

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Frau Silvia Bartodziej
Leiterin des Referats I B I
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

per E-Mail: bartodziej-si@bmjv.bund.de

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts

Sehr geehrte Frau Bartodziej,
sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Übersendung des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und die Gelegenheit zur Stellungnahme, die wir gerne wahrnehmen.

Die Bundesnotarkammer begrüßt das Ziel des Gesetzesentwurfes, das Stiftungsrecht zu modernisieren und zu vereinheitlichen. Durch die geplante abschließende Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch können Unklarheiten vermieden und Rechtsunsicherheiten beseitigt werden. Insbesondere durch die Einführung eines elektronisch geführten Stiftungsregisters mit öffentlichem Glauben kann die Teilnahme von Stiftungen am Rechtsverkehr erheblich erleichtert werden.

Bei einigen Regelungen sehen wir noch Verbesserungsmöglichkeiten und Anpassungsbedarf. Das betrifft insbesondere die Form des Stiftungsgeschäftes unter Lebenden (§ 81 Abs. 3 BGB-E), zugleich aber auch die Form von Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen (§ 86d S.2 BGB-E). Sowohl bezüglich des Stiftungsgeschäftes unter Lebenden als auch bezüglich der Zulegung und Zusammenlegung regen wir jeweils an, durch das Erfordernis notarieller Beurkundung sicherzustellen, dass eine umfassende Beratung und Belehrung des bzw. der Beteiligten erfolgt. Dies gilt in besonderem Maße für die Neuregelung der Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen, die grundsätzlich sehr zu begrüßen ist. Eine Einbindung der Notarinnen und Notare würde sicherstellen, dass Unrichtigkeiten in Grundbuch, Handelsregister und künftig auch Stiftungsregister so weit wie möglich vermieden werden.

Angesichts der fortschreitenden Digitalisierung erscheint es außerdem sinnvoll, Anmeldungen zum Stiftungsregister nur in elektronischer Form zuzulassen.

Im Einzelnen:

1. Zu § 81 BGB-E

a) Zu § 81 Abs. 3 BGB-E

§ 81 Abs. 3 BGB-E sieht vor, dass das Stiftungsgeschäft der schriftlichen Form bedarf oder in einer Verfügung von Todes wegen enthalten sein muss.

Die Bundesnotarkammer spricht sich dafür aus, die notarielle Beurkundung als Grundlage für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden vorzusehen. Dafür sprechen bereits systematische Gründe, denn der Gesetzgeber hat sich auch sonst bei der Errichtung haftungsbeschränkter Rechtssubjekte für die Einbindung des Notars entschieden, wie etwa ein Blick in § 2 Abs. 1 GmbHG und § 23 Abs. 1 AktG zeigt. Durch die Einbindung des Notars kann sichergestellt werden, dass (auch) im Rahmen des Stiftungsgeschäfts und insbesondere bei der Satzungsgestaltung eine rechtlich fundierte Beratung der Stifterin bzw. des Stifters erfolgt.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der notariellen Beurkundung neben der Beratungs-, Schutz-, und Warnfunktion für die Stifterin bzw. den Stifter auch eine Entlastungs- und Filterfunktion für die nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BGB-E zur Anerkennung zuständige Behörde des Landes (im Folgenden „Anerkennungsbehörde“) zukommt. Ohne eine notarielle Beurkundung der Stiftungsgründung wäre im Rahmen des Anerkennungsverfahrens mit einer Vielzahl von Beanstandungen und damit zeitintensiven Verzögerungen bei der Errichtung der Stiftung zu rechnen. Wie seit Jahrzehnten im Bereich des Handelsregister- und Grundbuchverkehrs bewährt, sollte den Notarinnen und Notaren auch bei der Stiftungsgründung die Aufgabe einer vorgeschalteten „Input-Kontrolle“ zugewiesen werden. Eine notarielle Vorprüfung würde nicht nur die Anerkennungsbehörde, sondern letztlich im darauffolgenden Schritt auch bei der Anmeldung zum Stiftungsregister die Registerbehörde erheblich entlasten.

Anders als auf Seite 47 der Begründung des Referentenentwurfes ausgeführt wird, können die vorbeschriebenen, sowohl den Individualinteressen der Stifterin bzw. des Stifters als auch dem Rechtsverkehr insgesamt dienenden Funktionen der notariellen Beurkundung auch nicht durch das Erfordernis der behördlichen Anerkennung des Stiftungsgeschäfts ersetzt werden. Die behördliche Anerkennung ist schon ihrem Sinn und Zweck nach nicht auf die Beratung und den Schutz der Stifterin bzw. des Stifters gerichtet, vielmehr geht es insoweit allein um die Stiftung selbst.

