

Gutachten zur Wahl der Rechtsform des NSU-Dokumentationszentrums

Rechtsgutachten im Auftrag der
Bundeszentrale für politische Bildung

erstellt durch die Rechtsanwälte

Dr. Justus Schmidt-Ott
Franz Eckardt

Berlin, 15. September 2023

Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung.....	4
B.	Sachverhalt	6
C.	Fragestellung	7
D.	Rechtliche Würdigung	8
I.	Charakterisierung der in Betracht kommende Rechtsformen.....	8
1.	Eingetragener Verein (e.V.).....	8
2.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung, insbesondere „gGmbH“	9
3.	Privatrechtliche Stiftung.....	10
4.	Öffentlich-rechtliche Stiftung.....	12
5.	Sogenannte „Treuhandstiftung“	14
II.	Leistungs- und Kontrollstruktur.....	14
1.	Notwendige Organfunktionen	14
2.	Gesetzliche Ausgestaltung der notwendigen Organfunktionen.....	15
3.	Gestaltungsmöglichkeiten für Leistungs- und Kontrollstruktur und Partizipation zivilgesellschaftlicher Organisationen	16
4.	Gestaltungsbeispiele	19
III.	Möglichkeiten der öffentlichen Finanzierung.....	21
IV.	Gründungsprozess	22
1.	Eingetragener Verein	23
2.	GmbH.....	23
3.	Privatrechtliche Stiftung.....	24
4.	Öffentlich-rechtliche Stiftung.....	26
V.	Gemeinnützigkeit	26
VI.	Außenwirkung	27
VII.	Möglichkeiten der zukünftigen politischen Einflussnahme	28
1.	Eingetragener Verein	28
2.	GmbH.....	29
3.	Privatrechtliche Stiftung.....	29
4.	Öffentlich-rechtliche Stiftung.....	30
VIII.	Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung.....	31

E. Zweistufige Gründung? 32

A. Zusammenfassung

1. Als Träger des Dokumentationszentrums kommen grundsätzlich gleichermaßen der eingetragene Verein, die (gemeinnützige) Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Stiftung in Betracht. 1
2. Ein Verein kann nur von mindestens sieben Gründungsmitgliedern gegründet werden, denen nach der Gründung unentziehbare Rechte zustehen. Ob die Rechtsform konkret in Betracht kommt, kann daher erst entschieden werden, wenn feststeht, dass (i) sich mindestens sieben Gründer beteiligen, (ii) diesen die Beteiligung an einem Verein gestattet ist und (iii) diese Gründer jeweils und in ihrer Gesamtheit auf Dauer geeignet erscheinen, gemeinsam als höchstes Organ des Vereins für das Dokumentationszentrum die grundlegenden Entscheidungen zu treffen. 2
3. Die Rechtsform der GmbH erlaubt die Schaffung eines Trägers, auch wenn sich (zunächst) weniger als sieben Gründer an der Gründung beteiligen. Sie kommt auch in Betracht, wenn es nur einen Gründer gibt. 3
4. Bei Verein und GmbH stehen Ausrichtung und innere Verfassung zur Disposition der Mitglieder oder Gesellschafter. Dies vereinfacht Anpassungen in der Zukunft; zugleich ist damit aber den Mitgliedern oder Gesellschaftern die Möglichkeit eröffnet, sich von ihren Absichten im Zeitpunkt der Gründung zu entfernen. 4
5. Die Errichtung des Dokumentationszentrums in der Form der privatrechtlichen Stiftung kommt nur in Betracht, wenn sich (mindestens) ein Stifter bereitfindet, ein nicht unerhebliches Grundstockvermögen zur Verfügung zu stellen. Zur Bezifferung des erforderlichen Vermögens bietet das 25-fache des jährlichen Finanzbedarfs einen Anhaltspunkt. In der Praxis sehen es die Behörden der Stiftungsaufsicht als ausreichend an, wenn sich eine Gebietskörperschaft bereit erklärt, die Stiftung regelmäßig nach Maßgabe des jeweiligen Haushaltsgesetzes und der verfügbaren Haushaltsmittel zu unterstützen. 5
6. Die privatrechtliche Stiftung bietet weitestgehende Gewähr für die Bewahrung der ursprünglichen Absichten ihres Gründers, da ihre Ausrichtung und innere Verfassung nur mit Zustimmung der Stiftungsaufsicht geändert werden können und da die Stiftungsaufsicht sich dabei an den historischen Stifterwillen halten muss. Da dadurch Veränderungen erheblich erschwert werden, müssen die langfristige Ausrichtung und innere Verfassung vor Errichtung der privatrechtlichen Stiftung möglichst abschließend geklärt werden. 6
7. Bestand, Ausrichtung und innere Verfassung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung liegen vollständig in der Hand ihres Gründungsgesetzgebers in seiner wechselnden Zusammensetzung. 7

8. Verein, GmbH, privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Stiftung erlauben die Bildung von geeigneten Leitungs- und Kontrollstrukturen, die für eine mit öffentlichen Mitteln getragene Einrichtung erforderlich sind. 8
9. Ebenso erlauben alle in Betracht kommenden Rechtsformen die Schaffung zusätzlicher Organe zur Einbeziehung zivilgesellschaftlicher Organisationen in die Willensbildung. Solchen zusätzlichen Organen können insbesondere Mitentscheidungsrechte hinsichtlich der Ausrichtung und inneren Verfassung eingeräumt werden. Ebenfalls können Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung geschaffen werden. 9
10. Verein, GmbH und privatrechtliche Stiftung können gleichermaßen als gemeinnützige Träger ausgestaltet werden. Für die öffentlich-rechtliche Stiftung gilt als juristische Person des öffentlichen Rechts ohnehin der Grundsatz der Steuerfreiheit. 10
11. Die Gründung eines Vereins oder einer GmbH kann in wenigen Wochen abgeschlossen werden; für die Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung ist wegen der erforderlichen Abstimmung mit der zuständigen Stiftungsaufsicht eher ein Jahr, für die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung ist wegen des regelmäßig erforderlichen Gesetzgebungsverfahrens ein noch längerer Zeitraum zu veranschlagen. 11
12. Nach der Außenwirkung hat die privatrechtliche Stiftung das höchste Prestige. Die öffentlich-rechtliche Stiftung wird in der Außenwirkung – trotz grundsätzlicher Unterschiede im Verhältnis zur privatrechtlichen Stiftung – häufig nicht von der privatrechtlichen Stiftung unterschieden. Auch Verein und GmbH können durch die Wahl ihres Namens in der Außendarstellung in die Nähe einer Stiftung gerückt werden. 12
13. Zur Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich. 13
14. Für die Errichtung des Dokumentationszentrums könnte – rechtsformunabhängig – ein Gesetz erforderlich sein, wenn das Dokumentationszentrum aktive politische Willensbildung betreiben soll und diese Willensbildung potenziell zu Lasten bestimmter Parteien oder politischer Organisationen gehen könnte. 14
15. Sollte die Klärung der Tätigkeit und ihrer inneren Strukturen noch Zeit benötigen, kann die Gründung eines Trägers für das Dokumentationszentrum auch in zwei Schritten vollzogen werden, indem zunächst ein Verein oder eine GmbH zur Entwicklung des Projekts und mit dem Auftrag zur späteren Gründung einer privatrechtlichen Stiftung ins Leben gerufen wird. 15

B. **Sachverhalt**

In den Jahren 2000 bis 2007 hat die rechtsextreme Terrorgruppe „Nationalsozialistischer Untergrund“ (im Folgenden „**NSU**“) – maßgeblich bestehend aus Uwe Böhnhardt, Uwe Mundlos und Beate Zschäpe – bundesweit verschiedene Mordanschläge gegen Menschen vornehmlich mit Migrationshintergrund verübt, bei denen insgesamt zehn Menschen getötet wurden. Bei den behördlichen Ermittlungen wurde dabei trotz deutlicher Hinweise lange Zeit nicht von rassistischen Gewalttaten aus menschenverachtenden Motiven ausgegangen. Das geplante Dokumentationszentrum soll sowohl die Taten des NSU als auch die Versäumnisse im Rahmen der Ermittlungen dokumentieren und an die Opfer der Mordserie erinnern. 16

Die Rechtsform für das geplante Dokumentationszentrum zur Dokumentation der Taten des sogenannten „Nationalsozialistischen Untergrunds“ und deren behördlicher Aufklärung (im Folgenden „**Dokumentationszentrum**“) steht noch nicht fest. Von der Einrichtung des Dokumentationszentrums soll eine politische Signalwirkung ausgehen. Maßgeblich finanziert werden soll das Dokumentationszentrum durch den Bund, wobei eine langfristige finanzielle Absicherung angestrebt wird. Der Bund will so für Aufarbeitung und Gedenken Impulse setzen können. Um mit den bestehenden Betroffenenverbänden nicht zu konkurrieren, sondern diese vielmehr zu unterstützen, sollen ihnen im Dokumentationszentrum Mitentscheidungsrechte eingeräumt werden können. Im Zentrum der Arbeit des Dokumentationszentrums soll das Erinnern, Gedenken und Aufarbeiten stehen – aber auch die Möglichkeit, Empfehlungen für Konsequenzen auszusprechen, die von staatlicher Seite aus dem Geschehenen gezogen werden sollten. Dabei soll stets auf Transparenz geachtet werden. Zudem soll das Zentrum neben der eigenen Tätigkeit auch Fördermittel an Externe vergeben können. 17

Direkte politische Einflussnahme auf die Arbeit des Dokumentationszentrums soll verhindert und eine langfristige unabhängige Arbeit des Dokumentationszentrums gesichert werden. Welche Leitungs- und Kontrollstruktur, insbesondere welche Gremien mit welchen Befugnissen für das Zentrum angestrebt werden und auf welche Art und Weise das Dokumentationszentrum seine Zwecke im Einzelnen erfüllen soll, ist derzeit noch unklar. 18

C. Fragestellung

Welche Rechtsformen kommen für das geplante Dokumentationszentrums in Betracht?

19

Bei der Beantwortung der Frage sollen insbesondere folgende Punkte berücksichtigt werden:

- Das Dokumentationszentrum soll auf Dauer angelegt sein. Inhalte und Tätigkeiten sollen bei der Gründung festgelegt werden und gegen wechselnde politische Einflussnahme geschützt sein.
- Das Dokumentationszentrum muss über ein handlungsfähiges Geschäftsführungsorgan verfügen, das den Aufbau des Dokumentationszentrums vorantreibt und die spätere Tätigkeit umsetzt.
- Das Geschäftsführungsorgan des Dokumentationszentrums muss in seiner Tätigkeit einer effizienten Kontrolle durch ein weiteres Organ unterliegen.
- Zivilgesellschaftlichen Gruppen, die sich für eine Mitwirkung bei der Arbeit des Dokumentationszentrums qualifiziert haben, sollen Einflussmöglichkeiten und Mitspracherechte im Hinblick auf die Tätigkeit des Dokumentationszentrums und die Ausgestaltung seiner Einrichtungen gewährt werden.
- Das Dokumentationszentrum muss nach seiner Rechtsform und seiner Leitungs- und Kontrollstruktur geeignet sein, um mit öffentlichen Mitteln ausgestattet zu werden.
- Das Dokumentationszentrum muss den Anforderungen der Gemeinnützigkeit nach der Abgabenordnung genügen.
- Das Dokumentationszentrum soll geeignet sein, öffentliche Sichtbarkeit, Anerkennung und Vertrauen zu erwerben.
- Verfahren und Zeitplan für die Errichtung des Trägers.

