

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)  
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Nr. 4

MittRhNotK

April 1994

## Stiftungen und stiftungsähnliche Körperschaften als Instrumente dauerhafter Vermögensbindung

(von Notarassessor Georg Wochner, Köln)

### A. Einführung

### B. Selbständige Stiftungen

#### I. Historischer Abriss der Entwicklung des Stiftungsrechts

#### II. Die Errichtung der Stiftung

1. Stiftungszweck
  - a. Gemeinwohlkonforme Allzweckstiftung
  - b. Familienstiftungen
    - aa. Zulässigkeit der Familienstiftung
    - bb. Steuerrechtliche Behandlung
  - c. Unternehmensverbundene Stiftungen
    - aa. Unternehmensbeteiligungsstiftung
    - bb. Die Stiftung und Co. KG
  - d. Örtliche Stiftungen
2. Stiftungsgeschäft unter Lebenden
  - a. Form
  - b. Widerruf des Stiftungsgeschäfts
  - c. Vermögensübergang und Haftung
  - d. Steuerliche Behandlung
3. Stiftungsgeschäft von Todes wegen
  - a. Errichtung durch letztwillige Verfügung
  - b. Erbeinsetzung
  - c. Vermächtnisanordnung
  - d. Auflage
  - e. Auflage zur Gründung einer Stiftung unter Lebenden
  - f. Testamentsvollstreckung
  - g. Steuerliche Behandlung
4. Rechtslage vor Stiftungsgenehmigung

#### III. Staatliche Genehmigung und Stiftungsaufsicht

1. Landesrechtliche Genehmigungsvoraussetzungen, insbesondere nach dem Landesstiftungsgesetz von Nordrhein-Westfalen
  - a. Gemeinwohlverträglichkeit
  - b. Nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks
  - c. Die Versagungsgründe des § 4 Abs. 1 c) und 2 b) StiftG NW
2. Stiftungsaufsicht
3. Genehmigung einzelner Geschäfte der Stiftung

#### IV. Die Stiftungsverfassung

1. Name und Sitz der Stiftung
2. Die Verwirklichung des Stiftungszwecks
3. Vermögensorganisation und Vermögensverwaltung
4. Rechtsstellung der Begünstigten
5. Stiftungsorgane
6. Satzungsänderung
7. Auflösung

### C. Unselbständige Stiftungen

#### I. Zuwendungen unter Lebenden

1. Schenkung mit Auflage
2. Treuhand
3. Sammelvermögen

#### II. Letztwillige Verfügungen

1. Vermächtnisanordnung und Auflagen
2. Sicherung der Zweckerfüllung
3. Testamentarisches Familiengut

### D. Stiftungsähnliche Körperschaften

#### I. Verein mit Stiftungszwecken

1. Satzungsänderung
2. Auflösung
3. Mitgliedschaft
4. Rechtsstellung der Mitglieder

#### II. Stiftungs-GmbH

1. Dauerhafte Zweckverfolgung
  - a. Gesellschaftszweck
  - b. Erschwerung der Satzungsänderung
  - c. Treuhänderische Bindung der Gesellschafter
2. Auflösung
3. Beschränkung des Gesellschafterkreises
4. Vermögensrechte der Gesellschafter
5. Aufsicht durch Dritte

### E. Steuervergünstigung wegen Gemeinnützigkeit

1. Wirkungen der Gemeinnützigkeit
2. Vermögensbindung
3. Ertragsverwendung und Rücklagenbildung
4. Wirtschaftliche Betätigung
5. Versorgung des Stifters und seiner Angehörigen

### A.

### Einführung

Eine Stiftung bietet ihrem Gründer die Möglichkeit, seinen Willen und seinen Namen unsterblich zu machen<sup>1</sup>. Das Stiftungswesen in Deutschland, das durch die wirtschaftlichen Einbußen im Gefolge zweier Weltkriege erheblich beeinträchtigt wurde, erhält in jüngster Zeit neuen Auftrieb<sup>2</sup>. Privatpersonen erwägen ebenso wie Unternehmer in zunehmenden Maße, ihr Vermögen ganz oder zum Teil in eine Stiftung einzubringen<sup>3</sup>. Im Jahr 1991 bestanden in den alten Bundesländern etwa 6.200 Stif-

1 Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl. 1992, Rd.-Nr. 1162; K. Schmidt, Stiftungswesen – Stiftungsrecht – Stiftungspolitik, 1987, 5.

2 Andrick, Stiftungsrecht und Stiftungsaufsicht, 1988, 157.  
3 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14. 6. 1993.

tungen<sup>4</sup>. Die Zahl der neu gegründeten Stiftungen ist in den letzten Jahren kontinuierlich angestiegen<sup>5</sup>. Angesichts wachsenden Wohlstandes und nachlassender familiärer Bindungen werden Stiftungen in den kommenden Jahren weiter an Bedeutung gewinnen<sup>6</sup>. Die gestiegene Bedeutung der Stiftungen lenkt neuerdings verstärkt die Aufmerksamkeit der notariellen Praxis auf das Stiftungswesen<sup>7</sup>. Auf die notarielle Tätigkeit kommen – vor allem bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen – neue Aufgaben zu. Bei der Gestaltung von Stiftungen ist der Stifter auf die planvolle Zusammenarbeit seiner rechtlichen, steuerlichen und wirtschaftlichen Berater angewiesen<sup>8</sup>.

Stiftungen eignen sich insbesondere zur Förderung wissenschaftlicher Projekte, kultureller Einrichtungen, gesundheitlicher Fürsorge und sozialer Hilfsmaßnahmen<sup>9</sup>. Staatlichen Institutionen sind sie wegen ihrer Flexibilität, unbürokratischen Verwaltung und Risikobereitschaft häufig überlegen<sup>10</sup>. Private Stiftungen bewahren gesellschaftliche Freiräume, die sich dem wachsenden Staats- und Parteinfluß entziehen<sup>11</sup>. Die Gründung von Stiftungen erfreut sich auch bei der Planung der Unternehmensnachfolge und der Versorgung von Familienangehörigen unveränderter Beliebtheit<sup>12</sup>. Viele Stiftungsgründungen der vergangenen Jahre verbinden gemeinnützige Absichten mit dem Ziel, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern.

Auf rechtspolitische Bedenken stößt die Errichtung von Stiftungen insofern, als sie langfristig den Stifterwillen auch gegen abweichende Interessen und Bestrebungen späterer Generationen durchsetzt und das Stiftervermögen der Gesellschaft entzieht<sup>13</sup>. Vorbehalte gegen die Vermögensbindung an die „tote Hand“ bestehen unter diesem Gesichtspunkt insbesondere gegen Familien- und Unternehmensstiftungen<sup>14</sup>. Die mit der dauernden Vermögensbindung einhergehenden Gefahren erfordern sowohl einen Genehmigungsvorbehalt bei Gründung der Stiftung als auch die laufende Aufsicht über die Stiftungstätigkeit<sup>15</sup>.

Die rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts (unten B.) verkörpert den Prototyp der Stiftung als Mittel dauerhafter Vermögensbindung<sup>16</sup>. Die instrumentale Betrachtungsweise des Vertragsjuristen zieht alle rechtlich zulässigen Möglichkeiten in Erwägung, die der Verwirklichung der von den Klienten vorgegebenen Sachziele dienen<sup>17</sup>. Die Absicht der fortdauernden Widmung von Vermögen zur Verfolgung bestimmter Zwecke kann auch durch andere Organisationsformen erfüllt werden<sup>18</sup>. Der mit der Gründung einer Stiftung des bürgerlichen Rechts verbundene Aufwand, vor allem das zeitraubende Genehmigungsverfahren, veranlassen potentielle Stifter, auf Ersatzformen auszuweichen<sup>19</sup>. In Betracht kommt hierfür das unselbständige Zweckvermögen (unten C.). Für die Verfolgung von Stiftungszwecken stehen die AufLAGENSCHENKUNG, treuhänderische Stiftungen sowie die erbrechtlichen Gestaltungsmittel des Vermächtnisses und der Auflage zur Verfügung. Stiftungs-

absichten können aber auch in den Rechtsformen einer Körperschaft – zum Beispiel eines rechtsfähigen Vereins (unten D. I.) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (unten D. II.) – verwirklicht werden<sup>20</sup>. Auch für diese stiftungsähnlichen Rechtsinstitute hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch der auf die Funktion abstellende Begriff der „Stiftung“ durchgesetzt<sup>21</sup>. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf privatrechtliche Organisationsformen. Außer Betracht bleiben neben öffentlichen und kommunalen Stiftungen, die als Teil der mittelbaren Staats- bzw. der Kommunalverwaltung öffentliche Aufgaben wahrnehmen, auch die kirchlichen Stiftungen, die kirchlichen Zwecken dienen und organisatorisch der kirchlichen Verwaltung eingegliedert sind<sup>22</sup>.

## B.

### Selbständige Stiftungen

Die rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts ist eine auf Ausstattung mit einem Vermögen angelegte, nicht in einem Personenverband bestehende, selbständige juristische Person zur Erreichung eines dauernden Zwecks, der durch den Willen des Errichters bestimmt wird<sup>23</sup>. Das bürgerliche Recht ermöglicht eine immerwährende Vermögensbindung nur in der Rechtsform der Stiftung<sup>24</sup>. Das gegenwärtige Stiftungsrecht bleibt ohne Blick auf seine geschichtliche Entwicklung unverstündlich (hierzu unten I.). Der eigentliche Akt der Stiftungsgründung besteht in der Widmung eines Vermögens zur Erfüllung bestimmter Zwecke und der Zusage einer bestimmten Vermögensausstattung (hierzu unten II.). Die vom Stifter errichtete Stiftung bedarf zur Erlangung der Rechtsfähigkeit der staatlichen Genehmigung, und auch nach Gründung unterliegt die Tätigkeit der Stiftung der laufenden Aufsicht (hierzu unten III.). Die organisationsrechtlichen Bestimmungen des Stiftungsgeschäfts werden zweckmäßigerweise in einem dem Akt der Stiftungserrichtung angefügten Satzung niedergelegt (hierzu unten IV.).

### I. Historischer Abriss der Entwicklung des Stiftungsrechts

Die Grundzüge des gegenwärtigen Stiftungsrechts entwickelten sich im 19. Jahrhundert aus der Verschmelzung älterer Traditionen mit modernen Denkweisen<sup>25</sup>. Das ältere gemeine Recht kannte auf der Grundlage des von ihm rezipierten römischen und kanonischen Rechts die „piae causae“, bei denen es sich um Zuwendungen für kirchlich-religiöse und soziale Zwecke handelte<sup>26</sup>. Stiftungen wurden als korporative, vom Willen des Stifters geleitete Personenverband (universitas) aufgefaßt, ohne daß die Stiftung als eigenständige Rechtsform entwickelt wurde<sup>27</sup>. Im Vordergrund standen die fiduziarischen Stiftungen, wie sie sich insbesondere unter den mittelalterlichen Stadtrechten ausgeprägt hatten, während selbständige Stiftungen zuerst in den protestantischen Ländern des 18. Jahrhunderts entstanden<sup>28</sup>. Der absolute Polizeistaat duldete Stiftun-

4 Goerdeler, Stiftungen in der Bundesrepublik aus heutiger Sicht, FS Heinsius, 1991, 169, 170; das „Verzeichnis der Deutschen Stiftungen“ des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen e. V., Bonn (1991) erfaßt beinahe 6.000 rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen des privaten, öffentlichen und des kirchlichen Rechts einschließlich „Stiftungen in anderer Rechtsform“, insbesondere der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Vereinen mit Stiftungszwecken.

5 Berkel/Neuhoff/Schindler/Steinsdörfer, Stiftungshandbuch, 3. Aufl. 1989, 11.

6 Vgl. Burens, Stifter als Anstifter, 1987, 25; Kössinger, Das Testament Allein-stehender, 1994, 43.

7 Die 5. Europatage des Notariats vom 15. bis 17. 4. 1993 in Salzburg behandelten das Thema „Stiftung-Treuhandenschaft-Trust“ (ÖNotZ 1993, 201–237).

8 Hierzu Weger, Wie man Stiftungen gestaltet statt verwaltet, in: Blick durch die Wirtschaft vom 26. 5. 1992.

9 Kübler, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1990, 143.

10 Goerdeler, Aufgaben und Möglichkeiten von Stiftungen für Kultur, Kunst und Wissenschaft, ÖNotZ 1993, 208, 213 f.

11 Burens, a.a.O. (Fn. 6), 32 f.

12 Reimann/Spiegelberger, Aktuelle Rechtsfragen der Unternehmensnachfolge, 1986, 174 ff.; Gestaltungen zur Unternehmensfortführung – Die Stiftung, hrsg. vom Arbeitskreis „Unternehmensnachfolge“ des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW), 1985, 13 f.

13 Kübler, a.a.O. (Fn. 9), 144 f.

14 Reuter, Stiftungsrecht und Vereinsrecht in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 95, 105 ff.

15 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 3.

16 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 9.

17 Rehinder, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1993, 46 f.

18 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 1; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 38.

19 In Nordrhein-Westfalen beträgt die durchschnittliche Dauer des Genehmigungsverfahrens derzeit zehn Monate (Antwort der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vom 27. 6. 1993 auf eine kleine Anfrage, LT-Drucks. 11/5758).

20 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 37.

21 Seifart, a.a.O. (Fn. 16), § 2, Rd.-Nr. 17; enger dagegen Riehm, Körperschaften als Stiftungsorganisationen, 1993, 19 f.

22 Hierzu im einzelnen: Seifart/von Campenhausen, a.a.O. (Fn. 16), §§ 15 bis 35.

23 Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1984, 144; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, 150.

24 Weirich, Erben und Vererbung, 3. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 678.

25 Schulze, Historischer Hintergrund des Stiftungsrechts, in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 29, 30.

26 Seifart/Coing, a.a.O. (Fn. 16), § 5, Rd.-Nr. 13.

27 Schulze, a.a.O. (Fn. 25), 36; Seifart/Coing, a.a.O. (Fn. 16), § 5, Rd.-Nr. 22 ff.; Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 2.

28 Coing, Europäisches Privatrecht Bd. 2, 1989, 349; Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 2.

gen nicht als selbständige, sich selbst verwaltende juristische Personen<sup>29</sup>. Die Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts arbeitete die klare Unterscheidung von Korporation und Stiftung heraus<sup>30</sup>. Die Begriffsjurisprudenz entfremdete die Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit des Rechts<sup>31</sup>. Die Rechtslehre des 19. Jahrhunderts löste den Zusammenhang zwischen den Stiftungen und ihrer Verpflichtung auf die Förderung von Religionsausübung, Geistesbildung und Wohltätigkeit<sup>32</sup>. Die Stiftung wurde als juristische Person fingiert, indem ihr als abstraktem Inbegriff von Vermögensrechten in Beziehung auf einen bestimmten Zweck eigene Rechtspersönlichkeit zuerkannt wurde<sup>33</sup>.

Den Verfassern des BGB war der historische Gemeinwohlbezug des Stiftungsgedankens aus den Wurzeln der „*piae causae*“ noch bewußt<sup>34</sup>. Die der verbandsmäßigen Kontrolle entthone Verselbständigung der Stiftung erforderte staatliche Kontrolle, die das BGB dem Landesrecht als dem eigentlichen Träger autoritärer und obrigkeitstaatlicher Traditionen überließ<sup>35</sup>. Eine Festlegung der zulässigen Stiftungszwecke erschien angesichts des landesgesetzlichen Genehmigungsvorbehalts entbehrlich. Das BGB ordnet lediglich die wesentlichen privatrechtlichen Fragen der Stiftungsverfassung, während es die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen und Folgen des Stiftungsgeschäfts der Regelung durch den Landesgesetzgeber vorbehält<sup>36</sup>. Dies hat eine unübersichtliche Zersplitterung des geltenden Stiftungsrechts zur Folge<sup>37</sup>. Die Bemühungen um Rechtsvereinheitlichung durch Schaffung eines Bundesstiftungsgesetzes sind gescheitert<sup>38</sup>.

## II. Die Errichtung der Stiftung

Unter dem Stiftungsgeschäft versteht das BGB sämtliche vom Stifter im Hinblick auf die künftige Stiftung getroffenen Bestimmungen<sup>39</sup>. Inhalt des Stiftungsgeschäfts ist die verbindliche Erklärung des Stifters, einen bestimmten Teil seines Vermögens auf Dauer der Erfüllung der vom Stifter vorgegebenen Zwecke zu widmen<sup>40</sup>. Das Stiftungsgeschäft ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung unter Lebenden oder von Todes wegen<sup>41</sup>. Es enthält neben der Zweckwidmung sowohl vermögensrechtliche als auch organisationsrechtliche Bestandteile<sup>42</sup>.

### 1. Der Stiftungszweck

Der Stiftungszweck ist konstitutives Begriffsmerkmal der Stiftung, das dieser Dauer und Stabilität verleiht<sup>43</sup>. Ohne Angabe des Zwecks ist das Stiftungsgeschäft nicht nur unwirksam<sup>44</sup>, sondern eine Stiftererklärung erst gar nicht vorhanden<sup>45</sup>. Die

Frage, zu welchen Zwecken eine Stiftung errichtet werden kann, hat das BGB offengelassen<sup>46</sup>. Lediglich die Vorschrift des § 87 Abs. 1 BGB, die der Genehmigungsbehörde bei einer Gefährdung des Gemeinwohls die Befugnis zur Zweckänderung verleiht, bietet einen Ansatzpunkt für die Eingrenzung der zulässigen Stiftungszwecke. Auch die Landesstiftungsgesetze enthalten zu dieser Frage – mit Ausnahme des Stiftungsgesetzes für Nordrhein-Westfalen – keine genaueren Regelungen.

#### a) Gemeinwohlkonforme Allzweckstiftung

Die heute überwiegend vertretene Ansicht hält alle Stiftungszwecke für zulässig, die das Gemeinwohl nicht gefährden<sup>47</sup>. Das gesetzliche Leitbild der „gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung“ läßt im Hinblick auf die grundrechtlich gesicherte Stifterfreiheit nur solche Zweckbeschränkungen zu, deren Verfolgung gegen die Gesetze verstoßen oder das Gemeinwohl gefährden würde. Da die Erreichung eines über das Stifterinteresse hinausgehenden Zwecks ein konstituierendes Element der Stiftung darstellt, ist eine Stiftung unzulässig, deren Aufgabe sich auf die Verwaltung des Stiftungsvermögens beschränkt<sup>48</sup>. Ebenso scheidet eine eigennützige Stiftung aus, deren Sinn sich in der Versorgung des Stifters erschöpft<sup>49</sup>. Bei der Prüfung der Gemeinwohlgefährdung sind die durch § 138 BGB gezogenen Grenzen zu beachten. Über diese Vorschrift wirkt das im Grundgesetz verkörperte Wertesystem in das Privatrecht hinein<sup>50</sup>. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG. Die Bevorzugung männlicher Abkömmlinge vor weiblichen Abkömmlingen soll einen solchen Verstoß nicht darstellen<sup>51</sup>.

#### b) Familienstiftungen

Nach den unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen dienen Familienstiftungen wesentlich, vorwiegend oder ausschließlich dem Interesse Mitglieder einer oder mehrerer Familien<sup>52</sup>. Der Kreis der Genußberechtigten ist durch Familienzugehörigkeit und Satzung klar abgegrenzt<sup>53</sup>. Die Familienstiftung dient der Erhaltung des Familienvermögens, indem es dauerhaft der Nutzung der Familie zur Verfügung gestellt, jedoch der Verfügung durch einzelne Familienmitglieder entzogen wird<sup>54</sup>. Der Grund für die Errichtung einer Familienstiftung liegt häufig im Wunsch des Stifters, sein Vermögen auf Dauer als Ganzes zu erhalten und dessen Zersplitterung durch regelmäßige Erbgänge vorzubeugen<sup>55</sup>. Familienstiftungen sollen häufig auch der Erhaltung von Familienunternehmen dienen und die Fortführung des unternehmerischen Lebenswerks gewährleisten (hierzu unten c.)<sup>56</sup>.

29 Liermann, Handbuch des Stiftungsrechts, Bd. 1, 1963, 234 f.

30 Liermann, a.a.O. (Fn. 29), 237 f.

31 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, 401.

32 Seifart/Coing, a.a.O. (Fn. 16), § 5, Rd.-Nr. 38.

33 Schulze, a.a.O. (Fn. 25), 34; Liermann, a.a.O. (Fn. 29), 240.

34 So die Denkschrift zum BGB (zit. bei Goerdeler/Ulmer, Der Stiftungszweck in der Reform des Stiftungsrechts, AG 1963, 292, 295): „Wenn die Rechtsordnung dem einzelnen die außerordentliche Machtvollkommenheit beilegt, eine Vermögensmasse auf unbeschränkte Zeit einem bestimmten Zweck zu widmen, so geschieht dies, um Zwecke, welche dem Gemeinwohl dienen, dadurch zu fördern. Nicht zu Gunsten jedes beliebigen Zwecks kann dem Willen des einzelnen diese Macht eingeräumt werden.“

35 Wieacker, a.a.O. (Fn. 31), 480.

36 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 3.

37 Vgl. den synoptischen Überblick für die alten Bundesländer in: Gestaltungen zur Unternehmensfortführung – Die Stiftung, hrsg. vom Arbeitskreis „Unternehmensnachfolge“ des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW), 1985, Anh. Übersicht D, 109 ff.

38 Seifart, Kein Bundesstiftungsgesetz, ZRP 1978, 144.

39 RGZ 158, 185, 187 f.

40 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 16.

41 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 80 BGB, Rd.-Nr. 2.

42 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 80 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 1.

43 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 10; BVerfGE 46, 73, 85.

44 So aber Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 7.

45 RGZ 170, 22, 25; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 5; Kuchinke, Probleme bei letztwilligen Zuwendungen für Stiftungszwecke, FS Neumayer, 1985, 389, 398.

46 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 11.

47 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 48; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 11; a.A. MünchKomm/Reuter, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 8 ff., der nur Idealstiftungen für zulässig erachtet; kritisch auch K. Schmidt, Stiftungswesen – Stiftungsrecht – Stiftungspolitik, 1987, 20 ff.

48 MünchKomm/Reuter 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 7; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 70; a.A. Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 57; zum vergleichbaren Erfordernis eines überindividuellen Verbandszwecks im Gesellschaftsrecht K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, 54 ff.

49 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 8; MünchKomm/Reuter 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 87.

50 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 138 BGB, Rd.-Nr. 4.

51 BGHZ 70, 313, 325 f., wobei der BGH ausdrücklich offenließ, ob bei einem generellen Ausschluß aller weiblichen zugunsten aller männlichen Abkömmlinge anders zu entscheiden wäre.

52 Vgl. die Zusammenstellung bei Sorg, Die Familienstiftung, 1984, 226 f. und die Übersicht der Beurteilung verschiedener Genehmigungsbehörden bei Härtl, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 1990, 153.

53 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 57.

54 Meyer zu Hörste, Die Familienstiftung als Technik der Vermögensverewigung, 1976, 4 f.

55 Sorg, a.a.O. (Fn. 52), 52 f.

56 Binz, Die Familienstiftung – Renaissance einer Rechtsform für Familienunternehmen, StJB 1987/88, 145, 154 f.; Hennerkes/Schiffer, Die Stiftung als Rechtsform für Familienunternehmen, DB 1986, 2217.

## aa) Zulässigkeit der Familienstiftung

Im Zusammenhang mit der Auflösung der Familienfideikommission in der Weimarer Republik sollten auch die Familienstiftungen aufgehoben werden<sup>57</sup>. Familienstiftung und Familienfideikommiß kommen sich in der Wirkung nahe, obwohl der Familienfideikommiß kein eigenes Rechtssubjekt darstellte, sondern die Nutznießer sukzessive Eigentümer des gebundenen Familienvermögens wurden<sup>58</sup>. Die Absicht der Auflösung der Familienstiftungen wurde von der Bundesrepublik Deutschland nicht weiterverfolgt. Nach der derzeitigen Rechtslage sind Familienstiftungen in allen Bundesländern zulässig<sup>59</sup>. Die Genehmigungsfähigkeit neuer Familienstiftungen ist allerdings nicht unbestritten. Bedenken bestehen unter dem Gesichtspunkt der Umgehung der erbrechtlichen Beschränkungen der Nacherfolge (§ 2109 BGB), des Teilsausschlusses (§ 2044 BGB), der Vermögensanordnung (§§ 2162 f. BGB) und der Testamentsvollstreckung (§ 2210 BGB)<sup>60</sup>. Die dem Fideikommißverbots der Weimarer Reichsverfassung (Art. 155 Abs. 2 S. 2 WRV) zugrundeliegende Wertentscheidung gegen das Wiederaufleben feudaler Machtstrukturen wird als Argument gegen die Zulässigkeit von Familienstiftungen angeführt<sup>61</sup>.

Die Bedeutung der Familienstiftung ist gleichwohl nicht völlig verschwunden<sup>62</sup>. Einige Genehmigungsbehörden halten Familienstiftungen grundsätzlich für nicht genehmigungsfähig<sup>63</sup>. Mancher Stifter wählt aus steuerlichen Gründen die Kombination einer Familienstiftung mit einer gemeinnützigen Stiftung, deren Stimmrechte in der Weise beschränkt werden, daß die unternehmerische Verantwortung allein bei der Familienstiftung liegt<sup>64</sup>. Die laufende Überwachung von Familienstiftungen durch die Stiftungsaufsichtsbehörden ist in Bayern ganz aufgehoben und in einigen Bundesländern eingeschränkt<sup>65</sup>.

## bb) Steuerrechtliche Behandlung

Für Familienstiftungen gelten einige steuerrechtliche Besonderheiten. Unter einer Familienstiftung im Sinne des Steuerrechts ist eine Stiftung zu verstehen, die wesentlich im Interesse einer oder mehrerer bestimmter Familien errichtet ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG). Die Finanzverwaltung geht vom Bestehen einer Familienstiftung aus, wenn mehr als die Hälfte, bei wesentlichem Einfluß der Familie auf die Geschäftsführung der Stiftung sogar 25 % der Erträge Familienmitgliedern zugutekommen<sup>66</sup>. Angesichts der Ungewißheit, ob eine Familienstiftung im steuerrechtlichen Sinn vorliegt, empfiehlt sich vor der Gründung die Einholung einer bindenden Auskunft der Finanzbehörde<sup>67</sup>.

Bei der Errichtung einer Familienstiftung im Inland ist die Steuerklasse nach dem Verwandtschaftsverhältnis des entferntesten Berechtigten zum Stifter maßgeblich (§ 15 Abs. 2 S. 1 ErbStG). Bei der üblichen Anordnung, wonach die Abkömmlinge des Stifters in der Folge des Generationenwechsels be-

zugsberechtigt sind, richtet sich der Steuersatz nach Steuerklasse II<sup>68</sup>. Die Auflösung der Familienstiftung und der Rückfall des Stiftungsvermögens an den Stifter unterliegt ebenfalls der Steuerpflicht<sup>69</sup>. Bei der Berechnung ist das Verhältnis des Stifters zum Anfallberechtigten; mindestens jedoch Steuerklasse II zugrunde zu legen (§ 15 Abs. 2 S. 2 1. Halbsatz ErbStG). Beim Rückfall des Vermögens an den Stifter selbst ist demnach Steuerklasse IV anzuwenden<sup>70</sup>. Die Zweckänderung einer Familienstiftung mit der Folge, daß diese künftig nicht mehr der Versorgung von Familienmitgliedern dient, ist nach Ansicht der Finanzverwaltung trotz des Fortbestands der juristischen Person als Aufhebung und Errichtung einer neuen Stiftung gemäß Steuerklasse IV zu versteuern<sup>71</sup>.

Die 1974 eingeführte Erbersatzsteuer für Familienstiftungen und Familienvereine stellt ein besonderes Erschweris dar. Sie hatte die Auflösung großer Familienstiftungen oder die Einbringung des Stiftungsvermögens in gemeinnützige Stiftungen zur Folge<sup>72</sup>. Manche Familienstiftungen versuchten der Erbersatzsteuerpflicht durch Aufnahme dritter Personen in den Kreis der Begünstigten zu entgehen<sup>73</sup>. Das Vermögen von Familienstiftungen wird nach Ablauf von jeweils dreißig Jahren der Erbersatzsteuer unterworfen. Das BVerfG hat deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz bejaht<sup>74</sup>. Die Höhe der Erbersatzsteuer errechnet sich nach Steuerklasse I. Der Freibetrag beträgt 180.000 DM (§§ 15 Abs. 2 S. 3, 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG). Die Steuerschuld kann auf Antrag in jährlichen Teilbeträgen entrichtet werden, was zu einer jährlichen Belastung zwischen 0,07 und 2,28 % des Stiftungsvermögens führt<sup>75</sup>. Im Ergebnis ist die Familienstiftung durch die Erbersatzsteuer im Vergleich zum natürlichen Erbgang nicht benachteiligt<sup>76</sup>. Hat eine Familienstiftung sowohl ihren Sitz als auch ihre Geschäftsführung im Ausland, unterliegt sie hinsichtlich ihres Inlandsvermögens nicht der beschränkten Steuerpflicht des § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG und damit auch nicht der Erbersatzsteuer<sup>77</sup>.

## c) Unternehmensverbundene Stiftungen

Das Bild der Stiftung in der Öffentlichkeit ist wesentlich geprägt von den großen Unternehmensstiftungen. Berühmtestes Beispiel ist die Bertelsmann-Stiftung, deren Vermögen von Reinhard Mohn jüngst um weitere 55 % der Anteile an der Bertelsmann AG aufgestockt wurde<sup>78</sup>. Die beabsichtigte Fusion der Warenhauskonzerne Hertie und Karstadt verhalf der Hertie-Stiftung zu Bekanntheit<sup>79</sup>. In Erinnerung ist auch der spektakuläre Niedergang der Peter-Klöckner-Stiftung und das Scheitern der Fortführung der Nixdorf AG mittels zweier Stiftungen<sup>80</sup>.

Unternehmensverbundene Stiftungen betreiben entweder selbst ein Unternehmen als Einzelkaufmann oder als persönlich haftende Gesellschafterin einer Personenhandels-gesellschaft oder sind als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter an einer auf den Betrieb eines Unternehmens gerichteten Kapitalgesellschaft beteiligt<sup>81</sup>. Der Betrieb eines einzelkaufmännischen

57 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 10.

58 OLG Hamburg StfRspr. III, 193.

59 Seifart/Pöhlath, a.a.O. (Fn. 16), § 14, Rd.-Nr. 7; Michalski, Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, 1980, 111.

60 Studienkommission des DJT, Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts, 1968, 47.

61 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 21; Däubler, Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommißverbots, JZ 1969, 499, 501.

62 Binz, a.a.O. (Fn. 56), 166; praktische Hinweise zur Satzungs-gestaltung bei Binz/Sorg, Die Stiftung, 2. Aufl. 1993 (Heidelberger Musterverträge Bd. 72), 8 ff. und Hof in: Münchener Vertragshandbuch, 3. Aufl. 1992, Bd. I, Form. VII.3., 948 ff.

63 Härtl, a.a.O. (Fn. 52), 152.

64 Binz, a.a.O. (Fn. 56), 158 f.

65 Art. 34 bay. StfTG; § 10 Abs. 1 bert. StfTG; § 17 brem. StfTG; Art. 14 Abs. 2 hamb. AGBGB; § 21 Abs. 2 hes. StfTG; § 14 StfTG Mecklenburg-Vorpommern; § 10 Abs. 2 nieders. StfTG; § 27 rheinl.-pfälz. StfTG; § 19 schl.-holst. StfTG; in Baden-Württemberg (§ 8 Abs. 2 StfTG BW) und Nordrhein-Westfalen (§ 19 Abs. 2 StfTG NW) kann die Behörde die Aufsicht ruhen lassen, solange eine Überwachung durch Kontrollorgane gewährleistet erscheint.

66 Koordinierter Ländererlaß vom 6.12. 1983, BB 1984, 259; dagegen Binz/Sorg, Erbschaftssteuerprobleme der Familienstiftung, DB 1988, 1822, 1823; ausschließlich auf den Einfluß der Familie abstellend neuerdings Hess. FG EFG 1994, 493, 495 – nicht rechtskräftig.

67 Erlaß des Bundesministeriums der Finanzen vom 24. 6. 1987 (BSBl. 1987 I, 474).

68 Koordinierter Ländererlaß vom 31.1. 1992, DB 1992, 451; dagegen Binz/Sorg, a.a.O. (Fn. 66), 230 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien.

69 BFH DStR 1993, 473; BFH NV 1993, 438.

70 Kritisch hierzu Binz/Sorg, a.a.O. (Fn. 66), 232.

71 Koordinierter Ländererlaß vom 6. 12. 1983, BB 1984, 259, 260; dagegen Binz, a.a.O. (Fn. 56), 163.

72 Von Rintelen, Rechtstatsachen zur Familienstiftung, in: Deutsches Stiftungs-wesen 1977–1988, 1989, 143, 147.

73 Tipke/Lang, Steuerrecht, 13. Aufl. 1991, 482.

74 BVerfG NJW 1983, 1841; eingehend zur Verfassungsmäßigkeit der Erbersatz-steuer Denninger, Rückwirkungsverbot und Eigentums-garantie bei der erbsatzsteuerlichen Behandlung von Familienstiftungen, AG 1978, 29, 70.

75 Sorg, Hat die Familienstiftung jetzt noch eine Überlebenschance? BB 1983, 1620, 1622.

76 Binz, a.a.O. (Fn. 56), 151.

77 Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rd.-Nr. 1442.

78 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. 11. 1993.

79 Handelsblatt vom 15. 11. 1993; fraglich ist allerdings, ob die Stiftungsaufsicht hinnehmen wird, daß die gemeinnützige Hertie-Stiftung der Hertie-Familienstiftung mit Hilfe des Erlöses aus dem Verkauf ihres 97,5 %igen Anteils an der Hertie GmbH 30 % der Karstadt-Aktien verschafft (Capital 12/93 vom 26. 11. 1993).

80 Wirtschaftswoche vom 7. 6. 1991.

81 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 24; Sorg, a.a.O. (Fn. 52), 55 ff.; Brandmüller, Gewerbliche Stiftungen, 1988, 109 ff.



Unternehmens durch eine Stiftung kommt heute praktisch nicht mehr vor<sup>82</sup>. In der Regel ist die Stiftung an einer Kapitalgesellschaft beteiligt (dazu unten aa.). Die Stiftung als Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft begegnet meist in der Form der Stiftung & Co. KG (dazu unten bb.). Stiftungen dienen vor allem als Instrument der Bewältigung der Unternehmensnachfolge, indem sie die Erhaltung des Unternehmens und seines Kapitals sowie die Kontinuität der Unternehmensführung gewährleisten<sup>83</sup>. Gründer von Familiengesellschaften legen häufig Wert darauf, daß die nachfolgenden Generationen das von ihnen aufgebaute Unternehmen in ihrem Sinne weiterführen<sup>84</sup>. Als Motiv für die Gründung einer unternehmensverbundenen Stiftung kommt auch die Verminderung einer wesentlichen Kapitalbeteiligung mit dem Ziel der späteren steuerfreien Veräußerung in Betracht (§ 17 EStG).

Rechtspolitische Bedenken gegen unternehmensverbundene Stiftungen ergeben sich zum einen unter dem Gesichtspunkt der Gefahr einer Konzentration wirtschaftlicher Macht<sup>85</sup>. Unternehmensverbundene Stiftungen können mit den Erfordernissen des Gläubiger- und Verkehrsschutzes kollidieren<sup>86</sup>. Während das Kapitalgesellschaftsrecht das Privileg der beschränkten Haftung mit der Pflicht zur Aufbringung und Erhaltung eines Mindestgarantiekapitals verknüpft, gewährleistet das Stiftungsrecht eine vergleichbare Sicherung nicht<sup>87</sup>. Gering dotierte Stiftungen, die lediglich um der Haftungsbeschränkung willen errichtet werden, können als Rechtsformenmißbrauch unzulässig sein<sup>88</sup>. Besteht der Stiftungszweck ausschließlich im Betrieb des Unternehmens, liegt eine nach überwiegender Ansicht unzulässige Selbstzweckstiftung vor<sup>89</sup>. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gesellschaft alleinige Destinatärin der Stiftung ist<sup>90</sup>. Rein privatnützige Stiftungen sind geeignet, das gesamte Stiftungsrecht in Mißkredit zu bringen<sup>91</sup>. Derartige Gestaltungen stehen nicht ganz zu Unrecht im Verdacht einer Mißbildung des Stiftungsrechts<sup>92</sup>. Sie passen nicht zum Merkmal der Uneigennützigkeit, das den aus den „*piae causae*“ des kanonischen Rechts entstandenen Stiftungsgedanken auszeichnet<sup>93</sup>. Der Zweck der Stiftung besteht in Leistung, nicht im Erwerb<sup>94</sup>. Zweifelhaft ist auch, ob die stiftungsmäßige Verfestigung von Unternehmensstrukturen zweckmäßig ist. Ein Unternehmen erfordert die schnelle Anpassung an sich ändernde Gegebenheiten. Dazu sind gestalterische Freiräume nötig, die ein Unternehmer künftigen Generationen nicht übermäßig beschneiden sollte<sup>95</sup>.

#### aa) Unternehmensbeteiligungsstiftungen

Die Verbindung der Stiftung mit dem Unternehmensträger – in der Regel einer Kapitalgesellschaft – erfolgt entweder in der Weise, daß das Unternehmen unmittelbar der Erfüllung des Stiftungszwecks dient oder nur mittelbar seine Erträge der Stif-

tung zur Finanzierung der Stiftungsaufgaben verschafft<sup>96</sup>. Dem entsprechend obliegt in der ersten Fallgestaltung der Stiftung die Leitung des Unternehmens, während in der zweiten Alternative Unternehmen und Stiftung weitgehend voneinander unabhängig sind<sup>97</sup>.

Die Genehmigungspraxis bei der Gründung von unternehmensverbundenen Stiftungen ist in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich<sup>98</sup>. Stiftungen, deren einziger Zweck im Betrieb eines Unternehmens besteht, werden heute grundsätzlich in keinem Bundesland mehr genehmigt, während die Genehmigungsbehörden weniger Vorbehalte gegen unternehmensverbundene Stiftungen haben, wenn diese mit den von ihnen gehaltenen Unternehmensanteilen gemeinnützige Zwecke verfolgen<sup>99</sup>. Dabei läßt sich nicht ausschließen, daß der ideale Zweck als bloße Randleistung allein dem Ziel dient, den Betrieb des Unternehmens in der Rechtsform einer Stiftung zu ermöglichen, und ein krasses Mißverhältnis zwischen Vermögensumfang und dem Beitrag zur Förderung der idealen Zwecke entsteht<sup>100</sup>. Die gemeinnützigen Aufwendungen der Stiftungen erreichen häufig kaum den Umfang der infolge der Genehmigung entstehenden Steuervorteile<sup>101</sup>.

Die Stiftung eignet sich in ihrer derzeitigen Ausgestaltung kaum als Organisationsform für Unternehmen<sup>102</sup>. Die starre Bindung an den Stifterwillen, die Schwerfälligkeit der Entscheidungsprozesse, die Vertretungsregelung und Schwierigkeiten bei der Kapitalbeschaffung sind hierfür die Ursache<sup>103</sup>. Kommt gleichwohl die Errichtung einer Stiftung in Betracht, so muß den in der Verewigung des Stifterwillens und der Unabhängigkeit der Stiftungsorganisation von Eigentümerinteressen begründeten Gefahren durch konkrete Organisations- und Satzungsvorschläge begegnet werden<sup>104</sup>. Eigeninteressen der Stiftung sind gegenüber denjenigen des Unternehmens um so stärker zu gewichten, je weiter der Stiftungszweck über die bloße Erhaltung des Unternehmens hinausgreift<sup>105</sup>. Ist eine Stiftung an mehreren Unternehmen beteiligt, stellt sich die Frage der Lösung von Interessenkonflikten zwischen Stiftung und Unternehmen überdies unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten<sup>106</sup>.

Beteiligt sich die Stiftung an einer GmbH mit dem Ziel der Unternehmensleitung, so ist durch entsprechende Vorkehrungen in der Satzung zu gewährleisten, daß die Stiftung auf Dauer die Geschicke der GmbH leitet<sup>107</sup>. Dies kann auch bei einer geringen Kapitalbeteiligung durch Einräumung von Mehrstimmrechten erreicht werden. Zur Verhinderung von Satzungsänderungen kann der Stiftung eine Sperrminorität vorbehalten werden. Der Gesellschafterwechsel kann durch Vinkulierungsklauseln (§ 15 Abs. 5 GmbHG) und Einziehungsbefugnisse im Erbfall beschränkt werden. Das Recht zum Austritt besteht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Der Abfin-

82 Goerdeler, Zur Problematik der Unternehmensträgerstiftung, NJW 1992, 1487, 1488.

83 Flämig, Unternehmensnachfolge mittels stiftungshafter Gebilde, DB 1978 Beil. 22, 1, 2 ff.; Rupp, Stiftung und Unternehmensnachfolge in: Gail, Probleme der Rechts- und Steuerberatung in mittelständischen Unternehmen, 1988, 249, 256.

84 Henkel-Hoffmann, Die Stiftung im Umfeld wirtschaftlicher Tätigkeit, 1988, 233.

85 Reuter, Die Stiftungsabhängigkeit des Unternehmens, GmbHR 1973, 241, 248 f.; das am 1. 9. 1993 in Kraft getretene österreichische Privatstiftungsgesetz verbietet die Aufnahme einer Gewerbetätigkeit als Hauptzweck einer Stiftung, einschließlich der Übernahme der Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft und der Tätigkeit als persönliche haftende Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft (§ 1 Abs. 2 PSG, österr. BGBl. 1993, Nr. 694).

86 RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 11; K. Schmidt, Wohin steuert die Stiftungspraxis?, DB 1987, 261, 262; Goerdeler, Unternehmensträgerstiftung im System des Stiftungsrechts, in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 119, 139 f.

87 K. Schmidt, Stiftungswesen-Stiftungsrecht-Stiftungspolitik, 1987, 26.

88 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 70.

89 Rawert, Die Genehmigungsfähigkeit der unternehmensverbundenen Stiftung, 1990, 26 f., 79 f. m.w.N.

90 So aber der Vorschlag von Weimar/Geitzhaus/Delp, Die Stiftung & Co. als Rechtsform der Unternehmung, BB 1986, 1999, 2005.

91 Fasselt, Die Beteiligungstiftung, 1989, 138.

92 Goerdeler, Stiftungen in der Bundesrepublik aus heutiger Sicht, FS Heinsius, 1991, 169, 175; andeutungsweise auch Ipsen, Staat und Stiftung, in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 151, 158.

93 Liermann, Wozu ein Bundesstiftungsgesetz? ZRP 1970, 27, 28.

94 Trops, Stiftungsreform oder Unternehmensreform? ZRP 1971, 227, 229.

95 Hennerkes/May, Überlegungen zur Rechtsformwahl im Familienunternehmen, DB 1988, 483, 485.

96 Trops, Wirtschaftliche Unternehmen innerhalb einer Stiftung, AG 1970, 367.

97 Flämig, a.a.O. (Fn. 83), 5 f.; Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, 204.

98 Hennerkes, Die Stiftung & Co – eine interessante Alternative zur GmbH & Co., StJB 1984/85, 107, 118.

99 Härt, a.a.O. (Fn. 52), 122 f.

100 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 25, 28, Fn. 129; Kronke, a.a.O. (Fn. 97), 219 f.

101 Reuter, Probleme der Unternehmensnachfolge, ZGR 1991, 467, 486, Fn. 81.

102 Kübler, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1990, 144.

103 Reimann in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, Teil D, Rd.-Nr. 262; Rawert, Einbringung volkseigener Betriebe in Stiftungen, BB 1990, Beil. 30, 9, 10; Goerdeler, Zur Problematik der Unternehmensträgerstiftung, NJW 1992, 1487, 1489.

104 Kronke, a.a.O. (Fn. 97), 229; Goerdeler, Unternehmensträgerstiftung im System des Stiftungsrechts, in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 119, 138; praktische Hinweise zur Gestaltung bei Hof, Die Vermögensausstattung von Stiftungen privaten Rechts, DSIR 1992, 1549, 1589 f.

105 Kronke, a.a.O. (Fn. 97), 233.

106 Hierzu Schwintowski, Die Stiftung als Konzernspitze? NJW 1991, 2736; Kohl, Brauchen wir ein Stiftungskonzernrecht? NJW 1992, 1922.

107 Sudhoff, Handbuch der Unternehmensnachfolge, 1984, 143 f.; Fasselt, a.a.O. (Fn. 91), 173 ff.

dungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters kann eingeschränkt werden<sup>108</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann Entnahmebeschränkungen und die zwingende Bildung von Rücklagen vorsehen, um das Eigeninteresse des Unternehmens gegenüber dem Ertragsinteresse der Stiftung zu wahren. Empfehlenswert ist die Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat der GmbH durch die Stiftung, dessen Rechte in Richtung auf einen größeren Einfluß auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft gestärkt werden können. Bei gemeinnützigen Stiftungen ist bei allen vorgenannten Regelungen sorgfältig zu prüfen, inwieweit der Einfluß der Stiftung auf das Unternehmen die Gefahr einer steuerschädlichen wirtschaftlichen Betätigung mit sich bringt (hierzu unten E.4.). Eine Stiftung kann sich auch als Aktionärin an Aktiengesellschaft beteiligen. Wegen des geringeren Einflusses der Aktionäre auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens eignet sich eine solche Beteiligung weniger zur unternehmerischen Führung der Gesellschaft als zur Verfolgung gemeinnütziger Zwecke<sup>109</sup>.

#### bb) Die Stiftung & Co. KG

Für die Regelung der Unternehmensnachfolge kommt neben der gemeinnützigen Stiftung und der Familienstiftung die Stiftung & Co. KG in Betracht<sup>110</sup>. Die Stiftung als Komplementärin errichtet mit einem oder mehreren Kommanditisten eine Personengesellschaft zum Betrieb eines Handelsgewerbes<sup>111</sup>. Ihr ähnelt die Stiftung GmbH & Co. KG, bei der die Stiftung alle Geschäftsanteile einer GmbH hält, welche sich ihrerseits als einzige Komplementärin an einer Kommanditgesellschaft beteiligt und deren einzige Kommanditistin wiederum die Stiftung ist<sup>112</sup>. Als Vorteile der Stiftung & Co. KG werden neben der Haftungsbeschränkung und der Trennung von Herrschaftsmacht und Gesellschafterstellung vor allem die Sicherung der Unternehmenskontinuität, die Mitbestimmungsfreiheit und die Befreiung von der generellen Publizitätspflicht nach §§ 264 HGB angesehen<sup>113</sup>. Die Vorteile der Stiftung & Co. KG gehen dabei noch über diejenigen der GmbH & Co. KG hinaus<sup>114</sup>. Die Bedeutung dieser Rechtsform ist allerdings gering: insgesamt bestehen in Deutschland nur etwa 100 Gesellschaften als Stiftung & Co. KG<sup>115</sup>.