Dabei prüft die Anerkennungsbehörde im Interesse der Stiftung nur, ob die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts vorliegen (vgl. dazu § 82 BGB-E i. V. m. § 81 Abs. 1 bis 3 BGB-E). Eine Schutz- und Warnfunktion für die Stifterin bzw. den Stifter vergleichbar § 17 BeurkG ist vom Gesetz bei der Anerkennung durch die Stiftungsbehörde nicht vorgesehen, insbesondere erfolgt auch keine Beratung der Stifterin bzw. des Stifters zur inhaltlichen Gestaltung der Stiftung. Es ist aber offensichtlich, dass in der Regel eine fundierte und qualifizierte rechtliche Beratung erforderlich ist. Insbesondere gilt es, die zahlreichen, zum Teil komplexen neuen Vorschriften für die Stiftungsgründung korrekt umzusetzen und dabei auch die mit dem Stiftungsgeschäft vielfach verfolgten steuerlichen und/oder erbrechtlichen Gestaltungsziele bestmöglich umzusetzen.

Wenn für die Errichtung einer Stiftung unter Lebenden die Schriftform genügen soll, steht dies auch in einem eklatanten Wertungswiderspruch zum Stiftungsgeschäft von Todes wegen. Dieses unterliegt zu Recht den strengeren Formvorschriften für Verfügungen von Todes wegen. Die Vermögensinteressen der Stifterin bzw. des Stifters erscheinen zu Lebzeiten im Regelfall noch deutlich schützenswerter als nach dem Tod. Es ist daher zweckwidrig und wenig überzeugend, für die Stiftungsgründung zu Lebzeiten die weniger strenge Schriftform genügen zu lassen.

Selbst wenn man trotz dieser erheblichen Bedenken an der Schriftform festhalten will, sollte – jedenfalls im Interesse der Stifterin bzw. des Stifters – in § 81 Abs. 3 BGB-E ausdrücklich klargestellt werden, dass strengere Formvorschriften des Bundes- oder Landesrechts unberührt bleiben. Dies betrifft vor allem die Einbringung von Grundbesitz in die Stiftung. Die Entwurfsbegründung geht auf Seite 47 unseres Erachtens zu Unrecht von der Nichtanwendbarkeit des § 311b Abs. 1 und 3 BGB aus. Die Anwendung von § 311b Abs. 1 und 3 BGB ist – gerade wegen der damit verfolgten, vorbeschriebenen Schutzzwecke – nicht auf Verträge beschränkt, vielmehr sind beide Absätze auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anzuwenden, die eine Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb von Grundbesitz zum Inhalt haben und damit auch auf das Stiftungsgeschäft entsprechend anzuwenden (vgl. OLG Köln, ZEV 2019, 729, 730; Münchener Kommentar zum BGB/*Ruhwinkel*, 8. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 32 m. w. N.; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 311b Rn. 16).

Für eine Beurkundungspflicht hinsichtlich des Stiftungsgeschäfts bzw. zumindest für eine Anwendung der strengeren Formvorschriften des Bundes- oder Landesrechts spricht im Übrigen auch das staatliche und gesamtgesellschaftliche Interesse an einer wirksamen Geldwäscheprävention. Denn während Notarinnen und Notare Verpflichtete nach dem Geldwäschegesetz sind und deshalb spezifischen geldwäscherechtlichen Pflichten unterliegen, trifft dies auf die Stiftungsbehörden nicht zu.

Die im Referentenentwurf vorgesehene Schriftform für das Stiftungsgeschäft würde es ermöglichen, sich der in den letzten Jahren aus gutem Grund mehrfach verschärften geldwäscherechtliche Kontrolle durch die Notarinnen und Notare gezielt zu entziehen. Die unverändert erheblichen und gerade unlängst nochmals erheblich intensivierten Anstrengungen der Europäischen Union und der Bundesregierung bei der Bekämpfung von Geldwäsche würden so massiv beeinträchtigt.

b) Zu § 82 BGB-E

Nach § 82 Satz 1 BGB-E ist die Stiftung anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 bis 3 BGB-E genügt und die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint, es sei denn, die Stiftung würde das Gemeinwohl gefährden.

Eine Mindestkapitalausstattung sieht der Referentenentwurf – in Übereinstimmung mit der bisherigen Regelung in § 80 Abs. 2 BGB – nicht vor. Dies führt dazu, dass der praktische Umgang der Anerkennungsbehörden der Länder mit dem Thema Mindestkapitalisierung teilweise erheblich voneinander abweicht. Auch wenn die erforderliche Kapitalausstattung zweifellos stark vom Stiftungszweck abhängig ist, sollte erwogen werden, zum Erhalt der Seriosität des Stiftungswesens eine absolute Untergrenze für die Anerkennung festzulegen. Diese könnte etwa bei 100.000 Euro liegen.

2. Zu § 82a BGB-E

Nach § 82a Satz 2 BGB-E sollen Rechte, zu deren Übertragung eine Abtretung genügt, mit der Anerkennung auf die Stiftung übergehen, sofern sich nicht aus dem Stiftungsgeschäft ein anderer Wille des Stifters ergibt.

Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es jedoch dringend erforderlich, dass alle vom Stiftungsgeschäft erfassten Vermögensgegenstände nach dem Errichtungsakt einzeln unter Beachtung der auch sonst geltenden sachenrechtlichen Grundsätze zu übertragen sind, da nur so eine ausreichende Publizität gewährleistet werden kann.

