

BUCERIUS LAW SCHOOL PRESS

Non Profit Law Yearbook 2013/2014

Das Jahrbuch des Instituts für Stiftungsrecht und
das Recht der Non-Profit-Organisationen

Herausgegeben von

Rainer Hüttemann · Peter Rawert
Karsten Schmidt · Birgit Weitemeyer

Schriftleitung

Dr. Emily Plate-Godeffroy
Julia Theele

Verlag:
Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg

Herausgeber:
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Prof. Dr. Peter Rawert, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten
Schmidt, Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

1. Auflage 2014

Herstellung und Auslieferung:
redition GmbH, Hamburg

ISBN: 978-3-86381-050-4
Printed in Germany

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen der Bucerius Law School, Hamburg, wird gefördert durch

Deutsche Bank 

ZEIT-Stiftung
Ehren und Gert
Bucerius

Vorwort

Das letztjährige Non Profit Law Yearbook 2012/2013 hat sich im Schwerpunkt zehn Jahre nach ihrem Inkrafttreten am 1. September 2002 der Bewertung der Reform des Bundesstiftungsrechts im BGB gewidmet und die Ergebnisse der an der Bucerius Law School im September 2012 hierzu veranstalteten Tagung dokumentiert. Diskutiert wurde eine Reihe von Vorschlägen zur Änderung und Anpassung des Stiftungsrechts an andere Lebensumstände der Stifterinnen und Stifter (längere Lebenserwartung, unternehmerischer Gestaltungswillen und aktive Vorstandstätigkeit der noch lebenden Stifter, Attraktivität von Bürgerstiftungen) und ein geändertes Umfeld für Stiftungen (anhaltend niedrige Kapitalerträge, Zunahme von Unternehmensstiftungen, Transparenzdebatte und Diskussion um Foundation Governance). Wir freuen uns, dass der damals vorgestellte Vorschlag der Freien und Hansestadt Hamburg zu einer Reform des Stiftungsrechts auf der 85. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 25./26. Juni 2014 in Binz erneut ins Gespräch gebracht worden ist und sich sowohl die Innenministerkonferenz am 13. Juni 2014 als auch die Justizministerkonferenz für eine ergebnisoffene Überprüfung des Stiftungsrechts ausgesprochen haben. Berücksichtigt werden sollen insbesondere die Rechte von Stifterinnen und Stifter zu Lebzeiten, die Möglichkeit der Bündelung von Ressourcen nicht überlebensfähiger Stiftungen, die Steigerung der Transparenz im Stiftungswesen, die Schaffung und Verbesserung bundeseinheitlicher rechtlicher Rahmenbedingungen und die Absicherung von Stiftungen in Zeiten niedriger Erträge (vgl. den Beschluss der Justizministerkonferenz TOP I.12 Reform des Stiftungsrechts). Rechtswissenschaft und Praxis bleiben aufgefordert, sich an dieser Aufgabe im Sinne eines funktionierenden Stiftungswesens in Deutschland zu beteiligen.

Im nunmehr vorgelegten Non Profit Law Yearbook 2013/2014 wird die Diskussion erneut aufgegriffen und fortgeführt. So fragt *Michael Droegge* in seinem Beitrag „Stiftungssteuerung durch Neuausrichtung der Stiftungsaufsicht“, ob die aufsichtsrechtlichen Möglichkeiten des § 87 BGB, auf Stiftungen in der Krise zu reagieren, reformbedürftig sind. Zugleich erörtert der Autor, ob die deutsche Stiftungsaufsicht in sektoreigene Selbstverwaltungskörperschaften ähnlich den Kammern umgestaltet werden sollte oder eine leistungsfähige Verwaltungsbehörde mit Zuständigkeit für das gesamte Bundesgebiet zu schaffen wäre.

Reinmar Wolff stellt den Referententwurf eines Gesetzes zur Einführung der Kooperationsgesellschaft und zum weiteren Bürokratieabbau bei Genossenschaften vor und stellt die Frage „Ein passendes Rechtskleid für kleinkooperative Vereinigungen?“ So sind im Zuge der Social Entrepreneur Diskussion hybride Gesellschaftsformen mit teilweise kommerzieller, teilweise altruistischer Zielrichtung entstanden, für die die Genossenschaft in reformierter Form die passende Rechtsform sein könnte.

„Die Zukunft des Arbeitsrechts in kirchlichen Wohlfahrtseinrichtungen“ untersuchen *Klaus-Stefan Hohenstatt* und *Matthias Lodemann* vor dem Hintergrund, dass das staatliche Arbeitsrecht und das Staatskirchenrecht, vor allem aber die Vorstellungen der in kirchlichen Wohlfahrtseinrichtungen Beschäftigten und die der kirchlichen Leitung in jüngerer Zeit zunehmend in Konflikt geraten.

Martin Strahl analysiert im steuerrechtlichen Teil des Bandes eine fortwährend schwierige Gestaltungsaufgabe, nämlich „Die Besteuerung von privaten und öffentlichen Forschungs-

Then, in his customary reliable manner, *Ingo Graffe* presents his contribution, "The consequences of the new regulations of the Act to Enhance Volunteering (*Ehrenamtsstärkungsgesetz*) in the new Order on the Application of the Fiscal Code (*AO-Anwendungserlass*)" from the perspective of the fiscal authority.

In the international section *Oonagh B. Breen*, Professor at University College Dublin, gives a profound insight into the latest changes to non-profit law in Ireland. "Recent Developments in Irish Charity Law: Tsunami or Rising Tide to lift all Boats?" is the question thrown up by the author. She is of the opinion that the new Charities Act 2009 was necessary in order to guarantee better control of the sector, but that the respective implementation is still lacking.

In Austria, the problem of improving structures in non-profit organizations is being addressed with the help of a newly-created voluntary Non Profit Governance Code which is printed in this volume and introduced by *Susanne Kalss* in her contribution, "The Austrian Corporate Governance Code for Non-Profit Organizations".

Ulrich Brömmling presents the foundation sector in Norway, different as it is in diverse respects. In his paper, "Foundations in Norway, between welfare state and civil society – Lessons for Germany" he seeks to draw conclusions for the German foundation landscape.

New legal instruments between foundation and trust have been created in the Czech Republic and are being presented and critically assessed by *Bohumil Havel* and *Katerina Ronovska* under the title "New Instruments of Fiduciary Administration of Assets after the Recodification of Private Law in the Czech Republic – Foundation fund, Trust fund and Affiliated fund".

In the country report section *Nils Krause* and *Florian Haase* again make a reliable contribution to the topic "Legislation, jurisdiction and administrative instructions on the Third Sector in Germany in 2013" with a wide selection of the most important developments. We are grateful to *Susanne Kalss* and *Johannes Zollner* who have again produced in their customary careful manner the country report on the development of association and foundation law in Austria in 2013 and present a selection of recent specialist legal literature on Austrian non-profit law.

The editors again wish to thank the co-workers at the Institute for Foundation Law and the Law of Non-Profit Organizations of the Bucerius Law School in Hamburg for their valuable support, *Dr. Emily Plate-Godeffroy* and *Mrs. Julia Theele*, for their prudent editorial direction and compiling the subject index, *Mr. Florian Kamp* for preparing the bibliography 2012 on non-profit law and *Mrs. Rosalind Kessler* for expeditiously translating some of the summaries and this Foreward.

Hamburg, June 2014

Rainer Hüttemann, Peter Ravert, Karsten Schmidt, Birgit Weitemeyer

Inhalt

Vorwort.....	V
Foreword.....	VII
Inhalt.....	IX

Verfassungsrecht/Öffentliches Recht

Stiftungssteuerung durch Neuausrichtung der Stiftungsaufsicht.....	1
MICHAEL DROEGE	

Zivilrecht

Ein passendes Rechtskleid für kleinkooperative Vereinigungen? – Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Kooperationsgesellschaft und zum weiteren Bürokratieabbau bei Genossenschaften.....	19
REINMAR WOLFF	
Die Zukunft des Arbeitsrechts in kirchlichen Wohlfahrtseinrichtungen.....	41
KLAUS-STEFAN HOHENSTATT / MATTHIAS LODEMANN	

Steuerrecht

Die Besteuerung von privaten und öffentlichen Forschungseinrichtungen und ihrer Kooperationen.....	63
MARTIN STRAHL	
Die Konsequenzen der Neuregelungen des Ehrenamtsstärkungsgesetzes im neuen AO-Anwendungserlass.....	93
INGO GRAFFE	

Internationales

Recent Developments in Irish Charity Law: Tsunami or Rising Tide to lift all Boats?.....	105
OONAGH B. BREEN	
Der österreichische Corporate Governance-Kodex für Non-Profit-Organisationen.....	125
SUSANNE KALSS	
Stiftungen in Norwegen zwischen Wohlfahrtsstaat und Zivilgesellschaft. Lehren für Deutschland?.....	163
ULRICH BRÖMMLING	
New Instruments of the Fiduciary Administration of Assets after the Recodification of Private Law in the Czech Republic – Foundation fund, Trust fund and Affiliated fund.....	177
BOHUMIL HAVEL / KATEŘINA RONOVSKA	

Länderberichte

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung zum Dritten Sektor im Jahr 2013 in Deutschland 191
 NILS KRAUSE / FLORIAN HAASE

Vereins- und Stiftungsrecht 2013 -- Länderbericht Österreich 217
 SUSANNE KALSS / JOHANNES ZOLLNER

