

## **Stellungnahme**

### **zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts**

#### **(Bearbeitungsstand 16. September 2020)**

## **1. Allgemeines**

Die Stiftung ist ein soziales Phänomen, das sich seit den frühen Hochkulturen in allen Kulturen der Welt findet. Der Impuls zu stiften, kann als anthropologische Konstante bezeichnet werden. Andererseits ist der moderne Staat „kein kraft mythischen Hoheitsrechtes über dem Volke stehendes Wesen mehr“. Vielmehr hat er den Souveränen, den Bürgerinnen und Bürgern, bei der Verwirklichung ihrer Ziele, der Bündelung, aber auch Abwägung widerstrebender Interessen und der Schaffung, Entwicklung und Bewahrung einer konsensfähigen politischen Ordnung zu Diensten zu sein. Der öffentliche Raum setzt sich, jedenfalls in einer offenen Bürgergesellschaft, dementsprechend aus Akteuren der Wirtschaft und der Zivilgesellschaft ebenso zusammen wie aus solchen des Staates. Die Beziehungen zwischen diesen Akteuren haben wesentlich funktionalen Charakter. Stiftungen bilden einen wesentlichen Teil der Akteure in der organisierten Zivilgesellschaft.

In Deutschland hat das Stiftungswesen nach einer Periode der Marginalisierung zwischen 1918 und den 1970er (in Westdeutschland) bzw. 1980er Jahren (in Ostdeutschland) seit den 1990er Jahren wieder stark an Attraktivität und tatsächlicher Bedeutung zugenommen. Über den Befund, daß das moderne Stiftungswesen eines modernen Rechtsrahmens bedarf und daß der bestehende Rahmen reformbedürftig ist, besteht infolgedessen in der Fachwelt weitestgehend Einigkeit. Das gegenwärtige Recht ist geprägt von der Konzeption eines Obrigkeitsstaates, dem die Aufgabe zufällt, alle gesellschaftlichen Prozesse womöglich zu initiieren, jedenfalls aber zu beherrschen und zu kontrollieren. Verfassungsrechtlich seit 1919 (!), in der Praxis doch spätestens seit 1989 ist diese Konzeption aber von der eines ermöglichenden, subsidiär verfaßten Gewährleistungsstaates abgelöst worden, in welchem der Zivilgesellschaft insgesamt und dem Stiftungswesen als Teil davon eine originäre Legitimation zukommt. Insoweit ist die ältere Auffassung von der Stiftung als Mündel des Staates überholt.

Schon seit über 20 Jahren wird daher von verschiedenen Seiten eine Reform der rechtlichen Rahmenbedingungen angeregt. Bisherige Versuche waren jedoch hinter dem Anspruch, den Rechtsrahmen tatsächlich zu reformieren, weit zurückgeblieben. Der jetzige Versuch ist daher als solcher zu begrüßen. Es bleiben allerdings wesentliche Fragen offen. Darauf konzentriert sich die nachfolgende Stellungnahme. Zu untersuchen ist insbesondere, ob der vorgelegte Entwurf einem modernen Verständnis von Zivilgesellschaft, bürgerschaftlichem Engagement und Stifterautonomie entspricht.

In der Schilderung des Problems (S. 1) wird im vorgelegten Entwurf ausgeführt, das „Nebeneinander von Bundesrecht und Landesrecht führt immer wieder zu Streitfragen und Rechtsunsicherheit bei Stiftern und Stiftungen.“ Dies mag im Einzelfall zutreffen. Insgesamt läßt sich dies selbst angesichts der Zunahme der Neugründungen nicht behaupten. Vielmehr hat die Unterschiedlichkeit der landesrechtlichen Regelungen sehr wohl auch Vorteile gezeitigt, die manche Stifter nutzen konnten, um bspw. ihre Stiftung der nach ihrer Auffassung besten Stiftungsaufsicht anzuvertrauen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß im Wege der konkurrierenden Gesetzgebung durch diese Reform die Gewichtung der Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern erneut zu Lasten der Länder verschoben wird. Unter dem Blickwinkel der verfassungsmäßigen Grundstruktur des deutschen staatlichen Gemeinwesens (vgl. Art. 30 GG) erscheint dies nicht unbedenklich.