D. Rechtliche Würdigung

Zur Beantwortung der Fragestellung wird nach einer allgemeinen Charakterisierung der für das Dokumentationszentrum in Betracht kommenden Rechtsformen (I.) auf die insbesondere zu berücksichtigenden Aspekte (II. bis VII.) eingegangen. 20

I. Charakterisierung der in Betracht kommende Rechtsformen

Als Rechtsformen für das Dokumentationszentrum kommen 21

- ein eingetragener Verein (e.V.)
- eine (gemeinnützige) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
- eine privatrechtliche Stiftung sowie
- eine öffentlich-rechtliche Stiftung

in Betracht.

Keine selbständige Rechtsform ist die sogenannte „Treuhandsstiftung“, die auf der Grundlage eines Treuhandverhältnisses entsteht, nach dem ein Treuhänder vom Treugeber mit der Durchführung einer bestimmten Aufgabe auf Dauer beauftragt wird. So könnte etwa der Bund oder eine vom Bund beherrschte Einrichtung einen bereits existierenden Träger treuhänderisch mit der Konzeption, Gründung und Führung eines Dokumentationszentrums beauftragen. Diese Lösung setzt also einen existierenden Träger voraus, der geeignet und bereit ist, eine vom Treugeber bestimmte Aufgabe zu übernehmen. 22

1. Eingetragener Verein (e.V.)

Ein eingetragener Verein eignet sich grundsätzlich als Träger eines Dokumentationszentrums. Ein Verein ist eine freiwillige und auf Dauer angelegte Vereinigung von mehreren Personen zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks; der Bestand des Vereins ist von dem Wechsel seiner Mitglieder unabhängig. 23

Mitglieder können sowohl natürliche Personen, also Privatpersonen, als auch juristische Personen wie z.B. Gesellschaften, andere Vereine und öffentlich-rechtliche Körperschaften wie die Bundesrepublik Deutschland oder Bundesländer sein. Bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften kann die Beteiligung an einem Verein im Einzelfall durch Verwaltungsvorschriften ausgeschlossen oder erschwert sein. Ist der Verein im Vereinsregister eingetragen, haften die Mitglieder des Vereins nicht für seine Verbindlichkeiten. 24

Ein eingetragener Verein muss bei der Gründung mindestens sieben Mitglieder haben.¹ Aus dem Prinzip der Satzungsautonomie folgt, dass die Mitgliederversammlung stets das höchste Organ des Vereins ist. Die mitgliedschaftliche Verfassung des Vereins ist unabdingbar.² Durch Satzungsregelung kann bestimmt werden, dass den Mitgliedern in der Mitgliederversammlung unterschiedliches Stimmgewicht und damit unterschiedlicher Einfluss auf die Willensbildung des Vereins zugebilligt wird.³ Zur Änderung des Zwecks eines des Vereins ist zwingend die Zustimmung aller Mitglieder möglich.⁴ Die Hinauskündigung von Mitgliedern ist nur unter sehr hohen Voraussetzungen möglich.⁵

25

Vor diesem Hintergrund kann über die Frage, ob die Rechtsform eines Vereins für das Dokumentationszentrum geeignet sein könnte, erst entschieden werden, wenn feststeht, dass (i) sich mindestens sieben (natürliche oder juristische) Personen an der Gründung beteiligen, (ii) diesen (soweit die Gründer juristische Personen des öffentlichen Rechts sind) die Beteiligung an einem Verein gestattet ist, und (iii) diese Mitglieder jeweils und in ihrer Gesamtheit auch auf Dauer geeignet erscheinen, als höchstes Organ des Vereins für das Dokumentationszentrum gemeinsam die grundlegenden Entscheidungen zu treffen. Die letztgenannte Voraussetzung lässt sich nur im Hinblick auf konkrete Mitglieder, die als Gründer in Betracht kommen, beantworten.

26

2. Gesellschaft mit beschränkter Haftung, insbesondere „gGmbH“

Als Träger des Dokumentationszentrums kommt auch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung („GmbH“) in Betracht. Eine GmbH ist eine Kapitalgesellschaft, also eine Gesellschaft, deren dauerhafter Bestand (nach der ursprünglichen Vorstellung des Gesetzgebers) durch die Aufbringung eines Mindestkapitals sichergestellt wird. Auch die GmbH besteht als solche fort, unabhängig davon, wer ihre Gesellschafter sind. Das Mindeststammkapital beträgt EUR 25.000; die Hälfte davon ist bei der Gründung in bar aufzubringen. Nach Aufbringung des Stammkapitals ist eine persönliche Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen.

27

Die GmbH ist nicht auf gewerbliche Zwecke beschränkt und nicht zwingend auf Gewinnerzielung ausgerichtet. Soweit der Zweck der GmbH unter die nach der Abgabenordnung privilegierten gemeinnützigen Zwecke fällt, kommt die Anerkennung der GmbH als gemeinnützig in Betracht, wenn die Satzung auch den weiteren zwingenden Anforderungen der Gemeinnützigkeit entspricht. Insbesondere müssen in der gemeinnützigen GmbH Gewinnausschüttungen an Gesellschafter nach der Satzung ausgeschlossen

28

¹ § 56 BGB.

² H.M., vgl. MüKoBGB/*Leuschner*, 9. Aufl. 2021, BGB § 25 Rn. 34.

³ BeckOK BGB/*Schöpflin*, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 32 Rn. 22.

⁴ § 33 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁵ So ist Voraussetzung auch für die Wirksamkeit in der Vereinssatzung vorgesehener Ausschlussgründe, dass das Verhalten des Mitglieds die Belange des Vereins in einer die Fortsetzung der Mitgliedschaft für den Verein unzumutbaren Weise berührt (Staudinger/*Schwennicke* (2019) BGB § 38, Rn. 150 m.w.N.).

sein. Die Gemeinnützigkeit kann in der Firma durch den Zusatz „gGmbH“ zum Ausdruck gebracht werden.

Ähnlich wie beim Verein die Mitgliederversammlung, ist bei einer GmbH die Gesellschafterversammlung das höchste Organ. Diesem Organ sind nach dem Grundsatz der Verbandsautonomie die grundlegenden Entscheidungen zur Ausrichtung und organisatorischen Gestaltung zwingend vorbehalten.⁶ 29

Anders als beim Verein ist bei der GmbH keine Mindestanzahl von Gesellschaftern vorgeschrieben. Eine GmbH kann von beliebig vielen, aber auch von nur einem Gesellschafter gegründet werden („Ein-Personen-GmbH“). Die Gründung der Dokumentationszentrums in der Rechtsform einer GmbH käme also auch in Betracht, wenn es (zunächst) nur einen Gesellschafter gibt, etwa die Bundesrepublik Deutschland. 30

Auch bei der Ein-Personen-GmbH können nach der Gründung durch Geschäftsanteilsabtretung oder Kapitalerhöhung beliebig viele weitere Gesellschafter aufgenommen werden. Bei mehreren Gesellschaftern folgt das Stimmgewicht der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung nach der gesetzlichen Regelung dem Nennbetrag der gehaltenen Geschäftsanteile (§ 47 Abs. 2 GmbHG); das Stimmgewicht kann aber auch abweichend davon flexibel gestaltet werden, Anteile können auch gänzlich stimmrechtslos sein.⁷ Es wäre daher möglich, verschiedene Gesellschafter mit unterschiedlichem Stimmgewicht in die Gesellschaft aufzunehmen und diesen Gesellschaftern so unterschiedliches Gewicht bei der Einflussnahme auf grundlegende Entscheidungen für die innere Verfassung der GmbH und ihre nach außen gerichtete Geschäftstätigkeit zuzubilligen. 31

Die Rechtsform der GmbH ist danach flexibler als die des Vereins. Sie kommt in jedem Fall als Träger des Dokumentationszentrums in Betracht. Sie erlaubt insbesondere die Schaffung eines Trägers für das Dokumentationszentrum, wenn sich (zunächst) nur weniger als sieben oder auch nur eine (natürliche oder juristische) Person an der Gründung beteiligt und wenn die Ausrichtung und innere Struktur im Gründungszeitpunkt noch nicht abschließend geklärt ist. 32

3. Privatrechtliche Stiftung

Eine Stiftung wird in der Regel für die Ewigkeit errichtet.⁸ Die privatrechtliche Stiftung ist danach für eine auf Dauer angelegte Einrichtung grundsätzlich geeignet. Eine privatrechtliche Stiftung nach den §§ 80 ff. BGB ist ein Sondervermögen, das eigene Rechtsfähigkeit besitzt und dessen Verwendung an einen bestimmten Zweck gebunden ist. 33

⁶ Habersack/Casper/Löbbecke/Hüffer/Schäfer, 3. Aufl. 2020, GmbHG § 46 Rn. 136, 132.

⁷ Allg. M., vgl. Altmeyers, 11. Aufl. 2023, GmbHG § 47 Rn. 38 und Noack/Servatius/Haas/Noack, 23. Aufl. 2022, GmbHG § 47 Rn. 33 jeweils m.w.N.

⁸ Jauernig/Mansel BGB Vor § 80 Rn. 2.

Anders als eine Gesellschaft oder ein Verein hat eine privatrechtliche Stiftung keine Mitglieder oder Gesellschafter.

Für die Willensbildung gibt es mindestens ein Organ, den Vorstand. Durch die Satzung können weitere Organe für die Willensbildung geschaffen werden. Die Willensbildung in der Stiftung ist aber immer durch den ursprünglichen Stifterwillen, wie er bei der Errichtung der Stiftung zum Ausdruck gekommen ist, beschränkt.⁹ Dessen Beachtung durch die Organe der Stiftung wird von der Stiftungsaufsicht überwacht. Änderungen der inneren Verfassung der Stiftung und der Ausrichtung ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit sind grundsätzlich nur möglich, wenn sie dem ursprünglichen Stifterwillen entsprechen oder mit dem mutmaßlichen Stifterwillen übereinstimmen, so wie dieser angesichts einer Veränderung der Verhältnisse angenommen werden kann.¹⁰ Für die Beurteilung dieser Voraussetzung einer Anpassung an veränderte Verhältnisse kommt es in erster Linie auf die (jeweilige nach Landesrecht) zuständige Stiftungsaufsicht an. Die privatrechtliche Stiftung ist danach in ihrer grundlegenden Ausrichtung vor Veränderungen und Einflussnahmen aufgrund gewandelter Anschauungen in besonderer Weise geschützt. Zugleich ist die privatrechtliche Stiftung deshalb im Verhältnis zu Verein und GmbH die weniger flexible Rechtsform.

34

Das im Rahmen des Stiftungsgeschäfts gewidmete Vermögen der privatrechtlichen Stiftung – das sogenannte Grundstockvermögen – darf selbst nicht für die Verwirklichung der Stiftungszwecke verwendet werden. Allein die Erträge des Grundstockvermögens wie insbesondere Zinsen, anderweitige Kapitalerträge oder auch Einnahmen aus Sachwerten wie Immobilien stehen für die Erfüllung des Stiftungszwecks zur Verfügung. Natürlich kann die Tätigkeit daneben auch mit Spenden oder anderweitigen Zuwendungen wie etwa einer öffentlichen Förderung finanziert werden.

35

Die Anerkennung einer privatrechtlichen Stiftung als Rechtsträger des Dokumentationszentrums setzt voraus, dass die Kosten für dessen dauerhaften Betrieb gesichert sind. Geht man von einer Verzinsung des Stiftungskapitals von 4 % aus, müsste das Grundstockvermögen das 25-fache des jährlichen Kapitalbedarfs betragen – also z.B. EUR 50 Mio. bei jährlichen Betriebskosten von EUR 2 Mio. Die Errichtung des Dokumentationszentrums in der Form der privatrechtlichen Stiftung kommt daher nur in Betracht, wenn sich ein Stifter bereitfindet, ein nicht unerhebliches Grundstockvermögen zur Verfügung zu stellen.

