

sichere Feststellung der internen mitgliedschaftlichen Berechtigung und Verpflichtung anhand der Eintragung, § 67 Abs. 2 S. 1 AktG) zugunsten des Grundsatzes der Registerwahrheit (vgl. VII 1, insbes. zu beweisrechtlichen Fragen). Weil Leerstellen und Platzhaltereintragungen ohnehin kein Stimmrecht vermitteln, geht § 67 Abs. 2 S. 2, 3 AktG insoweit notwendig ins Leere. Die Sanktion des Stimmrechtsverlusts betrifft also allein Legitimationseintragungen. Sobald der Pflichtverstoß beseitigt wird, lebt das Stimmrecht grundsätzlich wieder auf. Bei einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstoß gegen eine Offenlegungspflicht besteht der Stimmrechtsverlust analog § 28 S. 3 WpHG indes auch nach der (verspäteten) Offenlegung sechs Monate weiter. Von der „Nachwirkung“ abgesehen steht der Stimmrechtsverlust aber nicht unter dem Vorbehalt des Verschuldenserfordernisses (vgl. VIII 2).

8. Die zu einem Publikumsfonds gehörenden Aktien sind nach § 67 Abs. 1 S. 4, Abs. 4 S. 4 HS. 1 AktG wegen der großen Zahl von Anlegern unabhängig von der rechtlichen Inhaberschaft i. d. R. der den Fonds verwaltenden Kapitalanlagegesellschaft zuzuordnen. Diese kann ihre eigene Eintragung veranlassen und das Stimmrecht ausüben, ohne dass sie hierzu von den materiellen Inhabern der Aktien (den Anlegern) ermächtigt werden müsste. Außerdem müssen entgegen § 67 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2, 3 AktG die tatsächlichen Inhaber nicht offenbart werden (vgl. IX).

Die European Foundation – Phantom oder Zukunft des europäischen Stiftungsrechts?

Von Dominique Jakob* und Goran Studen**

ZHR 174 (2010) 61–107

Der Beitrag befasst sich mit der geplanten Rechtsform einer Europäischen Stiftung (European Foundation). Er nimmt die Vorarbeiten auf diesem Gebiet und insbesondere die Ergebnisse einer von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Machbarkeitsstudie zum Anlass, zu der Notwendigkeit und der möglichen Ausgestaltung der Europäischen Stiftungsform Stellung zu nehmen. Im Mittelpunkt stehen die Systematisierung der bisherigen Erkenntnisse, die Analyse der wichtigsten Streitpunkte sowie die auf rechtsvergleichenden Überlegungen basierende Weiterentwicklung der Konturen.

Inhalt

I. Einleitung	62
II. Bestandsaufnahme	63
1. Bedeutung des europäischen Stiftungssektors	63
2. Status quo: Heterogenität der europäischen Stiftungslandschaft	64
3. Hindernisse für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit	65
4. Entwicklungsgeschichte	68
III. Die European Foundation als Rechtsfigur	69
1. Ansatz der European Foundation	69
2. Rechtsnatur eines European Foundation Statute	70
a) Wesen der European Foundation	70
b) Rechtsgrundlage für die Einführung einer European Foundation	71
c) Geltungsbereich der European Foundation	73
3. Einführung eines einheitlichen europäischen Stiftungsbegriffs?	74
a) Begriffsmerkmale der Europäischen Stiftung	75
b) Bestimmung der Gemeinnützigkeit	76
c) Grenzüberschreitende Gemeinnützigkeit?	76
d) Umfang der Gemeinnützigkeit – gemischte Stiftungsmodelle	78
e) Wirtschaftliche Tätigkeit	79
IV. Entstehung der European Foundation	80
1. Neuerrichtung	80
a) Stiftungsgeschäft und Dokumente	80
b) Normativ- bzw. Registerverfahren	80
c) Vermögensausstattung	83
2. Umwandlung bestehender mitgliedstaatlicher Stiftungen	84

* Dr. iur., M.I.L. (Lund), Professor an der Universität Zürich; Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht und Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich (<http://www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch>).

** Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Lehrstuhl für Privatrecht in Zürich.

V. Die Beteiligten der European Foundation und ihre Rechtsstellung	86
1. Der Stifter	87
2. Die Organe	89
a) Obligatorische Organe	89
b) Fakultative Organe	92
3. Die Begünstigten	92
VI. European Foundation Governance	93
1. Interne Governance	94
a) Zusammensetzung des Stiftungsvorstands	94
b) Inkompatibilitäten	95
c) Destinatärs- und Drittrechte	97
2. Externe Governance	100
a) Staatliche Kontrollinstanz	100
b) Verhältnis von externer und interner Governance	102
c) Implikationen des Landesstiftungsrechts	103
VII. Die European Foundation im Steuerrecht	103
VIII. Fazit und Ausblick	105

I. Einleitung

Die europäische Stiftungslandschaft befindet sich im Umbruch. Zahlreiche Länder reformierten in den letzten Jahren ihr Stiftungsrecht.¹ Beobachtet man die Essenz dieser Reformen vor dem Hintergrund der aktuellen stiftungsrechtlichen Diskussionen, tritt hierbei ein grundlegendes Spannungsfeld zutage: nämlich ein Konflikt zwischen der traditionellen Dogmatik des Stiftungsrechts und dem Einzug zunehmender Funktionalisierungstendenzen.² Hierbei scheint letzterer Ansatz steigende Bedeutung zu gewinnen³ mit der Folge,

- 1 Aus deutscher Sicht ist die zum 1. 9. 2002 in Kraft getretene Stiftungsrechtsmodernisierung zu nennen; dazu *Reuter* in: K. Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, Vor § 80 BGB Rdn. 17 ff., sowie die Nachweise bei *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, S. 23 ff. Vgl. ferner das zum 1. 9. 1993 in Kraft getretene österreichische Privatstiftungsgesetz (PSG); hierzu *Doralt/Kalss* in: *Hopt/Reuter* (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 420 ff., 439. Auch außerhalb des Einzugsbereichs der EU fanden in Europa z. T. umfassende Stiftungsrechtsreformen statt, so etwa die Reformen des schweizerischen Stiftungsrechts zum 1. 1. 2006 sowie zum 1. 1. 2008, dazu *Jakob*, RIW 2005, 669 ff.; *ders.*, ZEV 2009, 165 ff.; sowie aktuell die zum 1. 4. 2009 in Kraft getretene Reform des liechtensteinischen Stiftungsrechts, dazu ausführlich *ders.*, Die liechtensteinische Stiftung, 2009, *passim*.
- 2 Als Beleg möge etwa die aktuelle Diskussion um Existenz und Reichweite von sog. Stifterrechten dienen, siehe hierzu ausführlich *Jakob*, FS Werner, 2009, S. 101 ff.
- 3 So sind etwa in Deutschland (aber auch der Schweiz) Stimmen zu vernehmen, die Grenzen des traditionellen Stiftungsbegriffs zu überschreiten und letzteren den funktionalen Bedürfnissen der Zeit anzupassen, etwa durch die Einführung korporativer Gestaltungen. Zu einem rechtsvergleichenden Überblick über den Stiftungsbegriff im internationalen Kontext *Jakob* in: Beuthien/Gummert (Hrsg.),

dass sich selbst in traditionellen Stiftungsrechtsordnungen eine gewisse Öffnung des oftmals als zu starr empfundenen Stiftungsprivatrechts beobachten lässt.⁴

Gleichzeitig ist im Stiftungswesen ein Trend zur Internationalisierung zu beobachten.⁵ Mit dem Zusammenwachsen Europas rückt auch die grenzüberschreitende Tätigkeit von Stiftungen in den Blickpunkt stiftungsrechtlichen Handelns und Forschens.⁶ Damit geht eine veränderte Perspektive auf die Rechtsform Stiftung selbst einher: Wurde die Stiftung des Privatrechts bislang als nationales Phänomen wahrgenommen, versucht man neuerdings, sich der Thematik aus internationalprivatrechtlicher sowie aus supranationaler Sicht zu nähern.⁷

Der nachfolgende Beitrag nimmt diese Tendenzen zum Anlass, sich mit der diskutierten europäischen Rechtsform einer „European Foundation“ auseinanderzusetzen, ihre mögliche rechtliche Ausgestaltung zu untersuchen sowie etwaigen Handlungsbedarf zu eruieren.

II. Bestandsaufnahme

1. Bedeutung des europäischen Stiftungssektors

Seit mehr als einem Jahrzehnt verzeichnet die deutsche Stiftungslandschaft einen wahren Boom. Aktuelle Zahlen zufolge existieren derzeit in Deutschland etwa 16.400 rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts,⁸ von denen der weitaus größte Teil gemeinnützige Zwecke verfolgt.⁹ Allein im Jahr 2008 waren ca. 1.000 Stiftungsneuerrichtungen zu verzeichnen. All dies trägt auch

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 2009, § 119 Rdn. 22 ff.

- 4 So etwa in Frankreich mit der Einführung des an die „*Endowment funds*“ aus Großbritannien angelehnten „*fonds de dotation*“ im August 2008; vgl. *Loi de modernisation de l'économie* (Nr. 2008–776) v. 4. 8. 2008.
- 5 Siehe auch *Hopt*, EuZW 2006, 161.
- 6 In der Festschrift „Gründen und Stiften“ zum 70. Geburtstag von *Olaf Werner* (Fn. 2) befassen sich gleich zwei Beiträge mit internationalprivatrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit Stiftungen: *Spickhoff*, FS Werner, 2009, S. 241 ff., sowie *Leible*, FS Werner, 2009, S. 256 ff. Siehe außerdem *Geisler*, Die selbstständige Stiftung im Internationalen Privatrecht, 2008, *passim*.
- 7 Vgl. auch *Rebsch*, Die europäische Stiftung, 2007, *passim*; *Weitemeyer*, FS Werner, 2009, S. 288 ff., sowie *Then/Vahlpahl*, European developments towards a new legal concept – the European foundation, *Trusts&Trustees*, 2008, S. 272 ff.
- 8 Vgl. *Bundesverband Deutscher Stiftungen*, Stiftungen in Zahlen (2008), 2009, dort auch zur regionalen Verteilung der Stiftungen. Aktuelle Statistiken zum Stiftungssektor finden sich auf der Homepage des Bundesverbands unter <http://www.stiftungen.org>.
- 9 *Graf Strachwitz* in: *Graf Strachwitz/Mercker* (Hrsg.), Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, 2005, S. 33 ff., 43, spricht von „rund 98 %“ deutscher Stiftungen, die dem allgemeinen Wohl dienen und daher steuerlich begünstigt seien.

zur steigenden wirtschaftlichen Bedeutung des Stiftungssektors bei; das von deutschen Stiftungen verwaltete Vermögen wird auf etwa 100 Mrd. EUR geschätzt (Stand: 31. 12. 2007).¹⁰

Auch ein Blick über die nationalen Grenzen verdeutlicht den wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Stellenwert des Stiftungswesens: Laut Untersuchungen im Rahmen der vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Zusammenarbeit mit der Universität Heidelberg und dem dortigen Centrum für soziale Investitionen und Innovationen erstellten Machbarkeitsstudie über die Einführung eines Europäischen Stiftungsstatuts (nachfolgend: Machbarkeitsstudie)¹¹ verfügen Stiftungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union über Vermögenswerte in der Größenordnung „von 350 Mrd. EUR bis zu 1.000 Mrd. EUR“ und zeichnen für insgesamt 750.000 bis 1.000.000 Vollzeitstellen (nebst einer vergleichbaren Zahl ehrenamtlich Beschäftigter) verantwortlich. Ihre jährlichen Gesamtausgaben belaufen sich demnach auf bis zu 150 Mrd. EUR.¹² Außerhalb der EU ist die Schweiz zu erwähnen mit ca. 12.000 klassischen Stiftungen und einem dort gebundenen Vermögen in Höhe von etwa 40 Mrd. CHF.¹³ Diese Zahlen illustrieren – trotz der unterschiedlichen nationalen Stiftungsformen und -begriffe sowie der daraus resultierenden systembedingten statistischen Schwierigkeiten – die gesamtwirtschaftliche Potenz des Stiftungssektors in Europa, welcher insoweit sogar den US-amerikanischen Stiftungssektor auszustechen scheint.¹⁴

2. Status quo: Heterogenität der europäischen Stiftungslandschaft

Die statistischen Erhebungen zur wirtschaftlichen Bedeutung europäischer Stiftungen dürfen freilich nicht den Blick darauf verstellen, dass es sich beim Stiftungswesen innerhalb Europas keineswegs um ein homogenes Gebilde handelt. Und so nimmt es nicht wunder, dass ein Vergleich von 27 mitgliedstaatlichen (Stiftungs-)Rechtsordnungen mitunter gravierende Unterschiede zutage fördert. Hinzu kommen noch die Stiftungsrechte der Schweiz und

10 Vgl. *Orth*, DStR 2009, 1397 m. w. N. Zu beachten ist freilich, dass in den statistischen Erhebungen neben Stiftungen i. S. d. §§ 80 ff. BGB häufig auch sog. „Stiftungsersatzformen“ (etwa die Stiftungs-GmbH) berücksichtigt werden. Neben den rechtsfähigen Stiftungsformen besteht darüber hinaus eine – statistisch nicht zu erfassende – Vielzahl an unselbstständigen (nichtrechtsfähigen) Stiftungen.

11 Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.), Feasibility Study on a European Foundation Statute – Final Report. Die Machbarkeitsstudie ist abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy_en.pdf.

12 Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 2, 46.

13 Siehe *Lichtsteiner/Degen/Bärlocher*, Stiftung&Sponsoring 4/2008 (Rote Seiten), 15, 18.

14 Zu den Zahlen des US-amerikanischen Stiftungssektors vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 37 ff.

auch des Fürstentums Liechtenstein; letztere sind zwar keine Mitgliedstaaten der EU, aber bedeutende Stiftungsrechtsordnungen in der Mitte des europäischen Kontinents, die auch rechtlich mit der EU verbunden sind (EWR, EFTA, bilaterale Verträge).

Bereits die unterschiedlichen Rechtssysteme innerhalb der Europäischen Union erschweren eine ganzheitliche Untersuchung. Während in einigen Mitgliedstaaten das *Common Law* gilt,¹⁵ liegt den übrigen Rechtsordnungen das Prinzip des *Civil Law* zugrunde. Das *Common Law* kennt indes gar keine Stiftung im kontinentaleuropäischen Sinne, sondern verfügt über mehrere taugliche Organisationsformen (*corporation, trust*), mittels derer „Stifter“ ihre Ziele verwirklichen können.¹⁶ Die stiftungsartigen Privilegien resultieren dort nicht aus der Rechtsform, sondern aus dem Tätigkeitsbild (*charitable corporation/trust*); die „Stiftung“ ist in diesen Staaten also ein steuerlich-funktionaler Begriff.¹⁷ Und auch im übrigen Europa herrscht keine Einheitlichkeit in Bezug auf den Stiftungsbegriff – unter einer „Stiftung“ wird eben nicht überall das Gleiche verstanden.¹⁸ Bei näherer Betrachtung stellt sich die europäische Stiftungslandschaft somit als heterogener Flickenteppich dar. Möchte man nun über eine Annäherung der europäischen Stiftungsrechte diskutieren, ist zwar eine an den nationalen Stiftungsrechtsordnungen ausgerichtete rechtsvergleichende Untersuchung als Ausgangspunkt unabdingbar. Nachdem jedoch eine Vereinheitlichung der Stiftungsrechte nach inzwischen einhelliger Ansicht ausscheidet, bedarf es eines neuartigen und von den jeweiligen mitgliedstaatlichen Stiftungsrechten weitgehend losgelösten Ansatzes, um zu tragfähigen Schlussfolgerungen und umsetzbaren Ergebnissen zu gelangen.

3. Hindernisse für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit

Die derzeitige Rechtszersplitterung im europäischen Stiftungssektor führt zu offenkundigen Hindernissen für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit. Aus rechtlicher Sicht¹⁹ bestehen sowohl *zivil-* als auch *steuerrechtliche Hür-*

15 Zu diesen Ländern zählen Irland, Zypern, Malta und das Vereinigte Königreich.

16 So etwa im Vereinigten Königreich die „*charitable trusts*“, „*charitable companies*“ und die „*charitable incorporated organisations*“. Siehe dazu v. *Hippel* in: Graf Strachwitz/Mercker (Hrsg.), Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis, Handbuch für ein modernes Stiftungswesen, 2005, S. 950.

17 Dies gilt allgemein für das angloamerikanisch geprägte Stiftungsrecht, siehe dazu MünchHdbGesR/*Jakob* (Fn. 3), § 119 Rdn. 27; *ders.*, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 42 m. w. N.

18 Zum rechtsvergleichenden Überblick über die Stiftungsbegriffe MünchHdbGesR/*Jakob* (Fn. 3), § 119 Rdn. 22.

19 Zu diesen rechtlichen Barrieren kommen Hindernisse tatsächlicher bzw. psychologischer Art. So schrecken viele Stiftungen vor einer Internationalisierung ihrer Tätigkeit zurück, weil sie den damit verbundenen zusätzlichen Beratungs-, Informations-, Übersetzungs- sowie Administrativaufwand scheuen.

den, die es Stiftungen erschweren, ihre Tätigkeit über die Grenzen ihres Sitzstaates hinaus zu entfalten.

Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an die internationalprivatrechtlichen Fragestellungen rund um grenzüberschreitende Sitzverlegungen von Stiftungen.²⁰ Hier hängt die Behandlung auch davon ab, ob und welche Stiftungen in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG (neu: Artt. 49, 54 AEUV)²¹ kommen. Es überrascht nicht, dass sich um die Definition des „Erwerbszwecks“, welcher den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet, gerade im Hinblick auf gemeinnützige Stiftungen unterschiedliche Ansichten ranken. Von der herrschenden Meinung wird das Merkmal weit verstanden,²² so dass grundsätzlich jede Tätigkeit, die eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellt,²³ für die Niederlassungsfreiheit genügen soll,²⁴ sofern damit nicht die Ausübung von Hoheitsrechten verbunden ist.²⁵ Und so kann wohl heute davon ausgegangen werden, dass der Anwendungs-

20 Im Zusammenhang mit internationalen Sitzverlegungen von Stiftungen erlangt neben der allgemeinen internationalprivatrechtlichen Abgrenzung von Sitztheorie und Gründungstheorie die spezifisch stiftungsrechtliche Problematik der Stiftungsaufsicht besondere Bedeutung; siehe zum Ganzen ausführlich Jakob in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), Handbuch des Landesstiftungsrechts, § 6 (erscheint in Kürze); MünchHdbGesR/ders. (Fn. 3), § 119 Rdn. 7 ff.

21 Der EG-Vertrag sowie der EU-Vertrag wurden im Zusammenhang mit den Verträgen von Lissabon mit Wirkung zum 1. 12. 2009 in einen „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) und den „Vertrag über die Europäische Union“ (EUV) überführt und teilweise neu systematisiert. Zum besseren Verständnis werden beim jeweiligen Erstzitat die Normen nach altem und neuem Recht zitiert.