Bedenken gegen die Stiftung & Co. KG bestehen unter dem Gesichtspunkt, daß der Komplementär-Stiftung – anders als die ihr verwandte Komplementär-GmbH bei der GmbH & Co. KG – kein Mindestgarantiekapital vorgeschrieben ist und keine Kapitalerhaltungsvorschriften bestehen<sup>116</sup>. Auch wenn das Personengesellschaftsrecht die Stiftung & Co. KG nicht verbietet, so sieht sie sich dennoch dem Vorwurf einer „Perversion des Stiftungsrechts“ ausgesetzt<sup>117</sup>. Gegen die Zulässigkeit der Stiftung & Co. KG sprechen ungeachtet aller gesellschaftsrechtlichen Einwände die Vorschriften des Stiftungsrechts. Die Landesstiftungsgesetze schreiben vor, daß das Stiftungsvermögen in seinem Bestand ungeschmälert erhalten werden muß, was bei der unbeschränkten Haftung des Stif-

tungsvermögens für Unternehmensverbindlichkeiten nicht gewährleistet ist<sup>118</sup>.

#### d) Örtliche Stiftungen

Einen Sonderfall stellen die sogenannten örtlichen Stiftungen dar. Bei ihnen handelt es sich selbständige oder unselbständige Stiftungen, die nach dem Willen des Stifters von der Gemeinde verwaltet werden und überwiegend Zwecken dienen, welche die Gemeinde im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben erfüllt. Hierunter können auch Stiftungen des bürgerlichen Rechts fallen<sup>119</sup>. Auch wenn die ursprüngliche Zuwendung an die Gemeinde privatrechtlicher Natur war, kann diese die Verwaltung der Stiftung als öffentliche Aufgabe übernehmen, so daß die Beziehungen zwischen dem Stiftungsträger und den Genußberechtigten dem öffentlichen Recht angehören<sup>120</sup>. Die Gemeinde hat bei der Verwaltung örtlicher Stiftungen des privaten Rechts neben den stiftungsrechtlichen Vorschriften auch die sich aus der Gemeindeordnung ergebenden Grundsätze zu beachten<sup>121</sup>.

Von den örtlichen Stiftungen zu unterscheiden sind testamentarische Zuwendungen an ortsansässige Bedürftige, die im Zweifel dem örtlichen Sozialhilfeträger zufließen mit der Auflage, diese an Bedürftige zu verteilen (§ 2072 BGB)<sup>122</sup>. Ordnet der Erblasser die Ausschüttung regelmäßiger Erträge an, beabsichtigt er dagegen die Errichtung einer unselbständigen Stiftung<sup>123</sup>.

## 2. Stiftungsgeschäft unter Lebenden

#### a) Form

Die Errichtung einer Stiftung unter Lebenden bedarf der Schriftform (§ 81 Abs. 1 BGB). Die Entwürfe zum BGB hatten noch das Erfordernis öffentlicher Beurkundung vorgesehen<sup>124</sup>. Angesichts der Bedeutung des Stiftungsgeschäfts schien allein die Beurkundung Gewähr für eine „wirkliche und vollendete Willensäußerung“ durch den Stifter zu bieten<sup>125</sup>. Der Reichstag hielt dagegen die Schriftform für ausreichend, weil die staatliche Genehmigung sicherstelle, daß der Wille des Stifters im Stiftungsgeschäft unzweideutig zum Ausdruck kommt. Die Funktion der notariellen Beurkundung erschöpft sich jedoch nicht in der Gewährleistung von Rechtssicherheit. Die Veränderung vom Zweck der Beurkundung hat sich seit Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewandelt. Sie dient nicht mehr nur der Beweissicherung, sondern – wie seit 1970 § 17 Abs. 1 BeurkG klarstellt – gleichermaßen der Beratung über die rechtliche Tragweite des Geschäfts und garantiert dadurch die selbstverantwortliche Willensbildung<sup>126</sup>. Diese Beratung leistet das staatliche Genehmigungsverfahren nicht, in dessen Verlauf lediglich zu prüfen ist, ob die vorgesehene Errichtung der Stiftung öffentlichen Belangen widerspricht<sup>127</sup>. Wegen der Nähe des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden zur Schenkung sollte de lege ferenda die notarielle Beurkundung

108 Zuletzt BGH NJW 1993, 3193 = MittRhNotK 1993, 329 zur Buchwertklausel beim Ausscheiden aus einer Kommanditgesellschaft.

109 Im einzelnen Fasselt, a.a.O. (Fn. 91), 198 ff.

110 Hennerkes/Schiffer, Regelung der Unternehmensnachfolge durch Stiftungs-konstruktion? BB 1992, 1940, 1941.

111 Grundlegend Delp, Die Stiftung & Co., 1991; ferner: Weimar/Geitzhaus/Delp, Die Stiftung & Co. KG als Rechtsform der Unternehmung BB 1986, 1999 ff.; Brandmüller, Gewerbliche Stiftungen, 1988, 96 ff.

112 Sudhoff, Die „ewige“ Nachfolgegesellschaft, DB 1971, 2097.

113 Im einzelnen Hennerkes/Binz/Sorg, Die Stiftung als Rechtsform für Familienunternehmen DB 1986, 2217, 2271 ff.; speziell zur Publizitätsvermeidung: Weimar/Geitzhaus/Delp, Die Stiftung & Co. – ein dauerhafter Schutz gegen Bilanzsicht BB 1987, 1707; Hennerkes/May, Überlegungen zur Rechtswahlform im Familienunternehmen, DB 1988, 483, 488; Henkel-Hoffmann, a.a.O. (Fn. 84), 227 ff.; Koch, Die Entwicklung des Gesellschaftsrechts in den Jahren 1987/88, NJW 1989, 3130, 3134.

114 Brönnner/Rux/Wagner, Die GmbH & Co. KG in Recht und Praxis, 5. Aufl. 1990, Rd.-Nr. 765; für die nicht gewerblich tätige Komplementär-Stiftung gilt, anders als für die gewerblich geprägte Personengesellschaft, nicht die Gewerbebetriebsfiktion des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG (Herzig/Kessler, Tatbestandsmerkmale und Anwendungsbereich des Gepräge-Gesetzes, DStR 1986, 451, 456).

115 Hennerkes, Die Stiftung & Co. – eine interessante Alternative zur GmbH & Co., StBjB 1984/85, 1985, 107, 109.

116 So vor allem Zimmermann, Familienstiftungen im Lande Nordrhein-Westfalen, ZRP 1976, 300, 301 f.; a.A. Henkel-Hoffmann, a.a.O. (Fn. 84), 78 ff.

117 K. Schmidt, Wohin steuert die Stiftungspraxis? DB 1987, 261, 263; ders., Stiftungs-wesen-Stiftungsrecht-Stiftungspolitik, 1987, 30.

118 Hennerkes/May, Überlegungen zur Rechtswahlform im Familienunternehmen, DB 1988, 483, 484.

119 Seifart/von Campenhausen, a.a.O. (Fn. 16), § 30, Rd.-Nr. 3.

120 OVG Nordrhein-Westfalen DÖV 1985, 983, 984 m. Anm. Neuhoß.

121 Für Nordrhein-Westfalen: Kottenberg/Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, Teil B VI 168 ff.

122 RGZ 19, 257, 260; OLG Hamm Rpfleger 1984, 417.

123 Anders RGZ 52, 277, 283, das die örtliche Armenkasse auch als Erbin des Vermögensstamms ansah.

124 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 81 BGB, Rd.-Nr. 2.

125 Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1, 2. Aufl. 1896, 119 f.

126 Wolfsteiner, Rechtssicherheit und Verbraucherschutz, DNotZ-Sonderheft zum 24. Deutschen Notartag 1993, 21, 29.

127 RGRK/Steffen, 12. Aufl. 1982, § 80 BGB, Rd.-Nr. 8.

von Stiftungsgeschäften vorgeschrieben werden<sup>128</sup>. Die notarielle Beurkundung des Stiftungsgeschäfts ist jedenfalls zweckmäßig<sup>129</sup>.

Umstritten ist, ob bei der Einbringung von Grundstücken in eine Stiftung das Formerfordernis des § 313 S. 1 BGB einzuhalten ist<sup>130</sup>. Die Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 313 S. 1 BGB auf einseitige Rechtsgeschäfte läßt eine eindeutige Tendenz nicht erkennen<sup>131</sup>. Das gesetzgeberische Motiv der Vorschrift des § 313 S. 1 BGB besteht in der Warn-, Beweis- und Beratungsfunktion der notariellen Beurkundung<sup>132</sup>. Die Erfüllung dieser Funktionen mag bei einseitigen Rechtsgeschäften gleichermaßen wünschenswert erscheinen wie bei zweiseitigen Verträgen. Die Feststellung einer rechtspolitischen Lücke rechtfertigt jedoch keine Analogie<sup>133</sup>. Die analoge Anwendung einer Rechtsnorm setzt vielmehr die planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts voraus<sup>134</sup>. Der Gesetzgeber sah bei der letzten Änderung der Vorschrift im Jahre 1973 keinen Anlaß, einseitige Rechtsgeschäfte in die Regelung mit einzubeziehen. Gegen die wertungsmäßige Vergleichbarkeit von Grundstückskaufverträgen und Stiftungsgeschäft spricht dessen freie Widerruflichkeit bis zur Genehmigung, so daß das Stiftungsgeschäft noch nicht einmal eine bedingte Verpflichtung des Stifters zur Grundstücksübertragung herbeiführt. Ein Zwang zur Beurkundung des Stiftungsgeschäfts folgt auch nicht aus § 925a BGB, da diese Vorschrift die Vorlage des beurkundeten Grundgeschäfts nur vorschreibt, wenn eine Beurkundungspflicht nach § 313 BGB besteht<sup>135</sup>.

Unbestritten ist dagegen, daß das Stiftungsgeschäft auch dann nicht der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegt, wenn es die Verpflichtung zur Einbringung von GmbH-Anteilen in eine Stiftung begründet<sup>136</sup>.

#### b) Der Widerruf des Stiftungsgeschäfts

Der Stifter kann das Stiftungsgeschäft bis zur Erteilung der Genehmigung widerrufen (§ 81 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Widerruf bedarf weder der Form noch ist er empfangsbedürftig<sup>137</sup>. Nach Beantragung der Genehmigung muß der Widerruf der zuständigen Genehmigungsbehörde gegenüber erfolgen (§ 81 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Widerruf kann auch nicht durch Vertrag mit einem Dritten ausgeschlossen werden, sondern stellt allenfalls eine Verletzung der diesem gegenüber eingegangenen Verpflichtung zur Stiftungserrichtung dar<sup>138</sup>. Der Erbe kann das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bis zur Genehmigung widerrufen, wenn der Stifter nicht bereits zu Lebzeiten das Geneh-

mungsgesuch eingereicht oder den das Stiftungsgeschäft beurkundenden Notar mit der Einholung der Genehmigung beauftragt hatte (§ 81 Abs. 2 S. 3 BGB). Nach Genehmigung der Stiftung steht die entstandene Stiftung nicht mehr zur Disposition des Gründers<sup>139</sup>. Entsprechende Bestimmungen im Stiftungsgeschäft sind zwar denkbar, werden jedoch regelmäßig zur Verweigerung der Genehmigung führen, da sie die dauerhafte Zweckerfüllung gefährden würden.

#### c) Vermögensübertragung und Haftung

Erst mit Genehmigung entsteht ein Anspruch der Stiftung auf Übertragung des im Stiftungsgeschäft zugesicherten Vermögens (§ 82 S. 1 BGB). Die Übertragung kann erst nach Genehmigung der Stiftung erfolgen und bedarf der für die Übertragung allgemein geltenden Form, bei Grundstücken somit der notariellen Beurkundung (§§ 873, 925 BGB)<sup>140</sup>. Lediglich bei Rechten, die durch Abtretungsvertrag übertragen werden, genügt im Zweifel die Genehmigung der zuständigen Behörde zum Übergang (§ 82 S. 2 BGB). Die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen an die Stiftung bedarf deshalb nicht der notariellen Beurkundung<sup>141</sup>.

Die Vermögensübertragung auf die Stiftung wird als Rechtsgeschäft eigener Art angesehen, jedoch den Regeln über die Schenkung unterstellt<sup>142</sup>. Das Zuwendungsversprechen ist jedenfalls insoweit der Schenkung gleichzustellen, als Interessen Dritter berührt sind<sup>143</sup>. Der Stifter – und seine Gläubiger – können die Einrede des Notbedarfs (§ 519 BGB) erheben und das zugesicherte Vermögen wegen Verarmung zurückfordern (§ 528 BGB), sofern sich aus dem Willen des Stifters nichts anderes ergibt<sup>144</sup>. Die Haftung des Stifters richtet sich nach den Vorschriften über die eingeschränkte Gewährleistung des Schenkers<sup>145</sup>. Die lebzeitige Übertragung von Vermögenswerten durch den Stifter kann zur Entstehung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen führen<sup>146</sup>. Die rechtzeitige Übertragung von Vermögen auf eine Stiftung eröffnet die Aussicht, daß nach Ablauf der Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB Pflichtteilsberechtigte keine Ansprüche mehr erheben können<sup>147</sup>. Zur Vermeidung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen ist daher die Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts anzuraten<sup>148</sup>. Bei der Beurteilung des lebzeitigen Interesses wegen Schenkungen zu Lasten bindend Bedachter (§§ 2287, 2288 Abs. 2 S. 2 BGB) ist im Fall der Zuwendung für ideelle Zwecke ein großzügigerer Maßstab anzulegen<sup>149</sup>.

128 Studienkommission des DJT, Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts, 1968, 22; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, 1983, 140, Fn. 172; die öffentliche Beurkundung ist vorgeschrieben in Österreich nach § 10 Abs. 1 des am 1. 9. 1993 in Kraft getretenen Privatstiftungsgesetzes (BGBl. 1993, Nr. 694) und in der Schweiz für die Stiftungserrichtung zu Lebzeiten (Art. 81 Abs. 1 ZGB), wo kein Konzeptionsystem herrscht, sondern Stiftungen bei Erfüllung bestimmter Normativbedingungen durch Eintragung in ein öffentliches Register (Firmenbuch) entstehen.

129 Weirich, Erben und Vererben, 3. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 678.

130 Für die analoge Anwendung von § 313 BGB: RGRK-Ballhaus, 12. Aufl. 1976, Rd.-Nr. 18; Staudinger/Wufka, 12. Aufl. 1979, § 313 BGB, Rd.-Nr. 83; MünchKommKanzleiter, 3. Aufl. 1994, § 313 BGB, Rd.-Nr. 24; Soergel/Wolf, 12. Aufl. 1990, § 313 BGB, Rd.-Nr. 37; Weirich, Erben und Vererben, 3. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 678; dagegen: RGRK/Steffen, 12. Aufl. 1982, § 81 BGB, Rd.-Nr. 1; Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 81 BGB, Rd.-Nr. 2; MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, § 81 BGB, Rd.-Nr. 1; Ermann/Westermann, 9. Aufl. 1993, § 81 BGB, Rd.-Nr. 1; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 14; unklar Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 313 BGB, Rd.-Nr. 16 für die Anwendung von § 313 BGB, anders dagegen ders., § 81 BGB, Rd.-Nr. 1.

131 Einerseits hält der BGH die Satzung einer Wohnungsbau-genossenschaft, in der die Verpflichtung zur Übertragung von Grundbesitz begründet wird, für formfrei wirksam (BGHZ 15, 177, 182 = DNotZ 1955, 74; BGH MDR 1973, 751 = DNotZ 1973, 756), andererseits unterliegt die Satzung einer Publikums-KG, welche die Pflicht zum Erwerb einer Eigentumswohnung vorsieht, dem Beurkundungszwang (BGH NJW 1978, 2505); bei der Heranziehung gesellschaftsrechtlicher Fallgestaltungen ist aber immer zu berücksichtigen, daß von jeher umstritten war, ob die Satzung einer Gesellschaft als Vertrag oder als einseitigen Verbandsschöpfungsakt anzusehen ist (hierzu: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, 67 ff.).

132 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 313 BGB, Rd.-Nr. 2.

133 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, 142.

134 Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl. 1975, 358; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, 39.

135 MünchKommKanzleiter, 2. Aufl. 1986, § 925a BGB, Rd.-Nr. 2; a.A. Peter, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, 262.

136 Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 12; Hachenburg/Schilling, 8. Aufl. 1990, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 10; Scholz/Winter, 8. Aufl. 1993, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 52; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 8. Aufl. 1992, 437.

137 Erman/Westermann, 9. Aufl. 1993, § 81 BGB, Rd.-Nr. 2.

138 MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, § 81 BGB, Rd.-Nr. 3; a.A. wohl BGHZ 70, 313, 323.

139 MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 4.

140 BayObLG NJW-RR 1987, 1418.

141 Scholz/Winter, 8. Aufl. 1993, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 52.

142 RGZ 5, 138, 143; Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 80 BGB, Rd.-Nr. 11; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 80 BGB, Rd.-Nr. 9; Erman/Westermann, 9. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 2.

143 MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 7.

144 RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, § 82 BGB, Rd.-Nr. 4; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 82 BGB, Rd.-Nr. 3; a.A. MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, § 80, Rd.-Nr. 7; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 35.

145 Staudinger-Coing, 12. Aufl. 1980, § 82 BGB, Rd.-Nr. 4; RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, § 82 BGB, Rd.-Nr. 4; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 82 BGB, Rd.-Nr. 2; a.A. MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 7; § 82 BGB, Rd.-Nr. 3; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 34.

146 RGZ 54, 399, 400; unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten interessant ist die österreichische Regelung, wonach Zuwendungen des Stifters zu gemeinnützigen und mildtätigen Zwecken nicht zu einer Pflichtteilserhöhung führen (Schauer, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, ÖNotZ 1993, 251, 252).

147 Binz, a.a.O. (Fn. 56), 156.

148 Reimann, a.a.O. (Fn. 103), Rd.-Nr. 269.

149 Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1992, Rd.-Nr. 937.

#### d) Steuerliche Behandlung

Die unentgeltliche Übertragung von Vermögen auf die Stiftung ist schenkungssteuerpflichtig (§§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG). Steuerschuldner sind die Stiftung und der Stifter als Gesamtschuldner (§§ 20 Abs. 1 ErbStG i.V.m. 44 AO). Auch freigebige Zuwendungen, die mit der Auflage verbunden sind, zugunsten eines bestimmten Zwecks verwendet zu werden, unterliegen als Zweckzuwendung der Schenkungssteuerpflicht (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG). Steuerschuldner ist in diesem Fall der mit der Ausführung der Zuwendung Beschwerte (§ 20 Abs. 1 ErbStG)<sup>150</sup>. Der Erwerb ist in der Regel nach Steuerklasse IV zu versteuern. Zuwendungen an gemeinnützige Stiftungen bleiben steuerfrei (siehe hierzu unten E.). Bei Einbringung eines betrieblich genutzten Wirtschaftsguts in eine Stiftung realisiert der Steuerpflichtige die Differenz zwischen Verkehrswert (Teilwert) und Buchwert, die er als Einkommen zu versteuern hat<sup>151</sup>.

### 3. Stiftungsgeschäft von Todes wegen

#### a) Errichtung durch letztwillige Verfügung

Eine Stiftung kann auch durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden. Vom Stiftungsgeschäft von Todes wegen ist zu unterscheiden die letztwillige Verfügung zugunsten einer vom Erblasser selbst gegründeten Stiftung unter Lebenden, deren Errichtung nicht der erbrechtlichen Form bedarf<sup>152</sup>. Denkbar ist auch die Verbindung eines Stiftungsgeschäfts unter Lebenden und einer Stiftungserrichtung von Todes wegen durch Ehegatten in der Weise, daß das beiderseitige Vermögen bereits nach dem Tode des Erstversterbenden in eine neu zu errichtende Stiftung einzubringen ist. Eine solche Vereinbarung stellt für den Überlebenden ein (widerrufliches) Stiftungsgeschäft unter Lebenden und für den Zuerstversterbenden eine Stiftungserrichtung von Todes wegen dar<sup>153</sup>.

Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen unterliegt den erbrechtlichen Formvorschriften<sup>154</sup>. Die letztwillige Verfügung enthält zum einen das Stiftungsgeschäft, zum andern die Erbeinsetzung, Vermächtnisanordnung oder Zuwendungsaufgabe zugunsten der künftigen Stiftung. Die Stiftungserrichtung ist sowohl durch einseitige oder wechselbezügliche Verfügung in einem Testament als auch durch vertragsmäßige Anordnung in einem Erbvertrag möglich<sup>155</sup>. Ist bei einem Erbvertrag die Erbeinsetzung, Vermächtnisanordnung oder Auflage zu Gunsten der Stiftung vertragsmäßig, so ist auch die Stiftungsgründung bindend, obwohl sie keine der nach § 2278 Abs. 2 BGB vertragsmäßig möglichen Verfügungen darstellt<sup>156</sup>. Dasselbe gilt auch für die unwiderrufliche Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament gemäß §§ 2270 f. BGB. Zum Widerruf des Stiftungsgeschäfts von Todes wegen ist der Erbe – anders als bei einer vom Erblasser zu Lebzeiten errichteten Stiftung (§ 82 Abs. 2 S. 2 BGB) – nicht berechtigt<sup>157</sup>.

Der Erblasser kann sich bei der Ausstattung der Stiftung aller erbrechtlichen Gestaltungsmittel bedienen<sup>158</sup>. Die Vermögenszuwendung kann durch Erbeinsetzung, Vermächtnisanordnung oder Auflage erfolgen<sup>159</sup>. Eine im Ausland als juristische Person errichtete Stiftung kann – unabhängig vom Erbstatut des

Erblassers – bedacht werden, wenn sie nach dem Recht des Staates, in dem sie ihren Sitz hat, als juristische Person entstanden ist<sup>160</sup>. Da die Vermögenszuwendungen an die Stiftung Pflichtteilsansprüche auslösen können, empfiehlt sich die Absicherung der Stiftungsgründung durch den Abschluß von Pflichtteilsverzichtsverträgen<sup>161</sup>.

Die Stiftung von Todes wegen bedarf ebenso wie die Stiftung unter Lebenden der Genehmigung durch die Genehmigungsbehörde. Suchen weder die Erben noch der Testamentsvollstrecker um die Genehmigung nach, beantragt das Nachlaßgericht von sich aus die Genehmigung (§ 83 BGB). Die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen erfordert besondere Sorgfalt bei der Ausgestaltung des Stiftungsgeschäfts, da Unklarheiten und Mängel nicht mehr im Genehmigungsverfahren beseitigt werden können. Einige Landesstiftungsgesetze eröffnen der Genehmigungsbehörde die Befugnis zur Änderung und Ergänzung des Stiftungsgeschäfts in den durch den Stifterwillen gezogenen Grenzen<sup>162</sup>. Letztwillige Verfügungen müssen den Bestimmtheitsanforderungen bei Erbeinsetzungen (§ 2065 Abs. 2 BGB), bei Vermächtnisanordnungen (§§ 2151 bis 2156 BGB) bzw. Auflagen (§§ 2192, 2154 bis 2156 BGB) genügen<sup>163</sup>. Für die Auslegung der im Testament enthaltenen Stiftungsverfassung gilt – anders als für die letztwillig verfügte Stiftungserrichtung<sup>164</sup> – nicht der Grundsatz der wohlwollenden Auslegung des § 2084 BGB, sondern der mutmaßliche Stifterwille<sup>165</sup>. Eine nicht genehmigungsfähige Bestimmung kann dazu führen, daß die Stiftung nicht entsteht. Es empfiehlt sich daher, die Genehmigungsfähigkeit der von Todes wegen zu errichtenden Stiftung vorab zu klären<sup>166</sup>. Zumindest ist für den Fall des Scheiterns der Stiftungsgenehmigung eine Eventuallösung – etwa die Errichtung einer unselbständigen Stiftung – vorzusehen<sup>167</sup>.

#### b) Erbeinsetzung

Die Stiftung kann zum Erben eingesetzt werden. Eine im Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht bestehende Person ist lediglich Nacherbe (§ 2101 Abs. 2 BGB). Vorerben sind im Zweifel die gesetzlichen Erben (§ 2105 Abs. 2 BGB). Für eine Stiftung fingiert § 84 BGB, daß die erst nachträglich genehmigte Stiftung schon vor dem Tod des Erblassers entstanden sei<sup>168</sup>. Wird die Stiftung als Miterbe eingesetzt, ist die Auseinandersetzung bis zur Erteilung der Genehmigung ausgeschlossen<sup>169</sup>. Ratsam ist die Erbeinsetzung der Stiftung unter der Befristung, daß die Genehmigung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt, da ansonsten der Schwebezustand 30 Jahre andauern kann<sup>170</sup>. Bei der Erbeinsetzung der Stiftung kann die nachträgliche Bestimmung des Stiftungszwecks, des Stiftungsvermögens und der Begünstigten wegen § 2065 Abs. 2 nicht Dritten überlassen werden<sup>171</sup>. Das gilt nicht bei vom Erblasser vorgegebenen eindeutigen Entscheidungskriterien, die dem Dritten kein eigenes Auswahlermessen einräumen<sup>172</sup>. Durch die Anordnung von Beschränkungen – etwa durch Anordnung der Nacherbfolge zu Gunsten oder zu Lasten der Stiftung – riskiert der Erblasser die Versagung der Genehmigung<sup>173</sup>. Der Stiftung als Nacherbin kann durch Beschränkung der Rechte des Vorerben jedoch eine hinreichend sichere Rechtsposition verschafft werden<sup>174</sup>.

150 Hierzu kritisch Tipke/Lang, Steuerrecht, 13. Aufl. 1991, 485.

151 Pöhlath, Das Kultur- und Stiftungsförderungsgesetz, NJW 1991, 2608, 2610.

152 BayObLG FamRZ 1991, 612, 613.

153 BGHZ 70, 313, 322.

154 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 66.

155 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 762.

156 RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, § 83 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 83 BGB, Rd.-Nr. 11; Erman-Westermann, 9. Aufl. 1993, § 83 BGB, Rd.-Nr. 3; a.A. Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl. 1989, 517 f., wonach der stiftungsrechtliche Gründungsakt im Gegensatz zum erbrechtlichen Widmungsakt widerruflich ist.

157 MünchKommB/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 83 BGB, Rd.-Nr. 6; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 87.

158 MünchKommB/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 83 BGB, Rd.-Nr. 3.

159 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 83 BGB, Rd.-Nr. 1.

160 BayObLGZ 1965, 77, 80 f. zu Art. 10 EGBGB a.F.; OLG Hamburg Stftrspr. III, 75, 76; Palandt/Heldrich, 53. Aufl. 1994, Anh. zu Art. 12 EGBGB, Rd.-Nr. 18.

161 Reimann, a.a.O. (Fn. 103), Rd.-Nr. 269.

162 Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, vgl. Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 232.

163 Kuchinke, a.a.O. (Fn. 45), 397 f.

164 BayObLGZ 1965, 77, 83.

165 BVerwG Stftrspr II, 152, 154; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 85 BGB, Rd.-Nr. 6.

166 Bengel/Reimann in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, Kap. C. Rd.-Nr. 149.

167 Reimann, a.a.O. (Fn. 103), Rd.-Nr. 268.

168 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 762.

169 RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, § 83 BGB, Rd.-Nr. 1.

170 Prausnitz in: Formularkommentar, 21. Aufl. 1977, Form. 6.322, Anm. 2.

171 Kuchinke, a.a.O. (Fn. 45), 398 ff.

172 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 346.

173 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 74, 76; MünchKommB/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 83 BGB, Rd.-Nr. 3.

174 Schelter, DNotZ 1989, 61, 62.

### c) Vermächtnis

Die Zuwendung kann auch im Wege eines Vermächtnisses erfolgen<sup>175</sup>. Vermächtnisnehmer ist die künftige Stiftung (§ 2178 BGB). Verfügungen der Erben über das der Stiftung zugesicherte Vermögen sind absolut unwirksam (§§ 2179, 161 Abs. 1 BGB). Die Vermögensausstattung der Stiftung kann als Wahlvermächtnis (§ 2154 BGB) oder Gattungsvermächtnis (§ 2155 BGB) dem Belieben des Beschwerten oder eines Dritten überlassen werden. Bestimmt der Erblasser den Zweck der Zuwendung (§ 2156 BGB), so kann er den Beschwerten oder einen Dritten zur Bestimmung der Leistung ermächtigen, wenn wenigstens der Vermächtniszweck so bestimmt ist, daß sich aus ihm ausreichende Anhaltspunkte für die Ausübung des billigen Ermessens nach §§ 315 ff. BGB ergeben<sup>176</sup>. Die Stiftung als Bedachte kann jedoch nicht zugleich bestimmungsberechtigt sein<sup>177</sup>. Der Erblasser kann die künftige Stiftung bevollmächtigen, nach seinem Tod den Vermächtnisgegenstand auf sich selbst zu übertragen<sup>178</sup>.

### d) Auflage

Erfolgt die Vermögensausstattung der vom Erblasser gegründeten Stiftung durch Anordnung einer Auflage, so steht dieser kein eigenes Forderungsrecht zu (§ 1940 BGB). Mit der Erfüllung der Auflage beschwert ist der Erbe oder der Vermächtnisnehmer (§§ 2192, 2147 BGB). Die Vollziehung der Auflage kann vom Erben, einem Miterben oder demjenigen verlangt werden, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zustatten kommt (§ 2194 S. 1 BGB). Neben dem Erben selbst kann auch ein Testamentsvollstrecker die Vollziehung der Auflage verlangen (§ 2208 Abs. 2 BGB)<sup>179</sup>. Der Erblasser kann ferner einem Dritten einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung der Auflage einräumen<sup>180</sup>. Dem Begünstigten selbst kann kein Recht auf Vollziehung zugewandt werden, da ihm sonst entgegen § 1940 BGB doch ein Vollziehungsanspruch zustünde<sup>181</sup>. Eine Verpflichtung, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, besteht dagegen nicht<sup>182</sup>. Zur Sicherstellung der Auftragsvollziehung kann die Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung unter der auflösenden Bedingung erfolgen, daß die Vollziehung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt<sup>183</sup>. Die Stiftung kann nur genehmigt werden, wenn gewährleistet ist, daß der Vollziehungsanspruch durchgesetzt wird. Die Vollziehung der Auflage zugunsten der Stiftung liegt häufig im öffentlichen Interesse, so daß die zuständige Behörde gemäß § 2194 S. 2 BGB aus eigenem Recht die Vermögensausstattung der Stiftung verlangen kann<sup>184</sup>.

Die Festlegung des Leistungsinhalts kann wie bei dem Zweckvermächtnis in das billige Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten gestellt werden, wenn der Zweck bestimmt ist (§§ 2192 i.V.m. 2156 BGB). Noch weitergehend als bei der Vermächtnisanordnung braucht der Erblasser bei der Auflage noch nicht einmal einen Begünstigten zu bestimmen, sondern kann sich auf die Angabe des Zwecks beschränken und die Bestimmung des Begünstigten dem Beschwerten oder einem Dritten übertragen (§ 2193 BGB)<sup>185</sup>. Die Entscheidung des Bestimmungsberechtigten erfolgt nach dessen freiem Ermessen, soweit sich aus der letztwilligen Verfügung keine anderen Anhaltspunkte ergeben. Die Entscheidung muß sich jedoch im Rahmen der vom Erblasser vorgegebenen Zwecke halten<sup>186</sup>. Der

Erblasser kann dem Beschwerten weitgehende Gestaltungsfreiheit einräumen, indem er die Bestimmung des Begünstigten in das freie Belieben und die Bestimmung der Leistung in das billige Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten stellt, wenn nur der angegebene Zweck hinreichende Maßstäbe für die Bestimmung an die Hand gibt<sup>187</sup>.

### e) Auflage zur Gründung einer Stiftung unter Lebenden

Vom Stiftungsgeschäft von Todes wegen und der Vermögensausstattung durch letztwillige Verfügung ist zu unterscheiden die Auflage an den Erben oder einen Vermächtnisnehmer, mit Mitteln des Nachlasses eine Stiftung unter Lebenden zu errichten<sup>188</sup>. Diese Gestaltung empfiehlt sich dann, wenn der Erblasser den Träger der Stiftung und die Stiftungsverfassung nicht selbst festlegen will und dem Beschwerten oder einem Dritten Spielraum bei der Gestaltung der Stiftungssatzung eingeräumt werden soll<sup>189</sup>. Gegenstand einer Auflage kann jedes Tun oder Unterlassen sein, ohne daß sie einen vermögensrechtlichen Inhalt haben muß<sup>190</sup>. Bei der Zweckauflage kann die Bestimmung des Begünstigten in das Belieben des Beschwerten oder eines Dritten gestellt werden (§ 2193 BGB).

Die Ausstattung der in Erfüllung der Auflage errichteten Stiftung kann wahlweise im Wege eines Vermächtnisses oder einer Auflage erfolgen. Gegenstand eines Vermächtnisses kann jede vermögenswerte Leistung sein<sup>192</sup>. Das Vermächtnis auf Vermögensausstattung kann der künftigen Stiftung unter der Bedingung ihrer Entstehung zugewandt werden. Zwar darf die Auswahl des Bedachten beim Vermächtnis im Gegensatz zur Auflage nicht in das freie Belieben des Bestimmungsberechtigten gestellt werden (§ 2151 BGB)<sup>192</sup>. Die Zuwendung an die künftige Stiftung steht nicht im Belieben des Beschwerten oder eines Dritten, sondern erfolgt unter der Bedingung, daß die Stiftung errichtet wird (§ 2178 BGB). Beim Zweckvermächtnis kann der Erblasser ferner die Bestimmung des Leistungsinhalts dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen (§ 2156 BGB). Bei der Vermögensausstattung der künftigen Stiftung durch Zweckauflage kann selbst die Bestimmung des Begünstigten völlig in das Ermessen des Beschwerten gestellt werden (§ 2193 BGB).

### f) Testamentsvollstreckung

Zur Sicherung der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen empfiehlt sich die Anordnung von Testamentsvollstreckung<sup>193</sup>. Die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers kann einem Dritten überlassen werden (§ 2198 BGB). Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker – etwa für die Bestellung des Stiftungsvorstandes oder von Aufsichtsorganen – vom Verbot des Abschlusses von In-Sich-Geschäften (§ 181 BGB) befreien<sup>194</sup>. Die Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde kann als Beteteiligte i.S.d. § 2227 Abs. 1 BGB die Entlassung des Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund verlangen, wenn dieser sich einer groben Pflichtverletzung schuldig macht oder sich sonst als zur Testamentsvollstreckung ungeeignet erweist<sup>195</sup>.

Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers können auf das Herbeiführen der Genehmigung der Stiftung und die Vermögensübertragung beschränkt werden<sup>196</sup>. Dem Testamentsvoll-

175 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 78.

176 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 357.

177 BGH FamRZ 1991, 933 = DNotZ 1992, 509 m. Anm. Kanzleiter; Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2156 BGB, Rd.-Nr. 1.

178 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 508.

179 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2194 BGB, Rd.-Nr. 1.

180 Staudinger/Otte, 12. Aufl. 1989, § 2194 BGB, Rd.-Nr. 5.

181 RG LZ 1917, 1075, 1076; Soergel/Dieckmann, 12. Aufl. 1992, § 2194 BGB, Rd.-Nr. 7; RGRK-Johannsen, 12. Aufl. 1975, § 2194 BGB, Rd.-Nr. 4 mit Hinweis auf eine unveröffentlichte BGH-Entscheidung; a.A. MünchKomm/Skibbe, 2. Aufl. 1989, § 2194 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Otte, 12. Aufl. 1989, § 2194 BGB, Rd.-Nr. 8.

182 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2194 BGB, Rd.-Nr. 2.

183 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 514.

184 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 83 BGB, Rd.-Nr. 4; die nach § 2194 S. 2 BGB zuständige Behörde ist nicht identisch mit der Stiftungsgenehmigungs-

behörde, vgl. die Nachweise zu den einzelnen Landesrechten bei Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 80 Fn. 72.

185 Kuchinke, a.a.O. (Fn. 45), 405.

186 BGH NJW 1993, 2168, 2169 = MittRdNotK 1993, 229.

187 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 359.

188 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 83 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2192 BGB, Rd.-Nr. 2.

189 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 81.

190 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 1940 BGB, Rd.-Nr. 2.

191 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 503.

192 RGZ 96, 15, 18.

193 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 93; Mayer in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 1994, Rd.-Nr. V, 248.

194 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 688.

195 AG Solingen Stftrspr. IV, 121, 122 f.; LG Wuppertal Stftrspr. IV, 133, 134.

196 Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 12. Aufl. 1993, Rd.-Nr. 144.

strecke kann auch als Dauervollstrecke die Aufgabe zugewiesen werden, die Stiftungssatzung entsprechend den Anforderungen der Genehmigungsbehörde abzufassen und zu verändern sowie den Vorstand der Stiftung zu überwachen<sup>197</sup>. Erfolgt die Vermögensausstattung der Stiftung durch Vermächtnis oder Auflage, ist denkbar, dem Testamentsvollstrecke die Ausführung der dem Erben bzw. dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschränkungen zu übertragen (§§ 2203 bzw. 2223 BGB). Der Erblasser kann dem Testamentsvollstrecke Weisungen zur Ausführung einzelner Maßnahmen erteilen (§ 2216 Abs. 2 S. 1 BGB)<sup>198</sup>. Sofern die Befugnis des Testamentsvollstreckers auch die fortdauernde Mitwirkung bei der Tätigkeit der Stiftung umfaßt, endet sie als Dauervollstreckung spätestens 30 Jahre nach dem Erbfall (§ 2210 BGB)<sup>199</sup>. Ist der Testamentsvollstrecke selbst Vorstand der Stiftung, gilt die Frist des § 2210 BGB nicht<sup>200</sup>. Dem Testamentsvollstrecke ist der Abschluß von Inschlaggeschäften grundsätzlich analog § 181 BGB untersagt<sup>201</sup>. Ist der Testamentsvollstrecke zugleich als Stiftungsvorstand gesetzlicher Vertreter der Stiftung, sollte er insoweit vom Verbot des § 181 BGB ausdrücklich befreit werden.

Weiß ein Erblasser zu Lebzeiten noch nicht, auf welche Weise die von ihm begünstigten Zwecke nach seinem Tod am nachhaltigsten zu verwirklichen sind, kann er die Entscheidung über die Stiftungsgründung einem Testamentsvollstrecke vorbehalten. Der Umfang der dem Testamentsvollstrecke zulässigerweise eingeräumten Befugnisse ist im einzelnen zweifelhaft. Mit Rücksicht auf § 2065 Abs. 2 BGB kann ihm jedenfalls nicht das Recht zur authentischen Interpretation des Erblasserwillens zustehen<sup>202</sup>. Ihm kann jedoch die Befugnis übertragen werden, als Schiedsgutachter über den Eintritt einer vom Erblasser gesetzten Bedingung zu entscheiden<sup>203</sup>. Der Testamentsvollstrecke kann nach wohl herrschender Ansicht auch ermächtigt werden, als Schiedsrichter Streitigkeiten über die Auslegung des Testaments zu entscheiden<sup>204</sup>.

Als Alternative zur Testamentsvollstreckung bietet sich die Erteilung einer trans- oder postmortalen Vollmacht an<sup>205</sup>. Auch der Testamentsvollstrecke selbst kann auf diese Weise bevollmächtigt werden, ohne zeitliche Verzögerung über den Nachlaß zu verfügen<sup>206</sup>. Gegen den Widerruf der Vollmacht durch die Erben kann Vorkehrung durch Strafklauseln getroffen werden<sup>207</sup>. Vom Verbot des § 181 BGB kann der Bevollmächtigte jedoch nicht befreit werden, wenn der Erblasser den Widerruf der Vollmacht erschwert hat<sup>208</sup>.

#### g) Steuerliche Behandlung

Zuwendungen von Todes wegen an eine Stiftung unterliegen der Erbschaftsteuer (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG), und zwar unabhängig davon, ob der Erwerb aufgrund Erbanfall, Vermächtnis (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) oder Auflage (§ 3 Abs. 1

Nr. 3 ErbStG) erfolgt. Steuerschuldner ist der Erwerber (§ 20 Abs. 1 ErbStG). Eine Zweckauflage, die nicht einer bestimmten Person, sondern der Verwirklichung eines objektiv bestimmten Zwecks dient, unterliegt ebenfalls der Besteuerung (§§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 8 ErbStG). Steuerschuldner ist in diesem Fall der mit der Ausführung der Zuwendung Beschwerte (§ 20 Abs. 1 ErbStG)<sup>209</sup>. Der Besteuerung wird in der Regel Steuerklasse IV zugrundegelegt. Erhält die Stiftung Betriebsvermögen im Wege der Erbinsetzung, wird sie von dem mit Wirkung zum 1. 1. 1994 eingeführten Freibetrag von 500.000,- DM begünstigt, nicht dagegen, wenn ihr Vermögen durch Vermächtnis oder Auflage zugewandt wird (§ 13 Abs. 2 a S. 1 Nr. 1 ErbStG)<sup>210</sup>. Der Freibetrag wird nicht gewährt für GmbH-Beteiligungen, die steuerrechtlich Privatvermögen darstellen<sup>211</sup>. Die Erbschaftsteuer entfällt für Verfügungen zugunsten gemeinnütziger Stiftungen (siehe hierzu unten E.).

#### 4. Rechtslage vor Stiftungsgenehmigung

Die Stiftung erlangt Rechtsfähigkeit erst mit Erteilung der Genehmigung (§ 80 S. 1 BGB)<sup>212</sup>. Die Genehmigung wird nach § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG<sup>213</sup> wirksam mit Bekanntgabe an die Stiftung und an den Antragssteller<sup>214</sup>. Die Genehmigung der Stiftung wirkt nicht analog § 184 BGB zurück<sup>215</sup>. Es wird teilweise die Auffassung vertreten, vor Genehmigung existiere eine rechtsfähige Vor-Stiftung, die nach den zur Vorgesellschaft und zum Vorverein entwickelten Grundsätzen zu behandeln sei<sup>216</sup>. Anders als bei den Personenverbänden gibt es bei der Stiftung vor Genehmigung kein Rechtssubjekt, denen die Handlungen der künftigen Stiftung zugerechnet werden können<sup>217</sup>. Aus steuerlichen Gründen kann der Stifter im Einzelfall daran interessiert sein, der Stiftung schon vor Genehmigung Vermögen zu übertragen. Die wirtschaftliche Entstehung der Stiftung beginnt in einem solchen Fall bereits mit dem Vollzug des Stiftungsgeschäfts, wenn der Stifter gegenüber der Genehmigungsbehörde auf sein Widerrufsrecht verzichtet hat<sup>218</sup>.

Für die künftige Stiftung kann eine Pflugschaft zur Sicherung des ihr ausgesetzten Vermögens bestellt werden<sup>219</sup>. Für die von Todes wegen errichtete Stiftung kann vor Genehmigung Nachlaßpflugschaft (§ 1960 BGB) angeordnet werden, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht<sup>220</sup>. Im Streit über die Genehmigung ist die Stiftung als parteifähig zu behandeln<sup>221</sup>.

#### III. Staatliche Genehmigung und Stiftungsaufsicht

Zur Entstehung einer Stiftung ist die staatliche Genehmigung des Bundeslandes erforderlich, in dem sich der Sitz der künftigen Stiftung befinden soll (§ 80 S. 1 BGB). Die staatliche Genehmigung heilt als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt nicht etwaige rechtliche Mängel des Stiftungsgeschäfts<sup>222</sup>. Mit der Genehmigung jedoch erlangt die Stiftung Rechtsfähigkeit auch dann, wenn das Stiftungsgeschäft unwirksam ist<sup>223</sup>. Die

197 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2209 BGB, Rd.-Nr. 7.

198 BayObLG DNotZ 1986, 549, 551.

199 BGHZ 41, 23, 26 f.

200 Mayer, a.a.O. (Fn. 193), Rd.-Nr. V, 250.

201 BGHZ 30, 67.

202 Soergel/Loritz, 12. Aufl. 1992, § 2065 BGB, Rd.-Nr. 10.

203 MünchKomm/Leipold, 2. Aufl. 1989, § 2065 BGB, Rd.-Nr. 6.

204 MünchKomm/Leipold, 2. Aufl. 1989, § 2065 BGB, Rd.-Nr. 4; Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 348; Walter, Schiedsverträge und Schiedsklauseln in der notariellen Praxis, insbesondere bei letztwilligen Verfügungen MittRhNotK 1984, 69, 78; zweifelnd jedoch BGHZ 41, 23, 25.

205 Haegeler/Winkler, a.a.O. (Fn. 196), Rd.-Nr. 244 ff.

206 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 689; Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, vor § 2197 BGB, Rd.-Nr. 18.

207 Hierzu im einzelnen Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 697.

208 Basti DNotZ 1994, 208.

209 Kritisch hierzu Tipke/Lang, Steuerrecht, 13. Aufl. 1991, 485.

210 § 13 Abs. 2a ErbStG wurde eingefügt durch das Standortversicherungsgesetz vom 13. 9. 1993 (BGBl. 1993 I, 1569, 1590); kritisch hierzu Weinmann, Steuerbefreiung für den Erwerb von Betriebsvermögen, DStR 1993, 1237.

211 Kritisch hierzu Seer, Neues aus der Steuergesetzgebung für die notarielle Praxis, MittRhNotK 1993, 237, 239.

212 BVerwGE 29, 314, 316; BGHZ 70, 313, 321; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 189; mißverständlich Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1993, § 80, Rd.-Nr. 16, wonach die Genehmigungsbehörde lediglich die Gültigkeit des Stiftungsgeschäfts feststellt.

213 Sofern nicht – wie nach § 8 Abs. 2 rheinl.-pfälz. Stiftungsgesetz – eine Spezialregelung besteht.

214 VGH Mannheim NJW 1985, 1573, 1574; Weimar, Die rechtsfähige Stiftung des Privatrechts, MDR 1981, 548, 549; Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 80 BGB, Rd.-Nr. 31; RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, § 80 BGB, Rd.-Nr. 5; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 13; a.A. Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 244; Bekanntgabe an Stiftung oder Antragsteller; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 80 BGB, Rd.-Nr. 16; Erman/Westermann, 9. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 4; keine Bekanntgabe erforderlich.

215 OVG Münster NJW 1959, 1700.

216 Schwinge, Die Stiftung im Errichtungsstadium, BB 1978, 527, 528; Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 80 BGB, Rd.-Nr. 2; Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, 47.

217 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, 154; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 11; Rittner, Die werdende juristische Person, 1973, 41; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 197; anders aber Münchener Vertragshandbuch-Hof, Bd. I, 3. Aufl. 1992, Form. VII. 1, Anm. 8.

218 Hof, Die Vermögensausstattung von Stiftungen privaten Rechts, DStR 1992, 1549, 1588.

219 KG OLGE 24, 246.

220 MünchKomm/Leipold, 2. Aufl. 1989, § 1960 BGB, Rd.-Nr. 18; Staudinger/Otte/Marotzke, 12. Aufl. 1989, § 1960 BGB, Rd.-Nr. 7.

221 RGZ 170, 22, 25; allgemein zur Parteifähigkeit im Streit über die Parteifähigkeit Thomas/Putzo, 18. Aufl. 1993, § 50 ZPO, Anm. 3 a.

222 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 80 BGB, Rd.-Nr. 17; RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, § 80 BGB, Rd.-Nr. 5; BGHZ 70, 313, 321; BVerwG NJW 1969, 339.

223 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 191; K. Schmidt, Stiftungswesen-Stiftungsrecht-Stiftungspolitik, 1987, 14 ff.; a.A. Staudinger/Coing, § 80 BGB, Rd.-Nr. 18.



fehlerhaft errichtete Stiftung ist verpflichtet, die erhaltene Vermögenszuwendung an den Stifter herauszugeben, mit der Folge, daß die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich wird und die erteilte Genehmigung unter Beachtung der aus § 48 VwVfG folgenden Beschränkungen zurückzunehmen ist<sup>224</sup>. Rücknahme und Widerruf der Stiftungsgenehmigung sind nur mit Wirkung für die Zukunft möglich, da bei privatrechts-gestaltenden Verwaltungsakten wegen der Gestaltungswirkung die Rechtssicherheit Vorrang zukommt vor der Rechtmäßigkeit<sup>225</sup>.

