden Elemente, Vermögen und Stiftungsorganisation, nur dienenden Charakter. Der Umstand, dass der Zweck im Mittelpunkt des Stiftungsrechts steht, ist aus § 80 Abs. 2 BGB abzuleiten. Aus den Elementen des Stiftungsgeschäftes wird als besonderes Beurteilungskriterium der Zulässigkeit der Zweck ausdrücklich hervorgehoben. Zudem ergibt sich der Führungsanspruch des Zwecks ausdrücklich aus § 81 Abs. 1 Satz 2 BGB: Das Vermögen ist dem Zweck gewidmet, nicht der Zweck dem Vermögen.[554] Hinsichtlich des Hinweises, das Gesellschaftsrecht unterscheide nicht zwischen innen- und außengerichteten Zwecken, bleibt festzuhalten, dass es sich bei der Stiftung gerade nicht um eine „Gesellschaft" handelt. Nicht die Verbundenheit der Personen ist verselbstständigt, sondern das Vermögen. Hat eine Gesellschaft einen nach innen gerichteten Zweck, kommt dieser der Gesellschaft und damit dem Personenverband der Gesellschafter oder Anteilseigner zu Gute. Ein solcher besteht bei der Stiftung, die mitglieder- und eigentümerlos ist, gerade nicht. Insoweit wird die Argumentation von *Gummert* dem Charakter der Stiftung nicht gerecht. Der innengerichtete Zweck käme niemanden zugute, außer einem von jeglichem personellen Bezug losgelösten Vermögen. Dies ist nicht sinnvoll und berücksichtigt nicht, dass das Recht den Menschen dient und kein Selbstzweck ist.[555] Es handelte sich dann vielmehr um ein Gebilde ohne jeden Nutzen oder Funktion.[556] Eine Selbstzweckstiftung dürfte von den Stiftungsbehörden nicht anerkannt werden.

Dem entspricht die Rechtslage in Österreich. Zum einen sind die rechtlichen Erwägungen in Bezug auf die Rechtslage in Deutschland ohne Weiteres übertragbar, zum anderen folgt das

---

551 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 8; *Reuter* in Münchener Kommentar, Vorb. § 80 Rn. 60; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 80 Rn. 5; *v. Campenhausen* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 2 Rn. 17; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 41; i. E. ebenso *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 31 f.; Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, S. 38.

552 *Gummert* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 77 Rn. 30.

553 In diese Richtung auch *Dutta*, RabelsZ 2013, S. 828 (830).

554 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 150; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 60; *Werner* in *Erman*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 25.

555 Vgl. dazu auch *Dutta*, RabelsZ 2013, S. 828 (837 f.).

556 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verbot der Selbstzweckstiftung, obwohl es nicht ausdrücklich in das Gesetz Eingang gefunden hat,[557] aus den Erläuterungen der Regierungsvorlage[558] und wurde bereits mehrfach durch die Rechtsprechung bestätigt.[559] Dies wird in der Literatur beinahe einhellig ebenso beurteilt.[560] Dem Stifter ist es auch auf Grundlage des PSG nicht gestattet, mit der Privatstiftung ein Gebilde zu schaffen, welches überhaupt keine Destinatäre kennt, sondern ausschließlich gleich einem Perpetuum mobile sich selbst dient. Das Mittel der Zweckverfolgung der Privatstiftung würde somit zum Selbstzweck gemacht werden, aber die Gewinnerzielung ist nur als Mittel zur Verfolgung eines tatsächlichen Stiftungszwecks gestattet. In Österreich erlangt die Privatstiftung Rechtsfähigkeit durch die Eintragung in das Firmenbuch gemäß § 7 Abs. 1 PSG. Das Firmenbuch ersetzt in Österreich seit dem 1.1.1991 das Handels- und Genossenschaftsregister und im Grundsatz ist das Firmenbuchgericht verpflichtet, zu überprüfen, ob die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen, die errichtete Privatstiftung also mit den gesetzlichen Bestimmungen übereinstimmt.[561] Eine Selbstzweckstiftung dürfte nicht in das Firmenbuch eingetragen werden.[562]

b. Sonderfall: Unternehmensselbstzweckstiftung

Unabhängig von der Frage, ob Unternehmensstiftungen zulässig sind, was im Grundsatz zu bejahen ist,[563] geht man zum Teil davon aus, sogenannte Unternehmensselbstzweckstiftungen seien anerkennungsfähig. Dies ist eine Stiftung, deren Zweck die Bestandserhaltung

---

557 Der PSG-Entwurf des Ludwig-Boltzmann-Instituts enthielt einen solches Verbot, vgl. *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 34.

558 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 7.

559 OLG Linz v. 13.1.2010 – Az. 6 R 195/09b, abgebruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 120; OLG Wien v. 28.2.2008 – Az. 28 R 253/07t, abgebruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 130 f.; OGH v. 21.12.2006 – Az. 6 Ob 93/06d, abgebruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 136.

560 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 13 ff.; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 34; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (17); *Böhler*, GesRZ 1992, S. 187 (194 ff.); *dies.*, Die Stiftung in Österreich, S. 121 ff.; *Eiselsberg*, ZfS 2005, S. 4 (6 ff.); *G. Nowotny* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 137 (145); differenzierter beurteilt *C. Nowotny*, ZfS 2006, S. 4 (4 ff.) diese Frage, der nach ausführlicher Aufarbeitung der Literatur und Rspr. zu dem Ergebnis kommt, dass die h. M. auf einer teleologischen Reduzierung des Gesetzestextes beruhe, die sich nach seiner Ansicht mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht rechtfertigen lasse und jedenfalls auch Zwecke, die mittelbar außenwirksam sind, genügen lassen will; mit der Ansicht *C. Nowotnys* setzt sich ausführlich *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 13a auseinander, der darauf hinweist, dass die h. M. sich nicht auf eine teleologische Reduktion des Gesetzestextes, sondern sich vielmehr auf § 1 Abs. 1 PSG stütze, aus dem abzuleiten sei, dass die Privatstiftung einem Zweck zu dienen habe, nicht aber selbst der Zweck sei.

561 *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 102; *Werkusch* in *P. Doralt/Kalss* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, S. 71 (97 f.).

562 Vgl. *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 13c; in diese Richtung wohl auch OLG Wien v. 22.2.2005 – Az. 28 R 274/04A, GeS 2005, S. 282 (284) mit zustimmender Anmerkung von *Arnold*; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 40; *Kodek*, GesRZ 2008, S. 6 (6); zur Behandlung der fehlerhaften Vorstiftung vgl. *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 98 ff.

563 Siehe dazu S. 87 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines von ihr unmittelbar oder mittelbar geführten Unternehmens ist.[564] Namentlich *Schiffer/Pruns* nehmen an, diese sei zulässig, wenn die Vorteile des Unternehmens jedenfalls mittelbar anderen zu Gute kommen.[565] Sie versuchen indes ihre Ansicht im Kern durch Verwischung von zwei verschiedenen Methoden der Zweckerreichung, Anstaltsstiftung (Trägerstiftung) und Kapitalstiftung (Förderstiftung), zu begründen, welche die Sicht auf die dogmatischen Fragen verstellt. Während erstere ihren Zweck durch den operativen Einsatz ihres Vermögens verfolgt (Zweck „Krankenpflege" durch den Betrieb eines zum Vermögen gehörendes Krankenhauses), würde letztere denselben Zweck durch finanzielle Zuwendungen an Krankenhäuser erfüllen.

Dabei berücksichtigten die Befürworter der „Unternehmensselbstzweckstiftung" jedoch nicht hinreichend, dass auch die Anstaltsstiftung einen nach außen gerichteten Zweck verfolgt, der gerade den Einsatz des Vermögens erforderlich macht und nicht nur eine weitere Folge der Vermögensverwaltung ist. Unternehmenszweck und Stiftungszweck fallen in dieser Konstellation zusammen.[566] Nun deuteten beispielsweise *Schiffer/Pruns* an, die Sicherung von Arbeitsplätzen in einem Stiftungsunternehmen, gegebenenfalls sogar als gesondert in die Satzung aufgenommener Zweck, entspreche dem Fall einer Anstaltsstiftung und sei somit zulässig. *Hüttemann/Rawert* halten dem zutreffend entgegen, die „Wohltaten" solcher Stiftungen seien lediglich Nebenzwecke und Reflexe einer mit Gewinnerzielungsabsicht zu Reinvestitionen verfolgten wirtschaftlichen Tätigkeit, die dem Grundsatz nach jeder unternehmerischen Tätigkeit folgen.[567] *Schiffer/Pruns* selbst gehen indes davon aus, dass „die Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen mit jeder Unternehmensperpetuierung zwangsläufig"[568] einhergehe. Insoweit ist die Argumentation inkonsistent und vermag nicht zu überzeugen.

Es bedürfte – dem dennoch folgend – also gar keines zusätzlichen (fremdnützigen) Zweckes, der nach innen gerichtete Vermögenserhalt als solcher zöge diese „Wohltaten" nach sich. Wie bei der Selbstzweckstiftung ohne Unternehmensbezug käme der nach innen gerichtete Zweck niemandem zugute, außer einem von jeglichem personellen Bezug losgelösten Vermögen. Damit ist auch die Unternehmensselbstzweckstiftung unzulässig. Zudem stellt die Unternehmensselbstzweckstiftung die Arbeitsplätze auch nicht aus reinem Altruismus zur Verfügung. Dem Arbeitsverhältnis liegt vielmehr ein gegenseitiger Vertrag zugrunde, der auch den Arbeitnehmer verpflichtet, Leistungen zu erbringen. Auch insoweit sind die Arbeitnehmer nicht mit Destinatären einer Stiftung zu vergleichen, denn diese erbringen typischerweise keinerlei Gegenleistungen.[569]

In Österreich wird das Problem der Unternehmensselbstzweckstiftung auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht gelöst. Auch *Arnold* geht davon aus, dass mit dem Halten von Unternehmensbeteiligungen notwendigerweise auch die Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen verbunden ist; insoweit sei dies ein „Reflex" der unternehmerischen Betätigung, jedoch stehe üblicherweise beim Halten von Unternehmensbeteiligungen der Vermögensmeh-

564 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 151.
565 *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 31, 55; *Schwarz,* ZEV 2003, S. 306 (312); *Ihle,* RNotZ 2009, S. 621 (623).
566 So auch *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 105.
567 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 151.
568 *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 80 Rn. 55.
569 Ähnlich *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rungszweck im Vordergrund. Um einen nach außen gerichteten Zweck annehmen zu können, müssten vielmehr zusätzliche Voraussetzungen mit entsprechender Zielsetzung und Absicherung in der Stiftungssatzung vorliegen. Beispielhaft wird das vorübergehende Führen einer Auffanggesellschaft genannt, um den unmittelbaren drohenden Arbeitsplatzverlust der Betroffenen als Folge einer Unternehmenskrise zu vermeiden.[570]

c. Abgrenzung der Selbstzweckstiftung zur Familienstiftung

Nachdem festgestellt wurde, dass Familienstiftungen weder nach deutschem noch nach österreichischem Recht im Gegensatz zu Selbstzweckstiftungen unzulässig sind, stellt sich die Frage nach einer trennscharfen Abgrenzung, um in der Praxis auftretende Fälle zutreffend beurteilen zu können.[571] Ein Urteil des BFH aus dem Jahre 2009 zeigt, dass dies eine Frage von praktischer Relevanz ist. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte eine Stiftung gegen die Qualifizierung als Familienstiftung durch die Finanzverwaltung, was zur Festsetzung der Ersatzerbschaftsteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG) geführt hatte, geklagt. Dagegen führte die Stiftung ins Feld, sie sei keine Familienstiftung, denn die Familienmitglieder seien nur formal als Bezugsberechtigte benannt worden, weil der Stifter bei der damaligen Genehmigungspraxis angenommen habe, nur dadurch eine Unternehmensstiftung errichten zu können. Tatsächlich war die Stiftung im Jahre 1968 mit DM 300.000,00 Barvermögen und Unternehmensanteilen errichtet worden. So war sie mit 95 % an einer Komplementär-GmbH beteiligt, die als einzige Komplementärin einer Holding-KG fungierte. Zudem war sie mit 80 % an der Kommanditistin der Holding-KG beteiligt, welche an der Spitze der Unternehmensgruppe stand. Zunächst waren der Stifter, seine Ehefrau und der gemeinsame Sohn Destinatäre, nach dem Tode der Ehefrau und der Wiederverheiratung des Stifters zudem seine zweite Ehefrau und seine Adoptivtochter. Die Stiftung bezeichnete sich zwar in ihrer Satzung als Familienstiftung und gewährte auch Anspruch auf Destinatszahlungen; dies aber nur, soweit die übrigen Einkünfte der Destinatäre einen bestimmten Betrag unterschritten. Die Beträge wurden nachträglich sukzessive angehoben und zum Teil an die Beamtenbesoldung gekoppelt. Die Einkünfte der Destinatäre sind indes niemals unter diese Grenzen gefallen, auch weil sie von einer zweiten durch den Stifter errichteten Stiftung Zahlungen erhielten, so dass niemals Zahlungen aus der in Rede stehenden Stiftung geleistet wurden. Seit 1986 war die Stiftung berechtigt, Spenden an gemeinnützige Organisationen zu tätigen, was auch tatsächlich in Millionenhöhe erfolgte.[572]

---

570 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 13d; ebenso wohl: *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 35, die meint, der Zweck „Unternehmenserhalt" sei zulässig, wenn er einem anderen nach außen gerichteten Zweck untergeordnet sei und darauf hinweist, dass in der Eintragungspraxis das Postulat der Selbstzweckstiftung nicht hinreichend umgesetzt werde; a. A. wohl *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 1 (17).

571 Bezogen auf die österreichische Rechtslage weisen *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 36; *Arnold*, GeS 2005, S. 284 (284) auf die Abgrenzungsproblematik hin.

572 BFH v. 18.11.2009 – Az. II R 46/07, BFH/NV 2010, S. 898 ff. (= BeckRS 2009, 25015985); Vorentscheidung FG Berlin-Brandenburg v. 5.9.2007 – Az. 14 K 5016/03 B, EFG 2008, S. 470 ff.; eine gegen die Entscheidung des BFH gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG v. 22.8.2011 – Az. 1 BvR 2570/10, ZEV 2012, S. 51 = BeckRS 2011, 54012 (siehe dazu auch unten FN 1160).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Es fragt sich in diesem Fall unabhängig von der steuerrechtlichen Frage, ob allein theoretische Bezugsberechtigungen für die steuerrechtliche Qualifikation als Familienstiftung maßgeblich seien, was der BFH bejahte,[573] oder ob die hier in Rede stehende Stiftung nicht als unzulässige Selbstzweckstiftung qualifiziert werden muss, denn tatsächlich durfte sie zunächst all ihre Erträge thesaurieren und musste keine Zahlungen an die Destinatäre leisten. Grundsätzlich hat eine Stiftung nämlich ihre Erträge für die Verwirklichung des Stiftungszwecks einzusetzen statt sie einzubehalten und unter Umständen dem Grundstockvermögen zuzuführen (sog. Admassierungsverbot). Ausnahmen hiervon sind allerdings zulässig, soweit der Stifter dies vorgegeben hat oder eine Admassierung zur dauerhaften und nachhaltigen Verfolgung der Stiftungszwecke erforderlich ist.[574] Anhand dieses Grundsatzes muss auch die Trennlinie zwischen unzulässiger Selbstzweckstiftung und zulässiger Familienstiftung gezogen werden.

Auf der einen Seite müssen Stiftungen im Grundsatz also ihre Erträge zur Verfolgung des Zwecks einsetzen, auf der anderen Seite macht auch nicht jede Thesaurierung oder Admassierung eine an sich zulässige Stiftung zu einer unzulässigen Selbstzweckstiftung. In dem der Entscheidung des BFH zugrundeliegenden Fall war es gerade dazu gekommen, dass die Stiftung nur unter gewissen Voraussetzungen Zahlungen zu gewähren hatte, diese Voraussetzungen in den mehr als 30 Jahren ihres Bestehens aber nie eingetreten waren. Auch wenn die Satzung also auf den ersten Blick einen fremdnützigen Zweck aufweist, dieser aber wegen bestimmter Bedingungen nicht verwirklicht wird und sich deshalb tatsächlich auf reine Thesaurierung und Reinvestition der Erträge beschränkt, muss eine Stiftung als Selbstzweckstiftung qualifiziert werden können.

Bezogen auf die österreichische Rechtslage wird darauf hingewiesen, dass das Reinvestieren von Gewinnen, ohne Ausschüttungen vorzunehmen, nicht zum eigentlichen Ziel der Privatstiftung erhoben werden dürfe.[575] *Arnolds* Ansicht nach müsse mit Zuwendungen an Begünstigte daher innerhalb eines absehbaren Zeitraums (wenn auch nur mittel- bis längerfristig) zu rechnen sein. Absolut und im Verhältnis zu den Erträgen sehr niedrigere Zuwendungen („Alibizuwendungen") reichten hingegen nicht aus, um das Fehlen eines nach außen gerichteten Stiftungszweckes zu verneinen.[576] Eine Regelung, wonach die Privatstiftung entweder keine Begünstigten habe oder Zuwendungen nur in Ausnahmefällen zu leisten habe, sei demnach unzulässig.[577]

Dieser Gedankengang lässt sich auf das deutsche Recht übertragen: Eine Stiftung verfolgt einen zulässigen nach außen gerichteten Zweck, wenn sie tatsächlich Zahlungen an ihre

---

573 BFH v. 18.11.2009 – Az. II R 46/07, BFH/NV 2010, S. 898 (899).

574 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 54; *Backert* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB, § 80 Rn. 7.

575 OLG Linz v. 13.1.2010 - Az. 6 R 195/09b, abgedruckt in *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), PSG, S. 120, welches betont, dass nicht jede Thesaurierung des Stiftungsvermögens automatisch zu einer Qualifikation als unzulässige Selbstzweckstiftung führe, jedoch das Reinvestieren von Gewinnen nicht zum eigentlichen Zweck der Tätigkeit der Privatstiftung werden dürfe; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 36; *Arnold*, GeS 2005, S. 284 (284); *ders.*, PSG, § 1 Rn. 13b.

576 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 13b; *ders*., GeS 2005, S. 284 (284).

577 Vgl. auch OLG Wien v. 22.2.2005 – Az. 28 R 274/04a, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), PSG, S. 148; OLG Linz v. 13.1.2010 – Az. 6 R 195/09b, abgedruckt in *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), PSG, S. 120.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Destinatäre leistet und dies ihrem Zweck entspricht. Zwar müssen diese nicht regelmäßig erfolgen, jedoch hat deutlich zu werden, dass der Schwerpunkt des Stiftungszwecks auf der Förderung der Destinatäre liegt und diese Zahlungen nicht nur getätigt werden, um den wahren Zweck der Stiftung, die Mehrung und Verwaltung des eigenen Vermögens, zu verdecken. Maßnahmen gegen Stiftungen sind gemäß § 87 Abs. 1 BGB möglich, wenn sie das Gemeinwohl gefährden, was wohl auch bei Selbstzweckstiftungen gegeben ist.[578]

„Gemeinwohl" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher der Auslegung bedarf. In Anknüpfung an die einzige zahlenmäßige Bestimmung im deutschen Recht in Bezug auf die Familienstiftung ist es zweckmäßig, eine Grenze zwischen Selbstzweckstiftung und der nur thesaurierenden (Familien-)Stiftung analog zu § 15 Abs. 2 AStG zu ziehen, wonach dann eine Familienstiftung vorliegt, wenn der Stifter, seine Angehörigen oder deren Abkömmlinge zu mehr als der Hälfte bezugsberechtigt sind; in zeitlicher Hinsicht ist für die Bewertung analog § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG auf einen 30-Jahreszeitraum abzustellen. Eine Selbstzweckstiftung muss demnach dann angenommen werden, wenn eine Stiftung innerhalb von 30 Jahren weniger als die Hälfte ihrer Erträge an die (Schein-) Destinatäre ausschüttet.

Auch wenn hier Wertungen, insbesondere von Ausnahmevorschriften, aus dem Steuerrecht in das Zivilrecht übernommen werden, ist eine Übertragung dennoch geboten. Ohne Frage besteht zivilrechtlich eine Regelungslücke, denn eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Selbstzweckstiftung und Familienstiftung ist dem Bundesrecht sowie den ergänzenden Landesgesetzen nicht zu entnehmen. Eine solche ist indes notwendig, um ein Behördenhandeln sicher zu stellen, welches rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt, zumal das „Verbot der Selbstzweckstiftung seit jeher zum Kernbestand der juristischen Lehre"[579] gehört. Diesem muss zur Geltung verholfen werden, alleine auch, um Systemwidrigkeiten zu vermeiden. Auch besteht eine der Situation des § 15 AStG entsprechende Interessenlage, denn § 15 AStG ist eine Missbrauchsvorschrift.[580] Auch in der hier behandelten Abgrenzungsproblematik geht es um die Verhinderung von Missbräuchen, nämlich die Errichtung einer unzulässigen Selbstzweckstiftung im Gewande einer Familienstiftung. Im Übrigen steht das so gewonnene Ergebnis auch mit den Wertungen des sonstigen Stiftungsrechts im Einklang. Viele Landesstiftungsgesetze[581] qualifizieren eine Familienstiftung als solche, die wesentlich oder ausschließlich dem Interesse einer Familie dient. Auch § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG verlangt, dass die Stiftung „wesentlich" im Interesse einer oder mehrerer Familien errichtet ist.

Diese Anforderungen hat die Stiftung, über deren Revision der BFH zu urteilen hatte, nicht erfüllt. Sie ist demnach zivilrechtlich als Selbstzweckstiftung unzulässig, was freilich nicht Gegenstand des Urteils des BFH war.

Die Abgrenzungsfrage kann sich auch in Bezug auf Stiftungen mit anderen Zwecken stellen, die nur unter dem Eintreten gewisser Voraussetzungen verfolgt werden müssen, wenn dieses Problem im Zusammenhang mit gemeinnützigen Stiftungen wegen des steuerrechtli-

---

578 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 87 Rn. 7; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 87 Rn. 8.

579 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 150.

580 *Kraft*, AStG, § 15 Rn. 40; *Hey*, IStR 2009, S. 181 (184); *Vogt* in *Blümich*, EStG – KStG – GewStG, § 15 AStG Rn. 2; *Schulz*, Die Besteuerung ausländischer Familienstiftungen nach dem Außensteuergesetz, S. 2 f.

581 Vgl. S. 11 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen Gebots der zeitnahen Mittelverwendung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO wohl nicht auftreten wird. In anderen Fälle sind die hier entwickelten Maßstäbe im Wege einer doppelten Analogie auch bei Nicht-Familienstiftungen zu bemühen, denn Familienstiftungen sind lediglich eine spezielle Anwendungsform von privatnützigen Stiftungen, wenn auch die häufigste.

d. Rechtsfolge

Fraglich ist, wie sich die Erkenntnis auswirkt, dass eine bereits genehmigte Stiftung in Wahrheit eine unzulässige Selbstzweckstiftung ist, nachdem bereits aufgezeigt wurde, dass solche Stiftungen in Deutschland nicht anerkannt beziehungsweise in Österreich nicht in das Firmenbuch eingetragen werden dürften. Die deutsche und die österreichische Rechtsordnung sehen verschiedene Mechanismen vor:

aa. Deutschland

Man wird von der Stiftungsbehörde verlangen können, den Zweck der Stiftung nach Maßgabe des § 87 BGB zu ändern oder diese sogar aufzuheben.[582] Entgegen dem Wortlaut ist nicht von einem Ermessensspielraum der Behörde auszugehen. Sie ist zum Eingreifen verpflichtet, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt.[583] Eine Selbstzweckstiftung, die nicht dem Menschen, sondern nur ihrem Vermögen verpflichtet ist, ist mit den Anforderungen des Stiftungsbegriffs nicht vereinbar, sie verstößt gegen das Gesetz. Somit sind die Voraussetzungen des § 87 BGB erfüllt und die Stiftungsbehörde ist zum Einschreiten verpflichtet. Problematisch ist allerdings, dass – obwohl dem Wortlaut des § 80 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Anerkennung zu entnehmen ist – häufig eine intensive Begleitung der Stiftungserrichtung durch die Stiftungsbehörden erfolgt.[584] Wenn eine Stiftung also einmal genehmigt wurde, ist nicht anzunehmen, dass die Stiftungsbehörde ihre Entscheidung überdenken und gegen die Stiftung einschreiten wird, selbst wenn sich herausstellt, dass es sich um eine unzulässige Selbstzweckstiftung handelt.

Weiterhin ist zu bedenken, dass der Stiftungsvorstand verpflichtet ist, sich bei seiner Geschäftsführung nicht nur nach der Satzung der Stiftung selbst, sondern auch dem geltenden

---

582 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89, § 87 Rn. 7; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 87 Rn. 8; a. A. wohl *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 10 Rn. 378, der sich indes nicht direkt auf die Selbstzweckstiftung bezieht.

583 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 87 Rn. 2; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 87 Rn. 2, 8; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 10 Rn. 264 f.

584 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 13, weist in diesem Zusammenhang auf eine sehr ähnliche Problematik hin: Seiner Ansicht nach beeinträchtige die Beratungstätigkeit der Stiftungsbehörden insb. deren Fähigkeit, die Stiftungsorgane wegen unsorgfältiger Geschäftsführung in Anspruch zu nehmen. Wer das schädigende Handeln beratend begleitet oder gar angeregt habe, werde sich schon aus psychologischen Gründen damit schwer tun. Wichtiger sei noch, dass im Falle der Inanspruchnahme der Stiftungsorgane eine Retourkutsche in Gestalt der Inanspruchnahme des Trägers der Stiftungsaufsicht durch die Stiftung wegen Amtspflichtverletzung nach Art. 34 GG, § 839 BGB drohe.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht zu richten.[585] In Fällen der Selbstzweckstiftung träte die Situation auf, dass der Vorstand als Geschäftsführungsorgan sich entweder in Widerspruch zur Satzung, die ihm einzig die Vermögensbewirtschaftung als Selbstzweck vorschriebe, oder in Widerspruch zum Stiftungsrecht, welches Selbstzweckstiftungen für unzulässig erklärt, setzte. Freilich muss sich in diesen Fällen das Gesetz durchsetzen, denn durch ein privatrechtliches Geschäft können zwingende gesetzliche Vorgaben nicht abbedungen werden. Der Vorstand oder die zuständigen Organe wären also unter Umständen zu einer Änderung der Stiftungsverfassung[586] oder zur Erhebung einer entsprechenden Verpflichtungsklage gegen die Stiftungsbehörde auf Erlass einer Maßnahme gemäß § 87 BGB verpflichtet. Allerdings ergibt sich auch bei den Vorständen der Stiftung ein ähnliches Dilemma, wie es bereits in Bezug auf die Stiftungsbehörden skizziert wurde. Auch haftungsrechtliche Überlegungen führen nicht weiter: Zwar ist der Stiftungsvorstand grundsätzlich der Stiftung gegenüber für Pflichtverletzungen nach den allgemeinen Regeln, insbesondere gemäß § 280 Abs. 1 BGB, haftbar, doch auch dieses Damoklesschwert, welches unter normalen Umständen Organe zu pflichtgerechtem Handeln veranlasst, ist in einem solchen Fall stumpf: Als Schaden ist nämlich die gesamte Einbuße zu verstehen, welche die schuldhafte Pflichtverletzung für die Stiftung mit sich gebracht hat.[587] Nun ist in der beschriebenen Konstellation der Selbstzweckstiftung sehr fraglich, wo der Schaden liegt und in welcher Höhe er zu beziffern ist, handelte doch der Vorstand im Einklang mit der Satzung und hat gerade keine Mittel der Stiftung satzungswidrig abfließen lassen – im Gegenteil! Zudem ist zweifelhaft, wer den Schaden geltend machen sollte. Am ehesten hätten die Schein-Destinatäre, jedenfalls wenn sie Anfallsberechtigte sind, ein Interesse an der Auflösung der Stiftung oder einer Zweckänderung, diese können aber weder die Stiftungsaufsicht zum Einschreiten zwingen, noch auf dem Zivilrechtsweg für die Stiftung Schadensersatz für die Pflichtverletzung ihrer Organe verlangen.[588] Zusammenfassend muss konstatiert werden, dass die deutsche Rechtsordnung kein geeignetes Instrument zum Umgang mit rechtswidrig genehmigten Selbstzweckstiftungen zur Verfügung stellt und dass damit dieses Problem auf Grundlage des geltenden Rechts nicht zufriedenstellend gelöst werden kann.

bb. Österreich

In Österreich ist die Situation aufgrund des geltenden Normativsystems eine andere. Beinahe einhellig ist man der Auffassung, dass das Firmenbuchgericht von Amts wegen eine bereits eingetragene Privatstiftung, die eine Selbstzweckstiftung ist, löschen darf. Umstritten ist jedoch, auf welche Ermächtigungsgrundlage die Maßnahme zu stützen ist.[589] Zum Teil wird eine Anwendung von § 10 Abs. 2 FBG[590] angenommen,

585 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 202; *Lüke* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 94 Rn. 7.

586 Vgl. dazu *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 23 a. E.

587 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 22.

588 Vgl. statt vieler *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 42 ff. m. w. N. aus Lit. u. Rspr.; vgl. zu den Rechten der Destinatäre auch unten S. 137.

589 Den Meinungsstand arbeiten *G. Nowotny*, GeS 2005, S. 228 (228 ff.) und *Kodek*, GesRZ 2008, S. 6 (6 ff.) umfassend auf, wobei letzterer beide Ansätze für nicht tragfähig hält.

590 § 10 Abs. 2 FBG: Ist oder wird eine Eintragung in das Firmenbuch wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig, so kann sie das Gericht von Amts wegen löschen.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

[591] andere Autoren wollen die Maßnahme auf § 35 Abs. 3 PSG stützen.[592] Allerdings ist eine Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichtes wohl nur in Extremfällen anzunehmen; es greift hier die laufende Kontrolle durch die Stiftungsprüfer beziehungsweise Sonderprüfer,[593] welche im Gegensatz zu den Organen und Aufsichtsbehörden einer Stiftung, die nach dem BGB errichtet wurde, unabhängig sind.[594] Ein Antragsrecht für Nicht-Organe, auch bezüglich der Durchführung einer Sonderprüfung gemäß § 31 PSG, die zu einer amtswegigen Auflösung führen kann, ist indes im PSG nicht vorgesehen. Auch einem Letztbegünstigten oder einem Destinatär steht ein solches Recht nicht zu. Allerdings kann er ein solches Verfahren bei dem zuständigen Firmenbuchgericht anregen, was ihm jedoch keine Partei- oder Beteiligtenstellung verschafft.[595]

e. Zusammenfassung und Bewertung

Weder unter Geltung des BGB noch unter Geltung des PSG ist eine sogenannte Selbstzweckstiftung zulässig, auch nicht in der Spielart der sogenannten Unternehmensselbstzweckstiftung. Dies wird dem Charakter der Stiftung, die einem übergeordneten Zweck dienen soll und nicht ihrem Vermögen, gerecht. Das Vermögen ist lediglich Mittel zum Zweck, nicht aber der Zweck selber. Eine (verdeckte) Selbstzweckstiftung kann auch vorliegen, wenn formal Destinatäre bestimmt sind, die Zahlungen an diese aber von der Erfüllung von Voraussetzungen oder Bedingungen abhängen, die keine ausreichende tatsächliche Auszahlung zulassen. Eine solche Stiftung ist in Bezug auf die deutsche Rechtslage als Selbstzweckstiftung zu qualifizieren, wenn binnen eines Zeitraumes von 30 Jahren nicht mehr als 50 % der Erträge zur Ausschüttung gekommen sind.

In beiden Ländern müssten unzulässige Selbstzweckstiftungen durch den erforderlichen staatlichen Mitwirkungsakt verhindert werden. Ist jedoch eine verbotene Selbstzweckstiftung zur Entstehung gelangt, fehlt in Deutschland ein geeignetes Instrumentarium, um den Zweck der Stiftung zu ändern oder die Stiftung aufzulösen, weil zwischen Stiftungsbehörden und Stiftungsorganen eine rechtstatsächlich wohl bedenkliche Verquickung entstehen kann, die eine unvoreingenommene Kontrolle und Reflektion der eigenen Entscheidungen erschwert. Demgegenüber ist das Normativsystem in Österreich überlegen, in welchem die Firmenbuchgerichte für die Eintragung von Stiftungen zuständig sind, während ein unabhängiger Stiftungsprüfer die laufenden Geschäfte überprüft. Es ermöglicht, obwohl keine staatliche Aufsicht wie in Deutschland vorgesehen ist, eine unvoreingenommene Kontrolle

---

591 *G. Nowotny*, GeS 2005, S. 228 (230 f.); *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 40, die aber auch eine analoge Anwendung von § 35 Abs. 3 PSG „erwägenswert" findet; *Werkusch* in *P. Doralt/Kalss* (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Privatstiftungsrecht, S. 71 (103); OLG Wien v. 22.2.2005 – Az. 28 R 274/04a, GeS 2005, S, 282 (284 f.).

592 Offengelassen OGH v. 21.12.2006 – Az. 6 Ob 93/06d; Volltext abrufbar unter www.privatstiftung.info; *Arnold*, PSG, § 35 Rn. 17; *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 9 Rn. 16 f.; *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 42.

593 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 13c; *ders.*, GeS 2005, S. 284 (284).