22 Siehe nur Müller-Graff in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 48 EGV Rdn. 2; Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 21. Demgegenüber stellen Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung), 37. EL, 2008, Art. 48 EG Rdn. 8, auf die Funktion der Vorschrift ab, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Letztere wären zu erwarten, wenn gemeinnützige Einrichtungen mit privatnützigen (gewinnstrebigem) Marktteilnehmern in Konkurrenz treten könnten, weshalb gemeinnützige Einrichtungen keine Gesellschaften im Sinne des Art. 48 EG darstellen sollen. Allerdings könne eine teleologische Reduktion geboten sein, sofern keine Gefahr der Wettbewerbsverzerrung besteht.

23 Der BFH sieht sogar vermögensverwaltende Aktivitäten einer Stiftung (konkret: die Vermietung von Grundbesitz), die erwerbsorientiert sind und gegen Entgelt erbracht werden, als von Art. 48 EG umfasst an; siehe dazu BFH v. 14. 7. 2004, IStR 2004, 752 ff.

24 Rein karitative oder kulturelle Einrichtungen nehmen damit nach h.M. nicht am Wirtschaftsleben teil. Siehe dazu Troberg/Tiedje in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2003, Art. 48 EG Rdn. 5; Bröhmer in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 48 EG Rdn. 2.

25 Vgl. Müller-Graff in: Streinz (Hrsg.) (Fn. 22), Art. 48 EGV Rdn. 2.

bereich der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit bei Stiftungen jedenfalls dann eröffnet ist, wenn diese im Rahmen ihrer Tätigkeit entgeltliche Leistungen erbringen oder auf sonst eine Weise am Markt tätig sind.²⁶ Allerdings hat sich im Spannungsfeld von privater Vermögensverwaltung, zweckunterstützendem Merchandising und marktrelevantem Wettbewerb noch keine einheitliche Definition herausgebildet, so dass weiterhin Unsicherheiten bestehen, auf welche Stiftungen die Niederlassungsfreiheit (mit ihren allfälligen internationalprivatrechtlichen Konsequenzen) anwendbar ist.

Ein weiteres Hindernis für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit kann sich daraus ergeben, dass einzelne nationale Steuerrechtsordnungen für Gemeinnützigkeitsprivilegien bei internationalen Sachverhalten zusätzliche Voraussetzungen aufstellen, die bei rein innerstaatlichen Vorgängen nicht gefordert werden.²⁷ Zwar hat die Rechtsprechung des EuGH²⁸ in jüngster Zeit einige steuerrechtliche Diskriminierungen bei grenzüberschreitenden Stiftungsaktivitäten beseitigt und damit insgesamt zur Rechtssicherheit beigetragen.²⁹ Trotz dieser Rechtsprechung kann jedoch weder von einer umfassenden Rechtsklarheit bei grenzüberschreitenden Stiftungsaktivitäten noch von Homogenität auf diesem Gebiet die Rede sein.

26 Vgl. MünchHdbGesR/Jakob (Fn. 3), § 119 Rdn. 8, sowie die Herleitung von Zimmer/Raab in: Walz/Kötz/Rawert/Schmidt (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2004, 2005, S. 109 ff., 114 f. Auch die Machbarkeitsstudie verlangt ein Tätigwerden am Markt, vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 135: „In sum, a foundation can only invoke freedom of establishment pursuant to Articles 43 and 48 of the EC Treaty if it operates a business or if it is „actively“ managing its assets or property or if, in the course of its not-for-profit activities, it offers goods or services in exchange for money or similar financial means.“

27 So wird nach § 51 Abs. 2 der deutschen AO bei einer Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke im Ausland zusätzlich verlangt, dass „natürliche Personen, die ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben, gefördert werden oder die Tätigkeit der Körperschaft neben der Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke auch zum Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland beitragen kann“. Kritisch zu dieser Formulierung Freiherr v. Proff, IStR 2009, 371 ff., 375.

28 Zu nennen ist hier das Urteil des EuGH v. 14. 9. 2006, Rs. C-386/04 (Stauffer), dazu ausführlich Hüttemann/Helios, DB 2006, 2481 ff. In dieser Entscheidung bringt der EuGH zum Ausdruck, dass ein Ausschluss von Gemeinnützigkeitsprivilegien, der auf dem Sitz von Körperschaften im Ausland beruht, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 EG verstößt. Darüber hinaus hält der EuGH im Urteil v. 27. 1. 2009, Rs. C-318/07 (Persche) fest, dass nationale Vorschriften, welche die Abzugsfähigkeit von Spenden lediglich bei inländischen, nicht aber bei in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Institutionen zulassen, ebenfalls die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 EG verletzen; dazu ausführlich Freiherr v. Proff, IStR 2009, 371 ff.

29 Siehe dazu nochmals unten VII.

All dies verdeutlicht, dass im Hinblick auf die grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit in Europa Optimierungspotential besteht. Vor diesem Hintergrund entstand die Idee zur Schaffung einer Rechtsform auf europäischer Ebene und somit eines Europäischen Stiftungsstatuts, welches auf gemeinschaftsrechtlicher und somit supranationaler Stufe die bestehenden mitgliedstaatlichen Schranken beseitigen sowie einen weitgehend einheitlichen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Stiftungsprojekte innerhalb der EU bieten soll.

4. Entwicklungsgeschichte

Den Grundstein für die Überlegungen zu einer supranationalen Stiftungsrechtsform bildeten Veröffentlichungen zum Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Sicht.³⁰ Davon ausgehend wurde in Wissenschaft und Praxis über ein Europäisches Stiftungsstatut nachgedacht, was schließlich in zwei voneinander unabhängigen Entwürfen mündete: Zum einen hat das Europäische Stiftungszentrum (European Foundation Centre – EFC),³¹ der Verband der europäischen Stiftungen in Brüssel, im Januar 2005 ein European Foundation Statute vorgelegt (nachfolgend: EFC-Entwurf).³² Zum anderen hat eine Arbeitsgruppe internationaler Wissenschaftler und Stiftungspraktiker eine Studie zur Möglichkeit einer Europäischen Stiftung erarbeitet und im Jahre 2006 einen Gesetzesentwurf für ihre European Foundation vorgestellt (nachfolgend: European Foundation-Projekt).³³ Bei beiden Modellen handelt es sich um Vorschläge für eine supranationale, neben dem Recht der Einzelstaaten bestehende Rechtsform für grenzüberschreitende karitativ-fördernde Stiftungstätigkeit.

Nach einer ersten Erwähnung im Jahre 2003 hob die Europäische Kommission das Thema im April 2007 auf die Ebene der Europäischen Institutionen und rückte es mit der öffentlichen Ausschreibung zur Erstellung einer „Durchführbarkeitsstudie über einen möglichen Status der Europäischen Stiftung“ in den Fokus der Öffentlichkeit.³⁴ Der Auftrag wurde an ein Wissenschaftskonsortium vergeben, dem das Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (MPI), das Heidelberger Cen-

30 Siehe etwa v. Campenhausen/Kronke/Werner (Hrsg.), *Stiftungen in Deutschland und Europa*, 1998, sowie Hopt/Reuter (Hrsg.) (Fn. 1). Allgemein zu den Ursprüngen eines Europäischen Stiftungsstatuts v. Hippel, *ZSt* 2004, 120 ff.; ders. in: Graf Strachwitz/Mercker (Hrsg.) (Fn. 16), S. 952 f.

31 Das EFC wurde 1989 von sieben Stiftungen gegründet und verbindet heute mehr als 48.000 Organisationen und Stiftungen in 37 Ländern.

32 Der Entwurf des European Foundation Centre ist abrufbar unter http://www.efc.be/ftp/public/EU/LegalTF/european_statute.pdf.

33 Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.), *The European Foundation – A New Legal Approach*, 2006, *passim*. Dazu auch v. Hippel in: Richter/Wachter (Hrsg.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, 2007, S. 343 ff.; Schäfers in: Richter/Wachter (Hrsg.) (Fn. 33), S. 363 ff.

34 Die Ausschreibung mit der Dokumentennummer 2007/S 83-100905 ist einsehbar unter <http://ted.europa.eu>.

trum für soziale Investitionen und Innovationen (CSI) sowie die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Heidelberg angehörten. Im Februar 2009 wurde die Machbarkeitsstudie über die Einführung eines Europäischen Stiftungsstatuts veröffentlicht und im Anschluss bis zum 15. 5. 2009 eine öffentliche Konsultation durch die Kommission durchgeführt. Nach der Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen publizierte die Kommission schließlich im November 2009 eine Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse.³⁵

III. Die European Foundation als Rechtsfigur

1. Ansatz der European Foundation

Blickt man auf die bisherige Diskussion über die Einführung einer Europäischen Stiftung als einheitliche europäische Stiftungsform, lassen sich zwei grundsätzliche Ansätze herausfiltern. Ein Ansatz geht vom Grundsatz des „*e pluribus unum*“ aus. In dessen Mittelpunkt steht die Schaffung eines von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unabhängigen, emanzipierten und damit genuin supranationalen Stiftungsrechts für die Europäische Union. Die unterschiedlichen nationalen Stiftungsmodelle in Europa dienen hierbei lediglich als Ausgangspunkt, um die verschiedenen Grundlagen des Stiftungsrechts innerhalb der EU zu untersuchen – eine Präjudizwirkung soll hiervon jedoch nicht ausgehen.

Die zweite in Betracht gezogene Vorgehensweise lässt sich als Suche nach dem „kleinsten gemeinsamen Nenner“ beschreiben. Hier dienen die untersuchten nationalen Stiftungsrechtsordnungen zugleich als immanente Selbstbeschränkung des Konzepts einer Europäischen Stiftung: Was in einem Mitgliedstaat stiftungsrechtlich nicht möglich ist, soll demnach auch auf supranationaler Ebene für die Europäische Stiftungsform nicht in Betracht kommen können.

Die Suche nach einem geeigneten Modell für die European Foundation offenbart letztlich ein bekanntes Spannungsfeld: „Kleinsten gemeinsamen Nenner“ mit der realistischen Chance der Durchführung oder „großer Wurf“ mit unsicherer politischer Aussicht auf Erfolg. Es wurde sicherlich erkannt, dass letzterer Ansatz eines genuin supranationalen Weges die einzigartige Möglichkeit böte, sich von den Schranken der nationalen Stiftungsgesetzgebungen zu befreien und für die Zukunft des europäischen Stiftungswesens ein geeignetes Rechtskleid zur Verfügung zu stellen.³⁶ Vor dem Hintergrund der 27 Mit-

35 Die „Synthesis of the comments on the consultation document of the internal market and services Directorate-General on a possible Statute for a European Foundation“ (nachfolgend: Zusammenfassung der Kommission) und die ca. 250 eingegangenen Stellungnahmen sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/eufoundation/index_de.htm.

36 In diese Richtung auch Salole, *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 11, Nr. 1, 2008, 75 ff., 80.

gliedstaaten, die sich auf ein einheitliches rechtliches Konzept einigen müssen, scheint hier aber die Angst vor fehlender Realisierbarkeit im Wege zu stehen und in die Richtung des kleinsten gemeinsamen Nenners zu weisen.

Denkbar – und bisher kaum thematisiert – wäre freilich auch ein *dritter Ansatz*: Den kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden, um die Realisierbarkeit zu gewährleisten, im Anschluss aber anhand von rechtsvergleichend erarbeiteten Stärken und Schwächen gezielte Modifikationen vorzunehmen, die einen Mehrwert für alle Beteiligten versprechen würden – denn die European Foundation soll, wie gleich zu zeigen sein wird, die nationalen Stiftungsmodelle nicht ersetzen, sondern eine zusätzliche Option bieten.

Innerhalb des beschriebenen Spektrums hat sich die Machbarkeitsstudie indes klar positioniert und den Ansatz des kleinsten gemeinsamen Nenners in den Mittelpunkt der Untersuchung gestellt.³⁷ Man mag hierin eine unnötige Verengung der Perspektive und eine strukturelle Schwäche der Machbarkeitsstudie erblicken.

2. Rechtsnatur eines European Foundation Statute

a) Wesen der European Foundation

Eine von Europa ausgehende Harmonisierung der nationalen Stiftungsrechte ist bei derzeit 27 Mitgliedstaaten kaum praktikabel und wäre auch vor dem Hintergrund eines grundsätzlich zu begrüßenden Wettbewerbs der Rechtsordnungen nicht angezeigt.³⁸ Die Europäische Stiftung soll vielmehr als zusätzliches und optionales Instrument die mitgliedstaatlichen Stiftungen nicht ersetzen, sondern ergänzen. Damit würde sich die Europäische Stiftung in die Reihe der europäischen Gesellschaftsformen einfügen,³⁹ welche bislang aus der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV),⁴⁰ der Europäischen Gesellschaft (*Societas Europaea*, SE)⁴¹ und der Europäischen Genossenschaft (*Societas Cooperativa Europaea*, SCE)⁴² besteht. Neben die-

37 So ausdrücklich Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 13 f., 45 f., jeweils im Zusammenhang mit der rechtlichen Definition der Stiftung.

38 Folgerichtig lehnt auch die Machbarkeitsstudie eine Harmonisierung als „neither desirable nor feasible“ ab, vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 182.

39 Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 183 f.

40 Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates v. 25. 7. 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV). Vgl. hierzu *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2008, S. 175 ff.

41 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE). Umfassend dazu Jannott/Frodermann (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – *Societas Europaea*, 2005, *passim*.

42 Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE). Siehe hierzu Schulze (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Genossenschaft (SCE), 2004, *passim*.

sen Rechtsformen ist zudem eine Europäische Privatgesellschaft (*Societas Privatae Europaea*, SPE)⁴³ für kleine und mittlere Unternehmen geplant.⁴⁴

b) Rechtsgrundlage für die Einführung einer European Foundation

Als *Rechtsgrundlage* für den Erlass eines Statuts über die Europäische Stiftung bezeichnet die Machbarkeitsstudie die subsidiäre Generalermächtigung in Art. 308 EG („Flexibilitätsklausel“; neu: Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV). Nach dieser Vorschrift ist der Rat der Europäischen Union im Falle einer fehlenden konkreten Befugniszuweisung in den Verträgen ermächtigt, auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung (vormals: Anhörung) des Europäischen Parlaments einstimmig die geeigneten Vorschriften zu erlassen, sofern ein Tätigwerden der Union erforderlich erscheint, um im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche eines ihrer Ziele zu verwirklichen. Und in der Tat konnten die übrigen durch Verordnungen eingeführten europäischen Rechtsformen auf diese Norm gestützt werden,⁴⁵ weil sie sich durch das gemeinsame Merkmal eines „wirtschaftlichen“ Tätigwerdens auszeichnen und damit als Verwirklichung des allgemeinen Ziels der Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes anzusehen sind.⁴⁶

43 Der Vorschlag der Kommission für ein Statut der Europäischen Privatgesellschaft ist abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_de.pdf. Das Europäische Parlament billigte am 10. 3. 2009 den Kommissionsvorschlag in einer geänderten Fassung, die unter <http://www.europarl.europa.eu/einsehbar> ist (Referenznummer CNS/2008/0130).

44 Zu erwähnen ist schließlich der aus dem Jahr 1992 stammende Verordnungsvorschlag über ein Statut für die Rechtsform des *Europäischen Vereins*, vgl. ABl. 1993 236/1, welcher grundsätzlich auf den Idealverein abzielt, der aber auch wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder dienen kann; siehe hierzu *Vieweg*, FS Werner, 2009, 275 ff.; *Behrens* in: Dausen (Hrsg.), Hdb. EU-WirtschaftsR, 24. EL, 2009, E. III. Rdn. 181. Der Vorschlag war nach seiner Veröffentlichung relativ unbemerkt wieder in den Schubladen der europäischen Amtsstuben verschwunden. Allerdings will die Kommission nach eigenen Angaben in ihrem Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union auch den Legislativprozess in diesem Bereich wieder „aktiv unterstützen“ (vgl. Ziff. 3.6 des Aktionsplans). Die Machbarkeitsstudie setzt sich indes nicht mit der interessanten Frage auseinander, ob und inwieweit sich Parallelen, etwa zwischen den Gemeinnützigkeitsbegriffen beider angestrebten europäischen Rechtsformen, ziehen und sich auf diese Weise Synergien auf dogmatischer und/oder legislatorischer Ebene gewinnen lassen könnten.

45 Vgl. *Teichmann* (Fn. 22), S. 193 f.

46 Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 184 verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass diese Gesellschaftsformen allesamt von der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EG erfasst werden. Zur vergleichbaren Frage der Einbeziehung der SE in den Anwendungsbereich des Art. 48 EG siehe *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1: Europäische Grundfreiheiten, 2004, S. 770 f., sowie *Casper/Weller*, NZG 2009, 681 ff. m. w. N.

Allerdings erscheint nicht ebenso selbstverständlich, dass Art. 308 EG auch als Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung über das Statut einer Europäischen Stiftung herangezogen werden kann. Denn die Europäische Stiftung wäre nach ihrem derzeitigen Konzept *per definitionem* gemeinnützigen Zwecken zu dienen bestimmt und verfolgte somit gerade keine wirtschaftliche im Sinne von gewinnorientierter Tätigkeit. Und so scheint Art. 48 Abs. 2 EG genau diesen Fall zu adressieren, indem er juristische Personen, die keinen Erwerbszweck verfolgen, aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit i. S. d. Art. 43 EG ausnimmt.

Zwar ist, wie gesehen, die genaue begriffliche Einfassung des „Erwerbszwecks“ umstritten.⁴⁷ Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit bei Stiftungen jedenfalls dann eröffnet ist, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit entgeltliche Leistungen erbringen oder auf sonst eine Weise am Markt tätig sind, so dass auch Stiftungen mit rein gemeinnützigen Zwecken in den Einzugsbereich des gemeinsamen Marktes treten können. Verdichtet man diese Feststellung im Sinne einer funktionalen Sichtweise, lässt sich mit der Einführung einer Europäischen Stiftung das Ziel verbinden, Hemmnisse zu beseitigen, die jedenfalls auch die im EG-Vertrag gewährleisteten wirtschaftlichen Freiheiten im Rahmen grenzüberschreitender Stiftungstätigkeit tangieren können. Dies gilt – im soeben beschriebenen Maße – vor allem für die Niederlassungsfreiheit i. S. d. Art. 43 EG, aber ebenso für die Kapitalverkehrsfreiheit i. S. d. Art. 56 EG (neu: Art. 63 AEUV), die als solche weder eine wirtschaftliche Tätigkeit noch einen Erwerbszweck voraussetzt.⁴⁸

Bejaht man die grundsätzliche Kompetenz der Gemeinschaft, ist über die Form des Rechtsakts nachzudenken. Hier kommt, um die gebotene einheitliche Ausgestaltung der Europäischen Stiftung innerhalb der EU zu gewährleisten, wohl nur der Erlass einer Verordnung in Betracht, der in den Mitgliedstaaten allgemeine Geltung zukäme.⁴⁹ Die Verordnung wäre als „abstrakt-genereller Rechtssatz“ des Sekundärrechts gemäß Art. 249 Abs. 2 EG (neu: Art. 288 Abs. 2 AEUV) in allen ihren Teilen verbindlich, würde unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten und bedürfte im Gegensatz zur Richtlinie grundsätzlich keiner Transformation ins nationale Recht. Die Europäische Stiftung würde dann – ebenso wie die bereits bestehenden Europäischen Gesellschaftsformen – ihre Rechtsfähigkeit nicht aus nationalen Rechtsvorschriften, sondern unmittelbar aus dem Sekundärrecht ableiten.⁵⁰

47 Siehe dazu oben II. 3.

48 Siehe EuGH v. 27. 1. 2009, Rs. C-318/07 (*Persche*), Tz. 24, wobei sich der EuGH darauf stützt, dass Schenkungen und Stiftungen in der Rubrik XI des Anhangs I der Richtlinie 88/361 unter der Überschrift „Kapitalverkehr mit persönlichem Charakter“ aufgeführt sind.

