

# Die Stiftung von Todes wegen

## Chancen und Risiken einer fingierten Erbfähigkeit

von Christoph Mecking (Berlin)

Erbe kann nur eine Person sein, die „zur Zeit des Erbfalls lebt“ (§ 1923 Abs. 1 BGB). Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind das Stiftungsgeschäft und deren Anerkennung durch die zuständige Aufsichtsbehörde erforderlich (§ 80 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Stiftungsgeschäft kann auch in einer letztwilligen Verfügung, also einem Testament oder Erbvertrag, enthalten sein (§ 83 Satz 1 BGB). Der Stifter kann eine Stiftung folglich testamentarisch errichten. Eine solche Stiftung von Todes wegen ist aber mit Eintritt des Erbfalls nicht existent, denn die staatliche Anerkennung steht ja noch aus. Um dieses Problem der Zeitversetzung zu lösen, hat der Gesetzgeber in § 84 BGB knapp bestimmt: „Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters als rechtsfähig anerkannt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden.“ Trotz dieser eindeutigen Rückwirkungsfiction hat die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen besondere Tücken. Davon zeugen die Praxis der Anwälte vom LEGATUR und einige Gerichtsentscheidungen aus letzter Zeit.

Der § 84 BGB wird auch Städel-Paragraph genannt, denn er geht auf einen der bekanntesten Rechtsfälle des 19. Jahrhunderts zurück. Im Jahre 1815 hatte der kinderlose Frankfurter Bankier Johann Friedrich Städel in seinem Testament verfügt, dass eine öffentliche Kunstsammlung zu errichten sei, das Städelsche Kunstinstitut. Dagegen wandten sich entfernte Verwandte aus Frankreich mit dem Argument, dass niemand als Erbe eingesetzt werden könne, der zum Zeitpunkt des Todes nicht in juristischem Sinne vorhanden sei. Der Streit endete im Jahre 1828 durch einen Vergleich, wurde aber Gegenstand einer intensiven juristischen Diskussion, die letztlich zur Klärung durch den Gesetzgeber führte.

### Die Stiftung von Todes wegen

Besteht das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todes wegen, muss es gleichwohl den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, insbesondere nach § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB eine Satzung erhalten mit Regelungen über den Namen, Sitz und Zweck der Stiftung, ihr Vermögen und die Bildung ihres Vorstands. Um die Gefahr eines Scheiterns der Stiftungsgründung zu verringern, empfiehlt sich für den Stifter, die Satzung bereits zu Lebzeiten zu errichten, mit Stiftungsaufsicht und Finanzamt abzustimmen und in ihrer endgültigen Fassung seinem letzten Willen unter Beachtung der formalen Erfordernisse beizufügen. Auch sollte er einen Testamentsvollstrecker einsetzen und ihn ermächtigen, die Satzung bei Bedarf näher auszugestalten oder etwaige Mängel zu beheben; dies sei „der allgemein übliche Weg“ (OLG Hamm v. 22.12.2021 – 15 W 712/10). Es

kann dann vermieden werden, dass das Stiftungsgeschäft den Erfordernissen nicht genügt und die Aufsichtsbehörde der Stiftung gem. § 83 Satz 2 BGB unter Berücksichtigung des Stifterwillens eine Satzung geben muss oder eine unvollständige Satzung zu ergänzen hat. Den Antrag auf Anerkennung der Stiftung stellt im Regelfall ebenfalls der Testamentsvollstrecker, sofern dies – bei einer Stiftung als Miterbin, Vermächtnisnehmerin oder Auflagenbegünstigte – nicht die Erben tun. Subsidiär ist das Nachlassgericht gegenüber der Aufsichtsbehörde zur Mitteilung verpflichtet. Dann wird das Anerkennungsverfahren von Amts wegen eingeleitet.

