

Praxisforum

Dr. K. Jan Schiffer*

Anforderungen an die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen

I. Einleitung

Potenzielle Stifter fragen sich nicht selten, ob sie die Stiftungserrichtung zu ihren Lebzeiten nur vorbereiten und die Stiftung erst nach ihrem Tod tatsächlich errichten sollen. Diese Unsicherheit mag ihren Grund darin haben, dass ein Stifter sein Vermögen zu seinen Lebzeiten für andere Zwecke nutzen oder unmittelbar selbst verwalten will. Es mag auch sein, dass er befürchtet, angesichts der Kosten der Versorgung im Alter nach Errichtung der Stiftung nicht mehr hinreichende Mittel für alle Eventualitäten und Wünsche zur Verfügung zu haben. Eine Versorgungslücke ist auch bei vermögenden Menschen nicht ausgeschlossen. Damit stellt sich Stiftern die Frage, welche rechtlichen Anforderungen bei einer Stiftungserrichtung von Todes wegen erfüllt werden müssen.¹ Als Berater sollte man mit ihnen allerdings trotz aller Sorge um die lebzeitige finanzielle Absicherung zuerst die Frage besprechen, ob eine Stiftungserrichtung zu Lebzeiten nicht doch sinnvoller ist.

II. Vorab: Die Vorteile einer Stiftungserrichtung zu Lebzeiten

Stifter „verschenken“ bei einer Stiftungserrichtung von Todes wegen die Möglichkeit, zu Lebzeiten maßgeblichen und aktiven Einfluss auf „ihre“ Stiftung und deren Arbeit zu nehmen.² Anzuraten ist es deshalb oftmals, die Stiftung bereits zu Lebzeiten mit einem vergleichsweise geringen Vermögen zu errichten und das Vermögen der Stiftung durch Zustiftungen von Todes wegen aufzustocken. Auf diese Weise behalten die Stifter zu Lebzeiten die finanzielle Absicherung durch ihr eigenes Vermögen und erhalten gleichzeitig die Gelegenheit, die Stiftung in ihren Gründungsjahren – sei es als Vorstands- oder Stiftungsratsmitglied – wesentlich mitzugestalten und dadurch auch über den Text der Stiftungsverfassung hinaus deutlich zu prägen.

Zu Lebzeiten der Stifter lässt sich vor allem auch eine etwa erforderliche Änderung der Stiftungssatzung – sei es zur Anpassung an geänderte Verhältnisse oder zur Korrektur eventueller Fehlvorstellungen – leichter bei den Stiftungsbehörden durchsetzen (vgl. etwa § 5 Abs. 2 S. 2 StiftG NRW). Von großer praktischer Bedeutung ist vor allem, dass ein Stifter zu seinen Lebzeiten die Leitungspersonen der Stiftung auswählt. Gerade die ersten Stiftungsvorstände und Stiftungsräte prägen das Bild und die Kultur einer Stiftung für die Nachfolger. Wollen die Stifter nicht unmittelbar selbst in der Stiftung tätig werden und so Maßstäbe setzen, können sie jedenfalls in der Stiftung tätige Persönlichkeiten „anleiten“. Die Stiftungserrichtung zu Lebzeiten („Anstiftung“) und deren sukzessive Ausstattung mit größeren Vermögenswerten durch Zustiftungen zu Lebzeiten und von Todes wegen sind deshalb grundsätzlich vorzugswürdig.

Passen diese Überlegungen im konkreten Einzelfall nicht, so bleibt immer noch die Möglichkeit der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen.

III. Grundlagen der Stiftungserrichtung von Todes wegen

Die §§ 83 f. BGB bestimmen, dass eine Stiftung auch nach dem Tod des Stifters errichtet werden kann.³ Das „Stiftungsgeschäft“ besteht in diesem Fall in einer Verfügung von Todes wegen, wobei die Vermögenszuwendung an die Stiftung durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis erfolgt. Hat der Erblasser lediglich eine entsprechende Auflage zur Stiftungserrichtung verfügt, liegt darin keine letztwillige Stiftungserrichtung, denn in diesem Fall gibt der Erbe die entsprechenden Erklärungen zur Errichtung der Stiftung ab und ist damit selbst der Stifter.⁴ Nach § 2306 BGB könnte hier ein entsprechend beschwerter Erbe mit der Folge den Erbeil ausschlagen, dass er den Pflichtteil verlangen kann, die Auflage ist also nicht unbedingt ein sicherer Weg zur Stiftungserrichtung.