Der Reform der §§ 80 ff. BGB im Jahr 2002 in Verbindung mit entsprechenden Reformen des Steuerrechts lag der Gedanke zugrunde, Anreize dafür zu schaffen, daß Vermögensinhaber über die Gründung von Stiftungen aus versteuertem Einkommen Mittel zur Erfüllung öffentlicher (d.h. staatlich definierter) Aufgaben zur Verfügung stellen. Dieser Ansatz war schon im Ansatz irrig, da

- a) sich die Aufmerksamkeit potenzieller Stifter zunehmend auf zivilgesellschaftliche, d.h. eben nicht staatlich definierte Aufgaben konzentrierte, und
- b) der Umfang der Stiftungsmittel in einem krassen Mißverhältnis zu den dem Staat zur Verfügung stehenden Steuermitteln stand und steht.

In diesem Zusammenhang wurde eine rechtliche Privilegierung der Stiftungen gegenüber den Vereinen in Kauf genommen. Inzwischen ist die Bedeutung der Vereine mit dem dort versammelten bürgerschaftlichen Engagement für ein entwicklungsfähiges demokratisches Staatswesen noch viel stärker in das Blickfeld der Gesellschaftstheorie gerückt. Desungeachtet wird die Privilegierung der Stiftungen nicht nur fortgeschrieben, sondern sogar verstärkt, indem ein haftungsfreier Ermessensspielraum bei vernunftbasiertem Handeln zwar den Stiftungsvorständen, nicht aber den Vereinsvorständen zugebilligt wird. Demokratietheoretisch erscheint diese Privilegierung nicht vertretbar.

Der Entwurf nimmt für sich Anspruch, „das Stiftungszivilrecht künftig abschließend im Bürgerlichen Gesetzbuch“ zu regeln. Tatsächlich allerdings regelt schon jetzt das BGB nur das Recht eines relativ kleinen Teils der Stiftungen. Im Gegensatz zu vielfach vorgetragenen Auffassungen bilden rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts in der Gesamtheit der deutschen Stiftungen eher eine Ausnahme als die Regel. Den rd. 22.000 Stiftungen dieses Typs stehen (geschätzt) rd. 40.000 nicht rechtsfähige Treuhandstiftungen und (vermutlich) rd. 100.000 Stiftungen kirchlichen Rechts gegenüber. Letztere werden (§ 88 neu) ausdrücklich ausgenommen, erstere bleiben unerwähnt. Das Übergewicht der im BGB, §§ 80 ff., nicht beschriebenen Stiftungsformen entspricht dem historischen Befund. Während die eigentümerlose rechtsfähige Stiftung in ihrer konkreten Ausgestaltung – nicht zuletzt auch als Mündel des Staates – weitgehend ein Konstrukt des 19. Jahrhunderts darstellt, ist die Stiftung an sich historisch überwiegend als Treuhand- oder kirchliche Stiftung ausgebildet. Bis heute entsprechen bedeutende Stiftungen vielfach nicht dem im BGB beschriebenen Modell. Bspw. hat die größte deutsche Stiftung, die Robert-Bosch-Stiftung, die Rechtsform einer gGmbH, die Zeppelin-Stiftung (Fast-Alleineigentümerin des Konzerns ZF mit 160.000 Mitarbeitenden), ist eine Treuhandstiftung.

Mit dieser Feststellung ist ausdrücklich nicht die Forderung verbunden, auch die kirchlichen und Treuhand-Stiftungen (und die zahlenmäßig weniger ins Gewicht fallenden Stiftungen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft) im BGB zu normieren. Allerdings sollte durch entsprechende Formulierungen (bspw. in der Überschrift, in § 80 neu) klargestellt werden, daß eben nicht das Stiftungsrecht, sondern „nur“ das Recht der rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts hier normiert wird.