36

Das Grundstockvermögen muss im Zeitpunkt der Anerkennung nicht notwendig im vollen Umfang Eigentum der Stiftung sein. Vielmehr kann eine privatrechtliche Stiftung auch auf Grund der Zusage eines solventen Schuldners, den Finanzbedarf der Stiftung zu decken, anerkannt werden. In der Praxis sehen es die Behörden der Stiftungsaufsicht als ausreichend an, wenn sich eine Gebietskörperschaft bereit erklärt, die Stiftung

37

⁹ Vgl. BGHZ 99, 348.

¹⁰ Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) BGB § 85, Rn. 21.

regelmäßig nach Maßgabe des jeweiligen Haushaltsgesetzes und der verfügbaren Haushaltsmittel zu unterstützen. Diese Voraussetzung wäre jedenfalls bei einer vorbehaltenen Zusage des Bundes erfüllt, die laufende Finanzierung einer bestimmten Stiftungstätigkeit zu übernehmen.¹¹

Soweit allerdings die öffentliche Hand als Stifterin in der Stiftungsgeschäft statt eines Vermögens mit auskömmlichen Erträgen die Deckung des Finanzbedarfs der Stiftung zusagt, gelten für diese Verbindlichkeit die Grenzen des Verwaltungshandelns in Privatrechtsform. Denn die Finanzierungszusage ist in diesem Fall der Sache nach eine Subventionszusage. Deswegen sind die Schranken des Haushalts-, des Vergabe- und des EU-Beihilfenrechts zu beachten.¹² Da es sich bei einer Finanzierung des Dokumentationszentrums haushaltsrechtlich um eine Zuwendung handelt, dürfen Mittel nur gewährt werden, wenn der Haushaltsgesetzgeber eine entsprechende Ausgabe- oder Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan veranschlagt hat.¹³ Für künftige Haushaltsjahre muss eine Finanzierungszusage der öffentlichen Hand daher stets unter einen Haushaltsvorbehalt gestellt werden. Bei einem solchen Vorbehalt ist wiederum die Anerkennung der Stiftung durch die Stiftungsaufsicht – auch bei einer Finanzierungszusage des Bundes – nicht sichergestellt.¹⁴ Es ist daher vorzugswürdig, die Stiftung von Beginn an mit einem genügenden Grundstockvermögen auszustatten.¹⁵

38

4. Öffentlich-rechtliche Stiftung

Wie die privatrechtliche Stiftung stellt auch die öffentlich-rechtliche Stiftung ein Sondervermögen zur Förderung eines bestimmten Zwecks dar. Im Gegensatz zur privatrechtlichen Stiftung ist keine von Anfang an gesicherte Vermögensausstattung erforderlich. Eine öffentlich-rechtliche Stiftung wird durch Verabschiedung eines Bundes- oder Landesgesetzes errichtet, das auch die konkrete Ausgestaltung der Stiftung bestimmt.

39

Da die öffentlich-rechtliche Stiftung durch oder aufgrund eines Gesetzes¹⁶ geschaffen und gestaltet wird, gibt es keine allgemeinen rechtlichen Vorgaben für ihre Ausgestaltung. Durch ein Gesetz zur Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung können etwa auch deren Unabhängigkeit von staatlichem Einfluss und (Mit-)Entscheidungsrechte für

40

¹¹ Vgl. MüKoBGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, BGB § 81 Rn. 19.

¹² Vgl. MüKoBGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, BGB § 81 Rn. 19.

¹³ Nomos-BR/von Lewinski/Burba, BHO, 1. Aufl. 2013, BHO § 44 Rn. 5.

¹⁴ Kritisch zur Anerkennung in diesem Fall Schauhoff/Kirchhain/Mehren Gemeinnützigkeits-HdB, § 3 Rn. 48; MüKoBGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, BGB § 80 Rn. 135 und Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) BGB § 80, Rn. 31. Etwas anderes kann gelten, wenn eine privatrechtliche Stiftung auf der Grundlage einer gesetzlichen Verpflichtung errichtet wird, z.B. die Stiftung Unabhängige Patientenberatung Deutschland auf der Grundlage von § 65b Abs. 1 SGB V.

¹⁵ Vgl. Schauhoff/Kirchhain/Mehren Gemeinnützigkeits-HdB, § 3 Rn. 48.

¹⁶ Auch der Erlass einer Rechtsverordnung oder eines Verwaltungsakts kann Gründungsakt einer öffentlich-rechtlichen Stiftung sein, soweit bereits eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht.

beliebige natürliche oder juristische Personen oder eine offene Partizipation an ihrer Willensbildung vorgesehen werden.

Der Flexibilität bei der Ausgestaltung einer durch Gesetz geschaffenen öffentlich-rechtlichen Stiftung steht allerdings gegenüber, dass für diese Rechtsform – gerade wegen ihrer Unbestimmtheit – keine gesicherten juristischen Grundlagen bestehen. Ergeben sich im Alltag der Stiftung Fragen zu ihrer rechtlichen Funktionsweise, wären diese nach Maßgabe des entsprechenden Stiftungsgesetzes zu beantworten. Soweit dieses Gesetz keine Regelung enthält, ergeben sich Unsicherheiten. Denn die Klärung nicht ausdrücklich gesetzlich geregelter Fragen des privatrechtlichen Stiftungsrechts durch die Rechtswissenschaft und die Gerichte kann nicht ohne weiteres auf die öffentlich-rechtliche Stiftung übertragen werden. Die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Stiftung kann daher in der praktischen Arbeit mit rechtlichen Unsicherheiten und erhöhtem juristischem Beratungsaufwand verbunden sein.

41

Dieses Problem lässt sich abmildern, indem bei der Gestaltung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung dem Modell der privatrechtlichen Stiftung gefolgt wird. Beispiele bieten auf der Ebene des Bundes die Stiftung „Deutsches Historisches Museum“,¹⁷ die „Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas“¹⁸ oder die Stiftung „Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland“¹⁹.

42

Dort wo das Gesetz zur privatrechtlichen Stiftung zu eng erscheint, kann man sich bei der öffentlich-rechtlichen Stiftung über die Vorgaben hinwegsetzen. Tut man das, ist aber darauf zu achten, dass Zwecke der gesetzlichen Regelung anderweitig gesichert sind und dass die Regelung ausreichend bestimmt und ausführlich ist, um die oben beschriebenen rechtlichen Unsicherheiten zu begrenzen.

43

Da ein Gesetz jederzeit durch den Gesetzgeber geändert werden kann, könnte zu einem späteren Zeitpunkt mit einfacher Mehrheit innerhalb des zuständigen gesetzgeberischen Organs, die Organisationsstruktur der Stiftung geändert, direkter Einfluss auf die Arbeit der Stiftung ausgeübt oder die Stiftung aufgelöst werden.²⁰ Die öffentlich-rechtliche Stiftung ist so stets von ihrem Gründungsgesetzgeber in seiner wechselnden Zusammensetzung abhängig, sodass weder ein dauerhafter Bestand noch eine unabhängige Arbeit in dieser Rechtsform sicher gewährleistet werden kann.

44

¹⁷ Vgl. Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Deutsches Historisches Museum“ G v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2891).

¹⁸ Vgl. Gesetz zur Errichtung einer "Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas" vom 17. März 2000 (BGBl. I S. 212).

¹⁹ Vgl. Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland“ vom 28. Februar 1990 (BGBl. I S. 294).

²⁰ Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) Vor § 80, Rn. 411.

5. Sogenannte „Treuhandstiftung“

Ebenso wie für die öffentlich-rechtliche Stiftung gibt es keine allgemeinen rechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung einer Treuhandstiftung. Durch einen Treuhandvertrag zur Errichtung einer Treuhandstiftung oder durch ein entsprechendes Gesetz kann ein Treuhänder eingesetzt wird, dem aufgegeben wird, ein Vorhaben unabhängig vom Treugeber und unter Bindung an (Mit-)Entscheidungsrechte für beliebige natürliche oder juristische Personen oder eine offene Partizipation an ihrer Willensbildung umzusetzen. Als Dauerschuldverhältnis ist ein privatrechtliches Treuhandverhältnis allerdings jedenfalls aus wichtigem Grund kündbar. Etwas anderes gilt, wenn das Treuhandverhältnis durch Gesetz geschaffen wird.²¹ Dann steht es – wie die öffentlich-rechtliche Stiftung – zur Disposition des entsprechenden Gesetzgebers.

45

Da die unselbständige Treuhandstiftung keine eigene Rechtsform darstellt und auch kein Treuhänder ersichtlich ist, der die Aufgabe des Dokumentationszentrums treuhänderisch übernehmen könnte, bleibt diese Option für die Organisation der Dokumentationszentrums im Folgenden unberücksichtigt.

46

II. Leitungs- und Kontrollstruktur

Bei der Gestaltung der Leitungs- und Kontrollstrukturen für den Träger des Dokumentationszentrums ist zwischen notwendigen Organfunktionen und den insoweit geltenden gesetzlichen Vorgaben einerseits und den Gestaltungsmöglichkeiten durch Satzungsrecht zu unterscheiden.

47

1. Notwendige Organfunktionen

a) Vertretung und Geschäftsführung

Jede juristische Person muss mindestens ein Organ haben, durch das sie am Rechtsverkehr teilnehmen kann (Geschäftsführungsorgan). Die Geschäftsführung kann auch zwischen einem allzuständigen übergeordneten Geschäftsführungsorgan (z.B. Vorstand, Geschäftsführer) und einem teilzuständigen untergeordneten Organ, etwa für die Geschäfte der laufenden Verwaltung (z.B. Geschäftsführer, Besonderer Vertreter, Generalsekretär), aufgeteilt sein.

48

Auch das Dokumentationszentrum muss über ein handlungsfähiges Geschäftsführungsorgan verfügen, das den Aufbau des Dokumentationszentrums vorantreibt und die spätere Geschäftstätigkeit umsetzt. Das Geschäftsführungsorgan des

49

²¹ Ein Beispiel bietet die Unselbständige Stiftung „Stiftung Flucht, Vertreibung, Versöhnung“ gemäß §§ 15ff. Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Deutsches Historisches Museum“ vom 21. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2891) zuletzt geändert durch Art. 158 V v. 19.6.2020 (BGBl. I S. 1328).