49 So auch *Rebsch*, Die europäische Stiftung, 2007, S. 306 ff.

50 Vgl. auch Art. 2 des Entwurfs des European Foundation-Projekts, der die Rechtspersönlichkeit der Europäischen Stiftung festschreibt. Freilich müsste an dieser

c) Geltungsbereich der European Foundation

Ein in der Diskussion bislang vernachlässigtes Thema stellt die Frage nach einer möglichen Geltung einer solchen Verordnung innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) dar. So ist es ein durchaus vorstellbares Szenario, dass ein in Verordnungsform gegossenes Statut über die Europäische Stiftung im Wege eines Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses auf die Länder des EWR erstreckt⁵¹ und somit z. B. für das Fürstentum Liechtenstein zur Geltung gebracht würde. Gleichfalls ist denkbar, dass der Geltungsbereich im Wege eines bilateralen Vertrages auf die Schweiz ausgedehnt würde, wo bereits intensiv über eine mögliche Reaktion auf eine derartige Rechtsform nachgedacht wird,⁵² die durchaus auf die Bereitschaft zur Partizipation hinauslaufen könnte. Dass sich die Machbarkeitsstudie vor diesem Hintergrund mit keinem Wort mit diesen beiden bedeutsamen, traditionsreichen und in der Mitte Europas gelegenen Stiftungsrechtsordnungen befasst, könnte sich als Kunstfehler erweisen. Vor allem, wenn es darum gegangen wäre, von den dortigen Entwicklungen auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene zu profitieren: In der Schweiz sind zum 1. 1. 2006⁵³ sowie zum 1. 1. 2008 Reformen in Kraft getreten,⁵⁴ die das in anderen Ländern noch kaum erkannte Spannungsfeld zwischen traditioneller Dogmatik und Funktionalismus in modernen Regelungen (etwa im Bereich der Stifterrechte)⁵⁵ zu kanalisieren versuchen. Zudem wurden interessante Vorschriften zur Revisionspflicht und zum Gläubi-

Stelle in Bezug auf die Regelungstechnik weiter darüber nachgedacht werden, ob die Verordnung *in puncto* Regelungsdichte eher an das schlanke (rudimentäre) Beispiel der SE oder das ausführliche Vorbild der SPE angelehnt werden sollte; vgl. dazu Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 210, welche diesbezüglich festhalten: „A comprehensive statute is preferable, because such a statute is less complex and more transparent and thus can better reduce the transaction costs.“

51 In Betracht kommt etwa ein Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zur Änderung des Anhangs XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens. Doch auch ohne einen solchen Beschluss dürfte die geplante Europäische Stiftung auf der Grundlage der Artt. 31, 34 sowie Art. 40 EWR-Abkommen in den Genuss der dort verankerten Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit kommen, wobei die obigen Ausführungen zum „Erwerbszweck“ im Zusammenhang mit Art. 48 Abs. 2 EG auf Art. 34 Abs. 2 EWR-Abkommen zu übertragen sein dürften.

52 Vgl. etwa die Motion Luginbühl – Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz v. 20. 3. 2009, Amtliches Bulletin Nr. 09.3344, abrufbar unter <http://www.parlament.ch>.

53 Vgl. hierzu *Jakob*, RIW 2005, 669 ff.

54 Vgl. *Jakob*, ZEV 2009, 165 ff.; *ders.*, SJZ 2008, 533 ff.; *ders.*, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2007, 2008, S. 55 ff. Für einen jährlichen Kurzüberblick vgl. *ders.*, SJZ 2008, 518 ff. und SJZ 2009, 505 ff.

55 Siehe dazu *Jakob*, SJZ 2008, 533 ff., 536 f. In einem breiteren Kontext außerdem *ders.*, FS Werner, 2009, S. 101 ff.

gerschutz eingeführt.⁵⁶ Und in Liechtenstein ist zum 1. 4. 2009 eine Totalrevision des Stiftungsrechts in Kraft getreten,⁵⁷ in welcher u. a. in Bezug auf Begünstigtenrechte, Rechtsschutz und damit die Foundation Governance kreative Wege gegangen werden.⁵⁸ Letztere beiden Stiftungsrechtsordnungen sind aufgrund dieser aktuellen Reformen vielen EU-Stiftungsrechtsordnungen jedenfalls auf zivilrechtlicher Ebene einen gedanklichen Schritt voraus – den dort entwickelten Ansätzen sollte jedenfalls Rechnung getragen werden, wenn man versucht, einen kleinsten gemeinsamen Nenner in Einklang mit aktuellen stiftungsrechtlichen Erkenntnissen im Sinne des „dritten Weges“ zu optimieren.

3. Einführung eines einheitlichen europäischen Stiftungsbegriffs?

Spricht man vom „Stiftungsbegriff“, versteht man hierunter aus deutscher Sicht ein personifiziertes und verselbstständigtes Zweckvermögen ohne Mitglieder, welches gekennzeichnet wird durch die drei konstitutiven Grundmerkmale Zweck, Vermögen und Organisation.⁵⁹ Allerdings weichen – wie bereits herausgestellt wurde – die Stiftungsbegriffe der Mitgliedstaaten der EU zum Teil erheblich voneinander ab. Das französische Stiftungsrecht etwa erhebt die Gemeinnützigkeit einer Stiftung zum Dogma,⁶⁰ das deutsche Stiftungsrecht statuiert die „gemeinwohlkonforme Allzweckstiftung“, die zwar *privatnützig* sein kann, aber stets *fremdnützig* sein muss, während das österreichische Privatstiftungsrecht *eigennützige* Stiftungen (also auch die „Stiftung für den Stifter“) erlaubt.⁶¹ Vor diesem Hintergrund ist interessant, ob die Vorarbeiten zur Europäischen Stiftung überhaupt einen einheitlichen, gesamteuropäischen Stiftungsbegriff anstreben und welche Auswirkungen sich daraus ergeben.

56 Hierzu Jakob, ZEV 2009, 166; ders., Verein – Stiftung – Trust (Fn. 54), S. 67 ff.; ders., SJZ 2008, 518 f.

57 Dazu ausführlich Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), *passim*.

58 Hierzu Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 442 ff.

59 Statt aller Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 37, sowie Rawert in: Hopt/Reuter (Hrsg.) (Fn. 1), S. 109 ff. Zum rechtsvergleichenden Stiftungsbegriff aus Sicht des deutschen Stiftungskonzepts siehe MünchHdbGesR/Jakob (Fn. 3), § 119 Rdn. 4.

60 Siehe auch Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.) (Fn. 33), S. 45 f. Auf die partielle Flexibilisierung des französischen Stiftungswesens durch die im August 2008 eingeführten „fonds de dotation“ wurde bereits oben hingewiesen. Zum Stiftungsrecht Frankreichs siehe im Einzelnen Hellio/Hadjivoveltchev/Karst in: Richter/Wachter (Hrsg.) (Fn. 33), S. 883 ff.

61 Vgl. Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 51 m. w. N. Zum Stiftungsrecht Österreichs siehe im Einzelnen Althuber/Kirchmayr/Toifl in: Richter/Wachter (Hrsg.) (Fn. 33), S. 1231 ff.

a) Begriffsmerkmale der Europäischen Stiftung

Die Machbarkeitsstudie unternimmt in der Tat den Versuch, basierend auf der Auswertung der einzelnen Stiftungsrechtsordnungen und ihrer Gemeinsamkeiten,⁶² die Stiftung im „europäischen Sinne“ zu definieren.⁶³ Demnach soll unter einer Europäischen Stiftung eine mitgliederlose und mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete juristische Person zu verstehen sein, die einen gemeinnützigen Zweck verfolgt, der staatlichen Aufsicht unterliegt und durch Eintragung in ein Register errichtet wird. Der „Europäische Stiftungsbegriff“ enthält somit als Wesensmerkmal ebenfalls den Zweck, der jedoch im Gegensatz zum deutschen Stiftungsbegriff (und demjenigen einer Vielzahl anderer europäischer Rechtsordnungen) ausschließlich auf die Gemeinnützigkeit gerichtet ist. Das Stiftungsvermögen wird hingegen in der Machbarkeitsstudie nicht im Zusammenhang mit der Definition der Europäischen Stiftung genannt, ebenso wenig wie die Stiftungsorganisation.⁶⁴

Rein strukturell betrachtet weist der europäische Stiftungsbegriff somit ähnliche identitätsbegründende Merkmale auf wie der deutsche. Der wesentliche Unterschied ist freilich die in der Diskussion zur Europäischen Stiftung bislang einhellig befürwortete Begrenzung des Stiftungszwecks auf rein gemeinnützige Zwecke. Dies schränkt den Anwendungsbereich der Europäischen Stiftung gegenüber dem deutschen Recht stark ein, welches vom (nunmehr in § 80 Abs. 2 BGB auch gesetzlich verankerten) Leitbild der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung ausgeht,⁶⁵ wonach sämtliche Zwecke zulässig sein sollen, sofern sie mit dem Gemeinwohl vereinbar sind. Möglich sind dort somit auch privatnützige Zwecke, solange sie nach außen gerichtet, also nicht *eigen-*, sondern *fremdnützig* sind. Diese Fremdnützigkeit ist dem Begriff der Gemeinnützigkeit wesensimmanent, so dass nach dem Europäischen Stiftungsbegriff die „Stiftung für den Stifter“ so wie die „Selbstzweck-

62 Vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 99 f.

63 Siehe hierzu Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 195 ff.

64 Zu den Definitionen des EFC-Entwurfs und des European Foundation-Projekts siehe ihre jeweiligen Art. 1. Beide Entwürfe sowie die Machbarkeitsstudie folgen mit dieser rechtsformzentrierten Ausgestaltung der Europäischen Stiftung grundsätzlich dem Stiftungsverständnis der *civil law*-Staaten. Auch der „funktionale Stiftungsbegriff“, der bisweilen in der (deutschen) stiftungsrechtlichen Literatur erscheint, wird somit nicht weiter verfolgt; zu einem funktionalen Stiftungsverständnis Schlüter, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, 556; kritisch hierzu Reuter, AcP 207 (2007), 1 ff., 5 f., sowie Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 44 f.

65 Vgl. Staudinger/Rawert, BGB, 13. Bearb., 1995, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rdn. 13; MünchKommBGB/Reuter, Vor § 80 Rdn. 45; Hüttemann, ZHR 167 (2003) 35 ff., 56 ff.

stiftung“ unzulässig wären, stiftungsartige Ausprägungen, die in anderen Rechtsordnungen umstritten sind.⁶⁶

Hintergrund dieses Gemeinnützigkeitsansatzes ist zum einen die beschriebene Suche nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner. Zum anderen steht sicherlich das Streben nach einer gewissen „political“ bzw. „charitable correctness“ Pate, die der Figur der Europäischen Stiftung eine selbstimmanente Legitimation verleihen und denkbare politische Ressentiments von vornherein einebnen soll. Diese apodiktische Beschränkung auf die Gemeinnützigkeit hat freilich Konsequenzen, die nachfolgend kurz aufgezeigt werden sollen.

b) Bestimmung der Gemeinnützigkeit

Wird die „Gemeinnützigkeit“ bereits zur Eintrittskarte in die Rechtsform selbst erhoben,⁶⁷ muss sie mit ausreichender Rechtssicherheit bestimmt werden können. Und so soll sich der Begriff des gemeinnützigen Zwecks nach beiden bisherigen Modellen für ein Statut über die Europäische Stiftung⁶⁸ aus einer katalogartigen Aufzählung ergeben. Eine Umschreibung der Gemeinnützigkeit auf europäischer Ebene erscheint auch geboten; anderenfalls könnten unterschiedliche nationale Definitionen der Gemeinnützigkeit drohen, was die Ziele eines möglichst einheitlichen Rechtsrahmens konterkarieren würde.

Der Katalog zulässiger gemeinnütziger Zwecke ist nach beiden Entwürfen nicht abschließend formuliert. Zwar würde eine abschließende Aufzählung⁶⁹ eine einheitliche Anwendung in sämtlichen Mitgliedstaaten und damit größere Rechtssicherheit bewirken. Dennoch dürfte die Abwägung für eine offen formulierte Liste sprechen, weil eine abschließende Aufzählung vor dem Hintergrund nationaler Interessen schwierig wäre und auf erstere Weise die begriffliche Kontinuität der Europäischen Stiftung auch im Wandel der Wertvorstellung für die Zukunft gesichert werden könnte.

c) Grenzüberschreitende Gemeinnützigkeit?

Folgefrage ist, ob die Rechtsform der Europäischen Stiftung auch eine „europäische“ Zwecksetzung voraussetzen und damit nur Stiftungen mit originär grenzüberschreitender gemeinnütziger Tätigkeit offenstehen soll. Während die Voraussetzung einer grenzüberschreitenden Dimension etwa im Zusam-

66 Zur Unzulässigkeit dieser Stiftungsarten nach deutschem Recht Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 51 ff. A.A. aber MünchHdbGesR/Beuthien (Fn. 3), § 77 Rdn. 27 und 30.

67 Zur Klarstellung: Eine Stiftung bleibt in Deutschland auch dann eine Stiftung, wenn sie ihre Gemeinnützigkeit verändert oder der Gemeinnützigkeitsstatus unklar ist; lediglich steuerliche Privilegien gehen gegebenenfalls verloren.

68 Vgl. Art. 2 EFC-Entwurf sowie Art. 1.2 European Foundation-Projekt.

69 Siehe zu einer solchen Alternative sowie zu einer Liste der in sämtlichen Mitgliedstaaten als gemeinnützig einzustufenden Zwecke Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 197.

menhang mit der Europäischen Aktiengesellschaft zum Gegenstand der Verordnung wurde,⁷⁰ verzichtete die Europäische Kommission in ihrem Entwurf für die Europäische Privatgesellschaft bewusst auf eine grenzübergreifende Anforderung.⁷¹ Aufgrund der Heterogenität dieses Erscheinungsbilds lassen sich zwar keine zwingenden Rückschlüsse für die Europäische Stiftung ziehen; die Argumente, die im Hinblick auf die Privatgesellschaft gefallen sind,⁷² treffen jedoch auch hier zu: Zum einen würden sich zahlreiche Fragen im Hinblick auf die Auslegung eines grenzüberschreitenden Elements stellen⁷³ und dabei Missbrauchspotential bieten. Zum anderen sollte die Europäische Stiftung auch denjenigen Stiftern als Rechtsform zur Verfügung stehen, die eine grenzüberschreitende Tätigkeit erst zu einem Zeitpunkt *nach* Stiftungserrichtung ins Auge fassen. Eine Beschränkung auf anfängliche Grenzüberschreitung würde vielmehr die Realitäten des Sektors verkennen und das Potential der Rechtsform mindern, welche ansonsten nur für Größtstiftungen geeignet wäre. Insofern erscheint es folgerichtig, mit der Machbarkeitsstudie auf die Aufnahme einer grenzüberschreitenden Anforderung für die Europäische Stiftung zu verzichten.⁷⁴ Eine natürliche Grenze wird freilich darin liegen, dass sich die Europäische Stiftung schon gar nicht für jedwedes Anliegen als geeignetes Rechtskleid darstellen wird.

70 Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft. Siehe hierzu auch Grundmann/Möslein in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. II – Grundsatzfragen des Aktienrechts, 2007, S. 31 ff., 89.

71 Siehe die Begründung der Kommission für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_de.pdf): „Dennoch knüpft der Vorschlag die Gründung einer SPE nicht an eine grenzübergreifende Anforderung (...). In der Praxis gründen Unternehmer ihr Unternehmen in der Regel im eigenen Mitgliedstaat, bevor sie in anderen Ländern tätig werden. Eine grenzübergreifende Anforderung in der Startphase würde folglich das Potential des Instruments mindern. Eine grenzübergreifende Anforderung könnte zudem leicht umgangen werden und ihre Kontrolle und rechtliche Durchsetzung könnte die Mitgliedstaaten ungebührlich belasten.“ Vgl. auch Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 199.

72 Vgl. vorhergehende Fn.

73 Als Beispiele mögen etwa dienen: Ab wann wäre von einem *hinreichenden* grenzüberschreitenden Bezug auszugehen? Müsste dieser Bezug bereits bei *Stiftungserrichtung* gegeben sein oder sollte eine (wie auch immer zu bestimmende) Erwartung der *späteren* Europäisierung der Stiftungstätigkeit ausreichen? Würde eine grenzüberschreitende *Zwecksetzung* genügen, wenn die *Stiftungstätigkeit* dieser (noch) nicht entspräche? Welche Konsequenzen hätte der (vorübergehende) *Verlust* eines grenzüberschreitenden Elements für die Europäische Stiftung?

74 Siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 200.

d) Umfang der Gemeinnützigkeit – gemischte Stiftungsmodelle

Besondere, bislang nicht ausreichend erkannte Bedeutung im Zusammenhang mit dem Europäischen Stiftungsbegriff kommt schließlich der Frage nach dem konkreten Umfang der Gemeinnützigkeit zu. Zwei Optionen sind denkbar: Zum einen die Beschränkung auf ausschließlich gemeinnützige Stiftungszwecke,⁷⁵ zum anderen die Zulassung auch gemischter Zwecksetzungen.⁷⁶ Die Machbarkeitsstudie spricht sich für eine rein auf Gemeinnützigkeit gerichtete Europäische Stiftung aus.⁷⁷

Dieser Ansatz, der einen Beleg für die Suche nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner darstellt, könnte sich als kurzfristig erweisen. Grund hierfür ist nicht allein die Attraktivität der Europäischen Stiftung, zu der gemischte Stiftungsmodelle, bei denen gemeinnützige Zwecke Hand in Hand mit (partiell) privatnützigen Zwecken gehen könnten, mit Sicherheit beitragen würden.⁷⁸ Der Grund liegt vor allem darin, dass es inzwischen subtilere Möglichkeiten gibt als einen „Alles oder nichts“-Ansatz, der im Ergebnis einer Stigmatisierung privatnütziger Zwecke gleichkäme und auch nicht dem neuesten Stand stiftungsrechtlicher Forschung entspricht. Denn es kann heute als ein legitimes Anliegen angesehen werden, die freiwillige Hingabe großer Vermögen zu gemeinnützigen Zwecken mit privatnützigen, etwa familiären oder unternehmerischen Zielen zu koppeln. Hier lassen sich durchaus geeignete Lösungen finden, die den Stiftungsbegriff wahren und die Gefahr von Missbräuchen (etwa durch „fideiähnliche“ Konstrukte oder die Umgehung von Rechten Dritter) ausschließen können, z.B. durch zeitliche Schranken des privatnützigen Zwecks (bei gleichzeitig ewiger Perpetuierungsmöglichkeit des gemeinnützigen Zwecks),⁷⁹ durch ein Erfordernis des „Überwiegens“ des gemeinnützigen Zwecks⁸⁰ oder eben auch – weniger flexibel – durch feste Quoten.⁸¹ Derartige Ansätze ließen sich auch im Steuerrecht berücksichtigen. Angesichts der restriktiven Haltung einiger Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Zulässigkeit privatnütziger Stiftungen wäre es zwar kaum angezeigt, einer Art

75 Vgl. Art. 2 des EFC-Entwurfs.

76 Vgl. Art. 1.3 des European Foundation-Projekts.

77 Siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 61f.

78 So im Übrigen auch der Tenor zahlreicher in der Konsultation eingegangener Stellungnahmen, vgl. Zusammenfassung der Kommission, S. 12.

