

Kapitel 31

MARIO MARTINI

Literatur:

Angerer, Die Lösung kommunaler Aufgaben durch Stiftungen, in: Böttcher/Hueck/Jähnke (Hrsg.), FS Odersky, 1996, 141 ff.; *Bellezza/Kilian/Vogel*, Der Staat als Stifter: Stiftungen als Public-Private-Partnerships im Kulturbereich, Gütersloh 2003; *Bundesverband Deutscher Stiftungen (Hrsg.)*, Selbstverständnis kommunaler Stiftungen, Berlin 2002; *von Campenhausen*, Kommunale Stiftungen, in: Seifart/von Campenhausen (Hrsg.), Handbuch des Stiftungsrechts, 3. Auflage, München 2009, § 29; *Dewald*, Die privatrechtliche Stiftung als Instrument zur Wahrnehmung öffentlicher Zwecke, Diss., Frankfurt am Main 1990; *Gölz*, Der Staat als Stifter: Stiftungen als Organisationsform mittelbarer Bundesverwaltung und gesellschaftlicher Selbstverwaltung, Diss., Bonn 1999; *Heuwinkel*, Kommunale Stiftungen, DVP 2002, 311; *Kämmerer*, Kommunale Stiftungen zwischen Stifterwillen und Gemeinwohl, in: Institut für Stiftungsrecht (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook Bd. 5 (2005), 59 ff.; *Lehmann*, Konfliktlinien kommunaler Stiftungsverwaltung, ZSt 2007, 24 ff., 51 ff.; *Mecking*, Einer für alle: Warum Stifter Gutes tun wollen: Engagement in der Bürgergesellschaft, Der Städtetag 2003, S. 10 ff.; *Oebbecke*, Stiftungen im kommunalen Raum, in: Mecking/Schulte (Hrsg.): Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen, Tübingen 2003, 21 ff.; *Peiker*, Kommunale Stiftungen und neues Haushaltsrecht der Bundesländer, ZSt 4 (2006), 181 ff.; *Schlüter/Krüger*, Der Staat als Stifter, DVBl. 2003, 830 ff.; *Schmalstieg*, Die Kommunen und ihre Stiftungen, in: Hauer et al. (Hrsg.), Stiftungen aus Vergangenheit und Gegenwart. Lebensbilder deutsche Stiftungen, Bd. 5, Tübingen 1986, 83 ff.; *Schulte*, Die kommunalen Stiftungen in den (novellierten) Landesstiftungsgesetzen, ZSt 2005, 160 ff.; *Stepp*, Theorie und Praxis kommunaler Stiftungen und ihrer Aufsicht in Bayern, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen (Hrsg.), Selbstverständnis kommunaler Stiftungen, Berlin 2002, 17 ff.; *Stiftungsverwaltung Freiburg (Hrsg.)*, Für mehr Menschlichkeit: Die kommunalen Stiftung in Freiburg und ihr Auftrag, Freiburg 2005; *Twehues*, Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, Diss., Köln 1996; *Twehues*, in: von Campenhausen et al. (Herausgeber): Deutsches Stiftungswesen 1988-1998, Tübingen 2000, 163 ff.; *Toepke* Staatsaufsicht über Stiftungen im deutschen und anglo-amerikanischen Recht, Hamburg 1967; *Totenhöfer-Just* Öffentliche Stiftungen, Baden-Baden 1973; *Twehues*, Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, Diss., Köln 1996; *Twehues*, in: von Campenhausen et al. (Herausgeber): Deutsches Stiftungswesen 1988-1998, Tübingen 2000, 163 ff.; *Weitz/Dt. Stiftungsagentur/Pues (Hrsg.)* Das Rechtshandbuch für Stiftungen, Loseblatt (Stand: 2006); *Werner/Saenger (Hrsg.)*, Die Stiftung, Berlin 2008.

Rechtsvorschriften:

BaWürttStiftG: § 31; BaWürttGemO: § 39 Abs. 2 Nr. 11, § 78 Abs. 4, §§ 94, 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3, §§ 97, 98, 101, 127; BaWürttLKrO: § 48; BayStiftG: Art. 9, 20; BayGemO: Art. 75 Abs. 4, 77, 84, 85; BayLKrO: Art. 69 Abs. 4, Art. 72, 73; BayBezirksO: Art. 70; BerlStiftG: -; BrbgStiftG: § 3, § 11 S. 1 Nr. 1, S. 2; BrbgKVerf: §§ 86 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, §§ 87, 88, 90; BremStiftG: -; HambStiftG: -; HessStiftG: § 18; HessGemO: § 51 Nr. 13, § 115 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 und 2, Abs. 4, §§ 116, 117, 119, 120, 146; HessLKrO: § 52 Abs. 1 S. 1 und 2; MeckVorPStiftG: § 10; MeckVorPKVerf: § 56 Abs. 3, § 64 Abs. 3 und 4, §§ 65, 66; NdsStiftG: §§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2, Abs. 2, § 19; NdsGemO: § 40 Abs. 1 Nr. 16, § 102 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 4, §§ 103, 104, 106, 107, 136; NRWStiftG: § 1; NRWGemO: § 41 Abs. 1 lit. n, § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 2, §§ 98, 99, 100, 128; NdsKVerfG (ab 1.11.2011): § 58 Abs. 1 Nr. 18, § 130 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 4, §§ 131, 132, 134, 135; RhPfStiftG: § 3 Abs. 4 und 5, § 10 Abs. 3, § 11; RhPfGemO: § 32 Abs. 2 Nr. 14, §§ 80, 81, 82, 84, 94 Abs. 3; RhPfLKrO: § 57; RhPfBezirksO: § 14 S. 1; RhPfZweckVG: § 7 Abs. 1 Nr. 8; SaarlStiftG: § 20; SaarlKSVG: § 35 Nr. 21, § 102 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, §§ 103, 104, 106, 107, 138, 160 Nr. 18; SachsAnhStiftG: § 23 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3, §§ 25, 28; SachsAnhGemO: § 110 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, §§ 111, 112, 114, 115, 143; SachsAnhLKrO: § 33 Abs. 3 Nr. 11; SächsStiftG: § 11 Nr. 1, § 13; SächsGemO: § 91 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, §§ 92, 94; SchlHolStiftG: § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 17; SchlHolGemO: §§ 28 Nr. 22, 89, 95o Abs. 5 Nr. 4, §§ 96, 98, 99, 131; ThürStiftG: § 3 Abs. 5, § 15; ThürKO: § 67 Abs. 5, §§ 69, 70.

Der Autor dankt dem Bundesverband Deutscher Stiftungen sowie seinen Lehrstuhlmitarbeitern, allen voran Florian Ammerich und Quirin Weinzierl für die tatkräftige Unterstützung.

A. Regelungsgegenstand – die Gemeinde als Stifter bzw. Verwalter von Stiftungen

Den §§ 80 ff. BGB liegt die Idee der Einheitsstiftung zu Grunde. Für Sonderfälle hat ¹ das Landesrecht jedoch Sondertypen entwickelt. Eine davon ist die kommunale Stiftung. Sie kann auf eine lange Tradition zurückblicken (unten Rz. 7). Wiewohl kommunale Stiftungen in der **öffentlichen Wahrnehmung eher ein Schattendasein** führen, ja ihr Wirken den Bürgern bisweilen in der eigenen Gemeinde oder Stadt weithin unbekannt ist, ist nicht nur ihr Wirkungsradius und Leistungsportfolio breit, sondern auch ihre Zahl **keine quantité négligeable** (unten Rz. 8 ff.). Der Bundesverband Deutscher Stiftungen schätzt die Zahl rechtsfähiger und treuhänderischer kommunaler Stiftungen auf insgesamt rund 2500. Gemessen an der Zahl der von ihr verwalteten Stiftungen ist die Landeshauptstadt München dabei Spitzenreiterin unter den kommunalen Stiftungsverwalterinnen.

Das Leistungsvermögen, das kommunale Stiftungen bei der ergänzenden ²

Wahrnehmung von Gemeinwohlaufgaben an den Tag legen, ist beachtlich. Sie erfüllen eine **wichtige soziale, kulturelle und wirtschaftliche Komplementärfunktion** für das kommunale Gemeinwesen. Viele deutsche Städte verdanken ihre Entwicklung zu blühenden Gemeinwesen und ihre heutige Bedeutung nicht zuletzt den zahlreichen kommunalen Stiftungen.¹ Ihr **Wirkungsradius** ist auf die Förderung in der örtlichen Gemeinschaft verwurzelter Zwecke gerichtet, insbesondere die Förderung der Kultur, Bildung, Jugend- und Altenhilfe, Gesundheit und Umwelt oder Forschung und Technologie. Für die Gemeinden wird der von ihnen ausgehende Förderbeitrag dabei umso sichtbarer, je mehr die kommunalen Kassen unter den Bedingungen schrumpfender Einnahmen zur Erfüllung ihrer wachsenden Aufgaben auf das Engagement gesellschaftlicher Kräfte angewiesen sind.

- 3 Das Vermögen, das kommunalen Stiftungen zur Verfügung steht, kann aus dem Haushalt der Gemeinde selbst stammen. Notwendig ist das jedoch nicht: Die Gemeinde muss nicht unbedingt selbst Stifter einer kommunalen Stiftung sein; sie unterliegt bei der **Einbringung kommunalen Vermögens in kommunale Stiftungen** vielmehr strengen rechtlichen Schranken (vgl. dazu unten Rz. 16 ff. und 55 ff.). Die Mehrzahl kommunaler Stiftungen greift auf Vermögen zurück, das nicht gemeindlichem Haushalt, sondern privater Initiative von Bürgern entstammt. Nicht zuletzt dieser Tatsache ist es zu verdanken, dass kommunale Stiftungen in ihrem Grundstockvermögen einen recht bunten Strauß an unterschiedlichen Vermögenswerten vorfinden – Immobilien, Mietwohnungen und Weingüter ebenso wie denkmalgeschützte Häuser sowie Kapitalanlagen von Bürgern der Stadt. Die Einnahmen aus Pachten, Mieten und Zinsen fließen in die Verwirklichung der in der jeweiligen Stiftungssatzung festgeschriebenen Stiftungszwecke.
- 4 Den **stiftenden Bürgern** ist als Ausgangspunkt das Gefühl der Verantwortung für das Schicksal der Mitmenschen in ihrer örtlichen Gemeinschaft sowie das Bedürfnis gemeinsam, die Zukunft der unmittelbaren Umgebung auch über das eigene Leben hinaus mitgestalten (und mit dem eigenen Namen verknüpfen) zu wollen. Das Einbringen von Vermögen in eine kommunale Stiftung ist insoweit **Ausdruck ihrer**

¹ Vgl. *Schmalstieg*, in Hauer et al., 83 (84).

besonderen inneren Verbundenheit mit der lokalen Gemeinschaft, der sie entstammen. Von anderen Stiftungstypen mit ähnlichen Stifterzielsetzungen unterscheiden sich kommunale Stiftungen dabei dadurch, dass sie **in das kommunale Verwaltungsgefüge einbezogen** sind; ihr Verwaltungsträger ist regelmäßig eine Gemeinde oder ein Landkreis. Daraus erwächst notwendig ein **Spannungsverhältnis zwischen partikularem Stifterwillen und demokratischer Gemeinwohlbindung der sie verwaltenden kommunalen Körperschaft**, das die kommunalen Stiftungen prägt.²

In ihrer Entstehung, Verwaltung und Wirtschaftsführung sowie in der Aufsicht (unten 5 Rz. 13-135) wird der von den anderen Stiftungsformen abweichende Charakter in besonderer Weise sichtbar. Die **Rechtsfigur der kommunalen Stiftung** hat eine Chamäleon-Struktur: Sie nimmt eine Zwitterstellung zwischen privatrechtlichen Strukturen und öffentlich-rechtlichen Formen ein. Dieser Umstand führt in der Praxis immer wieder zu Wirrungen bei der Suche nach dem einschlägigen normativen Handlungsrahmen, nicht zuletzt auch bei der (in der Literatur häufig übersehenen) Frage, ob die Beschaffungsvorgänge kommunaler Stiftungen vergaberechtpflichtig sind (vgl. dazu unten Rz. 136). Die Unübersichtlichkeit des Regelungsregimes kommunaler Stiftungen erhöht sich weiter dadurch, dass die Regelungskonzepte der einzelnen Bundesländer in ein sehr unterschiedliches normatives Gewand gekleidet sind. Das Recht kommunaler Stiftungen präsentiert sich als fragmentierte normativer Insellandschaft, die sich ungeachtet der praktischen Bedeutung kommunaler Stiftungen in der rechtswissenschaftlichen Forschung bisher weithin als *terra incognita* präsentiert.

Ihrer hybriden Natur entsprechend sind kommunale Stiftungen einem **normativen 6 Doppelregime** unterworfen. Sie unterliegen nicht allein den stiftungsrechtlichen Grundsätzen des BGB und der Landesstiftungsgesetze, sondern auch kommunalrechtlichem Sonderrecht, das die stiftungsrechtlichen Grundsätze

² Vgl. dazu ausführlich und instruktiv *Kämmerer*, Non Profit Law Yearbook 2005, 59 ff.; *Lehmann*, ZSt 2007, 51 ff.

modifiziert.³ Diese Regelungsaufgabe, unterschiedliche rechtliche Provenienzen in einer Rechtsfigur zusammenzuführen, bewältigen die meisten Landesstiftungsgesetze gesetzestechnisch mit Hilfe des Instruments der Verweisung: Die für alle Stiftungen geltenden Vorschriften der Landesstiftungsgesetze erklärt eine allgemeine Verweisungsnorm auch für kommunale Stiftungen grundsätzlich für anwendbar.⁴ Dort, wo die besondere Interessenlage oder die besonderen Schutzbedürfnisse kommunaler Stiftungen, vor allem in der Stiftungsverwaltung und der Einbringung kommunalen Vermögens, Sonderregelungen erfordern, sehen die Stiftungsgesetze jedoch ergänzende bzw. abweichende Regelungen vor.⁵ Dabei belassen es die Stiftungsgesetze grundsätzlich auch für die kommunale Stiftung bei dem **Vorrang des privatautonomen Stifterwillens** vor dem gesetzlichen Regelungsmodell.⁶ Sie versuchen dadurch der Rolle der kommunalen Stiftung Rechnung zu tragen, eine ergänzende **kooperative Gemeinwohlverwirklichung** durch die Aktivierung bürgerschaftlichen Engagements im Wege der Nutzung der Synergien zwischen Staat und Gesellschaft zu erreichen. Sie tragen damit der Erkenntnis Rechnung, dass die Förderung des Gemeinwohls nicht dem Staat allein obliegt, sondern eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe einer offenen Bürgergesellschaft darstellt.

B. Geschichtliche Entwicklung der kommunalen Stiftungen – ein kurzer Abriss

- 7 Seit Alters her verwalten viele Städte und Gemeinden in der Bundesrepublik kommunale Stiftungen. Einige der noch heute bestehenden Stiftungen reichen in ihren

³ Vgl. etwa klarstellend § 1 S. 2 NRWStiftG a.F.: »Stiftungen betreffende besondere vermögens- und haushaltsrechtliche Bestimmungen der Gemeindeordnung bleiben unberührt.« Dieser Satz 2 ist mit Wirkung vom 23.2.2010 gestrichen worden.

⁴ Vgl. etwa die ausdrückliche Verweisung in § 31 Abs. 1 S. 1 BaWürttStiftG i.V.m. § 101 Abs. 1 S. 1 BaWürttGemO; Art. 20 Abs. 3 S. 1 und 2 BayStiftG; § 19 Abs. 2 NdsStiftG. Einen Sonderweg schlägt Sachsen-Anhalt ein. Kommunale Stiftungen *des öffentlichen Rechts* sind in der Neufassung des Sachs-AnhStiftG entfallen. Der Landesgesetzgeber sieht für sie keinen Regelungsbedarf, vgl. LT-Drs. 5/2651, S. 20. Die kommunale Stiftung *des bürgerlichen Rechts* behandelt Sachsen-Anhalt nunmehr als einen Sonderfall der »gewöhnlichen Stiftung des bürgerlichen Rechts« und verzichtet für diese auf besondere Regelungen im StiftG, vgl. LT-Drs. 5/2651, S. 20.

⁵ Vgl. beispielsweise § 31 Abs. 2 BaWürttStiftG; Art. 20 Abs. 3 S. 1, 2 BayStiftG; § 18 Abs. 4 HessStiftG; § 10 Abs. 3 MeckVorPStiftG; § 19 Abs. 2 NdsStiftG; § 11 RhPfStiftG; § 17 Abs. 2-4 SchlHolStiftG; § 20 Abs. 2 SaarlStiftG.

⁶ Vgl. beispielsweise § 20 Abs. 2 BayStiftG; § 3 BrbgStiftG; § 94 Abs. 1 SächsGemO; § 15 Abs. 3 ThürStiftG; § 20 Abs. 3 S. 1 SaarlStiftG; § 10 Abs. 1 S. 4, Abs. 4 MeckVorPStiftG.

Ursprüngen bis in das Mittelalter zurück,⁷ wie etwa die »Göttinger milde Stiftung«, die aus einer Zusammenlegung verschiedener, teilweise traditionsreicher Einzelstiftungen hervorgegangen ist. Gleichfalls greifen heute noch kommunale Stiftungen in Freiburg auf Häuser, Ländereien und Weinberge zurück, die ursprünglich Teil einer bereits im 12. Jahrhundert von wohlhabenden Bürgern für ein Armenspital und ein Waisenhaus konzipierten kommunalen Stiftung waren.⁸ Es entsprach dem Geist mittelalterlicher Wohlfahrtspflege, für die Schwachen Anstalten zu stiften, die vor den Unbilden des Lebens, insbesondere Hungersnöten, Kriegen, Seuchen und Epidemien Zuflucht gewährten.⁹ Das aufstrebende Bürgertum, das seit dem **13. Jahrhundert** gegen die kirchliche Macht Einfluss zu gewinnen suchte, fand in den Räten der Städte ein politisches Gegengewicht und eine politische Führungsspitze, die – mit der notwendigen Behauptungsmacht ausgestattet – sich als Instanz zur Verwaltung bürgerlichen Vermögens gleichsam anbot. In der Folge wurden viele bürgerliche Stiftungen der Verwaltung oder der Aufsicht der Städte unterstellt.¹⁰ Zwischen Stiftungs- und Gemeindevermögen wurde dabei streng getrennt. Mit der **Reformation** und ihren Vorstellungen der Trennung von Seelenheil und weltlichen Werten beschleunigte sich die Loslösung des Stiftungswesens vom kanonischen Recht weiter. Während das Gedankengut der Aufklärung die Sorge um das gemeinsame Wohl als eine originäre staatliche, nicht gesellschaftliche Aufgabe ansah und daher von Stiftungen einen schädlichen Einfluss auf die Verwirklichung staatlicher Gemeinwohlvorstellungen ausgehen sah, dem es mit polizeistaatlichen Methoden gegenüberzutreten galt,¹¹ setzte der **Liberalismus des 19. Jahrhunderts** dem die Idee einer ergänzenden Gemeinwohlverwirklichung durch eine

⁷ Vgl. dazu allgemein etwa *Twehues*, Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, 1996, 67; zur geschichtlichen Entwicklung und Bedeutung kommunaler Stiftungen *Graf Fugger von Glött*, Augsburg – geprägt durch seine Stiftungen, in: Hauer et al. (Hrsg.), Stiftungen aus Vergangenheit und Gegenwart. Lebensbilder deutscher Stiftungen, Bd. 5, 93 ff. sowie *Schmalstieg* (Fn. 1), S. 83 ff.; *Böhler*, Besondere Stiftungsformen und ihre Organisation, in: Weitz/Pues/Martin (Hrsg.), Rechtshandbuch für Stiftungen, 5/10.1, 1 ff.

⁸ Vgl. *Stiftungsverwaltung Freiburg* (Hrsg.), Für mehr Menschlichkeit: Die kommunalen Stiftungen in Freiburg und ihr Auftrag, 2005, 9.

⁹ *Schmalstieg* (Fn. 1), 83 (84).

¹⁰ *Twehues* (Fn. 7), 70.

¹¹ Vgl. dazu etwa *Twehues* (Fn. 7), 73 f.; *Toepke*, Staatsaufsicht über Stiftungen, 1967, 50.

Allzweckstiftung entgegen. Die lokale weltliche Stiftungspflege wurde den Gemeinden übertragen. Es kam zu einer ausgeprägten **Kommunalisierung der Stiftungen**.¹² Diese Entwicklung findet – unter dem Eindruck des inflationsbedingten Verlusts von Stiftungsvermögen kommunaler Stiftungen nach dem **Ersten Weltkrieg** einerseits, dem gestiegenen Bedürfnis nach sozialer Fürsorge für die von dem Krieg betroffenen Bürger andererseits – ihren vorläufigen Abschluss in **§ 66 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935**. Er übertrug den Gemeinden als Träger der örtlichen Gemeinschaftsaufgaben die Verwaltung aller örtlichen Stiftungen und unterstellte deren Verwaltung den Vorschriften der Gemeindeordnung. Die Kommunalisierung im Stiftungswesen erreichte damit ihren Höhepunkt.¹³

C. Aufgabenbereich, Erscheinungsformen, ideeller Mehrwert und Schwachstellen kommunaler Stiftungen

- 8 Eine **Gegenwartsanalyse** fördert ein ambivalentes Bild der kommunalen Stiftungslandschaft zutage: Die Zahl kommunaler Stiftungen wächst nicht in gleichem Maße wie die Zahl der Stiftungen insgesamt. Das über viele Jahrhunderte gewachsene kommunale Stiftungswesen hat in der jüngeren Vergangenheit an Anziehungskraft verloren und stagniert. Von dem allseits beschworenen Stiftungsboom haben die kommunalen Stiftungen nicht in vollem Umfang profitiert. Auf der anderen Seite gewinnen sie mit Blick auf die angespannte Haushaltslage vieler Kommunen aber für diese wieder an Bedeutung. Die Gemeinden entdecken ihre kommunalen Stiftungen neu und nehmen sie verstärkt als **Innovationsträger und Kooperationspartner** einer Public Private Partnership im besten Sinne des Wortes kommunaler Aufgabenverwirklichung wahr, dem stiftungsfreundliche Rahmenbedingungen zu gewährleisten sind und dessen Leistungspotenzial es zu erschließen gilt. Das Interesse der Gemeinden an ihren Stiftungen erlebt eine Renaissance. Der Bundesverband Deutscher Stiftungen schätzt, dass gegenwärtig in Deutschland in den rund 2500 rechtsfähigen und treuhänderischen kommunalen Stiftungen ein Kapital von ca. 60-70

¹² *Schmalstieg*, in Hauer et al. (Fn. 1), 83 (86).

¹³ *Twehues* (Fn. 7), S. 78 m.w.N.

Mrd. Euro schlummern. Eine sehr ausgeprägte Förderkultur kommunaler Stiftungen pflegt etwa die Stadt Frankfurt. Sie hält ein eigenes Pflegeamt vor. Auch Städte wie Freiburg und München betreiben die Förderung kommunaler Stiftungen sehr intensiv. Neugründungen sind auch hier aber selten.

Seit jeher sind den kommunalen Stiftungen vielfältige Aufgaben des kommunalen ⁹ Wirkungskreises anvertraut. Als Ergänzung staatlicher und gesellschaftlicher Gestaltungsmacht beeinflussten und beeinflussen sie das soziale, kulturelle und wirtschaftliche Leben in den Gemeinden mitunter erheblich.¹⁴ Als flexible lokale »task force« können sie sich gesellschaftlicher Schief lagen unbürokratisch und zeitgerecht annehmen und konkrete, ortsbezogene Problemlösungen entwickeln (**Korrektur- und Ergänzungsfunktion**).¹⁵ Die Rechtsform der Stiftung ermöglicht es dabei, durch eine verselbstständigte Vermögenseinheit dauerhaft die Erfüllung kommunaler Aufgaben zu unterstützen und zu fördern. Die wichtigsten überkommenen **Tätigkeitsfelder** kommunaler Stiftungen sind dabei die Pflege sozialer Aufgaben, Bildung, Jugend- und Altenhilfe, Gesundheit, Kultur und Umwelt, Forschung und Technologie.

Ebenso disparat wie die Tätigkeitsfelder kommunaler Stiftungen sind ihre ¹⁰ **Erscheinungsformen**. Sie reichen von Museums- und Volkshochschul-Stiftungen zur Förderung der Heimatpflege und Heimatkunde, wie zum Beispiel der »Stiftung Wilhelm Lehmbruck Museum«, der »Stiftung für Weiterbildung und Kultur im Landkreis Alzey-Worms« oder der »Stiftung Zukunft Spergau«, über Stiftungen zur Förderung des musikalischen und kulturellen Lebens durch Stipendien, zum Beispiel durch die „Henner-Krogh-Stiftung“ zur Förderung Sylter Musiker, über Schul- und Forschungsförderungsstiftungen, etwa in Gestalt der von „Hugo’schen Schulstiftung“ in Göttingen oder der „Dr.-Leo-Ricker-Stiftung“, die Stipendien an Studierende vergibt, bis hin zu Alten- und Armenförderstiftungen, wie der “Stiftung Altenhilfe Potsdam“, der Heiliggeistspitalstiftung in Freiburg¹⁶ oder der “Brunst-Weber-

¹⁴ Vgl. von *Campenhausen*, in: Seifart/von Campenhausen, § 29 Rz. 2.

¹⁵ Vgl. dazu *Angerer*, FS Odersky, 143 (153); *Lehmann*, ZSt 2007, 51 (53).

¹⁶ Vgl. dazu *Stiftungsverwaltung Freiburg* (Hrsg.), Für mehr Menschlichkeit: Die kommunalen Stiftungen in Freiburg und ihr Auftrag, 2005, 48 f.

Stiftung“, die bedürftigen Stralsunder Bürgern Zugang zu bezahlbarem Wohnraum verhelfen soll.¹⁷ Eine besondere Stellung – auch im Hinblick auf die Höhe des von ihnen verwalteten Vermögens – nehmen in zunehmendem Umfang **Sparkassenstiftungen** ein.¹⁸

Bei den **Stiftungszwecken** zeichnete sich dabei im 20. Jahrhundert eine deutliche Verschiebung der Schwerpunkte ab: Während die **mildtätigen Stiftungen**, die an der Zahl der kommunalen Stiftungen den traditionell wohl größten Anteil haben, zusehends durch originäre gemeindliche Leistungsangebote ergänzt bzw. abgelöst wurden, wächst die Zahl und Bedeutung solcher kommunaler Stiftungen, die sich der **Förderung von Kunst, Wissenschaft und Kultur oder der Standortsicherung**¹⁹ als wichtigen gesellschaftlichen Funktionsbereichen der örtlichen Gemeinschaft verschrieben sehen.²⁰

- 11 Kommunale Stiftungen verdanken ihre Beliebtheit und ihre Vielzahl (nebst der besonderen steuerlichen Behandlung gemeinnütziger Stiftungen) nicht zuletzt der Akzeptanz, die die Rechtsform der Stiftung in der Bevölkerung genießt – einer **ungebrochenen Wertschätzung**, wie sie anderen Organisationsstrukturen nicht vergönnt ist. Die kommunale Stiftung generiert insoweit einen **ideellen Mehrwert**, der die Bereitschaft zu gesellschaftlichem Engagement zu aktivieren vermag. Sie erzeugt bei den Menschen in besonderer Weise das Vertrauen, dass eingesetztes Kapital in der treuhänderischen Fürsorge der Rechtsform »Stiftung« in guten Händen ist, die für einen sinnvollen Beitrag zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen bürgen.
- 12 Indem kommunale Stiftungen **in das kommunalpolitische Spannungsfeld**

¹⁷ Vgl. zu zahlreichen weiteren Beispielen kommunaler Stiftungen die Profilskizzen in: *Hauer et al.* (Hrsg.), *Stiftungen aus Vergangenheit und Gegenwart. Lebensbilder deutscher Stiftungen*, Bd. 5, 1986, 133 ff.

¹⁸ Vgl. zu ihnen *Weger*, *Sparkassen und Stiftungen*, Sparkasse 1996, 264 ff.; *von Rauch*, *Sparkassen als größte nichtstaatliche Förderer von Kunst und Kultur in Deutschland*, 1999, 395 ff.; *Bundesverband deutscher Stiftungen* (Hrsg.), *Sparkassenstiftungen – Engagement für die Regionen*, 2001. Zur Umwandlung von Sparkassen in die Rechtsform kommunaler Stiftungen bürgerlichen Rechts *Eichhorn*, *ZSt* 2004, 259.

¹⁹ Vgl. dazu etwa *Heuwinkel*, *Stiftung Standortsicherung Kreis Lippe – von kommunalen Gebietskörperschaften gegründete Stiftungen zur Förderung der Region*, in: *Bundesverband deutscher Stiftungen* (Hrsg.), *Neue Wege kommunaler Stiftungen*, 2003, 65 ff.

²⁰ *Schmalstieg* (Fn. 1), S. 83 (86 f.).

einbezogen sind, sind sie aber auf der anderen Seite in besonderer Weise der **Gefahr** ausgesetzt, den originären Stifterwillen bzw. die Autonomie der Stiftung auf dem Altar kommunalpolitischer Ränkespiele zu opfern und diesen hinter einer **Instrumentalisierung für tagesaktuelle Aufgaben und Interessen** zurücktreten zu lassen.²¹ Sinnt eine Gemeindeverwaltung in Wahlkampfzeiten auf Wiederwahl, kann es sich für sie zu einem gleichsam unwiderstehlichen Anreiz auswachsen, bei der Auswahl der Förderprojekte politische Interessen einfließen zu lassen. Sie mag insbesondere versucht sein, Stiftungsmittel publikumswirksam sowie (gemeinde-)»haushaltsschonend« solchen Zwecken zuzuführen, die die Wählergunst, sei es auch kurzfristig, erhöhen, statt sie in langfristige Projektarbeit zu investieren, oder sich auf Kosten der kommunalen Stiftung zu profilieren, indem der Beitrag zum Gelingen eines gemeinsamen Projektes nach außen nicht angemessen kommuniziert wird.²² Erlangen Stifter den Eindruck, mit ihrem Stiftungskapital allein Lächer klammer kommunaler Haushaltskassen zu stopfen, ohne mit ihrem Engagement substanziellen kommunalen Gestaltungswillen im örtlichen Wirkungskreis entfalten zu können, schwindet die Attraktivität der Rechtsform und die Bereitschaft, zur Gründung einer kommunalen Stiftung beizutragen, rapide. Der Anspruch kommunaler Mäzene ist es regelmäßig nicht, gleichsam als **Ausfallbürge** oder Lückenbüßer kommunale Aufgabenwahrnehmung zu ersetzen, sondern diese durch zusätzliche innovative Angebote zu ergänzen. Die Idee der Bürgerstiftung (vgl. dazu unten Rz. 21 ff.) versucht, auf dieses Gefährdungspotenzial klassischer kommunaler Stiftungen zu reagieren. Damit hat sie ungewöhnlich großen Erfolg.

Mit der **Einbindung privatautonomem Gestaltungswillens in öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisationsstrukturen** versucht die kommunale Stiftung die Quadratur des Kreises: Ihre hybride Struktur birgt die Gefahr eines demokratischen Steuerungsverlustes der legitimierten Entscheidungsträger des Rates. Ihr Gewand der

²¹ Vgl. zu diesem Gefahrenpotenzial und den Möglichkeiten seiner Bekämpfung ausführlich *Lehmann*, ZSt 2007, 24 ff., 51 ff.; allgemein zur Gefahr des Missbrauchs der Stiftungsrechtsform durch den Staat die Beiträge in: Meckling/Schulte (Hrsg.), Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen, 2003.

²² Vgl. zu einem Beispiel eines gemeinsamen Jugendhilfeprojekts der Stadt Münster und einer kommunalen Stiftung, bei dem die kommunale Stiftung die Last der Finanzierung fast alleine auf ihren Schultern trug, die »Lorbeeren« der Arbeit jedoch die Stadt für sich vereinnahmte, ohne die Stiftung nach außen in Erscheinung treten zu lassen, *Lehmann*, ZSt 2007, 51 (54).

auf Verwirklichung des originären Stifterwillens angelegten Rechtsfigur der Stiftung will nicht recht zu der Erneuerungsbedürftigkeit der Volkslegitimation im kommunalen Gemeinwesen passen.²³ Die Rechtsfigur der kommunalen Stiftung löst insoweit in der wissenschaftlichen Diskussion und der Wahrnehmung der Bevölkerung ein **zwiespältiges Echo** aus. Während die einen den Gemeinden raten, »den Reizen kommunaler Stiftungen, wo es möglich ist, zu widerstehen«²⁴, loben andere sie als Instrument symbiotischer Verknüpfung privatautonomem Gestaltungswillens mit kommunalem Erfahrungsschatz und Gestaltungsmacht, die Städten, Kreisen und Gemeinden große Zukunftsperspektiven eröffnet.²⁵

D. Der Begriff der kommunalen Stiftung

I. Einführung

- 13 Der Begriff „kommunale Stiftung“ kann sich nach seinem natürlichen Wortsinn auf dreierlei beziehen: auf einen besonderen Typus von wahrzunehmenden (kommunalen) Aufgaben, auf eine besondere Art der (kommunalen) Gründungsurheberschaft oder eine besondere Art der (kommunalen) Verwaltungsträgerschaft.

Die meisten Bundesländer sehen den Begriff der kommunalen Stiftung (kumulativ) durch das erste und dritte Merkmal als konstitutiv gekennzeichnet. Demgegenüber ist einer kommunale Stiftung nicht notwendig eigen, dass sie auf eine **Initiative der Gemeinde** zurückgeht: Kommunale Stiftungen können sich auch auf die **Initiative von Privaten** gründen, jedenfalls sofern die Gemeinde die Verwaltung der Stiftung übernimmt (vgl. dazu im Einzelnen unten Rz. 71 ff.).