Der vom Referentenentwurf verfolgte Ansatz würde in der Praxis vor allem dann erhebliche Probleme bereiten, wenn das durch Abtretung zu übertragende Recht nicht oder nicht ohne Vorliegen weiterer Voraussetzungen übertragbar wäre, insoweit ist etwa an unübertragbare oder vinkulierte Forderungen und Rechte zu denken. Auch mit Blick auf verzeichnete Forderungen und Rechte oder bei sonstigen Anzeigerfordernissen gegenüber Dritten sollte auf die Einführung einer wie auch immer gearteten (teilweisen) Gesamtrechtsnachfolge verzichtet werden, damit entsprechende Mitteilungen und Korrekturen erfolgen können.

3. Zu § 82d BGB-E

Die Formulierung des § 82d Abs. 2 Hs. 2 BGB-E sollte nochmals überarbeitet werden. Bislang ist vorgesehen, dass ein Dritter eingetragene Tatsachen nicht gegen sich gelten lassen muss, wenn er die Tatsache nicht kannte oder kennen musste. § 15 Abs. 2 Hs. 2 HGB enthält eine vergleichbare Ausnahme nur für die Übergangsfrist von 15 Tagen nach Eintragungen; ein solcher Teilsatz müsste in § 82d Abs. 2 Hs. 2 BGB-E gegebenenfalls noch ergänzt werden, damit dieser Sinn ergibt.

4. Zu § 83 BGB-E

Nach § 83 Abs. 3 BGB-E haben die Stiftungsorgane bei ihrer Tätigkeit für die Stiftung und die zuständigen Behörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben bei der Aufsicht über die Stiftung *den* bei der Errichtung der Stiftung zum Ausdruck gekommenen Willen des Stifters zu beachten.

Auf Seite 50 der Entwurfsbegründung wird zutreffend ausgeführt, dass auch andere Dokumente, die im Zusammenhang mit der Errichtung der Stiftung erstellt wurden, zur Ermittlung des Stifterwillens herangezogen werden dürfen. Es erscheint auch denkbar, dass der bei der Errichtung der Stiftung zum Ausdruck gekommene Wille zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmt. Im Interesse der Stifterin bzw. des Stifters wie auch der Stiftung erscheint es insoweit sinnvoll, den Stiftungsorganen die erforderliche Flexibilität zu geben; in Umsetzung dessen könnte die Formulierung in § 83 Abs. 3 BGB-E wie folgt angepasst werden:

„(3) Die Stiftungsorgane haben bei ihrer Tätigkeit für die Stiftung und die zuständigen Behörden haben bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben bei der Aufsicht über die Stiftung einen bei der Errichtung der Stiftung zum Ausdruck gekommenen Willen des Stifters zu beachten.“

5. Zu § 83c BGB-E

Nach § 83c Abs. 1 BGB-E darf der Stiftungszweck nur mit den Nutzungen des Grundstockvermögens erfüllt werden. Das Grundstockvermögen ist ungeschmälert zu erhalten.

Eine nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks erfordert an sich ohne Zweifel regelmäßig eine Erhaltung des Grundstockvermögens. Dieses Gebot der Erhaltung des Grundstockvermögens steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zum Gebot, die Ertragskraft des Stiftungsvermögens möglichst gleichbleibend zu erhalten (vgl. Entwurfsbegründung S. 56). Gerade in Niedrigzinsphasen ist es daher auch notwendig,

Anlageformen zu wählen, die bei akzeptablem Risikoprofil ausreichend Ertrag versprechen. Um den Stiftungsorganen eine situationsadäquate Auflösung dieses Zielkonfliktes zu ermöglichen, sollte ihnen ausreichend Ermessensspielraum bei der Vermögensverwaltung eingeräumt werden, zugleich sind unüberschaubare und übermäßige Haftungsrisiken zu vermeiden.

Vor diesem Hintergrund erscheint die in § 84a Abs. 3 Satz 2 BGB-E vorgesehene, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entlehnte sog. „Business Judgement Rule“ insoweit zum Schutz der oft ehrenamtlich tätigen Stiftungsorgane nicht ausreichend. Die zwingende Formulierung in § 83c Abs. 1 Satz 2 BGB-E („ist zu erhalten“) sollte aus unserer Sicht daher ersetzt werden durch eine Formulierung, die mehr Ermessensspielraum zulässt.

Diese könnte etwa lauten:

„Das Grundstockvermögen soll möglichst ungeschmälert erhalten werden.“

6. Zu § 84 BGB-E

§ 84 BGB-E enthält verschiedene Regelungen zu den Vertretungsverhältnissen der Stiftungsorgane. Bislang nicht geregelt ist die Frage der Zulässigkeit der Mehrfachvertretung und des In-Sich-Geschäftes nach § 181 BGB.