### 1. Landesrechtliche Genehmigungsvoraussetzungen, insbesondere nach dem Landesstiftungsgesetz von Nordrhein-Westfalen

Die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung ergeben sich im einzelnen aus den Landesstiftungsgesetzen<sup>226</sup>. Während die Stiftungsgenehmigung zunächst als gerichtsfreier Hoheitsakt angesehen wurde, hat sich zwischenzeitlich die Auffassung durchgesetzt, daß es sich bei ihr um einen anfechtbaren Verwaltungsakt handelt<sup>227</sup>. Nach einer Auffassung steht die Erteilung der Genehmigung im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde<sup>228</sup>. Danach besteht kein Rechtsanspruch auf Genehmigung, sondern lediglich ein Anspruch auf sachgemäße Prüfung und Entscheidung unter Ausschluß willkürlicher Erwägungen. Der Landesgesetzgeber kann bei Vorliegen der gesetzlichen Anforderungen einen Anspruch auf Genehmigung einräumen<sup>229</sup>. Einen ausdrücklichen Rechtsanspruch des Stifters auf Genehmigung sehen die Landesstiftungsgesetze nicht vor. Nach anderer Ansicht besteht im Hinblick auf den grundgesetzlich garantierten Schutz des Stiftungsaktes ein Rechtsanspruch auf Anerkennung, sofern die gesetzlich normierten Negativschränken nicht erfüllt sind<sup>230</sup>. Bindet das Landesrecht die Versagung der Genehmigung an konkrete Maßstäbe, läßt sich hieraus im Umkehrschluß ein Anspruch auf Genehmigung in dem Fall ableiten, daß keiner der normierten Versagungsgründe gegeben ist<sup>231</sup>. Die neuere Rechtsprechung entnimmt den Landesstiftungsgesetzen einen Anspruch auf Genehmigung, wenn kein gesetzlich normierter Versagungsstatbestand vorliegt<sup>232</sup>. Nach dieser auch in der Verwaltung vordringenden Ansicht stellt die Genehmigung einen gebundenen Verwaltungsakt dar<sup>233</sup>. In der Praxis werden Genehmigungen selten

verweigert, da das Genehmigungsverfahren eine frühzeitige und eingehende Beratung des Stifters sicherstellt<sup>234</sup>. Die Genehmigungsbehörden in Nordrhein-Westfalen bestehen darauf, daß der Stifter vor Abschluß des Stiftungsgeschäfts einen Entwurf der Stiftungsurkunde einreicht und sich dessen Genehmigungsfähigkeit bestätigen läßt<sup>235</sup>. Die Zusicherung der Genehmigungsfähigkeit einer Stiftung bindet die Behörde nach den landesverwaltungsrechtlichen Vorschriften und muß daher gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG schriftlich erfolgen<sup>236</sup>.

Die für die Genehmigung zuständige Behörde bestimmt sich nach Landesrecht<sup>237</sup>. Einige Genehmigungsbehörden halten Mustersatzungen für genehmigungsfähige Stiftungen bereit, auf die der Stifter ausdrücklich hingewiesen wird<sup>238</sup>.

#### a) Gemeinwohlverträglichkeit

Die Vorschriften des BGB enthalten keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Gründe, welche die Verweigerung der Genehmigung rechtfertigen. Aus der Vorschrift des § 87 BGB, der zur Aufhebung einer Stiftung wegen Gemeinwohlgefährdung oder Unmöglichkeit der Zweckerfüllung ermächtigt, ergeben sich bundesrechtliche Versagungsgründe<sup>239</sup>. Die Errichtung einer Stiftung soll versagt werden, wenn die ihr aufgegebenen Zwecke den guten Sitten oder dem Gemeinwohl zuwiderliefe. Die Überprüfung der Stiftungsgründung erschien dem Gesetzgeber wegen der mit einer dauerhaften Vermögensbindung verbundenen Gefahren erforderlich<sup>240</sup>. Eine Gefährdung des Gemeinwohls liegt vor, wenn die Verfolgung des Stiftungszwecks die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder die guten Sitten verletzt<sup>241</sup>. Eine Stiftung ist nicht schon mit dem Gemeinwohl unverträglich, wenn ihre Zwecke unvernünftig sind, die Verselbständigung eines Stiftungsvermögens zur Zweckerfüllung nicht erforderlich ist oder das Stiftungsgeschäft keine dem Satzungszweck entsprechende Organisation vorsieht<sup>242</sup>. Nicht notwendig ist, daß die Stiftung das Gemeinwohl positiv fördert, sondern es genügt, daß die Stiftung das Gemeinwohl nicht gefährdet<sup>243</sup>. Für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist deshalb kein Raum<sup>244</sup>. Die nordrhein-westfälischen Genehmigungsbehörden prüfen die Gemeinwohlgefährdung anhand der Bestimmungen des Vereinsgesetzes<sup>245</sup>.

- 224 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 2, 4.  
 225 BVerwG NJW 1969, 339 f.; BGH NVwZ 1991, 100; allgemein hierzu Kopp, VwVfG, 5. Aufl. 1991, § 48, Rd.-Nr. 13.  
 226 Baden-Württemberg: StiftG vom 4. 10. 1977 (GBl. 408) mit Erlaß des Innenministeriums vom 6. 12. 1977 (GABl. 1978, 54); Bayern: StiftG vom 26. 11. 1954 (GVBl. 301) mit Ausführungsverordnung vom 22. 8. 1958 (GVBl. 238); Berlin: StiftG vom 11. 3. 1960 (GVBl. 228) i.d.F. vom 10. 11. 1976 (GVBl. 2599); Bremen: StiftG vom 7. 3. 1989 (GVBl. 163); Hamburg: §§ 6 bis 21 des Hmb. AGBGB i.d.F. vom 1. 7. 1958 (GVBl. 196); Hessen: StiftG vom 4. 4. 1966 (GVBl. 177); Mecklenburg-Vorpommern: StiftG vom 24. 2. 1993 (GVBl. 1993, 104); Niedersachsen: StiftG vom 24. 7. 1968 (GVBl. 119) mit Ausführungsrichtlinien gem. Runderlaß des Innenministeriums vom 16. 7. 1986 (MBI. 800); Nordrhein-Westfalen: StiftG vom 21. 6. 1977 (GVBl. 273) mit Anwendungshinweisen gem. Runderlaß des Innenministers vom 20. 5. 1978 (abgedruckt bei: Kottenberg/Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 144 ff.); Rheinland-Pfalz: StiftG vom 22. 4. 1966 (GVBl. 95); Saarland: StiftG vom 24. 7. 1984 (Amtsblatt 889); Schleswig-Holstein: StiftG vom 13. 7. 1972 (GVBl. 123); Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen: StiftungsG der DDR vom 13. 9. 1990 (GBl. DDR I 1483), das gem. Art. 9 Abs. 3 des Einigungsvertrages i.V.m. Art. 3 Nr. 5 der Durchführungsvereinbarung vom 23. 9. 1990 (BGBl. II 855) vorläufig in den neuen Bundesländern fortgilt (hierzu Rawert, Das Stiftungsrecht der neuen Bundesländer, DB 1991, Beil. 6, 13; Neuhoff, Das Stiftungsrecht in den neuen Bundesländern, DiZ 1991, 435); in Brandenburg und Sachsen-Anhalt werden nach Auskunft der Landesinnenministerien neue Stiftungsgesetze vorbereitet, während in Sachsen und Thüringen bis auf weiteres das StiftungsG der DDR in Kraft bleiben soll.  
 227 BVerwG NJW 1969, 339; VGH Baden-Württemberg Stftrspr. I, 11; zur historischen Entwicklung Schiller, Stiftungen im gesellschaftlichen Prozeß, 1969, 50.  
 228 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 80 BGB, Rd.-Nr. 21 ff.; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 80 BGB, Rd.-Nr. 15; Erman/Westermann, 9. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 4; Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 80 BGB, Rd.-Nr. 2; BayVGH Stftrspr. III, 178, 186 m. Anm. Leisner; OVG Lüneburg OVGE 22, 484, 485.  
 229 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 80 BGB, Rd.-Nr. 15.  
 230 Mit im einzelnen abweichender Begründung: Frowein, Grundrecht auf Stiftung, 1976, 12 ff.; Ipsen, Staat und Stiftung in: Deutsches Stiftungswesen 1977-1988, 1989, 151, 159; Schulte, Staat und Stiftung, 1989, 42; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 8 ff.; Seifart/Hof, a.a.O.

- (Fn. 16), § 4, Rd.-Nr. 10; Rawert, Die Genehmigungsfähigkeit der unternehmensverbundenen Stiftung, 1990, 74 f.  
 231 So wohl Reuter, Rechtsprobleme unternehmensbezogener Stiftungen, DZWIR 1991, 192, 193; dies müßte dann nicht nur für die von Reuter angeführten Stiftungsgesetze von Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen gelten, sondern auch für Bremen, Nordrhein-Westfalen und neuerdings Mecklenburg-Vorpommern.  
 232 Für § 4 StftrG NW: VG Minden Stftrspr. IV, 83, 85 f. m. Anm. Kronke; neuerdings VG Düsseldorf, Urteil vom 25. 3. 1994 (1 K 4629/93), 26 f.  
 233 Härtl, Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, 1990, 119.  
 234 Bericht der interministeriellen Arbeitsgruppe Stiftungsrecht in: Deutsches Stiftungswesen 1966-1976, 1977, 361, 385; Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 123.  
 235 Runderlaß des Innenministers von Nordrhein-Westfalen vom 20. 5. 1978 (abgedruckt bei Kottenberg/Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 148 f.).  
 236 Leisner Anm. zu VGH Baden-Württemberg Stftrspr. III, 13, 21.  
 237 Vgl. Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 35 ff.; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 8. In Nordrhein-Westfalen ist der Antrag an das Innenministerium über den Regierungspräsidenten einzureichen (§ 3 StftrG NW i.V.m. § 1 der Verordnung zur Übertragung von Befugnissen nach dem Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 19. 11. 1991, GVBl. 1991, 449); es sind allerdings Überlegungen im Gange, das zweistufige Genehmigungsverfahren künftig beim Regierungspräsidenten zu konzentrieren (Antwort der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vom 27. 6. 1993 auf eine kleine Anfrage, LT-Drucks. 11/5758).  
 238 Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 112 Fn. 4.; Muster enthält auch der Runderlaß des Innenministers von Nordrhein-Westfalen vom 20. 5. 1978 (abgedruckt bei: Kottenberg/Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 144, 149, 158 ff.).  
 239 Rawert, Das Stiftungsrecht der neuen Bundesländer, BB 1991, Beil. 6, 13, 16.  
 240 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 3.  
 241 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 87 BGB, Rd.-Nr. 1; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 87 BGB, Rd.-Nr. 9; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 238; eingehend VG Düsseldorf, Urteil vom 25. 3. 1994 (1 K 4629/93), 14 ff. m.w.N.  
 242 So aber Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/2, 1983, 137.  
 243 Andrick, Stiftungsrecht und Stiftungsauflösung, 1988, 127.  
 244 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 186.  
 245 Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 121.



#### b) Nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks

Die Landesstiftungsgesetze verlangen wegen des auf Dauer angelegten Charakters von Stiftungen übereinstimmend, daß die nachhaltige Erfüllung der Stiftungszwecke gesichert ist<sup>246</sup>. Der Stiftungszweck muß auf Dauer angelegt sein, was jedoch die Zulässigkeit von auf gewisse Zeit errichteten Stiftungen nicht generell ausschließt, sofern ein Mindestmaß an Beständigkeit des Stiftungszwecks zu erwarten ist<sup>247</sup>. Die Genehmigungsbehörden wirken darauf hin, daß gering dotierte und aus diesem Grund wenig effektive Stiftungen verhindert werden<sup>248</sup>. Ein bestimmtes Mindestvermögen ist gesetzlich nicht vorgeschrieben<sup>249</sup>. Die von den Genehmigungsbehörden verlangten Mindestanforderungen stellen im Einzelfall darauf ab, ob der mit Stiftung verfolgte Zweck aus den zugesicherten Mitteln erfüllt werden kann. Aus der Praxis der Genehmigungsbehörden sind bestimmte Mindestvermögen bekannt, die im etwa Bereich zwischen 5.000 und 100.000 DM liegen<sup>250</sup>. Fraglich ist allerdings, ob das bei der GmbH geforderte Mindeststammkapital als gesetzliches Leitbild für das Mindestvermögen der Stiftung taugt<sup>251</sup>. Das Mindestgarantiekapital der GmbH dient dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Es ist nicht identisch mit dem Eigenkapital<sup>252</sup>. Das Vermögen der Stiftung muß dagegen ausreichen, um den Zweck der Stiftung aus den Erträgen nachhaltig zu erfüllen<sup>253</sup>. Die Anforderungen an das Stiftungsvermögen dürfen daher höher sein, solange die Schranke des Mindestvermögens nicht zur Folge hat, das grundrechtlich geschützte Recht auf Stiftungsgründung ohne sachliche Rechtfertigung auszuhöhlen<sup>254</sup>.

Das Stiftungsvermögen braucht bei Gründung der Stiftung nicht voll zur Verfügung zu stehen. Der Stifter kann zunächst eine Vorratsstiftung gründen, deren Vermögen durch spätere Zustiftungen zu ergänzen ist<sup>255</sup>. Reicht die bei Errichtung der Stiftung vorhandene Vermögensausstattung zur Erfüllung des Stiftungszwecks nicht aus, so ist der Stiftung ein Rechtsanspruch auf die späteren Zuwendungen einzuräumen. Die Errichtung einer (widerruflichen) letztwilligen Verfügung genügt hierfür ebenso wenig wie die Erwartung künftiger Spenden<sup>256</sup>.

#### c) Die Versagungsgründe des § 4 Abs. 1 c) und Abs. 2 b) StiftG NW

Das nordrhein-westfälische Stiftungsgesetz geht davon aus, daß Stiftungen grundsätzlich zu genehmigen sind, sofern nicht eine der im Gesetz genannten Negativvoraussetzungen erfüllt sind<sup>257</sup>. Das Landesstiftungsgesetz für Nordrhein-Westfalen konkretisiert, insoweit über die anderen Landesstiftungsgesetze hinausgehend, den Begriff der Gemeinwohlverträglichkeit in zweierlei Hinsicht<sup>258</sup>. Einer Stiftung ist danach die Genehmigung zu versagen, wenn hierdurch Vermögen des Stifters oder seine Verwendung der gesetzlich vorgeschriebenen Kontrolle oder Publizität entzogen würde (§ 4 Abs. 1 c) StiftG NW). Diese Vorschrift soll verhindern, daß sich ein Unternehmen durch Rechtsformwechsel der Aufsicht oder der Veröffentlichungspflicht entzieht<sup>259</sup>. Ferner kann die Genehmigung einer Stiftung verweigert werden, deren Hauptzweck im Betrieb oder der Ver-

waltung eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens besteht, das ausschließlich oder überwiegend eigennützigen Interessen des Stifters oder seiner Erben dient (§ 4 Abs. 2 b) StiftG NW). Der Begriff des erwerbswirtschaftlichen Unternehmens umfaßt anknüpfend an die Definition des § 14 AO jede selbständige nachhaltige Tätigkeit, durch die wirtschaftliche Vorteile erzielt werden und die über die bloße Vermögensverwaltung hinausgeht, wobei die personelle und sachliche Verflechtung zwischen Stiftung und Wirtschaftsunternehmen zur Annahme eines einheitlichen wirtschaftlichen Betätigungswillens führt<sup>260</sup>. Diese Regelung betrifft Unternehmensbeteiligungsstiftungen nur unter der Voraussetzung, daß es sich um eine Mehrheitsbeteiligung handelt und überwiegend den Interessen des Stifters oder seiner Familie dient<sup>261</sup>. Der Vorschrift des § 4 Abs. 2 b) StiftG NW liegen Vorbehalte gegen unternehmensverbundene Stiftungen und die eingestandene Absicht zugrunde, den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens, bei dem keine natürliche Person haftet, auf die Rechtsformen zu beschränken, die das Gesellschaftsrecht hierfür bereitstellt<sup>262</sup>. Übertrieben ist dagegen die Befürchtung, die Errichtung neuer Unternehmensstiftungen in Nordrhein-Westfalen stünde generell im Ermessen der Genehmigungsbehörde<sup>263</sup>. Das Motiv des nordrhein-westfälischen Landesgesetzgebers für die beschränkte Genehmigungsfähigkeit privatrechtlicher Selbstzweckstiftungen besteht in der Gefährdung der dauerhaften Zweckerfüllung infolge der Belastung des Stiftungsvermögens mit der Haftung für Schulden des Unternehmens<sup>264</sup>. Die Vorschrift erfaßt ihrem Wortlaut nach nur Neugründungen, nicht dagegen den späteren Übergang einer Gesellschaftsbeteiligung an die Stiftung<sup>265</sup>. Die praktische Bedeutung des § 4 Abs. 2 b) StiftG NW war in der Vergangenheit nur gering<sup>266</sup>. Aus Nordrhein-Westfalen sind auf den Versagungsgrund dieser Vorschrift gestützte Ablehnungen nicht bekannt<sup>267</sup>.

Die gegen die Regelung des § 4 StiftG NW vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>268</sup> greifen nicht durch. Zu einer landesgesetzlichen Konkretisierung der Genehmigungsvoraussetzungen ist der Landesgesetzgeber wegen Art. 74 Nr. 1, 72 GG befugt, da das Bundesrecht keine erschöpfende Regelung erlaubter Stiftungszwecke enthält<sup>269</sup>. Die Stiftungs-freiheit besteht – unabhängig von ihrer gesetzlichen Verankerung in der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, im allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG oder in anderen auf den Zweck der Stiftungstätigkeit bezogenen Grundrechten<sup>270</sup> – nach Maßgabe der Rechtsordnung<sup>271</sup>. Die Genehmigung kann daher bei Vorliegen eines gesetzlich normierten Versagungsgrundes verweigert werden, wenn die gesetzlichen Vorschriften ihrem Inhalt nach so klar sind, daß der Betroffene sein Verhalten danach einrichten kann<sup>272</sup>. Die Genehmigung einer Stiftung und damit die Ausübung grundgesetzlich verbürgter Freiheitsrechte kann zwar nicht vom verwaltungspolitischen Ermessen einer Behörde abhängen<sup>273</sup>. Dies steht jedoch einer verfassungskonformen Auslegung der landesstiftungsrechtlichen Regelungen nicht entgegen<sup>274</sup>. Die Genehmigungsvorausset-

246 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 240.

247 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 80 BGB, Rd.-Nr. 7; Soergel/Neuhoff, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 13.

248 Vgl. Runderlaß des Innenministers von Nordrhein-Westfalen vom 20. 5. 1978 (abgedruckt bei Kottenberg/Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 148).

249 Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 46.

250 Vgl. die Nachweise bei Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 114 f.

251 So aber VG Minden StRspr. IV, 83, 86 m. Anm. Kronke.

252 Scholz/Winter, 8. Aufl. 1993, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 10 f.; Reuter, Probleme der Unternehmensnachfolge, ZGR 1991, 459, 484.

253 Seifart, a.a.O. (Fn. 16), § 1, Rd.-Nr. 17.

254 Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 118.

255 Seifart, a.a.O. (Fn. 16), § 1, Rd.-Nr. 17.

256 VG Minden StRspr. IV, 83, 87 m. Anm. Kronke; VG Düsseldorf, Urteil vom 25. 3. 1994 (1 K 4629/93), 24.

257 Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 127.

258 Neuerdings enthält § 7 Abs. 2 c) und Abs. 3 a) StiftG von Mecklenburg-Vorpommern vom 24. 2. 1993 dieselbe Einschränkung.

259 Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 128 mit Nachweisen zu den Gesetzesmaterialien.

260 Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 130 f.

261 Fasselt, a.a.O. (Fn. 91), 90 f.

262 Zimmermann, Die Familienstiftungen im Lande Nordrhein-Westfalen, ZRP 1976, 301; Beulke, Entwicklung des Stiftungsrechts in Nordrhein-Westfalen, in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 329, 333.

263 So aber Henle, Der Entwurf eines Stiftungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen, AG 1975, 85, 86.

264 Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 129 f.; Fasselt, a.a.O. (Fn. 91), 91 f. jeweils mit Nachweisen zu den Gesetzesmaterialien.

265 Fasselt, a.a.O. (Fn. 91), 92.

266 Beulke, Entwicklung des Stiftungswesens und des Stiftungsrechts in Nordrhein-Westfalen in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 329, 333.

267 Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 122.

268 Insbesondere bei Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 4 Rd.-Nr. 43, § 1, Rd.-Nr. 241 und § 8, Rd.-Nr. 56; Sorg, Die Familienstiftung, 1984, 65 f.

269 Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988, 63 f.

270 Zu den unterschiedlichen Begründungen im Überblick Schulte, a.a.O. (Fn. 230), 35 ff.

271 Reuter, Stiftungsrecht und Vereinsrecht, in: Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 1989, 97, 103.

272 Schulte, a.a.O. (Fn. 230), 43 f. m.w.N.

273 Reuter, Probleme der Unternehmensnachfolge, ZGR 1991, 467, 483.

274 Ipsen, a.a.O. (Fn. 230), 160; Schulte, a.a.O. (Fn. 230), 44.

zung der dauerhaften Zweckerfüllung ist nicht nur in allen Landesstiftungsgesetzen enthalten, sondern bereits in der Regelung des § 87 BGB vorgegeben<sup>275</sup>. Die Gefährdung der dauerhaften Zweckerfüllung ist zwar bei allen unternehmerisch tätigen Stiftungen gegeben und nicht nur bei solchen, die überwiegend den Interessen des Stifters und seiner Familie dienen<sup>276</sup>. Das Risiko wirtschaftlicher Schwierigkeiten liegt jedoch typischerweise um so näher, je stärker das Unternehmen der Versorgung der Familie dient. Es fehlt bei dieser Konstellation regelmäßig die Möglichkeit, dem Interesse der Unternehmenserhaltung gegen die Versorgungsbedürfnisse der Destinatäre Geltung zu verschaffen. Bei Beachtung des Willkürverbots und des Gleichheitsgrundsatzes<sup>277</sup> verstößt der Versagungsgrund des § 4 Abs. 2 b) StiftG NW nicht gegen Grundrechte des Stifters. Es ist daher folgerichtig, daß der Landesgesetzgeber diesen Versagungsgrund lediglich als Ermessensvorbehalt ausgestaltet hat. Der Stifter selbst hat es in der Hand, durch eine geeignete Gestaltung der Stiftungsverfassung der Gefahr der Ausblutung des Unternehmens durch die Destinatäre vorzubeugen<sup>278</sup>.

## 2. Stiftungsaufsicht

Rechtsfähige Stiftungen des Privatrechts unterliegen, obwohl sie Rechtssubjekte des Privatrechts sind, der staatlichen Stiftungsaufsicht<sup>279</sup>. Die Stiftung ermangelt einer verbandsmäßigen Struktur und infolgedessen fehlt ihr die Kontrolle durch das Eigeninteresse ihrer Mitglieder<sup>280</sup>. Die Mittel der Stiftungsaufsicht reichen von Informations- und Prüfungsrechten über Beanstandungsrechte, Abberufung von Organmitgliedern, Ersatzvornahme und Genehmigungsvorbehalte bis zur Aufhebung oder Zweckänderung der Stiftung bei Unmöglichkeit der Zweckerreichung und Gemeinwohlgefährdung<sup>281</sup>. Einige Stiftungsgesetze sehen ein allgemeines Beanstandungsrecht der Aufsichtsbehörde vor<sup>282</sup>. In anderen Bundesländern hängt die Wirksamkeit einzelner Geschäfte von der aufsichtsbehördlichen Genehmigung ab (hierzu unten 3.). Die für die Stiftungsaufsicht zuständigen Behörden werden durch das Landesrecht bestimmt<sup>283</sup>. In Nordrhein-Westfalen sind die Aufsichtsbefugnisse in der Regel dem Regierungspräsidenten am Sitz der Stiftung übertragen<sup>284</sup>.

Die Stiftungsaufsicht dient zum einen der Einhaltung staatlicher Gesetze und zum andern der Verwirklichung des privaten Stifterwillens<sup>285</sup>. Die Aufsichtsbehörde darf daher nicht ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Stiftungsorgane setzen<sup>286</sup>. Sie garantiert die satzungsgemäße und gesetzmäßige Erfüllung des Stifterwillens durch die Stiftungsverwaltung<sup>287</sup>. Für die Beurteilung des Stifterwillens ist auf den Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts abzustellen<sup>288</sup>. Die Aufsichtsbehörde ist auf eine reine Rechtsaufsicht beschränkt<sup>289</sup>. Die Kontrolle der Übereinstimmung der Stiftungsverwaltung mit den Erfordernissen

des Stiftungszwecks ist nicht gleichbedeutend mit einer fachaufsichtlichen Zweckmäßigkeitsskontrolle<sup>290</sup>. Die Stiftungssatzung selbst stellt eine private Normsetzung dar, so daß die Stiftungsaufsicht bei Prüfung der zweckentsprechenden Verwaltung die Beachtung von Rechtsnormen erzwingt<sup>291</sup>. Die Stiftungsaufsicht dient dem Schutz der Stiftung vor den dieser von außen, nicht zuletzt durch ihre eigenen Organe, drohenden Gefahren<sup>292</sup>. Die Stiftungsaufsicht begründet jedoch weder für den Stifter, die Stiftungsorgane noch für die Destinatäre einen Anspruch auf behördliches Einschreiten<sup>293</sup>.

Die staatliche Stiftungsaufsicht kann vom Stifter selbst trotz ihrer privatnützigen Zielrichtung weder beschränkt noch gar abbedungen werden. Die ausdrückliche Weigerung des Stifters, die Stiftung der Stiftungsaufsicht zu unterwerfen, kann zur Versagung der Genehmigung führen<sup>294</sup>. Die nordrhein-westfälischen Genehmigungsbehörden verlangen daher regelmäßig die Aufnahme der Bestimmungen über die Stiftungsaufsicht in die Satzung, um die Stiftungsaufsicht mit dem Willen des Stifters rechtfertigen<sup>295</sup>. In Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg kann die staatliche Überwachung der Stiftungstätigkeit ruhen, wenn die Stiftungssatzung die Wahrnehmung der Aufsicht einer geeignet erscheinenden Stelle überträgt. Die Überwachung durch die Aufsichtsbehörde erübrigt sich, wenn die Beaufsichtigung der Stiftungstätigkeit durch den Stifter selbst, ein unabhängiges Kontrollorgan oder durch die Destinatäre gewährleistet ist<sup>296</sup>. Die staatliche Überwachungstätigkeit ruht allerdings nicht, so daß die Aufsichtsbehörde jederzeit wieder tätig werden kann, wenn sie dies für angebracht hält. Beschränkungen der Stiftungsaufsicht bestehen in einigen Bundesländern gegenüber Familienstiftungen (hierzu s.o. II.1.b.a.a.).

## 3. Genehmigung einzelner Rechtsgeschäfte der Stiftung

In einigen Ländern bedürfen bestimmte Geschäfte zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Dies betrifft insbesondere wesentliche Vermögensumschichtungen, die Veräußerung und Belastung von Grundbesitz, unentgeltliche Zuwendungen aus dem Stiftungsvermögen sowie In-Sich-Geschäfte der Stiftungsorgane<sup>297</sup>. Der Genehmigung bedarf in der Regel nur das Verfügungsgeschäft<sup>298</sup>. Ob die nachträglich erteilte Genehmigung analog § 184 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt, beurteilt sich nach dem mit der öffentlich-rechtlichen Genehmigung verfolgten Zweck<sup>299</sup>. Da mit der Genehmigungsbedürftigkeit von Stiftungsgeschäften nicht in die Privatautonomie eingegriffen, sondern nur die Vereinbarkeit des Geschäfts mit dem Stiftungszweck überprüft werden soll, ist dieses nach Genehmigung von Anfang an als wirksam anzusehen<sup>300</sup>.

275 Rawert, Das Stiftungsrecht der neuen Bundesländer, BB 1991 Beil. 6, 13, 16.

276 Sorg, a.a.O. (Fn. 268), 65 f.

277 Hierzu Schulte, a.a.O. (Fn. 230), 43, 45 f.

278 Sorg, a.a.O. (Fn. 268), 126.

279 Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 22.

280 BVerwG NJW 1991, 713; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 37.

281 Im einzelnen Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 11, Rd.-Nr. 107 ff.; zu den Aufsichtsbefugnissen in Nordrhein-Westfalen: Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 120 ff.; zur Praxis der Stiftungsverwaltung in Nordrhein-Westfalen: Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 136 ff.

282 § 13 Brem. StiftG; § 15 hamb. AGBGB; § 13 hess. StiftG; § 16 StiftG Meckl.-Vorp.; § 12 nieders. StiftG; § 12 saarl. StiftG; § 19 StiftG DDR.

283 Vgl. die Übersicht bei Härtl, a.a.O. (Fn. 233), 35 ff.

284 §§ 16 StiftG NW i.V.m. 2 VO zur Übertragung von Befugnissen nach dem Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 19. 11. 1991 (GVBl. 449).

285 Kirchhof, Private Rechtssetzung, 1987, 459 f.; mißverständlich Rittner, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1987, 136, wonach die Stiftungsaufsicht dem öffentlichen Interesse dient.

286 Grundlegend BVerwG DVBl. 1973, 795, 796 m. Anm. Seifart = JZ 1973, 695, 696 m. Anm. Scheyhing = DÖV 1973, 272, 273 m. Anm. Leisner; KG WM 1968, 903, 905; vgl. auch Runderlaß des Innenministers von Nordrhein-Westfalen vom 20. 5. 1978 (abgedruckt bei Kottenberg/Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 145).

287 Strickrodt, Neuordnung des Stiftungsrechts? JZ 1962, 285, 288; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 11, Rd.-Nr. 5.

288 OVG Bremen StiftRspr. IV, 127, 129 m. Anm. Kronke.

289 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 35; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 82.

290 So aber Staudinger/Coling, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 17.

291 Leisner, Anm. zu BVerwG DÖV, 273, 274.

292 BGHZ 62, 142, 146; BGHZ 99, 344, 349 m. Anm. K. Schmidt, EWIR, § 85 BGB, 1/87, 747; BVerwG NJW 1985, 2964; OVG Berlin OVG Bln. 16, 100, 101 f.; OVG Lüneburg NJW 1985, 1572; VGH Mannheim NJW 1973, 1573, 1574; Soergel-Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 83.

293 OVG Berlin OVG 16, 100, 101; VGH Mannheim NJW 1985, 1573, 1574.

294 Toepke, Staatsaufsicht über Stiftungen, 1967, 66.

295 Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 103.

296 Für Nordrhein-Westfalen vgl. Runderlaß des Innenministers vom 20. 5. 1978 (abgedruckt bei Kottenberg/Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 153).

297 Zu den unterschiedlichen Genehmigungsvorbehalten in den einzelnen Bundesländern vgl. § 13 bad-württ. StiftG, Art. 31 bay. StiftG, § 21 StiftG NW – hierzu Andrick, a.a.O., (Fn. 243), 138 ff.; § 34 rheinl.-pfälz. StiftG, § 9 schloholst. StiftG. § 20 des StiftG Mecklenburg-Vorpommern sieht lediglich eine Anzeigepflicht für bestimmte Geschäfte vor, zu deren Vornahme die Stiftung erst nach Ablauf von vier Wochen oder nach ausdrücklicher Bestätigung der Rechtmäßigkeit befugt ist; offen bleibt, ob das Geschäft schwebend unwirksam ist oder lediglich nach Beanstandung rückgängig zu machen ist (§ 16 StiftG Mecklenburg-Vorpommern).

298 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 11, Rd.-Nr. 203 – außer in Bayern und Baden-Württemberg, wo auch das Verpflichtungsgeschäft genehmigungspflichtig ist.

299 Staudinger/Dilcher, 12. Aufl. 1980, § 182 BGB, Rd.-Nr. 27; BGHZ 32, 383, 389 f.; OVG Münster NJW 1982, 1771.

300 Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 140; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 11, Rd.-Nr. 203; Hartmann/Atzpodien, Auswirkungen stiftungsrechtlicher Genehmigungserfordernisse, FS Rittner, 1991, 147, 152.

Bei bestehender Genehmigungspflicht sollte der Vertrag ausdrücklich unter den Vorbehalt der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde gestellt werden<sup>301</sup>. Der im Vertrag erklärte Vorbehalt der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde ist als stillschweigende Vereinbarung einer auflösenden Bedingung des Verpflichtungsgeschäfts anzusehen<sup>302</sup>. Die Verweigerung der Genehmigung macht die Erfüllung nachträglich unmöglich<sup>303</sup>. Dieser Umstand ist von keinem Vertragsbeteiligten zu vertreten, so daß diese ersatzlos von ihrer Leistungspflicht befreit werden<sup>304</sup>. In Fällen, in denen die Genehmigungsbedürftigkeit zweifelhaft ist, empfiehlt sich vor Vertragsschluß die Einholung eines Negativattests der Stiftungsaufsichtsbehörde<sup>305</sup>.

#### IV. Die Stiftungssatzung

Die Verfassung der Stiftung wird durch das Stiftungsgeschäft sowie die Bundes- und Landesgesetze bestimmt (§ 85 BGB). Das Bundesrecht stellt – abgesehen von der Verpflichtung zur Bestellung eines Vorstandes (§§ 86 S. 1 i.V.m. 26 BGB)<sup>306</sup> – keine inhaltlichen Anforderungen an die Satzung. Das Stiftungsgeschäft muß mindestens den Stiftungszweck, die Vermögenszuwendung, den Namen, den Sitz sowie die Regelung der Geschäftsführung und Vertretung enthalten<sup>307</sup>. Die einzelnen Landesstiftungsgesetze enthalten eine Vielzahl weiterer Bestimmungen zum notwendigen Inhalt des Stiftungsgeschäfts<sup>308</sup>.

Die organisationsrechtlichen Bestimmungen des Stiftungsgeschäfts werden üblicherweise gesondert als Anlage zur Urkunde über die Stiftungerrichtung genommen. Der eigentliche Stiftungsakt kann sich auf die Zusicherung der Vermögensausstattung beschränken und die organisationsrechtlichen Einzelheiten der Stiftungssatzung überlassen. Diese werden üblicherweise als Satzung, Verfassung oder Statut bezeichnet<sup>309</sup>. Die Trennung von Stiftungerrichtung und Stiftungssatzung ist insbesondere zweckmäßig im Hinblick auf spätere Änderungen der Stiftungsorganisation. Die Wiederholung von organisationsrechtlichen Bestimmungen im Errichtungsakt und in der Stiftungssatzung ist überflüssig<sup>310</sup>.

#### 1. Name und Sitz der Stiftung

Der Name der Stiftung hat häufig die Funktion, die Erinnerung an den Stifter wachzuhalten<sup>311</sup>. Der Sitz der Stiftung bestimmt die über die nach dem Landesstiftungsrecht zuständige Genehmigungsbehörde<sup>312</sup>. Der Stiftungssitz muß nicht ausdrücklich genannt werden, sondern kann sich aus den Umständen der Zweckerfüllung ergeben<sup>313</sup>. Der in der Satzung festgelegte Rechtssitz und der Verwaltungssitz können auseinanderfallen<sup>314</sup>. Der Sitz der Stiftung befindet sich allerdings im Zweifel an dem Ort, an dem die Verwaltung geführt wird (§ 80 S. 3 BGB). Die Verlegung des Sitzes muß mit dem mutmaßlichen Willen des Stifters in Übereinstimmung stehen und bedarf als Satzungsänderung der Genehmigung durch die Stiftungsaufsicht<sup>315</sup>. Bei einer Verlegung über die Grenzen eines Bundeslandes hinweg ist in manchen Ländern außerdem die Genehmi-

gung des aufnehmenden Landes erforderlich<sup>316</sup>. Die einmal erlangte Rechtsfähigkeit wird hiervon nicht berührt<sup>317</sup>.

#### 2. Die Verwirklichung des Stiftungszwecks

Die Formulierung des Stiftungszwecks bedarf besonderer Aufmerksamkeit. Einerseits darf der Stiftungszweck nicht zu vage gefaßt werden. Allgemeine Zweckangaben wie die „Förderung wohlthätiger und sozialer Zwecke“ genügen nicht<sup>318</sup>. Es empfiehlt sich andererseits nicht, den Stiftungszweck und insbesondere die Art seiner Verwirklichung so eng zu fassen, daß spätere Anpassungen an veränderte Verhältnisse ausgeschlossen sind<sup>319</sup>. Häufig verfolgt eine Stiftung mehrere Zwecke, oder es werden für den Fall, daß die Erreichung eines Zwecks unmöglich oder unsinnig wird, subsidiäre Zwecke festgelegt<sup>320</sup>. Die Art und Weise der Zweckverfolgung braucht nicht bestimmt zu werden. Der Katalog der Stiftungstätigkeiten kann für dem Stiftungszweck entsprechende Erweiterungen durch die Stiftungsorgane offen gehalten werden. Die Änderung der Stiftungszwecke kann hingegen nicht der Stiftung selbst überlassen werden<sup>321</sup>.

#### 3. Vermögensorganisation und Vermögensverwaltung

Stiftungen lassen sich nach der Art ihrer Vermögensorganisation in Anstaltsstiftungen, Kapitalstiftungen (Hauptgeldstiftungen) und Funktionsträgerstiftungen unterscheiden<sup>322</sup>. Das Stiftungsvermögen (Grundstock) bildet in allen Fällen die Grundlage jeder Stiftungstätigkeit. Die Vermögensverwaltung der Stiftungen unterliegt zwei wesentlichen Grundsätzen. Der Bestand des Stiftungsvermögens ist einerseits ungeschmälert zu erhalten, und die Erträge des Stiftungsvermögens müssen andererseits zeitnah zur Verwirklichung des Stiftungszwecks eingesetzt werden<sup>323</sup>. Die Pflicht zur dauernden Erhaltung des Stiftungsvermögens verpflichtet die Stiftungsorgane zur gewissenhaften Vermögensverwaltung und zur Vermeidung finanzieller Risiken. Sie gebietet allerdings nicht die ausschließliche Anlage von Stiftungsgeldern in mündelsicheren Papieren (§§ 1806 f. BGB)<sup>324</sup>. Nach der Erfahrung zweier Geldentwertungen sieht die Stiftungsaufsicht davon ab, die mündelsichere Anlage des Stiftungsvermögens zu verlangen<sup>325</sup>. Für den Regelfall der als gemeinnützig anerkannten Stiftungen werden die stiftungsrechtlichen Grundsätze der Vermögensverwaltung überlagert von den Anforderungen des Steuerrechts (hierzu unten E.).

Das Stiftungsvermögen darf nur in Ausnahmefällen angegriffen werden, wenn dies erforderlich ist, um den Stiftungszweck zu erfüllen, und hierdurch der dauerhafte Bestand der Stiftung nicht gefährdet wird<sup>326</sup>. Die Stiftungsaufsichtsbehörden lassen Entnahmen aus dem Stiftungsvermögens daher nur zu, wenn die Wiederzuführung gesichert erscheint. Die Ermächtigung zu Entnahmen aus dem Grundstock der Stiftung in der Satzung empfiehlt sich, wenn die Pflicht zur Erhaltung des Stiftungsvermögens nach den Bestimmungen des Landesstiftungsrechts abdingbar ist<sup>327</sup>. Die dauerhafte Erhaltung des Stiftungsver-

301 Hartmann/Atzpodien, a.a.O. (Fn. 300), 163.

302 BGH NJW-RR 1992, 558, 559; Hartmann/Atzpodien, a.a.O. (Fn. 300), 157.

303 BGHZ 37, 233, 240.

304 Palandt/Putzo, 53. Aufl. 1994, § 275 BGB, Rd.-Nr. 34.

305 So ausdrücklich der Runderlaß des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20.5.1978 (abgedruckt bei: Kottenberg/Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 154); Hartmann/Atzpodien, a.a.O. (Fn. 300), 153.

306 Hierzu Kuchinke, a.a.O. (Fn. 45), 401 f.

307 Staudinger/Coing, § 80 BGB, Rd.-Nm. 5 ff.; MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 5.

308 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 18; Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 80 BGB, Rd.-Nr. 12.

309 Mielert in: Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 1991, Form. I.21, Anm. 3.

310 So aber Hof in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. I, 3. Aufl. 1992, Form. VII. 1., 911 ff.; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 96, der Überschneidungen von Errichtungsakt und Satzung ausgehend von einer undeutlichen Unterscheidung von Stiftungsgeschäft als Willensakt des Stifters und Stiftungssatzung als Aufgaben- und Organisationsplan der Stiftung ausdrücklich hinweist; dagegen zu Recht MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Fn. 2.

311 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 22.

312 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, § 80 BGB, Rd.-Nr. 5; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 25.

313 VGH Baden-Württemberg Stftrspr. III, 13, 16.

314 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, § 80 BGB, Rd.-Nr. 6.

315 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 155, 169.

316 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 235, Fn. 424.

317 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 11, Rd.-Nr. 235.

318 Kuchinke, a.a.O. (Fn. 45), 398.

319 Hof in: Münchener Vertragshandbuch, 3. Aufl. 1992, Bd. I, Form. VII.1, Anm. 11.

320 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 122.

321 BVerwG NJW 1991, 713.

322 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nm. 62 ff.

323 Seifart, Vermögensverwaltung bei Stiftungen, BB 1987, 1889, 1893; Seifart, a.a.O. (Fn. 16), § 10, Rd.-Nm. 69 ff., 78 ff.

324 Reuter, Rechtsproblem unternehmensbezogener Stiftungen, DZWIR 1991, 192, 197; OLG Nürnberg Stftrspr. III, 21 (zu Art. 14 bay. StfTG).

325 Liermann, Wozu ein Bundesstiftungsgesetz? ZRP 1970, 27, 28.

326 Seifart, aa.O. (Fn. 16), § 10, Rd.-Nr. 84; Andrick, a.a.O. (Fn. 243), 136.

327 Vgl. den Überblick bei Seifart, a.a.O. (Fn. 16), § 10, Rd.-Nm. 78 ff.; die nordrhein-westfälischen Genehmigungsbehörden lassen nur eine einmalige Entnahme in Höhe von höchstens 15 % des Stiftungsvermögens zu.

mögens erfordert ferner Vorsorge gegen die Gefahren der Geldentwertung durch die Bildung von Rücklagen durch die teilweise Thesaurierung des laufenden Gewinns<sup>328</sup>. Die Landesstiftungsgesetze erlauben die Verwendung von Erträgen zum Ausgleich von Vermögenseinbußen, wozu auch der innere Wertverlust des Stiftungsvermögens durch die allgemeine Geldentwertung zählt<sup>329</sup>. Die Bildung von Rücklagen muß in der Satzung ausdrücklich zugelassen werden (z.B. § 8 Abs. 2c) StiftG NW).

#### 4. Rechtsstellung der Begünstigten

Die Rechtsstellung der durch die Stiftung begünstigten Destinatäre richtet sich nach dem Willen des Stifters<sup>330</sup>. Es empfiehlt sich aus diesem Grunde, in der Stiftungssatzung eine klare Regelung zu treffen. Einen klagbaren Anspruch auf die Zuteilung von Stiftungsleistungen hat ein Destinatär nur, wenn der Kreis der Berechtigten objektiv bestimmt und den Stiftungsorganen keine Möglichkeit der Auswahl eingeräumt ist<sup>331</sup>. Dem Stifter steht es frei, in der Satzung den Begünstigten einen klagbaren Anspruch auf Stiftungsleistungen einzuräumen<sup>332</sup>. Den Destinatären steht keine Befugnis zu, auf die Verfolgung und die Wahrnehmung der Stiftungsverwaltung Einfluß zu nehmen, wenn sich nicht dem Stiftungsgeschäft ein dahingehender Wille entnehmen läßt<sup>333</sup>. Ebenso wenig haben die Begünstigten ohne ausdrückliche Anordnung des Stifters einen Anspruch auf Änderung der Satzung oder Einsicht in die die Stiftung betreffenden Unterlagen<sup>334</sup>. Der vermeintlich Berechtigte kann sich seinen Anspruch auf Leistung nicht eigenmächtig verschaffen, sondern muß diesen, notfalls gerichtlich geltend machen<sup>335</sup>. Rentenleistungen von Stiftungen sind der Geldentwertung anzupassen, wenn das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung derart gestört ist, daß die Rente den ihr zugeordneten Versorgungszweck nicht mehr erfüllen kann<sup>336</sup>. Fortlaufende Einkünfte aus Zuwendungen einer Stiftung sind nur beschränkt pfändbar (§ 850 b Abs. 1 Nr. 3 ZPO).

Der Destinatär hat regelmäßige Einkünfte aus Stiftungsleistungen grundsätzlich als wiederkehrende Bezüge zu versteuern (§ 2 Nr. 1 S. 1 EStG). Die Stiftung darf Aufwendungen zur Erfüllung der Stiftungszwecke andererseits nicht bei der Körperschaftsteuer abziehen (§ 0 Nr. 1 KStG). Die hieraus folgende Doppelbelastung der Stiftungserträge verhindert § 2 Nr. 1 S. 2 EStG, wonach wiederkehrende Bezüge vom Begünstigten nicht zu versteuern sind, wenn die Stiftung ihrerseits unbeschränkt steuerpflichtig ist<sup>337</sup>. Die Gesamtsteuerbelastung wirkt sich infolge der endgültigen Besteuerung der Erträge auf der Ebene der Stiftung günstig aus, wenn der persönliche Grenzsteuersatz des Destinatärs (einschließlich der Kirchensteuer) den derzeitigen Höchstsatz der Körperschaftsteuer von 50 % überschreitet<sup>338</sup>. Die Bezüge sind hingegen vom Empfänger zu versteuern, wenn die Stiftung als gemeinnützig anerkannt und steuerbefreit ist (§ 22 Nr. 1 S. 2a EStG)<sup>339</sup>. Dasselbe gilt, wenn die Stiftung Sitz und Geschäftsführung im Ausland hat und deshalb nicht im Inland unbeschränkt steuerpflichtig ist (§ 15 Abs. 1 AStG)<sup>340</sup>.

#### 5. Stiftungsorgane

Die Stiftung wird durch ihren aus einem oder mehreren Personen bestehenden Vorstand vertreten (§§ 26, 86 S. 1 BGB). Die Berufung der Organmitglieder, die auch juristische Personen sein können, kann durch den Stifter selbst oder durch die in der Satzung berufenen Personen erfolgen<sup>341</sup>. Der erste Stiftungsvorstand wird in aller Regel vom Stifter selbst eingesetzt, bei später notwendig werdenden Ergänzungen empfiehlt sich die Selbstergänzung (Kooptation) durch Mehrheitsbeschluß. Die Satzung kann die Benennung durch einen Dritten oder durch ein Aufsichtsorgan der Stiftung vorsehen<sup>342</sup>. Bestimmten Personen kann in der Satzung Anspruch auf ein Vorstandsamt eingeräumt werden<sup>343</sup>. Zur Wahrung der Interessen eines Dritten kann diesem das Recht zur Besetzung des Vorstands vorbehalten werden<sup>344</sup>. Spätere Änderungen der Zusammensetzung der Stiftungsorgane sind möglich, wobei jedoch der Wille des Stifters zu berücksichtigen ist<sup>345</sup>. Die dem Stiftungsvorstand versprochene Vergütung muß in einem angemessenen Verhältnis zum Stiftungsvermögen oder den Ausschüttungen stehen<sup>346</sup>.