- 14 **Begriffsdefinitionen** der kommunalen Stiftung finden sich in nahezu allen Flächenstaaten. Lediglich Nordrhein-Westfalen und Sachsen Anhalt²⁶ verzichten in

²³ *Kämmerer* (Fn. 2), S. 75; *Dewald*, Die privatrechtliche Stiftung als Instrument zur Wahrnehmung öffentlicher Zwecke, 1990, 90 ff.

²⁴ *Kämmerer* (Fn. 2), S. 78.

²⁵ Vgl. etwa *Geiger*, Städte und Stiftungen, Der Städtetag 2003, 6 (9); *Lehmann*, ZSt 2007, 24.

²⁶ Sachsen-Anhalt sieht mit der Neubekanntmachung des Stiftungsgesetzes vom 20. Januar 2011 (GVBl. Nr. 1/2011 vom 16.1.2011) für die Rechtsform der kommunalen Stiftung öffentlichen Rechts keinen besonderen Regelungsbedarf mehr. Der Landesgesetzgeber hält die Vorschriften der §§ 80 ff. BGB sowie die Bestimmungen des kommunalen Haushaltsrechts und der kommunalen Vermögenswirtschaft insoweit für ausreichend. Stiftungsrechtliche Regelungen seien nicht erforderlich,

ihrem *Landesstiftungsgesetz* auf eine Definition, Nordrhein-Westfalen hält eine solche dafür aber in seiner Gemeindeordnung vor. Die Vielzahl unterschiedlicher Definitionen kommunaler Stiftungen in den einzelnen Landesgesetzen zeichnet ein buntes Bild. Manche Bundesländer lassen das erste Merkmal, die Erfüllung kommunaler Aufgaben, ausreichen. Teilweise weichen die Begriffsbeschreibungen sogar innerhalb eines Landes zwischen dem Stiftungsgesetz und der Gemeindeordnung voneinander ab.²⁷

Anstelle des Begriffs der kommunalen Stiftung verwenden einige Landesstiftungs- und Kommunalgesetze (namentlich Baden-Württemberg²⁸, Bayern²⁹, Brandenburg³⁰, Hessen³¹, Nordrhein-Westfalen³²) auch denjenigen der **örtlichen Stiftung**. Beide werden grundsätzlich synonym verwendet.³³ Bisweilen, so etwa in Bayern, fungiert der Begriff der kommunalen Stiftungen auch als Sammelbegriff, unter dem örtliche, kreiskommunale und bezirkkommunale Stiftungen rubriziert werden.³⁴

II. Erfüllung kommunaler Aufgaben aus dem räumlichen Bereich der Gebietskörperschaft als Zweck; Abgrenzung zur Bürgerstiftung

1. Überblick

Alle Landesgesetze nennen als notwendiges Strukturmerkmal der kommunalen

LT-Drs. 5/2651, S. 28. »Eine Stiftung, die nach der Satzung von einer Kommune verwaltet wird, bleibt gleichwohl eine gewöhnliche Stiftung des bürgerlichen Rechts.« (LT-Drs. 5/2651, S. 20). Eine materiell-rechtliche Änderung gegenüber dem vorherigen Rechtsstand ist nach dem Willen des Gesetzgebers damit ausdrücklich nicht beabsichtigt.

²⁷ So etwa § 3 BrbgStiftG und § 90 Abs. 1 BrbgKVerf: Während das Stiftungsgesetz unter örtlichen Stiftungen nur selbständige Stiftungen (vgl. zu dem Begriff unten Rz. 39 ff.) versteht, fasst die Begriffsbestimmung der Brandenburgischen Kommunalverfassung darunter auch unselbständige Stiftungen. Vgl. die abweichende Begriffsdefinition von »örtlichen« und »kommunalen« Stiftungen im Saarland; dazu Fußn. 33.

²⁸ § 31 BaWürtStiftG; § 101 BaWürttGemO.

²⁹ Art. 20 Abs. 1 BayGemO.

³⁰ § 3 BrbgStiftG; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf.

³¹ § 18 HessStiftG; § 120 HessGemO.

³² § 100 NRWGemO.

³³ Etwas Anderes gilt jedoch im Saarland. Während dort für *kommunale Stiftungen* die Verwaltung durch die Kommune als konstitutiv bezeichnet wird (§ 20 Abs. 1 SaarlStiftG: »Kommunale Stiftungen sind solche, die von kommunalen Körperschaften verwaltet werden«), ist dies bei örtlichen Stiftungen lediglich deklaratorisch (§ 107 SaarlKSVG: »Die Gemeinde verwaltet die örtlichen Stiftungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes, soweit nicht durch Gesetz oder Stifterin oder Stifter etwas anderes bestimmt ist« [Hervorhebung des Verf.]).

³⁴ In diesem Sinne Art. 20 Abs. 1 BayGemO.

Stiftungen die Erfüllung kommunaler Aufgaben: Erst der **Konnex zwischen Stiftungszweck** (unten 2.) und **Aufgaben der Kommune** (unten 3.) stellt die notwendige Verbindung her, die es nach dem Verständnis der Legaldefinitionen in den Landesstiftungsgesetzen rechtfertigt, von einer kommunalen Stiftung zu sprechen. Rein private oder sonstige Zwecke reichen nicht. Kommunale (bzw. örtliche³⁵) Stiftungen sind danach ausschließlich solche Stiftungen, deren Zweck im Rahmen der jeweiligen kommunalen Aufgaben liegt und nicht wesentlich über den räumlichen Bereich der Gebietskörperschaft hinauswirkt.³⁶ Von der Gemeinde verwaltete Stiftungen, die nicht diesen Zwecken dienen, sondern Aufgaben jenseits des kommunalen Wirkungskreises wahrnehmen, sind dadurch nicht ausgeschlossen; auf sie findet das Sonderrecht der kommunalen Stiftungen nur keine Anwendung.

2. Stiftungszweck

- 17 Für die Bestimmung des Stiftungszwecks ist entscheidend auf den **ursprünglichen Willen des Stifters** abzustellen, wie er in der Stiftungssatzung seinen Ausdruck gefunden hat.³⁷ Einer ausdrücklichen Beschlussfassung des Stifters über die Rechtsform der Stiftung bedarf es grundsätzlich nicht,³⁸ diese ergibt sich vielmehr als

³⁵ Vgl. dazu oben Fn. 33.

³⁶ Art. 20 BayStiftG; § 18 Abs. 1 HessStiftG; § 19 Abs. 1 S. 1 NdsStiftG; § 3 Abs. 5 RhPfStiftG; § 20 Abs. 1 SaarlStiftG; § 13 Abs. 1 SächsStiftG; § 25 Abs. 1 SachsAnhStiftG a.F.; offener demgegenüber § 10 Abs. 1 S. 2 MeckVorPStiftG, danach »soll die Übernahme der Verwaltung unterbleiben, wenn der Stiftungszweck nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der jeweiligen Körperschaft dient«. In Brandenburg (§ 3 BrbgStiftG; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf) und Nordrhein-Westfalen (§ 100 Abs. 1 S. 1 NRWGemO) muss die örtliche Stiftung lediglich »überwiegend« von der kommunalen Gebietskörperschaft als öffentliche Aufgaben wahrgenommenen »Zwecken dienen«, demgegenüber sprachlich geringfügig modifiziert in § 18 Abs. 1 HessStiftG. Danach sind örtliche Stiftungen solche, »die Zwecke erfüllen, welche die Gemeinden, Landkreise oder Zweckverbände in ihrem Bereich als öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder wahrnehmen können«. Das neue thüringische Stiftungsgesetz verzichtet (anders als noch § 25 Abs. 1 a.F.) auf die ausdrückliche Nennung des Begriffsmerkmals des kommunalen Zwecks (§ 3 Abs. 5 ThürStiftG). Baden-Württemberg ist das einzige Land, in dem der Begriff der örtlichen Stiftung nicht im Wege der Legaldefinition festgelegt, sondern als solcher vorausgesetzt wird.

³⁷ Vgl. etwa § 2 BaWürttStiftG; Art. 2 BayStiftG; § 2 NdsStiftG; § 1 Abs. 1 RhPfStiftG; vgl. dazu auch BVerfG, Beschl. v. 11.10.1977, BVerfGE 46, 73 (84); BVerwG, Urt. v. 28.2.1986, DÖV 1986, 518 (519); OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 15.10.1998 – A 2 S 231/96; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 24.2.2004 – 2 L 388/01, juris.

³⁸ Die Stiftungsgesetze verlangen zwar in der Stiftungssatzung Bestimmungen über den Namen, den Sitz, den Zweck, das Vermögen und die Organe der Stiftung, nicht aber über die Rechtsform, vgl. etwa § 10 SachsAnhStiftG. Beachte aber das zusätzliche Merkmal der Anerkennung oder Errichtung als

Folge des von der Stiftung verfolgten Zwecks unmittelbar aus dem Gesetz.

3. Kommunale Aufgaben

Der Stiftungszweck muss **auf den räumlichen Bereich der Gebietskörperschaft** ¹⁸ **bezogen** sein, er darf dabei nicht wesentlich (aber zumindest unwesentlich) über das Gebiet der kommunalen Körperschaft hinausreichen.³⁹ Mit dieser durch die neueren Stiftungsgesetze implementierten Formulierung weichen die meisten Bundesländer die bisherige strikte Zweckbegrenzung auf die örtliche Gebietskörperschaft auf. Die Änderung zollt der Schwierigkeit Tribut, die Verwirklichung auf eine Gebietskörperschaft bezogener Zwecke hinreichend deutlich von sonstigen Zwecksetzungen abgrenzbar zu machen. Sie soll den Handlungsradius kommunaler Stiftungen flexibilisieren und damit Handlungshemmschwellen abbauen. Ob die »Weichmacherformel« der nicht wesentlichen Überschreitung des räumlichen Umkreises einer Kommune ein Beitrag zur Vermeidung von Rechtsunklarheiten und zur Verbesserung der Justiziabilität ist, muss jedoch bezweifelt werden.⁴⁰

Welche Aufgaben sich im Rahmen des kommunalen Wirkungskreises halten und ¹⁹ damit Aufgaben der kommunalen Stiftungen sind, bestimmt sich nach den Gemeindeordnungen der Länder und den verfassungsrechtlichen Vorgaben der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG bzw. deren landesverfassungsrechtlichen Äquivalente). Kommunale Aufgaben sind danach grundsätzlich alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft,⁴¹ d.h. **diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben**, die also den Gemeindeeinwohnern als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der politischen Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinden kommt es hierfür nicht an.⁴² Die Befugnis zur Wahrnehmung kommunaler Aufgaben steht den kommunalen Stiftungen grundsätzlich umfassend zu; sie bedürfen dazu keines

kommunale Stiftung in Rheinland-Pfalz und im Saarland (§ 3 Abs. 5 RhPfStiftG, § 20 Abs. 2 S. 1 SaarlStiftG).

³⁹ Vgl. etwa Begründung zur Änderung des saarländischen Stiftungsgesetzes, LT-Drucks. 12/1086, 11.

⁴⁰ In diesem Sinne ebenso bereits *Schlüter*, ZSt 2005, 160 (162).

⁴¹ Vgl. nur etwa § 2 Abs. 1 RhPfGemO.

⁴² Vgl. BVerfG v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83, BVerfGE 79, 127 (151 f.).

weiteren besonderen Kompetenztitels (**Universalität der Aufgabenwahrnehmung**, vgl. Art. 28 Abs. 2 GG: »alle Angelegenheiten«). Die besondere Rechtsnatur der Stiftung schließt es – entgegen teilweise vertretener Auffassung⁴³ – auch nicht aus, einer kommunalen Stiftung **hoheitliche Aufgaben** zu übertragen. Zum einen ist die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Rechtsform (zum Beispiel im Wege der Beleihung) nicht ausgeschlossen. Zum anderen ist die kommunale Stiftung nicht notwendig privatrechtlicher Natur; in vielen Ländern kann sie auch ebenso gut öffentlich-rechtlicher Natur sein (vgl. dazu Rz. 52).⁴⁴

- 20 Ob die Gemeinden in der Rechtsform der Stiftung auch die Erfüllung von **Auftragsangelegenheiten**, d.h. Aufgaben, die den Gemeinden durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes übertragen sind, etwa die Bauaufsicht oder die Meldeverwaltung, wahrnehmen können, ist intrikat. Diese Aufgaben gehören zwar zu den öffentlichen Aufgaben von Gemeinden, die Aufgabe als solche ist und bleibt aber ungeachtet der kommunalen Aufgabenerfüllung originär staatlicher Natur. Soweit die Landesstiftungsgesetze bzw. Gemeindeordnungen, wie insbesondere in Bayern⁴⁵, im Saarland⁴⁶ oder in Sachsen⁴⁷ und Sachsen-Anhalt (in der bisherigen Fassung⁴⁸), zusätzlich zur kommunalen Aufgabe einen örtlichen Bezug der Aufgabenstellung erfordern, ist die Erfüllung dieser Aufgabe in der besonderen Rechtsform der kommunalen Stiftung per definitionem ausgeschlossen.⁴⁹ Dort, wo dies nicht der Fall ist, wie etwa in Brandenburg⁵⁰, Mecklenburg-Vorpommern⁵¹, Niedersachsen⁵² oder

⁴³ *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (834): »Die Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf eine Stiftung als privatrechtlicher Organisationsform kommt nicht in Betracht«.

⁴⁴ Wie hier etwa *Twehues* (Fn. 7), 52.

⁴⁵ Art. 20 BayStiftG.

⁴⁶ § 20 Abs. 1 SaarlStiftG.

⁴⁷ § 13 Abs. 1 SächsStiftG.

⁴⁸ § 25 Abs. 1 SachsAnhStiftG a.F.; inzwischen durch das Stiftungsgesetz vom 20.1.2011 (GVBl. 2001, 14) aufgehoben.

⁴⁹ Nur in Ausnahmefällen wird eine Auftragsangelegenheit (also eine staatliche Aufgabe, die den Gemeinden als Teil der mittelbaren Landesverwaltung zur Erledigung übertragen wird) den Anforderungen an einen örtlichen Bezug im Sinne der Landesstiftungsgesetze bzw. Gemeindeordnungen genügen können.

⁵⁰ § 3 BrbgStiftG; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf.

⁵¹ § 10 Abs. 1 MeckVorPStiftG.

⁵² § 19 Abs. 1 S. 1 NdsStiftG.

Hessen⁵³, ist konstruktiv begrifflich auch eine kommunale Stiftung zur Wahrnehmung einer Auftragsangelegenheit vorstellbar.⁵⁴ Die Wahl der Stiftungsform erscheint dann grundsätzlich primär als Teil der gemeindlichen Organisationshoheit zur Aufgabenwahrnehmung (wenngleich nicht als Teil des Kernbereichs der verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsgarantie⁵⁵). Mit der Erledigung von Auftragsangelegenheiten durch einen rechtlich selbstständigen Verwaltungsträger verbindet sich indes die Schwierigkeit, die bei der Erledigung von Auftragsangelegenheiten gebotene durchlaufende **Rechts- und Zweckmäßigkeit** (d.h. die Fachaufsicht) in hinreichendem Maße sicherzustellen. Die staatlichen Aufsichtsbefugnisse der Fach- bzw. Sonderordnungsbehörde sind aufgrund der rechtlichen Selbstständigkeit der Stiftung dieser gegenüber zumindest nicht unmittelbar durchsetzbar. Die Vorrangigkeit des Stifterwillens als Wesenszug der Stiftungsrechtsform immunisiert die kommunalen Stiftungen weitgehend gegen fachaufsichtliche Weisungen. Dass den Mitgliedern der Stiftungsorgane, die Repräsentanten der Gemeinde sind, Weisungen erteilt werden können, vermag diesen Befund nicht umzustoßen.⁵⁶ Dies hindert die Kommune jedoch nicht, sich der Stiftung zur Erfüllung dieser übertragenen Aufgabe als eines Dritten zu bedienen. Die Stiftung wird dann als **Verwaltungshelfer**, gleichsam als Erfüllungsgehilfe des Aufgabenträgers, tätig, ohne nach außen eigenständige Rechtspositionen der Aufgabenwahrnehmung innezuhaben.

Den gesetzlichen Anforderungen der »Erfüllung kommunaler Aufgaben aus dem räumlichen Bereich der Gebietskörperschaft« genügt rein begrifflich auch die so genannte **Bürgerstiftung**⁵⁷. Bürgerstiftungen fördern soziale und kulturelle Belange in einem bestimmten regional oder lokal begrenzten Tätigkeitsbereich. Sie verstehen sich als Sammelbecken für Spenden oder Zustiftungen zugunsten eines gemeinsame

⁵³ § 18 Abs. 1 HessStiftG.

⁵⁴ A.A. von *Campanhausen* (Fn. 14), § 30 Rn. 10; *Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972, 220.

⁵⁵ Vgl. *Kämmerer* (Fn. 2), S. 70.

⁵⁶ *Kämmerer* (Fn. 2), S. 70.

⁵⁷ Vgl. dazu *Schlüter*, Bürgerstiftungen – eine neue Form bürgerschaftlichen Engagements auf staatlicher Ebene, DVP 2001, 151 ff.; ferner die Beiträge in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Hdb. Bürgerstiftungen, 2. Aufl., 2004, 11 ff.

Interessen berührenden lokal bezogenen, gemeinnützigen Zwecks. Sie werden in der Regel von Bürgern für Bürger gegründet. Als solche sind sie **Sinnbild und Organisationsform zivilgesellschaftlichen Engagements**. Bürgerstiftungen sollen den Menschen die Möglichkeit eröffnen, in institutionalisierter Form an der Gestaltung ihres lokalen Gemeinwesens durch gesellschaftliche Beiträge aktiv mitzuwirken. Nicht zuletzt sind sie eine Reaktion auf die Erkenntnis, dass die Gemeinden in Zeiten budgetärer Schieflagen die wachsende Last ihrer Aufgaben, insbesondere im Bereich der Fürsorge für gesellschaftliche und kulturelle Belange, nicht mehr mit der gleichen Kraft und Nachhaltigkeit zu schultern vermögen. Dort, wo soziale Einrichtungen nicht mehr betrieben, Gebäude und Plätze nicht mehr gepflegt bzw. saniert werden, treibt die Bürger die **Sorge um die Erhaltung ihres unmittelbaren Lebensumfeldes** um und sind sie bereit, Verantwortung für dessen Gestaltung und die Schwachen in der örtlichen Gemeinschaft zu übernehmen, etwa durch den Betrieb einer Bücherei, einer Volkshochschule oder die Durchführung von Theateraufführungen.⁵⁸ Die Bürger und Unternehmen, die sich als Stifter, Zustifter oder Spender einbringen, sollen nach dem Grundgedanken der Bürgerstiftung, ähnlich wie in einer vereinsrechtlichen Gestaltungsform, in den Willensbildungsprozess der Bürgerstiftung einbezogen werden. Durch die regelmäßig angestrebte Beteiligung der beitragenden Bürger in den Stiftungsgremien verfügt die Bürgerstiftung über einen **korporativen Status und ein Maß an demokratischer Partizipation, das der Stiftung des europäischen Rechtskreises ansonsten fremd ist**.⁵⁹ Erreicht wird dies dadurch, dass die beteiligte Bürgerschaft in einem eigenen Gremium (Stiftungsrat, Stifterversammlung) vertreten ist, das lediglich über Beratungs-, Vorschlags- und Informationsrechte verfügt, während Beschlüsse in einem personell eng umgrenzten Vorstand gefasst werden.

- 22 Die Idee der Bürgerstiftung geht auf das **amerikanische Vorbild der community**

⁵⁸ *Kämmerer* (Fn. 2), S. 59; *Lehmann*, ZSt 2007, 24 ff..

⁵⁹ Vgl. etwa *Jakob*, Schutz der Stiftung, 2006, 77.

foundations zurück.⁶⁰ Ziel einer Bürgerstiftung ist es, ein möglichst breites Spektrum an gemeinnützigen Projekten und Initiativen anzustoßen und zu fördern. Dementsprechend wird in der Regel ein besonders **weiter Förderzweck** in der Satzung definiert. Einer Vielzahl von Bürgern soll dadurch die Gelegenheit gegeben werden, auch mit kleiner Münze ein breites Spektrum sozialer, kultureller etc. Ziele zu fördern. Dies geschieht meistens durch Zustiftungen oder Spenden. Bisweilen fungiert eine Bürgerstiftung auch als Dachorganisation, die Treuhänder für unselbstständige, von Bürgern oder Unternehmen gegründete Stiftungen ist und deren Tätigkeit koordiniert bzw. weitere Dienstleistungen übernimmt.⁶¹

Bürgerstiftungen sind seit den neunziger Jahren gleichsam zu einer **Modeerscheinung** 23
des modernen Stiftungswesens avanciert. In Deutschland machte die Stadtstiftung Gütersloh im Jahr 1996 den Anfang. Weit mehr als 160 Bürgerstiftungen zählt die Bundesrepublik Deutschland inzwischen. Ihre Zahl unterstreicht das Bedürfnis und die Bereitschaft vieler Bürger, sich für die Belange ihres örtlichen Wirkungskreises auch finanziell zu engagieren. Maßgeblichen Anteil an dem großen Zuspruch, den diese Organisationsform erfährt, hat der **gute Leumund, den die Rechtsform der Stiftung genießt**. Keine andere Rechtsform, weder diejenige der GmbH noch die der Anstalt oder des Vereins vermag die Menschen in einer Weise für gemeinnützige Zwecke zu mobilisieren, wie dies die Stiftung zu tun vermag. Die **Unabhängigkeit und Überparteilichkeit**, die die Bürgerstiftung für sich als Bündelung bürgerlicher Interessen reklamiert, lässt sie in den Augen vieler Bürger als Organisationsform zur Erreichung gemeinsamer Ziele des örtlichen Wirkungskreises prädestiniert erscheinen. Die besondere steuerliche Förderung, die der Gesetzgeber Stiftungen angedeihen lässt, tut ein Übriges.⁶²

Eine eigenständige rechtliche Gestaltungsform hat der Gesetzgeber der Bürgerstiftung 24
bisher nicht verliehen. Entsprechende Vorschläge gelangten nicht zur Umsetzung.⁶³

⁶⁰ Vgl. zur internationalen Entwicklung von Bürgerstiftungen etwa *Sacks*, Geschichte, Entwicklung und Merkmale von Bürgerstiftungen im internationalen Vergleich, in: Bertelsmann-Stiftung (Hrsg.), Handbuch Bürgerstiftungen, 2. Aufl., 2004, 29 ff.

⁶¹ *Schlüter/Stolte*, Stiftungsrecht, 2007, Rn. 68.

⁶² Vgl. dazu *Weitemeyer*, in: Gedächtnisschrift Jörn Echert, Baden-Baden 2008, 967 ff.

⁶³ Vgl. *Kämmerer* (Fn. 2), 66.

Die Bürgerstiftung muss sich insoweit rechtlich **in das Portfolio stiftungsrechtlicher Handlungsformen einpassen**. Für sie gelten insbesondere (jedenfalls in analoger Anwendung) auch die kommunalrechtlichen Handlungsbeschränkungen, denen die Gemeinden bei der Einbringung von kommunalem Vermögen in Stiftungen unterworfen sind, namentlich das Gebot der Subsidiarität.⁶⁴ Über sie haben sich, von dem Gedanken der Initialförderung der Stiftung und des ihr zu Grunde liegenden gesellschaftlichen Engagements getragen, in der Vergangenheit nicht wenige Gemeinden nonchalant hinweggesetzt, indem sie sich an Bürgerstiftungen mit Haushaltsmitteln finanziell beteiligten.

- 25 Wiewohl Bürgerstiftungen regelmäßig ein wichtiges Begriffsmerkmal kommunaler Stiftungen erfüllen, genügen sie den begrifflichen Anforderungen an kommunale Stiftungen regelmäßig nicht. Sie sind nach ihrer Zielsetzung gerade bestrebt, dem gesetzlichen Regime kommunaler Stiftungen nicht unterworfen zu sein.⁶⁵ Die meisten Bundesländer bleiben bei dem Erfordernis der Erfüllung kommunaler Zwecke nämlich nicht stehen.⁶⁶ Sie knüpfen das Sonderrecht der kommunalen Stiftungen regelmäßig an eine weitere Voraussetzung: die Verwaltung durch die kommunale Körperschaft.⁶⁷ Darin unterscheiden sich kommunale Stiftungen von Bürgerstiftungen. Noch mehr als die in organisatorischer Hinsicht mit der Gebietskörperschaft eng verflochtenen kommunalen Stiftungen verkörpert die Bürgerstiftung – ungeachtet ihres Anspruchs, als Katalysator demokratischer Willensbildung bürgerschaftliche Mitverantwortung für das lokale Gemeinwohl zu aktivieren – das **Partikularinteresse ihrer Stifter**.⁶⁸ In dem Boom, den Bürgerstiftungen erlebten, drückt sich somit zugleich auch die Skepsis nicht weniger Bürger aus, ihr Vermögen einer Stiftung anzuvertrauen, die in die kommunale Organisationsstruktur eingebunden ist. Bürgerstiftungen sind insoweit auch ein Krisensymptom kommunaler Stiftungen, dem das Kommunalrecht und die

⁶⁴ Vgl. dazu im Einzelnen unten Rz. 58 ff. Ebenso *Stepp*, in: Theorie und Praxis kommunaler Stiftungen und ihrer Aufsicht in Bayern, in: Bundesverband Deutscher Stiftungen (Hrsg.), Selbstverständnis kommunaler Stiftungen, 2002, 17 (21).

⁶⁵ Vgl. auch *Kilian*, Die staatliche Stiftung, in: Werner/Saenger (Hrsg.), Die Stiftung, 2008, Rdnr. 1143.

⁶⁶ A.A. von *Campenhausen* (Fn. 14), § 30 Rn. 11.

⁶⁷ Vgl. dazu sogleich Rz. 26 ff.

⁶⁸ *Kämmerer* (Fn. 2), 79.

Kommunalpolitik gleichermaßen zu begegnen aufgerufen sind, wenn denn die Attraktivität der Rechtsform »kommunale Stiftung« aufrechterhalten bleiben soll. Ihr Anspruch, frei von politischen und staatlichen Einflüssen sowie ihren einzelnen Stiftern zu sein, verleiht der Bürgerstiftung eine **besondere Anziehungskraft**, die viele Bürger bei Stiftungen, die von kommunalen Organen verwaltet sind, (häufig aufgrund Unwissenheit) nicht mit der gleichen Zuverlässigkeit verwirklicht sehen (zu den rechtspolitischen Vor- und Nachteilen einer gemeindlichen Stiftungsverwaltung unten Rz. 29).

4. Verwaltung durch die kommunale Körperschaft als Essenziale?

a) (Disparate) gesetzliche Ausgangslage in den einzelnen Bundesländern

Die meisten Bundesländer beschränken den Begriff der kommunalen Stiftung auf ²⁶ solche Stiftungen, die (aufgrund Satzungsauftrags bzw. Fehlens eines entgegenstehenden Satzungsauftrags) von einer kommunalen Körperschaft verwaltet werden. Nicht nur die inhaltliche, sondern auch die **organisatorische Einbindung in eine kommunale Gebietskörperschaft** ist danach für eine kommunale Stiftung konstitutiv. Das gilt namentlich für die Länder Brandenburg⁶⁹, Mecklenburg-Vorpommern⁷⁰, Niedersachsen⁷¹, Nordrhein-Westfalen⁷², Rheinland-Pfalz⁷³, das Saarland⁷⁴, Schleswig-Holstein⁷⁵ und Thüringen.⁷⁶

Baden-Württemberg⁷⁷, Bayern⁷⁸, Hessen⁷⁹, Sachsen⁸⁰ und wohl auch Sachsen- ²⁷

⁶⁹ § 3 BrbgStiftG; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf.

⁷⁰ § 10 Abs. 1 S. 1 MeckVorPStiftG.

⁷¹ § 19 Abs. 1 S. 1 NdsStiftG.

⁷² § 100 Abs. 1 NRWGemO.

⁷³ § 3 Abs. 5 RhPfStiftG. Hier besteht zusätzlich die Besonderheit, dass die Stiftung als kommunale errichtet oder anerkannt sein muss, vgl. dazu unten Rz. 33 ff.

⁷⁴ § 20 Abs. 1 SaarlStiftG (für kommunale Stiftungen); für »örtliche Stiftungen« heißt es demgegenüber in der SaarlKSVG, dass sie durch die Gemeinde verwaltet werden, soweit nicht durch Gesetz oder Stifterin oder Stifter etwas anderes bestimmt ist (§ 107 Abs. 1 SaarlKSVG).

⁷⁵ § 17 Abs. 1 SchlHolStiftG.

⁷⁶ § 3 Abs. 5 i.V.m. § 15 Abs. 1 ThürStiftG.

⁷⁷ § 31 Abs. 1 BaWürttStiftG i.V.m. § 101 Abs. 1 BaWürttGemO (»soweit durch Gesetz oder Stifter nichts anderes bestimmt ist«). Irreführend insoweit *Lehmann*, ZSt 2007, 24 (27).

⁷⁸ Art. 20 Abs. 2 BayStiftG.

⁷⁹ § 18 Abs. 2 HessStiftG i.V.m. § 120 Abs. 1 S. 1 HessGemO (»Örtliche Stiftungen verwaltet die Gemeinde nach den Vorschriften dieses Gesetzes, soweit nicht durch Gesetz oder Stiftungsurkunde anderes bestimmt ist.«); § 18 Abs. 4 S. 2 HessStiftG.

⁸⁰ § 13 Abs. 3 SächsStiftG und § 94 Abs. 1 SächsGemO.

Anhalt⁸¹ kennen dagegen daneben auch **nicht kommunal verwaltete kommunale Stiftungen**.⁸² Die Verwaltung durch Vertretungsorgane der Kommune ist hier lediglich regelmäßige Folge, nicht Voraussetzung einer kommunalen Stiftung. Sie kann durch abweichende Satzungsregelung abbedungen werden.⁸³ Denkbar ist dort – anders als in den anderen Bundesländern – auch, dass nicht die Kommune insgesamt mit der Verwaltung der Stiftung beauftragt wird, sondern bestimmte Organe oder einzelne Mitglieder solcher Organe bzw. andere Amtsträger.⁸⁴

- 28 Während die *nicht* kommunal verwaltete Stiftung grundsätzlich vollständig dem allgemeinen Stiftungsrecht unterliegt, sehen die Stiftungsgesetze für die **von den Gemeinden selbst verwalteten kommunalen Stiftungen** Modifizierungen des allgemeinen Stiftungsrechts, insbesondere für die Wahrnehmung der Stiftungsaufsicht, vor: Diese obliegt hier in den meisten Ländern der Kommunalaufsichtsbehörde.⁸⁵ Dieses rechtliche Sonderregime rechtfertigt sich daraus, dass kommunal verwaltete Stiftungen – anders als Stiftungen, die in unabhängiger Eigenregie ihre Aufgabe der Stiftungsverwaltung wahrnehmen – durch Organe handeln, die besonderen Bindungen und Schranken unterworfen sind. Innerhalb der Stiftungsorgane besteht daher nicht die Unabhängigkeit einer eigenen weitgehend unbeschränkten Willensbildung, sondern es bleibt eine Bindung an die Vorschriften der jeweiligen Kommunalverfassung erhalten, die auf ihre Einhaltung kontrolliert werden muss.

⁸¹ § 25 Abs. 2 SachsAnhStiftG a.F. (dazu zutreffend OVG Sachsen-Anhalt v. 24.2.2004 – 2 L 388/01, juris) und § 115 Abs. 1 SachsAnhGemO (die Vorschrift lässt sich allerdings auch dahin verstehen, dass die Verwaltung durch die Gemeinde konstitutiv ist, dabei aber von Vorschriften der Gemeindeordnung dispensiert werden kann).

⁸² Vgl. auch *Störle et al.*, BayStiftG, 5. Aufl. Stuttgart 2009, Art. 28 Rdnr. 3; zustimmend *Lehmann*, ZSt 2007, 24 (28); irritierend demgegenüber *von Campenhausen* (Fn. 14), § 30 Rn. 11; *Kilian*, Die staatliche Stiftung, in: Werner/Saenger (Hrsg.), Die Stiftung, Berlin 2008, Rdnr. 1143.

⁸³ Art. 20 Abs. 2 BayStiftG: »Die Vertretung und Verwaltung der kommunalen Stiftungen obliegt, soweit nicht durch Satzung anderes bestimmt ist, den für die Vertretung und Verwaltung der Gemeinden, Landkreise und Bezirke zuständigen Organen.«

⁸⁴ Vgl. auch *von Campenhausen* (Fn. 14), § 32 Rn. 6.