Das Stiftungsgeschäft unterliegt im Falle der Stiftungserrichtung von Todes wegen den besonderen erbrechtlichen Formvorschriften, es kann also als handschriftliches oder notarielles Testament oder in einem Erbvertrag nur vom Stifter persönlich verfasst werden. Die Stellvertretung ist somit beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen ausgeschlossen (§§ 2064, 2274 BGB). Regelmäßig wird für die Stiftungserrichtung durch Verfügung von Todes wegen ein Testament des Stifters in Frage kommen.

Die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen kann in der Weise erfolgen, dass der Erblasser in der letztwilligen Verfügung seinen Stifterwillen, die Errichtung der Stiftung und die Vermögenszuwendung ohne alle Einzelheiten festlegt. In diesem Falle ist die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, der den Willen des Stifters umsetzt, zu empfehlen.⁵ Unabhängig davon können Erben (!) ein letztwilliges Stiftungsgeschäft nicht widerrufen, weil § 81 Abs. 2 S. 3 BGB nur für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden gilt.⁶ Anderenfalls wäre ein Erbe befugt, die Testier- und Stifterfreiheit des Erblassers auszuhebeln.⁷

Die rechtsfähige Stiftung des Privatrechts entsteht auch bei einem Stiftungsgeschäft von Todes wegen formal erst mit der

* Dr. K. Jan Schiffer ist Rechtsanwalt und Gründungspartner der Kanzlei SP&P Schiffer & Partner in Bonn (www.schiffer.de).

1 Siehe dazu schon *Schiffer/Pruns/Schürmann*, in: Schiffer, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 28 ff.

2 Ausführlich dazu *Schiffer/Pruns/Schürmann*, in: Schiffer, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 39 ff.

3 Ausführlich dazu und zum Folgenden: *Schiffer/Pruns/Schürmann*, in: Schiffer, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 28 ff.; *Schewe*, ZSt 2004, 270 (Teil 1), 301 (Teil 2); *O. Werner*, in: *Werner/Saenger*, Die Stiftung, 2008, Rn. 332 ff. Zu steuerrechtlichen Aspekten siehe etwa *O. Schmidt/Schick*, ZSt 2004, 239.

4 *MüKoBGB/Weitemeyer*, 7. Aufl. 2015, BGB § 82 Rn. 3.

5 Siehe ausführlich *Schiffer/Reinke/Schürmann*, in: Schiffer, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 10 Rn. 43 ff.

6 *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 6 Rn. 103; 80; *Palandt/Ellenberger*, 77. Aufl. 2018, BGB § 83 Rn. 1.

7 *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 6 Rn. 103; 80.

Anerkennung (§ 83 BGB). Die Stiftung gilt demnach für die Zuwendungen des Stifters/Erblässers rückwirkend als schon vor dessen Tode entstanden (§ 84 BGB).

Ein Testamentvollstrecker kann im Zusammenhang mit Stiftungen vielfach tätig werden:⁸ Er errichtet beispielsweise die Stiftung für den Erblasser, „schützt“ eine bereits errichtete Stiftung, etwa indem er sie gegen Pflichtteilsansprüche der Erben „verteidigt“, stattet eine bereits errichtete Stiftung mit Nachlassvermögen aus (Erbeinsetzung, Vermächtnis) und/oder wird Mitglied eines Stiftungsorgans. Vorliegend interessiert vor allem der erstgenannte Fall.

Ist kein Testamentvollstrecker bestellt, die Stiftung aber zur Erbin bestimmt worden, wird vom Nachlassgericht nach Eröffnung des Testaments ein Nachlasspfleger als gesetzlicher Vertreter der zu errichtenden Stiftung bestimmt (§ 1960 BGB).⁹ Ist die Stiftung nur Miterbin oder Vermächtnisnehmerin, so genügt die Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB.

Zu der Bestimmung eines Nachlasspflegers sollte es ein Stifter möglichst nicht kommen lassen. Er sollte nicht die Möglichkeit versäumen, durch die Einsetzung eines Testamentvollstreckers seiner Wahl auf die Umsetzung seines Stiftungsprojektes nach seinem Tode einzuwirken.

