

# Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinswesen

Recht | Steuern | Wirtschaft | Politik

Begründet von Prof. Dr. Olaf Werner

**Herausgeber:** Prof. Dr. Christian Fischer (Geschäftsführend), Friedrich-Schiller-Universität Jena | Prof. Dr. Bernd Andrick, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht a.D., Rechtsanwalt, Gelsenkirchen | Dr. Ralph Bartmuß, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dresden | Dr. Harald Bösch, Rechtsanwalt, Bregenz/Vaduz | Prof. Dr. Ansgar Hense, Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands, Bonn | Prof. Dr. Knut Werner Lange, Universität Bayreuth | Dr. Ulrike Liebert, Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe | Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Ruhr-Universität Bochum | Michael Röcken, Rechtsanwalt, Bonn | Prof. Dr. Ingo Saenger, Westfälische Wilhelms-Universität Münster | Prof. Dr. Martin Schöpflin, LL.M., Norddeutsche Hochschule für Rechtspflege Hildesheim | Prof. Dr. Martin Schulte, Technische Universität Dresden | Dr. Rupert Graf Strachwitz, Maecenata Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft, Berlin | Stefan Winheller, LL.M. Tax, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

**Schriftleitung:** Prisca Isabella Engeser (V.i.S.d.P.), Jena

**Redaktion:** Anne Brehm, Marit Moißl, Abbe-Institut für Stiftungswesen, Ernst-Abbe-Str. 18, 07743 Jena

**Internet:** www.zstv.nomos.de | www.abbe-institut.de

## Die Stiftung – eine geeignete Rechtsform für ein staatliches Museum

Bernd Andrick, Münster\*

*Neben seinen mannigfachen Pflichtaufgaben widmet sich der Staat als freiwillige Wertschöpfung auch der Kunst und Kultur. Er richtet selbst Museen ein oder unterstützt entsprechende bestehende Einrichtungen in ihrem Wirken. Wird der Staat im musealen Bereich selbst initiativ und aktiv, stellt sich für ihn die Frage, in welcher rechtlichen Form er sein Ziel nachhaltig verfolgen kann. Sowohl das bürgerliche Recht als auch das öffentliche Recht vermögen eine angemessene Antwort zu geben.*

### A. Einführung

Die Identifizierung der angemessenen Rechtsform für ein vom Staat geplantes Museum unterliegt einer differenzierten Betrachtung, da vielfältige Möglichkeiten der rechtlichen Einbettung zur Verfügung stehen. Die bereits bestehende Museumslandschaft am Beispiel des Landes Nordrhein-Westfalen, das im Folgenden auch normbezogener (landesgesetzlicher) Bezugspunkt ist, verdeutlicht, in welchen vielfältigen rechtlichen Varianten Museen aufgestellt sind und welche Variabilität an Rechtsformen besteht. Um die mannigfachen rechtlichen Gebilde mit einem geplanten – vom Staat getragenen – Museum verknüpfen zu können, ist deren rechtscharakterliche Kenntnis mit den sie kennzeichnenden Merkmalen erforderlich. Schließlich ist die analytische Bewertung der vorgestellten

Rechtsformen und zugleich die Beantwortung der Frage geboten, welche von ihnen der mit der Errichtung eines Museums verfolgten Zielsetzung in besonderer Weise gerecht wird.

### B. Rechtliche Formen von Museen in Nordrhein-Westfalen

Es gibt in Nordrhein-Westfalen und den übrigen Bundesländern eine breit gefächerte Museumslandschaft. Dies gilt nicht nur in Bezug auf die gegenständliche Darbietung, sondern auch hinsichtlich der rechtlichen Formen. Letztere sind privatrechtlich wie öffentlich-rechtlich geprägt und werden von dem jeweiligen Bedürfnis getragen, dem mit der Errichtung des Museums verfolgten Zweck am besten gerecht zu werden.

#### I. Rechtsformen des Privatrechts

##### 1. Verein

Die Rechtsform des Vereins ist keine unübliche im Bereich von Kunst und Kultur. Sie ist Ausgangspunkt des Zusammenschlusses von Förderern, die nicht nur ein gemeinsames (ideelles) Ziel verfolgen, sondern gerade durch ihr Zusammenwirken auch

\* Prof. Dr. Bernd Andrick ist Vorsitzender Richter am VG a.D., Rechtsanwalt und Honorarprofessor an der Ruhr-Universität Bochum.

die personellen, sächlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen herbeiführen, derer es für die Verwirklichung der Museumsidee bedarf. Beispielhaft sei angeführt das *Museum für Gegenwartskunst Siegen*, das von einem gemeinnützigen Verein getragen wird. Seinen Organen gehören als Mitglieder Vertreter aus der Kultur, dem gemeinnützigen Sektor, der Wirtschaft und der Wissenschaft sowie aus dem öffentlichen Leben an. Sie gemeinsam verfolgen das Ziel, der Gegenwartskunst einen anerkannten Stellenwert zu vermitteln. Die Stadt Siegen hat dem Museum ein Gebäude für seine Ausstellungen und Sammlungen zur Verfügung gestellt, darüber hinaus arbeitet sie mit dem Museum bei der Verleihung von Preisen zusammen. Die Universität Siegen ist Kooperationspartner des Museums. Die Kooperation stützt sich auf eine enge Anbindung der Fächer Kunstgeschichte/Kunstpädagogik und Medienwissenschaft sowie auf eine Reihe von interdisziplinär arbeitenden universitären Forschungsgruppen und Institutionen.

## 2. Gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung (gGmbH)<sup>1</sup> ist eine Rechtsform des Gesellschaftsrechts, in der die *NS-Ordensburg Vogelsang – Vogelsang IP gemeinnützige Gesellschaft* betrieben wird. Sie ist aus dem (federführenden) Zusammenwirken des Kreises Euskirchen, des Landes Nordrhein-Westfalen sowie der *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* zwecks zivilrechtlicher Nachnutzung der jahrzehntelang militärisch genutzten ehemaligen *NS-„Hochburg“ Vogelsang* entstanden. Vor dem Hintergrund der ursprünglichen Bestimmung *Vogelsangs* als *NS-„Ordensburg“* zur Schulung des Nachwuchses der *NSDAP* findet die durch eine Vielzahl von Gesellschaftern gegründete Gesellschaft *Vogelsang IP gemeinnützige Gesellschaft* ihre Bestimmung, sich staats- und bildungspolitisch sowie kulturpolitisch in der Verantwortung und als Chance für die Region Eifel einzubringen. Aus diesem Grunde ist einer der Zwecke der Gesellschaft die Förderung von Kunst und Kultur. Zu den Gesellschaftern gehören der *LVR Landschaftsverband Rheinland* und der Kreis Euskirchen, die StädteRegion Aachen, die Kreise Düren und Heinsberg, die Stadt Schleiden und die *Deutschsprachige Gesellschaft Belgiens*.

## 3. Stiftung

Eine nicht selten gewählte Rechtsform in der nordrhein-westfälischen Museumslandschaft ist die Stiftung. Sie tritt sowohl als solche bürgerlichen als auch als solche öffentlichen Rechts in Erscheinung. Letztere erfährt eine angemessene Betrachtung bei den Rechtsformen des öffentlichen Rechts<sup>2</sup>.

Museen in der Rechtsform der Stiftung bürgerlichen Rechts sind solche, die regelmäßig durch Privatpersonen gegründet worden sind. Obwohl eine Rechtsform des Privatrechts in Rede steht, ist die Beteiligung der öffentlichen Hand in diesem rechtlichen Sektor nicht ausgeschlossen. Sie kann darin liegen, dass sie die private Initiative dauerhaft und nachhaltig (ergänzend) fördert oder sogar selbst Stifterin ist.

