

(vgl. → Rn. 1) eine wesentliche Funktion eines jeden Vermögens.<sup>71</sup> Der Ausschluss der Haftungsteilhaber des Stifters ist für sich nicht problematisch, sondern stets Folge der Stiftungsrichtung. Problematisch ist jedoch, das bei einer Stiftung für den Stifter der Stifter nicht nur die Haftungsteilhaber ausschließt, sondern *zugleich* auch seine Verwaltungs- und Nutzungsteilhaber (→ Rn. 1) behält. Das Stiftungsvermögen würde zu einem dauerhaft haftungslosen Vermögen des Stifters, zu einem privilegierten „property plus“,<sup>72</sup> das ein Fremdkörper im Vermögensrecht wäre. Haftungsfreie Vermögensklaven sind nämlich aus ökonomischer Sicht äußerst problematisch.<sup>73</sup> Andere Rechtsordnungen sind hier allerdings mittlerweile großzügiger und gestatten nicht nur eine Stiftung für den Stifter, sondern auch vergleichbare haftungslose Vermögen durch trusts, etwa in Form von self-settled spendthrift oder protective trusts.<sup>74</sup>

### f) Gemeinnützigkeit des Stiftungszwecks?

Dagegen setzt das deutsche Stiftungskonzept nicht voraus, dass der Stiftungszweck gemeinnützig ist – eine Offenheit des Stiftungszwecks, die den Vätern des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch suspekt war,<sup>75</sup> wie auch anderen Rechtsordnungen, die den Stiftungszweck auf gemeinnützige Stiftungen beschränken.<sup>76</sup> Vielmehr folgt das Bürgerliche Gesetzbuch, wie bereits erwähnt, dem Grundsatz der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung: Jeder Stiftungszweck, der nicht das Gemeinwohl gefährdet, ist zulässig (→ Rn. 5), was gerade nicht eine Gemeinwohldienlichkeit oder Steuerbegünstigung des Stiftungszwecks voraussetzt.<sup>77</sup> Eine Beschränkung auf gemeinnützige Stiftungszwecke würde freilich – wenn sich das Privatrecht nicht dem steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitsrecht ausliefern will – die Bildung eines eigenständigen privatrechtlichen Gemeinnützigkeitsbegriffs voraussetzen.<sup>78</sup>

Welche Formen der Stiftung werden mit dieser Offenheit des Stiftungszwecks ermöglicht? Neben gemeinnützigen Stiftungszwecken liegt vor allem ein privatnütziger und aus Sicht des Stifters uneigennütziger (→ Rn. 18 f.) Zweck auf der Hand: Ähnlich wie bei einer privatnützigen Vermögensnachfolge allgemein wird auch der Stifter einer privatnützigen Stiftungserrichtung seine Familienmitglieder aus dem betreffenden Vermögen begünstigen wollen, ohne an diese Begünstigung weitere Anforderungen zu stellen. Der Stifter kann die Mitgliedschaft in der begünstigten Familiendynastie unterschiedlich (etwa kraft Abstammung von einer Person oder kraft Eheschließung mit einem solchen Mitglied kraft Abstammung) definieren (zur möglichen Inhaltskontrolle → Rn. 30). Die Frage, ob eine solche **voraussetzungslose Familienstiftung** als „Prototyp“<sup>79</sup> einer privatnützigen Stiftung zulässig ist, wurde lange verneint, vor allem bis zuletzt von Dieter Reuter,<sup>80</sup> aber auch anderen Autoren.<sup>81</sup> Dagegen werden spätestens seit der Reform des Stiftungsprivatrechts im

<sup>71</sup> Dutta Warum Erbrecht?, 32.

<sup>72</sup> Note Harv. L. R. 116 (2003), 2588 (2606).

<sup>73</sup> Dutta Warum Erbrecht?, 316 ff. (353 ff.).

<sup>74</sup> Näher Dutta Warum Erbrecht?, 363.

<sup>75</sup> So heißt es in der Denkschrift zum BGB auf S. 18 (Mugdan I 831) etwa: „Das Stiftungsgeschäft geht in seinen Wirkungen über die der Privatautonomie sonst gezogenen Grenzen weit hinaus. 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 Gemeinwohle dienen, dadurch zu fördern. Nicht zu Gunsten jedes beliebigen Zweckes kann dem Willen des Einzelnen diese Macht eingeräumt werden.“

<sup>76</sup> Dutta Warum Erbrecht?, 47; Schlüter StiftungsR Privatautonomie, 24 ff. klammert deshalb etwa auch privatnützige Stiftungen von seinem funktionalen Stiftungsbegriff aus.

<sup>77</sup> RegE des Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 11.4.2002, BT-Drs. 14/8765, 9.

<sup>78</sup> Hüttemann ZHR 167 (2003), 35 (57).

<sup>79</sup> Etwa Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB Vorb. §§ 80 ff. Rn. 178, 257; Reuter FS Hadding, 2004, 231.

<sup>80</sup> Reuter Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 99 (104 ff., 112); Hauer/Goerdeler/Kreuser/v. Pölnitz-Egloffstein Dt. Stiftungswesen 1977–1988/Reuter, 95 (105 ff.); Reuter FS Kraft, 1998, 493 (501); Reuter AcP 207 (2007), 1 (22); Reuter GS Eckert, 2008, 677 (686).