Aus Sicht der notariellen Praxis wäre ergänzend eine Regelung dahingehend wünschenswert, dass durch die Stiftungssatzung allgemein oder für den Einzelfall ganz oder teilweise von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden kann (vgl. dazu etwa Art. 14 Abs. 2 BayStG, wonach von den § 181 BGB entsprechenden Beschränkungen des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BayStG allgemein oder für den Einzelfall befreit werden kann). Eine solche Befreiungsmöglichkeit in der Satzung ist bei der Stiftung von besonderem Interesse, weil es hier – anders als bei Vereinen und Genossenschaften – keine Mitgliederversammlung oder Vertreterversammlung gibt, die den Vorstand im Einzelfall von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien könnte.

Es wird daher angeregt, eine dem Art. 14 Abs. 1 und 2 BayStG entsprechende Regelung in § 84 BGB-E zu integrieren.

Verbesserungswürdig erscheint aus Sicht der Bundesnotarkammer ferner auch die Regelung des § 84 Abs. 3 Satz 1 BGB-E. Danach soll durch Satzungsregelung lediglich eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht des Vorstands mit Wirkung gegen Dritte möglich sein, nicht hingegen sonstige Änderungen der Vertretungsmacht. Die an § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG angelehnte (mehrheitliche) Gesamtvertretung wird insbesondere bei größeren Stiftungen mit einer vielfach größeren Zahl von Vorstandsmitgliedern kaum praktikabel sein. Gerade in diesen Fällen wird es für den Rechtsverkehr

schon schwierig sein, die richtige Anzahl an Vorstandsmitgliedern für die Vertretung zu ermitteln. Aus Sicht der notariellen Praxis wäre wünschenswert, dass in der Satzung eine Gesamtvertretung durch eine bestimmte Zahl von Vorstandsmitgliedern auch dann vorgesehen werden kann, wenn diese Zahl kleiner als die Hälfte der Vorstandsmitglieder ist (etwa zwei Vorstände gemeinsam bei einer Gesamtzahl von fünf Vorständen). Im vorstehenden Fall läge aber keine Beschränkung der Vertretungsmacht, sondern vielmehr eine Erweiterung derselben vor. Wir regen daher an, in § 84 Abs. 3 BGB-E lediglich die Abweichungsmöglichkeit zu regeln ohne die genannte Einschränkung.

Die vorstehend bezeichneten Anregungen könnten textlich wie folgt umgesetzt werden:

„§ 84 (Stiftungsorgane)

[...] (3) Der Vorstand kann Rechtsgeschäfte im Namen der Stiftung mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Die Stiftungsaufsichtsbehörde hat für solche Rechtsgeschäfte jeweils einen besonderen Vertreter zu bestellen.

(4) Durch die Satzung kann von Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 2 abgewichen ~~und der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden.~~ Einzelne, mehrere oder auch alle Vorstandsmitglieder können ferner ganz oder teilweise von den Beschränkungen des Abs. 3 durch die Stiftungssatzung allgemein oder für den Einzelfall befreit werden.

7. Zu § 84a BGB-E

Nach § 84a Abs. 2 BGB-E hat das Mitglied eines Organs bei der Führung der Geschäfte der Stiftung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers anzuwenden. In § 84a Abs. 3 Satz 1 BGB-E wird ein eigenständiger Haftungstatbestand für Pflichtverletzungen von Stiftungsorganen eingeführt, der durch § 84a Abs. 3 Satz 2 BGB-E mit Blick auf die Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben konkretisiert wird. Danach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Mitglied des Organs bei der Geschäftsführung unter Beachtung der gesetzlichen und satzungsgemäßen Vorgaben vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Stiftung zu handeln.

Die Regelung betrifft in erster Linie Anlageentscheidungen der Stiftungsorgane und steht damit in engem Zusammenhang mit § 83c Abs.1 BGB-E. Wie bereits unter Ziffer 5 ausgeführt, sollte den Stiftungsorganen im Hinblick auf Anlageentscheidungen – gerade auch unter Berücksichtigung der aktuellen Gegebenheiten auf den Finanzmärkten

– mehr Spielraum zugestanden werden. Nur so ist eine möglichst gleichbleibende Erhaltung der Ertragskraft des Stiftungsvermögens möglich. Die Haftungsbeschränkung in § 84a Abs. 3 Satz 2 BGB-E ist insoweit ein wichtiger Schritt, sollte aber ergänzt werden durch mehr Flexibilität bei der Vermögensverwaltung (siehe Ziffer 5).

Die Haftungsbeschränkung des § 84a Abs. 3 Satz 2 BGB-E sollte allerdings nicht nur für Mitglieder von Stiftungsorganen gelten, sondern vielmehr auch für Mitglieder von Vereinsorganen. Es böte sich daher aus unserer Sicht an, die Regelung im Vereinsrecht in § 27 BGB zu integrieren und für das Stiftungsrecht hierauf zu verweisen.

Rundum zu begrüßen ist die Verweisung in § 84a Abs. 4 Satz 1 BGB-E auf die Haftungsbeschränkung des § 31a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB. Dadurch wird sichergestellt, dass ehrenamtlich tätige Mitglieder von Stiftungsorganen nur für grob fahrlässige und vorsätzliche Pflichtverletzungen einzustehen haben. Ohne diese Haftungsbeschränkung wären mutmaßlich nur wenige bereit, ehrenamtlich in Stiftungsorganen tätig zu sein, müssten sie doch befürchten, schon bei leichtester Fahrlässigkeit voll zu haften.