79 Siehe hierzu Jakob, ZEV 2009, 169; ders., SJZ 2008, 539f.

80 Einen solchen Weg beschreitet das neue liechtensteinische Stiftungsrecht in Art. 552 § 2 PGR. Anhand des „Überwiegens“ kanalisiert sich bei gemischten Stiftungen in Liechtenstein zudem die Foundation Governance; siehe hierzu umfassend Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 110f. sowie Rdn. 448ff.

81 So Art. 1.3 des European Foundation-Projekts. Demnach soll sich der Stifter bei der Stiftungerrichtung das Recht auf bis zu 30 % der jährlichen Ausschüttungen für sich, seinen Ehegatten sowie seine Kinder bis zum Tod dieser Begünstigten vorbehalten können.

„Europäischen Privatstiftung“ mit rein privatnütziger Zwecksetzung das Wort zu reden. Es überrascht allerdings, wenn vor dem Hintergrund der derzeitigen Diskussionen diejenigen Optionen, die gemischte Stiftungsmodelle für den Stiftungssektor bieten können, beim Diskurs auf europäischer Ebene völlig außer Acht gelassen werden.⁸² Vielmehr sollte nach Möglichkeiten gesucht werden, attraktive Mischgestaltungen zu ermöglichen und gleichzeitig die „Gefahren“ einer Privatstiftung auszuschließen. In diesem Fall würde die European Foundation auch einen Mehrwert für diejenigen Staaten bringen, die bisher auf nationaler Ebene keine derartigen Modelle zulassen.

e) Wirtschaftliche Tätigkeit

Nicht abschließend geklärt ist zudem, ob und inwieweit die Europäische Stiftung einer wirtschaftlichen – etwa im Sinne einer unternehmerischen – Tätigkeit nachgehen dürfen soll. Bei der Verbindung von Stiftung und Unternehmen gibt es verschiedene Ausprägungen, die sich schlagwortartig in Unternehmensträgerstiftungen (Stiftung betreibt ein Unternehmen) und Holdingstiftungen (Stiftung hält ihrem Zweck nach Anteile eines Unternehmens) zusammenfassen lassen.⁸³ Bei der Diskussion um eine Europäische Stiftung ist bisher keine Einigkeit erzielt worden, ob eine solche zur Verfolgung ihrer gemeinnützigen Zwecke ein Gewerbe betreiben oder sich an einem solchen beteiligen darf. Wichtig ist freilich, diese Frage in den Gesamtzusammenhang einzustellen: Sofern im Rahmen des Anwendungsbereichs der Artt. 43, 48 EG zu Recht gefordert wird, dass eine nicht gewinnstrebige Stiftung sich in irgendeiner Art und Weise am Markt betätigen muss, um überhaupt in den Genuss der Niederlassungsfreiheit zu gelangen, erschiene eine völlige Nichtzulassung wirtschaftlicher Tätigkeit auf Seiten der Europäischen Stiftung widersprüchlich,⁸⁴ auch im Hinblick auf die Rechtsgrundlage des Art. 308 EG.

Möchte man daher der Europäischen Stiftung eine wirtschaftliche Betätigung und damit jedenfalls dem Grunde nach auch eine unternehmerische Tätigkeit erlauben, ist Umfang und Gestalt einer solchen zu eruieren. Hier gibt es verschiedene Ansätze, um dem Spannungsfeld zwischen der Unterstützung des Stiftungszwecks durch zielgerichtete wirtschaftliche Betätigung oder Beteiligung und der Gefahr des Rechtsformmissbrauchs zu begegnen. Einen interessanten, relativ restriktiven Weg verfolgt das neue liechtensteinische Stif-

82 Zu den Vorteilen gemischter Zwecke auch Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.) (Fn. 33), S. 94f.

83 Vgl. dazu Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 56ff. m. w. N.

84 Freilich erschiene auch der umgekehrte Fall einer ausschließlichen Zulassung wirtschaftlich tätiger Stiftungen seltsam, wie die Machbarkeitsstudie zum Ausdruck bringt, vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 184: „Nevertheless, it should not be forgotten that it is not economic activity that is typical of a foundation, but grant-making activity. Thus it seems odd that only European Foundations which are not purely grant-making should be allowed.“

tungsrecht. Dort ist der Betrieb eines Gewerbes nur dann erlaubt, sofern dies der Erreichung des gemeinnützigen Zwecks *unmittelbar dient*.⁸⁵ So oder so ähnlich könnte ein praktikabler Kompromiss aussehen, der versucht, zwischen den Extremen eines die wirtschaftliche Entfaltung von Stiftungen stark einschränkenden Modells⁸⁶ und einer schrankenlosen Liberalisierung zu vermitteln.

IV. Entstehung der European Foundation

1. Neuerrichtung

a) Stiftungsgeschäft und Dokumente

Wie in sämtlichen Mitgliedstaaten der EU wird für die Errichtung einer European Foundation eine privatrechtliche Erklärung (Stiftungsgeschäft) vorausgesetzt, welche die *essentialia negotii* enthalten muss: Die verbindliche Erklärung des Stifters, eine Stiftung für einen bestimmten,⁸⁷ von ihm vorgegebenen (nach derzeitigem Modell zwingend gemeinnützigen) Zweck zu errichten und zur Erfüllung dieses Zwecks ein Vermögen zu widmen. Neben einer Stiftungsurkunde (*formation deed*) wird eine Stiftungssatzung erforderlich sein, die etwa Angaben zu Name, Zweck und Sitz der Stiftung enthält.

b) Normativ- bzw. Registerverfahren

Daneben stellt sich im Rahmen der Stiftungserrichtung die Frage nach dem durchzuführenden Errichtungsverfahren und etwaigen Anerkennungs- oder Registrierungspflichten. Es handelt sich hierbei um eine Frage, die den Charakter eines Stiftungsrechts prägt, weil sie das Verhältnis der Stiftung zum

85 Nach dem Kriterium des „unmittelbaren Dienens“ könnte etwa der Betrieb eines Pflegeheims zulässig sein, in welchem Begünstigte, die von einem auf Pflege gerichteten Stiftungszweck umfasst werden, unmittelbar behandelt werden können. Unzulässig wäre indes der Betrieb eines Handelsunternehmens, welches die ausgeschütteten Gewinne einem gemeinnützigen Zweck zuführt. Zur Rechtslage in Liechtenstein siehe Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 122. Weiter geht Art. 4 Nr. 2 des EFC-Entwurfs: „An EF shall have the capacity, and be free, to engage in trading or other economic activities provided that any income or surpluses are clearly and directly used in pursuance of its public benefit purposes and do not constitute the main aim of the EF.“

86 In diese Richtung geht Art. 6.2 des European Foundation-Projekts, wonach sich die Europäische Stiftung nicht dauerhaft und unmittelbar kaufmännisch betätigen darf: „A European Foundation may not engage in permanent trading as a direct activity.“

87 Zur Bestimmtheit des Zwecks siehe Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 49f.; MünchKommBGB/Reuter, §§ 80, 81 Rdn. 27.

Staat bestimmt⁸⁸ und damit entsprechend viel Streitkraft in den einzelnen Stiftungsrechtsordnungen besitzt.⁸⁹ Die Machbarkeitsstudie postuliert als eine der elementaren Eigenschaften der Europäischen Stiftung eine Errichtung durch Eintragung in ein Register.⁹⁰ Neben dem Stiftungsgeschäft als privatrechtlichem Akt des Stifters soll damit die Beteiligung einer staatlichen Instanz in Form einer Registrierung hinzutreten, wobei der staatlichen Registerstelle kein Ermessen zuzustehen soll.⁹¹ Damit spricht sich die Machbarkeitsstudie für eine moderate Form staatlicher Mitwirkung, nämlich ein Normativ- bzw. Registermodell aus und lehnt das etwa in Deutschland weiterhin bestehende und vielfach kritisierte System der Konzession durch einen (wenngleich gebundenen) Verwaltungsakt⁹² ab.

Uneinigkeit besteht freilich darüber, wo eine derartige Registrierungsstelle funktional wie örtlich angesiedelt sein soll. In Betracht käme eine (neue) europäische Zentralstelle einerseits oder die entsprechenden Registrierungsstellen der einzelnen Mitgliedstaaten andererseits.⁹³ Diese Frage muss gemeinsam mit derjenigen nach Ansiedlung und Kompetenzen der zuständigen Aufsichtsbehörden diskutiert werden.⁹⁴ Im Ergebnis bedarf es einer Grundentscheidung, ob die Europäische Stiftung eine Zentralbehörde (in Brüssel?) erhalten oder ob die staatliche Mitwirkung an die Mitgliedstaaten delegiert werden soll. Gegen die Übertragung der Register- und Aufsichtszuständigkeit auf nationale Einrichtungen würde sprechen, dass dort eine neue Ebene geschaffen würde, die zu einer „Janusköpfigkeit“ führen und die Arbeit dieser zu meist ohnehin überlasteten Stellen zusätzlich erschweren könnte. Zudem variieren diese Einrichtungen in Gestalt und Form (etwa Behörde oder Gericht) und unterstehen unterschiedlichen nationalen Systemen (Register- oder Kon-

88 Für einen Überblick über die verschiedenen Modelle staatlicher Mitwirkung bei Stiftungserrichtung und -beaufsichtigung MünchHdbGesR/Jakob (Fn. 3), § 119 Rdn. 65 ff.

89 Zu den diesbezüglichen Diskussionen ausführlich Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 262 ff.

90 Vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 195.

91 Siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 196.

92 Zum Stand der Diskussion siehe Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 263 ff.

93 Und in der Tat sehen Art. 3 und 6 des EFC-Entwurfs eine Eintragung durch eine europäische Zentralbehörde vor, während Art. 3.5 des European Foundation-Projekts eine Eintragung durch die von den Mitgliedstaaten zu bezeichnenden staatlichen Instanzen postuliert.

94 Zur Aufsicht über Europäische Stiftungen siehe unten VI. 2. Zur denkbaren, aber wohl nicht anzuratenden grundsätzlichen Trennung von (europäischer) Register- und (nationaler) Aufsichtszuständigkeit siehe allgemein Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 503 f. In diese Richtung auch Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 204: „The State supervisory authority should have the following tasks and powers: (...) registration“.

zessionssystem).⁹⁵ Ferner bedürfte es Überlegungen, wie die Behörde im Registerstaat die Stiftungstätigkeit in den übrigen Mitgliedstaaten überwachen und Maßnahmen durchsetzen sollte.⁹⁶ Auf der anderen Seite jedoch ließen sich Registrierung und Aufsicht sicherlich in die Systematik der nationalen Stiftungsverwaltungen einfügen. Die Erschaffung einer völlig neuen EU-Behörde erscheint vor diesem Hintergrund nicht zwingend erforderlich oder eher erfolgversprechend,⁹⁷ was an dieser Stelle nur belegt werden soll mit den Stichworten: EU-(Annex-)Kompetenz zur Erschaffung einer Zentralbehörde? Gemeinschaftseigener Vollzug? Kompetenzen, Expertise und Sachnähe der Behörde? Durchsetzung von Aufsichtsmaßnahmen? Rechtsschutz? Aufwand des europäischen Verwaltungsapparats und abschreckende Wirkung einer gegebenenfalls fernen und fremden Zentralbehörde! Möglicherweise müsste an dieser Stelle dann auch der Faden aufgenommen werden, ob die Stiftungsaufsicht nicht ohnehin funktional bei einer Gerichtsinstanz anstelle einer Verwaltungsbehörde angesiedelt sein sollte.⁹⁸

Eine staatliche Mitwirkung an der Errichtung der Europäischen Stiftung durch eine Registereintragung ist jedoch insgesamt zu begrüßen. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass zwingende gesetzliche Vorgaben eingehalten werden, ohne dass der staatlichen Instanz ein eigener Ermessensspielraum *in puncto* Eintragung verbliebe. Die strittige Frage nach der Intensität einer staatlichen Mitwirkung bei der Stiftungsentstehung würde damit im mo-

95 Dazu im Überblick MünchHdbGesR/Jakob (Fn. 3), § 119 Rdn. 65 ff.; *ders.*, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 263 ff. So bestünde bei denjenigen Mitgliedstaaten, die (bislang) dem *Konzessionssystem* folgen, das Erfordernis der Einführung einer (separaten?) Registrierung Europäischer Stiftungen, was zu einer unterschiedlichen Behandlung letzterer im Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Stiftungen führen könnte.

96 Denkbar erscheint, mit einem Registersitz zu arbeiten, der die Zuständigkeit der Registerbehörde begründet, und einem effektiven Verwaltungssitz, der (im Laufe der Stiftungstätigkeit) vom Registersitz abweichen und die Zuständigkeit einer anderen nationalen Aufsichtsbehörde begründen kann; siehe zu den bisherigen Überlegungen zur Zuständigkeit für die Aufsicht über Europäische Stiftungen unten VI. 2. Insgesamt ist die Diskussion zur Bedeutung des Sitzes und seines Wechsels noch nicht abschließend geführt worden; auch die Machbarkeitsstudie bringt insoweit keinen Erkenntnisgewinn (kritisch daher zu Recht die Stellungnahme des EFC zur Machbarkeitsstudie, vgl. EFC preliminary commentary on the Feasibility Study, Februar 2009, 10 [abrufbar unter <http://www.efc.be>]: „The Feasibility Study does not address in much detail the issue of ‘seat’ and transfer of seat“). Zudem müssten Gedanken über die Zusammenarbeit von Behörden und Maßnahmen im Sinne einer Amtshilfe etc. angestellt werden.

97 Im Rahmen der Konsultation hat die Mehrzahl der aus dem Gemeinnützigkeitssektor eingegangenen Stellungnahmen eine europäische Aufsicht befürwortet, sich alternativ aber für eine Delegation auf die nationalen Behörden ausgesprochen. Die Vertreter der öffentlichen Behörden treten dagegen einstimmig für eine national verankerte Aufsicht ein. Vgl. Zusammenfassung der Kommission, S. 4.

98 Zu dieser Diskussion bereits Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 505 ff. Außerdem unten Fn. 177.

dern-moderaten Sinne gelöst. Um den Schutz des Rechtsverkehrs hinreichend zu gewährleisten, wäre die Eintragung allerdings konstitutiv auszugestalten, mit der Folge, dass die Europäische Stiftung erst zu diesem Zeitpunkt als Rechtsperson entsteht.⁹⁹

c) Vermögensausstattung

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang auch der Frage nach zwingenden Angaben zur vermögensrechtlichen Ausstattung einer Stiftung zu. Während einige Länder ein zahlenmäßig bestimmtes Anfangsvermögen (= Mindestvermögen) vorschreiben, verlangen andere Staaten ein ausreichendes Stiftungsvermögen im Verhältnis zum Stiftungszweck (sog. Zweck-Mittel-Relation). Eine dritte Gruppe verzichtet schließlich gänzlich auf Vorgaben zum Anfangsvermögen.¹⁰⁰ Eine Regelung des anfänglichen Mindestvermögens der Europäischen Stiftung könnte eine Seriositätsschwelle darstellen und von vornherein die Entstehung von Kleinstiftungen ausschließen. Starre Grenzen *in puncto* Mindestvermögen können jedoch dem Stiftungsgedanken auch abträglich sein, allen voran durch die Einbuße an Flexibilität der Europäischen Rechtsfigur.

Im deutschen Stiftungsrecht etwa existieren *de lege lata* keine gesetzlichen Vorgaben zum Umfang des Stiftungsvermögens.¹⁰¹ Es ist vielmehr Aufgabe der Stiftungsaufsicht, über die funktionsfähige Einhaltung der Zweck-Mittel-Relation im konkreten Einzelfall zu wachen,¹⁰² was angesichts der jedem Stiftungsprojekt zugrunde liegenden eigenen Struktur, Dynamik und Mittelabhängigkeit auch sachgerecht erscheint.¹⁰³ Die behördliche Entscheidung ist

99 So auch Art. 2 des European Foundation-Projekts sowie Art. 3 des EFC-Entwurfs. Auf Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Zeitraum zwischen der Stiftungserrichtung (durch Vornahme des Stiftungsgeschäfts) und der Entstehung der Europäischen Stiftung (infolge konstitutiv wirkender Registereintragung) – insbesondere auf die Frage nach der Existenz einer Art Europäischen „Vor-Stiftung“ – kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Zur Diskussion um die Vorstiftung im deutschen Recht Hüttemann, FS Spiegelberger, 2009, S. 1292 ff.

100 Zum Überblick siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 78 ff.; Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 61 ff.

101 Gleichwohl scheinen einige Landesstiftungsbehörden *de facto* die Ausstattung der Stiftung mit einem Mindestvermögen zu verlangen. Ablehnend Münch-KommBGB/Reuter, §§ 80, 81 Rdn. 14. Für eine Zusammenstellung der Praxis verschiedener Stiftungsbehörden vgl. Schwake, NZG 2008, 248 ff., 249.

102 Hierzu ausführlich Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 65 f., auch zur Frage, ob die Aufsichtsbehörde lediglich die *Prognose des StifTERS* auf ihre Vertretbarkeit überprüfen darf.

103 So kann es etwa für die Anerkennung einer Stiftung durchaus ausreichend sein, wenn der Stifter nur einen geringen Vermögensstamm als Anfangsvermögen aussetzt und eine Aufstockung des Stiftungsvermögens durch Dritte gesichert erscheint, vgl. Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 149 f. Hüttemann, FS Werner, 2009, S. 85 ff., 90, hält sogar eine *eigene* – auch nur symbolische – Vermögenszusage durch den Stifter für entbehrlich. Erforderlich sei vielmehr eine verbindliche Ver-

justiziabel und bietet damit auch hinreichende Rechtssicherheit, da die Möglichkeit besteht, gegen die Versagung der Anerkennung verwaltungsgerichtlich vorzugehen.¹⁰⁴ Ob man ein vergleichbares Verfahren auch auf europäischer Ebene vorsehen könnte, hinge zunächst davon ab, wie der Entstehungsmodus der Europäischen Stiftung ausgestaltet wäre und wo (auf europäischer oder mitgliedstaatlicher Ebene) die Register- und Aufsichtsbehörden angesiedelt wären. Würde die Europäische Stiftung mit dem Eintrag in ein Register entstehen und dann von mitgliedstaatlichen Behörden beaufsichtigt,¹⁰⁵ könnte sicherlich nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Mitgliedstaaten schon auf der Ebene des „Eintritts“ in die Rechtsform zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen würden. Die mitgliedstaatliche Prüfung hätte zwar im Lichte des Europarechts zu erfolgen; nichtsdestoweniger bestünde das Risiko starker Abweichungen. Zudem erschiene ein Verweis auf den EuGH, dessen Judikatur zu einer Angleichung der Kriterien führen könnte, in Anbetracht der Verfahrensdauer und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit nur begrenzt durchschlagend. Aus diesen Gründen spricht einiges dafür, für die Europäische Stiftung ein *Mindestvermögen* vorzusehen, welches unter Würdigung des grundsätzlich auf Dauer angelegten Charakters der Rechtsform Stiftung 50.000 EUR betragen könnte¹⁰⁶ – die Europäische Stiftung ist eben eine alternative Rechtsform, für die eine „Eintrittskarte“ aufgrund ihrer besonderen Funktion auch vor dem Hintergrund der Stifterfreiheit¹⁰⁷ gerechtfertigt erscheint.¹⁰⁸

2. Umwandlung bestehender mitgliedstaatlicher Stiftungen

Neben der Gründung *ex nihilo* stellt sich die Frage, ob auch bestehende mitgliedstaatliche Stiftungen in die Rechtsform einer Europäischen Stiftung umgewandelt werden können. Hierbei tut sich ein Spannungsfeld auf: Einerseits würde es unzweifelhaft zur Bedeutung der neuen Rechtsform beitragen, wenn

mögenswidmung, d. h. „die Herstellung einer Mittel-Zweck-Beziehung“, egal ob sie unmittelbar durch die Vermögenszusage des Stifters selbst herbeigeführt wird (mit der entsprechenden Rechtsfolge des § 82 BGB) oder ob sich aus der Erklärung des Stifters ergibt, mit welchen Drittzweckwendungen die Stiftung ausgestattet werden soll.