594 Siehe dazu unten S. 104 ff.

595 OGH v. 21.12.2006 – Az. 6 Ob 93/06d, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 136; ebenso OLG Wien v. 27.2.2006 – Az. 28 R 3187/05 y, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 143.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Stiftungen und stellt Mechanismen zur Verfügung, die Stiftungen, welche nicht im Einklang mit der Rechtsordnung stehen, beseitigen.

II. Stiftungsvermögen

Obwohl das Vermögen einer Stiftung als Wesenselement des Stiftungsbegriffs gegenüber dem Stiftungszweck nur eine dienende Funktion hat, ist es doch konstitutives Element der Stiftung.[596] Sowohl der deutsche[597] wie auch der österreichische[598] Gesetzgeber gehen davon aus, dass die Stiftung eine verselbstständigte Vermögensmasse, mithin juristische Person ohne Mitglieder und Eigentümer ist. Körperschaften können sich ihrer Mitglieder bedienen, um ihre Zwecke zu erreichen, sie sind nicht zwingend auf ein Vermögen angewiesen. Sie werden von ihren Mitgliedern getragen. Anders liegt die Sache bei der Stiftung, sie verfolgt ihren Zweck mit Hilfe des ihr gewidmeten Vermögens.[599] In einem weiten Sinne werden unter dem Stiftungsvermögen alle Mittel verstanden, welche der Stiftung zur Verfügung stehen, also auch die Erträge des Vermögens. Kern der Stiftung ist indes nur das sogenannte Grundstockvermögen, auch Dotationskapital genannt, welches im Grundsatz nicht angegriffen oder ausgeschüttet werden darf.[600] Die mit diesem Vermögen erzielten Erträge hingegen sind im Regelfall zur Ausschüttung bestimmt.[601] Im Falle einer Familienstiftung könnten sie beispielweise an Destinatäre ausgezahlt werden. Der Grundsatz der Vermögenserhaltung ist zwar nicht ausdrücklich im BGB festgeschrieben, ergibt sich aber in Deutschland aus den meisten Landesstiftungsgesetzen[602] und implizit aus § 80 Abs. 2 BGB.[603] Durch besondere Satzungsanordnung kann der Stiftung allerdings auch gestattet werden, ihren Grundstock unmittelbar zur Erfüllung des Stiftungszwecks einzusetzen. In-

---

596 Bzgl. BGB-Stiftungen statt vieler *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 9; vgl. auch BT-Drs. 14/8765, S. 10; bzgl. PSG-Stiftungen statt vieler *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 4 Rn. 1.

597 BT-Drs. 14/8765, S. 8.

598 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 1.

599 Vgl. bzgl. BGB-Stiftungen: *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 51; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 40; bzgl. PSG-Stiftungen: Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 3; *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 4 Rn. 1; *Arnold*, PSG, § 4 Rn. 3.

600 Vgl. bzgl. BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 10, § 81 Rn. 48 ff.; *Helios/Friedrich* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 95 Rn. 4; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 9 Rn. 5; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 80 Rn. 7; *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 81 Rn. 21; ausführlich dazu *Hüttemann* in FS Flume, S. 59 ff.

601 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 9 Rn. 5; *Helios/Friedrich* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 95 Rn. 4; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 80 Rn. 7; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 54.

602 Eine Regelung fehlt nur in Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern, vgl. i. Ü. Aufzählung bei *Helios/Friedrich* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 95 FN 22.

603 *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 81 Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

soweit ist der Begriff Verbrauchsstiftung gebräuchlich.[604] Der Stifter kann mithin in Deutschland frei entscheiden, wobei allerdings das Gesetz von dem Grundsatz der Vermögenserhaltung ausgeht (laut § 80 Abs. 2 BGB muss der Stiftungszweck „dauernd und nachhaltig" erfüllt werden). Dem entspricht die Gesetzeslage in Österreich. Auch hier darf der Stifter entscheiden, ob die Stiftung zum Erhalt des Vermögens verpflichtet sein soll, was er durch eine entsprechende Satzungsgestaltung zum Ausdruck bringen kann (§ 9 Abs. 2 Nr. 11 PSG), oder ob neben den Erträgen auch das Vermögen selbst zur Ausschüttung kommen darf.[605]

Es fragt sich, wie das Vermögen der Stiftung beschaffen sein muss und welche Mindestgrenzen der Stifter einzuhalten hat. Oft ist beabsichtigt, durch die Stiftung geeignete Unternehmensnachfolger zu substituieren. Insoweit ist fraglich, ob und gegebenenfalls in welcher Form ein Unternehmen nach deutschem und österreichischem Recht Teil des Stiftungsvermögens sein kann.

1. Art des Vermögens

Weder in Österreich noch in Deutschland finden sich Vorschriften darüber, aus welchen Bestandteilen das Vermögen zusammengesetzt sein soll. Dies obliegt der freien Entscheidung des Stifters, wobei in jedem Fall die Erreichung des Stiftungszwecks möglich sein muss. In Betracht kommen somit vermögenswerte Gegenstände oder Rechte, mit denen Erträge erzielt werden (Kapitalstiftung) oder solche, mit denen unmittelbar der Zweck erreicht wird (Anstaltsstiftung). Das Vermögen können Sachen und Rechte aller Art bilden, insbesondere Geld, Unternehmensbeteiligungen, Grundstücke, Wertpapiere oder einklagbare Forderungen.[606] Für die Privatstiftung ergibt sich dies explizit aus § 11 Abs. 1 PSG: „Wird das Mindestvermögen nicht in Geld aufgebracht, so ist zu prüfen, ob das gewidmete Vermögen den Wert des Mindestvermögens erreicht."[607] Wird die Familienstiftung als Anstaltsstiftung ausgestaltet, stellt sie einer Familie beispielsweise eine Liegenschaft oder einen Kunstgegenstand zur Verfügung, ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch Verwal-

---

604 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 57; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli,* Stiftungsrecht, S. 41 f.; im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamtes (BGBl. I 2013, S. 556 ff.) wurde im Frühjahr 2013 die Verbrauchsstiftung in § 80 Abs. 2 Satz 2 BGB ausdrücklich anerkannt, vgl. dazu *Zimmermann*, NJW 2013, S. 3557 (2558); *v. Oertzen/Friz*, BB 2014, S. 87 (87 ff.); *Tielmann*, NJW 2013, 2934 ff.

605 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 8.

606 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 55; *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 81 Rn. 43; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 9 Rn. 34; *Helios/Friedrich* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 95 Rn. 10 ff.; bzgl. PSG-Stiftungen: Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 14; näher dazu *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 4 Rn. 16; *Arnold*, PSG, § 4 Rn. 8; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (34).

607 Im Einzelnen dazu: *Gruber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 11 ff.; *Arnold*, PSG, § 11 Rn. 1 ff.; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (39 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungskosten zu decken sind, was entsprechende Erträge voraussetzt. Die Liegenschaft selbst oder ein Kunstgegenstand wäre demnach als alleiniges Stiftungsvermögen wohl nicht ausreichend.

2. Mindestvermögen

Gemäß § 4 PSG muss der Privatstiftung mindestens ein Vermögen im Wert von EUR 70.000,00 gewidmet werden – vor der Umstellung im Zuge der Währungsreform im Jahr 2002 lag die Wertgrenze bei öS 1.000.000,00 – wobei sich der Gesetzgeber am Mindestgrundkapital der AG orientierte.[608] Es handelt sich bei dem Mindestvermögen, auch wenn die gesetzliche Regelung an die Kapitalgesellschaften betreffende erinnert, nicht um eine Gläubigerschutzvorschrift, denn das PSG kennt keine dem Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbaren Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften. Vielmehr soll das Mindestkapital missbräuchliche Gestaltungen (Gründung von sehr kleinen Privatstiftungen) verhindern. Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch von „Seriösitätsschwelle" gesprochen.[609]

Eine Regelung, die dem entspricht, existiert in Deutschland nicht; Stiftungen benötigen hier also kein Mindestkapital. Vielmehr orientieren sich die Anforderungen, welche an die Vermögensausstattung zu stellen sind, an dem Zweck der Stiftung. Das Vermögen muss so bemessen sein, dass der Stiftungszweck dauerhaft und nachhaltig erfüllt werden kann.[610] Auch wenn diese Annahme von Gesetzeswegen nicht zwingend ist, geht die stiftungsbehördliche Anerkennungspraxis oft von einem Mindestvermögen von rund EUR 50.000,00 aus.[611] Gerade, wenn die Stiftung als Familienversorgungsstiftung zum Einsatz kommen soll, wird allerdings ein erheblich größeres Vermögen notwendig sein. Bei einem Vermögensbestand von EUR 1.000.000,00 und einer durchschnittlichen Verzinsung von 5 % stünden gerade einmal 50.000 € zur Zweckerfüllung, also Unterstützung der Familienangehörigen, und Deckung des Verwaltungsaufwands zur Verfügung, die noch zu versteuern wären. Wenn eine Familienstiftung in der Nachfolgegestaltung eingesetzt werden soll und der Zweck durch Destinatszahlungen erfüllt wird, darf sich das Stiftungsvermögen demnach nicht auf gesetzliche oder faktische Mindestgrenzen beschränken.

---

608 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 15.

609 *Arnold*, PSG, § 4 Rn. 2; *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 4 Rn. 11; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (39 ff.), der auf Probleme bzgl. des Gläubigerschutzes eingeht, die der Gesetzgeber weitgehend vernachlässig habe.

610 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 9 Rn. 42; *Helios/Friedrich* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 95 Rn. 8 f.; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 80 Rn. 8; *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Man-sel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 81 Rn. 45.

611 *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 81 Rn. 47; *Helios/Friedrich* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 95 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Unternehmensstiftung

Der Begriff „Unternehmensstiftung" deutet nicht zwangsläufig darauf hin, dass der Betrieb eines Unternehmens der oder ein Zweck ist, welcher von der Stiftung verfolgt wird. In jedem Fall aber können Rückschlüsse auf die Mittelherkunft gezogen werden, die nämlich aus einem Unternehmen stammen, welches zu dem Vermögen der Stiftung zählt. Eine Unternehmensstiftung kann also gleichzeitig eine Familienstiftung sein.[612] Die vorliegende Arbeit behandelt Familienstiftungen. Unternehmensstiftungen, die Zwecke verfolgen, welche nicht dem der Familienstiftung entsprechen, sind nicht Gegenstand der Darstellung.[613] Familienstiftungen hingegen betreiben Unternehmen nicht um des Unternehmens willen, sondern nutzen es als Dotationsquelle, was oft mit sich bringt, dass sie sich auch von dem Unternehmen trennen dürfen.[614] In diesem Fall, welcher der für die Praxis typische ist,[615] besteht folglich keine unmittelbare Beziehung zwischen Stiftung und Unternehmen, das Unternehmen bleibt grundsätzlich austauschbar.[616] Dennoch liegt als Motiv der Errichtung einer Familien-Unternehmensstiftung häufig auch der Wunsch zugrunde, einen Unternehmensnachfolger zu substituieren.[617]

Neben der Frage, ob eine Unternehmensstiftung, gleich in welcher Form, juristisch zulässig ist, muss stets – wie bei jeder Rechtsformwahl – untersucht werden, ob die Entscheidung auch zweckmäßig ist. Dabei ist besonders mit Blick auf den Einsatz von Stiftungen im unternehmerischen Bereich problematisch, dass das Wesen der Stiftung als stetiges, verselbstständigtes und langfristig ausgerichtetes rechtliches Konstrukt mit den Erfordernissen eines dynamischen, oft von Einzelpersonen (sog. „Unternehmerpersönlichkeiten") gepräg-

---

612 *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 12 Rn. 1.; *Schiffer/Noel* in *Schiffer* (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, S. 22, meinen, die Familienstiftung weise typischerweise gemischte Zweckschwerpunkte bzgl. Familie und Unternehmen auf und nennen a. a. O. einige Praxisbeispiele.

613 Vgl. dazu aber bspw. *Schiffer/Pruns*, BB 2013, S. 2755 (2755).

614 Hinsichtlich Stiftungen, deren Zweck der Betrieb eines Unternehmens ist, wird verwiesen auf die Darstellungen bei *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, § 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 136 ff., insb. zur Unternehmensselbstzweckstiftung Rn. 150 ff.; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 103 ff., insb. zur Unternehmensselbstzweckstiftung Rn. 106 ff.; *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 12 Rn. 53; *Gummert* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 81 Rn. 7 ff.

615 Im Jahr 2000 gab es lt. *Mecking* in *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, S. 33 (51), gerade einmal 255 Stiftungen mit dem Schwerpunkt „Unternehmen und Belegschaft", was 1,42 % aller damaligen Stiftungen ausgemacht hat. Seitdem erlebte Deutschland einen „Stiftungsboom", von dem besonders gemeinnützige Stiftungen profitierten, so dass der Anteil der Unternehmensstiftungen weiter zurückgegangen ist. Allerdings ist zu beachten, dass sich Gemeinnützigkeit und Unternehmensstiftung ebenso wenig ausschließen wie Unternehmensstiftung und Familienstiftung; *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 12 Rn. 6, weisen dennoch auf ein starkes Missverhältnis zwischen wissenschaftlicher Diskussion und praktischer Bedeutung hin.

616 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger* (Hrsg.), § 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 138; demgegenüber hat bei einem Zweckverwirklichungsbetrieb (Stiftungszweckbetrieb) das Unternehmen die Aufgabe, in seiner konkreten Funktion den außerhalb seiner selbst liegenden Zweck zu erfüllen (bspw. Krankenhaus), s. dazu *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, § 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 137.

617 Siehe oben S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten Wirtschaftsprozess in Einklang zu bringen ist. Dies gilt umsomehr, als Stiftungen – im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsformen – vom Gesetzgeber nicht vordringlich für den Einsatz im Zusammenhang mit Unternehmen konzipiert wurden.[618] Aus letzterem folgen auch juristische Fragestellungen, denn im Gegensatz zu den originär für gewerbliche Zwecke vorgesehen Rechtsformen fehlen Bestimmungen, die den Besonderheiten des Handelsverkehrs, insbesondere auch des Gläubigerschutzes, Rechnung tragen.[619]

Bejaht man die Vorfrage nach der Eignung in Kenntnis der spezifischen Probleme sind zwei verschiedene Gestaltungen zu unterscheiden: Die Unternehmensträgerstiftung und die Beteiligungsträgerstiftung, wobei in Bezug auf die Beteiligungsträgerstiftung der Einsatz einer Stiftung als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft besondere Beachtung verdient.

a. Unternehmensträgerstiftung

Betreibt die Stiftung selbst ein Unternehmen als Einzelkaufmann, spricht man von einer Unternehmensträgerstiftung.[620] Zu untersuchen ist, ob diese in Deutschland und in Österreich zulässig ist.

aa. Deutschland

In Deutschland war die Zulässigkeit der Unternehmensträgerstiftung vor der Modernisierung des Stiftungsrechts im Jahr 2002 stark umstritten. Während sich die herrschende Ansicht mit Hinweis auf die Ausgestaltung der Stiftung als Allzweckstiftung für eine Zulässigkeit der Unternehmensträgerstiftung aussprach[621] und die Genehmigungspraxis uneinheitlich war,[622] opponierten namhafte Autoren insbesondere gegen die Zulässigkeit der nicht gemeinnützigen Unternehmensträgerstiftung. Analog § 22 BGB wollte man zwischen Idealstiftungen und wirtschaftlichen Stiftungen unterscheiden. Danach sei die Rechtsform der Stiftung im Verhältnis zu den Vereinen des Handelsrechts subsidiär und nur ausnahmsweise zulässig, nämlich wenn ein nach den Maßstäben des geltenden Rechts förderungswürdiges Anliegen das Instrument der Stiftung zwingend erfordere.[623] Entsprechend diesen wissenschaftlichen Vorarbeiten sah der Entwurf von *Bündnis 90/Die Grünen* im Rahmen der Debatte um die Reform des Stiftungsrechts[624] folgende Fassung von § 80 Abs. 1 BGB vor:

---

618 Vgl. zu diesem Problem *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 12 Rn. 5; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 141 ff.; *Stern* in *Csoklich/Müller* (Hrsg.), Die Stiftung als Unternehmer, S. 67 (67 ff.).

619 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 144 ff.; *Stern* in *Csoklich/Müller (*Hrsg.), Die Stiftung als Unternehmer, S. 67 (70 ff.).

620 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 103; *Arnold*, PSG, Einl. Rn. 10; vgl. auch *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 129 f.

621 *Coing* in *Staudinger*, §§ 1 - 89 BGB[12], Vorb. zu §§ 80 – 88 Rn. 12; *Neuhoff* in *Soergel*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 66; *Westermann* in *Erman*, BGB[10], Rn. 8; *Heinrichs* in *Palandt*, BGB[61], Vorb. § 80 Rn. 11; *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 195 ff.; *Sorg*, Die Familienstiftung, S. 55.

622 Vgl. dazu *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], Vorb. § 80 Rn. 44.

623 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[4], Vorb. § 80 Rn. 43 ff. (insb. Rn. 50); *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB[13], Vorb. §§ 80 ff. Rn. 94 ff.

624 Siehe dazu oben S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Eine Stiftung darf jeden erlaubten Zweck verfolgen, der nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 22 BGB) gerichtet ist.“[625] Die Entwurfsverfasser begründeten diesen Vorschlag maßgeblich unter Rückgriff auf die Gruppe von Autoren, welche die Zulässigkeit verneinten.[626] Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe konnte hingegen keine Gründe für die vorgeschlagene Beschränkung feststellen. Auch bei dem Institut der unternehmensverbundenen Stiftung handele es sich um eine Form der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung.[627] Entsprechend konnte sich der Vorschlag von *Bündnis 90/Die Grünen* im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen. Eine Restriktion in Bezug auf Unternehmensstiftungen wurde nicht Gesetz.

Damit sieht sich die herrschende Meinung in ihrer Ansicht bezüglich der Zulässigkeit der Unternehmensträgerstiftung bestätigt.[628] Auch Autoren, welche die Unternehmensträgerstiftung vorher für unzulässig hielten, verneinen nun die für eine analoge Anwendung von § 22 BGB notwendige Regelungslücke.[629] Allerdings ist eine schematische Betrachtung in dieser Frage unangebracht und bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Gestaltung ist stets der Gemeinwohlvorbehalt gemäß § 80 Abs. 2 BGB zu beachten, welcher Einfallstor zahlreicher Fragestellungen sein kann.[630] Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit von Unternehmensstiftungen sind rechtspolitische Zweifel berechtigt. Kehrseite der Gewinnchancen, welche mit der Betätigung als Unternehmer einhergehen, ist das Verlustrisiko. Es fragt sich, wie dieses mit dem Vermögenserhaltungsgrundsatz, von dem der Gesetzgeber ausgeht, in Einklang gebracht werden kann.

bb. Österreich

Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland hat sich der Gesetzgeber explizit zur Zulässigkeit der Unternehmensträgerstiftung geäußert. § 1 Abs. 1 PSG statuiert, dass die Privatstiftung ihren Zweck durch Nutzung, Verwaltung und Verwertung ihres Vermögens verfolgt. Folgerichtig darf gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 PSG eine Privatstiftung keine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben. Das Gesetz enthält, trotz der erheblichen praktischen Bedeutung dieser Einschränkung, keine Legaldefinition der gewerbsmäßigen Tätigkeit, was angesichts des Umstandes, dass dieser in der österreichischen Rechtsordnung mit verschiedenen Bedeutungen verwendet wird, misslich ist.[631] All-

625 BT-Drs. 13/9320, S. 3.
626 BT-Drs. 13/9320, S. 9.
627 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, S. 52.
628 *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 12 Rn. 136; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 80 Rn. 18; *Werner* in *Erman*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 20; *Ellenberger* in *Palandt*, BGB, § 80 Rn. 8; *Nissel*, Das neue Stiftungsrecht, Rn. 172. *Gummert* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 81 Rn. 7 ff. (insb. Rn. 26).
629 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 148; a. A. weiter *Reuter* in Münchener Kommentar BGB[5], §§ 80, 81 Rn. 90 ff. (insb. Rn. 94), ab Münchener Kommentar BGB, Vorb. § 80 Rn. 50 und §§ 80, 81 Rn. 105 seine Argumentation trotz Überzeugung in der Sache jedoch wegen fehlender Diskussionsbereitschaft der Anderen nicht mehr weiter verfolgend.
630 *Hüttemann*, ZHR 2003, S. 35 (60).
631 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (21).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemein geht man jedoch davon aus, dass der Gesetzgeber den Kaufmannsbegriff des öHGB zugrunde legen wollte.[632] Unter Gewerbe ist dabei jede selbstständige, auf Dauer angelegte und berufsmäßig organisierte, auf Gewinn, zumindest aber auf unternehmenserhaltenden Erwerb durch Erzielung von Leistungsentgelten gerichtete, nicht freiberufliche Tätigkeit, die wirtschaftlich werthaltige Leistungen am Markt anbietet, zu verstehen.[633] Auch Land- und Forstwirtschaft sind umfasst.[634] Mit der Versagung der gewerbsmäßigen Tätigkeit beabsichtigte der Gesetzgeber, dem Charakter der Stiftung, welche typischerweise keine gewerbsmäßige Betätigung entfaltet, und dem Umstand gerecht zu werden, dass hinter der Stiftung keine Eigentümer stehen, welche das Risiko der unternehmerischen Tätigkeit tragen.[635]

Der Privatstiftung ist jedoch die Ausübung einer gewerblichen Nebentätigkeit gestattet. Ob eine solche Nebentätigkeit vorliegt, ist nach ihrem Umfang, ihrem Zusammenhang mit dem Stiftungszweck und auch in Abhängigkeit zu dem Stiftungsvermögen zu beurteilen. Beispielhaft ist in den Erläuterungen in der Regierungsvorlage der Fall einer Stiftung erwähnt, die Gemälde der Öffentlichkeit zugänglich macht; diese soll berechtigt sein, Postkarten dieser Gemälde zu verkaufen.[636]

b. Beteiligungsträgerstiftung

Die Beteiligungsträgerstiftung ist eine Stiftung, die als Gesellschafterin an einer unternehmenstragenden Personen- oder Kapitalgesellschaft beteiligt ist.[637] Für die hiesige Bearbeitung wird der Begriff verwandt, ohne Konstellationen zu meinen, in denen die Stiftung persönlich haftende Gesellschafterin einer KG oder Gesellschafterin einer OHG ist.[638]

Die in Bezug auf die deutsche Rechtslage vor dem Stiftungsmodernisierungsgesetz gegen diese Gestaltung vorgebrachten Bedenken[639] haben mit der Modernisierung des Stiftungs-

---

632 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (21); *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 50; *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 16; 2007 ist das öHGB im Rahmen einer umfangreichen Novelle durch das UGB ersetzt worden, vgl. dazu *Schmidt* in Münchener Kommentar HGB, § 3 Rn. 44.

633 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 16; vgl. *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (21); *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 51.

634 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 16; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 52.

635 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 9.

636 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 9; näher zum Nebentätigkeitsprivileg *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 17; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (23 ff.); *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 57.

637 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 103; *Arnold*, PSG, Einl. Rn. 10; vgl. auch *Böhler*, Die Stiftung in Österreich, S. 129 f.

638 Zur Stiftung & Co. KG siehe unten S. 91; zur Stiftung, die Gesellschafterin einer OHG ist, wird auf die Ausführungen zur Unternehmensträgestiftung, S. 88 ff., verwiesen.

639 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB4, Vorb. § 80 Rn. 43 ff. (insb. Rn. 50); *Rawert* in *Staudinger*, §§ 21 - 103 BGB13, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 94 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechts ihre Grundlage verloren.[640] Nach deutschem Recht ist es also ohne Weiteres möglich, dass eine Stiftung Gesellschafterin einer Kapitalgesellschaft und Kommanditistin einer KG ist. Dem entspricht die Rechtslage in Österreich.[641] Ebenso kann die Stiftung als typisch oder atypisch stille Gesellschafterin fungieren; in Bezug auf die österreichische Rechtslage deshalb, weil die stille Gesellschaft als reine Innengesellschaft nicht unter § 1 Abs. 2 PSG zu subsumieren ist.[642] Da in Österreich die Beteiligungsträgerstiftung zulässig ist, kann die der Privatstiftung untersagte gewerbsmäßige Tätigkeit in eine Tochtergesellschaft ausgegliedert werden. Ebenso kann sie als Konzernspitze agieren, wobei in gewissem Umfange auch Konzernleitungsfunktionen zulässig sind.[643]

c. Stiftung & Co. KG

Der Einsatz einer Stiftung & Co. KG wird teilweise als eine interessante Gestaltungsalternative zur GmbH & Co. KG empfohlen. Sie eigne sich auch für Nachfolgegestaltungen, insbesondere in Bezug auf in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG geführten Unternehmen.[644] Sie kann nämlich im Gegensatz zur GmbH & Co. KG übernahme- und zerschlagungssicher ausgestaltet werden, was dem Stifter helfen kann, nicht zusagende Entwicklungen nach seinem Tode auszuschließen.

Dazu wird das Halten der KG-Beteiligung zum (Neben-) Zweck der Stiftung, die Komplementärin der KG ist, erhoben. Der Gesellschaftsvertrag der KG bestimmt zudem, dass Änderungen desselben von der Zustimmung der Stiftung abhängig sind; die Übertragung von Kommanditanteilen wird weiterhin von der Zustimmung der Stiftung abhängig gemacht (Vinkulierung), die zudem mit einem Vorkaufsrecht ausgestattet ist.[645] Auf diesem Wege können die Familienmitglieder, welche als Kommanditisten an der Gesellschaft beteiligt sind, umfassend „entmachtet" werden.[646]

aa. Deutschland

In Deutschland sprechen nach der Reform des Stiftungsrechtes[647] mit Blick auf obige Ausführungen jedenfalls keine grundsätzlichen Bedenken mehr gegen den Einsatz einer Stiftung als Komplementärin einer KG, was mit Blick auf die allgemeine Anerkennung der

640 Vgl. FN 628.

641 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (26); *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 62; *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 20.

642 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 20; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (26); *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 63.

643 *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 16, 20b; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 71 ff.

644 *Jahn*, SAM 2010, S. 128 (128); die Frage nach der Vorteilhaftigkeit werfen *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 12 Rn. 85 auf; *K. Schmidt* hingegen meint, man tue dem Stiftungsgedanken durch diese Kombination „Gewalt an" und meldet Bedenken insb. in Bezug auf Funktionsstiftungen an, DB 1987, S. 261 (263).

645 *Jahn*, SAM 2010, S. 128 (130), zu der steuerrechtlichen Beurteilung der Stiftung & Co. KG *ders.,* a. a. O. (131 ff.); zum Konzept auch *Muscheler*, Stiftungsrecht, S. 317 (325).

646 *Pöllath/Richter* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 12 Rn. 86, die auch, z. T. lediglich vermeintliche, Vorteile dieser Rechtsform ab Rn. 98 schildern.

647 Vgl. zu kritischen Stimmen vor der Reform *Stengel*, Stiftung und Personengesellschaft, S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unternehmensträgerstiftung auch widersprüchlich wäre.[648] Bedenken richten sich indes gegen die sogenannten reinen Funktionsstiftungen. Dies sind Stiftungen, deren Funktion sich darin erschöpfen, persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft zu sein.[649] Die Kritiker dieser Gestaltung sehen einen solchen Einsatz als mit dem Stiftungsbegriff nicht vereinbar an. Aus dem Wortlaut von § 81 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebe sich, dass eine Stiftung nicht nur zwingend ein Vermögen haben müsse, sondern auch einen Zweck, dessen Erfüllung ein Vermögen voraussetze. Eine Stiftung indes, deren Zweck es nur sei, die Komplementärfunktion in einer KG zu besetzten, bedürfe hierzu – abstrakt betrachtet – keines Vermögens und sei damit unzulässig.[650]

Die Gegenansicht führt ins Feld, dass auch den Komplementären eigenen „Verwaltungsrechten" bereits einen Vermögenswert zuzumessen sei.[651] Indes sind die Verwaltungsrechte, selbst wenn sie einen Vermögenswert haben, nicht verselbstständigt, sondern folgen gerade aus der Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin (§§ 164, 170 HGB) und dem personengesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Selbstorganschaft. Auch finden sich im HGB keine Anforderungen an ein gewisses Mindestvermögen, welches Komplementäre haben müssen, so dass auch eine vermögenslose Person als Komplementär fungieren darf.[652]

Bei Abwägung der Diskussionslage sprechen die besseren Argumente gegen die Zulässigkeit einer Funktionsstiftung: Die Stiftung ist ein mitglieder- und eigentümerloses Vermögen, welches einem Zweck dient. Erst der Zweck rechtfertigt es überhaupt, ein Vermögen eigentümer- und mitgliederlos zu verselbstständigen, was als ein ganz erhebliches Zugeständnis an den Rechtsanwender verstanden werden darf und ihm eine beachtliche Rechtsmacht verleiht, denn die Stiftung ist auf die Ewigkeit angelegt. Im Gegensatz zu Körperschaften, die sich ihrer Mitglieder bedienen können, die sie letztlich allerdings auch beherrschen, hat die Stiftung nur die Möglichkeit, mit Hilfe ihres Vermögens, welches ihre Substanz ausmacht und sie – bildlich gesprochen – greifbar macht, zu verfolgen. Könnte ein Zweck ohne ein Vermögen verfolgt werden, wäre dieser konsequenterweise auch zu verselbstständigen.[653]

Diese Einschränkung dürfte für die Gestaltungspraxis indes kein ernstliches Hindernis sein, eine Stiftung als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft einzusetzen. Ohne weiteres ist es möglich, die Stiftung mit einem zulässigen Zweck auszustatten, der auch Nebenzweck sein kann, welcher unter Einsatz des Stiftungsvermögens verfolgt werden muss.[654] Voraussetzung für den Einsatz einer Stiftung als Komplementärin einer KG ist also eine Zweckset-

---

648 Vgl. dazu die Ausführungen zur Unternehmensträgerstiftung, S. 88.

649 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 140; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 105; *Stengel*, Stiftung und Personengesellschaft, S. 60 spricht von „Verwaltungsstiftung".

650 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 140; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 105; *Stengel*, Stiftung und Personengesellschaft, S. 60 f.

651 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 146.

652 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger,* Vorb. §§ 80 ff. Rn. 140; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 105.

653 Vgl. auch *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 – 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 140; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 12, 105; *Stengel*, Stiftung und Personengesellschaft, S. 61.

654 Vgl. dazu *Gummert* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 82 Rn. 11 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zung auf Seiten der Stiftung, welche die Stiftung nicht nur auf die Komplementärfunktion beschränkt, soweit sie hier als reine Funktionsstiftung agiert.

bb. Österreich

§ 1 Abs. 2 Nr. 3 PSG verbietet es der Privatstiftung ausdrücklich, unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft zu sein. Eine Stiftung & Co. KG ist in Österreich also nicht eintragungsfähig. Dies rechtfertigt der Gesetzgeber mit der gleichen Argumentation, mit der er auch die Untersagung gewerbsmäßiger Tätigkeit begründet.[655]

d. Resümee und Bewertung

In Deutschland wie in Österreich ist es möglich, dass sich Stiftungen an Unternehmen beteiligen, „Unternehmensstiftungen" sind also im Grundsatz zulässig. Gestaltungsgrenze ist jedenfalls die Selbstzweckstiftung. Allerdings werden manche Spielarten der Unternehmensstiftung durch § 1 Abs. 2 Nr. 1 - 3 PSG eingeschränkt. So darf die Privatstiftung nicht als Unternehmensträgerstiftung agieren (Nr. 1), nicht die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen (Nr. 2)[656] und letztlich nicht unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft (Nr. 3) sein. Diese Limitierungen begründet der Gesetzgeber im Wesentlichen mit der Überlegung, dass die gewerbsmäßige, vor allem auf Gewinn ausgerichtete Tätigkeit für Stiftungen nicht typisch sei. Besonders dadurch unterscheide sie sich von Handelsgesellschaften. Augenfällig ist abermals, dass in Österreich, obwohl man dort mit einer klaren Fixierung auf privatnützige Zwecke die Schaffung des PSG angegangen ist, dem Rechtsanwender ein erheblich geringerer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, als dies in Deutschland der Fall ist, obwohl die Reformdiskussion hier vor allem auf gemeinnützige Stiftungen fokussiert war. Vielmehr haben sich die Vorschläge im Rahmen der Reformdiskussion, welche eine Beschränkung der Einsatzmöglichkeiten der Stiftung im unternehmerischen Bereich vorsahen, insbesondere um den Widerspruch zwischen starrer Stiftung und den Anforderungen an Teilnehmer des dynamischen Wirtschaftsprozesses aufzulösen, nicht durchsetzen können. Die Argumentationen, aus welchen die Unzulässigkeit der Unternehmensstiftung, soweit man sie auf Grundlage des überkommenden Rechts für durchgreifend hielt, abgeleitet wurde, können jedenfalls seitdem nicht mehr verwandt werden.

Rechtspolitisch regt dieser Befund jedoch zu einer Neubewertung an, im Rahmen derer der grundsätzliche Widerspruch zwischen dem starren Gebilde Stiftung und den Anforderungen an einen Unternehmer, der an einem dynamischen Wirtschaftsprozess teilnimmt, kritisch reflektiert werden muss. Zudem stellt sich die Frage des Gläubigerschutzes im unternehmerischen Verkehr, denn im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften muss die Stiftung kein Mindestkapital aufweisen und es fehlen dementsprechend Kapitalerhaltungsvorschriften. Diesen Überlegungen wird die österreichische Regelung besser gerecht als der Rechtszustand in der Bundesrepublik.

