



npoR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

Herausgeber

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer (geschäftsführend), Dr. Wilhelm-Albrecht Achilles, Prof. Dr. Arnd Arnold, Prof. Dr. Michael Droege, Prof. Dr. Hans Fleisch, Prof. Dr. Stefan Geibel, Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Prof. Dr. Monika Jachmann, Prof. Dr. Dominique Jakob, Prof. Dr. Peter Rawert, Prof. em. Dr. Dieter Reuter, Dr. Andreas Richter, Dr. Stephan Schauhoff, Dr. Ulrich Segna, Dr. Thomas Wachter, Dr. Reinmar Wolff

Aufsätze

- Änderungen des Vereins- und Stiftungsrechts durch das Ehrenamtsstärkungsgesetz (*Prof. em. Dr. Dieter Reuter*) S. 41
E-Bilanz – Handlungsbedarf gemeinnütziger Körperschaften (*Prof. Dr. Ursula Ley*) S. 47
Auswirkungen des KAGB und AIFM-StAnpG auf die Vermögensanlage steuerbefreiter Stiftungen in geschlossene Fonds (*Lutz Boxberger/Marc Sonnleitner*) S. 54

Praxisforum

- Staatliche Beihilfen für Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins – Die EU-Kommission erklärt mit Beschluss vom 5.12.2012 Zuschüsse für den gemeinnützigkeitsrechtlichen Zweckbetrieb als vereinbar mit Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV (*Prof. Dr. Peter Fischer*) S. 58
Bericht aus Brüssel: Non-Profit-Organisationen im Wettbewerb um DAWI mit Staat und kommerziellen Anbietern/Kommission will vereinfachte und effizientere Kontrolle staatlicher Beihilfen (*Dr. Alexander Hübner*) S. 60
Nichts Neues im "Stiftungsparadies" Schweiz? (*Dr. Goran Studen, LL.M. [Cambridge]*) S. 61

npoR-Report

- npoR-Report Vereinsrecht, Stiftungsrecht, Steuerrecht
(*Sebastian Fornefeld/Florian Kamp/Clara Lienicke/Dr. Emily Plate-Godeffroy/Kathrin Wrede*) S. 65

Rechtsprechung

- OVG NRW: Gründung einer Stiftung durch ein städtisches Versorgungsunternehmen S. 73
EuGH: Verstoß gegen EU-Mehrwertsteuerrichtlinie bei ermäßigten Steuersätzen im medizinischen Bereich S. 79
FG Düsseldorf: Steuerliche Abzugsfähigkeit einer Spende an ausländische Stiftung S. 94

Verwaltungsanweisungen

- BMF: Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nummer 26 Buchstabe b Umsatzsteuergesetz (UStG); Angemessene Entschädigung für Zeitversäumnis S. 106

npOR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

Herausgeber: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer (geschäftsführend), Dr. Wilhelm-Albrecht Achilles, Prof. Dr. Arnd Arnold, Prof. Dr. Michael Droege, Prof. Dr. Hans Fleisch, Prof. Dr. Stefan Geibel, Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Prof. Dr. Monika Jachmann, Prof. Dr. Dominique Jakob, Prof. Dr. Peter Rawert, Prof. em. Dr. Dieter Reuter, Dr. Andreas Richter, Dr. Stephan Schauhoff, Dr. Ulrich Segna, Dr. Thomas Wachter, Dr. Reinmar Wolff

Aufsätze

Prof. em. Dr. Dieter Reuter*

Änderungen des Vereins- und Stiftungsrechts durch das Ehrenamtsstärkungsgesetz

I. Einleitung

Mit Rückwirkung zum 1.1.2013 ist am 28.3.2013 (BGBl I S. 556) das sog. Ehrenamtsstärkungsgesetz in Kraft getreten, das u.a. das Vereins- und Stiftungsrecht betrifft. Der Gesetzgeber hat jedenfalls insoweit die „Stärkung des Ehrenamts“, genauer: die Förderung des bürgerschaftlichen Engagements durch eine den Wünschen der Vereins- und Stiftungslobby entsprechende Klärung bisher umstrittener Fragen angestrebt. Herausgekommen ist, was meistens herauskommt, wenn der Gesetzgeber sich in den juristischen Meinungsstreit einmischt: Es sind nicht, wie beabsichtigt, alle Zweifel beseitigt, sondern lediglich die alten Zweifelsfragen gegen neue eingetauscht worden.

II. Die Änderungen im Einzelnen

1. Die (dispositive) Unentgeltlichkeit der Vorstandstätigkeit

a) Vereinsrecht

Nach dem neuen § 27 Abs. 3 S. 2 BGB sind die Mitglieder des Vorstands unentgeltlich tätig. Das bedeutet nach § 40 S. 1 BGB, dass die Entgeltspflichtigkeit der Vorstandstätigkeit einer Grundlage in der Satzung bedarf. Diese Sicht entspricht der schon zuvor h.M.,¹ die freilich alles andere als überzeugend begründet war. Schon die Berufung auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung² war fragwürdig. Wie *Arnold* dargelegt hat, ließen die beiden dazu zitierten Entscheidungen des BGH den Schluss auf eine gesetzliche Unentgeltlichkeit der Tätigkeit von Vereinsvorständen gar nicht zu.³ Der Wortlaut des § 27 Abs. 3 BGB sprach sogar gegen sie. Denn auf die Vorschrift des Auftragsrechts, die die Unentgeltlichkeit vorsieht, nämlich auf § 662 BGB, verwies § 27 Abs. 3 BGB gerade nicht.

Die Verweisung auf § 670 BGB bedeutete entgegen z.T. verretener Ansicht⁴ nicht, dass der Verein *nur* Aufwendungser-satz schuldete. Das ergibt sich zweifelsfrei aus § 675 BGB, der auch für die entgeltliche Geschäftsbesorgung auf § 670 BGB verweist. Schließlich zeigt die Entstehungsgeschichte des § 27 Abs. 3 BGB, dass der BGB-Gesetzgeber die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Vorstandstätigkeit nicht selbst regeln, sondern der Vereinbarung der Betroffenen überlassen wollte.⁵ Nicht zufällig spricht § 27 Abs. 2 S. 1 BGB vom Anspruch des Vorstandsmitglieds auf die *vertragsmäßige* Vergütung. In der Sache beinhaltet § 27 Abs. 3 S. 2 BGB daher eine Neuerung, die sich allenfalls insofern als Stärkung des Ehrenamtsgedankens verstehen lässt, als die unentgeltliche Vorstandstätigkeit nunmehr zweifelsfrei Normalstatut von Vereinen ist. Anders als die sonstigen Änderungen des Vereins- und Stiftungsrechts soll § 27 Abs. 3 S. 2 BGB freilich nicht schon mit Wirkung zum 1.1.2013 gelten. Obwohl die Gesetzesbegründung von einer Klarstellung der schon bisher geltenden Rechtslage ausgeht, sieht Art. 12 Abs. 3 des Ehrenamtsstärkungsgesetzes merkwürdigerweise ein Inkrafttreten speziell des § 27 Abs. 3 S. 2 BGB erst zum 1.1.2015 vor. Praktisch lässt sich das nur dadurch umsetzen, dass man bis zum

* Der Autor ist emeritierter Ordinarius der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 *Palandt/Ellenberger*, BGB, 10. Aufl. 2010, § 27 Rn. 5; juris PK-BGB/Otto, 6. Auflage 2012, § 27 Rn. 45; *Hüttemann*, Ehrenamt, Organvergütung und Gemeinnützigkeit, DB 2009, 1205, 1207.