Im Bewusstsein um diese elementare Bedeutung der Haftungsprivilegierung hat sich der Gesetzgeber im Vereinsrecht mit gutem Grund dazu entschieden, § 31a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB als zwingendes Recht auszugestalten, vgl. § 40 Satz 1 BGB. Es erscheint etwas verwunderlich, dass abweichend von diesen bewährten vereinsrechtlichen Grundsätzen in § 84a Abs. 4 Satz 2 BGB-E die Möglichkeit vorgesehen ist, die Anwendbarkeit von § 31a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB durch die Satzung zu beschränken oder aufzuheben. Die Entwurfsbegründung äußert sich nicht zu den insoweit maßgeblichen Beweggründen (vgl. Seite 61). Unserer Auffassung nach sind sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung von Verein und Stiftung nicht ersichtlich; § 84a Abs. 4 Satz 2 BGB-E sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Weitergehend könnte auch noch erwogen werden, die Verweisung in § 84a Abs. 4 Satz 1 BGB-E auch auf § 31a Abs. 1 Satz 3 BGB zu erstrecken. Falls dies nicht gewünscht ist, sollte jedenfalls die Beweislast für die schuldhafte Pflichtverletzung in der Begründung klargestellt werden.

8. Zu § 85 BGB-E

Mit § 85 BGB-E sollen die Voraussetzungen für Satzungsänderungen nunmehr bundeseinheitlich geregelt werden. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Nicht überzeugen kann aus unserer Sicht jedoch die in § 85 Abs. 4 Satz 1 BGB-E vorgesehene Möglichkeit für den Stifter, in der Errichtungssatzung spätere Satzungsänderungen nach § 85 Abs. 1 bis 3 BGB-E auszuschließen oder zu beschränken.

Gerade der Wille eines nicht hinreichend rechtlich beratenen Stifters wird bei Errichtung der Stiftung häufig dahin gehen, die Satzungsregelungen der Stiftung „in Stein zu meißeln“. Er wird in der Folge versucht sein, von der ihm eröffneten Ausschlussmöglichkeit Gebrauch zu machen. Die notarielle Beratungspraxis zeigt aber, dass von einer derartigen „Versteinerung des Stifterwillens“ regelmäßig abzuraten ist, weil es im Hinblick auf den regelmäßig langen Bestand der Stiftung immer wieder Fälle gibt, in denen sich später doch dringender Änderungsbedarf zeigt (etwa im Hinblick auf eine Anpassung des Stiftungszwecks). Bei einem Ausschluss von Satzungsänderungen nach § 85 Abs. 4 Satz 1 BGB-E wären aber sogar derartige zwingend erforderliche Anpassungen nicht mehr möglich.

Alternativ könnte vermittelnd in Anlehnung an § 87 Abs. 2 BGB eine Regelung erwogen werden, wonach bei Satzungsänderungen der Wille des Stifters *„besonders zu berücksichtigen ist, wenn dies im Errichtungsgeschäft so bestimmt ist“*. Hierdurch würde die Anpassungsmöglichkeit zwar eingeschränkt, aber nicht vollständig ausgeschlossen.

9. Zu §§ 86 bis 86h BGB-E

a. Systematik der Vorschriften

Der Referentenentwurf sieht vor, dass Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen in §§ 86 bis 86h BGB-E in einem eigenständigen Verfahren außerhalb und abweichend von den bewährten Vorschriften des Umwandlungsgesetzes geregelt werden. Es steht außer Zweifel, dass eine vollständige Übernahme der Regelungen des Umwandlungsgesetzes angesichts des Fehlens von Mitgliedern oder Gesellschaftern per se nicht möglich wäre. Denkbar wäre jedoch durchaus, den Besonderheiten des Stiftungsrechts im Rahmen des Umwandlungsgesetzes Rechnung zu tragen statt umgekehrt Vorschriften aus dem Umwandlungsrecht in das BGB zu inkorporieren.

Eine Regelung im Umwandlungsgesetz wäre nicht nur gesetzessystematisch konsequenter, sondern auch weniger komplex. Der vorliegende Gesetzesentwurf zeigt zudem, dass die Implementierung an sich originär umwandlungsrechtlicher Vorschriften in das BGB fast zwangsläufig zu Regelungslücken führen muss, die dann in der Folge durch einen Rückgriff auf umwandlungsrechtliche Vorschriften mittels Analogien geschlossen werden müssen. Beispielhaft seien hier etwa die Festlegung eines Zulegungs- bzw. Zusammenlegungsstichtages (analog § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG) genannt oder das Erfordernis, die Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen zu benennen (analog § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG).

