

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 ist nur dann als rechtsfähig anzuerkennen, wenn die Stiftung – und damit auch der Stiftungszweck⁸⁹ 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. 25

Mit dem **präventiven Gemeinwohlvorbehalt** des heutigen **§ 82 S. 1 aE BGB** wollte der Gesetzgeber die *Republikaner-Stiftung*-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts kodifizieren⁹⁰. 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“.⁹¹ Mit dem Gemeinwohlvorbehalt bei der Stiftungsanerkennung möchte der Gesetzgeber vor allem Stiftungszwecke erfassen, die „sich an der Grenze der Rechtswidrigkeit bewegen und diese jederzeit überschreiten können“, wobei ein wahrscheinlicher Verstoß gegen einfaches Gesetzesrecht ausreicht.⁹² Maßgeblich soll allein sein, ob die Erfüllung des Stiftungszwecks das Gemeinwohl gefährdet, nicht das bloße Verhalten der Stiftungsorgane.⁹³ Die Gemeinwohlprüfung hat ausschließlich anhand rechtlicher Kriterien zu erfolgen.⁹⁴ Zweckmäßigkeitserwägungen dürfen keine Rolle spielen. 26

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).⁹⁵ 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 27

⁸⁹ Vgl. zu diesen sprachlichen Änderungen im Gesetz den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 51.

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

⁹¹ BVerwG NJW 1998, 2545; siehe nunmehr auch BVerwG npoR 2022, 299.

⁹² Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 11.4.2002, BT-Drs. 14/8765, 9.

⁹³ Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 87 Rn. 8.

⁹⁴ Vgl. auch Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB Vor §§ 80 ff. Rn. 130.

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

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“.⁹⁶

- 28 Angesichts des geringen Anwendungsbereichs ist entgegen einer stark vertretenen Ansicht im stiftungsrechtlichen Schrifttum⁹⁷ die präventive Gemeinwohlkontrolle nach § 82 S. 1 aE BGB **genauso wenig verfassungswidrig**⁹⁸ 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 Stiftungsbehörde gerichtet, aus den dürren 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.⁹⁹
- 30 **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,¹⁰⁰ 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

⁹⁶ BVerwG NJW 1998, 2545; kritisch zu dieser Entscheidung aber etwa Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 80 Rn. 42 ff.

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

⁹⁸ Nunmehr auch BVerwG npoR 2022, 299, Rn. 28 ff.

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

¹⁰⁰ Vgl. zu § 138 Abs. 1 BGB etwa BVerfG GRUR 1958, 254.

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.¹⁰¹ Mithilfe dieser Mechanismen konnte der Stifter, ähnlich wie mit einer Familienstiftung, ein Familienvermögen schaffen, dessen Verwaltungs- und Nutzungsteilhaber (→ Rn. 1) stets den Mitgliedern einer Familiendynastie nach bestimmten vom Stifter vorgegebenen Regeln zufiel. Insofern sind Familienstiftung und Familienfideikommiss (sowie hochadliges Hausvermögen) funktionsäquivalent, wie nicht nur die Rechtsprechung,¹⁰² sondern auch das Schrifttum¹⁰³ betont, selbst wenn sich ihre rechtliche Konstruktion teils unterscheidet.¹⁰⁴ Beide Mechanismen gestatteten einem Stifter, für nachfolgende Generationen die Weitergabe einer von ihm definierten Vermögensteilhaber an einem generationenübergreifend gebundenen Vermögen zu regeln. In Rechtsordnungen, die sowohl über das Familienfideikommiss 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 auf der Grenze stehen“ konnte.¹⁰⁵ Das preußische Allgemeine Landrecht enthielt sogar Auslegungsregeln zur Abgrenzung beider Institute.¹⁰⁶ Die Familienstiftung wird, wenig verwunderlich, bis heute hin als kautelarjuristische Alternative zur Nachbildung des Familienfideikommisses empfohlen.¹⁰⁷

Allerdings lässt sich für das geltende deutsche Stiftungsrecht das Fideikommissverbot **nur 31 schwerlich fruchtbar** machen.¹⁰⁸ Zunächst wurde die privatnützige Stiftung von der deutschen Fideikommissauflösungsgesetzgebung verschont,¹⁰⁹ obwohl dem Gesetzgeber damals die Familienstiftung bekannt war. Zum Teil sah das Fideikommissauflösungsrecht

¹⁰¹ S. etwa Eckert Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland, 1992, und Dutta Warum Erbrecht?, 2014, 59 ff. (63 ff.).