Der letztgenannte Fall betrifft die *Kunstsammlung Nordrhein-Westfalen*, einer vom Land Nordrhein-Westfalen gegründeten Stiftung. Ihr Zweck ist es, Werke der zeitgenössischen bildenden Kunst zu erwerben, deren Bestand sowie Leihgaben zu verwalten, nach museumskundlichen Grundsätzen zu pflegen und in geeigneter Weise der Öffentlichkeit zugänglich und nutzbar zu machen. Demgegenüber wird die von drei (privaten) Stiftern errichtete *Stiftung Museum Schloss Moyland*, zu deren Vermögen eine Kunstsammlung, das *Joseph Beuys Archiv* und eine Museumsbibliothek sowie das Schloss selbst gehören, vom Land Nordrhein-Westfalen insofern unterstützt, als dieses der Stiftung nicht nur die finanzielle Grundlage für den Wiederaufbau verschafft hat, sondern auch den Hauptteil der laufenden Haushaltskosten trägt. Eine Unterstützung anderer Art erhält das *Kunsthau Rietberg – Museum Wilfried Koch*, eine private Sammlung vielfältiger künstlerischer Objekte, dem die von der *Sparkasse Rietberg* – einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts – errichtete namensgleiche *Sparkassenstiftung* über das stiftungsrechtliche Instrument der Zustiftung ein rechtliches Zuhause gibt. Eine von Hoheitsträgern initiierte Stiftung ist die *Stiftung Preußen-Museum Nordrhein-Westfalen*, zu deren Stiftern das Land Nordrhein-Westfalen gehört. Zweck der Stiftung ist die Sammlung, Bewahrung, Dokumentation und Erforschung der Zeugnisse der preußischen Geschichte im Rheinland und in Westfalen. Dazu unterhält die Stiftung Museen in Minden und Wesel. In diese Richtung zielt auch die von der Stadt Essen und dem Land Nordrhein-Westfalen gegründete *Stiftung Zollverein*, bei der der *Landschaftsverband Rheinland* Zustifter ist. Neben der Förderung von Kultur und Denkmalpflege hat die Stiftung die zentrale Aufgabe, die Bestandsgebäude und Anlagen des *UNESCO – Welterbes Zeche und Kokerei* denkmalgerecht zu erhalten, zu sichern und für eine künftige Nutzung zu entwickeln. Die *Stiftung Zollverein* ist zugleich Trägerin des *Ruhr Museums*.

Eine besondere Stiftungsform für ein Museum stellt die *Bürgerstiftung für verfehmte Künste* mit der Sammlung *Gerhard Schneider* dar. Sie hat keine Alleinstellung, sondern erzielt ihre Wirkung erst durch die Verbindung mit einer Gesellschaft. Dem Ganzen liegt die Idee zugrunde, das Gespür und die Einsichten an der bürgerlichen Basis und deren Verantwortung gegenüber den Verwerfungen in der deutschen Geschichte unter zwei Diktaturen zu entwickeln. Die Aufgabe der Stiftung besteht darin, ihren Kunst- und Literaturbestand dem *Zentrum für verfolgte Künste* zur Präsentation und wissenschaftlichen Bearbeitung zur Verfügung zu stellen. Das Zentrum selbst ist eine gemeinnützige Betriebsgesellschaft; Gesellschafter sind zu zwei Dritteln der *Landschaftsverband Rheinland* und zu einem Drittel die *Beteiligungsgesellschaft Solingen*, ein Tochterunternehmen der Stadt Solingen. Die jährlichen Betriebskosten werden im Wesentlichen von den beiden Gesellschaftern getragen.

1 Vgl. C II. 2.

2 Vgl. C II. 5.

## II. Rechtsformen des öffentlichen Rechts

Neben dem Zivilrecht bietet auch das öffentliche Recht eine Heimat für Museen. Sie sind zum Teil (unmittelbarer) Bestandteil der Landesverwaltung. Darüber hinaus bietet sich die Stiftung des öffentlichen Rechts als Rechtsform an, in der Museen beherbergt werden können.

### 1. Einrichtung des Staates

Insbesondere von den *Landschaftsverbänden Westfalen-Lippe und Rheinland* werden eine Reihe von Museen geführt, die als Einrichtungen (Dienststellen) des Staates in dessen Organisationsstruktur eingebunden sind. Beispielhaft zu erwähnen sind auf westfälisch-lippischer Seite das *Westfälisches Landesmuseum für Volkskunde (LWL-Freilichtmuseum Detmold)*, das *Westfälisches Landesmuseum für Handwerk und Technik (LWL-Freilichtmuseum Hagen)* und das *Westfälisches Landesmuseum (LWL-Museum für Kunst und Kultur Münster)*. Beim *Landschaftsverband Rheinland* sind unter anderem angesiedelt das *LVR – Landesmuseum Bonn*, *Rheinisches Landesmuseum für Archäologie, Kunst- und Kulturgeschichte*, das *LVR – Archäologischer Park Xanten*, *LVR – RömerMuseum* und das *Max-Ernst Museum Brühl*.

Gleiches gilt auf kommunaler Ebene, was die bei den Städten verorteten Museen belegen. Hierzu zählen unter anderem das *Kunstmuseum Gelsenkirchen* ebenso wie das *Lehmbruck-Museum* in Duisburg und das *Leopold-Hoesch-Museum* in Düren.

### 2. Stiftung des öffentlichen Rechts

Nicht nur Stiftungen des bürgerlichen Rechts, sondern auch Stiftungen des öffentlichen Rechts bieten eine geeignete Rechtsform für den musealen Bereich. Dies belegt beispielsweise die vom Land Nordrhein-Westfalen errichtete rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts unter dem Namen *Zoologisches Forschungsmuseum Alexander Koenig – Leibniz-Institut für Biodiversität der Tiere*. Zweck der Stiftung ist es, artbezogene Biodiversitätsforschung zu betreiben und für den Wissenstransfer in die Fachwelt und die Öffentlichkeit zu sorgen.

Ebenso in die Rechtsform der Stiftung des öffentlichen Rechts gekleidet ist das *Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland* mit Sitz in Bonn. Zweck der Stiftung ist es, in einem Ausstellungs-, Dokumentations- und Informationszentrum die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Geschichte der Deutschen Demokratischen Republik unter Einbeziehung der Vor- und Entstehungsgeschichte darzustellen und Kenntnisse hierüber zu vermitteln. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben wird die Stiftung durch das *Bundesarchiv* unterstützt.

### C. Typik der Rechtsformen für Museen

Ist die Museumslandschaft (in Nordrhein-Westfalen) durch eine Vielzahl von Rechtsformen gekennzeichnet, ist dies ein Beleg dafür, dass jeweils eine Abwägung zwischen der mit dem Museum verfolgten Zwecksetzung und dessen rechtlicher Ver-

ortung erfolgt ist. Um eine solche Abwägung auch in Bezug auf ein neues Museum vornehmen zu können, bedarf es der Vorstellung der in Betracht kommenden Rechtsformen mit deren rechtscharakterlicher Typik. Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei einem Hoheitsträger als „Initiator“ eines Museums um jemand handelt, der qua seiner staatlichen Identität (von vornherein) verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Begrenzungen bei der Wahl der Rechtsform ausgesetzt sein kann.

### I. Formenwahlfreiheit versus Formenmissbrauch

Betrachtet man die vielfältigen Rechtsformen der Museumspraxis, so folgt daraus nicht, dass bei einer Museumsinitiative der öffentlichen Hand diese sich ohne Weiteres jeglicher Rechtsform bedienen darf. Denn die Grenze der Formenwahlfreiheit<sup>3</sup> wird regelmäßig als erreicht angesehen, wenn die Rechtsordnung der Verwaltung die Verwendung eines Rechtsregimes vorschreibt<sup>4</sup> oder die in Rede stehende Tätigkeit nur im Verhältnis der Über- und Unterordnung ausgeübt werden kann<sup>5</sup>. Es entsprach jedoch schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes der Verwaltungspraxis, öffentliche Aufgaben auch durch juristische Personen des Privatrechts wahrnehmen zu lassen. Hätten die Verfassungsgeber des Bundes oder der Länder etwas anderes gewollt, hätten sie es im Grundgesetz oder in den Landesverfassungen zum Ausdruck gebracht<sup>6</sup>. Allerdings muss sich die staatliche Beteiligung an Organisationsformen insbesondere im Bereich des Privatrechts an den verfassungsgesetzlichen Organisationsnormen messen lassen<sup>7</sup>.

### 1. Privatrechtliche Rechtsformen am Beispiel der Stiftung

Nach Art. 77 S. 1 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (Verf NRW) erfolgen die Verwaltungsorganisation der allgemeinen Landesverwaltung und die Regelung der Zuständigkeiten durch Gesetz<sup>8</sup>. Ebenso wie auf der verfassungsrechtlichen Ebene des Bundes, auf der nach Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz errichtet werden dürfen, sieht das Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen keine Negation der Errichtung vornehmlich einer

3 Schulte, Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand, Non Profit Law Yearbook, 2001, 127, 134: „... besteht, von Ausnahmen abgesehen, für den Staat grundsätzlich Formenwahlfreiheit. Aus diesem Grund kann er zwischen den Handlungs- und Organisationsformen wählen und zusätzlich entscheiden, ob er einer Einrichtung Rechtspersönlichkeit verleiht.“

4 Vgl. z.B. §§ 40, 40a BaföG, § 2 BBankG.

5 BGHZ 9, 145, 147, 91, 84, 96.

6 Fiedler, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, 54.

7 Kilian, Inhalt und Grenzen staatlicher Organisationshoheit in Bezug auf staatliche Stiftungen, ZSt 2003, 179, 181 bezeichnet allerdings die rechtlichen Vorgaben sowohl im Grundgesetz als auch in den Landesverfassungen als seltsam dünn und blutleer.