Dokumentationszentrums sollte jedenfalls im Rahmen des Tagesgeschäfts unabhängig entscheiden können.

b) Willensbildung und Kontrolle

Darüber hinaus haben mitgliedschaftlich verfasste juristische Personen zwingend ein gesondertes Willensbildungsorgan, das nach dem Gesetz für Richtungsvorgaben und die Steuerung und Kontrolle der Geschäftsführung zuständig ist (Mitglieder- oder Gesellschafterversammlung). 50

Die Steuerung und Kontrolle des Geschäftsführungsorgans kann durch Satzungsregelung aber auch einem gesonderten zusätzlichen Überwachungsorgan übertragen werden, das insbesondere oder ausschließlich eine Überwachungsaufgabe hat (z.B. Aufsichtsrat oder Kuratorium). Bei der privatrechtlichen Stiftung muss ein solches Organ durch die Satzung vorgesehen werden, wenn die Steuerung, Kontrolle und Überwachung der Geschäftsführung allein durch das Kollegialprinzip in einem mehrköpfigen Vorstand nicht hinreichend gewährleistet erscheint (z.B. erweiterter Vorstand, Kuratorium). 51

2. Gesetzliche Ausgestaltung der notwendigen Organfunktionen

Nach der gesetzlichen Regelung sind die notwendigen Organfunktionen bei Verein, GmbH sowie privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Stiftung unterschiedlich ausgestaltet: 52

a) Eingetragener Verein

Ein eingetragener Verein muss nach § 26 Abs. 1 S. 1 BGB einen Vorstand haben, der den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Oberstes Organ ist jedoch die Mitgliederversammlung, die den Vorstand bestellt und neben Satzungsänderungen nach § 32 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich für sämtliche Angelegenheiten des Vereins zuständig ist. Außerdem können zusätzliche Organe geschaffen werden, auf die Befugnisse des Vorstands oder der Mitgliederversammlung übertragen werden, die aber auch eine bloß beratende Funktion haben können.²² 53

b) GmbH

Eine GmbH verfügt grundsätzlich über die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ und die Geschäftsführung als Vertretungsorgan, bestehend aus einer Person oder mehreren Personen. Die Gesellschafterversammlung ist insbesondere für die Bestellung der Geschäftsführung und für Änderungen der Satzung 54

²² Sauter/Schweyer/Waldner/Neudert/Waldner, Eingetragener Verein, Rn. 308, 309.

zuständig²³ und kann der Geschäftsführung Weisungen erteilen.²⁴ Optional kann durch die Satzung als weiteres Organ ein Aufsichts- oder Beirat geschaffen werden, auf den Befugnisse der Gesellschafterversammlung und gegebenenfalls der Geschäftsführung übertragen werden können, dem aber wiederum auch eine rein beratende Funktion zukommen kann.²⁵

c) **Privatrechtliche Stiftung**

Eine privatrechtliche Stiftung muss nach § 84 Abs. 1 BGB zumindest einen Vorstand haben. 55

Ein weiteres Willensbildungsorgan ist bei der privatrechtlichen Stiftung gesetzlich nicht vorgesehen, weil der Vorstand als Geschäftsführungsorgan nach dem gesetzlichen Leitbild allein den im Errichtungsgeschäft festgelegten Zweck zu verfolgen hat. 56

d) **Öffentlich-rechtliche Stiftung**

Für öffentlich-rechtliche Stiftungen besteht eine gesetzliche Ausgestaltung der notwendigen Organfunktionen nur insoweit, dass die Stiftungsgesetze der Länder teils die entsprechende Anwendung unter anderem des § 84 Abs. 1 BGB für öffentlich-rechtliche Stiftungen bestimmen.²⁶ Danach muss in diesen Bundesländern auch eine öffentlich-rechtliche Stiftung einen Vorstand haben. Da die wohl h.M. in der Literatur auch in den übrigen Bundesländern und für bundesunmittelbare öffentlich-rechtliche Stiftungen eine entsprechende Anwendung der §§ 80 ff. BGB befürwortet,²⁷ lässt sich dies auf sämtliche öffentlich-rechtliche Stiftungen übertragen. Neben dem Vorstand können auch bei der öffentlich-rechtlichen Stiftung weitere Organe vorgesehen werden.²⁸ 57

3. **Gestaltungsmöglichkeiten für Leitungs- und Kontrollstruktur und Partizipation zivilgesellschaftlicher Organisationen**

Trotz der Unterschiede bei der gesetzlichen Grundkonzeption sind bei allen in Betracht kommenden Rechtsformen gleichwertige Gestaltungen möglich. Nach entsprechenden Satzungsgestaltungen oder im Falle der öffentlich-rechtlichen Stiftung im Gesetz über ihre Errichtung können gesonderte Organe etwa für (1) die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung, (2) die Anpassung der inneren Struktur an veränderte 58

²³ §§ 46 Nr. 5 und 53 Abs. 1 GmbHG.

²⁴ Vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG a.E.

²⁵ Noack/Servatius/Haas/Noack, 23. Aufl. 2022, GmbHG § 45 Rn. 18.

²⁶ Art. 3 Abs. 2 S. 1 BayStiftG, § 2 Abs. 3 HessStiftG, § 10 Abs. 2 RhPflStiftG.

²⁷ Vgl. BeckOK BGB/Backert, 66. Ed. 1.5.2022, BGB § 80 Rn. 23 m.w.N.

²⁸ MüKoBGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, BGB § 80 Rn. 308.

Verhältnisse oder (3) die Partizipation zivilgesellschaftlicher Organisationen im Bereich der Geschäftsführung oder im Hinblick auf die strategische Ausrichtung vorgesehen werden. In der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag ist gegebenenfalls auch die Zusammensetzung dieser Organe und das Verfahren für ihre Besetzung festzulegen.

Bei privatrechtlichen Stiftungen sind Änderungen der Stiftungssatzung und damit auch die Änderung der Regelungen über die Stiftungsorgane nur eingeschränkt möglich und bedürfen in jedem Fall der Zustimmung der Stiftungsaufsicht. Deshalb sollten dort die erforderlichen und gewünschten Organe, deren Zusammensetzung und deren Aufgaben und Befugnisse bereits bei Errichtung der Stiftung möglichst so bestimmt werden, das spätere Änderungen – voraussichtlich – vermieden werden können.

59

a) **Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung**

Das Geschäftsführungsorgan des Dokumentationszentrums sollte im Hinblick auf Finanzierung durch die öffentliche Hand jedenfalls einer effizienten Kontrolle unterliegen.²⁹

60

Die Kontrolle des Geschäftsführungsorgans kann einerseits durch dessen Ausgestaltung als Kollegialorgan erreicht werden. Andererseits können durch Satzungs-gestaltung weitere Organe vorgesehen werden, denen die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung und die Kompetenz zur Sicherstellung der Handlungsfähigkeit des Dokumentationszentrums zugewiesen ist.

61

Bei der Bildung eines gesonderten Organs zur Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung ist darauf zu achten, dass das Organ nach seiner Besetzung, seinen Verfahrensweisen und der Qualifikation der Organmitglieder kurzfristig und rechtssicher Entscheidungen treffen kann. Dem Organ, das für die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung zuständig ist, sollte als *ultima ratio* auch die Kompetenz zur Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans zugewiesen sein.

62

Bei mitgliederschaflich organisierten Rechtsformen (Verein und GmbH) kann die Überwachungsfunktion der Mitglieder- oder Gesellschafterversammlung überlassen bleiben, wie es von Gesetzes wegen vorgesehen ist. Erscheinen diese Organe wegen ihrer Größe oder Besetzung nicht geeignet, diese Funktion auszufüllen, ist die Schaffung von besonderen Überwachungsorganen durch Satzungsrecht ohne weiteres zulässig. Die Besetzung dieser zusätzlichen Organe sollte gegebenenfalls auf die Überwachungsaufgabe ausgerichtet sein. Bei einer privat- oder öffentlich-rechtlichen Stiftung als Träger des Dokumentationszentrums ist zur deutlicheren Trennung von Geschäftsführung und Überwachung die Bildung eines

63

²⁹ Vgl. II. Abs. 5 in Anlage zur VV Nr. 2 zu § 68 BHO. Siehe auch unten in Abschnitt III. Möglichkeiten der öffentlichen Finanzierung.

gesonderten Überwachungsorgans („Kuratorium“ oder „Stiftungsrat“) durch die Satzung bzw. den Stiftungsakt zu empfehlen.

b) Ausrichtung und innere Verfassung

Der Zweck des Dokumentationszentrums und die Ausgestaltung seiner Organe und Einrichtungen sind im Gründungsakt des Trägers festzulegen. Diesen Zweck im Laufe der Zeit konkretisierende Leitlinien für die Tätigkeit des Dokumentationszentrums, im Laufe der Tätigkeit erforderlich werdende Anpassungen der Ausgestaltung der Organe sowie ähnliche besonders weitreichende Entscheidungen zur Arbeit des Dokumentationszentrums können bei mitgliederschaftlich verfassten Trägern der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung überlassen bleiben.

64

In allen in Betracht kommenden Rechtsformen können für diesen Bereich der Willensbildung aber auch weitere Organe geschaffen werden, die weniger auf eine rasche Entscheidungsfindung, sondern auf die Einbeziehung unterschiedlicher Perspektiven ausgerichtet sind (z.B. Beirat). Um dies möglichst umfassend zu erreichen, kann für diese Organe auch eine beliebige Zahl an Mitgliedern vorgesehen werden. Auf diese Weise können vielfältigen zivilgesellschaftlichen Gruppen, die sich für eine Mitwirkung bei der Arbeit des Dokumentationszentrums qualifiziert haben, wie insbesondere den Betroffenenverbänden, Einflussmöglichkeiten und Mitspracherechte auch im Hinblick auf Ausrichtung und innere Struktur gewährt werden.

65

c) Einflussnahme auf die Geschäftsführung

Schließlich können durch die Satzung bzw. den Stiftungsakt bei allen in Betracht kommenden Rechtsformen auch Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung insgesamt oder auf bestimmte Zuständigkeitsbereiche gesonderten Organen eingeräumt werden und damit z.B. auch einem Beirat, in dem zivilgesellschaftliche Organisationen vertreten sind. Die Gestaltung der Rechte dieser Organe ist frei, soweit sie bei Verein und GmbH nicht in die zwingenden Rechte der Mitglieder und Gesellschafter im Hinblick auf die Satzungsautonomie eingreifen und soweit sie bei der Stiftung die Maßgeblichkeit der Stifterwillens nicht aushebeln.

66

Die Kompetenzen solcher Organe können bis zu Weisungsrechten gegenüber der Geschäftsführung reichen, sie können auf Zustimmungsvorbehalte und damit auf Veto-Rechte im Hinblick auf einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen beschränkt sein, sie können auch auf die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geplanten Geschäftsführungsmaßnahmen oder auf bloße Beratung des Geschäftsführungsorgans bei Bedarf reduziert sein. Je höher der Einfluss solcher Organe ist, desto größeres Gewicht kann den Belangen der darin vertretenen Interessengruppen eingeräumt werden. Dies steigert gleichzeitig die Attraktivität der zu vergebenden

67

Ämter und erleichtert deren – in der Praxis mitunter schwierige – Besetzung mit geeigneten Personen. Dem gegenüber sollte es solchen Organen nicht möglich sein, die Arbeit des Dokumentationszentrums gänzlich zu blockieren. Bei der Gestaltung solcher Mitwirkungsrechte im Hinblick auf die Geschäftsführung ist Sorge dafür zu tragen, dass diese die Geschäftsführung nicht lähmen.

4. Gestaltungsbeispiele

Beispiele, wie die Leitungs- und Kontrollstruktur des Trägers des Dokumentationszentrums konkret gestaltet werden kann, bieten die Strukturen bei verschiedenen bundesunmittelbaren Stiftungen. 68

Die **Stiftung „Deutsches Historisches Museum“**³⁰ verfügt über ein Kuratorium, eine Präsidentin oder einen Präsidenten und über einen wissenschaftlichen Beirat. Die Präsidentin oder der Präsident führt die Geschäfte der Stiftung, vollzieht die Beschlüsse des Kuratoriums, entscheidet in allen Angelegenheiten, soweit dafür nicht das Kuratorium zuständig ist, und vertritt die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich. Zu Rechtsgeschäften und Handlungen von erheblicher Bedeutung benötigt sie/er die Zustimmung des Kuratoriums. Das Kuratorium überwacht die Tätigkeit der Stiftungsleitung und beschließt über alle grundsätzlichen Fragen, insbesondere über die Grundzüge der Programmgestaltung, die Satzung, den Wirtschaftsplan, die Bestellung der Abschlussprüfer und wichtige Personalentscheidungen. Die Rechte und Pflichten seiner Mitglieder entsprechen denen der Mitglieder des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft. Die 15 Mitglieder des Kuratoriums werden allein von staatlicher Seite entsandt. Der wissenschaftliche Beirat der Stiftung „Deutsches Historisches Museum“ hat eine rein beratende Funktion. 69

Organe der „**Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas**“³¹ sind das Kuratorium, der Direktor oder die Direktorin und der Beirat. Der Direktor oder die Direktorin führt die Beschlüsse des Kuratoriums aus und führt die Geschäfte der Stiftung. Das Kuratorium beschließt über alle grundsätzlichen Fragen, die zum Aufgabenbereich der Stiftung gehören, insbesondere über die Bestellung des Direktors oder der Direktorin, den vom Direktor oder von der Direktorin aufzustellenden Haushaltsplan und die Bestellung der Mitglieder des Beirats. Außerdem überwacht es die Tätigkeit des Direktors oder der Direktorin. Die derzeit 22 Mitglieder des Kuratoriums werden bei dieser Stiftung teils von staatlicher Seite, teils von jüdischen und zivilgesellschaftlichen Organisationen entsandt. Die Tätigkeit des Beirats beschränkt sich auch hier auf die Beratung des Kuratoriums und des Direktors bzw. der Direktorin. 70

Die „**Stiftung Orte der deutschen Demokratiegeschichte**“ verfügt über einen Stiftungsrat, einen Direktor oder eine Direktorin und einen Stiftungsbeirat. Der Direktor bzw. 71

³⁰ Vgl. Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Deutsches Historisches Museum“ G v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2891).