Unter systematischem Blickwinkel wäre es hingegen naheliegend, die Regelungen zur Zulegung und Zusammenlegung nach den §§ 99 bis 104a UmwG (Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine) in das Umwandlungsgesetz einzufügen.

b. Zu § 86d BGB-E

Während in der Umwandlungspraxis das Erfordernis der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrages allgemein als sinnvoll erachtet und nicht in Frage gestellt wird, wird dieses in § 86 d) BGB-E nicht nur abbedungen, vielmehr soll nach § 86 d) S. 2 BGB-E auch § 311b Abs. 1 und 3 BGB keine Anwendung finden.

Insoweit gelten sinngemäß die bereits unter Ziffer 1 dargestellten Bedenken gegen die einfache Schriftform für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden. Entgegen der Entwurfsbegründung kann auch im Hinblick auf die Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen das behördliche Genehmigungserfordernis funktionell dem Erfordernis einer notariellen Beurkundung nicht gleichgestellt werden. Es fehlt auch insoweit an der vom Notar im Rahmen der Beurkundung erbrachten Beratung und Belehrung des Beteiligten bzw. der Beteiligten. Dies ist schon deshalb augenscheinlich, weil die Aufsichtsbehörde im Gegensatz zum Notar nicht in die Vertragsgestaltung einbezogen ist. Ein Blick in das thematisch eng verwandte Vereinsrecht zeigt, dass dort gerade auch bei der Zusammenführung kleinerer Vereine im Vorfeld wie auch bei der Vertragsgestaltung selbst stets eine fundierte juristische Beratung erforderlich ist. Eine solche Beratung wird nicht nur auch im Falle der Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen regelmäßig notwendig sein, vielmehr könnte sie von Notaren auch vergleichsweise kostengünstig erbracht werden.

Lässt man (auch) bezüglich der Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen die einfache Schriftform genügen, wie es der Entwurf vorsieht, führt dies auch zu einer in der Sache nicht nachvollziehbaren Differenzierung zwischen der Zulegung/Zusammenlegung von Stiftungen einerseits und Ausgliederungsmaßnahmen nach §§ 161 ff. UmwG andererseits. §§ 161 ff. UmwG regeln die Ausgliederung des von einer rechtsfähigen Stiftung betriebenen, im Handelsregister eingetragenen Unternehmens oder von Teilen desselben aus dem Vermögen dieser Stiftung. § 163 Abs. 3 UmwG sieht hierbei vor, dass der Ausgliederungsbeschluss sowie die Zustimmung notariell zu beurkunden sind. Die gegebenenfalls ebenfalls erforderliche staatliche Genehmigung nach § 164 UmwG in Verbindung mit dem jeweils einschlägigen landesrechtlichen Stiftungsgesetz ersetzt im Umwandlungsrecht gerade nicht die notarielle Beurkundung. Schutzzweck der notariellen Beurkundung ist auch insoweit die Richtigkeitsgewähr und Rechtssicherheit für die Umwandlungsbeschlüsse, sodass die Beurkundungspflicht für alle Rechtsträger gilt (vgl. Semler/Stengel/Semler, Umwandlungsgesetz, 4. Auflage 2017, § 163 UmwG,

Rn. 5, vgl. auch BR-Drs. 75/94, S. 86 f., 132). Wenn der Gesetzgeber für Ausgliederungsmaßnahmen aus guten Gründen formstreng ist und die notarielle Beurkundung vorsieht, kann es nicht richtig sein, für sogar noch weitergehende Maßnahmen, wie die Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen, die bloße Schriftform genügen zu lassen.

c. Zu § 86f BGB-E

Abweichend von der Rechtslage im Umwandlungsrecht ist in § 86 f) Abs. 2 BGB-E vorgesehen, dass maßgeblich für die Rechtswirksamkeit der Zulegung oder Zusammenlegung der Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit der behördlichen Entscheidung sein soll.

Insoweit wäre es jedoch vorzugswürdig, die Eintragung im Stiftungsregister nach dem Vorbild des § 20 UmwG mit konstitutiver Wirkung auszustatten. So würde einerseits die Richtigkeitsgewähr des Umwandlungsvorganges erhöht, da wie auch bei sonstigen Umwandlungsvorgängen das Vier-Augen-Prinzip unter Einbindung von Notar und Registergericht zur Anwendung käme. Andererseits würde zugleich die Gefahr minimiert, dass bei verspäteten Registeranmeldungen eine wegen Wirksamwerdens der Zulegung oder Zusammenlegung außerhalb des Stiftungsregisters schon aufgelöste Stiftung dort immer noch eingetragen und dadurch die Publizitätswirkung des Stiftungsregisters beeinträchtigt wäre.

Lässt man die Rechtswirkungen der Zulegung oder Zusammenlegung (bereits) mit der Unanfechtbarkeit der behördlichen Genehmigungsentscheidung eintreten, könnte das Stiftungsregister in der Folge verpflichtet sein, die entsprechende Eintragung selbst bei offensichtlichen Mängeln des Umwandlungsvorganges vorzunehmen. Das kann nicht richtig sein. Auch insoweit zeigt sich, dass ein zwangloses Abrücken von den bewährten Vorschriften und Grundprinzipien des Umwandlungsgesetzes zu unnötigen Problemen führen kann.