2 BGH NJW-RR 1988, 745 und BGH WM 2008, 736.

3 *Arnold*, Satzungsreserve für die Vorstandsvergütung bei Vereinen und Stiftungen?, in: FS Reuter, 2010, S. 3, 6 f.

4 *Hüttemann* (Fn. 1), S. 1209.

5 Vgl. dazu *Arnold* (Fn. 2), S. 8 f.

1.1.2015 nicht der von § 27 Abs. 3 S. 2 BGB bestätigten h.M., sondern der Ansicht folgt, die bisher auf eine ausdrückliche Bestimmung über die Entgeltlichkeit verzichtet hat. Das bedeutet auch, dass die Praxis der Finanzverwaltung, die unter dem Eindruck der h.M. bereits seit dem 1.1.2011 Vereinen (und Stiftungen) mit entgeltlicher Vorstandstätigkeit ohne eine dementsprechende Satzungsregelung die Anerkennung als gemeinnützig verweigert, zu korrigieren ist.⁶

§ 27 Abs. 3 S. 2 BGB verlangt die Satzungsform für die Einführung der Entgeltlichkeit der Vorstandstätigkeit. Die Vorschrift besagt nicht, dass auch die Höhe des Entgelts in der Vereinssatzung geregelt werden muss. Das Gegenteil ergibt sich aus dem unveränderten § 27 Abs. 2 S. 1 BGB, der eine Regelung des konkreten Entgelts durch *Vertrag* zwischen dem Verein und dem Vorstandsmitglied voraussetzt. Das entspricht der Dogmatik des Vereinsrechts. Gegenstand der Vereinssatzung kann nur die Organstellung des Vorstandsmitglieds sein, d.h. die Rechte und Pflichten, die den Vorstand zur Vertretung und Geschäftsführung des Vereins befähigen. Der Anspruch auf das Entgelt steht dem Vorstandsmitglied daher nicht qua Organeigenschaft zu (Weder um den Verein zu vertreten noch um seine Geschäfte besorgen zu können, braucht das Vorstandsmitglied einen Entgeltanspruch.), sondern weil und soweit er sich nur gegen ein bestimmtes Entgelt zur Wahrnehmung der Organstellung verpflichtet hat. Das Entgelt ist mithin prinzipiell *vertraglich* vereinbarte Gegenleistung für die Übernahme und Beibehaltung der Organstellung, die ihrerseits die Organrechte und -pflichten vermittelt.⁷ Die Entgeltabrede („Anstellungsvertrag“) gibt den Zweck („Rechtsgrund“) wider, den das Vorstandsmitglied mit der Übernahme und Beibehaltung der Organstellung verfolgt. Einer solchen dogmatischen Einordnung widerspricht nicht, dass die unentgeltliche Vorstandstätigkeit keinen Rechtsgrund erfordert. Wer die Vorstandstätigkeit unentgeltlich übernimmt, verfolgt damit Zwecke (bürgerschaftliches Engagement, u.U. auch Befriedigung eines persönlichen Geltungs- bzw. Profilierungsbedürfnisses), die einer rechtsgeschäftlichen Begründung nicht bedürfen. Wer eine entgeltliche Vorstandstätigkeit anstrebt, verfolgt dagegen einen *Erwerbszweck*, den er nur auf rechtem Wege – grundsätzlich durch Abschluss eines gegenseitigen Vertrags – verwirklichen kann.⁸

In den Protokollen ist zwar die Rede davon, bezüglich der Vergütung des Vorstands könne „sei es im Statute, sei es im besonderen Verträge“ Vorsorge getroffen werden.⁹ Aber das darf nicht dahin missverstanden werden, dass die Beteiligten frei wählen können, ob sie die Vergütung in der Vereinssatzung oder in einem besonderen Anstellungsvertrag regeln.¹⁰ Die Vereinssatzung kann den Entgeltanspruch allenfalls als *Sonderrecht* (§ 35 BGB) eines Mitglieds oder einer Mitgliedsgruppe (hier: der Mitglieder während ihrer Vorstandszugehörigkeit) begründen.¹¹ Sind die Wirkungen eines (ohnehin auf Mitglieder beschränkten) Sonderrechts nicht beabsichtigt, so ist die Festlegung der Vergütung in der Vereinssatzung nicht mehr als die Regelung (Begrenzung) der Vertretungsmacht des Anstellungsorgans für den Abschluss des Anstellungsvertrags.¹² Anders wäre es auch vom Ergebnis her schwerlich vertretbar. Denn ein unmittelbar durch die Vereinssatzung begründeter Entgeltanspruch ohne Sonderrechtscharakter könnte – seine rechtliche Möglichkeit unterstellt – durch die satzungsändernde Mehrheit gegen den Willen der Vorstandsmitglieder abgesenkt und sogar beseitigt werden, ohne dass dafür ein wichtiger Grund vorliegen müsste. Im Ergebnis nehmen denn auch die Anhänger der Regelbarkeit der Vergütung in der Vereinssatzung an, die Rechtslage sei in diesem

Fall hinsichtlich der Vergütung so, als ob ein entgeltlicher Anstellungsvertrag geschlossen worden sei.¹³ Selbstverständlich ist, dass es für die durch § 27 Abs. 3 S. 2 BGB erzwungene Satzungsregelung über die Entgeltlichkeit der Vorstandstätigkeit (als Grundlage für die Begründung des vertraglichen Entgeltanspruchs) nicht darauf ankommt, welchen Ausdruck die Beteiligten wählen. Eine Aufwandspauschale, die der Sache nach nicht amtsbedingte Aufwendungen des Vorstandsmitglieds ersetzt, sondern seinen Arbeitsaufwand honoriert (z.B. § 66 Abs. 4 HandwerksO: „Entschädigung für Zeitversäumnis“), macht die Vorstandstätigkeit zur entgeltlichen, mag sie auch nach gesetzlicher Wertung die Ehrenamtlichkeit der Vorstandstätigkeit unberührt lassen.¹⁴

b) Stiftungsrecht

Anders als im Vereinsrecht steht der über § 86 BGB auch dort anwendbare § 27 Abs. 3 S. 2 BGB im Stiftungsrecht im Gegensatz zur bisher h.M. Danach war eine Satzungsbestimmung zur Rechtfertigung der Entgeltlichkeit der Vorstandstätigkeit nicht erforderlich. Stattdessen orientierte man sich am (mutmaßlichen) Stifterwillen, dem je nach Art und Umfang der Anforderungen das Votum für oder gegen die Zulässigkeit des Entgelts entnommen wurde. In Zweifelsfällen entschied das pflichtgemäße Ermessen des für Bestellung und Anstellung zuständigen Organs.¹⁵ Dieser Meinungsstand bedingt, dass die Stiftungssatzungen bisher in der Praxis wohl noch seltener ausdrückliche Regelungen über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Vorstandstätigkeit aufweisen als die Vereinssatzungen. Umso wichtiger ist die durch Art. 12 Abs. 3 des Ehrenamtsstärkungsgesetzes eingeräumte Anpassungsfrist bis zum 1.1.2015. Soweit der durch Auslegung ermittelte Stifterwille bisher die Zahlung eines Entgelts zugelassen hat, kann der zur Verwirklichung des Stifterwillens berufene Vorstand die nunmehr notwendige ausdrückliche Satzungsregelung (mit Genehmigung der Stiftungsbehörde) beschließen.¹⁶ Die Begründung des Entgeltanspruchs kann und wird sich in der Regel wie im Vereinsrecht durch Abschluss eines Anstellungsvertrags vollziehen. Anders als im Vereinsrecht ist im Stiftungsrecht allerdings auch die Begründung unmittelbar durch die Satzung nicht schlechthin sachwidrig. Denn der