<sup>81</sup> Gegen eine Zulässigkeit der Familienstiftung jedenfalls vor der Stiftungsrechtsreform auch Däubler JZ 1969, 499 (501); Liermann ZRP 1970, 27 (28); Soergel/Neuhoff BGB, 13. Aufl. 2000, Vorb. § 80 Rn. 11, 57, 59; Rawert ZEV 1999, 294 (297); Staudinger/Rawert BGB, 13. Aufl. 1995, Vorb. §§ 80 ff. Rn. 132 ff.;

Jahr 2002 überwiegend<sup>82</sup> keine Bedenken gegen die Familienstiftung erhoben,<sup>83</sup> auch wenn die Zulässigkeit der Familienstiftung rechtspolitisch kritisch bewertet wird.<sup>84</sup> Die herrschende Meinung kann sich vor allem darauf berufen, dass Vorschläge, die Familienstiftung zeitlich zu begrenzen,<sup>85</sup> iRd Reform des Stiftungsprivatrechts vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen wurden. Die Errichtung einer solchen privatnützigen Stiftung soll sogar von einem verfassungsrechtlich geschützten „Grundrecht auf Stiftung“ erfasst sein.<sup>86</sup> Auch mithilfe einer Inhaltskontrolle des Stiftungszwecks lässt sich kein Verbot der Familienstiftung konstruieren (→ Rn. 30).

### 3. Äußere Grenzen des Stiftungszwecks aus allgemeinen Grenzen der Privatautonomie

- 22 Zu beachten ist, dass der Stiftungszweck auch äußeren Grenzen unterliegt, die sich nicht bereits aus der gesetzlichen Konzeption der Stiftung ergeben, sondern aus allgemeinen Grenzen der Privatautonomie.

Sasse Grenzen der Vermögensperpetuierung bei Verfügungen durch den Erblasser, 43; Waldhausen LKV 1996, 436 (439). Krit. auch Schöning Privatnützige Stiftungen im deutschen und spanischen Zivilrecht, 146; Kübler GS Walz, 2008, 373 (378); vgl. auch Duden JZ 1968, 1 (4) (gegen eine bedingungslose Zulässigkeit); Schack JZ 1989, 609 (613, 615).

<sup>82</sup> Offengelassen von Hüttemann ZHR 167 (2003), 35 (63) („Wissenschaft und Praxis zur Klärung überlassen“).

<sup>83</sup> S. etwa Andrick/Suerbaum Stiftung, 30; Burgard Gestaltungsfreiheit StiftungsR, 127; Deiscl Familie und Stiftung, 93; Flämig DStZ 1986, 11 (15); Freundl DStR 2004, 1509 (1510); Fröhlich Die selbständige Stiftung im Erbrecht, 38; Hennerkes/Binz/Fuchs BB 1995, 209 (211); Hennerkes/Kögel FS Rößl, 2008, 281 (283); Jakob Stiftung, 54; v. Löwe Die Familienstiftung als Instrument der Nachfolgegestaltung, 17; Meyer zu Hörste Die Familienstiftung als Technik der Vermögensverewigung, 33; Michalski Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, 113; B. Müller Die privatnützige Stiftung zwischen Staatsaufsicht und Deregulierung, 56; T. Müller/Schubert DStR 2000, 1289 (1290); Muscheler StiftungsR, 64 (346, 348 ff.); Nietzer/Stadie NJW 2000, 3457 (3459); v. Oertzen/Hosser ZEV 2010, 168 (169); Pluskat DStR 2002, 915 (916, 921); Richter/Sturm ZErB 2006, 75 (80); Röthel GS Walz, 2008, 617 (632); Richter/Sturm FS Reuter, 2010, 307 (322); Saenger/Arndt ZRP 2000, 13 (16); Sorg Die Familienstiftung, 45; Saenger FS Kollhosser II, 2004, 591 (601); G. C. Schwarz BB 2001, 2381 (2382); G. C. Schwarz DStR 2002, 1767 (1768); G. C. Schwarz ZEV 2003, 306 (307); Schiffer/v. Schubert BB 2002, 265 (267); Schlüter StiftungsR Privatautonomie, 327; Schwintek Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, 38; Spiegelberger FS Roth, 2011, 801 (807); v. Trott zu Solz Erbrechtlose Sondervermögen, 130; Ulmer ZIP 2010, 549 (556); MüKoBGB/Weitemeyer § 80 Rn. 26, 139 ff.; O. Werner GmbHR 2003, 331 (339); Bayer/Koch Unternehmens- und Vermögensnachfolge/O. Werner, 103 (129); R. Werner ZEV 2006, 539 (540); R. Werner ZErB 2010, 104 (106); Westermann FS Bartholomeyczik, 1973, 395 (413); Wochner BB 1999, 1441 (1442); für die Zulässigkeit einer Familienstiftung nach dem BGB auch teilw. das frühere Schrifttum Weißler DNotV 5 (1905), 497 (498); Frommhold AcP 117 (1919), 87 (139); Koehler Dt. J. 1940, 809 (810).

<sup>84</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB Vorb. §§ 80 ff. Rn. 267; Hopt/Reuter StiftungsR/Rawert, 121 (131); ebenfalls rechtspolitisch krit. im Hinblick auf eine allg. Zulässigkeit von Familienstiftungen und anderen privatnützigen Stiftungen Duden JZ 1968, 1 (4); Flume BGB AT I 2, 133 in Fn. 145; Kronke Stiftungstypus, 160; Neuhoff GS Walz, 2008, 465 (483); K. Schmidt DB 1987, 261 (262); K. Schmidt ZHR 166 (2002), 145 (149); Struck GS Walz, 2008, 741 (755); für eine bewusste Abstimmung des Gesetzgebers gerade im Hinblick auf seine Erbrechts- und Erbschaftsteuerpolitik Dutta Warum Erbrecht?, 295 ff. (Umverteilung durch Erbrecht); 373 ff. (Aktualisierung durch Erbrecht); 468 ff. (Solidarität durch Erbrecht); 542 ff. (Kontinuität durch Erbrecht); 553 ff. (grenzüberschreitende Durchsetzung etwaiger Grenzen).