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

¹⁰³ S. exemplarisch die Aussagen von Frommhold AcP 117 (1919), 87 (132) („Er [= der Unterschied zwischen Familienfideikommiss und Familienstiftung, d. Verf.] ist in der Hauptsache [...] ein formaljuristischer“) und 137 („nahe Zweckverwandtschaft beider Institute und [...] geschichtlicher Zusammenhang“); v. Gerber, Gerbers und Jherings Jb. 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, Gerbers und Jherings Jb. 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?, 2014, 71.

¹⁰⁴ Dutta Warum Erbrecht?, 2014, 73 (zur – müßigen – Diskussion um die Frage der Vermögensträgerschaft) und 124 (zum größeren Spielraum bei der Stiftung, ein haftungsfestes Vermögen zu konstruieren).

¹⁰⁵ J. Kohler Arch. Bürg. R. 3 (1890), 228 (267).

¹⁰⁶ 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“).

¹⁰⁷ S. etwa Reimann DNotZ 2012, 250 (263).

¹⁰⁸ Vgl. oben die Nachweise zur Zulässigkeit der Familienstiftung in Fn. 83.

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

sogar eine Umwandlung der Familienfideikommission in Stiftungen vor¹¹⁰ und nachfolgende Familienstiftungen kamen (und kommen bis heute) in den Genuss der Körperschaftsteuerlichen Steuerbegünstigungen für Familienfideikommissionen.¹¹¹ Auch das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Familienstiftung deshalb als „neue zulässige Form der Gebundenheit“ eines Familienvermögens.¹¹² 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.¹¹³ Dennoch wurden privatnützige Stiftungen nicht beschränkt. Im Gegenteil: Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Stiftungsrechts befürwortet ausdrücklich die Zulässigkeit der Familienstiftung.¹¹⁴ Auch haben die Stiftungsrechte derjenigen Länder, die der Anerkennung von Familienstiftungen vor der Reform skeptisch gegenüberstanden,¹¹⁵ ihre Position nach der Reform aufgegeben.¹¹⁶ 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 Familienfideikommissionen 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 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.¹¹⁷ Die deutschen Gerichte stehen jedoch bisher solchen Überlegungen eher skeptisch gegenüber,¹¹⁸ 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.¹¹⁹ Hingegen wird man das Stiftungsgeschäft zur Errichtung einer Stiftung zugunsten jugendlicher Opfer von Straftaten durch einen **rechtskräftig verurteilten Kindsmörder** als sittenwidrig oder gemeinwohlwidrig ansehen,¹²⁰

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

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

¹¹² BVerfGE 87, 328 (336).

¹¹³ Kritisch Ballerstedt in Verh. 44. DJT I/5 (1962), 1 (31).

¹¹⁴ Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, 45.

¹¹⁵ S. etwa § 6 Abs. 2 lit. d bbg. StiftG aF (1995).

¹¹⁶ §§ 2 Abs. 2, 4 Abs. 3 S. 2 bbg. StiftG.

¹¹⁷ So etwa Eiselsberg/Graf (Hrsg.) Stiftungsrecht Jahrbuch, 2007, 87; Grziwotz FamRZ 2005, 581.

¹¹⁸ Vgl. BGH NJW 1978, 943.

¹¹⁹ EGMR 5.7.2022 – 70133/16 (Dimici./ Türkei), FamRZ 2022, 172, mAnm Aiwanger.

¹²⁰ Büch ZEV 2010, 440 (442); Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 80 Rn. 44; MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 81 Rn. 9.

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.¹²¹ Zunächst wird man nicht umhin kommen, die Begünstigung der Destinatäre als „Begründung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses“ iSd § 19 Abs. 1 AGG anzusehen:¹²² 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**¹²³ 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,¹²⁴ auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zu Stipendien von Vereinen.¹²⁵

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 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.¹²⁶

b) Zeitliche Grenzen für privatnützige Stiftungen?