8 Nach Tiewhues, Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, 130, betrifft die Regelung nur die staatliche (unmittelbare) Landesverwaltung. Der Begriff „allgemeine Landesverwaltung“ bringe zum Ausdruck, dass sich der Gesetzesvorbehalt auf Organisationsmaßnahmen von allgemeiner und grundlegender Bedeutung beschränken solle, nicht aber, dass nur bestimmte Verwaltungsbereiche vom Gesetzesvorbehalt erfasst seien.

Stiftung bürgerlichen Rechts durch den Staat vor<sup>9</sup>. Gleiches gilt hinsichtlich der die Stiftung bürgerlichen Rechts regelnden einfachgesetzlichen Bestimmungen der §§ 80 ff. BGB<sup>10</sup>. Insofern finden sich keine gesetzlichen Regelungen, die der Errichtung einer Stiftung bürgerlichen Rechts entgegenstehen<sup>11</sup>. Mag dieser Befund in der stiftungsrechtlichen Literatur<sup>12</sup> nicht uneingeschränkt geteilt werden, so findet er doch eine deutliche Bestätigung im Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (StiftG NRW). § 15 Abs. 3 StiftG NRW, der gemäß § 1 StiftG NRW ausschließlich für rechtsfähige Stiftungen bürgerlichen Rechts gilt, geht ohne Einschränkung davon aus, dass der Bund, das Land sowie eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts Stifterin oder Stifter sein können. Die Anerkennung einer solchen Stiftung (§ 80 BGB) ist lediglich an die Sonderzuständigkeit des *Innenministeriums* geknüpft<sup>13</sup>. Hierzu fügt sich die die örtlichen Stiftungen betreffende Bestimmung des § 100 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen. Wenngleich die Regelung ausweislich ihres Absatzes 3<sup>14</sup> eine Eingrenzung der Stiftungerrichtung vorsieht, so geht sie jedoch im Grundsatz von der Zulässigkeit der Einbringung von Gemeindevermögen und damit von der rechtlichen Möglichkeit der Gründung einer Stiftung bürgerlichen Rechts durch die Gemeinde aus<sup>15</sup>.

## 2. Öffentlich-rechtliche Rechtsformen am Beispiel der Stiftung

Auch wenn Art. 3 Abs. 2 Verf NRW hinsichtlich der Verwaltung (des Landes Nordrhein-Westfalen) lediglich von der Landesregierung und den Gemeinden sowie Gemeindeverbänden spricht, so bedeutet das nicht, dass damit weitere Zuständigkeiten durch ergänzende Organisations- und Rechtsformen ausgeschlossen sind. Vielmehr verdeutlicht Art. 77 S. 1 Verf NRW, nach dem die Verwaltungsorganisation der allgemeinen Landesverwaltung und die Regelung der Zuständigkeiten durch Gesetz erfolgen, dass durch einfaches Gesetz der Kreis der Verwaltungsträger erweitert werden kann. Dies ist (zunächst) durch die §§ 18 bis 20 sowie § 21 des Landesorganisationsgesetzes (LOG NRW) geschehen, die die juristischen Personen des öffentlichen Rechts erfassen und sie damit innerhalb der Verwaltungsorganisation etablieren. Zu diesen gehört auch die Stiftung des öffentlichen Rechts. Nach dem auf Körperschaften des öffentlichen Rechts bezogenen § 18 LOG NRW können solche nämlich durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes errichtet werden; entsprechend gilt dies nach § 21 LOG NRW für Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit<sup>16</sup>. Sämtliche drei Rechtsformen zählen zur mittelbaren Landesverwaltung und sind Spiegelbild der Dezentralisation der Verwaltungsorganisation. Bereits in ihrer Errichtung liegt nicht nur die Entscheidung über ihre zulässige rechtliche Existenz, sondern zugleich auch darüber, dass sie öffentliche Aufgaben wahrzunehmen haben und mithin wahrnehmen dürfen<sup>17</sup>.

Das geltende Recht steht nach alledem der Errichtung der Stiftung bürgerlichen Rechts oder der Stiftung öffentlichen Rechts durch den Staat nicht entgegen.

## II. Einzelne Rechtsformen

Ist hinsichtlich der Gründung eines Museums durch einen Hoheitsträger grundsätzlich von dessen Rechtsformenwahlfreiheit auszugehen, sind solche Rechtsformen zu erwägen, die das Vorhaben tragen können. In Betracht kommen gleichermaßen zivilrechtliche wie öffentlich-rechtliche.

### 1. Verein

Der für ein Museum nicht ungewöhnliche (eingetragene) Verein ist eine juristische Person des Privatrechts; er erlangt gemäß §§ 21, 55 BGB durch die Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts Rechtsfähigkeit. Mit der Eintragung erhält er den Zusatz „eingetragener Verein“ (§ 65 BGB). Sein Zweck kann auf die Führung und Unterhaltung eines Museums gerichtet sein. Voraussetzung ist, dass für den künftigen Verein eine Satzung beschlossen wird (§§ 25, 57 BGB). Der eigentliche Gründungsakt besteht in der Einigung der Gründer, dass die Satzung nunmehr verbindlich sein und der Verein ins Leben treten soll<sup>18</sup>. Nach § 56 BGB ist die Mitwirkung von mindestens sieben Gründern erforderlich.

Dem Verein gehören Mitglieder an, die organisatorisch eingegliedert sind und in einem personenrechtlichen Rechte- und Pflichtenverhältnis zu diesem stehen<sup>19</sup>. Erworben wird die Mitgliedschaft durch die Beteiligung an der Gründung<sup>20</sup> oder

9 Vgl. *Krebs* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, § 69 Rn. 7, wonach die zulässige Verwendung der Organisationsformen des Privatrechts die Zuordnung zum staatlichen Bereich nicht ausschließt; *Kilian*, Inhalt und Grenzen staatlicher Organisationshoheit in Bezug auf staatliche Stiftungen, *ZSt* 2003, 179, 183: „wenn der Staat ein sehr weit gefasstes Aufgabenspektrum hat, kann er innerhalb dessen auch Stiftungen errichten und sich damit neben gesellschaftliche Einrichtungen stellen“.

10 *Fiedler*, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, 72 f.

11 Vgl. *Kaluza*, Die Stiftung privaten Rechts als öffentlich-rechtliches Organisationsmodell, 72: „...“, dass die Inanspruchnahme der zivilrechtlichen Rechtsform Stiftung das Gemeinwohlinteresse, dem der Staat und die Verwaltung verpflichtet sind, gewahrt und mögliche öffentlich-rechtliche Pflichtenstellungen durch die Rechtsformwahl nicht verletzt werden.“

12 *Muscheler*, Stiftungsautonomie und Stiftereinfluss in Stiftungen der öffentlichen Hand, *ZSt* 2003, 67, 69 f.: „Die bürgerlichrechtliche Staatsstiftung ist ein Widerspruch in sich selbst, weil der Staat mit ihr so tut, als lasse er sich auf die Ebene des Privatrechts herab, reihe sich unter die Mitglieder der Privatrechtsgemeinschaft ein, während er in seinen auf den Rücken liegenden Händen die Machtmittel des öffentlichen Rechts verborgen hält“. ... Die von der öffentlichen Hand errichtete Stiftung bürgerlichen Rechts ist nach BGB generell unzulässig.“; *Peters*, Kriterien für die Gründung von Stiftungen der öffentlichen Hand, *ZSt* 2005, 231, 235, zum „Sonderfall“ der Errichtung eines Museums.

13 *Andrick* in *Andrick/Suerbaum*, Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 15 Rn. 2.

14 „Gemeindevermögen darf nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht werden, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann.“

15 Vgl. hierzu *OVG Münster*, Urt. vom 19.12.2012 – 16 A 1451/10 – *DVB* 2013, 449 ff. = *NWVB* 2013, 187 ff.

16 In den Bereich der mittelbaren Landesverwaltung gehören nicht die unselbständigen Stiftungen und unselbständigen Anstalten; ihr Träger ist das Land.

17 *Rietdorf/Sigulla/Voss*, Handbuch der Landesverwaltung Nordrhein-Westfalen, Erl. 1 zu § 19.