655 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 9.

656 Erfasst ist sowohl vertragliche, faktische sowie organschaftliche Geschäftsführung, dazu *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 18; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 66 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Obendrein bliebe weiterhin die Möglichkeit, eine Unternehmensstiftung in Form der unproblematischen Beteiligungsträgerstiftung zu gründen. Die Rolle eines Gesellschafters beziehungsweise Anteilseigners, also in erster Linie einer Kapitalgeber- als einer Gestaltungsrolle, wird jedenfalls dem Charakter der Stiftung eher gerecht als der eines werbenden Unternehmers.

III. Stiftungsorganisation

Stiftungen fehlt – im Unterschied zu anderen juristischen Personen – jegliches personelle Substrat. Sie ist damit eine „juristische Person in Reinkultur“,[657] denn die Schöpfung der Rechtsordnung ist weitreichender als bei einer Körperschaft. Sowohl nach österreichischem wie nach deutschem Recht ist die Stiftung juristische Person des Privatrechts.[658] Da sie nicht von sich aus handlungsfähig ist, bedarf sie einer gewissen Organisationsstruktur, was das dritte Wesensmerkmal der Stiftung ist. Erst diese Organisationsstruktur ermöglicht der verselbstständigten Vermögensmasse die Teilnahme am Rechtsverkehr. Erst sie ermöglicht es, Entscheidungen zu treffen, diese umzusetzen und so den Zweck zu erfüllen.

Die Organisationsstruktur bestimmt sich vorrangig anhand der Satzung. Nur subsidiär kommen die Regelungen des BGB beziehungsweise des PSG zur Anwendung, falls es sich nicht um zwingende Vorschriften handelt. In Deutschland hat der Stifter hinsichtlich der Ausgestaltung der Organisationsstruktur einen weiten Spielraum. Das BGB enthält diesbezüglich nur wenige zwingende Regelungen. Demgegenüber weist das PSG eine sehr ausdifferenzierte Regelung über die Binnenstruktur der Privatstiftung auf, welche weitgehend nicht der Disposition des Stifters unterfällt.[659]

Die Stiftung ist mit einem Vorstand auszustatten.[660] Weitere Organe sind nach österreichischem Recht zwingend. Nach deutschem Recht kann sie der Stifter in der Satzung vorsehen. Die Organisationsstruktur prägt maßgeblich das tatsächliche Wirken der Stiftung und hat daher große Bedeutung. Im Bereich von Nachfolgegestaltungen fragt sich besonders, inwieweit Familienmitglieder, die meist auch Destinatäre sein werden, in die Geschäfte der Stiftung eingebunden werden können.

1. Der Vorstand

Der Vorstand als Pflichtorgan ist das zentrale Organ einer jeden Stiftung.

---

657 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 1.

658 § 80 Abs. 1 BGB spricht von der „rechtsfähigen Stiftung“, in § 1 PSG wird die Stiftung als „Rechtsträger“ benannt und klargestellt, dass dieser „Rechtspersönlichkeit“ genieße.

659 *Bruckner/Fries/Fries*, Die Familienstiftung, S. 24.

660 Dies ergibt sich für die BGB-Stiftung aus der Verweisung des § 86 BGB auf § 26 BGB („Der Verein muss einen Vorstand haben“) und für die PSG-Stiftung aus § 14 Abs. 1 PSG („Organe der Privatstiftung sind der Stiftungsvorstand, […]“).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Allgemeines

Eine Regelung über die Anzahl der Vorstandsmitglieder fehlt im deutschen Recht. Er kann demnach aus einer oder mehreren Personen bestehen, wobei – naheliegend – empfohlen wird, die konkrete Größe an der Geschäftstätigkeit der Stiftung zu orientieren.[661] Gemäß § 15 Abs. 1 PSG muss der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung aus wenigstens drei Mitgliedern bestehen. Zwei der Mitglieder müssen zudem ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU- oder EWR-Staat haben. Diese nicht zur Disposition des Stifters stehende Vorschrift bezweckt ausweislich den Erläuterungen zur Regierungsvorlage die Schaffung eines möglichst effektiven, professionellen und zugleich sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgans; das Erfordernis des gewöhnlichen Aufenthalts im EU- beziehungsweise EWR-Gebiet dient ebenfalls der Effektivität.[662]

Nach deutschem Recht können sowohl juristische wie auch natürliche Personen zu Vorständen einer Stiftung berufen werden. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss der älteren Regelungen in § 76 Abs. 3 Satz 1 AktG, § 6 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und § 9 Abs. 2 Satz 1 GenG welche ausdrücklich festlegen, dass Vorstand beziehungsweise Geschäftsführer eine natürliche Person sein muss.[663] Enger ist demgegenüber die Regelung in Österreich. Aus § 15 Abs. 2 PSG ergibt sich, dass juristische Personen nicht Mitglied des Stiftungsvorstands sein dürfen. Obwohl dies aus dem Wortlaut nicht eindeutig hervor geht, dürfen auch Personengesellschaften nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein.[664]

Zudem bestimmt § 15 Abs. 2 PSG, dass Begünstigte einer Stiftung, deren Ehegatten, deren Lebensgefährten sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, nicht in den Stiftungsvorstand berufen werden dürfen.[665] Mit dieser Regelung sollen Interessenkollisionen vermieden werden. § 15 Abs. 3 PSG enthält zudem eine Vorschrift, welche Umgehungen durch das Zwischenschalten von juristischen Personen verhindert. Ist ein Begünstigter eine juristische Person, an der eine natürliche Person im Sinne des § 244 Abs. 2 UGB beteiligt ist, so können diese natürlichen Personen, deren Ehegatten sowie deren Angehörige nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein. § 244 Abs. 2 UGB erfasst natürliche Personen, denen die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht (Nr. 1), denen das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen und abzuberufen und gleichzeitig Gesellschafter sind (Nr. 2), denen das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben (Nr. 3) oder die aufgrund eines Stimmenpooling-Vertrages die in Nr. 1 - 3 genannten Rechte auszuüben können (Nr. 4). Über den Wortlaut hinaus wird eine Ausweitung auf indirekte Beteiligungen und all die Personen vorgeschlagen, die einen beherrschenden

---

661 *Schiffer/Pruns* in *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (Hrsg.), NK-BGB, § 81 Rn. 24; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.,), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 20.

662 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 45.

663 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 5; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 4.

664 *Arnold*, PSG, § 15 Rn. 16; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, §§ 15, 16 Rn. 7. ; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (151).

665 Vgl. zu den Inkompatibilitätsvorschriften auch *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 113 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einfluss auf die juristische Person ausüben können.[666] Die Bestimmungen des § 15 Abs. 1 - 3 PSG sind zwingend, auch wenn sie insbesondere bei Familienstiftungen für Ungereimtheiten sorgen können, denn Familienangehörige sind, selbst wenn sie nicht zum Kreis der Destinatäre gehören, wegen dieser Unvereinbarkeitsbestimmungen regelmäßig von der Vorstandstätigkeit ausgeschlossen.[667]

Im Anschluss an die sogenannte „Berater"- oder „Rechtsanwalts"-Entscheidung des OGH[668] wurden im Rahmen der PSG-Novelle 2011 die Inkompatibilitätsvorschriften durch das Budgetbegleitgesetz[669] um § 15 Abs. 3a PSG erweitert. Danach sind die Regelungen von § 15 Abs. 2 und Abs. 3 PSG auch auf Personen anzuwenden, die von Begünstigen oder deren Angehörigen oder in Abs. 3 genannten Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden. Im Umkehrschluss ist seit der Gesetzesänderung allerdings nicht mehr zweifelhaft, dass die Ausübung eines Mandates, welches von dem Begünstigten einem Mitglied des Stiftungsvorstandes erteilt wurde, nicht schädlich ist, solange es nicht explizit auf die Wahrnehmung von Interessen im Stiftungsvorstand gerichtet ist.[670]

Kurz zuvor war die sogenannte „Beirats"-Entscheidung des OGH[671] ergangen.[672] Die beiden Entscheidungen haben „tiefe Furchen" in die österreichische Stiftungslandschaft gezogen „setzten sie sich doch mit einer der bedeutendsten Fragen des Privatstiftungsrechts auseinander, nämlich, wie viel Einfluss Begünstigte auf die Geschäftsführung, ihrer' Privatstiftung nehmen können".[673] Rund 75 % aller Stiftungen waren betroffen.[674] Im Rahmen der „Rechtsanwalts"-Entscheidung hatte sich der OGH mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Rechtsanwalt, den mit dem Begünstigten einer Privatstiftung ein Vollmachtverhältnis verbindet, Vorstand dieser Privatstiftung werden darf oder ob dies mit dem Zweck der Unvereinbarkeitsbestimmungen, nämlich der Wahrung der Objektivität des Stiftungsvorstandes, unvereinbar sei. Mit Blick auf den Umstand, dass die Unvereinbarkeitsregelungen „kollidierende Interessen der Begünstigten am Erhalt eines Geld- oder Sachbezuges einerseits und der Privatstiftung an der Verwirklichung des Stifterwillens anderseits" vermeiden sollen und die Wahrung der Objektivität des Vorstandes „zusätzlich auch dem Schutz allfälliger Gläubiger oder des sonstigen Rechtsverkehrs diene" erkannte der OGH, dass die „angeführte Ratio dieser Bestimmung [§ 15 Abs. 2 PSG] erfordert, die Unvereinbarkeit auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstecken, könnte doch anderenfalls die Regelung des § 15

666 *Arnold*, PSG, § 15 Rn. 38 ff.; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, §§ 15, 16 Rn. 6.

667 *Arnold,* PSG, § 15 Rn. 20; *Strasser*, JBl. 2000, S. 487 (492) meint gar, die Unvereinbarkeitsregel seien in Bezug auf Familienstiftungen, bei denen Stifter- und Begünstigeninteressen i. d. R. nicht gegenläufig seien, eine „unverständliche Fehlkonstruktion", die dem eigentlichen Ziel des Gesetzes, ein bedarfsgerechtes Stiftungsrecht zu schaffen, entgegenlaufe.

668 OGH v. 16.10.2009 – Az. 6 Ob 145/09, GeS 2009, S. 336 ff.; auch abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 122.

669 öBGBl. 2011/111.

670 *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 45; *Arnold*, GeS 2011, S. 101 (107); *Arnold*, PSG, § 15 Rn. 42a ff., insb. Rn. 42d.

671 OGH v. 05.08.2009 – Az. 6 Ob. 42/09, GeS 2009, S. 300 ff.; S. 336 ff.; auch abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 124.

672 Siehe dazu unten S. 106 f.

673 *Zollner* in *Eiselsberg* (Hrsg.,), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 41 (42).

674 *Zollner* in *Eiselsberg* (Hrsg.,), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 41 (42).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 2 und 3 PSG leicht umgangen werden."[675] Die Entscheidung hat für erhebliche Rechtsunsicherheit gesorgt. Insbesondere war fraglich, wie weit der von der Unvereinbarkeit als Vertreter betroffene Personenkreis zu ziehen und wie Handlungen eines nicht korrekt besetzten Stiftungsvorstandes zu bewerten seien.[676] Zur Klarstellung wurde alsbald nach den Entscheidungen § 15 Abs. 3a PSG aufgenommen. Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, dass einer der Destinatäre beziehungsweise einer seiner Angehörigen die Unvereinbarkeitsbestimmungen umgeht, indem er Personen in den Vorstand entsendet, die dem Begünstigten beziehungsweise seinen Angehörigen weisungsunterworfen, also in ihrem Verhalten steuerbar, sind. Eine solche Weisungsgebundenheit unterstellt der Gesetzgeber, wenn ein Auftragsverhältnis betreffend die Tätigkeit in dem Stiftungsorgan besteht.[677] Die Bestimmung ist über den Wortlaut hinaus wohl so zu verstehen, dass nicht nur Personen, welche von den Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden, sondern auch Personen, die mit der ausgeschlossenen Person gesellschaftsrechtlich, beispielsweise in einer Sozietät von Rechtsanwälten, verbunden sind oder gemeinsam ihren Beruf ausüben, von der Funktion eines Vorstandsmitglieds ausgeschlossen sind.[678]

Der Stifter selbst hingegen kann Mitglied des Vorstandes sein, allerdings nur, wenn er oder seine Verwanden nicht zugleich Begünstigte sind.[679] Diese Situation wird allerdings in einer Familienstiftung, die gerade den Zweck hat, einer Familie zu dienen, zwangsläufig auftreten.[680] Damit können Mitglieder der Stifterfamilie und der Stifter selbst in der Regel nicht dem Vorstand einer Familienstiftung angehören.

Entsprechende Inkompatibilitätsvorschriften fehlen im deutschen Recht. Hier können mithin sowohl Destinatäre und auch der Stifter, selbst wenn er Destinatär der Stiftung ist, dem Vorstand angehören oder alleiniger Vorstand sein. Sollen Interessenkollisionen vermieden werden, kann in die Satzung der Stiftung eine entsprechende Inkompatibilitätsvorschrift aufgenommen werden.

Innerhalb eines mehrgliedrigen Stiftungsvorstandes gelten, wenn in der Satzung keine entgegenstehenden Regelungen enthalten sind, gemäß §§ 86, 28 BGB die §§ 32, 34 BGB entsprechend. Demnach werden Beschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip gefasst (§ 32 BGB) und Mitglieder des Vorstandes in speziellen Kollisionssituationen von der Beschlussfassung ausgeschlossen. Regelungen über die innere Ordnung von Organen der Privatstiftung, die aus mindestens drei Mitgliedern bestehen, wie der Vorstand, enthält § 28 PSG. Danach wählt der Vorstand aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und wenigstens einen Stellvertreter. Die Beschlüsse werden, wenn die Stiftungserklärung oder das PSG selbst nichts anderes

675 OGH v. 16.10.2009 – Az. 6 Ob 145/09, GeS 2009, S. 336 (337).

676 *Gassauer-Fleissner/Panhöltl* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 107 (110 ff.); *Zollner* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 41 (50); *Hochedlinger*, PSR 2011, S. 52 (52); Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Budgetbegleitgesetzes 2011, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 46.

677 Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Budgetbegleitgesetzes 2011, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 47.

678 *Briem* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2011, S. 85 (96).

679 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 45.

680 *Strasser*, JBl. 2000, S. 487 (492).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorsehen, mit einfacher Mehrheit gefasst. Bei Stimmgleichheit gibt dann die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

b. Bestellung und Abberufung

Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BGB muss die Satzung zwingend eine Regelung über die Frage enthalten, wie der Vorstand der Stiftung gebildet wird. Es ist also Aufgabe des Stifters, das Verfahren festzulegen, durch welches der Vorstand der Stiftung gebildet wird. Damit kann er selbstverständlich auch Einfluss darauf nehmen, welchen Personen diese Aufgabe konkret übertragen wird. In der Regel wird der erste Vorstand durch den Stifter selbst bestimmt.[681] Es handelt sich um einen einseitigen Akt, der, weil mit ihm eine Reihe von Organpflichten einhergeht, erst mit der Zustimmung des Bestellten wirksam wird.[682] Die Bestellung ist von der Anstellung zu unterscheiden. Aus ersterer erwachsen als organisationsrechtlichem Akt organschaftliche Rechte und Pflichten, letztere ist schuldrechtliche Grundlage für das Tätigwerden.[683]

Wie das Verfahren im Einzelnen ausgestaltet ist, obliegt dem Stifter, der Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen und Sorge dafür tragen wird, dass seine und im Falle einer Familienstiftung die Interessen der Familie gewahrt bleiben. Denkbar ist, dass Nachbesetzungen der Stifter oder seine Erben vornehmen, oder ihnen jedenfalls ein Veto-Recht eingeräumt ist. Vorstellbar ist ebenfalls, dass der Vorstand sich durch Beschluss selbst ergänzt oder die ausgeschiedenen Personen ihre Nachfolger bestimmen. Aber auch eine juristische Person oder der Inhaber eines bestimmten Amtes (IHK-Präsident, Präsident eines bestimmten Gerichtes) oder gar die Stiftungsbehörde kann mit der Berufung betraut werden. Zudem können in der Satzung bestimmte persönliche Merkmale als Voraussetzung für die Bestellung festgelegt werden, beispielweise eine bestimmte berufliche Qualifikation.[684] Da eine Familienstiftung im Besonderen dem Wohl der Familie, also den Destinatären, dienen soll, ist auch eine Wahl des Vorstandes durch die Destinatäre denkbar und unter gewissen Voraussetzungen sinnvoll.

Wie die Berufung stehen Bestimmungen über das Verfahren der Abberufung dem Stifter zu.[685] Er kann beispielsweise festlegen, welchem Gremium die Abberufungskompetenz zustehen soll und auch Abberufungsgründe definieren. Ist nichts bestimmt, ist das Gremi-

---

681 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 61; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 121; vgl. auch *Lunk/Rawert* in Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 (97).

682 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 61; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 120.

683 *Lunk/Rawert* in Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 (91, zur Anstellung und Kündigung dort insb. 97 ff.).

684 Ausführlich zu den verschiedenen Möglichkeiten *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 122 ff.; *Lück* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 92 Rn. 4 ff.; vgl. auch *Lunk/Rawert* in Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 (95 f.).

685 *Lunk/Rawert* in Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 (98).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um, welches für die Bestellung zuständig ist, auch für die Abberufung zuständig.[686] Sind in der Satzung keine Abberufungsgründe definiert, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Abberufung möglich sein soll und wenn dies bejaht wird, aus welchen Gründen.[687] Eine Abberufung aus wichtigem Grund, insbesondere ist an stiftungsschädliches Verhalten oder Unfähigkeit zur weiteren Amtsausführung zu denken, ist stets möglich.[688] Nicht jedoch darf die Abberufung in das freie Ermessen des Stifters gestellt werden; anderenfalls droht eine unzulässige Fremdbestimmung der Stiftung.[689]

§ 15 Abs. 4 PSG überträgt die Aufgabe, den ersten Stiftungsvorstand zu bestellen, dem Stifter. Wenn dieser gestorben ist – beispielsweise dann also, wenn die Stiftung von Todes wegen errichtet wurde – und keine Regelung getroffen hat, ist der Stiftungskurator zuständig (§ 8 Abs. 3 PSG). Die Stiftungserklärung kann die Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes durch andere Stellen oder Stiftungsorgane vorsehen, dies gilt jedoch nicht für die Bestellung des ersten Vorstandes.[690] § 9 Abs. 2 Nr. 2 PSG räumt ausdrücklich die Möglichkeit ein, Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis des Vorstandes zu treffen. Es sind allerdings die Einschränkungen des § 14 Abs. 3, 4 PSG zu beachten.[691] § 27 PSG trifft in Ergänzung dazu Regelungen über die gerichtliche Bestellung und Abberufung von Stiftungsorganen und deren Mitgliedern. Letztere ist gemäß § 27 Abs. 2 PSG möglich, wenn dies die Stiftungserklärung vorsieht oder ein wichtiger Grund vorliegt. Als solcher kommen beispielsweise grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben oder Vermögensverfall des betreffenden Organmitglieds in Betracht. Vergleichbar mit der deutschen Rechtslage sind Abberufungsbefugnisse, die weder an zeitliche oder sachliche Schranken gebunden sind, nicht zulässig, um die Unabhängigkeit des Vorstands nicht zu gefährden und eine unzulässige Fremdbestimmung auszuschließen.[692]

Die jeweiligen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und ihre Vertretungsbefugnis sowie das Erlöschen oder eine Änderung ihrer Vertretungsbefugnis sind ohne Verzug zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden, § 15 Abs. 5 Satz 1 PSG. Gemäß § 15 UBG entfaltet das Firmenbuch Publizitätswirkung. Damit entspricht die Rechtslage weitgehend der deutschen bezüglich der Eintragungen in das Handelsregister.[693] Die Eintragung hat deklaratorische

---

686 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 170; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 65.

687 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 65; *Lunk/Rawert* in Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 (98).

688 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 171.

689 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 65; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 42; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 170.

690 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 46.

691 Siehe dazu unten S. 109 ff.

692 *Arnold*, PSG, § 15 Rn. 120; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, §§ 15, 16 Rn. 20; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 155 f. meint gar, Begünstigte dürfen nicht maßgeblich an der Bestellung und Abbestellung mitwirken, um „erheblichen Einfluß auf die Stiftungsverwaltung“ zu verhindern.

693 *Krebs* in Münchener Kommentar HGB, § 15 Rn. 106.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wirkung.[694] Zwar sehen auch alle Landesstiftungsgesetze Stiftungsregister vor, in welche die Vorstände einzutragen sind, jedoch sind diese keine Register im Rechtssinne, Eintragungen begründen nicht die Vermutung der Richtigkeit, eine Publizitätswirkung geht von ihnen nicht aus.[695]

c. Geschäftsführung und Vertretung

Die Geschäftsführungsbefugnis beschreibt das Innenverhältnis zwischen der Stiftung und dem Organmitglied, die Vertretungsmacht hingegen betrifft das Außenverhältnis der Stiftung zu Dritten. Ersteres gibt also Auskunft über das „rechtliche Dürfen", während zweites das „rechtliche Können" beschreibt.[696] Jeder Vertretungshandlung muss demnach theoretisch ein wie auch immer gearteter Geschäftsführungsakt vorausgegangen sein.[697]

aa. Geschäftsführung

Für die Geschäftsführung der BGB-Stiftung gilt über die Verweisung der §§ 86, 27 Abs. 3 BGB das Auftragsrecht (§§ 664 - 670 BGB) entsprechend. Die Verweisung wird jedenfalls zum Teil als verunglückt betrachtet, denn im gesetzlichen Normalfall verfügt die Stiftung über kein Organ, welches dem Vorstand gemäß § 665 BGB Weisungen erteilen könnte oder dem gegenüber er gemäß § 666 BGB zur Rechenschaft verpflichtet wäre.[698]

Wie im Auftragsrecht ist der Vorstand als Treuhänder tätig, „sein Handeln muss so sein wie das der Stiftung, wenn sie eine natürliche Person wäre und ihre Interessen selbst wahrnehmen könnte."[699] In Anlehnung an das Gesellschaftsrecht folgt daraus das Verbot, auf Kosten der Stiftung eigene Interessen oder solche Dritter zu verfolgen (duty of loyalty) und das Gebot, den Stiftungszweck möglichst wirksam zu erfüllen (duty of care).[700] Dies ergibt sich auch aus § 80 Abs. 2 BGB. Die Geschäftsführung muss insbesondere auf eine dauerhafte und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks ausgerichtet sein. Dies setzt in der Regel das Vorhandensein entsprechender Mittel voraus. Folglich ist die Geschäftsführung grundsätzlich auf die Vermögensbewirtschaftung und die Erfüllung des Stiftungszwecks beschränkt,[701] wobei der Stifter dies im Rahmen der Satzung näher konkretisieren kann. Auch

---

694 *Arnold*, PSG, § 15 Rn. 130; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, §§ 15, 16 Rn. 39.

695 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 44, dort auch Aufzählung der maßgeblichen landesrechtlichen Vorschriften.

696 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 27. Bzgl. PSG-Stiftungen: *Arnold*, PSG, § 17 Rn. 4, 27.

697 *Arnold*, PSG, § 17 Rn. 4, 27.

698 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 20; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 15; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 224.

699 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 15; vgl. auch *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 21.

700 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 16; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 22.

701 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 29; vgl. auch *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 16 ff.; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 22 ff.; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 86 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus dem Anstellungsvertrag oder einer Geschäftsordnung können sich Konkretisierungen und Beschränkungen ergeben.[702] Allerdings dürfen die Beschränkungen nicht so weit gehen, dass die Funktionsfähigkeit der Stiftung oder die Stellung des Vorstands als unabhängiges Organ ausgehöhlt werden.[703]

§ 17 Abs. 1 Fall 1 PSG bestimmt, dass der Stiftungsvorstand die Privatstiftung „verwaltet". Eine genauere Bestimmung fehlt, jedoch wird darunter im Grundsatz die Erhaltung und Vermehrung des Stiftungsvermögens unter Berücksichtigung des Stiftungszwecks und der Stiftungserklärung zu verstehen sein.[704] Auch im Rahmen des PSG ist es grundsätzlich möglich, anderen Organen oder Personen bestimmte Kompetenzen zuzuweisen, was eine Einschränkung des Handlungsspielraums des Vorstandes zur Folge hat. Doch auch hier darf die Kompetenzeinschränkung nicht so weit gehen, dass der Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan herabgestuft wird. Es muss ihm stets möglich sein, verantwortungsvoll zu agieren.[705] Unentziehbar beim Vorstand liegen jedenfalls die Rechnungslegung und die Wahrung der Bestimmungen, die dem Gläubigerschutz dienen.[706] Die österreichische Rechtslage entspricht also im Wesentlichen der deutschen. Ausdrücklich legt § 17 Abs. 2 PSG fest, dass jedes Mitglied des Vorstands seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen hat.[707]

Der Stiftungsvorstand darf Leistungen an Begünstigte der Stiftung zur Erfüllung des Stiftungszwecks nur dann und soweit vornehmen, als dass dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden (§ 17 Abs. 2 Satz 2 PSG). Eine Verletzung dieser Pflicht, die im Grundsatz gegenüber der Stiftung besteht, kann einen direkten Schadensersatzanspruch der Stiftung gegen die Mitglieder des Stiftungsvorstandes nach sich ziehen.[708]

bb. Vertretung

Der Vorstand vertritt die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich, er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (§ 86 Satz 1 i. V. m. § 26 Abs. 1 Satz 2 BGB). Laut § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB kann der Umfang der Vertretungsmacht durch die Satzung mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden. Zum Teil wird angenommen, eine Beschränkung ergebe sich unter Umständen bereits aus dem Stiftungszweck selbst.[709] Heute hingegen geht man überwiegend davon aus, dass sich Beschränkungen aus einer eindeutigen Satzungsbestimmung

---

702 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 30; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 16 ff.; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 23; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 86 Rn. 5.

703 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 30.

704 *Fischer*, Die Organisationsstruktur der Privatstiftung, S. 40.

705 *Fischer*, Die Organisationsstruktur der Privatstiftung, S. 40; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 163.

706 *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, §§ 14 Rn. 8.

707 *Arnold*, PSG, § 17 Rn. 50.

708 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 50.

709 *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, S. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ergeben müssen.[710] Dem ist, vor allem mit Blick auf die anderenfalls gefährdete Rechtssicherheit, zu folgen. Zudem wird die Frage diskutiert, ob Beschränkungen der Vertretungsmacht dem Geschäftsgegner für ihre Wirksamkeit bekannt sein müssen oder auch gegenüber gutgläubigen Dritten gelten.[711] Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit hingewiesen, sich durch eine Vertretungsurkunde gemäß § 172 BGB dieses Problems zu entledigen,[712] allerdings bietet dies keinen Ersatz für das seit langem geforderte vollwertige Stiftungsregister.[713] Die Vertretungsmacht des Vorstandes kann nicht beliebig eingeschränkt werden. Die Einschränkung darf nicht so weit gehen, dass die Stiftungsorgane faktisch ihrer Handlungsfähigkeit beraubt und an der dauerhaften und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks gehindert sind.[714]

Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so wird die Stiftung – vorbehaltlich einer anderslautenden Satzungsbestimmung – von der Mehrheit der Vorstandsmitglieder vertreten (§ 86 Satz 1 BGB i. V. m. § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB), für die Abgabe einer Willenserklärung gegenüber der Stiftung genügt die Abgabe gegenüber einem Vorstandsmitglied (§ 86 Satz 1 BGB i. V. m. § 26 Abs. 2 S. 1 BGB).

Gemäß § 17 Abs. 1 Fall 2 PSG vertritt der Vorstand die Privatstiftung. Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland geht die herrschende Meinung bezugnehmend auf grundsätzliche Erwägungen von einer Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Stiftungsvorstandes aus, obwohl eine ausdrückliche Bestimmung hierzu, im Gegensatz zu im Kapitalgesellschaftsrecht bestehenden ausdrücklichen Regelungen, fehlt.[715] Im Innenverhältnis ist er jedoch an die Stiftungserklärung gebunden.[716]

Wenn in der Stiftungsurkunde nichts anderes bestimmt ist, sind sämtliche Mitglieder des Vorstandes nur gemeinschaftlich zur Abgabe von Willenserklärungen befugt (§ 17 Abs. 3 Satz 1 PSG). Der Vorstand kann stets einzelne Mitglieder des Vorstandes zur Vornahme bestimmter Geschäfte ermächtigen (§ 17 Abs. 3 Satz 2 PSG). Ist eine Willenserklärung gegenüber der Privatstiftung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitglied des Stiftungsvorstandes (§ 17 Abs. 3 Satz 3 PSG).

---

710 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 14; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 11; *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 86 Rn. 3; *Werner* in *Erman,* BGB, § 86 Rn. 2; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 35; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 247; BGH v. 28.4.1980 – Az. II ZR 193/79, Stiftungen in der Rspr. III, S. 118.

711 Positive Kenntnis verlangt *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 24; die Wirkung gegenüber gutgläubigen Dritte bejahen dagegen *Backert* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, § 86 Rn. 3b; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 11; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 14; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 248.

712 *Werner* in *Erman,* BGB, § 86 Rn. 2; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 11.

713 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 14.

714 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 248.

715 *Arnold*, PSG, § 17 Rn. 5 f.; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, §§ 17 Rn. 4; unentschieden: *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (161).

716 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d. Haftung

Stiftungsvorstände haften der Stiftung gegenüber für Pflichtverletzungen gemäß § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 86, 27 Abs. 3, 664 ff. BGB verschuldensabhängig grundsätzlich für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit (§ 276 BGB). Allerdings ist ihnen ein nicht unerheblicher haftungsfreier Ermessensspielraum einzuräumen.[717] Der Haftungsmaßstab kann nach ganz überwiegender Ansicht durch die Stiftungsurkunde geändert werden.[718] Dem entspricht die Regelung in Österreich weitgehend: Gemäß § 29 PSG haften die Mitglieder des Stiftungsvorstandes aus einer schuldhaften Pflichtverletzung für entstandene Schäden. Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland sieht das PSG allerdings keine Umkehr der Beweislast vor. Der Haftungsmaßstab ist nicht, auch nicht durch eine entsprechende Satzungsbestimmung, veränderbar.[719]

e. Zusammenfassung

In der Ausgestaltung des zentralen Lenkungsorgans, des Vorstands, zeigt sich die konzeptionelle Ähnlichkeit zwischen BGB- und PSG-Stiftung. Um dem Charakter der Stiftung als rechtlich verselbstständigte Vermögensmasse gerecht zu werden, ist der Vorstand in erster Linie dem Stifterwillen, wie er sich in der Satzung der Stiftung manifestiert hat, unterworfen. Seine Aufgabe besteht darin, den Stiftungszweck zu erfüllen und hierzu das Vermögen der Stiftung entsprechend zu verwalten. Im Gegensatz zur Rechtslage in Österreich zeigt sich allerdings, dass das deutsche Recht erheblich größeren Freiraum bietet, dem Willen des Stifters Rechnung zu tragen. Sogar die Vertretungsmacht kann im Außenverhältnis beschränkt werden, was in Österreich nicht möglich ist. Auf der anderen Seite lassen sich alle Regelungen, welche das PSG enthält, nach deutschem Recht ohne weiteres nachbilden. Wie schon die Betrachtungen des Stiftungszwecks und des Stiftungsvermögens ergeben haben, sind Stifter, welche sich der BGB-Stiftung bedienen, in der Gestaltung freier. Dies ermöglicht es, dass Zentralorgan der Stiftung, den Vorstand, mit Begünstigten zu besetzten, so dass insoweit ein Einfluss der Familie auf das Vermögen der Stiftung erhalten bleibt.

2. Weitere Organe

Neben dem Vorstand können nach deutschem Recht beziehungsweise müssen nach österreichischem Recht weitere Organe der Stiftung durch Satzungsbestimmung eingerichtet werden. Bezogen auf österreichische Privatstiftungen macht das PSG hierzu klare Vorga-

---

717 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 33, 24; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 17, 21; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 288, 290.

718 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 35; *Burgard,* Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 597; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 289; a. A. *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 21.