<sup>85</sup> Vgl. etwa den Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 1.12.1997 für ein Gesetz zur Förderung des Stiftungswesens, BT-Drs. 13/9320, der einen § 81 Abs. 2 mit folgendem Wortlaut vorsah: „Die Errichtung einer Stiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung eines lediglich durch persönliche Merkmale bestimmten Kreises von Begünstigten ist, ist längstens für dreißig Jahre ab ihrer Eintragung in das Stiftungsregister zulässig. Die Stiftung ist erloschen, wenn nicht ihr Zweck vor Ablauf der Frist geändert wird oder alle Begünstigten und Anfallberechtigten ihrer Fortsetzung für einen weiteren Zeitraum von dreißig Jahren zustimmen. Die Zustimmung ist dem Stiftungsregister vor Ablauf der Frist nachzuweisen. Mehrfache Fortsetzung ist zulässig“.

<sup>86</sup> Etwa Hennerkes/Binz/Fuchs BB 1995, 209 (211); Nietzer/Stadie NJW 2000, 3457 (3459); s. auch die Kritik bei Rawert FS Reuter, 2010, 1323 (1324).

### a) Inhaltskontrolle des Stiftungszwecks

Auch wenn das Stiftungsrecht allgemein dem Inhalt des Stiftungszwecks keine starren 23 Grenzen setzt, beispielsweise keine Gemeinnützigkeit des Stiftungszwecks einfordert (→ Rn. 20 f.), darf der Stiftungszweck nicht bestimmte inhaltliche Grenzen überschreiten, die das Privatrecht allerdings mithilfe von Generalklauseln definiert.

**aa) Allgemeine Grenzen der Privatautonomie.** Zunächst greifen auch beim Stiftungs- 24 zweck die allgemeinen Grenzen der rechtsgeschäftlichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle. Basis der Stiftungserrichtung ist das Stiftungsgeschäft mit Stiftungssatzung, das als Rechtsgeschäft den **allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen** für Rechtsgeschäfte unterliegt. Insbesondere können Stiftungsgeschäft und Satzung nichtig sein, wenn sie nach **§ 134 BGB** gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen oder nach **§ 138 Abs. 1 BGB** sittenwidrig sind.<sup>87</sup> Der Gesetzes- oder Sittenverstoß kann sich gerade auch aus einem gesetzes- oder sittenwidrigen Stiftungszweck ergeben. Es gelten insoweit die allgemeinen Voraussetzungen für diese Wirksamkeitshindernisse, wovon auch der Regierungsentwurf zur Stiftungsrechtsvereinheitlichung von 2021 ausgeht, wonach der Stiftungszweck „rechtmäßig“ sein muss.<sup>88</sup> Daneben ist es jedenfalls theoretisch nicht ausgeschlossen, dass das Stiftungsgeschäft und die Stiftungssatzung im Hinblick auf den Stiftungszweck einer **allgemeinen Ausübungskontrolle** nach **§ 242 BGB** zu unterziehen sind. Grundsätzlich gilt auch hier, dass die durch das Rechtsgeschäft verliehenen Rechte nur nach Treu und Glauben ausgeübt werden dürfen. Für diese Ausübungskontrolle besteht – ähnlich wie bei der Inhaltskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen – womöglich dann Raum, wenn das Stiftungsgeschäft und die Satzung nach den zum Zeitpunkt der Stiftungserrichtung geltenden Umständen nicht beanstandet werden können, aber mittlerweile einer Anpassung bedürfen (vgl. auch zur repressiven Gemeinwohlprüfung → Rn. 29).

**bb) Darüber hinaus: Stiftungsrechtliche Gemeinwohlkontrolle?** Eine weitere inhaltliche Grenze des Stiftungszwecks ergibt sich jedenfalls deutlich aus dem Gesetz. Die Stiftung 25 ist nur dann als rechtsfähig anzuerkennen, wenn die Stiftung – und damit auch der Stiftungszweck<sup>89</sup> als deren Element, vgl. § 80 Abs. 1 S. 1 BGB – nach § 82 S. 1 aE BGB das Gemeinwohl nicht gefährdet. Auch kann die zuständige Behörde nach § 87a Abs. 2 Nr. 2 BGB die Stiftung aufheben, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks das Gemeinwohl gefährdet. Daneben löst eine Gemeinwohlgefährdung durch den Stiftungszweck auch die Möglichkeit einer behördlichen Satzungsänderung aus nach § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 85a Abs. 2 BGB, wenn die zunächst zur Satzungsänderung berufenen Stiftungsorgane untätig bleiben. Das BGB sieht damit sowohl eine präventive als auch eine repressive (→ Rn. 39 f.) Gemeinwohlkontrolle der Stiftung vor.

Mit dem **präventiven Gemeinwohlvorbehalt** des heutigen **§ 82 S. 1 aE BGB** wollte 26 der Gesetzgeber die *Republikaner-Stiftung*-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts kodifizieren.<sup>90</sup> Dort hatte es das Gericht bundesrechtlich nicht beanstandet, dass eine parteinahe Stiftung auf Basis eines landesrechtlichen Gemeinwohlvorbehalts nicht anerkannt wurde, weil „es hinreichend wahrscheinlich sei, dass die Genehmigung der Stiftung und damit die Verfolgung des Stiftungszwecks zu einer Beeinträchtigung von Rechten oder Rechtsgütern führen würde, die unter dem Schutz der Verfassung stehen“.<sup>91</sup> Mit dem Gemeinwohlvorbehalt bei der Stiftungsanerkennung möchte der Gesetzgeber vor allem

<sup>87</sup> BGH NZG 2017, 268 (270); NJW 1987, 2364; OVG Münster npoR 2013, 73 (74); vgl. Büch ZEV 2010, 440 (442); Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 80 Rn. 42, 44, § 81 Rn. 10, 52.