Der Entwurf entspricht wesentlich dem sog. Diskussionsentwurf, der seinerseits auf den Ergebnissen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe aufbaut (vgl. S. 29). Er spiegelt an erster Stelle die Wünsche der Verwaltung hinsichtlich der Ausübung ihrer Aufsichtspflichten wider. Daran, ob es auch dem Interesse der Stiftungen oder gar der Allgemeinheit bzw. der Gesellschaft insgesamt entspricht, die Ausübung der Aufsicht so umfassend zu regeln, sind erhebliche Zweifel angebracht. Hierzu läßt sich beispielhaft anführen:

- a) Schon jetzt ist deutlich erkennbar, daß Stifterinnen und Stifter für ihr philanthropisches Engagement verstärkt nach Alternativen zur Stiftung bürgerlichen Rechts suchen und entsprechende Möglichkeiten (bspw. Treuhandstiftung, Stiftung GmbH, Stiftung AG, Stiftung UG haftungsbeschränkt, *Donor Advised Funds*, philanthropische *family offices*, *social entrepreneurship* usw.) immer häufiger nutzen.
- b) In einer offenen Gesellschaft, die sich verstärkt gegen autoritär-populistische Tendenzen zur Wehr setzen muß, kommt der öffentlichen Verantwortlichkeit aller Akteure im öffentlichen Raum immer größere Bedeutung zu. Von besonderem Interesse sind hierbei Mittelherkunft, Mittelverwendung und

Regularien der Entscheidungsfindung. Der vorgelegte Entwurf enthält zwar umfangreiche Bestimmungen für ein Stiftungsregister (s.u.), doch trägt dieses in der vorliegenden Form nicht zur erstrebten Transparenz bei, da Angaben zu den Zwecken und zum Vermögen keine Aufnahme in das Register finden sollen. Dieses dient vielmehr augenscheinlich dazu, die Aufsichtsbehörden von der Ausstellung der Vertretungsbescheinigungen zu entlasten.

- c) Daß sich der europäische Einigungsprozeß, dem die große Mehrheit der deutschen Bürgerinnen und Bürger im Kern zustimmt, auch Auswirkungen auf die Zivilgesellschaft einschließlich der Stiftungen hat, ist kaum strittig. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine neue Bestimmung, daß die Verwaltung einer Stiftung im Inland stattzufinden habe (§ 83 a neu) anachronistisch. Sie ist ausdrücklich dem Anspruch der Ermöglichung der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden geschuldet. Ob sie mit europäischem Gemeinschaftsrecht kompatibel ist, mag überdies bezweifelt werden.
- d) In den letzten Jahren sind weltweit Fragen in Bezug auf die Kompatibilität des Konstrukts Stiftung mit dem demokratischen Staatswesen formuliert worden (bspw. mit dem altbekannten Tote-Hand-Argument oder dem neuen Argument der übermäßigen Konzentration von Gestaltungsmacht), während andererseits das bürgerschaftliche Engagement von Bürgerinnen und Bürgern oder Unternehmen auch in der Form der Stiftung zu Recht gewürdigt wird. Der vorliegende Entwurf greift an keiner Stelle auch nur ansatzweise diese Debatten auf, sondern beschränkt sich ausschließlich auf die Erfordernisse der Verwaltung.
- e) Durch die Fülle der Einzelbestimmungen hat der Gesetzestext eher den Charakter einer Durchführungsverordnung. Gegenüber dem geltenden Recht hat sich die Zahl der einschlägigen §§ fast vervierfacht! Hinzu kommt ein ausführliches Registergesetz (StiftRG). Es erscheint überflüssig, im Sinne der Privatautonomie der Stifter bzw. Subsidiarität staatlichen Handelns weit überzogen und regelungspragmatisch kaum praktikabel, alles allenfalls wünschenswerte auf Gesetzesebene zu regeln.
- f) Die Privatautonomie der Stifterinnen und Stifter wird durch die Novellierung nicht etwa im Sinne einer modernen liberalen Gesellschaftstheorie geklärt oder gar erweitert, sondern vielfach eines *shrinking civic space* eingeschränkt.

## 2. Im einzelnen

Aus der Fülle der Einzelbestimmungen, die zu Bemerkungen bzw. Einwendungen Anlaß geben, werden nachfolgend einige dargestellt:

(Die §-Angaben verweisen jeweils auf den Referentenentwurf.)