Die Vertretungsmacht des Vorstands ist begrenzt durch die Eigenart des Vereinszwecks und umfaßt die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte nicht, die erkennbar außerhalb des vom Vereinszweck gezogenen Rahmens liegen<sup>347</sup>. Die Vertretungsmacht des Vorstands kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden (§§ 26 Abs. 2 S. 2, 86 S. 1 BGB). Die Regelung muß die Beschränkung der Vertretungsmacht sowie den Umfang der Beschränkung eindeutig erkennen lassen<sup>348</sup>. Grundsätzlich muß deshalb Identität von Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis herrschen. Ist einzelnen Vorstandsmitgliedern Einzelvertretungsbefugnis erteilt worden, so kann die interne Geschäftsführung einem andern Organ als dem Vorstand übertragen werden<sup>349</sup>. Die Satzung sollte eine klare Festlegung des stiftungsinternen Entscheidungsverfahrens enthalten<sup>350</sup>. Für bestimmte Geschäfte kann ein besonderer Vertreter bestellt werden (§§ 30, 86 BGB). Für Überwachung des Stiftungsvorstands kommt die Einrichtung eines Kontrollorgans (Kuratorium, Beirat, Aufsichts- oder Verwaltungsrat) in Frage. Die Einzelheiten sollten außerhalb der Satzung der Regelung einer Geschäftsordnung vorbehalten bleiben<sup>351</sup>. Eine allgemeine Befugnis der Stiftungsorgane, die Stiftungstätigkeit gerichtlicher Kontrolle zu unterziehen, besteht nur, wenn die Satzung dies vorsieht<sup>352</sup>.

Fraglich ist, ob der Notar in den Ländern, in denen ein Stiftungsverzeichnis geführt wird, zur Erteilung einer Vertretungsbescheinigung berufen ist<sup>353</sup>. Das Stiftungsverzeichnis ist nicht mit öffentlichem Glauben ausgestattet<sup>354</sup>. Einer notariellen Vertretungsbescheinigung kommt keine Beweiskraft zu, da selbst die Auskunft der das Stiftungsregister führenden Behörde keine Beweiskraft besitzt (§ 21 Abs. 1 S. 2 BNotO). Ebenso wenig wird durch die Einholung einer Auskunft des zuständigen Regierungspräsidiums Vertrauen auf die Richtigkeit der Eintragung begründet<sup>355</sup>.

328 Sorg, a.a.O. (Fn. 268), 50, 214.

329 Seifart, a.a.O. (Fn. 16), § 10, Rd.-Nr. 88.

330 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 126; RGZ 100, 230, 234 f.

331 BGH NJW 1957, 708.

332 OLG Hamm MDR 1992, 949.

333 BGHZ 99, 344, 350 ff. m. Anm. K. Schmidt, EWIR, § 85 BGB, 1/87, 747; BAG NJW 1991, 514, 515.

334 OLG Schleswig StfRspr. III, 136; OLG Hamburg StfRspr. III, 106.

335 LG Köln NJW-RR 1986, 1396.

336 OLG Hamm FamRZ 1987, 1084, 1085.

337 Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 41, Rd.-Nr. 58.

338 Gail in: Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, Stand Dezember 1992, Teil II, Rd.-Nr. 352.1.

339 Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 41, Rd.-Nr. 59.

340 Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rd.-Nr. 1442.

341 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 9, Rd.-Nr. 68, 74.

342 Im einzelnen Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 9, Rd.-Nr. 85 ff.

343 KG WM 1968, 856, 857 f.; KG StfRspr. II, 68 m. Anm. Leisner; BGH MDR 1976, 1001.

344 BGH StfRspr. III, 5, 10 m. Anm. Leisner.

345 KG WM 1968, 856, 860.

346 OLG Nürnberg StfRspr. III, 98, 99.

347 BGH LM Nr. 1 zu § 85 BGB, Bl. 482 (insoweit in BGH NJW 1957, 708 nicht abgedruckt); BGH LM Nr. 6 zu § 16 UWG, Bl. 600; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 9, Rd.-Nr. 28.

348 BGH DB 1980, 2027; Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 26 BGB, Rd.-Nr. 5.

349 BGH DB 1977, 2090.

350 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 9, Rd.-Nr. 125 ff.

351 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 9, Rd.-Nr. 51 ff.

352 BGH NJW 1994, 184, 185 m. Anm. Neuhoft, EWIR, § 85 BGB, 1/94, 223.

353 Ein Stiftungsverzeichnis wird geführt in Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

354 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 9, Rd.-Nr. 38.

355 So aber der Vorschlag von Sandweg, Das Stiftungsrecht in Baden-Württemberg, BWNöZ 1981, 1, 4.

## 6. Satzungsänderung

Wesentlich veränderte Umstände können die Stiftung veranlassen, vom Willen des Stifters abzuweichen und eine Satzungsänderung beschließen, wenn dies dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Stifters entspricht<sup>356</sup>. Die Zulässigkeit von Satzungsänderungen sollte in der Satzung festgeschrieben werden<sup>357</sup>. Der in der Stiftungsurkunde niedergelegte Wille des Stifters ist auch bei Satzungsänderungen zu respektieren<sup>358</sup>.

Die Satzung kann selbst die Änderung des Stiftungszwecks vorsehen<sup>359</sup>. Der Stiftungszweck darf nicht gegen den erklärten Willen des Stifters geändert werden<sup>360</sup>. Jede Zweckänderung bedarf der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde<sup>361</sup>. Die Änderung des Stiftungszwecks darf allerdings nicht in das Belieben der Stiftungsorgane gestellt werden, da diese nicht ihre eigenen Vorstellungen an die Stelle des Stifterwillens setzen dürfen<sup>362</sup>. Die Ermächtigung an die Organe der Stiftung, den Zweck der Stiftung zu ändern, darf nicht dazu führen, daß der Stifter den Zweck der Stiftung und den Kreis ihrer Begünstigten zur Disposition der Stiftung selbst stellt<sup>363</sup>. Selbst wenn die Stiftungssatzung ausdrücklich eine Änderung der Satzung zuläßt, darf die Stiftungsaufsicht wegen der Pflicht zur Beachtung des Stifterwillens eine Änderung nicht genehmigen, die auf eine Neugründung der Stiftung mit anderem Stiftungszweck hinausläuft<sup>364</sup>. Eine hoheitliche Zweckänderung ist zulässig, wenn die Erfüllung des ursprünglichen Zwecks unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährdet (§ 87 BGB)<sup>365</sup>.

## 7. Auflösung

Die Stiftung ist aufzulösen, wenn entweder der Stiftungszweck erfüllt oder sein Erreichen unmöglich wird, ein in der Satzung als Beendigungsgrund vorgesehenes Ereignis eintritt oder der Konkurs über das Stiftungsvermögen eröffnet wird (§§ 42, 86 BGB)<sup>366</sup>. Die stiftungsrechtliche Genehmigung einer Stiftung, die unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs oder Rücktritts des Stifters steht, wird in der Regel nicht erteilt<sup>367</sup>. Die Stiftung kann durch staatlichen Hoheitsakt aufgehoben werden, wenn der Stiftungszweck un erreichbar wird oder die Stiftung das Gemeinwohl gefährdet (§ 87 Abs. 1 BGB). Der Beschluß der Auflösung obliegt, sofern die Satzung keine andere Regelung vorsieht, dem Stiftungsvorstand und bedarf der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Das nach der zwingend vorgeschriebenen Liquidation verbleibende Vermögen der Stiftung steht dem in der Satzung benannten Berechtigten zu (§§ 88, 47 ff. BGB). Ist kein Berechtigter vorhanden, fällt das Stiftungsvermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ohne Liquidation an den Fiskus des Bundeslandes, in dem die Stiftung ihren Sitz hat, und ist von diesem entsprechend dem Stiftungszweck zu verwenden (§§ 88 S. 2, 46 BGB)<sup>368</sup>.

Die Zuwendung an den Anfallberechtigten nach Auflösung ist eine steuerpflichtige Schenkung durch die Stiftung (§ 7 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG). Der Berechnung der Schenkungssteuer ist grundsätzlich Steuerklasse IV zugrunde zu legen<sup>369</sup>.

## C.

### Unselbständige Stiftungen

Eine „unselbständige Stiftung“ liegt vor, wenn einer natürlichen oder juristischen Person ein bestimmtes Vermögen übertragen wird, welches von dieser abgesondert zu verwalten und bestimmten Zwecken zuzuführen ist<sup>370</sup>. Bei der Schaffung des BGB ging man davon aus, daß die Mehrzahl aller Stiftungen unselbständige, fiduziarische Stiftungen darstellen und die mit staatlicher Genehmigung errichteten rechtsfähigen Stiftungen die Ausnahme bilden würden<sup>371</sup>. Der Gesetzgeber hat den unselbständigen Stiftungen keine bestimmte Form vorgeschrieben, um die angestrebte Förderung idealer Zwecke nicht zu behindern<sup>372</sup>. Diese können als Schenkung unter Auflage, als Treuhandverhältnisse oder als Sammelvermögen anzusehen sein. Das Recht der selbständigen Stiftungen ist auf unselbständige Stiftungen auch nicht entsprechend anwendbar, sondern es gelten die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts<sup>373</sup>. Die unselbständigen Stiftungen unterliegen weder der staatlichen Genehmigungspflicht noch der Stiftungsaufsicht<sup>374</sup>. Sie ist daher flexibler und unbürokratischer zu handhaben als die selbständige Stiftung<sup>375</sup>. Bei kleineren Vermögen mit einem Wert von unter 500.000 DM spricht der geringere Verwaltungsaufwand für die Errichtung einer unselbständigen Stiftung<sup>376</sup>. Der für die Stiftung des bürgerlichen Rechts kennzeichnende Vorrang des Stifterwillens läßt sich bei der unselbständigen Stiftung jedoch nur eingeschränkt verwirklichen<sup>377</sup>. In erbschafts- und schenkungssteuerlicher Hinsicht werden unselbständige und selbständige Stiftungen gleichbehandelt (§ 8 ErbStG)<sup>378</sup>. Für die steuerliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit gelten die nachstehend unter E. dargelegten Grundsätze.

### I. Zuwendungen unter Lebenden

#### 1. Schenkung unter Auflage

Unselbständige Stiftungen sind als Schenkung unter Auflage (§ 525 BGB) zu behandeln, wenn sie das Vermögen des Beschenkten endgültig vermehren<sup>379</sup>. Eine Zuwendung, die mit der Maßgabe erfolgt, in vollem Umfang Dritten weitergereicht zu werden, stellt keine Schenkung dar<sup>380</sup>. Eine Schenkung liegt allenfalls dann vor, wenn eine juristische Person zweckgebundene Mittel zur Erfüllung ihres Zwecks erhält<sup>381</sup>. Die Einräumung eines eigenen Forderungsrechts zugunsten der Destinatäre (§ 330 S. 2 BGB) scheidet im Normalfall aus. Der Kreis der Destinatäre ist nämlich nicht nach sachlichen und persönlichen Kriterien bestimmbar<sup>382</sup>. Vielmehr soll dem Stiftungsträger ein eigenes Ermessen bei Auswahl der Begünstigten verbleiben. Reicht die Zuwendung zur Erfüllung der mit der Schenkung verbundenen Auflagen nicht, kann der Beschenkte die Vollziehung verweigern (§ 526 BGB analog)<sup>383</sup>.

356 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 84.

357 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 87.

358 BGH WM 1976, 869, 872; BGH MDR 1976, 1001.

359 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 87.

360 KG WM 1968, 856, 859.

361 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 84.

362 KG StfRspr. III, 50, 52.

363 OVG Bremen StfRspr. IV, 127, 131 m. Anm. Kronicke.

364 BVerwG NJW 1991, 713.

365 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 8, Rd.-Nr. 94 ff.

366 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 12, Rd.-Nr. 3 ff.

367 Binz/Sorg, Aktuelle Erbschaftssteuerprobleme der Familienstiftung, DSfR 1994, 229, 232.

368 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, §§ 45–47 BGB, Rd.-Nr. 7 f.; das Vermögen der örtlichen Stiftungen fällt an die verwaltende Kommune, vgl. Seifart/von Campenhausen, a.a.O. (Fn. 16), § 33, Rd.-Nr. 16, Fn. 26.

369 BFH DSfR 1993, 473, 474; Seifart/Pöhlath, a.a.O. (Fn. 16), § 42, Rd.-Nr. 2; zu den Ausnahmen bei Familienstiftungen s.o. B.II.1.b.bb.

370 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 21.

371 RGZ 88, 335, 338 f. mit Nachweisen zu den Gesetzesmaterialien.

372 OLG Stuttgart NJW 1964, 1231, 1232 mit Nachweisen zu den Gesetzesmaterialien.

373 RGZ 88, 335, 339; 105, 305, 306; VGH Baden-Württemberg StfRspr. I, 11; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 9; für Analogie zu den auf das In-

nenverhältnis anzuwendenden Vorschriften MünchKomm-Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 45; für eine entsprechende Anwendung der Stiftungsaufsicht nach § 87 BGB Soergel/Neuhoff, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 30.

374 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 10, 16; anders das Stiftungsgesetz der ehemaligen DDR vom 13. 9. 1990, das heute noch in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen als Landesrecht fortgilt, und auch unselbständige Stiftungen der Staatsaufsicht unterwirft (hierzu Rawert, Das Stiftungsrecht der neuen Bundesländer, BB 1991, Beil. 6, S. 13, 17; Neuhoff, Das Stiftungsgesetz für die neuen Bundesländer, DtZ 1991, S. 435, 436).

375 Bengel/Reimann in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, Kap. C. Rd.-Nr. 146.

376 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 765; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 51.

377 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 20.

378 Hof, Die Vermögensausstattung von Stiftungen privaten Rechts, DSfR 1992, 1549, 1588.

379 RGZ 62, 386, 390.

380 RGZ 105, 305, 308; Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 525 BGB, Rd.-Nr. 10.

381 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 43; Liemann, Die unselbständigen Stiftungen, in: Deutsches Stiftungsrecht 1948–1966, 1968, 229, 236 f.; a.A. Westebbe, Die Stiftungstreuhand, 1993, 68 f.

382 Vgl. MünchKomm/Gottwald, 3. Aufl. 1994, § 328 BGB, Rd.-Nr. 19.

383 RGZ 112, 210, 213.

## 2. Treuhand

Die unselbständige Stiftung beruht in der Regel auf einem Treuhandverhältnis, wonach der Treuhänder vom Treugeber Vermögensrechte zu eigenem Recht erwirbt, die er zwar im eigenen Namen, jedoch nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse anderer oder im Dienst eines objektiven Zwecks ausübt<sup>384</sup>. Da die unselbständige Stiftung nicht selbst Träger eines verselbständigten Vermögens sein kann, muß dieses treuhänderisch durch einen anderen gehalten werden<sup>385</sup>. Das fiduziarisch gebundene Vermögen geht in das Eigentum des Treuhänders über<sup>386</sup>. Das Treuhandverhältnis ist ein gegenseitiger Vertrag, der als Geschäftsbesorgung den Regelungen über das Auftragsverhältnis unterliegt<sup>387</sup>. Mit dem Tod des Auftraggebers erlischt der Auftrag im Zweifel nicht (§ 672 S. 1 BGB), mit der Folge, daß die Verpflichtungen aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag auf die Erben übergehen<sup>388</sup>. Das Recht zu Widerruf und Kündigung ist bei unentgeltlichen Geschäftsbesorgungen, die im ausschließlichen Interesse des Auftraggebers erfolgen, selbst durch ausdrücklichen Ausschluß nicht abdingbar<sup>389</sup>. Das gilt jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes<sup>390</sup>. Der Widerruf kann bei Geschäftsbesorgungen, die gleichermaßen im Interesse von Auftraggeber und Beauftragtem stehen, ausgeschlossen oder beschränkt werden<sup>391</sup>. Ein gleichwertiges Interesse ist anzuerkennen bei unselbständigen Stiftungen, deren Träger die Verfolgung der vom Stifter geförderten Ziele zur Aufgabe hat<sup>392</sup>. Soll der Widerruf auch über den Tod des Auftraggebers hinaus verhindert werden, liegt in Wahrheit eine Testamentsvollstreckung vor, die der Form einer letztwilligen Verfügung bedarf und ihre Wirkung spätestens nach 30 Jahren verliert (§ 2210 BGB)<sup>393</sup>.

Das Eigentum des Treuhänders ist wegen § 137 BGB unbeschränktes Eigentum, unbeschadet der im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder schuldrechtlich bestehenden Bindungen<sup>394</sup>. Die Gläubiger des Treuhänders können nicht in das unter treuhänderischer Verwaltung stehende Vermögen vollstrecken<sup>395</sup>. Zur Vermeidung der Inanspruchnahme empfiehlt sich die Verpflichtung des Treuhänders zu getrennter Vermögensverwaltung und die Vereinbarung von Rückforderungsrechten. Die Gläubiger des Treugebers haben zwar keinen unmittelbaren Zugriff auf das Treuhandvermögen, sie können jedoch die Ansprüche aus dem Treuhandvertrag pfänden. Im Fall des Konkurses des Treugebers erlischt der Auftrag automatisch (§ 23 Abs. 1 S. 1 KO)<sup>396</sup>.

Die Grundsätze der Stiftungsverwaltung sollten schriftlich niedergelegt werden<sup>397</sup>. Diese Vereinbarungen als „Satzung“ zu bezeichnen ist allerdings irreführend, da es sich hierbei nicht um eine einseitige Korporationsverfassung, sondern um eine mehrseitige Vereinbarung handelt<sup>398</sup>. Bei der Zweckbestimmung empfiehlt sich die Vorgabe eines Rahmens, den der Treuhänder ausfüllen kann. Die Möglichkeit der Anpassung des Stiftungszwecks sollte für den Fall vorgesehen werden, daß die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich oder unsinnig wird<sup>399</sup>.

Da die Rechtsprechung eine analoge Anwendung von § 87 BGB ablehnt, wonach der Aufsichtsbehörde die Befugnis zur Zweckänderung eingeräumt ist, würde das Vermögen bei Fortfall des Zwecks an den Stifter oder dessen Erben zurückfallen<sup>400</sup>. Das wird insbesondere im letzteren Fall nicht immer im Sinne des Stifters sein. Eine Änderung des Zwecks hat im Zweifel nach billigem Ermessen zu erfolgen (§ 315 BGB). Der Spielraum zur Leistungsbestimmung kann vom Stifter erweitert oder beschränkt werden<sup>401</sup>. Fehlt eine Anpassungsregelung und wird die weitere Verfolgung der Stiftungszwecke unmöglich, so kann der Treuhänder die Vereinbarung kündigen (§ 671 BGB)<sup>402</sup>. Besondere Sorgfalt verdient die Regelung der Stiftungsorganisation, die eine effektive Kontrolle des Treuhänders garantieren muß. Zur Sicherstellung der Erfüllung des Stiftungszwecks durch den Träger empfiehlt sich die Einsetzung eines Aufsichtsorgans (Beirat oder Kuratorium), dessen Mitglieder vom Stifter oder von Dritten entsandt werden oder sich durch Kooptation ergänzen können<sup>403</sup>. Die Befugnisse der Destinatäre können durch die Ausgestaltung des Stiftungsgeschäfts als Vertrag zugunsten Dritter verstärkt und diesen eigene Überwachungsrechte eingeräumt werden<sup>404</sup>. Bei gemeinnützigen Auflagen ist ferner die zuständige Behörde vollziehungsberechtigt (§§ 525, 2194 BGB analog)<sup>405</sup>.

## 3. Sammelvermögen

Eine Sonderform der unselbständigen Stiftung bildet das Sammelvermögen, welches Beiträge erst durch Spenden erhält und diese alsbald verbraucht<sup>406</sup>. Das Sammelvermögen ist nicht rechtsfähig, für ihre Verwaltung kann ein Pfleger bestellt werden, wenn kein Verwalter vorhanden ist (§ 1914 BGB). Das Sammelvermögen ist zweckmäßigerweise den Regeln der treuhänderischen Stiftungen zu unterstellen<sup>407</sup>. Den Begünstigten aus dem Spendenauftrag steht kein unmittelbarer Anspruch auf Auszahlung des Sammelvermögens zu, vielmehr entscheidet der Treuhänder über dessen bestimmungsgemäße Verwendung<sup>408</sup>.

## II. Letztwillige Verfügungen

Stiftungszwecke können durch letztwillige Verfügung in der Weise verwirklicht werden, daß der für die Verwaltung vorgesehene Treuhänder entweder als Erbe oder als Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnis bzw. Untervermächtnis oder einer Auflage beschwert wird<sup>409</sup>. In Betracht kommt auch ein Schenkungsversprechen von Todes wegen<sup>410</sup>. Bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung darauf zu achten, daß der Wille des Erblassers, die Erträge seines Nachlasses oder eines Teils desselben dauerhaft der Erfüllung eines bestimmten Zwecks zuzuführen, klar zum Ausdruck kommt<sup>411</sup>.

## 1. Vermächtnisanordnung und Auflagen

Das erbrechtliche Instrumentarium ist bei unselbständigen Stiftungen dasselbe wie bei selbständigen Stiftungen<sup>412</sup>. Zur

384 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 66 f.

385 OLG Hamburg NJW-RR 1986, 1305.

386 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 24.

387 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 33.

388 Unrichtig Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 34, der ein Auftragsverhältnis ohne Auftraggeber annimmt; dagegen MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 41.

389 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 41; Palandt/Thomas, 53. Aufl. 1994, § 671 BGB, Rd.-Nr. 2.

390 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 155 f.

391 BGH WM 1971, 956, 957.

392 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 155.

393 RGZ 139, 41, 43.

394 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 43; Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 127; a. A. für „nacktes Eigentum“ ohne sachlichen Inhalt Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 25.

395 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 27; Breuer, Treuhandverhältnisse im Gesellschaftsrecht, MittRhNotK 1988, 79, 89 f.

396 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 44; a. A. Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 26; Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36 Rd.-Nr. 34.

397 Liermann, a.a.O. (Fn. 381), 240; Hinweise zur Gestaltung bei Neuhoff in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. IV/2, 3. Aufl. 1992, Form. XVII. 3., 883 ff.; Hof in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. I, 3. Aufl. 1992, Form. VII. 5., 963 ff.; ausführlich Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 192 ff.

398 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 83.

399 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 168.

400 RGZ 105, 305.

401 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 315 BGB, Rd.-Nr. 5.

402 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 104.

403 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 59 ff., 91 ff.

404 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 48, 65, 90.

405 Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, 190; Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 109.

406 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 3.

407 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 28; Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 35; Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 47; weitergehend Erb, Sammelvermögen und Stiftung, 1971, 210 ff. der das Sammelvermögen auch den Regeln über die selbständige Stiftung unterstellen will; zur Gestaltung Münchener Vertragshandbuch/Hof, 3. Aufl. 1992, Bd. I, Form. VII. 5., 963 ff. und Münchener Vertragshandbuch/Neuhoff, 3. Aufl. 1993, Bd. IV/2, Form. XVII. 5., 893 ff.

408 OLG Frankfurt OLGZ 1988, 201, 202.

409 Hierzu Neuhoff in: Münchener Vertragshandbuch, 3. Aufl. 1992, Form. XVII.1., 877 ff. (Erbinsetzung) und Form. XVII. 2., 882 ff. (Vermächtnis/Auflage).

410 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 78.

411 Vgl. KG OLG Rsp. 16, 259, das die Anordnung eines Vermächtnisses für die „Stiftung für Waisenkinder“ als Erbinsetzung der Armen ansah (§ 2072 BGB), hierzu s. o. Bd. II.1.d.

412 Bengel/Reimann, a.a.O. (Fn. 375), Rd.-Nr. 150.



Errichtung einer unselbständigen Stiftung kommt regelmäßig die Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage in Betracht, mit welchen der Stiftungsträger beschwert ist<sup>413</sup>. Die Erben sind zum Widerruf der letztwillig angeordneten unselbständigen Stiftung nicht berechtigt<sup>414</sup>. Bei der Anordnung ist darauf zu achten, daß deutlich zum Ausdruck kommt, ob den Begünstigten ein klagbarer Anspruch zusteht oder nicht<sup>415</sup>. Zuwendungen durch Vermächtnis unterliegen der zeitlichen Beschränkung der §§ 2162 f. BGB, die ewige Vermögensbindungen verhindern wollen<sup>416</sup>. Der Kreis der Vermächtnisnehmer muß so eng sein, daß seine Angehörigen benannt werden können<sup>417</sup>. Wegen dieser zeitlichen Begrenzung und des eingeschränkten Kreises möglicher Destinatäre ist die Begünstigung durch Vermächtnis für die Errichtung einer unselbständigen Stiftung kaum geeignet<sup>418</sup>.

Die Auflage eröffnet dem Begünstigten zwar keinen Anspruch auf Vollziehung (1940 BGB), sie unterliegt jedoch nicht der zeitlichen Grenze der §§ 2162 f. BGB. Die Auflage ist ein verbreitetes Mittel zur Errichtung unselbständiger Stiftungen<sup>419</sup>. Das Gesetz will damit ausdrücklich die Verfolgung stiftungsähnlicher Zwecke ermöglichen<sup>420</sup>. Ist der Beschwerte eine juristische Person, so kann mit der Auflage einer rechtsfähigen Stiftung vergleichbare Dauerwirkung erzielt werden<sup>421</sup>. Dies gilt auch, wenn der Beschwerte eine natürliche Person ist, da die Auflage als Verbindlichkeit auch auf die Erben des Beschwerten als Nachlaßverbindlichkeit übergeht<sup>422</sup>. Der Erbe des Beschwerten hat die Auflage an dessen Stelle zu erfüllen<sup>423</sup>. Die Erfüllung der Auflage hat im Zweifel beim Tod des Beschwerten zu erfolgen (§§ 2192 i.V.m. 2181 BGB). Der Erblasser ist jedoch nicht gehindert, die Erfüllung auf einen späteren Zeitpunkt aufzuschieben. In diesem Fall sind die Erben zur Erfüllung der Auflage verpflichtet, wenn nur der ursprünglich Beschwerte die Zuwendung innerhalb der Fristen der §§ 2109, 2162 f. BGB erhalten hat<sup>424</sup>. Selbst wenn man die einzelnen Leistungen nur als Leistung auf ein einheitliches Stammrecht ansähe, würde dessen Verjährung durch laufende Leistung unterbrochen<sup>425</sup>.

Die Zweckauflage eignet sich wegen der Möglichkeit der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§§ 2192, 2156 BGB) und der freien Bestimmung der Begünstigten durch den Beschwerten oder einen Dritten (§ 2193 BGB) zur Errichtung einer dauerhaften unselbständigen Stiftung. Der Erblasser muß lediglich den Zweck der Auflage mit hinreichender Deutlichkeit bestimmen<sup>426</sup>. Zur Sicherstellung der dauerhaften Erfüllung der Auflage empfiehlt sich die Bestimmung eines vollzugsberechtigten Dritten, der Gewähr für eine dauerhafte Durchsetzung des Vollziehungsanspruchs bietet (§ 2194 S. 1 BGB). Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, kann die zuständige Behörde die Erfüllung durchsetzen (§ 2194 S. 2 BGB). Dem Begünstigten selbst steht kein Vollziehungsanspruch zu<sup>427</sup>.

## 2. Sicherung der Zweckerfüllung

Zur Sicherung der Erfüllung der mit der unselbständigen Stiftung verfolgten Zwecke empfiehlt sich die Auflage an den Treuhänder, sein Vermögen vom Stiftungsvermögen getrennt

zu verwalten. Der Gefahr der Untätigkeit des Treuhänders oder der zweckwidrigen Verwendung des Stiftungsvermögens durch den Treuhänder kann durch die Anordnung bedingter Nacherbfolge bzw. eines bedingten Nachvermächtnisses (§ 2191 BGB) begegnet werden. Bei der letztwilligen Zuwendung unselbständiger Zweckvermögen ist schließlich die Bestellung eines Testamentsvollstreckers ratsam, dessen Befugnis auf die Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen beschränkt werden kann (§ 2223 BGB). Der Anordnung von Dauervollstreckung steht das zwingende Schenkungsverbot (§§ 2205 S. 3, 2207 S. 2 BGB) nicht entgegen, solange der Testamentsvollstrecker Verfügungen über den Nachlaß im Rahmen der Erfüllung der Vermächtnisse oder Vollziehung der Auflagen trifft und Zuwendungen nicht aufgrund seines freien Willensentschlusses verteilt<sup>428</sup>.

## 3. Testamentarisches Familiengut

Der Notar sieht sich hin und wieder mit der Absicht künftiger Erblasser konfrontiert, das Vermögen oder wenigstens bestimmte Nachlaßgegenstände auf Dauer der Familie als ungeteilte Einheit zu erhalten. Dieses Ziel kann nicht nur durch Errichtung einer Familienstiftung erreicht werden. Einem solchen Wunsch kann auch mit Hilfe der Anordnung einfacher oder mehrfacher Nacherbfolge Rechnung getragen werden<sup>429</sup>. In Betracht kommt ferner die Anordnung eines Teilungsverbots hinsichtlich bestimmter Nachlaßgegenstände, die dem Unterhalt bedürftiger Familienmitglieder zur Verfügung stehen sollen<sup>430</sup>. Die Früchte des Nachlasses können durch Bestimmungsvermächtnisse einzelnen Mitgliedern der Erbengemeinschaft zugewiesen werden. Ausschluß der Nachlaßauseinandersetzung, Bestimmungsvermächtnisse und Testamentsvollstreckung unterliegen den zeitlichen Schranken der §§ 2044 Abs. 2, 2162 f. und 2210 BGB<sup>431</sup>. Die Erben sind nicht gehindert, sich einvernehmlich über die vom Erblasser angeordneten Beschränkungen hinwegzusetzen<sup>432</sup>. Die Überwachung des Auseinandersetzungsverbots und die Zuteilung der Vermächtnisse sollte daher einem Testamentsvollstrecker übertragen werden.

## D.

### Stiftungsähnliche Körperschaften

Als Ersatzformen für die selbständige Stiftung kommen korporative Gestaltungen in Betracht, insbesondere der rechtsfähige Verein und die GmbH, deren Zwecke nach Art einer Stiftung gestaltet werden<sup>433</sup>. Verein und GmbH bieten sich als Alternativen zur rechtsfähigen Stiftung an, weil sie vom Bestand ihrer Mitglieder weitgehend unabhängig sind. Für diese Gestaltungen gibt es bekannte Vorbilder im unternehmerischen Bereich wie die Wüstenrot Stiftung Deutscher Eigenheimvereine e. V. oder die Robert Bosch Stiftung GmbH. Die Gründung eines Idealvereins oder einer GmbH ist gegenüber der Errichtung einer Stiftung wegen des Fehlens des staatlichen Genehmigungserfordernisses erleichtert<sup>434</sup>. Die Organisationsformen des rechtsfähigen Vereins und der GmbH stellen

413 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 75 ff.

414 A.A. Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 36, Rd.-Nr. 72.

415 RG LZ 1917, 1075; RG LZ 1918, 268.

416 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2162 BGB, Rd.-Nr. 1.

417 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 75 f.

418 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 191.

419 Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl. 1989, 452.

420 Staudinger/Otte, 12. Aufl. 1989, § 2192 BGB, Rd.-Nr. 16 mit Nachweisen zu den Gesetzesmaterialien.

421 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 765.

422 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 80; a.A. MünchKomm-Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 43.

423 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2147 BGB, Rd.-Nr. 4 zum Vermächtnis, was aber wegen der Verweisung des § 2192 auf § 2147 BGB auch für die Auflage gilt.

424 Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 79; a.A. Staudinger/Otte, 12. Aufl. 1989, § 2192 BGB, Rd.-Nr. 16, der fordert, daß der Verpflichtete selbst die Zuwendung erhalten hat.

425 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 208 BGB, Rd.-Nr. 5; MünchKomm/von Feldmann, 3. Aufl. 1993, § 208 BGB, Rd.-Nr. 5; Westebbe, a.a.O. (Fn. 381), 80.

426 RGZ 96, 15, 19; Soergel/Dieckmann, 12. Aufl. 1992, § 2193 BGB, Rd.-Nr. 3.

427 Vgl. die Nachweise zum Meinungsstand in Fn. 181.

428 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2205 BGB, Rd.-Nr. 32.

429 BGH DNotZ 1993, 124, 126 f.; zur Abgrenzung von Nacherbschaft und Familienstiftung OLG Köln FamRZ 1990, 438, 439.

430 Kohler, Testamentarisches Familiengut, NJW 1957, 1173; ders., Das Teilungsverbot besonders beim testamentarischen Familiengut, DNotZ 1958, 245.

431 Nieder, a.a.O. (Fn. 149), Rd.-Nr. 766.

432 Palandt/Edenhofer, 53. Aufl. 1994, § 2043 BGB, Rd.-Nr. 3.

433 Eichler, Die Verfassung der Körperschaft und Stiftung, 1986, 88 f.; Riehmer, Körperschaften als Stiftungsorganisationen, 1993, 30 f.

434 Römer, Die Eignung der GmbH als Rechtsform für Stiftungszwecke, 1991, 21 f.; Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 143.



nach ihrem gesetzlichen Leitbild kein Instrument zur dauerhaften Erfüllung eines als unveränderlich vorgegebenen Zwecks dar<sup>435</sup>. Die Anpassung dieser Institutionen an die auf Dauer angelegten Zielvorstellungen eines Stifters stellt die juristische Vertragstechnik vor schwierige Aufgaben, die auf der Grundlage der weitreichenden vereinsrechtlichen und gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit zu bewältigen sind<sup>436</sup>. Ziel der Gestaltung ist es, durch Vorkehrungen in der Satzung die Macht der Mitglieder bzw. Gesellschafter zugunsten ihrer Bindung an den Stiftungszweck zu begrenzen und die Möglichkeiten der Erschwerung von Satzungsänderungs- und Auflösungsbeschlüssen zu nutzen<sup>437</sup>. Den geringeren Beschränkungen bei der Gründung von Stiftungskörperschaften und ihrer größeren Flexibilität während des Bestehens steht die nicht bestehende Gewähr für den Erhalt der ursprünglichen Vermögens-Zweck-Bindung gegenüber<sup>438</sup>. Dieser augenscheinliche Nachteil kann sich im Fall unvorhergesehener Änderungen der Gegebenheiten als Vorteil erweisen.

Körperschaften dürfen im Namen bzw. in der Firma den Begriff der „Stiftung“ führen, wenn sie als Treuhänder ein der Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewidmetes Vermögen für gemeinnützige Zwecke verwalten und durch einen Zusatz ihre Rechtsform eindeutig kennzeichnen, so daß die Gefahr einer Verwechslung mit einer selbständigen Stiftung ausgeschlossen ist<sup>439</sup>. Die Gefahr einer Täuschung des Rechtsverkehrs analog § 18 Abs. 2 HGB besteht auch nicht deshalb, weil der Begriff der „Stiftung“ nahelegt, die Körperschaft stünde wie eine rechtsfähige Stiftung unter staatlicher Aufsicht<sup>440</sup>. Erweckt eine Organisation durch die Verwendung des Begriffs der Stiftung in der Öffentlichkeit der unzutreffenden Eindruck, sie verwalte ein Zweckvermögen nach dem Willen eines Stifters, während sie in Wahrheit nur Spenden sammelt, darf sie nicht die Bezeichnung einer Stiftung führen<sup>441</sup>.

## I. Verein mit Stiftungszwecken

Als Ersatzform der Stiftung kommt der eingetragene Verein in Betracht, wenn der Gründer die Dominanz des Mitgliederwillens in Kauf nimmt und auf eine dauernde Übereinstimmung seines Willens mit dem der Mitglieder vertraut<sup>442</sup>. Das Zurücktreten des personalen Elements hinter die dauerhafte Erfüllung der Vereinsziele erfordert jedoch satzungsmäßige Vorkehrungen gegen die willkürliche Disposition über den Vereinszweck<sup>443</sup>. Die Gründung eines rechtsfähigen Vereins ist regelmäßig nur zur Verfolgung nicht wirtschaftlicher Zwecke zulässig (§§ 21, 22 BGB). Allerdings kommt Vereinen, die mittelbar an Wirtschaftsunternehmen beteiligt sind, die großzügige Auslegung des Nebenzwecksprivilegs durch die Rechtsprechung zugute<sup>444</sup>.

### 1. Satzungsänderung

Beim Verein mit Stiftungszwecken geht der Wille des Gründers regelmäßig dahin, die Möglichkeit von Satzungsänderungen, insbesondere aber der Zweckänderung weitestmöglich zu beschränken. Die Satzung kann darüber hinaus auch die Erhaltung des Vermögensgrundstocks zur dauerhaften Erfüllung des Vereinszwecks vorschreiben<sup>445</sup>. Die Änderung des Vereins-

zwecks bedarf eines einstimmigen Beschlusses (§ 33 Abs. 1 S. 2 BGB). Vereinszweck ist nur der „oberste Leitsatz“ des Vereins, während die konkrete Darstellung der Aufgaben und der zu ihrer Verwirklichung dienenden Mittel einfache Satzungsbestandteile darstellen<sup>446</sup>. Einfache Änderungen der Vereinsatzung bedürfen der Zustimmung von 3/4 der erschienen Mitglieder (§ 33 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Regelung ist dispositiv und kann in der Satzung abgewandelt werden<sup>447</sup>. Es ist daher möglich, auch für Satzungsänderungen den einstimmigen Beschluß aller Vereinsmitglieder vorzusehen<sup>448</sup>. Eine solche Regelung kann aber nach Treu und Glauben nichtig sein, wenn die vorgeschriebene Voraussetzung einer Änderung der Satzung praktisch nicht zu erfüllen sind<sup>449</sup>. Die Entscheidung über Satzungsänderungen kann auch einem bestimmten Vereinsorgan, etwa einem Beirat übertragen oder an dessen Zustimmung gebunden werden<sup>450</sup>.

Die Möglichkeit der Vereinsmitglieder, den Vereinszweck zu ändern, kann zwar erschwert, nicht jedoch völlig ausgeschlossen werden<sup>451</sup>. Die Befugnis zur Änderung der Satzung und des Vereinszwecks kann einem Vereinsmitglied als unentziehbares Sonderrecht zugewiesen werden<sup>452</sup>. Die Übertragung der Kompetenz zur Satzungs- und insbesondere zur Zweckänderung auf vereinsfremde Dritte ist unwirksam, da der Verein von der Willensbildung und Willensbetätigung seiner Mitglieder gesteuert sein muß<sup>453</sup>. Umstritten ist dagegen, ob und inwieweit Satzungsänderungen von der Zustimmung Dritter abhängig gemacht werden darf<sup>454</sup>. Zustimmungsvorbehalte Dritter sind zulässig, wenn die Vereinsmitglieder die Möglichkeit behalten, den Dritteinfluß wieder zu beseitigen<sup>455</sup>. Für Stiftungszwecke bedeutsam sind die aus verfassungsrechtlichen Gründen weitergehenden Möglichkeiten zur Einschränkung der Satzungsautonomie von Vereinen im religiös-kirchlichen Bereich<sup>456</sup>.

### 2. Auflösung

Das Recht zur Auflösung kann nicht ausgeschlossen werden. Die Vereinsmitglieder können den Verein mit einer Mehrheit von 3/4 der erschienenen Mitglieder auflösen, wenn die Satzung keine andere Mehrheit vorsieht (§ 41 BGB). Die Satzung kann jedoch die Zustimmung aller Mitglieder oder eines Vereinsorgans verlangen und bestimmten Mitgliedern ein Widerspruchsrecht gegen den Auflösungsbeschluß einräumen. Der Beschluß über die Auflösung des Vereins kann Dritten nicht übertragen werden<sup>457</sup>. Der Vorbehalt der Vereinsauflösung durch Genehmigung eines Dritten ist nur zulässig, wenn sie jederzeit und ohne Mitwirkung des Dritten widerruflich ist. Nach Auflösung des Vereins fällt das Vermögen an die in der Satzung oder von der Mitgliederversammlung benannten Anfallberechtigten (§ 45 Abs. 1 und 2 BGB). Bei Vereinen, die nicht ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder dienen, fällt das Vermögen mangels einer anderweitigen Bestimmung an den Fiskus, der es in einer dem Vereinszweck entsprechenden Weise zu verwenden hat (§§ 45 Abs. 3, 46 BGB). In der Stiftungssatzung sollte festgelegt werden, daß das Vereinsvermögen an eine Organisation fällt, die ähnliche Zwecke verfolgt und eine Fortführung der Zweckbestimmung gewährleistet<sup>458</sup>.

435 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 36.

436 Mestmäcker/Reuter, Deutschland in: Stiftungen in Europa, 1971, 109, 130.

437 Römer, a.a.O. (Fn. 434), 19.

438 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 151, 159.

439 Hachenburg/Heinrich, 8. Aufl. 1992, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 65.

440 OLG Stuttgart NJW 1964, 1231, 1232; a.A. Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, 14. Aufl. 1990, Rd.-Nr. 59.

441 BayObLG NJW 1973, 249.

442 MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 39.

443 Strickrodt, Der rechtsfähige Verein stiftungsartiger Struktur, NJW 1964, 2085, 2086.

444 Vgl. BGHZ 85, 84 (ADAC-Urteil); hierzu kritisch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, 559.

445 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 70.

446 BGHZ 96, 245, 251 f.

447 Soergel/Hadding, 12. Aufl. 1987, § 33 BGB, Rd.-Nr. 6.

448 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 71.

449 OLG Frankfurt DNotZ 1979, 620, 622; OLG Frankfurt OLGZ 1981, 391, 393.

450 Soergel/Hadding, 12. Aufl. 1987, § 33 BGB, Rd.-Nr. 6; Staudinger/Coing,

12. Aufl. 1980, § 33 BGB, Rd.-Nr. 6; teilweise a.A. Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 84, der nur Genehmigungsvorbehalte Dritter für wirksam hält.

451 Staudinger/Coing, 12. Aufl. 1980, § 33 BGB, Rd.-Nr. 6; Soergel/Hadding, 12. Aufl. 1987, § 33 BGB, Rd.-Nr. 7; MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 39; Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 75; a.A. RGRK-Steffen, 12. Aufl. 1982, § 33 BGB, Rd.-Nr. 7; Strickrodt, Der rechtsfähige Verein stiftungsartiger Struktur, NJW 1964, 2085, 2086.

452 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 80.

453 OLG Frankfurt OLGZ 1981, 391, 392 f. m.w.N.

454 Im einzelnen Beuthien/Gätsch, Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter, ZHR 156 (1992), 459, 462 ff.; Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 79 ff.

455 Beuthien/Gätsch, a.a.O. (Fn. 454), 476.

456 BVerfG NJW 1991, 2623; OLG Köln NJW 1992, 1048; LG Oldenburg JZ 1992, 250; hierzu: Flume Vereinsautonomie und kirchliche oder religiöse Vereinigungsfreiheit und das Vereinsrecht, JZ 1992, 238; Schockenhoff, Vereinsautonomie und Autonomie kirchlicher Vereine, NJW 1992, 1013; Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 80 ff.

457 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 85 ff.

458 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 68.

### 3. Mitgliedschaft

Zur Eintragung eines Vereins im Vereinsregister und der damit verbundenen Erlangung der Rechtsfähigkeit sind sieben Mitglieder erforderlich (§ 6 BGB). Unzulässig ist es, die Zahl der Gründungsmitglieder dadurch zu vermehren, daß von natürlichen Personen beherrschte juristische Personen als Mitglieder auftreten<sup>459</sup>. Die Zahl der Mitglieder sollte klein gehalten werden<sup>460</sup>. Sinkt ihre Zahl allerdings unter drei, kann das Registergericht dem Verein von Amts wegen die Rechtsfähigkeit entziehen (§ 73 BGB). In der Vereinssatzung sollte daher eine bestimmte Mindestmitgliederzahl festgelegt und einem Dritten die Möglichkeit eingeräumt werden, neue Mitglieder vorzuschlagen. Dem Verein dürfen neue Mitglieder allerdings nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden<sup>461</sup>. Die Vereinsmitgliedschaft ist als höchstpersönliches Recht weder veräußerlich noch vererblich. Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kann Dritten nicht überlassen werden (§ 38 BGB). Zur Sicherung der kontinuierlichen Zweckverfolgung kann einem Mitglied das Recht eingeräumt werden, seine Mitgliedschaft auf einen Dritten zu übertragen<sup>462</sup>.

Die dauerhafte Verpflichtung der Vereinsmitglieder, den vom Gründer „gestifteten“ Vereinszweck zu verfolgen, erfordert eine satzungsmäßige Beschränkung der Aufnahme neuer Mitglieder. Empfehlenswert ist die Anordnung eines Auswahlverfahrens, um die ausschließliche Aufnahme solcher Mitglieder zu gewährleisten, die für eine dauerhafte Verfolgung des ursprünglichen Vereinszwecks eintreten<sup>463</sup>. Es ist zulässig, die Mitgliedschaft an die Erfüllung bestimmter persönlicher oder sonstiger Bedingungen zu knüpfen, mit deren Wegfall die Mitgliedschaft automatisch wegfällt<sup>464</sup>. Die Voraussetzungen, unter denen ein Mitglied seine Mitgliedschaft verliert, müssen der Satzung mit hinreichender Bestimmtheit zu entnehmen sein<sup>465</sup>. Fraglich ist die Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung, die die freie, nicht an Gründe gebundene Ausschließung von Mitgliedern vorsieht<sup>466</sup>. Im Einzelfall kann der Wirksamkeit des Ausschlusses das Willkürverbot (§ 138 BGB) entgegenstehen<sup>467</sup>. Zulässig ist die Ausschließung aus wichtigen Grund. Einzelne wichtige Gründe, die den Ausschluß eines Mitglieds rechtfertigen, können in der Satzung festgelegt werden<sup>468</sup>. Die Ausschließung aus wichtigem Grund ist auch dann zulässig, wenn die Satzung keine entsprechende Bestimmung enthält<sup>469</sup>.

Der Vereinsgründer kann ein Interesse daran haben, daß die Mitglieder den Vereinszweck dauernd fördern und den Verein nicht verlassen. Der Austritt aus dem Verein darf jedoch nicht erschwert, sondern lediglich durch eine höchstens zweijährige Kündigungsfrist beschränkt werden (§ 39 BGB)<sup>470</sup>.

### 4. Rechtsstellung der Mitglieder

Die Rechte der Vereinsmitglieder bestehen in Teilhaberechten sowie im Vermögensrecht auf Benutzung der Vereinseinrichtungen und der Genuß sonstiger vom Verein gewährter Leistungen<sup>471</sup>. Grundsätzlich sind alle Mitglieder gleich zu behandeln<sup>472</sup>. Die Rechtsstellung einzelner Mitglieder kann unter-

schiedlich ausgestaltet sein<sup>473</sup>. Bestimmten Mitgliedern können in der Satzung Sonderrechte eingeräumt werden, die diesen nur mit ihrer Zustimmung entzogen werden können (§ 35 BGB)<sup>474</sup>. Dem Vereinsgründer selbst oder anderen Personen kann ein Anspruch auf die Übernahme oder Besetzung bestimmter Vorstandsämter, Vetorechte oder erhöhte Stimmrechte eingeräumt werden<sup>475</sup>. Die Besetzung des Vorstands kann auf ein besonderes Vereinsorgan, etwa einen Beirat übertragen werden<sup>476</sup>. Die Vermögensrechte des Mitglieds werden bei stiftungsähnlichen Vereinen in der Satzung regelmäßig ausgeschlossen<sup>477</sup>. Beim Austritt aus dem Verein hat ein Mitglied kraft Gesetzes keinen Anspruch auf Rückerstattung der erbrachten Leistungen oder auf Auszahlung eines Abfindungsguthabens<sup>478</sup>. Die Rückgewähr von Beiträgen an die Vereinsmitglieder führt bei Vereinen – anders als bei gemeinnützigen Stiftungen und Kapitalgesellschaften – zur Aberkennung der Gemeinnützigkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 AO)<sup>479</sup>.