<sup>88</sup> RegE des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 29.

<sup>89</sup> Vgl. zu diesen sprachlichen Änd. im Gesetz den RegE des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 51.

<sup>90</sup> RegE des Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 11.4.2002, BT-Drs. 14/8765, 9; vgl. auch RegE des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 51 f.

<sup>91</sup> BVerwG NJW 1998, 2545; s. auch BVerwG npoR 2022, 299.

Stiftungszwecke erfassen, die „sich an der Grenze der Rechtswidrigkeit bewegen und diese jederzeit überschreiten können“, wobei ein wahrscheinlicher Verstoß gegen einfaches Gesetzesrecht ausreicht.<sup>92</sup> Maßgeblich soll allein sein, ob die Erfüllung des Stiftungszwecks das Gemeinwohl gefährdet, nicht das bloße Verhalten der Stiftungsorgane.<sup>93</sup> Die Gemeinwohlprüfung hat ausschließlich anhand rechtlicher Kriterien zu erfolgen.<sup>94</sup> Zweckmäßigkeitserwägungen dürfen keine Rolle spielen.

- 27 Soweit der Stiftungszweck bereits **rechtswidrig** ist, bedarf es freilich des präventiven Gemeinwohlvorbehalts nicht, da insoweit die Wirksamkeitskontrolle des § 134 BGB beim Stiftungsgeschäft anschlagen wird (→ Rn. 24).<sup>95</sup> Aber auch darüber hinaus besitzt die präventive Gemeinwohlkontrolle nur einen äußerst geringen Anwendungsbereich. Wenn der Stiftungszweck mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verfassungsgeschützte Rechtsgüter beeinträchtigen wird, dann droht dem Stiftungsgeschäft regelmäßig bereits die Nichtigkeit wegen **Sittenwidrigkeit** nach § 138 Abs. 1 BGB. Auch bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit als unbestimmtem Rechtsbegriff sind die Wertentscheidungen der Rechtsordnung zu prüfen (sogleich noch näher → Rn. 30 ff.), und damit auch ihre wahrscheinliche Gefährdung durch ein Rechtsgeschäft. So ist es – um bei der *Republikaner-Stiftung*-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu bleiben – ohne Weiteres vertretbar, ein Stiftungsgeschäft als sittenwidrig anzusehen, wenn, ohne dass der Stifter diese Feststellung rügt (!), „die geplante Stiftung im Falle ihrer Genehmigung das Gebot der Achtung der Menschenwürde, das Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse, der Sprache, der Abstammung und des Glaubens sowie das Demokratieprinzip als Verfassungsrechtsgüter gefährden würde“.<sup>96</sup>
- 28 Angesichts des geringen Anwendungsbereichs ist entgegen einer stark vertretenen Ansicht im stiftungsrechtlichen Schrifttum<sup>97</sup> die präventive Gemeinwohlkontrolle nach § 82 S. 1 aE BGB **genauso wenig verfassungswidrig**<sup>98</sup> wie die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB, jedenfalls wenn man die Gemeinwohlprüfung auf eine reine Rechtsprüfung reduziert. Insbesondere ist das verfassungsrechtlich geschützte Recht des Stifters auf Errichtung der Stiftung bei der präventiven Gemeinwohlkontrolle zu berücksichtigen, vor allem bei der Wahrscheinlichkeitsprüfung. Das Erfordernis einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung von Verfassungsgütern lässt ausreichend Raum, um die widerstreitenden verfassungsrechtlich geschützten Positionen gegeneinander abzuwägen. Fraglich ist freilich, welche Funktion § 80 Abs. 1 S. 1 aE BGB neben den allgemeinen Mechanismen der Inhaltskontrolle (→ Rn. 24) besitzt. Man könnte die Vorschrift als reine Hinweissnorm verstehen, die deklaratorisch klarstellt, dass auch bei der Stiftung eine Inhaltskontrolle geboten ist.
- 29 Dagegen besitzt die **repressive Gemeinwohlprüfung** durch die Stiftungsbehörden nach §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 85a Abs. 2 BGB (behördliche Zweckänderung) und nach § 87a Abs. 2 Nr. 2 BGB (behördliche Aufhebung) durchaus einen Anwendungsbereich. Zwar könnte man Fälle, in denen sich später die Gemeinwohlgefährdung der bereits errichteten Stiftung offenbart, notfalls auch über eine Ausübungskontrolle des Stiftungsgeschäfts nach § 242 BGB in den Griff bekommen (→ Rn. 24). Die genannten stiftungsrechtlichen Vorschriften schaffen indes Klarheit jedenfalls im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Gemeinwohlgefährdung: Soweit die Stiftungsorgane nicht rechtzeitig mit einer Stiftungszweckänderung gemäß § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 85a Abs. 1 BGB reagieren, muss die Stiftungsbehörde den Stiftungszweck ändern (§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 85a Abs. 2 BGB) oder die Stiftung aufheben (§ 87a Abs. 2 Nr. 2 BGB), eine Rechtsfolge, die sich, zumal an die

<sup>92</sup> RegE des Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 11.4.2002, BT-Drs. 14/8765, 9.

<sup>93</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 87 Rn. 8.

<sup>94</sup> Vgl. auch Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB Vorb. §§ 80 ff. Rn. 130.

<sup>95</sup> Vgl. aber auch BVerwG npoR 2022, 299 Rn. 20, 31; OVG Münster npoR 2013, 73 (79).

<sup>96</sup> BVerwG NJW 1998, 2545; krit. zu dieser Entsch. aber etwa Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 80 Rn. 42 ff.

