

npOR

ZEITSCHRIFT
FÜR DAS RECHT
DER NON PROFIT
ORGANISATIONEN

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

Aufsätze

*Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L. (Lund)**

Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (Fundatio Europaea) – Streifzug durch eine europäische Kulissenlandschaft?

Das Projekt einer möglichen „Europäischen Stiftung“ bewegt die stiftungsrechtlich interessierten Kreise in Europa seit einigen Jahren. Hierbei soll eine neue supranationale Rechtsform geschaffen werden, die neben dem Recht der Einzelstaaten bestehen soll und für grenzüberschreitende gemeinnützige Stiftungstätigkeit eingesetzt werden kann. Ausgangspunkt der Überlegungen war die Feststellung, dass die derzeitige Rechtszersplitterung im europäischen Stiftungssektor zu Hindernissen für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit aus (international-) privatrechtlicher sowie (international-) steuerrechtlicher Perspektive führt.¹ Nachdem es für die Einführung einer Europäischen Stiftung, wie etwa bei der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), einer EU-Verordnung bedarf, sind die europäischen Gesetzgebungsorgane gefordert. Aus diesem Grund hat die EU-Kommission zunächst eine Machbarkeitsstudie in Auftrag gegeben (2007–2009), im Anschluss eine öffentliche Konsultation (2009) sowie ein Folgeabschätzungsverfahren (2010–2012) durchgeführt und – nach positiven Stellungnahmen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (2010) und des Europäischen Parlaments (2011) – am 8.2.2012 einen Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein europäisches Stiftungsstatut veröffentlicht. Dieser Vorschlag kann nachfolgend nur in aller Kürze vorgestellt und anschließend mit Blick auf einige wenige Merkmale kommentiert werden.

I. Inhalt

Nach dem Kommissionsentwurf² ist die Europäische Stiftung (neuer Name Fundatio Europaea – FE) eine selbständige rechtsfähige Stiftung, die gemeinnützige Zwecke (aufgezählt in einem abschließenden Katalog) und eine Tätigkeit in mindestens zwei Mitgliedstaaten (jedenfalls als Ziel) ver-

folgen muss. Vorgeschrieben wird ein Mindestvermögen von 25.000,- Euro; wirtschaftliche Tätigkeiten sind zulässig, wenn die Gewinne zur Verfolgung des gemeinnützigen Zwecks verwendet werden, zweckfremde Tätigkeiten jedoch höchstens i.H.v. 10% des „Jahresnettoumsatzes“.

Die Stiftung erhält Rechtspersönlichkeit durch konstitutiven Registereintrag. Die Errichtung ist möglich durch Erklärung zu Lebzeiten oder von Todes wegen sowie durch Umwandlung oder Verschmelzung von Stiftungen der Mit-

* Der Autor ist Professor für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich (www.zentrumstiftungsrecht.uzh.ch). Der Beitrag beruht auf einem Ausschnitt eines Vortrages, den der Autor am 2. Zürcher Stiftungsrechtstag (15.6.2012) an der Universität Zürich gehalten hat und der im entsprechenden Tagungsband veröffentlicht ist; siehe *Jakob* (Hrsg.), *Stiften und Gestalten – Anforderungen an ein zeitgemäßes rechtliches Umfeld*, 2013.

1 Hierzu ausführlich *Jakob/Studen*, *Die European Foundation – Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts?*, ZHR 2010, 61 ff.

2 Dieser Entwurf wird hier nicht im Detail wiedergegeben, sondern den nachfolgenden Ausführungen zugrunde gelegt; er sollte daher gelesen werden und ist abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/proposal_de.pdf. Siehe außerdem zum Verordnungsentwurf *Eckhardt/Jakob/v. Schnurbein*, *Der Schweizer Stiftungsreport 2012*, 2012, S. 21 f.; *Jung*, *Die Europäische Stiftung als Innovationsfeld des Europäischen Gesellschaftsrechts?*, BB 2012, 1743 ff.; *Weitemeyer*, *Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung*, NZG 2012, 1001 ff.; *Werner*, *Die Verordnung über das Statut der Fundatio Europaea*, ZStV 2012, 65 ff.; *Wilke*, *Der Vorschlag der Kommission für das Statut einer Europäischen Stiftung*, PISTB 2012, 184 ff.

gliedstaaten. Sowohl in Bezug auf die Registrierung als auch die Aufsicht hat man sich gegen eine gemeinschaftsrechtliche Lösung (z.B. eine zentrale Behörde in Brüssel) und für eine mitgliedstaatliche Lösung entschieden: Somit liegen Registrierung und Aufsicht in den Händen des Mitgliedstaats, in welchem die Stiftung ihren Sitz hat; Zusammenarbeit und Informationsaustausch der Mitgliedstaaten sind vorgesehen.