⁸⁵ Siehe § 31 Abs. 2 Nr. 1 BaWürttStiftG; Art. 20 Abs. 3 S. 2 BayStiftG; § 18 Abs. 4 S. 1 HessStiftG; § 19 Abs. 2 S. 3 NdsStiftG; § 11 RhPfStiftG; § 20 Abs. 2 S. 3 SaarlStiftG; § 17 Abs. 4 SchlHolStiftG; anders für rechtsfähige Stiftungen etwa in Brandenburg (§ 4 Abs. 2 BrbgStiftG), Nordrhein-Westfalen (§ 6 Abs. 1 NRWStiftG), Sachsen (§ 6 Abs. 1 SächsStiftG), Sachsen-Anhalt (§ 4 Abs. 1 SachsAnhStiftG).

b) Vor- und Nachteile einer gemeindlichen Stiftungsverwaltung aus der Perspektive eines potentiellen Stifters

Die Verwaltung durch Kommunalorgane ist eine Stärke und eine Schwäche der Rechtsform kommunaler Stiftungen zugleich. Einerseits erzeugt die Einbindung in die kommunale Organisationsstruktur für die Zielerreichung sinnvolle **Synergieeffekte**: Die Stiftung ist in das Netzwerk kommunaler Förderpolitik und die politischen wie strategischen Zielsetzungen sowie die Wissensarchitektur der politischen Handlungsträger der Gemeinde eingebunden. Die kommunalen Verwaltungsorgane wissen am ehesten, wo in der örtlichen Gemeinschaft »der Schuh drückt« und wo zusätzliche Gelder zur Förderung der örtlichen Aufgaben am sinnvollsten eingesetzt werden können. Den eingesetzten Stiftungsmitteln kommt auf diese Weise eine höhere Wirkkraft zu, als wenn diese vom kommunalen Handlungsfeld isoliert wären. Durch den sich bisweilen über Jahrzehnte erstreckenden Aufbau von Fachkompetenz und die Schaffung spezieller Zuständigkeiten für die Beratung und Verwaltung von Stiftungen, bieten die Gemeinden **gute strukturelle Bedingungen für die Einbindung einer Stiftungsinfrastruktur**. Das Vertrauen, das die Gemeinden als zuverlässige, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verpflichtete und solvente Handlungsträger genießen, kann die Bereitschaft des Stifters, sein Geld einer von der Gemeinde verwalteten Stiftung anzuvertrauen, deutlich erhöhen. Mit Blick auf die Vorteile, die die Gemeinde von dem Wirken eines Stifters, der sein Vermögen Zwecken des örtlichen Wirkungskreises verschreibt, davonträgt, verzichten die Gemeinden häufig zudem auf die Geltendmachung der mit der Verwaltung verbundenen **Kosten**. Die Vermögenserträge können dann ungeschmälert der Verwirklichung der Stiftungszwecke zufließen. Gerade in kleineren Einheiten und bei kleinen Vermögen, bei denen die Verwaltungskosten den Stiftungsertrag schnell aufzehren, erhöht dies die Ertragskraft der Stiftung. Es lassen sich dadurch nennenswerte Kooperationsgewinne für gesellschaftliche Interessen und gemeindliche Bedürfnisse zum wechselseitigen Vorteil erzielen. Die über lange Zeiträume entwickelte kommunale Organisationsstruktur bietet überdies in hohem Maße die

Gewähr der Dauerhaftigkeit und Verlässlichkeit für die Zielerreichung.⁸⁶ Nicht zuletzt kann die Möglichkeit der Gemeinde, Orden und Ehrenzeichen zu verleihen oder Straßen nach einem ihrer Stifter zu benennen, einen besonderen Anreiz setzen, eigenes Vermögen in den Dienst der örtlichen Gemeinschaft zu stellen und dessen Verwaltung in die Hände der kommunalen Gebietskörperschaft zu legen.⁸⁷

- 30 Auf der anderen Seite erzeugt die Verflechtung der kommunalen Stiftung mit der Gemeindeverwaltung bei dem einen oder anderen stiftungswilligen Bürgern ein Misstrauen und Unbehagen: Sie ruft die **Sorge vor einer Vereinnahmung des überparteilich verstandenen Stifterwillens für parteipolitische Zwecke** oder ein Zerreiben zwischen parteipolitischen Fronten und ein Gefühl der Ohnmacht gegenüber einem Leviathan eines kommunalen Verwaltungsapparates hervor, das die Bereitschaft zum Engagement lähmt, und die Gefahr des Verlusts der Stiftungsautonomie und der Steuerungshoheit über das gestiftete Vermögen hervorruft.⁸⁸

Kommunale Stiftungen sind fremdverwaltet. Als solchen sind ihnen **Interessenkonflikte der Trägerorgane** angeboren. Vor allem dort, wo die Schnittmenge originär kommunaler Aufgabenverwirklichung und Stiftungsarbeit besonders hoch ist und sich mit politischen Gestaltungsabsichten verbündet, fällt es den stiftungsverwaltenden Gemeindeorganen mitunter schwer, die kommunalen Interessen auszublenden und sich ausschließlich vom **treuhänderischen Gedanken uneigennütziger Stiftungsverwaltung** leiten zu lassen. Die Versuchung, die Stiftung als beliebig einsetzbare Verfügungs- und Reservemasse zur Verwirklichung politischer Ziele zu usurpieren, gefährdet die Gestaltungsinteressen des Stifters. Die treuhänderische Verwaltung beeinträchtigt nicht zuletzt auch die Handlungsflexibilität und schöpferische Schlagkraft der Stiftung. Anders als andere Stiftungen, deren Organe im Rahmen der Zweckerfüllung in völliger Unabhängigkeit ihre Aufgaben

⁸⁶ Ergänzend tritt der besondere Schutz hinzu, den Gemeinden – anders als andere Stiftungsverwalter – in der Insolvenz genießen. Siehe § 118 Abs. 2 BrbgKVerf; Art. 77 Abs. 3 BayGemO; § 146 HessGemO; § 128 Abs. 2 NRWGemO; § 138 Abs. 2 SaarlKSVG; § 131 Abs. 2 SchlHolGemO; § 69 Abs. 3 ThürKO.

⁸⁷ Vgl. *Mecking*, Der Städtetag 2003, S. 10 (14).

⁸⁸ Vgl. dazu auch Rz. 12 und 21 sowie ausführlich *Lehmann*, ZSt 2007, 24 (32 f.) sowie 51 ff.

wahrnehmen können, unterliegen die Organe kommunaler Stiftungen besonderen, aus den jeweiligen Gemeindeordnungen fließenden Bindungen und Handlungsbeschränkungen, derer sich die Handlungsträger nicht entledigen können. Nicht zuletzt aufgrund der sich aus den kommunalen Haushaltsvorschriften ergebenden Verpflichtungen zur Offenlegung und Veröffentlichung von Informationen schaffen kommunale Stiftungen ein Maß an **Transparenz der Mittelverwendung**, das nicht dem Interesse jedes Stifters entsprechen muss.

Kommunalen Verwaltungen fehlt es, wenngleich in der kommunalen 31 Verwaltungspraxis sehr versiert, im Vergleich zu anderen potenziellen Verwaltern, etwa Stiftungsverwaltungsgesellschaften oder Banken, bisweilen auch am **stiftungsspezifischem Know-how** sowie an **Marketing- und Management-Kenntnissen**, die potentielle, auf der Suche nach einem geeigneten Verwalter befindliche Stifter anzusprechen vermögen. Den meisten stiftungswilligen Bürgern ist die ihnen in den Stiftungsgesetzen und den Gemeindeordnungen als Angebot unterbreitete Möglichkeit, ihr Vermögen der Gemeinde zur Verwaltung anzuvertrauen, erst gar nicht bekannt. Die Gemeinden arbeiten häufig auch nicht mit der hinreichenden Entschiedenheit daran, dieses **Wissensdefizit** mit Hilfe offensiver Öffentlichkeitsarbeit, etwa der Veranstaltung »kommunaler Stiftungstage«, abzubauen, sei es, weil ihnen die entsprechenden Ressourcen dafür fehlen, sei es, weil es ihnen schwerfällt, sich mit der Idee der kommunalen Stiftung zu identifizieren.⁸⁹ Nicht zuletzt trägt der Umstand, dass in vielen Kommunen die Stiftungsverwaltung innerhalb der Gemeindeverwaltung **dezentral organisiert**, d.h. auf die jeweiligen Fachämter verteilt ist, dazu bei, dass kommunalen Stiftungen Vereinnahmungsinteressen der Gemeinden nur mit Mühe widerstehen und ihnen ein nennenswertes Schwellengewicht entgegensetzen.⁹⁰ Denn die Fachämter sehen sich

⁸⁹ Vgl. dazu auch *Böhler*, Besondere Stiftungsformen und ihre Organisation, in: *Rechtshandbuch für Stiftungen*, 5/10.5, 3; *Graf Fugger von Glött* (Fn. 7), 100 f.; *Lehmann*, ZSt 2007, 24 (33); 51 (61); zu einem positiven Beispiel vgl. etwa *Claahsen*, Strategien und Instrumente zur Gewinnung von Stiftern, in: *Bundesverband Deutscher Stiftungen* (Hrsg.), *Selbstverständnis kommunaler Stiftungen*, 2002, 45 (45 ff.).

⁹⁰ Ebenso *Graffe*, Die Landeshauptstadt München als Stiftungsverwalterin, in: *Bundesverband Deutscher Stiftungen*, *Selbstverständnis kommunaler Stiftungen*, 2002, 12 (15); *Lehmann*, ZSt 2007, 51 (56).

anders als durch eine schlagkräftige Koordinierungsstelle verselbstständigte Einheiten im Zweifel primär fachamtsspezifischen Interessen und erst sekundär den Stiftungen als Sachwalter ihrer Interessen verpflichtet fühlen.

- 32 Kommunale Stiftungen finden sich dort in besonders reicher Zahl, wo sich eine selbstbewusste Bürgerschaft mit den Geschicken der lokalen Gemeinschaft in besonderem Maße identifiziert. Mit der wachsenden Mobilität der Gesellschaft zeichnen sich hier freilich Auflösungserscheinungen ab. Sie alleine vermögen die sich in der jüngeren Vergangenheit abzeichnende **Stagnation des kommunalen Stiftungswesens** indes nicht zu erklären. Der Boom von Bürgerstiftungen führt kommunalen Stiftungen schmerzlich vor Augen, dass es ihnen in der Vergangenheit nicht hinreichend gelungen ist, das Potenzial an Spendenbereitschaft und Engagement der örtlichen Bevölkerung für die Belange des örtlichen Wirkungskreises vollständig abzuschöpfen, insbesondere die Vorzüge der kommunalen Stiftungen in dem Bewusstsein der Bevölkerung nachhaltig zu verankern. Hier liegen eine Herausforderung und ein Auftrag für die kommunalen Organe und das rechtliche Handlungsumfeld kommunaler Stiftungen zugleich. Es gilt, die Attraktivität der Rechtsform nicht in einer kommunalen Schockstarre aufzulösen, sondern eine bedürfnisgerechte Verwaltung und Betreuung kommunaler Stiftungen zu ermöglichen. Die Stärkung des **Vertrauens in die konsequente Umsetzung des Stifterwillens** und die Wahrung parteipolitischer und weltanschaulicher **Neutralität kommunaler Stiftungsverwaltungen** sowie die **überzeugende Vermittlung der Synergieeffekte** der Rechtsform »kommunale Stiftung«, nicht zuletzt die **Professionalisierung, Zentralisierung⁹¹ und Transparenz der kommunalen Stiftungsverwaltung** als Kompetenzzentrum treuhänderischer Verwaltung bilden dafür den besten Nährboden.⁹²

⁹¹ Als Instrument, die kommunale Stiftungsverwaltung organisatorisch und personell aus dem kommunalen Verwaltungsgeflecht herauszulösen und ihr ein eigenes Gesicht zu verleihen, kommen insbesondere eine separate Verwaltungseinheit, z.B. eine Stabsstelle, eine eigene Stiftungsabteilung, ein Stiftungsamt oder eine verselbstständigte, unter der Aufsicht der Gemeinde stehende Verwaltungsgesellschaft, z.B. eine GmbH oder eine Dach-Stiftung in Betracht.

⁹² Vgl. dazu auch die Empfehlungen für die Verwaltung kommunaler Stiftungen des Bundesverbandes deutscher Stiftungen: *Bundesverband deutscher Stiftungen*, Grundsätze guter Stiftungspraxis, 2006, 13

5. Errichtung oder Anerkennung als kommunale Stiftung als zusätzliches Begriffsmerkmal in Rheinland-Pfalz

Über die Merkmale der Erfüllung kommunaler Aufgaben und der Verwaltung durch die kommunale Körperschaft hinaus kennt das rheinland-pfälzische Stiftungsgesetz ein weiteres, in dieser Form solitäres Begriffsmerkmal, das es als konstitutives Merkmal der kommunalen Stiftung versteht: Die Stiftung muss »als kommunale Stiftung errichtet oder anerkannt worden sein«⁹³. Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung **Rechtsunsicherheiten und Zuordnungsschwierigkeiten** hinsichtlich des Status einer der Gemeinde zugeordneten Vermögensmasse ausschließen. Sein erklärtes Ziel war es, den kommunalen Gebietskörperschaften ein **Dispositionsrecht** darüber einzuräumen, ob eine Stiftung, die die begrifflichen Voraussetzungen einer kommunalen Stiftung erfüllt, auch ihrem rechtlichen Sonderregime unterworfen sein soll.⁹⁴ Hintergrund der Regelung sind Fälle, in denen kommunale Gebietskörperschaften gemeinsam mit Verbänden, Vereinen oder sonstigen öffentlichen oder privaten Stellen eine Stiftung errichtet haben, deren Verwaltung von Gebietskörperschaften wahrgenommen wurde, die nach dem Willen der Stifter jedoch – nicht in gleicher Weise wie die sonstigen kommunalen Einrichtungen – den Bestimmungen über die Haushaltswirtschaft und der Beaufsichtigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde unterliegen sollten.

Ein solches Wahlrecht über die Anwendbarkeit der rechtlichen Regeln und Aufsichtsbefugnisse birgt zwar, indem es dem Stifter die Möglichkeit eines normativen »cream skinning« ermöglicht, **Missbrauchspotenzial**. Es weiß sich aber zugleich mit dem das Recht der kommunalen Stiftungen prägenden **Leitgedanken des Vorrangs der Stiftungsautonomie** im Einklang: Auch für diese stehen die meisten gesetzlichen Regeln, deren Anwendbarkeit der Gesetzgeber vorsieht, ausdrücklich unter dem Vorbehalt anderweitiger Bestimmung des Stifters. Der Gewinn an zusätzlicher Autonomie, der sich für die Stiftungen damit verknüpft, ist allerdings

f.; ferner *Lehmann*, ZSt 2007, S. 51 (57 ff.); *Böhler*, Besondere Stiftungsformen und ihre Organisation, in: Rechtshandbuch für Stiftungen, 5/10.5, 3.

⁹³ § 3 Abs. 5 RhPfStiftG.

⁹⁴ Begründung zum Gesetzesentwurf der Landesregierung für ein Landesstiftungsgesetz, LT-Drucks. 14/3129, 16.

begrenzt: § 84 Abs. 1 RhPfGemO erklärt das Landesstiftungsgesetz für *alle* rechtsfähigen Stiftungen, die die Gemeinde verwaltet, für anwendbar – unabhängig davon, ob es sich um eine als kommunal anerkannte Stiftung handelt oder nicht. Die Dispositionsmöglichkeit, die sich aus der Neuregelung ergibt, reduziert sich damit weitgehend auf die Wahl der zuständigen Aufsichtsbehörde: Der Stifter kann wählen, ob die Kommunalaufsichtsbehörde (kommunale Stiftung) oder die allgemeine Stiftungsbehörde (im Falle einer durch die Gemeinde verwalteten, auf kommunale Aufgaben ausgerichteten Stiftung, die nicht als kommunale errichtet ist) für die Überwachung zuständig ist.⁹⁵ Eine solche »**Zuständigkeit nach Wahl**«, die sich auf einen Anreiz für den Stifter reduziert, sich die genehmste Behörde auszusuchen, erweist sich in ihrem Ansatz als **rechtspolitisch zweifelhaft**. Es läuft dem das Zuständigkeitsrecht tragenden Gedanken einer klaren Aufgabentrennung und Arbeitsteiligkeit zuwider, ohne inhaltliche Gestaltungsfreiheit zu schaffen. Dem Regelungsziel des Gesetzgebers, Rechtsunsicherheiten bei der Zuordnung von der Gemeinde verwalteter Stiftungen zu beseitigen, hätte ebenso gut dadurch entsprochen werden können, dass die Aufsichtsbehörde durch die Anerkennung eine verbindliche Entscheidung über die Zuordnung als kommunale Stiftungen trifft, ohne dass die Stiftung zugleich selbst über die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde disponieren kann. Die Einordnung der »Errichtung oder Anerkennung als kommunale Stiftung« als Begriffsmerkmal für kommunale Stiftungen erweist sich überdies **rechtssystematisch als unglücklich**. Es handelt es sich in der Sache nicht um ein Begriffsmerkmal kommunaler Stiftungen, sondern um eine Voraussetzung für die Anerkennung einer kommunalen Stiftung als rechtsfähig.

- 35 Vor diesem Hintergrund stellt sich das **saarländische Regelungskonzept** als vorzugswürdig dar. Es sieht die Anerkennung der Stiftung als rechtsfähige kommunale Stiftung durch die Stiftungsbehörde nach Anhörung der kommunalen Körperschaft vor.⁹⁶ Dabei lässt es sich ebenso wie das rheinland-pfälzische Stiftungsgesetz von dem Anliegen leiten, Rechtssicherheit sub specie des rechtlichen

⁹⁵ § 11 RhPfStiftG.

⁹⁶ § 20 Abs. 2 S. 1 SaarlStiftG.

Status kommunaler Stiftungen zu erreichen, legt diese Frage aber sinnvollerweise in die Hände der Aufsichtsbehörde.⁹⁷

III. Arten kommunaler Stiftungen

1. Differenzierungskriterien

Nach dem Wirkungsbereich, dem Grad der Selbständigkeit und der Rechtsnatur lassen sich kommunale Stiftungen nach im Wesentlichen **sechs Klassifikationsmerkmalen** unterscheiden: gemeindliche und überörtliche Stiftungen (unten 2.), rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen (unten 3.), Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts (unten 4.).

Ohne weitere rechtliche Bedeutung ist für kommunale Stiftungen demgegenüber die Unterscheidung zwischen operativen und fördernden Stiftungen. Kommunale Stiftungen können sowohl Menschen, Einrichtungen, Vereine oder Projekte fördern (**fördernde Stiftung**) oder auch selbst Einrichtungen, etwa ein Altenheim, eine Obdachlosenunterkunft oder ein Museum, betreiben (**operative Stiftung**).

2. Unterscheidung nach der Reichweite des Wirkungsradius

a) Gemeindliche Stiftungen

Die meisten kommunalen Stiftungen sind in ihrem **Wirkungsradius** auf Städte und Gemeinden, etwa die Förderung der Unterhaltung örtlicher Kulturstätten, Parkanlagen oder Pflegeheime, beschränkt. Den Begriff kommunaler Stiftungen darauf zu reduzieren, hieße jedoch den denkbaren räumlichen Entfaltungsbereich kommunaler Stiftungen nur unvollständig zu erfassen.

b) Überörtliche, insbesondere kreiskommunale Stiftungen

Kommunale Stiftungen können auch als **überörtliche Stiftungen** dem Aufgabenbereich mehrerer Gemeinden, eines ganzen Landkreises oder eines Zweckverbandes⁹⁸ (sowie in Bayern: eines Bezirkes) verschrieben sein.⁹⁹ **Bayern** etwa unterscheidet in seiner Begriffsdefinition der kommunalen Stiftung ausdrücklich

⁹⁷ Begründung zur Änderung des saarländischen Stiftungsgesetzes, LT-Drucks. 12/1086, 11.

⁹⁸ Vgl. etwa § 3 BrbgStiftG (»von einer Gemeinde oder von Gemeindeverbänden«); § 18 Abs. 1 HessStiftG; § 3 Abs. 5 RhPfStiftG; § 3 Abs. 5 ThürStiftG.

⁹⁹ Vgl. dazu auch *Lehmann*, ZSt 2007, 24 (25 u. 29); *Twehues* (Fn. 7), 63 f.

zwischen örtlichen, kreiskommunalen und bezirkkommunalen Stiftungen.¹⁰⁰ Für überörtliche Stiftungen sehen die Landkreisordnungen (meist durch Verweis auf die entsprechenden Normen der Gemeindeordnung zur kommunalen Wirtschaftsführung) den Regelungen der Gemeindeordnungen inhaltlich entsprechende Parallelnormen vor.

3. Unterscheidung nach der Selbständigkeit

a) Überblick

- 39 Von grundlegender Bedeutung für den Rechtsstatus kommunaler Stiftungen und das Rechtsregime, dem sie unterworfen sind, ist die Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen kommunalen Stiftungen. Die Zahl der selbstständigen Stiftungen wird auf 500 geschätzt; die Zahl der unselbstständigen Treuhandstiftungen auf 1800 bis 2000.¹⁰¹ Die Rechtsfähigkeit kommunaler Stiftungen ergibt sich aus der Zuerkennung eigener Rechtsfähigkeit im Errichtungs- oder Anerkennungsakt. Dies gilt allerdings nur für Stiftungen, die nach 1900 gegründet wurden; Stiftungen, die vor Inkrafttreten des BGB gegründet wurden, konnten auch ohne eine staatliche Genehmigung Rechtsfähigkeit erlangen.¹⁰²

b) Rechtsfähige (selbstständige) Stiftungen

- 40 Selbstständige kommunale Stiftungen sind Stiftungen, bei denen der Träger der kommunalen Aufgabe und der Verwaltungsträger der Stiftung auseinanderfallen. Es kommt dann zu einer Übertragung von Vermögenswerten der Kommune an eine andere, rechtlich selbstständige juristische Person. Rechtsfähige Stiftungen sind **Instrumente dauerhafter Vermögensbindung**. Die rechtsfähige Stiftung kann als solche Adressatin rechtlicher Regeln sein und dementsprechend auch als solche klagen und verklagt werden. Sie ist partei- bzw. beteiligungsfähig, jedoch nicht als solche prozessfähig. Sie muss sich durch die für die Vertretung und Verwaltung der

¹⁰⁰ Art. 20 Abs. 1 BayStiftG.

¹⁰¹ Vgl. *Lehmann*, ZSt 2007, 24 (24); zu der Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Stiftungen vgl. auch etwa *Twehues* (Fn. 7), 58 ff.

¹⁰² *Twehues* (Fn. 7), S. 61 m.w.N.

Kommunen zuständigen Organe vertreten lassen.¹⁰³

Sub specie der inhaltlichen Anforderungen an die Verwaltung rechtsfähiger kommunaler Stiftungen, etwa die Aufhebung, Zusammenlegung und Zweckänderung sowie den Vermögensanfall, gelten grundsätzlich die **allgemeinen Regeln der Stiftungsgesetze sowie die §§ 80-88 BGB** mit der Maßgabe, dass wesentliche Grundsätze der Verwaltung und Aufsicht durch kommunales Sonderrecht modifiziert werden. Die **Zuständigkeit für die Verwaltung und Vertretung der Stiftung** liegt danach in den Händen der kommunalen Vertretungsorgane. Ergänzend gelangen die Vorschriften der Gemeindeordnungen über die Haushaltswirtschaft und Vermögensverwaltung der Gemeinden zur Anwendung.¹⁰⁴

c) Nichtrechtsfähige (fiduziarische) Stiftungen

Anders als bei rechtsfähigen Stiftungen sind bei unselbstständigen (fiduziarischen) Stiftungen der **Träger der kommunalen Aufgabe und der Verwaltungssitzträger der Stiftung identisch**. Die Gemeinde überträgt hier nicht einer anderen, rechtlich selbstständigen juristischen Person Vermögenswerte, sondern sie behält grundsätzlich vollständig die Disposition über das eingebrachte Vermögen. Die nichtrechtsfähige kommunale Stiftung ist ein Sondervermögen der Gemeinde, d.h. eine (regelmäßig) von Dritten **zur treuhänderischen Verwaltung übertragene Vermögensmasse**, die einem bestimmten Zweck gewidmet und insoweit wirtschaftlich verselbständigt ist, aber keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist.¹⁰⁵ Sie nimmt nicht als solche nach außen am Rechtsverkehr teil, sondern wird durch die juristische Person, der sie zugeordnet ist, d.h. durch die Gemeinde, vertreten. Um eine unselbstständige Stiftung handelt es sich damit, wenn einer Gemeinde von Dritten Vermögen zur dauerhaften Verwendung für einen bestimmten Zweck zugewendet wird und die Voraussetzungen

¹⁰³ Vgl. § 31 Abs. 1 BaWürttStiftG; Art. 20 Abs. 2 BayStiftG; § 3 BrbgStiftG; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf; § 18 Abs. 2 HessStiftG i.V.m. § 120 Abs. 1 S. 1 HessGemO; § 10 Abs. 1 S. 4 MeckVorPStiftG; § 19 Abs. 2 S. 1 NdsStiftG i.V.m. § 107 Abs. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 1 NdsKVerf); § 13 Abs. 3 SächsStiftG; § 20 Abs. 2 S. 2 SaarlStiftG i.V.m. § 107 Abs. 1 SaarlKSVG; § 17 Abs. 2 SchlHolStiftG; § 15 Abs. 1 ThürStiftG.

¹⁰⁴ Vgl. etwa die Verweise in Art. 20 Abs. 3 S. 3 BayStiftG; § 31 Abs. 1 S. 1 BaWürttStiftG; § 18 Abs. 2 HessStiftG; § 10 Abs. 2 MeckVorPStiftG; § 19 Abs. 2 S. 1 NdsStiftG; § 20 Abs. 2 S. 2 SaarlStiftG; § 17 Abs. 2 S. 1 SchlHolStiftG; § 3 Abs. 5 ThürStiftG.

¹⁰⁵ Vgl. auch die allgemeine Begriffsdefinition nichtrechtsfähiger Stiftungen in § 28 Abs. 1 SachsAnhStiftG (diese Regelung entfällt voraussichtlich mit Inkrafttreten des neuen Sachs-AnhStiftG).

für eine rechtsfähige Stiftung nicht erfüllt sind. Das Vermögen der örtlichen fiduziarischen Stiftungen wird mit der Stifterübergabe zwar **Eigentum der Gemeinde**; es ist jedoch einer **Zweckbindung** unterworfen, an die die Gemeinde gebunden ist. Durch den Charakter als Sondervermögen der Gemeinde unterfallen Rechtsgeschäfte der nichtrechtsfähigen kommunalen Stiftung mit Dritten nach der ausdrücklichen Bestimmung des **§ 98 Nr. 1 GWB** (»Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen«) grundsätzlich dem Vergaberecht und sind damit ausschreibungspflichtig (vgl. dazu unten Rz. 136 ff.).

- 43 Mit der Entgegennahme einer Stifterzuwendung unter der Auflage, dass die Gemeinde das zugewendete Vermögen verwaltet, nimmt die Gemeinde eine rechtliche Verpflichtung gegenüber dem Stifter auf sich. Die entsprechende Annahmeerklärung muss deshalb in der Form erfolgen, die für **Verpflichtungserklärungen der Kommune** allgemein vorgesehen ist. Sie bedarf danach regelmäßig der **Schriftform**, also einer handschriftlichen Unterzeichnung durch den Bürgermeister oder den zur allgemeinen Vertretung berufenen Beigeordneten (bzw. einen ständigen Vertreter) unter Beifügung der Amtsbezeichnung und des Dienstsiegels.¹⁰⁶
- 44 Auf nichtrechtsfähige kommunale Stiftungen finden grundsätzlich weder die Vorschriften der §§ 80-88 BGB noch die Landesstiftungsgesetze Anwendung,¹⁰⁷ vielmehr sind sie **allein den Vorschriften des Kommunalrechts unterworfen**. Die Gemeindeordnungen der Länder bzw. die Landkreisordnungen halten für sie besondere Bestimmungen vor. Deren Mission ist es, die **vermögensmäßige Trennung von Gemeinde- und Stifterinteressen** für den Fall von Kollisionslagen zwischen Stifter- und Gemeindeinteresse rechtlich abzusichern. Sie wollen die nichtrechtsfähige kommunale Stiftung gegen eine Vereinnahmung durch Interessen

¹⁰⁶ Siehe § 54 BaWürttGemO; Art. 38 Abs. 2 BayGemO; § 71 Abs. 2 HessGemO; § 63 Abs. 2 NdsGemO; § 64 NRWGemO; § 49 Abs. 1 RhPfGemO; § 62 SaarlKSVG; § 64 SchlHolGemO.

¹⁰⁷ Diese beschränken ihren Anwendungsbereich ganz überwiegend auf *rechtsfähige* Stiftungen (anders jedoch noch in Sachsen-Anhalt, das über die Erstreckungsklausel in § 28 Abs. 2 SachsAnhStiftG in der noch geltenden/alten Fassung, die Bestimmungen über die privatrechtliche Stiftung für entsprechend anwendbar erklärt, diese Vorschrift entfällt jedoch voraussichtlich mit Inkrafttreten des neuen SachsAnhStiftG); vgl. § 1 Abs. 1 BaWürttStiftG; Art. 1 Abs. 2 BayStiftG; §§ 1 und 3 (»selbstständige Stiftungen«) BrbgStiftG; § 1 HessStiftG; § 1 MeckVorPStiftG; § 1 NdsStiftG; § 2 Abs. 1 RhPfStiftG; § 1 SaarlStiftG; § 1 SächsStiftG; § 1 Abs. 1 SachsAnh StiftG bzw. § 2 Sachs-AnhStiftG n.F.; § 1 SchlHolStiftG; § 3 Abs. 1 ThürStiftG.

der Gemeinde und momentane Haushaltsnöte immunisieren. Zu diesem Zweck bestimmen die Gemeindeordnungen, dass solche Stiftungen (also Vermögenswerte, die die Gemeinde von Dritten unter der Auflage entgegennimmt, sie zu einem bestimmten öffentlichen Zweck zu verwenden, ohne dass eine rechtsfähige Stiftung entsteht) ihrer Zweckbestimmung gemäß **nach den für das Gemeindevermögen geltenden Vorschriften zu verwalten** sind.¹⁰⁸ Die Vermögenswerte sind vom übrigen Gemeindevermögen getrennt zu verwalten und so anzulegen, dass sie für ihren Verwendungszweck verfügbar sind.¹⁰⁹

Drei Regelungsfelder sind es insbesondere, auf denen der Gesetzgeber im Interesse 45 eines Schutzes vor einer Gefährdung des Stifterwillens durch Vermögensinteressen der Gemeinde besondere Regelungen trifft: bei der allgemeinen Haushaltsführung (unten aa)), in der Situation des Vermögensanfalls (unten bb)) und bei der Änderung, Zusammenlegung und Aufhebung der Stiftung (unten cc)).

aa) Haushaltsführung

Um nichtrechtsfähige Stiftungen vor willkürlichem Zugriff der Gemeinde auf die 46 Vermögenssubstanz zu schützen, behandeln die Gemeindeordnungen das Vermögen der nichtrechtsfähigen Stiftungen als **Sondervermögen der Gemeinden**, das im Haushaltsplan gesondert auszuweisen ist¹¹⁰ und von der Stiftungsverwaltung der Kommune im Rahmen eines besonderen Treuhandverhältnisses im Sinne des Stiftungszwecks lediglich verwaltet wird.

¹⁰⁸ Vgl. z.B. § 96 Abs. 1 Nr. 2 BaWürttGemO; Art. 84 Abs. 1 BayGemO; § 86 Abs. 1 Nr. 2 BrbgKVerf; § 115 Abs. 1 Nr. 2 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 130 Abs. 1 Nr. 2 NdsKVerf); § 97 Abs. 1 Nr. 2 NRWGemO; § 80 Abs. 1 Nr. 2 RhPfGemO; § 102 Abs. 1 Nr. 2 SaarlKSVG; § 91 Abs. 1 Nr. 2 SächsGemO; § 111 Abs. 1 Nr. 2 SachsAnhGemO; § 96 Abs. 1 S. 1 SchlHolGemO; § 70 Abs. 1 ThürKO.

¹⁰⁹ Art. 84 Abs. 2 BayGemO; § 70 Abs. 2 ThürKO; allgemein für kommunale (nicht lediglich fiduziarische) Stiftungen: § 90 Abs. 1 S. 3 BrbgKVerf; § 120 Abs. 1 S. 2 HessGemO; § 100 Abs. 1 S. 3 NRWGemO; § 107 Abs. 2 SaarlKSVG; ähnlich § 107 Abs. 2 S. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 1 NdsKVerf).

¹¹⁰ § 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 i.V.m. § 101 Abs. 1 S. 2 BaWürttGemO; Art. 84 Abs. 2 S. 2 BayGemO; § 86 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 2 BrbgKVerf; § 115 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 HessGemO; § 64 Abs. 3 MeckVorPKVerf; § 102 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 130 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 NdsKVerf); § 97 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 NRWGemO; § 80 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 RhPfGemO; § 102 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SaarlKSVG; § 91 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SächsGemO; § 110 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 2 SachsAnhGemO; § 96 Abs. 1 S. 2 SchlHolGemO; § 70 Abs. 2 S. 2 ThürKO.

bb) Vermögensanfall

- 47 In der Situation des Vermögensanfalls tritt grundsätzlich eine **Kollisionslage zwischen Gemeinde- und Stifterinteresse** ein. Die Gemeinde steht in finanziellen Krisensituationen in der Versuchung, auf das Vermögen solcher Stiftungen ohne Rücksicht auf die Interessen des ursprünglichen Stifters zuzugreifen, um sie für stiftungsfremde, wenn auch sinnvolle kommunale Ziele zu verwenden. Damit durchkreuzt sie das Interesse des Stifters, sein Vermögen langfristig in den Dienst der von ihm auserkorenen Zwecksetzung zu stellen (statt es im allgemeinen Haushalt aufgehen zu sehen). Wenn der Stifter damit rechnen muss, dass sein Vermögen zur Deckung allgemeiner Haushaltslöcher eingesetzt wird, geht davon ein hohes Abschreckungspotenzial für die Bereitschaft aus, sein Vermögen einer unselbständigen kommunalen Stiftung zuzuwenden. Diesem Gefahrenpotenzial wollen die Gemeindeordnungen dadurch Schranken setzen, dass zwar das Vermögen in der Situation des Vermögensanfalls an die Gemeinde fällt,¹¹¹ diese bei dessen Verwendung **den Stiftungszweck** aber tunlichst **zu berücksichtigen** hat.¹¹² Dem Stifter bleibt es überdies unbenommen, in dem Stiftungsgeschäft eine ausdrückliche, abweichende Regelung für die Situation des Vermögensanfalls zu treffen.

ce) Änderung, Zusammenlegung und Aufhebung

- 48 Im Laufe der treuhänderischen Verwaltung einer unselbständigen Stiftung durch eine Gemeinde kann es zu erheblichen Veränderungen der Sach- und Rechtslage kommen, die eine Anpassung an die neue Situation verlangt, so etwa, wenn der Stiftungszweck nicht mehr erreicht werden *kann* (man denke etwa an eine 1910 errichtete Stiftung, deren Zweck die Fürsorge und Betreuung tuberkulosekranker Kinder der Gemeinde ist¹¹³) oder nicht mehr erreicht werden *darf*, weil seine Erfüllung das Gemeinwohl gefährdet (§ 87 Abs. 1 BGB). Für diesen Fall gestehen die Gemeindeordnungen der

¹¹¹ Mit der Zuweisung des Stiftungsvermögens an die Gemeinde in der Situation des Vermögensanfalls weichen die Gemeindeordnungen zwar von der bundesrechtlich nach § 88 S. 2 BGB vorgesehenen Zuweisung des Vermögens an den Fiskus des Landes, in dem die Stiftung ihren Sitz hatte, ab. § 88 S. 2 Var. 2 BGB eröffnet für solche abweichenden Regelungen den Ländern jedoch ausdrücklich kompetenziellen Spielraum.