### II. Stiftungs-GmbH

Eine GmbH kann zur Verfolgung jedes beliebigen Zwecks gegründet werden (§ 1 GmbHG)<sup>480</sup>. Ihre Gründung kann auch der Verwirklichung nicht erwerbswirtschaftlicher, uneigennütziger Ziele dienen. Die GmbH kann mit der Verwaltung eines entsprechend dem Willen des Gründers („Stifters“) zweckgebundenen Vermögens beauftragt und mit einer stiftungsähnlichen Verfassung ausgestattet werden<sup>481</sup>. Die Verfolgung atypischer Zwecke und die Schaffung atypischer Verbandsstrukturen ist zulässig<sup>482</sup>. Die Grenzen, die der Annäherung des Vereins an die Stiftung gezogen sind, gelten erst recht für die GmbH, bei welcher sowohl die Mitwirkungsrechte als auch die vermögensrechtliche Stellung der Gesellschafter stärker ausgeprägt sind<sup>483</sup>.

#### 1. Satzungsänderung

Die den Gesellschaftern zustehende Möglichkeit der Satzungsänderung kann den Bestand der GmbH als stiftungsähnliche Organisation gefährden. Dem Gründer der Gesellschaft wird es regelmäßig darauf ankommen, die Änderung der Satzung, insbesondere des Gesellschaftszwecks weitestgehend zu beschränken. Die Gründung einer GmbH weist andererseits gegenüber der Stiftung den Vorteil auf, flexible Anpassungen der Satzung an sich verändernde Gegebenheiten zu ermöglichen<sup>484</sup>.

#### a) Gesellschaftszweck

Der Formulierung des Gesellschaftszwecks kommt besondere Bedeutung zu, wenn der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) lediglich als Mittel der Verfolgung ideeller und karitativer Zwecke dient<sup>485</sup>. Die Änderung des Gesellschaftszwecks ist – anders als die Änderung des Unternehmensgegenstandes – nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich<sup>486</sup>. Die Satzung kann die Gesellschafter jedoch nicht wirksam daran hindern, jedenfalls durch einstimmigen Beschluß die der Respektierung des Gründerwillens

459 OLG Stuttgart OLGZ 1983, 307.

460 Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 39.

461 Rieher, a.a.O. (Fn. 433), 70.

462 Rieher, a.a.O. (Fn. 433), 92.

463 Rieher, a.a.O. (Fn. 433), 90 f.

464 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 38 BGB, Rd.-Nr. 3; BGH WM 1978, 1066, 1067.

465 Reichert/Dannecker, Handbuch des Vereinsrechts, 5. Aufl. 1993, Rd.-Nr. 697 ff.

466 So Reichert/Dannecker, a.a.O. (Fn. 465), Rd.-Nr. 1612 f.; obiter dictum auch RGZ 88, 193, 196; a.A. Reuter, Der Ausschluß aus dem Verein, NJW 1987, 2401, 2505 f.; Hadding/van Look, Zur Ausschließung aus Vereinen bürgerlichen Rechts, ZGR 1988, 270, 276.

467 Reichert/Dannecker, a.a.O. (Fn. 465), Rd.-Nr. 1613.

468 Rieher, a.a.O. (Fn. 433), 96.

469 Reichert/Dannecker, a.a.O. (Fn. 465), Rd.-Nr. 1625.

470 Reichert/Dannecker, a.a.O. (Fn. 465), Rd.-Nr. 666, 685.

471 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 38 BGB, Rd.-Nr. 1; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, 589 f.

472 BGHZ 47, 381, 386.

473 Palandt/Heinrichs, 53. Aufl. 1994, § 38 BGB, Rd.-Nr. 2.

474 K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 471), 591.

475 Rieher, a.a.O. (Fn. 433), 90; K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 471), 591.

476 BayObLG DNotZ 1984, 485.

477 Rieher, a.a.O. (Fn. 433), 67.

478 Soergel/Hadding, 12. Aufl. 1987, § 39 BGB, Rd.-Nr. 9.

479 Märkle, Der Verein im Zivil- und Steuerrecht, 7. Aufl. 1990, 139.

480 Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 1 GmbHG, Rd.-Nr. 24; Winkler, Nichtgewerbliche, ideale, insbesondere politische Zielsetzungen als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, NJW 1970, 449, 450.

481 Römer, a.a.O. (Fn. 434), 19.

482 K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 471), 94 ff.

483 MünchKomm/Reuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 40.

484 Römer, a.a.O. (Fn. 434), 74 f.

485 Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl. 1984, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 95; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1993, § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 5.

486 Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 21; Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl. 1984, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 95.

dienenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages abzuändern<sup>487</sup>. Dies kann auch nicht über die Androhung des Verlusts der Gesellschafterstellung erzwungen werden<sup>488</sup>.

#### b) Erschwerung der Satzungsänderung

Die Gründergesellschafter können auch Vorkehrungen gegen weitere, nicht den Gesellschaftszweck betreffende Änderungen der Satzung treffen. So können über die gesetzlich vorgesehenen Erschwernisse der Satzungsänderung –  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit und notarielle Beurkundung – weitere Erfordernisse aufgestellt werden (§ 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Die im Gesetz vorgesehenen Mehrheiten zur Satzungsänderung können erhöht werden<sup>489</sup>. Insbesondere ist die erschwerte Änderung der von der Gesellschaft verfolgten Förderziele, die nicht den Gesellschaftszweck selbst ausmachen, möglich. Der Preis des höheren Mehrheitserfordernisses besteht allerdings in der mangelnden Flexibilität bei veränderten Verhältnissen, weshalb nur die Änderung der für die Funktion der Gesellschaft bedeutsamen Regelungen erschwert werden sollte<sup>490</sup>. Eine Regelung, wonach ein Satzungsändernder Beschluß die Pflicht zur unentgeltlichen Übertragung des Geschäftsanteils auf Dritte auslöst, verstößt gegen das unverzichtbare Recht der Satzungsautonomie der Gesellschaft<sup>491</sup>. Mit der Mitgliedschaft können statutarische, und somit nicht durch Gesellschafterbeschluß entziehbare Sonderrechte verbunden werden<sup>492</sup>. Diese Sonderrechte können zugunsten der Person eines Gesellschafters oder eines Geschäftsanteil bestehen und sind nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters entziehbar<sup>493</sup>. Dazu kann auch der Vorbehalt eines Gesellschafters zum Beschluß über Satzungsänderungen gehören. Die Satzung einer GmbH kann Stimmrechtsvereinbarungen vorsehen, wonach einzelne Gesellschafter allgemein oder in bestimmten Fällen vom Stimmrecht ausgeschlossen oder in ihrem Stimmrecht beschränkt werden können<sup>494</sup>.

Die Einräumung eines eigenen Stimmrechts in Gesellschaftsangelegenheiten an außenstehende Dritte verstößt gegen die zwingend mit der Mitgliedschaft verbundene Befugnis zur Leitung der Gesellschaft<sup>495</sup>. Ebenso wenig ist die Übertragung der Befugnis zur Satzungsänderung auf Dritte, etwa einen Beirat, zulässig<sup>496</sup>. Satzungsänderungen können schließlich nicht von der Genehmigung eines Gesellschaftsorgans oder eines Dritten abhängig gemacht werden<sup>497</sup>. Denkbar ist dagegen der Abschluß von Stimmbindungsverträgen, durch welche die Gesellschafter sich verpflichten, bestimmte Satzungsänderungen zu unterlassen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zu beschließen. Stimmbindungsverträge gegenüber Mitgesellschaftern oder Dritten werden allgemein für zulässig erachtet<sup>498</sup>. Ebenso wird die Statthaftigkeit einer Stimmrechtsbindung gegenüber der Gesellschaft oder ihren Organen von der überwiegenden Ansicht bejaht<sup>499</sup>. Der Abschluß einer derartigen Stimmbindungsvereinbarung kann in der Satzung der Gesellschaft zur Bedingung des Eintritts eines neuen Gesellschafters gemacht werden<sup>500</sup>. Ungeklärt ist, in welchem Umfang die Gesellschaft selbst sich durch schuldrechtliche Vereinbarungen mit Dritten, zu Satzungsänderungen oder deren Unterlassung verpflichten kann<sup>501</sup>.

#### c) Treuhänderische Bindung der Gesellschafter

Die Bindung an den Willen der Gründer der Gesellschaft kann auch nicht über ein Treuhandverhältnis herbeigeführt werden, da es ein Treuhandverhältnis gegenüber abstrakten Zwecken nach deutschem Recht nicht gibt<sup>502</sup>. Denkbar ist nur ein Treuhandverhältnis zwischen Gründer und Gesellschaft des Inhalts, das Gesellschaftsvermögen nur zu bestimmten Zwecken zu verwenden, oder eine Vereinbarung zwischen einem Gesellschafter und seinem Rechtsnachfolger, den übertragenen Geschäftsanteil nur in einer bestimmten Weise zu verwalten und weiteren Rechtsnachfolgern dieselben Verpflichtungen aufzuerlegen<sup>503</sup>. Die Gesellschafter können Nebenabreden in die Satzung aufnehmen mit der Folge, daß diese den jeweiligen Anteilsinhaber treffen, oder als schuldrechtliche Vereinbarungen, die lediglich die gegenwärtigen Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern binden<sup>504</sup>. Die Aufnahme einer Bestimmung in die GmbH-Satzung, wonach der Verstoß gegen schuldrechtliche Nebenabreden organisationsrechtliche Sanktionen auslöst, begegnet keinen Bedenken, sofern sich der Inhalt der Vereinbarungen dem Handelsregister entnehmen läßt<sup>505</sup>. Die Vereinbarung einer Weisungsbefugnis des Treugebers ist auch bei Satzungsänderungen zulässig<sup>506</sup>. Zweifelhaft ist, ob die Ausübung des Stimmrechts dem Treugeber vorbehalten werden kann oder ob dies unter dem Gesichtspunkt des Abspaltungsverbots verwehrt ist<sup>507</sup>. Der Widerruf des schuldrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages durch den Treugeber (§ 671 BGB) ist bei unentgeltlichen Treuhandverträgen unabdingbar<sup>508</sup>.

## 2. Auflösung

Dem Gründer einer GmbH mit stiftungsähnlichen Zwecken ist daran gelegen, daß die von ihm begünstigten Zwecke auf Dauer verwirklicht werden. Die Unauflöslichkeit der GmbH kann nicht wirksam angeordnet werden, jedoch kann die Satzung für den Auflösungsbeschluß eine größere Mehrheit, bis zur Einstimmigkeit aller Gesellschafter verlangen. Die Auflösung der Gesellschaft erfordert eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Die Befugnis zur Auflösung kann ebenso wenig wie die zur Satzungsänderung einem Gesellschaftsorgan oder Dritten übertragen oder von deren Zustimmung abhängig gemacht werden<sup>509</sup>. Wie bei der Satzungsänderung können die Gesellschafter jedoch durch Vereinbarung verpflichtet werden, die Auflösung der Gesellschaft nicht oder nur unter bestimmten Umständen zu beschließen.

## 3. Beschränkung des Gesellschafterkreises

Gefahr droht der dauerhaften Verfolgung des vom Gründer festgelegten Zwecks der Gesellschaft vom Wechsel ihrer Mitglieder. Eine GmbH ohne Gesellschafter (Kein-Mann-GmbH) als Zweckvermögen zur Erfüllung eines Stiftungszwecks ist mit der körperschaftlichen Struktur der GmbH unvereinbar<sup>510</sup>. Der Kreis der Gesellschafter läßt sich durch Festlegung bestimmter Eigenschaften, einer bestimmten Herkunft oder Funktion beschränken, was im Einzelfall jedoch zu mangelnder Flexibilität

487 Reuter, Probleme der Unternehmensnachfolge, ZGR 1991, 467, 485.

488 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 115.

489 Römer, a.a.O. (Fn. 434), 76 f.; Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 108.

490 Römer, a.a.O. (Fn. 434), 77.

491 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 112.

492 Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 6.

493 Buchholz, Rechtsnachfolge in GmbH-Geschäftsanteile, MittRhNotK 1991, 1, 3.

494 Mayer, Die Zulässigkeit von Stimmrechtsvereinbarungen im GmbH-Recht, GmbHR 1990, 61.

495 Scholz/K. Schmidt, 7. Aufl. 1988, § 47 GmbHG, Rd.-Nm. 19 f.

496 Scholz/Priester, 7. Aufl. 1988, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 60; Robertz, Der Beirat als freiwilliges Organ der Gesellschaft, MittRhNotK 1991, 239, 242.

497 RGZ 169, 65, 80 f.; Priester, Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, FS Werner, 1984, 657, 671 f.; Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl. 1979, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 76; a.A. Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 114.

498 Herriger, Stimmrechtsbindung im GmbH-Recht, MittRhNotK 1993, 269, 271, 273.

499 BGH ZIP 1983, 432; OLG Köln GmbHR 1989, 76; Scholz/K. Schmidt, 7. Aufl. 1988, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 41; Hachenburg/Schilling, 7. Aufl. 1979, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 29; Herriger, a.a.O. (Fn. 498), 274; a.A. Zöllner, Zu Schran-

ken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, ZHR 155 (1991), 168, 184; Piehler, Die Stimmbindungsabrede bei der GmbH, DStR 1992, 1654, 1657.

500 Römer, a.a.O. (Fn. 434), 82 f.

501 Hierzu Fleck, Schuldrechtliche Verpflichtungen einer GmbH im Entscheidungsbereich der Gesellschafter, ZGR 1988, 104, 113.

502 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 104; a.A. Soergel/Neuhoff, 12. Aufl. 1987, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 39.

503 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 104 ff.

504 BGH GmbHR 1993, 214, 215.

505 Winter, Satzungsergänzende schuldrechtliche Nebenabreden, ZHR 154 (1990), 259, 281 f.

506 Priester, a.a.O. (Fn. 497), 672 f.; Breuer, Treuhandverhältnisse im Gesellschaftsrecht, MittRhNotK 1988, 79, 87.

507 Hierzu Fleck, Stimmrechtsabspaltung in der GmbH?, FS Fischer, 1979, 107, 127.

508 MünchKommReuter, 3. Aufl. 1993, vor § 80 BGB, Rd.-Nr. 41.

509 Riehmer, a.a.O. (Fn. 433), 117 f.

510 Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 33 GmbHG, Rd.-Nr. 87; Scholz/Westermann, 8. Aufl. 1993, § 33 GmbHG, Rd.-Nr. 44; a.A. nur Kreutz, Von der Einmann- zur „Keinmann“-GmbH? FS Stimpel, 1985, 379.

bei nicht vorhersehbaren Entwicklungen führen kann<sup>511</sup>. Der Wegfall der statutarisch festgeschriebenen Voraussetzungen hat allerdings nicht die unmittelbare Einbuße der Gesellschaftsterstellung zur Folge<sup>512</sup>. Ebenso wenig ist die automatische Einziehung des Geschäftsanteils zulässig<sup>513</sup>. Der Verlust dieser Voraussetzung berechtigt die Gesellschaft jedoch zur Ausschließung des betreffenden Gesellschafters. Die Gründe für den Ausschluß eines Gesellschafters müssen der Satzung hinreichend bestimmt zu entnehmen sein<sup>514</sup>. Ein freies Hinauskündigungsrecht ist nur unter außergewöhnlichen Umständen sachlich gerechtfertigt, etwa bei einer treuhänderähnlichen Stellung des Gesellschafters<sup>515</sup>. Von der gesellschaftsrechtlichen Ausschließungsmöglichkeit zu unterscheiden sind schenkungsrechtliche Rückforderungsrechte. Die unentgeltliche Zuwendung einer Gesellschaftsbeteiligung kann mit einem freien Widerrufsvorbehalt verbunden werden<sup>516</sup>.

Die Abtretung der Geschäftsanteile kann durch Vinkulierung beschränkt werden (§ 15 Abs. 5 GmbHG). Die Gesellschafter können durch Genehmigungsvorbehalte und Erwerbsrechte Einfluß auf die Aufnahme neuer Gesellschafter nehmen<sup>517</sup>. Die Abtretung kann auch an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden<sup>518</sup>. Die Satzung der GmbH kann die Erklärung der Zustimmung von einem vorherigen Gesellschafterbeschuß abhängig machen, für den bei Stiftungs-GmbHs eine qualifizierte Mehrheit vorgesehen werden sollte<sup>519</sup>. Ferner ist es zulässig, die Zustimmung zur Anteilsabtretung an die Genehmigung eines Gesellschaftsorgans oder Dritter zu knüpfen<sup>520</sup>. Zum Schutz vor dem Eindringen unerwünschter Gesellschafter können ferner Vorkaufs- und Erwerbsrechte vorgesehen werden<sup>521</sup>. Die Vererblichkeit der Geschäftsanteile kann dagegen nicht beschränkt werden<sup>522</sup>. Den hieraus resultierenden Gefahren für den Erhalt der Zweckbindung bei der Stiftungs-GmbH ist durch einen Ausschluß der Erben zu begegnen<sup>523</sup>. Die Satzung der Gesellschaft kann vorsehen, daß die Rechtsnachfolger eines verstorbenen Gesellschafters den Geschäftsanteil entweder auf die Gesellschaft oder Dritte zu übertragen oder dessen Einziehung zu dulden haben<sup>524</sup>. Eine Zweckbindung der Gesellschaftsbeteiligung läßt sich in den zeitlichen Grenzen des § 2210 BGB auch durch Anordnung von Testamentsvollstreckung sichern<sup>525</sup>.

Die Gesellschafter können das Recht der Kündigung aus wichtigem Grund nicht wirksam ausschließen<sup>526</sup>. Das Recht des Austritts aus der Gesellschaft sollte bei einer ideellen Zwecken verpflichteten GmbH als freies Austrittsrecht ausgestaltet werden, da diese mehr noch als andere Gesellschaften auf den freiwilligen Einsatz ihrer Mitglieder angewiesen ist<sup>527</sup>. Der Ausschließung von Gesellschaftern, die keine Gewähr mehr für die Erfüllung des Gesellschaftszwecks bieten, dienen Bestimmungen über die Zwangseinziehung, Abtretungspflicht oder Zwangsabtretung des Geschäftsanteils<sup>528</sup>.

#### 4. Vermögensrechte der Gesellschafter

Der Kernbereich des Mitgliedschaftsrechts eines Gesellschafters, wie etwa Teilnahme- und Auskunftsrechte können nicht durch Satzung ausgeschlossen werden<sup>529</sup>. Der Ausschluß aller Gesellschafter vom Gewinn ist dagegen aufgrund ausdrücklicher Satzungsbestimmung zulässig<sup>530</sup>. Ebenso bestehen keine Bedenken gegen eine Regelung, wonach der Liquidationserlös an andere Personen als die Gesellschafter verteilt wird<sup>531</sup>. Der Ausschluß oder die Beschränkung des Abfindungsanspruchs ist bei einer GmbH mit ideellen Zwecken unbedenklich<sup>532</sup>. Wirksam ist der entschädigungslose Wegfall einer Gesellschaftsbeteiligung nach Einziehung im Todesfall oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Bei der Rückgewähr der eingebrachten Stammeinlage entsteht ein krasses Mißverhältnis zwischen Abfindungsentgelt und dem Wert des Geschäftsanteils nicht, da die Stiftungs-GmbH üblicherweise keine Erträge ausschüttet.

#### 5. Aufsicht durch Dritte

Die Bestellung von Geschäftsführern durch Dritte widerspricht dem unabdingbaren Leitungsrecht der Gesellschafter, während die Ausübung von Kontrollbefugnissen durch Dritte, etwa durch die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern oder durch die Wahrnehmung sonstiger Mitsprache- und Verwaltungsrechte zulässig ist. Eine entsprechende Regelung in der Satzung begründet jedoch keine Rechte des Dritten, sondern eröffnet lediglich den Gesellschaftern die Befugnis, die Einschaltung des Dritten zu verlangen<sup>533</sup>. Einem Beirat kann neben der Kontrolle der Geschäftsführung die Beschlußfassung über bedeutende Angelegenheiten und die Bestellung der Geschäftsführung übertragen werden<sup>534</sup>. Ob dem Beirat Gesellschafterbefugnisse übertragen werden könne, ist im einzelnen streitig und uneingeschränkt nur zu bejahen, wenn der Beirat von den Gesellschaftern bestellt wird<sup>535</sup>.

#### E.

#### Steuervergünstigung wegen Gemeinnützigkeit

Die Verfolgung dauerhafter Zwecke erfolgt häufig in gemeinnütziger Absicht. Die steuerlichen Vorschriften über die Anerkennung der Gemeinnützigkeit betreffen alle Körperschaften im Sinne des KStG (§§ 51 S. 2 AO, 1 Abs. 1 KStG). Die nahezu konfiskatorische Besteuerung der Stiftungserrichtung führt dazu, daß „normale“ Stiftungen seit vielen Jahren kaum noch errichtet werden<sup>536</sup>. Die Mehrzahl der in Deutschland bestehenden Stiftungen dient der Förderung kultureller, wissenschaftlicher oder sozialer Zwecke. Die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit ist bei Stiftungen daher die Regel<sup>537</sup>. Sie stellt einen Anreiz zur Gründung von Stiftungen dar<sup>538</sup>. Begünstigt werden als gemeinnützig anerkannten Betätigungen, deren ausschließliches Ziel in der selbstlosen und unmittelbaren Förderung der Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichen Gebiet besteht (§§ 52 ff. AO)<sup>539</sup>. Der in § 52 Abs. 2

511 Riehm, a.a.O. (Fn. 434), 119; Römer, a.a.O. (Fn. 434), 44 f.

512 Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 85.

513 Baumann, Die Ausschließung von GmbH-Gesellschaftern, MittRhNotK 1991, 271, 281 m.w.N.

514 Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 38; Scholz/Westermann, 8. Aufl. 1993, § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 13; Baumann, a.a.O. (Fn. 513), 273, 280.

515 BGH NJW 1990, 2622, 2623 = BB 1990, 1578; BGHZ 81, 263, 269; zum ganzen Heinemann, Gesellschaft am seltenen Faden, ZHR 155 (1991), 447, 464 ff.

516 K. Schmidt, Die Schenkung von Personengesellschaftsanteilen durch Einbuchung, BB 1990, 1992, 1996 f.

517 Buchholz, a.a.O. (Fn. 493), 4.

518 Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 17.

519 Riehm, a.a.O. (Fn. 433), 121.

520 Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 115; Riehm, a.a.O. (Fn. 433), 122 f.; a.A. Scholz/Winter, 8. Aufl. 1993, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 92.

521 Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 26; Römer, a.a.O. (Fn. 434), 45 ff.

522 Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1992, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 5; Scholz/Winter, 8. Aufl. 1993, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 21.

523 Riehm, a.a.O. (Fn. 433), 133.

524 K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 471), 875 ff.; Buchholz, a.a.O. (Fn. 493), 41 f.; Baumann, a.a.O. (Fn. 513), 279 f.

525 Hierzu Schmellenkamp, Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen, MittRhNotK 1986, 181, 182.

526 BGHZ 116, 359, 369 = DNotZ 1992, 521 = MittRhNotK 1992, 54.

527 Römer, a.a.O. (Fn. 434), 55.

528 Riehm, a.a.O. (Fn. 433), 126 ff.; Römer, a.a.O. (Fn. 434), 71 ff.

529 Buchholz, a.a.O. (Fn. 493), 2.

530 Hachenburg/Goerdeler/Müller, 8. Aufl. 1992, § 29 GmbHG, Rd.-Nr. 58.

531 Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 72 GmbHG, Rd.-Nr. 9.

532 Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1990, § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 98; Ulmer, Wirksamkeitsschranken gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln, NJW 1979, 81, 84; Riehm, a.a.O. (Fn. 433), 101 f.

533 Ulmer, Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?, FS Werner, 1984, 911, 920 ff.

534 Im einzelnen Robertz, Der Beirat als freiwilliges Organ der Gesellschaft, MittRhNotK 1991, 239, 241 f.

535 K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 471), 922.

536 Binz, Die Familienstiftung – Renaissance einer Rechtsform für Familienunternehmen?, StJB 1987/88, 145, 150; in Nordrhein-Westfalen sind über 95% aller neu errichteten Stiftungen gemeinnützig (Antwort der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vom 27. 6. 1993 auf eine kleine Anfrage, LT-Drucks. 11/5758).

537 Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nr. 1.

538 Seifart/Hof, a.a.O. (Fn. 16), § 7, Rd.-Nr. 125.

539 Im einzelnen Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nm. 16 ff.

AO angeführte Beispielskatalog ist nicht abschließend und stellt lediglich eine Auslegungshilfe dar<sup>540</sup>.

Die vom Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen erarbeitete Mustersatzung für die Errichtung von selbständigen Stiftungen ist im Einvernehmen mit dem Finanzminister unter Berücksichtigung der Anerkennung der Gemeinnützigkeit entworfen worden<sup>541</sup>. Im Verfahren über die Genehmigung der Stiftung prüft das Finanzministerium bereits anhand der eingereichten Satzung, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen der Gemeinnützigen Vereins oder einer gemeinnützigen GmbH empfiehlt sich die Orientierung an den vom Bundesfinanzministerium veröffentlichten Mustersatzungen<sup>543</sup>. Bei Zweifeln über die Anerkennung der Gemeinnützigkeit besteht die Möglichkeit, bei der Finanzverwaltung eine verbindliche Auskunft einzuholen<sup>544</sup>.

## 1. Wirkungen der Gemeinnützigkeit

Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit hat die Befreiung von der Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer (§ 13 Abs. 1 Nr. 16 b, Nr. 17 ErbStG)<sup>545</sup>, der Körperschaftssteuer (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG), der Vermögenssteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 VStG) sowie die Ermäßigung des Umsatzsteuersatzes auf die Hälfte (§ 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG) zur Folge. Für gemeinnützige Stiftungen hat der Ausschuß von der Körperschaftssteueranrechnung zur Konsequenz, daß die auf den Dividenden der Stiftung ruhende Ausschüttungsbelastung von 30 % endgültig ist (§ 51 KStG)<sup>546</sup>. Wer Gegenstände, die er selbst geerbt oder als Geschenk erhalten hat, innerhalb von zwei Jahren in eine gemeinnützige Stiftung einbringt, wird nachträglich von der Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer befreit (§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 ErbStG)<sup>547</sup>. Dies gilt allerdings nicht für gemeinnützige Stiftungen, die Leistungen an den Stifter oder dessen nächste Angehörige erbringen (§§ 29 Abs. 1 S. 2 ErbStG, 58 Nr. 5 AO – hierzu unten 5.)<sup>548</sup>. Die Vermögensausstattung der Stiftung und spätere Zuwendungen können innerhalb bestimmter Höchstgrenzen als Spenden steuerlich geltend gemacht werden (§§ 10 b Abs. 1 EStG, 9 Nr. 3 a KStG). Die Abzugsfähigkeit besteht nicht, wenn lediglich die Stiftungserträge steuerbegünstigten Zwecken zukommen, während das Vermögen der Stiftung nach Auflösung an den Stifter zurückfällt<sup>549</sup>. Sind die Voraussetzungen des Spendenabzugs nicht erfüllt, kommt die Ausstattung der Stiftung mittels einer „Durchlaufspende“ über eine juristische Person des öffentlichen Rechts in Betracht<sup>550</sup>. Der bei der Herausnahme betrieblicher Wirtschaftsgüter realisierte Buchgewinn in Höhe der Differenz von Verkehrswert und Teilwert ist nicht zu versteuern bei Zuwendungen an als gemeinnützig anerkannte Stiftungen (§§ 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 a EStG, 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG)<sup>551</sup>.

Weitere Folge der Anerkennung der Gemeinnützigkeit ist die Erlangung der Gebührenermäßigung des § 144 Abs. 2 KostO<sup>552</sup>. Landesrechtliche Vorschriften können ferner Befreiung von den Gerichtskosten gewähren (§ 11 Abs. 2 S. 2 KostO)<sup>553</sup>.

## 2. Vermögensbindung

Nach der Satzung muß gewährleistet sein, daß das Vermögen der Körperschaft dauerhaft und ausschließlich steuerbegün-

stigten Zwecken zugeführt wird. Die Satzung muß die Zwecke und seine Verwirklichung so genau bezeichnen, daß anhand der Satzung eine Überprüfung der Gemeinnützigkeit möglich ist (§ 60 Abs. 1 AO)<sup>554</sup>. Die Vermögensbindung zu gemeinnützigen Zwecken muß in der Weise gesichert sein, daß der steuerbegünstigte Zweck, für den das Vermögen nach Auflösung und Aufhebung der Körperschaft oder Wegfall des bisherigen Zwecks zu verwenden ist, in der Satzung angeführt wird (§§ 55 Abs. 1 Nr. 4, 61 Abs. 1 AO). Ist eine genaue Bezeichnung nicht möglich, so muß die Satzung vorsehen, daß die künftige Verwendung des Vermögens nur mit Einwilligung der Finanzbehörde erfolgen darf (§ 61 Abs. 2 AO). Bei unter staatlicher Aufsicht stehenden Stiftungen kann von einer satzungsmäßigen Festlegung der Vermögensbindung abgesehen werden (§ 62 AO). Die Satzung einer steuerbegünstigten Stiftung darf nicht vorsehen, daß das Vermögen an den Stifter zurückfällt<sup>555</sup>. Zur Vermeidung von Zweifeln empfiehlt sich die Aufnahme einer salvatorischen Klausel des Inhalts, daß das Vermögen nach Auflösung und Aufhebung der Stiftung oder Fortfall des ursprünglichen Zwecks steuerbegünstigten Zwecken zuzuführen ist. Die als gemeinnützig anerkannte Körperschaft darf ferner keine Person durch zweckfremde Ausgaben oder unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 AO).

## 3. Ertragsverwendung und Rücklagenbildung

Die von der steuerbegünstigten Körperschaft erwirtschafteten Erträge sind zeitnah für gemeinnützige Zwecke zu verwenden und dürfen nicht angesammelt werden<sup>556</sup>. Die Zulässigkeit der Thesaurierung von Erträgen ist im einzelnen umstritten<sup>557</sup>. Das Gesetz erlaubt zum einen die Bildung einer zweckgebundenen Rücklage für bestimmte Vorhaben, soweit diese erforderlich sind, um die satzungsmäßigen Aufgaben zu erfüllen (§ 58 Nr. 6 AO)<sup>558</sup>. Die Ansammlung einer Rücklage ist einer gemeinnützigen Körperschaft ferner gestattet zur Erhaltung ihrer prozentualen Beteiligung an einer Gesellschaft durch Teilnahme an Kapitalerhöhungen (§ 58 Nr. 7 b AO)<sup>559</sup>. Schließlich dürfen steuerbegünstigte Körperschaften eine freie Rücklage in Höhe von höchstens einem Viertel ihres jährlichen Einnahmeüberschusses bilden<sup>560</sup>.

## 4. Wirtschaftliche Betätigung

Gemeinnützige Körperschaften müssen grundsätzlich ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke verfolgen und dürfen die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel nur für diese Zwecke verwenden (§§ 56, 57 AO). Steuerunschädlich ist die Unterhaltung eines Zweckbetriebes, der lediglich der satzungsgemäßen Verwirklichung der gemeinnützigen Ziele dient (§§ 65 bis 68 AO)<sup>561</sup>. Unterhält die gemeinnützige Körperschaft zur Erzielung von Einnahmen einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, so entfällt die Steuerbegünstigung nicht gänzlich, sondern nur hinsichtlich der dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzurechnenden Besteuerungsgrundlagen, wenn die durch ihn erzielten Einnahmen 60.000 DM pro Jahr übersteigen (§ 64

540 Tipke/Lang, Steuerrecht, 13. Aufl. 1991, 661 f.

541 Runderlaß des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20. 5. 1978, Anlage 2 (abgedruckt bei: Kottenberg/Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand August 1992, § 87 GO, B VI 159 ff.)

542 Rundverfügung der OFD Düsseldorf vom 16. 12. 1982, Wpg. 1983, 92, 94.

543 Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nr. 80; Einführungserlaß AO 1977, Anlagen 1 und 2 zu § 60 AO (BStBl. 1976 I, 579, 587 f.).

544 Erlaß des Bundesfinanzministeriums vom 24. 6. 1987 (BStBl. 1987 I, 474).

545 Hierzu Erlaß des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 13. 7. 1993, BB 1993, 1510.

546 Hierzu: Vogel, Arbeitsschwernisse für gemeinnützige und mildtätige Stiftungen durch die Körperschaftssteuerreform, DB 1980, Beil. 11, 1; Neuhoß, Auswirkungen und Systemwidrigkeiten der Körperschaftssteuerreform 1977, DB 1980, Beil. 11, 6; der Bundesfinanzhof hält diese Regelung für mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar (BFH DB 1991, 1616 – gegen das Urteil ist Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG eingelegt).

547 Hierzu Erlaß des Finanzministeriums Nordrhein-Westfalen vom 28. 1. 1991, DStR 1991, 384.

548 Troil, Zur erbschaftssteuerlichen Vorschrift in dem neuen Kultur- und Stiftungsförderungsgesetz, DB 1991, 672, 673; Goerdeler, Stiftungen in der Bundesrepublik aus heutiger Sicht, FS Heinsius, 1991, 169, 181.

549 BFH DB 1992, 1967, 1968.

550 BGH WM 1992, 531 zur Hinweispflicht des Steuerberaters.

551 Pöllath, Das Kultur- und Sportförderungsgesetz – Steuerliche Förderung von Kunst, Kultur und Stiftungen, NJW 1991, 2608, 2610.

552 Hierzu Mümmeler, Betrachtungen zur Neufassung des §§ 143, 144 KostO, Jur-Büro 1990, 145, 146 ff.

553 Für Nordrhein-Westfalen: § 1 Abs. 2 des Gesetzes über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit vom 21. 10. 1969 (GVBl. NW 1969, 725).

554 BFH BB 1979, 1024; Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nr. 81.

555 BFH DB 1992, 1967, 1968 zum Spendenabzug nach § 9 Nr. 3a KStG.

556 Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nr. 51 f.

557 Vgl. Neuhoß, Offene Fragen der Rücklagenbildung, DB 1987, Beil. 10, 1; Lex, Rücklagenpolitik in der Praxis steuerbegünstigter Körperschaften, DB 1987, Beil. 10, 4; Schindler, Die Eigenkapitalfinanzierung von Unternehmen durch steuerbegünstigte Körperschaften, DB 1987, Beil. 10, 6.

558 Seifart/Drth, a.a.O. (Fn. 16), § 37, Rd.-Nr. 234; Goerdeler, Zu den Rücklagen im Gemeinnützigkeitsbereich, FS Beusch, 1993, 287, 298.

559 Seifart/Orth, a.a.O. (Fn. 16), § 37, Rd.-Nr. 235; Goerdeler, a.a.O. (Fn. 558), 289 ff.

560 Seifart/Drth, a.a.O. (Fn. 16), § 37, Rd.-Nr. 238.

561 Seifart, Vermögensverwaltung bei Stiftungen, BB 1987, 1889, 1892 f.; im einzelnen Seifart/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nr. 129 ff.

Abs. 1 und 3 AO)<sup>562</sup>. Vermögensverwaltung besteht in der Fruchtziehung aus Substanzwerten, während die Ausnutzung von Vermögenswerten für eine wirtschaftliche Betätigung spricht<sup>563</sup>. Die Erzielung von Gewinnen aus der Unterhaltung eines Wertpapierbestandes begründet keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb<sup>564</sup>. Die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ist als Vermögensverwaltung und nicht als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb anzusehen, es sei denn, die gemeinnützige Körperschaft übt entscheidenden Einfluß auf die laufende Geschäftsführung des Unternehmens aus<sup>565</sup>. Die Beteiligung an einer Personengesellschaft stellt dagegen immer eine steuer-schädliche wirtschaftliche Betätigung dar. Erwirbt eine Körperschaft eine Beteiligung an einer Personenhandels-gesellschaft, empfiehlt sich die unverzügliche Umwandlung der Mitunternehmeranteile in eine von der steuerbegünstigten Körperschaft gehaltene GmbH-Beteiligung (§ 20 UmwStG), um den Verlust der Gemeinnützigkeit zu vermeiden<sup>566</sup>.

Problematisch erscheint die Steuerbefreiung in den Fällen, in denen eine gemeinnützige Körperschaft mit einem Unternehmen verbunden ist. Die Art und Weise, in der die Körperschaft ihre Einnahmen erzielt, berührt zwar grundsätzlich nicht die Sphäre der Mittelverwendung zu gemeinnützigen Zwecken<sup>567</sup>. Hält die gemeinnützige Körperschaft an der Unternehmensbeteiligung trotz geringer Rendite fest oder überläßt sie diesem Kapital gegen eine unangemessen niedrige Verzinsung, so begünstigt sie nicht die Allgemeinheit<sup>568</sup>. Bedenklich sind daher Regelungen in der Satzung der gemeinnützigen Körperschaft, die einen Unternehmensbezug verankern, die Unveräußerlichkeit einer Unternehmensbeteiligung vorschreiben oder festlegen, daß die Geschäftsführung des Unternehmens und der Stiftungsvorstand sich aus denselben Personen zusammensetzen müssen<sup>569</sup>. Die Gefahr der Versagung der Gemeinnützig-

keit besteht auch bei Regelungen, die es ermöglichen, das Gewinnbezugsrecht der gemeinnützigen Körperschaft gegen deren Willen und ohne sachliche Gründe einzuschränken oder auszuschließen. Unschädlich ist dagegen die in der Satzung des Unternehmens vorgesehene Pflicht zur Bildung von Rücklagen und einer zurückhaltenden Ausschüttungspolitik. Zur Vermeidung der Annahme eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs darf der gemeinnützigen Körperschaft im Unternehmen kein beherrschender Einfluß zukommen<sup>570</sup>. Dieser Umstand verhindert andererseits, daß dieser Einfluß zur Vermehrung der gemeinnützigen Aufwendungen geltend gemacht werden kann<sup>571</sup>.

## 5. Versorgung des Stifters und seiner Angehörigen

Eine Ausnahme vom Prinzip der Ausschließlichkeit der gemeinnützigen Zweckverfolgung enthält § 58 Nr. 5 AO für Stiftungen. Dienen von den Erträgen einer gemeinnützigen Stiftung höchstens ein Drittel in angemessener Weise der Versorgung oder der Grabbpflege des Stifters und dessen nächsten Angehörigen, so hindert dies die steuerliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit nicht. Bei großen Vermögen und auf lange Sicht ist der den Familienmitgliedern verbleibende Ertrag angesichts der ansonsten drohenden Belastung durch Erbschafts-/Schenkungssteuer und die regelmäßig alle 30 Jahre wiederkehrende Erbschaftsteuer höher als im Fall der Errichtung einer reinen Familienstiftung. Mit dieser Privilegierung des § 58 Nr. 5 AO wird andererseits privates Vermögen für die Förderung allgemeiner Zwecke mobilisiert. Unter den nächsten Angehörigen des Stifters sind Verwandte in gerader Linie, Ehegatten, Geschwister, Pflegeeltern und Pflegekinder zu verstehen. Die Angemessenheit richtet sich nach Verhältnissen des Zuwendungsempfängers<sup>572</sup>.

# Rechtsprechung

## 1. Schuldrecht – Heilung einer formnichtigen Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots an einen noch zu benennenden Dritten

(BGH, Urteil vom 10. 12. 1993 – V ZR 108/92)

### BGB §§ 125; 139; 313

1. **Verpflichtet sich der Erbbauberechtigte in notarieller Urkunde gegenüber dem Vertragspartner, an von ihm zu benennende Käufer das Erbbaurecht zu veräußern, so wird eine im rechtlichen Zusammenhang mit dieser Vereinbarung privatschriftlich getroffene Nebenabrede entsprechend § 313 S. 2 BGB wirksam, wenn die benannten Käufer das ihnen formgerecht unterbreitete Verkaufsangebot frist- und formgerecht annehmen.**
2. **Der Formmangel einer Nebenabrede, daß auf den für den Kauf des Erbbaurechts zu zahlenden Preis eine schon geleistete Zahlung anzurechnen ist, muß dann – entgegen der Vermutung des § 139 BGB – nicht zur Unwirksamkeit auch des beurkundeten Kaufvertrages führen, wenn der Käufer ohne weiteres die Vorauszahlung zu belegen vermag.**

### Zum Sachverhalt:

Durch notariell beurkundete Erklärung vom 25. 2. 1982 bot der Bekl. sein an einem Baugrundstück bestehendes Erbbaurecht dem Kl. oder von diesem zu benennenden Personen zum Kauf an. Den Kaufpreis oder

– bei deren Benennung als Käufer von Bruchteilen des Erbbaurechts – die Teilkaufrische durfte der Kl. bestimmen. Weiter heißt es in dem Angebot, der Kl. brauche an den Bekl. nur 200.000,- DM „als Erstattung für seine bisherigen Aufwendungen abzuführen“, müsse jedoch für diesen – acht Tage nach Ablauf der Annahmefrist fälligen – „Ablösebetrag“ die persönliche Haftung übernehmen. In einer ebenfalls im Februar 1982 getroffenen privatschriftlichen Vereinbarung verpflichtete sich der Kl., dem Bekl. ein zinsloses Darlehen von 180.000,- DM zu gewähren. Der Rückzahlungsanspruch sollte „mit dem Kaufpreis“ für das Erbbaurecht verrechnet und durch Bestellung einer Grundschuld an dem Erbbaurecht gesichert werden. Die Grundschuld ist eingetragen worden.

In notarieller Urkunde vom 16. 7. 1982 nahmen die dort vom Kl. benannten 13 Käufer jeweils hinsichtlich eines Bruchteils des Erbbaurechts das Verkaufsangebot des Bekl. an. Nur einer dieser Kaufverträge, der einen Erbbaurechtsanteil von 31,254/1000 betraf, wurde dinglich vollzogen. Die Erfüllungansprüche der anderen Käufer sind inzwischen nach § 326 BGB erloschen. Der Kl. zahlte die vereinbarten 200.000,- DM an den Bekl. Mit notarieller Urkunde vom 3. 12. 1982 verlängerte der Bekl. die Frist zur Annahme des ursprünglichen Verkaufsangebots bis 31. 12. 1984 und mit Urkunde vom 27. 12. 1984 noch einmal bis zum 31. 3. 1985 unter den Bedingungen jenes Angebots, um dem Kl. aufgrund ihm erteilter Vollmacht die Möglichkeit zu geben, die Erfüllungansprüche der Käufer durch Aufhebung der Kaufverträge oder durch Ablehnung der Erfüllung gem. § 326 BGB zu beseitigen. Der Kl. sollte dann aber verpflichtet sein, selbst das Verkaufsangebot anzunehmen, wenn nicht andere, von ihm getrennt zu benennende, Dritte in der verlängerten Frist die Annahme erklärten, was nicht geschehen ist. Auch der Kl. hat das Angebot nicht angenommen.

In erster Instanz hat der Kl. beantragt, den Bekl. zur Übertragung des ihm verbliebenen Anteils von 968,254/1000 an dem Erbbaurecht und zur Eintragungsbewilligung zu verurteilen. Hilfsweise hat er beantragt, den

562 Tipke/Lang, Steuerrecht, 13. Aufl. 1991, 662; Seifarth/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nr. 62.

563 Scholtz, Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, FS Ludwig Schmidt, 1993, 707, 715 f.

564 Nieders. FG, EFG 1989, 253 – rechtskräftig.

565 Scholtz, a.a.O. (Fn. 563), 720 f.

566 Verfügung der OFD München-Nürnberg v. 7. 5. 1993, DStR 1993, 1595; Fasselt, Die Beteiligungsstiftung, 1989, 207 ff.

567 Seifarth/Pöllath, a.a.O. (Fn. 16), § 43, Rd.-Nr. 8.

568 Reuter, Rechtsprobleme unternehmensbezogener Stiftungen, DZWIR 1991, 192, 199.

569 Fasselt, a.a.O. (Fn. 566), 179, 181, 189 f.

570 Goerdeler, Stiftungen in der Bundesrepublik aus heutiger Sicht, FS Heinsius, 1991, 169, 179 f.

571 Reuter, Probleme der Unternehmensnachfolge, ZGR 1991, 467, 486.

572 Einführungserlaß zur AO 1977, Nr. 6 und 7 zu § 58 AO (BStBl. 1976 I, 576, 585 f.).



Bekl. zu verurteilen, 203.055,62 DM nebst 4 % Prozeßzinsen zu zahlen, Zug um Zug gegen Bewilligung der Grundschuldlöschung. Von diesem Betrag entfallen 193.650,80 DM auf die aus ungerechtfertigter Bereicherung hergeleitete Rückforderung des der Erbbaurechtsquote von 968,254/1000 entsprechenden Teils der dem Bekl. geleisteten Zahlung; die restlichen 9.404,82 DM beansprucht der Kl. deswegen, weil er an den Grundstückseigentümer Erbbauszinsen von 8.977,56 DM und an die Gemeinde Grundabgaben von 427,26 DM entrichtet hat. Der Bekl. hat Widerklage mit dem Antrag erhoben, den Kl. zur Erteilung der Löschungsbewilligung zu verurteilen. Das LG hat der Klage nach dem Hilfsantrag stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Bekl. hat das OLG – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – der Widerklage mit der Einschränkung entsprochen, daß der Kl. zur Einwilligung in die Löschung der Grundschuld nur Zug um Zug gegen Zahlung von 203.055,62 DM nebst Zinsen verpflichtet sei.

Mit der Revision will der Bekl. Abweisung auch des Hilfsantrages der Klage und uneingeschränkte Verurteilung des Kl. entsprechend dem Widerklageantrag erreichen. Der Kl. beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das beurkundete Vertragsangebot des Bekl. vom 25. 2. 1982 sei nichtig, weil es nur im Zusammenhang mit der vorher zwischen den Parteien privatschriftlich geschlossenen Darlehensvereinbarung habe gelten sollen und deshalb auch diese Vereinbarung notarieller Beurkundung bedurft hätte. Daher habe der Kl. wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Bekl. Anspruch auf Rückzahlung der aufgrund beider Vereinbarungen geleisteten 203.055,62 DM. Der Bekl. seinerseits habe die Grundschuld an dem Erbbaurecht rechtsgrundlos bestellt; doch stehe dem Kl. gegenüber dem mit der Widerklage verfolgten Anspruch auf Bewilligung der Grundschuldlöschung ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner im rechtlichen Zusammenhang mit der Bestellung geleisteten Zahlungen zu; deshalb sei er zur Löschungsbewilligung nur Zug um Zug gegen Erstattung der 203.055,62 DM verpflichtet.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

Zwar geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß auch der Darlehensvertrag – wonach der Kl., was er getan hat, 180.000,- DM vorauszahlen hatte und der Anspruch auf Rückzahlung dieses Darlehens mit dem „Kaufpreis“ verrechnet werden sollte – gem. § 313 S. 1 BGB notarielle Beurkundung erfordert hätte; denn nach dem als unstreitig festgestellten Parteiwillen bildete diese Nebenabrede eine rechtliche Einheit i.S.d. § 139 BGB mit den beurkundeten Erklärungen in dem Verkaufsangebot vom 25. 2. 1982. Der Formmangel des Darlehensvertrages ist jedoch, was das Berufungsgericht verkennt, entsprechend § 313 S. 2 BGB durch Erfüllung geheilt worden. Dies liegt auf der Linie der vom Senat in BGHZ 82, 398, 404 ff. entwickelten Rechtsprechung. In dem dortigen Fall hatte sich der Grundstückseigentümer in einer privatschriftlichen Vereinbarung dem Vertragspartner gegenüber verpflichtet, an von diesem zu benennende Käufer Grundstücke zu verkaufen; die Verträge hatte er sodann mit den benannten Käufern formgerecht geschlossen. Der Senat hat aber im Hinblick darauf, daß sich der Verkäufer den sachenrechtlichen Konsequenzen aus diesen Verträgen nicht mehr habe entziehen können, den Formmangel der Verpflichtungserklärung in analoger Anwendung des § 313 S. 2 BGB als geheilt angesehen. Diese Entscheidung, an welcher der Senat festhält, ist auf den vorliegenden Fall übertragbar.