Die Anforderungen an die Organisation sind puristisch: Vorgegeben ist *ein* Organ (weitere Organe sind freiwillig), die Governance besteht aus einer rein staatlichen Aufsicht durch eine Behörde im Sitzstaat. In steuerlicher Hinsicht hat man sich auf eine vermeintliche „Nicht-Diskriminierung“ geeinigt: Eine FE und ihre Beteiligten sollen nicht schlechter behandelt werden als dies bei einer jeweils nationalen „gemeinnützigen Einrichtung“ der Fall wäre.

II. Bewertung

Die Bewertung des Entwurfs muss ihren Ausgang bei der Frage nehmen, ob und in welcher Form tatsächlich Hindernisse für die grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit existieren. Die Reaktionen auf den Entwurf³ zeigen, dass diese Frage in den Mitgliedstaaten deutlich umstrittener ist, als dies bei den Vorarbeiten durch die Kommission den Anschein hatte. Bejaht man diese Hindernisse, ist im Anschluss zu fragen, ob und in welcher Weise Bedarf für ein europäisches Tätigwerden besteht. Hierzu sind zwei Ebenen auseinanderzuhalten. Zum einen geht es um den Abbau von Diskriminierungen über die europäischen Grundfreiheiten, der seit Jahren vom EuGH vorangetrieben wird. So soll über die europäische Niederlassungsfreiheit die zivilrechtliche Anerkennung von juristischen Personen aus anderen Mitgliedstaaten gesichert werden (Urteile *Centros* et al.⁴). Daneben soll über die Kapitalverkehrsfreiheit die Anerkennung von Gemeinnützigkeitsprivilegien in einem Mitgliedstaat trotz Sitz einer Stiftung in einem anderen Mitgliedstaat (Rechtsache *Stauffer*⁵) sowie die Anerkennung des entsprechenden Spendenabzugs trotz Sitz des Empfängers im EU-Ausland (Rechtssache *Persche*⁶) ermöglicht werden. Die zweite Ebene indes betrifft die davon zu trennende Frage, ob es – neben der erstgenannten Entwicklung – zusätzlich einer supranationalen EU-Stiftungsform bedarf. Für die europäisch geprägten Vertreter des Gemeinnützigkeitssektors, wie etwa das European Foundation Centre in Brüssel,⁷ scheint der Fall auf der Hand zu liegen: Mit großer Euphorie wird die Bedeutung des Projekts betont, der Entwurf als Meilenstein gepriesen und Existenz und Fortgang kausal mit der eigenen Lobbytätigkeit verknüpft.⁸ Doch wird schnell klar, dass es dort v.a. um die Verwirklichung der „Statute“ als solche und damit den Prestigeerfolg geht, nicht um den Inhalt im Einzelnen. Aus juristisch-neutraler Sicht sind die Dinge nämlich deutlich nüchterner zu betrachten: Zwar scheint die Idee gut, und die Unterstützung im Sektor für die Rechtsform ist vorhanden, jedoch sind bereits die Kompetenzen der EU (weiterhin) umstritten,⁹ und der Entwurf der Verordnung ist inhaltlich (sehr) bescheiden geraten. Ausdrücklich beruft sich der Verordnungsgesetzgeber auf den kleinsten gemeinsamen Nenner, dessen Konturen aber bisweilen bedenklich ausgefallen sind.

1. Stiftungsbegriff

Bereits der Stiftungsbegriff ist fragwürdig. Er bezieht sich ausschließlich auf rein gemeinnützige Stiftungen und blendet gemischte Modelle völlig aus.¹⁰ Deutlich problematischer ist jedoch der Ansatz, in Art. 5 E-VO einen abschließenden

Katalog an „zivilrechtlichen Gemeinnützigkeitskriterien“ zu definieren und an diese den Zugang zur Rechtsform zu knüpfen. Denn die hier verwendeten Begriffe stammen aus den Steuerrechten der Mitgliedstaaten und sind dort von Wertungen geprägt, die nicht den Zugang zur Rechtsform Stiftung ermöglichen, sondern die steuerliche Privilegierung einer Stiftung legitimieren sollen.