IV. Exkurs: Beginn der Steuerbefreiung

Es fragt sich, ob nach dem Gedanken des § 84 BGB oder aus anderen Gründen eine etwaig für die Stiftung gewollte Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit ebenfalls zurückwirkt.¹⁰ Die Finanzverwaltung verfolgte in dem Zusammenhang ursprünglich einen pragmatischen Ansatz und zog eine Steuerbefreiung der Stiftung im Errichtungsstadium unter gewissen Umständen in Betracht.¹¹ Das ist spätestens seit 2015 durch Entscheidung des BFH überholt,¹² denn § 84 BGB ordnet, wie der BFH betont, die Fiktion nur „für die Zuwendungen“ des Stifters an. Nur insoweit gilt die Stiftung als existent.

Weil mithin eine eigenständige gesetzliche Anordnung der steuerlichen Rückwirkung fehlt, soll eine Stiftung von Todes wegen zwar wegen § 84 BGB bereits ab dem Todeszeitpunkt des Stifters körperschaftsteuerpflichtig, aber erst ab der Erstellung der Satzung, die nach §§ 59 ff. AO Voraussetzung für die Gemeinnützigkeit ist, als gemeinnützig steuerbefreit sein.¹³ Durch eine im Vorfeld festgelegte Stiftungssatzung, das heißt durch eine insoweit bereits vorbereitete Satzung, könnte die letztwillige Stiftungserrichtung beschleunigt werden, so dass gegebenenfalls noch im Veranlagungszeitraum des Todes des Stifters die Gemeinnützigkeit erlangt werden könnte. Dann entfielen das sich nach der aktuellen Rechtsprechung ergebende steuerliche Auseinanderlaufen.

Wird eine Stiftung zu Lebzeiten des Stifters anerkannt, so kommen vor der Anerkennung weder eine Körperschaftsteuerpflicht noch eine Steuerbefreiung der Stiftung in Frage, weil § 84 BGB auf eine Stiftungserrichtung unter Lebenden keine Anwendung findet und die Figur einer Vorstiftung nicht existiert.¹⁴ Als probater Ausweg, um gegebenenfalls noch im laufenden Jahr (Veranlagungszeitraum) die Steuerbefreiung und einen entsprechenden „Spendenabzug“ zu erreichen,¹⁵ bietet sich in solchen Fällen die Errichtung einer treuhänderischen Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt an, die später in eine rechtsfähige Stiftung umgewandelt wird. Letzteres sollte bei Errichtung der treuhänderischen Stiftung als Möglichkeit ausdrücklich festgelegt werden.

V. Manifestierung des Stifterwillens

Ohne eine entsprechende letztwillige Willensäußerung des Erblassers gibt es auch keine letztwillige Stiftung. Das ist eine Binsenweisheit. Nicht so eindeutig ist allerdings die Antwort auf die Frage, wie umfänglich und mit welchem Inhalt der Erblasser seinen entsprechenden Willen in der letztwilligen Verfügung äußern muss.

1. Eine grundlegende Erwägung

Der Erblasser und seine Berater sollten grundsätzlich besonders darauf achten, dass der Erblasser in seinem Testament unmittelbar selbst seinen Stifterwillen formgültig und mit den wesentlichen Merkmalen festlegt, die eine Stiftung kennzeichnen. So hat es bereits das LG Berlin zu der Rechtslage vor der Reform des Stiftungsrechts im Jahr 2002 gefordert.¹⁶ Dem ist auch im Sinne einer möglichst sicheren letztwilligen Verfügung in der Praxis zu folgen, denn dann muss die betreffende letztwillige Verfügung nicht ausgelegt werden. Auslegungen juristischer Texte können erfahrungsgemäß zu Diskussionen und gegebenenfalls sogar zum Streit unter Erben führen. Rechtswissenschaftlich gibt es hier zudem eine grundlegende Diskussion. Diskutiert wird, ob es für die letztwillige Stiftungserrichtung ausreicht, wenn nur der „vermögensrechtliche Teil“ in der letztwilligen Verfügung enthalten ist, aber keine Stiftungssatzung.