104 Zu den diesbezüglichen, zum Teil problematischen Rechtsschutzmöglichkeiten Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 252 ff.

105 Siehe dazu oben IV. 1. b.

106 So auch Art. 1 Nr. 3 des EFC-Entwurfs. Siehe außerdem die bei der Konsultation eingegangenen Stellungnahmen, die Vorschläge von 5.000 bis zu 300.000 EUR enthalten, vgl. Zusammenfassung der Kommission, S. 13.

107 Zur Stifterfreiheit und einem Grundrecht auf Stiftung siehe nur Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 108 ff.

108 Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 200, weist zudem darauf hin, dass die Europäische Stiftung anderenfalls in denjenigen Mitgliedstaaten, die ein bestimmtes Stiftungsvermögen vorschreiben, für Umgehungen des nationalen Rechts genutzt werden könnte.

auch der Vielzahl von existierenden Stiftungen das neue Rechtskleid der Europäischen Stiftung offenstünde. Andererseits muss jede Umwandlung einer Stiftung an den allgemeinen Voraussetzungen gemessen werden; vor allem gilt es den Stifterwillen zu wahren, der sich eben zunächst nicht auf eine Europäische Stiftung gerichtet hat. Nachdem der Stifter einer nationalen „Alt-Stiftung“ die Alternative einer Europäischen Stiftung in aller Regel aber gar nicht in seine Überlegungen miteinbeziehen konnte, lassen sich hier die allgemeinen Grundsätze nutzbar machen, etwa eine hypothetische Auslegung des Stifterwillens unter Beachtung des Erfordernisses von Andeutungen¹⁰⁹ einer grenzüberschreitenden, europäischen Dimension des Projekts. Somit spricht viel dafür, die Umwandlung bestehender Stiftungen in eine Europäische Stiftung dem Grunde nach zuzulassen, möchte man letzterer nicht von vornherein einen rein auf die Zukunft gerichteten Wirkungsbereich geben. Ein Wechsel des Rechtskleides wäre indes als wesentliche Änderung bzw. als Grundlagen-geschäft nicht schrankenlos möglich, sondern an strenge Voraussetzungen geknüpft.

Hierbei sind zwei Ebenen auseinanderzuhalten: Sähe eine künftige Verordnung die Gründung einer Europäischen Stiftung durch Umwandlung existierender nationaler Stiftungen vor, würde es sich hierbei um eine Art Eintrittsgesetzgebung handeln, die auf europäischer Ebene eine zur Neuerrichtung alternative Errichtungsmöglichkeit verankern würde. Hiervon zu unterscheiden wäre die Austrittsgesetzgebung, in deren Rahmen das nationale Recht entscheiden müsste, ob und unter welchen Voraussetzungen etwa eine deutsche Stiftung in eine Europäische Stiftung umgewandelt werden kann. Aus dieser Dualität folgt zugleich, dass neben etwaigen europarechtlichen Vorgaben für die Umwandlung nationaler Stiftungen gegebenenfalls die nationalen Rechtsordnungen auf diese Konstellation reagieren müssten.

Gestattet ein Mitgliedstaat bereits nach heutigem Recht die grundsätzliche Umwandlungsmöglichkeit „seiner“ Stiftungen in eine andere Rechtsform unter Einhaltung eines bestimmten Verfahrens, ergäben sich keine grundlegenden Besonderheiten, sofern diese nationalen Voraussetzungen erfüllt wären. Schwieriger wäre der Fall in denjenigen Mitgliedstaaten zu beurteilen, die eine Transformation der Rechtsform Stiftung überhaupt nicht vorsehen (wie etwa Deutschland).¹¹⁰ Hier könnte der nationale Gesetzgeber die Schaffung der Europäischen Stiftung zum Anlass nehmen, im Wege einer Anpassungsgesetzgebung die Umwandlung von mitgliedstaatlichen in Europäische Stiftungen

109 Zur sog. *Andeutungstheorie* und ihrer Anwendbarkeit im Stiftungsrecht auch aus rechtsvergleichender Sicht Jakob in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.) (Fn. 20), § 5; vgl. auch Werner in: Werner/Saenger (Hrsg.), Die Stiftung, 2008, Rdn. 315; Hof in: Seifart/v. Campenhausen (Hrsg.), Stiftungsrechtshandbuch, 3. Aufl. 2009, § 6 Rdn. 69, 119.

110 Einen Sonderfall und die insoweit einzige Umwandlungsmöglichkeit für Stiftungen stellen die Vorschriften der §§ 161 ff. UmwG dar, vgl. Semler/Stengel (Hrsg.), Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2007, § 161 UmwG Rdn. 1.

im eigenen Recht zu verankern.¹¹¹ Doch auch ohne eine solche Anpassung könnte einer Umwandlungsmöglichkeit auf der Austrittsebene gegebenenfalls zur Wirkung verholten werden. Sähe das Gemeinschaftsrecht auf der Eintrittsebene die Umwandlung nationaler Stiftungen vor, das nationale Recht hingegen nicht, müsste – falls sich kein Anwendungsvorrang verifizieren ließe – nach dem Grundsatz des „*effet utile*“ (vgl. Art. 10 EG bzw. neu: Art. 4 Abs. 3 EU-Vertrag)¹¹² versucht werden, der gemeinschaftsrechtlichen Norm trotz etwaiger Widersprüche im mitgliedstaatlichen Recht die größtmögliche Wirkung zu verleihen.¹¹³ Aus deutscher Sicht wäre daher zu überlegen, eine Umwandlung im Wege einer *a maiore ad minus*-Auslegung des § 87 BGB zu ermöglichen: Bei einer Unmöglichkeit der (etwa grenzüberschreitenden) Zweckerfüllung könnte als weniger einschneidende Option zur Aufhebung eine Umwandlung in eine Europäische Stiftung in Betracht gezogen werden, wobei die Unmöglichkeit im Lichte des Europarechts wohlwollend ausgelegt werden könnte (*effet utile*). Allerdings wäre ein solches Vorgehen stets am (hypothetischen) Stifterwillen als oberster Richtschnur zu messen, an welchem auch ein etwaiges Vorgehen des deutschen Gesetzgebers auszurichten wäre. Freilich kann die Diskussion an dieser Stelle nur angestoßen werden.¹¹⁴

V. Die Beteiligten der European Foundation und ihre Rechtsstellung

Als Stiftungsbeteiligte lassen sich diejenigen (natürlichen oder juristischen) Personen bezeichnen, die am Stiftungsleben aktiv oder passiv teilhaben und dadurch in einem tatsächlichen oder rechtlichen (Nähe-)Verhältnis zur Stiftung stehen.¹¹⁵ Hierzu gehören zuvörderst der Stifter, die (obligatorischen

111 In Deutschland könnte dies durch eine Änderung des § 191 UmwG geschehen: So könnten in Abs. 1 als rechtsformwechselnde Rechtsträger die Stiftungen nach §§ 80ff. BGB und als Rechtsträger neuer Rechtsform in Abs. 2 die Europäischen Stiftungen eingefügt werden. Aus stiftungsdogmatischer Sicht könnte es sich freilich anbieten, zusätzlich in den §§ 80ff. BGB die Voraussetzungen und das Verfahren dieser Umwandlung zu normieren.

112 Umfassend zum *effet utile Mosiek*, *Effet utile* und Rechtsgemeinschaft – Zugleich ein Beitrag zur Kompetenzordnung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, *passim*; *Potacs*, EuR 2009, 465 ff.

113 Vgl. *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2006, S. 100; *Mosiek* (Fn. 112), S. 8.

114 Weitere offensichtliche Fragen wären, ob die Europäische Stiftung eine „Einbahnstraße“ sein soll oder auch (Rück-)Umwandlungen in mitgliedstaatliche Stiftungen möglich sein sollen; ferner, ob und inwieweit die nationalen Stiftungsaufsichtsinstanzen mitwirken müssten, da es sich bei einer Umwandlung in eine Europäische Stiftung um eine *grundlegende* bzw. *strukturelle Verfassungsänderung* der *ursprünglichen* Stiftung handeln dürfte; auch die Frage des Rechtsschutzes für den Fall der Erteilung oder Versagung der „Umwandlungsgenehmigung“ erscheint interessant.

115 Umfassend zu den Stiftungsbeteiligten und ihrem jeweiligen Verhältnis zur Stiftung *Jakob*, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 103 ff.

und fakultativen) Stiftungsorgane und ihre Mitglieder, die Begünstigten, die Stiftungsaufsichtsbehörde sowie in einem weiteren Sinne der übrige Rechtsverkehr (z. B. Erben oder Stiftungsgläubiger).¹¹⁶

Blickt man auf die Machbarkeitsstudie, werden die Beteiligten richtigerweise unter dem Aspekt der Governance beleuchtet.¹¹⁷ Ein genuiner „Beteiligtenansatz“ wird damit allerdings nicht verfolgt; hierunter wäre zu verstehen, die Beteiligten als das Fundament des stiftungsrechtlichen Organisationsgefüges anzusehen und aus ihren Interessen heraus die strukturbestimmenden Wertungen sowie die Mechanismen der Governance zu entwickeln.¹¹⁸ Nachfolgend werden Stifter, Organe und Begünstigte näher betrachtet.

1. Der Stifter

Ohne Stifter gibt es keine Stiftung; dem Stifter kommt damit eine Schlüsselrolle im stiftungsrechtlichen Beteiligtengefüge zu. Dem Stiftungsverständnis in den meisten Mitgliedstaaten liegt zwar das Trennungs- und Erstarrungsprinzip zugrunde, wonach sich der Stifter durch die Stiftungserrichtung grundsätzlich endgültig von dem gewidmeten Vermögen trennt, Stifter und Stiftung zwei selbstständige Rechtssubjekte werden und der Stifterwille mit dem Errichtungsakt erstarrt. In der Rechtswirklichkeit zeigt sich jedoch vielfach, dass der Stifter ein besonders großes Interesse hat, seinen Stiftungszweck effektiv zu vollziehen und damit auch am Stiftungsleben teilzunehmen. Der Umfang und die Grenzen zulässiger Stifterpartizipation sind somit von entscheidender Bedeutung im Verhältnis des Stifters zu „seiner“ Stiftung und damit auch für den Charakter eines Stiftungsrechts.¹¹⁹

Zum einen kann sich der Stifter statutarisch zahlreiche Einflussnahmemöglichkeiten sichern, die unabhängig von seiner Stellung als Stifter existieren und die er auch jedem Dritten einräumen könnte (sog. „Drittrechte“). Hierzu zählen etwa die Einsetzung des Stifters selbst zum Stiftungsvorstand oder der statutarische Vorbehalt von Vetorechten in Bezug auf Vorstandsbeschlüsse.¹²⁰ Solche Formen der Teilhabe des Stifters sind in den meisten mitgliedstaatli-

116 Interessant ist das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, das in Art. 552 § 3 PGR eine grundsätzlich abschließende Legaldefinition der Stiftungsbeteiligten enthält, welche letztere in Art. 552 §§ 4–8 PGR näher umschrieben werden. Zum Ganzen *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 469, dort auch zur Frage, ob es daneben weitere Beteiligte geben kann (so etwa Zustifter oder Spender), denen aufgrund eines legitimen Interesses ein Antragsrecht auf aufsichtsrechtliches Handeln gemäß Art. 552 § 29 Abs. 4 bzw. § 35 PGR zustehen soll.

117 Vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 62 ff. und 201 ff.

118 Vgl. hierzu bereits *Jakob*, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 537 ff.

119 Zum Ganzen *Jakob*, FS Werner, 2009, S. 101 ff.

120 Vgl. *Hof* in: Seifart/v. Campenhausen (Hrsg.) (Fn. 109), § 8 Rdn. 122 f., sowie *Jakob*, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 143.

chen Stiftungsrechtsordnungen Europas unproblematisch¹²¹ und dürften auch auf der Ebene der Europäischen Stiftung anzuerkennen sein.

Von den Drittrechten zu trennen sind indes solche Rechte, mit welchen der Stifter auch nach Stiftungerrichtung deswegen Einfluss auf seine Stiftung gewinnen kann, weil er Stifter ist (sog. „Stifterrechte“ im eigentlichen Sinne); Rechte also, die dem Stifter gerade in dieser Eigenschaft zukommen und Dritten nicht eingeräumt werden können.¹²² Hierbei stehen Rechte des Stifters im Vordergrund, mittels derer er sich in der Stiftungserklärung eine Zweckänderung oder gar den Widerruf der Stiftung vorbehalten kann. Derartige Rechte können zur Attraktivität einer Stiftungsrechtsordnung beitragen, da sie Stiftern eine Möglichkeit bieten, den mit der Stiftungerrichtung grundsätzlich unabänderlich manifestierten Stifterwillen neuen Gegebenheiten anzupassen. Sie stellen somit eine (anfängliche) Öffnung des Trennungs- und Erstarrungsprinzips dar – die Stiftung entsteht bereits mit der Änderungs- oder Widerrufsmöglichkeit. In traditionellen Stiftungsrechtsordnungen werden die Stifterrechte zu Recht als heikel angesehen. Sie existieren in ihrer Reinform nur in Ländern, welche die Stiftung jedenfalls auch als Vehikel für die privat- und eigennützige Vermögensperpetuierung verstehen und die ihren Stiftungsrechtsordnungen daher ein Privatstiftungsmodell zugrunde legen.¹²³ Eine voraussetzungslose Zulassung solcher Gestaltungen kommt deshalb auf europäischer Ebene bereits aus rechtspolitischen Gründen kaum in Betracht.

Löst man sich allerdings von dem Gedanken, dass derartige Rechte nur deswegen geschaffen wurden, um temporäre Haftungs- oder Steuerexklaven zu ermöglichen, sondern auch gemeinnützige Vorhaben auslösen, unterstützen und erhalten können, könnte man auf die Idee kommen, anstelle einer „Alles-oder-nichts“-Lösung auf europäischer Ebene nach einem Kompromiss zwischen traditioneller Stiftungsdogmatik und einer rein funktionalistischen Sichtweise zu suchen. Derartige Kompromisslösungen lassen sich bereits heute in nächster Nähe finden. So unternimmt etwa das „klassische“ schweizerische Stiftungsrecht den Versuch, das Trennungsprinzip durch die zum 1. 1. 2006 eingeführte Vorschrift des Art. 86a CH-ZGB¹²⁴ in einem modernen Sinne zu lockern, gleichzeitig jedoch Missbrauch der Änderungsmöglichkeit

121 Siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 70.

122 Dieser Unterscheidung in „Drittrechte“ und „Stifterrechte“ wird nicht nur in Deutschland, sondern auch in den meisten anderen Rechtsordnungen noch nicht ausreichende Bedeutung beigemessen; vgl. Jakob, FS Werner, 2009, S. 106; ders., Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 218 ff.

123 Zu den entsprechenden Stifterrechten im österreichischen Recht siehe § 33 Abs. 2 und § 34 PSG sowie Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 144. Zu Stifterrechten im liechtensteinischen Recht vgl. Art. 552 § 30 PGR sowie ders., Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 217 ff.

124 Vgl. BG v. 8. 10. 2004, AS 2005, 4545. Zu diesem Gesetz Jakob, RIW 2005, 669 ff. Zu weiteren Entwicklungen im Schweizer Stiftungsrecht ders., ZEV 2009, 165 ff.

durch enge zeitliche und sachliche Grenzen zu verhindern. Nach dieser Vorschrift kann der Stifter den Zweck der Stiftung nachträglich ändern, wenn er sich dieses höchstpersönlich ausgestaltete Recht in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat, seit Stiftungerrichtung oder der letzten Zweckänderung mindestens zehn Jahre verstrichen sind und die Stiftung einen ursprünglich gemeinnützigen (und damit steuerbefreiten) Zweck bewahrt.¹²⁵ Auch wenn die Regelung in der Tat ein Optimierungspotential besitzt,¹²⁶ so hat sie doch eine *benchmark* gesetzt, mit der es sich auseinanderzusetzen gilt.

Auch auf der von Gemeinnützigkeit geprägten europäischen Ebene ließe sich also grundsätzlich ein Zweckänderungsrecht des Stifters andenken, etwa wenn es mit der Forderung verknüpft würde, dass auch der neue Zweck zwingend ein gemeinnütziger sein müsste. Möchte man weiter einschränken, könnte eine Alternative zur Einführung stets willkürlicher zeitlicher Grenzen (Schweiz) darin liegen, das Änderungsrecht anhand materieller Legitimitätskriterien in Form einer Interessenabwägung zu kanalisieren, etwa indem die Interessen des Stifters an der Zweckänderung denen der Stiftung am unveränderten Bestand gegenübergestellt werden.¹²⁷ Alles in allem sollte jedenfalls deutlich geworden sein, dass *in puncto* Stifterrechte subtile Lösungen denkbar sind, die nicht von vornherein mit der traditionellen Stiftungsdogmatik unvereinbar erscheinen. Möchte man zu einem erfolgversprechenden Europäischen Stiftungsstatut gelangen, scheint es daher notwendig, sich auch auf europäischer Ebene mit diesem vielschichtigen Thema, unter Einbezug möglicher Konsequenzen der Einräumung von Stifterrechten,¹²⁸ zu beschäftigen – ein bislang in der europäischen Diskussion und auch von der Machbarkeitsstudie vernachlässigtes Feld.

2. Die Organe

a) Obligatorische Organe

Als mitgliederlose juristische Person bedarf eine Stiftung zu ihrer Handlungsfähigkeit eines für sie handelnden Organs. Das oberste Stiftungsorgan (Stiftungsvorstand bzw. Stiftungsrat) fungiert als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der Stiftung und hat den Stiftungszweck nach den Vorgaben des Stifterwillens zu vollziehen. Aufgrund des Fehlens einer verbandsmäßigen Struktur ist der Stiftungsvorstand im Gegensatz zu den obersten Organen körperschaftlich verfasster Rechtspersonen also kein Willensbildungsorgan: Mit

125 Die Reaktionen in der Schweizer Literatur sind uneinheitlich. Einige Stimmen kritisieren ein der Regelung weiterhin immanentes Missbrauchspotential, siehe etwa Riemer, JHR 2002, 11 ff., andere gerade ihre Beschränkungen, vgl. Vez, ZBJV 2007, 229 ff., 241 f.