Denkbar wäre es, jedenfalls privatnützige Stiftungszwecke zeitlich zu begrenzen, um generationenübergreifende Vermögensbindungen zu verhindern, die vor allem erbrechtspolitisch zweifelhaft sind.¹²⁷ Es verwundert deshalb nicht, dass **ausländische** Rechtsordnungen ausdrücklich zeitliche Grenzen für privatnützige Stiftungen vorsehen: Paradebeispiel¹²⁸ ist Österreich, nach dessen Stiftungsrecht privatnützige Stiftungen nach 100 Jahren aufzulösen

¹²¹ Zum Ganzen Oetker in GS für Jörn Eckert, 2008, 617 (631); Reuter in FS für Klaus Adomeit, 2008, 595.

¹²² Vgl. v. Campenhausen/Richter/Hof, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 164; MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 85 Rn. 51; vgl. auch Reuter in FS für Klaus Adomeit, 2008, 595 (605).

¹²³ Vgl. auch Oetker in GS für Jörn Eckert, 2008, 617 (635).

¹²⁴ Gegen eine Anwendung des AGG im Ergebnis auch MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 85 Rn. 51; vgl. auch v. Campenhausen/Richter/Hof, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 163; Oetker in GS für Jörn Eckert, 2008, 617 (632).

¹²⁵ BGH NJW 2020, 852, Rn. 17 ff.

¹²⁶ Anders Oetker in GS für Jörn Eckert, 2008, 617 (636); MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 85 Rn. 51; vgl. auch mit weitergehenden Überlegungen Reuter in FS für Klaus Adomeit, 2008, 595 (607).

¹²⁷ Zum Zweck zeitlicher Grenzen etwa Dutta Warum Erbrecht?, 2014, 375 (469).

¹²⁸ Für weitere Beispiele etwa Dutta Warum Erbrecht?, 2014, 101.

sind, es sei denn, dass alle Letztbegünstigten, denen das Stiftungsvermögen nach der Abwicklung der Stiftung zufallen würde,¹²⁹ einer Verlängerung zustimmen.¹³⁰

- 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,¹³¹ überwiegend aber abgelehnt.¹³² Des Weiteren haben vereinzelt Stimmen aus den gesetzlich geregelten Höchstfristen gefolgert, dass 30 Jahre nach der Errichtung einer selbständigen Familienstiftung keine neuen Destinatäre bestimmt werden dürfen¹³³ – 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,¹³⁴ 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.¹³⁵ Eine solche Höchstdauer privatnütziger Stiftungen hat allerdings – trotz verschiedentlich geäußerter Sympathie¹³⁶ – bis heute, und insbesondere bei der Stiftungsrechtsmodernisierung im Jahr 2002 und der Stiftungsrechtsvereinheitlichung im Jahr 2021, ihren Weg nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden.¹³⁷

¹²⁹ § 6 österr. Privatstiftungsgesetz.

¹³⁰ § 35 Abs. 2 Nr. 3 österr. 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“.

¹³¹ V. Campenhausen/Kronke/Werner/Reuter (Hrsg.) *Stiftungen in Deutschland und Europa*, 1998, 203 (225), aufgrund einer „Anschauungslücke“ des Gesetzgebers, aaO (227).

¹³² Beispielsweise Hopt/Reuter/K. Schmidt (Hrsg.) *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, 175 (188).

¹³³ Däubler JZ 1969, 499 (501); Staudinger/Avenarius BGB § 2109 Rn. 12; dagegen zB Meyer zu Hörste, *Die Familienstiftung als Technik der Vermögensverewigung*, 1976, 30; Edenfeld DNotZ 2003, 4 (9).

¹³⁴ Etwa Protokolle zum BGB, 7134 [= Mugdan *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* V, 1899, 668].

¹³⁵ 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).