## Zu Art. 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

1. Die Einfügung einer Definition in § 80 Abs. 1 ist zu begrüßen; jedoch ist sie in der vorgeschlagenen Form unzutreffend. Es muß heißen: „Die rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts ist ...“
2. Der Ausdruck „Stiftungsgeschäft“ in § 80 Abs. 2, § 81 Abs. 1, § 81 a, § 82 usw. entspricht zwar herkömmlicher Verwaltungspraxis, ist aber unschön und sprachlich mißglückt und wirkt auf Stifter erfahrungsgemäß abschreckend. Er sollte durch den Begriff „Stiftungsurkunde“ ersetzt werden.
3. Die weitere rechtliche Ausgestaltung der Verbrauchsstiftung (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 2 usw.) ist zu begrüßen. Dagegen bleibt unverständlich, warum eine Stiftung mit vorbezeichnetem Ende, die keine Verbrauchsstiftung darstellt, weiterhin nicht statthaft sein soll (s. Begründung, Teil A, Ziff. I, Abs. 7).
4. In § 80 Abs. 2 wird klargestellt, daß – entgegen bisheriger herrschender Meinung – die Stiftung bürgerlichen Rechts nicht durch eine einseitige Willensbekundung der Stifterin/des Stifters, sondern erst durch die behördliche Anerkennung dieser Willensbekundung zustande kommt. Dadurch wird der Gesichtspunkt der Privatautonomie empfindlich beeinträchtigt. Zugleich bleibt offen, was eine gegründete, aber noch nicht anerkannte Stiftung rechtlich darstellt – angesichts der oft längeren Bearbeitungsfristen bei den Behörden ein nicht unwesentlicher Gesichtspunkt.
5. Die Klarstellung, daß auf die Anerkennung bei Vorliegen der formalen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht (§ 82), ist zu begrüßen.
6. In § 83 Abs. 1 wird zutreffend von einer Verfassung, in Abs. 2 abweichend von einer Satzung gesprochen. Auf das Hessische Stiftungsgesetz, das zu Recht konsequent von Verfassung spricht, ist in diesem Zusammenhang hinzuweisen.
7. Daß durch die Formulierung des § 83 Abs. 3 früheren Überlegungen, späteren Änderungen des Stifterwillens Raum zu geben, eine klare Absage erteilt worden ist, wird ausdrücklich begrüßt.
8. Die Bestimmung des § 83 a, die die bisherige Möglichkeit beseitigt, eine Stiftung nach deutschem Recht mit Sitz im Ausland zu errichten und sogar die Verwaltung im Ausland untersagt, ist anachronistisch und vermutlich mit Europäischem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar. Der Hinweis in der Begründung (Ziff. IV.) vermag nicht zu überzeugen.
9. Gem. § 84 Abs. 3 kann die Vertretungsmacht des Vorstands zwar beschränkt, nicht aber über die in Abs. 2 normierte Mehrheitsvertretung hinaus ausgedehnt werden. Dies widerspricht langjähriger ständiger Übung und erscheint angesichts der Digitalisierung bspw. im Zahlungsverkehr nicht praktikabel.
10. Bei der Änderung des Zwecks wegen Unmöglichkeit der Erfüllung des ursprünglichen Zwecks kommt es nicht auf die hier vorgenommene akribische Präzisierung des Verfahrens, sondern auf die Beachtung des Stifterwillens an. Insofern erscheint die Formulierung „ein anderer Zweck“ (§ 85 Abs. 1) zu

unbestimmt. Zu empfehlen ist vielmehr die Anwendung der im angelsächsischen Recht üblichen Cy-Près-Doktrin.