126 Vgl. Einzelheiten und Vorschläge bei Jakob, SJZ 2008, 533 ff., 536 f.

127 Siehe dazu ausführlich Jakob, FS Werner, 2009, S. 105 f.; ders., SJZ 2008, 533 ff., 536 f.

128 Dazu bereits Jakob, FS Werner, 2009, S. 109 ff.

der Stiftungserrichtung wird der im Stiftungszweck manifestierte Stifterwille zur obersten Richtschnur für das Handeln des Stiftungsvorstands.¹²⁹

In sämtlichen Mitgliedstaaten steht es dem Stifter als Auswirkung der Stifterautonomie frei, die Modalitäten mit Bezug zur Ernennung von Vorstandsmitgliedern zu regeln.¹³⁰ So wird auch der Stifter einer Europäischen Stiftung sich selbst zum obersten Stiftungsorgan einsetzen, dem Vorstand das Recht zur Kooptation einräumen sowie eine verbindliche Ober- oder Untergrenze für die Mitgliederzahl festschreiben können.¹³¹

Kaum Erkenntnisgewinn bietet die Machbarkeitsstudie indes im Zusammenhang mit der für die Praxis wichtigen Frage nach der Haftung des obersten Organs der Europäischen Stiftung. Hierbei geht es zum einen um die Haftungsvoraussetzungen bei Pflichtverletzungen des Stiftungsvorstands. So wäre es denkbar, die Handlungsorgane dem jeweiligen nationalen Haftungsregime am Sitz der Stiftung zu unterwerfen. Um jedoch in haftungsrechtlicher Sicht eine Rechtszersplitterung innerhalb der EU zu vermeiden, würde es sich anbieten, in Anlehnung an den Entwurf für die Europäische Privatgesellschaft¹³² in der Verordnung über die Europäische Stiftung die konkreten Pflichten des Stiftungsvorstands zu normieren und eine Haftung gegenüber der Stiftung für etwaige Pflichtverletzungen vorzusehen.¹³³ Überlegenswert erscheint zum anderen eine Herabsetzung bzw. Herabsetzbarkeit des Verschuldensmaßstabs für unentgeltlich tätige Vorstandsmitglieder, um ehrenamtliche Tätigkeit im Bereich der Europäischen Stiftung zu fördern.¹³⁴

129 Zum Verhältnis von Stifterwillen und Vorstandsautonomie unter Zugrundelegung eines grundsätzlich unabhängigen Willenskerns und eines flexiblen Willenshofs Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 206.

130 Für einen Überblick sowie Länderspezifika siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 63 f.

131 Vgl. zur Mindestanzahl an Mitgliedern nochmals im Rahmen der Foundation Governance, unten VI. 1. a.

132 Siehe Art. 31 des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft.

133 Vgl. auch Art. 4. 1. 1 des EFC-Projekts.

134 So gilt etwa im deutschen Recht seit 3. 10. 2009 ein neuer § 31a BGB, eingefügt durch Gesetz v. 28. 9. 2009, vgl. BGBl. I (2009), S. 3161. Hiernach haftet ein Vorstand gegenüber dem Verein – und über den angepassten Wortlaut in § 86 BGB auch gegenüber einer Stiftung – für einen in Wahrnehmung seiner Vorstandspflichten verursachten Schaden nur bei Vorliegen von *Vorsatz* oder *grober Fahrlässigkeit*, sofern er unentgeltlich tätig ist oder für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält, die 500 Euro jährlich nicht übersteigt. Siehe hierzu *Sobotta/v. Cube*, DB 2009, 2082 ff.; *Unger*, NJW 2009, 3269. Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht enthält demgegenüber eine *Kann-Bestimmung*, vgl. Art. 552 § 24 Abs. 6 PGR: „Werden Mitglieder des Stiftungsrats unentgeltlich tätig, so kann die Haftung für leichte Fahrlässigkeit in der Stiftungserklärung ausgeschlossen werden, soweit dadurch die Gläubiger der Stiftung nicht geschädigt werden.“ Siehe dazu Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 342.

Bedeutung im stiftungsrechtlichen Organisationsgefüge kann auch eine Revisions- bzw. Rechnungsprüfungsstelle erlangen, welche für die Überprüfung der Rechnungslegung einer Stiftung verantwortlich zeichnet. Während vor allem die älteren Stiftungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine obligatorische Revisionsstelle nicht vorsehen, schreiben andere Länder eine solche für bestimmte Stiftungen (etwa ab einer gewissen Größe) vor. Die Machbarkeitsstudie spricht sich dafür aus, zumindest die Rechnungslegung der „größten“ Europäischen Stiftungen einer – dann wohl obligatorischen – Überprüfung durch eine unabhängige Revisionsstelle zu unterziehen.¹³⁵ Zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit der Revisionsstelle sind indes klärungsbedürftig. So müsste der unbestimmte Begriff der „größten“ Stiftungen konkretisiert werden, etwa am Beispiel der abgestuften Regelung des Schweizer Stiftungsrechts. Dort unterliegen seit 1. 1. 2008 nach Art. 83b Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 727 OR diejenigen Stiftungen der Pflicht einer ordentlichen, dem Recht der Aktiengesellschaft entsprechenden Revision, die zwei der drei nachstehenden Größen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren erfüllen: Bilanzsumme von 10 Mio. CHF, Umsatzerlös von 20 Mio. CHF, 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Alle anderen Stiftungen unterliegen der Pflicht einer eingeschränkten Prüfung, falls sie nicht ausnahmsweise von der Aufsichtsbehörde befreit worden sind.¹³⁶ Bisher unklar geblieben ist auch, ob die Revisionsstelle ein Organ der Europäischen Stiftung bilden soll,¹³⁷ als externer Dienstleister oder gar als beliebiger Arm der Aufsichtsbehörde fungieren würde. Zu beachten ist hierbei, dass eine Organstellung die Revisionsstelle dogmatisch aufwerten, zugleich aber ein organschaftliches Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen ihr und der Stiftung etablieren würde – was unter Gesichtspunkten der Governance und des Stiftungsschutzes freilich zu begrüßen sein kann.¹³⁸

135 Vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 203: „At least the largest European Foundations should have their annual accounts audited by an eligible independent auditor who is subject to professional regulation.“

136 Vgl. hierzu die Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen v. 24. 8. 2005, SR 211.121. 3. Ausgenommen sind außerdem Familien- und kirchliche Stiftungen (Art. 87 Abs. 1 ZGB). Siehe zum Ganzen Jakob, ZEV 2009, 166; *ders.*, Verein – Stiftung – Trust (Fn. 54), S. 58 ff.

137 So etwa ausdrücklich das liechtensteinische Recht (Art. 552 § 27 Abs. 4 S. 1 PGR); ausführlich zur Revisionsstelle nach liechtensteinischem Recht Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), 377 ff.

138 In diesem Fall wäre auch darüber nachzudenken, ob für Streitigkeiten zwischen den Stiftungsorganen eine *Organklage* vorgesehen werden sollte, wie sie etwa § 21 Abs. 4 des österreichischen PSG enthält: „Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Stiftungsprüfer und anderen Stiftungsorganen über die Auslegung und Anwendung von gesetzlichen Vorschriften sowie der Stiftungserklärung entscheidet auf Antrag eines Stiftungsorgans das Gericht.“

b) Fakultative Organe

Nur wenige Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Stiftung neben einem obersten Stiftungsorgan und gegebenenfalls einer Revisionsstelle obligatorisch über ein weiteres Kontroll- bzw. Überwachungsorgan verfügen muss.¹³⁹ In den weitaus meisten Ländern ist es dagegen Sache des Stifters, ob er ein fakultatives Stiftungsorgan einrichten möchte. Die wahrzunehmenden Funktionen eines solchen Zweitorgans (in Deutschland oft Beirat genannt) kommen in mannigfacher Gestalt vor, wobei ihm häufig Kontroll- und Überwachungsaufgaben oder die Bestimmung von Begünstigten übertragen werden.¹⁴⁰ In der stiftungsrechtlichen Forschung rückt hierbei der Gedanke in den Vordergrund, dass die Einrichtung eines internen Kontrollorgans die Notwendigkeit oder zumindest die Intensität einer externen Aufsicht reduzieren kann oder können sollte¹⁴¹ – derartige Überlegungen gewinnen mithin Einfluss auf die mögliche Ausgestaltung der Foundation Governance.¹⁴²

3. Die Begünstigten

Da eine Stiftung ihren Zweck erfüllt, indem sie Leistungen an Begünstigte (Destinatäre) erbringt, kommt letzteren unter den Stiftungsbeteiligten ebenfalls zentrale Bedeutung zu.¹⁴³ Die Begünstigten sind Zweckadressaten, die nach dem Stifterwillen in den Genuss von Stiftungsleistungen (etwa in Form von Ausschüttungen) kommen sollen. Neben der Möglichkeit, in den Genuss von Begünstigungen zu gelangen, kommt dem Inhaber einer Begünstigtenstellung aber auch eine Funktion im stiftungsrechtlichen Interessen- und Organisationsgefüge zu. Es entspricht daher einem modernen stiftungsrechtlichen Ansatz, Destinatäre nicht nur als Bittsteller anzusehen, sondern aufgrund ihrer herausgehobenen Stellung auch funktional in die Stiftung einzubeziehen und sie für das Gelingen des Stiftungsprojekts in die Pflicht zu nehmen. Destinatäre können und sollten daher eine Rolle im System der Foundation

139 Siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 62f., 69.

140 Denken könnte man auch an ein Organ zur alternativen Streitschlichtung. Ausführlich zur Stellung eines Zweitorgans im deutschen Recht Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 227ff. Aus rechtsvergleichender Sicht MünchHdbGesR/ders. (Fn. 3), § 119 Rdn. 106ff.

141 Siehe dazu auch aus rechtsvergleichender Perspektive MünchHdbGesR/Jakob (Fn. 3), § 119 Rdn. 44 m. w. N.

142 Dazu sogleich unter VI. 2. b.

143 Im deutschen Stiftungsrecht werden die Begünstigten zum Teil als außenstehende Dritte angesehen, die der Stiftung wie jeder andere Externe gegenüberstehen, vgl. etwa Blydt-Hansen, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, 1998, S. 118. Dies wird jedoch ihrer besonderen Stellung als Zweckadressaten der Stiftung nicht gerecht; siehe zum Ganzen Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 166ff.

Governance der Europäischen Stiftung spielen, zu welcher nun übergeleitet werden soll.

VI. European Foundation Governance

Während man früher im Zusammenhang mit der Kontrolle einer Stiftung ausschließlich an die Aufsicht durch eine Verwaltungsbehörde dachte, wird neuerdings in einem weiteren Sinne von *Foundation Governance* gesprochen. Hierunter versteht man den gesamten rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Überwachung von Stiftungen und vergleichbaren Organisationen.¹⁴⁴ Im Kern geht es dabei um eine Kontrolle der Stiftung und ihrer Beteiligten sowie den Schutz vor Fehlverhalten durch ein angemessenes Organisationsgefüge.

Auf einer zweiten Stufe beinhaltet Foundation Governance die regulative Ebene, bisher vor allem in Form von unverbindlichen Codices, welche von übergeordneten Organisationen erstellt werden und die Stiftungsbeteiligten zu einem bestimmten Verhalten veranlassen sollen. In der europäischen stiftungsbezogenen Forschung spielen diese Entwicklungen derzeit eine zentrale Rolle.¹⁴⁵ Festzuhalten ist jedoch, dass eine Regulierung von Verhaltensweisen ungleich effektiver durch eigentliches *Stiftungsrecht* erreicht werden kann, da die Rechtsfigur Stiftung durch ihre Vielzahl von Beteiligten und deren Interessen eine individuelle Allokation von Rechten und Pflichten ermöglicht. Ziel und Lehre einer Foundation Governance sollte somit sein, die Stiftungsbeteiligten bereits in die legislatorische Governancesystematik einzubeziehen und auf diese Weise zum Ziel einer regulierenden Dynamik im Sinne einer stiftungsrechtlichen *self governance* zu gelangen¹⁴⁶ – dies vor allem dann, wenn man vor der Möglichkeit steht, ein neues europäisches Stiftungsrecht zu erarbeiten.

144 Zu den Grundlagen ausführlich Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 529ff. m. w. N.

145 Überblick unter Einbezug ausländischer Stiftungsrechtsordnungen und der Diskussion auf europäischer Ebene bei Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 532ff.; MünchHdbGesR/ders. (Fn. 3), § 119 Rdn. 117. So veröffentlichte etwa das European Foundation Centre 2007 die „Principles of Good Practice“, abrufbar unter <http://www.efc.be>. In der Schweiz existieren derzeit zwei auf Freiwilligkeit basierende Codices, zum einen der Swiss Foundation Code des Verbands der Schweizer Förderstiftungen aus dem Jahr 2005, der für Förderstiftungen konzipiert wurde und Empfehlungen enthält, vgl. Hofstetter/Sprecher (Hrsg.), Swiss Foundation Code, 2005, in der Neuauflage (2009) mit Kommentar; zum anderen der Swiss NPO-Code der Konferenz der Präsidenten großer Hilfswerke der Schweiz (KPGH) aus dem Jahr 2006, der allgemein für Nonprofit-Organisationen gilt und den Grundsatz *comply or explain* verfolgt; vgl. Jakob, SJZ 2008, 538f. Zur Entwicklung in Deutschland siehe auch Hopt in: Hopt/v. Hippel/Walz (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, 2001, S. 255.

146 Hierzu ausführlich Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 535ff.

Ein umfassender Entwurf einer künftigen „*European Foundation Governance*“ würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Daher sollen nachfolgend nur einige zentrale Aspekte herausgegriffen werden, wobei zwischen interner und externer Governance differenziert wird.

1. Interne Governance

Ein Aspekt der Foundation Governance betrifft als interne Governance das Innenleben der Stiftung, also das Verhältnis der Stiftungsbeteiligten zur Stiftung sowie untereinander. Anders als die externe Governance, die vor allem durch eine staatliche Kontrollinstanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht) wahrgenommen wird, wird bei der internen Governance das kontrollierende Organisationsgefüge durch die Stiftungsbeteiligten selbst hergestellt – ein subtiler und moderner Governance-Ansatz, der ohne staatliche Eingriffe auskommt.

a) Zusammensetzung des Stiftungsvorstands

Zunächst ist zu überlegen, ob für das oberste Organ einer Europäischen Stiftung eine Mindestzahl an Mitgliedern festgeschrieben werden sollte. Zwar steht es dem Stifter frei, im Rahmen der Stifterautonomie eine solche Mindestzahl festzulegen. Dennoch erscheint eine entsprechende Verordnungsregelung sinnvoll, auch unter Abwägung mit etwaigen Nachteilen (größerer Verwaltungsaufwand sowie höhere Verwaltungskosten bei entgeltlicher Tätigkeit des Vorstands). Zum einen ergibt sich ein höheres Maß an (organ-)interner Kontrolle, wenn sich ein Stiftungsvorstand zwingend aus mehreren Mitgliedern zusammensetzen hat. Zum anderen soll die Europäische Stiftung schon ihrer Konzeption nach als Rechtsform für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit und damit für größere Stiftungsvorhaben in Frage kommen. Ein einköpfiger Stiftungsvorstand entspricht daher auch nicht der Stiftungswirklichkeit, in welcher ab einer gewissen Dimension des Stiftungsprojekts ohnehin eine mehrgliedrige Struktur die Regel ist, schon aus Gründen der Arbeitsteilung und der Zuweisung verschiedener Geschäfts- und Haftungsbereiche. Was die konkrete Mitgliederzahl betrifft, erscheint die Besetzung mit mindestens drei Mitgliedern zweckmäßig,¹⁴⁷ wie auch in vielen nationalen Stiftungsrechtsordnungen vorgesehen.¹⁴⁸ Ein solches Sechs-Augen-Prinzip stärkt die Foundation Governance und verhindert Abstimmungsputsch bei der Beschluss-

147 So auch Art. 4. 1. 2 des European Foundation-Projekts sowie Art. 11 Nr. 1 des EFC-Entwurfs. Vgl. auch Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 202.

148 Überblick bei Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 62f.

fassung, welche sich bei einer geraden Mindestzahl an Vorstandsmitgliedern ergeben könnten.¹⁴⁹

Ein anderer Aspekt betrifft die Frage, ob sich der Vorstand ausschließlich aus natürlichen Personen zusammensetzen muss und juristische Personen generell als Mitglieder des Vertretungs- und Geschäftsführungsorgans einer Stiftung ausgeschlossen sein sollen.¹⁵⁰ Als Gründe hierfür ließen sich mangelnde Transparenz sowie die mit der Wandelbarkeit juristischer Personen einhergehende Rechtsunsicherheit anführen,¹⁵¹ außerdem der Schutz der Stiftung, da durch den Einsatz juristischer Personen die Haftung der Stiftungsorgane gegenüber der Stiftung wegen eines Fehlverhaltens auf ein Mindestkapital (der juristischen Person) beschränkt werden könnte. Dennoch würde ein genereller Ausschluss juristischer Personen die Organisationsfreiheit des Stifters wohl zu stark einschränken, insbesondere wenn es sich beim Stifter selbst um eine juristische Person handelt. Denn in diesen Fällen wird sich die juristische Person häufig statutarisch die Möglichkeit zur Teilhabe an der Stiftungsverwaltung sichern wollen. Zudem sind Gestaltungen denkbar, die dem Schutz der Stiftung hinreichend Rechnung tragen, etwa die Zulassung juristischer Personen nur neben natürlichen Personen als Vorstandsmitgliedern.¹⁵²

b) Inkompatibilitäten

Wie in einigen Mitgliedstaaten wäre hingegen darüber nachzudenken, Personen den Zugang zum obersten (oder auch einem anderen) Stiftungsorgan zu verwehren, wenn die Organträgerschaft mit der Nähe der Person zum Stifter, zu anderen Organen oder zu den Begünstigten unvereinbar erscheint. Solche Inkompatibilitätsvorschriften sollen potentielle Interessenkonflikte innerhalb der Stiftung vermeiden und sind damit ebenfalls eine Ausprägung interner Foundation Governance.¹⁵³

Eine klare Aussage lässt sich im Hinblick auf die organübergreifende Inkompatibilität treffen. Eine Doppelorganschaft, also die gleichzeitige Mitgliedschaft von Personen in mehreren Stiftungsorganen, sollte ausgeschlossen werden, um für eine Trennung der Ämter innerhalb der Stiftung zu sorgen.

149 Hingegen stellt das neue liechtensteinische Stiftungsrecht mit der Mindestzahl von zwei Stiftungsratsmitgliedern ein *Vier-Augen-Prinzip* auf, siehe hierzu Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 273.

150 Siehe etwa § 15 Abs. 2 des österreichischen PSG. Überblick bei Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 64.

151 So Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.) (Fn. 33), S. 155f.

152 Auch ist davon auszugehen, dass die Stiftungspraxis im Falle eines generellen Ausschlusses juristischer Personen nach Gestaltungen suchen würde, die eine solche Regelung *de facto* umgehen könnten; etwa durch statutarische Bestimmungen, wonach einer juristischen Person ein *Nominierungsrecht* für den Stiftungsvorstand zukommen würde. Vgl. auch Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.) (Fn. 33), S. 156.

153 Ausführlich zu Inkompatibilitätsbestimmungen im Stiftungsrecht Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 223 ff., 487 ff. sowie 514 ff.