<sup>97</sup> So etwa Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 80 Rn. 43; BeckOGK/Jakob/Uhl, 1.7.2022, BGB § 80 Rn. 299; Muscheler NJW 2003, 3161 (3164).

<sup>98</sup> BVerwG npoR 2022, 299 Rn. 28 ff.

Stiftungsbehörde gerichtet, aus den dünnen Worten des § 242 BGB kaum ableiten ließe. Für die repressive Überprüfung der anderen Grenzen des Stiftungszwecks sind deshalb die Rechtsfolgen der § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 85a Abs. 2 BGB und des § 87a Abs. 2 Nr. 2 BGB analog heranzuziehen (→ Rn. 40). Im Hinblick auf die Voraussetzungen der Gemeinwohlgefährdung sind bei der präventiven wie der repressiven Gemeinwohlprüfung die gleichen Maßstäbe anzulegen.<sup>99</sup>

**cc) Inhaltliche Konkretisierung.** Entscheidend ist, welche inhaltlichen Grenzen diese sehr allgemein gehaltenen Korrekturmechanismen dem Stiftungszweck **konkret** setzen. Vor allem sind das Gemeinwohl (§ 82 S. 1 aE, § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 85a Abs. 2 BGB und § 87a Abs. 2 Nr. 2 BGB), die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) sowie Treu und Glauben (§ 242 BGB) Rechtsbegriffe, die als Einfallstore für die Wertentscheidungen der Rechtsordnung dienen,<sup>100</sup> und damit fruchtbar gemacht werden können, um allgemeine Wertungen gegenüber dem Stiftungszweck durchzusetzen. Nachdenken könnte man zunächst darüber, ob die inhaltlichen Kontrollmechanismen herangezogen werden können, um ein **Verbot der Familienstiftung** zu begründen, etwa weil der Zweck der voraussetzungslosen Begünstigung bestimmter Mitglieder einer Familiendynastie (vgl. auch noch → Rn. 32) gemeinwohlwidrig oder sittenwidrig ist. Warum kann man vor dem Hintergrund der allgemeinen Wertentscheidungen des deutschen Rechts Zweifel an der Zulässigkeit von Familienstiftungen haben und hier über eine Grenze des Stiftungszwecks nachdenken? Wie bereits gesehen (→ Rn. 21), sind nach dem Grundsatz der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung zwar auch privatnützige Stiftungen grundsätzlich zulässig. Verlockend ist aber ein rechtshistorisches Argument. Der Gesetzgeber hat – übrigens nicht nur in Deutschland – nach langen Kämpfen andere Mechanismen zur Schaffung von generationenübergreifenden Familienvermögen abgeschafft, konkret Familienfideikommisse und hochadlige Hausvermögen.<sup>101</sup> Mithilfe dieser Mechanismen konnte der Stifter, ähnlich wie mit einer Familienstiftung, ein Familienvermögen schaffen, dessen Verwaltungs- und Nutzungsteilhabe (→ Rn. 1) stets den Mitgliedern einer Familiendynastie nach bestimmten vom Stifter vorgegebenen Regeln zufiel. Insoweit sind Familienstiftung und Familienfideikommis (sowie hochadliges Hausvermögen) funktionsäquivalent, wie nicht nur die Rechtsprechung,<sup>102</sup> sondern auch das Schrifttum<sup>103</sup> betont, selbst wenn sich ihre rechtliche Konstruktion teils unterscheidet.<sup>104</sup> Beide Mechanismen gestatteten einem Stifter, für nachfolgende Generationen die Weitergabe einer von ihm definierten Vermögensteilhabe an einem generationenübergreifend gebundenen Vermögen zu regeln. In Rechtsordnungen, die sowohl über das Familienfideikommis als auch die Familienstiftung verfügten, war deshalb die Abgrenzung zwischen beiden Instituten oftmals schwierig, etwa wenn der Stifter zum Mechanismus schwieg, „so dass die Schöpfung des Stifters zwischen beiden Instituten

<sup>99</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 87 Rn. 8; so nun auch RegE des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 79.

<sup>100</sup> Vgl. zu § 138 Abs. 1 BGB etwa BVerfG GRUR 1958, 254.

<sup>101</sup> S. etwa Eckert Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland; Dutta Warum Erbrecht?, 59 ff. (63 ff.).

<sup>102</sup> RFHE 51, 90 (92); OLG Hamburg HambJVBl. 1970, 47 (48); BFH DStR 1998, 331 (333) („Umwandlung einer rechtlich nicht mehr aufrechtzuerhaltenden Form der Vermögensbindung [= Familienfideikommis, d. Verf.] in eine andere, nach wie vor zulässige Bindungsform [= Familienstiftung, d. Verf.]“).

<sup>103</sup> S. exemplarisch die Aussagen von Frommhold AcP 117 (1919), 87 (132) („Er [= der Unterschied zwischen Familienfideikommis und Familienstiftung, d. Verf.] ist in der Hauptsache [...] ein formaljuristischer“) und 137 („nahe Zweckverwandtschaft beider Institute und [...] geschichtlicher Zusammenhang“); v. Gerber JherJb. 2 (1858), 351 (357) („Man kann nicht läugnen, daß die Wirkung und Function einer solchen Stiftung [= Familienstiftung, d. Verf.] der eines Geschlechtsfideikommisses sehr nahe kommt“) und 358 („tatsächlich höchstens noch ein sehr feiner geistiger Unterschied“); v. Roth JherJb. 1 (1857), 189 (202) (Familienstiftung sei „nichts als ein modificirtes Familienfideikommiß“); v. Scheurl AcP 77 (1891), 243 (244, 263) („nahe Verwandtschaft“); weitere Nachweise in Dutta Warum Erbrecht?, 71.