Vertrag zwischen dem Verein und dem Mitglied<sup>21</sup>. Grundsätzlich haben alle Mitglieder die gleichen Rechte und Pflichten<sup>22</sup>. Die Mitgliedschaft ist nicht übertragbar und nicht vererblich (§ 38 S. 1 BGB). Aufgrund der korporativen Struktur des Vereins werden seine Angelegenheiten, zu denen auch die Zweckgerichtetheit gehört, durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet (§ 32 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Mitglieder sind zum Austritt aus dem Verein berechtigt (§ 39 Abs. 1 BGB). Der Verein kann durch Beschluss der Mitgliederversammlung aufgelöst werden (§ 41 S. 1 BGB).

## 2. gGmbH

Die gGmbH, eine Rechtsform für Gemeinschaftsprojekte und mögliche Trägerin einer Kooperation<sup>23</sup>, ist eine Handelsgesellschaft mit – ebenso wie der Verein – körperschaftlicher Organisation und eigener Rechtspersönlichkeit, vgl. § 13 des Gesetzes betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Körperschaftlich bedeutet die Ablösung der rechtlichen Regelung des inneren Verbandslebens von der Person der Mitglieder und der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises<sup>24</sup>. Nach § 1 GmbHG können Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden. Die Gesellschaft erfolgt durch Eintragung in das Handelsregister (§§ 7 ff. GmbHG). Verfolgt die Gesellschaft ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung (AO), kann die Abkürzung „gGmbH“ lauten (§ 4 S. 2 GmbHG). Da § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 22 AO auf die Förderung der Heimatkunde und Heimatpflege sowie Nr. 5 auf die Kultur und Kunst zielt, kann ein Museum in dieser Rechtsform seine rechtliche Heimat finden. Die vermögensrechtlichen und auf Mitwirkung an der gesellschaftlichen Willensbildung gerichteten Rechte jedes Gesellschafters sind zusammengefasst in der Mitgliedschaft, die durch den Erwerb eines Geschäftsanteils begründet und seine Veräußerung verloren wird<sup>25</sup>. Maßgebliches rechtliches Mittel ist der Gesellschaftsvertrag, der von allen Mitgliedern zu unterzeichnen ist (§ 2 Abs. 1 GmbHG). Die Willensbildung der Gesellschaft, die auch den mit der Gesellschaft verfolgten Zweck betreffen kann, erfolgt durch entsprechende Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung (§§ 47 f. GmbHG). Aufgelöst werden kann die Gesellschaft unter anderem gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG durch den Beschluss der Gesellschafter; sie wird dann in ein Liquidationsstadium überführt<sup>26</sup>.

## 3. Einrichtung des Staates

Einrichtungen des Landes, zu denen auch Museen gehören können, sind nach § 14 Abs. 1 LOG NRW durch einen eigenen Bestand an Personal und sächlichen Mitteln gekennzeichnet. Sie werden von den obersten Landesbehörden errichtet. Mit dem eigenen Bestand an personellen und sächlichen Mitteln nehmen die Einrichtungen des Landes öffentliche Aufgaben unter staatlicher Autorität wahr; es fehlt ihnen jedoch die institutionelle Verselbständigung in Form einer Landesbehörde<sup>27</sup>.

Auch nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten sowie nichtrechtsfähige Stiftungen des Landes zählen zu diesen Einrichtungen<sup>28</sup>.

Bei den Einrichtungen des Landes liegt die Organisationsgewalt bei der jeweils zuständigen obersten Landesbehörde (Ministerium). Diese ist auch für die Veränderung oder gar Auflösung der Einrichtung maßgebend. Mit der Organisationsgewalt einher geht sowohl die Rechts- als auch die Fachaufsicht.

## 4. Anstalt des öffentlichen Rechts

Die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, die zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zählt (§§ 18 ff. LOG NRW), könnte ein Modell für ein Museum sein, wenn gleich sich diese Rechtsform in der Museumspraxis nicht aufdrängt. Sie stellt organisatorisch eine verselbständigte Verwaltungseinheit mit personellen und sächlichen Mitteln dar, die im Rahmen ihrer Zwecksetzung vornehmlich Leistungen gegenüber ihren Benutzern in einem einmaligen, wiederkehrenden oder länger dauernden Benutzungsverhältnis erbringt<sup>29</sup>. Sie verfügt über eigene Organe und kann über diese rechtlich selbständig handeln.

Aus § 21 LOG NRW folgt, dass die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts durch oder aufgrund eines Gesetzes errichtet wird. Sie wird vom Anstaltsträger ausgestattet. Der die Anstalt errichtende Verwaltungsträger bestimmt zugleich die Organisation und die Aufgaben der Anstalt, soweit sie nicht bereits durch Gesetz festgelegt sind oder der Anstalt zur selbständigen Regelung überlassen bleiben; er hat die Rechtsaufsicht über die rechtsfähige Anstalt, häufig auch noch weitere Einwirkungsrechte verschiedenster Art (z.B. Weisungsbefugnisse, Genehmigungsvorbehalte, Mitwirkung bei der Besetzung der Anstaltsorgane, Recht zur Entsendung von Vertretern in diese Organe)<sup>30</sup>. Der Zweck der Anstalt kann jederzeit geändert werden; beseitigt werden kann die Anstalt aufgrund eines Gesetzes oder durch Gesetz (*actus contrarius*)<sup>31</sup>.

## 5. Stiftungen

Stiftungen sind nicht nur durch die beiden Rechtsregime des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts geprägt, sondern die verschiedenen Stiftungsarten und Stiftungstypen spiegeln auch das vielfältige Erscheinungsbild dieser Rechtsform wider. Soweit sie selbständig sind, nehmen sie als juristische

18 Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 21 Rn. 11.

19 Vgl. BGHZ 110, 323, 327.

20 Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 21 Rn. 11

21 BGHZ 101, 193.

22 RGZ 73, 187, 191.

23 *Mecking* in *Werner/Saenger/Fischer*, Die Stiftung, § 18, Rn. 48, 53; ferner B I 2.

24 *Scholz/H.P. Westermann*, GmbH-Gesetz, Einl. Rn. 4.

25 *Scholz/H.P. Westermann*, GmbH-Gesetz, Einl. Rn. 7.

26 *Scholz/Schmidt/Bitter*, GmbH-Gesetz, § 60 Rn 13.

27 *Rietdorf/Sigulla/Voss*, Handbuch der Landesverwaltung Nordrhein-Westfalen, Erl. 1 zu § 14 LOG NRW.

28 *Stähler*, Landesorganisationsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 14 Erl. 1 f.

29 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 54.

30 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 58.

31 *Schulte*, Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand, *Non Profit Law Yearbook*, 2001, 127, 139

Personen am Rechtsverkehr teil<sup>32</sup>. Bleiben Stiftungen hingegen unselbständig, bedarf es eines Dritten, der für die einer Stiftung innewohnende Zweckerfüllung Sorge trägt.

#### a) Stiftung des bürgerlichen Rechts

##### aa) Selbständige Stiftung

Die selbständige (rechtsfähige) Stiftung des bürgerlichen Rechts ist in den §§ 80 ff. BGB geregelt. Flankiert werden diese Regelungen durch die Bestimmungen des jeweiligen Landesstiftungsgesetzes – etwa des *Stiftungsgesetzes Nordrhein-Westfalen* –, die sich zur Verwaltung der Stiftung ebenso verhalten wie zur staatlichen Stiftungsaufsicht. Beide Gesetze stehen nicht in einem Verhältnis gesetzlicher Beliebigkeit, sie befinden sich vielmehr in einem verfassungsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis<sup>33</sup>.

Das BGB verzichtet ebenso wie die Stiftungsgesetze der Länder auf eine Definition des Begriffs der Stiftung des bürgerlichen Rechts. Der Versuch einer Definition findet sich hingegen im Diskussionsentwurf der *Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“* für ein (nach dem Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD angestrebtes) Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 27.2.2018, der im Juni desselben Jahres der *Innenministerkonferenz* vorgestellt worden ist. Nach § 80 Abs. 1 S. 1 und 2 des Entwurfs ist die Stiftung eine mit einem eigenen Vermögen zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung eines vom Stifter vorgegebenen Zwecks ausgestattete mitgliederlose juristische Person. Die Stiftung ist auf unbestimmte Zeit zu errichten. Hieraus werden die den Rechtscharakter einer Stiftung prägenden Merkmale sichtbar, die bisher zur Erläuterung der Rechtsfigur auch von der Rechtsprechung<sup>34</sup> und Literatur<sup>35</sup> herangezogen worden sind; vornehmlich ist ihre nichtverbandsmäßige Struktur hervorzuheben<sup>36</sup>.