### Die unbedingte Notwendigkeit der Zweckbestimmung

Die meisten Bestimmungen nach § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB werden sich regelmäßig im Wege der Auslegung ermitteln lassen. Der Nachlass wird das Anfangsvermögen bilden, das allerdings ausreichen muss, um die dauernde und nachhaltige Zweckerfüllung als gesichert erscheinen zu lassen (§ 80 Abs. 1 Satz 1 BGB). Als Sitz der Stiftung gilt – wenn nicht anderes bestimmt ist – der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird; im Zweifel gilt der letzte Wohnsitz des Stifters im Inland als Sitz (§ 83 Sätze 3 und 4 BGB). In jedem Fall aber muss der Stifter die identitätsbestimmenden Grundentscheidungen selbstständig treffen. Dies gilt insbesondere für den Stiftungszweck. Das kann er keinem Dritten überlassen, denn die Bestimmung des Erben ist eine höchstpersönliche Entscheidung, wie § 2065 Abs. 2 BGB deutlich macht. Durch dieses sog. Drittbestimmungsverbot will das Gesetz sicherstellen, dass eine mit weitreichenden Folgen verbundene Erbeinsetzung in einem Testament tatsächlich vom Erblasser höchstpersönlich und gerade nicht stellvertretend für den Erblasser von einem Dritten vorgenommen wird. Verstößt ein Erblasser gegen dieses gesetzliche Gebot, so ist der von der Drittbestimmung betroffene Teil seines Testaments grundsätzlich unwirksam und nichtig. Diese erbrechtliche Beurteilung entspricht auch dem Stiftungsrecht, das die Zweckbestimmung als höchstpersönliche Entscheidung allein dem Stifter zuweist.

In einem kürzlich entschiedenen Fall hatte der Erblasser in seinem eigenhändigen Testament eine „noch zu errichtende wohltätige Stiftung“ zur Alleinerbin eingesetzt und eine Testamentsvollstreckerin mit der Umsetzung beauftragt. Die Aufsichtsbehörde wies den Antrag zurück, weil die gewählte Formulierung den Zweck und Charakter der Stiftung nicht bestimmt genug beschreibe. Die Verpflichtungsklage auf Anerkennung blieb daher



erfolglos (VG Ansbach v. 16.3.2021 – AN 10 K 19.766). In einem anderen Fall wurde die Zweckwidmung im Testament, die da lautete: „Mein Vermögen soll in eine Stiftung für einen guten Zweck eingehen und ein Teil zur Sanierung eines sakralen Baus“, ebenfalls nicht für ausreichend gehalten; insbesondere bestimmte sie auch keine Zuwendung an die Kommune gem. § 2072 BGB, in der die Erblasserin jahrzehntelang lebte (OLG Frankfurt v. 4.7.2017 – 20 W 343/15). Anders hatte noch ein dritter Fall gelegen, bei dem der Erblasser eine Woche nach Abfassung seines Testaments einen Satzungsentwurf zur Vorprüfung an die Stiftungsbehörde gegeben hatte. Die darin genannte Zweckwidmung konnte wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs dem Stifter zugerechnet werden (OLG München v. 4.7.2017 – 31 Wx 211/15). Eine solche sog. erläuternde Auslegung bedarf aber zwingend konkreter Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung.

### Die zivilrechtlich wirksame Rückwirkung

Kann die Stiftung anerkannt werden, wird sie durch die gesetzliche Rückwirkungsfunktion des § 84 BGB auf die juristische Sekunde vor dem Ableben des Stifters zurückbezogen; die Stiftung gilt insofern allein für letztwillige Zuwendungen des Stifters als erbfähig. Diese Wirkung, die Zuwendungen Dritter nicht erfasst, entfaltet sich freilich nicht nur für die Stiftung von Todes wegen, sondern auch für Stiftungen, deren Anerkennung vom Stifter bereits zu Lebzeiten beantragt worden ist und wo der Bescheid erst nach seinem Tode ergeht. Nachträglich entsteht der Anspruch der Stiftung auf die Vermögenszuwendung, nachträglich wird der (gesetzliche) Erbe zum Nichtberechtigten. Nach ihrem Normzweck ist die Situation der Stiftung von Todes wegen daher derjenigen beim Nasciturus, dem gezeugten, aber noch nicht geborenen Kind, vergleichbar (§ 1923 Abs. 2 BGB). In der Zeit zwischen Tod des Stifters und Anerkennung kann die Stiftung schon Trägerin und Zuordnungsobjekt von Rechten und Rechtsbeziehungen sein; ihr kommt daher eine partielle Rechts- und Parteifähigkeit zu (vgl. OLG Braunschweig v. 8.7.2020 – 3 W 19/20 s. Besprechung in S&S 6/2020, S. 40f.). Die Stiftung kann daher auch im Erbschein als Erbin ausgewiesen sein. Eine Stiftung von Todes wegen wird eben nicht „nach ihrer Entstehung rückwirkend Erbe des Stifters“, sondern sie ist es bereits mit dem Erbfall. Aus der Regelung des § 84 BGB folgt dagegen nichts für die Existenz einer sog. „Vorstiftung“.