¹³⁶ 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 und Unternehmensträgerstiftung*, 1988, 61 (75) („im Einklang mit den Entscheidungen des Erbrechts zur langfristigen Vermögensbindung“); Richter *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, 2001, 384; für eine allerdings 60-jährige Höchstdauer der privatnützigen Stiftung wohl auch Edenfeld DNotZ 2003, 4 (20) (vgl. aber auch aaO 9). Zustimmend auch Rawert ZEV 1999, 294 (298), der zu dem Vorschlag der Bündnisgrünen beigetragen hatte, s. etwa Rawert in FS für Karsten Schmidt, 2009, 1323 (1327 in Fn. 18).

¹³⁷ De lege ferenda gegen zeitliche Grenzen der Familienstiftung etwa Reuter EBOR 2 (2001), 739 (756); ders. in GS für Jörn Eckert, 2008, 677 (690) (weil nicht weitgehend genug) sowie Röthel in FS für Dieter Reuter, 2010, 307 (322); Saenger/Arndt ZRP 2000, 13 (19) (sogar mit verfassungsrechtlichen Bedenken gegen zeitliche Grenzen der Familienstiftung); Schwintek ZRP 1999, 25 (30); Wochner BB 1999, 1441 (1448).

c) Möglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks

§ 87a Abs. 1 BGB und §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 85a Abs. 2 BGB ordnen an, dass die 37
Stiftungsbehörde die Stiftung aufheben oder ihren Zweck ändern kann, wenn die Erfüllung
des Stiftungszwecks **unmöglich** geworden ist und die Stiftungsorgane nicht rechtzeitig
reagieren. Anders als in der früheren Fassung des § 87 Abs. 1 BGB aF spricht das Gesetz
zwar nicht mehr von „Unmöglichwerden“ des Stiftungszwecks. Allerdings umfasst die
Voraussetzung in § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB und § 87 Abs. 1 S. 1 BGB, dass „der
Stiftungszweck nicht mehr [...] erfüllt werden kann“ bzw. „die Stiftung ihren Zweck
endgültig nicht mehr [...] erfüllen kann“, auch Fälle, in denen die Erfüllung des Stiftungs-
zwecks unmöglich ist.¹³⁸ Aus dieser Regelung folgt, dass die Möglichkeit der Erfüllung des
Stiftungszwecks eine äußere Grenze der Zweckbestimmung ist, die auch bereits bei der
Anerkennung der Stiftung zu prüfen ist (vgl. auch → Rn. 39). Ansonsten müsste die
Stiftungsbehörde nach der Anerkennung sogleich gemäß §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 85a
Abs. 2 BGB und § 87a Abs. 1 BGB einschreiten. Auch aus einer zweiten Überlegung
heraus ist die Möglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks rechtliche Grenze des Stif-
tungszwecks. Eine Stiftung, deren Zweckerfüllung unmöglich ist, stellt faktisch eine Selbst-
zweckstiftung dar, die auf die Verwahrung ihres Vermögens beschränkt und damit nicht
anerkennungsfähig ist (→ Rn. 14 ff.).