So ist schon fraglich, ob wirklich ein ausreichender Aufwand betrieben wurde, einen den Mitgliedstaaten gemeinsamen Nenner zu finden,¹¹ so dass es hier einer Generalklausel, zumindest aber eines Auffangtatbestands bedurft hätte.¹² V.a. aber sind bereits bei diesem ersten Grundmerkmal, das den Zugang zur Rechtsform verschafft, Auslegungsprobleme, Überraschungen und Widerstände vorprogrammiert. Denn werden steuerliche Kriterien zum zivilrechtlichen Wirksamkeitserfordernis erhoben, wird ein steuerliches Anerkennungspräjudiz suggeriert, nämlich dass die Gründung der FE ihre Steuerprivilegierung automatisch einschließt. Ob dieser Konnex tatsächlich bestehen soll oder bestehen kann, ist indes zweifelhaft, weil die Hoheit für die Besteuerung der Rechtsform wohl (auch weiterhin) bei den Mitgliedstaaten liegt.¹³ Dennoch scheint Art. 49 E-VO in seiner derzeitigen Formulierung davon auszugehen, dass eine FE im Staat der Gründung (und den übrigen Mitgliedstaaten) nicht gleich einer nationalen Stiftung, sondern gleich einer nationalen *gemeinnützigen* Stiftung behandelt wird (den Mitgliedstaaten also gerade nicht mehr das Recht gelassen werden soll, ihr eigenes Steuerrecht in Bezug auf die Gemeinnützigkeit der FE zu befragen). Und Art. 49 Abs. 3 E-VO besagt, dass „die FE den nach dem Recht der betreffenden Mitgliedstaaten gegründeten gemeinnützigen Einrichtungen gleichgestellt“ werden soll. Allein: Ratio eines Nicht-Diskriminierungsansatzes wäre es gewesen, dass eine FE nicht schlechter behandelt werden darf als eine *nationale Stiftung* (nicht: natio-

3 Vgl. dazu etwa Beschluss des Deutschen Bundesrats, Stellungnahme vom 30.3.2012 zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), COM(2012) 35 final, BR-Drs. 74/12 (einsehbar unter www.bundesrat.de) und hierzu unten III.

4 Siehe hierzu ausführlich Jakob, in: Beuthien/Gummert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, 2008, § 119 Rn. 7 ff., auch zu den hiermit zusammenhängenden Problemen des „Erwerbszwecks“ und des Funktionierens der (inter-)nationalen Stiftungsaufsicht; Jakob, Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, SJZ 2008, 533, 541.

5 EuGH, Urt. v. 14.9.2006 – C-386/04, *Stauffer*, Slg. 2006, I-8203.

6 EuGH, Urt. v. 27.1.2009 – C-318/07, *Persche*, Slg. 2009, I-359.

7 Siehe dazu <http://www.efc.be>.

8 Vgl. Interview mit *Salole*, in: Eckhardt/Jakob/v. Schnurbein (Fn. 2), S. 23 f.

9 Vgl. Stellungnahme des Deutschen Bundesrats (Fn. 3), S. 1 f.; außerdem *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1002 f. zu der Frage, ob die FE-Verordnung auf die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV gestützt werden kann.

10 Siehe hierzu bereits *Jakob/Studen* (Fn. 1), S. 75 ff. und insbesondere S. 78 f.

11 Etwa verwehrt sich die Wirtschaftskammer Österreich (WKO) in ihrer Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung vom 12.3.2012, S. 2, ausdrücklich dagegen, den Zweck des „Verbraucherschutzes“ als gemeinnützigen Zweck zu verstehen (abrufbar unter http://portal.wko.at/wk/startseite_th.wk?sbid=3973&dstdid=0).

12 Vgl. Stellungnahme der WKO (Fn. 11), S. 2; vgl. auch *Jakob/Studen* (Fn. 1), S. 76.

13 Vgl. etwa *Schäfers*, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, S. 369 m.w.N.

nale *gemeinnützige* Stiftung) und gerade kein europäisches Gemeinnützigkeitsrecht „light“ geschaffen wird, wie es hier aber – noch dazu rechtsformabhängig – geschehen ist.¹⁴ Die Kommission schießt also weit über das eigentliche Ziel (und auch die Anforderungen nach *Stauffer*) hinaus und könnte damit der Verordnung, was die Annahme durch die Mitgliedstaaten betrifft, einen „Bärendienst“ erweisen.