Dokumentation

Auswahlbibliographie des Non-Profit-Rechts 2013 233
 FLORIAN KAMP

Autorenverzeichnis 265

Sachregister 267

Stiftungssteuerung durch Neuausrichtung der Stiftungsaufsicht*

MICHAEL DROEGE

I. Stiftungsaufsicht -- Bewährung und Herausforderungen 1	3. Aufsichtsinstrumente und Reform des § 87 BGB 10
1. Die Aufsicht in Zeiten struktureller Europäisierung des Stiftungsrechts 2	III. Organisation der Stiftungsaufsicht und Reformen des Organisationsverfassungsrechts 13
2. Die externe Staatsaufsicht in Zeiten der Stiftungs-governance und der Regulierungsverwaltung 4	1. Reform und Kompetenzordnung 14
II. Die Verantwortung der Stiftungsaufsicht und die Instrumente des § 87 BGB 5	2. Alternative Organisationsformen der Stiftungsaufsicht 15
1. Funktionen und Rechtsgestaltung der Stiftungsaufsicht 5	IV. Schluss 17
2. Stifterwille und Aufsichtsmaßnahmen - verfassungsrechtliche Perspektive 7	V. Summary 17

Gegenstand des Beitrages ist das Nachdenken über die Instrumente und die gegenwärtige Struktur der Stiftungsaufsicht. In materieller Hinsicht sollen die aufsichtsrechtlichen Möglichkeiten des § 87 BGB, auf Stiftungen in der Krise zu reagieren, dargestellt und ihre Reform erörtert werden. Daneben sollen aktuelle organisationsverfassungsrechtliche Herausforderungen und damit verbundene Entwicklungsperspektiven der Stiftungsaufsicht aufgezeigt werden. Vorangestellt sei eine kurze Zustandsbeschreibung, um zu rechtfertigen, dass es überhaupt an der Zeit ist, über eine Weiterentwicklung der Stiftungsaufsicht nachzudenken.

I. Stiftungsaufsicht – Bewährung und Herausforderungen

Die Stiftungsaufsicht hat sich in ihren überkommenen Strukturen bewährt. Dies offenbart ganz unmittelbar ein Blick in den Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht aus dem Jahr 2001,¹ also einer Zeit, in der die dynamische Weiterentwicklung des Stiftungsrechts auf der Tagesordnung des Gesetzgebers stand und in der allerdings die Grundstrukturen des Landesstiftungsrechts schnell aus dem Reformprogramm gestrichen worden sind. So hatte auch die Arbeitsgruppe „Unzulänglichkeiten, die zu einer gesetzlichen Änderung veranlassen würden“, nicht feststellen wollen.² Nach Auffassung der

* Der Beitrag stellt eine leicht überarbeitete und mit Nachweisen versehene Fassung des Vortrages dar, den der Verfasser unter dem Titel „Nachhaltigkeit in der Krise – Stiftungssteuerung durch Neuausrichtung der Stiftungsaufsicht und Regelungsalternativen zu § 87 BGB“ auf den 13. Hamburger Tagen des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts am 8. November 2013 an der Bucerus Law School Hamburg gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Für wertvolle Hilfe bei der Materialbeschaffung und der redaktionellen Überarbeitung dankt der Verfasser Herrn stud. jur. Malte Kahl.

1 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 56 u 58.

2 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 56.

Arbeitsgruppe widerspräche eine grundsätzliche Einschränkung oder gar Abschaffung der staatlichen Aufsicht ihrer Funktion als Garantin des Stifterwillens und der Stiftungsautonomie.³ Außerordentlich skeptisch zeigte sie sich auch in Bezug auf Vorschläge, Selbstverwaltungskörperschaften die Funktionen der Aufsicht wahrnehmen zu lassen und hegte insoweit Zweifel an der Leistungsfähigkeit und Einbindung solcher Strukturen in die hierarchische Verwaltungsaufsicht.⁴ Kurz, eine staatliche Aufsicht sei vor dem Hintergrund ihrer Funktion grundsätzlich unverzichtbar.⁵

Dieses Bild der Bewährung bestätigt sich durch einen kurzen Blick in den aktuellen Stiftungsreport 2013/2014, in dem der Frage nachgegangen wurde, wie gut Deutschlands Stiftungsaufsichtsbehörden sind. Jedenfalls aus Sicht der Beaufsichtigten gibt es kaum Grund zur Klage, die Stiftungsaufsichtsbehörden sind gut.⁶ Ein ähnliches Bild böte sich allerdings vermutlich auch, wenn man beaufsichtigte Wirtschaftsunternehmen des Banken- und Versicherungssektors über die Qualität der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht befragte: die subtilen Instrumente der weichen Verhaltenssteuerung, die sich hier wie dort finden, fördern nicht gerade die, zudem in den öffentlichen Raum getragene, Kritik der Beaufsichtigten an ihren Aufsehern.

1. Die Aufsicht in Zeiten struktureller Europäisierung des Stiftungsrechts

Sucht man nach gegenwärtigen strukturellen Herausforderungen für die Stiftungsaufsicht, so wird man nicht mit gleicher Offenkundigkeit fündig. Nachhaltigkeit unter den Bedingungen der Krise an den Finanzmärkten stellt nicht nur die Stiftungen vor das Problem, die Ziele hinreichender Erträge und möglicher Kapitalerhaltung miteinander zu vereinbaren, sie beschreibt natürlich auch eine Herausforderung der Stiftungsaufsichtsbehörden, aber keine Herausforderung ihrer überkommenen Struktur. Die impliziten Leistungsgrenzen der Stiftungsaufsicht wurden allerdings im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes⁷ deutlich. So hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme die gesetzliche Anerkennung der Verbrauchsstiftung vor allem auch mit

Hinweis auf kaum lösbare Vollzugsprobleme abgelehnt.⁸ Die Strukturen der Stiftungsaufsicht dürften auch durch die strukturelle Europäisierung des Stiftungsrechts nachdrücklich erschüttert werden. Angesprochen ist hiermit die Aufsichtsverfassung der Europäischen Stiftung.⁹

Hier verfolgt die europäische Stiftung das Leitbild einer externen staatlichen Stiftungsaufsicht und erteilt damit den, insbesondere in der Zivilrechtswissenschaft in jüngster Zeit lieb gewonnenen, Tendenzen, diese Aufsicht durch entsprechend intelligente normative Anforderungen an die Stiftungsgovernance zu ersetzen, eine implizierte Absage.¹⁰ Nach Art. 45 Abs. 1 des Verordnungsentwurfs hat jeder Mitgliedstaat eine Behörde oder mehrere Behörden zu benennen, die für die Beaufsichtigung der in seinem Staat eingetragenen europäischen Stiftung zuständig sind. Die Aufsicht ist als Rechtsaufsicht konzipiert.¹¹ Die Aufsichtsbehörde stellt sicher, dass der Vorstand im Einklang mit dem anwendbaren Recht handelt. Zur Durchsetzung stehen ihr dem deutschen Stiftungsaufsichtsrecht vergleichbare Zwangsmittel zur Verfügung (Art. 46 FEV). Der ursprüngliche Kommissionsentwurf sah noch die Benennung einer (einigen) Aufsichtsbehörde in jedem Mitgliedstaat vor und hätte für das deutsche Stiftungsaufsichtsrecht damit einen starken Impuls zur Zentralisierung ausgelöst; vor dem Hintergrund der auch in diesem Punkt eher skeptischen Reaktionen aus dem Kreis der Mitgliedstaaten¹² wurde im Rechtssetzungsprozess der föderalen Verfassung einiger Mitgliedstaaten Rechnung getragen und eine Mehrheit von Aufsichtsbehörden zugelassen.¹³ Dessen ungeachtet steht das Stiftungsaufsichtsrecht vor der Herausforderung, transnationale Stiftungsaufsicht leistungsfähig und hinreichend sachverständig zu strukturieren. Ob dies unter Fortschreibung der bestehenden Behördenvielfalt mit überschaubaren personellen Kapazitäten erreichbar ist, scheint zweifelhaft. Jedenfalls zeigt ein Blick etwa in das Recht der transnationalen Verwaltungszusammenarbeit in Steuersa-

3 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 56.
 4 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 57.
 5 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 58.
 6 Stiftungsreport 2013/14, Kapitel 4, Wie gut sind Deutschlands Stiftungsaufsichtsbehörden?, S. 94 ff., 96.
 7 G. v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, S. 556. Zur Genese: Gesetzentwürfe, BT-Drs. 17/11316, 17/11632, 17/12037, Beschlussempfehlung, BT-Drs. 17/12123, Beschlussempfehlungen des Bundesrates, BR-Drs. 663/1/12, Beschluss, BR-Drs. 663/12. Zum Ehrenamtsstärkungsgesetz aus der Literatur auch: Hüttemann, Das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts, DB 2013, 774 ff.; ders., Bessere Rahmenbedingungen für den Dritten Sektor, DB 2012, 2592 ff.; Schauhoff/Kirchhain, Steuer- und zivilrechtliche Neuerungen für gemeinnützige Körperschaften und deren Förderer, FR 2013, 301 ff.; Zimmermann, Die Entwicklung des Stiftungsrechts 2013, NJW 2013, 3557 ff.; Graffe, Das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes, Non Profit Law Yearbook 2012/13, S. 159 ff.; Volland, Auswirkungen des Ehrenamtsstärkungsgesetzes auf Stiftungen und (andere) gemeinnützige Organisationen, ZEV 2013, 320 ff.; Schütz/Runte, Das Ehrenamtsstärkungsgesetz – neue Impulse für den Non-Profit-Bereich?, DStR 2013, 1261 ff.