6 Vgl. auch *Hüttemann*, Das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes, DB 2013, 774, 779.

7 *MünchKomm-Reuter*, BGB, 6. Aufl. 2011, § 27 Rn. 4 f.; ausführlich *Reuter*, Bestellung und Anstellung von Organmitgliedern im Körperschaftsrecht, in: FS Zöllner, 1998, S. 487 ff.

8 *MünchKomm-Reuter* (Fn.7), § 27 Rn. 4.

9 *Mugdan* I S. 611.

10 So *Flume*, Die juristische Person, 1983, S. 346.

11 Das gilt jedenfalls, wenn es um einen Anspruch – wie definitionsgemäß bei einem Entgeltanspruch – geht, der nicht nach Belieben von dem Verpflichteten beseitigt werden kann. Vgl. *MünchKomm-Reuter* (Fn.7), § 35 Rn. 5.

12 Ausführlich *Reuter* (Fn. 7), S. 492.

13 v. *Tuhr*, Allg. Teil des BGB I, 1910, S. 534; ähnlich, wenn auch unklar *Flume* (Fn. 10), S. 346 mit Fn. 28.

14 BGH NJW-RR 1988, 745, 746; *MünchKomm-Reuter* (Fn.7), § 27 Rn. 41.

15 *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Bearbeitung 2011, § 86 Rn. 11; *Lunk/Rawert*, Bestellung, Abberufung, Anstellung und Kündigung von Stiftungsvorständen, Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91 f.; *Hüttemann* (Fn. 1), S. 1207; *Schwintek*, Vorstands kontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 375; *Arnold* (Fn. 2), S. 15; a.A. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 232.

16 Ausführlicher *Reuter*, Die Stiftung 2010, S. 49, 64.

vom Stifter im Stiftungsgeschäft begründete Entgeltanspruch kann nicht durch beliebige Satzungsänderung abgesenkt oder gar beseitigt werden. Vielmehr setzt die Änderung der Satzung durch das zuständige Stiftungsorgan voraus, dass der Stiftungszweck ohne sie nicht mehr nachhaltig und dauernd erfüllt werden kann.¹⁷ Unter dieser Prämisse kann auch ein Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden, so dass die Regelung des Entgeltanspruchs in der Satzung den Vorstandsmitgliedern nicht – wie bei der Festlegung des Entgelts in der Vereinssatzung jenseits des Mitgliedssonderechts auf das entgeltliche Vorstandsamt – eine unvertretbar schwache Rechtsposition zumutet. Das gilt umso mehr, als § 86 BGB nicht auf § 27 Abs. 2 BGB verweist. Das jederzeitige Recht der Mitgliederversammlung des Vereins, den Vorstand „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsgemäße Vergütung“ abzurufen, ist im Stiftungsrecht ohne Parallele. Weder ein nach der Stiftungssatzung dazu berufenes Organ noch die Stiftungsbehörde können ein Vorstandsmitglied abberufen, ohne dass dies im Interesse der Stiftung geboten ist.¹⁸ Freilich sind Fallkonstellationen denkbar (z.B. Erkrankung relativ kurz vor dem Ende der befristeten Bestellung), in denen das Interesse der Stiftung zwar die Trennung von einem Vorstandsmitglied, nicht jedoch den (sofortigen) Wegfall des Entgelts rechtfertigt, so dass das im Falle eines satzungsmäßigen Entgeltanspruchs bestehende Junktim zwischen Vorstandsamt und Entgelt auch im Stiftungsrecht einer sachgerechten Lösung des Interessenkonflikts im Wege stehen kann. Deshalb sprechen die besseren Gründe dafür, trotz der genannten Unterschiede zwischen Vereins- und Stiftungsrecht auch im Stiftungsrecht auf der Begründung des Entgeltanspruchs durch einen schuldrechtlichen Anstellungsvertrag zwischen Stiftung und Vorstandsmitglied zu beharren. Der Stifterautonomie tut man dadurch keinen Abbruch. Denn letztlich ist es gleichgültig, ob der Stifter seinen Willen mittels unmittelbarer Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der Stiftung und den Vorstandsmitgliedern oder mittels verbindlicher Vorgaben für die Gestaltung durch Vertrag durchsetzt.¹⁹

2. Das Haftungsprivileg bei ehrenamtlicher Organ- und Mitgliedertätigkeit

a) Ehrenamtliche Organtätigkeit

Das Ehrenamtsstärkungsgesetz hat einmal das seit 2009 bestehende Haftungsprivileg nach § 31 a BGB erweitert: Die Verdienstgrenze für das Haftungsprivileg ist zusammen mit der Grenze für das Einkommensteuerprivileg von 500 auf 720 Euro angehoben worden; außerdem ist das Haftungsprivileg – was z.T. schon zuvor im Wege der Analogie angenommen worden ist²⁰ – über den Vorstand hinaus auf Mitglieder sonstiger Organe und besondere Vertreter i.S. des § 30 BGB ausgedehnt worden. Dadurch ist nicht nur die schon durch den ursprünglichen § 31 a BGB bewirkte Verlagerung der Verantwortung für das Fehlverhalten der für den Verein handelnden Personen auf den Verein (und damit dessen Gläubiger) zusätzlich verstärkt worden, ohne dass man sich – soweit ersichtlich – die Frage vorgelegt hätte, ob das mit dem (maßgeblich auf der Verantwortung der Organe aufbauenden) System des Gläubigerschutzes im Vereinsrecht vereinbar ist.²¹ Vielmehr wird die Anwendung des § 31 a BGB neu belastet durch die Unklarheiten, die den Umgang mit den Begriffen Organ und besonderer Vertreter erschweren. Organe unterscheiden sich nach h.M. von bloßen unterstützenden Einrichtungen dadurch, dass sie über eine Andere verdrängende Zuständigkeit für das Handeln für