2. Zu der Theorie der Zweiaktivität der letztwilligen Stiftungserrichtung

Dazu wird unter ausdrücklichem Hinweis auf die vorgenannte damalige Entscheidung des LG Berlin im wissenschaftlichen Schrifttum zur letztwilligen Stiftungserrichtung die „Theorie der Zweiaktivität“ vertreten. Danach ist auch bei der letztwilligen Stiftungserrichtung zwischen der organisationsrechtlichen Stiftungssatzung und der vermögensrechtlichen Stiftungserklärung zu unterscheiden.¹⁷ Gefordert wird deshalb, dass neben dem vermögensrechtlichen „Was“ der letztwilligen Zuwendung in dieser auch enthalten sein muss, „an wen“ konkret das „Was“ zugewendet wird. Fehle es an einer solchen konkreten letztwilligen Bestimmung der zu errichtenden Stiftung und finden sich stattdessen wesentliche Inhalte erst in einer der letztwilligen Verfügungen beigefügten maschinenschriftlichen Stiftungssatzung, sei ein solches letztwilliges „Stiftungsgeschäft“ formunwirk-

8 Siehe ausführlich *Schiffer/Reinke/Schürmann*, in: *Schiffer*, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 10 Rn 43 ff.

9 *Hof*, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 6 Rn. 80.

10 S. dazu jüngst etwa FG Münster NZG 2018, 264, siehe auch npoR-Report 2018, 69, die Revision ist beim BFH unter dem Az. V R 50/17 anhängig. Näher dazu NK-BGB/*Schiffer/Pruns*, 3. Aufl. 2016, BGB § 84 Rn. 10f.

11 *Buchna/Leichinger/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 11. Aufl. 2015, S. 49 f.

12 BFH npoR 2015, 206 mit Anm. *Hüttemann*; zustimmend etwa *Buchna/Leichinger/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 11. Aufl. 2015, S. 49 f. Undeutlich insoweit noch BFHE 204, 72 = BStBl. II 2005, 149 (151); kritisch dazu NK-BGB/*Schiffer/Pruns*, 3. Aufl. 2016, BGB § 84 Rn. 10 a.

13 So etwa FG Münster NZG 2018, 264, siehe auch npoR-Report 2018, 69, das Revisionsverfahren ist beim BFH unter dem Az. V R 50/17 anhängig; siehe auch schon BFHE 204, 72 = BStBl. II 2005, 149 (151) und *Buchna/Leichinger/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 11. Aufl. 2015, S. 43.

14 Siehe BFH npoR 2015, 206 und dazu *Schiffer/Pruns*, BB 2015, 1756; zuvor auch schon FG Schleswig-Holstein DStRE 2009, 1386.

15 Siehe etwa *Schiffer/Pruns*, in: *Schiffer*, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 3.

16 LG Berlin FamRZ 2001, 450.

17 MüKoBGB/*Weitemeyer*, 7. Aufl. 2015, BGB § 82 Rn 2 f. und § 81 Rn. 3 mwN.

sam,¹⁸ denn die Form der letztwilligen Verfügung erfasse nicht nur die (vermögensrechtliche) Stiftungserklärung, vielmehr müsse auch die Stiftungssatzung vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein.

Es kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, ob dem Gedanken der Zweiaktigkeit zu folgen ist, oder ob im Gegensatz dazu hier der Gedanke der Einaktigkeit¹⁹ des Stiftungsvorgangs vorzugswürdig ist.

Die oben skizzierte rechtliche Folgerung aus dem Gedanken der Zweiaktigkeit zu der letztwilligen Stiftungerrichtung ist nach meiner Auffassung nicht von der aktuellen Gesetzeslage gedeckt.²⁰ Die etwaige Unwirksamkeit der Stiftungssatzung führt nicht dazu, dass die Stiftung nicht anerkannt werden kann. Genügt das Stiftungsgeschäft nicht den Erfordernissen des § 81 Abs. 1 S. 3 BGB, wird nach dem seit 2002 geltenden Stiftungszivilrecht (§ 83 S. 2 BGB)²¹ in deutlich liberalerer Haltung, als sie das LG Berlin noch zur alten Rechtslage eingenommen hatte, der Stiftung durch die zuständige Behörde vor der Anerkennung eine Satzung gegeben oder eine unvollständige Satzung ergänzt; dabei soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber geht nicht von einer Formunwirksamkeit, sondern von einem heilbaren Rechtsmangel aus.²² Das besagte unvollständige Stiftungsgeschäft findet sich in der letztwilligen Verfügung (Testament oder Erbvertrag).²³

Das Gesetz ist konsequent, gilt doch für letztwillige Verfügungen nach allgemeiner Auffassung die vom BGH entwickelte sogenannte Andeutungstheorie,²⁴ wonach dem letzten Willen auch bei einer nur geringen Andeutung in der Verfügung mit Blick auf die Unwiederholbarkeit der Erklärung des Erblassers, wenn eben möglich, zur Geltung verholfen wird. Entsprechend überzeugt auch das Gesetz in § 83 S. 2 BGB.