8 BT-Drs. 17/12037, S. 6.

9 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE) v. 8.2.2012, COM (2012) 35 final. Dazu: Jakob, Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (Fundatio Europaea), nPoR 2013, 1 ff.; Jung, Die Europäische Stiftung als Innovationsfeld des Europäischen Gesellschaftsrechts?, BB 2012, 1743 ff.; Stöber, Die geplante Europäische Stiftung, DStR 2012, 804 ff.; Hüttemann, Die EU entdeckt die Zivilgesellschaft – zum Vorschlag der Kommission für eine Europäische Stiftung, EuZW 2012, 441 f.; Cranshaw, Fundatio Europaea, Europäische Stiftung, DZWIR 2013, 299 ff.; Hopf/von Hippel, Die Europäische Stiftung – Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), ZEuP 2013, 235 ff.; Weitemeyer, Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung, NZG 2012, 1001 ff.; Richter/Gollan, Fundatio Europaea – Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (FE), ZGR 2013, 551 ff.

10 Dies bedauernd: Jakob, Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (Fundatio Europaea), nPoR 2013, 1, 3 f.

11 Ausführlich: Richter/Gollan, Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung, ZGR 2013, 551, 576 ff.

12 Auch des Deutschen Bundesrates, siehe: Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 74/12. Dazu Stellungnahme der Europäischen Kommission v. 18.10.2012, COM(2012) 6922 final.

13 Dazu: Art. 45 FEV i.d.F. Europäisches Parlament, Angenommene Texte, 2.7.2013, P7_TA-Prop(2013)0293; Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation – Presidency compromise text, 28.8.2013, DRS 155 SOC 645, DOC 13168/13.

chen,¹⁴ welche Probleme auch das Stiftungsaufsichtsrecht in der Verwaltungszusammenarbeit (nach Art. 47 FEV) wird meistern müssen.

2. Die externe Staatsaufsicht in Zeiten der Stiftungsgovernance und der Regulierungsverwaltung

Neben dieser Europäisierung des Aufsichtsgegenstandes dürfte die größte Herausforderung des Stiftungsaufsichtsrechts seine grundlegende dogmatische Fundierung sein. Die Landesstiftungsgesetze konturieren die Stiftungsaufsicht sowohl in Bezug auf die Aufsicht des Stiftungsgründungsgeschehens, als auch in Bezug auf die Aufsicht über das laufende Stiftungsengagement als Rechtsaufsicht.¹⁵ Deren Instrumente sind sowohl im präventiven, als auch im repressiven Bereich weitestgehend den bekannten Instrumenten der Kommunalaufsicht nachgebildet.¹⁶ Das Stiftungsrecht sperrt sich noch weitgehend dagegen, die entsprechenden Kontrollrechte zu privatisieren, sei es, dass die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Stiftung angereichert werden, sei es, dass entsprechende subjektive Rechte in der Stiftungsverfassung ratifiziert oder gar den Destinatären der Stiftung gegeben werden.¹⁷

Diese Beharrungskraft des Stiftungsaufsichtsrechts immunisiert es auf der einen Seite weitgehend gegen die im Zivilrecht weit verbreitete Skepsis gegenüber staatlicher Aufsicht überhaupt. Die externe Kontrolle durch die Stiftungsaufsichtsbehörden erscheint als rechtfertigungsbedürftiger und jedenfalls subsidiärer Eingriff in die Stifter- und Stiftungsfreiheit. Hier ist der Ort, über alternative Gestaltungen der Stiftungsverfassung nachzudenken, um eine hinreichend effektive interne Kontrolle des Stiftungshandelns sicherstellen zu können. Maßstab ist in beiden Fällen die Rechtskontrolle und insbesondere die im Stiftungsgeschäft Ausdruck gefundene Willensbekundung des Stifters. Stiftungsaufsichtsrecht hat sich als Staatsaufsicht bei alledem natürlich als Einschränkung der Stiftungsautonomie und der Stifterautonomie beständig zu rechtfertigen.¹⁸ Auf der anderen Seite weist die hohe Rechtskontinuität des Stiftungsaufsichtsrechts auch darauf hin, dass sich hier ein Spezialgebiet des Eingriffsverwaltungsrechts von umgreifenden verwaltungs-

rechtlichen Diskursen weitgehend abgekoppelt hat. Ein kurzer Blick in das Wirtschaftsverwaltungsrecht, in dem es ja ebenso um die Sicherung öffentlicher Zwecke und Gemeinwohlbelange – hier nun gegenüber der wirtschaftlichen privatautonomen Betätigung von zumeist juristischen Personen des Privatrechts – geht, zeigt, dass das Modell der imperativen Staatsaufsicht längst nicht mehr alternativlos ist. Dabei geht es nicht so sehr um die Anreicherung des Aufsichtsrechts mit flankierenden, nicht eingreifenden und dienenden Aufsichtsinstrumenten, wie beispielsweise im Bereich der Informations- und Beratungsaufgaben der Landesstiftungsbehörden im Zeitpunkt der Stiftungerrichtung.¹⁹ Hier geht es vielmehr um Möglichkeiten, die Aufsichtsform insgesamt auf eine neue Grundlage zu stellen. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht kennt zur Sicherstellung staatlicher Regulierungsverantwortung neue Steuerungsformen, die etwa die Modelle der regulierten Selbstregulierung und damit die Indienstnahme Privater zur Sicherstellung öffentlicher Zweckverfolgung nutzen.²⁰ Angesichts solcher Modelle ist staatliche, behördliche Aufsicht nicht von vornherein ein Auslaufmodell. Insbesondere muss die Kontrolle durch Verwaltungsbehörden nicht zwingend durch die Implementierung von Selbstkontrollorganen der Stiftungen und auch nicht durch eine Verlagerung der Stiftungsaufsicht auf die Zivilgerichtsbarkeit, etwa durch die Zuerkennung von der Klagerechten und subjektiven Rechten – sei es der Stiftungsorgane, sei es der Anfallberechtigten, sei es der Destinatäre einer Stiftung – abgelöst werden.

II. Die Verantwortung der Stiftungsaufsicht und die Instrumente des § 87 BGB

Auf der Basis dieser in der Beschreibung der Herausforderungen der Stiftungsaufsicht perspektivischen Bestandsaufnahme sollen zunächst die Leistungsfähigkeit des materiellen Instrumentariums der Stiftungsaufsicht zu einer aktiven Krisenintervention und die Spielräume zu einer Neuausrichtung des hiermit in Bezug genommenen § 87 BGB erörtert werden. Vor dem Hintergrund des funktionalen Arrangements der Stiftungsaufsicht und den relativ weiten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen kommen dem Gesetzgeber hier weite Regelungsspielräume zu.

1. Funktionen und Rechtsgestaltung der Stiftungsaufsicht

Die klassischen Funktionen der Stiftungsaufsicht lassen sich relativ klar umreißen: Stiftungsaufsicht reagiert auf die besondere Schutzlosigkeit der Stiftung als mitgliednerloses

14 Hierzu m.w.N.: Drooge, Europäisches Steuerverwaltungsrecht, in: Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 28 Rn. 39 ff., 50.

15 Nur: Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 8.

16 Andrick/Suerbaum, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 4 Rn. 2; Suerbaum, in: Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, 2011, C. Rn.165; vgl. Darstellung der Aufsichtsmittel bei Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 99.

17 Ausführlich zu den einzelnen Reformvorschlägen: Jakob, Schutz der Stiftung, 2006, S. 263 ff.; vgl. auch: Andrick/Suerbaum, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 4 Rn. 21; MüKo/Reuter, BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 80 ff. Rn. 89 ff.; Schulte, Die Mehrfachkontrolle von Stiftungen, DÖV 1996, 497, 501 f.; Seyfarth, Die Geltungsberechtigung der staatlichen Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen und Stiftungen mit internen Kontrollmechanismen, ZSt 2008, 145; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 89. Zu Einwirkungsmöglichkeiten des Stifters auf die Aufsicht vgl. Jakob, Begrenzung und Ausschluss der stiftungsrechtlichen Kontrolle durch stiftungsautonome Bestimmungen, ZSt 2006, 63, 66 ff.

18 Andrick/Suerbaum, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 4 Rn. 10 ff.

19 Zur Beratungsfunktion der Aufsicht nur: Schulte, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 28.35 f.; Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2013, Kapitel 3 Rn. 5.

20 Zusammenfassend hierzu: Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders./Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1; Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 39 (2006), 335 f. Zu Instrumenten der Regulierungsverwaltung auch: Fehling, in: ders./Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 20. Zur Figur der Indienstnahme: Klaus-Dieter Drüen, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 11 ff.