den oder doch in dem Verein verfügen;²² Beratungsgremien z.B. sind danach keine Organe. Besondere Vertreter müssen nach § 30 BGB durch die Satzung mit einer (auf einen Teil der Vereinsangelegenheiten beschränkten) selbständigen, d.h. nicht vom Vorstand abgeleiteten und daher gegenüber diesem grundsätzlich weisungsfreien Zuständigkeit, ausgestattet sein.²³ Vorstandsgehilfen sind keine besonderen Vertreter,²⁴ mag auch die Entwicklung der Organhaftung zur Repräsentantenhaftung in haftungsrechtlicher Hinsicht zu einem weiteren Verständnis geführt haben.²⁵ Ob die Autoren des reformierten § 31 a BGB sich dieser begrenzten Bedeutung der Begriffe Organ und besonderer Vertreter bewusst gewesen sind oder nicht, ist nicht klar erkennbar. Dagegen spricht die aus dem neuen § 31 b BGB (Ausdehnung des Haftungsprivilegs auf die ehrenamtliche Wahrnehmung von Vereinsfunktionen durch Mitglieder) herleitbare gesetzgeberische Absicht, die ehrenamtliche Wahrnehmung von Vereinsfunktionen umfassend zu privilegieren. Da die ehrenamtliche Wahrnehmung von Vereinsfunktionen durch Personen, die nicht Mitglieder sind, kaum jemals in Betracht kommt, kann man in der Praxis zwar in Zweifelsfällen einer exakten Abgrenzung des Organbegriffs und des Begriffs des besonderen Vertreters dadurch ausweichen, dass man feststellt, der ehrenamtlich Handelnde sei wenn schon nicht nach § 31 a BGB so doch jedenfalls nach § 31 b BGB privilegiert.

Im Stiftungsrecht, das keine Mitglieder kennt und es in § 86 BGB folgerichtig bei der Verweisung auf § 31 a BGB belässt, versagt dieser Ausweg. Deshalb das Organprivileg des § 31 a BGB nach dem Vorbild der Organhaftung zu einem Repräsentantenprivileg auszubauen, das für das gesamte ehrenamtliche Führungspersonal gilt, scheidet wegen der dadurch gesteigerten Systemwidrigkeit aus. Es ist ein Hauptanliegen des Stiftungsrechts, das Stiftungsvermögen, die Existenzgrundlage der Stiftung, gegen Fehlverhalten der Stiftungsorgane zu schützen. Demgemäß haben sich vor 2009 die Bedenken nicht gegen die Haftung der Organmitglieder, sondern gegen die Möglichkeit der Milderung des Haftungsmaßstabs durch den Stifter gerichtet, schließen doch die §§ 2219, 2220 BGB eine solche Möglichkeit im Fall der vergleichbaren Testamentsvollstreckung für den Erblasser ausdrücklich aus.

17 MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 85 Rn. 12; einschränkend Staudinger-Hüttemann/Rawert (Fn. 10), § 85 Rn. 21 f.

18 MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 86 Rn. 7; Lunk/Rawert (Fn. 15), S. 98; Schwintek (Fn. 10), S. 366; im Ergebnis auch Burgard (Fn. 10) S. 403 f.

19 Im Einzelnen MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 86 Rn. 6; Staudinger-Hüttemann/Rawert (Fn. 10), § 81 Rn. 61, 66.

20 Arnold, Die Organhaftung in Verein und Stiftung (unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 31 a BGB), Non Profit Law Yearbook 2009, 89, 106; juris PK/Otto, 6. Aufl. 2012, § 31 a Rn. 5; a.A. Burgard, Das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen, ZIP 2010, 358, 362; MünchKomm-Reuter (Fn.7) § 31 a Rn. 4.

21 Vgl. dazu MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 31 a Rn. 2.

22 H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 448; U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 35 f.; Reuter, Der Beirat der GmbH, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 631, 633 f.

23 Ausführlich MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 30 Rn. 1 f., 8 f.

24 A.A. Hüttemann/Herzog, Organhaftung bei Non Profit Organisationen, Non Profit Law Yearbook 2006, 33, 34 f.

25 Grundlegend Martinek, Repräsentantenhaftung, 1979; ausführlich MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 31 Rn. 3 ff.

Mit dieser Wertung mag es vereinbar sein, dass man die Haftungsmilderung im Falle ehrenamtlicher Organtätigkeit doch zulässt, denn die Testamentsvollstreckung ist arg. e § 2221 BGB entgeltlich.²⁶ Aber dass man sie gegen den Willen des Stifters erzwingt, obwohl niemand genötigt ist, unentgeltlich ein Amt in einer Stiftung zu übernehmen, ist ein Wertungswiderspruch, der jedenfalls nicht über das nach dem Gesetz unvermeidliche Maß hinaus hingenommen werden sollte.²⁷ Umgekehrt lässt es sich angesichts der gesetzgeberischen Zielsetzung, mittels der Haftungsmilderung die Bereitschaft zur Übernahme ehrenamtlicher Funktionen in Vereinen und Stiftungen zu fördern, rechtfertigen, dass die Haftungsmilderung auf die Inhaber rechtlich (Organ) und faktisch (besonderer Vertreter) verdrängender Zuständigkeiten beschränkt wird. Denn diese Personen sind diejenigen, die die für den Verein und die Stiftung bzw. ihre Einrichtungen riskanten und dementsprechend mit einer besonderen Haftungsgefahr verbundenen Entscheidungen treffen.

b) Ehrenamtliche Mitgliedertätigkeit

§ 31 b BGB enthält eine § 31 a BGB entsprechende Haftungsmilderung für Mitglieder, die bei der unentgeltlich oder bis zu 720 Euro jährlich vergüteten „Wahrnehmung der ihnen übertragenen satzungsgemäßen Vereinsaufgaben“ zulasten des Vereins einen Schaden verursachen. Die Vorschrift ist zwar neu. Sie war aber schon dadurch indiziert, dass § 31 a BGB den zuvor in der Praxis anerkannten Rechtszustand auf den Kopf gestellt hatte. Während der BGH bis dahin eine Haftungsmilderung für ehrenamtlich tätige Vorstandsmitglieder mit der Begründung abgelehnt hatte, es sei gerade der Sinn der Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern, die Schwierigkeiten und Risiken der Leitung eines Vereins Personen zu übertragen, die diese beherrschen,²⁸ hatte er die Haftung ehrenamtlich für den Verein tätiger Mitglieder ohne Vorstandsamt in Analogie zur Arbeitnehmerhaftung bejaht.²⁹ Da Arbeitnehmer nicht nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sondern analog § 254 BGB quotal auch für mittlere Fahrlässigkeit haften, drohte nach dem Inkrafttreten des § 31 a BGB das ehrenamtlich tätige Mitglied schärfer zu haften als der Vorstand. Deshalb wurde seit dem Inkrafttreten des § 31 a BGB für die Haftung ehrenamtlich tätiger Mitglieder statt der Analogie zur Arbeitnehmerhaftung die Analogie zu § 31 a BGB befürwortet,³⁰ § 31 b BGB macht für die Zukunft jede Analogie überflüssig.