¹¹² § 101 Abs. 3 BaWürttGemO; § 90 Abs. 3 BrbgKVerf; § 107 Abs. 2 S. 3 NdsGemO; § 94 Abs. 3 SächsGemO; § 115 Abs. 3 SachsAnhGemO.

¹¹³ Beispiel nach *Stepp* (Fn. 64), 17 (20 f.).

Gemeinde eine **Anpassungsbefugnis** zu, um den veränderten Bedingungen Rechnung tragen zu können: Die Gemeinde kann den Stiftungszweck ändern, die Stiftung mit einer anderen nichtrechtsfähigen örtlichen Stiftung zusammenlegen oder sie aufheben.¹¹⁴ Mit der Änderung, Zusammenlegung bzw. Aufhebung der Stiftung verbindet sich ein schwerwiegender **Eingriff in das grundrechtlich abgesicherte Existenzrecht der Stiftung**, der unter dem **Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit** stehen muss und deshalb nur vorgenommen werden darf, wenn andere, weniger einschneidende Maßnahmen der Stiftungsorgane nicht fruchten.

Derartige existenztangierende Maßnahmen bedürfen in den meisten Bundesländern 49 der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde.¹¹⁵ Hierdurch soll das mit einer Änderungs-, Zusammenlegungs- und Aufhebungsbefugnis verbundene **Missbrauchspotenzial** minimiert werden. Der Stifter kann die Befugnis zur Änderung, Aufhebung bzw. Zusammenlegung der Stiftung ausschließen, muss dies allerdings ausdrücklich tun.¹¹⁶

Vor dem Hintergrund der Schwere der mit diesen gemeindlichen Kompetenzen 50 verbundenen Folgen sind die Voraussetzungen, unter denen sie vorgenommen werden können, restriktiv zu interpretieren. Eine **Gefährdung des Gemeinwohls im Sinne des § 87 BGB** tritt (entgegen der Ansicht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags zu § 87 BGB¹¹⁷) nicht schon dadurch ein, dass die Erfüllung des Stiftungszwecks sich an der Grenze zur Rechtswidrigkeit bewegt und diese jederzeit überschreiten kann. Die rechtmäßige Erfüllung des Stiftungszwecks darf einer nicht-rechtsfähigen kommunalen Stiftung aufgrund der den Stiftern zukommenden, grundrechtlich geschützten Stiftungsautonomie genauso wenig verwehrt werden, wie anderen Personen unter der Geltung des Art. 2 Abs. 1 GG rechtmäßiges Handeln verwehrt werden darf. Vielmehr ist erforderlich, dass die Erfüllung des

¹¹⁴ Art. 85 S. 2 BayGemO; § 90 Abs. 2 S. 2 BrbgVerf; § 100 Abs. 2 NRWGemO; § 107 Abs. 3 S. 2 SaarlKSVG; § 70 Abs. 4 S. 2 ThürKO; § 96 Abs. 2 S. 2 SchlHolGemO; § 107 Abs. 2 S. 2 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 2 NdsKVerf).

¹¹⁵ Vgl. etwa § 90 Abs. 2 S. 2 BrbgKVerf; § 96 Abs. 2 S. 2 SchlHolGemO.

¹¹⁶ Vgl. den Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften in Fn. 114.

¹¹⁷ BT-Drucks. 14/8894, 10; vgl. zur Auslegung des Begriffs jüngst VG Münster v. 21.5.2010 – 1 K 1405/99, ZSt 2010, 149 ff.

Stiftungszwecks gegen grundlegende Interessen der Allgemeinheit verstößt, die nicht nur ungeschriebenen Vorstellungen entsprechen, sondern in Rechtsvorschriften konkretisiert sind.

- 51 Anders als die anderen Bundesländer knüpft **Schleswig-Holstein** die Umwandlung, Zusammenlegung und Aufhebung einer nichtrechtsfähigen Stiftung an keine geschriebenen gesetzlichen Voraussetzungen. § 96 Abs. 2 S. 1 SchlHolGemO erteilt der Gemeinde insoweit eine *carte blanche*. Vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Schutzes, den die Stifterautonomie genießt, erscheint dies verfassungsrechtlich sehr bedenklich. Dass die Maßnahme einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf,¹¹⁸ nimmt ihr weder die Schärfe noch beseitigt sie das Problem: Wenn der zu kontrollierende gesetzliche Genehmigungsstatbestand keine Voraussetzungen statuiert, kann die Aufsichtsbehörde solche auch nicht im Wege der Rechtskontrolle zur Grundlage der Genehmigungsversagung erheben. Eingriffsbefugnisse, die das Existenzrecht von Stiftungen betreffen, bedürfen – ob ihrer Eingriffsintensität – einer Rechtsgrundlage, die die Voraussetzungen für das Tätigwerden der Gemeinde hinreichend spezifiziert. § 96 Abs. 2 S. 1 SchlHolGemO genügt diesen verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht.¹¹⁹

4. Unterscheidung nach der Rechtsnatur

- 52 Kommunale Stiftungen können nach dem Begriffsverständnis der meisten Bundesländer **privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur** sein.¹²⁰ Lediglich die Stiftungsgesetze Brandenburgs, Mecklenburg-Vorpommerns, Nordrhein-Westfalens, des Saarlands und Schleswig-Holsteins legen ein engeres Verständnis an den Tag; sie

¹¹⁸ § 96 Abs. 2 S. 2 SchlHolGemO.

¹¹⁹ Eine verfassungskonforme Auslegung kommt allenfalls im Hinblick auf eine Gesamtschau der allgemeinen Verweisung des § 17 Abs. 3 SchlHolStiftG (über kommunale Stiftungen) auf § 6 SchlHolStiftG in Betracht. § 6 SchlHolStiftG knüpft (in verfassungskonformer Weise) die Zweckänderung, Zusammenlegung und Aufhebung einer Stiftung ausdrücklich an die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BGB. Da sich das Schleswig-Holsteinische Stiftungsgesetz unmittelbar allerdings nur auf rechtsfähige Stiftungen bezieht, beansprucht diese Norm indes keine unmittelbare Geltung und lässt daher für eine verfassungskonforme Auslegung keinen hinreichenden Raum.

¹²⁰ Vgl. etwa ausdrücklich § 13 Abs. 1 S. 1 SächsStiftG; § 3 Abs. 5 RhPfStiftG; § 107 Abs. 1 S. 2 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 1 S. 2 NdsKVerf); § 3 Abs. 5 ThürStiftG; ähnlich allgemein für Stiftungen § 1 BaWürttStiftG; Art. 1 Abs. 2 BayStiftG; § 1 HessStiftG; § 3 Abs. 1 RhPfStiftG; § 1 Abs. 1 SächsStiftG; § 3 Abs. 1 ThürStiftG.

beschränken rechtsfähige kommunale Stiftungen im Sinne ihrer Stiftungsgesetze ausdrücklich auf Stiftungen des privaten Rechts.¹²¹ Für die *Gemeindeordnungen* dieser Länder gelten diese Einschränkungen jedoch nicht notwendig; sie finden grundsätzlich sowohl auf öffentlich-rechtliche als auch auf privatrechtliche kommunale Stiftungen Anwendung.

Kommunale Stiftungen werden grundsätzlich nach denselben Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften verwaltet wie andere Gemeindeeinrichtungen. Brandenburg und Nordrhein-Westfalen bilden insoweit eine Ausnahme. Hier finden die kommunalrechtlichen Regeln über kommunale Stiftungen ausdrücklich nur auf Stiftungen des privaten Rechts Anwendung.¹²² Die Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Stiftungen, die sonst vor allem für die Frage Bedeutung erlangt, ob die nichtrechtsfähige Stiftung an den steuerrechtlichen Privilegierungen der Kommune teilhat, kommt dann in besonderer Weise zum Schwur.

Wann eine Stiftung des privaten Rechts bzw. eine öffentlich-rechtliche Stiftung **53** vorliegt, wirft **intrikate Abgrenzungsfragen** auf. Gerade das Stiftungsrecht entzieht sich von jeher weitgehend der (ohnehin schwierigen und zunehmend an Trennschärfe einbüßenden) Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht.¹²³ Das rührt nicht zuletzt daher, dass in der Funktion von Stiftungen private und öffentliche Gemeinwohlverwirklichung in besonders sichtbarer Weise miteinander verschmelzen. Die **Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben** des örtlichen Wirkungskreises erweist sich insoweit **nur als ein notwendiges, nicht aber als ein hinreichendes Kriterium der**

¹²¹ § 90 Abs. 1 BrbgKVerf bzw. § 3 i.V.m. § 1 BrbgStiftG; § 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 MeckVorPStiftG; § 100 Abs. 1 S. 1 NRWGemO i.V.m. § 1 NRWStiftG; § 1 i.V.m. § 20 SaarlStiftG; § 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 SchlHolStiftG. Das SachsAnhStiftG verzichtet seit dem 1.2.2011 auf den Begriff der kommunalen Stiftung. Von einer Gemeinde verwaltete Stiftungen behandelt das Gesetz nunmehr als »gewöhnliche Stiftung des bürgerlichen Rechts«, für die im Stiftungsgesetz keine Sonderregelungen mehr vorgehalten werden; kommunale Stiftungen des öffentlichen Rechtes sind dort als Rechtsinstitut generell nicht mehr vorgesehen; vgl. LT-Drs. 5/2651, S. 20.

¹²² § 100 Abs. 1 S. 1 NRWGemO; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf bzw. § 3 i.V.m. § 1 BrbgStiftG.

¹²³ *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 10. Aufl., 1973, 446 f.; vgl. zu den verschiedenen Abgrenzungsversuchen, die die Rechtswissenschaft beschäftigt haben, den Überblick bei BVerfG v. 6.11.1962 – 2 BvR 151/60, BVerfGE 15, 46 (64 ff.).

Abgrenzung.¹²⁴ Eine trennscharfe Abgrenzung kann auch nicht allein danach erfolgen, ob der Stifter eine Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts ist,¹²⁵ denn kommunale Stiftungen können sowohl von privaten wie auch von juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegründet werden. Ebenso wenig genügt es, dass die Stiftung klassischen kommunalrechtlichen Vorschriften des öffentlichen Rechts, insbesondere der Kommunalaufsicht, kommunalem Haushaltsgebaren und der Rechnungskontrolle, unterworfen ist. Denn die Landesgesetze unterscheiden für die Anwendbarkeit dieser Regeln regelmäßig nicht danach, ob es sich um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche kommunale Stiftungen handelt. Eine praktikable begriffliche Abgrenzung muss tiefer ansetzen. Die Stiftungsgesetze zahlreicher Länder versuchen dies: Kennzeichen der öffentlich-rechtlichen Stiftung ist danach die **Verleihung der öffentlich-rechtlichen Rechtsfähigkeit durch die Stiftungsbehörde, die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Einbindung in das staatliche bzw. gemeindliche Organisationssystem.**¹²⁶ Ähnlich grenzt auch das BVerfG¹²⁷ in einer frühen Entscheidung Stiftungen des öffentlichen Rechts und des privaten Rechts danach ab, ob sie in das staatliche Verwaltungssystem eingegliedert sind, d.h. es sich um eine öffentlich-rechtlich gestaltete Institution handelt. Maßgeblich sei eine Berücksichtigung der »Gesamtheit aller Umstände« des Falles.¹²⁸

- 54 Die **Trennschärfe dieses Definitionsversuchs** bleibt allerdings speziell für kommunale Stiftungen gering. Denn kommunale Stiftungen sind nach dem Begriffsverständnis der meisten Landesrechte gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie in das kommunale Verwaltungsgefüge eingebunden sind, insbesondere von den Gemeindeorganen verwaltet werden. Aus dem Umstand, dass eine kommunale Stiftung sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein kann, folgt

¹²⁴ *Kämmerer* (Fn. 2), 61; *Twehues* (Fn. 7), 48.

¹²⁵ Das übersieht – jedenfalls für den Kontext kommunaler Stiftungen – *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, 474.

¹²⁶ Vgl. etwa § 17 Abs. 2 und § 18 Abs. 1 BaWürttStiftG; Art. 1 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 2 BayStiftG; § 2 Abs. 1 und 2 HessStiftG; § 3 Abs. 4 RhPfStiftG; § 46 Abs. 1 SchlHolStiftG a.F.: »Rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts sind auf einen Stiftungsakt gegründete, aufgrund öffentlichen Rechts errichtete oder anerkannte Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit einem Kapital- oder Sachbestand Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen«.

¹²⁷ BVerfG v. 6.11.1962 – 2 BvR 151/60, BVerfGE 15, 46 (66 ff.).

¹²⁸ Ähnlich BFH v. 29.1.2003 – I R 106/00, ZSt 2003, 134 ff.

insoweit bereits, dass eine Stiftung des öffentlichen Rechts nicht bereits dadurch in einer ausreichend sicher abgegrenzten Weise gekennzeichnet ist, dass das Vermögen *durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft verwaltet* wird; es handelt sich um ein notwendiges, nicht aber um ein hinreichendes Kriterium. Nichts anderes gilt für die Form und Zuständigkeit staatlicher Stiftungsaufsicht, denn kommunale Stiftungen unterliegen in den meisten Ländern ungeachtet ihres Rechtscharakters der Kommunalaufsicht.

Die Rechtsnatur der Stiftung bleibt keine rein theoretische Abgrenzungskategorie. Sie ist beispielsweise auch für die Frage nach dem **Rechtsweg** im Zusammenhang mit Entscheidungen über den Stiftungsgenuss von Bedeutung. Handelt es sich um eine kommunale **Stiftung des Privatrechts**, ist gegen Entscheidungen über den Stiftungsgenuss regelmäßig der Zivilrechtsweg zu beschreiten (§ 13 GVG). Bei **Stiftungen des öffentlichen Rechts** ist die Zuordnung schwieriger. Denn sie können ebenso öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben wie privatrechtlich handeln. Sie haben ein **Wahlrecht**, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich tätig werden. Im ersten Fall ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO), im zweiten Fall der Zivilrechtsweg (§ 13 GVG). Im Zweifel streitet eine Vermutung dafür, dass die öffentlich-rechtliche Stiftung im Verhältnis zu den Genussberechtigten von öffentlich-rechtlichen Befugnissen Gebrauch macht und damit bei Entscheidungen über den Stiftungsgenuss der Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten ist.¹²⁹

E. Entstehung kommunaler Stiftungen

I. Normativer Rahmen

Die Errichtung einer kommunalen Stiftung vollzieht sich nach den allgemeinen **55** Regeln der Landesstiftungsgesetze und des BGB – modifiziert durch das kommunalrechtliche Sonderrecht. Erforderlich ist danach für die **Entstehung einer**

¹²⁹ *Twehues* (Fn. 7), S. 259 ff; a.A. *Ebersbach* (Hdb. Stiftungsrecht, S. 208), der Rechtsbeziehungen zwischen öffentlich-rechtlicher Stiftung und Destinatären regelmäßig privatrechtlichen Charakter zuschreibt.

rechtsfähigen kommunalen Stiftung regelmäßig die nach der bundesrechtlichen (und als solche nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG keinen landesrechtlichen Regelungsspielraum offen lassenden) Vorschrift des § 80 BGB erforderliche **Anerkennung** der Stiftung durch die Aufsichtsbehörde des Landes,¹³⁰ in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll, sowie ein **Satzungsbeschluss** der kommunalen Körperschaft.¹³¹ Auch die sich aus der bundesrechtlichen (und deshalb abweichungsfeindlichen) Vorgabe des § 81 BGB ergebenden Anforderungen an das **Stiftungsgeschäft** sind von kommunalen Stiftungen ohne Rücksicht auf ihre besondere Rechtsnatur einzuhalten. Das Stiftungsgeschäft als einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des Stifters, in der dieser (als Rechtsgeschäft unter Lebenden [§ 81 BGB] oder als Stiftungsgeschäft von Todes wegen [§ 83 BGB]) zum Ausdruck bringt, dass eine Stiftung zur Verwirklichung eines bestimmten Zweckes als selbstständiges Rechtssubjekt entstehen soll, enthält die Grundentscheidungen für die Stiftung. Rechtsfähige kommunale Stiftungen sind – wie die anderen Stiftungen auch – in das Stiftungsverzeichnis einzutragen.¹³²

- 56 Die **Gründung nichtrechtsfähiger** Stiftungen unterliegt, da weder dem Regime der Landesstiftungsgesetze noch den §§ 80 ff. BGB unterworfen, weniger strengen Anforderungen. Da die nichtrechtsfähige Stiftung keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, bedarf sie insbesondere keiner staatlichen Anerkennung. Erforderlich ist jedoch ein **Stiftungsgeschäft** unter Lebenden oder von Todes wegen, in dem der Stifter die Übertragung von Vermögenswerten auf die Gemeinde als Treuhänder in Gestalt einer nichtrechtsfähigen Stiftung bestimmt und die Gemeinde diese Zuwendung annimmt. Die Gemeinde wird mit Eintritt des Stiftungsfalles

¹³⁰ Es handelt sich um einen gebundenen Verwaltungsakt. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen hat der Antragsteller einen Anspruch auf seinen Erlass. Vgl. VG Münster v. 21.5.2010 – 1 K 1405/09, ZSt 2010, 149. Nach § 19 Abs. 1 S. 2 NdsStiftG hat die Stiftungsbehörde der Kommunalaufsichtsbehörde vor Anerkennung Gelegenheit zu geben, die Errichtung der Stiftung kommunalaufsichtlich zu prüfen. Dadurch soll der Kommunalaufsichtsbehörde bereits im Anerkennungsverfahren Möglichkeit gegeben werden zu prüfen, ob die Grundsätze einer geordneten Haushaltswirtschaft und Aufgabenerfüllung dort beachtet sind, wo die Kommune Gemeindevermögen in die Stiftung einbringen will.

¹³¹ Vgl. ausdrücklich § 13 Abs. 2 SächsStiftG.

¹³² Vgl. etwa § 17a Abs. 1 NdsStiftG. Dazu auch Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des niedersächsischen Stiftungsgesetzes, LT-Drucks. 15/1129, 14.

Eigentümerin der zugewendeten Vermögensgegenstände, bleibt dabei aber schuldrechtlich verpflichtet, die vorgesehenen Verwendungsaufgaben zu erfüllen. Für die Annahme der Zuwendung einer nichtrechtsfähigen Stiftung gelten dabei die besonderen Anforderungen, die Gemeindeordnungen für Verpflichtungserklärungen vorsehen.¹³³

Die Gemeinde kann eine Stiftung selbst als Stifter aus eigenem Vermögensbestand gründen (unten II.); die Initiative kann aber auch von jeder anderen (natürlichen oder juristischen) Person ausgehen, die der Gemeinde Vermögen zur Verwaltung der Stiftung überlässt (unten III.). 57

II. Initiative der Gemeinde: die Gemeinde als Stifter – Subsidiarität der Einbringung kommunalen Vermögens

Die Freiheit zur Errichtung einer kommunalen Stiftung, die die Gemeinde mit eigenem Vermögen ausstattet, ist Teil der gemeindlichen, grundsätzlich durch die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich umhiegten **Organisationshoheit**. Die Gemeinden machen von diesem Instrument der Gestaltungsfreiheit vor allem dann Gebrauch, wenn eine rechtlich verselbstständigte Einheit entstehen soll, deren Vermögen einem unmittelbaren Zugriff der Gemeinde, insbesondere der Verfügungsmasse wiederkehrender Haushaltsberatungen und ihrer Wandlungen, entzogen ist und die dadurch – vom politischen Tagesgeschäft entkoppelt – für Dauerhaftigkeit und Schwankungsfreiheit der Zielerreichung bürgt.¹³⁴ Nicht zuletzt zur Sicherung der Erlöse aus der Privatisierung von Eigengesellschaften kann die kommunale Stiftung als Handlungsform auch steuerlich attraktiv sein. 58

Die Errichtung (ebenso wie die Veränderung und Auflösung) einer kommunalen Stiftung steht dem Bürgermeister der Gemeinde nicht kraft eigener Machtvollkommenheit zu. Er ist hierfür auf einen **Beschluss des kommunalen Vertretungsorgans** angewiesen; es handelt sich nicht um ein Geschäft der laufenden 59

¹³³ Siehe § 54 BaWürrtGemO; Art. 38 Abs. 2 BayGemO; § 71 Abs. 2 HessGemO; § 63 Abs. 2 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 86 Abs. 2 NdsKVerf); § 64 NRWGemO; § 49 Abs. 1 RhPfGemO; § 62 SaarlKSVG; § 60 SächsGemO; § 70 SachsAnhGemO; § 64 SchlHolGemO.

¹³⁴ § 101 Abs. 4 BaWürrtGemO; Art. 75 Abs. 4 BayGemO; § 120 Abs. 3 HessGemO; § 100 Abs. 3 NRWGemO; § 84 Abs. 2 RhPfGemO; § 107 Abs. 4 SaarlKSVG; § 89 Abs. 3 SchlHolGemO.

Verwaltung. Das ergibt sich, soweit die Gemeindeordnungen dies nicht bereits ausdrücklich klarstellen,¹³⁵ jedenfalls aus dem Charakter kommunaler Stiftungen als öffentlichen Einrichtungen im Sinne der Gemeindeordnungen: Ihre Errichtung, Veränderung bzw. Auflösung ist nach den Gemeindeordnungen dem kommunalen Vertretungsorgan vorbehalten.¹³⁶

- 60 Für die Errichtung kommunaler **Stiftungen des öffentlichen Rechts** sehen die Landesgesetze zum Teil explizite **Sonderregelungen** vor. In Sachsen ist bspw. für die Entstehung die Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig durch die Stiftungsbehörde erforderlich; ferner muss die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks aus den Erträgen des Stiftungsvermögens gesichert erscheinen.¹³⁷
- 61 In welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde **Vermögen in eine kommunale Stiftung einbringen** kann, steht ihr nicht völlig frei: Die Einbringung kommunalen Vermögens in Stiftungen verringert die den Gemeinden für die Erfüllung der laufenden Ausgaben aus dem Haushalt zur Verfügung stehende Verfügungsmasse.¹³⁸ Indem sie eingebrachte Vermögensgegenstände künftig der Verfügungsgewalt einer rechtlich selbstständigen juristischen Person anvertraut, bindet sie Haushaltsmittel für einen spezifischen, an den ursprünglichen Stifterwillen gebundenen Zweck und entzieht sie so der Entscheidungsgewalt künftiger Gemeindevertretungen. Die Gemeinde kann sich durch die Gründung von Stiftungen der Manövriermasse für die Erledigung sonstiger kommunaler Aufgaben berauben. Gleichzeitig sind die Gemeindeorgane nicht mehr in hinreichendem Umfang in der Lage, die demokratische Kontrolle über die künftige Verwendung des

¹³⁵ Vgl. dazu § 28 Abs. 1 Nr. 22 SchlHolGemO; für die Umwandlung und Aufhebung einer Stiftung ausdrücklich: § 22 Abs. 3 Nr. 9 Meckl-VorpKV; § 51 Nr. 13 HessGemO; § 40 Abs. 1 Nr. 16 NdsGemO; § 41 Abs. 1 lit. n NRWGemO; § 32 Abs. 2 Nr. 16 RhPfGemO; § 44 Abs. 3 Nr. 11 SachsAnhGemO; § 35 Nr. 21 SaarlKSVG; ebenso für die Änderung des Verwendungszwecks oder die Aufhebung der Zweckbestimmung einer von der Gemeinde verwalteten nichtrechtsfähigen (fiduziarischen) Stiftung: Art. 85 S. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BayGemO.

¹³⁶ Vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 19 BrbgKVerf; § 39 Abs. 2 Nr. 11 BaWürttGemO; § 51 Nr. 13 HessGemO; § 22 Abs. 3 Nr. 9 MeckVorPKV; § 40 Abs. 1 Nr. 16 NdsGemO; § 41 Abs. 1 lit. n NRWGemO; § 32 Abs. 2 Nr. 16 RhPfGemO; § 35 Nr. 21 SaarlKSVG.

¹³⁷ § 13 Abs. 2 SächsStiftG.

¹³⁸ Das gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Fall einer *rechtsfähigen* und dadurch verselbstständigten Stiftung handelt oder einen Fall einer als Sondervermögen der Gemeinde besonderen haushaltsrechtlichen Regeln unterliegenden *nichtrechtsfähigen* Stiftung.

Gemeindevermögens ausüben.¹³⁹ Es besteht die Gefahr, dass immer neue Trabanten entstehen, die die gemeindliche Steuerungs-, Handlungs- und Kontrollmöglichkeit beeinträchtigen und die Einheit der Kommunalverwaltung gefährden.¹⁴⁰

Die Gemeindeordnungen legen den Gemeindeorganen daher bei der Einbringung von Gemeindevermögen in Stiftungen rechtliche Schranken auf: Gemeindevermögen darf nur **im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde** und nur dann im Stiftungsvermögen eingebracht werden, wenn der mit der Stiftung **verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann**.¹⁴¹ Woher das Gemeindevermögen stammt, ob aus Gemeindesteuern oder einer privaten Schenkung, ist gleichgültig.

Lediglich die **brandenburgische Kommunalverfassung** und die **niedersächsische Gemeindeordnung** enthalten keine spezifisch auf kommunale Stiftungen bezogene Subsidiaritätsklausel.¹⁴² Dort hält man die **Grundsätze einer geordneten Haushaltswirtschaft und Aufgabenerfüllung** für ausreichend, um eine übermäßige Flucht kommunalen Vermögens in selbstständige Rechtsträger zu vermeiden, bei denen das Gemeindevermögen nachhaltig gebunden ist. Um die Einhaltung dieser Grundsätze hinreichend sicherstellen und prüfen zu können, ist in Niedersachsen der kommunalen Aufsichtsbehörde vor der Anerkennung der kommunalen Stiftung **Gelegenheit zur kommunalaufsichtlichen Prüfung** zu gewähren.¹⁴³ Die mit der Einbindung kommunalen Vermögens in Stiftungen verbundenen Gefahren und das davon ausgehende Kontrollbedürfnis sind letztlich auch einer der Hauptgründe dafür, weshalb kommunale Stiftungen der Aufsicht der Kommunalaufsichtsbehörde unterliegen und nicht (wie die anderen Stiftungen) der Aufsicht der Stiftungsbehörden. Aus der Praxis herangetragene rechtspolitische Vorschläge,

¹³⁹ Vgl. dazu *Kämmerer* (Fn. 2), 70 ff.; *Oebbecke*, in: Mecking/Schulte, 21 (23); *Twehues* (Fn. 7), 150.

¹⁴⁰ Vgl. *Angerer* (Fn. 15), 157; *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (973).

¹⁴¹ § 101 Abs. 4 BaWürttGemO; Art. 75 Abs. 4 BayGemO; § 120 Abs. 3 HessGemO; § 56 Abs. 3 MeckVorPKVerf; § 100 Abs. 3 NRWGemO; § 84 Abs. 2 RhPfGemO; § 107 Abs. 4 SaarlKSVG; § 94 Abs. 4 SächsStiftG; § 115 Abs. 4 SachsAnhGemO (mit Inkrafttreten des neuen SachsAnhStiftG am 1.2.2011 tritt noch das Erfordernis hinzu, dass bereits im Stiftungsgeschäft nachweisbar ist, dass private Dritte sich verbindlich zu Zuwendungen verpflichtet haben, die mindestens die Höhe jenes Betrages ausmachen, den die Gemeinde in die Stiftung überführt, oder dass von öffentlich-rechtlichen Zuwendungsgebern Absichtserklärungen über die Zuwendung von Drittmitteln gegeben worden sind); § 89 Abs. 3 SchlHolGemO; § 67 Abs. 5 ThürKO.

¹⁴² Zu verfassungsrechtlichen Zweifeln insoweit *Kämmerer* (Fn. 2), 71.

¹⁴³ Vgl. § 19 Abs. 1 S. 2 NdsStiftG.

kommunale Stiftungen der allgemeinen Stiftungsaufsicht zu unterwerfen, weisen die meisten Landesgesetzgeber aus eben diesem Grunde ganz überwiegend zurück.¹⁴⁴

- 63 Das **Gebot der Subsidiarität** ist – entgegen einem weit verbreiteten Missverständnis – **keine Entstehungsvoraussetzung für kommunale Stiftungen als solche**, sondern eine Handlungsschranke für das gemeindliche Engagement in kommunalen Stiftungen.¹⁴⁵ Kommunalen Stiftungen, die sich ausschließlich aus privaten Spenden speisen, erwachsen aus dem Subsidiaritätsgebot daher keine rechtlichen Hürden. Das VG Münster spricht ihm in einer jüngeren Entscheidung auch die Eigenschaft als Verbotsnorm i. S. d. § 134 BGB ab.¹⁴⁶
- 64 Das Gebot der Subsidiarität ist dem Gemeinderecht in ähnlicher Weise auch im kommunalen Wirtschaftsrecht bei der Gründung kommunaler Unternehmen bekannt.¹⁴⁷ Es versteht sich **im Staatsrecht als Strukturmerkmal einer sachgerechten Verhältniszuordnung von Gliedereinheiten in Mehrebenensystemen**, das die kleinere Einheit vor einem Aufgabenentzug und einer Überforderung gleichermaßen schützt. Ursprünglich aus der katholischen Soziallehre heraus entwickelt,¹⁴⁸ hat es heute als Kompetenzausübungsschranke und Aufgabenverteilungsregel für das Verhältnis zwischen der Europäischen Union zu ihren Mitgliedstaaten Eingang in das europäische Vertragswerk¹⁴⁹ und das Grundgesetz¹⁵⁰ gefunden.¹⁵¹
- 65 Das *stiftungsrechtliche* Subsidiaritätsgebot verfolgt zwei **Ziele**: Es soll zum einen sicherstellen, dass kommunales Vermögen seiner originären Zielbestimmung

¹⁴⁴ Vgl. etwa Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Stiftungsgesetzes, LT-Drucks. 15/1129, 15.

¹⁴⁵ Die Vorschrift gilt aber nicht nur für bestehende Stiftungen, sondern auch für die Errichtung neuer kommunaler Stiftungen, an denen die Gemeinde sich mit eigenem Vermögen beteiligt. Zutreffend z.B. *Twehues* (Fn. 7), 179.

¹⁴⁶ VG Münster v. 21.5.2010 – 1 K 1405/09, ZSt 2010, 149 ff.

¹⁴⁷ Vgl. etwa § 102 Abs. 1 BaWürttGemO; Art. 87 Abs. 1 BayGemO; § 91 Abs. 2 BrbgKVerf. Diese Vorschriften ziehen ergänzend solchen kommunalen Stiftungen rechtliche Handlungsgrenzen, deren Tätigkeit ausnahmsweise eine wirtschaftliche Betätigung darstellt, vgl. *Twehues* (Fn. 7), 183 ff.

¹⁴⁸ Vgl. die Päpstliche Enzyklika *Quadragesima Anno* aus dem Jahre 1931: »...verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen«.

¹⁴⁹ Art. 5 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 6 EUV.

¹⁵⁰ Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG.

¹⁵¹ Vgl. etwa auch die ähnliche Normierung in Art. 5a Schweizer Bundesverfassung.

entsprechend nur für kommunale Aufgaben eingesetzt wird.¹⁵² Zum anderen soll es die Budgethoheit der Gemeinderäte sichern. Die rechtliche Verselbständigung kommunalen Vermögens in einer Stiftung erschwert die demokratische Kontrolle seiner Verwendung. Indem jene Gemeindevermögen solchen Rechtssubjekten zuführt, deren Überwachung und Beherrschung durch demokratische Willensbildungsprozesse eingeschränkt ist, droht sie die Zielsetzungen der Haushaltsgrundsätze der Einheitlichkeit, Vollständigkeit, Klarheit und Öffentlichkeit der Haushalte auszuhöhlen und die Mitwirkungsmöglichkeiten des Rates zu beeinträchtigen. Eine Einbringung kommunalen Vermögens in Stiftungen bedarf mithin eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes, der den Verlust an Einflussnahme der Gemeindeorgane und eingeschränkter Abänderbarkeit der Zielsetzung zu kompensieren vermag¹⁵³ – mithin eines Mehrwertes, der auf andere Weise nicht sichergestellt werden kann.