Eine entsprechende Satzungsergänzung kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn im Stiftungsgeschäft, das heißt in der letztwilligen Verfügung, der Stifter/Erblasser den Stiftungszweck eindeutig angibt und wenn er zugleich eine verbindliche Vermögenszusage macht.²⁵ Zumindest diese beiden Grundelemente sind unverzichtbar.²⁶

Es reicht deshalb – zumindest nach herrschender Ansicht – nicht aus, diese beiden zentralen Elemente (Stiftungszweck und Vermögensausstattung) einfach nur in einer maschinenschriftlich abgefassten Satzung als Anlage zu dem handschriftlichen Testament festzulegen. Der Stifter kann aber seiner letztwilligen Verfügung unter den genannten Voraussetzungen (!) die von ihm vorgesehene Satzung der Stiftung beifügen, anstatt den Testamentsvollstrecker mit der Fertigung einer Satzung gemäß der letztwilligen Verfügung zu beauftragen.

Diese Rechtsauffassung der herrschenden Meinung wird von der aktuellen Rechtsprechung geteilt. Betrachten wir dazu drei jüngere Urteile zu spezifischen Fällen und vor allem die konkreten Argumentationen der Gerichte einmal genauer:

3. Die aktuelle Rechtsprechung und deren Argumente

In den sogleich zu betrachtenden aktuellen Rechtsprechungsfällen geht es darum, ob spezifische letztwillige Verfügungen für eine letztwillige Stiftungerrichtung ausreichen. Die Sachverhalte sind umfangreich. Im Fall des OLG Stuttgart wird der Sachverhalt gar nicht mitgeteilt. Betrachten wir die Rechtsausführungen der Gerichte.

a) OLG Stuttgart und KG Berlin

Nach Auffassung des OLG Stuttgart²⁷ ist, wie die ergänzende Auslegung zur Einsetzung der letztwillig errichteten Stiftung ergebe, das Testament nicht deshalb formunwirksam, weil es keine vollständige Stiftungssatzung in testamentarischer Form enthält.²⁸ Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit von § 83 S. 2 BGB sei eine dieser Vorschriften entsprechende Änderungs- und Ergänzungsberechtigung von der Erblasserin im Testament selbst schon der Testamentsvollstreckerin verliehen worden.²⁹ Im Übrigen wäre nach Auffassung des OLG Stuttgart die Frage der Wirksamkeit des Testaments ohnehin im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls zu beurteilen, bei welchem § 83 S. 1 BGB bereits galt.³⁰

Das KG Berlin ist weiter gegangen und hat zu der neuen Gesetzesbestimmung betont, diese bringe lediglich zum Ausdruck, was auch vorher schon gegolten habe, nämlich dass es für die wirksame Stiftungerrichtung entscheidend darauf ankomme, welchem Zweck der Stifter sein Vermögen habe widmen wollen.³¹ Das Gericht sieht also die Rechtslage vor und nach dem neuen Gesetz insoweit als identisch an, was, wenn man so will, als Rückwirkung des neu geschaffenen Gesetzesrechts auf Sachverhalte aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts verstanden werden kann.³²

b) OLG München

Der Rechtsauffassung des OLG Stuttgart hat sich in einem wiederum spezifischen Sachverhalt einer letztwilligen Stiftungerrichtung auch das OLG München angeschlossen.³³ Der wirksamen Einsetzung einer (noch zu errichtenden) rechtsfähigen Stiftung als Erbin steht auch nach den Entscheidungsgründen des OLG München nicht entgegen, dass weder die Stiftung als solche noch die Stiftungssatzung in der Testamentsurkunde selbst wörtlich niedergelegt worden sind.