Nicht ganz klar ist, was man unter den den Mitgliedern „übertragenen satzungsmäßigen Vereinsaufgaben“ zu verstehen hat. In Betracht kommt ein enges Verständnis, das die übertragenen satzungsmäßigen Vereinsaufgaben mit den Mitgliedspflichten gleichsetzt, und ein weites Verständnis, das auch den Dienst am Vereinsinteresse auf anderer als mitgliedschaftlicher Grundlage (u.U. auch auf arbeitsvertraglicher Grundlage mit einem Jahresentgelt von nicht mehr als 720,- Euro) umfasst. Für das enge Verständnis spricht die im Gesetzgebungsverfahren bestätigte gedankliche Anleihe bei der Arbeitnehmerhaftung.³¹ Denn die Milderung der Arbeitnehmerhaftung legitimiert sich dadurch, dass das Handeln des Arbeitnehmers wegen seiner grundsätzlichen Fremdbestimmtheit zugleich mittelbares Handeln des (Inhabers des) Betriebs ist.³² Eine ähnliche Zurechnung der Wahrnehmung satzungsmäßiger Vereinsaufgaben – d.h. eine Zurechnung in dem Sinne, dass das Handeln von Personen ohne Vorstandsamt „im Auftrag“ des Vereins zugleich Vereinshandeln ist – lässt sich nur für Mitglieder begründen, und auch das nur soweit sie ihre Mitgliedspflichten erfüllen. Ehrenamtliche Helfer, die mangels Mitgliederstatus oder trotz Mitgliederstatus

wegen überobligationsmäßiger Anforderung die Mitwirkung grundlos hätten ablehnen können, sind nicht verlängerte Arme des Vereins, sondern verfolgen damit eigene, wenn auch mit dem Vereinszweck kongruente Zwecke. Wollte man auch sie an dem Haftungsprivileg nach § 31 b BGB beteiligen, so müsste man es folgerichtig analog auf sämtliche Personen ausdehnen, die unentgeltlich oder in geringfügigem Umfang entgeltlich fremde Interessen wahrnehmen. Denn da die Vorschrift weder einen idealen Charakter noch Gemeinnützigkeit des Vereins voraussetzt, genügt die Anknüpfung des Privilegs allein daran, dass der Nutznießer der Tätigkeit ein Verein ist, nicht dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz.³³ Sie würde überdies im Gegensatz zum Auftragsrecht geraten, das nach seinem Normalstatut die unentgeltliche Wahrnehmung fremder Interessen dem Haftungsmaßstab des § 276 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) unterwirft.³⁴ Eine praktisch wichtige Folge ist, dass die analoge Anwendung des § 31 b BGB auf die ehrenamtlichen Helfer von Stiftungen ausscheidet. Wenn diese ebenfalls in den Genuss des Haftungsprivilegs kommen sollen, muss die Stiftung es mit ihnen vereinbaren. Soweit ein Arbeitsverhältnis (72 Arbeitsstunden im Jahr, 720,- Euro Jahresentgelt) vorliegt, gilt die normale Milderung der Arbeitnehmerhaftung.³⁵

Neu ist schließlich § 31 a Abs. 1 S. 3 BGB, der entgegen § 280 Abs. 1 S. 2 BGB dem Verein (bzw. dem geschädigten Vereinsmitglied) die Beweislast für ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten des Organmitglieds oder besonderen Vertreters aufbürdet und nach § 31 b Abs. 1 S. 2 BGB entsprechend auf die Inanspruchnahme ehrenamtlich tätiger Mitglieder durch den Verein anzuwenden ist. Der Gesetzgeber macht insoweit den z.T. zuvor gemachten Vorschlag, die wirkungsgleiche Vorschrift für die Arbeitnehmerhaftung, den § 619 a BGB analog anzuwenden,³⁶ überflüssig. Auf den Einwand, dass der Verein, vertreten durch die Mitgliederversammlung, die näheren Umstände des Fehlverhaltens des Organmitglieds typischerweise nicht kennt und deshalb durch die Obliegenheit, das vorsätzliche oder grob fahrlässige Fehlverhalten des Organmitglieds oder besonderen Vertreters darzulegen und zu beweisen, typischerweise überfordert wird,³⁷ reagiert die Gesetzesbegründung nicht. Die Befürchtung des Bundesrats, eine unterschiedliche Darlegungs- und Beweislast in den Fällen des § 31 a Abs. 1 (§ 31 b Abs. 1) BGB und in den Fällen des § 31 a Abs. 2 (§ 31 b Abs. 2) BGB (in denen die Beweislast für das Vorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit unproblematisch beim Verein liegt³⁸), lasse die Beweislast

26 Ausführlich MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 86 Rn. 21.

27 Insgesamt gegen den zwingenden Charakter des § 31 a BGB im Stiftungsrecht *Burgard*, Ist § 31a BGB im Stiftungsrecht zwingend oder dispositiv? – Zur Auslegung von § 86 S. 1 Hs. 2 BGB, in: FS Reuter, 2010, S. 43 ff.

28 BGH NJW 1984, 789, 790.

29 BGH NJW 1984, 789; 2005, 981.

30 Reuter, Zur Vereinsrechtsreform 2009, NZG 2009, 1368, 1371; Arnold (Fn. 20), S. 107.

31 BT-Drucks. 17/12037, S. 9.

32 Reuter, Das Arbeitsrecht in der deutschen Rechts- und Wirtschaftsordnung, 2012, S. 77.

33 Vgl. schon Reuter (Fn. 30), S. 1369.

34 Vgl. dazu MünchKomm-Seiler, BGB, 6. Aufl. 2012, § 662 Rn. 53 ff.

35 So schon Arnold (Fn. 20), S. 107; Reuter (Fn. 30), S. 1371.

36 Reuter (Fn. 30), S.1371; Arnold (Fn. 20), S. 111; anders MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 31 a Rn. 10.

37 MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 31 a Rn. 10.

38 So richtig BT-Drucks. 17/12037, S. 5.

im Fall der Auseinandersetzung über den internen Gesamtschuldnerausgleich bei Inanspruchnahme von Verein und Organmitglied, besonderem Vertreter oder Mitglied durch einen Dritten offen,³⁹ ist unbegründet. Ob und ggf. inwieweit in diesem Fall eine Ausnahme von der Normalregelung – Alleinhaltung des handelnden Organmitglieds, besonderen Vertreters oder Mitglieds (§ 840 Abs. 2 BGB analog) – geboten ist, hängt vom Vorliegen eines Freistellungsanspruchs gem. § 31 a Abs. 2 (§ 31 b Abs. 2 BGB) ab, für den eindeutig der Verein die Beweislast trägt, und zwar mit Grund: Eine Beweisnot des Vereins besteht insoweit (anders als im Fall des § 31 a Abs. 1 BGB) nicht, weil in der Person des geschädigten Dritten ein Zeuge für den Geschehensablauf zur Verfügung steht.⁴⁰ Freilich: Unschlüssige Begründungen ändern nichts an der Verbindlichkeit des gesetzten Rechts.