<sup>104</sup> Dutta Warum Erbrecht?, 73 (zur – müßigen – Diskussion um die Frage der Vermögensträgerschaft) und 124 (zum größeren Spielraum bei der Stiftung, ein haftungsfestes Vermögen zu konstruieren).

auf der Grenze stehen“ konnte.<sup>105</sup> Das preußische Allgemeine Landrecht enthielt sogar Auslegungsregeln zur Abgrenzung beider Institute.<sup>106</sup> Die Familienstiftung wird, wenig verwunderlich, bis heute hin als kautelarjuristische Alternative zur Nachbildung des Familienfideikommisses empfohlen.<sup>107</sup>

- 31 Allerdings lässt sich für das geltende deutsche Stiftungsrecht das Fideikommissverbot **nur schwerlich fruchtbar** machen.<sup>108</sup> Zunächst wurde die privatnützige Stiftung von der deutschen Fideikommissauflösungsgesetzgebung verschont,<sup>109</sup> obwohl dem Gesetzgeber damals die Familienstiftung bekannt war. Zum Teil sah das Fideikommissauflösungsrecht sogar eine Umwandlung der Familienfideikommisses in Stiftungen vor<sup>110</sup> und nachfolgende Familienstiftungen kamen (und kommen bis heute) in den Genuss der körperschaftsteuerlichen Steuerbegünstigungen für Familienfideikommisses.<sup>111</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Familienstiftung deshalb als „neue zulässige Form der Gebundenheit“ eines Familienvermögens.<sup>112</sup> Zudem musste im Jahr 2002 bei der Reform des Stiftungsrechts dem Gesetzgeber die rechtspolitische Problematik bewusst gewesen sein, zumal auch der Deutsche Juristentag bereits im Jahr 1966 die Frage nach der Zulässigkeit der Familienstiftung aufgeworfen hatte.<sup>113</sup> Dennoch wurden privatnützige Stiftungen nicht beschränkt. Im Gegenteil: Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Stiftungsrechts befürwortet ausdrücklich die Zulässigkeit der Familienstiftung.<sup>114</sup> Auch haben die Stiftungsrechte derjenigen Länder, die der Anerkennung von Familienstiftungen vor der Reform skeptisch gegenüberstanden,<sup>115</sup> ihre Position nach der Reform aufgegeben.<sup>116</sup> Vielmehr gehen die deutschen Gesetzgeber von der Zulässigkeit der Familienstiftung trotz Fideikommissverbot aus: So bestehen in den Stiftungsgesetzen der Länder besondere Regelungen für Familienstiftungen und sonstige privatnützige Stiftungen, die deren Zulässigkeit voraussetzen (→ Rn. 49). Auch der Steuergesetzgeber hat besondere Vorschriften für Familienstiftungen geschaffen (→ Rn. 48). Zwar bedeutet die Besteuerung eines Tatbestands nicht zwangsläufig dessen privatrechtliche Zulässigkeit, auch können die Landesgesetzgeber nicht über die bundesrechtliche Zulässigkeit einer Stiftungsform entscheiden. Indizien für eine Zulässigkeit der Familienstiftung sind diese gesetzgeberischen Aussagen aber allemal. Die Frage, inwieweit die Differenzierung zwischen Familienstiftungen einerseits und Familienfideikommissen andererseits, gerade im Hinblick auf die Funktionen des Erbrechts, **rechtspolitisch** gerechtfertigt werden kann, ist damit freilich nicht beantwortet.
- 32 Damit schließen die inhaltlichen Kontrollmechanismen – vor allem die Wirksamkeitsprüfung nach § 138 Abs. 1 BGB und die Gemeinwohlprüfung nach § 82 S. 1 aE, § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 85a Abs. 2 und § 87a Abs. 2 Nr. 2 BGB – nicht allgemein bestimmte

<sup>105</sup> J. Kohler Arch. Bürg. R. 3 (1890), 228 (267).

<sup>106</sup> S. Teil II Tit. 4 § 23 preuß. ALR („Wenn aber jemand verordnet, daß ein gewisses Grundstück oder Capital, entweder für beständig, oder doch durch mehrere Geschlechtsfolgen, bey einer Familie verbleiben solle: so wird solches ein Familien-Fideicommiß genannt“); Teil II Tit. 4 § 24 preuß. ALR („Wenn jemand verordnet, daß die Zinsen eines gewissen Capitals einer Familie zu gute kommen sollen: so ist dergleichen Verordnung, im zweifelhaften Falle, eher für eine bloße Familienstiftung, als für ein Fideicommiß zu achten“).

<sup>107</sup> S. etwa Reimann DNotZ 2012, 250 (263).

<sup>108</sup> Vgl. oben die Nachw. zur Zulässigkeit der Familienstiftung in Fn. 83.

<sup>109</sup> S. auch Art. 40 S. 3 der preußischen Verfassungsurkunde von 1850, der Familienstiftungen ausdrücklich ausklammerte.

<sup>110</sup> § 7 des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikommisses und sonstiger gebundener Vermögen. Vgl. auch § 18 des Gesetzes für die aufgrund landesrechtlichen Fideikommissauflösungsrechts errichteten Stiftungen.

<sup>111</sup> S. die Verordnung über die Steuerbegünstigung von Stiftungen, die an die Stelle von Familienfideikommissen getreten sind, vom 13.2.1926, RGBl. 1926 I 101, zu deren Fortgeltung vgl. R 1.2 KStR 2015 sowie Jauch DStR 2021, 2946.

<sup>112</sup> BVerfGE 87, 328 (336).

<sup>113</sup> Krit. Ballerstedt in Verh. 44. DJT I/5 (1962), 1 (31).

<sup>114</sup> BMJ Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, 45.