Rechtssubjekt.²¹ Stiftungsaufsicht ist dem Recht und damit gleichsam auch dem Stifterwillen verpflichtet und dient zu dessen Durchsetzung.²² Die Kontrollfunktion staatlicher Aufsicht schützt dabei auch und nicht zuletzt das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Rechtsform der Stiftung bürgerlichen Rechts.²³ Nicht zuletzt das Amtshaftungsrecht beweist deutlich, dass Stiftungsaufsicht damit auch im Interesse der Stiftungen, der Beaufsichtigten und damit im Individualinteresse liegt.²⁴ Funktional ist Stiftungsaufsicht zum einen Kontrolle des Staates über die Stiftungen und das Handeln ihrer Stiftungsorgane.²⁵ In der Verpflichtung der Stiftungsaufsicht zur Wahrung des Stifterwillens konkretisiert sich aber eine weitere Kernfunktion staatlicher Aufsicht mit etwas anderer Akzentsetzung, nämlich die Rolle der Stiftungsaufsichtsbehörde als verlängerter Arm des Stifters.²⁶ Schließlich, der mitgliederlosen Struktur der Stiftung und den berechtigten Interessen des Rechtsverkehrs geschuldet, kann Stiftungsaufsicht funktional auch als staatliche Stiftungsobhut begriffen werden.²⁷ Prägend für die Stiftungsaufsicht ist dabei ein Phänomen, das *Martin Schulte* einmal mit dem Begriff der Mehrfachkontrolle belegt hat.²⁸ Stiftungen unterliegen nicht nur der Aufsicht durch die Landesstiftungsbehörden, sie unterliegen unter Umständen der externen Kontrolle durch Rechnungshöfe; und vor allem soweit es sich bei ihnen um gemeinnützige Stiftungen handelt, wird die Konformität des Stiftungshandelns mit den Anforderungen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts durch die Finanzverwaltung im Besteuerungsverfahren sichergestellt.²⁹

Inhaltlich umfasst die Stiftungsaufsicht die Verwaltungs-, Wirtschafts- und Finanzaufsicht.³⁰ Nach den maßgeblichen Landesgesetzen steht der Aufsicht dabei ein bunter Strauß von präventiven und repressiven Aufsichtsmaßnahmen zur Verfügung.³¹ Diese umfassen im präventiven Bereich etwa Informationsrechte, Auskunftsansprüche, Genehmigungsvorbehalte und Zustimmungspflichten sowie die Genehmigung von Satzungsänderungen. Das repressive Spektrum wird abgesteckt durch Beanstandungen, Aufhebung von Maßnahmen, der Anordnung und Ersatzvornahme, der Abberufung von Organmitgliedern, der Bestellung eines Sachwalters, hoheitlichen Satzungsänderungen bis hin zur Aufhebung der Stiftung. Stiftungsaufsichtsrecht ist in der Außenperspektive des öffentlichen Rechts – wie eingangs gesagt – in den Rechtsfiguren klassischer Staatsaufsicht verfasst.³² Sie ähnelt, sowohl wenn man in den Instrumentenkasten der Landesstiftungsgesetze schaut, als auch wenn man die Literatur über die Stiftungsaufsicht sichtet, in ihrer Anlage und Struktur den klassischen Formen staatlicher Aufsicht über mittelbare Staatverwaltung. Sie ähnelt der Kommunalaufsicht ebenso wie der Rechtsaufsicht über funktionelle Selbstverwaltungskörperschaften. Ganz typisch ist die Einbeziehung der Stiftungsaufsicht in die hierarchische unmittelbare Landesverwaltung. Ebenso charakteristisch sind die in einer Kaskade zunehmender Intensität angeordneten Aufsichtsmittel mit einem deutlichen Schwerpunkt auf den repressiven Aufsichtsformen, die von der Beanstandung bis hin zu Eingriffen in die Organverfassung und letztlich auch zur Aufhebung von Stiftungen reichen.

2. Stifterwille und Aufsichtsmaßnahmen – verfassungsrechtliche Perspektive

Diesem Funktions- und Formenreichtum entspricht eine vor allem durch die Grundrechte geprägte verfassungsrechtliche Einordnung der Stiftungsaufsicht. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat dieser verfassungsrechtlichen Einbettung schon vor Jahrzehnten in einem allerdings recht knapp begründeten Urteil dadurch Rechnung getragen, dass Stiftungsaufsicht grundrechtsschonend und als Aufsicht über Grundrechtsträger nichts anderes sein könne als Rechtsaufsicht.³³ Fachaufsichtsrechtliche Elemente haben in der Stiftungsaufsicht danach konzeptionell keinen Platz.³⁴ Der spezifischen

- 21 BVerwG, Urt. v. 22.9.1972 – VII C 27.71, BVerwGE 40, 347, 350; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 46 Rn. 19; *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 40 ff.; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 3 Rn. 1; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 95 ff., 241; „rechtsformspezifisches Schutzvakuum“; *Schulte*, Die Mehrfachkontrolle von Stiftungen, DÖV 1996, 497, 499; „typische[n] Gefährdungslage“; *Seyfarth*, Die Geltungsberechtigung der staatlichen Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen und Stiftungen mit internen Kontrollmechanismen, ZSt 2008, 145, 145; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 84.
- 22 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 4 Rn. 14 f.; *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 80 ff. Rn. 79; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 3 Rn. 1; *Schulte*, Staat und Stiftung 1989, S. 82.
- 23 *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 84; siehe auch *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 80 Rn. 79.
- 24 Vgl. nur: BGH, Urt. v. 3.3.1977 – III ZR 10/74, BGHZ 68, 142, 145 ff. Aus der Literatur: *Schulte*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 29.55 ff.; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2013, Kapitel 3 Rn. 47 ff.; *MüKo/Reuter*, BGB, Vorbem. §§ 80 ff. Rn. 79; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 101.
- 25 *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 3 Rn. 2; *Schulte*, Die Mehrfachkontrolle von Stiftungen, DÖV 1996, 497, 499.
- 26 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 4 Rn. 20.
- 27 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 4 Rn. 14; „nicht nur rechtskontrollierende Aufsicht, sondern auch betreuende Fürsorge“; *Schulte*, Staat und Stiftung 1989, S. 83.
- 28 *Schulte*, Die Mehrfachkontrolle von Stiftungen, DÖV 1996, 497, 499.
- 29 *Schulte*, Die Mehrfachkontrolle von Stiftungen, DÖV 1996, 497, 499 f.

- 30 *Schulte*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 28.28 ff.; *Schulte*, Die Mehrfachkontrolle von Stiftungen, DÖV 1996, 497, 499; *Schulte*, Staat und Stiftung 1989, S. 85.
- 31 Vgl. Darstellung der Aufsichtsmittel bei *Suerbaum*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, 2011, C. Rn. 220 ff.; *Schulte*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 29.2. ff.; *Pöhlmann*, Die Stiftungsaufsicht unter dem Zwang zur Deregulierung, ZSt 2005, 32, 34 f.; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2013, Kapitel 3 Rn. 10 ff.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 99.
- 32 Zu letzterer grundlegend: *Wolfgang Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000; zuletzt: *H. Lühmann*, Die Staatsaufsicht zwischen staatlicher Kontrolle und Regulierung, 2014.
- 33 BVerwG, Urt. v. 22.9.1972 – VII C 27.71, BVerwGE 40, 347, 350 ff.; s.a. *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 42 f.; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2013, Kap. 3 Rn. 4; *Suerbaum*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, 2011, C. Rn. 167, 174 f.
- 34 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 4 Rn. 13; *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 77; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 249.

Konstellation staatlicher Aufsicht gegenüber Grundrechtssubjekten entspricht die im Stiftungsrecht ganz weit verbreitete Beschreibung und Zuweisung der Stiftungsaufsicht als subsidiäre Aufsicht.³⁵

Die grundrechtliche Verankerung der Stiftungsaufsicht ist indes mehrdimensional: Zum einen ist Stiftungsaufsicht, soweit sie schon den Akt der Stiftungserrichtung betrifft, ein Eingriff in die Freiheit des Stifters, eine Stiftung zu errichten. Hier ist nicht der Ort, um die Diskussion zu führen, ob dem Rechtsformenangebot des bürgerlichen Rechts, nämlich der Stiftung bürgerlichen Rechts, ein Grundrecht auf Stiftung korrespondiert,³⁶ das zur Folge hätte, dass das derzeitige Konzessionssystem als Eingriff in diese Stifterfreiheit rechtfertigungsbedürftig wäre.³⁷ Wegen der letztlich nicht einlösbaren dogmatischen Begründungslasten eines solchen Leistungsanspruches auf Rechtsformenwahl, bleibt es wohl nur bei der allgemeinen Freiheit des Stifters zur privatautonomen Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse im Rahmen der Rechtsformangebote, die die Rechtsordnung vorhält.³⁸ Der Gründungsakt kann so in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG oder aber auch in der privatnützigen Verfügungsfreiheit über das Eigentum und damit in Art. 14 Abs. 1, 2 GG verankert werden.³⁹ Die laufende Stiftungsaufsicht hingegen adressiert die rechtsfähige Stiftung und damit im Rahmen des Art. 19 Abs. 3 GG einen Grundrechtsträger.⁴⁰ Stiftungen kommen hier als Grundrechtsberechtigte ganz unterschiedlicher Freiheitsrechte in Betracht. Neben der allgemeinen Handlungsfreiheit ist insbesondere in einem Bereich der Stiftungen, die Privatschulen tragen, auf Art. 7 Abs. 4 GG hinzuweisen, auf Art. 5 Abs. 3 GG, soweit es um Kunst- und Wissenschaft geht, und insbesondere in