719 *Arnold*, PSG, § 17 Rn. 56; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, §§ 16, 17 Rn. 24, § 29 Rn. 1; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (174).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben. Vergleichbare Regelungen bestehen in Deutschland nicht, die Rechtslage ist hier von einer weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Stifters gekennzeichnet.

a. Österreich

§ 14 Abs. 1 PSG bestimmt, dass neben dem Stiftungsvorstand der Stiftungsprüfer und unter Umständen gegebenenfalls der Aufsichtsrat weitere Organe der Privatstiftung sind. Unter den Voraussetzungen des § 22 PSG muss ein Aufsichtsrat bestellt werden. § 14 Abs. 2 PSG bestimmt zudem, dass die Stifter weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks vorsehen können.

aa. Der Stiftungsprüfer

Der Stiftungsprüfer ist in erster Linie für die Prüfung des Jahresabschlusses einschließlich Buchführung und Lagebericht zuständig. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht stellt der Umstand, dass der Stiftungsprüfer obligatorisches Organ ist, eine Besonderheit dar. Eine solche Stellung hat kein anderer Abschlussprüfer einer österreichischen Rechtsform. Der Gesetzgeber wollte damit dem Vorstand ein Kontrollorgan zur Seite stellen.[720] Mit der Erhebung des Stiftungsprüfers zum Organ der Stiftung sollte seine besondere Bedeutung unterstrichen werden: Infolge der Eigentümer- und Gesellschafterlosigkeit der Privatstiftung besteht ein strukturelles Kontrolldefizit, welches über die Organisationsstruktur der Privatstiftung ausgeglichen wird. Die staatliche Kontrolle, beispielsweise im Rahmen eines Abberufungsverfahrens, ist demgegenüber subsidiär.[721]

Nähere Regelungen bezüglich des Stiftungsprüfers trifft § 20 PSG: So dürfen zum Stiftungsprüfer nur beeidete Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften bestellt werden. Der Stiftungsprüfer ist vom Gericht oder, wenn ein Aufsichtsrat besteht, von diesem zu bestellen und darf weder Begünstigter noch Mitglied eines anderen Stiftungsorgan noch Arbeitnehmer der Privatstiftung sein. Eine Bestellung durch den Vorstand ist unzulässig, um Interessenkollisionen zu vermeiden.[722]

Der Stiftungsprüfer hat die Aufgabe, den Jahresabschluss, welchen der Vorstand gemäß § 18 Abs. 1 PSG aufzustellen hat, zu prüfen (§ 21 Abs. 1 PSG). Hinsichtlich des Prüfungsumfangs gilt gemäß § 21 Abs. 3 PSG § 269 Abs. 1 UGB sinngemäß. Danach ist die Prüfung darauf zu erstrecken, ob die gesetzlichen Vorschriften und ergänzenden Bestimmungen der Stiftungserklärung eingehalten worden sind. Obwohl der Stiftungsprüfer Organ der Stiftung ist, geht der Umfang der Prüfung also nicht so weit wie eine Gebarungsprüfung. Er erfüllt seine Pflicht, wenn er die Richtigkeit der Angaben des Stiftungsvorstands über die Errei-

720 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 39.

721 *Arnold,* PSG, § 20 Rn. 1; *Hofians* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 233 (233).

722 *Gruber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 20 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chung des Stiftungszwecks aus formaler Hinsicht mitprüft.[723] Erteilen Mitglieder des Stiftungsvorstands oder des Aufsichtsrates dem Stiftungsprüfer gegenüber unrichtige Auskünfte oder werden erhebliche Umstände verschwiegen, kann dies gemäß § 41 PSG mit einer zweijährigen Freiheitsstrafe geahndet werden.

Aus der Organeigenschaft des Stiftungsprüfers ergeben sich weitere Rechte: Neben der Prüfung des Jahresabschlusses hat der Stiftungsprüfer das Recht – und bei Wahrnehmung entsprechender Tatsachen auch die Pflicht – gemäß 31 Abs. 1 PSG zur Wahrung des Stiftungszwecks bei Gericht eine Sonderprüfung zu beantragen. Das Gericht hat die Sonderprüfung anzuordnen wenn glaubhaft gemacht wird, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungssatzung vorgekommen sind (§ 31 Abs. 2 PSG). Zudem kann er gemäß § 27 Abs. 2 PSG den Antrag auf Abberufung des Mitglieds eines anderen Stiftungsorgans, insbesondere aus wichtigem Grund, stellen.

bb. Der Aufsichtsrat

Das dritte Organ, welches das PSG ausdrücklich vorsieht, ist der Aufsichtsrat. Seine Einrichtung ist allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 PSG zwingend vorgeschrieben, nämlich dann, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer der Stiftung dreihundert übersteigt oder die Stiftung inländische Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften einheitlich leitet (§ 15 Abs. 1 öAktG)[724] oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften beziehungsweise Genossenschaften im Durchschnitt über 300 liegt. Aus der Regelung ergibt sich, dass das Verbot der Übernahme der Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft gemäß § 1 Abs. 2 PSG die Funktion einer Stiftung als leitende Konzernspitze nicht ausschließt.[725]

Gemäß § 23 Abs. 1 PSG muss der Aufsichtsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen, die nicht zugleich dem Stiftungsvorstand angehören oder Stiftungsprüfer sein dürfen; ebenso dürfen Begünstigte und deren Angehörige nicht Mitglieder des Aufsichtsrates sein. Die erste Bestellung des Aufsichtsrates wird durch den Stifter beziehungsweise den Stiftungskurator vorgenommen, danach wird der Aufsichtsrat von dem Gericht bestellt (§ 24 PSG). Gemäß § 25 Abs. 1 PSG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung und die Gebarung der Stiftung zu überwachen, die Auskunfts- und Einsichtsrechte der Mitglieder sind in Anlehnung an das öAktG ausgestaltet. In Anlehnung an das Aktienrecht bestehen für bestimmte Geschäfte Zustimmungsvorbehalte. Zudem vertritt er die Stiftung bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern. Seine Kompetenzen sind jedoch erweiterbar.

Damit kann ein Aufsichtsrat als Kontroll- und Überwachungsorgan dem Gläubigerschutz, der Arbeitnehmermitbestimmung oder auch der Stiftung selbst dienen.[726] Inhaltlich sind von

---

723 *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 39; *Hofians* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 233 (246); *Gruber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 21 Rn. 2.

724 § 15 Abs. 1 öAktG: „Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen."

725 *Arnold*, PSG, § 22 Rn. 1 ff.

726 *Wessely* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 25 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Überwachungspflicht dabei insbesondere alle Leitungsmaßnahmen des Vorstands umfasst, wie beispielsweise Unternehmensplanung oder Erfolgskontrolle.[727] Der Aufsichtsrat spielt in der Praxis jedoch so gut wie keine Rolle. Zum 31.12.2006 hatten nur 29 der 2.875 Privatstiftungen einen Aufsichtsrat.[728]

cc. Fakultative Organe

Neben den drei gesetzlich geregelten Organen räumt § 14 Abs. 2 PSG dem Stifter die Möglichkeit ein, weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks vorzusehen. Von dieser Regelung wird zahlreich Gebrauch gemacht, rund 75 % aller Privatstiftungen verfügen über zusätzliche Organe.[729] Eine nähere Bestimmung des Aufgabenbereichs, die über „Wahrung des Stiftungszwecks" hinausgeht, ist jedoch im Gesetz nicht enthalten.

Die fakultativen Organe bieten die Möglichkeit, Personen, welche insbesondere unter die bereits erwähnten Inkompatibilitätsvorschriften bezüglich des Vorstandes fallen, mit in die Stiftung einzubeziehen. Hieran kann – gerade wenn es sich um eine Familienstiftung handelt – ein Bedürfnis bestehen, denn nur ungern werden viele Stifter das Familienvermögen allein von unabhängigen Fremden verwalten lassen wollen.[730] Dieses Ansinnen tritt jedoch in Konflikt mit der Konzeption des PSG, welches – um eine staatliche Aufsicht entbehrlich zu machen – ein fein austariertes Zusammenspiel der verschiedenen Organe vorgesehen hat und daher Begünstigten möglichst wenig Einfluss zubilligt, um eine staatliche Aufsicht entbehrlich zu machen.[731]

(1) Materieller Organbegriff

Nicht jede Person oder Personenmehrheit, der Aufgaben in Bezug auf die Stiftung übertragen werden, ist gleichzeitig Organ. Dies ergibt sich bereits aus einer in § 9 Abs. 2 Nr. 4 PSG enthaltenen Differenzierung, wonach die Stiftungserklärung die Einrichtung „weiterer Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks und die Benennung von Personen, denen besondere Aufgaben zukommen" vorsehen kann.[732] Die Differenzierung ist bedeutsam, denn zahlreiche Sonderrechte kommen nur Organen zu.[733]

Im Rahmen des PSG gilt der sogenannte materielle Organbegriff. Eine Person oder ein Gremium ist demnach nur als Organ zu qualifizieren, wenn ihm entsprechende Aufgabenbereiche zugewiesen sind und wenn es durch die Stiftungsurkunde eingerichtet wurde, allein

727 *Arnold,* PSG, § 25 Rn. 4.
728 *Arnold*, PSG, § 22 Rn. 2.
729 *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 14a.
730 Vgl. *Arnold*, GeS 2009, S. 348 (354) m. w. N.
731 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 39, 45.
732 *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 14b; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 2.
733 *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 14c nennt bspw. den Anspruch auf Vorlage des Prüfberichts des Stiftungsprüfers (§ 21 Abs. 3 PSG), die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht ggü. Organen der Stiftung (§ 21 Abs. 2 PSG) und das Recht von Organen, gemäß § 31 Abs. 1 PSG eine Sonderprüfung zu beantragen.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die formelle Bezeichnung als Organ in der Satzung ist nicht maßgebend.[734] Eine Person oder ein Gremium erfüllt die Anforderungen des materiellen Organbegriffes, wenn ihr oder ihm Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung und/oder Leitung beziehungsweise Überwachung des Stiftungsvorstandes zukommen, wobei sich diese grundsätzlich aus der Stiftungsurkunde ergeben müssen.[735] Die Organe unterliegen nicht der Eintragungspflicht in das Firmenbuch.[736]

(2) Aufgaben

Der Aufgabenbereich der fakultativen Organe ist nicht näher bestimmt, § 14 Abs. 2 PSG spricht lediglich davon, dass die Einrichtung der Organe „der Wahrung des Stiftungszwecks" dienen soll. Anerkannt ist indes, dass die Grenzen der Gestaltungsfreiheit dort liegen, wo die zwingenden, gesetzlich vorgesehenen Aufgabenbereiche anderer Organe beginnen. Die Stiftungserklärung darf mithin der gesetzlichen Aufgabenverteilung der Organe nicht widersprechen und diese unterlaufen.[737]

Dementsprechend ist auch die generelle Bindung des Vorstands als Zentralorgan der Privatstiftung an Entscheidungen eines anderen Organs ausgeschlossen,[738] ein gewisser Grad an „weisungsgebender Funktion"[739] kann jedoch zulässig sein. Im Privatstiftungsrecht findet sich weder eine Regelung wie in § 70 Abs. 1 öAktG[740], welche die Weisungsunabhängigkeit des Vorstands begründet, noch eine Bestimmung, die § 20 öGmbHG[741] entspräche und eine umfassende Weisungsgebundenheit eines GmbH-Geschäftsführers begründet. Jedoch ist es gemäß § 17 Abs. 1 PSG Aufgabe des Vorstands, den Stiftungszweck zu erfüllen, so dass ein generelles Weisungsrecht nicht gewollt war.[742]

---

734 *Arnold*, PSG, § 15 Rn. 14c; vgl. auch *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 2; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (150 f.).

735 *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 16, 18; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (149).

736 *Arnold,* PSG, § 14 Rn. 25.

737 *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 28; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 4, 5; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (149 f.).

738 Der sogenannte „Hampelmannvorstand" bzw. „Marionettenvorstand" wäre unzulässig, vgl. *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 44; vgl. auch *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 29 ff.

739 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 45.

740 § 70 Abs. 1 öAktG: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert."

741 § 20 Abs. 1 öGmbHG: „Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrage, durch Beschluß der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind."

742 *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 9; *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 29; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (162).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Etwas anderes lässt sich auch nicht aus § 5 Satz 2 i. V. m. § 14 Abs. 2 PSG ableiten, der ein beschränktes Weisungsrecht in Bezug auf die Mittelverwendung ermöglicht. Demnach sind die Begünstigten, wenn sie sich nicht aus der Stiftungserklärung ergeben, von einer vom Stifter durch die Satzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 PSG) dazu berufenen Stelle festzustellen. Auch kann der Stelle die Entscheidung über die Höhe der Zahlung übertragen werden.[743] In ihren Entscheidungen ist die Stelle jedoch an die Vorgaben der Stiftungssatzung, insbesondere ihren Zweck, gebunden. Die Stelle gemäß § 5 Satz 2 PSG kann beispielsweise ein Beirat sein, dem dann insoweit ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zusteht.[744] Es ist mit dem Gesetz vereinbar, diesen Beirat mit Begünstigten oder deren Angehörigen zu besetzten. Entgegenstehende Vorschriften bestehen nicht. Auch eine Selbstbegünstigung muss möglich sein.[745] Es wäre beispielsweise eine Gestaltungsalternative, einer Destinatärsversammlung insoweit Einfluss auf das Ausschüttungsverhalten der Stiftung zuzubilligen. Jedoch ist zu beachten, dass der Stiftungsvorstand Leistungen an Begünstigte zur Erfüllung des Stiftungszwecks nur dann und soweit vornehmen darf, wenn dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden (§ 17 Abs. 2 Satz 2 PSG).

Ein Erst-Recht-Schluss aus der Norm ergibt, dass überall dort, wo eine Regelung wie § 5 Satz 2 PSG fehlt, die den Stifter ausdrücklich ermächtigt, eine Stelle mit der Festlegung der Begünstigten zu beauftragen, dem Vorstand also eine Weisung zu erteilen, es bei einer unabänderlichen Weisungsfreiheit des Vorstands bleibt oder allenfalls ein sehr stark eingeschränktes oder auf Teilbereiche bezogenes Weisungsrecht denkbar ist.[746] Diese Überlegung wird auch durch die Struktur der Stiftung gestützt. Im Rahmen des Kapitalgesellschaftsrechts rechtfertigen sich Weisungsbefugnisse aus der Gesellschafterstellung des Weisungsberechtigten. Gesellschafter hat die Stiftung aber gerade nicht. Zudem gehen auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage davon aus, dass es sich bei den fakultativen Organen nur um „Kontroll- und Beratungsorgane“ handeln kann. Bestünde ein Weisungsrecht, wäre dies bereits als operative Tätigkeit zu qualifizieren.[747]

Entsprechend ist auch bei der Anerkennung von Vetorechten und Zustimmungsvorbehalten Zurückhaltung geboten. Sie sind nur zulässig, soweit sie die Entscheidungsbefugnis des Vorstands nicht unterminieren. Vielmehr muss stets erkennbar sein, dass sie lediglich zur (vorbeugenden) Kontrolle dienen.[748] Die Einräumung von Beratungs-, Anhörungs-, Kontroll- und Überwachungsrechten ist hingegen ohne weiteres möglich.[749]

---

743 *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 12, 30.

744 *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 11; *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 30.

745 *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 45; a. A. *Löffler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), § 5 Rn. 15.

746 *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 11; *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 30, jeweils m. w. N.

747 So auch *Arnold,* PSG, § 14 Rn. 30 ff.; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (162 f.); beide erkennen die Möglichkeit einer Weisungsbefugnis nur sehr eingeschränkt an.

748 Vgl. *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 34 ff.; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 12 f.

749 *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 46 ff.; *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 14 ff.; *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 145 (151 f., 161 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Insbesondere: Bestellung und Abberufung des Vorstandes

Gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 PSG kann die Stiftungserklärung Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis des Stiftungsvorstands enthalten. Einem fakultativen Organ kann danach das Recht eingeräumt werden, den Vorstand zu bestellen und abzuberufen.[750] Je mehr Rechte einem fakultativen Organ aber eingeräumt werden, desto ähnlicher wird es dem Aufsichtsrat, welcher im PSG eine detaillierte Regelung erfahren hat. Grundsätzlich ist es möglich, das zusätzliche Gremium, oft als „Beirat" bezeichnet, in Kompetenz und Funktion einem Aufsichtsrat nachzuempfinden.[751] Die Frage, inwieweit die Inkompatibilitätsvorschrift des § 23 Abs. 2 PSG auf diese dann aber analog anzuwenden sind, war umstritten.[752] Gemäß § 23 Abs. 2 PSG dürfen die Mitglieder des Aufsichtsrats und deren Angehörige nicht zugleich dem Stiftungsvorstand angehören oder Stiftungsprüfer sein. Begünstigte und deren Angehörige dürfen nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen.

Im Rahmen der PSG-Novelle im Jahr 2011 hat der österreichische Gesetzgeber zur Klarstellung, nachdem die sogenannte „Beirats"-Entscheidung des OGH[753] für große Irritationen und Kritik[754] gesorgt hatte, § 14 PSG um die Absätze 3 und 4 ergänzt. Kommt einem Organ gemäß § 14 Abs. 2 PSG das Recht zu, den Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder abzuberufen, so ist für solche Entscheidungen eine Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen notwendig; wenn das Organ weniger als vier Mitglieder hat, muss der Beschluss einstimmig fallen (§ 14 Abs. 3 PSG). Zudem bestimmt § 14 Abs. 4 PSG, dass Begünstigte, deren Angehörige und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen in einem fakultativen Organ, welches den Vorstand oder eines seiner Mitglieder aus anderen Gründen als den in § 27 Abs. 2 Nr. 1 - 3 PSG genannten,[755] abberufen kann, beauftragt sind, bei dieser Entscheidung nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen darf.

Im Rahmen der sogenannten „Beirats"- Entscheidung hatte sich der OGH mit der Frage zu befassen, ob auf einen Beirat mit weitreichenden Zustimmungs- und Anhörungsrechten sowie Beratungsfunktion (aufsichtsratsähnlicher Beirat), der aus wichtigem Grund zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern befugt war, die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs. 2 Satz 2 PSG analog anzuwenden sei. Das Höchstgericht schloss sich der von Teilen der Literatur vertretenen Ansicht an, die eine analoge Anwendung bejaht. Sonst bestünde angesichts der recht unbestimmten Abberufungsgründe, welche dem Beirat einen

750 *Arnold*, PSG, § 15 Rn. 84.

751 OGH v. 05.08.2009 – Az. 6 Ob. 42/09, GeS 2009, S. 300 (301); *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 22.

752 Dafür bspw. *Micheler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 14 Rn. 22; dagegen bspw. *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 67 ff., jeweils m. w. N.

753 OGH v. 05.08.2009 – Az. 6 Ob. 42/09, GeS 2009, S. 300 ff. mit Anmerkungen *Mager.*

754 Vgl. dazu insb. *Arnold*, GeS 2009, S. 348 (354 ff.); *Arnold*, PSG, § 14 Rn. 94; § 15 Rn. 119a ff.; *Torggler* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 51 ff.; *Zollner* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 41 ff. (insb. S. 42, dort FN 4); *Jordis* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 73 ff.

755 Die dort genannten Gründe sind „grobe Pflichtverletzung", „die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben" und „die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mitglieds".

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

großen Spielraum einräumen, die Gefahr, dass „jedenfalls die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs. 2 PSG unterlaufen werden könnte, wonach die Begünstigten und deren nahe Verwandte nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein könnten; der innere Kontrollmechanismus, der die staatliche Aufsicht ersetzen soll, würde versagen."[756] So wollte der OGH auch massiven Missbräuchen der Privatstiftung entgegentreten.[757]

Wie die zeitlich spätere „Rechtsanwalts"-Entscheidung auch, warf die „Beirats"-Entscheidung viele Zweifelsfragen auf, die große Rechtsunsicherheit zur Folge hatte. Insbesondere war unklar, ab welchen einem Beirat vorbehaltenen Kompetenzen eine „Aufsichtsratsgleichheit" besteht, die die analoge Anwendung der Kompatibilitätsvorschriften erfordert. Zudem hat der OGH zu einer davor geäußerten Rechtsansicht, dass zwischen „aktuell" und „potentiell" Begünstigten zu unterscheiden sei, nicht weiter Stellung bezogen. Letztlich habe das Gericht, so wurde kritisiert, nicht klar gemacht, ob § 23 Abs. 2 PSG oder § 15 Abs. 2 PSG anzuwenden sei, so dass schnell der Ruf nach einer Klärung durch den Gesetzgeber aufkam.[758]

Diese Forderung wurde im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2011 erfüllt. Erläuternd wird anlässlich der Einführung von § 14 Abs. 3 und 4 PSG der Grundkonflikt nochmals geschildert und zusammenfassend ausgeführt: „Die stärkste Einflussmöglichkeit, die einem solchen [fakultativen] Organ in diesem Sinne zukommen kann, ist die Befugnis zur Abberufung des Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder. Dies ist zwar grundsätzlich – auch ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich erwähnt werden müsste – insofern eingeschränkt, als dass eine Abberufung nur unter der Voraussetzung des Vorliegens sachliche Abberufungsgründe erfolgen kann, weil sonst […] die Aufgabenverteilung des PSG unterlaufen würde. […] Die Einräumung einer völlig freien Abberufungsbefugnis schränkt die Geschäftsführung des Vorstandes unzulässig ein und führt im Ergebnis dazu, dass der zur Abberufung Berechtigte in alle Vorstandentscheidungen eingreifen kann; sie bringt die Gefahr mit sich, dass der Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradiert wird. […]."[759]

Mit den Bestimmungen soll also die grundsätzliche rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, das Amt des Stiftungsvorstandes einerseits und die Stellung der Begünstigen andererseits, voneinander zu trennen, durchgesetzt werden, welche ein möglichst objektives Handeln des Vorstandes bei der Vollziehung des Stifterwillens, wie er in der Stiftungserklärung zum Ausdruck gekommen ist, sichern soll.[760]

---

756 OGH v. 05.08.2009 – Az. 6 Ob. 42/09, GeS 2009, S. 300 (301).

757 Vgl. insb. *Kodek* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 61 (71).

758 *Csoklich* in *Eiselsberg* (Hrsg.), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, S. 77 (78); *Mager*, GeS 2009, S. 300 (303); *Torggler*, JBl. 2010, 336 (338 f.); *Nowotny*, RdW 2009, S. 834 (825); Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Budgetbegleitgesetzes 2011, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 40.

759 Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Budgetbegleitgesetzes 2011, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 41; vgl. detailliert zu den Änderungen *Arnold*, GeS 2011, S. 101 ff.

760 *Hochedlinger*, PSR 2011, S. 51 (52).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Deutschland

Der recht ausdifferenzierten Regelung im PSG entsprechende Vorschriften finden sich im BGB nicht. Neben dem Vorstand sind im BGB weitere Organe nicht zwingend vorgesehen. Auch die Regelungen über die Unternehmensmitbestimmung sind unabhängig von der Zahl der Arbeitnehmer nicht auf Unternehmensstiftungen, sowohl in Form der Unternehmensträger- wie auch der Beteiligungsträgerstiftung, anwendbar, denn die Stiftung zählt nicht zu den enumerativ aufgezählten Rechtsformen (AG, GmbH, KGaA, Genossenschaft, vgl. bspw. § 1 Abs. 1 MitbestG).[761] Eine Ausnahme besteht, wenn bei der Unternehmensträgerstiftung ein Gremium eingerichtet ist, welchem wesentliche Kontrollbefugnisse über die Geschäftsführung zustehen. Dieses ist dann wie ein Aufsichtsrat im Sinne des Mitbestimmungsrechts zu behandeln.[762]

Dennoch können vor allem Kontroll- und Beratungsorgane durch die Satzung eingerichtet werden.[763] Zwingend notwendig ist dabei stets, dass die für diese Organe geltenden Satzungsbestimmungen in sich und in Bezug auf die Regelungen über den Vorstand widerspruchsfrei sind, anderenfalls droht die Ablehnung der Anerkennung.[764] Regelmäßig nehmen derartige Organe Aufgaben wie die Bestellung, Abberufung und Entlastung des Vorstandes, Vertretung der Stiftung gegenüber Mitgliedern des Vorstandes, die Mitwirkung bei wichtigen Entscheidungen, wie Satzungsänderungen, die Prüfung des Wirtschaftsplanes oder Abnahme der Jahresrechnung wahr.[765] Auch ist es denkbar, ein solches Gremium über Ausschüttungen von Geldern an Destinatäre befinden zu lassen.

Bei Stiftungen besteht, wie bereits anhand der PSG-Stiftung gezeigt, aufgrund der Eigentümer- und Gesellschafterlosigkeit ein strukturelles Kontrolldefizit. Dies gilt umso mehr für die Familienstiftung, bei der in vielen Bundesländern Befreiungen von der Stiftungsaufsicht bestehen.[766] Es bietet sich daher geradezu an, ein stiftungseigenes Kontrollorgan zu installieren, welches die Rechte der Begünstigten gegenüber dem Vorstand wahrnimmt und vertritt sowie die Einhaltung des Stifterwillens, wie er sich in der Satzung manifestiert hat, überwacht. In der Praxis variieren die Bezeichnungen für derartige Gremien, gebräuchlich sind Stiftungsrat, Beirat, Kuratorium oder Aufsichtsrat. Um eine effektive Kontrolle gegenüber dem Vorstand sicherzustellen, ist das Kontrollgremium mit entsprechenden Befugnissen und Instrumenten auszustatten. Möglich ist es ebenfalls, eine „vorweggenommene" Kontrolle durch Zustimmungsvorbehalte zu gewährleisten, wobei allerdings die Abgren-

---

761 Vgl. dazu *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 177; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 108.

762 BGH v. 8.7.1982 – Az. III ZR 103/80, Stiftungen in der Rspr. III, S. 149 (152); *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 177; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 108.

763 OLG Hamburg v. 4.1.1979 – Az. 4 U 37/78, Stiftungen in der Rspr. III, S. 106 ff.; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 77; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 60; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 13; *Lück* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 91 Rn. 3, 14.

764 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 77; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 60; vgl. auch BT-Drs. 14/8765, S. 11.

765 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 80.

766 Siehe oben S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zung zwischen Kontroll- und Exekutivorgan aus Effektivitätsgründen nicht aus dem Blick verloren werden darf.[767]

Im Gegensatz zur Rechtslage in Österreich spricht nichts dagegen, derartige Gremien ausschließlich oder überwiegend mit Destinatären der Stiftung zu besetzen. Soweit es gewünscht ist, kann beispielweise eine Destinatärsversammlung eingerichtet werden, um dem besonderen Charakter der Stiftung als Familienstiftung Rechnung zu tragen. Mit welchen Kompetenzen der Stifter diese zweckmäßigerweise ausstattet, ist eine Frage des Einzelfalls.

c. Zusammenfassung

Abermals zeigt sich, dass die deutsche Rechtslage Stiftern weitreichendere Gestaltungsmöglichkeiten einräumt, als dies in Österreich der Fall ist. Die strengen Inkompatibilitätsvorschriften des PSG, welche im Zuge einer sehr restriktiven OGH-Judikatur jüngst konkretisiert wurden, schließen maßgeblichen Einfluss durch Begünstigte, deren Angehörige und andere verbundene Personen auf den Stiftungsvorstand nach dem Entstehen aus. Dies kann sowohl als Vor- oder auch als Nachteil betrachtet werden. Auf der einen Seite ist es wünschenswert – gerade in Bezug auf Familienstiftungen – einen gewissen Einfluss über das erworbene, nun in der Stiftung befindliche Vermögen zu wahren. Anderseits ist dies mit dem Wesen der Stiftung aber nur schwerlich vereinbar, denn maßgeblich ist allein der Stifterwille, wie er sich in der Stiftungsurkunde manifestiert hat. Bedenkt man, dass Familienstiftungen in Deutschland oft von der Stiftungsaufsicht befreit sind, wird man schnell ein strukturelles Kontrolldefizit erkennen, welches der Stifter durch entsprechende Satzungsvorkehrungen auszugleichen bemüht sein sollte, sofern dies gewünscht ist.[768]

3. Ergebnis

Im Besonderen ist bei Familienstiftungen nach österreichischer Rechtslage ein Einfluss des Stifters und seiner Angehörigen sehr stark zurückgedrängt, was eine Umsetzung des objektivierten Stifterwillens garantieren soll. In Deutschland lassen sich die gleichen Ergebnisse im Wege einer vorausschauenden Satzungsgestaltung erreichen. Die österreichischen Regelungen werden der Eigenart der Stiftung, die gerade keine körperschaftlich geprägte Gesellschaft ist, indes besser gerecht.

Bemerkenswert ist allerdings, dass in Deutschland – im krassen Gegensatz zur Diskussion in Österreich – unter dem Stichwort *Foundation Governance* in Zusammenhang mit gemeinnützigen Stiftungen gerade als Ausgleich für die strukturellen Kontrollprobleme, welche aufgrund der Eigentümer- und Mitgliederlosigkeit auftreten, zum Teil gefordert wird, die Rolle des Stifters[769] oder die Rolle

---

767 *Lück* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 91 Rn. 19; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 81 ff.

768 In diese Richtung auch *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 167 f.

769 *v. Hippel*, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, S. 55; *Koos* in *Hopt/v. Hippel/Walz* (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 197 (205 f.); *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 455 ff. zeigt Gestaltungsmöglichkeiten auf.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Destinatäre[770] zu stärken. In Anlehnung an die ökonomische „agency"-Theorie wird in diesem Zusammenhang von einem „Prinzipal-Agent-Konflikt" gesprochen. Diese Theorie findet Anwendung, wenn eine Person (der „Agent") im Auftrag einer anderen Person (dem „Prinzipal") tätig wird und geht von der Grundannahme aus, dass zwischen „Agent" und „Prinzipal" eine asymmetrische Informationsverteilung und ein Interessenkonflikt vorliege, wobei letzteres auf der volkwirtschaftlichen Grundannahme fußt, sowohl „Prinzipal" wie auch „Agent" seien rationale Nutzenmaximierer. Dies führt dazu, dass der „Agent" nicht zwingend im Interesse des „Prinzipals" handeln muss.[771]

Richtigerweise sind allerdings weder Stifter noch Destinatär in der Rolle des Prinzipals. Der Destinatär nicht, weil er lediglich durch den Stifter berufener Begünstigter ist und dies nicht Folge einer eigenen Entscheidung ist; der Stifter hingegen kommt als Prinzipal nicht in Frage, denn nach Anerkennung der Stiftung ist diese aus seinem Einwirkungsbereich entlassen.[772] Richtigerweise ist daher allein der im Stiftungszweck verstetigte Stifterwillen maßgeblich.[773] Allein ihm muss sich das Handeln des Stiftungsvorstandes unterordnen, allein er ist Richtschnur für das Gebaren der Stiftung. Da das BGB keine Kontrollmechanismen vorsieht und die Stiftungsaufsicht im Bereich der Familienstiftungen oft weit zurückgedrängt ist, ist es also im Interesse des Stifters, durch entsprechende Satzungsgestaltung die Erfüllung seines zum Stiftungszweck verfestigten Willens durchzusetzen und eine entsprechende Kontrolle zu gewährleisten. Die Rechtslage in Österreich trägt diesen Erwägungen bereits verpflichtend Rechnung, wie jüngst in der erwähnten PSG-Novelle deutlich zum Ausdruck gekommen ist.

Insgesamt zeigt sich, dass die BGB-Stiftung das bei weitem gestaltungsfreundlichere Modell zur Verfügung stellt. Rechtspolitisch ist dies zwar wegen des drohenden Kontrolldefizits ein wenig erfreulicher Befund, jedoch kann die Kautelarpraxis den Wünschen des Stifters weitgehend entsprechen. Das Wesen der Stiftung bedingt es gerade, dass das verselbstständigte Vermögen nur dem in der Satzung niedergelegten Zweck dient. Die Gefahr, dass Vorstände von dieser Maxime abweichen wenn sie gleichzeitig Begünstigte der Stiftung sind, ist vorhanden. Diese Konstellation ist bei Familienstiftungen typisch; paradoxerweise ist die Motivation der Errichtung einer solchen jedoch nicht selten, den Begünstigten den Einfluss auf das Vermögen zu nehmen.[774]

---

770 *Wagner/Walz*, Zweckerfüllung gemeinnütziger Stiftungen durch zeitnahe Mittelverwendung und Vermögenserhaltung, S. 11, 45 f.; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 466 ff. zeigt Gestaltungsmöglichkeiten auf.

771 Vgl. näher dazu: *Thymm*, Das Kontrollproblem der Stiftung und die Rechtsstellung der Destinatäre, S. 37 f.; *Koos* in *Hopt/v. Hippel/Walz* (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 197 (197 ff.).

772 So auch: *Thymm*, Das Kontrollproblem der Stiftung und die Rechtsstellung der Destinatäre, S. 72 ff.; *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung, S. 127; *Jacob*, Schutz der Stiftung, S. 207.

773 So auch *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 86 Rn. 21, welche die treuhänderische Funktion des Vorstandes hervorheben; ähnlich *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 86 Rn. 15 f.

774 Siehe dazu S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Entstehung der Stiftung

Gemäß § 80 Abs. 1 BGB sind zur Entstehung der Stiftung das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die zuständige Behörde notwendig. Beim Stiftungsgeschäft handelt es sich um eine Willenserklärung, die auf Errichtung einer Stiftung gerichtet ist.[775] § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB schreibt vor, dass die Stiftung im Rahmen des Stiftungsgeschäftes auch eine Satzung erhalten muss und stellt Mindestvoraussetzungen für diese auf. Dem ist die Situation in Österreich nicht unähnlich. Gemäß § 7 Abs. 1 PSG wird die Privatstiftung durch eine Stiftungserklärung errichtet, für die § 9 PSG gewisse Mindestvoraussetzungen aufstellt, die denen des § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB ähneln. Die Privatstiftung entsteht durch die Eintragung in das Firmenbuch.