Der in § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB und § 87 Abs. 1 S. 1 BGB enthaltene (→ Rn. 37) 38
Begriff der Unmöglichkeit ist im schuldrechtlichen Sinne nach § 275 Abs. 1 und Abs. 2
BGB zu verstehen.¹³⁹ Der Erfüllung des Stiftungszwecks durch Handlungen der Stiftungs-
organe darf mithin kein **dauerndes Leistungshindernis rechtlicher, tatsächlicher oder
praktischer Art** entgegenstehen. Das Zeitelement des Hindernisses wird nunmehr auch in
§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB („dauernd“) und § 87 Abs. 1 S. 1 BGB („endgültig“ und
„dauernd“) angedeutet. Im Fall eines gesetzlich verbotenen Stiftungszwecks zieht nicht nur
die (rechtliche) Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks,¹⁴⁰ sondern auch § 134
BGB eine äußere Grenze (→ Rn. 24). Insbesondere die **endgültige Zweckerfüllung**
(zum Eintritt des beendigenden Ereignisses bei Stiftungen mit befristeter oder aufschiebend
bedingter Zweckbestimmung → Rn. 8) oder der **Verzehr oder Verlust des Stiftungs-
vermögens** führt zu einer Unmöglichkeit,¹⁴¹ wie nunmehr auch § 85 Abs. 1 S. 2 BGB
klarstellt („wenn eine Stiftung keine ausreichenden Mittel für die nachhaltige Erfüllung des
Stiftungszwecks hat und solche Mittel in absehbarer Zeit auch nicht erwerben kann“). Das
Gleiche gilt, wenn endgültig klar ist, dass die dauernde und nachhaltige Erfüllung des
Stiftungszwecks iSd § 82 S. 1 Fall 2 BGB nicht mehr gesichert ist;¹⁴² hierfür sprach nach
altem Recht bereits, dass ansonsten der Maßstab der präventiven und der repressiven
Kontrolle unterschiedlich wäre (→ Rn. 39 f.); nunmehr ergibt sich dieser Gleichlauf aus
dem Wortlaut des § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB nF und § 87 Abs. 1 S. 1 BGB nF. Auch eine
(versteckte oder teilweise) Selbstzweckstiftung kann einen unmöglich zu erfüllenden Stif-
tungszweck besitzen (vgl. vorige → Rn. 37), etwa wenn die Stiftung dauerhaft über zu viele
Mittel verfügt.¹⁴³ Schädlich ist nicht nur eine **nachträgliche**, sondern auch eine **anfäng-**

¹³⁸ So ausdrücklich auch der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 65 (76, 77).

¹³⁹ Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 87 Rn. 5; MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 87 Rn. 8; anders im Hinblick auf § 275 Abs. 2 BGB Bamberger/Roth/Backert BGB § 87 Rn. 3; offengelassen in VG München BeckRS 2013, 100140.

¹⁴⁰ Vgl. auch Burgard Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, 123, der allerdings auf die Nichtigkeit des Stiftungsgeschäfts (etwa auch nach § 138 Abs. 1 BGB) abstellt. Nach der Anerkennung der Stiftung entsteht indes in den Grenzen des Art. bzw. § 44 VwVfG die Stiftung und die Zweckerfüllung ist auch trotz nichtigem Stiftungsgeschäft möglich. Daher ist nur eine Überschneidung der rechtlichen Unmöglichkeit mit § 134 BGB möglich, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks verboten ist.

¹⁴¹ Rawert npoR 2014, 1 (5); Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 87 Rn. 5.

¹⁴² So bereits zum alten Recht Rawert npoR 2014, 1 (4); Hüttemann/Rawert ZIP 2013, 2136 (2141); anders MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 87 Rn. 10; anders wohl auch VG München BeckRS 2013, 100140.

¹⁴³ Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 87 Rn. 5; MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 87 Rn. 8.

liche Unmöglichkeit,¹⁴⁴ auch wenn der Wortlaut des § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB und § 87 Abs. 1 S. 1 BGB nur die nachträgliche Unmöglichkeit zu erfassen scheint („nicht mehr“). Das ändert nichts daran, dass die Unmöglichkeit präventiv wie repressiv zu prüfen ist (→ Rn. 37, 39). Unschädlich kann dagegen eine **vorübergehende „Unmöglichkeit“** sein, wenn der Erfüllung des Stiftungszwecks nur momentan, nicht aber dauerhaft ein Leistungshindernis entgegensteht, etwa weil die Einrichtung, die gefördert werden soll, noch nicht errichtet wurde. Solche Fälle eines vorübergehenden Leistungshindernisses sind ähnlich zu behandeln wie Thesaurierungsanordnungen während einer Ansparphase (→ Rn. 15). Wenn absehbar ist, dass das Leistungshindernis beseitigt wird, besteht keine Unmöglichkeit. Auf eine Differenzierung, ob ein weiteres Zuwarten zumutbar ist,¹⁴⁵ kann es im Stiftungsrecht nicht ankommen, da insoweit der Wille des Stifters, künftig einen Zweck zu fördern, vorrangig gegenüber der Gefahr einer (versteckten) Selbstzweckstiftung ist. Irrelevant für § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und § 87 Abs. 1 S. 1 BGB ist, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