³¹ Vgl. Gesetz zur Errichtung einer "Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas" vom 17. März 2000 (BGBl. I S. 212).

die Direktorin ist in weitgehend ähnlichem Umfang wie der Präsident bzw. die Präsidentin der Stiftung „Deutsches Historisches Museum“ für die laufenden Geschäfte der Stiftung zuständig. Der Stiftungsrat überwacht die Tätigkeit der Direktorin oder des Direktors. Außerdem beschließt er über alle grundsätzlichen Fragen der Stiftung, insbesondere über die Satzung, die Grundzüge der Programmgestaltung, den Wirtschaftsplan und wichtige Personalentscheidungen. Daneben legt er die Förderrichtlinien und Förderschwerpunkte der Stiftung fest und trifft grundsätzlich die Förderentscheidungen. Der 14 Mitglieder umfassende Stiftungsrat besteht einerseits aus von staatlicher Seite entsandten Mitgliedern, andererseits aus Mitgliedern kraft Amtes, zum Beispiel die Präsidenten bestimmter staatlicher Einrichtungen. Der Stiftungsbeirat berät den Stiftungsrat und die Direktorin oder den Direktor zur inhaltlichen Ausrichtung, zur Programmplanung und zu den Förderschwerpunkten der Stiftung. Er spricht gegenüber dem Stiftungsrat zudem Empfehlungen zu den eingegangenen Förderanträgen aus.

Als weiteres Beispiel lässt sich die **Stiftung „Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland“**³² anführen. Diese Stiftung verfügt zwar mit einem Kuratorium, einem Präsidenten oder einer Präsidentin und einem wissenschaftlichen Beirat zunächst über ähnliche Organe wie die vorgenannten Stiftungen mit weitgehend ähnlichen Befugnissen. Als zusätzliches Organ besteht bei dieser Stiftung aber ein Arbeitskreis gesellschaftlicher Gruppen als Interessenvertretung der Besuchenden, der ebenfalls beratend tätig ist und sich aus Vertretern zivilgesellschaftlicher und kirchlicher Organisationen zusammensetzt.

72

Diese Beispiele machen – neben vielen Parallelen – Unterschiede insbesondere bei den Einflussnahmemöglichkeiten zivilgesellschaftlicher Organisationen deutlich. Während bei der Stiftung „Deutsches Historisches Museum“ und der „Stiftung Orte der deutschen Demokratiegeschichte“ keine solche Möglichkeiten bestehen, beschränken sich die Möglichkeiten bei der Stiftung „Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland“ auf eine beratende Einwirkung. Bei der „Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas“ wurde den jüdischen und zivilgesellschaftlichen Organisationen dagegen Entsenderechte in das Kuratorium und damit in ein Organ mit weitreichenden Entscheidungsbefugnissen eingeräumt.

73

All diese Gestaltungsvarianten ließen sich – unabhängig von der gewählten Rechtsform – auch für den Träger des Dokumentationszentrums umsetzen. Die Befugnisse der Organe können jedoch, wie oben mit den zu beachtenden Aspekten dargestellt,³³ auch anderweitig gestaltet werden.

74

³² Vgl. Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland" vom 28. Februar 1990 (BGBl. I S. 294).

³³ Siehe oben bei D. II. 3.

III. Möglichkeiten der öffentlichen Finanzierung

Das Dokumentationszentrum muss nach seiner Rechtsform und seiner Leitungs- und Kontrollstruktur dazu geeignet sein, mit öffentlichen Mitteln ausgestattet zu werden. Auch eine derartige staatliche Förderung des Dokumentationszentrums ist sowohl als privatrechtliche Stiftung als auch als eingetragener Verein und als gGmbH möglich. Für die Finanzierung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung werden in aller Regel im jeweiligen Bundes- oder Landeshaushalt die dafür zur Verfügung stehenden Mittel vorgesehen. 75

Bei der öffentlichen Finanzierung ist zwischen Zuwendungen zur Deckung von Ausgaben des Zuwendungsempfängers für einzelne abgegrenzte Vorhaben (Projektförderung) und Zuwendungen zur Deckung der gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teils der Ausgaben des Zuwendungsempfängers (institutionelle Förderung) zu unterscheiden.³⁴ 76

Für die für das Dokumentationszentrum vorrangig anzustrebende institutionelle Förderung müsste jährlich ein Haushalts- oder Wirtschaftsplan vorgelegt werden, der alle zu erwartenden Einnahmen und voraussichtlich zu leistenden Ausgaben sowie einen Organisations- und Stellenplan enthält.³⁵ Eine Übersicht über das Vermögen und die Schulden sowie über die voraussichtlich einzugehenden Verpflichtungen zu Lasten künftiger Jahre ist als Anlage beizufügen, soweit sich dies nicht schon aus den Bilanzen oder dem Haushalts- oder Wirtschaftsplan ergibt. Gegebenenfalls reicht ein vorläufiger Haushalts- oder Wirtschaftsplan.³⁶ Im Bereich der institutionellen Förderung besteht auch das sogenannte Omnibusprinzip, nach dem ein neuer Zuwendungsempfänger grundsätzlich nur berücksichtigt werden kann, wenn zugleich ein bestehender Empfänger institutioneller Förderung ausscheidet.³⁷ All dies gilt unabhängig von der gewählten Rechtsform. 77

Ebenfalls rechtsformunabhängig setzen Zuwendungen zur Projektförderung im Rahmen übergeordneter Ziele und damit insbesondere Förderprogramme eine hinreichende Bestimmung dieser Ziele voraus, um eine spätere Erfolgskontrolle zu ermöglichen. Dabei ist zwischen einer Zielerreichungs-, Wirksamkeits- und Wirtschaftlichkeitskontrolle zu unterscheiden.³⁸ Daraus ergibt sich gleichzeitig – ebenso wie aus dem Erfordernis der Vorlage des Haushalts- und Wirtschaftsplans im Rahmen der institutionellen Förderung –, dass die Tätigkeiten des Dokumentationszentrums bereits vor der Errichtung seines Rechtsträgers möglichst genau bestimmt werden sollten. 78

Im Übrigen ergeben sich die Pflichten eines Empfängers von Zuwendungen aus den Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung bzw. 79

³⁴ Nr. 2 zu § 23 VV-BHO.

³⁵ Nr. 3.4 zu § 23 VV-BHO.

³⁶ Nr. 3.4 zu § 23 VV-BHO.

³⁷ Gröpl/Rossi, BHO / LHO, 2. Aufl. 2019, BHO § 23 Rn. 40.

³⁸ Nr. 3.5 zu § 23 VV-BHO; Gröpl/Rossi, BHO / LHO, 2. Aufl. 2019, BHO § 23 Rn. 41.

Projektförderung.³⁹ Darin werden – wiederum rechtsformunabhängig – unter anderem Vorgaben zur Mittelverwendung und zu Buchführungs- und Nachweispflichten gemacht. Außerdem sind darin Prüfungsmöglichkeiten der Bewilligungsbehörde und des Rechnungshofs vorgesehen.

Aufgrund dieser Bestimmungen empfiehlt sich regelmäßig, auch intern eine jährliche Prüfung der finanziellen Vorgänge durch Satzungsregelung vorzusehen.⁴⁰ Eine Verpflichtung dazu kann auch im Rahmen der Bewilligung der staatlichen Förderung ausgesprochen werden. Häufig wird zudem eine effektive Kontrolle des Geschäftsführungsorgans verlangt. Wie im vorherigen Abschnitt dargestellt, lässt sich auch dies bei den in Betracht kommenden Rechtsformen umsetzen.⁴¹

In einem Aspekt der Finanzierungsmöglichkeiten unterscheidet sich die privatrechtliche Stiftung jedoch vom Verein und der gGmbH: Bei anfänglicher Ausstattung mit einem Grundstockvermögen in bestimmter Höhe, das auch über einen längeren Zeitraum gestreckt aufgebaut werden kann, könnte das Dokumentationszentrum als privatrechtliche Stiftung unabhängig von späteren jährlichen Finanzierungszusagen vom Bund arbeiten.⁴² Verein, gGmbH und auch die öffentlich-rechtliche Stiftung müssen dagegen nicht schon bei der Gründung in ähnlicher Weise wie eine privatrechtliche Stiftung ausgestattet werden, werden deshalb aber im Regelfall auf spätere Finanzierungszusagen angewiesen sein. Eine Ausstattung mit einem Grundstockvermögen in einer Höhe, die für eine künftige finanzielle Unabhängigkeit ausreicht, ist zwar auch bei öffentlich-rechtlichen Stiftungen möglich, in der Praxis bei dieser Rechtsform jedoch der Ausnahmefall.⁴³

IV. Gründungsprozess

Bei der Wahl der Rechtsform ist auch das Verfahren und der Zeitplan für die Errichtung des Trägers zu berücksichtigen.

Für eine realistische Einschätzung der Dauer bis zur Errichtung des Dokumentationszentrums dürfte die Einbindung zivilgesellschaftlicher Gruppen in der Konzeptionsphase ein entscheidender Faktor sein. Aus juristischer Sicht kann hier nur dargelegt werden, welche Schritte nach der Entscheidung über die Gründer, die Rechtsform, die

³⁹ ANBest-I und ANBest-P, Anlagen 1 und 2 zu Verwaltungsvorschrift Nr. 5.1 zu § 44 Bundeshaushaltsordnung oder zu entsprechenden Verwaltungsvorschriften zu Landshaushaltsordnungen.

⁴⁰ Gehört dem Bund oder einem Bundesland, gegebenenfalls zusammen mit anderen Bundesländern, die Mehrheit der Anteile eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts, besteht für diese Gebietskörperschaften ohnehin eine Pflicht eine Abschlussprüfung in der erweiterten Form des § 53 HGrG einzufordern (Nomos-BR/von *Lewinski/Burbat* HaushGrG, 1. Aufl. 2013, HGrG § 53 Rn. 6).

⁴¹ Siehe oben in Abschnitt II. bei 3.

⁴² Siehe dazu auch unten in Abschnitt VII. Möglichkeiten der zukünftigen politischen Einflussnahme.

⁴³ Staudinger/*Hüttemann/Rawert* (2017) Vor § 80, Rn. 411; BeckOK BGB/*Backert*, 66. Ed. 1.5.2022, BGB § 80 Rn. 23.

Ausgestaltung der Leitungs- und Kontrollstruktur und gegebenenfalls weiterer Willensbildungsorgane für die Umsetzung erforderlich sind und welche Dauer für die Errichtung des Trägers danach noch zu veranschlagen ist.