In seiner Begründung scheint das Gericht allerdings etwas zu schwanken. Die für die Feststellung, dass eine bestimmte noch zu errichtende Stiftung bedacht ist, erforderliche ergänzende Testamentsauslegung stelle eine Weiterentwicklung der in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Andeutungstheorie³⁴ dar. Durch die ergänzende Testamentsaus-

18 MüKoBGB/Weitemeyer, 7. Aufl. 2015, BGB § 82 Rn 2 f. und § 81 Rn. 3 mwN.

19 Siehe dazu etwa NK-BGB/Schewe, 4. Aufl. 2014, Anhang zu BGB: § 1923 Rn. 19 ff.

20 Siehe Schiffer/Pruns/Schiürmann, in Schiffer: Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 32 f.

21 Ausführlich dazu Staudinger/Hüttemann/Rawert, Neubearb. 2017, BGB § 83 Rn. 27 ff.; Schewe, ZSt 2004, 270 (271).

22 RegE, BT-Drucks. 14/8765, S. 11.; siehe auch Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 6 Rn. 319 ff.

23 BGHZ 70, 313 (322) = NJW 1978, 943; Muscheler, ZEV 2003, 41; Palandt/Ellenberger, 77. Aufl. 2018, BGB § 83 Rn. 1.

24 BGHZ 86, 41 (45) = NJW 1983, 627; BGHZ 94, 36 = NJW 1985, 1554; Schiffer/Scherf, ZErB 2006, 335 mwN.

25 RegE, BT-Drucks. 14/8765, S. 11.; Rechtsausschuss, BT-Drucks. 14/8894, S. 11.

26 So etwa auch Staudinger/Hüttemann/Rawert, Neubearb. 2017, BGB § 83 Rn. 2; NK-BGB/Schiffer/Pruns, 3. Aufl. 2016, BGB § 83 Rn. 7; NK-BGB/Schewe, 4. Aufl. 2014, Anhang zu BGB: § 1923 Rn. 53 ff.; Schewe, ZSt 2004, 301; Schwarz, DStR 2002, 1723.

27 OLG Stuttgart npOR 2010, 83.

28 Rn. 6.

29 Rn. 7.

30 Rn. 8.

31 KG Berlin ErbR 2016, 331 (334).

32 So wohl Staudinger/Hüttemann/Rawert, Neubearb. 2017, BGB § 83 Rn. 27.

33 OLG München ZEV 2017, 634, siehe dazu auch npOR-Report 2018, 71.

34 Das OLG München verweist dazu beispielhaft ausdrücklich auf BGHZ 80, 242 = NJW 1981, 1737.

legung dürfe kein Wille in das Testament hineingetragen werden, der darin nicht wenigstens andeutungsweise ausgedrückt ist.³⁵ Eine ausdrückliche Anordnung der Erbenstellung der Stiftung finde sich im Testament nicht, diese ergebe sich jedoch nach den Grundsätzen der (erläuternden) Auslegung.³⁶ Die Bestimmung der Stiftung als Erbin sei auch nicht deswegen iSd § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam, weil die Formulierung in den Testamentsurkunden „wohlthätige Stiftung“ nicht hinreichend bestimmt sei und keine eindeutige Einsetzung eines Erben enthalte. Die Person des Bedachten müsse zwar nicht namentlich genannt sein; erforderlich sei aber, dass die Person anhand des Inhalts der Verfügung, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von außerhalb der Urkunde liegenden Umständen, zuverlässig festgestellt werden könne. Die Person des Bedachten müsse im Testament so bestimmt sein, dass jede Willkür eines Dritten ausgeschlossen sei.³⁷ Zu den zu berücksichtigenden Umständen gehöre das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen, der Inhalt früherer letztwilligen Verfügungen.³⁸ Insoweit habe das Nachlassgericht in dem vom OLG München zu entscheidenden Fall zu Recht zur Ermittlung des Willens der Erblasserin den Stiftungssatzungsentwurf herangezogen, der am 19.9.2013 zeitnah zur Errichtung des Testaments vom 12.9.2013 bei der Regierung von Oberbayern vorgestellt wurde.

c) Stellungnahme

Das OLG München und das OLG Stuttgart heben die Andeutungstheorie und das Erfordernis der Auslegung der letztwilligen Verfügung hervor. Das OLG München betont dazu besonders, dass der Wille der Erblasserin formgerecht iSd § 2247 BGB niedergelegt wurde, da er durch die konkrete Formulierung „wohlthätige Stiftung“ eine hinreichende Andeutung in den Testamentsurkunden selbst gefunden habe.³⁹ Dass die Stiftungssatzung selbst nicht in Form des § 2247 BGB niedergelegt worden sei, schade im Hinblick auf § 83 BGB nicht.