Da den Gemeinden zur Erreichung ihrer Ziele neben der Rechtsform der Stiftung eine große Zahl **alternativer Organisationsformen** zur Verfügung steht, die die Stiftungsziele rechtstechnisch zu erreichen vermögen, ist diese Hürde nicht leicht überwindbar.¹⁵⁴ Die Stiftungsform erscheint, indem sie aufgrund ihrer Strukturmerkmale eine demokratische Kontrolle über eingebrachtes Vermögen nur in eingeschränktem Umfang zulässt, vom Grundsatz her weniger geeignet als andere Rechtsformen, eine kommunale Zielsetzung zu erreichen. Mit dem Gebot der Subsidiarität verschafft der Gesetzgeber somit nicht zuletzt auch der verschiedentlich vorgetragenen Mahnung vor einer »Degenerierung der Stiftung im staatlichen Sektor

¹⁵² Vgl. aber die einschränkende Formulierung in Mecklenburg-Vorpommern (§ 56 Abs. 3 MeckVorPKVerf) und Schleswig-Holstein (§ 89 Abs. 3 SchlHolGemO).

¹⁵³ Umgekehrt gilt auch, dass das Demokratiegebote des Art. 20 Abs. 2 GG offen ist für Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt, die vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichen. Es erlaubt, für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben durch Gesetz besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen, vgl. BVerfG v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69 et al., BVerfGE 30, 1 (24); BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 et al., BVerfGE 89, 155 (208); BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98 et al., BVerfGE 107, 59 (91 ff.); *Twehues* (Fn. 7), 180.

¹⁵⁴ Die Subsidiaritätsklausel stößt deshalb häufig rechtspolitisch auf Kritik, vgl. etwa Stellungnahme der CDU Fraktionen in der Sitzung des Kulturausschusses vom 12.3.2003, LT-Drucks. 13/3860, 17.

zu einer reinen Rechts- und Organisationsform« vorsorgend Gehör.¹⁵⁵

- 67 Dass sich gleichwohl in allen Bundesländern nicht wenige kommunale Stiftungen finden, vermag bei dieser gesetzlichen Ausgangslage bei unbefangener Betrachtung *prima vista* zu überraschen. Ein Grund für diesen Befund liegt zum einen darin, dass kommunale Stiftungen kommunales Vermögen nicht notwendig voraussetzen, sondern sich auch ausschließlich aus privaten Spenden speisen können, deren Verwaltung die Gemeinde in einer kommunalen Stiftung übernimmt. Die Landesgesetzgeber haben die kommunalen Stiftungen vor allem für diese Konstellation, mithin als eine Stiftungsform für private Zuwender, konzipiert. Ob kommunales Vermögen eingebracht werden kann oder nicht, hat insoweit auf die Zahl der vorhandenen Stiftungen nur bedingt Einfluss. Die Hürde der Alternativlosigkeit einer kommunalen Stiftungsform ist überdies, wiewohl hoch, nicht unüberwindbar: Das Gemeindeorganisationsrecht stellt zwar eine Vielzahl alternativer Organisationsformen zur Verfügung, mit denen sich die Ziele von Stiftungen häufig in gleicher Weise erreichen lassen; insbesondere ist die gesetzlich vorgeschriebene Organstruktur der Gemeinde – wie *Kämmerer* zu Recht betont – grundsätzlich geeignet, jede Aufgabe des örtlichen Wirkungskreises zu erfüllen.¹⁵⁶ Ein *rechtstechnischer* Vorteil wird sich daher selten ausmachen lassen; denkbar ist aber ein *wirtschaftlicher* Vorteil, den andere Rechtsformen nicht zu erreichen vermögen.¹⁵⁷ Der gute Leumund, den die Rechtsform der Stiftung in der Bevölkerung genießt, und ihre Fähigkeit, bürgerschaftliches Engagement zu aktivieren, kann einen Vermögenszuwachs und eine wechselseitige Verstärkung von privatem Stifterwillen und öffentlichem Engagement hervorrufen, wie er bei anderen Rechtsformen in diesem Umfang nicht erzielbar ist (vgl. dazu auch bereits oben Rz. 8 ff.). Da die Rechtsform einer Stiftung **Zustiftungen Dritter** in einem Ausmaß hervorzubringen in der Lage ist, wie sie als Zuwendung bei anderen rechtlichen Gestaltungsformen kaum vorstellbar ist, kann die kommunale Stiftung auf einen **ideellen Mehrwert** verweisen,

¹⁵⁵ *Totenhöfer-Just*, Öffentliche Stiftungen, Diss. Köln, Baden-Baden 1973, 145; ähnlich *Kämmerer* (Fn. 2), 78.

¹⁵⁶ *Kämmerer* (Fn. 2), 72.

¹⁵⁷ Skeptisch *Kämmerer* (Fn. 2), 79.

der eine Einbringung gemeindlichen Vermögens rechtfertigen kann. Die Bereitschaft vieler Bürger, sich trotz einer womöglich kritischen Distanz zu den politischen Organen der Gemeinde, für die Ziele der örtlichen Gemeinschaft zu engagieren, verbunden mit dem positiven Image einer Stiftung, kann entscheidender Anreiz für die Bereitschaft sein, privates Kapital in kommunale Stiftungen einzubringen. Der Mehrwert kommunaler Stiftungen liegt dann in der **Erschließung zusätzlicher Finanzierungsressourcen**, die sonst brachliegen würden. Gemeinden greifen dabei, wie etwa im Falle der »Stiftung Standortsicherung des Kreises Lippe« oder der »Theaterstiftung Bielefeld«¹⁵⁸ teilweise auf kreative Methoden zurück, namentlich die Installierung so genannter »matching funds«, bei denen jeder Euro privaten Zustiftungskapitals mit einem gleich hohen Betrag aus Gemeindemitteln honoriert wird. Insbesondere wenn ein Stiftungszweck im Wesentlichen durch das Engagement und den tätigen Einsatz von Bürgern erfüllt werden soll, ist eine Zustiftung kommunalen Vermögens in eine kommunale Stiftung vorstellbar. So ist es möglich, vom Engagement der Bürger getragen, kommunale Ziele abzudecken, welche anderweitig in diesem Ausmaß und in dieser Höhe nicht gefördert werden könnten.¹⁵⁹ Damit verbindet sich zwar die Gefahr, dass die Gemeinde bei der Entscheidung über die Verwendung knapper Haushaltsressourcen »am goldenen Zügel« einer oder mehrerer ihrer Bürger geführt wird.¹⁶⁰ Ihr lässt sich jedoch durch die Strenge der Anforderungen begegnen, die an den zu erreichenden Mehrwert gestellt werden. Dieser darf sich insbesondere nicht in der schlichten Behauptung oder „vagen Hoffnung“¹⁶¹ ideeller Finanzierungsressourcen erschöpfen. So sieht es auch § 115 Abs. 4 Nr. 2 SachsAnhGemO n. F. ausdrücklich vor: Weitere Zuwendungen müssen bereits verbindlich zugesagt worden sein und mindestens die Höhe jenes Betrages ausmachen, den die Gemeinde in die Stiftung überführt oder von öffentlich-rechtlichen Zuwendungsgebern durch Absichtserklärungen von Drittmitteln abgesichert sein. Auch in den übrigen Ländern muss die Gemeinde substantiiert

¹⁵⁸ Vgl. zu diesen Beispielen *Oebbecke*, in: Mecking/Schulte, 21 (24).

¹⁵⁹ *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (837).

¹⁶⁰ Darauf weist *Kämmerer* (Fn. 2), 73 zu Recht hin.

¹⁶¹ Vgl. dazu den auch Entwurf eines Stiftungsgesetzes Sachsen-Anhalt, LT-Drs. 5/2651, S. 54.

dartun, in welcher Weise und in welchem Umfang die Rechtsform der Stiftung die Erschließung zusätzlicher Finanzierungsressourcen im Verhältnis zu anderen denkbaren Rechtsformen möglich macht, die anderenfalls für die Erfüllung kommunaler Zwecke nicht zur Verfügung gestanden hätten. Ob der **Mehrwert der kommunalen Stiftungsrechtsform** es auch rechtfertigen kann, **kommunales Vermögen auf Dauer dem Zugriff der Gemeindevertretung ohne Rückholoption zu entziehen**, sehen viele damit noch nicht beantwortet. Sie fordern um der Sicherung demokratischer Einflussnahme willen zu Gunsten der Gemeinde eine Kompetenz zur Änderung des Stiftungszwecks oder zur Auflösung der Satzung unter erleichterten Voraussetzungen.¹⁶² Für das Gewicht, das dem demokratischen Sicherungsbedürfnis zukommen kann, ist insoweit eine Differenzierung geboten: Soweit eine Stiftung **nicht in Zukunft auf weitere, zu dem eingebrachten Vermögen hinzutretende Bezuschussung angewiesen** ist, ist ein höheres, aus dem Demokratieprinzip hergeleitetes Bedürfnis nach Ingerenzmöglichkeiten nicht ohne Weiteres gerechtfertigt. Denn eine vergleichbare Vermögensbindung mit präjudizieller Wirkung weisen etwa auch Bauinvestitionen auf; auch sie beeinträchtigen die künftige Manövriermasse des Gemeindehaushalts ebenso erheblich wie nachhaltig. Dass eine demokratisch gewählte Instanz Entscheidungen trifft, die für nachfolgende Wahlperioden Wirkungen zeitigen, ist nichts Außergewöhnliches. Allein der Umstand, dass in der Stiftung Mittel gebunden sind, die der Gemeinde möglicherweise später für einen anderen dringenden Bedarf fehlen, reicht nicht aus, eine fortdauernde Option des Zugriffs auf dieses Vermögen zu gewähren. Dass **Haushaltskreisläufe außerhalb des kommunalen Budgets organisiert** werden, findet seine Rechtfertigung (entsprechend den Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips) darin, dass das erstrebte Förderungsziel auf andere Weise nicht erreichbar wäre.

- 68 Anders verhält es sich demgegenüber dort, wo kommunales Vermögen in eine Stiftung eingebracht wird, deren Erträge nicht zur Erhaltung des Vermögens ausreichen bzw. die auf einen regelmäßigen Zuschuss angewiesen ist, um ihre

¹⁶² *Kämmerer* (Fn. 2), 76; *Twehues* (Fn. 7), 150 f., 218; ähnlich *Schulte*, ZSt 2005, 160 (165).

Aufgaben angemessen wahrnehmen zu können. Ruft die Art der Vermögensinvestition notwendig **Folgekosten** hervor, die für den kommunalen Haushalt künftiger Gemeinderäte von nachhaltiger Bedeutung sein können, tritt die über die Selbstverwaltungsgarantie abgesicherte gemeindliche Organisationsfreiheit regelmäßig hinter das demokratische Sicherheitsbedürfnis zurück. Die kommunale Vertretung muss sich in diesen Fällen in der Stiftungssatzung **Ingerenzmöglichkeiten** vorbehalten, durch die spätere Gemeindevertretungen in der Lage sind, den Stiftungszweck zu modifizieren und dadurch ihrem demokratischen Gestaltungswillen – z.B. unter veränderten Mehrheitsverhältnissen oder aufgrund einer Änderung der Sachlage – zum Ausdruck verhelfen zu können.

Während die Rechtsvorschriften zu kommunalen Stiftungen in den einzelnen Ländern ⁶⁹ im Allgemeinen ein sehr buntes Bild zeichnen, ist das Maß an Übereinstimmung, das die landesgesetzlichen Regelungen sub specie des Gebots der Subsidiarität aufweisen, hoch. Im Detail lassen sich gleichwohl Abweichungen von nicht zu vernachlässigender Bedeutung verzeichnen: **Schleswig-Holstein**¹⁶³ und **Mecklenburg-Vorpommern**¹⁶⁴ weichen mit ihren Subsidiaritätsbestimmungen als einzige von dem Regelungsmuster der anderen Bundesländer ab. Hier ist das Subsidiaritätsgebot weniger streng als in den anderen Bundesländern gefasst. Sie mildern das subsidiaritätsrechtliche Erfordernis der kommunalen Aufgabenerfüllung dahin ab, dass »**ein wichtiges Interesse**« der Gemeinde an der Einbringung von Vermögen ausreicht. Welcher Art dieses Interesse genau ist, ob kommunaler oder nicht kommunaler Natur, bleibt offen; der Wortlaut lässt beides zu. Aus einem systematischen Vergleich mit § 89 Abs. 1 SchlHolGemO lässt sich schließen, dass in Schleswig-Holstein nach der Vorstellung des Gesetzgebers etwa auch der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ein solches Interesse bilden kann. Bei sachgerechtem Verständnis der Vorschriften und vor dem Hintergrund der herausgearbeiteten Rationalität des Subsidiaritätsprinzips kann ein wichtiges Interesse im Sinne des § 89 Abs. 3 SchlHolGemO bzw. des § 56 Abs. 3 MeckVorpGemO aber nicht sein, was

¹⁶³ § 89 Abs. 3 SchlHolGemO.

¹⁶⁴ § 56 Abs. 3 MeckVorpGemO.

nicht zumindest im Entferntesten einen Bezug zu den Aufgaben der Gemeinde aufweist. Je weniger die Aufgabe sich im zentralen Kernbereich kommunalen Tätigwerdens bewegt, umso höher sind auch hier die Anforderungen, denen das wichtige Interesse genügen muss.

- 70 **Schleswig-Holstein** weicht die Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips auch in einer zweiten Hinsicht auf: Während in den übrigen Bundesländern eine Einbringung kommunalen Vermögens in eine Stiftung erst zulässig ist, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise *nicht* erreicht werden kann, ist dies in Schleswig-Holstein schon dann möglich, wenn der mit der Stiftung **verfolgte Zweck auf andere Weise nicht ebenso gut erreicht wird oder erreicht werden kann**. Vermögen darf hier also auch dann eingebracht werden, wenn andere Umsetzungswege den Zweck ebenso erreichen würden, solange die Einbringung des kommunalen Vermögens den verfolgten Zweck besser als andere Formen der Aufgabenerfüllung erfüllt.¹⁶⁵ Das erhöht den Handlungsspielraum kommunaler Mitwirkung in Stiftungen durch Einbringung von Vermögenswerten nicht unbeträchtlich: Während die Hürde, dass ein kommunaler Zweck auf andere Weise als durch Einbringung von Vermögenswerten nicht erreicht werden kann, der gemeindlichen Mitwirkung enge Daumenschrauben anlegt, ist das Erfordernis, dass eine Zielsetzung auch durch eine Beteiligung an einer Stiftung besser erreicht werden kann, viel leichter erfüllbar.

III. Initiative Dritter - Errichtung durch Dritte

1. Gestaltungsformen

- 71 Sehr viele kommunale Stiftungen entstehen als Produkt privaten bürgerschaftlichen Engagements – nicht selten in der Weise, dass eine Privatperson der Gebietskörperschaft Vermögenswerte mit der Auflage zuwendet, eine **rechtsfähige Stiftung** mit einem von ihr bestimmten, im Rahmen kommunaler Aufgaben liegenden Zweck zu gründen. Die Gebietskörperschaft wird dann selbst Stifter. Sie muss das Stiftungsgeschäft selbst vornehmen, der Stiftung eine Satzung geben und die staatliche Genehmigung einholen. Die Privatperson beschränkt sich hier auf die Rolle

¹⁶⁵ § 89 Abs. 3 SchlHolGemO.

des Initiators und Kapitalgebers.¹⁶⁶ Privates Kapital wird so an einen kommunalen Zweck gebunden und der Verwaltung der Gemeinde unterstellt. Häufig geschieht dies in Fällen, in denen Bürger ihrer Stadt ihr Vermögen von Todes wegen überlassen.

Die Mehrzahl der kommunalen Stiftungen entsteht aber in der Weise, dass ein Privater in Ausübung privatautonomer Rechtsgestaltung selbst eine der Förderung kommunaler Zwecke verschriebene Stiftung nach den rechtlichen Vorgaben des BGB und der Landesstiftungsgesetze gründet, deren Verwaltung er in dem Stiftungsgeschäft der Gemeinde überantwortet.¹⁶⁷ 72

Nicht selten sind auch diejenigen Fälle, in denen die Gemeinde von Dritten Vermögenswerte in der Weise erhält, sie zu einem bestimmten öffentlichen Zweck im Aufgabenbereich der Kommune zu verwenden, ohne sie in eine rechtsfähige Stiftung, also einen selbständigen Verwaltungsträger, zu überführen. Solche nichtrechtsfähigen (**fiduziarischen**) **Stiftungen**¹⁶⁸ gehen regelmäßig auf die initiale Zuwendung von Bürgern für einen gemeinnützigen Zweck zurück. Sie müssen nicht notwendig der Verwaltung der örtlich und sachlich zuständigen Gebietskörperschaft übertragen werden. Entscheidend für die Verwaltungsträgerschaft ist vielmehr der Stifterwille, wie er in dem Stiftergeschäft niedergelegt ist. Er kann auch eine Verwaltung durch andere Organisationseinheiten als durch die Gemeinde vorsehen.¹⁶⁹ 73

Mit der Übernahme der Verwaltung eines privaten Vermögens eröffnet die Gemeinde die Gemeinde privaten Gründungen **mittelbaren Einfluss auf die Erfüllung kommunaler Aufgaben**. Der Einzelne erlangt einen Anteil an der Wahrnehmung kommunaler Verwaltungsaufgaben. Soweit der Stiftungszweck sich im Rahmen der kommunalen Aufgaben bewegt, sind die Gemeinden nach ausdrücklicher 74

¹⁶⁶ von *Campenhausen* (Fn. 14), § 32 Rn. 9; *Schulte*, ZSt 2005, 160 (160).

¹⁶⁷ Vor diesem Hintergrund gelangt der Landesgesetzgeber in Sachsen-Anhalt auch zum Ergebnis, dass es sich bei kommunalen Stiftungen des bürgerlichen Rechts letztlich um »gewöhnliche Stiftungen des bürgerlichen Rechts« handle, deren Sonderfall lediglich darin bestehe, dass sie in die Hand der Kommune gegeben würden. Gesetzliche Regelungen für ein eigenständiges Rechtsinstitut der kommunalen Stiftung bürgerlichen Rechts sieht das Land daher als obsolet an, vgl. LT-Drs. 5/2651, S. 20.

¹⁶⁸ Vgl. zu ihnen bereits Rz. 42 ff.

¹⁶⁹ § 101 Abs. 1 S. 1 BaWürrtGemO; § 120 Abs. 1 S. 1 HessGemO; § 100 Abs. 1 S. 2 NRWGemO; § 107 Abs. 1 S. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 1 S. 1 NdsKVerf) e contrario; § 107 Abs. 1 SaarlKSVG; § 70 Abs. 1 ThürKO.

niedersächsischer Bestimmung grundsätzlich gesetzlich **verpflichtet, Stiftungen zu verwalten**.¹⁷⁰ Etwas anderes kann sich hier allenfalls dann ergeben, wenn die Stiftungsverwaltung einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand erfordern würde, der Stiftungszweck bereits auf andere Weise ausreichend gefördert wird oder die in Aussicht gestellten Mittel für den vorgesehenen Stiftungszweck nicht ausreichen.¹⁷¹ In den Ländern, in denen die Gemeinden nicht ausdrücklich zur Übernahme der Stiftungsverwaltung gesetzlich verpflichtet sind, wird man einen solchen Anspruch nicht unmittelbar aus den Grundrechten als gebundenen Anspruch herleiten können. Hier gilt vielmehr der allgemeine Grundsatz, dass der Bürger **keinen originären Anspruch auf Schaffung öffentlicher Einrichtungen**, sondern vielmehr grundsätzlich lediglich auf Teilhabe an bestehenden Einrichtungen, genießt. Die grundrechtlich unterfütterte Stiftungsautonomie ändert daran nichts. Sie begründet kein Recht auf Inanspruchnahme fremder Ressourcen. Sie kann aber einen **Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung** darüber begründen, ob die Kommune sich zur Stiftungsverwaltung bereit erklärt. Hat die Gemeinde in der Vergangenheit die Stiftungsverwaltung regelmäßig übernommen, kann sich aufgrund der daraus erwachsenden Selbstbindung der Verwaltung unter Umständen aus Art. 3 Abs. 1 GG eine Ermessensreduzierung auf Null und damit ein Anspruch auf Übernahme der Stiftungsverwaltung ergeben, sofern für die Abweichung von der ständigen Verwaltungspraxis kein sachlich gerechtfertigter Grund besteht.

2. Die Einwerbung, Annahme und Vermittlung von Spenden durch Gemeindeorgane

- 75 Wenn Gemeindeorgane, die mit der hoheitlichen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut sind, Spenden oder Zustiftungen annehmen oder für die Erreichung kommunaler Ziele Spenden einwerben, kann das die Sorge auslösen, dass die Zuwender das Wohlverhalten der Gemeinde bzw. einzelner Amtsträger erkaufen oder empfangene Vorteile damit entgelten wollen bzw. umgekehrt Gemeindeorgane hoheitliche Leistungen der Gemeinde um der Erhöhung der Spendenbereitschaft

¹⁷⁰ In diesem Sinne ausdrücklich § 107 Abs. 1 S. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 1 S. 1 NdsKVerf).

¹⁷¹ Vgl. *Ebersbach* (Fn. 54), 222; *von Campenhausen* (Fn. 14), § 32 Rn. 4.

willen käuflich machen. Es kann namentlich der Eindruck entstehen, dass hoheitliches Handeln von einer Zuwendung beeinflusst wird, statt alleine von objektiven und aufgabenbezogenen Gesichtspunkten geleitet zu werden. Das **Vertrauen der Allgemeinheit in die Unkäuflichkeit und Sachlichkeit hoheitlicher Entscheidungen** ist dann zerstört.

Im Interesse verstärkten Schutzes der Integrität hoheitlichen Handelns hat der Bundesgesetzgeber die Vorschriften zur Vorteilsannahme und zur Vorteilsgewährung durch das **Korruptionsbekämpfungsgesetz** vom 13. August 1997¹⁷² zusätzlich verschärft. Während bis dahin eine Unrechtsvereinbarung, d.h. die Vereinbarung zwischen Gewährender und Annehmendem über das Gewähren des Vorteils als Gegenleistung für die Diensthandlung erforderlich war, genügt nunmehr für die strafrechtliche Relevanz des Verhaltens, dass ein Vorteil »für die Dienstausbübung« gefordert oder gewährt wird. Ein Bezug zu einer konkreten Diensthandlung ist nicht mehr vonnöten; es reicht auch ein Vorteil für Dritte, namentlich einen von der Gemeinde rechtlich losgelösten Rechtsträger, etwa eine kommunale Stiftung. Der Bereich tatbestandlich erfassten strafbaren Verhaltens ist dadurch insbesondere für die Einwerbung von Spenden erheblich ausgeweitet worden.

Rechtliche Grauzonen, in deren unsicherem Feld sich ein Amtsträger im Gefolge tatbestandlich weiter Formulierungen strafrechtlicher Normen bei der Einwerbung lauterer Spenden bewegt, sind für das Stiftungsrecht allgemein und die Entwicklung kommunaler Stiftungen im Besonderen eine Risikoquelle. Die Gemeindeordnungen müssen daher darauf bedacht und ausgelegt sein, den Bereich nicht strafwürdigen Verhaltens gegen den Verdacht strafrechtlicher Sanktionierung zu immunisieren und klare Grenzen zu definieren, ab denen der Akteur sich auf unsicherem Boden bewegt. **Baden-Württemberg** und **Rheinland-Pfalz** haben dies durch eine Änderung der Gemeindeordnung getan.¹⁷³ Sie stellen konkretisierend klar, dass die Einwerbung, Vermittlung und Annahme von Spenden, Schenkungen und ähnlichen Zuwendungen grundsätzlich zulässig ist, sofern sie sich im Rahmen der Erfüllung der den

¹⁷² BGBl. I, 2038.

¹⁷³ § 78 Abs. 4 BaWürrtGemO; § 94 Abs. 3 RhPfGemO.

Gemeinden nach dem Gemeindeordnungen zugewiesenen kommunalen Aufgaben bewegt. Die Vorschrift erstreckt sich nach ihrem erklärten Sinn nicht alleine auf Zuwendungen an die Gemeinde, sondern auch auf Spenden, die über die Gemeinde an Dritte, insbesondere gemeinnützige Vereine oder rechtsfähige kommunale Stiftungen, gelangen sollen.¹⁷⁴

- 78 Um den Bereich strafwürdigen und nicht strafwürdigen Verhaltens voneinander abzugrenzen, greifen die fraglichen Gemeindeordnungen auf den Rechtsgedanken der **Rechtssicherheit durch Verfahren** zurück. Die Vorschriften gehen zu Recht davon aus, dass das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und Nichtkäuflichkeit dienstlichen Handelns dann nicht in dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Maße strafrechtlich schutzbedürftig ist, wenn das in dem Gesetz vorgesehene Verfahren eingehalten wird, namentlich die Annahme der Mittel angezeigt und genehmigt wird. Die Einwerbung und Entgegennahme des Angebots einer Zuwendung ist dem Bürgermeister sowie den Beigeordneten vorbehalten; sonstige Gemeindebedienstete sind zur eigenmächtigen Entgegennahme von Spenden nicht berechtigt. Zur **Entscheidung über die Annahme oder Vermittlung der Spende** ist der Gemeinderat als zuständige Instanz berufen. Die Namen der Geber, die Zuwendungen und die Zuwendungszwecke sind schriftlich in einem der Rechtsaufsichtsbehörde zuzuleitenden Bericht zu dokumentieren. Eine anonyme Spende würde den Sinn dieser Regeln, namentlich das **Gebot der Transparenz**, unterlaufen. Mit den Vorschriften des § 78 Abs. 4 BaWürrtGemO bzw. § 94 Abs. 3 RHPfGemO wäre sie daher nicht vereinbar. Um die Vertraulichkeit sicherzustellen, ist es insoweit ausreichend und möglich, die Öffentlichkeit von der Sitzung, in der der Gemeinderat über die Annahme der Spende entscheidet, nach den allgemeinen Regeln auszuschließen.
- 79 Wird das Verfahren nicht eingehalten, gehen die Gemeindeordnungen von der **(unwiderleglichen) Vermutung** aus, dass die Akteure das Licht der Öffentlichkeit bewusst scheuen, um so einen nicht mit den gesetzlichen Zielsetzungen vereinbaren Konnex von Leistung und Gegenleistung herstellen zu können. Dass von der

¹⁷⁴ Vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf des baden-württembergischen Landtages für ein Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung und der Landkreisordnung vom 8.12.2005, LT-Drucks. 13/4948, 8.

Transparenz auch die Gefahr ausgeht, dass spendungswillige Bürger von einer avisierten Spende deshalb absehen, weil sie schon die Möglichkeit eines falschen Eindrucks in der Öffentlichkeit fürchten, nimmt das Gesetz bewusst in Kauf.

F. Verfassungsrechtliche Rechtsstellung kommunaler Stiftungen

I. Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsbindung kommunaler Stiftungen

1. Grundrechtsfähigkeit

Kommunale Stiftungen weisen eine **Doppelnatur** auf: Sie sind einerseits in die kommunale Organisationsstruktur eingebunden. Andererseits genießen sie (durch ihre regelmäßig privatem Vermögen entstammende Provenienz) eine Selbständigkeit, die ihnen im kommunalen Organisationsgefüge eine besondere Stellung einräumt. Während andere kommunale Einrichtungen sich regelmäßig nicht auf den Schutz der Grundrechte berufen können (und damit auch nicht im Verfassungsbeschwerdeverfahren beschwerdefähig sind), kann sich dies bei kommunalen Stiftungen im Hinblick auf ihre besondere Eigenart der **Verflechtung von bürgerlichem gemeindlichen Gestaltungswillen und kommunaler Organisationsgewalt** anders darstellen.¹⁷⁵

Wenn die kommunale Stiftung **von einem oder mehreren privaten Stiftern** gegründet wurde, befindet sie sich in einer das klassische Verhältnis von Staat und Bürger kennzeichnenden grundrechtstypischen Gefährdungslage, die für die Grundrechtsfähigkeit i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG ausreicht.¹⁷⁶ Kommunale Stiftungen, die **von einer Kommune** gegründet wurden, sind demgegenüber nur ausnahmsweise grundrechtsfähig: Sie werden in der Funktion der Gemeinden als Teil einer hoheitlichen Organisationseinheit tätig und können sich entsprechend den allgemeinen Grundrechtslehren grundsätzlich nicht auf den Schutz der Grundrechte berufen,¹⁷⁷ der

¹⁷⁵ Kommunen sind in die Organisation des Staates eingebunden; sie erfahren durch Art. 28 Abs. 2 GG eine eigenständige, aber nicht grundrechtlich gestaltete (sondern durch die Kommunalverfassungsbeschwerde abwehrfähige) verfassungsrechtliche Gewährleistung, die sie in eine dem Verhältnis von Staat und Bürger vergleichbarer grundrechtstypische Gefährdungslage bringt.

¹⁷⁶ *Kämmerer* (Fn. 2), 71; *Twehues*, (Fn. 7), 111 ff. mit einer Differenzierung nach einzelnen Grundrechten.

¹⁷⁷ Vgl. *Twehues* (Fn. 7), 82 ff.

mit der Individualverfassungsbeschwerde verteidigt werden könnte. Gleiches gilt für die nichtrechtsfähigen Stiftungen, die als Sondervermögen unselbstständiger Teil der Gemeinde sind.¹⁷⁸ Verteidigen können die rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen von der Gemeinde gegründeten Stiftungen demnach die Prozessgrundrechte (Art. 19 Abs. 4, Art. 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 103 Abs. 1 GG), nicht aber z.B. das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG¹⁷⁹.

2. Grundrechtsbindung

- 82 Statt grundrechtsberechtigt zu sein, sind von einer Gemeinde gegründete Stiftungen vielmehr – wie sich aus Art. 1 Abs. 3 GG ergibt – grundsätzlich grundrechtsgebunden. Art. 1 Abs. 3 GG diszipliniert die Ausübung jeglicher staatlicher Gewalt umfassend; er unterwirft die Gesamtheit aller staatlichen Handlungsbefugnisse der Grundrechtsbindung. Bedeutung hat die Grundrechtsbindung kommunaler Stiftungen insbesondere im Hinblick auf die Anwendbarkeit der **Diskriminierungsverbote** des Grundgesetzes und die Freiheit des Stifters, den Zugang zu Stiftungsleistungen nach unterschiedlichen Maßstäben zu eröffnen. Art. 3 Abs. 1 GG setzt dieser Freiheit Schranken, an die die Gemeinde bei der Festlegung der Stiftungszwecke gebunden ist. Bei der Errichtung von kommunalen Stiftungen durch Private verhält es sich – spiegelbildlich zur Grundrechtsbindung – umgekehrt: Die grundrechtlich geschützte Privatautonomie des Stifters wirkt bei der Errichtung in der Stiftung fort. Sie ist den grundrechtlichen Bindungen der Verfassung nicht unterworfen, sondern konstituiert selbst die Freiheit zu grundrechtsungebundenem Handeln. Gleichzeitig befreit sie jedoch nicht von den Auswirkungen der **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte**, die als Ausdruck der den Grundrechten immanenten objektiven Wertordnung auch in die Privatrechtsordnung hinein ausstrahlen.¹⁸⁰ Für Verwaltungsmaßnahmen, die eine Kommune bei der Verwaltung einer solchen

¹⁷⁸ Vgl. *Twehues* (Fn. 7), 110.

¹⁷⁹ BVerfG v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80, NJW 1982, 2173.

¹⁸⁰ Vgl. dazu BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – Lüth; BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (187 f.) – Mephisto; BVerfG v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (219) – Lebach; zum Problem allgemein *Dürig*, in: Maunz (Hrsg.), FS Nawiasky, München 1956, 157 ff.; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, München 1960, 306 ff.; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1999, 23 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrecht, Habil. Trier, Tübingen 2001, 12 ff.

Stiftung jenseits des satzungsmäßig vorgegebenen Programms trifft, gilt dabei die Grundrechtsbindung unverändert fort.¹⁸¹

II. Teilhabe kommunaler Stiftungen an der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG?

Für die Rechtsstellung der kommunalen Stiftungen ist von nicht unerheblicher 83 Bedeutung, ob sie an der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG teilhaben.

Nichtrechtsfähige kommunale Stiftungen: Die *nichtrechtsfähigen* kommunalen 84 Stiftungen (vgl. dazu Rz. 42 ff.) stellen Sondervermögen der Kommune dar, das nicht selbst Trägerin von Rechten und Pflichten ist. Sie nehmen an der Rechtsstellung der Kommune teil und partizipieren insofern mittelbar auch an der den Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 GG und in den Landesverfassungen eingeräumten Selbstverwaltungsgarantie.

Rechtsfähige kommunale Stiftungen: Bei den *rechtsfähigen* kommunalen 85 Stiftungen verhält es sich anders: Sie partizipieren als selbstständige Rechtsgebilde weder mittelbar an der Selbstverwaltungsgarantie der Kommune noch unmittelbar kraft eigener Schutzposition: Die kommunale Selbstverwaltung erstreckt sich nur auf die Kommune selbst, nicht auf eigenständige Rechtsgebilde.¹⁸²

G. Umwandlung und Aufhebung kommunaler Stiftungen

Im Laufe des Lebenszyklus einer Stiftung kann das Bedürfnis nach Änderung ihrer 86 Zweckbestimmung oder nach Zusammenlegung mit einer anderen Stiftung entstehen. Zulässigkeit, Art, Umfang und Verfahren der **Umwandlung** einer kommunalen Stiftung bestimmen sich dann primär nach der **Stiftungsurkunde**; die gesetzlichen Vorschriften der Landesstiftungsgesetze und der Gemeindeordnungen kommen grundsätzlich nur subsidiär zur Anwendung. Eine Umwandlung oder

¹⁸¹ Vgl. *Twehues* (Fn. 7), 162.