Spannungen werden sich beispielsweise ergeben, wenn eine nationale Stiftung mit vergleichbarem Zweck in einem Mitgliedstaat keine Steuerbefreiung genießen würde. Etwa ist der Verbraucherschutz in Österreich kein steuerbefreiter Zweck,¹⁵ dennoch scheint nach dem Wortlaut der Verordnung eine entsprechende FE in Österreich eingetragen werden zu können; weil aber eine nationale österreichische Stiftung zu diesem Zwecke nicht steuerbefreit wäre, würde *non-discrimination* aus Sicht des Mitgliedstaats Österreich eigentlich heißen, dass die FE in ihrem eigenen Sitzstaat gar keine Steuerbefreiung genießen könnte, was wiederum den an „zivilrechtlichen Gemeinnützigkeitskriterien“ aufgehängten Stiftungsbegriff ad absurdum führen würde. Und würde die gleiche Stiftung in Deutschland eingetragen, könnte sie zwar in Deutschland steuerbefreit werden (vgl. § 52 Abs. 2 Ziff. 16 AO), dürfte dies aber trotz Nichtdiskriminierungsklausel (Art. 49 Abs. 3 E-VO) in Österreich (wiederum aufgrund der Gleichbehandlung mit nationalen Stiftungen) streng genommen nicht. Es erscheint unklar, ob der Ordnungsgeber diese Diskrepanz in Rechnung gestellt und den angekündigten Nichtdiskriminierungsansatz bewusst oder unbewusst erweitert hat (oder potentiellen nationalen Stiftern gar eine „Flucht in die FE“ ermöglichen wollte). Jedenfalls ist hier dringend Klärung geboten, bevor eine entsprechende Verordnung – auch vor dem Hintergrund der fehlenden EU-Steuerkompetenz – von den Mitgliedstaaten angenommen werden könnte oder aufgrund der geforderten Einstimmigkeit nach Art. 352 Abs. 1 AEUV auch nur die Chance dazu bestünde.¹⁶

Auch das in Art. 6 E-VO enthaltene grenzüberschreitende Element kann in Auslegung und Konsequenz Zweifelsfragen aufwerfen.¹⁷ Zu welchem Zeitpunkt muss Grenzüberschreitung vorliegen, wie lange muss sie andauern, ab welcher Mindestintensität ist von einer solchen auszugehen, was passiert, wenn sie wieder wegfällt? Der gewählte Mittelweg, die Grenzüberschreitung als „Ziel“ genügen zu lassen, schafft hier wenig Abhilfe. Muss das Ziel Bestandteil des Stiftungszwecks sein? Reicht eine entsprechende Intention des Stifters oder der Organe? Was passiert, wenn das Ziel schlicht nicht verwirklicht wird oder nicht verwirklicht werden kann? Vor dem Hintergrund dieser Zweifelsfragen hätte auf das grenzüberschreitende Element verzichtet werden und stattdessen z.B. das Mindestvermögen als Eintrittsschwelle nutzbar gemacht werden können.¹⁸

Dieses Mindestvermögen ist mit 25.000 Euro (Art. 7 Abs. 2 E-VO) nämlich sehr gering ausgefallen.¹⁹ Projekten mit einem genuinen Potential für grenzüberschreitende oder gar gesamteuropäische Wirkung hätte durchaus eine höhere Schwelle zugemutet werden können. Das gleiche gilt für die „Mindestdauer“ von zwei Jahren (Art. 12 Abs. 2 E-VO), für deren Einführung oder gar Festschreibung es stiftungsrechtlich überhaupt keinen Anlass gibt.²⁰

Last but not least ist das Nebenzweckprivileg missglückt. 10% des „Jahresnettoumsatzes“ sind im Stiftungsrecht keine brauchbare Größe, da Stiftungen einen solchen gar nicht aufweisen. Sollten hierunter die Erträge des Stiftungsvermögens zu verstehen sein, handelt es sich in heutiger Zeit um eine sehr volatile (und auch recht geringe) Größe, die eine

verlässliche Planung einer zulässigen zweckfremden Nebentätigkeit erschweren bis verunmöglichen würde. Und so hätte eher über Kriterien in Bezug auf das Halten von Anteilen an wirtschaftlich orientierten Gesellschaften, in die ein Nebenwerb ausgelagert werden kann, zur Kanalisierung des Nebenzweckprivilegs nachgedacht werden können.²¹

2. Governance

Das im Verordnungsentwurf enthaltene Governance-System ist aus stiftungsrechtlicher Sicht eine Enttäuschung. Es zeigt keine modernen Tendenzen, sondern ist vor dem Hintergrund der Entwicklungen, Diskussionen und Anschauungsbeispiele, die in der letzten Dekade rechtsvergleichend zu verzeichnen waren, schon fast als „reaktionär“ zu bezeichnen. Anders als in den Vorentwürfen, die sich durch einige gute Ansätze in Bezug auf die interne Governance ausgezeichnet hatten,²² ist ein rein behördliches, externes Aufsichtssystem vorgesehen. Es finden sich keine Vorgaben im Hinblick auf ein Kontrollorgan (allerdings Transparenz- und Rechenschaftspflichten, Art. 34 E-VO), keine Beteiligtenrechte, keine Stiftungsaufsichtsbeschwerde.²³

Auch die (immerhin enthaltenen) Inkompatibilitätsvorschriften sind inhaltlich unausgegoren. Zu begrüßen ist, dass die Mindestzahl an Stiftungsrats- bzw. Vorstandsmitgliedern auf drei festgesetzt wurde (Art. 27 Abs. 1 E-VO) und eine organ-

14 Siehe auch *Hüttemann*, Die EU entdeckt die Zivilgesellschaft – zum Vorschlag der Kommission für eine Europäische Stiftung, *EuZW* 2012, 441, 442.