- 35 *Jakob*, Begrenzung und Ausschluss der stiftungsrechtlichen Kontrolle durch stiftungsautonome Bestimmungen, ZSt 2006, 63, 64; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 3 Rn. 3; *Schulte*, Die Mehrfachkontrolle von Stiftungen, DÖV 1996, 497, 501; *Seyfarth*, Die Geltungsberechtigung der staatlichen Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen und Stiftungen mit internen Kontrollmechanismen, ZSt 2008, 145, 145; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 90.
- 36 Grundlegend: *Frowein*, Grundrecht auf Stiftung, 1976. S.a. *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 14 ff., 82.
- 37 Vgl. dazu etwa *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 5 Rn. 12 ff.; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 108 ff.; *Schulte*, Staat und Stiftung 1989, S. 35 ff.; *Stumpf*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, 2011, A. Rn. 36 ff.
- 38 So im Ergebnis auch *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 5 Rn. 18; *Schulte*, Staat und Stiftung 1989, S. 41.
- 39 *Schröder*, Stiftungsaufsicht im Spannungsfeld von Privatautonomie und Staatskontrolle – ein Beitrag zum Verhältnis von Staat und Stiftung, DVBl 2007, 207, 208 f.
- 40 BVerwG, Urt. v. 22.9.1972 – VII C 27.71, BVerwGE 40, 347, 348; *Schulte*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 28.3; *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 5 Rn. 27; *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 116 ff.; *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 111; *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 3 Rn. 3; *Seyfarth*, Die Geltungsberechtigung der staatlichen Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen und Stiftungen mit internen Kontrollmechanismen, ZSt 2008, 145, 146; *Schulte*, Staat und Stiftung 1989, S. 52; *Schröder*, Stiftungsaufsicht im Spannungsfeld von Privatautonomie und Staatskontrolle – ein Beitrag zum Verhältnis von Staat und Stiftung, DVBl 2007, 207, 210; *Stumpf*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, 2011, A. Rn. 44; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 42.

Bezug auf die weltanschaulichen oder religiösen kirchlichen Stiftungen auf das Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG.⁴¹

Soweit Maßnahmen der Stiftungsaufsicht hier in grundrechtlich geschützte Autonomiesphären der Stiftung eingreifen, sind sie als Grundrechtseingriffe durch hinreichende Gemeinwohlbelange auf gesetzlicher Grundlage zu rechtfertigen.⁴² Damit ist eine stärker als bisher an externen Steuerungszielen ausgerichtete Stiftungsaufsicht prinzipiell vereinbar. Rechtsaufsicht heißt in grundrechtlicher Sicht nicht zwingend Aufsicht am Maßstab des Stifterwillens. Soweit der Gesetzgeber das Entscheidungsprogramm der Stiftungsaufsicht entsprechend erweitert, kann auch die aktive staatliche Pflege der Stiftungslandschaft durch aufsichtsrechtliche Fusion von Stiftungen grundrechtskonform sein. Ein leistungsfähiger Stiftungssektor ist ein vitales Gemeinwohlziel, das sich durch Anhebung des Stiftungskapitals ebenso erreichen ließe, wie durch Ausweitung der Befugnisse der Stiftungsaufsicht. Dem überkommenen Stiftungsaufsichtsrecht ist diese Vorstellung fremd.⁴³ Unternehmenstragende Stiftungen können entsprechenden Eingriffen allenfalls im Rahmen der Aufsicht der Kartellbehörden oder der sektor-spezifischen Regulierungsbehörden unterworfen sein. Gemeinnützige Stiftungen unterliegen hingegen den indirekten Steuerungswirkungen und Anreizstrukturen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts. Die Freiheitsgewährleistung der Grundrechte trägt die Freiheit der Stiftungen und das Prinzip der Subsidiarität staatlicher Aufsicht,⁴⁴ die im Regelfall Konsequenz der Bindung des grundrechtsausgestaltenden Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist.⁴⁵ Dieses Prinzip hindert damit aber allein den Gesetzgeber nicht daran, externe Steuerungsziele an die Rechtsform der Stiftung bürgerlichen Rechts zu knüpfen und im Wege externer Staatsaufsicht durchzusetzen. Angesichts der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der von ihm eingesetzten Mittel dürfte deshalb die verbreitete Auffassung von der Vorrangigkeit interner Governance-Strukturen im Rahmen der Stiftungsverfassung eher Wunschbild, denn Wiedergabe der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Stiftungsgesetzgebers sein.

Aufsicht heißt zudem nicht immer Eingriff. Soweit die auf die Rechtskontrolle beschränkte staatliche Obhut über Stiftungen auf die Verwirklichung des Stifterwillens und damit der Stiftungszwecke gerichtet ist, lässt sich Stiftungsaufsicht rechtskonstruktiv bruchlos als Wahrnehmung staatlicher und grundrechtlich verankerter Schutzpflichten begreifen.⁴⁶ An die Stelle des bipolaren Verhältnisses zwischen Aufsichtsbehörde und Stiftung tritt das

- 41 Mit Rechtsprechungsnachweisen: *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, 2001, § 5 Rn. 30; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 43.
- 42 *Schulte*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 28.10; *Schulte*, Staat und Stiftung 1989, S. 79. Vgl. auch m.w.N.: *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 80 ff. Rn. 79.
- 43 Statt vieler: *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechtshandbuch, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 7 ff.
- 44 Hierzu nur m.w.N.: *Schulte*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 28.13.
- 45 In hiesigem Kontext nur *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 80 ff. Rn. 80.
- 46 *Schröder*, Stiftungsaufsicht im Spannungsfeld von Privatautonomie und Staatskontrolle – ein Beitrag zum Verhältnis von Staat und Stiftung, DVBl 2007, 207, 211 f.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 89 f.

mehr-polare Rechtsverhältnis zwischen Stifter, Aufsichtsbehörde und Stiftung.⁴⁷ Dieses gilt es auch zu beachten, wenn nun untersucht werden soll, welche Instrumente das Aufsichtsrecht zur Verfügung stellen kann, um nachhaltige Strukturen im Stiftungswesen und nachhaltiges Stiftungsengagement sicherzustellen.

3. Aufsichtsinstrumente und Reform des § 87 BGB

Stiftungsaufsicht wird im Kern trotz aller Leistungs- und Beratungsfunktionen gegenüber den Stiftungen letztlich in einer reaktiven Rolle begriffen.⁴⁸ Eine aktive Pflege der deutschen Stiftungslandschaft ist der Stiftungsaufsicht versagt. Dieser freiheitsschonende und Freiheit sichernde Aspekt residualer staatlicher Rechtskontrolle kann sich aber insbesondere dann als Nachteil erweisen, wenn etwa durch eine großzügige Anerkennungspraxis in der Vergangenheit sich unter wandelnden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen die Prognosen hinsichtlich der Fähigkeit von Stiftungen, ihre Zwecke nachhaltig und mit hinreichender Kapitalausstattung zu verfolgen als allzu optimistisch herausstellen. Auch steht das Aufsichtsrecht nur allzu oft sinnvollen Restrukturierungsmaßnahmen besonders kleiner Stiftungen entgegen, deren Zusammenlegung oder Zusammenschluss an landesrechtlichen Bedenken oder am Hinweis auf den abschließenden Charakter der restriktiven Ermächtigungsnorm des § 87 BGB scheitert.

Das geltende Recht kennt jenseits der landesrechtlichen Zulegung oder Zusammenlegung von Stiftungen⁴⁹ lediglich die Instrumente des § 87 BGB, um auf die nicht hinreichende Lebensfähigkeit von Stiftungen zu reagieren. § 87 Abs. 1 BGB lässt bekanntlich dann, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder sie das Gemeinwohl gefährdet, zu, dass die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie auflösen kann.⁵⁰ Wenn man den „Tod der Stiftung“ wegen Unmöglichkeit der Verfolgung des Stiftungszwecks systematisch als Parallele zu den Anerkennungs Voraussetzungen des § 81 BGB versteht, spricht viel dafür, eine allzu enge Interpretation zu meiden und auf das (endgültige) Scheitern der ursprünglichen Lebensfähigkeitsprognose des Stifters abzustellen.⁵¹ Neben dieser hoheitlichen Zweckänderung oder Aufhebung der Stiftung ist auf Bundesebene eine Zusammenlegung von Stiftungen durch Beschluss der Stiftungsorgane nur dann möglich, wenn der Stifter im Stiftungsgeschäft ihnen diesen Weg

eröffnet, es sich also um eine Maßnahme zur Verwirklichung des Stifterwillens handelt.⁵² Für die Zweckänderung erklärt § 87 Abs. 2 BGB folgerichtig, dass der Wille des Stifters zu berücksichtigen sei und insbesondere dafür gesorgt werden solle, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustattenkommen sollten, im Sinne des Stifters erhalten bleiben. Ganz im Sinne der Optimierung der Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung und unter Berücksichtigung der Verfahrensdimension der beteiligten Grundrechte sieht § 87 Abs. 3 BGB eine Anhörungspflicht vor. Jenseits der Gemeinwohlgefährdung und der dauernden Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks sind auf Bundesebene keine niederschweligen Instrumente vorgesehen. Die Landesstiftungsgesetze ihrerseits kennen neben der hoheitlichen Zweckänderung und Zusammenlegung von Stiftungen insbesondere auch Ansätze zu einem Stiftungsumwandlungsrecht,⁵³ indem sie die Zusammenlegung aufgrund eines durch die Stiftungssatzung ermöglichten Beschlusses der Stiftungsorgane – verbreitet unter der Voraussetzung, dass sich die Verhältnisse seit der Errichtung der Stiftung wesentlich geändert haben – anerkennen.⁵⁴

Eine im Vordringen befindliche und zutreffende Auffassung zieht die Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Regelung der Zusammenfassung, Zweckänderung und Aufhebung von Stiftungen letztlich zu Recht in Zweifel.⁵⁵ Auch die Zusammenlegung ist nichts anderes als die Aufhebung der beteiligten Stiftungen⁵⁶ und insoweit vom Bundesgesetzgeber im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in § 87 BGB abschließend geregelt.⁵⁷ Die Öffnungsklauseln zu Gunsten der Landesgesetzgebung, die etwa in § 85 BGB und § 88 BGB enthalten sind,⁵⁸ ergreifen die Fälle der Zusammenlegung nicht. Das Landesrecht kann insoweit nur Anwendung finden, soweit bundesrechtliche Vorgaben fehlen, mit anderen Worten ist der Landesgesetzgeber nur dort frei, ergänzende Regelungen zu treffen.⁵⁹ Die Sperrwirkung des Bundesrechts erfasst damit auch deckungsgleiches

47 Zur grundrechtlichen Stellung des Stifters nach der Gründungsphase vgl. *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 111 ff.