Eine zu enge (personelle) Verflechtung zwischen verschiedenen Stiftungsorganen gefährdet die Unabhängigkeit der einzelnen Organe, erhöht das Risiko von Interessenkollisionen und kann zu Einbußen an wechselseitiger organchaftlicher Kontrolle führen.¹⁵⁴

Sodann geht es um die Frage, ob Inkompatibilitätsvorschriften auf europäischer Ebene eine Präklusion natürlicher Personen aufgrund einer Nähebeziehung zum *Stifter* vorsehen sollten, wobei hier familiäre und verwandschaftliche Beziehungen in den Mittelpunkt rücken. Eine generelle Präklusion derartiger Personen ist sicherlich abzulehnen, da sich ein Stifter, wie oben erwähnt, sogar selbst zum Vorstand einsetzen kann. Vor diesem Hintergrund wäre nicht recht einsehbar, weshalb er dann keine Personen berufen können sollte, zu denen er in einem familiären oder verwandschaftlichen Verhältnis steht. Etwas anderes könnte freilich für verwandschaftliche Beziehungen innerhalb eines Organs der Europäischen Stiftung gelten, weil dies zu familiären Verflechtungen führen könnte,¹⁵⁵ ebenso wie für organübergreifende Verwandtschaft, weil dies die Unabhängigkeit der Organe untereinander konterkarieren könnte.¹⁵⁶

Eine weitere mögliche Ausschlussgruppe bilden die *Destinatäre*. Auch für die Versagung des Vorstandsamtes für Begünstigte werden häufig (mögliche) Interessenkollisionen ins Feld geführt.¹⁵⁷ Hierzu ist zu bemerken, dass gerade bei den Begünstigten als Adressaten der Zweckverwirklichung zunächst ein virulentes Interesse an einer funktionierenden Stiftungsverwaltung vorhanden sein wird und die Partizipation dieser Stiftungsbeteiligten durchaus zum Schutz einer Stiftung beitragen kann. Dies ist vor allem bei privatnützigen Stiftungen der Fall, wo die Destinatäre naturgemäß eine gewisse „eigentümer-

154 So auch Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.) (Fn. 33), S. 156, die eine Doppelorganschaft als nicht mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit der Stiftungsvorstände vereinbar ansehen. In Art. 8 Nr. 2 des EFC-Entwurfs wiederum wird die Vermeidung von Interessenkollisionen zum zwingenden Inhalt der Stiftungssatzung gemacht: „The EF's statutes shall also provide for the avoidance of actual or potential conflicts of interest between the personal or business interests of officers, board members, and employees of the EF, and the interests of the EF.“

155 So Art. 4. 1. 2 des European Foundation-Projekts: „The Board of Directors is composed of at least three competent, independent and *not related* natural persons“ (*Hervorhebung durch die Verfasser*). Dagegen verzichtet der EFC-Entwurf auf eine solche Inkompatibilitätsbestimmung.

156 Vgl. Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 516.

157 Vgl. Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.) (Fn. 33), S. 157: „Beneficiaries as such not only have a vital interest in the proper management of the foundation but could also be seen as possibly motivated by a personal interest to receive the maximum benefit from the foundation.“ Eine entsprechende Inkompatibilitätsbestimmung enthält § 15 Abs. 2 des österreichischen PSG: „Ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, sowie juristische Personen können nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein.“ Dazu Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 517.

ähnliche“ Nähe zur Stiftung aufweisen und es auch häufig dem ausdrücklichen Wunsch eines Stifters entspricht, die Destinatäre in die Stiftungsverwaltung einzubeziehen. Ein pauschaler Ausschluss der Begünstigten von allen Leitungsaufgaben, wie ihn etwa die Vorschriften der §§ 15 Abs. 2 und 3, 20 Abs. 3, 23 Abs. 2 des österreichischen PSG enthalten, kann daher anstelle von Konfliktvermeidung auch zu einem Konfliktherd führen.¹⁵⁸ Im Falle gemeinnütziger Stiftungen, für die die Europäische Stiftung konzipiert ist, ist diese Interessenlage sicherlich weniger stark ausgeprägt. Dennoch können auch dort die Begünstigten eine wertvolle Aufgabe im Bereich der internen Kontrolle der Leitungsorgane übernehmen, ohne dass man insoweit auf die externe Kontrolle der (oft überlasteten) Behörden zurückgreifen müsste. Es wäre daher zu empfehlen, eine Inkompatibilitätsregelung im Hinblick auf die Begünstigten auf den Vorstand als Geschäftsführungsorgan zu beschränken, ihnen aber die Partizipation an einem beratenden oder kontrollierenden Zweitorgan und/oder sonstige Kontrollrechte zu ermöglichen.¹⁵⁹

c) Destinatärs- und Drittrechte

Dies leitet über zur Frage der Beteiligtenrechte, welche eine entscheidende Rolle im Rahmen der Foundation Governance moderner Stiftungsrechtsordnungen spielen. So beginnt sich auf internationaler Ebene die Einsicht durchzusetzen, dass die Einräumung von Rechten für Destinatäre und gegebenenfalls Dritte einen wesentlichen Beitrag zur Konfliktbewältigung im Stiftungsrecht darstellen kann.

Möchte man eine hierauf eingehende European Foundation Governance modellieren, gibt es verschiedene denkbare Ansätze. Möglich wäre etwa ein relativ weit gefasstes Recht, wonach jeder, der ein berechtigtes Interesse an der Kontrolle der Stiftungstätigkeit hat, befugt sein soll, gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu erheben (sog. *Stiftungsaufsichtsbeschwerde*).¹⁶⁰ Zentrale Bedeutung hätte hierbei freilich die Auslegung oder Ausgestaltung des Begriffs eines „berechtigten Interesses“ (*legitimate interest*). In Betracht käme ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der Auslegung durch die Praxis überlassen wäre, eine Legaldefinition oder eine (gegebenenfalls nicht abschließende) Aufzählung des antragsbefugten Personenkreises. Festgehalten werden kann aber bereits an dieser Stelle, dass ein Beschwerderecht jedenfalls solchen Begünstigten zukommen müsste,

158 Siehe Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 226 ff., 517. Der langjährige Streit zwischen Rechtsprechung und Literatur hat kürzlich einen neuen Höhepunkt erfahren, indem der österreichische OGH in seinem Entscheid v. 5. 8. 2009, 6 Ob 49/09 h, einen begünstigtendominierten Beirat mit der Kompetenz der Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern (sogar bei Beschränkung auf wichtige Gründe) für unzulässig erklärte.

159 Ausführlich zum Gesamtproblem Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 485 ff., 488 ff.

160 Hierzu Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 498 ff.

die einen konkreten Anspruch gegen die Stiftung geltend machen können, sowie denjenige Personen, deren Interessen stiftungsrechtlich geschützt sind (Organe und ihre Mitglieder, Stifter). Nicht berechtigt wären hingegen Personen, denen lediglich ein abstraktes Interesse am Stiftungsleben zukommt.¹⁶¹ Innerhalb einer so definierten Antragsbefugnis dürften auch nachträgliche Zustifter und Spender anzusiedeln sein, etwa für den Fall, dass ihre Beiträge nicht bestimmungsgemäß verwendet werden. Letzteres ist ein wichtiger Punkt, da Rechte von Zustiftern und Spendern für den Erfolg der Europäischen Stiftung als Vehikel für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit von herausragender Bedeutung sein können.¹⁶²

Ebenfalls denkbar wäre ein differenzierteres Vorgehen, etwa indem zwischen Stifter-, Begünstigten- und Dritt-rechten unterschieden würde.¹⁶³ Während die *Rechte der Begünstigten*¹⁶⁴ in Deutschland institutionell bescheiden ausgeprägt sind und zu den Schwachpunkten des deutschen Stiftungsrechts gezählt werden müssen,¹⁶⁵ räumen andere Rechtsordnungen den Destinatären mehr oder weniger weitreichende Befugnisse ein.¹⁶⁶ Berücksichtigt man das bereits erwähnte naturgegebene Interesse der Begünstigten an der Verwirklichung des Stiftungszwecks und damit an einer ordnungsgemäßen Stiftungs-

161 Vgl. zur insoweit vergleichbaren Rechtslage in der Schweiz bereits Jakob, ZEV 2009, 168; ders., SJZ 2008, 537f. Aktuell hierzu auch BVGer v. 29. 9. 2009, B-383/2009.

162 Die fehlenden Rechte von Zustiftern und Spendern werden häufig als Schwäche etwa des deutschen gegenüber dem US-amerikanischen Stiftungsstandort angesehen; vgl. Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 273 ff., 501 m. w. N.

163 So das European Foundation-Projekt, das zwischen „Rights of the Founder“ (Art. 4.3), „Rights of the Beneficiaries“ (Art. 4.4) und „Rights of Third Parties“ (Art. 4.5) unterscheidet. Zugleich sollen jedoch die Rechte nach Art. 4.3 auch jedem „subsequent donor of a significant contribution“, also einem Spender oder Zustifter zustehen, und die Rechte nach Art. 4.4 nicht ausschliesslich den Begünstigten, sondern „any person with a legitimate interest“.

164 Zu den nach deutschem Recht noch kaum erkannten Schutz- und Kontrollrechten des Stifters Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 110 ff. („Recht des Stifters auf Stiftungsbestand“).

165 Vgl. Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 512. Dies scheint auch die Machbarkeitsstudie so zu sehen, wenn sie für „persons with a legitimate interest“ Antragsrechte befürwortet, vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 203.

166 So wird etwa im schweizerischen Recht aus Art. 84 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit der beschriebenen *Stiftungsaufsichtsbeschwerde* abgeleitet, ohne dass aber den Begünstigten eigene, institutionelle Mitwirkungsrechte zustünden; vgl. dazu Jakob, ZEV 2009, 168. Weiter geht das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, das den Begünstigten neben (gerichtlich durchsetzbaren) *Informations- und Auskunftsrechten* (Art. 552 § 9 PGR) auch das Recht einräumt, im Falle einer zweckwidrigen Verwaltung und Verwendung des Vermögens durch die Stiftungsorgane beim Richter im Rechtsfürsorgeverfahren die Anordnung der gebotenen Maßnahmen zu beantragen (Art. 552 § 29 Abs. 4 bzw. § 35 Abs. 1 PGR). Siehe dazu ausführlich Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 435, 468 f., 474 ff.

verwaltung, könnte ihre Einbindung in die Foundation Governance auch bei der Europäischen Stiftung zur internen Vermeidung von Stiftungskonflikten beitragen. Denkbar wären etwa institutionelle Kontrollrechte der Destinatäre in Form konkreter Informations- und Auskunftsansprüche gegenüber der Stiftung. Dadurch ließe sich eine stiftungsinterne Transparenz gewährleisten, ohne den Destinatären ein konkretes Mitwirkungsrecht im Zusammenhang mit der Geschäftsführung einräumen zu müssen.

Ergänzt werden derartige Kontrollrechte idealerweise durch ein Beschwerderecht der Begünstigten.¹⁶⁷ Stellen Destinatäre (im Rahmen der Ausübung ihrer Kontrollrechte) eine zweckwidrige Verwaltung oder Verwendung des Vermögens durch die Stiftungsorgane fest, sollte ihnen auf der gemeinschaftsrechtlichen (Verordnungs-)Ebene die Möglichkeit einer Beschwerde an die zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde eingeräumt werden. Dieses Beschwerderecht könnte mit einem bindenden Anspruch der Begünstigten auf Verbesserung kombiniert werden, wogegen der jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsschutz offenstünde.¹⁶⁸ Freilich müsste in diesem Fall Klarheit über den *europäischen Destinatärsbegriff* geschaffen werden; kein leichtes Unterfangen, zumal es unterschiedliche Begünstigtengruppen bzw. Begünstigtenarten geben kann.¹⁶⁹ Zudem müsste die rechtspolitische Entscheidung getroffen werden, ob man nur Destinatäre mit einem Leistungsanspruch in den Genuss der Kontrollrechte kommen lassen möchte, also solche, denen ein statutarischer Anspruch auf Zuwendungen aus dem Stiftungsvermögen zukommt,¹⁷⁰ oder auch Ermessensbegünstigte – eine Entscheidung von nicht zu unterschätzen-

167 Und umgekehrt machen Antragsrechte der Begünstigten wenig Sinn, wenn sie nicht von entsprechenden Kontrollrechten flankiert werden. Ohne Kontrollrechte sähe sich ein Destinatär häufig gezwungen, auf Grundlage ungewisser Informationen oder gar Vermutungen die Stiftungsaufsicht anzurufen – es drohten Aufsichtsbeschwerden „ins Blaue hinein“.

168 Ein solches Antragsrecht sieht Art. 4.4 des European Foundation-Projekts vor. Und auch die Machbarkeitsstudie spricht sich für eine derartige Stiftungsaufsichtsbeschwerde – nicht nur für Begünstigte – aus; vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 203.

169 Vgl. etwa die Umschreibung des neuen liechtensteinischen Art. 552 § 5 Abs. 1 PGR, der alle Schwierigkeiten einer abschließenden Definition offenbart: „Als Begünstigter gilt diejenige natürliche oder juristische Person, die mit oder ohne Gegenleistung tatsächlich, unbedingt oder unter bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen, befristet oder unbefristet, beschränkt oder unbeschränkt, widerruflich oder unwiderruflich, zu irgendeinem Zeitpunkt während des Rechtsbestands der Stiftung oder bei ihrer Beendigung in den Genuss eines wirtschaftlichen Vorteils aus der Stiftung (Begünstigung) kommt oder kommen kann.“ Nachfolgend werden in Art. 552 § 5 Abs. 2 und §§ 6–8 PGR die einzelnen Begünstigungsarten definiert, die sich allerdings enger erweisen, als die allgemeine Umschreibung in Art. 552 § 5 Abs. 1 PGR vorgibt; zum Ganzen Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 421 ff.

170 Hierzu bereits Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 514.

der Tragweite, da die meisten gemeinnützigen Stiftungen ausschließlich Ermessensbegünstigte haben werden.

Neben den Begünstigten existieren *Stiftungsbeteiligte im weiteren Sinn*, wie etwa Zustifter, Spender oder auch Gläubiger der Stiftung. Diese Personengruppen stehen als externe Beteiligte in einem andersartigen Verhältnis zur Stiftung als die vom Stiftungszweck adressierten internen Begünstigten.¹⁷¹ Indes können auch jene Beteiligte ein elementares Interesse an einer zweckmäßigen Stiftungsverwaltung haben, so dass eine völlige Außerachtlassung externer Interessen und des ihnen immanenten Governance-Potentials nicht anzuraten erscheint. Freilich könnten den externen Beteiligten weniger weitreichende Rechte als den internen Beteiligten eingeräumt werden, etwa reine Anzeigerechte an die Stiftungsaufsichtsbehörde.¹⁷²

Wie die künftige interne Foundation Governance der Europäischen Stiftung im Einzelnen auch aussehen mag: Es sollte deutlich geworden sein, dass ein modernes Stiftungsverständnis die berechtigten Rechte interessierter Personen nicht außer Acht lassen kann. Vielmehr besteht auf europäischer Ebene die Chance, die Erkenntnisse der modernen Governance-Forschung zu nutzen, um ein homogenes Governance-System aus einem Guss zu modellieren und auf diese Weise dem Schutz der Stiftung und der Stiftungsbeteiligten in einer gebührenden Weise Rechnung zu tragen. Die Weichenstellungen in diesem Bereich werden auch über den Erfolg der neuen Rechtsfigur (mit-)entscheiden.

2. Externe Governance

a) Staatliche Kontrollinstanz

In sämtlichen Mitgliedstaaten der EU unterliegen Stiftungen einer externen Governance, also einer staatlichen Aufsicht durch eine externe Kontrollinstanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht).¹⁷³ Der staatlichen Aufsichtsinstanz kommt dabei die Funktion zu, eine zweckentsprechende Vermögensverwaltung und -verwendung durch Überwachung der Stiftungstätigkeit sicherzustellen.

Auf europäischer Ebene stellt sich zunächst die Frage, wo eine solche Aufsicht angesiedelt werden sollte. In Betracht kommt eine supranationale Stiftungsaufsicht durch eine (neu zu errichtende) genuin gesamteuropäische Behörde¹⁷⁴ oder die Wahrnehmung der Aufsicht durch die bereits bestehen-

171 Vgl. Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 272 ff.

172 Vgl. Art. 4.5 des European Foundation-Projekts.

173 Siehe Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 71.

174 So der EFC-Entwurf in Art. 14 Nr. 1 S. 1: „The European Registration Authority is the supervisory body for EFs.“ Diese „European Registration Authority“ soll sich nach Art. 6 Nr. 1 wie folgt zusammensetzen: „A European Registration Authority shall be created, composed of at least five persons of good standing, at least

den mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörde.¹⁷⁵ Mag eine paneuropäische Aufsichtsbehörde auf den ersten Blick einiges für sich haben (etwa die Gewährleistung einer einheitlichen Aufsichtspraxis), treten bei näherer Betrachtung diejenigen Nachteile in den Vordergrund, die bereits im Zusammenhang mit der möglichen Registerinstanz beleuchtet wurden.¹⁷⁶ Auch aus politischer Sicht scheint eine Einigung aller 27 Mitgliedstaaten zur Errichtung einer einheitlichen Aufsichtsbehörde fraglich, ohne dass dem Realisierungsrisiko ein bedeutender Gewinn entgegenstehe. Und so dürfte die Ansiedlung der Aufsicht bei den jeweiligen Stiftungsaufsichtsstellen der Mitgliedstaaten die wahrscheinlichere Option darstellen.¹⁷⁷

Im Hinblick auf die örtliche Zuständigkeit spricht viel dafür, den Satzungssitz (*registered office*) einer Europäischen Stiftung als Kriterium heranzuziehen. Eine Europäische Stiftung würde dann grundsätzlich von der Behörde desjenigen Mitgliedstaates beaufsichtigt werden, in dem sie ihren statutarischen Sitz hat. Denkbar wäre, dass ein abweichender Verwaltungssitz (*administrative/house office*) die Zuständigkeit einer anderen Behörde (mit-)begründen könnte; freilich wären dann gewisse Rechtsunsicherheiten in Kauf zu nehmen,¹⁷⁸ da der Verwaltungssitz bei ausgeprägter grenzüberschreitender

one of whom shall be legally qualified and expert in foundation law.“ Sie soll gemäß Art. 6 Nr. 3 eine nach Europäischem Recht errichtete unabhängige Behörde sein: „The registration authority shall be established under European law and in any individual case shall act independently of the European Union’s institutions, of any governmental, quasi-governmental, or any other public body or institution, and be free of political influence.“

175 So Art. 7 Abs. 1 des European Foundation-Projekts: „European Foundations are subject to the supervision of a public authority (State supervisory authority) in the Member State where the European Foundation has its registered office – with the support of the State supervisory authority of the Member State where the foundation has other offices.“

176 Siehe oben IV. 1. b.

177 In diesem Fall bestünden weitere Differenzierungsmöglichkeiten: Entweder könnte das Aufsichtsrecht auf europäischer Ebene (teilweise) geregelt und der Vollzug auf die nationalen Behörden delegiert werden; oder man könnte die Aufsicht gänzlich den nationalen Stellen und ihrem Recht überlassen. Möchte man keine völlige Zersplitterung des Aufsichtsrechts zulassen, wäre freilich eine (gegebenenfalls moderate) europäische (Rahmen-)Regelung ratsam. Nicht weiter eingegangen werden kann zudem auf den in einigen Mitgliedstaaten geführten Streit, ob die Stiftungsaufsicht funktional bei einer Verwaltungsbehörde oder einem Gericht angesiedelt sein sollte. Bei den bisherigen Diskussionen auf europäischer Ebene scheint jedenfalls das „Behördenmodell“ im Vordergrund zu stehen. Würde die Aufsicht allerdings auf die nationalen Stellen übertragen, wäre darüber nachzudenken, ob die jeweiligen *public authorities* in Behörden oder Gerichten bestehen könnten, je nach dem national verfolgten Modell.