15 Vgl. dazu § 34 Abs. 1, § 35 Abs. 1 und 2 S. 2 Bundesabgabenordnung sowie § 2 Abs. 2 Bundesstiftungs- und Fondsgesetz; siehe auch Stellungnahme der WKO (Fn. 11), S. 2.

16 Auch *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1009, geht davon aus, dass die automatische Anerkennung der FE als in allen Mitgliedstaaten steuerbegünstigt die am schwierigsten zu nehmende Hürde für die erforderliche Einstimmigkeit im Rat sein dürfte. Ebenso *Richter*, Vorwort npOR 4/2012, I, der exemplarisch darauf verweist, dass aus deutscher Sicht die Möglichkeit der unbeschränkten Thesaurierung von Stiftungserträgen dem Gebot der zeitnahen Mittelverwendung (§ 55 Abs. 1 Nr. 5 AO) widersprechen würde.

17 Siehe dazu auch *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1006, der zufolge die Entwurfsregelung an Art. 2 EU-SCE-VO angeglichener werden sollte, „wonach entweder die Stifter oder die Gründungstiftungen aus mindestens zwei Mitgliedstaaten stammen müssen oder die Satzung eine internationale Tätigkeit vorschreibt“.

18 Vgl. dazu *Jakob/Studen* (Fn. 1), S. 83 f.

19 Einheitliche Ansicht eigentlich aller derzeit verfügbaren Stellungnahmen, siehe Stellungnahme der WKO (Fn. 11), S. 2; Stellungnahme des Deutschen Bundesrats (Fn. 3), S. 5; Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Vorschlag des Europäischen Rates über das Statut der Europäischen Stiftung vom 16.4.2012, S. 6 (abrufbar unter http://www.dnotv.de/_files/Dokumente/Stellungnahmen/StellungnahmeFE2012-04-16.pdf). Kritisch überdies *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1004.

20 Siehe zur Verbrauchsstiftung oder auch zur Stiftung auf Zeit etwa *Jakob*, Schutz der Stiftung – Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, 2006, S. 58 f.; *Hüttemann/Rawert*, Staudinger-BGB, Neubearbeitung, 2011, Vorbemerkungen zu §§ 80 ff., Rn. 127 und § 81 Rn. 57. Dazu, dass diese Regelung auch dem deutschen Verständnis von „Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit“ entgegensteht, vgl. Stellungnahme des Deutschen Bundesrats (Fn. 3), S. 5.

21 Vgl. insoweit die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins (Fn. 19), S. 7.

22 Vgl. im Überblick *Jakob/Studen* (Fn. 1), S. 93 ff. m.w.N.

23 Siehe hierzu *Jakob/Studen* (Fn. 1), S. 86 ff., auch etwa zu entsprechenden Vorbildern im schweizerischen oder liechtensteinischen Recht.

übergreifende Inkompatibilität ausgeschlossen wird (Art. 32 Abs. 2 E-VO). Im Übrigen ist die entscheidende Vorschrift, Art. 32 E-VO, jedoch gleichzeitig zu eng und zu weit ausgefallen.²⁴ Zu weit erscheint die Vorschrift, weil nach Abs. 1 konfliktierte Mitglieder, deren Urteilsvermögen beeinflusst ist (!), lediglich „nicht Mehrheit des Vorstands bilden“ dürfen – drei von sieben Mitgliedern z.B. dürfen also in ihrem Urteilsvermögen beeinflusst sein. Fraglich ist auch, wie diese Beeinträchtigung konkret und ad hoc zu bestimmen ist (psychologisches Gutachten?), so dass hier insgesamt eine andere Formulierung gefunden werden muss. Auf der anderen Seite scheint die Vorschrift in ihrem Abs. 3 zu eng, wenn weder direkte noch indirekte Vergünstigungen an den Stifter, gewisse Stiftungsbeteiligte oder an Personen gewährt werden dürfen, die mit diesen in geschäftlicher oder enger familiärer Beziehung stehen. Wenn man nämlich bisher dachte, dass eine FE etwa von einer nationalen Institution gegründet werden könnte, um gesamteuropäisches Fundraising für letztere zu betreiben, scheint das mit dieser Vorschrift untergraben.