Die Stiftung weist nach den §§ 80, 81 BGB folgende Strukturmerkmale auf: Stiftungszweck, Stiftungsvermögen und Stiftungsorganisation. Durch ihren Zweck kann die Stiftung ein gemeinnütziges, aber auch ein privatnütziges Ziel verfolgen<sup>37</sup>; die Grenze des zulässigen Stiftungszwecks ist nach § 80 Abs. 2 S. 1 BGB die Gemeinwohlgefährdung<sup>38</sup>. Eine weitere Grenze ist dort, wo er mit der Struktur der Stiftung kollidiert; der Zweck darf nicht eigennützig, er muss im Wesentlichen fremdnützig sein<sup>39</sup>. Die Erfüllung des Stiftungszwecks ist auf Dauer angelegt, denn das Stiftungsvermögen ist grundsätzlich ungeschmälert zu erhalten (§ 4 Abs. 2 S. 1 StiftG NRW<sup>40</sup>). Das Vermögen der Stiftung hat sich daran auszurichten, dass die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint (§ 80 Abs. 2 S. 1 BGB). Die Zweck-Vermögensrelation hat sich an den Umständen des Einzelfalles zu orientieren<sup>41</sup>. Die finanzielle Grundlage muss so beschaffen sein, dass die Stiftung ihre Aktivität satzungsgemäß gestalten kann<sup>42</sup>. Da die Stiftung – im Gegensatz zum Verein und zur gGmbH – kein Willensbildungsorgan aufweist, haben die Stiftungsorgane die Stiftung so zu verwalten, wie es dem im Stiftungsgeschäft und in der Stiftungssatzung niedergelegten (ursprünglichen) Willen des Stifters entspricht (§ 4 Abs. 1 StiftG NRW).

Die abschließend in den §§ 80, 81 BGB geregelten Voraussetzungen zur Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung sind das vom Stifter verfasste Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde, in deren Zuständigkeitsbereich die Stiftung ihren Sitz hat. Die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt<sup>43</sup>.

Die Organisation der Stiftung ist einzigartig. Dies beruht darauf, dass sie kein personelles Substrat besitzt, gleichwohl aber eines Personenkreises bedarf, der durch seine Tätigkeit den Stiftungszweck mit Hilfe des Stiftungsvermögens erfüllt<sup>44</sup>. Die Stiftungsorgane haben im Rahmen ihrer dienenden Funktion keine Befugnis zur Willensbildung der Stiftung, für deren Wirken der einmal gesetzte Stifterwille maßgebend ist, und sie haben damit grundsätzlich keinen Einfluss auf den vom Stifter festgelegten Zweck. Typische Organe sind im Bereich der Leitung der Vorstand und im Rahmen der stiftungsinternen Aufsicht das Kuratorium oder der Beirat<sup>45</sup>. Der Stifter hat die Möglichkeit, im Rahmen seiner Organisationsfreiheit weitere Organe einzurichten. Lediglich die Einsetzung eines Vorstands ist nach §§ 86 S. 1, 26 BGB Mindestanfordernis.

Die selbständige Stiftung kann nur unter engen Voraussetzungen beseitigt werden. Im Gegensatz zum Verein und zur gGmbH, in denen die Willensbildungsorgane die Auflösung der Rechtsfigur herbeiführen können, steht den Organmitgliedern der Stiftung aufgrund deren nichtverbandsmäßiger Struktur die Möglichkeit der Beendigung der Stiftung nicht zu. Nach § 87 Abs. 1 BGB kann nur die Stiftungsbehörde die Stiftung aufheben, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder der Stiftungszweck das Gemeinwohl gefährdet. Sie erlischt also nicht automatisch, sondern erst aufgrund eines staatlichen Aktes, indem ihr die durch Anerkennung verliehene Rechtsfähigkeit wieder entzogen wird<sup>46</sup>.

##### bb) Unselbständige Stiftung

Anders als die selbständige (rechtsfähige) Stiftung des bürgerlichen Rechts, die aufgrund der Anerkennung durch die Stiftungsbehörde Rechtsfähigkeit erlangt und damit den Status einer juristischen Person erhält, überantwortet der Stifter bei

32 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 3 Rn. 7.

33 *Andrick* in *Andrick/Suerbaum*, Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, Einl. Rn. 16.

34 BVerwG, ZStV 2015, 59, 60.

35 *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger*, BGB, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 3.

36 *v. Campenhausen/Stumpf* in *Richter*, Stiftungsrecht, § 1 Rn. 7, wonach die Stiftung im Prinzip unsterblich ist.

37 *Fischer/Nissel* in *Werner/Saenger/Fischer*, Die Stiftung, § 7 Rn. 3.

38 Vgl. im Einzelnen *Andrick* in *Andrick/Suerbaum*, Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 2 Rn. 63.

39 *Andrick* in *Andrick/Suerbaum*, Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 2 Rn. 35.

40 So sinngleich auch in den anderen Landesstiftungsgesetzen.

41 Vgl. *Bruns*, Stiftungsgesetz Baden-Württemberg, Einl. 4.

42 *Fritz* in *Werner/Saenger/Fischer*, Die Stiftung, § 9 Rn. 4.

43 Vgl. *Stumpf* in *Richter*, Stiftungsrecht, § 4 Rn. 126; *Nissel*, Das neue Stiftungsrecht, Rn. 140; *Stumpf* in *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, B § 80 Rn. 33.

44 *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 20.

45 *Andrick* in *Andrick/Suerbaum*, Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 2 Rn. 41.

der stiftungsgesetzlich nicht geregelten unselbständigen (nichtrechtsfähigen oder fiduziarischen) Stiftung sein Vermögen einem Stiftungsträger – einer natürlichen oder juristischen Person<sup>47</sup> –, die es als ein von seinem übrigen Vermögen getrenntes wirtschaftliches Sondervermögen verwaltet und wie bei der selbständigen Stiftung zur Erfüllung des Stiftungszwecks dauernd und nachhaltig verwendet<sup>48</sup>. Ebenso wie die selbständige Stiftung verfügt die unselbständige Stiftung über keine mitgliederschaftliche Organisationsstruktur<sup>49</sup>. Sie kann auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden – Schenkung unter Auflage, Treuhandvertrag<sup>50</sup> –, aber auch auf einem Rechtsgeschäft von Todes<sup>51</sup> wegen beruhen<sup>52</sup>. Der das Stiftungsvermögen Verwaltende handelt nicht im Namen der Stiftung, sondern im eigenen Namen<sup>53</sup>.

## b) Stiftung des öffentlichen Rechts

Wie im Privatrecht ist auch im öffentlichen Recht zwischen der selbständigen (rechtsfähigen) und der unselbständigen (nichtrechtsfähigen) Stiftung zu unterscheiden. Sondergesetzlich ist die Stiftung des öffentlichen Rechts in § 21 LOG NRW geregelt, wonach für Stiftungen mit eigener Rechtspersönlichkeit die §§ 18 bis 20 LOG NRW mit Regelungen über die Errichtung und Aufhebung (§ 18), die Mitwirkung bei der Landesverwaltung (§ 19) und die Aufsicht (§ 20) entsprechend gelten.

### aa) Selbständige Stiftung

Die selbständige (rechtsfähige) Stiftung des öffentlichen Rechts ist in der nordrhein-westfälischen Gesetzgebung nicht definiert. Entlehnt man eine Definition anderen Landesstiftungsgesetzen<sup>54</sup>, sind danach Stiftungen des öffentlichen Rechts Stiftungen, die ausschließlich öffentliche Zwecke verfolgen und mit dem Staat in einem organischen Zusammenhang stehen, der die Stiftung selbst zu einer öffentlichen Einrichtung macht<sup>55</sup>. Für die Beurteilung, ob es sich bei einer Stiftung um eine öffentlich-rechtliche handelt, kommt es nicht allein auf den Status an, sondern ebenso auf die praktische Handhabung und die Nähe zur öffentlichen Verwaltung, in der sich das Wirken der betreffenden Institution effektiv vollzieht<sup>56</sup>. Wird der öffentlich-rechtliche Status durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes festgelegt (§§ 18 bis 21 LOG NRW), bestehen keine Zweifel an ihrer Rechtsnatur<sup>57</sup>. Erfolgt die Entstehung aufgrund eines Gesetzes – eine solch legitimierende Regelung ist in Nordrhein-Westfalen nicht vorhanden –, wird für die Errichtung in der Regel ein Stiftungsakt oder Stiftungsgeschäft sowie ein zusätzlicher Hoheitsakt verlangt, der die Stiftung als Rechtssubjekt erst zur Entstehung bringt<sup>58</sup>.