Damit gelangt das Gericht gegen Ende seiner Argumentation doch noch zu der entscheidenden Norm. Es geht hier bei näherer Betrachtung im eigentlichen Sinne, was die Stiftungssatzung betrifft, nicht um die Andeutungstheorie und die Auslegung der letztwilligen Verfügung, sondern um die Anwendung des § 83 S. 2 BGB.⁴⁰ Das Gesetz ist allerdings vor dem Hintergrund der Andeutungstheorie absolut konsequent.⁴¹ Dennoch hat die gesetzlich festgelegte behördliche Ersetzungsbefugnis genau betrachtet nichts mit der erbrechtlichen Andeutung zu tun.⁴² Das Gesetz geht hier weit über erbrechtliche Auslegung hinaus. Letztere ist nur ein Teilausschnitt der behördlichen Ergänzungsbefugnis; in ihrer Ergänzung kann die Behörde über die methodischen Grenzen der Auslegung hinausgehen, wie *Schewe* zu Recht betont.⁴³ Dem folgend überzeugen die Begründungen der Rechtsprechung im vorliegenden Zusammenhang rechtsmethodisch nur bedingt. Das Ergebnis der Rechtsprechung zu der jeweils nicht letztwillig verfügten Stiftungssatzung lässt sich aber ohne Weiteres mit § 83 S. 2 BGB begründen.

Eine solche Satzungsergänzung kommt allerdings, wie bereits oben ausgeführt,⁴⁴ überhaupt nur in Betracht, wenn als vermögensrechtliche Stiftungserklärung in der letztwilligen Verfügung der Erblasser den Stiftungszweck eindeutig angibt und wenn er zugleich eine verbindliche Vermögenszusage macht. Diese beiden Grundelemente sind und bleiben unverzichtbar; sie sind, wie auch die oben angesprochenen Gerichtsentscheidungen belegen, der erbrechtlichen Auslegung zugänglich.

Man mag sich angesichts der hier angesprochenen Rechtsprechung fragen, wie die konkreten wörtlichen Formulierungen in den dort behandelten letztwilligen Verfügungen lauten, weil es gegebenenfalls Rechtssicherheit geben mag, entsprechend oder gar wörtlich die besagten Formulierungen für letztwillige Verfügungen zu übernehmen. Im Ergebnis erscheint die Antwort auf diese Frage für die Praxis wenig ergiebig. Einerseits sind die Sachverhalte, soweit sie veröffentlicht sind, und die letztwilligen Formulierungen zu Stiftungszweck und Vermögenszuwendung, die den betreffenden Gerichtsentscheidungen zugrunde liegen, jeweils sehr spezifisch. Andererseits kommt es angesichts der Andeutungstheorie ersichtlich auf die Formulierungen und konkreten Umstände im Einzelfall an.

So hat beispielsweise das KG Berlin ausdrücklich betont, dass „Wohlthätigkeit“ für die Zweckbestimmung als „identitätsstiftendes“ Merkmal nicht ausreicht.⁴⁵ Das OLG München hat im Gegensatz dazu im Rahmen seiner (erläuternden) Auslegung mit der verwendeten Formulierung „wohlthätige Stiftung“ die Stiftung als solche und den von ihr verfolgten Zweck als ausreichend bestimmt angesehen.⁴⁶ In dem Beschluss des OLG Stuttgart finden sich, soweit er veröffentlicht ist, keine entsprechenden Sachverhaltshinweise. Es führt zu keiner belastbaren Erkenntnis, wenn man hier die beiden Gerichtsentscheidungen zu dem Begriff „Wohlthätigkeit“ als widersprüchlich bezeichnen würde. Überginge man die Bedeutung der weiteren Details des jeweiligen Sachverhaltes, würde man der Andeutungstheorie ebenso wenig gerecht wie dem Gedanken des § 133 BGB und § 2084 BGB. Es besteht vor diesem Hintergrund Einigkeit, dass nicht an dem buchstäblichen Sinne des vom Erblasser gewählten Ausdrucks gehaftet werden darf, es sind vielmehr die Gesamtumstände des jeweiligen Einzelfalles zu würdigen.⁴⁷ Das ist hier nicht weiter zu vertiefen.