3. Anwendbares Recht

In der Verordnung wurden zahlreiche Lücken gelassen mit dem Hinweis (siehe [6] der Präambel und Art. 3 Abs. 2 [b] E-VO), dass dort das auf „gemeinnützige Einrichtungen anwendbare einzelstaatliche Recht“ zur Anwendung kommen solle. Zwar wird die „gemeinnützige Einrichtung“ in Art. 2 Abs. 5 E-VO definiert als „eine Stiftung mit gemeinnütziger Zweckbestimmung und/oder eine ähnliche gemeinnützige Körperschaft ohne Mitglieder, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden ist“, so dass das passende materielle Recht in der Regel wohl gefunden werden kann. Dennoch wird wieder ein unpassender Begriff gewählt, weil das steuerliche Kriterium der „Gemeinnützigkeit“ keine ausreichende Aussagekraft für die relevanten, nach einzelstaatlichem Recht zu klärenden Fragen (dazu sogleich) hat. Zudem kann es Probleme geben, welches Recht welchen Staates anwendbar ist, weil die Sitzvorschriften unklar sind.²⁵

Noch wichtiger ist jedoch, dass Lücken gerade in den Bereichen gelassen wurden, in denen aufgrund großer Divergenzen in den Mitgliedstaaten eine einheitliche Regelung besonders nötig gewesen wäre. Als Beispiel mag die Haftung von Stiftungsorganen dienen, in Bezug auf welche völlig unterschiedliche Ansätze anzutreffen sind (etwa im Hinblick auf gesetzliche oder statutarische Haftungserleichterungen oder die Geltung der Business Judgement Rule²⁶). Ein weiteres Beispiel ist der Rechtsschutz der Stiftungsbeteiligten oder die Existenz einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde. Während etwa in Liechtenstein ein umfassender Rechtsschutz für grundsätzlich alle Stiftungsbeteiligten besteht,²⁷ ist dieser in Deutschland aufgrund fehlender Antragsbefugnis für die Beteiligten fast gänzlich ausgeschlossen.²⁸ Bedenkt man aber, dass über den Rechtsweg zur Aufsicht und zu den Gerichten sowie eine eventuelle gerichtliche Vorlage erst der Weg zum EuGH eröffnet wird, der ja für eine einheitliche Auslegung der Verordnung sorgen soll, ist das ein bedenklicher Zustand.²⁹

4. Sitzfragen

Potenziert wird das Ganze dadurch, dass die Sitzfragen unklar bzw. verfehlt geregelt worden sind. Eingetragen und beaufsichtigt wird die Stiftung – ohne dass dies in aller Deutlichkeit ersichtlich wäre – am Satzungssitz der Stiftung. Dieser scheint – auch wenn man auf das Gründungsrecht abstellen möchte, das aus eben genanntem Grund aber mit

dem Recht des Satzungssitzes zusammenfällt – wohl auch für das subsidiär anwendbare Recht i.S.d. Art. 3 Abs. 2 (b) E-VO maßgeblich zu sein.³⁰ Allerdings können nach der Regelung der Verordnung Rechtssitz (im Sinne des Satzungssitzes) und Verwaltungssitz der FE auseinanderfallen. Es ist nicht ganz klar, ob das wirklich von der Kommission intendiert war (denn das ist anders als bei der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und den anderen bislang existierenden europäischen Gesellschaftsformen), ist aber der derzeitige Stand.³¹ Hinnehmbar scheint dies noch, wenn der Grund für ein solches Auseinanderfallen in genuiner grenzüberschreitender Tätigkeit liegt. Nicht mehr tragbar wäre der Zustand aber dann, wenn Verwaltung und Tätigkeit der Stiftung nichts mit dem Satzungssitz zu tun haben. Denn dann besteht eine offensichtliche Gefahr von forum shopping, Briefkasten-Stiftungen und handlungsunfähigen Aufsichtsbehörden,³² falls sich gewisse Mitgliedstaaten aufgrund wenig zupackender Behördenstruktur als Sitzparadiese herausstellen würden.

5. Steuerrecht

Es wurde bereits angesprochen, dass in steuerrechtlicher Hinsicht kein echter „europäischer Gemeinnützigkeitsraum“ errichtet werden sollte; gleichwohl wurde – verpackt in einen missverständlich formulierten³³ Nicht-Diskriminierungsansatz – eine Art rechtsformabhängiges europäisches Gemeinnützigkeitsrecht geschaffen, indem die FE nach Art. 49 E-VO – ohne weitere Nachweispflicht – automatisch wie nationale gemeinnützige Einrichtungen

24 Artikel 32 E-VO (Interessenkonflikte)

“(1) Der Stifter und andere Vorstandsmitglieder, die untereinander oder zum Stifter in einer geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung stehen, die einen tatsächlichen oder möglichen Interessenkonflikt begründen könnte, der ihr Urteilsvermögen beeinflusst, dürfen nicht die Mehrheit des Vorstands bilden.