48 Diese betont insbesondere *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 80 ff. Rn. 80.

49 Siehe etwa § 14 Abs. 3 BaWürtStiftG; Art. 16 Abs. 1 BayStG; § 9 Abs. 1 S. 2 BremStiftG; § 8 Abs. 1 S. 2 NdsStiftG; § 8 Abs. 2 SaarStiftG; § 6 Abs. 1 S. 2 SchlHolStiftG.

50 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen siehe *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 5 ff.

51 Zu dieser Forderung nunmehr *Hüttemann/Rawert*, Die notleidende Stiftung, ZIP 2013, 2136 ff. m.w.N. zum Meinungsstand. Siehe zur Interpretation der Unmöglichkeit auch *Stumpf*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, 2011, B. Rn. 9 ff.

52 *Saenger*, Zusammenlegung von Stiftungen, ZSt 2007, 81, 85 ff.; *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 85 Rn. 2 ff.; *MüKo/ders.*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 87 Rn. 5 u. 14; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 85 Rn. 9 ff.; *Staudinger/dies.*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 17.

53 Nicht unzutreffend spricht *Arnold*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 27.1, von einem „Torso“.

54 Vgl. *Arnold*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 27.1 ff.; *Meyn*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 25.22 ff.; *D. Reuter*, Die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 37, 45 ff.; *Saenger*, Zusammenlegung von Stiftungen, ZSt 2007, 81, 86; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 3.

55 *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 4 m.w.N.

56 *Saenger*, Zusammenlegung von Stiftungen, ZSt 2007, 81, 83; *Suerbaum*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, 2011, C. Rn. 353.

57 *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 4.

58 Vgl. dazu *Seyfarth*, Die Geltungsberechtigung der staatlichen Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen und Stiftungen mit internen Kontrollmechanismen, ZSt 2008, 145, 148.

59 Siehe auch: BVerwG, Urt. v. 12.2.1998 – 3 C 55/96. BVerwGE 106, 177, 179.

Landesrecht.⁶⁰ Im Kontext des BGB hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich eine erschöpfende Wirkung der Bundesgesetzgebung angenommen.⁶¹ Das Bundesverwaltungsgericht verweist im Stiftungsrecht im Besonderen darauf, dass der Gesetzgeber in § 80 BGB das staatliche Genehmigungsgebot und in § 87 BGB die Zweckänderung und Aufhebung der Stiftung geregelt, das öffentlich-rechtliche Stiftungsrecht indes darüber hinaus „bundesrechtlich nicht abschließend kodifiziert“ habe.⁶² Insbesondere vom engen Tatbestand des § 87 BGB kann das Landesrecht aber nicht durch großzügigere Tatbestandsvoraussetzungen der Zusammenlegung, wie etwa der wesentlichen Änderung der Verhältnisse, abweichen.⁶³ Jenseits des § 87 BGB bleibt so nur die am Stifterwillen ausgerichtete Aufsichtskompetenz: Soweit es dem Stifterwillen entspricht und soweit der Stifter satzungsgemäß Vorsorge getroffen hat, können die Stiftungsorgane einen Beschluss über die Zusammenlegung von Stiftungen treffen, der unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Aufsicht steht.⁶⁴ Wenn aber der Stifter ihnen diesen Weg nicht öffnet, kann der Stifterwille auch nicht vor dem Hintergrund ineffektiver oder nicht nachhaltiger Erfüllung der Stiftungszwecke aufsichtsrechtlich überspielt werden. Um insbesondere für Kleinststiftungen das ökonomisch sinnvolle Zusammengehen mit anderen Stiftungen identischer oder doch weit gehend deckungsgleicher Zwecksetzung zu ermöglichen, ist also der Bundesgesetzgeber zum Handeln aufgerufen.⁶⁵ Hier ist auf einen Vorschlag des Bundesverbandes hinzuweisen, § 87 Abs. 1 BGB um einen Satz 2 zu ergänzen, wonach Stiftungen zusammengelegt oder zu einer anderen Stiftung zugelegt werden können, „sofern die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustattenkommen sollten, im Sinne des Stifters erhalten bleiben, ein entgegenstehender Stifterwille nicht ausdrücklich angeordnet ist, die Organe der Stiftungen mit der für Satzungsänderungen erforderlichen Mehrheit dies beantragen und die getrennte Weiterführung der Stiftungen in Anbetracht des Verhältnisses der Erträge aus dem Vermögen zu den

erforderlichen Verwaltungskosten nicht zweckmäßig erscheint“.⁶⁶ Der Bundesverband erläutert diesen Vorschlag dahingehend, dass es immer wieder Situationen gebe, in denen es sachgerecht sei, eine Zusammenlegung oder Zulegung von Stiftungen zuzulassen, auch wenn die strengen Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BGB nicht vorlägen.⁶⁷ Auch im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamtes hat der Bundesgesetzgeber davon abgesehen, bundesrechtlich durch Ergänzung des § 87 BGB die Voraussetzungen einer sinnvollen Zusammenlegung kleiner Stiftungen zu schaffen. Im Rahmen der Anhörung des Finanzausschusses des Bundestages sind entsprechende Anregungen an den Gesetzgeber herangetragen worden.⁶⁸ Dieser hat sie aber nicht aufgegriffen.

Der Gewinn einer solchen Neuregelung läge vor allem darin, dass eine bundeseinheitliche und aufgrund einer unzweifelhaften Kompetenzgrundlage ergangene ausdrückliche gesetzliche Regelung bestünde, der Rückgriff auf die unspezifische Durchsetzung des mutmaßlichen Stifterwillens also entbehrlich würde. Flexibilisiert würde das Aufsichtsinstrumentarium für die Fallgruppe der durch die Stiftungsorgane beantragten Zulegung oder Zusammenlegung. Die erwünschte Flexibilisierung wird freilich um den Preis einer gewissen Wertungs Offenheit der Norm erkauft, wenn es darum geht, die Zweckmäßigkeit der Weiterführung der Stiftungen in Anbetracht des Verhältnisses der Erträge aus dem Vermögen zu den erforderlichen Verwaltungskosten zu beurteilen. Entsprechende Wertungen sollten der Aufsicht indes aus der Nachhaltigkeitsprognose bei der Genehmigung der Stiftungserrichtung im Sinne des § 81 BGB nicht unbekannt sein. Allerdings werden Elemente der Zweckmäßigkeit in die Rechtskontrolle eingespeist. Nicht aufgenommen hat der Vorschlag des Bundesverbandes die zweite Fallgruppe, nämlich die Zulegung oder Zusammenlegung von Stiftungen ohne Beschluss der Stiftungsorgane durch Hoheitsakt der Stiftungsaufsichtsbehörden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht spräche nichts dagegen, auch die Kompetenzen der Stiftungsaufsicht ohne die Willensbekundung der Stiftungsorgane entsprechend auszuweiten. Soweit die Maßnahmen ihre Rechtfertigung in der Durchsetzung des Stifterwillens finden und soweit die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes tatbestandlich hinreichend vorgezeichnet wird, spricht nichts gegen eine oktroyierte Zusammenlegung. Insbesondere bei gemeinnützigen Stiftungen dürfte die Rechtfertigung entsprechender Eingriffe – soweit ein entgegenstehender Stifterwille nicht erklärt worden ist – nicht schwer fallen.

III. Organisation der Stiftungsaufsicht und Reformen des Organisationsverfassungsrechts

Die Effektivität der Steuerungsmittel jeder Verwaltung hängen von der Verwaltungsorganisation ab. Das Stiftungsaufsichtsrecht bietet in seiner Organisationsverfassung als Landesrecht ein je nach Bewertung abwechslungsreiches bis unübersichtliches buntes Abbild der föderalen Struktur der Verwaltungsorganisation überhaupt. Im wettbewerbsföderalistisch angehauchten⁶⁹ Labor des Stiftungsaufsichtsrechts haben Landesgesetzgeber und

60 Auch gleich lautendes Landesrecht sieht als gesperrt an *Andrick*, Novelliertes Stiftungsgesetz in Nordrhein-Westfalen, RNntZ 2005, 473, 474 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 11.10.1966 – 2 BvL 15/64, BVerfGE 20, 238, 250. Weiter hingegen wie hier *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 4; *MüKo/Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 87 Rn. 5. Zur Reichweite der Sperrwirkung nur *Dreier/Stettner*, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 72 Rn. 24 ff.