### Die fehlende Rückwirkung der Gemeinnützigkeit

Steuerlich sieht die Situation indes anders aus. In einem vom BFH entschiedenen Fall (v. 6.6.2019 – V R 50/17) war eine noch zu gründende Stiftung vom Stifter, der im Jahre 2004 verstarb, als Erbin eingesetzt worden. Die Stiftung

wurde wegen einer langwierigen Behebung von Satzungs-mängeln erst im Jahre 2007 als rechtsfähig anerkannt. In den Jahren 2005 und 2006 erzielte sie Einkünfte aus Vermietung und Vermögensverwaltung, die das Finanzamt für steuerbar hielt. Diese Haltung bestätigte der BFH und stellte die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG fest. Die Rückwirkung des § 84 BGB führe nicht zur Steuerbefreiung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG. Vielmehr bedürfte es dafür einer Satzung, die den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben entspreche.

### Kurz & knapp

Bei der Stiftungserrichtung von Todes wegen bestehen gewisse rechtliche und steuerliche Unsicherheiten. Die Unwägbarkeiten resultieren vor allem daraus, dass der Stifter selbst naturgemäß nicht mehr handlungsfähig ist oder seinen wirklichen Willen zum Ausdruck bringen kann, sich die rechtlichen und tatsächlichen Umstände zwischen Formulierung des letzten Willens und Erbfall verändert haben können und sich schließlich das Anerkennungsverfahren mitunter zeitlich erheblich dehnt. Stiftern ist daher anzuraten, die Gründung der Stiftung bereits zu Lebzeiten „auf Vorrat“ vorzunehmen. Die Dotation kann dann durchaus reduziert vorgenommen werden. Die bereits entstandene Stiftung erhält dann ihre eigentliche Kapitalausstattung mit dem Erbfall als Zustiftung; die Satzung der Stiftung kann für die Bewältigung der geänderten Verhältnisse gestaltet werden. Dabei ist eine fachkundige und vorausschauende Begleitung anzuraten. ■

### Zum Thema

Kröll, Peter: Das Städelsche Testament sowie Mühlenbruchs Rechtsverständnis bei der Beurteilung des Beerbungsfalls, 2013

Steffek, Marc-Andreas: Die Anforderungen an das Stiftungsgeschäft von Todes wegen, 1996

Schwalm, Julian: Die „werdende“ Stftung von Todes wegen als rechtspraktisches und rechtstheoretisches Problem – Zugleich Anmerkung zu OLG Braunschweig, Beschluss vom 8.7.2020 – 3 W 19/20, in: ZStV 2021, S. 10–24

### In Stiftung&Sponsoring

Förster, Lutz / Fast, Dennis: Das Erbrecht im Leben der Stiftung – jetzt handeln! Was Stiftungen und Stifter zu beachten haben, S&S 5/2019 Beilage RS, doi.org/10.37307/j.2366-2913.2019.05.25



Rechtsanwalt Dr. Christoph Mecking ist Herausgeber von Stiftung&Sponsoring sowie geschäftsführender Gesellschafter des Instituts für Stiftungsberatung und von LEGATUR, einer Gesellschaft zur Unterstützung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Organisationen im Bereich des Erbschaftsfundraisings und der Nachlassabwicklung.

c.mecking@legatur.de, www.legatur.de