Da das Dokumentationszentrum zwecks steuerlicher Begünstigung den Anforderungen der Gemeinnützigkeit nach der Abgabenordnung genügen sollte, ist – rechtsformunabhängig – stets eine diesbezügliche Abstimmung der vorgesehenen Satzung bzw. des vorgesehenen Gesellschaftsvertrags mit dem Finanzamt erforderlich.⁴⁴ Dabei weichen die Bearbeitungszeiten und Ansprüche an die Ausführlichkeit der Darstellungen je nach Finanzamt, aber auch je nach zuständigem Mitarbeiter teils erheblich voneinander ab. Da dieser Aspekt alle in Betracht kommenden Rechtsformen betrifft, kann er jedoch im Rahmen der Rechtsformwahl außer Betracht bleiben.

84

1. **Eingetragener Verein**

Die Gründung eines eingetragenen Vereins ist kurzfristig möglich. Im Hinblick auf die Gemeinnützigkeit sollte der Entwurf der Satzung vorab mit dem zuständigen Finanzamt abgestimmt werden. Diese Abstimmung kann auch nach der Vereinsgründung vorgenommen werden, weil die Vereinssatzung nach der Gründung durch die Mitgliederversammlung ohne weiteres durch Beschluss der Mitgliederversammlung und Eintragung im Vereinsregister geändert werden kann.

85

Die Gründung des Vereins erfordert die Abhaltung einer Gründungsversammlung, in der die Satzung von den Gründungsmitgliedern angenommen und der Vorstand gewählt wird. Daneben können gegebenenfalls die Mitglieder weiterer Organe des Vereins gewählt werden. Im Anschluss ist der Verein zum Vereinsregister anzumelden. Allein diese Anmeldung bedarf der notariellen Beglaubigung. Das Protokoll der Gründungsversammlung nebst Anwesenheitsliste, die mit den Unterschriften der Gründungsmitglieder versehenen Satzung und (gegebenenfalls) die Stellungnahme des zuständigen Finanzamts zur Anerkennung der Gemeinnützigkeit sind der Anmeldung beizufügen.

86

Für den Gründungsprozess nach Gründungsversammlung und der Anmeldung zum Vereinsregister ist ein Zeitraum von mindestens zwei Monaten zu veranschlagen.

87

2. **GmbH**

Auch die Gründung einer GmbH ist kurzfristig möglich. Das Protokoll der Gründungsverhandlung, in der auch die Geschäftsführung und gegebenenfalls die Mitglieder weiterer Organe bestellt werden, einschließlich der Satzung muss notariell beurkundet werden. Eine spätere Änderung der Satzung ist durch einen Gesellschafterbeschluss möglich, der gegebenenfalls notariell zu beurkunden ist.

88

⁴⁴ Siehe dazu sogleich in Abschnitt D.V.

- Wenn die Gesellschaft als „gemeinnützige GmbH“ oder „gGmbH“ bezeichnet werden soll, muss schon bei Einreichung der Handelsregisteranmeldung die Stellungnahme des zuständigen Finanzamtes zur voraussichtlichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit vorliegen. Die entsprechende Abstimmung muss dann vor der Gründungsverhandlung abgeschlossen sein. 89
- Nach der Gründungsverhandlung ist das Stammkapital der gGmbH in Höhe von mindestens EUR 25.000 jedenfalls zur Hälfte auf ein noch zu eröffnendes Konto der Gesellschaft einzuzahlen. Die Eröffnung dieses Bankkontos nimmt erfahrungsgemäß einige Tage in Anspruch. Schließlich ist die Gründung der gGmbH unter Beifügung des Protokolls der Gründungsversammlung einschließlich der Satzung, der Liste der Gesellschafter und der Stellungnahme des Finanzamtes von den Geschäftsführern zum Handelsregister anzumelden. Die Unterschriften der Geschäftsführer sind dabei notariell zu beglaubigen.⁴⁵ 90
- Für den Eintragung im Handelsregister, mit der die GmbH als solche entsteht, ist nach Abstimmung der Entwürfe und Beurkundung der notariellen Errichtungsverhandlung und der Anmeldung zum Handelsregister ein Zeitraum von ca. einem Monat zu veranschlagen. 91
- Für den Eintragung im Handelsregister, mit der die GmbH als solche entsteht, ist nach Abstimmung der Entwürfe und Beurkundung der notariellen Errichtungsverhandlung und der Anmeldung zum Handelsregister ein Zeitraum von ca. einem Monat zu veranschlagen. 92
- 3. Privatrechtliche Stiftung**
- Die Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung bedarf keiner Mitwirkung eines Notars. Sie ist allerdings sehr viel zeitaufwändiger als die Gründung eines Vereins oder einer GmbH. Bis zur Aufnahme der Tätigkeit einer solchen Stiftung sollte deswegen mit einem Zeitraum von einem Jahr gerechnet werden. 93
- Davon wird ein großer Teil auf die Ausarbeitung der Stiftungssatzung entfallen. Nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 BGB muss die Stiftungssatzung mindestens Bestimmungen über den Zweck, den Namen, den Sitz und die Bildung des Vorstands der Stiftung enthalten. Außerdem sind insbesondere die Tätigkeiten der Stiftung und ihre Leitungs- und Kontrollstruktur möglichst genau zu regeln. Auch in diesem Zusammenhang ist zu 94

⁴⁵ Um das Verfahren weiter zu beschleunigen, kommt auch der Erwerb einer bereits gegründeten Vorrats-GmbH in Betracht, deren Satzung einschließlich der Firma nach dem Erwerb durch Gesellschafterbeschluss neu gefasst wird. Da die Ausarbeitung der Satzung und die erforderliche Abstimmung mit dem Finanzamt ohnehin einige Wochen in Anspruch nimmt, sollten die wenigen Tage Zeitersparnis des Erwerbs einer Vorrats-GmbH gegenüber einer gewöhnlichen GmbH-Gründung jedoch nicht ins Gewicht fallen.

berücksichtigen, dass die spätere Änderung der Satzung nicht ohne weiteres möglich ist.

Nach einer Vorbereitung eines ersten Entwurfs der Satzung ist dieser nicht nur mit dem Finanzamt, sondern auch mit der Stiftungsaufsicht abzustimmen, deren Anerkennung der Stiftung nach §§ 80 Abs. 2 S. 1, 82 S. 1 BGB für ihre Errichtung erforderlich ist. Dabei muss – meist mehrfach – mit Bearbeitungszeiten von mehreren Wochen gerechnet werden. Neben der Stiftungssatzung enthält das sogenannte Stiftungsgeschäft nach § 81 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Erklärung des oder der Stifter, zur Erfüllung des vorgegebenen Stiftungszwecks ein Vermögen zu widmen, das der Stiftung zu deren eigener Verfügung zu überlassen ist. Neben dieser Erklärung kann das Stiftungsgeschäft noch weitere Ausführungen des oder der Stifter enthalten, die später für die Bestimmung des stets zu berücksichtigenden ursprünglichen Stifterwillens herangezogen werden können.

95

Neben der Ausarbeitung des Stiftungsgeschäfts einschließlich Satzung muss die Aufbringung des Grundstockvermögens sichergestellt sein. Mindestens erforderlich ist ein Betrag, der die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks im Sinne des § 82 S. 1 BGB gesichert erscheinen lassen kann. Der Umfang des für die Gründung der Stiftung erforderlichen Grundstockvermögens richtet sich also nach den zur Erfüllung des Stiftungszwecks vorgesehenen Maßnahmen und der dafür zu veranschlagenden Kosten. Im Fall des Dokumentationszentrums wird eine erhebliche Summe erforderlich sein. Es sollte ein Betrag veranschlagt werden, der dem 25-fachen des jährlichen Finanzbedarfs des Dokumentationszentrums entspricht.⁴⁶

96

Für den Gründungsprozess ist nach der Unterzeichnung des Stiftungsgeschäfts, der Bestellung des Vorstands und der Beantragung der Anerkennung durch die Stiftungsaufsicht ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten zu veranschlagen. Das Anerkennungsverfahren kann erheblich beschleunigt werden, wenn die Entwürfe von Stiftungsgeschäft und Satzung schon vor der Errichtung mit der zuständigen Stiftungsaufsicht abgestimmt werden.

97

Tritt der Bund oder ein Land als Stifter auf, stellt die Errichtung der privatrechtlichen Stiftung materiell Verwaltungshandeln dar. Aus diesem Grunde ist der Hoheitsträger dabei an die Grundrechte, die gesetzliche Kompetenzordnung sowie an rechtsstaatliche Grundsätze und das Gemeinwohl gebunden.⁴⁷ Vertreten wird der Bund oder ein Land durch die Ministerin oder den Minister, dessen Ressort für die Tätigkeit der privatrechtlichen Stiftung zuständig ist.⁴⁸

98

⁴⁶ Siehe oben in Abschnitt I. bei 1.

⁴⁷ MüKoBGB/*Weitemeyer*, 9. Aufl. 2021, BGB § 80 Rn. 247.

⁴⁸ Werner/Saenger/Fischer/*Kilian/Müller*, Die Stiftung, § 40 Rn. 133.

4. Öffentlich-rechtliche Stiftung

Eine öffentlich-rechtliche Stiftung wird durch Verabschiedung eines Gesetzes oder – bei einer schon bestehenden gesetzlichen Grundlage – durch Erlass einer Rechtsverordnung oder eines Verwaltungsakts errichtet.⁴⁹ Da an dem Gesetzgebungsverfahren verschiedene Akteure beteiligt sind, kann auch dieses sehr zeitaufwändig sein. Insbesondere bei Uneinigkeit über die Ausgestaltung der Stiftung innerhalb des Gründungsgesetzgebers oder gegebenenfalls zwischen Bundestag und Bundesrat lässt sich die Errichtungsdauer kaum abschätzen.

99

Der Text des Gesetzes⁵⁰ zur Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung als Stiftungsakt ähnelt grundsätzlich der Satzung einer privatrechtlichen Stiftung. So sind insbesondere der Zweck, der Name, der Sitz und die Organe der Stiftung vorzusehen.⁵¹ Die Ausgestaltung einer Stiftungssatzung mit weitergehenden Regelungen kann einem der Organe, wie z.B. einem Stiftungsrat überlassen – gegebenenfalls mit Zustimmungsvorbehalt zugunsten der im Stiftungsakt vorgesehenen Rechtsaufsicht.⁵²

Anders als die Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung setzt die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung nicht die Aufbringung eines Grundstockvermögens voraus, das die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheinen lässt.⁵³ So kann der Finanzbedarf auch allein durch laufende Zuwendungen aus dem Haushalt gedeckt werden.

100

V. Gemeinnützigkeit

Das Dokumentationszentrum soll den Anforderungen der Gemeinnützigkeit nach der Abgabenordnung genügen. Diese Anerkennung kommt gleichermaßen beim Verein, einer GmbH oder einer privatrechtlichen Stiftung in Betracht. Stets empfiehlt es sich vor Gründung bzw. Errichtung, mit dem zuständigen Finanzamt abzustimmen, ob Bedenken gegen die vorgesehene Satzung hinsichtlich der satzungsmäßigen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG bestehen. Für eine öffentlich-rechtliche Stiftung als juristische Person des öffentlichen Rechts gilt ohnehin der Grundsatz der Steuerfreiheit.⁵⁴

101

⁴⁹ Werner/Saenger/Fischer/Kilian/Müller, Die Stiftung, § 40 Rn. 134.

⁵⁰ Oder auch der Rechtsverordnung oder des Verwaltungsakts.

⁵¹ MüKoBGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, BGB § 80 Rn. 308; Werner/Saenger/Fischer/Kilian/Müller, Die Stiftung, 2. Aufl. 2019, § 41 Rn. 62.

⁵² Vgl. § 4 Gesetz zur Errichtung einer „Stiftung Orte der deutschen Demokratieggeschichte“ und § 10 Abs. 2 Gesetz über die „Stiftung Berliner Philharmoniker“.

⁵³ Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) Vor § 80, Rn. 411.