Ebenso wie bei der selbständigen Stiftung des bürgerlichen Rechts muss die Stiftung des öffentlichen Rechts mit dem entsprechenden Kapital ausgestattet sein, um ihren Zweck aus den Erträgen erfüllen zu können<sup>59</sup>. Dabei kann das Kapital – wie nicht selten bei Museen – aus einer zur Ausstellung vorgesehenen Sammlung von Werken sowie aus für die Zweckerfüllung (Ausstellung) notwendigen Gebäuden und Inventar bestehen. Daneben muss aber durch die Erträge des vorhandenen Kapitals auf Dauer sichergestellt sein, dass die fortlaufende Unterhaltung des Gebäudes sowie die sächliche und

personelle Ausstattung gesichert sind<sup>60</sup>. Eine jährliche Finanzierung der Stiftung durch den Haushaltsgesetzgeber ist der Idee der Stiftung an sich fremd<sup>61</sup>, gleichwohl nicht unüblich<sup>62</sup>.

Hinsichtlich der organisatorischen Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Stiftung verfügt der (staatliche) Stifter über ein Organisationsermessen. Welche Organe installiert werden, wird durch das Funktionsinteresse der Stiftung bestimmt. Sie sind im Errichtungsgesetz zu benennen, wobei ein Organ oder ein Teil desselben – analog dem Vorstand bei der selbständigen Stiftung des bürgerlichen Rechts (§ 86 S. 1 iVm § 26 Abs. 1 BGB) – mit geschäftsführenden Aufgaben zwecks Vertretung der Stiftung im Rechtsverkehr versehen sein muss<sup>63</sup>.

Soweit die Stiftung des öffentlichen Rechts Staatsaufgaben wahrnimmt, ist sie mindestens einer Rechtsaufsicht unterworfen. Eine darüber hinaus gehende Fachaufsicht wird nur gefordert, wenn die öffentlich-rechtliche Stiftung nicht unerheblich grundrechtsrelevante Verwaltungstätigkeit wahrnimmt<sup>64</sup>.

Hinsichtlich der Umwandlung und Auflösung der Stiftung des öffentlichen Rechts ist der Regelungsspielraum des Landesgesetzgebers größer als bei der selbständigen Stiftung des bürgerlichen Rechts, für die § 87 Abs. 1 BGB – Unmöglichkeit der Zweckerfüllung und Gemeinwohlgefährdung des Stiftungszwecks – maßgebend ist. Denn bei der Stiftung des öffentlichen Rechts geht es nicht um Eingriffe gegenüber au-

46 Hüttemann/Rawert in Staudinger, BGB, § 88 Rn. 2.

47 Andrick in Andrick/Suerbaum, Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 1 Rn. 23.

48 OLG Oldenburg, Urt. vom 18.11.2003 – 12 U 60/03 – Rn. 70 (juris); Stumpf in Stumpf/Suerbaum/Schulte/ Pauli, Stiftungsrecht, A Rn. 12.

49 BVerwG, ZStV 2015, 59, 60 Rn 20 f.

50 OLG Oldenburg, Urt. vom 18.11.2003 – 12 U 60/03 – Rn. 76 (juris).

51 Muscheler, Die unselbständige Stiftung, Die Stiftung 1, 2007, Jahreshefte zum Stiftungswesen, 59, 61 ff.

52 BGHZ, 180, 144, 148 f.; Neuhoff in Soergel, BGB, vor § 80 Rn. 21 ff.

53 Muscheler, Die unselbständige Stiftung, Die Stiftung 1, 2007, Jahreshefte zum Stiftungswesen, 59, 60.

54 z.B. Art. 1 Abs. 3 StiftG Bay.; § 2 Abs. 1 StiftG Hess.; § 12 Abs. 1 StiftG Sachs.; § 3 Abs. 3 StiftG Thür.

55 Nach Art. 1 Abs. 3 S. 2 StiftG Bay. gelten als öffentliche Zwecke u.a. die Kunst und die Heimatpflege.

56 BVerfGE 15, 46, 67; Andrick in Andrick/Suerbaum, Stiftungsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 1 Rn. 24.

57 Suerbaum in Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, C Rn. 394.

58 Vgl. Art. 3 Abs. 1 StiftG Bay.

59 Schulte, Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand, Non Profit Law Yearbook, 2001, 127, 139.

60 Vgl. Kilian/Müller in Werner/Saenger/Fischer, Die Stiftung, § 40 Rn. 162: „Staatliche Einkommensstiftungen, aber auch zahlreiche Vermögensstiftungen, die nur über Sachvermögen oder einen für ihre Aufgabenstellung unterdimensionierten Stiftungsstock verfügen, sind auf jährliche Zuschüsse bzw. Zuwendungen aus den öffentlichen Haushalten angewiesen. Grundsätzlich besteht kein Rechtsanspruch auf haushaltsmäßige Förderung“.

61 Alscher, Die Stiftung des öffentlichen Rechts, 141 f.: „... einmalig aufzubringenden Kapitalbetrags...“.

62 Kilian, Die staatliche Stiftung des privaten Rechts – eine unendliche Geschichte, ZStV 2019, 135, 138: „Die Bereitstellung des Stiftungskapitals geschieht bei staatlichen Stiftungen häufig durch eine haushaltsmäßige Zuwendung.“.

63 Alscher, Die Stiftung des öffentlichen Rechts, 151.

tonomen Grundrechtsträgern, sondern um Reorganisation im Bereich der Landesverwaltung<sup>65</sup>.

#### bb) Unselbständige Stiftung

Die unselbständige (nichtrechtsfähige) Stiftung des öffentlichen Rechts ist – anders als die selbständige Stiftung des öffentlichen Rechts – kein selbständiger Verwaltungsträger; sie bedarf vielmehr eines Muttergemeinwesens, dem sie organisatorisch eingegliedert ist und das ihre Aufgaben und Interessen wahrnimmt<sup>66</sup>. Die Zweckbindung des Stiftungsgutes bedingt allerdings eine Sonderung der Vermögensbereiche<sup>67</sup>. Die Stiftungsverwaltung richtet sich nach den Rechtssätzen, die für den Rechtsträger der Stiftung maßgebend sind.

Bei der unselbständigen Stiftung handelt es sich um eine Einrichtung des Landes im Sinne des § 14 LOG NRW<sup>68</sup>. Sie kann deshalb durch die oberste Landesbehörde im Rahmen ihres Geschäftsbereichs errichtet werden (§ 14 S. 1 LOG NRW). Zugleich unterliegt die unselbständige Stiftung der Rechts- und Fachaufsicht (§ 14 S. 2 LOG NRW). Da die Stiftung unselbständiger Teil der (Landes-)Verwaltung ist, kann sie durch einen entsprechenden Organisationsakt (*actus contrarius*) jederzeit beseitigt werden.

### D. Ausschärfung der Rechtsformen in Bezug auf ein staatliches Museum

#### I. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die Wahl der Rechtsform ist die Vorgabe des Hoheitsträgers, ob eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Rechtsform beabsichtigt ist. Weiterhin ist der Blick darauf zu richten ob die Wahrnehmung der musealen Aufgabe dauerhaft (oder nur vorübergehend) sowie in fachlicher, finanzieller und personeller Hinsicht weisungsfrei und eigenverantwortlich erfolgen soll. Hierzu fügt sich die Frage nach dem finanziellen Hintergrund, nämlich ob die für die Aufgabenerfüllung notwendige Vermögensausstattung über eigene Mittel oder über eine dem staatlichen Haushalt entlehnte mehrjährige Finanzierungszusage – etwa des Landtags nach Maßgabe des Haushaltsrechts (u.a. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) –, Drittmittel, private Zuwendungen und eigene Einnahmen sichergestellt wird.

#### II. Negativausgrenzung

##### 1. Verein und gGmbH

Wird vom Hoheitsträger die öffentlich-rechtliche Rechtsform favorisiert, geraten die für Museen nicht fernliegenden zivilrechtlichen Rechtsformen – vornehmlich der Verein und die gGmbH – in den Hintergrund. Diese sind aber auch aus einem weiteren Grund auszugrenzen. Der Verein ist durch eine korporative Struktur geprägt. Seine Mitglieder sind austauschbar, so dass den hinter der Rechtsform stehenden natürlichen oder juristischen Personen keine wesentliche Bedeutung beigemessen wird. Es mag bei einem staatlichen Museum aber gerade von Gewicht sein, dass die zugrunde liegende staatliche Initiative durch die staatliche Institution als prä-

gendes Moment dauerhaft sichtbar wird und bleibt. Das wäre durch einen denkbaren Wandel in der Mitgliedschaft nicht gewährleistet. Hinzu kommt, dass der Verein über ein Willensbildungsorgan, die Mitgliederversammlung, verfügt, welches aktuell und fortlaufend auf die Ziel- und Zweckrichtung des Vereins – auch verändernden – Einfluss nehmen und gleichermaßen dessen Beendigung herbeiführen kann. Von personellen, inhaltlichen und existenziellen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten soll ein vom Staat getragenes Museum aber gerade frei sein.