Für eine Beurkundungspflicht auch von Zusammenlegung und Zulegung von Stiftungen spricht – wie bereits unter Ziffer 1 hinsichtlich des Stiftungsgeschäfts beschrieben – das staatliche und gesamtgesellschaftliche Interesse an einer wirksamen Geldwäscheprävention. Die im Referentenentwurf vorgesehene Schriftform für Zusammenlegung und Zulegung würde auch insoweit systemschädliche Umgehungen ermöglichen und damit gleichfalls zu einer Beeinträchtigung der erheblichen Anstrengungen der Europäischen Union und der Bundesregierung bei der Bekämpfung von Geldwäsche führen.

10. Zu § 2 StiftRG-E

Nach § 2 Nr. 3 StiftRG-E ist unter anderem das Datum des Stiftungsgeschäfts im Stiftungsregister einzutragen.

Bei bereits bestehenden Stiftungen könnte es insoweit zu Problemen kommen, wenn dieses Datum nicht mehr zu ermitteln sein sollte, in der Folge läge ein Eintragungshindernis nach § 11 Abs. 2 StiftRG-E vor. Fraglich erscheint zudem, was insoweit bei einem in einer Verfügung von Todes wegen enthaltenen Stiftungsgeschäft einzutragen wäre. Zu denken wäre dort allenfalls an den Zeitpunkt der Testamenterrichtung, dies wäre aber fernliegend. Bedenkt man, dass in jedem Fall auch das Datum der Anerkennung oder der Genehmigung der Stiftung oder der vergleichbaren Errichtungsakte anzugeben ist, erscheint es aus unserer Sicht vorzugswürdig, auf die Angabe des Datums des Stiftungsgeschäftes ganz zu verzichten.

Nach § 2 Nr. 8 StiftRG-E sind ferner die nach der Eintragung der Stiftung erfolgten Satzungsänderungen durch die zuständigen Stiftungsorgane oder die nach Landesrecht zuständige Behörde einzutragen.

Die dazugehörige Begründung im Referentenentwurf sieht insoweit unter Verweis auf eine vermeintliche Regelung im Vereinsrecht vor, dass die Satzungsänderung im Wortlaut angegeben werden soll. Das Vereinsrecht enthält jedoch keinerlei Regelung zu dieser Thematik (vgl. § 71 BGB), auch wird nach unserem Kenntnistand in der Praxis nicht so verfahren. Falls der Gesetzgeber dennoch am Regelungsansatz des § 2 Nr. 8 StiftRG-E festhalten will, müsste zumindest die Entwurfsbegründung entsprechend angepasst werden.

11. Zu § 3 StiftRG-E

§ 3 Abs. 1 Satz 2 StiftRG sieht vor, dass Anmeldungen zum Stiftungsregister öffentlich zu beglaubigen sind. Die Anmeldungen können nach § 3 Abs. 1 Satz 3 StiftRG in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift bei der Registerbehörde eingereicht werden.

Das Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung ist dem Grunde nach uneingeschränkt zu begrüßen, wird dadurch doch die zuverlässige Identifizierung der Beteiligten sichergestellt. Durch die Einbindung des Notars kann dem Eintragungsverfahren bei der Registerbehörde zudem – selbst wenn der Notar den Entwurf der Anmeldung zum Stiftungsregister nicht selbst fertigt – auch eine inhaltliche Kontrolle der Anmeldung vorgeschaltet werden. Die bereits aus dem Grundbuchverkehr (vgl. § 15 Abs. 3 GBO) und anderen Registern (vgl. § 378 Abs. 3 FamFG) bekannte und bewährte Filter- und

Entlastungsfunktion des Notars für die Registerbehörde kann so auch für das Stiftungsregister nutzbar gemacht werden. Gerade die Praxis im Vereinsrecht zeigt deutlich, dass dieser „Input-Kontrolle“ durch den Notar erhebliche Bedeutung zukommt und zu einer erheblichen Entlastung der Registergerichte führt. Das „Vier-Augen-Prinzip“ im Grundbuch- und Registerwesen trägt so zu einer erheblichen Verbesserung der Qualität der Eintragungen bei. Die notarielle Prüfung auf Eintragungsfähigkeit leistet zudem einen wesentlichen Beitrag zur Entlastung des Registerwesens.

Im Detail besteht aus Sicht der Bundesnotarkammer mit Blick auf das Anmeldeverfahren dennoch Verbesserungsbedarf, insbesondere erscheint eine bessere Verzahnung mit anderen Verfahrensvorschriften (insbesondere mit § 12 HGB sowie mit § 378 FamFG) erforderlich: Nicht nachvollziehbar ist zunächst, weshalb die Einreichung der Anmeldung zum Stiftungsregister – anders als beim Handelsregister (§ 12 HGB) – auch in schriftlicher Form möglich sein soll. Es sind keinerlei sachliche Unterschiede zwischen Stiftungen und anderen Gesellschaften erkennbar, die eine derartige unterschiedliche Behandlung rechtfertigten könnten. Zudem würde die Zulassung der Schriftform im Zeitalter der Digitalisierung einen erheblichen Rückschritt bedeuten.