⁵⁴ Werner/Saenger/Fischer/Kilian/Müller, Die Stiftung, 2. Aufl. 2019, § 41 Rn. 95 f.

Gemäß § 60 Abs. 1 der Abgabenordnung müssen die gemeinnützigen Zwecke⁵⁵ und die vorgesehenen Maßnahmen zu ihrer Verwirklichung in der Satzung – unabhängig von der Rechtsform – so genau bestimmt sein, dass allein auf Grund der Satzung geprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für Steuervergünstigungen gegeben sind. Sollen mehrere gemeinnützige Zwecke verfolgt werden, ist es erforderlich, zu jedem dieser Zwecke konkrete zweckverwirklichende Maßnahmen anzugeben. An die Darstellung dieser Maßnahmen werden von Seiten der Finanzämter hohe Anforderungen gestellt. Zudem muss die Satzung das tatsächlich Gewollte zum Ausdruck bringen, weil die Steuervergünstigung nach § 63 Abs. 1 AO endgültig nur gewährt wird, wenn die tatsächliche Geschäftsführung mit den in der Satzung angegebenen Zwecken entspricht. 102

Die Darstellung der zweckverwirklichenden Maßnahmen in der Satzung setzt bei der Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung also voraus, dass die vorgesehenen Tätigkeiten des Dokumentationszentrums im Einzelnen feststehen. Denn eine Änderung der Stiftungssatzung nach der Errichtung der Stiftung ist nicht ohne weiteres möglich. Insbesondere bedürfen Satzungsänderungen nach § 85a Abs. 1 BGB einer Zustimmung der Stiftungsaufsicht, wobei für Änderungen, die den Stiftungszweck betreffen, besondere Anforderungen gelten. Derartige Änderungen setzen nach § 85 Abs. 2 BGB jedenfalls eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse nach Errichtung der Stiftung voraus und, dass die Änderungen erforderlich sind, um die Stiftung an die veränderten Verhältnisse anzupassen. Dies ließe sich in den ersten Jahren nach Errichtung der Stiftung nur schwer begründen, falls sich bereits zu dieser Zeit herausstellt, dass sich die tatsächliche Arbeit des Dokumentationszentrum von den in der Stiftungssatzung angegebenen zweckverwirklichenden Maßnahmen unterscheidet. Ohne eine Anpassung der Stiftungssatzung könnte dem Dokumentationszentrum wiederum die Steuervergünstigung entzogen werden. 103

Soweit die Tätigkeit des Dokumentationszentrums im Einzelnen noch nicht feststeht, sprechen damit die Anforderungen an die Gemeinnützigkeit dafür, jedenfalls zunächst von der Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung abzusehen. 104

VI. Außenwirkung

Das Dokumentationszentrum soll – auch nach der gewählten Rechtsform – geeignet sein, öffentliche Sichtbarkeit, Anerkennung und Vertrauen zu erwerben. Von der Einrichtung des Dokumentationszentrums soll außerdem eine politische Signalwirkung ausgehen. 105

Die Rechtsform des Vereins wird teilweise mit Anliegen und Tätigkeiten von begrenzter Bedeutung assoziiert (z.B. Kleingartenvereine). Die Rechtsform wird jedoch auch im gemeinnützigen Bereich insbesondere bei Wissenschaftsorganisationen mit einem 106

⁵⁵ Siehe dazu insbesondere § 52 AO.

erheblichen Budget verwendet (z.B. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.).

Die Rechtsform der GmbH mag, auch wenn sie in der Firma ausdrücklich durch den Zusatz „gemeinnützig“ oder die Kurzbezeichnung „gGmbH“ auf die Gemeinnützigkeit verweist, eher mit einer wirtschaftlichen Betätigung als mit einer gemeinnützigen Tätigkeit in Verbindung gebracht werden. Gleichwohl ist inzwischen der Einsatz der Rechtsform im gemeinnützigen und auch im kirchlichen Bereich stark verbreitet (z.B. Friesland-Kliniken gGmbH, Akademien für Kirche und Diakonie gGmbH). 107

Die Rechtsform der privatrechtlichen Stiftung ist mit einem besonderen Prestige verbunden, was auf ihre Errichtung für die Ewigkeit, die dafür erforderliche finanzielle Ausstattung mit einem ausreichenden Grundstockvermögen und die strenge Bindung an den ursprünglichen Stifterwillen zurückgeführt werden kann. Von diesem Prestige profitiert auch die öffentlich-rechtliche Stiftung, wenngleich sie die genannten Eigenschaften nicht aufzuweisen braucht. 108

Allerdings erlauben auch die Rechtsformen des Vereins und der GmbH eine Inanspruchnahme des Prestiges einer Stiftung, weil der Namensbestandteil „Stiftung“ (z.B. Studienstiftung des deutschen Volkes e.V., Baden-Württemberg Stiftung gGmbH) oder jedenfalls der Namensbestandteil „Foundation“ (z.B. Open Society Foundation gGmbH) der Eintragung im zuständigen Register in aller Regel nicht entgegensteht. Im Hinblick auf die Eintragungsbedürftigkeit von Verein und GmbH sollten entsprechende Namen für den Träger des Dokumentationszentrums vorab mit dem zuständigen Registergericht abgestimmt werden. 109

VII. Möglichkeiten der zukünftigen politischen Einflussnahme

Das Dokumentationszentrum soll auf Dauer angelegt sein. Inhalte und Tätigkeiten sollen bei der Gründung festgelegt werden und gegen wechselnde politische Einflussnahme geschützt sein. 110

1. Eingetragener Verein

Bei einem Verein lassen sich Möglichkeiten der Einflussnahme gegen die Vorstellungen der Gründer nicht ausschließen, soweit die Mehrheit der Vereinsmitglieder sich von diesen Vorstellungen abwendet. 111

Allerdings können die Kompetenzen der Mitgliederversammlung – auch zu Satzungsänderungen – weitgehend auf andere Organe übertragen werden.⁵⁶ Der Grundsatz der Vereinsautonomie fordert jedoch, dass der Mitgliederversammlung die „Letztzuständigkeit“ für alle grundlegenden Vereinsangelegenheiten nicht entzogen werden darf. Die 112

⁵⁶ MüKoBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, BGB § 32 Rn. 7.

Mitgliederversammlung kann deshalb ihren bisherigen Zuständigkeitsbereich stets durch eine entsprechende Satzungsänderung wieder erweitern.⁵⁷

Daneben kann Einfluss auf die Arbeit des Dokumentationszentrums als Verein auch dadurch ausgeübt werden, dass der Verein auf eine laufende öffentliche Finanzierung angewiesen ist, soweit er nicht schon bei der Gründung mit erheblichem Kapital ausgestattet wird. Über eine solche Finanzierung muss im Rahmen des Haushalts jährlich neu beschlossen werden.

113

2. GmbH

Ähnlich der Rechtslage im Vereinsrecht sieht das GmbH-Recht für sämtliche Belange der Gesellschaft eine Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung vor.⁵⁸ Die Gesellschafter können danach stets mit der erforderlichen Mehrheit Änderungen an der Satzung vornehmen⁵⁹ und unabhängig davon auch direkt auf die Geschäftsführung der Gesellschaft einwirken.⁶⁰ Auch insoweit ist eine Einflussnahme gegen die Vorstellungen der Gründer nicht auszuschließen, soweit die Mehrheit der Gesellschafter sich von diesen Vorstellungen abwendet.

114

Soweit einzelne Gesellschafter oder gemeinsam eine Gruppe von Gesellschaftern eine Sperrminorität von 25,1 % der Stimmen erreichen, können diese jedoch auch gegen den Willen der Mehrheit grundlegende Veränderungen von Ausrichtung und innerer Struktur des Dokumentationszentrums verhindern.

115

Ebenso wie beim Verein kann Einfluss auf die Arbeit des Dokumentationszentrums in der Rechtsform der GmbH auch dadurch ausgeübt werden, dass die GmbH auf eine laufende öffentliche Finanzierung angewiesen ist, soweit sie nicht schon bei der Gründung mit erheblichem Kapital ausgestattet wird.

116

3. Privatrechtliche Stiftung

In der Rechtsform der privatrechtlichen Stiftung lässt sich eine spätere direkte politische Einflussnahme auf die Arbeit und die Organisationsstruktur des Dokumentationszentrums weitgehend ausschließen. Änderungen der Stiftungssatzung sind nur eingeschränkt möglich und bedürfen der Zustimmung der Stiftungsaufsicht. Die Stiftungsaufsicht hat insbesondere zu prüfen, ob die geplante Änderung mit dem Willen der Stifter zum Zeitpunkt der Errichtung der Stiftung übereinstimmt. Auch können die Stifter nach § 85 Abs. 4 S. 1 BGB spätere Satzungsänderungen im Stiftungsgeschäft

117

⁵⁷ MHdB GesR V/Waldner, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 6. Für eine Satzungsänderung ist nach § 33 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich.

⁵⁸ Habersack/Casper/Löbbe/Hüffer/Schäfer, 3. Aufl. 2020, GmbHG § 46 Rn. 134.

⁵⁹ § 53 Abs. 1 GmbHG.

⁶⁰ Vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG a.E.

ausschließen oder beschränken. Auf diese Weise können die Stifter sowohl die Zwecke der Stiftung und die Mittel zu ihrer Erreichung als auch die Leitungs- und Kontrollstruktur der Stiftung bei deren Errichtung festschreiben und späteren Änderungen weitgehend entziehen.

Im Übrigen können prägende Bestimmungen der Stiftungsverfassung nach § 85 Abs. 2 BGB nur dann geändert werden, wenn sich die Verhältnisse nach der Errichtung der Stiftung wesentlich verändert haben und eine solche Änderung erforderlich ist, um die Stiftung an die geänderten Verhältnisse anzupassen. Dies könnte in Bezug auf die Leitungs- und Kontrollstruktur allenfalls angenommen werden, wenn regelmäßig nicht die erforderliche Anzahl an Personen bereitsteht, um die vorgesehenen Organe zu besetzen. Ohne eine derartige wesentliche Änderung der Verhältnisse wird insbesondere die nachträgliche Beschränkung von in der Satzung vorgesehenen Mitspracherechten von zivilgesellschaftlichen Organisationen nicht möglich sein. Gleiches gilt nach § 85 Abs. 2 S. 2 für die Art und Weise der Zweckerfüllung.

118

Bei ausreichendem Grundstockvermögen bietet die privatrechtliche Stiftung außerdem die Möglichkeit, dass das Dokumentationszentrum unabhängig von jährlichen Finanzierungszusagen und damit potenzieller indirekter Einflussnahme arbeiten kann. Denn soweit die Erträge des Grundstockvermögens zur Finanzierung der Arbeit ausreichen, ist eine privatrechtliche Stiftung auf keine weiteren öffentlichen Finanzmittel angewiesen.

119

4. Öffentlich-rechtliche Stiftung

Anders als bei einer privatrechtlichen lässt sich bei einer öffentlich-rechtlichen Stiftung eine zukünftige politische Einflussnahme nicht sicher vermeiden. Dies gilt auch für den Fall, dass in einem Gesetz über die Errichtung eine staatliche Einflussnahme auf die Arbeit der Stiftung ausgeschlossen ist. Es ist dem Gründungsgesetzgeber in seiner wechselnden politischen Zusammensetzung stets möglich, dieses Gesetz zu ändern. Aus diesem Grunde ist eine öffentlich-rechtliche Stiftung insbesondere außerstande, sich gegen eine Änderung ihrer Stiftungsverfassung, den Entzug ihres Stiftungsvermögens oder auch ihre Auflösung zur Wehr zu setzen.⁶¹

120

Ein weitergehender Schutz der Stiftung könnte allein dadurch erreicht werden, dass sie in ihrer Existenz und Ausgestaltung in die Verfassung aufgenommen wird, sodass Änderungen insoweit einer Dreiviertelmehrheit innerhalb des Gründungsgesetzgebers bedürften. Dies setzt neben dem politischen Willen einer derartigen Hervorhebung des Dokumentationszentrums jedoch auch eine entsprechende Mehrheit im Rahmen der Errichtung der Stiftung voraus.