I. Stiftungsgeschäft

Das Stiftungsgeschäft kann sowohl in Deutschland wie auch in Österreich in zwei Erscheinungsformen auftreten: Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden, welches in § 81 BGB und § 7 PSG geregelt wird und das Stiftungsgeschäft von Todes wegen, geregelt in § 83 BGB und § 8 PSG. Beide Ausformungen unterscheiden sich in ihren Anforderungen; dem Stiftungsgeschäft kommt jedoch, ob es nun unter Lebenden getätigt wird oder von Todes wegen erfolgt, überragende Bedeutung zu: Es ist der Grundstein einer jeden Stiftung, denn es verkörpert den Willen des Stifters in den Formen des Rechts und legt die wesentlichen Elemente der Stiftungsorganisation fest.[776]

Das Stiftungsgeschäft besteht nach der zutreffenden herrschenden Meinung aus zwei Teilen; erstens einem vermögensrechtlichen, der die sachliche Ausstattung der Stiftung mit Mitteln des Stifters oder eines Dritten regelt, und zweitens einem organisationsrechtlichen, der auf die Errichtung einer juristischen Person zielt.[777] Dabei wird das Ausstattungsversprechen des Stifters nach deutschem Recht seit der Stiftungsrechtsreform entgegen der früheren überwiegenden Ansicht nun überwiegend mit Verweis auf den Wortlaut von § 81 Abs. 1 Satz 2 BGB als zwingendes Element des Stiftungsgeschäftes betrachtet.[778] Dem entspricht die Rechtslage in Österreich, auch hier wird zwischen einem organisations- und

---

775 Vgl. *Schlüter* in *Henssler/Strohn* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, § 81 BGB Rn. 1.

776 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 2; *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 85 Rn. 2; bzgl. PSG-Stiftungen: *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 7 Rn. 1; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (28).

777 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 17; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 3; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 20 ff.; *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5 § 79 Rn. 118; a. A.: *Muscheler,* ZEV 2003, S. 41 (42 f.).

778 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 12; *Jacob*, Schutz der Stiftung, S. 149 f.; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 79; vorzugswürdige a. A. bzgl. des dt. Rechts dagegen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 19; *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 79 Rn. 196.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vermögensrechtlichem Teil unterschieden.[779] Hier ergibt sich – im Gegensatz zur deutschen Rechtslage – zudem unzweifelhaft aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass der Stifter ein Ausstattungsversprechen abgeben muss.[780] In Bezug auf Familienstiftungen wird dieser Frage jedoch regelmäßig keine Bedeutung zukommen.

1. Unter Lebenden

Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf die Errichtung einer Stiftung gerichtet ist, die den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre weitgehend folgt.[781] § 81 Abs. 1 BGB sieht die schriftliche Form vor, § 39 Abs. 1 PSG legt demgegenüber fest, dass Stiftungserklärungen durch Notariatsakt beurkundet werden müssen. Die Auslegung richtet sich grundsätzlich nach dem wahren Willen des Stifters, allerdings wird er mit Anerkennung der Stiftungssatzung objektiviert und ist dann anhand der Stiftungssatzung nach objektiven Maßstäben zu ermitteln.[782] Es handelt sich bei dem Stiftungsgeschäft nicht um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft, der Stifter kann sich also vertreten lassen.[783] Stifter von BGB-Stiftungen müssen zur wirksamen Abgabe der Stiftungserklärung grundsätzlich voll geschäftsfähig sein.[784] Im österreichischen Recht kann auch der Minderjährige oder sogar ein nasciturius als Stifter fungieren, die gesetzlichen Vertreter sind dabei prinzipiell zur Abgabe der Stiftungserklärung berechtigt, allerdings bedarf es der Zustimmung durch das Pflegschaftsgericht (§ 154 Abs. 3 ABGB).[785] Dies hat wegen der weitgehenden Einflussrechte des Stifters Bedeutung, denn gemäß § 3 Abs. 3 PSG gehen die Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten, nicht auf seine Rechtsnachfolger über.

---

779 *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 9 Rn. 3; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (33); *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 41.

780 § 1 Abs. 1 PSG: Die Privatstiftung […] ist ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist […]; § 9 Abs. 1 Nr. 1 PSG: Die Stiftungserklärung hat jedenfalls zu enthalten: 1. die Widmung des Vermögens; vgl. auch Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 7.

781 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 1; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 4; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 11. Bzgl. PSG-Stiftungen: *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 19; *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 7 Rn. 2; *Arnold*, PSG, § 7 Rn. 1.

782 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 13; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 12; *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 85 Rn. 20.; bzgl. PSG-Stiftungen: *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (29).

783 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 9; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 8; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 10. bzgl. PSG-Stiftungen: *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 7 Rn. 4; *Arnold*, PSG, § 7 Rn. 16.

784 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 6; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 9; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 7.

785 *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 7 Rn. 4; *Arnold*, PSG, § 3 Rn. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Von Todes wegen

§ 83 BGB und § 8 PSG stellen klar, dass eine Stiftung auch von Todes wegen errichtet werden kann. Dies ist keine Selbstverständlichkeit, denn die Stiftung erlangt Rechtsfähigkeit erst durch ihre Anerkennung beziehungsweise Eintragung in das Firmenbuch und könnte dementsprechend – fehlte es an den besagten Spezialregelungen – nicht Erbin oder Vermächtnisnehmerin sein, denn sie wäre nicht rechtsfähig. Zudem ergeben sich weitere Besonderheiten, wenn eine Stiftung von Todes wegen errichtet wird, insbesondere kann der Stifter die Errichtung „seiner" Stiftung nicht mehr selbst vorantreiben und eventuelle Mängel des Stiftungsgeschäfts beheben.[786] Um diesen Besonderheiten angemessen Rechnung zu tragen, enthalten § 83 BGB und § 8 PSG entsprechende Regelungen.

Sowohl in Österreich wie auch in Deutschland ist das Stiftungsgeschäft eine letztwillige Verfügung. Wie das Stiftungsgeschäft unter Lebenden besteht es aus einem organisations- und einem vermögensrechtlichen Teil. Der Vermögenserwerb vollzieht sich nach den üblichen erbrechtlichen Bestimmungen. Hier sind insbesondere Erbschaft oder Vermächtnis zu nennen, so dass erbrechtliche Sondervorschriften unter anderem bezüglich der Form, Ausschluss der Vertretung und der Testierfähigkeit gelten.[787] Im Unterschied zur Stiftung unter Lebenden kann eine Stiftung von Todes wegen, die nach dem PSG errichtet wird, nur einen Stifter haben (§ 3 Abs. 1 Satz 2 PSG). Der Gesetzgeber möchte mit dieser Regelung erbrechtliche Probleme (verschiedene Todeszeitpunkte der Stifter und deshalb notwendige Übertragungsbestimmungen) vermeiden. Zudem bestehe kein Bedarf für eine Stiftung von Todes wegen durch mehrere Stifter.[788]

§ 83 Satz 1 BGB verpflichtet das Nachlassgericht, der Stiftungsbehörde zwecks Anerkennung die Stiftungserrichtung von Todes wegen mitzuteilen, falls die Anerkennung nicht von dem Erben oder dem Testamentsvollstrecker beantragt wird. Genügt das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht, muss die Stiftungsbehörde der Stiftung vor der Anerkennung eine Satzung geben oder eine unvollständige Satzung ergänzen. Gemäß § 8 Abs. 2 PSG ist ein gegebenenfalls im Rahmen des Stiftungsgeschäftes bestellter Stiftungsvorstand im Verlassenschaftsverfahren[789] zu bestellen. Er kann dann die Eintragung der Stiftung betreiben. Fehlt eine solche Bestellung oder ist eine Eintragung aus anderem Grunde in angemessener Zeit nicht zu erwarten, hat das Gericht gemäß § 9 Abs. 3 PSG einen Stiftungskurator zu bestellen. Dieser muss für das Entstehen der Privatstiftung Sorge tragen und erforderlichenfalls den ersten Stiftungsvorstand und gegebenenfalls einen Aufsichtsrat bestellen. Bis zur Bestellung des Stiftungsvorstands ist es die Aufgabe des Kura-

---

786 Vgl. bzgl. BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 83 Rn. 1; bzgl. PSG-Stiftungen: *Schauer* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 107 (108).

787 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 83 Rn. 3; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 83 Rn. 1; *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 85 Rn. 29 ff.; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 66; bzgl. PSG-Stiftungen: *Schauer* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 107 (108); *Arnold*, PSG, § 8 Rn. 10.

788 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 12.

789 Vgl. dazu *Perscha/Stögner*, ZErb 2008, S. 375 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tors, die Ansprüche aus der Stiftungserklärung geltend zu machen und das gewidmete Vermögen zu verwalten. Ist die Stiftungserklärung hinsichtlich Form oder Inhalt mangelhaft, liegt keine gültige Stiftungserklärung vor. Im Grundsatz muss der Stiftungsvorstand versuchen, das Eintragungshindernis zu beseitigen (§ 33 Abs. 1 PSG). Ist dies nicht möglich, sind aber wenigstens die allgemeinen Anforderungen an letztwillige Verfügungen erfüllt, ist zu versuchen, dem Stifterwillen im Wege der Umdeutung möglichst nahe zu kommen.[790]

3. Widerruf des Stiftungsgeschäfts

Sowohl die österreichische wie die deutsche Rechtsordnung sehen ausdrücklich die Möglichkeit des Stifters vor, das Stiftungsgeschäft zu widerrufen. Allerdings unterscheidet sich der Widerruf in beiden Ländern in Voraussetzungen und Rechtsfolgen erheblich.

a. Deutschland

Ausdrücklich sieht § 81 Abs. 2 BGB die Möglichkeit des Stifters vor, das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bis zur Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig zu widerrufen. Der Widerruf, welcher auch nur einen Teil des Stiftungsgeschäfts betreffen kann, ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Stifter vor Beantragung der Anerkennung jederzeit abgeben kann. Vertretung ist möglich. Als Widerruf genügt jede nach außen erkennbare Willensbekundung des Stifters, aus der sich schließen lässt, dass er an dem Stiftungsgeschäft nicht weiter festhalten möchte, wie die Vernichtung der Errichtungsurkunde oder das anderweitige Verfügen über das der Stiftung zugedachte Vermögen. Nach Beantragung der Anerkennung ist der Widerruf gegenüber der zuständigen Behörde zu erklären. Sind an dem Stiftungsgeschäft mehrere Stifter beteiligt, so kann jeder für sich widerrufen, ein vertraglicher Ausschluss des Widerrufsrechts ist nicht möglich.[791] Weiter als das in § 81 Abs. 2 BGB geregelte Widerrufsrecht reicht auch ein Satzungsvorbehalt des Stifters nicht.[792] Nach Anerkennung der Stiftung ist also ein Widerruf nicht möglich. Gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 BGB ist der Erbe des Stifters zum Widerruf nicht berechtigt, wenn der Stifter den Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt oder im Falle der notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Antragstellung betraut hat.

Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen wird nach den erbrechtlichen Grundsätzen behandelt und ist grundsätzlich frei widerruflich, wobei die entsprechenden Formvorschriften zu beachten sind. Den Erben des Stifters steht jedoch kein Widerrufsrecht zu.[793]

---

790 *Arnold*, PSG, § 8 Rn. 9; *Schauer* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 8 Rn. 12.

791 Vgl. *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 69 ff.; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 45 ff.; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 55 ff.

792 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 55.

793 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 83 Rn. 21 f., *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 83 Rn. 15; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), § 6 Rn. 100; bei allen auch Hinweise zu den Besonderheiten bzgl. gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträgen.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Österreich

Das Privatstiftungsgesetz sieht zwei verschiedene Arten des Widerrufes vor. Zunächst ist ein Widerruf vor Entstehung der Stiftung möglich. Im Unterschied zu den meisten anderen Rechtsordnungen kann der Stifter die Privatstiftung allerdings unter bestimmten Voraussetzungen auch widerrufen, nachdem sie entstanden ist.

aa. Widerruf vor Entstehung der Privatstiftung

§ 33 Abs. 1 Satz 1 PSG bestimmt, insoweit gleicht die Situation dem deutschen Recht, dass vor dem Entstehen der Privatstiftung der Stifter die Stiftungserklärung jederzeit widerrufen und abändern kann. Der Wortlaut unterscheidet nicht zwischen dem Stiftungsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen, so dass die Regelung für beide gleichermaßen gilt.[794] Ist dagegen bei mehreren Stiftern ein Stifter weggefallen, kann die Stiftungserklärung nicht widerrufen werden (§ 33 Abs. 1 Satz 2 PSG). Die Stiftung ist also vor dem Entstehen frei widerruflich, besondere Voraussetzungen müssen nicht erfüllt sein, insbesondere muss sich der Stifter den Widerruf nicht in der Stiftungserklärung vorbehalten haben. Es handelt sich dabei um eine einseitige Willenserklärung, die dem ersten Stiftungsvorstand vor Eintragung zugehen muss und die notariell zu beurkunden ist.[795]

bb. Widerruf nach Entstehung der Stiftung

Von dem Widerruf gemäß § 33 PSG vor der Entstehung der Privatstiftung ist die Widerrufsmöglichkeit des § 34 PSG zu unterscheiden. Danach kann eine Privatstiftung auch nach Entstehung von dem Stifter widerrufen werden, wenn er sich den Widerruf in der Stiftungserklärung vorbehalten hat, wobei das Widerrufsrecht nicht nachträglich in die Satzung aufgenommen werden kann.[796] Das Widerrufsrecht ist nicht an Voraussetzungen gebunden, der Stifter kann es also völlig frei ausüben, wobei es ihm aber möglich ist, es inhaltlich und zeitlich durch eine entsprechende Satzungsbestimmung zu beschränken.[797]

Hat die Privatstiftung mehrere Stifter, können sie ihr Widerrufsrecht – mangels anderer Satzungsbestimmung – nur gemeinsam ausüben (§ 3 Abs. 2 PSG). Entgegen den allermeisten anderen Rechtsordnungen muss sich der Stifter einer Privatstiftung seines Vermögens also nicht vollständig entledigen, er kann sich selbst eine Rückholmöglichkeit einräumen.[798] Diese Möglichkeit bezieht sich jedoch nur auf die Stiftung unter Lebenden, denn bei der Stiftung von Todes wegen, die gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 PSG nur einen Stifter haben darf, lebt der Stifter nach dem Entstehen der Stiftung nicht mehr. Der Widerruf ist gegenüber dem Stiftungsvorstand zu erklären, welcher daraufhin einen Auflösungsbeschluss fassen muss (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 PSG). Es handelt sich um eine einseitige Willenserklärung, die

---

794 *Schauer* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 107 (108).

795 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 38 ff.; *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 9 ff.

796 *Arnold*, PSG, § 34 Rn. 5.

797 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 5; *Arnold*, PSG, § 34 Rn. 9.

798 Detailliert zum Trennungs- und Erstarrungsprinzip *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 171 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beurkundet werden muss.[799] Die Abwicklung richtet sich nach § 36 PSG. Gemäß § 36 Abs. 4 PSG ist der Stifter im Falle eines Widerspruchs Letztbegünstigter, wenn in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist.

Grundsätzlich ermöglicht die Widerrufsmöglichkeit dem Stifter, ein vollstreckungssicheres Sondervermögen zu schaffen, was unter Gläubigerschutzgesichtspunkten als problematisch zu bewerten ist.[800] Allerdings ist zu bedenken, dass das Widerrufsrecht beziehungsweise das Liquidationsguthaben des Stifters als Letztbegünstigter (§ 36 Abs. 4 PSG) nach Rechtsprechung und überwiegender Ansicht im Schrifttum gemäß §§ 331 ff. EO[801] pfändbar ist.[802]

4. Zusammenfassung

Die Ausgestaltungen des Stiftungsgeschäfts sind in Österreich wie in Deutschland sehr ähnlich. Beide Rechtsordnungen sehen eine Stiftungserrichtung unter Lebenden und von Todes wegen vor, Unterschiede sind nur marginaler Natur und dürften die Entscheidung, ob man eine BGB-Stiftung oder eine PSG-Stiftung als Instrument für die Nachfolgegestaltung nutzt, nicht beeinflussen. In einem entscheidenden Punkt ist das österreichische Recht flexibler: Der Stifter hat, wenn er die Satzung entsprechend gestaltet, die Möglichkeit, die Stiftung nach Entstehung zu widerrufen und auf diesem Wege das Vermögen der Stiftung wieder in sein Privatvermögen zu transferieren. Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland muss er sich also nicht endgültig von seinen Vermögenswerten trennen. Dies kann ein wesentlicher Gesichtspunkt sein, der für die PSG-Stiftung in Abwägung zur BGB-Stiftung spricht, denn im Bedarfsfall kann der Stifter vor seinem Ableben seine Nachfolgeangelegenheiten neu regeln und begibt sich nicht zwingend seines Einflusses über die Stiftung. Allerdings wirkt sich diese Beschränkung auch im Punkte „Asset Protection“[803] aus, denn die Widerrufsmöglichkeit eröffnet Gläubigern des Stifters die Möglichkeit, sich letztlich am Stiftungsvermögen zu befriedigen.

II. Die Satzung

Die Verfassung einer Stiftung ist, soweit sie nicht auf Vorschriften des BGB oder des PSG beruht, durch das Stiftungsgeschäft bestimmt (§ 85 BGB, ähnlich § 7 Abs. 1 i. V. m. § 9 PSG).[804] Verfassung meint in diesem Zusammenhang die Grundordnung der Stiftung, ins-

---

799 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 6; *Arnold*, PSG, § 34 Rn. 6, 15.

800 Vgl. dazu *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 7.

801 Dieser Abschnitt der Exekutionsordnung regelt die Zwangsvollstreckung in „andere Vermögensrechte“.

802 OGH v. 26.4.2006 – Az. 3 Ob 217/05s, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 141; OGH v. 26.4.2006 – Az. 3 Ob 16/06h, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 142; *Arnold*, PSG, § 34 Rn. 16; *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 7; a. A. *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (279), der dies mit der Unübertragbarkeit des Widerrufsrechts begründet, siehe dazu S. 151 f.

803 Siehe dazu S. 142.

804 Zwar enthält der Wortlaut von § 85 BGB noch die Wendung „Bundes- und Landesrecht“, doch ist nach der Stiftungsrechtsreform angesichts einer abschließenden bundeseinheitlicher Regelung

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

besondere also Zweck und Organisation.[805] Sie wird durch die Satzung bestimmt; darunter ist der Inbegriff aller Normen zu verstehen, aus denen sich die Grundordnung der Stiftung ergibt.[806]

Sowohl das BGB wie auch das PSG stellen gewisse Mindestanforderungen an die Satzung. Bezüglich der Rechtslage in Österreich ist zu beachten, dass der Stifter eine Stiftungszusatzurkunde errichten kann. Obwohl der Stifterwillen dem Grunde nach in der Satzung versteinert ist, stellt sich stets die Frage, unter welchen Voraussetzungen in welchem Umfang Satzungsänderungen möglich sind.

1. Erstfassung der Satzung

Die Satzung bestimmt die Organisationsstruktur und das Wesen der Stiftung, sie ist, dass gilt für die deutsche wie die österreichische Rechtslage, mit „der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag einer Handelsgesellschaft vergleichbar“[807]. Durch das Stiftungsgeschäft, der Geburtsstunde einer Stiftung, muss die Stiftung daher zwingend eine Satzung erhalten (§ 81 Abs. 1 Satz 2 BGB; ähnlich § 7 Abs. 1 i. V. m. § 9 PSG). Der Stifter legt darin seinen Willen über die Lebensgrundlagen der Stiftung, besonders Zweck, Vermögen und Organisationsstruktur, fest.[808]

a. Deutschland

Der Gesetzgeber ging mit der überwiegenden Ansicht davon aus, dass eine Stiftung „eine zur Verfolgung eines durch das Stiftungsgeschäft festgelegten Zwecks geschaffene und mit einem dafür dauerhaft gewidmeten Vermögen ausgestattete mitgliederlose Organisation ist, die auf Dauer angelegt und durch die Einsetzung von Organen befähigt ist, im Rechtsverkehr selbständig aufzutreten und insbesondere Rechte zu erwerben und Verpflichtungen einzugehen“ und hat nach dieser Maßgabe die gesetzlichen Mindestanforderungen, welche an eine Stiftungssatzung zu stellen sind, nur sehr zurückhaltend geregelt.[809] Im selben Zusammenhang wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ausführliche und detaillierte Bestimmungen im Einzelfall möglich und geboten sind, doch „alles das, was nicht für den Bestand als juristische Person unverzichtbar ist, muss der privatautonomen Entschei-

---

kaum noch Raum für abweichende Landesgesetze, vgl. *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 32 m. w. N.

805 Vgl. bzgl. BGB-Stiftungen: *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 116; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 1; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 31, § 85 Rn. 1 ff., bzgl. PSG-Stiftungen: *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 9 Rn. 2; *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 24; *Arnold*, PSG, § 9 Rn. 1.

806 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 4.

807 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 12.

808 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (28).

809 BT-Drs. 14/8765, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dung des Stifters überlassen bleiben".[810] § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB schreibt demgemäß lediglich vor, dass die Stiftungssatzung Regelungen über Namen (Nr. 1)[811] und Sitz (Nr. 2)[812] der Stiftung sowie Zweck (Nr. 3)[813], Vermögen (Nr. 4)[814] und Bildung des Vorstandes (Nr. 5)[815] enthalten muss.

b. Österreich

Wie auch in Deutschland bildet die Satzung die Rechtsgrundlage einer Stiftung.[816] Allerdings hat der Stifter die Möglichkeit, neben der Satzung eine Stiftungszusatzurkunde errichten. So kann seinen Geheimhaltungsbedürfnissen Rechnung getragen werden.

aa. Stiftungserklärung

§ 9 Abs. 1 PSG enthält eine Aufstellung des Mindestinhalts der Satzung, der Voraussetzung für die Eintragung der Stiftung in das Firmenbuch ist. Wie in Deutschland muss die Stiftungserklärung mindestens die Widmung des Vermögens (Nr. 1)[817], den Stiftungszweck (Nr. 2)[818], den Namen[819] und den Sitz[820] der Privatstiftung (Nr. 4) enthalten. Darüber hinaus muss zwingend die Bezeichnung des Begünstigten oder die Angabe einer Stelle, die den Begünstigten festzustellen hat (Nr. 3)[821], der Name sowie die für die Zustellungen maßgebliche Anschrift des Stifters (Nr. 5) und die Angabe, ob die Privatstiftung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit errichtet wird (Nr. 6), enthalten sein. Der Inhalt ist sehr knapp gefasst, Regelungen über bedeutsame Umstände für die Stiftung, beispielsweise wie der Vorstand

---

810 BT-Drs. 14/8765, S. 10.

811 Ausführlich dazu *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 86 Rn. 1 ff.

812 Ausführlich dazu *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, § 86 Rn. 18 ff.

813 Siehe oben S. 53 ff.

814 Siehe oben S. 84 ff.

815 Siehe oben S. 98 ff.

816 Im PSG finden sich die Begriffe „Stiftungserklärung", „Stiftungsurkunde" und „Stiftungszusatzurkunde"; § 10 Abs. 1 PSG ist zu entnehmen, dass der Begriff „Stiftungserklärung" „Stiftungsurkunde" und „Stiftungszusatzurkunde" zusammenfasst, vgl. zur Terminologie *Arnold*, PSG, § 10 Rn. 2 ff.

817 Siehe oben S. 84 ff.

818 Siehe oben S. 53 ff.

819 § 2 PSG lautet: Der Name einer Privatstiftung hat sich von allen im Firmenbuch eingetragenen Privatstiftungen deutlich zu unterscheiden; er darf nicht irreführend sein und muss das Wort „Privatstiftung" ohne Abkürzung enthalten; vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 2 Rn. 1 ff.; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 2 Rn. 1 ff.

820 Gemäß § 1 Abs. 1 a. E. muss die Privatstiftung „ihren Sitz im Inland" haben; näher dazu *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 1 Rn. 78 ff.; *Arnold*, PSG, § 1 Rn. 22 ff.

821 Detailliert dazu *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 21 ff.; *Löffler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 9 Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestellt werden soll, müssen nicht enthalten sein. Fehlen Bestimmungen hierzu, kommen die im PSG vorgesehenen Verfahren zur Anwendung.[822]

Die Stiftungserklärung kann darüber hinaus gemäß § 9 Abs. 2 PSG insbesondere enthalten: Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis des Stiftungsvorstands (Nr. 1)[823], Regelungen über die Bestellung, Abberufung und Funktionsdauer des Stiftungsprüfers (Nr. 2)[824], Regelungen über die Bestellung des Gründungsprüfers (Nr. 3), die Einrichtung eines Aufsichtsrates oder weiterer Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks und die Benennung von Personen, denen besondere Aufgaben zukommen (Nr. 4)[825], im Fall der notwendigen oder sonst vorgesehenen Bestellung eines Aufsichtsrates Regelungen über dessen Bestellung, Abberufung und Funktionsdauer (Nr. 6), die Angabe, dass eine Stiftungszusatzurkunde errichtet ist oder werden kann (Nr. 7), den Vorbehalt des Widerrufs der Privatstiftung (Nr. 8)[826], Regelungen über die Vergütungen der Stiftungsorgane (Nr. 9), die nähere Bestimmung des Begünstigten oder weiterer Begünstigter (Nr. 10), die Festlegung eines Mindestvermögenstandes, der durch Zuwendungen an Begünstigte nicht geschmälert werden darf (Nr. 11), die Bestimmung eines Letztbegünstigten (Nr. 12)[827], Regelungen über die innere Ordnung von kollegialen Stiftungsorganen (Nr. 13) und die Widmung und Angabe eines weiteren, das Mindestvermögen übersteigenden Stiftungsvermögens (Nr. 14). Aus der Formulierung „insbesondere" ergibt sich, dass der Stifter auch noch weitere Regelungen in die Satzung aufnehmen kann.[828]

bb. Stiftungszusatzurkunde

Wenn der Stifter in der Stiftungsurkunde die Angabe aufgenommen hat, dass eine Stiftungszusatzurkunde errichtet ist oder werden kann (§ 9 Abs. 2 Nr. 7 PSG), kann er eine solche errichten. Die Stiftungsurkunde muss in beglaubigter Abschrift gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 1 PSG bei der Anmeldung der Privatstiftung dem Firmenbuchgericht vorgelegt werden. Sie wird gemäß § 12 Abs. 1 FBG in die Urkundensammlung aufgenommen und kann danach gemäß § 33 FBG öffentlich eingesehen werden. Die Stiftungszusatzurkunde ist im Unterschied dazu nicht vorzulegen; bestimmte Angaben unterliegen damit also nicht der grundsätzlich im PSG vorgesehenen Publizität. Die Regierungsbegründung rechtfertigt dies mit dem Argument, an bestimmten Angaben bestehe kein gerechtfertigtes Interesse der Öffentlichkeit.[829] Gemäß § 10 Abs. 2 PSG können in die Stiftungszusatzurkunde Regelungen, die über § 9 Abs. 1 PSG und § 9 Abs. 2 N. 1 bis 8 PSG hinausgehen, aufgenommen

822 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (31).
823 Siehe oben S. 94 ff.
824 Siehe oben S. 104 ff.
825 Siehe oben S. 105 ff.
826 Siehe oben S. 118 f.
827 Letztbegünstigter ist gemäß § 6 PSG derjenige, dem ein nach Abwicklung der Privatstiftung verbleibendes Vermögen zukommen soll.
828 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 30.
829 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden. Nicht in die gemeine Stiftungszusatzurkunde dürfen also Regelungen aufgenommen werden, an deren Kenntnis ein gerechtfertigtes Interesse des Rechtsverkehrs besteht.[830]

Zwischen Stiftungs- und Stiftungszusatzurkunde gibt es allerdings kein Rangverhältnis, der Stiftungsvorstand hat beide gleichermaßen zu beachten; ergeben sich jedoch Widersprüche zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde, so ist, wenn sich diese auf Regelungen mit Außenwirkung beziehen, den in der Stiftungsurkunde enthaltenen der Vorrang einzuräumen.[831]

2. Satzungsänderungen

Die Stiftung ist eine Rechtsform, die dem Grunde nach für die Ewigkeit angelegt ist. Gerade dieser Umstand führt indes zu einer – oft als Nachteil empfundenen – gewissen Inflexibilität und unter Umständen dem Erfordernis, die Satzung, die den Maßstab für das Handeln der Stiftungsorgane bildet, von Zeit zu Zeit den aktuellen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen anpassen zu müssen.[832] Bei einer Familienstiftung kann beispielsweise aufgrund eines geänderten Verhältnisses des Stifters zu den Destinatären der Stiftung, die typischerweise seine Nachkommen sein werden, die Notwendigkeit einer Satzungsänderung entstehen.

a. Deutschland

Eine ausdrückliche Regelung über Zulässigkeit und Voraussetzungen für Änderungen der Satzung einer Stiftung enthält das BGB nicht; enthalten sind lediglich Bestimmungen über die Erstfassung, also die Schaffung der Satzung (§ 81 Abs. 1 Satz 3 BGB[833]) und über die Zweckänderung beziehungsweise die Aufhebung der Stiftung durch die Behörde (§ 87 BGB). § 85 BGB legt indes fest, dass die Verfassung einer Stiftung, soweit sie nicht auf Bundes- oder Landesrecht beruht, durch das Stiftungsgeschäft bestimmt wird. Im Grundsatz können also Regelungen zur Änderung der Satzung in selbige aufgenommen werden, subsidiär kommen bundes- und landesrechtliche Vorschriften zur Anwendung. Dabei kommen Änderungen durch die Stiftungsaufsicht ebenso in Betracht wie Änderungen durch Organe der Stiftung.

aa. Änderungskompetenz der Stiftungsbehörde

Gemäß § 87 BGB können die Stiftungsbehörden einer Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben, wenn der Stiftungszweck unmöglich geworden ist oder er das Gemeinwohl gefährdet. Bei der Umwandlung des Zwecks soll der historische Stifterwil-

---

830 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 31.

831 Vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 10 Rn. 7 f.

832 Bzgl. BGB-Stiftungen statt vieler *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 89 Rn. 1; bzgl. PSG-Stiftungen: *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (268).

833 Siehe oben S. 120.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

le Berücksichtigung finden. Entgegen dem Wortlaut hat die Behörde keine Ermessensentscheidung zu treffen, vielmehr handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, die eine Pflicht der Stiftungsbehörde zum Einschreiten bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen begründet.[834] Eine Änderung durch die Stiftungsaufsicht kommt also nur in Extremfällen in Betracht.

bb. Änderungskompetenz der Stiftungsorgane

Eine Änderungskompetenz durch den Stifter selbst oder Organe der Stiftung ist im BGB ausdrücklich nicht enthalten. Zu untersuchen ist daher, inwieweit Organe der Stiftung zur Änderung der Satzung ex lege berechtigt sind oder durch die Stiftungssatzung selbst berechtigt werden können; dieses Problem ist mit der umstrittenen Vorfrage verknüpft, ob und wenn inwieweit Organen oder Dritten Einfluss auf die Willensbildung der Stiftung eingeräumt werden darf, also korporative Strukturen zulässig sind, was gerade in Bezug auf Familienstiftungen ein interessantes Gestaltungsinstrument wäre. Korporationen werden entscheidend durch die Willensbildung ihrer Mitglieder getragen, die Stiftung unterliegt im Gegensatz dazu typischerweise dem historischen Stifterwillen, wie er in der Satzung zum Ausdruck gekommen ist.[835]

Eine Nachbildung korporativer Strukturen durch Satzungsgestaltung im Rahmen der Stiftungsorganisation wird stellenweise als für mit dem Stiftungsbegriff vereinbar gehalten.[836] Überzeugend ist jedoch die in Literatur und Rechtsprechung vertretene Gegenansicht: So sei es für die Stiftung wesenstypisch, dass sie nicht dem wandelbaren Willen ihrer Mitglieder unterliege, sondern auf den historischen Stifterwillen zugeschnitten sei, eine Vermischung von Stiftung und Korporation lasse sich mit dem numerus clausus der Gesellschaftsformen nicht in Einklang bringen. Zudem komme in § 85 BGB der absolute Vorrang des Stifterwillens zum Ausdruck („Die Verfassung der Stiftung wird […] durch das Stiftungsgeschäft bestimmt“); damit ließe sich ein freies Satzungsänderungsrecht von Stiftungsorganen nicht vereinbaren.[837] Letztlich sieht sich die hier befürwortete Ansicht auch durch den

---

834 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89, § 85 Rn. 17; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 87 Rn. 4.

835 Statt vieler *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 2.

836 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 382, nimmt nach ausführlicher Untersuchung (S. 349 ff., insb. S. 370 ff.) an, ein autonomes Änderungsrecht könne der Stifter nur sich selbst und den Destinatären einräumen; *v. Hippel*, Grundprobleme von Non-Profit-Organisationen, S. 430 hält korporative Elemente für zulässig, soweit kein gesetzliches Verbot eingreife und sich keine Beschränkung aus dem öffentlichen Interesse, dem Verkehrsschutz und dem Schutz der Beteiligten ergebe; *Kronke,* Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 121, verweist zum Beleg für die Zulässigkeit auf Art. 2 PrAGBGB; *Coing* in *Staudinger*, §§ 1 - 89 BGB[12], § 80 Rn. 14 meint dagegen, es könnten Organe gebildet werden, welche die Funktionen von Mitgliederversammlungen eines Vereines übernähmen, wobei dort der Stiftungswille am längsten lebendig bleibe, was jedoch gerade nicht für eine korporativen Ansatz, sondern eher einen verunglückten Vergleich, spräche; *Neuhoff* setzt sich in *Soergel*, §§ 1 - 103 BGB, § 85 Rn. 16 mit dieser Frage nur äußerst undifferenziert auseinander, scheint aber eine „Kooperation des Destinatäre“ nicht unbeschränkt für zulässig zu halten.