¹⁸² Vgl. *Twehues* (Fn. 7), 122.

Zusammenlegung einer Stiftung wird dabei im Zweifel dem Stifterwillen eher entsprechen als deren Auflösung. Letztere ist die *Ultima Ratio*.

- 87 Für die Umwandlung **nichtrechtsfähiger** kommunaler Stiftungen sehen die Gemeindeordnungen ausdrücklich entsprechende Ermächtigungen der Gemeinden vor.¹⁸³ Ihre Wahrnehmung ist an die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BGB gebunden: Die Erreichung des Stiftungszwecks muss unmöglich geworden sein oder das Gemeinwohl gefährden. In den meisten Ländern bedürfen diese Maßnahmen der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde.¹⁸⁴ In allen Ländern ist die Umwandlung und Aufhebung einem Beschluss des kommunalen Vertretungsorgans vorbehalten.¹⁸⁵ Es handelt sich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, das der Bürgermeister selbst vornehmen könnte. Der Stifter kann diese ausnahmsweise bestehende hoheitliche (Zwangs-)Änderungsbefugnis in Baden-Württemberg¹⁸⁶, Sachsen¹⁸⁷ und Sachsen-Anhalt¹⁸⁸ kraft gesetzlicher Öffnungsklausel durch abweichende Bestimmung ausschließen, in den anderen Ländern nicht.
- 88 Das Vermögen einer aufgehobenen kommunalen Stiftung fällt – vorbehaltlich anderweitiger Bestimmung im Stiftergeschäft – der Kommune zu.¹⁸⁹ Die Entscheidung über die Verwendung des Stiftungsvermögens liegt dabei in der

¹⁸³ § 101 Abs. 2 BaWürrtGemO; § 90 Abs. 2 S. 1 BrbgKVerf; Art. 85 S. 1 BayGemO; § 120 Abs. 2 S. 2 HessGemO; § 100 Abs. 2 Hs. 1 NRWGemO; § 107 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 SaarlKSVG; § 94 Abs. 2 SächsGemO; § 115 Abs. 2 SachsAnhGemO; § 96 Abs. 2 S. 1 SchlHolGemO; ähnlich § 107 Abs. 2 S. 3 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 4 NdsKVerf); § 70 Abs. 4 ThürKO.

¹⁸⁴ Art. 85 S. 2 BayGemO; § 90 Abs. 2 S. 2 BrbgKVerf; § 107 Abs. 2 S. 3 NdsGemO; § 100 Abs. 2 Hs. 2 NRWGemO; § 107 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 SaarlKSVG; § 96 Abs. 2 S. 2 SchlHolGemO; § 70 Abs. 4 S. 2 ThürKO.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 85 S. 1 BayGemO; § 28 Abs. 2 Nr. 19 BrbgKVerf; § 39 Abs. 2 Nr. 11 BaWürrtGemO; § 51 Nr. 13 i.V.m. § 120 Abs. 2 S. 2 HessGemO; § 40 Abs. 1 Nr. 16 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 58 Abs. 1 Nr. 18 NdsKVerf); § 41 Abs. 1 lit. n NRWGemO; § 32 Abs. 2 Nr. 16 RhPfGemO; § 35 Nr. 21 SaarlKSVG; § 44 Abs. 3 Nr. 11 SachsAnhGemO; § 28 Nr. 22 SchlHolGemO.

¹⁸⁶ § 101 Abs. 2 a.E. BaWürrtGemO.

¹⁸⁷ § 94 Abs. 2 SächsGemO.

¹⁸⁸ § 115 Abs. 2 SachsAnhGemO.

¹⁸⁹ Für *rechtsfähige* kommunale Stiftungen: § 31 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 19 BaWürrtStiftG; Art. 9 S. 1 Abs. 1 BayStiftG; § 11 BrbgStiftG; § 10 Abs. 4 MeckVorPStiftG; § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 NdsStiftG; § 11 Nr. 1 SächsStiftG; § 20 Abs. 3 SaarlStiftG; § 7 Abs. 1 Nr. 1 SchlHolStiftG; § 15 Abs. 3 ThürStiftG; für *nichtrechtsfähige* kommunale Stiftungen: § 101 Abs. 3 BaWürrtGemO; § 90 Abs. 3 BrbgKVerf; § 107 Abs. 2 S. 3 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 4 NdsKVerf); § 94 Abs. 3 SächsGemO; § 115 Abs. 3 SachsAnhGemO.

ausschließlichen Kompetenz des kommunalen Vertretungsorgans.¹⁹⁰

Einen wichtigen Sonderfall der Umwandlung bilden Stiftungszusammenlegungen.⁸⁹ Mehrere gleichartige Stiftungen werden dabei zur Neubildung einer Stiftung miteinander vereinigt. Gerade im Bereich der kommunalen Stiftungen kann dies eine Möglichkeit bilden, eine Vielzahl kleinerer Stiftungen, die mittlerweile unbedeutend geworden sind und ihren Stiftungszweck – etwa mangels ausreichenden Vermögens – nicht mehr angemessen weiterverfolgen können, wieder zu aktivieren und mit ausreichender Schlagkraft zu versehen. Die Gemeindeordnungen enthalten teilweise explizite Sonderregelungen für die Zusammenlegung von nichtrechtsfähigen kommunalen Stiftungen.¹⁹¹ In Ländern ohne Sonderregelungen ist sie jedenfalls als Sonderfall der Umwandlung nach § 87 BGB zulässig. Die Voraussetzungen sind mit denen der Stiftungsumwandlung identisch, allerdings muss es sich um jeweils gleichartige Stiftungen mit im Wesentlichen ähnlichem Stiftungszweck handeln. Auch hier muss die Zusammenlegung zumindest dem mutmaßlichen Willen der Stifter entsprechen.¹⁹²

Ein Insolvenzverfahren wird über das Vermögen nichtrechtsfähiger Stiftungen nicht durchgeführt. Denn sie sind Teil des Gemeindevermögens, für welches die meisten Gemeindeordnungen ein Insolvenzverfahren ausdrücklich ausschließen.¹⁹³

Für **rechtsfähige Stiftungen** als verselbstständigte Einheiten gelten diese Grundsätze nicht unmittelbar. Über ihr Vermögen kann ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden, es sei denn, das Landesrecht schließt dies ausdrücklich aus.¹⁹⁴

Für die **Aufhebung, Satzungsänderung und Umwandlung** rechtsfähiger⁹⁰ kommunaler Stiftungen verweisen die Landesstiftungsgesetze regelmäßig auf ihre allgemeinen, für alle rechtsfähigen Stiftungen geltenden Regeln, die wiederum auf die

¹⁹⁰ § 40 Abs. 1 Nr. 16 NdsGemO.

¹⁹¹ § 101 Abs. 2 BaWürttGemO; § 90 Abs. 2 S. 1 BrbgKVerf; Art. 85 S. 1 BayGemO; § 120 Abs. 2 S. 2 HessGemO; § 107 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 SaarlKSVG; § 94 Abs. 2 SächsGemO; § 115 Abs. 2 SachsAnhGemO; ähnlich § 107 Abs. 2 S. 3 NdsGemO; § 70 Abs. 4 ThürKO.

¹⁹² *Twehues* (Fn. 7), 239 f.

¹⁹³ § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO i.V.m. Art. 77 Abs. 3 BayGemO; § 118 Abs. 2 BrbgKVerf; § 146 HessGemO; § 128 Abs. 2 NRWGemO; § 136 Abs. 2 NdsGemO (in der am 1.11.2011 in Kraft tretenden neuen NdsKVerf fehlt eine entsprechende Regelung); § 62 Abs. 2 MeckVorPGemO, § 138 Abs. 2 SaarlKSVG; § 131 Abs. 2 SchlHolGemO; § 69 Abs. 3 ThürKO.

¹⁹⁴ Ungenau insoweit von *Campenhausen* (Fn. 14), § 32 Rn. 15.

§§ 87 und 88 BGB verweisen.¹⁹⁵ Die Entscheidung über die Aufhebung, Zweckänderung und Zusammenlegung der Stiftung fällt nach diesen allgemeinen zivilrechtlichen Normen des Bundesrechts – anders als im Falle nichtrechtsfähiger Stiftungen, bei denen die Gemeinden die Maßnahme kraft eigener Machtvollkommenheit treffen – grundsätzlich in die Kompetenz der Aufsichtsbehörde, also im Falle kommunaler Stiftungen regelmäßig der Kommunalaufsichtsbehörde. Die meisten Bundesländer (namentlich Baden-Württemberg¹⁹⁶, Brandenburg¹⁹⁷, Niedersachsen¹⁹⁸, Nordrhein-Westfalen¹⁹⁹, Rheinland-Pfalz²⁰⁰, Saarland²⁰¹, Sachsen²⁰², Schleswig-Holstein²⁰³; anders jedoch Bayern²⁰⁴, Hessen²⁰⁵, Mecklenburg-Vorpommern²⁰⁶ und Thüringen²⁰⁷) modifizieren die allgemeine zivilrechtliche Vorschrift des § 87 BGB jedoch dahin, dass sie die Entscheidung über die Satzungsänderung, Zusammenlegung und Aufhebung rechtsfähiger Stiftungen (in Abweichung von § 87 Abs. 1 BGB) den kommunalen Körperschaften selbst zusprechen, diese aber unter den Vorbehalt der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde stellen.

¹⁹⁵ Vgl. die ausdrücklichen Verweise in § 31 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 14 BaWürttStiftG; Art. 20 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 9 BayStiftG.

¹⁹⁶ § 31 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 14 BaWürttStiftG.

¹⁹⁷ § 3 i.V.m. § 10 BrbgStiftG.

¹⁹⁸ § 19 Abs. 2 S. 2 NdsStiftG (für kommunale Stiftungen des *öffentlichen Rechts*, auf die das niedersächsische StiftG nicht unmittelbar anwendbar ist [§ 1 NdsStiftG], ergibt sich dies aus dem Verweis des § 107 Abs. 1 S. 2 NdsGemO [ab 1.11.2011: § 135 Abs. 1 S. 2 NdsKVerf] auf § 19 Abs. 2 S. 2 NdsStiftG).

¹⁹⁹ § 100 Abs. 2 NRWGemO.

²⁰⁰ § 8 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 11 RhPfStiftG.

²⁰¹ § 107 Abs. 3 S. 2 SaarlKSVG; ergänzend tritt § 20 Abs. 2 i.V.m. §§ 7 und 8 SaarlStiftG hinzu (der Aufsichtsbehörde kommt hier die Befugnis zur Zweckänderung, Zusammenlegung und Aufhebung der Stiftung als Reservekompetenz in dem Fall zu, dass die Stiftung innerhalb einer ihr von der Stiftungsbehörde gesetzten angemessenen Frist die verlangten Maßnahmen nicht selbst vornimmt).

²⁰² § 10 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 2 SächsStiftG.

²⁰³ § 17 Abs. 3 i.V.m. §§ 5 und 6 SchlHolStiftG.

²⁰⁴ Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 8 BayStiftG.

²⁰⁵ § 18 Abs. 3 HessStiftG i.V.m. § 120 Abs. 2 HessGemO.

²⁰⁶ § 10 Abs. 3 i.V.m. § 2 MeckVorPStiftG.

²⁰⁷ § 15 i.V.m. 11 Abs. 1 ThürStiftG.

H. Stiftungsverwaltung und innere Stiftungsverfassung – Verwaltung des Stiftungsvermögens

I. Allgemeines

Die Verwaltung der kommunalen Stiftungen ist dem Ziel verschrieben, die von den 91
Stiftern eingesetzten Zwecke nachhaltig zu verwirklichen. Das setzt eine **effiziente, kontinuierliche und arbeitsfähige Verwaltungsorganisation** voraus. Kommunale Stiftungen greifen dafür auf die **strukturellen Kompetenzen und den Erfahrungsschatz der kommunalen Verwaltungsträger** in der Bewältigung lokaler Aufgaben und der Umsetzung von Förderideen zurück; sie schöpfen ein Sonderwissen und einen Sachverstand ab, welche hinsichtlich der Förderung von auf einen lokalen Wirkungsbereich bezogener Zielsetzungen bei den Gemeindeverwaltungen in nahezu idealer Weise konzentriert sind. Das generiert – gerade bei der Verwaltung kleiner Vermögensmassen – **Effizienzvorteile** und ermöglicht es, die begrenzten Stifterressourcen in größtmöglichem Umfang für den Stiftungszweck fruchtbar zu machen. Auf der anderen Seite birgt eine intensive Anbindung der kommunalen Stiftung an die Gemeindeverwaltung die Gefahr der Vermischung von Gemeinde- und Stiftungsinteressen.

Vor dem Hintergrund dieser strukturellen Besonderheiten modifizieren die 92
Landesstiftungsgesetze für rechtsfähige kommunale Stiftungen die allgemeinen Regeln der Stiftungsverwaltung und -verfassung. Nur im Übrigen bleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz, dass der Inhalt der Stiftungsverfassung vor allem durch den **Stifterwillen** bestimmt wird, wie er im Stiftungsgeschäft bzw. Stiftungsakt und der Stiftungssatzung seinen Ausdruck gefunden hat, vgl. dazu *Roth* Rz. 17.21 mit Fn. 64.

II. Grundsätze der Verwaltung des Stiftungsvermögens – Aufgabenverteilung innerhalb der Gemeinde

Die Landesstiftungsgesetze bestimmen nahezu unisono, dass die Vertretung und 93
Verwaltung der kommunalen Stiftungen den für die Vertretung und Verwaltung der Gemeinden, Landkreise und Bezirke zuständigen Organen obliegt.²⁰⁸ Kommunale

²⁰⁸ § 31 Abs. 1 BaWürttStiftG i.V.m. § 101 Abs. 1 BaWürttGemO; Art. 20 Abs. 2 BayStiftG; § 3 BrbgStiftG; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf; § 18 Abs. 2 HessStiftG i.V.m. § 120 Abs. 1 S. 1 HessGemO; § 10

Stiftungen werden mithin von denjenigen **Organen der Gebietskörperschaft** verwaltet, in deren Aufgabenkreis die Stiftung auf der Grundlage ihrer Zweckbestimmung fällt. Die Stiftungsverwaltung kann grundsätzlich auch einem stiftungsverwaltenden Zweckverband anvertraut werden.²⁰⁹ Baden-Württemberg²¹⁰, Bayern²¹¹, Hessen²¹², Sachsen²¹³ und wohl auch Sachsen-Anhalt²¹⁴ lassen auch eine Verwaltung durch andere als kommunale Organe auf der Grundlage einer abweichenden Bestimmung in der Stiftungssatzung zu. Hier ist es dementsprechend – anders als in den anderen Ländern²¹⁵ – auch zulässig, dass der Stifter nicht die Gemeinde als solche, sondern in Abweichung von den gemeinderechtlichen Kompetenznormen einzelne Organe oder bestimmte Mitglieder kommunaler Organe mit der Verwaltung beauftragt. Wird die Stiftungsverwaltung einem Amtsträger übertragen, ist durch Auslegung des Stifterwillens sowie der Gesamtumstände zu ermitteln, ob dieser als Person oder als Amtsträger zur Stiftungsverwaltung berufen sein soll, ob mithin eine funktionsbezogene oder personenbezogene Einsetzung gewollt ist.²¹⁶

- 94 Die **Aufgabenverteilung** zwischen den stiftungsverwaltenden kommunalen Organen bestimmt sich, soweit die Satzung nicht Gegenteiliges vorsieht, nach der allgemeinen

Abs. 1 S. 4 MeckVorPStiftG; § 19 Abs. 2 S. 1 NdsStiftG i.V.m. § 107 Abs. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 1 S. 2 NdsKVerf); § 100 Abs. 1 S. 2 NRWGemO i.V.m. § 1 S. 2 NRWStiftG; § 13 Abs. 3 SächsStiftG; § 20 Abs. 2 S. 2 SaarlStiftG i.V.m. § 107 Abs. 1 SaarlKSVG; § 17 Abs. 2 SchlHolStiftG; § 15 Abs. 1 ThürStiftG; für nichtrechtsfähige Stiftungen: § 101 Abs. 1 BaWürttGemO; Art. 84 Abs. 1 BayGemO; § 120 Abs. 1 S. 1 HessGemO; § 100 Abs. 1 S. 2 NRWGemO; § 107 Abs. 1 SaarlKSVG; § 96 SchlHolGemO; § 70 Abs. 1 ThürGemO.

²⁰⁹ Vgl. etwa § 18 Abs. 4 S. 1 HessStiftG; § 3 Abs. 5 RHPfStiftG; § 3 Abs. 5 ThürStiftG.

²¹⁰ § 31 Abs. 1 BaWürttStiftG i.V.m. § 101 Abs. 1 BaWürttGemO (»soweit durch Gesetz oder Stifter nichts anderes bestimmt ist«).

²¹¹ Art. 20 Abs. 2 BayStiftG.

²¹² § 18 Abs. 2 HessStiftG i.V.m. § 120 Abs. 1 HessGemO (»Örtliche Stiftungen verwaltet die Gemeinde nach den Vorschriften dieses Gesetzes, soweit nicht durch Gesetz oder Stiftungsurkunde anderes bestimmt ist.«); § 18 Abs. 4 HessStiftG.

²¹³ § 13 Abs. 3 SächsStiftG und § 94 Abs. 1 SächsGemO.

²¹⁴ § 25 Abs. 2 SachsAnhStiftG a.F. (dazu zutreffend OVG Sachsen-Anhalt v. 24.2.2004 – 2 L 388/01, juris) und § 115 Abs. 1 SachsAnhGemO (die Vorschrift lässt sich allerdings auch dahin interpretieren, dass die Verwaltung durch die Gemeinde konstitutiv ist, dabei aber von Vorschriften der Gemeindeordnung dispensiert werden kann).

²¹⁵ Der Stifter kann dort zwar eine entsprechende Bestimmung treffen. Es handelt sich jedoch dann nicht mehr um eine kommunale Stiftung, auf die das Sonderrecht der kommunalen Stiftungen anwendbar ist.

²¹⁶ Roth, Rz. 17.22; Twehues (Fn. 7), 37 f. m.w.N.

gemeinderechtlichen Kompetenzverteilung: Für die laufende Verwaltung ist die Leitung der Kommunalverwaltung (d.h. der Bürgermeister bzw. Gemeindedirektor) zuständig.²¹⁷ Gleichzeitig vertritt er die Stiftung als Stiftungsvorstand i.S.d. § 86 S. 1 i.V.m. § 26 BGB nach außen. Beschlüsse, die wichtige Weichenstellungen für das rechtliche Schicksal der kommunalen Stiftung treffen, fallen als Vorbehaltsaufgaben in die ausschließliche Kompetenz der Gemeindevertretung. Das gilt namentlich für die Gründung, Umwandlung und Aufhebung der Stiftung,²¹⁸ den Erlass und die Änderung der Satzung sowie die Verabschiedung des Haushalts und die Entlastung der Stiftungsorgane. Der Gemeinderat kann diese Vorbehaltsaufgaben auch nicht einem seiner Ausschüsse übertragen.²¹⁹

Die Satzungen größerer Stiftungen setzen häufig zusätzlich besondere Gremien, 95 vorzugsweise einen **Stiftungsrat oder ein Kuratorium**, als Stiftungsorgane ein.²²⁰ Sie stehen der Gemeinde beratend zur Seite, indem sie ergänzenden Sachverstand einbringen. Darüber hinaus tragen sie als neutrale Dritte dazu bei, die Transparenz der kommunalen Verwaltungstätigkeit zu erhöhen und ein Gegengewicht gegen die Gefahr der Instrumentalisierung einer Stiftung für kommunalpolitische Interessen zu schaffen. Sie stellen als solche eine zusätzliche (zu der rechtsaufsichtlichen Stiftungsaufsicht hinzutretende) Kontrolle der Verwaltungstätigkeit sicher und können einer bisweilen vom Streben nach Wiederwahl getriebenen kommunalpolitischen Kurzatmigkeit ein Kontinuum langfristigen, vom Stifterinteresse geprägten strategischen Denkens entgegensetzen. Soweit ihre Rückbindung an die kommunale Organisationsstruktur hinreichend sichergestellt ist, sie insbesondere lediglich als kommunale Hilfsorgane oder zusätzliche Kontrollorgane für die Stiftung fungieren, beeinträchtigen sie die (in den meisten Ländern als konstitutives Merkmal der kommunalen Stiftung vorgesehene) kommunale Verwaltung nicht und ändern an dem

²¹⁷ Reuter, in MüKoBGB, § 81 BGB, Rn. 72.

²¹⁸ Vgl. dazu bereits oben Rz. 87 sowie Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 2007, Rn. 66.

²¹⁹ Vgl. § 32 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 2 Nrn. 1, 2, 14 und 16 RhPfGemO.

²²⁰ Vgl. etwa § 5 der »Stiftung Altenhilfe Potsdam« der Landeshauptstadt Potsdam vom 31.5.2007, ABl. Landeshauptstadt Potsdam 8/2007, 8.

Charakter der Stiftung als kommunale Stiftung nichts.²²¹ Die Gemeinde muss sich, damit von einer Verwaltung durch die kommunalen Organe gesprochen werden kann, – je nach Machtbefugnis des Stiftungsorgans – **Einwirkungsmöglichkeiten** bei der Besetzung des Stiftungsrates und des Kuratoriums vorbehalten.²²² Denn die »kommunale Verwaltung« setzt begrifflich voraus, dass die kommunalen Organe eine beherrschende Stellung in den Stiftungsorganen innehaben. Neben dieser unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit der kommunalen Gremien muss sich der Rat zumindest die Möglichkeit einräumen lassen, die zweckentsprechende Verwendung des Vermögens durch einen entsprechenden Auftrag des amtlichen Rechnungsprüfungsamtes jedenfalls dann zu kontrollieren, wenn die Gemeinde eigenes Vermögen in die Stiftung eingebracht hat. Unter diesen Prämissen ist auch eine Auslagerung der Stiftungsverwaltung in ein kommunales Unternehmen, etwa eine Verwaltungs-GmbH, nicht ausgeschlossen.

- 96 Bei **nichtrechtsfähigen Stiftungen** handelt die Gemeinde bei der Stiftungsverwaltung durch ihre Organe im eigenen Namen. Sie bilden lediglich ein Sondervermögen der Gemeinde, das nicht selbstständig am Rechtsverkehr teilnimmt; der Stiftungsträger ist somit nicht Vertreter der Stiftung.
- 97 Als Treuhänder des Stifterwillens haben die kommunalen Organe ihr gesamtes Entscheiden und Handeln an dem in dem Stiftungsgeschäft zum Ausdruck kommenden Stifterwillen auszurichten. Transparenz und Neutralität ihres Handelns sind dabei eine wichtige Voraussetzung für eine gedeihliche Entwicklung der Stiftung. Die Gemeindeordnungen stellen sich mit ihren gesetzlichen Sonderregelungen in den Dienst dieser Zielsetzung.

²²¹ Vgl. *Ebersbach* (Fn. 54), S. 226; *Böhler*, Besondere Stiftungsformen und ihre Organisation, in: *Rechtshandbuch für Stiftungen*, 5/10.4, 1; *Twehues* (Fn. 7), 35 f.

²²² Vgl. *Schlüter-Krüger*, DVBl 2003, 830 (837).

III. Wirtschafts- und Haushaltsführung: die finanzwirtschaftliche Verwaltung kommunaler Stiftungen

1. Einführung

Gemeindeorgane, die kommunale Stiftungen verwalten, sind der Versuchung ⁹⁸ ausgesetzt, originär kommunale Interessen und Stiftungsinteressen nicht angemessen zu trennen, sondern Vermögensgegenstände der von ihnen verwalteten Stiftungen für kommunale Zwecke einzusetzen, die dem jeweiligen Stiftungszweck nicht entsprechen. Dieses Risiko ist jeder treuhänderischen Verwaltung eigen. Gemeinden als Fremdverwalter kommunaler Stiftungen sind davor ebensowenig gefeit, wie zahlreiche Beispiele aus der Stiftungspraxis, insbesondere bei der Veräußerung und Verwertung von Liegenschaften kommunaler Stiftungen dokumentieren.²²³ Auch bei ihnen verwirklicht sich die allgemeine verwaltungswissenschaftliche Kenntnis, dass Organisationen **Eigeninteressen** entwickeln, die dem Ziel der ihnen übertragenen Verwaltungsaufgabe zuwiderlaufen. Die Gemeindeordnungen sowie die Landesstiftungsgesetze versuchen, diesem Risiko durch rechtliche Handlungsbeschränkungen der Entscheidungsträger entgegenzuwirken. Sie unterwerfen die Vermögensverwaltung kommunaler Stiftungen (mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz, das die haushaltsrechtlichen Regeln des Stiftungsrechts für anwendbar erklärt²²⁴) den **Vorschriften über die kommunale Haushaltswirtschaft**.²²⁵ Insbesondere drei rechtliche Schranken sind es, mit denen

²²³ Vgl. dazu *Lehmann*, ZSt 2007, 51 (52).

²²⁴ § 11 i.V.m. § 7 RHPfStiftG. Die Regelung ist von dem Gedanken der Stärkung der Stifterfreiheit getragen. Der Stifter soll die näheren Einzelheiten der Verwaltung selbst per Satzung bestimmen, ohne an das haushaltsrechtliche Korsett der §§ 93 ff. RHPfGemO gebunden zu sein – insbesondere dort, wo eine Gemeinde eine rechtsfähige Stiftung in Zusammenarbeit mit privaten Stellen gründet; hier hat sich die Anwendung des kommunalen Haushaltsrechts als abschreckend für die Kooperation erwiesen. Die Verwaltung und Aufsicht über die kommunalen Stiftungen bestimmt sich in Rheinland-Pfalz folglich primär nach dem Stiftungsgesetz, das weitgehend einheitlich auf alle rechtsfähigen Stiftungen Anwendung findet. Vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf der Landesregierung für eine Änderung des Landesstiftungsgesetzes, LT-Drucks. 14/3129, 30.

²²⁵ Für rechtlich *unselbständige* Stiftungen: § 91 Abs. 2 S. 1 BaWürttGemO; § 84 Abs. 1 BayGemO; § 86 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 3 BrbgKVerf; § 115 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 1 HessGemO; § 64 Abs. 4 MeckVorPGemO; § 102 Abs. 2 NdsGemO (ab 1.11.2011; § 130 Abs. 2 NdsKVerf); § 97 Abs. 2 NRWGemO; § 102 Abs. 2 S. 1 SaarlKSVG; § 91 Abs. 2 S. 1 SächsGemO; § 110 Abs. 2 S. 1 SachsAnhGemO; § 96 Abs. 1 S. 1 SchlHolGemO; § 70 Abs. 1 ThürKO; für rechtlich *selbständige* Stiftungen: § 97 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 96 Abs. 3 S. 2 BaWürttGemO; Art. 20 Abs. 3 S. 3 BayGemO;

das Gesetz die angemessene rechtliche Trennung von Gemeinde- und Stiftungsinteressen sicherzustellen versucht: Regeln über die Verwendung des Stiftungsvermögens (unten 2.), Regeln zu Geschäften zwischen der Stiftung und der Gemeinde (unten 3.) sowie die Trennung des Stiftungsvermögens von dem sonstigen Gemeindevermögen (unten 4.).

2. Verwendung des Stiftungsvermögens

- 99 Stiftungsvermögen ist in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten²²⁶ sowie sparsam und wirtschaftlich zu verwalten.²²⁷ Nur so kann die dauerhafte Erfüllung des vom Stifter festgelegten Stiftungszwecks gewährleistet werden. Das bedingt auch, dass Grundstockvermögen, etwa Grundstücke, nur zum vollen Wert veräußert werden darf. Hat sich das Vermögen der kommunalen Stiftungen gemindert, so sollen die Vermögensgegenstände aus dem Ertrag wieder ergänzt werden.²²⁸ Die Gemeinde darf den Fehlbetrag – im Rahmen der Grenzen des Subsidiaritätsgebots (Rz. 58 ff.) – auch aus allgemeinen Deckungsmitteln des Haushalts ausgleichen. Verpflichtet ist sie dazu aber nicht.
- 100 Bei der Verwendung der Vermögenserträge darf sich die verwaltende Gemeinde nicht an ihren eigenen Interessen orientieren, sondern ausschließlich **treuhänderisch** am Stifterwillen. Der Ertrag einer kommunalen Stiftung darf namentlich nur für den in dem Stiftungsgeschäft festgeschriebenen Stiftungszweck verwendet werden.²²⁹ Das

§ 90 Abs. 1 S. 2 BrbgKVerf; § 120 Abs. 1 S. 1 HessGemO; § 10 Abs. 2 S. 2 MeckVorPStiftG; § 19 Abs. 2 NdsStiftG; § 98 Abs. 1 S. 2 NRWGemO; § 107 Abs. 1 SaarlKSVG; § 94 Abs. 1 SächsGemO; § 115 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 110 Abs. 1 Nr. 2 SachsAnhGemO. Zur Umsetzung des neuen Haushaltsrechts in den Gemeindeordnungen für kommunale Stiftungen *Peiker*, ZSt 2006, 181 ff.

²²⁶ Für *rechtsfähige* Stiftungen z.B.: Art. 20 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BayStiftG; § 90 Abs. 1 S. 3 BrbgKVerf; § 4 Abs. 2 S. 1 NRWStiftG; § 11 i.V.m. § 7 Abs. 2 S. 1 RhPfGemO; § 19 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 S. 1 NdsStiftG; § 107 Abs. 2 S. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 1 NdsKVerf); § 4 Abs. 3 S. 1 SächsStiftG; § 8 Abs. 2 ThürStiftG (»es sei denn, dass die Satzung eine Ausnahme zulässt, der Stiftungszweck anders nicht zu verwirklichen ist und die Dauerhaftigkeit der Stiftung gewährleistet bleibt«); für *nichtrechtsfähige* Stiftungen: Art. 84 Abs. 2 S. 1 BayGemO; Art. 72 Abs. 2 S. 1 BayLKO; Art. 70 Abs. 2 S. 1 BayBezO; § 70 Abs. 2 S. 1 ThürKO.

²²⁷ Vgl. etwa § 31 Abs. 1 i.V.m. § 77 Abs. 2 BaWürttGemO; § 94 Abs. 1 i.V.m. § 72 Abs. 2 SächsGemO; § 14 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 ThürStiftG.

²²⁸ Art. 84 Abs. 3 S. 2 BayGemO (für nichtrechtsfähige Stiftungen).

²²⁹ Für *rechtsfähige* Stiftungen: § 7 BaWürttStiftG; Art. 6 Abs. 3 BayStiftG; 6 Abs. 3 HessStiftG; § 19 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 2 NdsStiftG sowie § 107 Abs. 2 S. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 1 NdsKVerf); § 7 Abs. 3 RhPfStiftG; § 17 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 SchlHolStiftG;

bedingt nicht nur die kontinuierliche Erfüllung besonderer, gerade für kommunale Stiftungen typischer Auflagen des Stifters, wie etwa der Pflege des Stiftergrabes, der Anbringung und Pflege von Gedenktafeln oder der Initiierung von Gedenkmessen. Die **Zweckbindung des Stiftungsvermögens** zieht auch der Möglichkeit des Zugriffs der Gemeinde auf das Vermögen zur Deckung von Verwaltungskosten Grenzen. Die Gemeinden müssen aber (entgegen *Ebersbach*²³⁰) die Verwaltung der Stiftung, soweit nicht Gegenteiliges ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist²³¹, nicht unentgeltlich übernehmen.²³² Nicht wenige kommunale Stiftungen schreiben dies zwar in ihren Satzungen fest.²³³ Ein Rechtsverstoß liegt in einer anderen Vorgehensweise – auch unter dem kommunalrechtlichen Aspekt sparsamer Haushaltsführung – jedoch nicht.

Eine Vereinnahmung von Stiftungsmitteln als Verwaltungskostenersatz steht unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit: Für die Wahrnehmung der Stiftungsaufgaben nicht erforderliche oder unangemessen hohe **Verwaltungskosten**, etwa solche, die von einem ineffizienten Verwaltungsmanagement herrühren, dürfen den Stiftungen nicht in Rechnung gestellt werden. Die Gemeinden dürfen nicht der Versuchung erliegen, Teile ihrer Allgemeinkosten auf die kommunale Stiftung abzuwälzen. Das ergibt sich aus den haushaltsrechtlichen Schranken kommunaler

modifiziert in Art. 100 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 NRWGemO i.V.m. § 4 Abs. 3 NRWStiftG (»so anzulegen, dass es für seinen Verwendungszweck greifbar ist«); mit gleicher Formulierung § 107 Abs. 2 SaarlKSVG, der nach § 20 Abs. 2 S. 2 SaarlStiftG den § 6 SaarlStiftG verdrängt; § 17 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 SchlHolStiftG; für *nichtrechtsfähige Stiftungen*: Art. 84 Abs. 3 S. 1 BayGemO; § 70 Abs. 3 S. 1 ThürKO.

²³⁰ *Ebersbach* (Fn. 54), 232 f.

²³¹ So bis vor einiger Zeit in Bayern. Nach § 33 Abs. 3 der AusführungsVO zum BayStiftG a.F. sollten die Gemeinden bei kommunalen Stiftungen – insbesondere bei kleinen Stiftungen mit geringem Stiftungsertrag – möglichst den personellen Verwaltungsaufwand aus dem Haushalt der verwaltenden Dienststelle übernehmen, um den Stiftungsertrag weitgehend für die wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecke freizustellen.