4. Präventive und repressive Überprüfung des Stiftungszwecks

- 39 Soweit der Stiftungszweck Grenzen unterliegt, stellt sich freilich die Frage, auf welche Weise diese Grenzen durchgesetzt werden. Aufgrund des Konzessionssystems im deutschen Stiftungsrecht wird jedenfalls eine **präventive** Überprüfung des Stiftungszwecks gesichert. Die Zulässigkeit des Stiftungszwecks gehört zu den Normativbedingungen und ist deshalb nach § 82 BGB bei der Anerkennung der Stiftung zu prüfen. Zwar erwähnt hinsichtlich der Voraussetzungen an den Stiftungszweck § 82 BGB ausdrücklich lediglich den Gemeinwohlvorbehalt (§ 82 S. 1 aE BGB). Jedoch hat die Stiftungsbehörde auch zu prüfen, ob das Stiftungsgeschäft die Anforderungen des § 81 BGB erfüllt (§ 82 S. 1 Fall 1 BGB), wozu jedenfalls die ungeschriebenen Grenzen aus dem gesetzlichen Stiftungskonzept (→ Rn. 6 ff.) gehören. Aber auch die anderen Grenzen des Stiftungszwecks wird man von dem Prüfauftrag nach § 82 S. 1 Fall 1 BGB erfasst ansehen, zumal sie sich teilweise – wie etwa bei der Inhaltskontrolle des Stiftungszwecks (→ Rn. 23 ff.) – unmittelbar auf die Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts (§§ 134, 138 Abs. 1 BGB) oder die Ausübbarkeit der aus ihm folgenden Rechte (§ 242 BGB) beziehen.¹⁴⁶
- 40 Weniger eindeutig ist, inwieweit eine **repressive** Kontrolle des Stiftungszwecks möglich ist, wenn sich nach Anerkennung der Stiftung die Unzulässigkeit des Stiftungszwecks zeigt. Soweit man eine Anwendung der jeweils maßgeblichen Art. bzw. §§ 48, 49 VwVfG und damit eine Rücknahme oder einen Widerruf der Stiftungsanerkennung ausschließen möchte,¹⁴⁷ kann sich eine repressive Kontrolle nur aus dem Stiftungsprivatrecht ergeben. Zum Teil ergibt sich die Möglichkeit einer repressiven Kontrolle – wenn die Stiftungsorgane nicht rechtzeitig reagieren – unmittelbar aus §§ 85 Abs. 1, 85a Abs. 2 BGB und § 87a Abs. 1 BGB, vor allem soweit die Erfüllung des Stiftungszwecks das Gemeinwohl gefährdet (dazu → Rn. 25 ff.) oder unmöglich ist (dazu → Rn. 37). Aber auch soweit die Vollziehung des Stiftungszwecks gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und damit das Stiftungsgeschäft eigentlich nach § 134 BGB unwirksam wäre (→ Rn. 24), sorgen §§ 85 Abs. 1, 85a Abs. 2 BGB und § 87a Abs. 1 BGB für einen Kontrollmechanismus. Die Erfüllung des Stiftungszwecks ist dann – rechtlich – unmöglich nach §§ 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 85a Abs. 2 BGB bzw. § 87a Abs. 1 BGB (→ Rn. 37 f.). Fraglich ist jedoch, auf welcher Basis eine repressive Kontrolle im Hinblick auf die anderen Grenzen des Stiftungszwecks gewährleistet wird, vor

¹⁴⁴ So auch ausdrücklich der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28173, 65.

¹⁴⁵ So zur Unmöglichkeit im (alten) Schuldrecht BGH NJW 1982, 1458.

¹⁴⁶ Vgl. Muscheler NJW 2003, 3161 (3162).

¹⁴⁷ So etwa A. Schlüter/Stolte Stiftungsrecht Kap. 3 Rn. 42; vgl. auch Staudinger/Hüttemann/Rawert BGB § 87 Rn. 5; MüKoBGB/Weitemeyer BGB § 87 Rn. 9; s. auch die Skepsis in VG Sigmaringen BeckRS 2009, 32590; anders indes VGH München BeckRS 2006, 20426.