837 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89, § 85 Rn. 11, 12; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 2; BVerwG v. 29.11.1990 – Az. 7 B 155/90, NJW 1991, S. 713; BGH v. 22. 1. 1987 – Az. III ZR 26/85, NJW 1987, S. 2364 ff. (insb. S. 2365 a. E.).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gesetzgeber bestätigt, denn Vorschläge im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, dem Stifter einen freien Änderungsvorbehalt einzuräumen, was die Stiftung von seinem historischen Willen entkoppelt und damit korporative Züge gelassen hätte, haben sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen können.[838]

Änderungen der Satzung sind also durch Organe der Stiftung losgelöst vom Willen des Stifters nicht möglich. Vielmehr hat er Voraussetzungen und Rechtsfolgen in einer entsprechenden Satzungsermächtigung anzugeben.[839] Nur so wird die Einhaltung des historischen Stifterwillens gewährleistet, was das prägende Element des Stiftungsbegriffs ist. Änderungen der Satzung müssen also stets vom historischen Stifterwillen geleitet sein. Dieser darf zwar von den Stiftungsorganen ermittelt werden, niemals dürfen sie aber ihren eigenen Willen an seine Stelle setzten.

(1) Zweckänderungen

Die Frage, ob das Kernstück der Stiftung, der Zweck, durch Organbeschluss geändert werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 87 BGB – Unmöglichkeit oder Gemeinwohlgefährdung – nicht vorliegen, kann nicht pauschal beantwortet werden. Es sind zwei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden; nämlich ob die Stiftungsorgane in der Satzung – freilich nicht voraussetzungslos, sondern durch vom Stifter angeordnete Vorgaben gebunden – hierzu ermächtigt sind oder nicht.

Die Frage, ob eine Zweckänderung ohne entsprechende Satzungsermächtigung möglich ist, wird in jüngerer Zeit vereinzelt bejaht. Jedenfalls in Ausnahmefällen soll unter Rückgriff auf § 313 BGB eine Änderung des Zwecks möglich sein, nämlich dann, wenn sich das Bedürfnis nach einer Änderung des Zwecks aus einem kurzfristigen, unvorhersehbaren Wandel der Verhältnisse ergebe.[840] Überwiegend wird dieser Ansatz jedoch mit Hinweis darauf, dass § 87 BGB eine abschließende Reglung sei und es keinen ersichtlichen Grund gebe, wieso der Stiftungsvorstand unter geringeren Voraussetzungen eine Zweckänderung vornehmen könne als die Stiftungsaufsichtsbehörde, als nicht überzeugend eingestuft.[841] Beachtet man jedoch, dass selbst *Happ* die Anwendung von § 313 BGB nur in äußert begrenzten Ausnahmefällen für möglich hält, die wohl jedenfalls den Fällen des § 275 Abs. 2 BGB gleich kämen, welche von der Unmöglichkeit i. S. d. § 87 BGB umfasst ist,[842] wird man die Diskussion nicht weiter führen müssen.

Hat der Stifter in der Satzung eine Zweckänderung ausdrücklich vorgesehen, ist eine solche nach überwiegender und zutreffender Ansicht möglich. Die Änderung darf aber nicht in das freie Belieben der Organe gestellt sein. Die Satzung muss inhaltliche Vorgaben treffen und

838 BT-Drs. 14/2029, S. 2; vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, S. 40 f.

839 Vgl. zusammenfassend *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89, § 85 Rn. 14 m. w. N.

840 *Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, S. 149, die als Beispiel für einen solchen Fall den Raub einer Kunstsammlung, die durch die Stiftung unterhalten werden soll, nennt und gleichzeitig einräumt, dass die Mehrheit der problematischen Situationen, in denen sich der Änderungsbedarf aus der Langlebigkeit der Stiftung und der stetigen gesellschaftlichen Weiterentwicklung ergebe, von der Regelung nicht mehr umfasst seien.

841 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 18.

842 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 87 Rn. 5; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 87 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zwar bezüglich der Voraussetzungen der Zweckänderung wie der Rechtsfolge, also wie der Zweck nach der Änderung gestaltet sein soll. Oberste Maßgabe ist stets der Wille des Stifters.[843]

(2) Änderung sonstiger Satzungsbestimmungen

Einigkeit besteht darüber, dass Satzungsbestimmungen, die unterhalb des Zwecks angesiedelt sind, soweit die Satzung keine entgegenstehenden Bestimmungen enthält, durch Organbeschluss geändert werden können. Dies ergibt sich schon daraus, dass bereits der Gesetzgeber zwischen Stiftungszweck und sonstigem Verfassungsrecht der Stiftung unterscheidet. Die Stiftungsbehörde darf unvollständige Satzungen ergänzen, einzig die Bestimmung des Zwecks ist dem Stifter vorbehalten (§§ 81 Abs. 1 Satz 4, 83 Abs. 2 BGB). Zudem differenziert das Gesetz in § 87 Abs. 2 Satz 2 BGB klar zwischen Zweckumwandlung und einer solchen folgenden Änderung der Verfassung.

Die Voraussetzungen, deren Eintreten die Stiftungsorgane aus ihrem Auftrag zur dauerhaften und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks zur Anpassung solcher Bestimmungen verpflichten, sind bisher jedoch kaum bestimmt. Grund hierfür ist, dass keine Einigkeit über die gesetzliche Grundlage, auf der diese Pflicht fußt, besteht und zum anderen in der Praxis zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten zu Zweckänderungen im obigen Sinne auftreten.[844]

cc. Funktion landesrechtlicher Regelungen

Neben den bundesrechtlichen Regelung des § 87 BGB enthalten alle Landesstiftungsgesetze Bestimmungen über Satzungsänderungen. Sie ermächtigen in der Regel die Organe der Stiftung unter der Voraussetzung, dass dies in der Satzung vorgesehen oder es seit der Errichtung der Stiftung zu einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse gekommen ist, zu einer Änderung der Satzung und des Zwecks;[845] vereinzelt sind auch entsprechende Ermächtigungen für die Stiftungsbehörde vorgesehen.[846] Zutreffend wird jedoch zunehmend darauf hingewiesen, dass § 87 BGB bezüglich Zweckänderungen spezieller als § 85 BGB sei, welcher den Ländern eine Regelungskompetenz für Bereiche, in denen keine abschlie-

---

843 Vgl. *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 87 Rn. 17, § 85 Rn. 30; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), § 7 Rn. 121 ff.; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 138; *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 89 Rn. 10 ff.; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 2.

844 Vgl. zu diesem Problem umfassend *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 19 ff. m. w. N.

845 § 5 Abs. 1, 2 StiftG Berlin; § 10 StiftG Brandenburg, § 8 Abs. 1 StiftG Bremen, § 7 Abs. 1, 2 StiftG Hamburg, § 9 Abs. 1 StiftG Mecklenburg-Vorpommern, § 7 Abs. 1 StiftG Niedersachen, § 5 Abs. 1, 2 StiftG Nordrhein-Westfalen, § 8 Abs. 1, 2 StiftG Rheinland-Pfalz, § 7 Abs. 1 StiftG Saarland, § 9 Abs. 1 StiftG Sachsen, § 9 Abs. 1 StiftG Sachsen-Anhalt (nicht für Zweckänderungen), § 5 Abs. 1 StiftG Schleswig-Holstein.

846 § 6 Satz 2 StiftG Baden-Württemberg, § 9 Abs. 1, 2 StiftG Hessen (auf Antrag der Stiftung), § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Mecklenburg-Vorpommern,§ 8 StiftG Sachsen-Anhalt (für Zweckänderungen).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ßende bundesgesetzliche Regelung besteht, eröffnet;[847] insoweit kommt § 85 BGB mit Blick auf Art. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 GG lediglich klarstellende Funktion zu. Dies hat indes zur Folge, dass die landesrechtlichen Vorschriften über Satzungs- und Zweckänderungen formell verfassungswidrig sind, denn der Bund hat in § 87 BGB abschließend alle Fragen der Satzungs- und Zweckänderung geregelt.

In den meisten Landesstiftungsgesetzen werden Satzungsänderungen unter einen Genehmigungsvorbehalt gestellt.[848] Es handelt sich um eine präventive Maßnahme der Rechtsaufsicht,[849] die Bestimmungen sind also nicht verfassungswidrig. Auch wenn Familienstiftungen weitgehend von der Aufsicht durch die Stiftungsbehörden ausgenommen sind, gelten die Genehmigungsvorbehalte auch für diese. Dies ergibt sich bereits aus der Systematik der Stiftungsgesetze, zudem wären andernfalls Familienstiftungen gänzlich schutzlos gestellt. Satzungsänderungen bedürfen daher im Regelfall der Genehmigung durch die zuständige Behörde.

b. Österreich

Das PSG weist mit § 33 eine ausdrückliche Regelung zur Änderung der Stiftungserklärung, gemeint sind Stiftungs- und Stiftungszusatzurkunde (§ 10 Abs. 1 PSG), auf. Die Norm beschreibt drei verschiedene Konstellationen: Die Änderung durch den Stifter vor dem Entstehen der Privatstiftung (Abs. 1), die Änderung nach dem Entstehen der Privatstiftung bei einem entsprechenden Vorbehalt des Stifters (Abs. 2 Satz 1) und eine subsidiäre Änderungskompetenz des Vorstandes, die von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig ist (Abs. 2 Satz 2). Allerdings sind viele Regeln des PSG nicht zwingend, so dass zu untersuchen ist, ob und inwieweit den gesetzlich vorgesehen oder fakultativ eingerichteten Stiftungsorganen in Bezug auf Satzungsänderungen Mitwirkungs-, Kontroll- und Abänderungsrechte eingeräumt werden können.

aa. Änderungsrecht des Stifters vor der Entstehung

§ 33 Abs. 1 PSG gestattet dem Stifter, vor dem Entstehen der Privatstiftung die Stiftungserklärung abzuändern.[850] Er ist inhaltlich nicht beschränkt und muss sich, um dieses Recht ausüben zu können, kein entsprechendes Recht in der Stiftungserklärung vorbehalten haben.

---

847 Ausführlich und m. w. N. dazu *Happ*, Stifterwille und Zwecksetzung, S. 138 ff.; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 28; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 4; a. A.: *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 7 Rn. 122; ausführlich *von Hippel* in *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), Landestiftungsrecht, Rn. 24.18 ff.

848 § 6 Satz 1 StiftG Baden-Württemberg, Art. 5 Abs. 4 StiftG Bayern, § 5 Abs. 1 Satz 3 StiftG Berlin, § 10 StiftG Brandenburg, § 8 Abs. 1 StiftG Bremen, § 7 Abs. 3 StiftG Hamburg, § 9 Abs. 1 StiftG Mecklenburg-Vorpommern, § 7 Abs. 3 Satz 3 StiftG Niedersachen, § 5 Abs. 1 Satz 2 (Anzeigepflicht bei unwesentlichen Änderungen) und Abs. 2 Satz 1, § 8 Abs. 3 StiftG Rheinland-Pfalz, § 7 Abs. 3 Satz 2 StiftG Saarland, § 9 Abs. 1 StiftG Sachsen, § 9 Abs. 3 StiftG Sachsen-Anhalt, § 5 Abs. 2 StiftG Schleswig-Holstein.

849 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 29.

850 Die Privatstiftung entsteht mit der Eintragung in das Firmenbuch, § 7 Abs. 1, 2. HS. PSG.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Er ist auch nicht an den bisherigen Stiftungszweck gebunden. Insbesondere ist er auch frei, einen entsprechenden Vorbehalt, auch den eines Widerrufes, nachträglich in die Stiftungserklärung einzufügen.[851] Im Falle einer Stiftermehrheit kann diese nur einheitlich eine solche Änderung vornehmen (§ 3 Abs. 2 PSG), wobei die Stiftungsurkunde abweichende Regelungen treffen kann. Ist einer von mehreren Stiftern weggefallen, kann die Stiftungserklärung nur unter Wahrung des Stiftungszwecks geändert werden (§ 33 Abs. 1 Satz 2 PSG). Ist der einzige oder letzte Stifter weggefallen, so kann der Stiftungsvorstand unter Wahrung des Stiftungszwecks[852] Änderungen zur Beseitigung mittlerweile aufgetretener Eintragungshindernisse[853] und aufgrund geänderter Verhältnisse vornehmen (§ 33 Abs. 1 Satz 3 PSG), die jedoch gerichtlicher Genehmigung[854] bedürfen.

bb. Änderungsrecht des Stifters nach der Entstehung

Grundsätzlich ist die Stiftung nach Entstehung nur noch dem historischen Willen des Stifters, wie er in der Satzung zum Ausdruck gekommen ist, unterworfen; der Stifter begibt sich also mit Gründung der Stiftung seines Einflusses über die verselbstständigte Vermögensmasse, sie wird von seinem aktuellen Willen entkoppelt. Von diesem Grundsatz macht das österreichische Privatstiftungsrecht eine erhebliche Ausnahme: Gemäß § 33 Abs. 2 Satz 1 PSG kann der Stifter die Stiftungserklärung ändern, wenn er sich einen solchen Änderungsvorbehalt in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat (vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 6 PSG). Besteht ein solcher Vorbehalt, kann der Stifter also auch nach der Entstehung der Stiftung eigentümerähnlichen Einfluss auf die Stiftung ausüben, obwohl solche Rechte dem Stiftungsrecht per se fremd sind; vielmehr sind sie ein typisches Merkmal von Körperschaften, die dem wandelbaren Willen ihrer Mitglieder unterliegen.[855]

Bei dem Änderungsrecht handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, welches nicht auf die Erben des Stifters übergeht (vgl. § 3 Abs. 3 PSG).[856] Die Frage, ob das Änderungsrecht des Stifters unbeschränkt ist, beantworten die Materialien zum PSG: „Unter dieser Voraussetzung [gemeint ist der Änderungsvorbehalt in der Satzung] kann der Stifter jede Änderung erklären, sogar den Stiftungszweck grundlegend ändern.“[857] So geht auch die überwiegende Ansicht von einem umfassenden Änderungsrecht aus,[858] welches auch die

---

851 *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 20 ff.; *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 5 ff.; Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 83; missverständlich *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (269), der schreibt, die Änderung könne nur „zur Wahrung des Stiftungszwecks“ erfolgen.

852 Vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 29.

853 Vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 27 ff.

854 Vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 31.

855 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 2, 17; *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (269 f.).

856 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 18; *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 35; *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 82.

857 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 83.

858 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 20; *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (269 f.); *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Änderung von Begünstigtenstellung, den Vermögensbestand der Stiftung und ihre Organisationsstruktur umfasst.[859]

Der Stifter kann auch sogenannte Sukzessivbestimmungen in die Satzung der Stiftung aufnehmen. Er bestimmt dann Voraussetzungen, durch deren Eintreten bestimmte Satzungsänderungen in Kraft treten.[860]

cc. Änderungsrecht des Vorstands nach der Entstehung

§ 33 Abs. 2 PSG räumt dem Stiftungsvorstand ein Änderungsrecht unter Wahrung des Stiftungszwecks zur Anpassung an geänderte Verhältnisse für den Fall ein, dass eine Änderung wegen Wegfalls des Stifters, mangels Einigkeit bei mehreren Stiftern oder deswegen nicht möglich ist, weil Änderungen nicht vorbehalten sind. Die Änderungsmöglichkeit des Vorstandes lebt erst dann auf, wenn „sonst keine Möglichkeit einer Änderung besteht".[861] Diese Änderungsbefugnis steht dem Stiftungsvorstand ex lege zu, ein entsprechender Beschluss kann mit einfacher Mehrheit getroffen werden (§ 28 Nr. 2 PSG), was die restriktive Ausgestaltung erklärt, welche die Beachtung des Stifterwillens sicherstellen soll.[862] Dementsprechend ist das Änderungsrecht des Vorstands auch insoweit begrenzt, als dass er den Stiftungszweck wahren muss. Ist dieser erreicht oder nicht mehr erreichbar, darf der Vorstand diesen nicht ändern, sondern muss vielmehr die Stiftung auflösen (§ 35 Abs. 2 Nr. 2 PSG).[863]

Zum Teil wird angenommen, das gesetzliche Änderungsrecht des Vorstandes könne durch eine entsprechende Bestimmung in der Stiftungserklärung erweitert oder auf andere Organe übertragen werden. Die Änderung einfacher Satzungsbestimmungen, welche lediglich die Zweckerreichung erleichtern, das Wesen der Stiftung aber nicht grundlegend verändern, sei zulässig, ohne dass der Stifter in der Regelung der Satzung, auf welche ein solcher Beschluss gründete, nähere Vorgaben machte. Die Änderung des Stiftungszwecks setze aber eine inhaltliche Konkretisierung in der Satzung voraus.[864] Dem wird entgegengehalten, dass das PSG die Gestaltungsrechte des Stifters höchstpersönlich ausgestaltet und eine Übertragbarkeit derselben ausgeschlossen habe. Diese Rechte spiegelten ein vom PSG anerkanntes verlängertes Eigentumsinteresse wider, welches zu Lebzeiten des Stifters den stiftungsrechtlichen Grundsatz der Apersonalität und sogar das Bestandsinteresse an der Stiftung überlagere. Die Einräumung von Gestaltungsrechten, welche über die gesetzliche Grundkonzeption hinausgehen, stelle demnach eine unzulässige Umgehung dar.[865]

---

859 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 21 ff.; *Arnold*, PSG, § 33, Rn. 42 ff.

860 *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (274 f.); *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 31.

861 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 83.

862 Vgl. *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (273 f.).

863 *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 82.

864 *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (275 f.).

865 *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 30, 59 f.; *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 33 Rn. 32; so wohl auch *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 81 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Argumentation überzeugt. Zum einen spricht die detaillierte Regelung des Privatstiftungsgesetzes bezüglich des Änderungsrechts des Stifters und der Grundgedanke, dass eine Änderung nach dem Ableben des Stifters im Grundsatz nicht mehr möglich sein soll,[866] gegen die Zulässigkeit der von *Müller* vorgeschlagenen Gestaltung. Zum anderen sind auch die gesetzlich vorgesehenen Änderungsmöglichkeiten durch den Stifter sehr weitreichend und nur schwerlich mit dem Stiftungsbegriff in Einklang zu bringen. Ließe man eine beliebige Änderungsmöglichkeit durch den Vorstand oder andere Organe, beispielweise eine Vollversammlung der Destinatäre, zu, gliche die Stiftung doch sehr körperschaftlich strukturierten juristischen Personen und man müsste die Berechtigung der Stiftung in der Rechtsordnung anzweifeln.

3. Zusammenfassung

Die Bestimmungen, welche die Erstfassung der Satzung einer Stiftung betreffen, gleichen sich nach deutschem und nach österreichischem Recht. Allerdings besteht in Österreich die Möglichkeit, in gewissen Grenzen Satzungsbestimmungen, welche der Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen - die Stiftung unterliegt dort den allgemeinen Publizitätsgrundsätzen - [867] in eine zusätzliche Urkunde aufzunehmen, um Geheimhaltungsbedürfnissen des Stifters gerecht zu werden. Dafür besteht in Deutschland freilich kein Bedürfnis, denn vergleichbare Publizitätsvorschriften bestehen in Deutschland - obwohl sie seit langem gefordert werden – nicht. Die Bundesländer führen lediglich Stiftungsverzeichnisse, welche regelmäßig Angaben über den Namen, Sitz und den Zweck der Stiftung machen und zum Teil auch Auskunft über die Vertretungsverhältnisse geben.[868] Die Stiftungsverzeichnisse sind allgemein zugänglich.[869]

Große Unterschiede bestehen in Bezug auf die wichtige Frage, ob und inwieweit die Satzung der Stiftung geändert werden kann. Zwar sind in beiden Ländern korporative Strukturen nicht in die Stiftung implementierbar, aber immerhin kann sich der Stifter einer Privatstiftung in Österreich die Möglichkeit vorbehalten, den Stiftungszweck frei nach seinem Belieben zu ändern, was angesichts der Widerrufsmöglichkeit zwar konsequent ist,[870] sich allerdings mit dem Wesen der Stiftung nur schwerlich vereinbaren lässt. Diese Möglichkeit steht nach deutschem Recht nicht offen, hier ist der Stifter stets an seinen historischen Stifterwillen gebunden und muss Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Zweckänderungen von Beginn an in die Satzung aufnehmen. Auf der anderen Seite sind nach dem Ableben des Stifters Änderungen des Stiftungszwecks, mit Ausnahme von Sukzessivbestimmungen, nicht möglich.

---

866 Diese zeitliche Begrenzung kann umgangen werden, indem juristische Personen als Stifter fungieren, vgl. dazu bspw. *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 53.

867 Vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 13 Rn. 1 ff.; *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 13 Rn. 1 ff.

868 Details bei *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 90 Rn. 9.

869 Vgl. zur stiftungsrechtlichen Publizität *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 104 ff.; *Mecking* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 90.

870 Siehe oben S. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Satzungsänderungen unterhalb einer Zweckänderung, welche der Verwirklichung des Zwecks dienen, sind dem Grunde nach in beiden Ländern durch die Organe der Stiftung möglich: in Deutschland unterliegen diese in der Regel einem Genehmigungsvorbehalt der Stiftungsbehörden, in Österreich einer gerichtlichen Genehmigung. So wird in beiden Rechtsordnungen dafür Sorge getragen, dass die Stiftungsorgane nicht vom Willen des Stifters abweichen.

III. Anerkennung und Eintragung in das Firmenbuch

Gemäß § 80 Abs. 1 BGB ist für die Entstehung einer Stiftung neben dem Stiftungsgeschäft die Anerkennung durch die zuständige Behörde notwendig. Die Privatstiftung entsteht, nachdem die Stiftungserklärung abgegeben wurde, mit der Eintragung in das Firmenbuch gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 PSG. In beiden Rechtsordnungen ist das Entstehen der Stiftung als juristische Person also an einen staatlichen Mitwirkungsakt geknüpft. Aufgrund der Zweiaktigkeit des Entstehungsprozesses stellt sich zudem die Frage, ob eine Vorstiftung entsteht.

1. Deutschland (Anerkennung)

Die Anerkennung in Deutschland ist ein privatrechtsgestaltender, gebundener Verwaltungsakt. Er ergeht auf Antrag des Stifters beziehungsweise im Falle der Stiftung von Todes wegen auf Antrag der Erben des Stifters oder des Testamentsvollstreckers,[871] hilfsweise auf Mitteilung des Nachlassgerichts. Durch die Anerkennung wird die Stiftung zur Entstehung gebracht, gleichsam als neues Rechtssubjekt in die Rechtsordnung aufgenommen.[872] Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Anerkennung legt § 80 Abs. 1 BGB seit der Stiftungsrechtsreform bundeseinheitlich und abschließend fest, es besteht ein subjektiv-öffentliches Recht auf Anerkennung, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind.[873] Demnach ist die Stiftung als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB[874] genügt, die dauerhafte Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet.

Damit stellt der Gesetzgeber die Errichtung einer Stiftung unter einen „Lebensfähigkeitsvorbehalt“; dies bezwecke, so die Gesetzesbegründung, zum einen den Schutz des Rechtsverkehrs und zum anderen trage man auf diesem Wege dem Wesen der Stiftung, die prinzipiell auf Dauer angelegt sei, Rechnung.[875] Die Voraussetzung „dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks“ knüpft an alte landesrechtliche Regeln an und ist als eine und nicht – wie der Wortlaut vermuten lässt – als zwei selbstständige Anerkennungsvoraus-

871 Vgl. zu Details des Verfahrens *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 261 ff.

872 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 80 Rn. 1, 4; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 55; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 238 f.

873 BT-Drs. 14/8765, S. 8; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 80 Rn. 2 ff.; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 54 ff.; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 238 ff.

874 Siehe oben S. 114, 120.

875 BT-Drs. 14/8765, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzungen aufzufassen. Sie ist erfüllt, wenn der Zweck dauerhaft verfolgt werden kann, was nicht „Ewigkeit“ meint.[876] Auch wenn Einzelheiten bezüglich des Prüfungsumfanges der Anerkennungsbehörde umstritten sind, kann festgestellt werden, dass der Frage, ob die Vermögensausstattung der Stiftung hinreichend ist, im Rahmen des Anerkennungsverfahrens besondere Bedeutung zukommt.[877] Im Rahmen des Verfahrens wird dem Stifter der übliche verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gewährt. Wird die Stiftung als rechtsfähig anerkannt, ist der Stifter verpflichtet, das im Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen (§ 82 Abs. 1 Satz 1 BGB), vorher kann er das Stiftungsgeschäft frei widerrufen.

Es fragt sich angesichts des Umstandes, dass zwischen Stiftungsgeschäft und Anerkennung nicht selten ein längerer Zeitraum liegt,[878] welcher Rechtszustand zwischen Vornahme des Stiftungsgeschäftes und der behördlichen Anerkennung besteht, denn unter Umständen liegt es im Interesse der Beteiligten, die Stiftung bereits in irgendeiner Weise vor der Anerkennung in Funktion zu setzen, insbesondere, die spätere Tätigkeit vorzubereiten.[879] Die Frage ist stark umstritten; vermehrt wird vertreten, es entstehe eine Vorstiftung. Begründet wird dies im Wesentlichen mit dem Argument, die Situation bei der Stiftung zwischen Stiftungsgeschäft und Anerkennung sei der bei Kapitalgesellschaften zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Eintragung in das Handelsregister ähnlich, bei denen nach allgemeiner Ansicht eine Vorgesellschaft entstehe. Konsequenz sei vor allem, dass die Stiftung bereits vor der Anerkennung am Rechtsverkehr teilnehmen könne, wofür auch ein praktisches Bedürfnis bestehe.[880]

Dies überzeugt nicht, die Existenz einer Vorstiftung ist auch weiterhin mit der überwiegenden Ansicht abzulehnen.[881] Im Besonderen überzeugt das Argument, § 82 BGB spreche gegen die Existenz einer Vorstiftung, denn im Unterschied zu Kapitalgesellschaften habe die Stiftung vor ihrer Anerkennung kein Vermögen. Da es sich bei ihr aber qua definitione um eine verselbstständigte Vermögensmasse handelt, die vorher nur „als Konzept auf Papieren“[882] besteht, ist die Anerkennung einer Vorstiftung mit dem Gesetz nicht vereinbar, wie auch die Notwendigkeit der Fiktion des § 84 BGB zeigt. Entgegen zahlreicher Stimmen des neueren Schrifttums spricht die Existenz des § 84 BGB sogar gegen die Annahme einer

---

876 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 80 Rn. 17; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 57; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 315.

877 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 80 Rn. 18; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 59; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 316.

878 2001 lag die durchschnittliche Dauer des Genehmigungsverfahrens bei 192,7 Kalendertagen, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, S. 17.

879 Die praktischen Bedürfnisse fasst *Hüttemann* in FS Spiegelberger, S. 1292 (1293) zusammen.

880 *Wachter*, ZEV 2003, S. 445 (446); *Ellenberger* in *Palandt*, BGB, § 80 Rn. 2; *Werner* in *Erman*, BGB, Vorb. § 80 Rn. 22; *Beuthien* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 77 Rn. 36; *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 84 Rn. 9 ff.

881 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 80 Rn. 40; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 252; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 BGB Rn. 71; vgl. zum Thema besonders *Thole*, Die Stiftung in Gründung, insb. S. 43 - 97 m. w. N. und *Hüttemann* in FS Spiegelberger, S. 1292 (1294 ff.).

882 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 252.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorstiftung, denn die Regelung enthält expressis verbis eine gesetzliche Fiktion, die sich nur auf die Zuwendungen des Stifters bezieht.[883]

Auch fehlt – im Gegensatz zu werdenden Körperschaften – ein personales Substrat und damit ein Zuordnungsobjekt für Vermögensübertragungen. Weiterhin ist der Stifter – im Unterschied zu den Gesellschaftern einer werdenden Kapitalgesellschaft – nicht mit Abschluss des Stiftungsgeschäftes zur Übertragung des Vermögens verpflichtet, sondern kann dies jederzeit ohne die Einhaltung weiterer Voraussetzungen widerrufen. Kapitalaufbringungsvorschriften, deren Einhaltung Voraussetzung für den Abschluss des Gründungsvorganges sind, bestehen gerade nicht. Letztlich ist auch keine Stiftungsaufsicht für eine Vorstiftung vorgesehen, was – ginge der Gesetzgeber von der Existenz einer Vorstiftung aus – inkonsequent wäre.[884]

2. Österreich (Eintragung in das Firmenbuch)

In Österreich besteht entgegen der Rechtslage in Deutschland statt einem Konzessionierungs- ein Registrierungssystem, wie es typischerweise bei Kapitalgesellschaften zur Anwendung kommt. Dem Verfahren bei Kapitalgesellschaften ist das Eintragungsverfahren bei Privatstiftungen nachgebildet, sie entsteht mit der Eintragung in das Firmenbuch gemäß § 7 Abs. 1 2. Halbsatz PSG.[885] Grundvoraussetzung für die Eintragung ist die Anmeldung der Privatstiftung zur Eintragung. § 12 Abs. 1 PSG bestimmt, dass der erste Stiftungsvorstand die Privatstiftung zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden hat.

Dabei sind gemäß § 12 Abs. 2 PSG die Stiftungsurkunde in öffentlich beglaubigter Abschrift (Nr. 1), die öffentlich beglaubigte Erklärung des Stiftungsvorstandes, dass sich das Stiftungsvermögen in ihrer freien Verfügung befindet (Nr. 2), hinsichtlich des gewidmeten Geldbetrages die Bestätigung einer Bank im Inland oder der Österreichischen Postsparkasse, dass der Geldbetrag auf ein Konto der Privatstiftung oder des Stiftungsvorstandes eingezahlt ist und zu dessen freien Verfügung steht (Nr. 3) und der Prüfbericht des Gründungsprüfers, wenn das Mindestvermögen nicht in Geld inländischer Währung aufgebracht ist (Nr. 4),[886] vorzulegen. Auf die Anmeldung hin stellt das Firmenbuchgericht im Rahmen seiner formellen und materiellen Prüfungspflicht fest, ob zwingende Bestimmungen des PSG oder andere gesellschaftsrechtliche Vorschriften verletzt wurden, insbesondere, ob die Stiftung den Vorschriften des PSG entsprechend errichtet wurde.[887] Mit der Eintragung entsteht die Privatstiftung als juristische Person, es handelt sich also um einen konstitutiven Rechtsakt.[888]

Nach Abgabe der Stiftungserklärung entsteht eine Vorstiftung; wie im Gesellschaftsrecht allgemein anerkannt, handelt es sich dabei noch nicht um eine juristische Person, sondern

---

883 Zur Funktion des § 84 BGB vgl. *Hüttemann* in FS Spiegelberger, S. 1292 (1297 f.).
884 Vgl. besonders *Hüttemann* in FS Spiegelberger, S. 1292 (1294 ff.).
885 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (49).
886 Zu dem Inhalt der Anmeldung und den Beilagen vgl. detailliert *Arnold*, PSG, § 12 Rn. 17 ff.; zur Haftung für unrichtige Angaben a. a. O., Rn. 73 ff.
887 *Arnold*, PSG, § 13 Rn. 6, Details zu den Eintragungen a. a. O., Rn. 9 ff.
888 *Arnold*, PSG, § 13 Rn. 15; *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 13 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um einen Rechtsträger sui generis, auf den im Wesentlichen die Vorschriften des PSG Anwendung finden. Die Vorstiftung ist rechtsfähig und parteifähig, sie wird vom ersten Stiftungsvorstand vertreten. Die Vorstiftung endet durch Auflösung oder Beendigung beziehungsweise mit Entstehung der Privatstiftung. [889] Im Unterschied zur deutschen Rechtslage bestehen für die österreichische Privatstiftung Kapitalaufbringungsvorschriften. Der Stiftungsvorstand muss erklären, dass sich das Stiftungsvermögen zu seiner freien Verfügung befindet (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 PSG), was die Anerkennung einer Vorstiftung – wie dies auch bei Kapitalgesellschaften der Fall ist – rechtfertigt. Im Unterschied zur deutschen Rechtslage bedarf es also eines Subjekts, welchem das Vermögen vor der Eintragung in das Firmenbuch zugeordnet wird.[890] Auch dieser Aspekt spricht gegen die Anerkennung einer Vorstiftung in Bezug auf die BGB-Stiftung, die ein Gründungsverfahren wie bei Kapitalgesellschaften gerade nicht kennt.[891]

3. Zusammenfassung

Sowohl in Österreich wie in Deutschland erfolgt die Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung in einem zweiaktigen Verfahren; in Österreich wurde – in Parallele zu den Kapitalgesellschaften – ein Registrierungsverfahren vorgesehen; derartige Vorschläge waren auch Gegenstand der Reformdiskussion in Deutschland, haben sich jedoch nicht durchgesetzt, so dass es bei dem althergebrachten Konzessionierungssystem geblieben ist.

Freilich besteht in beiden Ländern ein Anspruch auf Anerkennung beziehungsweise Eintragung der Stiftung, wenn die Errichtungsvoraussetzungen eingehalten wurden. Materiell gibt es demnach in beiden Ländern nur geringe Unterschiede. Bezüglich der österreichischen Rechtslage entsteht nach der Errichtung der Privatstiftung durch die Stiftungserklärung eine Vorstiftung, was in Anbetracht der engen Anlehnung des Privatstiftungsrechts an das Recht der Kapitalgesellschaften konsequent ist. In Deutschland ist die Fiktion einer Vorstiftung nicht notwendig und kann im Übrigen dogmatisch auch weiterhin nicht plausibel begründet werden.

---

889 *Arnold,* PSG, § 7 Rn. 5 ff.; *Huber* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 7 Rn. 7 ff.; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 13 (52); OGH v. 13.9.2001 – Az. 6 Ob 189/01i abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 81 f.

890 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 80 Rn. 41; ausführlich dazu *Thole*, Die Stiftung in Gründung, S. 102 - 105 m. w. N.