Vom Grundsatz her nicht wesentlich anders verhält es sich mit der ebenfalls körperschaftlich strukturierten gGmbH. Das Gesellschaftsverhältnis kann variieren, die Generalversammlung hat durch eigene Willensbildung die Möglichkeit, durch strategische Lenkungsentscheidungen originär auf die Entwicklung der Gesellschaft über die Änderung des Zwecks bis hin zur (selbstbestimmten) Auflösung einzuwirken<sup>69</sup>. Die Gesellschaft verfügt über einen hohen Grad an Autonomie und hat bei ihren Entscheidungen nicht die Vorgaben eines hinter ihrer Existenz stehenden „Trägers“ zu beachten. Soll es demgegenüber der Rechtsform eigen sein, Beständigkeit und Stetigkeit der Zweckerfüllung sowie die Dauerhaftigkeit der Existenz zu garantieren, darf ein Museum gerade nicht der möglichen Wechselhaftigkeit der Willensbildung durch ein hierzu legitimiertes Organ ausgesetzt sein<sup>70</sup>.

##### 2. Landeseigene Einrichtung und Anstalt des öffentlichen Rechts

Wird ein staatliches Museum als Einrichtung des Landes (§ 14 LOG NRW) installiert, bedarf es hierzu lediglich eines (einfachen) verwaltungsseitigen Organisationsaktes (u.a. Erlass) zur Errichtung, der als *actus contrarius* zugleich aber auch ausreichend ist, um die Einrichtung zu beseitigen. Der langfristige oder gar dauerhafte Bestand des Museums würde damit auf keinem gesicherten Fundament stehen, sondern wäre von den jeweiligen politischen und finanziellen Verhältnissen abhängig. Die Einrichtung könnte zum Spielball unterschiedlicher Kräfte werden. Hinzu kommt, dass das Museum nicht nur einer Rechtsaufsicht unterliegen würde, die das rechtskonforme Handeln der Einrichtung sichern soll, sondern auch einer Fachaufsicht, die darüber hinaus Zweckmäßigkeitserwägungen zulässt.

Zwar können auch staatliche Institutionen wie etwa der Landtag und die Landesregierung eine Einrichtung des Lan-

64 Vgl. dazu *Suerbaum* in Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, C Rn. 409, in Bezug auf die vom Bund geforderte Fachaufsichtsunterworfenheit im Bereich einzelner Bundesstiftungen.

65 *Suerbaum* in Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, C Rn. 410.

66 v. *Campenhausen/Stumpf* in Richter, Stiftungsrecht, § 13 Rn. 21.

67 *Andrick/Suerbaum*, Stiftung und Aufsicht, § 3 Rn. 17.

68 *Stähler*, Landesorganisationsgesetz Nordrhein-Westfalen, § 14 Erl. 1.

69 *Kohlhepp/Weidmann*, Die gemeinnützige GmbH, 21, 27.

70 Die „größtmögliche Flexibilität“ und „Unabhängigkeit“ (wegen fehlender staatlicher Aufsicht) der gGmbH wird von *Kohlhepp/Weidmann*, Die gemeinnützige GmbH, 27, 28, als ihr großer Vorteil gesehen.

des unmittelbar schaffen; sie können sie aber auch in gleichem Maße verändern oder gar aufheben<sup>71</sup>. Diese Kompetenz könnte sich aber bei möglichen Wechsels der politischen Kräfteverhältnisse und den sich fortlaufend ändernden tagespolitischen Gegebenheiten als offene (ggf. existenzgefährdende) Flanke für die gewollte langfristige (dauerhafte) Existenz eines Museums erweisen.

Die Anstalt des öffentlichen Rechts ist in der Museumslandschaft untypisch. Es entspricht ihrer Rechtsnatur, dass sie üblicherweise ein Teil der leistenden Verwaltung ist, wozu man die museale Darbietung eventuell noch zählen könnte. Entscheidend ist aber, dass sie vom „Muttermehrwesen“ abhängig sein kann und damit Zweckbestimmung, Organisation, Verwaltung und Fortbestand der Anstalt der dauernden Einflussnahme und Dispositionsbefugnis des Trägers unterworfen bleibt<sup>72</sup>. Kennzeichnend ist auch bei dieser Rechtsform die Veränderungsmöglichkeit der ursprünglichen Zielsetzung durch Einflussnahme von außen. Eine solche Abhängigkeit garantiert keinen sicheren Bestand für das Museum.

### III. Positive Eingrenzung: die Stiftung (Fazit)

#### 1. Vorzüge der Rechtsform „Stiftung“ im Allgemeinen

Vielfach verfolgt der staatliche Initiator eines Museums bei der Wahl der Rechtsform das Ziel, dass das Rechtsgebilde eigenständig, verlässlich und rechtssicher ist. Er kann als „Stifter“ mit der Wahl der Rechtsform Stiftung dieser vertrauen; sie ist aufgrund ihrer Struktur im Grundsatz „auf Ewigkeit“, also dauerhaft (zumindest langfristig) angelegt<sup>73</sup>. Er kann darauf bauen, dass die in eigener Verantwortung selbständig handelnde Stiftung mit der ihrem Wesen intendierten Beständigkeit und Starrheit der un stetigen Lebenswirklichkeit und des damit nicht selten einhergehenden Veränderungsverlangens trotz<sup>74</sup>. Denn die Organisation der Stiftung weist keine willensbildenden Organe auf, wodurch sich die Stiftung bewusst der Möglichkeit begibt, dass lenkend und verändernd auf sie eingewirkt wird<sup>75</sup>. Die geringe Flexibilität der Stiftung erweist sich zugleich als ihre Stärke, weil sie damit die Einhaltung des einmal gesetzten und sie beherrschenden Stifterwillens und die darauf fußende Zweck-Mittelverwendung garantiert<sup>76</sup>. Hierin unterscheidet sich die Stiftung gerade von der Anstalt (und den übrigen Rechtsformen), bei der (denen) der verfolgte Zweck und ihre Existenz nicht auf Dauer sichergestellt sind; der Zweck kann verändert und die Rechtsfigur kann gar aufgehoben werden<sup>77</sup>. Zwar kann auch die Stiftung ausnahmsweise im Zweck verändert oder aufgehoben werden<sup>78</sup>; dafür müssen aber äußerst hohe tatsächliche und rechtliche Hürden überwunden werden. Bei der Stiftung des bürgerlichen Rechts verlangt § 87 Abs. 1 BGB u.a. die Unmöglichkeit der Zweckerfüllung für die Aufhebung der Stiftung durch die Stiftungsbehörde. Für die Stiftung des öffentlichen Rechts bedarf es für die Beendigung – wie bei der Errichtung – eines Gesetzes. Ist das Museum jedoch in eine Rechtsform gekleidet, deren Eigenart der dauerhafte, jedenfalls langfristige Bestand ist, zudem von einem breiten politischen und gesellschaftlichen Konsens getragen, was man

durch die Organisationsstruktur der Stiftung sicherstellen kann, wird seine Beseitigung nur schwerlich möglich sein.

Nicht zuletzt wegen ihrer Verlässlichkeit im Bestand kann die Stiftung in besonderer Weise bei der Einwerbung von privaten Vermögenswerten und Spenden behilflich sein, weil die Zustifter und Spender um die Rechtssicherheit und Beständigkeit der Stiftung wissen und dieser vertrauen dürfen. Darüber hinaus genießt die Rechtsform Stiftung in der Bevölkerung einen guten Ruf, weil mit ihr vor allem Freigiebigkeit und Altruismus verbunden werden<sup>79</sup>.

So unterschiedlich die Rechtsformen Stiftung und Anstalt sind, so nah beieinander können sie allerdings in dem Fall liegen, in dem die Stiftung nicht mit ausreichendem (Anfangs-)Kapital als Stiftungsvermögen ausgestattet wird. Denn wenn die Stiftung auf jährliche Zuwendungen des Staates angewiesen ist, können die Stiftungsautonomie und die Entscheidungsunabhängigkeit leiden. Diesen Einwand kann man nur dann vernachlässigen, wenn nicht das dienende Stiftungsvermögen, vielmehr das Herzstück der Stiftung, die Zweckverselbständigung, im Vordergrund steht<sup>80</sup>.