²³² Vgl. etwa § 7 Abs. 3 S. 1 RhPfStiftG; § 19 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 6 Abs. 4 S. 2 NdsStiftG; § 8 Abs. 3 S. 1 ThürStiftG; § 8 MeckVorPStiftG. Dort, wo dies nicht ausdrücklich im Stiftungsgesetz festgeschrieben ist, ergibt sich dies aus den allgemeinen stiftungs-, insbesondere zivilrechtlichen Grundsätzen der Geschäftsbesorgung: Der treuhänderisch verwaltenden Stelle kommt grundsätzlich ein Kostenersatzanspruch gegen den Auftraggeber zu. Zwar erspart die Stiftung der Gemeinde in vielen Fällen Aufwendungen, die diese selbst aufgebracht hätte oder hätte aufbringen müssen. Allerdings ist dies nicht notwendig der Fall: Der Stifter bestimmt die Zwecksetzung der Stiftungen autonom. Es kann daher nicht selbstredend von einer gemeindlichen Übernahme der Stiftungsverwaltung auf die Deckungsgleichheit mit den kommunalen Zielen geschlossen werden. Wie hier *Twehues* (Fn. 7), 278 f.

²³³ Vgl. etwa § 5 Abs. 2 der Satzung der kommunalen Stiftung »Stiftung Altenhilfe Potsdam« der Landeshauptstadt Potsdam vom 31.5.2007, ABl. Landeshauptstadt Potsdam 8/2007, 8.

Vermögensverwaltung.²³⁴ Die Verwaltungskosten sind im Stifterinteresse möglichst niedrig zu halten.

- 102 Sollen Stiftungsgelder für kommunale Zwecke, aber nicht den in dem Stiftungsgeschäft festgelegten Stiftungszwecken dienen, bedarf es dazu bei rechtsfähigen Stiftungen eines **Darlehensvertrages** zwischen Stiftung und Gemeinde. Dieser muss eine angemessene Verzinsung der eingesetzten Darlehenssumme zu marktüblichen Konditionen vorsehen, die die Opportunitätskosten der Kapitalbindung für die Stiftung entgelt. Bei einer solchen gemeindlichen Kreditaufnahme haben die Gemeinden die haushaltsrechtlichen Schranken zu beachten, die allgemein für ihre Kreditaufnahmetätigkeit bestehen.²³⁵

3. Geschäfte zwischen der Stiftung und der Gemeinde

- 103 Wenn zwischen einer Gebietskörperschaft und einer Stiftung ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, namentlich die Gemeinde von der Stiftung ein Darlehen empfangen oder ein Grundstück erwerben möchte, wird die Gemeinde grundsätzlich auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts jeweils von dem gleichen Organ vertreten. Das löst **Interessenkonflikte**, die Gefahr der **Intransparenz** vermögensrechtlicher Zuordnung und das **Risiko einer Übervorteilung der Stiftung** durch die Gemeinde aus. So besteht für Kommunen, die Stiftungen verwalten, beispielsweise die Versuchung, ihnen zur Verwaltung übertragene Immobilien zugleich dazu zu nutzen, kommunale Unpässlichkeiten bei der Unterbringung Obdachloser in galanter Weise dadurch zu beheben, dass die Stiftungsimmobilien Obdachlosen überlassen werden, obwohl deren Betreuung nicht dem Stiftungszweck entspricht und bei wirtschaftlicher Verwaltung ein deutlich höherer Ertragswert für die Stiftungsinteressen am Markt erzielbar gewesen wäre.²³⁶ So war es in den achtziger Jahren etwa in München geschehen.

²³⁴ Vgl. etwa § 98 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 75 Abs. 1 S. 2 NRWGemO sowie § 19 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 6 Abs. 4 S. 1 NdsStiftG; § 20 Abs. 2 S. 2 SaarlStiftG i.V.m. § 102 Abs. 2 i.V.m. § 82 Abs. 2 SaarlKSVG.

²³⁵ Siehe dazu § 78 Abs. 3, § 87 BaWürttGemO.

²³⁶ Vgl. *Lehmann*, ZSt 2007, 51 (52) mit weiteren Beispielen aus der Stiftungspraxis.

Bei **rechtsfähigen Stiftungen** setzt das Verbot des Inschlaggeschäfts nach § 181 BGB 104 (bzw. seiner stiftungsrechtlichen Konkretisierungen in den Landesstiftungsgesetzen²³⁷) einer Mitwirkung desselben Organs auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts eine rechtliche Schranke. Soweit das Geschäft nicht lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§ 181 BGB a. E.), muss die Stiftung erwünschte Ausnahmen von dem Verbot des Selbstkontrahierens in ihrer Verfassung ausdrücklich durch die Stiftungssatzung allgemein oder für den Einzelfall gestatten. Tut sie das nicht, bedarf es einer entsprechenden Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde, die das Geschäft gestattet. Sie bestellt dann einen Sonderbeauftragten für die Gemeinde bzw. die Stiftungsaufsichtsbehörde einen solchen für die Stiftung.²³⁸ Es genügt insoweit (entgegen teilweise vertretener Auffassung²³⁹) nicht, schlicht den Stellvertreter des an sich zuständigen stiftungsverwaltenden Kommunalorgans mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts zu betrauen. Denn der Interessenkonflikt, dem der § 181 BGB widerstreiten will, ist damit nicht ausgeräumt. Der für die Stiftung bestellte besondere Vertreter darf vielmehr weder dem Vertretungsorgan der Gemeinde angehören noch Bediensteter der Gebietskörperschaft sein.²⁴⁰

Bei **nichtrechtsfähigen Stiftungen** stellt sich die Situation etwas anders dar: 105 Geschäfte zwischen der Gemeinde und der Stiftung sind aufgrund der Unselbstständigkeit der Stiftung keine Rechtsgeschäfte, sondern interne Handlungen der Gemeindeverwaltung. Das Verbot des Inschlaggeschäfts kann insoweit keine unmittelbare Anwendung finden; zu beachten sind aber die Beschränkungen, die das Stiftungsgeschäft selbst festgelegt hat.²⁴¹

4. Trennung des Stiftungsvermögens von dem sonstigen Gemeindevermögen

Um der Gefahr einer Vermischung kommunaler Interessen und gegenläufiger 106 Stiftungszwecke entgegenzuwirken, ordnen die Gemeindeordnungen

²³⁷ Vgl. z.B. Art. 14 Abs. 1 S. 1 BayStiftG.

²³⁸ Vgl. etwa Art. 14 Abs. 1 S. 2 BayStiftG.

²³⁹ Bruns, Stiftungsgesetz Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2010, 110.

²⁴⁰ Vgl. Lehmann, ZSt 2007, 51 (57); Twehues (Fn. 7), 276.

²⁴¹ von Campenhausen (Fn. 14), § 34 Rdnr. 2; Twehues (Fn. 7), S. 277.

übereinstimmend an, dass das Stiftungsvermögen vom übrigen Gemeindevermögen getrennt zu verwalten und so anzulegen ist, dass es für den Verwendungszweck verfügbar ist.²⁴² Den dieser Regelung zugrunde liegenden Gedanken bringt die Vorschrift des Art. 20 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 S. 3 des bayerischen Stiftungsgesetzes (wiewohl bezogen auf alle Stiftungsformen) in unmissverständlicher Klarheit zum Ausdruck: »Das Stiftungsvermögen darf unter keinem Vorwand dem Vermögen des Staates, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbands oder einer sonstigen Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts einverleibt werden«, heißt es dort. Die Trennung der Vermögensmassen soll der Gefahr eines Übergriffs der Gemeinde auf Stiftungsvermögen entgegenwirken und die Bestandskontrolle erleichtern. Die Trennung der Haushaltsführung der Stiftung und des allgemeinen Gemeindehaushalts sorgt hier für die notwendige Transparenz, die Verschiebehöfe und eine kommunale »Selbstbedienung« bei dem Stiftungsvermögen jedenfalls erschwert.

- 107 Für **rechtsfähige kommunale Stiftungen** sind im Interesse dieses Schutzgedankens – vorbehaltlich anderweitiger Anordnungen des Stifters²⁴³ – grundsätzlich **gesonderte Haushaltspläne** aufzustellen.²⁴⁴ Ausgenommen sind lediglich unbedeutende Vermögenswerte; allerdings müssen sie zumindest im Haushalt der Kommune gesondert nachgewiesen werden.²⁴⁵ Der Haushalt einer rechtsfähigen kommunalen Stiftung steht selbstständig neben dem allgemeinen Haushaltsplan der Gemeinde.

²⁴² § 90 Abs. 1 S. 3 BrbgKVerf; § 120 Abs. 1 S. 2 HessGemO; § 100 Abs. 1 S. 3 NRWGemO; § 84 Abs. 1 RhPfGemO i.V.m. § 7 Abs. 2 RhPfStiftG; § 107 Abs. 2 SaarlKSVG; § 8 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 ThürStiftG.

²⁴³ Die Landesgesetze stellen die Verwaltung nach den Regeln der Gemeindeordnung regelmäßig unter den Vorbehalt abweichender Bestimmung des Stifters; vgl. etwa § 101 Abs. 1 S. 1 a.E. BaWürttGemO; § 107 Abs. 1 S. 1 NdsGemO; § 92 Abs. 3 SächsGemO; § 111 Abs. 4 SachsAnhGemO.

²⁴⁴ § 97 Abs. 1 S. 1 BaWürttGemO; § 87 Abs. 1 BrbgKVerf; § 116 Abs. 1 S. 1 HessGemO; § 10 Abs. 2 S. 1 MeckVorPKVerf i. V. m. § 65 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 MeckVorPKVerf; § 103 Abs. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 131 Abs. 1 NdsKVerf); § 98 Abs. 1 S. 1 NRWGemO; § 81 Abs. 1 RhPfGemO (zwar heißt es in § 84 Abs. 1 RhPfGemO, dass für rechtsfähige Stiftungen, die die Gemeinde verwaltet, das Landesstiftungsgesetz gilt; die Vorschrift ist bei sachgerechter Interpretation jedoch dahin zu verstehen, dass sie die Anwendbarkeit der Treuhandvorschriften der Gemeindeordnung auf rechtsfähige Stiftungen nicht ausschließt); § 103 Abs. 1 SaarlKSVG; § 92 Abs. 1 SächsGemO; § 111 Abs. 1 S. 1 SachsAnhGemO; § 98 Abs. 1 SchlHolGemO i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 1 SchlHolStiftG.

²⁴⁵ § 97 Abs. 2 BaWürttGemO; § 87 Abs. 2 BrbgKVerf.; § 116 Abs. 2 HessGemO; § 65 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 3 MeckVorPKVerf; § 98 Abs. 2 NRWGemO; § 81 Abs. 2 RhPfGemO; § 103 Abs. 2 SaarlKSVG; § 92 Abs. 2 SächsGemO; § 111 Abs. 2 SachsAnhGemO; § 98 Abs. 3 SchlHolGemO i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 1 SchlHolStiftG.

Überschüsse aus der Verwaltung der Stiftung gehen deshalb nicht unbesehen in der allgemeinen Haushaltswirtschaft der Gemeinde auf; umgekehrt dürfen Fehlbeträge aus der Stiftungsverwaltung nicht ohne Weiteres klandestin aus kommunalen Mitteln ausgeglichen werden.²⁴⁶ Vermögensrelevante Verträge bzw. Vermögensflüsse zwischen der Gemeinde und der Stiftung müssen daher auch im Haushaltsplan ihren Niederschlag finden.

Anstelle eines Haushaltsplans kann in Baden-Württemberg²⁴⁷, Hessen²⁴⁸, 108 Mecklenburg-Vorpommern²⁴⁹, Nordrhein-Westfalen²⁵⁰ ebenso in Rheinland-Pfalz²⁵¹, im Saarland²⁵², Sachsen-Anhalt²⁵³ und Schleswig-Holstein²⁵⁴ allerdings auch ein **Wirtschaftsplan** aufgestellt und das Rechnungswesen der für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften angewendet werden. Es besteht damit grundsätzlich die Wahl zwischen dem kameralistischen und dem kaufmännischen **Rechnungswesen**.

Über die allgemeinen Verweise der Gemeindeordnungen bzw. der 109 Landesstiftungsgesetze nehmen die gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich auch die weiteren Vorschriften über die kommunale Haushaltswirtschaft in Bezug.²⁵⁵ Von besonderer Bedeutung ist insoweit der Verweis auf die Vorschrift über die Aufstellung von **Haushaltssicherungskonzepten** bei defizitärer Haushaltslage. Die kommunale Stiftung hat danach ein Haushaltssicherungskonzept aufzustellen, wenn der Ausgleich des Wirtschaftsplans bzw. des Haushaltsplans nicht gelingt. Darüber hinaus hat die Stiftung ihrer haushaltswirtschaftlichen Tätigkeit eine fünfjährige Finanzplanung zu Grunde zu legen sowie die Vorschriften über

²⁴⁶ Ebersbach (Fn. 54), S. 236; von Campenhausen (Fn. 14), § 34 Rn. 6; Twehues (Fn. 7), S. 280 f.

²⁴⁷ § 97 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 96 Abs. 3 S. 3 BaWürttGemO.

²⁴⁸ § 116 Abs. 1 i.V.m. § 115 Abs. 4 HessGemO.

²⁴⁹ § 10 Abs. 2 S. 3 MeckVorPStiftG; § 65 Abs. 2 S. 2 MeckVorPKVerf.

²⁵⁰ § 96 Abs. 1 i.V.m. § 95 Abs. 4 S. 3 NRWGemO.

²⁵¹ § 80 Abs. 3 i.V.m. § 81 Abs. 1 S. 2 RhPfGemO.

²⁵² § 103 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 102 Abs. 4 S. 3 a.E. i.V.m. § 102 Abs. 3 SaarlKSVG.

²⁵³ § 111 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 110 Abs. 4 S. 2 SachsAnhGemO.

²⁵⁴ § 98 Abs. 1, 2 SchlHolGemO i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 1 SchlHolStiftG.

²⁵⁵ § 96 Abs. 2 S. 1 BaWürttGemO; § 86 Abs. 3 S. 1 BrbgGemO; § 115 Abs. 2 S. 1 HessGemO; § 64 Abs. 4 MeckVorPKVerf; § 102 Abs. 2 S. 1 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 130 Abs. 2 S. 1 NdsKVerf); § 97 Abs. 2 S. 1 NRWGemO; § 81 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 4 S. 2 RhPfGemO; § 102 Abs. 2 S. 1 SaarlKSVG; § 91 Abs. 2 S. 1 SächsGemO; § 110 Abs. 2 S. 1 SachsAnhGemO; § 96 Abs. 1 S. 1 SchlHolGemO.

Verpflichtungsermächtigungen, Kredite, Sicherheiten und Gewährleistungen für Dritte und Kassenkredite zu beachten. Schließlich sind die Voraussetzungen für Erwerb und Veräußerung von Vermögen einzuhalten.²⁵⁶

- 110 Für **nichtrechtsfähige kommunale Stiftungen** ist zwar regelmäßig nicht die Aufstellung eines eigenen Haushaltsplans vorgeschrieben. Ihr Vermögen gilt jedoch als Sondervermögen, das im Haushalt der Kommune gesondert nachgewiesen werden muss.²⁵⁷ Die Beträge sind so anzulegen, dass sie für ihren Verwendungszweck verfügbar sind.
- 111 Die gesonderte haushaltswirtschaftliche Behandlung der (rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen) kommunalen Stiftungen hat kassentechnisch zur Folge, dass für sie **Sonderkassen** eingerichtet werden müssen.²⁵⁸ Alle Kassenvorgänge müssen gesondert gebucht werden, insbesondere die Kassenvorgänge getrennt festgehalten und die Buchungsbelege getrennt gesammelt werden, damit die Aufstellung einer besonderen Jahresrechnung für die Stiftung möglich wird.²⁵⁹

5. Haftung für Pflichtverletzungen

- 112 Verletzen die Gemeindeorgane die ihnen bei der Haushalts- und Wirtschaftsführung obliegenden Pflichten, so haften die Gemeinden dafür nach den Prinzipien des **§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG** (modifiziert bzw. konkretisiert durch die teilweise landesgesetzlich verankerten ergänzenden besonderen **stiftungsrechtlichen Haftungsregeln**²⁶⁰ der **Landesstiftungsgesetze**, s. dazu *Roth* Rz. 17.89 ff.) und

²⁵⁶ Vgl. etwa § 98 Abs. 1 S. 2 i.V.m. §§ 83-87, 89, 90 NRWGemO.

²⁵⁷ § 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 i.V.m. § 101 Abs. 1 S. 2 BaWürttGemO; Art. 84 Abs. 1 und 2 BayGemO; § 86 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 2 BrbgKVerf; § 115 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 HessGemO; § 64 Abs. 3 MeckVorPKVerf; § 102 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 130 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 NdsKVerf); § 97 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 NRWGemO; § 80 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 RhPfGemO; § 102 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SaarlKSVG; § 91 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SächsGemO; § 110 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 2 SachsAnhGemO; § 96 Abs. 1 S. 2 SchlHolGemO.

²⁵⁸ Vgl. etwa § 88 S. 1 BrbgKVerf; § 98 Abs. 1 S. 1 NRWGemO; § 98 BaWürttGemO; § 117 HessGemO; § 66 MeckVorPKVerf; § 104 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 132 NdsKVerf); § 82 RhPfGemO; § 112 SachsAnhGemO (hier als „Soll“-Bestimmung); § 104 SaarlKSVG; § 99 SchlHolGemO.

²⁵⁹ von *Campenhausen* (Fn. 14), § 34 Rn. 8.

²⁶⁰ § 8 S. 2 HessStiftG; § 6 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 1 NdsStiftG; § 12 Abs. 1 SachsAnhStiftG; zu beachten ist allerdings, dass einige Länder, so etwa in Bayern, die Anwendung von landesgesetzlichen Haftungs Sonderregeln für den Sonderfall der kommunalen Stiftung ausschließen (Art. 20 Abs. 3 S. 1 BayStiftG, der Art. 7 S. 2 BayStiftG ausschließt).

gegebenenfalls aus positiver Vertragsverletzung eines der Verwaltung zugrunde liegenden (öffentlich-rechtlichen) Geschäftsbesorgungsvertrages.

Die Gemeinden nehmen die Verwaltung kommunaler Stiftungen als eine **hoheitliche Tätigkeit** war.²⁶¹ Die ordnungsgemäße Verwaltung der rechtsfähigen kommunalen Stiftungen gehört zu den **Amtspflichten** der Gemeindeorgane. 113

Die Haftung für die Pflichtverletzung kann allerdings beschränkt werden; nach dem niedersächsischen Stiftungsgesetz jedoch (für die Organe kommunaler wie sonstiger Stiftungen) nicht für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.²⁶² 114

Der Anspruch der **rechtsfähigen Stiftung** richtet sich grundsätzlich gegen die Gebietskörperschaft, nicht unmittelbar gegen das handelnde Gemeindeorgan. Die **nichtrechtsfähige Stiftung** hingegen ist als Sondervermögen der Gemeinde nicht selbst Rechtsträger und kann daher keine eigenen Ansprüche gegen die Gemeinde geltend machen. Kommunale Handlungsträger, die im Rahmen ihrer Verwaltung dem Stiftungsvermögen Schäden zufügen, haften dafür nach den allgemeinen beamtenrechtlichen Haftungsregeln der Haftung von Gemeindebediensteten gegenüber ihrer Gebietskörperschaft.²⁶³ Zu beachten sind jedoch die in einigen Gemeindeordnungen vorgesehenen, an den grundgesetzlichen Indemnitätsregeln für Abgeordnete angelehnten Haftungsbeschränkungen. Nach Art. 51 Abs. 2 BayGemO etwa darf kein Mitglied des Gemeinderats zu irgendeiner Zeit wegen seiner Abstimmung gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Gemeinderats zur Verantwortung gezogen werden, es sei denn, das Abstimmungsverhalten stellt eine vorsätzliche Pflichtverletzung dar. 115

²⁶¹ Vgl. *Twehues* (Fn. 7), 281; *Kilian*, Die staatliche Stiftung, in: Werner/Saenger (Hrsg.), 2008, Die Stiftung, Rdnr. 1148.

²⁶² § 6 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 1 NdsStiftG; das Saarland kennt in § 5 Abs. 2 S. 3 SaarlStiftG zwar eine ähnliche Haftungsbeschränkungsregel, deren Anwendbarkeit schließt der Wortlaut des § 20 Abs. 2 S. 2 für kommunale Stiftungen jedoch ausdrücklich aus.

²⁶³ Vgl. insbesondere die dem § 75 Abs. 1 Bundesbeamtenengesetz entsprechenden landesgesetzlichen Haftungsregeln.

IV. Zwangsvollstreckung in Stiftungsvermögen

1. Überblick

- 116 Für die Zwangsvollstreckung in Stiftungsvermögen halten die Landesstiftungsgesetze und die Gemeindeordnungen ein Sonderrecht vor, das der besonderen **Schutzbedürftigkeit von Sondervermögen** auf der einen Seite und der **Zwitterstellung kommunaler Stiftungen** auf der anderen Seite angemessen Rechnung zu tragen versucht. Das Regime der Zwangsvollstreckung unterscheidet dabei danach, ob es sich um eine Gesamtvollstreckung (unten 2.) oder eine Einzelzwangsvollstreckung (unten 3.) handelt.

2. Gesamtvollstreckung

- 117 Das rechtliche Schicksal rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger kommunaler Stiftungen ist in der Insolvenz nicht das gleiche. Während nichtrechtsfähige Stiftungen regelmäßig nicht dem Risiko eines Insolvenzverfahrens ausgesetzt sind (unten a)), gelten für rechtsfähige Stiftungen die üblichen Grundsätze des Insolvenzrechts (unten b)).

a) Nichtrechtsfähige Stiftungen

- 118 Über das Vermögen *nichtrechtsfähiger* Stiftungen findet ein Insolvenzverfahren nicht statt. Denn diese sind Teil des Gemeindevermögens, für das die Gemeindeordnungen nahezu einhellig ein Insolvenzverfahren ausschließen.²⁶⁴ Eine Ausnahme bilden alleine Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt: Sie immunisieren die Gemeinden nicht gegen die Insolvenz.

b) Rechtsfähige Stiftungen

- 119 Für *rechtsfähige* Stiftungen als verselbstständigte Einheiten gelten diese Grundsätze nicht unmittelbar. Über ihr Vermögen kann ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden, es sei denn, das Landesrecht schließt dies ausdrücklich aus (§ 12 Abs. 1 Nr. 2

²⁶⁴ § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO i.V.m. Art. 77 Abs. 3 BayGemO; § 118 Abs. 2 BrbgKVerf; § 146 HessGemO; § 128 Abs. 2 NRWGemO; § 136 Abs. 2 NdsGemO (entfällt mit Inkrafttreten der neuen NdsKVerf am 1.11.2011); § 62 Abs. 2 MeckVorPGemO; § 138 Abs. 2 SaarlKSVG; § 131 Abs. 2 SchlHolGemO; § 69 Abs. 3 ThürKO.

InsO).²⁶⁵ Weder die Stiftungsgesetze noch die Gemeindeordnungen der Länder tun dies jedoch. Eine etwaige Insolvenz der Gemeinde (vgl. Rz. 118), die die rechtsfähige Stiftung verwaltet, berührt die Stiftung als selbstständigen Rechtsträger nicht.

3. Einzelzwangsvollstreckung

Für die Einzelzwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gegen kommunale 120
Stiftungen des öffentlichen Rechts ist grundsätzlich (für rechtsfähige Stiftungen) **§ 882a Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 und Abs. 2 ZPO** zu beachten. Danach kann eine Zwangsvollstreckung, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden, erst vier Wochen nach dem Zeitpunkt beginnen, in dem der Gläubiger seine Absicht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, der zur Vertretung des Schuldners berufenen Behörde und dem zuständigen Minister der Finanzen angezeigt hat. Wichtig ist daneben eine zweite Einschränkung: Die Zwangsvollstreckung in Sachen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentbehrlich sind oder deren Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht, ist unzulässig (§ 882a Abs. 2 ZPO).

Die Länder sind nach **§ 15 Nr. 3 EGZPO** jedoch berechtigt, für Gemeinden und Gemeindeverbände Sonderregelungen vorzusehen.

a) Nichtrechtsfähige Stiftungen

Von der Möglichkeit abweichender Sonderregelung haben die Bundesländer zum 121
guten Teil auch Gebrauch gemacht. Die Zwangsvollstreckung in Vermögensgegenstände, die durch Stiftungsakt zweckgebunden sind, ist in Rheinland-Pfalz²⁶⁶, Sachsen-Anhalt²⁶⁷ und Niedersachsen²⁶⁸ ausgeschlossen. Im Übrigen bedarf die Einleitung der Zwangsvollstreckung gegen die Gemeinde wegen einer Geldforderung (soweit es sich nicht um die Verfolgung dinglicher Rechte oder um die Vollstreckung nach der Verwaltungsgerichtsordnung handelt) in nahezu allen Ländern

²⁶⁵ Ebenso im Ergebnis allerdings unter Rückgriff auf die (m.E. für das Insolvenzverfahren nicht einschlägige) Vorschrift des § 882a ZPO i.V.m. § 15 Nr. 3 EG ZPO von *Campenhausen* (Fn. 14), § 32 Rn. 15.

²⁶⁶ § 128 S. 3 RhPfGemO.

²⁶⁷ § 143 S. 3 SachsAnhGemO.

²⁶⁸ § 136 Abs. 1 S. 3 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 125 Abs. 4 S. 3 NdsKVerf).

einer Zulassungsverfügung der Aufsichtsbehörde.²⁶⁹ Da eine nichtrechtsfähige Stiftung unselbstständiger Teil des Gemeindevermögens ist, gilt diese zwangsvollstreckungsrechtliche Einschränkung auch unmittelbar für diese.

b) Rechtsfähige Stiftungen

- 122 Auf rechtsfähige Stiftungen finden die Sonderregelungen der Gemeindeordnungen über Zwangsvollstreckungen gegen die Gemeinde keine unmittelbare Anwendung. Denn die Zwangsvollstreckung richtet sich hier nicht gegen die Gemeinde, sondern die Stiftung selbst, das heißt einen von der Gemeinde zu trennenden, rechtlich **selbständigen Selbstverwaltungsträger**. Im Hinblick auf den klaren, keine Regelungslücke erkennen lassenden Wortlaut der landesrechtlichen, als Ausnahmevorschriften konzipierten (und daher eng auszulegenden) Vorschriften (vgl. zu ihnen Rz. 121) kommt ihre erweiternde oder analoge Anwendung auf rechtsfähige Stiftungen nicht in Betracht. Vielmehr findet auf sie die eigens für diese Konstellation konzipierte Vorschrift des **§ 882a Abs. 3 ZPO** Anwendung. Sie beansprucht allerdings ausweislich ihres Wortlautes ausschließlich für Stiftungen *des öffentlichen Rechts* Gültigkeit. Bei Stiftungen des privaten Rechtes greift ihre Schutzwirkung nach ihrem erklärten Wortlaut nicht. Gegen sie darf die Zwangsvollstreckung daher ohne Zeitverzug begonnen werden.

J. Stiftungsaufsicht

I. Allgemeine Grundsätze

- 123 Kommunalen Stiftungen unterliegen wie sonstige Stiftungen der Stiftungsaufsicht. Im Stiftungsrecht nimmt die Stiftungsaufsicht im Allgemeinen eine **Kontroll-, Schutz-, Berater-, Schiedsrichter- und Koordinierungsfunktion** wahr.²⁷⁰ Ihr Auftrag ist es, sicherzustellen, dass die Stiftungsverwaltung im Einklang mit der Satzung und dem

²⁶⁹ § 15 Nr. 3 ZPO i.V.m. § 127 BaWürttGemO; Art. 77 Abs. 1, 2 BayGemO; § 118 Abs. 1 BrbgKVerf; § 62 Abs. 1 MeckVorPGemO; § 128 Abs. 1 NRWGemO; 136 Abs. 1 NdsGemO (Anzeigeverpflichtung [ab 1.11.2011: § 125 Abs. 4 S. 1 NdsKVerf]); § 128 S. 1 RhPfGemO; § 122 Abs. 1 SächsGemO; § 143 S. 1 SachsAnhGemO; § 131 Abs. 1 SchlHolGemO; § 138 Abs. 1 SaarlKSVG; Art. 69 Abs. 1 ThürKO.

²⁷⁰ Vgl. zu den allgemeinen Funktionen der Stiftungsaufsicht *Hof*, in: Seifart/von Campenhausen (Fn. 14), § 10 Rn. 40 ff.

Stifterwillen geführt wird.²⁷¹

II. Modifizierung der Zuständigkeitsregeln bei kommunalen Stiftungen

Anders als bei den anderen Stiftungen obliegt die Aufsicht über kommunale 124
Stiftungen in den meisten Ländern nicht der Stiftungs-, sondern der
Kommunalaufsichtsbehörde (wenn diese nicht ohnehin – wie in nicht wenigen
Ländern – personenidentisch sind).²⁷²

In den meisten Bundesländern sind danach als Aufsichtsbehörde nach den
allgemeinen kommunalrechtlichen Vorschriften die Bezirksregierungen bzw.
Regierungspräsidien als staatliche Mittelbehörden zuständig, in deren Bezirk die
Stiftung ihren Sitz hat.²⁷³

Für die **nichtrechtsfähigen Stiftungen** ergibt sich dies bereits unmittelbar aus den 125
allgemeinen kommunalrechtlichen Vorschriften: Da es ihnen an der rechtlichen
Selbständigkeit mangelt, sind sie nicht als solche, sondern nur als unselbständiger
Teil der Gemeinde einer Rechtsaufsicht unterworfen. Sie unterliegen daher als Teil
der sie verwaltenden Gemeinde der Kommunalaufsicht. Adressat aufsichtlicher
Maßnahmen ist dementsprechend die Gemeinde, nicht unmittelbar die Stiftung. Für
wichtige Änderungen in der Struktur der nichtrechtsfähigen kommunalen Stiftung
sehen die Gemeindeordnungen Genehmigungsvorbehalte der
Kommunalaufsichtsbehörde vor.²⁷⁴

Für **rechtsfähige Stiftungen** folgt die Zuständigkeit zur Stiftungsaufsicht aus 126

²⁷¹ Vgl. beispielhaft § 9 Abs. 1 S. 1 RhPfStiftG.

²⁷² § 31 Abs. 2 Nr. 4 BaWürttStiftG; Art. 20 Abs. 3 S. 2 BayStiftG; § 18 Abs. 4 S. 1 HessStiftG; § 10 Abs. 3 S. 2 MeckVorPStiftG; § 11 RhPfStiftG; § 20 Abs. 2 S. 3 SaarlStiftG; § 17 Abs. 4 SchlHolStiftG; anders (für rechtsfähige Stiftungen) etwa in Brandenburg (§ 4 Abs. 2 BrbgStiftG), Nordrhein-Westfalen (§ 8 Abs. 1 NRWStiftG), Sachsen (§ 6 Abs. 1 SächsStiftG), Sachsen-Anhalt (§ 4 Abs. 1 Sachs-AnhStiftG).

²⁷³ Vgl. etwa § 119 BaWürttGemO; Art. 110 BayGemO; § 110 BrbgKVerf; § 136 Abs. 2, 3 HessGemO; § 79 MeckVorPKVerf; § 128 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 3 NdsKVerf); § 120 NRWGemO; § 118 RhPfGemO; § 128 SaarlKSVG; differenzierend in Brandenburg, hier führt die Kommunalaufsicht über die kreisangehörigen Städte und Gemeinden der Landrat als allgemeine untere Landesbehörde; über die kreisfreien Städte das für Inneres zuständige Ministerium (§ 110 Abs. 1 und 2 BrbgKVerf).

²⁷⁴ Vgl. etwa Art. 85 S. 2 BayGemO; Art. 73 S. 2 BayLKO; § 90 Abs. 2 S. 2 BrbgKVerf; § 107 Abs. 2 S. 3 NdsGemO (ab 1.11.2011: § 135 Abs. 2 S. 3 NdsKVerf); § 100 Abs. 2 Hs. 2 NRWGemO; § 107 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 SaarlKSVG; § 96 Abs. 2 S. 2 SchlHolGemO; § 70 Abs. 4 S. 2 ThürGemO.