In der das Verkaufsangebot enthaltenden notariellen Urkunde vom 25. 2. 1982 hatte sich der Bekl. gegenüber dem an der Beurkundung beteiligten Kl. verpflichtet, den von diesem zu bestimmenden Käufern das Erbbaurecht zu verkaufen. Diese mangels Mitbeurkundung der Darlehensvereinbarung unwirksame Verpflichtungserklärung hat er erfüllt, indem er das Angebot an die zu benennenden Käufer gerichtet hat. Dann aber konnte sich der Bekl., nachdem die benannten Käufer jeweils für einen Bruchteil des Erbbaurechts das Angebot durch notariell beurkundete Erklärungen vom 16. 7. 1982 fristgerecht angenommen hatten, einer Erfüllung der Kaufverträge nicht mehr

entziehen. Damit sind die Vereinbarungen mit dem Kl. in ihrem ganzen Inhalt nach analog § 313 S. 2 BGB wirksam geworden, also auch die Nebenabreden in dem Darlehensvertrag.

2. Das angefochtene Urteil kann daher mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Es ist jedoch aus anderen Gründen im Ergebnis richtig (§ 563 ZPO).

Das Berufungsgericht hat sich nicht – was auch bei seinem Rechtsstandpunkt nötig gewesen wäre – mit den Vereinbarungen der Parteien in der notariellen Urkunde vom 27. 12. 1984 befaßt. Darin hat der Bekl., um dem Kl. mit ihm hierzu erteilter Vollmacht die Aufhebung der Kaufverträge oder die Ablehnung der den Käufern geschuldeten Vertragserfüllung nach § 326 BGB zu ermöglichen, die in dem Verkaufsangebot vom 25. 2. 1982 bestimmte und mit Urkunde vom 3. 12. 1982 verlängerte Annahmefrist noch einmal bis zum 31. 3. 1985 verlängert, und zwar mit der Maßgabe, daß der Kl., wenn er von der Vollmacht Gebrauch mache, selbst zur Annahme verpflichtet sei, sofern in dieser Frist nicht von ihm zu benennende andere Käufer das Angebot angenommen haben sollten. Das LG hat diese Regelung unangegriffen dahin ausgelegt, daß hierdurch – falls der Kl., was geschehen ist, von der Vollmacht Gebrauch machte – das ursprüngliche Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aufgelöst sein sollte und der Bekl. sein früheres Verkaufsangebot mit einer neuen Bindungsfrist erneuert habe. Diese Auslegung ist auch nicht aus rechtlichen Gründen zu beanstanden; denn da das frühere Verkaufsangebot durch Annahme verbraucht war, konnte nur ein neues Angebot den damit verfolgten Zweck erreichen. Das LG hat sodann die Ansicht vertreten, der Bekl. habe den Betrag von 200.000,- DM, den er im Jahre 1982 als Gegenleistung für den damaligen Verkauf des Erbbaurechts vom Kl. erhalten habe, in einer Höhe von 193.650,80 DM ohne Rechtsgrund erlangt, weil das neue Verkaufsangebot nicht fristgemäß angenommen worden sei.

Die Vorfrage ist jedoch, ob auch dieses Angebot wirksam war, denn anderenfalls hätte es das angenommene ursprüngliche Angebot nicht ersetzt. Aus den gem. § 13 a BeurkG formgerecht in die neue Angebotsurkunde einbezogenen Bestimmungen der früheren Urkunde vom 25. 2. 1982 hätte sich die Verpflichtung des Kl. ergeben, dem Bekl. – acht Tage nach Ablauf der neuen Annahmefrist – 200.000,- DM zu zahlen. Es entsprach aber, wie die Revision unter Hinweis auf den vorinstanzlichen Sachvortrag zutreffend aufzeigt, dem Willen beider Parteien, daß auf diese Forderung des Bekl. die vom Kl. schon geleisteten 200.000,- DM angerechnet werden sollten, die Forderung also nicht zweimal geltend gemacht werden durfte. Waren sich darüber die Parteien aber einig, so bedurfte auch diese – dann zumindest stillschweigend zustande gekommene – Vereinbarung gem. § 313 S. 1 BGB notarieller Beurkundung (BGH NJW 1984, 974, 975 = DNotZ 1984, 236 und NJW 1986, 248 = DNotZ 1986, 265). Die Abrede war daher unwirksam (§ 125 S. 1 BGB).

Damit steht aber noch nicht fest, daß die Formnichtigkeit der Anrechnungsvereinbarung auch die Unwirksamkeit der beurkundeten Erklärungen zur Folge hatte. Zwar ist dies nach der Auslegungsregel des § 139 BGB zu vermuten; doch kann diese Vermutung gerade im Falle einer Kaufpreisvorauszahlung bei Vorliegen besonderer Umstände widerlegt sein (BGHZ 85, 315, 318 = DNotZ 1983, 232). Hat der Käufer die Vorauszahlung gegen Erteilung einer Quittung erbracht, so vermag er seine Leistung zu beweisen; deshalb kann es für ihn von untergeordneter Bedeutung sein, ob seine Kaufpreisschuld schon im Zeitpunkt ihrer Entstehung erlosch oder ob die Tilgung der Schuld noch von weiteren Rechtshandlungen abhängt (BGH NJW 1984, 974, 975 = DNotZ 1984, 236). Ebenso kann es sich hier verhalten haben. Der Kl. hatte dem Bekl. mit Schreiben vom 25. 3. 1982 einen Scheck in Höhe von 180.000,- DM zugeleitet und darauf hingewiesen, daß dieser Betrag vereinbarungsgemäß mit dem Kaufpreis zu verrechnen sei. Einen weiteren Scheck über 20.000,- DM hatte er mit Schreiben vom 27. 7. 1982 „zur Begleichung“ der „Restverpflichtung aus dem Vertrag vom 25. 2. 1982“ übersandt. Nach der unstreitig erfolgten Ein-



lösung beider Schecks konnte der Kl. daher ohne weiteres belegen, daß er die Kaufpreisforderung des Bekl. aus dem ursprünglichen Vertrag, welche in die ihn ersetzende Urkunde vom 27. 12. 1984 einbezogen worden ist, schon erfüllt hatte. Unter diesen Umständen ist die Schlußfolgerung gerechtfertigt, daß sich der Kl. auch ohne die Anrechnungsabrede auf den beurkundeten Teil des Rechtsgeschäfts eingelassen hätte. Diese Würdigung kann auch das Revisionsgericht vornehmen, da hierzu tatsächliche Feststellungen nicht mehr zu erwarten sind. Dann aber ist die Auffassung des LG richtig, daß der Kl. den gezahlten Kaufpreis von 200.000,- DM wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Bekl. in einer Höhe von 193.650,80 DM – entsprechend dem ihm verbliebenen Erbbaurechtsanteil von 968,254/1000 – zurückverlangen kann, und zwar deswegen, weil durch Ablauf der Frist zur Annahme des in der Urkunde vom 27. 12. 1984 erneuerten Verkaufsangebots dieses erloschen ist (§ 151 S. 2 BGB) und darum der Rechtsgrund für die Zahlung entfiel (§ 812 BGB).

Dem Anspruch steht nicht entgegen, daß sich der Kl. zur Annahme des Verkaufsangebots – unter hier eingetretenen Bedingungen – verpflichtet hatte und er dieser Pflicht nach der unangegriffenen Auslegung des LG jedenfalls vor dem Jahre 1988 hätte nachkommen müssen, dies aber nicht getan hat. Daraus will die Revision herleiten, daß dem Bekl. die Erfüllung der in der Urkunde vom 27. 12. 1984 eingegangenen Verpflichtung, sein Erbbaurecht dem Kl. zu veräußern, aus dessen Verschulden unmöglich geworden sei und deshalb der Bekl. gem. § 324 Abs. 1 BGB die Kaufpreiszahlung behalten könne. Das ist unzutreffend. Dem Bekl. ist die Erfüllung der Veräußerungspflicht nicht unmöglich geworden, denn dazu wäre er in der Lage gewesen. Vielmehr ist diese Pflicht erloschen, weil der Kl. das Angebot nicht fristgerecht angenommen hat (§ 151 S. 2 BGB).

**2. Schuldrecht – Bereicherungsanspruch der schenkenden Schwiegereltern nach Scheitern der Ehe der Beschenkten** (OLG Köln, Urteil vom 10. 11. 1993 – 27 U 220/92 – mitgeteilt von Richter am OLG Albert Schmitz, Köln, und Notar Dr. Claus Cremer, Bergheim)

**BGB §§ 528; 530; 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2**

**Schenken die Eltern eines Ehepartners den Eheleuten ein Hausgrundstück zu je 1/2-Anteil, so ist das Schwiegerkind nach dem Scheitern der Ehe verpflichtet, den hälftigen Miteigentumsanteil wegen Zweckverfehlung zurückzuübergeben, wenn die Schwiegereltern bei der Schenkung erwartet haben, die intakte Ehe werde fortauern, und wenn das Schwiegerkind diese Erwartungen erkannt hat.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Der Kl. und seine am 6. 6. 1992 verstorbene, von ihm allein beerbte Ehefrau sind die Eltern des geschiedenen Ehemannes der Bekl., des Zeugen K. Mit notariellem Vertrag vom 9. 6. 1986 übertrugen sie ihrem Sohn K. und der Bekl., die damals noch miteinander verheiratet waren, das Miteigentum an ihrem Hausgrundstück je zur Hälfte. In dem Vertrag wurde ein lebenslänglicher, unentgeltlicher Nießbrauch an dem übertragenen Grundbesitz zugunsten des Kl. und seiner Ehefrau bestellt. Unter der Überschrift „Abfindung“ enthält der Vertrag die Verpflichtung der Bekl. und ihres Ehemannes, an die Söhne M. und S. des verstorbenen Halbbruders H. jeweils 10.000,- DM zu zahlen. Weiter erklärten W. und M. einen auf das Grundstück beschränkten Pflichtteilsverzicht. Der Bekl. und ihrem Ehemann wurde gestattet, auch die Zahlung an S. von dessen gegenständlich beschränktem Pflichtteilsverzicht abhängig zu machen. Die vorgesehenen Beträge von jeweils 10.000,- DM wurden in der Folgezeit gezahlt.

Nachdem die Ehe der Bekl. mit dem Zeugen K. im September 1991 geschieden worden war, forderten der Kl. und seine inzwischen verstorbene Ehefrau von der Bekl. die Rücküberweisung des ihr übertragenen Grundstücksanteils. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufung ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und damit insgesamt zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Der Kl. kann von der Bekl. die Rücküberweisung des ihr übertragenen Hälftanteils an dem Grundbesitz in K. verlangen.

Ein Rückgewähranspruch ergibt sich allerdings nicht aus der schenkungsrechtlichen Regelung des § 530 BGB. Nach dieser Vorschrift kann eine Schenkung widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht. Eine schwere Verfehlung i.S.d. § 530 BGB setzt objektiv ein gewisses Maß an Schwere und subjektiv eine tadelnswerte Gesinnung, die einen Mangel an Dankbarkeit erkennen läßt, voraus (BGH NJW 1992, 184; MünchKomm/Kollhosser, 2. Aufl., § 530 BGB, Rd.-Nr. 2). Hierbei müssen in einer Gesamtschau alle Umstände des Einzelfalles gewürdigt werden (BGH NJW 1984, 2090; MünchKomm/Kollhosser, a.a.O.). Die Weigerung der Bekl., dem Verkauf des zur Hälfte ihr gehörenden Hausgrundstücks zu dem – vom Kl. behaupteten – Zweck zuzustimmen, die Mittel zur Finanzierung der Pflege seiner später verstorbenen Ehefrau zu beschaffen, rechtfertigt bei einer Gesamtbetrachtung des Sachverhalts nicht den Vorwurf des groben Undanks. Dagegen spricht bereits, daß die Bekl. an dem Verwendungszweck des Verkaufserlöses begründete Zweifel haben durfte. Da nämlich der Kl. und seine zwischenzeitlich verstorbene Ehefrau die Rückübertragung des Grundstücksanteils unter Berufung auf die Scheidung der Ehe mit ihrem Sohn K. zugleich wegen Zweckverfehlung gefordert hatten, lag zumindest aus der subjektiven Sicht der Bekl. der Verdacht nahe, daß das Scheitern der Ehe als Grund für das Rückstattungsbegehren im Vordergrund stand. Darüber hinaus und vor allem aber muß eine wertende Betrachtung des Verhaltens des Beschenkten auch im Vergleich mit dem Gesamtverhalten des Schenkers gesehen werden (MünchKomm/Kollhosser, a.a.O.). Den ihr unterbreiteten Vorschlag, das Grundstück zu veräußern, hat die Bekl. erstmals nach Erhebung der Klage abgelehnt. Nach dem Vortrag in der Klageschrift vom 20. 1. 1992 war der Bekl. vorprozessual lediglich mit einem Schreiben vom 18. 12. 1991 die Berufung des Kl. und seiner Ehefrau auf die Vorschrift des § 528 BGB mitgeteilt worden, die „ohne Gehör“ geblieben ist. Der Vorschlag, das Hausgrundstück zu veräußern und den Verkaufserlös abzüglich eines Teilbetrages von 20.000,- DM dem Kl. und seiner Ehefrau zu überlassen, ist erstmals nach Rechtshängigkeit der Klage mit Anwaltsschreiben vom 30. 3. 1992 der Bekl. unterbreitet und von dieser unter dem 6. 4. 1992 zurückgewiesen worden. Zu diesem Zeitpunkt war der Bekl. die Klage auf Rückübertragung ihres Miteigentumsanteils wegen ungerechtfertigter Bereicherung bereits zugestellt worden. Nachdem sie aber gerade wegen dieses Hausgrundstücks vom Kl. und dessen Ehefrau mit einer Klage überzogen worden war, kann ihre Weigerung, dem Verkauf des Grundstücks zuzustimmen, selbst dann nicht als Ausdruck einer tadelnswerten Gesinnung und als objektives Fehlverhalten von einer gewissen Schwere i.S.d. § 530 BGB gewertet werden, wenn die Voraussetzungen des § 528 BGB ursprünglich vorgelegen hatten. Die zwischen den Parteien streitige Frage, ob es sich bei der Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an die Bekl. um eine Schenkung gehandelt hat, kann in diesem Zusammenhang daher unbeantwortet bleiben.

Begründet ist die Klage hingegen aus dem Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung gem. § 812 Abs. 1 S. 2, Alt. 2 BGB. Nach dieser Regelung ist der Empfänger einer Leistung zu deren Rückgabe an den Leistenden verpflichtet, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Diese Rechtsfolge zieht insbesondere die Verfehlung des Schenkungszwecks bei einer sogenannten Zweckschenkung nach sich (BGH NJW 1984, 233). Um eine solche Zweckschenkung handelt es sich bei der Übertragung des hälftigen Grundstücksanteils an die Bekl. Entgegen deren Ansicht hat der Übertragungsvertrag vom 9. 6. 1986 dagegen keinen Grundstückskauf zum Gegenstand. Die Abgrenzung zwischen Schenkung und Kaufvertrag ist nicht davon abhängig, als welchen Vertragstyp die Beteiligten die Vereinbarung eingeordnet haben oder wie eine der Vertragspar-

teien das Rechtsgeschäft versteht. Allein maßgebend ist vielmehr die objektive Sachlage mit der Folge, daß eine objektiv unentgeltliche Leistung nicht durch den Parteiwillen zu einer entgeltlichen werden kann (Palandt/Putzo, 52. Aufl., § 516 BGB, Rd.-Nr. 11).

Aus objektiver Sicht handelt es sich vorliegend um ein unentgeltliches Geschäft in der Gestalt einer Schenkung unter Auflage. Der Inhalt des Vertrages kennzeichnet das Geschäft dagegen weder als Kaufvertrag noch als eine sich aus einem entgeltlichen und einem unentgeltlichen Teil zusammensetzende gemischte Schenkung. Die Abgrenzung zwischen Schenkung unter Auflage einerseits und Kaufvertrag oder gemischter Schenkung andererseits richtet sich danach, ob nach dem Parteiwillen Leistung und Gegenleistung in einem solchen Verhältnis stehen sollen, daß die Auflage die Leistung nur einschränkt, oder ob Leistung und Gegenleistung i.S. eines Ausgleichs einander gleichgestellt werden. Ein typisches Beispiel für eine Schenkung mit Auflage ist die Übereignung eines Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs (Palandt/Putzo, 52. Aufl., § 525 BGB, Rd.-Nr. 7). In dem Vertrag vom 9. 6. 1986, in welchem ihnen das Eigentum an dem Grundstück in K. übertragen worden ist, haben die Bekl. und ihr früherer Ehemann den Veräußerern einen lebenslänglichen Nießbrauch eingeräumt. Zwar haben sich die Erwerber darüber hinaus verpflichtet, eine als „Abfindung“ bezeichnete Zahlung von jeweils 10.000,- DM an die beiden Söhne des verstorbenen Halbbruders H. des Ehemanns der Bekl. zu leisten; als „Abfindung“ zum Erwerb des Grundstücks in Bezug gesetzt ist ferner die schon früher erfolgte Zahlung von 20.000,- DM an den Halbbruder W. des Ehemanns der Bekl. Diese Zahlungen stellen jedoch keine Gegenleistungen i.S. eines für einen entgeltlichen Vertrag wesentlichen Ausgleichs dar. Vielmehr handelt es sich hinsichtlich des übertragenen Hausgrundstücks um eine vorweggenommene Regelung der Erbfolge. Derartige Übertragungsverträge mit Abfindungen an die Geschwister sind im Zweifel als Schenkungen unter Auflage einzuordnen (Palandt/Putzo, § 525 BGB, Rd.-Nr. 8).

Auf eine vorweggenommene Erbfolge weist deutlich die Gestaltung des notariellen Vertrages hin, der u. a. einen auf den übergebenen Grundbesitz gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht des Halbbruders W. des geschiedenen Ehemanns der Bekl. sowie des Sohnes M., seines verstorbenen Halbbruders H. vorsieht und den Erwerbern gestattet, auch die Zahlung an den Sohn S. des H. von einem gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht abhängig zu machen. Der lebenslange Vorbehalt von Nutzungsrechten an dem übertragenen Grundbesitz für den Kl. und dessen Ehefrau ist eine typische Ausgestaltung bei einer Vorwegnahme der Erbfolge (vgl. OLG Hamm FamRZ 1990, 1233). Der Einordnung des Geschäfts als vorweggenommene Erbfolge steht nicht entgegen, daß die Bekl. als Schwiegertochter der Veräußerer selbst nicht erberechtigt war. Wie die Bezeichnung der Erwerber im Vertrag als „Sohn und Schwiegertochter“ der Veräußerer zeigt, bildeten die Bekl. und ihr damaliger Ehemann für den Kl. und dessen später verstorbene Ehefrau gleichsam eine Einheit, wie dies aus der Sicht von Schwiegereltern bei intakter Ehe nicht unüblich ist.

Bei der schenkweisen Zuwendung der Grundstückshälfte an die Bekl. handelte es sich um eine Leistung ihrer Schwiegereltern und nicht etwa um eine solche ihres geschiedenen Ehemannes, so daß sich ein Bereicherungsausgleich im Verhältnis des Kl., der seine verstorbene Ehefrau allein beerbt hat, und der Bekl. zu vollziehen hat. Für die Beurteilung des Leistungsverhältnisses maßgebend ist, als wessen Leistung sich die Zuwendung bei objektiver Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers darstellt (BGH NJW 1974, 1132; Palandt/Thomas, § 812 BGB, Rd.-Nr. 42). Auf eine Zuwendung seitens des geschiedenen Ehemanns könnte zwar der Umstand deuten, daß nur dieser und nicht die Bekl. als Schwiegertochter künftiger Erbe des Kl. und seiner Ehefrau war und die Übertragung des Grundstücksanteils an die Bekl. bei Eintritt der Erbfolge im wirtschaftlichen Ergebnis hätte zu seinen Lasten

gehen können. Um ein sogenanntes Drei-Personen-Verhältnis, innerhalb dessen ein Dritter im eigenen Namen die Zuwendung des Leistenden für dessen Rechnung an den Empfänger vermittelt und in welchem bei Fehlen oder Fortfall des Rechtsgrundes ein Bereicherungsanspruch des hinter dem Vermittler stehenden Leistenden gegen den Empfänger entsteht, handelt es sich indessen nicht. Die Regeln über den Bereicherungsausgleich im Drei-Personen-Verhältnis haben ihren Grund darin, daß im Ergebnis eine Vermögensverschiebung zwischen der hinter dem Vermittler stehenden Person und dem Empfänger der Leistung stattfindet (vgl. Palandt/Thomas, § 812 BGB, Rd.-Nrn. 49, 56). Die Zuwendung des Hälfteanteils an dem Hausgrundstück hatte aber noch keine Minderung des Vermögens des Ehemanns der Bekl. zur Folge; ein vermögensrechtlicher Nachteil wäre diesem vielmehr erst bei Eintritt des Erbfalles entstanden. Für die Eigenschaft ihrer Schwiegereltern als Leistende i.S.v. § 812 BGB spricht aus der Sicht der Bekl. vor allem auch die Ausgestaltung der im Notarvertrag vorgesehenen Rückübereignungspflicht. Danach können die Veräußerer die Rückgewähr des Grundbesitzes unter anderem verlangen, falls ein Erwerber vor den Veräußerern versterben sollte, ohne daß die Erwerber einen gemeinsamen Abkömmling hinterlassen. Wenn die Übertragung des Hälfteanteils an dem Grundbesitz eine Zuwendung ihres geschiedenen Ehemanns darstellen sollte, so hätte es dagegen aus der Sicht der Bekl. nahegelegen, daß im Fall ihres Vorversterbens ihr Eigentumsanteil unmittelbar ihrem Ehemann zufallen und nicht auf ihre Schwiegereltern zurückübertragen werden sollte.

Der von ihren Schwiegereltern mit der an die Bekl. erbrachten Schenkung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg ist wegen des Scheiterns ihrer Ehe mit dem Zeugen K. nicht eingetreten. Für einen Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung reicht zwar die nur einseitige Erwartung des Leistenden nicht aus; erforderlich ist vielmehr eine tatsächliche Einigung der Bet. über den erzwungenen Erfolg, die jedoch nicht den Charakter einer vertraglichen Bindung haben darf (BGHZ 44, 323; NJW 1984, 233; 1989, 2747). Da die in § 812 Abs. 1 S. 2, Alt. 2 BGB vorausgesetzte Einigung gerade keine vertragliche Bindung zum Gegenstand hat, spricht der von der Bekl. hervorgehobene Umstand, daß unter den im Übertragungsvertrag aufgeführten Gründen für einen Rückübereignungsanspruch der Veräußerer die Ehescheidung nicht enthalten ist, keineswegs gegen eine Zweckbestimmung im bereicherungsrechtlichen Sinn.

Eine Willenseinigung über den Zweck der Leistung setzt auch keine ausdrücklichen Erklärungen der an der Vermögensverschiebung beteiligten Personen voraus; sie kann vielmehr stillschweigend zustande kommen. Eine solche stillschweigende Einigung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der andere dies erkennt und durch die Annahme zu verstehen gibt, daß er die Zweckbestimmung billigt. In einem solchen Fall muß der Empfänger, wenn er die Leistung nicht unter der ihm bekannten Voraussetzung annehmen will, dies nach Treu und Glauben offenbaren (BGHZ 44, 323; NJW 1989, 2747). Für eine stillschweigende Einigung über den Zweck der Zuwendung in diesem Sinne spricht schon der Inhalt des Übertragungsvertrages vom 9. 6. 1986 an sich. Der Vertrag hat eine auf das Grundstück K.str. gegenständlich beschränkte Vorwegnahme der Erbfolge zum Gegenstand. Bereits die Vorwegnahme der Erbfolge legt die Annahme nahe, daß die Bekl., die selbst nicht erberechtigt war und die in dem Vertrag zudem ausdrücklich als „Schwiegertochter“ bezeichnet ist, nur aufgrund der Erwartung bedacht wurde, daß ihre Ehe mit dem Sohn der Veräußerer auf Dauer Bestand haben und diesem die Schenkung an sie mithin wirtschaftlich in derselben Weise zugute kommen werde wie aufgrund einer dem Sohn selbst zugewendeten Schenkung (vgl. OLG Hamm FamRZ 1990, 1233).

Daß der Zuwendung der Grundstückshälfte an die Bekl. die Erwartung ihrer Schwiegereltern zugrunde gelegen hatte, ihre Ehe mit deren Sohn werde auf Dauer Bestand haben, hat sich in der Beweisaufnahme bestätigt (wird ausgeführt).

### 3. Familienrecht – Altersvorsorgevollmacht auch für freiheitsentziehende Maßnahmen

(OLG Stuttgart, Beschluß vom 23. 2. 1994 – 8 W 534/93 – mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart)

#### BGB §§ 1896; 1906 Abs. 4

**Durch Altersvorsorgevollmacht kann die Befugnis zur Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen i.S.v. § 1906 Abs. 4 BGB ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung geregelt werden. Die Vollmacht muß jedoch die Übertragung gerade dieser Befugnis auf den Bevollmächtigten ausdrücklich enthalten und macht das vormundschaftsgerichtliche Verfahren nur entbehrlich, wenn keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers bei der Vollmachtserteilung bestehen.**

#### Zum Sachverhalt:

Das AG hat durch vorläufige Regelungen freiheitsbeschränkende Maßnahmen gegen den Betroffenen genehmigt, das LG diese Verfahren jedoch wegen des Vorrangs einer privaten Altersvorsorgevollmacht als entbehrlich bewertet und daher die außergerichtlichen Auslagen des Betroffenen der Staatskasse auferlegt. Dagegen richtet sich das Rechtsmittel der Staatskasse.

Am 23. 11. 1992 erteilte der Betroffene seiner Ehefrau und seinem Stiefsohn je einzeln eine uneingeschränkte Generalvollmacht, unter anderem mit dem Zusatz:

„Diese Vollmacht berechtigt im weitestmöglichen Umfang auch zu meiner Vertretung in allen persönlichen Angelegenheiten, auch soweit sie meine Gesundheit oder Erkrankungen betreffen (Altersvorsorgevollmacht), jeder Bevollmächtigte kann insbesondere beliebige Verträge und sonstige Vereinbarungen mit Kliniken, Alten- oder Pflegeheimen abschließen, einseitige Erklärungen abgeben oder entgegennehmen und sonst meinen Aufenthalt bestimmen.“

Die Vollmacht ist – nach dem Hinweis „meine rechte Hand ist geschwächt“ – mit drei leicht gezittert geschriebenen Kreuzen unterzeichnet; die Handzeichen sind notariell beglaubigt.

Mit Schreiben vom 5. 5. 1993 hat das Pflegeheim, in dem sich der Betroffene befindet, beim AG die Genehmigung von ständigem Bettgitter nachts und während der Mittagsruhe sowie ständigem Bauchgurt tagsüber als einstweilige Maßregel nach § 1846 BGB beantragt. Das AG hat diesem und späteren gleichlautenden Anträgen – nach Anhörungen, bei denen eine Verständigung mit dem Betroffenen nicht mehr möglich war, und nach Einholung eines fachärztlichen Gutachtens – wiederholt entsprochen, zuletzt durch Beschluß vom 31. 8. 1993 mit Wirkung bis zum 14. 9. 1993 wegen der Befristung dieser Maßnahmen auf höchstens drei Monate gem. § 70 h Abs. 2 S. 2 FGG.

Die Verfahrenspflegerin des Betroffenen hat gegen den Beschluß vom 31. 8. 1993 Beschwerde eingelegt. Mit Beschluß vom 16. 9. 1993 hat das LG – nach Erledigung des Verfahrens in der Hauptsache – die außergerichtlichen Auslagen des Betroffenen in beiden Rechtszügen nach § 13 a Abs. 2 S. 1 FGG der Staatskasse auferlegt. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Bezirksrevisors beim AG namens der Staatskasse.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist gem. § 20 a Abs. 1 S. 2, § 27 Abs. 1, 2 FGG als sofortige weitere Beschwerde zulässig, da das LG als Beschwerdegericht erstmals eine Entscheidung über den Kostenpunkt getroffen hat und die geltend gemachten Auslagen den Betrag von 200,- DM übersteigen. Im Ergebnis ist es auch begründet.

Die Ausgangsfrage, ob durch eine persönliche Altersvorsorgevollmacht einem Bevollmächtigten die Befugnis übertragen werden kann, anstelle des Betroffenen (des Vollmachtgebers) in freiheitsbeschränkende Maßnahmen i.S.v. § 1906 Abs. 4 BGB einzuwilligen, ohne daß es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, wird vom LG bejaht. Der Senat teilt diese grundsätzliche Bewertung und die zutreffenden Ausführungen des LG dazu: Das Gesetz kennt in § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB die Ersetzung staatlicher Betreuung durch private Vollmacht als wichtiges Element des Selbstbestimmungsrechtes alternder Menschen, ohne daß sich aus den Materialien hinreichend deutlich eine Beschränkung auf das Gebiet außerhalb des Bereiches der persönlichen Freiheit ergibt. Zu einer solchen Beschränkung zwingen auch weder dogmatische Gründe

noch der Vergleich mit rechtsähnlichen Wertungen. Es geht nicht um eine unzulässige Fremdbestimmung im höchstpersönlichen Bereich, sondern um die Frage, ob der Betroffene auf die notwendige Fremdbestimmung noch selbst in der Weise Einfluß nehmen kann, daß er selbst eine Person seines Vertrauens einsetzen kann, um die erheblichen Belastungen des staatlichen Verfahrens zu vermeiden. Die Rechtsmacht des Bevollmächtigten ist daher auch nicht aus staatlicher Fürsorge abgeleitet, die staatlicher Kontrolle bedarf, sondern aus der privaten Autonomie des Vollmachtgebers, die den Vorzug verdient, zumal der Gesetzgeber selbst den Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 4 BGB nicht auf den Aufenthalt in privaten Betreuungsbereichen erstreckt hat. Auf die Ausführungen des LG im einzelnen wird Bezug genommen.

Gegen eine Vollmacht zur Einwilligung in Maßnahmen des § 1906 Abs. 4 BGB könnte daher letztlich nur die geringere Sicherheit gegen unberechtigte Freiheitsbeeinträchtigungen, insbesondere die Gefahr von Mißbrauch sprechen. Dieses Bedenken hat Gewicht: Die fraglichen Maßnahmen betreffen einen elementaren Kern der Persönlichkeit, die Auswahl des Bevollmächtigten im privaten Raum erleichtert sachfremde Einflüsse und leichtfertige Entscheidungen, und, wenn es um die Notwendigkeit konkreter Einzelmaßnahmen geht, wird das Pflegeheim gegebenenfalls gegen einen Bevollmächtigten eher vermeidbare Freiheitsbeschränkungen durchsetzen können als bei vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung.

Diese Risiken lassen sich jedoch begrenzen. Bei der Abwägung gegenüber den vom LG näher angesprochenen Belastungen, die sonst für jeden Betroffenen durch das vormundschaftsgerichtliche Verfahren entstehen, rechtfertigen sie es nicht, jede derartige Vollmacht als von vornherein unwirksam zu werten.

Solange der Betroffene noch selbst die natürliche Einsichtsfähigkeit hat, die Bedeutung und Tragweite einer Entscheidung über seine persönliche Freiheit beurteilen zu können, kommt es von vornherein nur auf seine eigene Einwilligung an. Die Vollmacht hat dann in diesem Fall noch keine Bedeutung, weil er jeder beeinträchtigenden Maßnahme widersprechen kann und sein Widerspruch vor der Entscheidung des Bevollmächtigten Vorrang hat. Wenn der Betroffene diese Einsichtsfähigkeit verloren hat (und die Persönlichkeit durch Krankheit oder Altersabbau also ohnehin schon entscheidend beeinträchtigt ist), kann der Bevollmächtigte wirksam durch einen Vollmachtsbetreuer nach § 1896 Abs. 3 BGB kontrolliert werden, der aufgrund jedes entsprechenden Hinweises von Amts wegen bestellt werden kann, wenn dazu Anlaß besteht.

Bei der Begründung der Vollmacht muß zudem genügend sichergestellt sein, daß der Betroffene sich über Inhalt und Tragweite seines Entschlusses im klaren war. Ob die Vollmacht auch die Übertragung der Entscheidungsbefugnis über freiheitsbeschränkende Maßnahmen umfaßt, ist daher nach einem strengen Maßstab zu beurteilen, der keinen ernstlichen Zweifel an der Reichweite der Vollmacht läßt. Hinreichend sicher, daß der Betroffene gerade auch diese Vollmacht zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen erteilen wollte, ist dies nur, wenn sich der Entschluß spezifisch aus der Vollmacht ergibt. Bei einem allgemeineren Vollmachtstext läßt sich nicht ausschließen, daß der Betroffene an diese Tragweite und Folge der Vollmacht nicht gedacht und diese Entscheidung daher nicht bewußt so getroffen hat.

Außerdem kann die Vollmacht nur den Vorrang vor den gesetzlichen Regelungen über die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen haben, wenn kein Anlaß besteht, an der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen bei der Erteilung der Vollmacht zu zweifeln; bestehen insoweit im Einzelfall Zweifel, ist die Einleitung des vorgesehenen Verfahrens nicht entbehrlich (in dessen Verlauf sich dann freilich ergeben kann, daß die Zweifel unbegründet waren, eine Betreuung bzw. Genehmigung also letztlich doch nicht nötig ist). Dabei geht der Senat davon aus, daß auch diese Vollmacht nicht nur die natürliche Einsichtsfähigkeit voraussetzt, auf die es bei der Einwilligung in einzelne freiheits-

beschränkende Maßnahmen ankommen mag, sondern die rechtliche Geschäftsfähigkeit, weil die Vollmacht auf zeitlich unüberschaubare Dauer wirkt und daher Einsichtsfähigkeit in die Zukunft voraussetzt, die dem Urteilsvermögen bei der rechtlichen Geschäftsfähigkeit gleichkommt.

Diese Anforderungen an die Wirksamkeit der Vollmacht hat das LG im konkreten Fall in rechtsfehlerhafter Weise verkannt. Gerade die Formulierung der Vollmacht als einen „weitest möglichen Umfang“ umfassend läßt es hier rechtlich nicht zu, sie dahingehend auszulegen, daß sie auch die Entscheidung über freiheitsbeschränkende Maßnahmen auf die Ehefrau bzw. den Stiefsohn überträgt. Wie ausgeführt, steht der besondere Charakter einer solchen Vollmacht entgegen, bei dem weiten Rahmen der Vollmachtsfassung genügend sicher festzustellen, daß der Betroffene bewußt und gewollt gerade auch in diesem Punkt Vollmacht geben wollte. Ebenso wenig läßt die Verwendung des Begriffes Altersvorsorgevollmacht oder das allgemeine Aufenthaltsbestimmungsrecht die hinreichende Überzeugung zu, daß der Betroffene damit auch das gewollt hat, wozu es hier geht. Anders wäre es nur, wenn die Vollmacht ausdrücklich, insbesondere in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut des § 1906 Abs. 4 BGB, den Entzug der Freiheit durch mechanische Einrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise angesprochen hätte. Wenn ein Betroffener einen so formulierten Text unterschreibt, bietet dies genügende Gewähr, daß seine Erklärungen diese Entscheidung umfaßt (und wirkt dies wegen der warnenden Wirkung dieser konkreten Formulierung leichtfertigen und unbedachten Entscheidungen entgegen).

Des weiteren bestand im konkreten Fall Anlaß, die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen bei der Abgabe seiner Erklärung im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren nachzuprüfen. Die Erklärung war nicht notariell beurkundet, so daß § 11 BeurkG vom Notar nicht zu beachten war. Nach § 4 BeurkG, der auch bei der notariellen Beglaubigung von Handzeichen gilt, ist die Beglaubigung nur zu versagen, wenn der Notar von der mangelnden Geschäftsfähigkeit überzeugt ist (Keidel/Winkler, § 40 BeurkG, Rd.-Nm. 38 und 42). Die Form der „Unterschrift“ durch Handzeichen hätte bei dem Betroffenen (der vor seinem Ruhestand Ministerialrat gewesen war) Anlaß zur Prüfung gegeben, ob die Schwächung der rechten Hand auf Gründen beruhte, die auch die Geschäftsfähigkeit tangierten.

Weder der Antrag des Pflegeheims noch die weitere Durchführung des Verfahrens durch das AG waren daher entbehrlich. Der maßgebende Grund, der das LG veranlaßte, die notwendigen Auslagen des Betroffenen der Staatskasse aufzuerlegen, bestand daher nicht. Ein anderer Grund für die Überbürdung der Kosten auf die Staatskasse (oder einen anderen Beteiligten) ist nicht ersichtlich. Der Senat hat die Entscheidung des LG daher im Ergebnis abgeändert; der Betroffene hat seine außergerichtlichen Auslagen selbst zu tragen.

#### **4. Erbrecht/Höferecht – Auswahl des (Hof-)Nacherben durch überlebenden Ehegatten des Erblassers**

(OLG Köln, Beschluß vom 1. 2. 1994 – 23 WLw 20/93 – mitgeteilt von Notar Dr. Claus Cremer, Bergheim)

##### **BGB § 2065 Abs. 2**

##### **HöfeO § 14 Abs. 3**

##### **LwVG § 9; 22**

- 1. Eine in einem Erbvertrag unter Eheleuten getroffene Bestimmung, wonach Hofnacherbe derjenige Abkömmling der Ehefrau sein soll, den der Hofvorerbe (Ehegatte) hierzu bestimmt hat, ist mit § 2065 Abs. 2 BGB vereinbar.**
- 2. Die Vorschrift des § 14 Abs. 3 HöfeO, wonach der überlebende Ehegatte, wenn ihm durch Verfügung von Todes wegen ein solches Recht eingeräumt wurde, bis zu seiner Wiederverheiratung oder bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des gesetzlichen Hoferben einen**

**anderen Abkömmling des Eigentümers als Hoferben auswählen kann, findet keine Anwendung, wenn der überlebende Ehegatte aufgrund der letztwilligen Verfügung selbst Hofvorerbe geworden ist.**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die am 4. 3. 1987 verstorbene Frau B. war Eigentümerin eines größeren Hofes i.S.d. HöfeO. Durch notariellen Erbvertrag vom 31. 10. 1985 bestimmten die Erblasserin und ihr Ehemann, der Bet. zu 1), in bezug auf diesen Hof unter anderem folgendes:

„Zum Vermögen der Ehefrau gehört ein Hof i.S.d. HöfeO (kein Ehegattenhof). Für den Fall, daß die Ehefrau zuerst verstirbt, soll der Ehemann die Stellung eines Hofvorerben haben. Der Hofvorerbe soll grundsätzlich den einen Hofvorerben treffenden Verpflichtungen und Beschränkungen unterliegen. . . . Der Nacherbfall soll mit dem Tode des Hofvorerben eintreten. Hofnacherbe soll derjenige Abkömmling der Ehefrau sein, den der Hofvorerbe zum Hofnacherben bestimmt, falls die Ehefrau diese Bestimmung bis zu ihrem Tode nicht selbst getroffen hat. Ist ein Hofnacherbe weder von der Ehefrau noch vom Ehemann bestimmt, soll der älteste wirtschaftsfähige Abkömmling der Ehefrau Hofnacherbe werden. Der Hofnacherbe scheidet zugleich aus der Erbfolge in den hoffreien Nachlaß aus. . . .“

Da die Erblasserin bis zu ihrem Tod keinen Hofnacherben benannt hatte, bestimmte der Bet. zu 1) unter Berufung auf den Erbvertrag in der notariellen Urkunde vom 21. 7. 1992 seinen Sohn T., Bet. zu 2), mit dessen Einverständnis zum Hofnacherben. Sodann beantragten die Bet. zu 1) und 2) mittels notarieller Urkunde vom 18. 12. 1992 die Erteilung eines Hoffolgezeugnisses des Inhalts, daß der Bet. zu 1) nicht befreiter Hofvorerbe des im Grundbuch von H. Bl. 0123 verzeichneten Grundbesitzes geworden und zum Hofnacherben – im Falle der mit dem Tod des Hofvorerben eintretenden Hofnacherbfolge – der Bet. zu 2) bestimmt sei. Durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts B. vom 13. 5. 1993 wurde für die Bet. zu 4), die am 6. 12. 1979 geborene, noch minderjährige Tochter des Bet. zu 1), ein Ergänzungspfleger mit dem Wirkungskreis „Vertretung im Verfahren auf Erteilung eines Hoffolgezeugnisses“ bestellt.

Der Ergänzungspfleger, Rechtsanwalt X, ist dem Antrag auf Erteilung des Hoffolgezeugnisses entgegengetreten. Er hat geltend gemacht, die im Erbvertrag getroffene Regelung, wonach der Bet. zu 1) als Hofvorerbe den Hofnacherben bestimmen dürfe, falls die Erblasserin bis zu ihrem Tod keine Bestimmung vorgenommen habe, sei unwirksam. Die Anordnung verstoße gegen § 2065 Abs. 2 BGB und werde auch durch die Bestimmung des § 14 Abs. 3 HöfeO nicht gedeckt. Das Landwirtschaftsgericht hat im Wege des Vorbescheids angekündigt, ein Hoffolgezeugnis mit dem von den Bet. zu 1) und 2) erstrebten Inhalt zu erteilen. Gegen diesen Vorbescheid richten sich die – erfolglosen – Rechtsbehelfe der Bet. zu 4).

#### **Aus den Gründen:**

Die Beschwerde der Bet. zu 4) ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß die Ankündigung des Nachlaßgerichts an die Bet., es beabsichtige, binnen bestimmter Frist einen Erbschein näher bezeichneten Inhalts zu erteilen, eine beschwerdefähige Verfügung darstellt (vgl. BGHZ 20, 255, 257 = NJW 1956, 987 = DNotZ 1957, 545 = LM § 2353 BGB, Nr. 2; Firsching, NJW 1955, 1540 ff.). Für den Vorbescheid, der die Erteilung eines Hoffolgezeugnisses in Aussicht stellt, gilt das sinngemäß (vgl. Barnstedt/Steffen, 4. Aufl., § 21 LwVG, Rd.-Nr. 169 und § 22 LwVG, Rd.-Nr. 129). Eröffnet ist die einfache Beschwerde nach § 9 LwVG i.V.m. § 20 FGG, über die entsprechend § 22 Abs. 1 LwVG ebenfalls das OLG zu entscheiden hat (vgl. Barnstedt/Steffen, a.a.O., § 22 LwVG, Rd.-Nr. 52). Das folgt bereits aus § 2 des – aufgrund der Ermächtigung in § 20 Abs. 3 LwVG erlassenen – Gesetzes zur Ausführung des LwVG im Lande Nordrhein-Westfalen (AG LwVG NW) vom 20. 12. 1960 (GVBl. NW, 462), wonach im Erbscheinsverfahren unter anderem die Vorschrift des § 22 LwVG über die sofortige Beschwerde keine Anwendung findet (vgl. auch: OLG Oldenburg DNotZ 1957, 21 zur gleichartigen Rechtslage in Niedersachsen). Aus § 3 S. 1 AG LwVG NW ergibt sich im übrigen, daß die Beschwerdeentscheidung ohne landwirtschaftliche Beisitzer getroffen werden kann. Deren Zuziehung war nicht ausnahmsweise wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falles (§ 3 S. 2 AG LwVG NW) geboten. Hier geht es nämlich nicht um die Beurteilung tatsächlicher Gegebenheiten, namentlich der Wirtschaftsfähigkeit, sondern

allein um die Rechtsfrage der Wirksamkeit der Hofnacherbenbestimmung. Eine Mitwirkung der landwirtschaftlichen Beisitzer ist daher nicht angezeigt.

Die hiernach zulässige Beschwerde, über die der Senat ohne ehrenamtliche Richter befindet, bleibt in der Sache erfolglos.

Mit Recht hat das Landwirtschaftsgericht durch den angefochtenen Beschluß im Wege eines sog. Vorbescheides angekündigt, das von den Bet. zu 1) und 2) beantragte Hoffolgezeugnis zu erteilen. Die Zulässigkeit eines solchen Vorbescheids in Erbscheinssachen wird von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt (vgl. BGH a.a.O.). Zwar soll von dieser Möglichkeit nur in den Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden, in denen nach der Sach- und Rechtslage ein unabweisbares und dringendes Bedürfnis besteht, vor Erteilung des mit Publizitätswirkung ausgestatteten Erbscheins aufgetretene Streit- oder Zweifelsfragen einer rechtlichen Kl. zuzuführen (vgl. BGH a.a.O.). Diese Voraussetzungen sind hier jedoch ohne weiteres erfüllt. Die Frage der Wirksamkeit der Hofnacherbenbestimmung ist für die Zukunftsplanung aller Bet., insbesondere der noch minderjährigen Bet. zu 4), von solcher Bedeutung, daß noch vor Erteilung des Hoffolgezeugnisses eine obergerichtliche Klärung der Rechtslage dringend geboten ist.

Die vom Landwirtschaftsgericht angenommene Wirksamkeit der Bestimmung des Bet. zu 2) zum Hofnacherben ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Aus § 14 Abs. 3 HöfeO läßt sich die Befugnis des Bet. zu 1), den Hofnacherben zu bestimmen, allerdings nicht herleiten, wie das Landwirtschaftsgericht zutreffend ausgeführt hat. Nach dieser Vorschrift kann der überlebende Ehegatte, wenn ihm der Eigentümer durch Verfügung von Todes wegen ein solches Recht eingeräumt hat, bis zu seiner Wiederverheiratung oder bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des gesetzlichen Hoferben einen anderen Abkömmling des Eigentümers als Hoferben auswählen. Die Bestimmung hat ihrem Wortlaut nach den Fall im Auge, daß der Erblasser keinen Hoferben bestimmt hat und daher bei seinem Tod die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist, daß also der kraft Gesetzes zum Hoferben berufene Abkömmling mit dem Eintritt des Erbfalls Hoferbe geworden ist (vgl. BGH NJW 1966, 1410, 1411 = DNotZ 1967, 107). Sie ist entsprechend anzuwenden, wenn der Hofeigentümer durch Verfügung von Todes wegen einen Hoferben eingesetzt und gleichzeitig dem überlebenden Ehegatten die Befugnis erteilt hat, unter den Abkömmlingen des Eigentümers den Hoferben zu bestimmen (vgl. BGH a.a.O.). Ist jedoch der überlebende Ehegatte aufgrund der letztwilligen Verfügung – hier: des Erbvertrages – selbst Hofvorerbe geworden, so kommt die Anwendung des § 14 Abs. 3 HöfeO nicht in Betracht, denn es handelt sich um eine Ausnahmeregelung, die grundsätzlich eng auszulegen ist und nicht ohne weiteres auf andere Fälle ausgedehnt werden kann (vgl. BGH RdL 1954, 78 = LM § 2065 BGB, Nr. 2).