#### 2. Wahl zwischen der Stiftung des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts

Ebenso wie die Stiftung des öffentlichen Rechts ist auch im Grundsatz die Stiftung bürgerlichen Rechts als Rechtsform für ein vom Staat getragenes Museum geeignet. Bei Letzterer ist allerdings zu beachten, dass sie typischerweise auf Stifter zielt, die dem privaten Lebensbereich entstammen und die bei einer regelmäßig gemeinnützigen Zweckverfolgung gemein-

71 Vgl. C II. 5. b) bb)

72 *Schulte*, Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand, *Non Profit Law Yearbook*, 2001, 127, 138, mit Hinweis auf *Wolff*, *Verwaltungsrecht* II, 1962, § 102 I. a) 3., 297.

73 § 80 Abs. 2 S. 1 BGB verlangt, dass die Erfüllung des Stiftungszwecks dauerhaft gesichert erscheinen muss.

74 Vgl. *Andrick*, Das Öffentliche Recht – Garant eines leistungsfähigen Stiftungswesens, in *Saenger/Bayer/Koch/Körber* (Hrsg.), *Gründen und Stiften*, Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, 31, 43.

75 Zutreffend fragt *Kilian*, Inhalt und Grenzen staatlicher Organisationshoheit in Bezug auf staatliche Stiftungen, *ZSt* 2003, 179, 190: „Letztlich muss sich der Staat hier entscheiden: will er eine Stiftung – mit allen Konsequenzen, oder will er in Wahrheit eine weisungsunterworfenere Behörde?“.

76 *Andrick*, Das Öffentliche Recht – Garant eines leistungsfähigen Stiftungswesens, in *Saenger/Bayer/Koch/Körber* (Hrsg.), *Gründen und Stiften*, Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner, 31, 44.

77 *Schulte*, Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand, *Non Profit Law Yearbook*, 2001, 127, 139.

78 *Kilian*, Die staatliche Stiftung des privaten Rechts – eine unendliche Geschichte, *ZStV* 2019, 135, 140: „Der Ewigkeitsanspruch der Stiftungs-Rechtsform stößt sich an der notwendigen Flexibilität staatlicher Organisation. Diese kennt gerade keinen absoluten Bestandschutz einer öffentlichen Einrichtung und lässt sie selbst bei einer rechtsfähigen Juristischen Person des Staates nicht zu. Jede staatliche Einrichtung steht so seit jeher zur Disposition und befindet sich unter dem Damoklesschwert ihrer Auflösung.“.

79 *Schulte*, Der Staat als Stifter: Die Errichtung von Stiftungen durch die öffentliche Hand, *Non Profit Law Yearbook*, 2001, 127, 132.

80 Vgl. *Alscher*, Die Stiftung des öffentlichen Rechts, 145.

wohlorientiert wirken möchten. Gleichwohl ist der Staat befähigt, auch in diesem Rechtssegment zu agieren.

Bei der Wahl zwischen der Stiftung bürgerlichen und des öffentlichen Rechts kommt es maßgebend auf die Zielsetzung des staatlichen Stifters an. Betrachtet er das Museum als öffentliche Aufgabe, die auch so in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden soll, und speist sich zudem das Vermögen der Stiftung über eine auf dem staatlichen Haushalt basierende mehrjährige „Finanzierungszusage“<sup>81</sup>, erhebt er die Institution in den hoheitlichen Bereich. Er möchte die tragende

Rolle des Staates in der entsprechenden Rechtsform als Teil der staatlichen Organisation widergespiegelt sehen. Anderenfalls mag die Stiftung bürgerlichen Rechts die geeignete alternative Rechtsform sein.

81 § 23 der Landeshaushaltsordnung: „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Landesverwaltung NRW zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) dürfen nur veranschlagt werden, wenn das Land an der Erfüllung solcher Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann“.

# ZStV Rechtsprechung

## Feststellung eines steuerlichen Einlagekontos bei Familienstiftungen

*FG Münster, Urteil vom 16.1.2019 – 9 K 1107/17 F, rkr.*

### Leitsätze (nicht amtlich)

1. Für Familienstiftungen, die ihren Destinatären Leistungen iSd § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG gewähren können, ist gem. § 27 Abs. 7 iVm Abs. 1 KStG ein steuerliches Einlagekonto zu führen und dessen Bestand in sinngemäßer Anwendung des § 27 Abs. 2 KStG gesondert festzustellen. Dass § 27 Abs. 7 KStG nach seinem Wortlaut nur für Körperschaften und Personenvereinigungen gilt – unter Außerachtlassung von Vermögensmassen – beruht auf einem gesetzgeberischen Versehen; die Lücke im Wortlaut der Norm ist durch teleologische Extension zu schließen.

2. Das vom Stifter auf der Grundlage des Stiftungsgeschäfts aufgebrachte und in seinem Bestand zu erhaltende Stiftungskapital steht dem „Nennkapital“ gleich und ist nicht im steuerlichen Einlagekonto auszuweisen, weil dort gem. § 27 Abs. 1 S. 1 KStG nur diejenigen Einlagen auszuweisen sind, die nicht in das Nennkapital geleistet werden.

### Aus dem Tatbestand

(1) – (16) Streitig ist, ob für die Klägerin (Klin.) – eine selbständige, nicht gemeinnützige Stiftung des privaten Rechts (Familienstiftung) – ein steuerliches Einlagekonto gemäß § 27 Abs. 7 des Körperschaftsteuergesetzes zu führen ist und mit welchem Bestand dieses zum 31.12.2010 festzustellen ist. Als Stiftungsvermögen hat der Stifter der Klin. in 2010 Gesellschaftsbeteiligungen und die zugehörigen Sonderbetriebsvermögen jeweils zu den steuerlichen Buchwerten übertragen. Die Klin. ist der Auffassung, der Bestand ihres steuerlichen Einlagekontos entspreche den steuerlichen Buchwerten der eingebrachten Beteiligungen.

Das Finanzamt (FA) (Beklagter, Bekl.) erließ einen Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen gem. § 27 Abs. 2 und § 28 Abs. 1 KStG zum 31.12.2010. Abweichend von der Erklärung der Klin. stellte der Bekl. den Bestand des steuerlichen Einlagekontos auf 0,00 € fest.

Im Klageverfahren hat der Bekl. allerdings die Auffassung vertreten, die Feststellung des steuerlichen Einlagekontos hätte richtigerweise gänzlich unterbleiben müssen, weil die Klin. als Stiftung eine Vermögensmasse sei, für die § 27 Abs. 7 KStG nicht das Führen eines steuerlichen Einlagekontos vorsehe. Da die Voraussetzungen der Änderungsvorschriften der Abgabenordnung nicht erfüllt seien, sei ihm die gebotene Aufhebung des zu Unrecht ergangenen Feststellungsbescheides jedoch nicht möglich.

### Aus den Entscheidungsgründen

(17) Die Klage ist zulässig, jedoch unbegründet. Der angefochtene Bescheid über die Feststellung des steuerlichen Einlagekontos ist rechtmäßig und verletzt die Klin. nicht in ihren Rechten (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO).

(18) Der Klin. ist darin zu folgen, dass für sie grundsätzlich ein steuerliches Einlagekonto gem. § 27 Abs. 1 iVm Abs. 7 KStG festzustellen ist (dazu nachfolgend I.). Jedoch erweist sich der angefochtene Feststellungsbescheid – entgegen der Auffassung der Klin. – als rechtmäßig, da der Bekl. den Bestand des steuerlichen Einlagekontos zum 31.12.2010 zutreffend auf 0,00 € festgestellt hat. Die Gesellschaftsbeteiligungen, die die Stifter bei Errichtung der Klin. auf diese übertragen haben, und die entsprechend dem Stiftungsgeschäft geleistete Barzuwendung sind in entsprechender Anwendung des § 27 Abs. 1 S. 1 KStG als Leistungen in das mit dem Nennkapital einer Kapitalgesellschaft vergleichbare Stiftungskapital der Klin. anzusehen und können daher – wie Nennkapital – nicht bei Feststellung des steuerlichen Einlagekontos berücksichtigt werden (dazu nachfolgend II.).

(19) I. Für die Klin. ist der Bestand des steuerlichen Einlagekontos zum 31.12.2010 festzustellen. Zwar ist die für Kapi-