178 Die Frage, ob sich diese Rechtsunsicherheiten dadurch vermeiden ließen, dass man den Mitgliedstaaten das Recht einräumte, ein Auseinanderfallen von Satzungssitz und Verwaltungssitz zu verhindern, kann an dieser Stelle nur aufgeworfen werden; vgl. insoweit Art. 7 der Verordnung über das Statut der SE: „Der Sitz der SE muss

Tätigkeit schwer festzustellen und durch rein tatsächliches Handeln der Stiftungsorgane die Zuständigkeit tangiert sein könnte.¹⁷⁹ Jedenfalls ist festzuhalten, dass eine Aufsicht durch eine mitgliedstaatliche Instanz bei grenzüberschreitenden Stiftungsaktivitäten an ihre – im wahrsten Sinne des Wortes – Grenzen stößt: Maßnahmen der Aufsichtsbehörde können von dieser grundsätzlich nur innerhalb ihres territorialen Zuständigkeitsbereichs durchgesetzt werden. Auf europäischer Ebene sollte deshalb zumindest über eine grenzüberschreitende Kooperation – etwa im Wege der Amtshilfe – zwischen den Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten nachgedacht und diese gegebenenfalls auch verankert werden.¹⁸⁰ Gegen aufsichtliche Maßnahmen stünde der Europäischen Stiftung dann der jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsschutz offen, wobei die nationalen Gerichte Fragen in Bezug auf die Auslegung der Verordnung dem EuGH vorlegen könnten.

b) Verhältnis von externer und interner Governance

Ein weiterer Aspekt moderner Governance ist die Frage, ob die staatliche Stiftungsaufsicht über die Europäische Stiftung zurückgefahren werden kann, wenn durch ein internes Organ ein wesentlicher Teil der Aufsicht (etwa die Prüfung der Rechnungslegung) wahrgenommen wird.¹⁸¹ Eine solche Mischung aus internen und externen Governanceelementen könnte die (Eigen-) Verantwortung der Stiftungsbeteiligten stärken, Reibungsverluste im Rahmen der Aufsicht verringern sowie die Aufsichtsbehörden entlasten, die sich dadurch verstärkt auf ihre Kernaufgabe – die Überwachung der Einhaltung des Stiftungszwecks – konzentrieren könnten. Neben diesen theoretisch klaren Erkenntnissen ist die praktische Umsetzung eines verlässlichen Zusammenspiels von interner und externer Governance freilich eine anspruchsvolle Aufgabe. So zeigt auch das neue liechtensteinische Recht, welches ebenfalls mit diesen Bausteinen spielt, eine gewaltige Normdichte, die dennoch nicht frei

in der Gemeinschaft liegen, und zwar in dem Mitgliedstaat, in dem sich die Hauptverwaltung der SE befindet. Jeder Mitgliedstaat kann darüber hinaus den in seinem Hoheitsgebiet eingetragenen SE vorschreiben, dass sie ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung am selben Ort haben müssen“.

179 Vgl. auch Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 204.

180 In der Tat findet sich dieser Ansatz auch in Art. 7 Abs. 1 des European Foundation-Projekts: „European Foundations are subject to the supervision of a public authority (State supervisory authority) in the Member State where the European Foundation has its registered office – with the support of the State supervisory authority of the Member State where the foundation has other offices“ (Hervorhebung durch die Verfasser).

181 Siehe etwa Art. 7 Abs. 2 und 3 des European Foundation-Projekts: „If a European Foundation has no Supervisory Board (...), the State supervisory authority must review the annual reports. If a European Foundation has no certified auditor (...), the State supervisory authority must review the annual accounts.“

von Zweifelsfragen und Wertungswidersprüchen bleibt.¹⁸² Auch das „politisch Machbare“ kann eine mühevoll erarbeitete Systematik konterkarieren – im Ergebnis also keine Aufgabe, die die europäischen Gesetzgebungsorgane alleine und auf die Schnelle zu erledigen versuchen sollten.

c) Implikationen des Landesstiftungsrechts

Interessante Folgefrage aus deutscher Sicht wäre, wie sich die Europäische Stiftung in die Systematik der beiden Ebenen des Bundesstiftungs- und des Landesstiftungsrechts einbetten ließe. Würde diese „dritte Ebene“ die anderen ergänzen oder wäre sie als völlig eigenständig zu betrachten? Des Weiteren müsste bei ihrer Einführung über die Kompatibilität des Landesstiftungsrechts im Hinblick auf die Europäische Stiftung nachgedacht werden. Etwa könnte ihre Einbettung ins nationale Aufsichtssystem eine Anpassung des Landesrechts¹⁸³ auslösen – ob eine solche vor dem Hintergrund eines generellen Anwendungsvorrangs des Europarechts zwingend zu erfolgen hätte, kann an dieser Stelle freilich nicht vertieft werden. Insgesamt bleibt jedoch zu konstatieren, dass das Landesstiftungsrecht bislang nicht ausreichend in die Diskussion über die Europäische Stiftung einbezogen wurde,¹⁸⁴ so dass hier weiterer Klärungsbedarf herrscht.

VII. Die European Foundation im Steuerrecht

Von zentraler Bedeutung für Stiftungen im Allgemeinen und die geplante Europäische Stiftung im Besonderen ist schließlich das Steuerrecht. Grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit stellt die mitgliedstaatlichen Steuerbehörden vor Herausforderungen. Und so waren diese steuerlichen Unwägbarkeiten auch einer der Hauptgründe für die Initiatoren, sich mit dem Projekt einer Europäischen Stiftung zu befassen. In der Zwischenzeit hatte freilich der EuGH bereits zwei Mal Gelegenheit, sich mit der steuerlichen Behandlung

182 Hierzu ausführlich Jakob, Die liechtensteinische Stiftung (Fn. 1), Rdn. 448 ff.

183 Manche Landesstiftungsgesetze knüpfen im Hinblick auf ihren Geltungsbereich an die Rechtsform der *Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB* an, etwa § 1 SchlHolst-StiftG: „Stiftungen im Sinne dieses Gesetzes sind rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen Rechts (§§ 80 bis 88 des Bürgerlichen Gesetzbuches – BGB), die ihren Sitz im Lande Schleswig-Holstein haben.“ Solche Bestimmungen sind indes bereits nach heutigem Stand in Anbetracht der europäischen und internationalprivatrechtlichen Entwicklungen mit Vorsicht zu genießen; dazu ausführlich Jakob in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.) (Fn. 20), § 7. Eine europarechtliche Regelung würde sich hier in jedem Fall durchsetzen – fraglich, ob es vor diesem Hintergrund nicht besser wäre, gleich ein eigenes (landesrechtliches) Aufsichtsregime für die Europäische Stiftung nach den europäischen Vorgaben zu entwerfen, welches den Besonderheiten der Rechtsform Rechnung tragen könnte.

184 Auch die Machbarkeitsstudie – immerhin von deutschen Wissenschaftlern federführend (mit)gestaltet – äußert sich nicht zu Fragen föderaler Aufsichtsstrukturen.

einer Stiftung bzw. den steuerlichen Privilegien im Zusammenhang mit grenzüberschreitender Stiftungstätigkeit zu befassen.

Im *Stauffer-Urteil*¹⁸⁵ hielt der EuGH zunächst fest, dass ein (pauschaler) Ausschluss von Gemeinnützigkeitsprivilegien eines Mitgliedstaats, der auf dem Sitz einer Körperschaft in einem anderen Mitgliedstaat beruht, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG verstößt. Danach ist es unzulässig, einer ausländischen Stiftung Gemeinnützigkeitsprivilegien zu versagen, sofern sie die jeweiligen nationalen steuerrechtlichen Voraussetzungen erfüllt. In der Rechtssache *Persche*¹⁸⁶ hatte der EuGH zu prüfen, ob nationale Vorschriften, welche die Abzugsfähigkeit von Spenden lediglich bei Zuwendungen an inländische, nicht aber an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Institutionen zu lassen, mit der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG vereinbar sind. Auch insoweit wurde eine Differenzierung anhand des ausländischen Sitzes für unzulässig erklärt. Diese zwei Urteile tragen zwar maßgeblich zur Beseitigung früherer Rechtsunsicherheiten und Diskriminierungen bei. Nichtsdestoweniger bleibt das Bedürfnis bestehen, auch aus steuerlichen Gesichtspunkten über die Einführung einer Europäischen Stiftungsform sowie deren Ausgestaltung in steuerrechtlicher Hinsicht nachzudenken. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EuGH nur punktuelle Vorlagefragen beantworten konnte und die Urteile mitgliedstaatlich „umgesetzt“ werden müssen, was in unterschiedlicher Weise geschehen kann. So bleibt es etwa Sache der einzelnen Staaten, ausländische Stiftungen im Hinblick auf ihre (steuerrechtliche) Vergleichbarkeit mit nationalen Stiftungen zu prüfen¹⁸⁷ oder anstelle des Sitzes andere Kriterien einzuführen, etwa die Förderung des „Ansehens der Bundesrepublik Deutschland im Ausland“ i. S. d. § 51 Abs. 2 AO (i. d. F. d. JStG 2009). Völlig beseitigt sind die Rechtsunsicherheiten also keineswegs.

Auf europäischer Ebene sind nun zwei grundsätzliche Optionen denkbar.¹⁸⁸ Zum einen könnte im Rahmen der Verordnung eine einheitliche steuerliche Behandlung Europäischer Stiftungen vorgesehen werden. Dies hätte zur Folge, dass eine Europäische Stiftung in sämtlichen Mitgliedstaaten in den Genuss identischer steuerlicher Privilegien käme. Es bestünden mithin zwei voneinander zu trennende Fiskalebenen. Während mitgliedstaatlichen Stiftungen diejenigen steuerlichen Privilegien offenstünden, die die jeweiligen Mitgliedstaaten nationalen Stiftungen gewähren, könnten Europäische Stiftungen ausschließlich die gemeinschaftsrechtlich festgelegten Privilegien beanspruchen.

185 EuGH v. 14. 9. 2006, Rs. C-386/04 (*Stauffer*).

186 EuGH v. 27. 1. 2009, Rs. C-318/07 (*Persche*).

187 Vgl. Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 142 und 144.

188 Eine paneuropäische *Harmonisierung* des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts dürfte hingegen als dritte Option mangels realistischer Durchführbarkeit entfallen; vgl. auch Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 192. Wie eine solche Harmonisierung aussehen könnte, lässt sich dem Entwurf von Hopt/Walz/v. Hippel/Then (Hrsg.) (Fn. 33), S. 40f., entnehmen.

Je nach Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Steuerrechts wäre somit eine mehr oder weniger unterschiedliche Behandlung der Europäischen Stiftung gegenüber den jeweiligen nationalen Stiftungen eingeführt. Dieser Ansatz besticht nicht durch immanente Überzeugungskraft; davon abgesehen dürfte er angesichts der Steuerhoheit der Mitgliedstaaten politisch schwer umzusetzen sein.¹⁸⁹

Realistischer erscheint vor diesem Hintergrund die zweite Option, nämlich die Einführung einer Nichtdiskriminierungsregelung. Bei einem solchen *non discrimination*-Ansatz dürfte die Europäische Stiftung in keinem Mitgliedstaat schlechter behandelt werden als nationale Stiftungen, wobei dies ebenfalls für Spenden und Zustiftungen gelten sollte. Dadurch wäre zwar keine einheitliche Behandlung der European Foundation innerhalb Europas erreicht, jedoch wären Ungleichbehandlungen zwischen nationalen und Europäischen Stiftungen innerhalb ein und desselben Mitgliedstaates vermieden. Zugleich bliebe die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten gewahrt, was die Einigung auch unter politischen Gesichtspunkten erleichtern dürfte.

VIII. Fazit und Ausblick

Die Arbeiten an einer europäischen Stiftungsform sind vorangeschritten. Und sie sind an einem Punkt angelangt, an dem sich zeigen wird, ob die Europäische Stiftung eine gut gemeinte akademische Idee bleiben oder eine leibhaftige Alternative für grenzüberschreitende Stiftungstätigkeit werden wird. Ob und inwieweit ein breites praktisches Bedürfnis nach einer solchen Stiftungsform besteht oder ob sie sich vielmehr auf ein „Luxusvehikel“ für einige wenige große Stiftungsvorhaben zubewegt, muss die Zukunft zeigen.¹⁹⁰ Vieles wird aber auch von ihrer Ausgestaltung abhängen. Nur einem Modell, das einen greifbaren Mehrwert gegenüber nationalen Stiftungen verspricht, wird ein nachhaltiger Erfolg beschieden sein. Vor allem vor dem Hintergrund der parallelen Entwicklungen, die neben der Diskussion um die Europäische Stiftung in privat- und steuerlicher Hinsicht zu beobachten sind. So steht es Stiftungen bereits heute frei, sich in anderen Mitgliedstaaten zu betätigen, ihre Rechtsfähigkeit wird auch in Rechtsordnungen, die ihrem internationalen Privatrecht die sog. Sitztheorie zugrunde legen, nur in den seltenen Fällen echter Sitzverlegung infrage gestellt und sogar die steuerlichen Privilegien der Mitgliedstaaten sind infolge der aktuellen EuGH-Rechtsprechung auch bei Überschreitung der Grenzen jedenfalls grundsätzlich zugänglich.

189 So auch Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg (Hrsg.) (Fn. 11), S. 192f.

190 Angemerkt sei an dieser Stelle, dass auch der *Societas Europaea* zunächst keine erfolgreiche Zukunft vorausgesagt wurde. Inzwischen ist aber in diesem Bereich ein starkes Wachstum zu verzeichnen; Nachweise bei *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2008, 721 ff.

Dennoch ist und bleibt die Idee einer Europäischen Stiftung vor dem Hintergrund weiterhin bestehender praktischer, rechtlicher und steuerlicher Unsicherheiten im Zusammenhang mit grenzüberschreitender Stiftungstätigkeit insgesamt ein reizvoller Ansatz. Zu ihrer Verwirklichung hat die Machbarkeitsstudie – insbesondere in rechtsvergleichender Hinsicht – wertvolle Vorarbeit geleistet; in gewissen Punkten wirkt sie allerdings zaghaft. Auch ein schlüssiges Gesamtkonzept einer künftigen Europäischen Stiftung spiegelt sich darin nicht wider. Das mag daran liegen, dass die Verfasser die Frage nach dem „Ob“ der Einführung einer Europäischen Stiftung über die Frage nach dem „Wie“ gestellt haben. Diese Frage der eigentlichen Ausgestaltung ist freilich – wie vorstehend gezeigt werden sollte – zu komplex, als dass die Vorarbeiten von wissenschaftlicher Seite als abgeschlossen angesehen und die europäischen Gesetzgebungsorgane im Rahmen des weiteren legislativen Verfahrens allein gelassen werden könnten.

Dazu kommt, dass neben der reinen Gestalt der European Foundation zahlreiche weitere, für den Fortgang der Europäischen Stiftung entscheidende Punkte einer Klärung bedürfen. Nachfolgend nur einige Denkanstöße, die die bereits dargelegten Zweifelsfragen flankieren: Etwa stellt sich das Problem der Sitzanknüpfung (Verwaltungs- oder Satzungssitz) und einer Sitzverlegung der künftigen Europäischen Stiftung¹⁹¹ – eine Problematik, die auch in den mitgliedstaatlichen Stiftungsrechtsordnungen nicht adäquat gelöst ist.¹⁹² Wie verhält es sich vor diesem Hintergrund mit potentiellen Wegzugsbeschränkungen (auch steuerlicher Natur), die vom EuGH in der Rechtssache *Cartesio*¹⁹³ – innerhalb gewisser Grenzen – für zulässig erachtet werden? Dürften die Mitgliedstaaten „ihre“ Europäischen Stiftungen Wegzugsbeschränkungen unterwerfen? Diese Fragen werden sich sicherlich lösen lassen. Bleiben sie allerdings ignoriert, drohen „alte Probleme“ in „neuen Schläuchen“.

Insgesamt erschiene es wünschenswert, wenn nun, da die eigentliche Realisationsphase der Idee ansteht, etwas mutiger und visionärer zur Sache gegangen würde. Sicher mag eine Koordination von 27 Mitgliedstaaten schwierig sein; dennoch sollte auf europäischer Ebene – trotz zu erwartender einzelner Widerstände – nicht von vornherein darauf verzichtet werden, die einmalige Chance zu nutzen, ein umfassendes und homogenes gemeinschaftsrechtliches Modell zu kreieren, das dem neuesten Stand stiftungsrechtlicher Forschung entspricht und einen Mehrwert für die Mitgliedstaaten bietet. Es verbleiben

191 Siehe auch die Stellungnahme des EFC zur Machbarkeitsstudie (Executive Summary), 2009, S. 10: „The Feasibility Study does not address in much detail the issue of „seat“ and transfer of seat: Would a transfer of seat be allowed and if yes, under what circumstances? Would the registered office and the principal place of activity have to be in the same Member State? Would a transfer have to result in the transfer of both, the registered seat and the principal place of activity?“

192 Vgl. etwa aus Sicht des deutschen Rechts Jakob in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.) (Fn. 20), § 7.

193 EuGH v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 (*Cartesio*).

jedenfalls Zweifel, ob sich für einen „kleinsten gemeinsamen Nenner“ unter Fortbestand der angedeuteten Zweifelsfragen der Aufwand einer endgültigen Projektrealisierung lohnt.

Wie eine Verordnung über die Europäische Stiftung am Ende auch aussehen mag; Ebenfalls bedacht werden müsste, dass ihre Einführung zahlreiche Punkte auch im Hinblick auf die Mitgliedstaaten auf die Tagesordnung brächte. So wäre etwa aus deutscher Sicht zu überlegen, ob man, wenn schon ein europäisch eingeführtes Normativ- bzw. Registersystem im Hinblick auf die European Foundation national umgesetzt werden müsste, nicht gleich vom in Deutschland fortbestehenden Konzessionssystem abrücken sollte. Zudem würde sich eine etwaige European Foundation Governance, die eine Verankerung von Rechten für Personen mit einem „berechtigten Interesse“ vorsehen würde, als wesentlich modernerer Ansatz erweisen als derjenige des deutschen Stiftungsrechts, welches rein auf verwaltungsbehördliche Aufsicht setzt und den Beteiligten kaum Rechtsschutz gewährt.¹⁹⁴ Aus diesen Gründen könnte es eine Chance sein, würde der deutsche Gesetzgeber die Lehren aus der Schaffung der Europäischen Stiftung zum Anlass nehmen, das deutsche Stiftungsrecht nicht nur partiell anzupassen, sondern in einem gesamthaften Ansatz ein modernen internationalen Standards entsprechendes Stiftungsrecht zu erarbeiten.

194 Siehe dazu ausführlich Jakob, Schutz der Stiftung (Fn. 1), S. 103 ff.