3. Änderungen im Stiftungsrecht

a) Ausdrückliche Anerkennung der Verbrauchsstiftung

Im Einklang mit der schon bisher h.M.⁴¹, aber in Abkehr von der Praxis einiger Bundesländer stellt die neue ergänzte Fassung des § 81 Abs. 1 S. 2 BGB die Zulässigkeit der Verbrauchsstiftung fest. Der Gesetzgeber trägt damit einmal der Einsicht Rechnung, dass der Wille des Reformgesetzgebers von 2002 zur abschließenden Regelung der Voraussetzungen für die Anerkennung von Stiftungen es ausschließt, die Zulässigkeit der Verbrauchsstiftung davon abhängig zu machen, ob das zuständige Landesstiftungsgesetz das Gebot der Vermögenserhaltung zur Disposition des Stifters stellt oder nicht.⁴² Zum anderen verwirft er die schon zuvor nicht überzeugend begründete Meinung, die Verbrauchsstiftung stehe im Widerspruch zum tradierten Wesen der Stiftung und zu Wertungen des geltenden Bundesrechts (Abgrenzung der Stiftung von Spende und Sammelvermögen, Umgehung von Schenkungs- und Vermächtnisrecht, Unzulässigkeit einer „kalten Liquidation“).⁴³ Die im Gesetzgebungsverfahren vom Bundesrat (erfolglos) vorgebrachten Einwände⁴⁴ sind in der Sache gar keine Einwände gegen Verbrauchsstiftungen, sondern gegen unverhältnismäßige Aufsichtskosten verursachende Kleinstiftungen.⁴⁵ Als solche sind sie sicher nicht unberechtigt. Das geltende Recht verlangt zwar kein Mindestvermögen. Doch dürfte das Erfordernis der voraussichtlich nachhaltigen und dauernden Erfüllung des Stiftungszwecks es der Stiftungsbehörde gestatten, die Anerkennung von Stiftungen mit tendenziell weniger als jährlich dreistelligen Beiträgen zur Förderung von Großzwecken zu verweigern.⁴⁶ Denn dann fehlt es an einer nachhaltigen (= langfristig *wirksamen*)⁴⁷ Erfüllung des Stiftungszwecks durch die Stiftung. Die Verbrauchsstiftung verbessert die Nachhaltigkeit in diesem Sinne, sorgt sie doch dafür, dass während der (bisher erforderlichen: angemessenen, zukünftig erforderlichen: zehnjährigen) Dauer größere und damit wirksamere Mittel zur Erfüllung des Stiftungszwecks verfügbar sind. Dem größeren behördlichen Aufwand, der dadurch entsteht, dass die Verbrauchsstiftung bescheideneren Stiftungsvorhaben den Zugang zur rechtsfähigen Stiftung erleichtert, entspricht also ein höherer aktueller Beitrag zur Förderung des Stiftungszwecks. Die tendenziell geringere Lebensdauer der Stiftung verringert im Vergleich mit einer Normalstiftung mit demselben Förderungspotential den Stiftungsnutzen, aber korrespondierend dazu auch den behördlichen (Gesamt-)Aufwand.

Schließlich gibt es keine belastbaren Belege für die Sorge des Bundesrats, der tradierte Charakter des Stiftungswesens werde sich durch die Zulassung der Verbrauchsstiftung än-

dem.⁴⁸ Stiftungen entstehen ganz überwiegend aus dem Wunsch heraus, ein vom Stifter bereits geschaffenes Werk zu perpetuieren oder ein von seiner eigenen Lebenszeit unabhängiges Werk zu schaffen. Verbrauchsstiftungen werden daher immer relative Sonderfälle bleiben, zumal die Mindestdauer von zehn Jahren der Instrumentalisierung der Stiftung für kurzfristige Zwecke kaum Raum lässt, ganz abgesehen davon, dass Personen, die wegen des überschaubaren Horizonts von ihnen selbst beherrschbare Projekte planen, es üblicherweise nicht für erstrebenswert halten, einer staatlichen Behörde Rechenschaft über ihr Tun zu schulden, wie es die Staatsaufsicht über rechtsfähige Stiftungen verlangt. Der Möglichkeit, dass die Verbrauchsstiftung aus steuerlichen Gründen trotzdem gewählt wird, entzieht der neue § 10 b Abs. 1 a S. 2 EStG ausdrücklich die Grundlage. Und was die vom Bundesrat gerügte Diskrepanz zum Stiftungsbild der Öffentlichkeit betrifft,⁴⁹ so ist darauf hinzuweisen, dass diese Diskrepanz im Fall der privatnützigen Stiftung deutlich größer ist. Für denjenigen, der in der Diskrepanz zwischen Stiftungsrecht und öffentlichem Stiftungsbild ein Problem sieht, kann die Verbrauchsstiftung allenfalls ein Nebenschauplatz sein.⁵⁰

b) Anerkennungsvoraussetzungen der Verbrauchsstiftung

Die Auseinandersetzung zwischen Bundesrat und Bundesregierung um die Zulässigkeit der Verbrauchsstiftung hat dazu geführt, dass der neue § 80 Abs. 2 S. 2 BGB über die Anerkennungsvoraussetzungen der Verbrauchsstiftung sich entgegen seiner ursprünglichen Fassung nur noch auf eine Erscheinungsform, nämlich die *zeitbefristete* Verbrauchsstiftung bezieht. Im Regierungsentwurf war das noch anders. Denn dieser lautete: „Bei einer Stiftung, deren Vermögen zum Verbrauch während eines Zeitraums von mindestens zehn Jahren bestimmt ist, erscheint die Erfüllung des Stiftungszwecks dauerhaft gesichert.“⁵¹ Ein Vermögen kann nicht nur durch eine Zeitbestimmung, sondern auch durch die Angabe eines in absehbarer Zeit erreichten Zwecks zum Verbrauch während eines Zeitraums von mindestens zehn Jahren bestimmt werden. Die Gesetz gewordene Fassung verlangt demgegenüber, dass die Stiftung für „eine bestimmte Zeit errichtet“ und dass dieser Zeitraum im Stiftungsgeschäft festgelegt wird. Bei einer *zweckbefristeten* Stiftung (klassisches Beispiel: die

39 BT-Drucks. 17/12037, S. 5 f.

40 MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 31 a Rn. 10 a.E.

41 Staudinger-Hüttemann/Rawert (Fn. 10), § 81 Rn. 57; MünchKomm-Reuter (Fn.7), §§ 80, 81 Rn. 17 ff.

42 MünchKomm-Reuter (Fn.7), § 80 Rn. 17; Muscheler, Die Verbrauchsstiftung, in: FS O. Werner, 2009, S. 129, 140.

43 Muscheler (Fn. 42), S.140 ff.; ihm folgend Andrick, Die Stiftung 2010, S. 21, 32. f.

44 BT-Drucks. 17/12037, S. 6 f.

45 Zutreffend Hüttemann (Fn. 6), S. 778 (dessen Empfehlung – Mindestausstattung von 1–2 Mio Euro allerdings schwerlich gesetzestkonform ist).

46 So der Bundesrat BT-Drucks. 17/12037, S. 6 f.

47 Fleischer, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 802 f. (unter Bezugnahme auf das betriebswirtschaftliche Verständnis der Nachhaltigkeit).

48 BT-Drucks. 17/12037, S. 6; dagegen die Bundesregierung aaO, S. 9.

49 BT-Drucks. 17/12037, S. 6 f.

50 Für die Entbehrlichkeit eines Vermögensstocks für die Berechtigung einer Körperschaft, sich Stiftung zu nennen: Rieher, Körperschaften als Stiftungsorganisationen, 1993, S. 38 ff.

51 Entwurf eines Gesetzes zur Entbürokratisierung des Gemeinnützigkeitsrechts, Art. 6 Ziffer 4.

Stiftung zur Unterstützung der Verwundeten eines bestimmten Krieges⁵²) kann man zwar abschätzen, dass spätestens 80 Jahre nach Kriegsende alle Destinatäre verstorben sind und der Stiftungszweck sich dadurch erledigt. Aber eine bestimmte Zeit kann man nicht angeben, ohne Gefahr zu laufen, den Stiftungszweck nicht vollständig zu erfüllen, weil es doch noch den einen oder anderen Überlebenden gibt.