Ein Gleichlauf mit anderen Registerverfahren könnte dadurch erreicht werden, dass im Rahmen des § 3 StiftRG-E zum einen § 12 HGB für entsprechend anwendbar erklärt wird, zum anderen könnte erwogen werden, Stiftungsregistersachen in § 374 FamFG aufzunehmen und diese damit ebenfalls den Vorschriften des FamFG zu unterwerfen. Auf diese Weise würde auch die Vorschrift des § 3 Abs. 2 StiftRG-E entbehrlich, da diese ohnehin § 378 Abs. 2 FamFG entspricht. Weiterhin wäre auch § 378 Abs. 3 FamFG unmittelbar anwendbar. Die dort geregelte notarielle Vorprüfung auf Eintragungsfähigkeit ist auch im stiftungsrechtlichen Zusammenhang unabdingbar, weil nur so das Stiftungsregister von nicht eintragungsfähigen Anmeldungen entlastet wird. Der Regelungsgehalt des § 378 Abs. 3 FamFG ist im Referentenentwurf bisher mutmaßlich versehentlich noch nicht berücksichtigt, dies sollte unbedingt noch ausgebessert werden. Weiterhin sollte die Vorschrift des § 3 Abs. 3 StiftRG gestrichen werden. Es erschließt sich nicht, welchen Mehrwert die Vorlage der Papierurschriften von Dokumenten gegenüber einer elektronisch beglaubigten Abschrift haben sollte.

Sollte der Gesetzgeber hingegen den bisher in § 3 StiftRG-E verfolgten Regelungsansatz weiterverfolgen und in der Folge die Inhalte von § 378 FamFG spezialgesetzlich regeln wollen, wäre zumindest erforderlich, die Vorschrift des § 378 Abs. 3 FamFG auch in § 3 StiftRG-E abzubilden.

12. Zu § 20 StiftRG-E

Positiv hervorzuheben ist aus unserer Sicht, dass der Referentenentwurf in § 20 StiftRG-E eine in der Praxis gut handhabbare Übergangsregelung für „Bestandsstiftungen“ vorsieht. Auch ohne den Eintritt neuer anzumeldender Tatsachen (Vorstandswechsel, Satzungsänderung etc.) sollen die vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder gemäß § 20 Abs. 1 StiftRG-E verpflichtet sein, die bereits bestehende Stiftung innerhalb eines Jahres nach Inbetriebnahme des Stiftungsregisters anzumelden. Die Jahresfrist sollte den Bestandsstiftungen ausreichend Zeit für die Anmeldung geben, zugleich wird so aber auch eine vollständige Erfassung aller Stiftungen (vgl. unterstützend hierzu auch § 20 Abs. 3 StiftRG-E) innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens ermöglicht. Anmeldungen und Eintragungen von Änderungen der ursprünglichen Errichtungssatzung werden nach § 20 Abs. 2 StiftRG-E verfahrensökonomisch mit der Ersteintragung zusammengefasst.

13. Zu Art. 7 (Änderung des Gerichts- und Notarkostengesetzes)

Der Referentenentwurf sieht mit Ausnahme der Erweiterung der Höchstwertvorschrift des § 106 Satz 1 GNotKG auf Anmeldungen zum Stiftungsregister keine speziellen Regelungen zum Geschäftswert für Anmeldungen zum Stiftungsregister vor. In der Folge wäre davon auszugehen, dass – wie bei Anmeldungen zum Vereinsregister – die allgemeine Wertvorschrift des § 36 GNotKG zur Anwendung käme. Dies vermag nicht zu überzeugen: Anders als bei Idealvereinen wird es bei Stiftungen regelmäßig nicht um nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten gehen, bei denen der Geschäftswert in der Regel gemäß § 36 Abs. 3 GNotKG mit 5.000,00 € anzusetzen ist. Vielmehr käme regelmäßig ein wesentlich höherer Wert in Betracht, der sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung richtet.

Es erscheint vor diesem Hintergrund jedenfalls mit Blick auf nicht-gemeinnützige Stiftungen sinnvoll, das GNotKG um eine passende Regelung in Anlehnung an Handelsregisteranmeldungen zu ergänzen. Naheliegend wäre aus unserer Sicht insbesondere eine Ergänzung des § 105 GNotKG dahingehend, dass dieser auch für Anmeldungen zum Stiftungsregister gilt. Für gemeinnützige Stiftungen erscheint uns eine Gleichbehandlung mit den Idealvereinen hingegen durchaus angemessen, geht es insoweit doch vor allem auch darum, das ehrenamtliche Engagement im Stiftungswesen zu stärken und zu fördern.

Neben der danach erforderlichen Ergänzung in § 105 Abs. 2 GNotKG sollte die (nicht-gemeinnützige) Stiftung zur Klarstellung auch in die Aufzählung in § 105 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG und § 105 Abs. 4 Nr. 4 GNotKG aufgenommen werden.

Für Rückfragen stehen meine Kollegen Felix Schmitt, Andreas Bosch und ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Nicola Hoischen, LL.M.)
Hauptgeschäftsführerin