121

⁶¹ MüKoBGB/*Weitemeyer*, 9. Aufl. 2021, BGB § 80 Rn. 310; Staudinger/*Hüttemann/Rawert* (2017) Vor § 80, Rn. 411.

VIII. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung

Zur Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Stiftung ist stets eine gesetzliche Grundlage erforderlich.⁶² 122

Auch die Errichtung des Dokumentationszentrums als Verein, als GmbH oder als privatrechtliche Stiftung kann nach der vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG entwickelten Wesentlichkeitstheorie einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Nach dieser Theorie verpflichten Rechtsstaats- und Demokratieprinzip in ihrem Zusammenwirken den Gesetzgeber, in grundlegenden normativen Bereichen alle Entscheidungen selbst zu treffen.⁶³ Eine gesetzliche Regelung wäre danach jedenfalls erforderlich, wenn eine vom Staat geschaffene Einrichtung in Grundrechte eingreifen können soll.⁶⁴ Soweit die Namen von Beteiligten, von Betroffenen und von deren Angehörigen nur mit deren Einverständnis veröffentlicht werden, wird das Dokumentationszentrum allerdings nicht in die Rechte von Grundrechtsträgern eingreifen, sondern sich auf Aufgaben der Leistungsverwaltung beschränken. 123

Durch Leistungsverwaltung greift der Staat grundsätzlich nicht in die Freiheitsbereiche der Bürger ein, sondern erbringt vielmehr bestimmte Leistungen oder hält öffentliche Einrichtungen bereit.⁶⁵ In diesem Bereich sind die Anforderungen an die Regeldichte und die Bestimmtheit des Gesetzes regelmäßig geringer als im Bereich der Eingriffsverwaltung; deshalb genügt grundsätzlich das nach dem Haushaltsvorbehalt der Legislative stets erforderliche Haushaltsgesetz als gesetzliche Grundlage für entsprechende Leistungen.⁶⁶ Im Haushaltsgesetz sollten allerdings Zweck und Höhe der Ausgaben für das Dokumentationszentrum hinreichend konkret bestimmt werden.⁶⁷ 124

Eine weitergehende gesetzliche Regelung ist nach der Rechtsprechung allerdings auch im Rahmen der Leistungsverwaltung erforderlich, soweit sich die staatliche Maßnahme etwa auf die Verwirklichung der grundrechtlichen Freiheit Dritter, vor allem von Konkurrenten, intensiv auswirkt.⁶⁸ Unter diesem Aspekt bedarf die Gründung des 125

⁶² Siehe oben in Abschnitt IV. bei 0.

⁶³ BVerfG, Beschluss v. 8. August 1978 – 2 BvL 8/77 = BVerfGE 49, 89; v. Münch/Kunig/Kotzur, 7. Aufl. 2021, GG Art. 20 Rn. 156.

⁶⁴ Vgl. v. Münch/Kunig/Kotzur, 7. Aufl. 2021, GG Art. 20 Rn. 157.

⁶⁵ Gröpl BHO/Rossi, 2. Aufl. 2019, BHO § 44 Rn. 7.

⁶⁶ BVerwGE 6, 282 (287 f.); 18, 352 (353) 58, 45 (48); 104, 220 (222); Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 100. EL Januar 2023, GG Art. 20 III Rn. 118.

⁶⁷ Vgl. Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 26. September 2019 – 2/18, Rn. 79.

⁶⁸ BVerwGE 6, 282 (288); Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 100. EL Januar 2023, GG Art. 20 Rn. 119 m.w.N. (Beispiele: Inhaltlich nicht neutral wirkende Pressesubventionen zugunsten Privater oder die Subventionierung eines privaten Vereins, der die Öffentlichkeit vor bestimmten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften warnen soll).

Dokumentationszentrums keiner gesetzlichen Grundlage, weil es keine konkurrierende Einrichtung gibt.

Eine gesetzliche Grundlage kann ferner auch im Rahmen der Leistungsverwaltung erforderlich sein, wenn die staatliche Leistung in das aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG folgende Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien eingreifen würde. Auch solche Eingriffe bedürfen aufgrund des allgemeinen Gesetzesvorbehalts gemäß Art. 20 Abs. 3 GG einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage; diesem Gesetzesvorbehalt wird allein durch den Erlass eines Haushaltsgesetzes nicht genügt.⁶⁹ Insbesondere wenn sich staatliche Leistungen – unmittelbar oder mittelbar – auf die Stellung und die Handlungsspielräume der Parteien im politischen Wettbewerb auswirken, ist es wegen ihrer zentralen Rolle bei der Ausfüllung des grundgesetzlichen Demokratiegebots Sache des Gesetzgebers, selbst unter Beachtung des Grundsatzes der Chancengleichheit die Anspruchsvoraussetzungen und Verteilungskriterien solcher Leistungen zu bestimmen.⁷⁰ Unter diesem Gesichtspunkt kann die Errichtung des Dokumentationszentrums einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, etwa wenn es auch aktive politische Willensbildung betreiben soll und diese Willensbildung potenziell zu Lasten von bestimmten Parteien und Organisationen wirken könnte.

126

Die Ausstattung des Dokumentationszentrums mit einem sehr hohen Geldbetrag, wie es sich insbesondere bei einer privatrechtlichen Stiftung anbietet, allein, macht eine zusätzliche gesetzliche Regelung neben dem Haushaltsgesetz nicht erforderlich. So wurden insbesondere parteinahe Stiftungen in der Vergangenheit allein auf Grundlage von Haushaltsgesetzen Beträge in Höhe von insgesamt mehreren EUR 100 Mio. gewährt,⁷¹ ohne dass das Bundesverfassungsgericht dies aufgrund der Höhe beanstandete.⁷² Gleichwohl wird im Schrifttum teils eine gesetzliche Regelung für erforderlich gehalten, wenn die Errichtung einer Stiftung erhebliche Mittel verlangt.⁷³ Das ist nicht überzeugend, weil nicht begründet wird, warum allein im Hinblick auf die Höhe des Stiftungsvermögens ein aussagekräftiger Ansatz im Haushaltsgesetz nicht ausreichen soll, um die Haushaltskompetenz des Parlaments zu wahren.

127

E. Zweistufige Gründung?

Um eine privatrechtliche Stiftung errichten zu können, müsste bereits feststehen, welche Tätigkeiten das Dokumentationszentrum ausüben soll, und damit, auf welche Art und Weise es

128

⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2023 – 2 BvE 3/19 = NJW 2023, 831 Rn. 181, 187.

⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2023 – 2 BvE 3/19 = NJW 2023, 831 Rn. 186.

⁷¹ Vgl. <https://de.statista.com/infografik/28557/zuwendungen-fuer-parteinaher-stiftungen-durch-bund-und-laender-im-kalenderjahr-2020/>, abgerufen am 7. September 2023.

⁷² Vgl. BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2023 – 2 BvE 3/19 = NJW 2023, 831.

⁷³ Vgl. die Nachweise bei MüKoBGB/*Weitemeyer*, 9. Aufl. 2021, BGB § 80 Rn. 246; Werner/Saenger/Fischer/*Kilian/Müller*, Die Stiftung, § 40 Rn. 133, 137.

seine Zwecke verwirklichen soll. Dies muss einerseits aus gemeinnützigkeitsrechtlichen Gründen in die Satzung aufgenommen werden. Andererseits sind spätere Änderungen einer Stiftungssatzung gerade in diesem Bereich nur schwer möglich, wenn nicht gar ausgeschlossen.⁷⁴ Sollten die genauen Tätigkeiten des Dokumentationszentrums noch nicht abschließend geklärt sein und zunächst durch einen vorläufigen Träger des Projekts geklärt werden, kann vorerst ein Verein oder eine GmbH gegründet werden. Denn in diesen Rechtsformen ist eine spätere Anpassung der Satzung ohne weiteres möglich.⁷⁵ Auf diese Weise kann auch dann vorgegangen werden, wenn die für die Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung erforderlichen Mittel für das Grundstockvermögen noch nicht zur Verfügung stehen. Aufgrund ihrer Flexibilität im Hinblick auf den Gesellschafterkreis ist die Gründung einer GmbH der Gründung eines Vereins vorzuziehen.⁷⁶ Ziel eines solchen vorläufigen Trägers kann neben den Zwecken des Dokumentationszentrums die mittelfristige Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung sein. Stehen die Mittel für das Grundstockvermögen schon bereit, können diese auf den bereits existierenden Träger mit der Treuhandaufgabe, sie für die Errichtung der zukünftigen Stiftung zu verwenden, übertragen werden. Dadurch kommt es zunächst zur Entstehung einer unselbständigen Stiftung, die weder einer staatlichen Anerkennung bedarf noch staatlicher Aufsicht unterliegt.⁷⁷ Wird die Flexibilität schließlich nicht mehr benötigt, kann diese unselbständige Stiftung nach dem oben beschriebenen Errichtungsverfahren in eine – selbständige – privatrechtliche Stiftung überführt werden, wobei die gemeinnützige GmbH als Stifterin auftritt.⁷⁸ Die Überführung in eine öffentlich-rechtliche Stiftung ist dagegen nicht möglich.

Vorteilhaft an einer zweistufigen Gründung ist, dass das Dokumentationszentrum selbständig seine Tätigkeit aufnehmen kann, ohne dass zuvor endgültig entschieden werden muss, auf welche Weise es seine Zwecke erfüllt und welche Organe bestehen sollen. Auf diese Weise können zunächst praktische Erfahrungen gesammelt werden, die im Rahmen der fortdauernden Aushandlung der späteren Stiftungssatzung Berücksichtigung finden können. Dem stehen als Nachteile einerseits der doppelte Gründungsaufwand gegenüber – sowohl zeitlich als auch hinsichtlich der Kosten. Andererseits wird eine politische Einflussnahme bis zu der Errichtung der privatrechtlichen Stiftung und deren Ausstattung mit einem Grundstockvermögen, dessen Erträge für die Finanzierung der Tätigkeit des Dokumentationszentrums ausreicht, stets möglich sein. Schließlich könnte die Tatsache, dass das Dokumentationszentrum bereits als GmbH existiert und seiner Dokumentationstätigkeit nachkommt, die Bereitschaft künftiger politischer Entscheidungsträger schmälern, als zusätzlichen, kostenintensiven Schritt eine privatrechtliche Stiftung zu errichten. Dem kann in gewissem Maße jedoch dadurch vorgebeugt werden, dass das spätere Grundstockvermögen der privatrechtlichen Stiftung – wie soeben beschrieben – bereits frühzeitig auf die GmbH übertragen wird. Schlussendlich wird danach zu entscheiden sein, ob die Mehrkosten einer zweistufigen Gründung durch die früher mögliche

⁷⁴ Siehe oben bei D. II. 3. c).

⁷⁵ Vgl. oben bei D. IV. 1 sowie bei D. VII. 1 und 2.

⁷⁶ Siehe auch BeckOF Vertrag/*Giehl*, 64. Edition 2023, Form. 18.2.1 Anm. 2.

⁷⁷ BeckOF Vertrag/*Giehl*, 64. Edition 2023, Form. 18.3.2.1 Anm. 2.

⁷⁸ BeckOF Vertrag/*Giehl*, 64. Edition 2023, Form. 18.3.2.1 Anm. 10.

Aufnahme der Dokumentationstätigkeit und eine wohl ausgereifere Satzung zugunsten einer verbesserten Zusammenarbeit der Organe der privatrechtlichen Stiftung zu rechtfertigen sind.