(2) Niemand darf zugleich Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats sein.

(3) Einem Stifter, einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied, einem geschäftsführenden Direktor oder Prüfer dürfen weder direkte noch indirekte Vergünstigungen gewährt werden noch dürfen diese Vergünstigungen einer Person zugutekommen, die mit diesen Personen in einer geschäftlichen oder engen familiären Beziehung steht, es sei denn, die Vergünstigungen werden für die Erfüllung ihrer Aufgaben in der FE gewährt.“

25 Siehe dazu sogleich II.4. sowie zum Ganzen auch *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1003.

26 Vgl. zur Einführung der *Business Judgement Rule* im liechtensteinischen Recht *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung – Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, 2009, Rn. 343 und 348 ff. Zur Organhaftung nach dem Verordnungsentwurf siehe auch *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1005.

27 Dazu *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 26), Rn. 468 ff.

28 Dazu *Jakob*, Schutz der Stiftung (Fn. 20), Rn. 498 ff.

29 Vgl. zu weiteren Aspekten, etwa zur Reichweite der ebenfalls problematischen „Satzungsdominanz“ i.S.d. Art. 3 Abs. 1, 2 E-VO *Jung* (Fn. 2), S. 1744; *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1003.

30 Siehe dazu oben II.3.

31 Zur Sitzaufspaltung und grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung siehe auch *Jung* (Fn. 2), S. 1743 f.

32 Aufsichtsbehörden außerhalb des „Sitzstaats“ haben, auch wenn die FE dort tätig ist oder gar ihre Hauptverwaltung unterhält, keine eigenen Befugnisse, sondern können lediglich aufsichtsrechtliche „Nachforschungen“ im Sitzstaat beantragen (Art. 47 Abs. 3 E-VO); vgl. Stellungnahme des Deutschen Bundesrats (Fn. 3), S. 8 (dort Ziff. 20).

33 Siehe oben II.1.

behandelt werden soll.³⁴ Es wurde oben schon darauf hingewiesen, dass aufgrund dieses unausgegorenen Junktims zwischen zivilrechtlicher Rechtsform und steuerlicher Gemeinnützigkeit sowie der unvollkommenen Ausarbeitung der „europäischen Gemeinnützigkeitskriterien“ – unnötigerweise – eine Unwucht geschaffen wurde, die die Verordnung letztlich zum Scheitern bringen kann. Aus Sicht des Autors wäre es daher für ein Gelingen der FE förderlich, Zivilrecht und Steuerrecht zu entflechten und die Anerkennung des Gemeinnützigkeitsstatus den Mitgliedstaaten zu überlassen, indem die FE nicht schlechter behandelt werden darf als eine *nationale* – also nicht *nationale gemeinnützige* – Stiftung (eigentliche Nichtdiskriminierung gegenüber mitgliedstaatlichen Rechtsformen).

Hinzuweisen ist daneben auf die Forderung *Hüttemanns*,³⁵ anstatt sich auf eine (möglicherweise entbehrliche) Europäische Stiftung zu konzentrieren, einen gemeinschaftsweit einheitlichen, aber rechtsformneutralen steuerlichen Rechtsrahmen für die grenzüberschreitende Anerkennung gemeinnütziger Einrichtungen zu entwickeln, welcher allen gemeinnützigen Einrichtungen in den Mitgliedstaaten einen rechtssicheren Weg für grenzüberschreitende Aktivitäten in anderen Mitgliedstaaten eröffnen würde. Freilich wäre die notwendige Voraussetzung für dieses Begehren, dass dies in einem sachgerechten Verfahren und mit einer auch hierauf ausgerichteten Meinungsbildung vonstattenginge; in den letzten Jahren hat man sich nämlich unter dem Hinweis, dass für eine Harmonisierung europäischer Gemeinnützigkeitskriterien ohnehin kein Konsens zu erwarten sei, auf die zivilrechtlichen Kriterien konzentriert und – anscheinend missverständlich für die Europäische Kommission – auf die relative Gefahrlosigkeit einer „Nichtdiskriminierungsklausel“ berufen.