61 Siehe nur: BVerfG, Beschl. v. 10.5.1977 – 1 BvR 514/68 u. 323/69, BVerfGE 45, 297, 341 u. 345; BVerfG, Beschl. v. 08.6.1960 – 1 BvR 580/53, BVerfGE 11, 192, 200; BVerfG, Beschl. v. 26.4.1988 – 2 BvL 13, 14/86, BVerfGE 78, 132, 144. Dazu *Dreier/Stettner*, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 72 Rn. 29.

62 BVerwG, Urt. v. 12.2.1998 – 3 C 55/96, BVerwGE 106, 177, 179; *Ballerstedt/Salzwedel*, Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?, Gutachten E zum 44. Deutschen Juristentag, 1962, S. 9, sprechen gar von einem „kodifikatorischen Prinzip einer Aufteilung des Rechtsstoffes“.

63 *Saenger*, Zusammenlegung von Stiftungen, ZSt 2007, 81, 82; *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 4; *Suerbaum*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, 2011, C. Rn. 352. Zu den hier nicht behandelten Gestaltungsspielräumen der Landesrechte hinsichtlich der Rechtsfolgen der Zusammenlegung und Zulegung aber: *Reuter*, Die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 37, 45 ff.

64 *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, Neubearbeitung 2011, § 87 Rn. 18.

65 Auch *Hüttemann*, Bessere Rahmenbedingungen für den Dritten Sektor, DB 12, 2592, 2597, konstatiert hier einen Reformbedarf.

66 Bundesverband Deutscher Stiftungen, StiftungsPosition 09-2013, S. 2.

67 Bundesverband Deutscher Stiftungen, StiftungsPosition 09-2013, S. 2.

68 BR-Drs. 663/1/12, S. 20.

69 *Hertel*, Wettbewerbsföderalismus im Stiftungsrecht?, ZRP 2000, 387 ff.

Landesverwaltungspraxis ein weites Experimentierfeld. Ob die derzeitige Organisationsverfassung der Stiftungsaufsicht mehr ist als ein letztlich kontingentes Abbild geschichtlicher Zufälligkeiten im Zuge der Zivilrechtsvereinheitlichung im ausgehenden 19. Jahrhundert, entscheidet sich zuvorderst am Maßstab der grundgesetzlichen Kompetenzordnung und der Einordnung des Stiftungsaufsichtsrechts in diese (1.). Auf dieser Basis sollte frei von Fragen des aktuellen politischen Gestaltungswillens des Gesetzgebers – und der Pfadabhängigkeit der Verwaltung und der Verwaltungsakteure – über alternative Organisationsformen der Stiftungsaufsicht nachgedacht werden können, die unter Umständen eine höhere Performanz als die gegenwärtige Aufsichtsverfassung aufweisen, den Herausforderungen, insbesondere der Europäisierung des Stiftungsrechts zu begegnen (2.).

1. Reform und Kompetenzordnung

Die Beurteilung, inwieweit das Organisationsverfassungsrecht Stiftungsaufsicht einer Neuordnung zugänglich ist, hat als Vorfrage zunächst einmal den verfassungsrechtlichen Rahmen des organisatorischen Verfassungsrechts zu bestimmen. In der föderalen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen ist dies insbesondere eine Frage der Reichweite der für das Stiftungsrecht maßgeblichen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für das bürgerliche Recht. Diese Fragen spielten auch vor einem Jahrzehnt im Rahmen der Stiftungsrechtsnovelle eine Rolle und wurden hier unter dem Gesichtspunkt debattiert, inwieweit die Anreicherung des Regelungsregimes der §§ 80 ff. BGB hinsichtlich der Kompetenz an ihre Grenzen stößt.⁷⁰ Im Stiftungsrecht sind diese Grenzen deswegen nicht offensichtlich zu ziehen, weil unter anderem die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Recht darauf verwiesen hat, dass weite Bereiche der Stiftungssteuerung als öffentlich-rechtliche Normen zu charakterisieren sind.⁷¹ Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe konnte insoweit zu Recht Bezug nehmen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die dieses zu § 87 BGB so judiziert hatte.⁷²

Unter bürgerlichem Recht im Sinne des Art. 74 GG wird gemeinhin die Zusammenfassung aller Normen verstanden, die herkömmlicherweise dem Zivilrecht zugeordnet werden.⁷³ Insoweit kommt der Tradition hier also eine maßgebliche Bedeutung zu.⁷⁴ Die Materie

bürgerliches Recht ist also gerade nicht als Gegensatz zum öffentlichen Recht zu begreifen, sondern vom Herkommen bestimmt.⁷⁵ Das Bundesverfassungsgericht konserviert diese traditionellen Bestände in seiner Rechtsprechung noch dadurch, dass es insoweit moderne materiell-rechtliche Ordnungsvorstellungen für die Auslegung der Kompetenznormen für unmaßgeblich hält.⁷⁶ So kann die Unterscheidung von öffentlichem Recht zu bürgerlichem Recht nach heutigem Verständnis in der Tat für weite Teile des Zivilrechts schon deshalb wenig hilfreich sein, weil sie jüngerem Datums ist als die sich im Zivilrecht ausgebildeten Normstrukturen. Schon die modernen Gesetzbücher und Kodifikationen der Aufklärungszeit unterscheiden nicht zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht. Auch der historische Gesetzgeber des BGB versteht die Stiftung weitgehend als ein in die staatliche oder kirchliche Sphäre inkorporiertes, weniger durch den Gedanken der Stifterautonomie geprägtes Rechtsformenangebot, das deswegen der staatlichen Aufsicht sehr weit gehend zugänglich ist.⁷⁷ Die Regelung des Stiftungsaufsichtsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst scheint weniger aus Kompetenzzweifeln, die sich auch schon auf Grundlage der Reichsverfassung stellen konnten, unterblieben zu sein, als vielmehr aus rechtspolitischem Respekt des Gesetzgebers vor den als hinreichend leistungsfähig erachteten überkommenen Organisationsformen.⁷⁸ Vor diesem Hintergrund sollte Art. 74 Abs. 1 GG für eine deutlich großzügigere Regelung aufsichtsrechtlicher und aufsichtsorganisationsrechtlicher Fragen durch den Bundesgesetzgeber Raum lassen.

2. Alternative Organisationsformen der Stiftungsaufsicht

Stellt man diese Kompetenzfragen einmal zurück, gibt es ganz verschiedene Möglichkeiten, um auf die eingangs genannten Herausforderungen für die Aufsichtsorganisation, die sich insbesondere im Zuge der mittelfristig wohl unausweichlichen stärkeren europäischen Anreicherung des Stiftungsrechts ergeben, zu reagieren. Und dies gilt selbst dann, wenn man am Konzept einer externen Aufsicht festhält, also den Weg einer immer stärkeren Implementierung der Aufsichtszwecke in moderne Formen der Stiftungsgovernance und damit ihre Auflösung in das materielle und prozessuale Gerüst des Stiftungsrechts nicht in den Blick nimmt.

Staatsaufsicht heißt nicht zwingend Deregulierung, aber auch nicht zwingend Aufsicht durch unmittelbare Landesverwaltung. In der Literatur ist schon vor mehr als einem Jahrzehnt darauf hingewiesen worden, dass der Eigengesetzlichkeit des Dritten Sektors eine Aufsicht durch sektor-eigene Selbstverwaltungskörperschaften in höherem Maße entsprechen würde, als die derzeitige Aufsichtsverfassung. Der Bundesgesetzgeber wäre

70 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts, BT-Drs. 14/8765, Begründung, S. 7. Siehe auch den Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 63 ff. Zur Debatte auch m.w.N. *Weitemeyer/Franzius*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 1, 17 ff.

71 Etwa: BVerwG, Urt. v. 12.2.1998 – 3 C 55/96, BVerwGE 106, 177, 179 f.; BVerwG, Urt. v. 26.4.1968 – VII C 103.66, BVerwGE 29, 314, 316.

72 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 63.

73 BVerfG, Beschl. v. 8.6.1960 – 1 BvR 580/53, BVerfGE 11, 192, 199; vgl. zur Auslegung des Begriffs auch *Ballerstedt/Salzwedel*, Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?, Gutachten E zum 44. Deutschen Juristentag, 1962, S. 55 ff.

74 BVerfG, Beschl. v. 10.3.1976 – 1 BvR 355/67, BVerfGE 42, 20, 30; BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149, 176 ff. Vgl. auch: *Suerbaum*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, *Stiftungsrecht*, 2011, C. Rn. 7.

75 *Dreier/Stettner*, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 16; siehe auch *Andrick/Suerbaum*, *Stiftung und Aufsicht*, 2001, § 5 Rn. 7.

76 BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149, 176.

77 Vgl. *Mugdan*, *Materialien zum BGB Bd. 1*, 1899, S. 32, 149 ff., 397. Dazu auch: *Suerbaum*, in: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, *Stiftungsrecht*, 2011, C. Rn. 1662; *Reuter*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer*, *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 3.2. f.