Das Auswahlrecht des Bet. zu 1) ergibt sich aber unmittelbar aus dem Erbvertrag der Eheleute B. vom 31. 10. 1985 und ist wirksam. Es verstößt nicht gegen die Bestimmung des § 2065 Abs. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift darf der Erblasser zwar die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem anderen überlassen. Damit wird der Erblasser gezwungen, sich selbst über den Inhalt aller wesentlichen Teile seines letzten Willens schlüssig zu werden. Er kann sich weder vor noch nach seinem Tod durch einen Dritten in seinem Willen vertreten lassen (vgl. OLG Celle NJW 1958, 953 = DNotZ 1958, 432). Der Erblasser braucht jedoch seinen letzten Willen nicht in der Weise zu äußern, daß der Bedachte individuell bestimmt bezeichnet ist (vgl. BGHZ 15, 201 = DNotZ 1955, 402; BGH NJW 1965, 2201). Vielmehr kann er sich damit begnügen, einen eng begrenzten Kreis von Personen zu benennen, aus dem der Erbe nach genau festgelegten sachlichen Gesichtspunkten, z. B. seiner Eignung für eine besondere Aufgabe, durch einen Dritten bindend ausgewählt werden darf. Nur muß der bezeichnete Personenkreis so eng sein, daß für eine Willkür des Dritten kein Raum bleibt, sondern die Entscheidung allein auf sein Urteil über das Vorliegen der vom Erblasser ge-

nannten sachlichen Voraussetzungen abgestellt ist (vgl. RGZ 159, 296, 299 = DR 1939, 310).

Ein solches Urteil setzt voraus, daß der vom Erblasser benannte Dritte die nötige Sachkunde besitzt, um eine objektive Auswahl zu treffen. Diese Auslegung des § 2065 BGB hat in Rspr. und Schrifttum allgemein Zustimmung gefunden (vgl. RG a.a.O.; BGH RdL 1954, 75 79; NJW 1965, 2201; LM § 2065 BGB, Nr. 2; OLG Köln Rpfleger 1984, 236; OLG Celle RdL 1953, 211; NJW 1958, 953 = DNotZ 1958, 432; BayObLGZ 1965, 457 = NJW 1966, 662; OLG Hamm DNotZ 1951, 369; RdL 1961, 45; 1967, 155, 156; OLG Oldenburg RdL 1951, 183; Klungzinger, BB 1970, 1197, 1198; Grossfeld, JZ 1968, 113, 114/115; Sudhoff, DB 1966, 649, 650; Lange/Wulff/Lüdtker-Handjery, 8. Aufl., § 14 HöfeO, Rd.-Nr. 85; Palandt/Edenhofer, 52. Aufl., § 2065 BGB, Rd.-Nr. 3). Auch der Senat schließt sich ihr an.

Hiernach ist das Auswahlrecht des Bet. zu 1) wirksam begründet worden. Im Erbvertrag hat die Erblasserin letztwillig verfügt, daß der überlebende Ehegatte nicht befreiter Hofvorerbe sein und den Hofnacherben unter ihren Abkömmlingen auswählen soll. Durch die Erwähnung der „Abkömmlinge“ hat sie den Personenkreis, innerhalb dessen die Auswahl vorzunehmen war, zweifelsfrei bestimmt, ohne allerdings die Gesichtspunkte zu nennen, nach denen der überlebende Ehegatte und Hofvorerbe den Hofnacherben auswählen sollte. Eine nähere Angabe der Kriterien war indes entbehrlich. Diese ergaben sich nämlich aus den bestehenden familiären und bauerlichen Verhältnissen von selbst. Es war selbstverständlich, daß der überlebende Ehegatte und Hofvorerbe den Hofnacherben unter Anwendung derjenigen Maßstäbe auszuwählen hatte, die sonst ein Bauer bei der Wahl des Hoferben anzuwenden pflegt (vgl. OLG Celle RdL 1953, 211, 212). Der Hofnacherbe mußte daher sowohl Landwirt als auch geeignet und in der Lage sein, den Hof ordnungsgemäß zu bewirtschaften. Da hierbei die Auswahl auf die „Abkömmlinge“ der Erblasserin beschränkt war, erübrigten sich weitere Einzelheiten. Gleichwohl noch vorhandene Bedenken werden durch die Erwägung ausgeräumt, daß beim Erbvertrag in gewisser Weise von einem einheitlichen Willen der testierenden Eheleute gesprochen werden kann, so daß der in § 2065 BGB ausgedrückte Grundgedanke nicht in dem Maße zutrifft wie bei einem Einzeltestament (vgl. OLG Hamm DNotZ 1951, 369); denn nirgends erscheint eine Vertretung im letzten Willen so wenig bedenklich wie unter Ehegatten. Außerdem entspricht es einem praktischen Bedürfnis, dem überlebenden Ehegatten weitgehende Bestimmungsbefugnisse unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Kinder zu gewähren. Wollte man solche Regelungen an § 2065 BGB scheitern lassen, könnte der Erblasser seine Absicht nur dadurch verwirklichen, daß er den überlebenden Ehegatten zum Vollerben schlechthin, also ohne Benennung von Nach- oder Schlußerben, bestimmt, was vom bauerlichen Standpunkt aus nicht wünschenswert wäre. Solche Überlegungen haben auch den Gesetzgeber bestimmt, dem überlebenden Ehegatten in § 14 Abs. 3 HöfeO ein gesetzliches Bestimmungsrecht zu verleihen, das allerdings zeitlich und sachlich beschränkt ist. Wenn auch diese Vorschrift hier aus den dargelegten Gründen nicht unmittelbar angewandt werden kann, so muß doch der Grundgedanke jener Vorschrift in Fällen wie dem vorliegenden zu einer nicht zu engen Auslegung des § 2065 BGB führen.

Der Bet. zu 1) war nach allem als der überlebende Ehegatte und Hofvorerbe befugt, den Bet. zu 2), den ältesten Sohn der Eheleute B., zum Hofnacherben zu bestimmen. Daß er von dieser Befugnis einen mißbräuchlichen Gebrauch gemacht habe, ist weder behauptet worden noch aus dem vorgetragenen Sachverhalt sonst ersichtlich. An der Wirtschaftsfähigkeit des Bet. zu 2) besteht in Anbetracht der Auskunft der Landwirtschaftskammer Rheinland kein begründeter Zweifel.

##### **5. Erbrecht – Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten**

(BayObLG, Beschluß vom 21. 12. 1993 – 1Z BR 49/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)



1. Ein Vorbescheid, mit dem das Nachlaßgericht die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ankündigt, ist nicht zulässig. Der Erbe kann einen solchen Vorbescheid mit der einfachen Beschwerde anfechten.
2. Hat der Erblasser seinen späteren Ehegatten in einem vor der Eheschließung errichteten Testament mit einem nicht nur ganz geringfügigen Vermächtnis bedacht, so ist der Ehegatte nicht übergangen. Unabhängig vom Wert des Gesamtnachlasses ist eine solche Zuwendung jedenfalls dann nicht nur ganz geringfügig, wenn aus ihrer Art und ihrem Umfang geschlossen werden kann, daß der Erblasser den anfechtenden späteren Ehegatten bei der Verteilung des Nachlasses als eine ihm nahestehende Person in Betracht gezogen und ihm im Hinblick hierauf objektiv erhebliche Vermögenswerte zugewandt hat.

#### Zum Sachverhalt:

Die Erblasserin ist am 10. 2. 1992 verstorben. Sie hatte am 19. 12. 1991 den ihr schon seit Jahren bekannten Bet. zu 2) geheiratet. Die Bet. zu 1) ist ihr einziges Kind. Zum Nachlaß gehören Grundstücke und Eigentumswohnungen, eine Geschäftsbeteiligung, Wertpapiere, Bankguthaben und verschiedene wertvolle bewegliche Habe.

In einem notariellen Testament vom 29. 6. 1990 hat die Erblasserin ihre Tochter zur Alleinerbin eingesetzt, diese aber mit verschiedenen Vermächtnissen und Auflagen beschwert. Insbesondere hat sie durch Vermächtnis eine Stiftung errichtet und dem Bet. zu 2) den Nießbrauch an einer Eigentumswohnung, verschiedene Gegenstände, Geld und Versorgungsleistungen zugewandt. Unter II.4 des Testaments hat die Erblasserin zur Ausführung ihrer Verfügungen Testamentsvollstreckung angeordnet. Einen Testamentsvollstrecker hat sie nicht benannt, sich jedoch ausdrücklich vorbehalten, „durch ein eigenständiges Testament einen Testamentsvollstrecker namentlich zu berufen, sobald ich eine hierfür geeignete Person gefunden habe“.

Zwei Tage vor ihrer Hochzeit, am 17. 12. 1991, haben die Erblasserin und der Bet. zu 2) zu notarieller Urkunde gegenseitig auf ihr gesetzliches Ehegattenpflichtteilsrecht samt Pflichtteilsergänzungsansprüchen verzichtet. Kurz vor ihrem Tod beauftragte die Erblasserin einen Notar mit dem Entwurf eines neuen Testaments, wonach der Bet. zu 2) zur Hälfte, dessen Neffe sowie die Bet. zu 1) zu je 1/4 als Erben eingesetzt werden sollten. Eine Stiftung war in diesem Testament nicht mehr vorgesehen. Zu Testamentsvollstreckern sollten der Bet. zu 2) und dessen Neffe ernannt werden. Zur Beurkundung dieses Testaments kam es nicht mehr.

Mit Schreiben vom 31. 3. 1992 an die Bet. zu 1) hat der Bet. zu 2) den Pflichtteilsverzicht vom 17. 12. 1991 wegen Erklärungsirrtums, hilfsweise wegen Täuschung angefochten. Mit Schreiben vom 7. 4. 1992 an das Nachlaßgericht hat er ferner das Testament vom 29. 6. 1990 wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten angefochten. Er ist der Auffassung, daß sein Pflichtteilsverzicht infolge der Anfechtung, aber auch wegen krankheitsbedingter Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Beurkundung des Verzichts unwirksam sei. Als Pflichtteilsberechtigter sei er jedoch auch zur Anfechtung des bereits vor der Eheschließung und damit vor der Entstehung seiner Pflichtteilsberechtigung verfaßten Testaments vom 29. 6. 1990 berechtigt mit der Folge, daß gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Er hat daher einen Erbschein beantragt, der ihn und die Bet. zu 1) als Erben zu je 1/2 ausweisen soll.

Die Bet. zu 1) hält beide Anfechtungen für unwirksam und ihre Einsetzung zur Alleinerbin in dem Testament vom 29. 6. 1990 für wirksam. Hingegen entspreche es nicht dem Willen der Erblasserin, daß das Nachlaßgericht einen Testamentsvollstrecker benenne. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung sei daher gegenstandslos.

Mit Beschluß vom 16. 9. 1992 hat das AG angekündigt, es werde von Amts wegen einen Testamentsvollstrecker ernennen, wenn nicht gegen den Beschluß binnen zwei Wochen Beschwerde eingelegt werde (Nr. 1 des Beschlusses). Außerdem hat es den Erbscheinsantrag des Bet. zu 2) zurückgewiesen (Nr. 2 des Beschlusses). Gegen diese Entscheidung haben die beiden Beteiligten Beschwerde eingelegt, die Bet. zu 1) gegen die Ankündigung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers, der Bet. zu 2) gegen die Zurückweisung seines Erbscheinsantrags. Das LG hat mit Beschluß vom 1. 3. 1993 beide Beschwerden zurückgewiesen. Sowohl die Bet. zu 1) wie auch der Bet. zu 2) haben gegen diese Entscheidung weitere Beschwerde eingelegt und verfolgen ihre jeweiligen Ziele fort. Dem Rechtsmittel der anderen Seite sind sie jeweils entgegengetreten.

#### Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel der Bet. zu 1) führt zur Aufhebung der Entscheidung des AG, soweit darin die Bestellung eines Testamentsvollstreckers angekündigt wird, sowie der Entscheidung des LG, soweit diese Ankündigung bestätigt wird. Das zulässige Rechtsmittel des Bet. zu 2) bleibt ohne Erfolg.

1. Weitere Beschwerde der Bet. zu 1)

...

- c) ...

bb) Das LG ist bei der Zurückweisung der Beschwerde von der Zulässigkeit des Vorbescheids ausgegangen. Dieser Auffassung tritt der Senat nicht bei.

(1) Ein Vorbescheid, mit dem das Gericht in einem aufgrund vollständiger Ermittlungen entscheidungsreifen Verfahren lediglich ankündigt, es werde eine bestimmte Endentscheidung erlassen, wenn gegen die Ankündigung nicht innerhalb einer bestimmten Frist Rechtsmittel eingelegt wird (BayObLG FamRZ 1983, 92, 93), ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gesetzlich nicht vorgesehen. Im Erbscheinsverfahren und dem Verfahren betreffend die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses ist die Erteilung eines Vorbescheids durch die Rechtsprechung zugelassen worden, weil dies wegen der mit der Publizitätswirkung eines unrichtigen Zeugnisses über das Erbrecht oder die Testamentsvollstreckereigenschaft verbundenen Gefahren einem dringenden praktischen Bedürfnis entspricht (BGHZ 20, 255, 257 f. = DNotZ 1957, 545; BayObLGZ 1958, 171, 173 und st. Rspr.). Außerhalb dieses eng umgrenzten Rechtsbereichs verbleibt es bei dem die gesetzliche Regelung des Instanzenzuges bestimmenden Grundsatz, daß das Rechtsmittelgericht erst dann mit einer Sache befaßt werden soll, wenn eine in eigener Verantwortung getroffene Entscheidung des unteren Gerichts vorliegt (BayObLGZ 1958, 171, 174). Dementsprechend läßt die h. M., soweit sie die Zulässigkeit des Vorbescheids bejaht, diesen allenfalls dann zu, wenn die Endentscheidung, vergleichbar dem Erbschein oder Testamentsvollstreckerzeugnis, unbehebbar Nachteile zur Folge haben kann, die auch durch eine einstweilige Anordnung im Rechtsmittelverfahren (§ 24 Abs. 3 FGG) nicht beseitigt werden können (Bassenge/Herbst, FGG/RPflG, 6. Aufl., Einleitung V 2 b zum FGG; Weirich, § 13 FGG, I 3; noch stärker einschränkend Klüsener, FGG, Rd.-Nr. 90; vgl. für das vormundschaftsgerichtliche Verfahren BayObLGZ 1993, 290, für das Grundbuchverfahren BayObLGZ 1993, 52, 54 = DNotZ 1990, 599, je m.w.N.).

(2) Jedenfalls im Verfahren betreffend die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht ist nach diesen Grundsätzen für einen Vorbescheid kein Raum (ebenso OLG Hamm OLGZ 1984, 282; Soergel/Damrau, 12. Aufl., § 2200 BGB, Rd.-Nr. 8; Keidel/Kahl, § 19 FGG, Rd.-Nr. 15, Fn. 80; Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 10. Aufl., Rd.-Nr. 79). Von der Ernennung eines Testamentsvollstreckers gehen keine besonderen, die Zulassung eines Vorbescheids rechtfertigenden Gefahren aus. Denn zu der Ernennung muß noch die Annahme des Amtes hinzutreten (vgl. § 2202 Abs. 1 BGB). Die Ernennung kann im Rechtsmittelweg überprüft werden, wobei das Beschwerdegericht die Möglichkeit hat, eine einstweilige Anordnung zu erlassen (§ 24 Abs. 3 FGG). Ein seine Legitimation mit Publizitätswirkung bekundendes Zeugnis erhält der Testamentsvollstrecker nicht bereits mit seiner Ernennung, sondern nur auf seinen Antrag (§ 2368 Abs. 1 S. 1 BGB), wobei insoweit gegebenenfalls ein Vorbescheid erlassen werden kann (BayObLGZ 1986, 466, 468 und BayObLG FamRZ 1991, 111, 112). Hinzu kommt, daß im vorliegenden Fall das Ernennungsverfahren noch nicht bis zur entscheidungsreifen gediehen ist, da das Nachlaßgericht noch keine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker ins Auge gefaßt hat. Es hat vielmehr die Beteiligten erst in seiner Entscheidung aufgefordert, geeignete Personen zu benennen. Damit fehlt eine weitere unabdingbare Voraussetzung für einen Vorbe-

scheid (vgl. dazu eingehend OLG Hamm a.a.O.; ferner Pentz, MDR 1990, 586 sowie Keidel/Kahl, § 19 FGG, Rd.-Nr. 15).

d) Da sich die mit der Beschwerde und weiteren Beschwerde angegriffene Entscheidung des AG als verfahrensrechtlich nicht zulässig erweist, ist sie zusammen mit der sie bestätigenden Beschwerdeentscheidung ersatzlos aufzuheben. Die Sache ist an das Nachlaßgericht zurückzugeben (vgl. BayObLGZ 1993, 290, 294), das zunächst die für die Entscheidung über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers erforderlichen weiteren Ermittlungen, gegebenenfalls auch hinsichtlich der Person des Testamentsvollstreckers, zu führen und dann eine abschließende Entscheidung zu treffen haben wird. Zu der mit der weiteren Beschwerde ebenfalls beantragten Anweisung an das AG, der Bet. zu 1) auf deren Antrag einen Erbschein als durch Testamentsvollstreckung unbelastete Alleinerbin zu erteilen, ist beim vorliegenden Verfahrensstand kein Raum.

## 2. Weitere Beschwerde des Bet. zu 2)

a) Das LG hat ausgeführt:

b) Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§§ 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO) stand. Zutreffend ist das LG zu dem Ergebnis gekommen, daß das Testament vom 29. 6. 1990 weiterhin wirksam und damit die Bet. zu 1) zur Alleinerbin eingesetzt ist.

aa) Das Testament ist wirksam errichtet (§§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB) und nicht widerrufen worden. Die Bet. zu 1) ist darin zur Alleinerbin eingesetzt worden. Dies wird auch durch den Bet. zu 2) nicht in Zweifel gezogen.

bb) Diese Erbeinsetzung ist nicht dadurch unwirksam geworden (§ 142 Abs. 1 BGB), daß sie der Bet. zu 2) mit Schreiben vom 7. 4. 1992 gem. § 2079 BGB angefochten hat. Ein Anfechtungsgrund nach dieser Bestimmung liegt nicht vor, weil, wie das LG zutreffend angenommen hat, die Erblasserin den Bet. zu 2) in dem Testament nicht übergeben hat.

(1) Nach dem Wortlaut des § 2079 S. 1 BGB ist das Anfechtungsrecht auch in den Fällen, in denen der Anfechtende erst nach Errichtung der letztwilligen Verfügung pflichtteilsberechtigt geworden ist, nur dann gegeben, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten übergeben hat (vgl. Schlüter, Erbrecht, 12. Aufl., § 24 I 3 e bb). Denn das Gesetz stellt lediglich denjenigen, dessen Pflichtteilsrecht nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung entstanden ist, demjenigen Pflichtteilsberechtigten gleich, den der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung nicht gekannt hat (Staudinger/Otte, 12. Aufl., § 2079 BGB, Rd.-Nr. 8), während die beiden anderen Voraussetzungen der Anfechtung, das Vorhandensein eines Pflichtteilsberechtigten zur Zeit des Erbfalls und dessen Übergehen, hiervon nicht berührt werden. Die Ausführungen von MünchKomm/Leipold, 2. Aufl., § 2079 BGB, Rd.-Nr. 10 a.A. beziehen sich, wie der anschließende Satz und die Ausführungen zu Rd.-Nr. 6 zeigen, darauf, wie es zu werten ist, wenn der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits Überlegungen im Hinblick auf die möglicherweise künftig entstehende Pflichtteilsberechtigung angestellt hat.

(2) Umstritten ist allerdings die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine durch den Erblasser bedachte Person als „übergangen“ anzusehen ist, wenn sie aufgrund von nach der Testamentserrichtung eintretenden Umständen ein Pflichtteilsrecht erlangt hat (ausführliche Darstellung mit Nachweisen zum Streitstand bei Soergel/Loritz, 12. Aufl., Rd.-Nr. 3 und MünchKomm/Leipold, Rd.-Nr. 6, je zu § 2079 BGB). Die insbesondere in der Rechtsprechung ganz überwiegend vertretene Auffassung bejaht ein Übergehen nur dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte weder enterbt noch als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist (RGZ 50, 238, 239 und 148, 218, 223; OLG Celle NJW 1969, 101; ebenso Staudinger/Otte, Rd.-Nr. 3 und RGRK/Johannsen, 12. Aufl., Rd.-Nr. 10, je zu § 2079 BGB; von Lübtow, Erbrecht I, S. 324). Dies wird zum

Teil dahin eingeschränkt, daß ganz geringfügige Zuwendungen außer Betracht zu bleiben haben (Palandt/Edenhofer, 52. Aufl., Rd.-Nr. 3; Erman/Hense, 9. Aufl., Rd.-Nr. 3; je zu § 2079 BGB; unentschieden RG JW 1925, 2756, 2757).

Nach der insbesondere in der Literatur vertretenen Gegenmeinung liegt hingegen ein Übergehen bereits dann vor, wenn der Bedachte im Zeitpunkt der Errichtung der ihn begünstigenden Verfügung noch nicht zu den Pflichtteilsberechtigten zählte, die Zuwendung also nicht im Hinblick auf seine Stellung als Pflichtteilsberechtigter gesetzlicher Erbe getätigt wurde (so, mit im einzelnen geringfügigen Unterschieden und m.w.N., MünchKomm/Leipold und Soergel/Loritz, a.a.O.; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 3. Aufl., § 35 III 2e; Brox, Erbrecht, 10. Aufl., Rd.-Nr. 229; Damrau, BB 1970, 467, 473).

(3) Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung (so bereits die nicht veröffentlichten Entscheidungen vom 13. 2. 1975 – BReg. 1 Z 77/74 – und 24. 7. 1975 – BReg. 1 Z 43/75). Nach dem Sprachgebrauch und dem daraus abzuleitenden Wortsinn ist eine Person in einer letztwilligen Verfügung dann übergegangen, wenn sie vom Erblasser weder mittelbar noch unmittelbar bei der Verteilung des Nachlasses berücksichtigt worden ist (vgl. RG JW 1925, 2756, 2757). Dies spricht für eine objektive Auslegung des Begriffs. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm lassen sich Anhaltspunkte für die gegenteilige Auffassung nicht gewinnen (Schubert/Czub, JA 1980, 257, 261). Die Annahme, daß der Erblasser den Bedachten günstiger gestellt hätte, wenn er bei der Testamenterrichtung die Pflichtteilsberechtigung gekannt oder vorhergesehen hätte, ist als allgemeine gesetzliche Vermutung, wie sie § 2079 BGB begründet, nicht gerechtfertigt. Denn die umstrittene Fallgestaltung ergibt sich vielfach daraus, daß der Erblasser in höherem Alter eine Person heiratet, die ihm, wie die Zuwendung im Testament zeigt, schon seit längerer Zeit nahegestanden hat. Oft sind dann im Testament Abkömmlinge aus einer früheren Ehe als Erben eingesetzt. In einem solchen Fall kann es keinesfalls als Regel unterstellt werden, daß der Erblasser die oft wohlüberlegte letztwillige Verfügung anders abgefaßt hätte, wenn er den Umstand einer späteren Heirat in seine Überlegungen einbezogen hätte (ebenso Schubert/Czub, a.a.O.). Der Pflichtteilsberechtigte wird durch eine solche Auslegung des § 2079 S. 1 BGB nicht schutzlos gestellt. Vielmehr verbleibt ihm die Möglichkeit, die letztwillige Verfügung nach § 2078 Abs. 2 BGB anzufechten (BayObLGZ 1971, 147, 151 = DNotZ 1972, 31; MünchKomm/Leipold, § 2079 BGB, Rd.-Nr. 21). Allerdings trifft ihn, anders als bei § 2079 S. 1 BGB (vgl. Staudinger/Otte, § 2079 BGB, Rd.-Nr. 1), die Feststellungslast dafür, daß der Erblasser einem Irrtum über seine künftige Rechtsstellung zu dem anfechtenden Pflichtteilsberechtigten unterlag und daß dieser Irrtum für die in der letztwilligen Verfügung enthaltene Willensäußerung kausal war. Dieses Ergebnis erscheint dem Senat jedoch für zahlreiche der betroffenen Fallgestaltungen, insbesondere für die oben geschilderten, durchaus sachgerecht.

(4) Dahingestellt bleiben kann, ob § 2079 S. 1 BGB in einem solchen Fall ausnahmsweise dann eingreifen kann, wenn die Zuwendung an die Pflichtteilsberechtigten nur ganz geringfügig ist (ablehnend z. B. Staudinger/Otte, § 2079 BGB, Rd.-Nr. 3). Denn in Übereinstimmung mit dem LG ist der Senat der Auffassung, daß ein solcher Fall hier nicht gegeben ist. Es kann dahinstehen, ob, wofür manches spricht, bei der Frage des Übergehens nur völlig unbedeutende Zuwendungen außer Betracht zu bleiben haben (so der erwähnte Senatsbeschluß vom 24. 7. 1975) oder ob, wie der Bet. zu 2) meint, in diesem Zusammenhang auch die Höhe des Gesamtnachlasses zu berücksichtigen ist. Jedenfalls wenn aus dem Umfang der Zuwendung der Schluß gezogen werden kann, daß der Erblasser den Anfechtenden bei der Verteilung des Nachlasses als eine ihm nahestehende Person ernsthaft in Betracht gezogen und ihm im Hinblick hierauf objektiv erhebliche Vermögenswerte zugewandt hat, kann von einer Geringfügigkeit in diesem Sinn nicht mehr gesprochen werden. So aber liegt es hier. Der Bet. zu 2) erhält nach dem Testament den lebenslangen unentgelt-



lichen Nießbrauch an einer großzügigen Eigentumswohnung in einer erstklassigen Wohnlage, wobei die Aufwendungen für die Wohnung einschließlich der Nebenkosten aus dem Nachlaß zu tragen sind. Ferner ist ihm eine monatliche, mit den Lebenshaltungskosten steigende Zahlung von 1.000,- DM zugewandt, außerdem ein einmaliger Betrag von 50.000,- DM, der sofort auszubezahlen ist. Ein weiterer Betrag von 50.000,- DM steht für eventuelle Kosten im Krankheits- oder Gebrechlichkeitsfall zur Verfügung. Schließlich sind dem Bet. zu 2) eine Reihe von durchaus wertvollen Gegenständen vermacht, z. B. nach seiner Wahl ein Klavier oder Flügel, ein Auto und die Hälfte einer Zimmereinrichtung. Bei einem derart umfassenden Vermächtnis, das dem Bet. zu 2) eine angemessene Lebensgestaltung ermöglicht, kann, auch unter Berücksichtigung der Höhe des Gesamtnachlasses, von einer geringfügigen Zuwendung nicht die Rede sein.

(5) Da die Anfechtung bereits deshalb nicht durchgreifen kann, weil der Bet. zu 2) nicht übergangen ist, kommt es auf die Frage der Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts und auf die in diesem Zusammenhang gegen die tatsächliche und rechtliche Würdigung des LG erhobenen Rügen nicht an.

cc) Ohne Rechtsfehler hat das LG auch das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes nach § 2078 BGB verneint. Ein Erklärungsinhaltsirrtum nach § 2078 Abs. 1 BGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, daß die Erblasserin bei Errichtung ihres Testaments vom 29. 6. 1990 über die Bedeutung oder Tragweite der darin enthaltenen Erklärungen im Irrtum gewesen wäre. Ein Motivirrtum nach § 2078 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Erbeinsetzung der Bet. zu 1) (vgl. zur beschränkten Wirkung der Anfechtung nach § 2078 BGB BayObLGZ 1971, 147, 150 = DNotZ 1972, 31) könnte nach dem Sachverhalt vorliegen, wenn die Erblasserin bei Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung davon ausgegangen sein sollte, daß sie den Bet. zu 2) später nicht heiraten werde, oder wenn eine solche Erwartung jedenfalls als selbstverständlich ihrer Verfügung zugrunde lag (sogenannte unbewußte Vorstellung; vgl. BayObLGZ 1971, 147, 149 m.w.N. = DNotZ 1972, 31). Das LG hat jedoch ohne Rechtsfehler die Kausalität eines solchen Irrtums verneint.

(1) Eine letztwillige Verfügung beruht auf dem Irrtum, wenn dieser für die Verfügung mitbestimmend war derart, daß der Erblasser diese Verfügung ohne die irrtümliche Vorstellung nicht getroffen hätte. Jedoch kann aus dem Verhalten des Erblassers nach Bekanntwerden des Irrtums (z. B. aus dem Bestehenlassen der letztwilligen Verfügung) geschlossen werden, daß der Erblasser die Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte (BayObLGZ 1971, 147, 150 = DNotZ 1972, 31).

(2) Von diesen Grundsätzen ist auch das LG ausgegangen. Es hat festgestellt, daß die Erblasserin in Kenntnis des maßgeblichen Umstands (Heirat mit dem Bet. zu 2) ihr Testament vom 29. 6. 1990 zunächst nicht widerrufen, sondern vielmehr auf einen Pflichtteilsverzicht hingewirkt hat. Daraus hat es entnommen, daß die Erblasserin die Erklärung im Testament auch bei Kenntnis der Heirat so abgegeben hätte (S. 17 des Beschlusses).

Diese tatsächlichen Feststellungen kann der Senat nur in begrenztem Umfang überprüfen (§§ 27 Abs. 1 FGG, 561 Abs. 2 ZPO), und zwar dahin, ob das LG den maßgebenden Sachverhalt erforscht (§ 12 FGG), die Vorschriften über die Form der Beweisaufnahme beachtet (§ 15 FGG) und die Beweise fehlerfrei gewürdigt hat. Die Beweiswürdigung wiederum kann nur dahin überprüft werden, ob das LG alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, gegen die Denkgesetze und gegen feststehende (zwingende) Erfahrungssätze verstoßen oder ob es die Beweisforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (BayObLGZ 1991, 17, 20 und st. Rspr. des Senats, vgl. für die hier vorliegende Fallgestaltung den erwähnten Beschluß vom 24. 7. 1975). Derartige Fehler sind dem LG nicht unterlaufen. Die insoweit von dem Bet. zu 2) erhobenen Rügen greifen nicht durch (wird ausgeführt).

**6. Gesellschaftsrecht/Handelsrecht – Firma einer KG mit beschränkt und unbeschränkt haftenden Komplementären** (OLG Hamm, Beschluß vom 2. 12. 1993 – 15 W 229/93 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Karldieter Schmidt, Hamm)

**HGB §§ 18 Abs. 2 S. 1; 19 Abs. 2**

**Bei einer KG darf der GmbH-Zusatz der in der Firma allein genannten Komplementärgesellschaft grundsätzlich auch dann nicht weggelassen werden, wenn neben dieser weitere Komplementäre vorhanden sind, die natürliche Personen sind.**

**Zum Sachverhalt:**

Die Bet. betreibt in der Rechtsform der KG eine Teilzahlungsbank. Persönlich haftende Gesellschafter sind die Bankkaufleute A. und Dr. B. sowie die „von E.-GmbH“. Diese firmierte zuvor unter „Beteiligungsgesellschaft für die ... mit beschränkter Haftung“. Durch notarielle Urkunde vom 17. 11. 1992 erklärten die Gesellschafter, die Firma zu ändern; diese laute nunmehr „... Bank von E. ... KG“. Die IHK erhob hiergegen keine Bedenken. Das AG wies den Antrag auf Eintragung der Firmenänderung in das Handelsregister zurück. Beschwerde und weitere Beschwerde blieben erfolglos.

**Aus den Gründen:**

Diese Begründung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Zwar liegen hier – wie auch das LG richtig sieht – die Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 S. 1 HGB nicht vor, wonach die Firma, wenn *kein* persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, eine Bezeichnung enthalten muß, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet. Die Kennzeichnung der aufgeführten Komplementärin als GmbH ist indes im Blick auf § 18 Abs. 2 S. 1 HGB unverzichtbar. Nach dieser Vorschrift darf der Firma des Einzelkaufmanns kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Diese Vorschrift drückt den allgemeinen Grundsatz der Firmenklarheit und Firmenwahrheit aus und gilt für alle Firmen, mithin auch für die KG (Senat OLGZ 1974, 139, 141 = DNotZ 1974, 468; OLGZ 1987, 290, 291 = DNotZ 1988, 59; BGHZ 80, 353, 355 = DNotZ 1982, 445; BayObLG DB 1990, 2013, 2014). Er besagt, daß die Firma bei einem unbefangenen Teilnehmer am Geschäftsverkehr, dessen Sicht maßgeblich ist, nicht die Gefahr von Verwechslungen und von Verwirrung über Rechtsform wie Haftungsverhältnisse des Bezeichneten begründen darf (Senat OLGZ 1987, 290, 291 = DNotZ 1988, 59). Diesen Anforderungen wird die angemeldete Firma nicht gerecht. Denn sie läßt es für die genannten Verkehrskreise als naheliegend erscheinen, daß der in der Firma der KG „von E.“ bezeichnete Komplementär eine natürliche Person ist, während es sich in Wahrheit um eine juristische Person, nämlich um die „von E.-GmbH“ handelt. Das Weglassen des GmbH-Zusatzes weist insbesondere deshalb auf eine natürliche Person hin, weil die GmbH nach § 4 Abs. 2 GmbHG ausnahmslos die zusätzliche Bezeichnung „mit beschränkter Haftung“ enthalten muß, um den Verkehr eindeutig über die Haftungsverhältnisse zu informieren (vgl. Scholz, 8. Aufl., § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 51; Baumbach/Hueck, 14. Aufl., § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 40). Nach der Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, gilt dies grundsätzlich auch im Rahmen des § 19 Abs. 2 HGB (BGHZ 80, 353, 356 = DNotZ 1982, 445; BayObLG DB 1990, 2013, 2014). Allerdings hat der BGH in der genannten Entscheidung anerkannt, daß Zusätze der Firma einer Komplementär-GmbH, die in der Firma der KG irreführend sind, weggelassen werden dürfen und müssen (vgl. § 18 Abs. 2 HGB). Dies gilt allerdings nur dann, wenn es sich bei den *übernommenen* Bestandteilen, zu denen der BGH ausdrücklich den GmbH-Zusatz rechnet, um die wesentlichen und die unterscheidungskräftigsten Teile der Firma handelt und diese gem. § 4 GmbHG auch alleine als Firma zulässig wäre. Das ist hier – wie dargelegt – nicht der Fall.

Die Auffassung der Rechtsbeschwerde, aus der Behandlung der mehrstufigen Komplementärgesellschaften in § 19 Abs. 5 S. 2 HGB folge, daß das Gesetz den Hinweis auf die Haftungsbeschränkung immer dann als entbehrlich ansehe, wenn die KG auf der ersten oder zweiten Ebene eine natürliche Person als unbeschränkt haftende Gesellschafter habe, geht fehl. Denn auch diese Bestimmung deckt nicht die Eintragung einer Firma, die eine Verwirrung über Rechtsform wie Haftungsverhältnisse befürchten läßt. Der Name desjenigen persönlich haftenden Gesellschafters, der in die Firma der KG aufgenommen wird, gehört zu den wesentlichen und unterscheidungskräftigsten Teilen der Firma. Denn der dahinter stehende Namens-träger ist letztlich die Person, die für jedermann ersichtlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt einzustehen hat. Im Blick darauf kann die Täuschungseignung durch das Weglassen von Bestandteilen der GmbH-Firma nicht dadurch ausgeglichen werden, daß andere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind.

### **7. Notarrecht – Amtsverweigerung des Notars bei Beurkundung eines Schuldanerkenntnisses zugunsten eines Heiratsvermittlungsinstituts**

(LG Wuppertal, Beschluß vom 20. 1. 1994 – 6 T 929/93 – mitgeteilt von Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal)

**BGB § 656**

**ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5**

**BNotO § 15 Abs. 1 S. 2**

**Der Notar darf seine Amtstätigkeit verweigern, wenn ihm die Beurkundung eines Schuldanerkenntnisses nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung angetragen wird, das erkennbar der Erfüllung eines Ehemaklerversprechens dient.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Ast. bezeichnet sich als Gesellschaft für angewandte Individual- und Familienpsychologie. Sie hat am 4. 11. 1993 an den Notar das Ersuchen gerichtet, ein Schuldanerkenntnis eines ihrer Kunden zu beurkunden. Dies hat der Notar abgelehnt. Der Notar begründet die Ablehnung der Beurkundung damit, es solle ein Schuldanerkenntnis mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkundet werden, das der Durchsetzung einer Naturalobligation gem. § 656 BGB dienen solle. Die Ast. sei in einem neueren Zeitungsbericht über unseriöse Heiratsvermittler in „Bild am Sonntag“ ausdrücklich aufgeführt worden. Die hiergegen eingelegte Beschwerde blieb ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO darf der Notar seine Urkundstätigkeit nach den §§ 20–22 BNotO – um eine Beurkundung i.S.d. § 20 Abs. 1 S. 1 BNotO geht es vorliegend – nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Da der Begriff des ausreichenden Grundes im Gesetz nicht ausdrücklich umschrieben ist, muß bei Anwendung des § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO von den Aufgaben eines Notars ausgegangen werden. Die allgemeinen notariellen Pflichten sind unter Berücksichtigung der Belange der Rechtssuchenden zu bestimmen, weil einem Gesuchsteller ein Anspruch auf Urkundstätigkeit zusteht, der sog. Urkundsgewährungsanspruch. Danach beurteilt sich die Berechtigung einer Amtsverweigerung – abgesehen von den hier zweifelsfrei nicht gegebenen Ausschließungsgründen des § 16 BNotO – nach § 14 Abs. 2 BNotO und für Beurkundungen ergänzend nach § 4 BeurkG. Hierbei ist allerdings der Stellung des Notars als unabhängigen Trägers eines öffentlichen Amtes, § 1 BNotO, Rechnung zu tragen. Dies geschieht dadurch, daß dem Notar ein nur durch den Urkundsgewährungsanspruch eingeschränkter Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist. Das Beschwerdegericht prüft danach, ob die Amtsverweigerung des Notars nach den Maßstäben der Rechts- und Sittenordnung auf vertretbaren Erwägungen beruht und nicht willkürlich oder rechtsmißbräuchlich erscheint (BGH DNotZ 1970, 444, 446;

BayObLG DNotZ 1984, 250, 251 f. m.w.N.; Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 15 BNotO, Rd.-Nr. 85; Arndt, 2. Aufl., § 15 BNotO, Anm. II 3; Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rd.-Nr. 397, Fn. 13).

Nach diesen Grundsätzen durfte hier der Notar seine Amtstätigkeit gem. § 14 Abs. 2 BNotO wegen Verfolgung erkennbar unerlaubter Zwecke verweigern. Mit der Errichtung einer Urkunde des von der Ast. gewünschten Inhaltes hätte der Notar der gesetzgeberischen Anordnung des § 656 Abs. 2 BGB zuwidergehandelt. Er hätte nämlich durch Beurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung die Möglichkeit geschaffen, eine nach dem Gesetz nicht einklagbare Naturalobligation für den Gläubiger mit Mitteln staatlichen Zwangs durchsetzbar zu machen.

Nach § 656 Abs. 2 BGB wird durch ein Schuldanerkenntnis, das ein Kunde zum Zwecke der Erfüllung eines sog. Ehemaklerversprechens abgegeben hat, eine Verbindlichkeit nicht begründet. Diese Vorschrift ist auf Partnerschaftsvermittlungs-Dienstverträge entsprechend anzuwenden (BGHZ 112, 122, 124 ff.). Der Notar durfte im vorliegenden Fall beurteilungsfreier davon ausgehen, daß die von der Ast. gewünschte Urkunde ein abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) über eine Honorarforderung aus Partnerschaftsvermittlungs-Dienstvertrag nebst der auf die abstrakte Verbindlichkeit bezogenen Zwangsvollstreckungsunterwerfung enthalten soll. Soweit das Vorbringen des Notars bezüglich des Zeitungsberichtes zutreffend sein sollte – insofern bedarf es keiner abschließenden Entscheidung –, ergibt sich „dies ohne weiteres. Nichts anderes folgt aber aus den eigenen Darlegungen der Ast. im Beschwerdeverfahren. Dem Gesamtzusammenhang ihres Inhaltes nach ist die zwischen ihr und ihrem Kunden getroffene „Vereinbarung“ ersichtlich auf Partnerschaftsvermittlung ausgerichtet. Partnerschaftsvermittlungsverträge können sich in der Erarbeitung von Partneranschlägen erschöpfen oder darüber hinausgehend Partnerzusammenführungen über gemeinsame Freizeitveranstaltungen oder Kontaktseminare enthalten (statt aller Staudinger/Reuter, 12. Aufl., § 656 BGB, Rd.-Nr. 5). Derartige Veranstaltungen sind unter „c)“ der „Vereinbarung“ vorgesehen. Daß auch das zu den Akten gereichte „Psychogramm“ letztlich nichts anderes als Hilfe bei der Partnervermittlung sein soll, ergibt sich aus dessen eigenem Inhalt (wird ausgeführt).

### **8. Kostenrecht – Keine Haftung des Vorkaufsberechtigten für die Notarkosten nach Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 2034 BGB**

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 17. 6. 1993 – 10 W 58/93 – mitgeteilt von Richter am OLG Rolf Krücker, Düsseldorf)

**BGB §§ 505; 449 Abs. 1; 2034 Abs. 1**

**KostO § 3 Ziff. 2 u. 3.**

- 1. Die Erklärung des Miterben über die Ausübung des ihm zustehenden Vorkaufsrechtes kann allein wegen materiell-rechtlicher Kostenfolgen nicht mit einer Kostenübernahmeerklärung i.S.d. § 3 Ziff. 2 KostO gleichgesetzt werden.**
- 2. Ist der Miterbe nach der Ausübung seines Vorkaufsrechtes materiell-rechtlich verpflichtet, die Kosten des Vertrages über einen Erbschafts Kauf zu tragen, ist der Notar nicht befugt, diesem unmittelbar die Kosten für die Beurkundung des Kaufvertrages in Rechnung zu stellen, auf den sich die Rechtsausübung des § 2034 Abs. 1 BGB bezieht.**

#### **Aus den Gründen:**

1. Die weitere Beschwerde ist gem. § 156 Abs. 2 S. 2 KostO statthaft, weil das LG sie zugelassen hat. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 KostO). Das Rechtsmittel des Notars hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Das LG hat in dem angefochtenen Beschluß mit zutreffender Begründung die Kostenrechnungen des Notars vom 8. 9. 1992

und vom 7. 10. 1992 betreffend UR-Nr. 52/1992 bzw. 67/1992 aufgehoben, weil die Beschwerdegegner nicht seine Kostenschuldner i.S.d. §§ 2, 3 KostO sind. Das Rechtsmittelvorbringen des Notars rechtfertigt keine abändernde Entscheidung.

Unstreitig sind die Beschwerdegegner nicht Auftraggeber der durch den Notar abgerechneten Tätigkeiten, nämlich der Beurkundung des Vertrages vom 24. 6. 1992 über den Verkauf des aus Grundbesitz bestehenden Erbteils des Miterben K. B. an die Firma D. Baurträger- und Verwaltungsgesellschaft mbH sowie der am 28. 9. 1992 beurkundeten Erklärung des Miterben K. B. hinsichtlich der zwischen ihm und den Beschwerdegegnern nach der Ausübung des ihnen zustehenden Vorkaufsrechts erzielten Einigung betreffend den Übergang des bezeichneten Erbteils auf diese mit sofortiger dinglicher Wirkung. Da die Beschwerdegegner die Beurkundungsvorgänge nicht veranlaßt haben und sie überdies bei den Vorgängen noch nicht einmal beteiligt waren, sind sie keine Kostenschuldner gem. § 2 KostO.

2. Ebensowenig haben sie i.S.d. § 3 Ziff. 2 KostO durch eine vor dem Notar abgegebene Erklärung eine Bereitschaft zur Übernahme der mit den fraglichen Beurkundungstätigkeiten verbundenen Kosten bekundet. Sie haben sich vielmehr durch ein an den Bf. gerichtetes Schreiben vom 31. 8. 1992 auf die Mitteilung beschränkt, nach Abschluß des Kaufvertrages vom 24. 6. 1992 über den Verkauf des Erbteils des Miterben K. B. an die Firma D. Baurträger- und Verwaltungsgesellschaft mbH von ihrem Vorkaufsrecht gem. § 2034 Abs. 1 BGB Gebrauch machen zu wollen. Diese Erklärung hatte zwar die Wirkung, daß der Kauf zwischen ihnen und dem Miterben unter den Bedingungen zustande kam, welche dieser mit der Firma D. Baurträger- und Verwaltungsgesellschaft mbH vereinbart hatte (§ 505 Abs. 2 BGB). Damit ging auch auf die Beschwerdegegner die zu Ziff. VIII des Kaufvertrages vom 24. 6. 1992 getroffene Verpflichtung über, wonach der Käufer die Kosten des Vertrages und seiner Durchführung zu tragen hat. Diese materiell-rechtliche Folge der Erklärung zur Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts kann indes nicht mit einer förmlichen Übernahmeerklärung i.S.d. § 3 Ziff. 2 KostO gleichgesetzt werden. Aus dieser muß mit aller Deutlichkeit hervorgehen, daß gegenüber der Staatskasse oder dem Notar die Übernahme der Kosten durch den Erklärenden gewollt ist (Rohs/Wedewer/Belchäus, § 3 KostO, Rd.-Nr. 12 mit Hinweis auf OLG Karlsruhe DNotZ 1965, 372 und OLG Schleswig JurBüro 1982, 429).

3. Entgegen der durch den Notar vertretenen Auffassung können die Beschwerdegegner auch nicht als Kostenschuldner i.S.d. § 3 Ziff. 3 KostO angesehen werden, denn sie haften nicht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts für die Kostenschuld eines anderen kraft Gesetzes. Die Regelung betrifft solche Vorschriften, in denen ausdrücklich bestimmt ist, daß eine im Gesetz bezeichnete Person für Schulden einzustehen hat, die in der Person eines anderen entstanden sind (Rohs/Wedewer/Belchäus, a.a.O., Rd.-Nr. 15). Damit ist etwa die gesetzliche Regelung des § 419 BGB gemeint, wonach der Übernehmer eines Vermögens für die Kostenschulden des Übertragenden haftet oder diejenige des § 2382 BGB, derzufolge der Erbschaftskäufer für die Nachlaßverbindlichkeiten, also auch für die Kostenschulden des Erblassers, neben dem Erbschaftsverkäufer als Gesamtschuldner haftet. Eine vergleichbare gesetzliche Regelung fehlt jedoch für die hier in Rede stehende Ausübung des Vorkaufsrechts durch die übrigen Miterben, wenn ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten verkauft. Die Beschwerdegegner sind nicht kraft einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung als Vorkaufsberechtigte verpflichtet, für irgendwelche Schulden des Verkäufers – und sei es auch nur für solche im Zusammenhang mit dem Abschluß und der Durchführung des Kaufvertrages – einzustehen.