III. Resümee

In der Tat erinnert der Streifzug durch den Verordnungsentwurf an einen Gang durch ein potemkinsches Dorf. Denn hier wurde mit (jedenfalls im Sektor) relativ großer öffentlicher Aufmerksamkeit eine Landschaft aufgebaut, die als solche wohl kaum Gesetz werden kann. Und es ist aus heutiger Sicht auch nicht gesagt, ob die Europäische Stiftung Realität werden wird und ob es dieser Rechtsform – jedenfalls im vorliegenden Gewand – tatsächlich bedarf. Auf der anderen Seite erscheint es fraglich, wie kritisch man mit dem von der Kommission vorgelegten Entwurf umgehen soll. Denn bei allen Unzulänglichkeiten im Detail ist es vielleicht gerade der Symbolcharakter, den die Erschaffung einer FE mit sich bringen und der den europäischen Gemeinnützigkeitssektor beflügeln könnte. Und eine schlechte FE könnte man in dieser Hinsicht immer noch für besser halten als gar keine FE, jedenfalls wenn man, durchaus optimistisch, den europäischen Gesetzgebungsorganen einen Nachbesserungswillen zutrauen würde.

Dennoch wurde aus Sicht des Autors eine Chance verpasst, ein modernes und hochwertiges Stiftungsrecht zu kreieren und der Rechtsform dadurch einen Mehrwert zu geben – dazu ist der Entwurf einfach zu lieblos und unsorgfältig ausgearbeitet. Auch der Anwendungsbereich der Rechtsform dürfte gering sein. Eine FE scheint nur für große, genuin gesamteuropäische Projekte sinnvoll, die auch ein europäisches Label benötigen (z.B. eine FE für europäischen Verbraucherschutz, wenn man letzteren im Katalog der „gemeinnützigen Zwecke“ behalten will). Ein weiteres (Schul-)Beispiel wäre: Ein Deutscher, ein Österreicher und ein Franzose wollen

eine Stiftung gründen, können sich aber nicht auf ein gemeinsames Recht einigen. Wird indes schlicht eine taugliche Stiftungsform gesucht, um internationale Stiftungstätigkeit zu betreiben, scheint aus heutiger Sicht, schon aufgrund von Rechtssicherheitsaspekten und der bisher kaum verlässlichen Funktionsfähigkeit der FE, weiterhin eine nationale Stiftung vorzuzugewärtig, etwa – freilich aus der helvetisch geprägten Sicht des Autors – eine Stiftung Schweizer Rechts.

Nun muss der Fortgang des europäischen Gesetzgebungsverfahrens abgewartet werden. Die Verordnung muss die Zustimmung des Europäischen Parlaments erhalten und dann vom Rat der Europäischen Union einstimmig erlassen werden (vgl. Art. 352 Abs. 1 AEUV). Allerdings sind – in ihrer Schärfe fast überraschend – als Reaktion auf den Kommissionsentwurf zahlreiche neue Vorbehalte angebracht worden, sowohl von privaten Institutionen als auch von den Mitgliedstaaten selbst. Als Beispiel sei hier nur die Stellungnahme des Deutschen Bundesrats vom 30.3.2012³⁶ erwähnt, die (neben zahlreichen Kritikpunkten im Detail) zusammengefasst lautet: Es gebe schon keine Hindernisse für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit, es bestehe keine EU-Kompetenz zum Erlass der Verordnung, die Verordnung verstoße gegen die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, und somit sei der gesamte Vorschlag europarechtswidrig. Das letzte Wort in puncto einstimmiger Verabschiedung ist also noch nicht gesprochen.³⁷ Im Gegenteil: Der unglückliche Kommissionsentwurf hat die Mitgliedstaaten der Rechtsform nicht gewogen gemacht, sondern könnte ihrer Verwirklichung letztlich zu Schaden gereichen.

34 Für einen Vergleich der steuerlichen Regelungen des Entwurfs mit dem derzeitigen deutschen bzw. europäischen Gemeinnützigkeitsrecht *Weitemeyer* (Fn. 2), S. 1007 ff.

35 *Hüttemann* (Fn. 14), S. 441 f.

36 Siehe Fn. 3.

37 Seit Abschluss des Manuskripts sind naturgemäß weitere Entwicklungen zu verzeichnen, auf die an dieser Stelle nicht mehr eingegangen werden kann und soll. Etwa hat das „Legal affairs (JURI) committee of the European Parliament“ am 26.11.2012 eine öffentliche Anhörung durchgeführt; der „Draft Report“ des Committee wird für Juni 2013 erwartet. Siehe zum jeweiligen „Stand“ der FE den Überblick auf der Website des EFC: http://www.efc.be/programmes_services/advocacy-monitoring/European-Foundation-Statute/Pages/default.aspx; einsehbar ist dort auch die „Revised legal analysis“ des EFC vom 24.11.2012: http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/EFCLegalAnalysisEFS2012.pdf.