<sup>115</sup> S. etwa § 6 Abs. 2 lit. d StiftG Bbg aF (1995).

<sup>116</sup> Das neue StiftG Bbg enthält überhaupt keine Sonderregelungen für Familienstiftungen mehr.

Stiftungszwecke aus, sondern allenfalls **konkrete Ausgestaltungen eines Stiftungszwecks**. Im Rahmen der Familienstiftung könnte man etwa überlegen, ob **agnatische Familienstiftungen**, deren Stiftungssatzung die Begünstigung aus dem Familienvermögen nur im Mannesstamm nach dem Grundsatz der Primogenitur weitergibt, etwa mit dem Gedanken des gleichen Erbrechts der Kinder (§ 1924 Abs. 4 BGB) sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 GG) vereinbar ist.<sup>117</sup> Die deutschen Gerichte stehen jedoch bisher solchen Überlegungen eher skeptisch gegenüber,<sup>118</sup> auch wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte kürzlich in einem Stiftungsinstrument aus dem 16. Jahrhundert, das nur die männlichen Abkömmlinge des Stifters begünstigt, eine nach Art. 14 EMRK verbotene Diskriminierung gesehen hat.<sup>119</sup> Hingegen wird man das Stiftungsgeschäft zur Errichtung einer Stiftung zugunsten jugendlicher Opfer von Straftaten durch einen **rechtskräftig verurteilten Kindsmörder** als sittenwidrig oder gegenwärtig ansehen,<sup>120</sup> da dies als Provokation an die Angehörigen der Opfer des Stifters zu werten ist und damit mit dem staatlichen Opferschutz unvereinbar wäre.

**dd) Kontrolle nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.** Umstritten ist die Frage, ob der Stiftungszweck oder dessen Erfüllung dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz unterliegt und insbesondere gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG verstoßen kann, wenn der Stiftungszweck bei der Definition des Destinatärskreises „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“ benachteiligt.<sup>121</sup> Zunächst wird man nicht umhin kommen, die Begünstigung der Destinatäre als „Begründung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses“ iSd § 19 Abs. 1 AGG anzusehen:<sup>122</sup> Zwar besitzen die Destinatäre nur selten klagbare Ansprüche gegen die Stiftung und sind damit kraft des Stiftungszwecks allein nicht Partei eines Schuldverhältnisses (näher → Rn. 53 ff.). Aber jedenfalls die Zuerkennung der Stiftungsleistung durch die Stiftungsorgane schafft einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen und damit notwendigerweise ein – wie auch immer ausgestaltetes – Schuldverhältnis zwischen konkret begünstigtem Destinatär und Stiftung (näher → Rn. 54). Das Benachteiligungsverbot würde damit meist unmittelbar nicht den Stiftungszweck betreffen, sondern die Erfüllung durch die Stiftungsorgane. Dennoch würde eine Anwendung des § 19 Abs. 1 AGG auch für den Stiftungszweck Konsequenzen besitzen, dessen Erfüllung durch das Benachteiligungsverbot **rechtlich unmöglich**<sup>123</sup> und damit zum unzulässigen Stiftungszweck würde (→ Rn. 37 f.), und zwar losgelöst von konkreten Benachteiligungen durch die Stiftungsorgane, die zusätzlich Ansprüche gegen die Stiftung auslösen würden. Es bleibt damit nur die Möglichkeit, die Begünstigung der Destinatäre **nicht als Massengeschäft oder massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft** iSd § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wofür Einiges spricht,<sup>124</sup> auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zu Stipendien von Vereinen.<sup>125</sup>

Auch Familienstiftungen wären, würde man eine Kontrolle nach dem AGG vornehmen, nicht sakrosankt, insbesondere wird man die Begünstigung von Mitgliedern einer Familiendynastie durch die Stiftung nicht zu den „**familien- und erbrechtliche[n] Schuldverhältnissen**“ nach § 19 Abs. 4 AGG zählen können, da die Familienstiftung die auf das Stiftungsvermögen bezogenen Familienbeziehungen ja gerade außerhalb des gesetzlichen

<sup>117</sup> So etwa Eiselsberg Jahrbuch Stiftungsrecht/Graf, 87; Grziwotz FamRZ 2005, 581.

<sup>118</sup> Vgl. BGH NJW 1978, 943.

<sup>119</sup> EGMR FamRZ 2022, 172 – Dimici/Türkei, mAnm Aiwanger; hierzu auch R öthel ZEuP 2024, 208.

<sup>120</sup> Büch ZEV 2010, 440 (442); Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 80 Rn. 44; MüKoBGB/Weitemeyer § 81 Rn. 58.

<sup>121</sup> Zum Ganzen Oetker GS Eckert, 2008, 617 (631); Reuter FS Adomeit, 2008, 595.

<sup>122</sup> Vgl. v. Campenhausen/Richter StiftungsR-HdB/Hof § 7 Rn. 164; MüKoBGB/Weitemeyer § 84 Rn. 52; vgl. auch Reuter FS Adomeit, 2008, 595 (605).

<sup>123</sup> Vgl. auch Oetker GS Eckert, 2008, 617 (635).

<sup>124</sup> Gegen eine Anwendung des AGG iErg auch MüKoBGB/Weitemeyer § 84 Rn. 52; vgl. auch v. Campenhausen/Richter StiftungsR-HdB/Hof § 7 Rn. 163; Oetker GS Eckert, 2008, 617 (632).

<sup>125</sup> BGH NJW 2020, 852 Rn. 17 ff.