78 *Ballerstedt/Salzwedel*, Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?, Gutachten E zum 44. Deutschen Juristentag, 1962, S. 55.

auch im Rahmen des Aufsichtsrechts natürlich frei, hier dem Gedanken der funktionalen Selbstverwaltung Rechnung zu tragen und eine entsprechende Aufsichtskörperschaft vorzusehen. Damit der Selbstverwaltungsgedanke nicht mit den Anforderungen des grundgesetzlichen Demokratieprinzips im Falle von eingreifenden Rechtsaufsichtsmaßnahmen kollidiert, müsste indes zugleich die hinreichende demokratische Legitimationsbasis dieser Selbstverwaltungskörperschaften gegenüber den beaufsichtigten und durch die beaufsichtigten Stiftungen geschaffen werden.⁷⁹ Das Demokratieprinzip ist insbesondere im Bereich funktionaler Selbstverwaltung offen für alternative Möglichkeiten, abseits der inputorientierten hierarchischen Repräsentation ein hinreichendes Legitimationsniveau sicherzustellen.⁸⁰ Aufsicht wäre dann Aufsicht gegenüber Mitgliedern. Modelle der Betrauung Privater und sei es auch repräsentativer Verbände im Sektor mit solchen Aufsichtsmaßnahmen dürften schnell Verfassungsgrenzen überschreiten. Der Blick ins Wirtschaftsverwaltungsrecht zeigt aber mit dem Beispiel der Bundesnetzagentur auch einen alternativen Weg, nämlich die Zentralisierung der Aufsicht auf Bundesebene in einer Behörde, die entsprechende Fachkompetenzen bündelt, Effizienzgewinne verspricht und die vor allem ministerialfrei organisiert ist und damit einen hohen Maß an sachlich institutioneller Unabhängigkeit aufweist. Die sich in diesem Modell möglicherweise ergebenden Zweifel an der Reichweite der Bundesgesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ließen sich schließlich in einem Modell der bundeseinheitlichen Aufsicht auf Grundlage interföderalen Kooperationsrechts vermeiden.⁸¹ Seine Vorbilder findet ein solches Modell im Rundfunk- und Medienrecht,⁸² das sich ebenfalls durch ein ausgeprägtes Maß an sektorspezifischer Staatsferne und starker Kompetenzen der Länder auszeichnet.⁸³ Auch das Stiftungsaufsichtsrecht könnte unter Wahrung der Gestaltungsspielräume der Länder im Wege multilateraler Staatsverträge⁸⁴ einer bundeseinheitlichen Aufsichtsbehörde zugewiesen werden. Eine solche Lösung verspricht nicht nur die Bündelung des Fachverständnisses in der Stiftungsaufsicht, sie beseitigt das Ärgernis personell insuffizienter Ausstattung der Landesbehörden. Und vor allem ist sie die organisationsrechtlich adäquate Antwort auf die, schon in Folge der Stiftungsrechtsnovelle am Beginn des Jahrtausends verstärkte, bundesrechtliche Durchdringung des materiellen Aufsichtsprogramms ebenso

79 Siehe hierzu nur *Muscheler*, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2011, § 2 Plädoyer für ein staatsfreies Stiftungsrecht, S. 27, 34 f.

80 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002 – 2 BvL 5. 6/98, BVerfGE 107, 59, 88 ff. *T. Emden*. Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991.

81 Zu den Formen und Leistungen interföderalen Rechts siehe nur m.w.N. *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 54 ff., 86 ff.

82 Vgl. § 37 MDR-Staatsvertrag; § 37 NDR-Staatsvertrag; § 39 RBB-Staatsvertrag; § 37 SWR-Staatsvertrag; § 31 ZDF-Staatsvertrag.

83 BVerfG, Urt. v. 28.2.1961 – 2 BvG 2/60, BVerfGE 12, 205, 261; siehe auch *Bullinger*, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2009, § 163 Rn. 97.

84 Zu diesen nur *H. Schneider*, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), 1 ff.; *Rudolf*, Bund und Länder im aktuellen deutschen Verfassungsrecht, 1968, S. 34 ff.; *R. Grawert*, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 131 ff.; *H.-P. Rill*, Gliedstaatsverträge, 1972.

wie diejenige auf seine mittelfristig zu erwartende tiefgreifende und strukturelle Europäisierung.

IV. Schluss

Die Europäisierung wird in mittelfristiger Perspektive wesentliche Impulse zur Weiterentwicklung des Stiftungsaufsichtsrechts geben. Nicht nur aus kompetenziellen Gründen sind weite Bereiche der Landesstiftungsgesetze ein wenig hinter den Rechtsentwicklungen im Aufsichtsverwaltungsrecht, wie auch hinter die modernen Formen staatlicher Governance- und Regulierungs-Verantwortung zurückgefallen. Hier bleibt der Bundesgesetzgeber aufgerufen, einmal grundsätzlich über den Fortbestand des Status quo nachzudenken. Eine Modernisierung der Organisationsverfassung der Stiftungsaufsicht sollte dann, wenn Stiftungsaufsicht als Staatsaufsicht beibehalten werden soll, die erprobten Instrumente des interföderalen Kooperationsrechts dazu nutzen, eine leistungsfähige Verwaltungsbehörde mit Zuständigkeit für das Bundesgebiet zu schaffen. In Zeiten der Schuldenbremse mag die Motivation der Länder nicht zuletzt durch Haushaltsgesichtspunkte geweckt werden; für eine solche Lösung sprächen aber auch die Effektivität der Stiftungsaufsicht und damit ein genuines Interesse der Beaufsichtigten. Ein konkreter gesetzlicher Handlungsbedarf ergibt sich im Stiftungsaufsichtsrecht in materieller Hinsicht jedenfalls im Bereich der Zusammenlegung und Zulegung von Stiftungen. Hier sollte eine bundeseinheitliche Rechtsgrundlage in § 87 BGB angesiedelt werden. Deren Reichweite und Gestalt insbesondere in Bezug auf einseitige, hoheitliche Maßnahmen des Zusammenschlusses von Kleinstiftungen sollte möglichst intensiv von allen Beteiligten diskutiert werden. Klare gesetzliche Regelungen vermeiden hohe rechtsstaatliche Kosten und eine clandestine Verwaltungspraxis.

V. Summary

In the medium term, Europeanisation will ultimately give fundamental impulses to further develop the regulatory law of foundations. It is not only for reasons of competence that large areas of the foundation laws of the German *Länder* are lagging somewhat behind legal developments in both regulatory administrative law and also behind the modern forms of state governance and regulatory responsibility. In this respect the Federal legislator is still called upon to give fundamental consideration to whether the status quo should be continued. If the supervision of foundations is to be retained as State supervision, then the modernisation of the organisational constitution of foundation supervision should apply the tried and tested tools of inter-federal cooperation law to create an efficient administrative authority with Germany-wide responsibility. In times of debt constraints under the German debt brake, the Federal States' motivation might not least be aroused by budgetary considerations; but the effectiveness of foundation supervision and thus the genuine interest of those being supervised would also speak in favour of such a solution. There is a specific need for legislative action on the law regulating the supervision of foundations in a substantive respect in any event in the field of merging and amalgamating foundations. Here a uniform legal basis for the whole of Germany should be embodied in section 87 German Civil Code (BGB). The scope and structure of such a regulation should be discussed as intently as possible by all participants, particularly with regard to unilateral measures by

public authorities to merge small foundations. Clear statutory regulations also avoid high costs of due process and clandestine administrative practice.

Ein passendes Rechtskleid für kleinkooperative Vereinigungen? – Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Kooperationsgesellschaft und zum weiteren Bürokratieabbau bei Genossenschaften

REINMAR WOLFF*

I. Einleitung	19	3. Referentenentwurf im März 2013	28
II. Zumutbare Rechtsformen für klein- kooperative Vereinigungen	20	4. Neue Legislaturperiode	29
1. Grundrechtlicher Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers	20	IV. Würdigung des Referentenentwurfs	29
2. Gegenwärtig verfügbare Gesellschaftsrechtsformen	21	1. Einführung der Kooperationsgesell- schaft	29
III. Der Referentenentwurf und seine Vorgeschichte	24	2. Weiterer Bürokratieabbau bei Genos- senschaften, insbesondere Verdopplung der Schwellenwerte für die Befreiung von der Jahresabschlussprüfung	38
1. Genossenschaftsgesetznovelle im August 2006	24	V. Zusammenfassung	39
2. Entwicklungen seit August 2006	24	VI. Summary	39

I. Einleitung

Bürgerschaftliches Engagement ist gesellschaftlich erwünscht. Solches Engagement ist häufig auf rein ideelle Zwecke gerichtet, zuweilen aber auch auf gemeinschaftliche wirtschaftliche Betätigung. Als Beleg werden meist Dorfläden bemüht, die als Selbsthilfeeinrichtung die Versorgung der dörflichen Bevölkerung vor Ort mit Lebensmitteln und anderen Waren sicherstellen wollen.¹ Weitere Beispiele sind das private Programmkino, das Interessierte vor der Schließung gerettet haben,² oder das öffentliche Schwimmbad, dessen Sanierung der kommunale Träger nicht hat bewältigen können und das von Bürgern gemeinschaftlich weiterbetrieben wird.³

In diesen Fällen wird zwar ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt, die Unternehmungen schreiben aber bestenfalls eine schwarze Null und können häufig überhaupt nur dank ehrenamtlicher Mitarbeit bestehen. So erwünscht solche kleinkooperativen Vereinigungen sind, so schwierig ist die Wahl einer Gesellschaftsrechtsform an der Schnittstelle zwischen eigen- und fremdnützigen, zwischen ideellen und wirtschaftlichen Zwecken.

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Habilitand an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Siehe beispielhaft den Antrag der SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/9976 (neu), S. 3, und den Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/11579, S. 1.

² Programmkino Würzburg eG, www.central-programmkino.de (letzter Abruf am 8.7.2014).

³ Naturerlebnisbad Lütke eG, www.naturerlebnisbad-luthe.de (letzter Abruf am 8.7.2014).