Wikipedia: „Die Cy-Près-Doktrin ist eine Rechtslehre, die es einem Gericht ermöglicht, ein Rechtsdokument zu ändern, um es "so nahe wie möglich" an der ursprünglichen Absicht des Instruments durchzusetzen, in Situationen, in denen es unmöglich, undurchführbar oder illegal wird, es durchzusetzen seine ursprünglichen Bedingungen.“

11. Zum wiederholten Mal ist darauf aufmerksam zu machen, daß sich die im Kern unverändert übernommene Zweckänderung bzw. Aufhebung der Stiftung durch behördliche Anordnung (§ 85 Abs. 1 Ziff. 2 und § 87a, Ziff. 2) als extrem mißbrauchsanfällig erwiesen hat. Sowohl in der Zeit des Nationalsozialismus als auch durch die Regierung der DDR sind Stiftungen massenhaft (in der DDR fast vollständig) unter ausdrücklicher Berufung auf diese Befugnis aufgehoben worden, nachdem man dem Gemeinwohl eine hierfür geeignete Definition beigelegt hatte. Das Argument, daß derartiges im demokratischen Rechtsstaat nicht vorkommen kann, trägt nicht! Stiftungen müssen daher zwingend vor unrechtmäßigen bzw. zweifelhaften Eingriffen der Behörden geschützt werden, zumindest dadurch, daß ein rechtsstaatliches Verfahren ausdrücklich normiert wird.
12. Daß Zulegungen und Zusammenlegungen ausdrücklich zugelassen werden (§ 86 und § 86 a-g), ist zu begrüßen. Die Reihenfolge der Bestimmungen erscheint verwirrend; die Ausführlichkeit erscheint übertrieben.

### **Zu Art. 3 (Weitere Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)**

1. Die Notwendigkeit der Einführung eines Stiftungsregisters hat in der Diskussion zwei Komponenten. Es geht um
  - a. den für den Geschäftsverkehr maßgeblichen Nachweis der Vertretungsberechtigung (den sog. öffentlichen Glauben),
  - b. die Verpflichtung zur öffentlichen Verantwortlichkeit von zivilgesellschaftlichem einschl. Stiftungs-Handeln.
 Von diesen kommt bedauerlicherweise nur die erste in dem vorgelegten Gesetzentwurf zum Tragen (s.u.). Dadurch bleibt der notwendige, durch Transparenz der Akteure ermöglichte informierte öffentliche Diskurs über das Stiftungshandeln weiterhin behindert. Diese Behinderung ist zu bedauern, denn nur dieser Diskurs vermag letztlich in der Abwägung zwischen Stiftungsnutzen und Gefahren für die Gesellschaft durch übermäßige öffentliche Gestaltungsmacht zu befriedigenden Ergebnissen zu kommen.
2. Durch die Einführung des Stiftungsregisters soll die Verpflichtung der rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, sich in das beim Bundesanzeiger-Verlag GmbH geführte Transparenzregister eintragen zu lassen, entfallen. Nur unter dieser Voraussetzung kann der Einführung des Stiftungsregisters überhaupt zugestimmt werden (vgl. Art. 9 des Entwurfs); dies erscheint allerdings unsicher, weil die Angaben (StiftRG neu § 1) von den

Anforderungen des Transparenzregisters abweichen. Zudem sind zur Zeit zwei weitere Register, ein Lobbyregister und ein Gemeinnützigkeitsregister in der Diskussion. Insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, daß (geschätzt) 80% der rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts ehrenamtlich geführt werden, erscheint es unzumutbar, die Eintragung in 3 – 4 unterschiedliche Register mit unterschiedlichen Angaben (und auf eigene Kosten!) gewärtigen zu müssen.

3. Die Einführung eines Namenszusatzes (§ 82 c) erscheint vollständig überflüssig. Sie trägt nichts zur Klärung der Verhältnisse bei, sondern schafft nur Verwirrung. Zudem diskriminiert der Namenszusatz ohne erkennbaren Grund die Stiftungen in anderer Rechtsform (s.o.).