Andererseits ist auch nicht anzunehmen, dass die zweckbefristete Verbrauchsstiftung ausgeschlossen sein soll. Zwar erweckt § 80 Abs. 2 S. 2 BGB ausweislich der Klammerangabe „Verbrauchsstiftung“ den Eindruck, dass das Merkmal „für eine bestimmte Zeit“ allgemeingültiger Bestandteil der Definition der Verbrauchsstiftung sein soll. Doch ist das nicht damit vereinbar, dass der Widerstand gegen die Verbrauchsstiftung der zeitbefristeten Verbrauchsstiftung gegolten hat, während die zweckbefristete Verbrauchsstiftung als mehr oder weniger unproblematisch angesehen worden ist.⁵³ Selbst der Bundesrat gesteht in seiner kritischen Stellungnahme zum Regierungsentwurf zu, die Verbrauchsstiftung sei schon nach der bisherigen Rechtslage zulässig, wenn sie für in der Regel mindestens zehn Jahre gesichert sei und „der Zweck nach Ablauf der Frist und nach dem Verbrauch des Vermögens als abgeschlossen“ angesehen werden könne.⁵⁴ So bleibt nur der Schluss, dass die Zulässigkeit der zweckbefristeten Verbrauchsstiftung zwar durch den neuen § 81 Abs. 1 S. 2 BGB bestätigt worden ist, jedoch nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – der Anerkennungsvoraussetzung des § 80 Abs. 2 S. 2 BGB unterliegt. Nach wie vor ist nicht zu verlangen, dass die Stiftung für eine bestimmte Zeit errichtet wird, sondern es genügt die Angabe eines seiner Natur nach nur zeitlich begrenzt verfolgbaren Zwecks.⁵⁵ § 80 Abs. 2 S. 2 BGB spielt insoweit lediglich eine Rolle als „fernwirkende Norm“: Der voraussichtliche Zeitbedarf für die Erfüllung des Zwecks darf nicht weniger als zehn Jahre betragen. Denn ausweislich des § 80 Abs. 2 BGB will der Gesetzgeber die Rechtsform der rechtsfähigen Stiftung für voraussichtlich in kürzerer Zeit erledigte Zwecke nicht zur Verfügung stellen.⁵⁶ Wie hinsichtlich der Frage, ob Vermögen und Organisation der Stiftung eine dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gewährleisten, so verfügt der Stifter kraft seiner Privatautonomie auch hinsichtlich des Zeitbedarfs für die Erfüllung des Stiftungszwecks (mindestens zehn Jahre) über die Einschätzungsprärogative. Die Stiftungsbehörde darf die Anerkennung der Stiftung nicht schon verweigern, wenn sie den Zeitbedarf geringer einschätzt, sondern erst dann, wenn die Annahme eines Zeitbedarfs von mindestens zehn Jahren eine eindeutig unvertretbare Prognose ist. Ihr steht kein eigener Prognosespielraum, sondern lediglich eine gerichtlich voll überprüfbare Grenzkontrolle der Prognose des Stifters zu.⁵⁷

Unmittelbar und uneingeschränkt anzuwenden ist § 80 Abs. 2 S. 2 BGB auf die *zeitbefristete Verbrauchsstiftung*. Das bedeutet einmal, dass eine bestimmte Bestandszeit im Stiftungsgeschäft festgelegt werden muss. Aber damit allein ist es nicht getan. Wie *Hüttemann* herausgearbeitet hat, ist zur Anerkennungsfähigkeit jeder Stiftung erforderlich, dass das Stiftungsgeschäft neben dem Stiftungszweck und den Stiftungsmitteln wenigstens in groben Zügen angibt, wie die Mittel zur Erfüllung des Stiftungszwecks eingesetzt werden sollen.⁵⁸ Denn erst dann lässt sich beurteilen, ob die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks hinreichend gesichert ist. Im Fall der zeitbefristeten Verbrauchsstiftung zählen dazu auch Angaben über Art und Umfang des Vermögensverbrauchs während der festgelegten Bestandsdauer. Insoweit setzt nämlich die positive Prognose der dauernden

und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks auch voraus, dass eine nachhaltige (= wirksame) Zweckerfüllung über die festgelegte Lebensdauer der Stiftung zu erwarten ist. Die gesetzliche Mindestdauer verlangt, dass die Stiftung während ihres gesamten Daseins ihren Mitteln entsprechend „lebt“ (und nicht das Gesetz umgeht, indem sie teilweise lediglich ein Schattendasein führt). Wenn die Verbrauchsstiftung auf zehn Jahre befristet ist, darf das Vermögen nicht im ersten Jahr schon zu 50% oder mehr verbraucht werden. Denn dann ist in den folgenden neun Jahren keine der Größe des gewidmeten Vermögens entsprechende Erfüllung des Zwecks mehr möglich.⁵⁹

Da das Stiftungsvermögen nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Erfüllung des Stiftungszwecks ist,⁶⁰ genügt es nicht, dass die Stiftungsleistungen auch in den Restjahren noch absolut ins Gewicht fallen. Vielmehr müssen sie auch dann noch dem Gesamtumfang des gewidmeten Vermögens angemessen sein.

Im Ergebnis heißt das, dass das Vermögen insgesamt so einzusetzen ist, dass die Interessen der Destinatäre während der gesamten Dauer der Stiftung so gut wie möglich befriedigt werden. Deshalb muss das Stiftungsgeschäft nicht unbedingt starre jährliche Verbrauchsquoten festlegen. Flexibilität, die es der Stiftung erlaubt, sich einer schwankenden Nachfrage nach den Stiftungsleistungen anzupassen, muss gestattet sein. Zu denken ist etwa an ein Konzept, das zwar jährliche feste Verbrauchsquoten vorsieht, jedoch die Verschiebung des Verbrauchs in das nächste Jahr oder umgekehrt die Vorwegnahme des Verbrauchs im vorangehenden Jahr erlaubt, soweit dies der besseren Erfüllung des Stiftungszwecks dient.⁶¹ Wann Letzteres der Fall ist, ist sicherlich nicht leicht zu beurteilen. Aber deswegen ist nicht – wie der Bundesrat meint⁶² – infolge der Zulassung der zeitbefristeten Verbrauchsstiftung eine Überforderung der Stiftungsaufsicht zu befürchten. Die Stiftungsaufsicht ist Rechtsaufsicht. Nach der Rechtsprechung des BVerwG⁶³ folgt daraus, dass die Stiftungsbehörde nicht ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Stiftungsorgane setzen darf, sondern lediglich zur Grenzkontrolle auf Unvertretbarkeit des Ergebnisses der Ermessensausübung der Stiftungsorgane befugt ist. Wenn die Stiftungsbehörde bei ihren Leisten bleibt, kann deshalb von Überbeanspruchung durch zeitbefristete Verbrauchsstiftungen schwerlich die Rede sein.