Familien- oder Erbrechtsmodells regeln möchte. Auch die Stiftung von Todes wegen unterliegt zwar in ihrer Entstehung teilweise dem Erbrecht, nicht aber in ihrem Wirken, sodass auch insoweit die Ausnahme nach § 19 Abs. 4 AGG nicht greift.<sup>126</sup>

### b) Zeitliche Grenzen für privatnützige Stiftungen?

- 35 Denkbar wäre es, jedenfalls privatnützige Stiftungszwecke zeitlich zu begrenzen, um generationenübergreifende Vermögensbindungen zu verhindern, die vor allem erbrechtspolitisch zweifelhaft sind.<sup>127</sup> Es verwundert deshalb nicht, dass **ausländische** Rechtsordnungen ausdrücklich zeitliche Grenzen für privatnützige Stiftungen vorsehen: Paradebeispiel<sup>128</sup> ist Österreich, nach dessen Stiftungsrecht privatnützige Stiftungen nach 100 Jahren aufzulösen sind, es sei denn, dass alle Letztbegünstigten, denen das Stiftungsvermögen nach der Abwicklung der Stiftung zufallen würde,<sup>129</sup> einer Verlängerung zustimmen.<sup>130</sup>
- 36 Für die Stiftung nach **deutschem** Recht lassen sich solche zeitlichen Grenzen de lege lata nicht begründen. Allenfalls bei den Ersatzformen der rechtsfähigen Stiftung in Deutschland stehen zeitliche Grenzen im Raum: So wird bei der unselbständigen Stiftung von Todes wegen eine analoge Anwendung der zeitlichen Grenzen für die Dauertestamentsvollstreckung (§ 2210 BGB) erwogen,<sup>131</sup> überwiegend aber abgelehnt.<sup>132</sup> Des Weiteren haben vereinzelt Stimmen aus den gesetzlich geregelten Höchstfristen folgert, dass 30 Jahre nach der Errichtung einer selbständigen Familienstiftung keine neuen Destinatäre bestimmt werden dürfen<sup>133</sup> – wohl mit der Folge einer behördlichen Aufhebung der Stiftung oder Änderung ihres Zwecks nach dem Tod der ursprünglichen Destinatäre, soweit dadurch mangels nachrückender Destinatäre der Stiftungszweck wegfällt und damit auch seine Erfüllung unmöglich wird. Trotz dem Willen des historischen Gesetzgebers, gerade durch die zeitlichen Grenzen der Vor- und Nacherbschaft und der Dauertestamentsvollstreckung fideikommissarisch gebundene Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch zu verhindern,<sup>134</sup> wird man mit solchen ungeschriebenen zeitlichen Grenzen der privatnützigen Stiftung angesichts des klaren Wortlauts der §§ 80 ff. BGB an die Grenzen des zur Rechtsfortbildung Zulässigen stoßen. Denn an Vorschlägen für zeitliche Grenzen für privatnützige Stiftungen hat es nicht gefehlt. So hatte in Deutschland die Bundestagsfraktion der Grünen in einem Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1997 vorgeschlagen, die Dauer einer privatnützigen Stiftung auf dreißig Jahre zu begrenzen, es sei denn, die Stiftungsdestinatäre und Anfallberechtigten stimmen einer Fortsetzung der Stiftung zu.<sup>135</sup> Eine solche Höchstdauer privatnütziger Stiftungen hat allerdings – trotz verschiedentlich geäußerter Sympathie<sup>136</sup> – bis heute, und

<sup>126</sup> Anders Oetker GS Eckert, 2008, 617 (636); MüKoBGB/Weitemeyer § 84 Rn. 52; vgl. auch mit weitergehenden Überlegungen Reuter FS Adomeit, 2008, 595 (607).

<sup>127</sup> Zum Zweck zeitlicher Grenzen etwa Dutta Warum Erbrecht?, 375 (469).

<sup>128</sup> Für weitere Bsp. etwa Dutta Warum Erbrecht?, 101.

<sup>129</sup> § 6 öst. Privatstiftungsgesetz.

<sup>130</sup> § 35 Abs. 2 Nr. 3 öst. Privatstiftungsgesetz: „Der Stiftungsvorstand hat einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald [...] eine nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegende Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, 100 Jahre gedauert hat, es sei denn, daß alle Letztbegünstigten einstimmig beschließen, die Privatstiftung für einen weiteren Zeitraum, längstens jedoch jeweils für 100 Jahre, fortzusetzen“.

<sup>131</sup> v. Campenhausen/Kronke/Werner Stiftungen in Deutschland und Europa/Reuter, 203 (225), aufgrund einer „Anschauungslücke“ des Gesetzgebers, v. Campenhausen/Kronke/Werner Stiftungen in Deutschland und Europa/Reuter, 227.

<sup>132</sup> Bspw. Hopt/Reuter StiftungsR./K. Schmidt, 175 (188).

<sup>133</sup> Däubler JZ 1969, 499 (501); Staudinger/Avenarius BGB § 2109 Rn. 12; dagegen zB Meyer zu Hörste Die Familienstiftung als Technik der Vermögensverewigung, 30; Edenfeld DNotZ 2003, 4 (9).

<sup>134</sup> Etwa Prot. zum BGB, 7134 [= Mugdan V S. 668].

<sup>135</sup> Vgl. den Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 1.12.1997 für ein Gesetz zur Förderung des Stiftungswesens, BT-Drs. 13/9320 und den Vorschlag für einen § 81 Abs. 2 BGB (Wortlaut oben in Fn. 85).

<sup>136</sup> Etwa von Bischoff ZRP 1998, 391 (393); Crezelius/Rawert ZIP 1999, 337 (345); Duden JZ 1968, 1 (4) („Mindestens käme eine Befristung in Anlehnung an jene Erbrechtsvorschriften in Frage“); Jakob/Studen ZHR 174 (2010), 61 (78); Kronke Stiftungstypus, 61 (75) („im Einklang mit den Entscheidungen des