Verweisungsnormen in den Landesstiftungsgesetzen auf die allgemeinen kommunalrechtlichen Vorschriften über die Kommunalaufsicht²⁷⁵ – anders indes jüngst in *Thüringen*²⁷⁶ sowie bereits früher in Brandenburg.²⁷⁷ Dort wird die Aufsicht über die kommunalen Stiftungen zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Stiftungen aufgespalten: Die Aufsicht über (rechtsfähige) Stiftungen nimmt (wie bei den anderen Stiftungen) die Stiftungsbehörde wahr; nichtrechtsfähige Stiftungen hingegen unterliegen der Kommunalaufsicht.²⁷⁸ *Bayern* und *Hessen* unterscheiden zwischen von der Gemeinde verwalteten und nicht kommunal verwalteten Stiftungen. Erstere unterliegen der kommunalrechtlichen Staatsaufsicht, letztere der allgemeinen Stiftungsaufsicht nach den Stiftungsgesetzen.²⁷⁹

- 127 Die Verortung der Stiftungsaufsicht bei den Kommunalaufsichtsbehörden hat **Vor- und Nachteile**: Während sich die Stiftungsbehörden zu echten Kompetenzzentren der Aufsicht über Stiftungen entwickeln können, fehlt es den Kommunalaufsichtsbehörden insoweit nicht selten an der notwendigen kritischen Fallzahl und damit einhergehend der notwendigen Professionalisierung des Wissens. Auf der anderen Seite zeitigt der Umstand, dass die Kommunalaufsichtsbehörden zugleich die Rechtsaufsicht über die Gemeinden führen, Synergie-Effekte. Damit verbindet sich zugleich die Gefahr, dass die Aufsichtsbehörden Gemeinde- und Stiftungsinteressen nicht immer sauber trennen und damit den erforderlichen Schutz

²⁷⁵ Vgl. § 31 Abs. 2 Nr. 1 BaWürttStiftG; Art. 20 Abs. 3 S. 2 BayStiftG; § 18 Abs. 4 S. 1 HessStiftG (für von den Gemeinden selbst verwaltete Stiftungen; nicht von der Gemeinde selbst verwaltete Stiftungen [vgl. dazu oben Rz. 27] unterliegen der allgemeinen stiftungsrechtlichen Aufsichtszuständigkeit, § 18 Abs. 4 S. 2 HessStiftG); § 19 Abs. 2 S. 3 NdsStiftG (die Vorschrift des § 10 Abs. 3 S. 2 NdsStiftG steht dazu nicht im Widerspruch. Nach ihr kann bei einer Stiftung mit *örtlich begrenztem Wirkungsbereich* die allgemeine Stiftungsbehörde ihre Befugnisse auf den Landkreis, die kreisfreie oder die große selbständige Stadt oder die selbständige Gemeinde übertragen, in deren Bezirk die Stiftung ihren Sitz hat. Die Vorschrift bezieht sich zwar auf Stiftungen mit örtlich begrenztem Wirkungsbereich, aber nach ihrem Sinn nicht auf solche, die kommunale Stiftungen sind. Für diese ist § 19 Abs. 2 S. 3 NdsStiftG *lex specialis*. Sonst wäre die Systematik des Gesetzes in sich inkonsistent); § 11 RhPfStiftG; § 20 Abs. 2 S. 3 SaarlStiftG; § 17 Abs. 4 SchlHolStiftG (mit einer Sonderregelung für die Fälle, in denen der Kreis in einer von der Kommunalaufsichtsbehörde zu entscheidenden Angelegenheit unmittelbar beteiligt ist oder die Landrätin oder der Landrat einem Stiftungsorgan angehört. Die Befugnisse der Kommunalaufsichtsbehörde werden dann durch das Innenministerium wahrgenommen [§ 17 Abs. 5 SchlHolStiftG]).

²⁷⁶ § 15 Abs. 2 ThürStiftG.

²⁷⁷ § 4 Abs. 2 BrbgStiftG.

²⁷⁸ § 110 Abs. 1 und 2 BrbgKVerf.

²⁷⁹ Art. 20 Abs. 3 S. 2 BayStiftG; § 18 Abs. 4 HessStiftG.

der kommunalen Stiftungen vor einer Instrumentalisierung durch Gemeindeinteressen nicht immer mit der gebotenen Zuverlässigkeit garantieren.

III. Wesen der Rechtsaufsicht

Die Stiftungsaufsicht ist ihrer **Rechtsnatur** nach eine Rechtsaufsicht, keine 128
allgemeine Fachaufsicht über die Zweckmäßigkeit der Mittelverwendung und des Handelns der Stiftung.

Die Rechtsaufsichtsbehörde unterliegt den Handlungsrestriktionen, die allgemein für 129
die Stiftungsaufsicht bestehen. Sie darf daher insbesondere nicht ihre eigenen Vorstellungen von der sinnvollen Gestaltung der Stiftungsgeschäfte an die Stelle der dazu eigentlich berufenen Stiftungsorgane setzen. Die Aufsichtsbehörde **überwacht** vielmehr **allein die Rechtmäßigkeit der Verwaltung**, das heißt, ob die Stiftung im Einklang mit den Gesetzen und dem im Stiftungsgeschäft und der Stiftungssatzung zum Ausdruck kommenden Stifterwillen verwaltet wird.²⁸⁰ Die Aufsicht soll insbesondere so gehandhabt werden, dass sie die Entschluss- und Verantwortungsfreudigkeit der Mitglieder der Stiftungsorgane nicht beeinträchtigt.²⁸¹

IV. Aufsichtsmittel

In den meisten Ländern verbindet sich mit dem Sonderregime für kommunale 130
Stiftungen lediglich eine Verschiebung der Zuständigkeit in der Stiftungsaufsicht, ohne dass sich die Regeln über die inhaltliche Wahrnehmung dieser Aufsicht dadurch ändern. Für die Aufsichtsmittel und deren Handhabung gelten danach die **allgemeinen stiftungsrechtlichen Prinzipien** grundsätzlich unverändert.²⁸² Aufsichtsmittel sind danach insbesondere die Unterrichtung und Prüfung, die Anzeigepflicht, Beanstandungen, die Anordnung und Ersatzvornahme sowie die Abberufung und

²⁸⁰ § 8 Abs. 1 S. 2 BaWürttStiftG; § 6 Abs. 1 BrbgStiftG; § 10 Abs. 1 HessStiftG; § 4 Abs. 1 S. 3 MeckVorPStiftG; § 6 Abs. 2 NRWStiftG; § 10 Abs. 1 S. 1 NdsStiftG; § 9 Abs. 1 S. 1 RhPfStiftG i.V.m. § 11 RhPfStiftG; das niedersächsische und das saarländische StiftG erklären die Regelungen des Stiftungsgesetzes über die Stiftungsaufsicht generell (nicht nur hinsichtlich der Zuständigkeitsordnung) zugunsten der kommunalaufsichtlichen Regelungen auch inhaltlich für nicht anwendbar (§ 20 Abs. 2 S. 2 SaarlStiftG; § 19 Abs. 2 S. 3 NdsStiftG).

²⁸¹ Vgl. etwa § 10 Abs. 1 S. 3 HessStiftG; § 10 Abs. 1 S. 2 NdsStiftG; § 11 i.V.m. § 9 Abs. 1 RhPfStiftG.

²⁸² Vgl. dazu im Einzelnen *Twehues* (Fn. 7), 291 ff.

Bestellung von Organmitgliedern.

131 **Niedersachsen** und das **Saarland** gehen mit ihren Regelungen weiter: Sie übertragen die Stiftungsaufsicht nicht nur der Kommunalaufsichtsbehörde, sondern lassen auch die kommunalen Aufsichtsregelungen inhaltlich an die Stelle derjenigen über die Stiftungsaufsicht treten. Als Aufsichtsmittel stehen der Stiftungsaufsichtsbehörde nach den kommunalrechtlichen Vorschriften (ähnlich wie im allgemeinen Stiftungsrecht) insbesondere die Instrumente der Unterrichtung, Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme, Eingriff in die Zusammensetzung der Stiftungsorgane und die Bestellung eines Staatskommissars zur Verfügung.²⁸³ Ihre Anwendung steht unter dem **Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit**. Es ist dasjenige Mittel zu wählen, das mit dem geringsten Eingriff in die Stifterautonomie verbunden ist und in seiner Belastungsintensität nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck steht. Die Bestellung eines Staatskommissars kann dabei nur ultima ratio sein, wenn alle anderen Mittel erfolglos ausgeschöpft wurden; auch die Anordnung und Beanstandung sind gegenüber der Ersatzvornahme als mildere Mittel vorrangig.

132 Gegenstand kommunalaufsichtlicher Prüfung ist insbesondere auch die Rechnungsführung der kommunalen Stiftungen, namentlich die Kontrolle der stiftungsgemäßen Verwendung der Erträge und die Erhaltung des Stiftungsvermögens. Sie ermöglichen eine **Überwachung des Geld- und Vermögensverkehrs** der kommunalen Stiftungen.

Soweit die Stiftungssatzungen zusätzlich **besondere Kontrollorgane** zur Beaufsichtigung der Stiftungsverwaltung, insbesondere in Bezug auf die Bewirtschaftung des Stiftungsvermögens und die Verwendung der Vermögenserträge, vorsehen, treten diese ergänzend zur kommunalaufsichtlichen Kontrollbefugnis hinzu, vermögen aber die kommunalaufsichtlichen Handlungsbefugnisse nicht zu beschränken.

²⁸³ Vgl. insb. Art. 111 ff. BayGemO; §§ 112 ff. BrbgKVerf; §§ 120 ff. RhPfGemO; §§ 122 ff. SchlHolGemO; §§ 129 ff. NdsGemO (ab 1.11.2011: §§ 172 ff. NdsKVerf); §§ 137 ff. HessGemO; zu den allgemeinen Instrumenten der Stiftungsaufsicht privatrechtlicher Stiftungen *Hof* (Fn. 270), § 10 Rn. 146.

V. Abgrenzung zu anderen Maßnahmen der Stiftungskontrolle

1. Allgemeine Grundsätze

Von der Stiftungsaufsicht im eigentlichen Sinne zu trennen sind die Befugnis zur 133
Genehmigung kommunaler Stiftungen (unten 2.) sowie die Genehmigung bedeutender
Veränderungen in der Stiftungsverfassung (unten 3.) als weitere Aufgaben der
Aufsicht über die Stiftungen. Sie folgen grundsätzlich den allgemeinen
stiftungsrechtlichen Grundsätzen. In vielen Ländern bleibt dieser Unterschied
allerdings ohne Auswirkungen, da dort Kommunalaufsichts- und Stiftungsbehörde
ohnehin identisch sind.

2. Anerkennung der Stiftung

Die Befugnis zur Anerkennung der Stiftung verbleibt nach den meisten 134
Landesstiftungsgesetzen in der Zuständigkeit der allgemeinen Stiftungsbehörde, nicht
der Kommunalaufsichtsbehörde.²⁸⁴

3. Veränderungen in der Stiftungsverfassung, insbesondere Zweckänderung, Zusammenlegung und Aufhebung der Stiftung

Die Genehmigung bedeutender Veränderungen in der Stiftungsverfassung, 135
insbesondere die Zweckänderung, Zusammenlegung und Aufhebung der Stiftung,
stufen die meisten Bundesländer ebenfalls nicht als Maßnahme der Stiftungsaufsicht
im engeren Sinne ein.²⁸⁵ Für ihre Rechtskontrolle ist in den meisten Bundesländern
die **Kommunalaufsichtsbehörde** zuständig, die an die Stelle der
Stiftungsaufsichtsbehörde tritt.²⁸⁶ In **Hessen** und **Nordrhein-Westfalen** hingegen ist
für diese Maßnahmen statt der Kommunalaufsichtsbehörde die staatliche
Stiftungsaufsichtsbehörde zuständig.²⁸⁷

²⁸⁴ Art. 3 Abs. BayStiftG; § 3 HessStiftG; §§ 3, 4 NdsStiftG; § 2 NRWStiftG §§ 4, 10 Abs. 1
RhPfStiftG; § 13 Abs. 2 SächsStiftG; § 2 SchlHolStiftG.

²⁸⁵ Vgl. etwa § 8 Abs. 2 S. 1 BaWürttStiftG, aus dem sich im Umkehrschluss ergibt, dass die
Zweckänderung, Zusammenlegung und Aufhebung der Stiftung nach der Konzeption des Gesetzgebers
keine Maßnahmen der Rechtsaufsicht bilden.

²⁸⁶ Art. 20 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 10 BayStiftG; irrig insoweit von *Campenhausen* (Fn. 14), § 35 Rn. 5.

²⁸⁷ § 9 Abs. 1 und 3 HessStiftG; § 5 Abs. 2 S. 3 NRWStiftG.

K. Vergaberechtpflichtigkeit kommunaler Stiftungen

I. Grundsätze

- 136 Bei der Gründung einer kommunalen Stiftung stellen sich Stifter selten die Frage, ob Geschäfte, die die kommunale Stiftung später tätigt, etwa Verträge über Wäscherei- und Reinigungsarbeiten in von der kommunalen Stiftung betriebenen Seniorenwohnheimen und -wohnstiften, dem **Vergaberegime des GWB** unterworfen sind. Für das Wirken der kommunalen Stiftungen ist das aber von erheblicher Bedeutung, sieht sich die kommunale Stiftung doch bei einer Missachtung einer Ausschreibungspflicht Schadensersatz- und Neuausschreibungspflichten ausgesetzt. Sich der vergaberechtlichen Folgefragen bei der Gründung einer kommunalen Stiftung nicht zu vergewissern, ist daher fahrlässig.
- 137 Eine Vergaberechtpflichtigkeit drängt sich in den Fällen kommunaler Stiftungen, in denen **private Stifter** ihr Vermögen in einer rechtsfähigen kommunalen Stiftung bündeln, um es für Gemeinwohlzwecke zur Verfügung zu stellen, nicht unmittelbar auf. Die ratio des Vergaberechts, dort, wo über öffentliche Haushaltsgelder beim Tätigwerden des Staates am Markt verfügt wird (und damit sowohl ein Interesse des Staates und der Bürger an der wirtschaftlichen Verwendung der knappen Haushaltsmittel als auch ein Interesse der Marktbürger an einem diskriminierungsfreien Marktzugang besteht), einen transparenten, wettbewerbsorientierten und nicht diskriminierenden Auswahlvorgang sicherzustellen, scheint hier nicht in ihrem Wesenskern berührt. Ergeben kann sich die Vergaberechtpflichtigkeit dann allenfalls aus dem Umstand, dass die kommunale Stiftung regelmäßig von einer Gemeinde, also einem öffentlichen Auftraggeber, verwaltet wird und ihrer Zweckbestimmung entsprechend, Gemeinwohlaufgaben des kommunalen Wirkungskreises wahrnehmen soll.
- 138 Gründet dagegen eine **Gemeinde** eine kommunale Stiftung, um **aus ihren Haushaltsmitteln** eine gemeindliche Aufgabe in der Rechtsform einer Stiftungen wahrzunehmen, leuchtet es eher ein, dass die Gemeinde sich durch die Wahl der Rechtsform dem Vergaberechtsregime kaum wird entziehen können. Anderenfalls

stünde einer Umgehung der gesetzlichen, insbesondere auch der rechtlich determinierten Vergaberechtstatbestände durch die Ermöglichung von Ausgründungen Tür und Tor offen.

II. Rechtsfähige kommunale Stiftungen als öffentliche Auftraggeber

1. Überblick über den normativen Rahmen des § 98 GWB

Wie weit das vergaberechtliche Regime reicht, inwieweit insbesondere die Herkunft des Vermögens für die Vergaberechtpflichtigkeit ausschlaggebend sein kann, beantwortet § 98 GWB. 139

Für rechtsfähige kommunale Stiftungen kommt von den in § 98 GWB aufgeführten Alternativen nur diejenige des **§ 98 Nr. 2 GWB** in Betracht. Danach ist öffentlicher Auftraggeber eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen (unten 2.), wenn Stellen, die unter Nr. 1 oder 3 des § 98 GWB fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben (unten 3.).

2. Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art

Kommunale Stiftungen werden regelmäßig zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende öffentliche Aufgaben nichtgewerblicher Art des örtlichen Wirkungskreises zu erfüllen. 140

Der Begriff des **Allgemeininteresses** i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB ist zwar weder durch die EU-Vergaberichtlinien noch durch den deutschen Gesetzgeber definiert oder umschrieben. Vor dem Hintergrund der ratio des Vergaberechts lässt er sich aber dahin verstehen, dass im Allgemeininteresse liegende Aufgaben jedenfalls solche sind, welche hoheitliche Befugnisse, die Wahrnehmung der Belange des Staates und damit letztlich Aufgaben betreffen, welche der Staat selbst erfüllen oder bei denen er 141

einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.²⁸⁸ Ausgegrenzt werden sollen mit diesem Begriff partikulare private Interessen. Dem Begriff geht es um die Bestimmung eines Bereichs, der auf Grund seiner besonderen staatlichen Aufgabenstellung oder -beeinflussung besonderen rechtlichen Regeln unterfällt und daher von dem Bereich der individuellen Zweckverfolgung, der lediglich den allgemeinen Regeln unterfällt, abzugrenzen ist.

- 142 Kommunale Stiftungen sind zwar auch von dem **Gedanken der Privatautonomie**, d.h. der Erfüllung des von dem Stifter mitgegebenen Willens getragen. Insbesondere verfolgt ihr rechtliches Schutzregime vorrangig das Ziel, die Erfüllung des privatautonomen Stiftungszwecks sicherzustellen. Sie sind aber zugleich per definitionem den Zwecken verpflichtet, die die Gemeinden als öffentliche Aufgabe erfüllen.²⁸⁹ Sie sind insbesondere regelmäßig dem klassischen Bereich kommunaler **Daseinsvorsorge**, etwa der Aufnahme, Pflege und Heilung kranker, alter und bedürftiger Menschen oder der Verbesserung der örtlichen Infrastruktur sowie der Kultur- und Schulförderung, zuzuordnen. Sie verfolgen insoweit nicht lediglich partikulare Interessen, sondern auch Allgemeininteressen i.S. des § 98 Nr. 2 GWB.
- 143 Die Einordnung kommunaler Stiftungen als öffentlicher Auftraggeber fügt sich bruchlos in die Rechtsprechung des EuGH ein. So hat der EuGH etwa im Fall »**Messe Mailand**« für die Bejahung des Allgemeininteresses darauf abgestellt, dass der Auftraggeber »nicht nur im Interesse dieses Personenkreises«, d. h. der Hersteller und Händler, die die Messe besuchen, sondern auch im Interesse der Verbraucher und

²⁸⁸ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 98 Rn. 64 ff.

²⁸⁹ Art. 20 BayStiftG; § 19 Abs. 1 S. 1 NdsStiftG; § 3 Abs. 3 RhPfStiftG; § 20 Abs. 1 SaarlStiftG; § 13 Abs. 1 SächsStiftG; § 25 Abs. 1 SachsAnhStiftG (mit Inkrafttreten des SachsAnhStiftG im Februar 2011 entfallen); § 17 Abs. 1 SchlHolStiftG; offener demgegenüber § 10 Abs. 1 S. 2 MeckVorPStiftG, danach »soll die Übernahme der Verwaltung unterbleiben, wenn der Stiftungszweck nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der jeweiligen Körperschaft dient«. In Brandenburg (§ 3 BrbgStiftG; § 90 Abs. 1 BrbgKVerf) und Nordrhein-Westfalen (§ 100 Abs. 1 S. 1 NRWGemO): »überwiegend« von der kommunalen Gebietskörperschaft als öffentliche Aufgaben wahrgenommenen »Zwecken dienen«, demgegenüber sprachlich geringfügig modifiziert in § 18 Abs. 1 HessStiftG. Danach sind örtliche Stiftungen solche, »die Zwecke erfüllen, welche die Gemeinden, Landkreise oder Zweckverbände in ihrem Bereich als öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder wahrnehmen können«. Das neue thüringische Stiftungsgesetz verzichtet (anders als noch § 25 Abs. 1 a.F.) auf die ausdrückliche Nennung des Begriffsmerkmals des kommunalen Zwecks (§ 3 Abs. 5 ThürStiftG).

damit im Interesse des Handels allgemein tätig ist.²⁹⁰ Ebenso hat er das Allgemeininteresse bei der Tätigkeit einer kommunalen Wirtschaftsfördergesellschaft im Hinblick darauf bejaht, dass diese in ihrer »Impulswirkung für den Handel und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der betreffenden Gebietskörperschaft« [...] »nicht nur im besonderen Interesse der von dem Projekt unmittelbar betroffenen Unternehmen, sondern auch im Interesse der Stadt V. handelt«²⁹¹.

Viele der Aufgaben, die kommunale Stiftungen wahrnehmen, sind auch **nichtgewerblicher Art**. Denn sie dienen in der Regel nicht der Gewinnerzielung, werden nicht nachfragebezogen ausgeübt und sind häufig auch nicht dem Wettbewerb ausgesetzt. Vielmehr werden kommunale Stiftungen meist selbstlos ausschließlich und unmittelbar im Interesse **gemeinnütziger und mildtätiger Zwecke** tätig. Die Aufgabenerfüllung vollzieht sich – wie es dem europarechtlichen Begriff »nichtgewerblicher Art« entspricht²⁹² – überwiegend außerhalb marktmäßiger Mechanismen oder in Abweichung davon.²⁹³ Dies gilt freilich nicht für alle Tätigkeiten, die kommunale Stiftungen ausüben – so etwa die Vermietung von Liegenschaften oder den Betrieb von Stiftungsweingütern. Die Nichtgewerblichkeit bezieht sich jedoch auf die Stellung der juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts als Vergabestelle insgesamt und nicht nur auf eine einzelne, jeweils fragliche Aufgabe.²⁹⁴ Maßgeblich ist insoweit eine Gesamtbetrachtung des Einzelfalls.

3. Besondere Staatsbezogenheit

Der besondere Staatsbezug, den § 98 Nr. 2 GWB verlangt, kann sich aus der **überwiegenden Finanzierung durch Gemeindehaushaltsmittel** ergeben – ebenso aber auch aus dem Umstand, dass die Gebietskörperschaft mehr als die Hälfte der

²⁹⁰ EuGH v. 10.5.2001 – Rs. C-223/99 und C-260/99, NZBau 2001, 404 Rdnr. 33 f. – Messe Mailand.

²⁹¹ EuGH v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01, NZBau 2003, 396 Rdnr. 44 f. – Korhonen.

²⁹² Das Merkmal nichtgewerblicher Art zielt darauf ab, diejenigen Auftraggeber von den Zwängen des Vergaberechts zu befreien, die Aufgaben auf gewerbliche Art erfüllen und damit in jeder Hinsicht dem allgemeinen Druck des Wettbewerbs im Binnenmarkt unterfallen. Hier fehlt es an der Notwendigkeit, einen Vergabebinnenmarkt erst noch zu schaffen und einen wirksamen Wettbewerb auf ihm durch besondere Regeln zu gewährleisten. Vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 98 Rdnr. 75.

²⁹³ EuGH v. 16.10.2003 – Rs. C-283/00, NZBau 2004, 223 Rdnr. 82 – »Siepsa«; EuGH v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01, NZBau 2003, 396 Rdnr. 51.

²⁹⁴ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 98 Rdnr. 75.

Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, schließlich auch aus der besonderen **Struktur der Aufsicht**. Den drei Tatbestandsalternativen des § 98 Nr. 2 GWB liegt ein gemeinsamer Zurechnungsgedanke zu Grunde: In allen diesen Fällen kann eine Gebietskörperschaft einen potentiellen Einfluss auf das Vergabeverhalten einer öffentlichen Einrichtung ausüben und soll deshalb dem Regime des Kartellvergaberechts unterworfen sein.

- 146 Die überwiegende Finanzierung aus gemeindlichen Haushaltsmitteln, die das GWB als Zurechnungstatbestand ausreichen lässt, stellt sich bei kommunalen Stiftungen aufgrund des **Subsidiaritätsgebots** nur als ein seltener Ausnahmefall ein. Auch eine Aufsicht im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB besteht bei kommunalen Stiftungen in der Regel nicht: Kommunale Stiftungen unterliegen zwar einer Rechtsaufsicht; eine bloße Rechtsaufsicht ist von dem Begriff der Aufsicht jedoch nicht umfasst.²⁹⁵ Ein besonderer Staatsbezug und damit eine Vergaberechtpflichtigkeit stellt sich bei den meisten kommunalen Stiftungen indes deshalb ein, weil sie **durch die Gemeinde verwaltet** werden und damit die Gemeinde den Willensbildungsprozess in einer Weise steuert, der das Vergabeverhalten maßgeblich beeinflussen kann. Die Einbindung in das Gefüge der kommunalen Verwaltung und der mit ihr verknüpfte kommunale Lenkungsanspruch stellen (unbeschadet der Stifterautonomie) den Staatsbezug her, den § 98 Nr. 2 GWB als ausreichend ansieht, um einen Rechtsträger dem Regime des Vergaberechts zu unterwerfen. Etwas anderes kann sich nur in den Ländern ergeben, in denen kommunale Stiftungen nicht notwendig durch die Gemeinde, sondern auch durch andere Rechtsträger verwaltet werden können.
- 147 Grundsätzlich sind danach kommunale Stiftungen, soweit sie mit Unternehmen entgeltliche Verträge schließen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen oder Auslobungen für Dienstleistungsaufträge jenseits der Schwellenwerte zum Gegenstand haben, dem Vergaberechtsregime des GWB unterworfen.

²⁹⁵ EuGH v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00, NZBau 2003, 287 Rdnr. 70 – Adolf Truley.

III. Nichtrechtsfähige kommunale Stiftungen als öffentliche Auftraggeber

Nichtrechtsfähige Stiftungen bilden ein Sondervermögen der Gemeinde und sind als solche nach der ausdrücklichen Erwähnung in § 98 Nr. 1 GWG schon deshalb öffentliche Auftraggeber, die grundsätzlich bei ihren entgeltlichen Verträgen den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB unterliegen. 148

L. Rechtsschutz

Maßnahmen der Kommunalaufsichtsbehörde gegenüber kommunalen Stiftungen sind **verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz** zugänglich. 149 Gegen die Anordnung ebenso wie die Beanstandung und die Ersatzvornahme sowie die Bestellung eines Staatskommissars kann eine rechtsfähige Stiftung selbst bzw. im Falle nichtrechtsfähiger kommunaler Stiftungen die Gemeinde, die sie verwaltet, **Anfechtungsklage** erheben. Denn bei den Maßnahmen handelt es sich um belastende Verwaltungsakte. Vorauszulegen hat einer Klageerhebung grundsätzlich (soweit nicht das Bundesland – wie in vielen Ländern insbesondere in jüngster Vergangenheit geschehen – nach § 68 Abs. 1 S. 2 Var. 1 VwGO von der Möglichkeit der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens Gebrauch gemacht hat), ein Widerspruchsverfahren, das innerhalb der einmonatigen Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO und schriftlich oder zur Niederschrift einzuleiten ist.²⁹⁶ Die nach § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche **Klagebefugnis** folgt für rechtsfähige Stiftungen aus der grundrechtlich geschützten Stifterautonomie privater Gründer, für nichtrechtsfähige Stiftungen aus der möglichen Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 GG), der sie zugeordnet sind, bzw. der Stifterautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG).

Ein **Anspruch Dritter** auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde zur Wahrnehmung **stiftungsaufsichtlicher** Kompetenzen besteht grundsätzlich nicht. 150 Denn die Aufsichtsbehörde wird grundsätzlich allein im öffentlichen Interesse tätig.

²⁹⁶ Vgl. dazu im Einzelnen *Martini*, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl., Köln/München 2010, 8 ff.

M. Rechtspolitische Bewertung

- 151 Kommunale Stiftungen sind das vielerorts noch unentdeckte Juwel **kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung** im kommunalen Handlungsumfeld. Sie generieren einen ideellen wie finanziellen Mehrwert für die kommunale Gemeinschaft, dienen der Gemeinde als **Innovationsträger** für die nachhaltige und unbürokratische Bewältigung von Problemen und vermitteln Bürgern als Stiftern eine Möglichkeit, Verantwortung für ihre Mitmenschen und die Gestaltung ihres örtlichen Wirkungskreises zu übernehmen. Die Gründung einer kommunalen Stiftung durch private Stifter ist ein Ausdruck besonderer Verbundenheit mit dem Gemeinwesen. Die eingesetzten Stiftungsmittel können die Arbeit der Kommune in vielfältigen Bereichen sinnvoll bereichern.
- 152 Die **Gemeinde als Verwalter der kommunalen Stiftung** ist ein zuverlässiger, beständiger, der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns verpflichteter und solventer Handlungsträger, der Fachkompetenz und Ortsnähe zugleich bietet, zudem häufig auch auf die Geltendmachung von Verwaltungskosten verzichtet und damit dafür sorgt, dass die Stiftungsmittel dem Stiftungszweck langfristig zugutekommen.
- 153 Die **Einbindung der Stiftung in die kommunalen Strukturen** kann dabei allerdings Segen und Fluch zugleich sein. Sie löst bei zahlreichen potentiellen Stiftern die Furcht vor einer Vereinnahmung und politischen Begehrlichkeiten aus. Gerade die Nähe zur »politischen Gemeinde« ist für viele Anlass, nach anderen Formen der Verwirklichung des Stifterwillens zu suchen. Der überparteilich verstandene Stifterwille kann in den Fronten kommunalpolitischer Machtkämpfe zerrieben, der kommunale Verwaltungsapparat zum Leviathan und die Stiftungsmittel zur Erreichung politischer Ziele oder in der Daseinsvorsorge der Gemeinde zweckentfremdet werden.
- 154 Dies mögen einige Gründe sein, warum die kommunalen Stiftungen nicht vom allgemeinen Aufschwung des Stiftungswesens zu profitieren vermögen. Konkurrenz ist ihnen vor allem durch die **Bürgerstiftungen** erwachsen. Diese ermöglichen den Bürgern ebenfalls, soziale oder kulturelle Aktivitäten in ihrer Gemeinde zu fördern, ohne sich dafür unter das Dach der Gemeindeverwaltung begeben zu müssen. Dass

dadurch vielfach nicht unbeträchtliche Mittel dem Zugriff der Gemeinden entgehen, ist dabei weniger problematisch als der Umstand, dass dadurch Effizienzverluste, die durch mangelnden Informationsfluss und unkoordiniertes Handeln einzelner Akteure entstehen, vermieden werden könnten.

In der sich dynamisch wandelnden Welt der Stiftungen sehen sich die kommunalen 155
Stiftungen vor **neue Herausforderungen** gestellt. Den Gemeinden als potentiellen Verwaltern einer Stiftung sollte es angelegen sein, eine kompetente und schlagkräftige **Stiftungsverwaltung** in den Gemeinden aufzubauen, welche entsprechende Sachkunde bei der Verwaltung der kommunalen Stiftungen vorhält, sich Vereinnahmungsinteressen der Kommunalpolitik entgegenstemmt und damit eine **zielgenaue Verwirklichung des Stifterwillens** sicherstellt. Zusätzlich zu einer Professionalisierung und Zentralisierung der kommunalen Stiftungsverwaltung tun die Gemeinden auch gut daran, die Möglichkeit der Einrichtung kommunaler Stiftungen aktiver zu kommunizieren, für ihre Gründung zu werben und potentiellen Stiftern als Ansprechpartner beratend zur Seite zu stehen. Instrumente einer **Intensivierung der Öffentlichkeitsarbeit** haben die Gemeinden mit ihrem Verwaltungsapparat insoweit reichlich an der Hand. Ein gangbarer Weg kann es insbesondere sein, das Engagement kommunaler Stiftungen in den Gemeinden selbst bekannter zu machen; durch eine verstärkte Würdigung des Einsatzes von kommunalen Stiftungen steigt auch die Neigung für andere potentielle Stifter, sich dem Gedanken einer Stiftung zum Wohle der Gemeinde zuzuwenden. Die gemeindlichen Verwaltungen sind zwar mit anderen Aufgaben vielfach bis zur Kapazitätsgrenze ausgelastet. Die Früchte, die die symbiotische Einbindung der Bürger in die Verwirklichung kommunaler Handlungsziele verspricht, sind aber ertragreicher als die Mühen der Saat.

Oberste Prämisse muss es sein, das Engagement der Bürger in und zugunsten ihrer 156
Gemeinde nachhaltig und im Sinne der Stifter nutzbar zu machen. Dazu gehört auch eine rechtswissenschaftliche Durchdringung der vielfältigen Probleme, die sich aus der Einbindung von privatautonomem Gestaltungswillen in öffentlich-rechtliche Verwaltungsstrukturen im Rahmen der Zwitterfigur »Kommunale Stiftungen« ergeben. Die gegenwärtige **Zersplitterung des Rechts der kommunalen Stiftungen**

mit seinem normativen Doppelregime im Stiftungs- und Kommunalrecht (und damit verbundenen zahlreichen Regelungsinconsistenzen) sowie seine disparate Ausgestaltung in den einzelnen Ländern erschweren das erheblich. Das Recht kommunaler Stiftungen stellt sich als disparater und wenig zugänglicher Flickenteppich fragmentierter Rechtsnormen dar. Es findet sich kaum ein anderes Rechtsgebiet, das sich durch ein derartiges Ausmaß an Uneinheitlichkeit und Unübersichtlichkeit auszeichnet. So nimmt es nicht Wunder, dass die Gemeindeverwaltungen sich als Folge dieses Befundes bei der Verwaltung kommunaler Stiftungen vielfach auf unsicherem Boden bewegen, etwa bei der Einbringung von kommunalen Geldern in die Stiftung, den anwendbaren Regeln für die Stiftungsverwaltung und der Vergaberechtpflichtigkeit – mit entsprechenden (haftungs-)rechtlichen Folgen für die Gemeinde. Die Attraktivität und die Beliebtheit der Rechtsform nehmen dadurch nicht unerheblichen Schaden. Sinnvoll erscheint ein koordiniertes Zusammenwirken der Länder, das – wie in anderen Rechtsgebieten, etwa dem Polizeirecht – durch **Vereinheitlichung der Regelungsstrukturen** auf der Grundlage eines Musterentwurfs der Rechtsform der kommunalen Stiftungen höhere Sichtbarkeit und Aufmerksamkeit angedeihen lässt.

- 157 Es gilt insbesondere, Möglichkeiten zu schaffen, eine Symbiose zwischen der auf **zielgenaue Verwirklichung des privatautonomen Stifterwillens** gerichteten Rechtsfigur der Stiftung und der regelmäßigen **demokratisch-legitimatorischen Erneuerungsbedürftigkeit** des auf die Vertretung aller Einwohner gerichteten kommunalen Gemeinwesens herzustellen. Nur dann kann die kommunale Stiftung ihre Vorzüge zugunsten der Kommune als Teil eines Konzepts kooperativer Gemeinwohlverwirklichung voll entfalten und zu einer nachhaltigen Renaissance der kommunalen Stiftung als Leistungsträger in der örtlichen Gemeinschaft beitragen. Auch im Recht der kommunalen Stiftungen bewahrheitet sich insoweit: Wer das Erlangte erhalten will, muss es verändern.