Zwar weist der Notar zutreffend darauf hin, daß infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Beschwerdegegner diese gem. § 505 Abs. 2 BGB alle Leistungen zu erbringen haben, die der Erstkäufer nach dem Kaufvertrag zu bewirken gehabt hätte, daß sie im Ergebnis also auch verpflichtet sind, gem.

Ziff. VIII der notariellen Vereinbarung vom 24. 6. 1992 die Kosten des Vertrages und seiner Durchführung zu tragen. Diese materielle Rechtsfolge hinsichtlich der Vertragskosten geht indes mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Schuldeneinstandspflicht des Vorkaufsberechtigten nicht so weit, daß der Notar befugt ist, diesem *unmittelbar* seine Kosten für die Beurkundung des Kaufvertrages in Rechnung zu stellen, auf den sich die Rechtsausübung gem. § 2034 Abs. 1 BGB bezieht. Vielmehr haben die Beschwerdegegner – wie durch das LG zutreffend dargelegt – dem Miterben K. B. bzw. der D. Baurträger- und Verwaltungsgesellschaft mbH die Notarkosten für den Kaufvertrag vom 24. 6. 1992 und für die Übertragung des Erbteils zu erstatten bzw. die Beteiligten von den Notarkosten freizustellen.

4. Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die Regelung des § 449 Abs. 1 BGB, wonach der Käufer eines Grundstücks bzw. der Käufer eines Rechtes an einem Grundstück – wie zu Ziff. VIII des Kaufvertrages vom 24. 6. 1992 vereinbart – die Kosten der Rechtsübertragung einschließlich der Beurkundung zu tragen hat. Fraglich ist schon die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall, da Gegenstand des bezeichneten Vertrages nicht der Verkauf von Grundbesitz ist, sondern der Verkauf des Erbteils des Miterben K. B. Selbst wenn man jedoch davon ausginge, infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts sei die Verpflichtung zur Begleichung der Vertragskosten auch als gesetzliche Leistungspflicht gem. § 449 Abs. 1 BGB auf die Beschwerdegegner übergegangen, begründete dieser Umstand nicht ihre Kostenschuldner-eigenschaft gem. § 3 Ziff. 3 KostO. Von dieser Vorschrift werden nämlich nicht die Fälle erfaßt, in denen durch gesetzliche Bestimmungen die Zahlungspflicht im Verhältnis der Beteiligten zueinander geregelt wird, wie z. B. der Käufer eines Grundstücks nach § 449 BGB dem Verkäufer gegenüber für die Kosten der Auflassung und Eintragung aufzukommen hat (Rohs/Wedewer/Belchäus, a.a.O., Rd.-Nr. 15; Korintenberg/Lappe/Reimann, 12. Aufl., § 3 KostO, Rd.-Nr. 27).

#### **9. Steuerrecht/ Grunderwerbsteuer – Vereinigung von Anteilen an einer grundbesitzenden Gesellschaft bei vorheriger mittelbarer Anteilsvereinigung** (BFH, Urteil vom 20. 12. 1993 – II R 116/90)

**GrEStG 1983 § 1 Abs. 3 Nrn. 1 u. 2**

**Sind die Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft bereits derart vereinigt i.S.v. § 1 Abs. 3 Nrn. 1 bzw. 2 GrEStG 1983, daß sie zum einen Teil unmittelbar von einer Person gehalten werden, zum anderen Teil von einer Gesellschaft, an der diese Person zu 100 % beteiligt ist (mittelbare Anteilsvereinigung), so löst die nachfolgende Vereinigung aller Anteile unmittelbar in der Hand dieser Person keine Grunderwerbsteuer mehr aus (Abweichung von BFHE 126, 332 = BStBl. II 1979, 153 = MittRhNotK 1979, 49).**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die A-OHG verfügte über erheblichen Grundbesitz in mehreren Ländern der Bundesrepublik Deutschland. Zum 1. 10. 1980 wurde sie in eine AG umgewandelt. Die Aktien an der Gesellschaft hielt zunächst allein Herr A. Im Anschluß an die Umwandlung übertrug dieser 50 v.H. der Aktien auf die B-GmbH. Diese war zuvor stille Gesellschafterin der OHG gewesen. Die GmbH ist ihrerseits eine 100%ige Tochter der Kl. Mit Vertrag vom 9. 12. 1980 übertrug S. die ihm verbliebenen Aktien an der A-AG dergestalt auf die Kl. und die GmbH, daß erstere künftig 49,995 v.H. und die GmbH 50,005 v.H. des Aktienkapitals besaßen. Für die damit verwirklichte teils mittelbare, teils unmittelbare Vereinigung aller Anteile an der A-AG in der Hand der Kl. erfolgte keine Festsetzung von Grunderwerbsteuer.

Durch Vertrag vom 10. 12. 1985 übernahm die Kl. auch die bislang von der GmbH gehaltenen Aktien der A-AG. Sie ist seither Alleinaktionärin.

Am 31. 10. 1989 erließ das beklagte FA einen Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer gegen die Kl. Dieser war auf § 17 GrEStG gestützt. Die Feststel-

lung erfolgte für die Erwerbsvorgänge, die durch die Vereinigung aller Anteile an der A-AG aufgrund des Vertrags vom 10. 12. 1985 verwirklicht worden waren. In einer Anlage zu diesem Bescheid, die Bestandteil des Bescheides war, wurden die Grundstücke angeführt, auf die sich der Vorgang bezog. Darüber hinaus wurde zu jedem Grundstück der Einheitswert, der Zuschlag von 40 v.H. und die sich daraus ergebende Besteuerungsgrundlage angegeben. Bezeichnet wurde jeweils auch das für die Grunderwerbbesteuerung zuständige FA. Die bezeichneten Grundstücke gehörten im Dezember 1985 der A-AG. Insgesamt ergab sich eine Besteuerungsgrundlage in Höhe von 29.640.980,- DM. Davon entfielen 7.962.540,- DM auf Grundstücke, die zwischen dem 9. 12. 1980 und dem 10. 12. 1985 von der AG erworben worden waren.

Das FG hat der Klage gegen den Feststellungsbescheid stattgegeben. Der Erwerb der restlichen Anteile löse keine Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG 1983 aus, weil die Kl. schon vorher sämtliche Anteile an der AG in ihrer Hand vereinigt habe. Hiergegen richtet sich die Revision des FA.

#### Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist unbegründet. Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, daß durch den Vertrag vom 10. 12. 1985 keine der Grunderwerbsteuer unterliegende Vereinigung aller Anteile an der AG verwirklicht wurde.

1. Gehört zum Vermögen einer Gesellschaft ein inländisches Grundstück, so unterliegt der Grunderwerbsteuer ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile der Gesellschaft begründet, wenn durch die Übertragung alle Anteile der Gesellschaft u. a. in der Hand des Erwerbers allein vereinigt würden (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG 1983). Ist der Vereinigung der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft kein schuldrechtliches Geschäft vorausgegangen, so unterliegt die Vereinigung aller Anteile an ihr der Grunderwerbsteuer (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG 1983).

Diese Tatbestände knüpfen zwar an den Anspruch auf Übertragung bzw. die Vereinigung von Gesellschaftsanteilen an, erfassen aber die infolge der Vereinigung der Anteile der Gesellschaft mit Grundbesitz in einer Hand spezifisch Grunderwerbsteuerrechtlich veränderte Zuordnung von Grundstücken (vgl. dazu Senatsurteil BFHE 135, 556 = BStBl. II 1982, 424 = MittRhNotK 1982, 229). § 1 Abs. 3 GrEStG behandelt den Inhaber aller Anteile so, als gehörten ihm zufolge der Vereinigung dieser Anteile in seiner Hand die Grundstücke, die dieser Gesellschaft Grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen sind. Aus dieser Fiktion folgt zugleich, daß in Bezug auf die Anteilsvereinigung diejenigen Anteile an einer Gesellschaft, die eine andere Gesellschaft hält, an der eine Person zu 100 v. H. beteiligt ist, dieser wie eigene Anteile zuzurechnen sind. Eine Vereinigung aller Anteile in einer Hand i.S.v. § 1 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 GrEStG liegt demgemäß auch dann vor, wenn der Anteilserwerber die Anteile einer Gesellschaft mit Grundbesitz teils selbst (unmittelbar), teils (mittelbar) über eine andere Gesellschaft hält, an der er zu 100 v. H. beteiligt ist (vgl. Senatsurteile BFHE 116, 406 = BStBl. II 1975, 834 und BFHE 153, 63 = BStBl. II 1988, 550).

In diesem Sinne ist durch die am 9. 12. 1980 erfolgte Übertragung der dem S. verbliebenen Aktien von diesem auf die Kl. und die GmbH, an der die Kl. nach wie vor zu 100 v. H. beteiligt ist, der Tatbestand der Anteilsvereinigung entsprechend dem damals maßgeblichen vergleichbaren Landesrecht erfüllt worden, und zwar in Bezug auf alle diejenigen Grundstücke, die zu diesem Zeitpunkt der AG Grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen waren (vgl. Senatsurteil BFHE 106, 138 = BStBl. II 1972, 719). Diese damalige Tatbestandserfüllung ist nicht Gegenstand des angefochtenen Verwaltungsaktes, der sich allein auf den Vertrag vom 10. 12. 1985 bezieht.

2. Sind die Anteile an einer Gesellschaft mit Grundbesitz in dieser Weise teils unmittelbar, teils mittelbar in einer Hand vereinigt, so löst die Veränderung der zivilrechtlichen Rechtszuständigkeit dadurch, daß die dem Alleingesellschafter grund-

erwerbsteuerrechtlich bereits zugerechneten Anteile auf ihn übertragen werden, sich also unmittelbar in seiner Hand vereinigen, bei im übrigen unveränderten Beteiligungsverhältnissen keine Grunderwerbsteuer aus.

Zwar könnten § 1 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 GrEStG vom bloßen Wortlaut her auch dahin verstanden werden, daß die zivilrechtliche (unmittelbare) Vereinigung aller Anteile der Gesellschaft mit Grundbesitz in der Hand des Alleingeschafters der zu 100 v. H. beherrschten anderen Gesellschaft den Tatbestand erfüllen. Einem derartigen Verständnis der Vorschrift steht aber entgegen, daß Grunderwerbsteuerrechtlich die von einer zu 100 v. H. beherrschten Gesellschaft gehaltenen Anteile an der Gesellschaft mit Grundbesitz für die Anteilsvereinigung dem Alleingeschafter (als ihm gehörend) zugerechnet, die Anteile somit als in seiner Hand allein vereinigt angesehen werden. Aus diesem Grund bewirkt die zivilrechtliche (unmittelbare) Vereinigung aller Anteile der grundbesitzenden Gesellschaft – wie hier in der Hand der Kl. – keine Grunderwerbsteuerrechtlich erhebliche „Verstärkung“ seiner Position in Bezug auf diese Gesellschaft. Das gilt nicht nur hinsichtlich derjenigen Grundstücke, die der Gesellschaft bereits in dem Zeitpunkt Grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen waren, in dem die teils unmittelbare, teils durch die zu 100 v. H. beherrschte Gesellschaft vermittelte Anteilsvereinigung eintrat, sondern auch bezüglich weiterer in der Zwischenzeit erworbener Grundstücke. Denn wenn sich alle Anteile einer Gesellschaft in der Hand eines Erwerbers vereinigt haben, so löst die nachfolgende Erfüllung der Tatbestände des § 1 Abs. 1 bis 3 GrEStG durch die Gesellschaft, deren Anteile vereinigt wurden, als Erwerberin zwar bei dieser Grunderwerbsteuer aus, nicht aber bei demjenigen, in dessen Hand ihre Anteile vereinigt sind. An der im Urteil des Senats (BFHE 126, 332 = BStBl. II 1979, 153 = MittRhNotK 1979, 49) vertretenen Rechtsauffassung wird nicht mehr festgehalten.

3. Der Senat läßt offen, wie die unmittelbare Anteilsvereinigung in der Hand einer Person zu beurteilen ist, der diese Anteile aufgrund eines Treuhandverhältnisses bereits zuzurechnen waren (vgl. Senatsurteile in BFHE 126, 332 = BStBl. II 1979, 153 = MittRhNotK 1979, 49 und in BFHE 106, 138 = BStBl. II 1972, 719). Er läßt darüber hinaus offen, wie sich Anteilsvereinigungen auswirken, nachdem bereits eine Vereinigung in der Hand von herrschenden und abhängigen Unternehmen oder abhängigen Personen stattgefunden hat.

**10. Öffentliches Recht – Kein Vorkaufsrecht der Gemeinde bezüglich der vor Bekanntmachung einer Vorkaufssatzung abgeschlossenen Grundstückskaufverträge**  
(OVG NW, Urteil vom 9. 12. 1993 – 10 A 3593/91 – mitgeteilt von Notar Dr. Rudolf Gewaltig, Kalkar)

**BauGB §§ 28 Abs. 2; 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; 16 Abs. 2; 12; 215 Abs. 3 S. 2**  
**BBauG § 24 Abs. 1 Nr. 2**  
**GO NW §§ 56 Abs. 1; 28 Abs. 3; 4 Abs. 4 S. 2**

1. Das rückwirkende Inkraftsetzen einer Vorkaufssatzung gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB findet seine Rechtsgrundlage nicht allein in § 4 Abs. 4 S. 2 GO NW und den in § 25 Abs. 1 S. 2 BauGB in Bezug genommenen verschiedenen Bekanntmachungsarten.
2. Das rückwirkende Inkraftsetzen einer solchen Satzung stellt sich in Bezug auf die vor der Bekanntmachung der Satzung geschlossenen Grundstückskaufverträge als „echte“ Rückwirkung dar und ist an den von der Rechtsprechung zum Rechtsstaatsprinzip und zum Vertrauensschutz entwickelten Grundsätzen zu messen.
3. § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB räumt der Gemeinde lediglich eine Frist ein, die zur Ausübung eines ihr durch Gesetz oder Satzung bereits eröffneten Vorkaufsrechts gewährt werden muß. Die Befugnis, ein Grundstücks-

geschäft im nachhinein dem gemeindlichen Vorkaufsrecht zu unterwerfen, vermittelt diese Bestimmung nicht.

4. Die nach Inkrafttreten des BauGB teilweise einschränkend modifizierten baurechtlichen Vorkaufsrechte und insbesondere der Wegfall des allgemeinen Vorkaufsrechts des § 24 Abs. 1 Nr. 2 BBauG führen nicht dazu, daß die Parteien eines Grundstücksgeschäftes noch für einen gewissen Zeitraum mit dem rückwirkenden Erlaß einer Vorkaufssatzung gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB hätten rechnen müssen.

#### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Kaufvertrag vom 2. 11. 1989 veräußerte die Kl. zu 1) einen 21.550 qm großen, aus Wasser- und Uferflächen bestehenden Teil des in Rede stehenden Grundstücks an den Kl. zu 2) sowie dessen Ehefrau, die Kl. zu 3), zu je hälftigem Anteil. Am 10. 11. sowie – unter Hinweis auf dessen zwischenzeitlich eingetretene Rechtskraft – erneut am 27. 11. 1989 bat der beurkundende Notar den Bekl., den Stadtdirektor der Stadt G., um Mitteilung, ob ein Vorkaufsrecht nach dem Baugesetzbuch bzw. dem Denkmalschutzgesetz ausgeübt werde oder nicht bestehe. Der beurkundende Notar hatte bereits unter dem 14. 7. 1989 beim Bekl. angefragt, ob für das Grundstück „ein Vorkaufsrecht gem. §§ 24 ff. BauGB und/oder § 32 DSchG NW bestehe und ob ggf. das bestehende Vorkaufsrecht ausgeübt werde, wenn im Laufe der nächsten zwei Monate ein Kaufvertrag abgeschlossen wird“. Der Bekl., der nach einem entsprechenden Aktenvermerk vom 9. 8. 1989 das Bestehen eines Vorkaufsrechts nach den §§ 24 und 25 BauGB sowie § 32 DSchG NW nach Prüfung verneint hatte, hatte daraufhin unter dem 10. 8. 1989 u. a. folgendes mitgeteilt:

„Ohne rechtliche Bindungswirkung für einen zukünftigen Veräußerungsfall und lediglich zu Ihrer Information teile ich Ihnen mit, daß das o. a. Grundstück nicht im Geltungsbereich eines rechtsverbindlichen Bebauungsplanes liegt. Ein Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 BauGB besteht derzeit nicht. Ein Vorkaufsrecht nach § 32 DSchG besteht ebenfalls nicht.“

Mit weiterem Schreiben vom 30. 8. 1989 hatte der Bekl. gegenüber dem beurkundenden Notar ausgeführt:

„Das o. a. Grundstück liegt innerhalb eines Bereiches, für den die Aufstellung des Bebauungsplanes . . . beschlossen wurde. Der Entwurf dieses Bebauungsplanes sieht für das Flurstück . . . Anlagen vor, die einer Nutzung für öffentliche Zwecke zugeführt werden sollen.“

Da das BauGB in § 24 Abs. 1 Nr. 1 auf den *Geltungsbereich* eines Bebauungsplanes abstellt, besteht z. Zt. kein Vorkaufsrecht.

Ein Vorkaufsrecht nach § 32 DSchG besteht ebenfalls nicht.

Aus den zuvor genannten Gründen kann ich Ihnen die Erteilung eines Negativzeugnisses nur innerhalb der nächsten drei Monate, gerechnet vom heutigen Tage an, in Aussicht stellen.“

Aufgrund einer Beschlußvorlage des Bekl. vom 19. 12. 1989 beschloß der Rat der Stadt G. in seiner Sitzung vom 21. 12. 1989 eine Satzung über ein besonderes gemeindliches Vorkaufsrecht. Gem. § 1 der Satzung, die nach dessen § 3 rückwirkend zum 1. 11. 1989 in Kraft treten sollte, steht der Stadt G. zur Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung u. a. in dem Bereich, zu dem das Grundstück der Kl. gehört, ein besonderes Vorkaufsrecht gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB zu.

Mit Bescheiden vom 8. 1. 1990 übte der Bekl. gegenüber den Kl. unter Hinweis auf die rückwirkend in Kraft getretene Satzung das von ihm angenommene Vorkaufsrecht aus. Die hiergegen nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage wies das VG ab. Die Berufung hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. ist zulässig und begründet.

Die Klage, die nach der auf die Erteilung eines Negativattestes bezogenen Klarstellung durch die Beteiligten allein auf die gerichtliche Aufhebung der Bescheide des Bekl. über die Ausübung des Vorkaufsrechtes abzielt, ist als Anfechtungsklage zulässig. Namentlich sind auch die Kl. zu 2) und 3) als die von der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechtes betroffenen Grundstückserwerber klagebefugt. Dies gilt unabhängig davon, ob – wie hier – das Vorkaufsrecht ihnen gegenüber durch eigenständige Bescheide des Bekl. ausgeübt worden ist (vgl. OVG NW NJW 1981, 1467 und Beschluß vom 17. 10. 1991 – 7 B 2459/91 –; OVG Lüneburg, BauR 1981, 262).

Die Klage ist entgegen der Beurteilung durch das VG auch begründet. Die in den angegriffenen Bescheiden erklärte Ausübung des Vorkaufsrechtes durch den Bekl. ist rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Der Senat läßt offen, ob die Auffassung der Kl. zutrifft, daß die angegriffenen Bescheide bereits deshalb der Aufhebung unterliegen, weil die ihnen jeweils beigelegte Unterschrift der Formvorschrift des § 56 Abs. 1 S. 2 GO NW nicht genügt. Nach dieser Bestimmung sind Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, zu deren Rechtsverbindlichkeit vom Gemeindedirektor oder seinem Stellvertreter und einem vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten zu unterzeichnen, soweit nicht die Gemeindeordnung etwas anderes bestimmt. Letzteres ist insbesondere der Fall, soweit es sich um einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt, § 56 Abs. 2 GO NW. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß es sich bei der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechtes um eine Verpflichtungserklärung i. S. dieser Formvorschrift handelt (vgl. VGH Hessen BRS 40 Nr. 105 zu § 71 Abs. 2 HGO).

Ob aber darüber hinaus das Grundstücksgeschäft, auf das bezogen der Bekl. ein Vorkaufsrecht der Gemeinde in Anspruch nimmt, nach Inhalt und Tragweite ein Gewicht besitzt, welches dieses aus dem Bereich der einfachen Geschäfte der laufenden Verwaltung heraushebt, dürfte mit Rücksicht auf die Größe, Finanzkraft und Bedeutung der Stadt G. einerseits und den im Verhältnis dazu eher geringen finanziellen und planerischen Folgen, die das Gesetz an eine wirksame Vorkaufsrechtsausübung knüpft, eher zu verneinen sein. Auch spricht vieles dafür, daß aus den vorstehenden Gründen es hier für die Entscheidung über die Ausübung eines (unterstellt bestehenden) Vorkaufsrechtes keiner eigenen Beschlußfassung durch den Rat der Stadt bedurfte, vielmehr diese Entscheidung dem Bekl. als einfaches Geschäft der laufenden Verwaltung (§ 28 Abs. 3 GO NW) übertragen war (vgl. hierzu Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Bd. 1, § 28 BauGB, Rd.-Nr. 23 m.w.N.).

Einer abschließenden Klärung dieser Fragen bedarf es nämlich schon deshalb nicht, weil der zwischen den Kl. am 2. 11. 1989 im Wege notarieller Beurkundung geschlossene Grundstückskaufvertrag einem gemeindlichen Vorkaufsrecht nicht unterliegt.

Daß der Stadt G. ein gesetzliches Vorkaufsrecht auf der Grundlage des § 24 Abs. 1 BauGB in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 8. 12. 1986 nicht zusteht, stellt auch der Bekl. nicht in Frage. Auf das vom Bekl. in Anspruch genommene sog. besondere Vorkaufsrecht (Satzungsvorkaufsrecht) des § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB kann die Maßnahme ebenfalls nicht gestützt werden. Die auf der Grundlage dieser Bestimmung durch den Rat beschlossene „Satzung der Stadt G. über ein besonderes gemeindliches Vorkaufsrecht nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 BauGB an Grundstücken im Gebiet der Bebauungsplanentwürfe . . .“ vom 22. 12. 1989 ist hinsichtlich ihres in § 3 der Satzung rückwirkend zum 1. 11. 1989 bestimmten Zeitpunktes des Inkrafttretens unwirksam mit der Folge, daß der zwischen der Kl. zu 1) und den Kl. zu 2) und 3) am 2. 11. 1989 geschlossene Vertrag dieser Satzung nicht unterfiel.

Entgegen der Beurteilung durch das VG ist das in der Satzung vom 22. 11. 1989 bestimmte rückwirkende Inkrafttreten mit geltendem Recht, nämlich dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden und von der Verwaltung auch beim Erlaß untergesetzlicher Rechtsnormen zu beachtenden Gebot des Vertrauensschutzes unvereinbar.

Soweit das VG zur Stützung der gegenteiligen Annahme zunächst als Rechtsgrundlage für das rückwirkende Ingeltungsetzen dieser Satzung auf § 4 Abs. 4 S. 2 GO NW abhebt, wonach eine Satzung mit dem Tage nach der Bekanntmachung in Kraft tritt, „wenn kein anderer Zeitpunkt bestimmt ist“, daraus schließt, das rückwirkende Inkraftsetzen gemeindlicher Satzungen sei nach der Gemeindeordnung grundsätzlich zulässig, soweit die Rückwirkung nicht gegen höherrangiges Recht verstoße und ferner darauf verweist, daß – anders als im Falle

einer sog. Ersatzverkündung (§§ 25 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 2, 12 S. 2 bis 5 BauGB) – sich die Gemeinde durch die Wahl des Bekanntmachungsverfahrens gem. §§ 25 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 2 S. 1 BauGB die Möglichkeit eröffnet habe, einen auch rückwirkenden Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bestimmen, wird verkannt, daß die Befugnis zur Rückwirkensanordnung durch diese Bestimmungen nicht geregelt wird. Sie sind vielmehr lediglich Regelungen des formellen Satzungsrechts, die nichts weiter aussagen, als daß gemeindliche Satzungen der öffentlichen Bekanntmachung bedürfen und sie – insoweit abweichend von den auf Gesetze und Verordnungen bezogenen Inkrafttretenbestimmungen des Art. 82 Abs. 2 GG und des Art. 71 Abs. 3 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen – mit dem Tage nach ihrer Bekanntmachung in Kraft treten, soweit nicht ein anderer Zeitpunkt bestimmt ist. Diese Vorschriften greifen zwar in ihrem Regelungsgehalt den Umstand auf, daß bei einem Inkrafttreten von gemeindlichen Satzungen am Tage nach ihrer Bekanntmachung für die Zukunft in aller Regel keine rechtsstaatlichen Grenzen verletzt sind; ob hingegen ein rückwirkendes, auf einen Zeitpunkt vor der Bekanntmachung der Norm bezogenes Inkraftsetzen zulässig ist, bestimmt sich entweder nach den am Rechtsstaatsgebot zu messenden besonderen Vorschriften oder nach den Grundsätzen des Rechtsstaatsgebotes unmittelbar. Daher ist der Ansatz des VG, daß sich die Zulässigkeit einer rückwirkenden Inkraftsetzung der in Rede stehenden Satzung jedenfalls im Ausgangspunkt danach richten soll, welche der in den §§ 25 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 2 BauGB möglichen Bekanntmachungsarten gewählt wird, nicht tragfähig. Nichts anderes läßt sich im übrigen dem auf das Verfahren der Bekanntmachung von Satzungen gem. § 25 Abs. 1 BauGB bezogenen Schrifttum entnehmen, wenn dort (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Bd. I, § 25 BauGB, Rd.-Nr. 15) zusammenfassend ausgeführt worden ist, daß die Gemeinde bei Wahl des Verfahrens nach § 16 Abs. 2 S. 1 BauGB das Inkrafttreten der Satzung selbst bestimmen könne (vgl. demgegenüber Brügelmann, § 25 BauGB, Rd.-Nr. 34, wonach die Gemeinde im Wege des § 16 Abs. 2 S. 1 BauGB als Zeitpunkt des Inkrafttretens der Satzung entweder den Tag der Veröffentlichung oder einen späteren Zeitpunkt bestimmen kann.)

Der Senat läßt dahinstehen, ob aus § 215 Abs. 3 S. 2 BauGB der Schluß gezogen werden kann, daß jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art, in denen es um den erstmaligen Erlaß einer Vorkaufssatzung i.S.d. § 25 Abs. 1 BauGB geht, ein rückwirkendes Inkraftsetzen von vornherein ausgeschlossen ist. Nach dieser Bestimmung können der Flächennutzungsplan oder die Satzung in den in S. 1 dieser Bestimmung bezeichneten Fällen ursprünglicher Fehlerhaftigkeit auch mit Rückwirkung erneut in Kraft gesetzt werden. Bei der hier zu überprüfenden Vorkaufssatzung gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB handelt es sich um eine baurechtliche Satzung i.S. dieser Bestimmung, vgl. § 214 Abs. 1 S. 1 BauGB. Hieraus könnte im Umkehrschluß gefolgert werden, daß abgesehen von den in § 215 Abs. 3 BauGB ausdrücklich bezeichneten Fällen einer ursprünglichen Fehlerhaftigkeit und der nachgehenden fehlerfreien Wiederholung des Normsetzungsverfahrens ein rückwirkendes Inkraftsetzen von Flächennutzungsplänen bzw. Satzungen nach dem Baugesetzbuch ausgeschlossen sind. Hierfür könnte sprechen, daß § 215 Abs. 3 BauGB überflüssig sein könnte, falls eine Rückwirkensanordnung für die dort bezeichneten Regelungsgegenstände ohne weiteres unter den allgemeinen Voraussetzungen einer Rückwirkung von Rechtsnormen zulässig wäre (vgl. Brügelmann, § 155 a Abs. 5 BauGB, § 10 BauGB, Rd.-Nr. 14; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Bd. III, Vorb. §§ 214–216 BauGB, Rd.-Nr. 18 sowie § 215 BauGB, Rd.-Nr. 19 m.w.N.). Allerdings ist auch nicht von vornherein auszuschließen, daß es sich bei § 215 Abs. 3 S. 2 BauGB mit Rücksicht auf die im übrigen zwingenden Regelungen des § 6 Abs. 5 S. 2 bzw. des § 12 S. 4 BauGB über das Wirksamwerden bzw. Inkrafttreten eines Flächennutzungs- oder Bebauungsplanes um eine auf diese typischen Planungsinstrumente bezogene klarstellende Regelung handelt, die hinsichtlich der weiteren Satzungen nach dem Baugesetzbuch die Frage möglicher zeitlicher Rückbeziehung nicht unmittelbar beantwortet.

Jedenfalls stellt sich aber § 215 Abs. 3 S. 2 BauGB als eine Ausprägung der auch vom VG in dem angefochtenen Urteil als Grenze zulässiger Rückwirkung angesprochenen allgemeinen, letztlich aus Art. 20 GG abzuleitenden Grundsätze dar, wonach Rechtsnormen rückwirkende Geltung nur beigemessen werden darf, wenn dadurch nicht die im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsätze der Rechtssicherheit bzw. des Vertrauensschutzes verletzt werden.

Nach diesen namentlich von der Rechtsprechung des BVerfG entwickelten und konkretisierten Grundsätzen ist bei der Prüfung, ob der zeitliche Anwendungsbereich einer Norm, d. h. die zeitliche Zuordnung der Norm mit angeordneten Rechtsfolgen im Hinblick auf den Zeitpunkt der Verkündung der Norm, den verfassungsrechtlichen Maßgaben entspricht, danach zu fragen, ob diese Rechtsfolgen für einen bestimmten, vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm liegenden Zeitraum eintreten sollen (Rückbewirkung von Rechtsfolgen bzw. sog. echte, retroaktive Rückwirkung) oder ob dies für einen nach (oder mit) der Verkündung beginnenden Zeitraum geschehen soll (tatbestandliche Rückanknüpfung bzw. sog. unechte, retrospektive Rückwirkung, vgl. hierzu zusammenfassend, auch zu der im einzelnen unterschiedlichen Terminologie etwa Pieroth, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990, 279; zur Rückwirkung gemeindlicher Satzungen siehe auch: v. Loebell, GO NW, Loseblattsammlung Stand: Dezember 1992, § 4 Anm. 6 a; Kottentberg/Rehn, GO NW, Loseblattsammlung Stand: November 1992, § 4 Anm. II 8, je m.w.N.).

Die hier in Rede stehende Satzung beinhaltet in ihrem § 3 entgegen der Beurteilung des VG eine solche Rückwirkung von Rechtsfolgen bzw. echte Rückwirkung, weil sie darauf abzielt, im nachhinein auf die vor ihrem Bekanntmachungszeitpunkt geschlossenen und entsprechende zivilrechtliche Bindungen begründenden Grundstückskaufverträge, die sich auf die im räumlichen Geltungsbereich der Satzung belegenen Grundstücke beziehen, einwirken zu können und den insbesondere in § 28 Abs. 2 S. 2 BauGB bezeichneten Rechtsfolgen der Ausübung eines Vorkaufsrechtes zu unterwerfen (vgl. hierzu Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Bd. I, § 28 BauGB, Rd.-Nr. 27 ff.). Soweit in dem angefochtenen Urteil zur Begründung der Annahme, es handele sich um eine bloß unechte Rückwirkung, darauf abgestellt worden ist, daß der in Rede stehende Kaufvertrag bei Beschlußfassung des Rates (21. 12. 1989) und auch im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Satzung (28. 12. 1989) noch nicht gegen Einwirkungen durch gemeindliche Vorkaufsrechte gesichert gewesen sei, vielmehr zu diesem Zeitpunkt noch die zweimonatige Entschließungsfrist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB offengestanden habe, ist dies bereits im Ausgangspunkt unzutreffend. § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB, wonach das Vorkaufsrecht nur binnen zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrages durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer ausgeübt werden kann, räumt dem Rat nämlich keine Entschließungsfrist für den Erlaß einer Vorkaufssatzung ein, sondern bestimmt lediglich eine gesetzliche Frist, die zur Ausübung eines der Gemeinde durch Gesetz oder Satzung bereits eröffneten Vorkaufsrechtes gewahrt werden muß. Die Regelung setzt mit anderen Worten das Bestehen eines Vorkaufsrechtes im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses voraus und räumt erst dann der Gemeinde eine gesetzlich bestimmte Zeitspanne ein, zu entscheiden, ob sie von dem bestehenden Vorkaufsrecht Gebrauch machen kann und will und ferner, bejahendenfalls dieses Recht gegenüber dem Verkäufer durch Verwaltungsakt auszuüben (vgl. VGH Bayern BRS 35 Nr. 90; zur Fristberechnung siehe Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 28 BauGB, Rd.-Nr. 14 ff.).

Bestand jedoch – wie hier – ein solches Vorkaufsrecht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (noch) nicht, so fehlt es bereits an der Grundlage für die Ausübungsfrist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB.

Für ein erweiterndes Verständnis dieser Norm dahin, der Gemeinde werde hierdurch auch die Befugnis eröffnet, ein Grund-



stücksgeschäft im Nachgang dem gemeindlichen Vorkaufsrecht zu unterwerfen, ist nach dem eindeutigen Wortlaut, dem gesetzlichen Regelungszusammenhang und der Entstehungsgeschichte (vgl. hierzu insbesondere Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des Gesetzes über das Baugesetzbuch – Drucks. 10/4630 – vom 13. 2. 1986, BT-Drucks. 10/5927, S. 7 [zu Art. 1 Nr. 27]) kein Raum.

Gründe, die im gegebenen Zusammenhang ausnahmsweise geeignet wären, eine „echte“ Rückwirkung der Vorkaufssatzung der Stadt G. zu rechtfertigen, sind unabhängig von der hier nicht zu erörternden Frage, ob der Satzungsgeber in Kenntnis solcher Gründe die Satzung hätte erlassen müssen und diese Umstände in den Satzungsunterlagen ihren Niederschlag gefunden haben müßten, nicht ersichtlich (zu den Fallgestaltungen, in denen eine [echte] Rückwirkung zulässig sein kann, vgl. etwa Pieroth, a.a.O., S. 284 sowie v. Loebell, a.a.O., § 4 Anm. 6 a, je m.w.N.). Insbesondere kann entgegen dem sinn gemäßen Vorbringen des Bekl. in seinem Schriftsatz vom 9. 7. 1990 und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht davon gesprochen werden, die geltende Rechtslage sei nach Inkrafttreten des BauGB hinsichtlich der dort durch die §§ 24 und 25 BauGB teilweise einschränkend modifizierten gemeindlichen Vorkaufsrechte, gerade was den Wegfall des allgemeinen Vorkaufsrechts nach § 24 Abs. 1 Nr. 2 BBauG betrifft, etwa lückenhaft oder gar verfassungsrechtlich zweifelhaft gewesen, so daß nach Inkrafttreten des BauGB die Parteien eines Grundstückskaufvertrages, der sich auf ein Gebiet bezieht, in dem ein Planaufstellungsverfahren anhängig ist, noch für einen gewissen Zeitraum mit einer rückwirkenden Vorkaufssatzung gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB hätten rechnen müssen. Richtig ist, daß sich dieses besondere Vorkaufsrecht seiner Funktion nach jedenfalls teilweise mit dem früheren allgemeinen Vorkaufsrecht des § 24 Abs. 1 Nr. 2 BBauG deckt (vgl. BVerwG ZfBR 1993, 303).

Eine hier beachtliche Regelungslücke bzw. verfassungsrechtliche Unsicherheit kann jedoch schon deshalb nicht angenommen werden, weil es gerade dem gesetzgeberischen Willen entsprach, die Neuregelung der gemeindlichen Vorkaufsrechte auf die Fälle wirklichen städtebaulichen Bedürfnisses einzuschränken und dabei auf das Vorkaufsrecht des § 24 Abs. 1 Nr. 2 BBauG, welches ohnehin nur geringe praktische Bedeutung erlangt hatte, zu verzichten (vgl. BT-Drucks. 10/4630, B. 11 sowie dort S. 55 f.). Im übrigen bestand hier im zeitlichen Verlauf nach Aufstellung des in Rede stehenden Planentwurfes für das Erholungsgebiet „K.“ auch nach Inkrafttreten des BauGB hinreichend Gelegenheit, unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB, welcher im wesentlichen dem § 25 BBauG entspricht, zur Sicherung dieses Planungszieles, soweit es überhaupt noch aktuell gewesen ist, für die Zukunft die satzungsrechtlichen Grundlagen eines solchen Vorkaufsrechtes zu schaffen.

Daß die Kl., wie der Bekl. meint, selbst bei Abschluß des Kaufvertrages mit dem rückwirkenden Erlaß einer Vorkaufssatzung gerechnet hätten bzw. hätten rechnen müssen und dementsprechend ihr Vertrauen auf den Fortbestand des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages ohnehin vermindert gewesen sei, ist schon in tatsächlicher Hinsicht anzutreffend. Soweit der Bekl. hierzu auf die in diesem Kaufvertrag enthaltenen Gewährleistungsausschlüsse, gerade auch für die Freiheit des Vertragsgegenstandes von gesetzlichen Vorkaufsrechten, sowie etwa die Zustellungsregelungen und das vereinbarte Rücktrittsrecht bei Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes verweist, übersieht er, daß diese Klauseln zum einen nichts an den eingegangenen Bindungen der Vertragsparteien zueinander ändern; zum anderen handelt es sich um verbreitete und in notariellen Verträgen durchaus übliche und vorsorgende Abreden, die allein schon darin ihren Sinn finden, die Abwicklung des Geschäftes und dessen grundbuchliche Umsetzung, die gem. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB den Nachweis der Nichtausübung bzw. des Nichtbestehens des Vorkaufsrechtes voraussetzt, zu erleichtern. Soweit sich der Bekl. auf die vertragliche Abrede beziehen will, wonach bei Ausübung eines Vorkaufsrechtes der Bescheid den Beteiligten selbst zuzustellen ist, besagt diese Klausel nur, daß bei einem – ggf. auch rechtswidrigen – Bescheid der Notar nicht Zustellungsbevollmächtigter sein soll; ein Hinweis darauf, daß die Kl. etwa rückwirkende materielle Regelungen erwarteten, ist daraus nicht zu entnehmen. Die angeführten Vertragsklauseln beeinträchtigen das Vertrauen der Vertragsparteien an den Bestand des zwischen ihnen Vereinbarten also nicht. Im Gegenteil dürfte, ohne daß es hierauf ankäme, das Vertrauen der Kl. darauf, hinsichtlich dieses Grundstückes keines Vorkaufsrechtes zu unterliegen, durch die vor Vertragsschluß an den beurkundenden Notar gerichteten Mitteilungen des Bekl. gerade bestärkt worden sein. Die genannten Mitteilungen dürften, auch ohne Einbeziehung der hierzu gefertigten behördeninternen Aktenvermerke, entgegen der vom VG vertretenen Auffassung nach ihrem objektiven Erklärungswert eindeutig besagen, daß an dem Grundstück keinerlei Vorkaufsrechte der Gemeinde bestehen und deshalb ein Negativattest in den nächsten drei Monaten erteilt wird. Für den Vertrauensstatbestand reicht es aus, daß die Kl. bei objektiver Betrachtungsweise von der Richtigkeit und *Vollständigkeit* der Auskunft ausgehen durften (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, 4. Aufl., § 38 VwVfG, Rd.-Nr. 16 m.w.N.). Ob die Mitteilungen darüber hinaus bereits die Bindungswirkung einer Zusicherung i.S.d. § 38 VwVfG NW hatten, kann deshalb dahinstehen. Offenbleiben kann auch, ob der Bekl. etwa, wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat anklang, bewußt die Auskünfte so formuliert hat, daß trotz der umfassend formulierten Anfrage des Notars durch Schweigen das Bestehen oder Nichtbestehen eines Satzungs-vorkaufsrechtes offengehalten werden sollte. Rechnen muß ein Bürger – auch der durch einen Notar vertretene – mit derartigen Verhaltensweisen einer Behörde jedenfalls nicht.

## Mitteilungen

### 1. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Grunderwerbsteuerfragen bei der Durchführung des Vermögensgesetzes (FinMin. Sachsen, Erlaß vom 12. 1. 1994 – 41 – S 4517 – 2)

Zu Nr. 2 des Bezugserrlasses vom 24. 6. 1993 weise ich darauf hin, daß dem § 34 Abs. 3 VermG inzwischen zur Klarstellung ein Satz angefügt wurde und die Vorschrift nunmehr wie folgt lautet:

„Der Berechtigte ist von der Entrichtung der Grunderwerbsteuer befreit. Dies gilt nicht für Personen, die ihre Berechtigung durch Abtretung, Verpfändung oder Pfändung erlangt haben, und ihre Rechtsnachfolger.“

(S. dazu Art. 19 des Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetzes – StMBG – vom 21. 12. 1993, BGBl. I 1993, 2310, 2337.)

### 2. Steuerrecht/Einkommensteuer/Körperschaftsteuer – Verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den nichtbeherrschten Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH

(OFD Magdeburg, Verfügung vom 14. 2. 1994 – S 2742 – 8 – St 232)

Im Einvernehmen mit den Bundesministerien der Finanzen und der Justiz sowie den obersten Finanzbehörden der anderen Länder gilt für die Befreiung des nichtbeherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers vom Wettbewerbsverbot folgendes:

Für die Befreiung des nichtbeherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers gelten die auf den Geschäftsführer anzuwendenden Regeln (vgl. Erl. v. 26. 2. 1992 – 43 – S 2742 – 4). Danach kann das Wettbewerbsverbot im Anstellungsvertrag, dem

die Mehrheit der Gesellschafter (nach Stimmrechten) zugestimmt haben muß, wirksam abbedungen werden.

### **3. Steuerrecht/Einkommensteuer – Abstandnahme vom Zinsabschlag gem. § 44 a Abs. 5 EStG bei kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetrieben**

(FinMin. Brandenburg, Erlaß vom 7. 2. 1994 – 34 – S 2405 – 3/94)

Zu der Frage, ob kommunale Versorgungs- und Verkehrsbetriebe die Voraussetzungen für die Abstandnahme vom Zinsabschlag gem. § 44 a Abs. 5 EStG erfüllen, nehme ich im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und den obersten Finanzbehörden der anderen Länder wie folgt Stellung:

Die dauernde Überbesteuerung, die darauf beruht, daß Kapitalerträge der mit Dauerverlusten arbeitenden kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe mit Zinsabschlag belastet werden, erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 44 a Abs. 5 EStG.

Die Gründe für die Verlustsituation der kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe sind nicht in der Art der Geschäfte zu sehen, sondern in der Person ihrer Gesellschafter.

In diesem Zusammenhang weise ich auf das in der EG angestrebte Bestellerprinzip hin. Nach diesem würden bei derartigen Betrieben keine Verluste eintreten, weil die nicht kostendeckenden Beförderungsentgelte durch entsprechende Zahlungen der Kommunen aufgefüllt werden müßten.

## **Buchbesprechung**

**Rinsche, Franz-Josef, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars**, Carl Heymanns Verlag, 4. Aufl. 1992, 430 Seiten, 86,- DM.

Dieses nunmehr in der 4. Aufl. vorliegenden Praxishandbuch ist längst zum Standardwerk, zum absoluten Muß für all diejenigen geworden, die sich – aus welchem Blickwinkel auch immer – mit Fragen des Notar- und Rechtsanwaltschaftsrechtes zu befassen haben. Es bietet eine zusammenhängende, umfassende und systematische Darstellung des Haftungsrechtes des Rechtsanwalts und gleichzeitig des Notars, die sowohl zur Einarbeitung und somit Fehlerprophylaxe wie auch zur Problemlösung im Einzelfall gleichermaßen geeignet ist.

Wenn auch die Haftungsfragen und damit zusammenhängende Rechtsprobleme beider vorgenannten Berufsstände teilweise gleicher Art sind, so wird dem Praktiker durch die hier gewählte übersichtliche Trennung die Möglichkeit einer gezielten Problemorientierung gegeben. Der so gewählte getrennte Aufbau trägt zum einen dem Umstand in besonderer Weise Rechnung, daß die Notarhaftpflicht sowohl im Hinblick auf die Risikohäufigkeit wie auch die möglichen Regreßsummen deutlich höher zu bewerten ist als vergleichsweise die Anwaltschaftspflicht. Zum anderen zeigt der Verfasser ausgehend von den jeweils unterschiedlichen Rechtsgrundlagen der anwaltlichen und notariellen Haftung sowohl die für eine Haftung notwendigen Voraussetzungen für eine Pflichtverletzung anschaulich auf als auch die seitens des Regreßpflichtigen in Betracht kommenden Einwendungen gegen die verschiedenen Haftpflichtrisiken, wie z. B. das Mitverschulden des Geschädigten, die Möglichkeit der Aufrechnung mit noch offenen Gebührenansprüchen sowie einer möglicherweise eingetretenen Verjährung der Haftungsansprüche. Hinsichtlich der Notarhaftung findet sich darüber hinaus eine erschöpfende und mit zahlreicher Rechtsprechung

unterlegte Darstellung des Grundsatzes der Subsidiarität der Haftung gem. § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO, der bekanntlich für den Fall einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit des Geschädigten den Haftungsanspruch ausschließt. Besondere Erwähnung muß die im Anschluß an die Darstellung der Haftungsgrundlagen vom Verfasser eingearbeitete Einzelfallübersicht – ebenfalls unter Einbindung von zahlreichen Rechtsprechungshinweisen – finden. Diese gibt sowohl dem Praktiker als auch dem „Lernenden“ die zeitsparende Möglichkeit, sich nach alphabetisch geordneten Stichworten über die häufigsten Problemkreise der berufsspezifischen Haftung und deren Verhinderung zu informieren. So beschreibt der Verfasser hier entsprechende „Vorbeugemaßnahmen“ und gibt im Anschluß daran eine übersichtliche Check-Liste bei, welche die für den „Ernstfall“ denkbaren Einwendungen gegen Regreßansprüche enthält.

In der hier vorliegenden 4. Aufl. fehlt insbesondere auch nicht eine kurze Darstellung der immer bedeutsamer werdenden Haftungsproblematik bei auslandsbezogenen Mandanten sowie Hinweise auf die besondere Rechtslage in den neuen Bundesländern.

Gesamtschauend eröffnet das Praxis-Handbuch dem Rechtsanwalt und Notar in bemerkenswerter Weise die Möglichkeit einer raschen Orientierung in haftungsrechtlichen Fragen und verdeutlicht die drohenden Regreßgefahren in übersichtlicher Form. Unter Berücksichtigung der stetig zunehmenden Haftpflichtfälle, zurückzuführen auf eine immer kritischer werdende Mandantschaft und die immer höheren Anforderungen der Rechtsprechung, kann die Lektüre des Buches – gerade auch dem jüngeren Rechtsanwalt oder Notar als Berufsanfänger – uneingeschränkt empfohlen werden.

*Rechtsanwalt und Notar Lothar Venn, Hamminkeln*

Die in den MittRhNotK veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Schriftleiter der Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zitierweise: MittRhNotK):  
Notarassessor Dr. Peter Baumann, Burgmauer 53, 50667 Köln (Tel.: 02 21/2 57 52 91)

Druck: Greven & Bechtold GmbH, Sigurd-Greven-Straße, 50354 Hürth

Die MittRhNotK erscheinen jährlich in 12 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden. Der Bezugspreis beträgt jährlich 66,- DM einschließlich Versand und wird in einem Betrag am 1. Oktober des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis des Einzelheftes: 8,25 DM zuzüglich Versand. Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 15. November.