891 *Hüttemann* in FS Spiegelberger, S. 1292 (1296 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

C. Die Rechte der Stiftungsbeteiligten

Die Stiftung ist von dem Stifter und auch den Destinatären entkoppelt, es handelt sich um eine verselbstständigte Vermögensmasse. Gerade bei Familienstiftungen, die in der Regel der finanziellen Absicherung und Ausstattung von Familienangehörigen beziehungsweise Nachkommen des Stifters dienen werden, stellt sich indes die Frage, ob und inwieweit Stifter und Nutznießer Einfluss auf die Stiftung nehmen können, nachdem festgestellt wurde, dass korporative Strukturen in die Stiftung keinen Eingang finden dürfen.[892] Selbst wenn die Stiftung gerade deshalb ins Leben gerufen wurde, um die künftigen Berechtigten von der Verfügungsgewalt über das Vermögen, dessen Nutznießer sie sein werden, auszuschließen, besteht doch unter Umständen ein Bedürfnis, ihnen Kontroll- oder ähnliche Rechte einzuräumen. Auch dem Stifter ist häufig daran gelegen, zu Lebzeiten der Stiftung seinen Stempel aufzudrücken.

I. Stifter

Zentrale Gestalt des Stiftungsrechts ist der Stifter. Er bestimmt das Wesen der Stiftung durch die Festlegung des Stiftungszwecks, der Organisationsstruktur und der Widmung des Stiftungsvermögens. Es fragt sich, welche Rechte er nach der Anerkennung der Stiftung hat.

Das deutsche Recht weist dem Stifter nach der Entstehung der Stiftung keine Rolle zu. Er ist weder Organ, noch hat er eine Stellung, welche der eines Mitgliedes oder Gesellschafters gleicht. Wird er Stiftungsorgan – er kann sich freilich in der Satzung selbst dazu benennen – ist er wie jedes andere Stiftungsorgan auch an die Verfassung der Stiftung und damit seinen historischen Stifterwillen gebunden, „autonome" Entscheidungen darf er nicht treffen.[893] Er kann sich allerdings durch die Satzung umfassende Kontroll- und Einsichtsrechte oder und auch Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Rechtsgeschäfte einräumen.[894] Nicht selten räumt sich der Stifter zudem ein Einsetzungs- und Abberufungsrecht hinsichtlich der Stiftungsorgane ein.[895] Allerdings muss ein Abberufungsrecht an sachliche oder zeitliche Schranken gebunden sein, um eine unzulässige Fremdbestimmung des Stiftungsvorstandes durch den Stifter auszuschließen.[896]

Demgegenüber ist die Rolle des Stifters im Rahmen des PSG erheblich stärker ausgestaltet. Er hat verschiedene Rechte, die ihm kraft Gesetzes zustehen. So hat er das Recht, die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstandes (§ 15 Abs. 4 PSG) und gegebenenfalls des ersten Aufsichtsrates zu bestellen (§ 24 Abs. 1 PSG). Gemäß § 11 Abs. 3 Satz 1 PSG ist ihm zudem der Bericht der Gründungsprüfer vorzulegen.[897] Darüber hinaus kann er sich in der

---

892 Siehe oben S. 124.

893 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 31; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 97; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 28.

894 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 8 Rn. 97.

895 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 28.

896 Siehe oben S. 98.

897 Vgl. zu den dem „Stifter zustehenden Rechten" (§ 3 Abs. 2 PSG) *Arnold*, PSG, § 3 Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stiftungskunde das Recht vorbehalten, die Stiftung nach ihrem Entstehen zu widerrufen,[898] die Satzung nach dem Entstehen der Stiftung nach seinem freien Ermessen zu ändern[899] und nachträglich eine Stiftungszusatzurkunde zu errichten.[900] Diese Gestaltungsrechte[901] stehen gemäß § 3 Abs. 3 PSG nur dem Stifter zu und gehen nicht auf seinen Rechtsnachfolger über. Der Gesetzgeber begründet das mit der Überlegung, dass es dem Wesen der Privatstiftung widerspräche, könnten auch andere Personen als der Stifter auf die Stiftung gestaltend einwirken.[902] Ebenso kann sich der Stifter, entsprechend der Rechtslage in Deutschland, zahlreiche Kontroll- und Einflussrechte vorbehalten.[903] Im Übrigen ist der Stifter jedoch kein Organ der Stiftung. Ihm steht es aber frei – sofern die Inkompatibilitätsvorschriften des § 15 PSG nicht verletzt sind – Mitglied des Vorstandes zu sein.[904]

Der Stifter kann sich nach österreichischem Recht also erheblich umfänglichere Rechte vorbehalten, als dies nach deutschem Recht möglich ist, sogar die Stiftung widerrufen und frei die Satzung ändern, was mit dem Wesen der Stiftung nur schwer in Einklang zu bringen ist. Allerdings kann er, wenn er oder seine Angehörigen Begünstigte der Stiftung sind, nicht selber Mitglied des Vorstandes sein und auch über andere Organe nur beschränkten Einfluss auf die Stiftung nehmen. Dies ist aber auch dem Stifter einer BGB-Stiftung nur im Rahmen seines in der Satzung manifestierten historischen Stifterwillens möglich, so dass sich die österreichische Rechtsordnung in Bezug auf die Vorbehaltsmöglichkeiten als gestaltungsfreundlicher erweist.

II. Destinatäre

Eine Stiftung muss zwingend einen nach außen gerichteten Zweck haben, Selbstzweckstiftungen sind sowohl in Deutschland wie auch in Österreich unzulässig, es muss demnach zwingend Begünstigte geben. Stiftungen verfolgen ihre Zwecke, indem sie Leistungen an Destinatäre, die Begünstigten, erbringen.[905] Der Stiftungszweck manifestiert sich also in Regelungen über den Begünstigten. Damit sind sie zentrale Figuren des Stiftungsrechts, denn ihnen dient die Stiftung letztlich, ihretwegen setzt der Stifter die Stiftung in die Welt. Im Falle einer Familienstiftung sind sie Mitglieder der Familie des Stifters; ihnen käme oft, wenn der Stifter zur Gestaltung seiner Vermögensnachfolge keine Stiftung einsetze, die Rolle der Erben zu. Im Wesentlichen dient die Stiftung ihrer Versorgung, so dass sich die Frage stellt, inwieweit sie auf die Stiftung einwirken dürfen, beispielweise durch die Ausübung von Kontroll- und Mitbestimmungsrechten oder gar durch die Übernahme von Funktionen in Organen.

---

898 Siehe oben S. 118.
899 Siehe oben S. 128.
900 Siehe oben S. 122.
901 Vgl. im Einzelnen *Arnold*, PSG, § 3 Rn. 40; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/ Kalss* (Hrsg.), PSG, § 3 Rn. 17. ff.
902 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/ Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 13.
903 *Arnold*, PSG, § 3 Rn. 57.
904 *Arnold*, PSG, § 3 Rn. 55, 57; *Kalss* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 3 Rn. 12, 14.
905 BGH v. 16.1.1957 – Az. IV ZR 221/56, NJW 1975, S. 708.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Deutschland

Das BGB enthält keine Regelungen über die Rechtsstellung der Stiftungsdestinatäre, insbesondere sind sie nicht gemäß § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB zwingender Bestandteil der Satzung. Landesrechtliche Vorschriften über die Rechtsstellung der Destinatäre bestehen ebenso wenig. Demnach ist ihre Rechtsstellung allein anhand der Satzung einer Stiftung (§ 85 BGB) zu bestimmen;[906] es handelt sich also um eine Gestaltungsaufgabe für den Stifter. Dem Stifter ist dabei ein weiter Spielraum eingeräumt, er kann den Destinatären in der Satzung Verwaltungs-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte sowie im Klagewege durchzusetzende Ansprüche auf Stiftungsleistungen einräumen.[907] Die Gestaltungsfreiheit findet wegen des Verbots korporativer Strukturen ihre Grenze dort, wo eine autonome, also vom historischen Stifterwillen unabhängige Einwirkungsmöglichkeit auf die Stiftung entsteht.

Ob klagbare Ansprüche der Destinatäre vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalls, die – wenn sie nicht ausdrücklich beantwortet wird – anhand der Auslegung der Satzung zu beantworten ist. Hat der Stifter für die Bestimmung der Destinatäre objektive Voraussetzungen vorgegeben, entsteht der Anspruch mit Erfüllung dieser Voraussetzungen, ohne dass der Stiftungsvorstand oder das zuständige Organ ein Ermessen hätte. Hat das zuständige Organ hingegen einen Ermessensspielraum, entsteht der Anspruch auf die Stiftungsleitung erst mit einer entsprechenden Entscheidung.[908] Die Grundsätze lassen sich auf Mitwirkungs- und Kontrollrechte übertragen.[909] Ein Einsichts- und Kontrollrecht soll sich für die Destinatäre einer Familienstiftung, auch ohne explizite Satzungsbestimmung, nach Ansicht des OLG Hamburg zudem aus den Grundsätzen des § 666 BGB ergeben; es umfasse die Unterlagen, aus welchen sich die Einnahmen und Ausgaben im Sinne einer Rechnungslegung ermitteln lassen und die entsprechenden Belege.[910] Die Destinatäre können ihre Ansprüche auf dem

---

906 OLG Hamburg v. 31.8.1994 – Az. 13 U 33/93, ZIP 1994, S. 1950 (1951); zustimmend *Rawert*, ZIP 1994, 1952 (1953); z. T. auch *Mankowski*, FamRZ 1995, S. 851 (852); *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 34; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 167.

907 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89, § 85 Rn. 35 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr und Lit.; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), § 7 Rn. 147 ff.; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 166 ff.; *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, S. 96 ff.; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 31, meint, solche Ansprüche der Destinatäre müssten unter dem Vorbehalt der Bedürfnisse der Stiftung stehen. Zutreffend wenden bspw. *Hüttemann/Rawert* a. a. O. dagegen ein, dass allein der Stifter darüber zu entscheiden habe, ob er den Destinatären Sonderansprüche einräume oder nicht. Tue er dies, handele es sich nicht um stiftungsfremde Sonderinteressen der Stiftung, welche hinter anderen Interessen zurückstehen müssten, sondern vielmehr um genuine Stiftungsinteressen; ähnlich: *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 168 f.

908 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 37; *Jacob*, Schutz der Stiftung, S. 173 f.; *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, S. 93 ff.; BGH v. 16. 1. 1957 – Az. IV ZR 221/56, NJW 1975, S. 708; BGH v. 7. 10. 2009 – Az. Xa ZR 8/08, NJW 2010, S. 234 ff.

909 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 37.

910 OLG Hamburg v. 4.1.1979 – Az. 4 U 37/78, Stiftungen in der Rechtsprechung III, S. 106 ff. (107 f.); daneben soll sich aus § 242 BGB ein allgemeiner Auskunftsanspruch ergeben, vgl. *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 343; ebenso BGH v. 7. 10. 2009 – Az. Xa ZR 8/08, NJW 2010, S. 234 ff. (236); *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, S. 120 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zivilrechtsweg geltend machen.[911] Ein Anspruch auf Tätigwerden der Stiftungsaufsicht – soweit diese überhaupt wahrgenommen wird – besteht indes nicht, denn die Stiftungsaufsicht bezweckt nicht den Schutz Einzelner. Sie liegt vielmehr im öffentlichen Interesse und bezweckt auch den Schutz der Stiftung, nicht aber den der Destinatäre, so dass bereits die Möglichkeit einer Rechtsverletzung gemäß § 42 Abs. 2 VwGO fehlt, was die Klage unzulässig macht.[912]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Position von Destinatären ex lege nur sehr schwach ausgestaltet ist; sie sind keine Organe der Stiftung. Der Stifter hat es aufgrund seiner weitgehenden Gestaltungsfreiheit indes in der Hand, die Destinatäre mit weitreichenden Kontroll- und Einsichtsrechten, auch als Organ, auszustatten, so dass eine Kontrolle gegenüber den Stiftungsorganen gewährleistet ist. Dies wird als guter Mechanismus zur Sicherung des Stiftungszwecks empfohlen und kann zudem die fehlende beziehungsweise nicht gerichtlich erzwingbare stiftungsaufsichtsbehördliche Kontrolle ersetzen.[913]

2. Österreich

Im Unterschied zur Rechtslage in Deutschland enthält das PSG Bestimmungen über die Rechtsstellung des Destinatärs, in der Sprache des PSGs „Begünstigter" genannt. § 5 PSG trifft zunächst eine Aussage darüber, wer Begünstigter ist, nämlich derjenige, welcher in der Stiftungsurkunde als solcher bezeichnet wird oder derjenige, wenn eine Bezeichnung in der Stiftungsurkunde fehlt, welcher vom Stiftungsvorstand oder einer dazu vom Stifter berufenen Stelle als solcher festgestellt worden ist. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 PSG muss die Stiftungserklärung in jedem Falle die Bezeichnung des Begünstigten oder einer Stelle, welche den Begünstigten festzustellen hat, enthalten. In die Stiftungszusatzurkunde können darüber hinaus nähere Bestimmungen des Begünstigten vorgenommen werden. Aus der Parallelität beider Regelungen lässt sich schließen, dass eine sehr vage Benennung in der Stiftungsurkunde ausreichend ist.[914] Im Falle einer Familienstiftung reichte beispielsweise die Bezeichnung „die Familie des Stifters", wobei in der Stiftungszusatzurkunde genau geregelt werden kann, welches Familienmitglied in welcher Höhe Zuwendungen erhalten soll.[915]

Steht fest, wer Begünstigter ist, fragt sich, welche Rechte die Begünstigen im Verhältnis zur Stiftung haben. Bezüglich der Leistungsrechte geht die ganz überwiegende Ansicht davon aus, dass den Begünstigten klagbare Ansprüche in der Satzung ausdrücklich eingeräumt oder sich im Wege der Auslegung ergeben können; ebenso ist aber auch eine Ausschließung

---

911 Ausführlich dazu *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 175 ff.; *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, S. 112.

912 OVG Lüneburg v. 18.9.1984 – Az. 10 A 102/82, NJW 1985, S. 1572 ff. (1572) und BVerwG v. 10.5.1985 – Az. 7 B 211/84, NJW 1985, S. 2964 (2964) im Falle einer Familienstiftung, deren Zweck durch die Stiftungsorgane in einen gemeinnützigen geändert wurde; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 42; *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, S. 156; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 35.

913 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 85 Rn. 29.

914 *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 21; *Löffler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 5 Rn. 6.

915 *Löffler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 9 Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

möglich.[916] Zudem entsteht ein klagbarer Anspruch nach einer hinreichend konkretisierten Entscheidung der entsprechenden Stelle.[917] Unter Verweis auf den BGH geht *Arnold* zudem davon aus, dass ein klagbarer Anspruch besteht, wenn der Begünstige, die Höhe der Zahlung und die Fälligkeit feststehen.[918]

Damit gliche die Rechtslage im Wesentlichen der deutschen. Allerdings muss noch die Ausschüttungssperre des § 17 Abs. 2 Satz 2 PSG in Betracht gezogen werden: Danach darf der Stiftungsvorstand Leistungen an Begünstigte zur Erfüllung des Stiftungszwecks nur dann und insoweit vornehmen, als dadurch Ansprüche von Gläubigern der Stiftung nicht geschmälert werden. Dabei handelt es sich um eine zwingende Gläubigerschutzbestimmung.[919] Für die Verletzung dieser Bestimmung haften die Mitglieder des Stiftungsvorstandes der Privatstiftung und unter Umständen auch den Gläubigern der Privatstiftung.[920] Die Begünstigten der Privatstiftungen verfügen demnach lediglich über eine unechte Gläubigerposition, denn ihre Ansprüche stehen unter dem Vorbehalt, dass ihre Erfüllung nicht die Ansprüche von echten Gläubigern der Privatstiftung schmälert; es handelt sich also lediglich um einen bedingten Anspruch, der von der Einhaltung der Voraussetzung des § 17 Abs. 2 Satz 2 PSG abhängig ist.[921] Begünstigte können diese Ansprüche gerichtlich verfolgen.[922]

Gemäß § 30 Abs. 1 PSG kann ein Begünstigter von der Privatstiftung die Erteilung von Auskünften über die Erfüllung des Stiftungszwecks sowie die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher, die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde verlangen. Der Gesetzgeber hat diesen Anspruch als Kontrollinstrument konzipiert.[923] Weiterhin räumt § 35 Abs. 3 PSG dem Begünstigten das Recht ein, bei Gericht die Auflösung der Privatstiftung zu beantragen, wenn ein Auflösungsgrund gemäß § 35 Abs. 2 PSG vorliegt, der Stiftungsvorstand aber keinen entsprechenden Beschluss fasst. Spiegelbildlich kann er gemäß § 35 Abs. 4 PSG bei Gericht die Aufhebung eines Auflösungsbeschlusses beantragen, wenn dieser von dem Vorstand ohne das Vorlie-

---

916 *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 47; *Löffler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 5 Rn. 11; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 77 (88); *Größ* in *Doralt/Kalss* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, S. 228 ff.; *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 247.

917 *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 48; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 77 (88); *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 247.

918 *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 48 unter Verweis auf BGH v. 16.1.1957 – Az. IV ZR 221/56, NJW 1957, S. 708.

919 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 50.

920 Vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 17 Rn. 69 ff.

921 *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, S. 247; *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 49; *Größ* in *Doralt/Kalss* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, S. 228 ff. (231); *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 77 (88) geht ebenfalls von einem unmittelbaren Anspruch, aber ggf. einer nachträglichen Unmöglichkeit aus; *Löffler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 5 Rn. 11 geht demgegenüber von einem aufschiebend bedingtem Anwartschaftsrecht aus.

922 *Arnold*, PSG, § 40 Rn. 7; *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 40 Rn. 90; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 77 ff. (90).

923 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 77; vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 30 Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen eines Auflösungsgrundes gefasst wurde. Darüber hinaus steht es dem Stifter frei, den Begünstigten in der Stiftungserklärung weitere Kontroll- und Mitwirkungsrechte in den oben skizzierten Grenzen, die das Verbot korporativer Strukturen ziehen, einzuräumen. Umstritten ist, ob die Einsichtsrechte des § 30 PSG durch entsprechende Satzungsgestaltung reduziert werden dürfen.[924]

Für Begünstigte gelten umfassende Inkompatibilitätsvorschriften. Sie dürfen beispielweise nicht Mitglied des Vorstandes sein (§ 15 Abs. 2 PSG).[925]

3. Zusammenfassung

Die Rolle der Destinatäre ist in Deutschland wie in Österreich ähnlich schwach ausgestaltet. In keinem Falle kommt sie der eines Gesellschafters oder Mitgliedes gleich, was allerdings hinsichtlich des besonderen Charakters der Stiftung auch nicht erforderlich ist oder gar wünschenswert wäre. Zwar können den Begünstigten der Stiftung klagbare Leistungsansprüche durch eine entsprechende Satzungsgestaltung zugesprochen werden, doch wird dies nicht der Regelfall sein.[926] Sind die Rechte der Destinatäre als klagbare Ansprüche ausgestaltet, können ihre Gläubiger diese Ansprüche pfänden.[927] Dies ist nicht der Fall, wenn die Gewährung von Leistungen in dem – mehr oder weniger weiten – Ermessen der Stiftungsorgane steht, welche den Begünstigten in Ausführung des Stifterwillens durch entsprechenden Beschluss Ansprüche zubilligen. Es ist eine Frage des Einzelfalls, welche Gestaltung vorzuziehen ist; die rechtlichen Möglichkeiten sind nach deutscher und österreichischer Rechtslage nahezu identisch. In der österreichischen Rechtsordnung sind die Destinatäre mit einem recht weitgehenden Kontroll- und Einsichtsrecht ausgestattet; dieses kann ohne Weiteres durch entsprechende Satzungsgestaltung in Deutschland – soweit es erwünscht ist – nachgebildet werden. Der Gesetzgeber in Österreich hat es vor allem als weiteres Kontrollinstrument geschaffen und so kann und sollte es auch in Deutschland eingesetzt werden. Die Rechtsschutzmöglichkeiten der PSG-Destinatäre sind hingegen weiter gestaltet und dürften regelmäßig über die der Begünstigten einer BGB-Stiftung hinausreichen. Im Unterschied zur deutschen Rechtslage ist den Destinatären einer PSG-Stiftung aber verwehrt, als Mitglieder von Organen, insbesondere des Vorstandes, entscheidenden Einfluss auf die Stiftung auszuüben. Lediglich den fakultativen Organen der Stiftung können sie angehören.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die nur rudimentäre Regelung des Stiftungsrechts im BGB einen breiteren Gestaltungsspielraum zulässt, als dies in Österreich der Fall ist. Jedenfalls ist es ohne weiteres möglich, die entsprechenden Kontrollmechanismen durch einfache Bestimmungen im Rahmen des Stiftungsgeschäfts nachzubilden, ohne auf die Mitwirkung der Begünstigten in den Organen der Stiftung zu verzichten. Sollte dies

---

924 Vgl. dazu *Arnold*, PSG, § 30 Rn. 10; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 77 ff. (93).

925 Siehe oben S. 95, 106.

926 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 85 Rn. 37.

927 Bzgl. BGB-Stiftungen: *Feick/Thon,* ZEV 2011, S. 404 (405); *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (172); *v. Eichel*, Gläubigerzugriff auf Destinatärrechte, S. 117 ff.; bzgl. PSG-Stiftungen: *Löffler* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 5 Rn. 21; *Arnold*, PSG, § 5 Rn. 53; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 77 ff. (91); *v. Eichel*, Gläubigerzugriff auf Destinatärrechte, S. 109 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hingegen nicht gewünscht sein, können Inkompatibilitätsvorschriften in die Satzung der BGB-Stiftung aufgenommen werden. Eine individuelle Anpassung an die Bedürfnisse des Stifters und seiner Familie ist möglich.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Weitere Fragestellungen

Entscheidend für die Frage, ob sich die Stiftung als eine brauchbare Gestaltungsalternative für die Nachfolgegestaltung eignet, ist, inwieweit sie nach Errichtung vor Angriffen von außen, die ihr unter Umständen nachträglich Vermögenssubstanz entziehen, gesichert werden kann. Diese sogenannten „Bruchlinien" des Stiftungsrechts bestehen im Besonderen im Pflichtteilsrecht und der Frage, inwieweit die Stiftung für Verbindlichkeiten, welche der Stifter in eigener Person begründet hat, herangezogen werden kann.

I. Pflichtteilsrecht

Das Pflichtteilsrecht sichert dem Berechtigten eine Mindestteilhabe am Wert des Nachlasses, die Testierfreiheit wird zugunsten des Kreises der Pflichtteilsberechtigten eingeschränkt.[928] Zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten zählen nach deutschem Recht die Abkömmlinge, in Ermangelung solcher auch die Eltern, und der Ehegatte des Erblassers (§§ 2303, 2307 BGB). Nach österreichischem Recht sind grundsätzlich alle Nachkommen und, soweit sie fehlen, Vorfahren sowie Ehegatten pflichtteilsberechtigt (§ 762 ABGB). Fraglich ist, inwieweit Stiftungen durch die mit Pflichtteilsansprüchen einhergehenden Kapitalabflüsse gefährdet werden können.

1. Deutschland

Ist ein Abkömmling des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von den Erben den Pflichtteil verlangen, der in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils besteht (§ 2303 BGB).[929] Es handelt sich um den sogenannten ordentlichen Pflichtteilsanspruch. Ist der Pflichtteilsberechtigte zwar bedacht worden, bleibt sein Erbteil aber im Wert hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurück, hat er einen Anspruch auf den Zusatzpflichtteil in Höhe der Differenz zwischen der Hälfte des gesetzlichen Erbteils und dem, was ihm hinterlassen wurde, gegen die Miterben (§ 2305 BGB, sogenannter Pflichtteilsrestanspruch).[930] Um eine Aushöhlung des Pflichtteilsanspruches durch lebzeitige Schenkungen zu vermeiden sieht § 2325 BGB einen Pflichtteilsergänzungsanspruch vor. Der Pflichtteilsberechtigte kann demnach von dem Beschenkten den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenke Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Sind mehr als zehn Jahre seit der Schenkung vergangen, bleibt sie unberücksichtigt; bis dahin verringert sich der zu berücksichtigende Betrag in jedem Jahr um ein Zehntel.[931]

---

928 Bzgl. der dt. Rechtslage statt vieler *Müller* in *Burandt/Rojahn* (Hrsg.), Erbrecht, § 2303 Rn. 1; bzgl. der österr. Rechtslage statt vieler *Welser* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd. II, S. 545.

929 Vgl. dazu *Müller* in *Burandt/Rojahn* (Hrsg.), Erbrecht, § 2303.

930 Vgl. dazu *Müller* in *Burandt/Rojahn* (Hrsg.), Erbrecht, § 2305.

931 Vgl. dazu *Müller* in *Burandt/Rojahn* (Hrsg.), Erbrecht, § 2325.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Für Stiftungen, auch für gemeinnützige, gelten keine Besonderheiten, sie unterliegen den allgemeinen Regeln des Pflichtteilsrechts.[932] Errichtet der Stifter eine Stiftung von Todes wegen, ist diese als Erbe dem Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich pflichtteilspflichtig.[933] Vereinzelt werden zwar Ausnahmen für Familienstiftungen angenommen, was jedoch nicht überzeugt.[934] Wurde sie zu Lebzeiten des Stifters innerhalb des Zehnjahreszeitraumes errichtet, kommt sie ebenfalls als Schuldnerin von Pflichtteilsergänzungsansprüchen in Betracht, sofern Zustiftungen oder anderweitige Vermögensübertragungen auf die Stiftung getätigt werden. Zwar stellt die Erstausstattung einer Stiftung keine Schenkung i. S. d. § 2325 BGB dar, die Norm kommt aber analog zur Anwendung.[935]

Stiftungen sind also nach deutschem Recht kein geeignetes Mittel zur Pflichtteilsvermeidung. Die durch Pflichtteilsansprüche bedingten Kapitalabflüsse bedeuten unter Umständen ein erhebliches Risiko für die Stiftung. Sicherheit kann die Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts gemäß §§ 2346 ff. BGB verschaffen.[936] Die Pflichtteilsberechtigten können beispielsweise durch die Gewährung einer Geldentschädigung oder die Bestimmung zu Destinatären für den Abschluss einer solchen Vereinbarung gewonnen werden.[937]

2. Österreich

In Österreich sind aus dem Kreis der potentiell Pflichtteilsberechtigten nur die Personen pflichtteilsberechtigt, die beim Fehlen eines Testamentes tatsächlich aufgrund der gesetzlichen Erbfolge zu Erben berufen gewesen wären (vgl. § 762 Abs. 2 ABGB). Wird einem solchen Erben die ihm zukommende Quote nicht oder nicht zur Gänze überlassen, hat er einen Geldanspruch auf seine Pflichtteilsquote (§§ 775 f. ABGB). Deren Höhe bestimmt sich nach dem Verwandtschaftsverhältnis: Nachkommen und Ehegatten können die Hälfte dessen verlangen, was sie im Wege der gesetzlichen Erbfolge erhalten hätten, Vorfahren ein Drittel (§§ 765 f. ABGB). Weiterhin sieht das ABGB eine Schenkungsanrechnung vor; unberücksichtigt bleiben unter anderem Schenkungen, die zu gemeinnützigen Zwecken

---

932 RG v. 30.4.1903 – Az. IV 29/03, RGZ 54, S. 399 ff. (400) in Bezug auf eine Familienstiftung; LG Baden-Baden v. 31.7.1998 – Az. 2 O 70/98, ZEV 1999, S. 152 (152); BGH v. 10.12.2003 – Az. IV ZR 249/0, NJW 2004, S. 1382 (insb. 1384); *Rawert*, ZEV 1999, S. 153 (153); *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 25; *Röthel*, ZEV 2008, S. 112 (113); *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, S. 252 ff.; *Lange* in FS Spiegelberger, S. 1321 (1322).

933 *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 79 Rn. 173; *Lange* in Münchener Kommentar BGB, § 2325 Rn. 42.

934 Vgl. dazu *Lange* in FS Spiegelberger, S. 1321 (1324 f.) m. w. N. und überzeugender Argumentation.

935 *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 79 Rn. 173; *Lange* in Münchener Kommentar BGB, § 2325 Rn. 42; *Röthel*, ZEV 2006, S. 8 (9).

936 *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 79 Rn. 173; *Hüttemann/Rawert*, ZEV 2007, S. 107 (108 f.).

937 *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5 § 79 Rn. 295.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

getätigt wurden und solche, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigte Personen erfolgen (§ 785 ABGB).[938]

Wie in Deutschland gelten für Privatstiftungen hinsichtlich des Pflichtteilsrechts keine Ausnahmeregelungen, vielmehr kommen die allgemeinen Regeln zur Anwendung.[939] Zu beachten ist, dass nach überwiegender Ansicht die Zweijahresfrist erst mit dem Erlöschen eines vorbehaltenen Widerrufs zu laufen beginnt, weil das gestiftete Vermögen erst zu diesem Zeitpunkt hingegeben wird.[940] Auch hier kann endgültige Sicherheit nur durch einen Verzicht der Pflichtteilsberechtigten erreicht werden.[941]

3. Zusammenfassung

Weder nach deutschem noch nach österreichischem Recht eignet sich die Stiftung also zur Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen, wenn die Dotation der Stiftung nicht außerhalb des Zehn- beziehungsweise Zweijahreszeitraums vorgenommen wird. Stets sind in diesem Fällen flankierende Maßnahmen zu ergreifen, um die Pflichtteilsberechtigten von der Geltendmachung ihrer Ansprüche abzuhalten, die zweckmäßigerweise im Abschluss einer Pflichtteilsverzichtsvereinbarung liegen werden.

Allerdings ist in der österreichischen Rechtsordnung eine erheblich kürzere Frist, nach deren Ablauf Vermögensübertragungen auf Stiftungen nicht mehr pflichtteilsrelevant sind, als in Deutschland vorgesehen. Diese kurze Frist können sich deutsche Staatsangehörige allerdings auch nicht durch die Errichtung einer österreichischen Privatstiftung zu Nutze machen,[942] denn gemäß Art. 25 EGBGB folgt das deutsche Erbrecht, umfasst ist auch das Pflichtteilsrecht,[943] dem Staatsangehörigkeitsprinzip.[944] Dies gilt gemäß Art. 3a EGBGB im Grundsatz unabhängig davon, ob Vermögen im Ausland belegen ist, wenn nicht der Staat, in welchem das Vermögen belegen ist, dieses seinem eigenen Erbrecht unterstellt.[945] Das ist in Österreich nicht der Fall.[946] Überträgt also ein deutscher Staatsangehöriger Vermögensgegenstände an eine österreichische Privatstiftung, ist diese pflichtteilsrechtlich wie eine deutsche zu behandeln. Gerichtlich festgestellte Ansprüche können auch in Österreich unter anderem aufgrund der EU-Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Aner-

938 *Haunschmidt* in *Süß* (Hrsg.), Erbrecht in Europa, S. 1089 (1099); *Welser* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, S. 545 ff.

939 *Haunschmidt* in *Süß* (Hrsg.), Erbrecht in Europa, S. 1089 (1101); *Arnold*, PSG, Einl. Rn. 21; *Schauer* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 15 (30); ausführlich dazu *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 28 ff.

940 *Arnold*, PSG, Einl. Rn. 23b; *Schauer* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, S. 15 (30).

941 *Arnold*, PSG, Einl. Rn. 25.

942 So auch *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 124 f.

943 *Lorenz* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, Art. 25 EGBGB Rn. 30.

944 Vgl. dazu *Lorenz* in *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BeckOK BGB, Art. 25 EGBGB Rn. 15.

945 *Klinger/Wolf*, NJW-Spezial 2007, S. 397 (398).

946 *Haunschmidt* in *Süß* (Hrsg.), Erbrecht in Europa, S. 1089 (1091).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kennung und Vollstreckung der Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durchgesetzt werden (Verordnung (EG) Nr. 44/2001).[947]

II. Stiftung und Vermögensschutz

Eines der wesentlichen Unterscheidungsmerkmale der Stiftung von anderen juristischen Personen ist, dass sie über keine Anteile und Gesellschafter verfügt, sondern rechtlich vollständig verselbstständigt ist. Es gibt also keine Anteile, die gepfändet werden könnten. In das Stiftungsvermögen kann im Grundsatz nur wegen Forderungen gegen die Stiftung selbst vollstreckt werden. Dies führt dazu, dass die Familienstiftung in jüngerer Zeit häufiger als Gestaltungsmittel für „Asset-Protection" in die Diskussion gebracht wird, denn aufgrund der Trennung des Vermögens der Stiftung von dem des Stifters ist Gläubigern des Stifters im Grundsatz der Zugriff auf das Vermögen der Stiftung versagt.[948] Unter „Asset-Protection", begrifflich wohl inhaltsgleich mit dem Terminus „Vermögensschutz", werden zulässige Maßnahmen verstanden, um (Privat-)Vermögen dem drohenden Zugriff von Gläubigern zu entziehen.[949] Doch auch unabhängig von der Absicht, ein vollstreckungssichereres Vermögen zu schaffen, welches den Destinatären und auch dem Stifter trotz Gläubigerzugriffs wegen eigener Verbindlichkeiten dienen soll, stellt sich die Frage, inwieweit der Bestand einer Stiftung nach Errichtung durch Maßnahmen von Gläubigern des Stifters gefährdet sein kann.