Weitere Sonderprobleme gibt es nicht. Das gilt auch für die gelegentlich diskutierte Frage, ob die Stiftungsbehörde die Verbrauchsstiftung nicht nach § 87 BGB aufheben muss, wenn sich ein vorzeitiger Verbrauch des Stiftungsvermögens abzeichnet. Tatsächlich ist die Verbrauchsstiftung genauso wie die Normalstiftung erst aufzuheben, wenn die Erfüllung des Zwecks nicht mehr möglich ist, d.h. wenn das Vermögen

52 Staudinger-*Coing*, BGB, 12. Aufl. 1980, § 80 Rn. 7.

53 *Muscheler* (Fn. 42), S. 133, 136.

54 BT-Drucks. 17/12037, S. 6.

55 *Reuter*, Die Verbrauchsstiftung, npOR 2010, 69.

56 Zur Fernwirkung von Gesetzen *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 158.

57 *MünchKomm-Reuter* (Fn. 7), §§ 80, 81 Rn. 58.

58 *Hüttemann*, Der Stiftungszweck nach dem BGB, in: FS *Reuter*, 2010, S. 121, 130 ff.

59 Vgl. auch *Hüttemann* (Fn. 6), S. 778.

60 Dazu *Reuter*, Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck, AcP 207, 1, 19 f.

61 Möglicherweise strenger *Hüttemann* (Fn. 6), S. 778.

62 BT-Drucks. 17/12037, S. 6 f.

63 BVerwGE 40, 347, 352.

vollständig verbraucht ist. § 88 BGB besagt nicht, dass ein Vermögensanfall an den Anfallberechtigten mit oder ohne vorherige Liquidation stattfinden muss. Vielmehr setzt er voraus, dass nach dem Erlöschen der Stiftung noch Vermögen vorhanden ist.⁶⁴ Für den Schutz der Gläubiger sorgt die Pflicht des Vorstands, nach Eintritt der Überschuldung die Einleitung des Insolvenzverfahrens zu beantragen (§§ 86 S. 1, 42 BGB). Obwohl die Praxis mithin mit § 80 Abs. 2 S. 2 BGB leben kann, ist die Vorschrift nicht nur – wie *Hüttemann* meint⁶⁵ – „etwas sperrig“, sondern ein Paradebeispiel für missglückte Gesetzgebung. Nimmt man sie wörtlich, dann ist die Festlegung der Bestandsdauer von mindestens zehn Jahren die einzige Voraussetzung dafür, dass die dauernde Erfüllung des Stiftungszwecks als gesichert angesehen werden kann. Dass ein dazu ausreichendes Vermögen, u.U. auch eine zweckadäquate Organisation erforderlich ist, fällt unter den Tisch. Es dürfte selbst in der vielfach handwerklich unausgereiften Gesetzgebung unserer Tage selten vorkommen, dass eine Vorschrift, um sinnvoll angewendet werden zu können, so sehr einer berechtigenden Auslegung bedarf.

III. Fazit

Gesetzgeberische Initiativen zur Förderung des bürgerschaftlichen Engagements sind grundsätzlich zu begrüßen. Staatsfreies gesellschaftliches Engagement in Angelegenheiten des Gemeinwohls ermöglicht der öffentlichen Hand die Konzentration auf ihre Kernkompetenzen. Freiwillige Solidarität ist der (u.a. durch strenge Steuergesetze) erzwungenen nicht nur rechtsethisch überlegen, sondern hat nach aller Erfahrung meistens auch eine effizientere und qualitativ bessere Erfüllung sozialer Aufgaben zur Folge. Aber die Förderung des bürgerschaftlichen Engagements darf nicht umstandslos mit der Befriedigung der unter diesem Etikett versammelten organisierten Interessen gleichgesetzt werden. Das Recht hat vielmehr auch insoweit einen Ordnungsauftrag. Dieser ist jedenfalls im Fall des Haftungsprivilegs für ehrenamtliche Tätigkeit in Vereinen und Stiftungen sträflich außer Acht gelassen worden. Die Unabdingbarkeit des Haftungsprivilegs verringert nicht nur den Vermögensschutz und damit tendenziell die Leistungsfähigkeit von Vereinen und Stiftungen, sondern ist auch immanent wertungswidersprüchlich, weil sie nicht die ehrenamtliche Tätigkeit im Dienst gemeinnütziger Zwecke, sondern im Dienst von Vereinen und (rechtsfähigen)

Stiftungen unabhängig von ihrer Gemeinnützigkeit privilegiert. Selbst die Tätigkeit in wirtschaftlichen Vereinen kann die Voraussetzungen des Haftungsprivilegs erfüllen, während die Tätigkeit in gemeinnützigen Einrichtungen anderer Rechtsform als der des Vereins oder der rechtsfähigen Stiftung außen vor bleibt. Mit analoger Anwendung auf gemeinnützige nichtrechtsfähige Stiftungen, gemeinnützige GmbHs etc. kann man nach den Regeln der juristischen *lex artis* nicht helfen, denn die Gemeinnützigkeit ist kein Anknüpfungspunkt für das Haftungsprivileg. Die Verbrauchsstiftung ist eine Option für Sonderfälle. Das zeitweilig starke Interesse der Praxis an ihr erklärt sich aus der Vorstellung, man könne über die Wahl der Stiftungsform für Großspenden nicht nur in den Genuss des allgemeinen Spendenabzugsbetrags nach § 10 b Abs. 1 S. 1 EStG, sondern zusätzlich auch in den des besonderen Abzugsbetrags nach § 10 b Abs. 1 lit. a EStG kommen.⁶⁶ Seitdem diese Möglichkeit – wie das Ehrenamtsstärkungsgesetz endgültig bestätigt – vom Tisch ist, ist es um die Verbrauchsstiftung wesentlich stiller geworden.⁶⁷ Die ordnungspolitische Sensibilität der Bundesländer (Bundesrat) bei diesem Thema ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Aber das Thema selbst ist als Bewährungsprobe des Ordnungssinns nur wenig geeignet. Wo er wirklich Sinn gemacht hätte, nämlich bei der Diskussion der Bund-Länder-Arbeitsgruppe über die unternehmensbezogenen Stiftungen (für die es überwiegend charakteristisch ist, dass entgegen dem Wesen der Stiftung nicht das Stiftungsvermögen – das Unternehmen – der Stiftung, sondern die Stiftung dem Vermögen – dem Unternehmen – dient) und über die privatnützigen Stiftungen (die dem öffentlichen Stiftungsbild, das mit Stiftungen automatisch eine Gemeinwohlorientierung verbindet, völlig entgegengesetzt sind), haben die Ländervertreter sich ganz besonders hurtig über die Bedenken hinweggesetzt. Sobald die einflussreiche Stiftungslobby Druck macht, weicht der gesetzgeberische Ordnungssinn dem politischen Opportunismus. Der Gesetzgeber bleibt im Vereins- und Stiftungsrecht einmal mehr eine Enttäuschung – handwerklich und in der Sache.

64 Gegen *Muscheler* (Fn. 42), S. 143. Wie hier *Janitzki*, *Die Stiftung* 2010, S. 111, 117.

65 *Hüttemann* (Fn. 6), S. 778.

66 Repräsentativ *Feick*, *Die Stiftung* 2010, S. 121, 128 f.

67 Dazu schon trefflich *Muscheler* (Fn. 42), S. 131.