#### **Zu Art. 4 (Stiftungsregistergesetz)**

1. Die Ansiedlung des Stiftungsregisters beim Bundesamt für Justiz (§ 1 Abs. 1) ist in Anbetracht der mit dem Bundesanzeiger-Verlag gemachten Erfahrungen bei der Umsetzung des Transparenzregisters zu begrüßen.
2. Die Einzelheiten der Umsetzung (§ 1 Abs. 2-3) erscheinen in Anbetracht der fortschreitenden Digitalisierung überholt.
3. Die einzutragenden Angaben sind zwar in § 2 akribisch aufgelistet. Die für die Information der Allgemeinheit wichtigen Angaben (s.o.) zum Zweck und Vermögen fehlen jedoch. Dadurch erscheint das Register nur im Zusammenhang mit Rechtsangelegenheiten, nicht aber im Hinblick auf die einzufordernde Transparenz von Stiftungshandeln relevant. Es ist dringend zu wünschen, daß der Liste Angaben zu Zweck und Vermögen hinzugefügt werden.
4. In Wortwahl und Regelungsumfang spiegelt das StiftRG neu in vollem Umfang traditionelles, dem Obrigkeitsstaat verhaftetes Verwaltungsrecht wieder. Daß es sich bei den Stiftungen um legitime, selbstermächtigte und selbstorganisierte zivilgesellschaftliche Akteure handelt, kommt an keiner Stelle zum Ausdruck.

### **3. Fazit**

Je gründlicher man den vorliegenden Entwurf liest, desto deutlicher treten die kritikwürdigen Aspekte zutage. Insgesamt muß der Entwurf daher als Ärgernis bezeichnet werden! Er versucht, überkommenes und überholtes zu zementieren, anstatt den infolge von Demokratiekrise, Aufkommen autoritär populistischer Strömungen und Pandemie dringend notwendigen Prozeß der demokratischen Erneuerung rechtlich zu unterstützen und zu begleiten.

Daß die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die sich aus Vertretern der Aufsichtsbehörden, der auf Landesebene zuständigen Ministerien sowie des

BMJV zusammensetzte, einen Diskussionsentwurf vorgelegt hat, der wesentlich die Bedürfnisse dieser Behörden wiedergibt, ist zunächst nachvollziehbar und in sich nicht zu kritisieren. Zu kritisieren ist allerdings, daß weder juristische noch im weiteren Sinn rechtspolitische oder politiktheoretische Gesichtspunkte in dem seit 2014 andauernden Entwicklungsprozeß Beachtung gefunden haben, sodaß der Diskussionsentwurf nach eigenem Bekunden fast unverändert als Referentenentwurf übernommen wurde. Er bleibt Ausdruck der Wunschvorstellung der beteiligten Behörden.

Besonders kritikwürdig ist, daß das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz dem Gesetzgeber einen Gesetzesentwurf vorlegen will, der

- nicht unwesentlich das verfassungsmäßige Gefüge von Bund und Ländern ohne Not verändert,
- die Fiktion der Stiftungen als Mündel des Staates in vollem Umfang aufrecht erhält,
- ein bürokratisches Monstrum beinhaltet,
- entgegen dem historischen und empirischen Befund an der Fiktion der rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts als Regelform der Stiftung festhält,
- neuere Entwicklungen der Gesellschafts- und Stiftungstheorie ignoriert,
- keinen Beitrag zur Ertüchtigung der Stiftungen als selbständige zivilgesellschaftliche Akteure leistet,
- demokratiethoretische Notwendigkeiten neuer Art vollumfänglich ausklammert.

Wohlgermerkt; Den Bürgerinnen und Bürgern für ihr generationsübergreifendes bürgerschaftliches Engagement ein Modell anzubieten, in welchem der Staat eine Garantie für eine nachhaltige Befolgung ihres Willens übernimmt, ist nach wie vor sinnvoll und zu begrüßen. Dieses Modell darf sich jedoch weder wie hier vorgeschlagen über andere Modelle erheben noch eine längst überholte Staatsauffassung zu perpetuieren suchen. Überdies sollte politisches und gesetzgeberisches Handeln nach in Deutschland vorherrschendem Verständnis nicht nur aktueller Theorie von einer politischen Ordnung gemäß, sondern auch um deren Weiterentwicklung einerseits und die Abwehr der durchaus sichtbaren Gefährdungen andererseits besorgt sein.

Berlin, 8. Oktober 2020

gez. Dr. Rupert Graf Strachwitz