VI. Fazit und Praxishinweise

Die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen kann in der Weise erfolgen, dass der Erblasser in der letztwilligen Verfügung seinen Stifterwillen, das heißt die Errichtung der Stiftung sowie deren Stiftungszweck und die Vermögenszuwendung ohne alle Einzelheiten festlegt. In diesem Falle ist die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, der den Willen des Stifters umsetzt, zu empfehlen. Eine letztwillige Stiftungserrichtung ist nicht deshalb unwirksam, weil es keine vollständige Stiftungssatzung in testamentarischer Form gibt. In diesem Fall ist für die erforderliche Stiftungssatzung nicht etwa eine ergänzende Testamentsauslegung

35 Dazu verweist das Gericht auf OLG München FGPrax 2013, 177; OLG Hamm FamRZ 1998, 122; KG FGPrax 1995, 299; Palandt/Weidlich, 76. Aufl. 2017, BGB § 2084 Rn. 9; MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, BGB § 2084 Rn. 99; Staudinger/Otte, Neubearb. 2012, Vorbem. zu BGB §§ 2064-2086 Rn. 83 jeweils mwN.

36 Siehe OLG München ZEV 2017, 634, Rn. 55 bis 64.

37 Das OLG verweist dazu auf BayObLG FamRZ 2002, 200 mwN.

38 Das OLG verweist dazu auf Palandt/Weidlich, 76. Aufl. 2017, BGB § 2084 Rn. 1, 2.

39 Siehe OLG München ZEV 2017, 634, Rn. 64.

40 So auch NK-BGB/Schewe, 4. Aufl. 2014, Anhang zu BGB § 1923 Rn. 53 ff.

41 Siehe oben bei VI. 3; Schiffer/Pruns/Schürmann, in: Schiffer, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 33.

42 NK-BGB/Schewe, 4. Aufl. 2014, Anhang zu BGB § 1923 Rn. 58, siehe dort auch zu dem Folgenden.

43 Siehe auch schon *Schewe*, ZSt 2004, 270 (277).

44 Siehe unter Ziffer V. 3.

45 KG Berlin ErbR, 2016, 331 (2. Leitsatz, 335).

46 OLG München ZEV, 634 (640 Rn. 58 ff., 61).

47 Siehe nur Weirich/Bauer, Erben und Vererben, 6. Aufl. 2010, Rn. 401 f.

maßgebend, sondern die behördliche Ergänzungsbefugnis nach § 83 S. 2 BGB. Danach wird der Stiftung durch die zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde vor der Anerkennung eine Satzung gegeben oder eine unvollständige Satzung ergänzt; dabei soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden.

Die hier angesprochenen Gerichtsentscheidungen betrafen jeweils Fälle, in denen die letztwillige Stiftungserrichtung nicht ideal abgelaufen ist. Auch wenn die Gerichte durch (ergänzende) Auslegung und der Gesetzgeber durch § 83 S. 2 BGB in solchen Fällen helfen, sollte es der Erblasser möglichst gar nicht erst so weit kommen lassen. Er sollte sich für seine letztwillige Stiftungserrichtung fachlich beraten lassen und sich die erforderliche Zeit nehmen.

Der Stifter sollte zudem im Idealfall den konkreten Stiftungszweck und das der Stiftung zuzuwendende Vermögen in der

letztwilligen Verfügung genau benennen, seinen Willen in Form der Stiftungssatzung zu Lebzeiten mit einem Fachmann selbst formulieren und in dieser Form seiner letztwilligen Verfügung begeben und am besten schon vorweg mit der Stiftungsbehörde abstimmen, um so die Umsetzung durch seinen Testamentsvollstrecker und/oder die Stiftungsbehörde deutlich zu erleichtern. Der sicherste Weg bleibt unabhängig davon, auch die Stiftungssatzung formwirksam als letztwillige Verfügung zu verfassen.

Zudem wird ein gut beratener Stifter seinen ihm in der Regel nahestehende Testamentsvollstrecker vorsorglich bevollmächtigen, etwaige Mängel des Stiftungsgeschäftes und der Stiftungssatzung durch entsprechende Änderungen und Ergänzungen zu beheben, um so Probleme im Anerkennungsverfahren sowie eine Satzungsentscheidung durch eine ihm fremde Stiftungsbehörde zu vermeiden. ■