1. Deutschland

Im deutschen Recht ist eine Vereitelung des Vollstreckungszugriffs im Grundsatz durch die Aufgabe der rechtlichen Verfügungsgewalt, in der Regel durch Übertragung von Vermögenswerten auf eine andere natürliche oder juristische Person, bedingt.[950] Die Rechtsordnung stellt jedoch verschiedene Instrumentarien zur Verfügung, um diesen Übertragungsakt, sei es die erstmalige Dotation der Stiftung oder eine spätere Zustiftung, anzugreifen und trotz der Übertragung für Befriedigungsbedürfnisse der Gläubiger nutzbar zu machen.

a. Pfändung des Rückforderungsanspruchs gemäß § 528 BGB

§ 528 BGB gewährt dem Schenker für den Fall der eigenen Verarmung einen Anspruch gegen den Beschenkten auf Herausgabe des Geschenkes. Es wäre demnach zu erwägen, ob Gläubiger diesen Anspruch pfänden können, wenn die Vollstreckung in das Vermögen des

947 Vgl. dazu und zu den anderen, nun nachrangigen, bi- und multinationalen Abkommen bzgl. der Vollstreckung zwischen Österreich und Deutschland *Gottwald* in Münchener Kommentar ZPO, § 328 Rn. 52.

948 *v. Oertzen*, Asset-Protection im deutschen Recht, S. 26 ff.; *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 ff.; *Bisle*, DStR 2012, S. 525 ff.; *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 42.

949 *v. Oertzen*, Asset-Protection im deutschen Recht, S. 26; *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (169); *Bisle*, DStR 2012, S. 525 (525).

950 *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (168).

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stifters unergiebig ist. Dabei ist jedoch von vorneherein zu beachten, dass der Anspruch nur soweit reicht, wie der Notbedarf des Schenkers. Insoweit ist er also auf den angemessenen Unterhalt des Schenkers begrenzt.[951]

Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist hoch. Typischerweise wird sie in Fällen der vorweggenommenen Erbfolge relevant, wenn Vermögenswerte auf Abkömmlinge oder Dritte, wie eine Stiftung, übertragen wurden und sich später zeigt, dass der Schenker seine Bedürfnisse im Alter nicht mehr decken kann.[952] Dies gilt insbesondere angesichts steigender Lebenserwartung sowie steigender Kosten für Heimunterbringung, Krankheit und Pflege, die nicht selten zu Lasten der Allgemeinheit gehen.[953]

Der Anspruch setzt zunächst voraus, dass die schenkungsrechtlichen Vorschriften auf das Stiftungsversprechen, gegebenenfalls analog, anwendbar wären. Diese Frage ist umstritten, denn das BGB trifft keine Aussage über die Rechtsnatur des Ausstattungsversprechens; der historische Gesetzgeber wollte die Klärung dieses Punktes Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.[954] Während zum Teil früher jedenfalls eine analoge Anwendung der schenkungsrechtlichen Vorschriften befürwortet wurde und diese Ansicht in jüngerer Zeit wieder vermehrt vertreten wird,[955] ist derzeit auch eine differenzierende Betrachtung verbreitet, die das Innenverhältnis zwischen Stiftung und Stifter und das Außenverhältnis zu Dritten getrennt bewertet: Danach vertrage sich ein Rückforderungsrecht des Stifters nicht mit den schutzwürdigen Interessen des Rechtsverkehrs und der Stiftung selbst, die unter Umständen ihrer materiellen Existenzgrundlage beraubt werde; der Stifter sei auch nicht schutzwürdig, er müsse vor Errichtung der Stiftung für seine eigene wirtschaftliche Existenz Sorge tragen. Auf der anderen Seite finde aber die Stifterfreiheit ihre Grenzen in den schutzwürdigen Interessen von Gläubigern des Stifters, die gerade durch vermögensrechtliche Ansprüche anderer, wie sie im Pflichtteils-, Insolvenz- und Anfechtungsrecht enthalten sind, zur Geltung gebracht werden.[956]

---

951 *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 5; *Wimmer-Leonhardt* in *Staudinger*, §§ 518 - 534 BGB, § 528 Rn. 17; BGH v. 19. 12. 2000 – Az. X ZR 146/99, NJW 2001, S. 1207 (1208).

952 *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 2; *Wimmer-Leonhardt* in *Staudinger*, §§ 518 - 534 BGB, § 528 Rn. 4.

953 *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 2; *Wimmer-Leonhardt* in *Staudinger*, §§ 518 - 534 BGB, § 528 Rn. 4.

954 *Hüttemann* in FS Werner, S. 85 (92).

955 RG v. 27.6.1881 – Az. I 265/80, RGZ 2, S. 138 (141) nahm in Bezug auf die Vermögensausstattung einer Familienstiftung an, „daß dieser Vorgang im Übrigen den Charakter einer Schenkung hat – einer Vermögenszuwendung an den Empfänger in der Absicht, durch gleichzeitige entsprechende Verminderung des eigenen Vermögens dessen Vermögen zu mehren, resp. ihm Vermögen zu verschaffen […]"; *Coing* in *Staudinger,* §§ 1 - 89 BGB[12], § 80 Rn. 11 ist für eine analoge Anwendung; ähnlich *Flume*, AT 1. Bd./2. Teil, S. 141 und *Neuhoff* in *Soergel*, §§ 1 - 103 BGB, § 80 Rn. 8; aus jüngerer Zeit: *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 82 Rn. 23 ff.; *Hüttemann* in FS Werner, S. 85 (93); *Tolksdorf*, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, insb. S. 249 ff.; *Ellenberger* in *Palandt*, BGB, § 82 Rn. 1; wohl auch *Werner* in *Erman*, BGB, § 82 Rn. 2; *Muscheler*, Stiftungsrecht, S. 185 ff.; *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (171).

956 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 23, der auch § 528 BGB für eine drittschützende Vorschrift hält; *Schwake* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 79 Rn. 207; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), § 6 Rn. 34 ff.; in diese Richtung auch *Jacob*, Schutz der Stiftung, S. 178 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieser Ansatz kann jedoch nicht überzeugen, die schenkungsrechtlichen Vorschriften kommen gänzlich entsprechend zur Anwendung. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wieso der Stifter seine Zukunft sorgfältiger planen und vorhersehen sollen muss als der Schenker; in beiden Situationen entäußert sich jemand freigebig zum Teil seines Vermögens um anderer Willen. Auch das Argument, der Bestandschutz der Stiftung verbiete eine entsprechende Anwendung von § 528 BGB, überzeugt nicht, denn nach der Anerkennung der Stiftung steht der Stifter dieser gegenüber wie ein fremder Dritter. Für eine Schlechterstellung des Stifters besteht kein Anlass, zumal § 528 BGB hohe Hürden für die Rückforderung aufstellt und in der Rechtsfolge eng umgrenzt ist. Der Stifter kann sich dem Grunde nach also auf § 528 BGB berufen.

Damit ist indes noch keine Aussage darüber getroffen, ob ein Gläubiger in einen solchen Anspruch auch vollstrecken kann. Zunächst müssen nämlich die Voraussetzungen von § 528 BGB erfüllt sein, der Notbedarf also eingetreten sein.[957] Ein Anspruch ist gemäß § 852 Abs. 2 ZPO jedoch erst pfändbar, nachdem er anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Die Entscheidung darüber, ob dies geschieht, liegt aber nicht beim Gläubiger, sondern beim Stifter.[958] Der Stifter hat es also selbst in der Hand, ob der Anspruch geltend gemacht wird und damit pfändbar wird.[959] Eine Ausnahme in Form einer teleologischen Reduktion des § 852 Abs. 2 ZPO besteht nur für Gläubiger, welche Mittel zur Verfügung stellen, um die Notlage zu beheben.[960] Auch wenn entgegen der früheren herrschenden Meinung der Anspruch nicht mehr als höchstpersönlich klassifiziert wird, kann der in Not geratene Stifter im Ergebnis regelmäßig frei entscheiden, ob er das Geschenk zurückfordert oder nicht.[961] Da dieser aber sein Vermögen oder jedenfalls einen Teil davon unter Umständen in die Stiftung eingebracht hat, um seine Nachkommen oder sich selbst auch im Falle eigener wirtschaftlicher Not vor Vollstreckungshandlungen der Gläubiger zu schützen, wird er wohl im Regelfall von seinem Recht keinen Gebrauch machen. Von Rückforderungsansprüchen des Stifters gemäß § 528 BGB wird demnach nur in seltenen Ausnahmefällen eine Gefahr für den Bestand der Stiftung ausgehen, zumal er ohnehin auf den Notbedarf des Stifters begrenzt.

b. Gläubigeranfechtung

Die Errichtung der Stiftung, Zustiftungen und andere Vermögensübertragungen auf die Stiftung sind nach den Vorschriften des AnfG und der InsO innerhalb der gesetzlichen Höchstfristen anfechtbar.[962] Eine erfolgreiche Anfechtung hat gemäß § 11 Abs. 1

957 Vgl. dazu *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 2, 3.

958 *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (171); *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 9; *Wimmer-Leonhardt* in *Staudinger*, §§ 518 - 534 BGB, § 528 Rn. 37.

959 Vgl. *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 20.

960 *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (171); *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 20; gem. § 93 SGB XII geht der Anspruch von dem Schenker auf den Sozialhilfeträger über in dem Umfang über, in dem er Sozialhilfe geleistet hat.

961 Vgl. dazu *Koch* in Münchener Kommentar BGB, § 528 Rn. 9, 20 m. w. N.

962 LG Baden-Baden v. 16.6.2005 – Az. 3 O 98/03, ZSt 2005, S. 218 (219) mit kritischer Anmerkung von *Jakob*; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger* , §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 25; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 23; *v. Oertzen*, Asset-Protection im deutschen Recht, S. 28; *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (172); *Bisle*, DStR 2012, S. 525 (526); *Tolks-*

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

AnfG/§ 143 Abs. 1 InsO zur Folge, dass der weggegebene Vermögensgegenstand dem Gläubiger wieder zur Verfügung gestellt werden muss, soweit es zu dessen Befriedigung erforderlich ist.[963] Als Anfechtungstatbestände kommen die Vorsatzanfechtung (§ 3 Abs. 1 AnfG/§ 133 Abs. 1 InsO), die Entgeltlichkeitsanfechtung (§ 3 Abs. 2 AnfG/§ 133 Abs. 2 InsO), die Schenkungsanfechtung (§ 4 AnfG/§ 134 InsO) und die besonderen Insolvenzanfechtungstatbestände (§§ 130 - 133 InsO) in Betracht.[964]

Besondere Bedeutung kommt der Schenkungsanfechtung zu. Gemäß § 4 Abs. 1 AnfG/§ 134 Abs. 1 InsO ist eine unentgeltliche Leistung anfechtbar, wenn sie weniger als vier Jahre zurückliegt.[965] Zwar ist die Stiftungserrichtung nach überwiegender Ansicht keine Schenkung, sondern ein Rechtsgeschäft sui generis, allerdings setzt § 4 Abs. 1 InsO/§134 Abs. 1 InsO auch lediglich eine unentgeltliche Leistung voraus.[966] Da es sich bei der Schenkungsanfechtung um eine drittschützende Norm handelt, geht die ganz überwiegende Ansicht von der Anwendbarkeit dieser Vorschriften aus.[967]

Weiterhin kommt – gerade, wenn eine Familienstiftung als Instrument zum Vermögensschutz verwandt wird – eine Anfechtung der Stiftungserrichtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung der Gläubiger innerhalb einer Frist von zehn Jahren in Betracht (§ 3 Abs. 1 AnfG/§ 133 Abs. 1 InsO). Der Verdacht einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht drängt sich förmlich auf, wenn der Stifter in Zahlungsschwierigkeiten gerät.[968] Anfechtbar ist demnach eine Rechtshandlung, die der Schuldner mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Unter Vorsatz ist das Wissen und Wollen des missbilligten Erfolges zu verstehen; also ist es in jedem Fall ausreichend, wenn der Schuldner mit dem Bewusstsein handelt, durch seine Handlung Gläubiger im Allgemeinen zu benachteiligen und mit diesem Willen handelt.[969] Weiterhin muss der andere Teil, die Stiftung, den Vorsatz des Schuldners kennen. Dabei wird der Stiftung eine Kenntnis ihres Vorstandes gemäß § 31 BGB zuge-

---

dorf, Stiftungsgeschäftliche Vermögensausstattung und Schenkung, S. 273 ff.; *Hirte* in FS Werner, S. 222 (233 ff.); differenzierend zwischen Erstdotation und Zuwendung an bestehende Stiftung *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 307 ff.; die Schenkungsanfechtung verneinen *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 9 Rn. 183; *Hinz*, Die Haftung des Stiftung für Verbindlichkeiten des Stifters, insb. S. 106 ff., lehnt die Anwendbarkeit zur Gänze ab.

963 Vgl. dazu *Kirchhof* in Münchener Kommentar AnfG, § 11; *ders.* in Münchener Kommentar InsO, § 143.

964 Vgl. zu den Anfechtungstatbeständen im Einzelnen. *v. Oertzen*, Asset-Protection im deutschen Recht, S. 26 (31 f.); *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (172 ff.); *Bisle*, DStR 2012, S. 525 (526).

965 Siehe zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Kirchhof* in Münchener Kommentar AnfG, § 4; *Kirchhof* in Münchener Kommentar InsO, § 134.

966 *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, §§ 80, 81 Rn. 22; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 81 Rn. 24; *Röthel*, ZEV 2006, S. 8 (9); LG Baden-Baden v. 16.6.2005 – Az. 3 O 98/03, ZSt 2005, S. 218 (219) mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von *Jakob.*

967 Siehe oben FN 955, 956, 962; a. A. *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 9 Rn. 183; *Hinz*, Die Haftung der Stiftung für Verbindlichkeiten des Stifters, S. 127.

968 Vgl. *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 100.

969 Vgl. dazu *Kirchhof* in Münchener Kommentar AnfG, § 4 Rn. 14 ff. ; *ders*. in Münchener Kommentar InsO, § 133 Rn. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechnet werden.[970] Insbesondere bei Familienstiftungen ist es aber nicht unüblich, dass zwischen Stifter und Organen der Stiftung Personenidentität besteht; in diesem Fall ist stets von einer Kenntnis „des anderen Teils" auszugehen. Dies gilt vor allem dann, wenn es sich um eine Stiftung für den Stifter handelt.[971]

2. Österreich

Auch in der österreichischen Rechtsordnung sind Mechanismen vorgesehen, welche den Gläubigern des Stifters unter gewissen Voraussetzungen einen Zugriff auf das in die Stiftung eingebrachte Vermögen ermöglichen. Auch hier entstammen sie der Anfechtungsordnung und der Insolvenzordnung, die in Österreich unter anderem die Konkursordnung am 1. Juli 2010 ablösten;[972] sie sind durchaus mit der deutschen Rechtslage vergleichbar.

a. Anspruch des Schenkers wegen Dürftigkeit gemäß § 947 ABGB

Unabhängig von der Frage, ob die Erstdotation einer Stiftung eine Schenkung ist oder nicht, stellt § 946 ABGB den Grundsatz auf, dass Schenkungsverträge nicht widerrufen werden dürfen. Zwar enthält das ABGB in § 947 eine Vorschrift, die dem Rückforderungsanspruch gemäß § 528 BGB ähnelt. Sie gestattet dem Geschenkgeber im Falle solcher „Dürftigkeit, daß es ihm an dem nötigen Unterhalt gebricht", also im Falle des Mangels des notdürftigen, nicht aber des angemessenen Unterhalts,[973] lediglich einen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen des Geschenkes soweit diese zur Bestreitung seines Lebensunterhalt notwendig sind und dies dem Beschenken zuzumuten ist. Die Norm hat wegen der engen Voraussetzungen und der eingeschränkten Rechtsfolge kaum praktische Bedeutung.[974] Im Zusammenhang mit Privatstiftungen ist sie – soweit ersichtlich – noch nicht diskutiert worden.

b. Gläubigeranfechtung

Auch im österreichischen Recht haben die Absichtsanfechtung (§ 2 Nr. 1, 2 AnfO/§ 28 Nr. 1, 2 IO, ehemals 28 KO) und die Schenkungsanfechtung (§ 3 Nr. 1 AnfO/§ 29 Nr. 1 IO, ehemals § 29 Nr. 1 KO) besondere Bedeutung für Stiftungen.[975] Sie gestatten eine Anfechtung innerhalb von zehn beziehungsweise zwei Jahren.[976] Daneben bestehen noch besondere insolvenzrechtliche Tatbestände, die im Einzelfall ebenfalls relevant sein können (§§ 30,

970 *Hirte* in FS Werner, S. 222 (236 f.); *Kirchhof* in Münchener Kommentar AnfG, § 4 Rn. 39 ; *ders*. in Münchener Kommentar InsO, § 133 Rn. 19; *v. Oertzen*, Asset-Protection im deutschen Recht, S. 26 (31); *v. Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, S. 168 (173); *Bisle*, DStR 2012, S. 525 (526).

971 Vgl. dazu oben S. 71 ff.

972 Vgl. dazu *Nunner-Krautgasser*, ZInsO 2011, S. 117 ff.; *Riewe*, NZI 2010, 640 (640).

973 *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB, § 947 Rn. 1.

974 *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB, § 947 Rn. 1.

975 *Arnold*, PSG, § 4 Rn. 46; *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 7; *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 90 ff.

976 Vgl. *Arnold*, PSG, § 4 Rn. 46 und oben S. 118 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

31 IO).[977] Durch die Anfechtung wird der Erwerber gezwungen, die Zwangsvollstreckung in den erworbenen Vermögensgegenstand zu dulden.

Gemäß § 3 Nr. 1 AnfO/§ 29 Nr. 1 IO sind innerhalb einer zweijährigen Frist unentgeltliche Verfügungen des Schuldners anfechtbar, soweit es sich nicht um die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung, um gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke oder um Verfügungen in angemessener Höhe handelt, die zu gemeinnützigen Zwecken gemacht wurden oder durch die einer sittlichen Pflicht oder Rücksichten des Anstandes entsprochen worden ist. Wie in Deutschland macht dieser Anfechtungstatbestand nicht die Schenkung, sondern die unentgeltliche Verfügung zur Tatbestandsvoraussetzung. Mit dem vermögensrechtlichen Teil der Stiftungserklärung verpflichtet sich der Stifter, der Stiftung bestimmte Vermögenswerte zukommen zu lassen. Er tut dies in aller Regel unentgeltlich, so dass die Errichtung einer Stiftung von dem Tatbestand der Schenkungsanfechtung erfasst ist.[978]

§ 2 Nr. 1 AnfO/§ 28 Nr. 1 IO erklären Rechtshandlungen, die der Schuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, in den letzten zehn Jahren vorgenommen hat, für anfechtbar. § 2 Nr. 2 AnfO/§ 28 Nr. 2 IO erklärt benachteiligende Rechtshandlungen innerhalb von zwei Jahren für anfechtbar, wenn dem anderen Teil die Benachteiligungsabsicht bekannt sein musste. Diesbezüglich enthält § 2 Nr. 3 AnfO/§ 28 Nr. 3 IO eine Beweislastumkehr, wenn Rechtshandlungen zugunsten von Ehegatten und nahen Angehörigen des Schuldners vorgenommen wurden.

Die Tatbestände der § 2 AnfO/§ 28 IO setzen Benachteiligungsabsicht voraus. Diese ist gegeben, wenn der Schuldner (bedingt vorsätzlich) beabsichtigt, die Befriedigung seiner Gläubiger, wenn er sie auch nicht ganz oder teilweise unmöglich macht, zu verzögern oder zu erschweren.[979] § 2 Nr. 1 AnfO/§ 28 Nr. 1 IO setzt zudem positive Kenntnis des anderen Teils von der Benachteiligungsabsicht voraus; es ist dabei auf den Stiftungsvorstand abzustellen.[980] Auch bezüglich der schuldhaften Unkenntnis (§ 2 Nr. 1 AnfO/§ 28 Nr. 2 IO) ist auf den Stiftungsvorstand abzustellen: Sie eröffnet in solchen Fällen eine Anfechtungsmöglichkeit, in denen der Anfechtungsgegner aufgrund verschiedener Begleitumstände auf die Absicht des Schuldners hätte schließen können, wobei ein hoher Sorgfaltsmaßstab angelegt wird.[981] § 2 Nr. 3 AnfO/§ 28 Nr. 3 IO sehen zudem eine Beweislastumkehr vor. Der genannte Personenkreis muss, um die Anfechtungsmöglichkeit auszuschließen, beweisen, dass der Schuldner keine Benachteiligungsabsicht hatte beziehungsweise er die Benachteiligungsabsicht nicht kannte.[982] Es wird vorgeschlagen, diese Regelung auf Familienstiftungen analog anzuwenden, wenn der Begünstigtenkreis im Wesentlichen dem in § 2 Nr. 3 AnfO/§ 28 Nr. 3 IO genannten Personenkreis entspricht.[983]

---

977 *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 7; *Welser* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd. II, S. 397; *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 91.

978 *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 98; *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 7.

979 *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 101.

980 *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 102.

981 *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 103.

982 *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 103.

983 *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Zwangsvollstreckung und Satzungsvorbehalte

Im Unterschied zur deutschen Rechtslage muss sich der Stifter einer Privatstiftung nicht endgültig von seinem Vermögen trennen, sondern kann gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 8 i. V. m. § 34 PSG den Vorbehalt, die Privatstiftung zu widerrufen, in die Satzung aufnehmen.[984] Der Stiftungsvorstand hat in diesem Fall einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 PSG), die Stiftung ist daraufhin abzuwickeln. Gemäß § 35 Abs. 4 PSG ist im Falle des Widerrufs, wenn nichts anderes vorgesehen ist, der Stifter der Letztbegünstigte. Besteht ein Widerrufsrecht und ist der Stifter tatsächlich Letztbegünstigter, können Gläubiger des Stifters das Widerrufsrecht beziehungsweise das Liquidationsguthaben gemäß §§ 331 ff. EO pfänden und vom Gericht ermächtigt werden, den Widerruf der Stiftung im Rahmen der in der Satzung vorgesehenen Regelungen zu erklären. Dies ergibt sich aus einer (analogen) Anwendung von § 333 Abs. 1 EO[985].[986]

Diese Überlegungen lassen sich auch auf ein vorbehaltenes Recht zu Satzungsänderungen übertragen (§ 33 Abs. 2 PSG). Ein Gläubiger, der gemäß §§ 331 ff. das Änderungsrecht des Stifters gepfändet hat, kann dem Stifter eine – gegebenenfalls bisher nicht bestehende – Begünstigtenstellung einräumen, die mit klagbaren Ansprüchen gegen die Stiftung ausgestattet ist und in diese die Zwangsvollstreckung betreiben.[987]

Der Stifter kann Zwangsvollstreckungen in Widerrufs- und Änderungsvorbehalte verhindern, indem er sie von Anfang an nicht in die Stiftungsurkunde aufnimmt oder inhaltlich beschränkt. Solche Gestaltungen können im Einzelfall sittenwidrig sein. Auch kann der Stifter seine Gestaltungsrechte nachträglich aufgeben. Die Aufgabe kommt allerdings ihrerseits als Anfechtungsgegenstand in Frage.[988]

3. Zusammenfassung

Als Mittel zum Vermögensschutz eignet sich die Familienstiftung sowohl nach österreichischem wie nach deutschem Recht nur, wenn eine langfristige Planung zugrunde liegt. Die

---

984 Siehe oben S. 118 ff.

985 § 333 Abs. 1 EO: Hat der Verpflichtete kraft des gepfändeten Rechtes die Ausfolgung einer Vermögensmasse oder die Theilung derselben und die Ausscheidung des ihm gebürenden Antheiles zu beanspruchen, so kann das Executionsgericht den betreibenden Gläubiger auf Antrag ermächtigen, dieses Recht des Verpflichteten in dessen Namen geltend zu machen und zu diesem Zwecke nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Theilung oder die Einleitung des Auseinandersetzungsverfahrens zu begehren, Kündigungen vorzunehmen und die sonst zur Ausübung und Nutzbarmachung des gepfändeten Rechtes erforderlichen Erklärungen wirksam für den Verpflichteten abzugeben. […].

986 OGH v. 26.4.2006 – Az. 3 Ob 16/06h abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 142; *Berger* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 34 Rn. 7; *Arnold*, PSG, § 34 Abs. 16; *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 129 ff. mit ausführlicher Begründung; a. A. *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg.), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, S. 267 (279).

987 *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 74; *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, S. 139.

988 *Arnold*, PSG, § 33 Rn. 75, § 34 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Errichtung von Stiftungen unterliegt in beiden Ländern der Gläubigeranfechtung, welche im Falle der Absichtsanfechtung ein Zugriff auf das Stiftungsvermögen innerhalb einer zehnjährigen Frist gestattet, allerdings dem Gläubiger auch vor nicht unerhebliche Beweisprobleme stellt. Außerhalb der Absichtsanfechtung oder nach Ablauf der zehnjährigen Frist ist es unter Zuhilfenahme von Familienstiftungen durchaus möglich, ein vollstreckungssicheres Sondervermögen zu schaffen, welches dem Stifter und seiner Familie dient. Allerdings muss die Trennung der Vermögenssphären zwischen Stiftung und Stifter, darauf beruht das Konzept des Vermögensschutzes bei der Stiftung, endgültig sein. Ein nach österreichischem Recht möglicher Widerrufs- oder Satzungsänderungsvorbehalt ermöglicht einen Gläubigerzugriff, der Schutzmantel der Stiftung wäre durchbrochen.

Mit Ausnahme der zehnjährigen Frist im Falle der Absichtsanfechtung sieht das deutsche Recht längere Anfechtungsfristen als das österreichische Recht vor. Diese können in der Regel nicht umgangen werden, wenn ein deutscher Stifter in Deutschland belegenes Vermögen in eine Privatstiftung einbringt.[989] Die Vollstreckung eines deutschen Gerichtsurteils in Österreich ist ohne weiteres möglich.[990]

989 Vgl. dazu *Kirchhof*, Münchener Kommentar AnfG, § 19 Rn. 10; *Reinhard* in Münchener Kommentar InsO, § 339; *Bauer*, Vermögensverwaltung mittels Privatstiftungen und anderer Strukturen, S. 124 f.

990 Siehe oben S. 144 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

E. Die Beendigung der Stiftung

Spiegelbildlich zur Anerkennung der Stiftung bedarf es nach deutschem Recht auch zu ihrer Auflösung eines staatlichen Aktes, welcher ihr die Rechtsfähigkeit entzieht, wobei dem stets ein stiftungsinterner Beschluss vorangehen muss, der das Eintreten eines Auflösungsgrundes feststellen kann oder die Auflösung der Stiftung aus anderen Gründen zum Gegenstand hat. [991] Dieser bedarf der Genehmigung durch die Stiftungsaufsicht,[992] welche die Einhaltung des Stifterwillens garantieren soll. Bundesgesetzlich geregelte Erlöschungsgründe sind die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Stiftung (§§ 86, 42 BGB), Unmöglichkeit des Stiftungszwecks oder Gemeinwohlgefährdung (§ 87 BGB). Weiterhin kann der Stifter in die Satzung Auflösungsgründe aufnehmen. Hierfür kommen insbesondere der Ablauf einer bestimmten Frist, die vollständige Erfüllung des Stiftungszwecks, der Eintritt einer bestimmten auflösenden Bedingung und der Eintritt eines sonstigen Umstandes in Betracht.[993]

Gemäß §§ 86, 47 BGB muss daraufhin eine Liquidation stattfinden, für diese ist die Stiftung noch rechtsfähig. Der Vermögensüberschuss ist dann an die anfallsberechtigten Personen, die der Stifter einer Familienstiftung in der Satzung festlegen wird, auszukehren.[994] Fehlt es an einer entsprechenden Satzungsbestimmung, fällt das Stiftungsvermögen dem Fiskus des Landes an, in dem die Stiftung ihren Sitz hatte (§ 88 Satz 2 BGB).

Gemäß § 35 Abs. 1 PSG wird die Privatstiftung aufgelöst, sobald die in der Stiftungserklärung vorgesehene Dauer abgelaufen ist (Nr. 1), über das Vermögen der Privatstiftung das Konkursverfahren eröffnet worden ist (Nr. 2), der Beschluss über die Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens Rechtskraft erlangt hat (Nr. 3), der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss gefasst hat (Nr. 4) oder das Gericht die Auflösung beschlossen hat (Nr. 5). Die Aufzählung ist abschließend. Die Ziffern Nr. 4 und 5 sind eine Zusammenfassung jeweils mehrerer Gründe und ein formaler

---

991 *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 11 Rn. 2; *Reuter* in Münchener Kommentar BGB, § 88 Rn. 1; *Richter* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 117 Rn. 1; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 88 Rn. 2.

992 § 14 Abs. 2 Satz 2 StifG Baden-Württemberg; § 5 Abs. 1 Satz 3 StiftG Berlin; § 10 Abs. 1 Satz 2 StiftG Brandenburg; § 8 Abs. 2 Satz 1 StiftG Bremen; § 7 Abs. 3 StiftG Hamburg; § 9 Abs. 1 StiftG Hessen; § 7 Abs. 3 Satz 3 StiftG Niedersachsen; § 10 StiftG Nordrhein-Westfalen; § 8 Abs. 3 StiftG Rheinland-Pfalz; § 7 Abs. 3 Satz 2 StiftG Saarland; § 10 Abs. 2 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Sachsen; § 22 Abs. 4 StiftG Sachsen-Anhalt; § 5 Abs. 2 Satz 1 StiftG Schleswig-Holstein; § 11 Abs. 3 i. V. m. § 9 Abs. 3 StiftG Thüringen.

993 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 88 Rn. 3; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 11 Rn. 29 ff.; *Richter* in *Beuthien/Gummert* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 5, § 117 Rn. 10 ff.

994 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, §§ 80 - 89 BGB, § 88 Rn. 6, 9; *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* (Hrsg.), Stiftungsrechts-Handbuch, § 11 Rn. 13, 21; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, S. 165.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tatbestand. Die materiellen Auflösungsgründe, welchen durch § 35 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PSG zur Geltung verholfen wird, sind in § 35 Abs. 2 PSG geregelt.[995]

Gemäß § 35 Abs. 2 PSG hat der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald ihm ein zulässiger Widerruf des Stifters zugeht (Nr. 1),[996] der Stiftungszweck erreicht oder nicht mehr erreichbar ist (Nr. 2), eine nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, 100 Jahre gedauert hat, es sei denn, dass alle Letztbegünstigten einen einstimmigen Fortsetzungsbeschluss gefasst haben (Nr. 3),[997] oder andere in der Stiftungserklärung genannten Gründe gegeben sind. Kommt ein entsprechender Beschluss nicht zustande, kann jedes Mitglied eines Stiftungsorgans, jeder Begünstigte, jeder Letztbegünstigte, jeder Stifter und jede dazu in der Stiftungserklärung ermächtigte Person die Auflösung durch das Gericht beantragen (§ 35 Abs. 4 PSG); dann wird Auflösungsgrund § 35 Abs. 1 Nr. 5 PSG maßgeblich. Wird ein entsprechender Beschluss gefasst, obwohl kein Auflösungsgrund vorliegt, kann jeder aus dem genannten Personenkreis bei Gericht die Aufhebung des Beschlusses beantragen (§ 35 Abs. 5 PSG). In den Fällen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 und 4 PSG muss der Stiftungsvorstand die Auflösung der Stiftung zur Eintragung in das Firmenbuch anmelden. Wird die Stiftung aufgrund eines Gerichtsbeschlusses aufgelöst, so hat das Gericht das Firmenbuchgericht zu benachrichtigen; die Auflösung ist dann von Amts wegen in das Firmenbuch einzutragen (§ 35 Abs. 5, 6 PSG).

An die Auflösung schließt sich sodann die Liquidation an. Zu diesem Zweck muss der Vorstand der Stiftung die Gläubiger der Stiftung unter Hinweis auf die Auflösung auffordern, ihre Ansprüche innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung der Auflösung geltend zu machen (§ 36 Abs. 1 PSG). Das verbleibende Vermögen ist auf den Letztbegünstigten zu übertragen (§ 36 Abs. 2 PSG). Ist kein Letztbegünstigter vorhanden oder will er das verbleibende Vermögen nicht übernehmen und ergibt sich sonst keine Regelung aus der Stiftungserklärung, fällt das Vermögen der Republik Österreich an (§ 36 Abs. 4 PSG).

Die Regelungen über die Beendigung gleichen sich in beiden Rechtsordnungen. Dem Stifter steht es frei, Auflösungsgründe, insbesondere eine bestimmte Dauer der Stiftung, in die Satzung aufzunehmen und Letztbegünstigte zu bestimmten. Im Unterschied zur deutschen Rechtslage ist eine obrigkeitliche Kontrolle bezüglich des Auflösungsbeschlusses in Österreich nicht zwingend vorgesehen; nur auf spezielle Anrufung hin wird diese gewährt. Jedenfalls kann aber in beiden Ländern durch eine entsprechende Anfallsklausel sichergestellt werden, dass den Destinatären nach der Liquidation das verbleibende Stiftungsvermögen zufällt.

---

995 Erläuterungen zur Regierungsvorlage d. PSG, abgedruckt bei *Eiselsberg/Haslwanter* (Hrsg.), Privatstiftungsgesetz, S. 87; *Riel* in *P. Doralt/Nowotny/Kalss (*Hrsg.), PSG, § 35 Rn. 14; *Arnold*, PSG, § 35 Rn. 2.

996 Siehe oben S. 118 ff.

997 Siehe oben S. 66 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922810-53, am 03.10.2024, 02:18:08
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb