

(§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB) und führen daher auch gegenüber einem Unternehmer zur Unwirksamkeit formularmäßiger Geschäftsbedingungen. Das gilt auch dann, wenn der mit den Geschäftsbedingungen konfrontierte Unternehmer eine bedeutende Marktstellung innehat, aufgrund derer er von vornherein hätte versuchen können, andere Vertragsbedingungen auszuhandeln.<sup>34</sup>

Bekanntlich gilt das Verbot formularmäßig die Beweislast zu ändern nach § 308 Nr. 12 BGB grundsätzlich auch bei b2b Verträgen über § 307 BGB.<sup>35</sup>

Von dieser Wertung weicht es ab, wenn dem Empfänger die Beweislast dafür auferlegt wird, dass er die AGB nicht kannte oder mit den AGB nicht einverstanden war. Nachdem § 310 Abs. 1 Satz 2 2. HS nur verlangt auf § 366 BGB „angemessen Rücksicht“ zu nehmen ist es möglich aber auch notwendig, die Einbeziehung von AGB durch KBS nicht schrankenlos freizustellen sondern im Lichte des AGB Rechts zu beschränken. Der b2b Bereich ist keinesfalls ein aliud zum Verbrauchervertrag<sup>36</sup>; insoweit liegt ein gegenseitiges Durchdringen in den Kernpunkten vor. Der Formel des BGH der Verstoß im b2c indiziert auch den Verstoß im b2b Bereich zeigt richtig auf, dass es bei der Inhaltskontrolle weniger auf das konkrete oder abstrakte Schutzbedürfnis ankommt als auf das Ergebnis, den Rechtsverkehr vor einseitigen und unwirksamen Bedingungen freizuhalten.

Hiernach bleibt für eine wirksame Einbeziehung der AGB durch KBS nur der Fall, dass die AGB einer Seite Gegenstand der Verhandlungen waren und der Empfänger diesen nicht widersprochen hat. Nur hier ist einem KBS unverzüglich zu widersprechen. Im Übrigen kann der Empfänger auch nach Ablauf der «Widerspruchsfrist» vortragen, über AGB wurde gar nicht gesprochen oder den AGB wurde sogar widersprochen oder den AGB sei nicht zugestimmt worden, da diese erstmals im KBS erwähnt worden seien. Widerspricht der Absender diesem Vortrag substantiiert, so bleibt es jedoch Sache des Empfängers, diese Einwände zu beweisen. Insoweit ist es sicherlich auch hier besser sogleich und unverzüglich falschen KBS zu widersprechen.

Das bloße Beifügen der AGB im KBS ohne Hinweis auf die Einigung zur Einbeziehung reicht ohnehin nicht aus.<sup>37</sup>

Haben die Parteien im Gespräch einen Vertrag bereits geschlossen und hierbei AGBs nicht vereinbart, so verstößt die nachträgliche Bestätigung von AGBs im KBS gegen den Vorrang der Individualabrede, 305 b BGB.<sup>38</sup> Allerdings trifft auch hier die Beweislast den Empfänger, sollte er nicht widersprochen haben.

**Fall 4:** *Der Verein verwendet folgende Abwehrklausel „AGB möglicher Vertragspartner wird bereits hiermit widersprochen; dies gilt auch für den Fall, dass diese durch KBS einbezogen werden sollen.“ (Ggf. ergänzt: „dies gilt auch für die Einbeziehung der VOB/B, der bereits hiermit widersprochen wird)“.*

Über eine solche qualifizierte Abwehrklausel ist – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden worden. Gegen die Wirksamkeit einer solchen Abwehrklausel bestehen jedoch keine Bedenken, ebenso kann durch individuellen Hinweis oder Individualabsprache erklärt werden, andere AGB nicht zu akzeptieren, auch wenn diese durch KBS einbezogen werden sollen.<sup>39</sup> Auch weitergehend kann generell durch AGB das Prozedere des KBS ausgeschlossen werden, es handelt sich jedenfalls nicht um „zwingendes Gewohnheitsrecht“. Umgekehrt können Handelsbräuche, die gegen zwingendes Recht verstoßen keine Anerkennung beanspruchen.<sup>40</sup>

34 BGH v. 3.8.2011, XII ZR 205/09 - Umlage „Centermanagement“ unter Rn. 16; *Schmidt*, NJW 2011, 3329, 3333.

35 BGH NJW 2006, 47, 49; Palandt-Grüneberg, 309 Rn. 110.

36 *Niebling*, MDR 2012, 1399.

37 *Kollmann*, in NK-BGB, 2. Auflage 2012 § 305 Rn. 102; OLG Düsseldorf NJW 1965, 762; *Ulmer/Habersack*, in UBH, § 305 Rn. 178.

38 anders *B/Hopt*, HGB, 35. Auflage 2012, § 346 Rn. 17; *Klappstein*, in Heidel/Schall, HGB, 2011, § 346 Rn. 44; wie hier *Batsch* NJW 1980, 1731; *Kummer*, in Niebling, AK-AGB-R, 2012, § 305 b Rn. 19; *Pfeifer*, in WLP, 5. Auflage 2009, § 305 Rn. 135: 305b BGB gilt nicht.

39 *Pamp*, in Oetker, HGB, 2. Auflage 2011, § 246 Rn. 62; *Lindacher* WM 1981, 702, 707.

40 BGHZ 62, 71, 82; *Archilles*, in Ensthaler, HGB, 7. Auflage 2007, § 346 Rn. 14.

## ZStV Literatur

### Zur Zulässigkeit der gemeinnützigen UG

– Kritische Anmerkungen zu Weidmann/Kohlhepp,  
Die gemeinnützige GmbH, 2. Auflage 2011, Kapitel § 2 B –

Das Handbuch „Die gemeinnützige GmbH“ von Weidmann/Kohlhepp ist kürzlich von Pauls in ZStV 2012, 151 vorgestellt und als gelungener Überblick über das Recht der gGmbH gewürdigt worden. Die folgende Rezension setzt sich mit Kapitel § 2 B des Werkes auseinander, das die gemeinnützige Unternehmungsgesellschaft und insbesondere ihre gemeinnützigkeitsrechtliche Zulässigkeit behandelt und dabei nicht

mit Kritik an dem grundlegenden Aufsatz von Oberbeck/Winheller, DStR 2009, 516 spart. Oberbeck/Winheller hatten sich nach der gesetzgeberischen Einführung der Unternehmungsgesellschaft (UG) im Jahr 2008 erstmals für die Zulässigkeit der UG in gemeinnütziger Form (gUG) eingesetzt. Die Kritik von Weidmann/Kohlhepp am Aufsatz von Oberbeck/Winheller geht an der Sache vorbei.

### Ausführliche Diskussion eines Nichtproblems

Zunächst fällt auf, dass Weidmann/Kohlhepp die Zulässigkeit der Rücklagenbildung gemäß § 5a Abs. 3 GmbHG und den möglichen Verstoß der Rücklagenbildung gegen das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO auf mehr als vier Seiten diskutieren. Das erstaunt angesichts des insgesamt überschaubaren Umfangs des Buches und der Tatsache, dass es von August 2011(!) datiert, die Zulässigkeit

der gUG aber bereits seit dem koordinierten Ländererlass der Finanzverwaltung von März 2009<sup>1</sup> unbestritten ist. Die Finanzverwaltung hatte ihre Auffassung nur kurze Zeit nach Veröffentlichung des Aufsatzes von *Oberbeck/Winheller* kundgetan – übrigens mit einer Begründung, die nahezu wortwörtlich mit der von *Oberbeck/Winheller* übereinstimmt.

### Wer hat Vorrang? Das Gemeinnützigkeitsrecht oder das Gesellschaftsrecht?

In ihrem Aufsatz hatten *Oberbeck/Winheller* die gemeinnützigkeitsrechtliche Zulässigkeit der Rücklagenbildung vor allem mit dem Hinweis auf die damals wie heute herrschende Meinung gerechtfertigt, dass diejenigen Mittel einer Kapitalgesellschaft, die Stammkapitalcharakter haben und insoweit durch gesetzliche Anordnung bereits anderweitig gebunden sind, nicht der zeitnahen Mittelverwendung unterliegen (teleologische Reduktion der Verwendungspflicht).<sup>2</sup> Das Gemeinnützigkeitsrecht muss respektieren, dass der Gesetzgeber der UG in § 5a Abs. 3 GmbHG die Pflicht zur Rücklagenbildung auferlegt hat. *Oberbeck/Winheller* sprechen insoweit davon, dass das Gesellschaftsrecht das Gemeinnützigkeitsrecht dominiere. Tatsächlich verhilft letztlich nur dieser Vorrang der gUG in die Gemeinnützigkeit. Wäre das Gemeinnützigkeitsrecht allein bestimmend und verstünde es unter den zu verwendenden Mitteln auch solche, die aus anderen gesetzlichen Gründen partout nicht verwendet werden dürfen, wäre der UG der Weg in die Gemeinnützigkeit versperrt.

*Weidmann/Kohlhepp* meinen hingegen, dass sich der Konflikt zwischen dem gemeinnützigkeitsrechtlichen Thesaurierungsverbot und dem gesellschaftsrechtlichen Rücklagengebot nicht zulasten des Gemeinnützigkeitsrechts lösen lasse.<sup>3</sup> Mit dieser Aussage widersprechen sie der soeben dargestellten h.M. und – ohne es offenbar zu merken – sich selbst. Auf den nächsten Seiten ihres Buches gehen die beiden Autoren nämlich wie selbstverständlich vom Vorrang des Gesellschaftsrechts aus, wenn sie z.B. meinen, dass „es durchaus der gesetzgeberischen Intention entsprechen [kann], dass zunächst die Mittel zur Erreichung eines Mindeststammkapitals verwendet werden (...) müssen, bevor eine Mittelverwendung für die gemeinnützigen Zwecke der Körperschaft erfolgt.“<sup>4</sup>

An anderer Stelle schreiben sie unter Bezug auf Buchna richtig: „So wenig wie der Vermögensstock einer Stiftung, unterliegt das Ausstattungskapital, d.h. Stammkapital einer gemeinnützigen Kapitalgesellschaft, dem Mittelverwendungsgebot.“<sup>5</sup> und „Die Möglichkeit der Rücklagenbildung nach § 5 a Abs. 3 GmbHG bildet eine gesetzlich kodifizierte Ausnahme vom Gebot der zeitnahen Mittelverwendung (...)“<sup>6</sup> Was ist das anderes als ein Vorrang einer gesellschaftsrechtlichen Regelung vor dem Mittelverwendungsgebot des Gemeinnützigkeitsrechts?

Einen „generellen“ Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Gemeinnützigkeitsrecht wollen *Weidmann/Kohlhepp* allerdings nicht akzeptieren. Sie meinen sich mit dieser Forderung von *Oberbeck/Winheller* abzugrenzen, die eben dies verlangten.<sup>7</sup> Abgesehen davon, dass unklar bleibt, was mit einem „generellen“ Vorrang überhaupt gemeint ist, stimmt die Be-

hauptung nicht, *Oberbeck/Winheller* träten für einen solchen Vorrang ein – genauso wenig wie die Behauptung, *Oberbeck/Winheller* verlangten einen Vorrang des Stiftungsrechts vor dem Gemeinnützigkeitsrecht. Zum einen hat der Beitrag von *Oberbeck/Winheller* die gUG (und nicht Stiftungen) sowie insbesondere die spezielle Problematik der Rücklagenbildung im Blick, weswegen solche Forderungen schon per se neben der Sache lägen, zum anderen dient der Hinweis auf mögliche Parallelen im Stiftungsrecht in einer Fußnote<sup>8</sup> des Aufsatzes von *Oberbeck/Winheller* lediglich als Hilfsargument für den schon anderweitig erbrachten Nachweis, dass die Bildung der Pflichtrücklage gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig ist.

*Weidmann/Kohlhepp* formulieren auch im Folgenden nicht immer präzise genug. Die Aussage, *Oberbeck/Winheller* hätten ihre Argumentation auf einer Mindermeinung aufgebaut, vermittelt z.B. den Eindruck, dies sei eine neue Erkenntnis von *Weidmann/Kohlhepp*.<sup>9</sup> In ihrem Hinweis auf den lesens- und bedenkenswerten Aufsatz von *Carstensen*<sup>10</sup> zum Vorrang des Stiftungsrechts vor dem Gemeinnützigkeitsrecht in Bezug auf den in den Landesstiftungsgesetzen verlangten Erhalt des Stiftungsvermögens<sup>11</sup> verschweigen *Oberbeck/Winheller* jedoch bewusst nicht, dass *Carstensen* insoweit eine Mindermeinung vertritt.<sup>12</sup>

### Rückzahlung von Bareinlagen bzw. Sacheinlagen an Gesellschafter

Das Buch von *Weidmann/Kohlhepp* ist vor allem deswegen für die praktische Arbeit hilfreich, weil es zahlreiche nützliche

- 1 Beschluss der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder, s. Bayerisches Landesamt für Steuern v. 31.03.2009, DB 2009, 934.
- 2 *Oberbeck/Winheller*, DStR 2009, 516, 518; vgl. auch *Buchna/Seeger/Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 10. Aufl. 2010, S. 187; *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 18 f.; *König*, in: Pahlke/König, AO, 2. Aufl. 2009, § 55 Rn. 29.
- 3 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 34 Rn. 19.
- 4 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 36 Rn. 24.
- 5 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 35 Rn. 19.
- 6 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 37 Rn. 27.
- 7 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 36 Rn. 25.
- 8 *Oberbeck/Winheller*, a.a.O., 518 Fn. 16.
- 9 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 37 Rn. 26: „Die These von *Oberbeck/Winheller*, dass das Stiftungsrecht das Gemeinnützigkeitsrecht dominiere, stützt sich damit auf eine Analogie zu einer Mindermeinung im Stiftungsrecht.“
- 10 *Carstensen*, WPg 1996, 781.
- 11 Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 3 BayStG; § 7 Abs. 3 BremStiftG; ähnlich: § 4 Abs. 3 HambStiftG; § 7 Abs. 3 RhPfStiftG; § 6 Abs. 2 SLStiftG; § 4 Abs. 3 SächsStiftG; § 4 Abs. 4 SchHStiftG, die entweder ausdrücklich den Werterhalt des Stiftungsvermögens fordern oder jedenfalls eine Zuführung von Mitteln ins Vermögen oder in Rücklagen zum Zwecke des Werterhalts, der Stärkung der Ertragskraft oder der Förderung der nachhaltigen Zweckverwirklichung akzeptieren. Selbst in Kommentierungen zu Landesstiftungsgesetzen, die ausdrücklich nur die Erhaltung des Stiftungsvermögens „in seinem Bestand“ verlangen, wird zunehmend gefordert, dass der Wert des Vermögens nicht nur nominal, sondern auch real zu erhalten ist, vgl. z.B. *Peiker*, HessStiftG, § 6 Punkt 2.1.; *Bruns*, BaWüStiftG, § 7 Punkt 2.2 m.w.N. Differenzierend *Hüttemann/Rauert*, in Staudinger, BGB § 86 Rn. 26 ff. *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 37 Rn. 26 formulieren daher zu einseitig und irreführend, wenn sie meinen: „Eine Pflicht zum realen Kapitalerhalt enthält weder das Stiftungsprivatrecht in den §§ 80 ff. BGB und auch keines der Landesstiftungsgesetze.“
- 12 Vgl. *Oberbeck/Winheller*, a.a.O., 518 Fn. 16 („a.A. mit der h.M. Buchna ...“).

Musterformulierungen und -verträge zur Verfügung stellt. Dem in dem hier besprochenen Kapitel enthaltenen Formulierungsbeispiel zur Vermögensbindung liegt allerdings offenbar ein Verständnisfehler zugrunde. Das Gesetz geht nämlich davon aus, dass das Stammkapital einer Kapitalgesellschaft, sofern ein Anspruch der Gesellschafter auf Rückgewähr nicht besteht, dauerhaft für gemeinnützige Zwecke gebunden ist. *Weidmann/Kohlhepp* beziehen das durch die Rücklagenbildung erhöhte Stammkapital einer gUG aber offenbar nicht in diese Bindung mit ein. Zur Vermeidung eines Zuflusses beim Gesellschafter schlagen sie deswegen eine Satzungsregelung vor, wonach die Gesellschafter beim Ausscheiden, bei Auflösung der gUG oder bei Wegfall der steuerbegünstigten Zwecke lediglich den Anteil der Einlagen zurückerhalten sollen, der von ihnen tatsächlich selbst aufgebracht wurde – also ohne Berücksichtigung der Rücklagenbildung.<sup>13</sup>

Die vorgeschlagene Regelung ist nicht schädlich, aber dennoch nicht erforderlich und eher verwirrend. Es ist sowieso einhellige Auffassung, dass Rückzahlungen nicht zulässig sind, soweit sie auf Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln beruhen.<sup>14</sup> Auch bei gewöhnlichen gGmbHs ist z.B. eine Rückgewähr höchstens in Bezug auf die tatsächlich einbezahlten Einlagen zulässig – auch wenn zwischenzeitlich Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln erfolgt sein sollten. Dies geht auch hinreichend deutlich aus dem Wortlaut der für Kapitalgesellschaften gedachten Regelungen zu § 3 Abs. 2 und § 5 der Mustersatzung in der Anlage 1 zu § 60 AO hervor. Wollte man das mit *Weidmann/Kohlhepp* anders sehen, wären auch sämtliche auf Grundlage der AO-Mustersatzung errichteten gGmbH-Gesellschaftsverträge nicht gemeinnützigkeitsrechtskonform, weil sie die von *Weidmann/Kohlhepp* vorgeschlagene Formulierung im Zweifel nicht enthalten.

### Gleichbehandlung von gUG und gGmbH

*Oberbeck/Winheller* vertreten in ihrem Aufsatz die Auffassung, dass es keinen rechtfertigenden Grund dafür gebe, der „normalen“ GmbH den Zutritt in die Gemeinnützigkeit zu gewähren und gleichzeitig ihrer „kleinen Schwester“ UG die gemeinnützigkeitsrechtlichen Privilegierungen zu versagen.<sup>15</sup> In der Tat: Während sich eine Ungleichbehandlung unterschiedlicher Rechtsformen wegen der rechtsformspezifischen Besonderheiten noch begründen lässt,<sup>16</sup> verlangt eine Ungleichbehandlung ein- und derselben Rechtsform einen deutlich höheren Rechtfertigungsaufwand, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass sich der Unterschied zwischen den beiden Rechtsformvarianten UG und GmbH im Wesentlichen in dem bei der UG zu Beginn niedrigeren Stammkapital und der Pflicht zur Rücklagenbildung erschöpft. Auch für die Finanzverwaltung ist die grundsätzliche Gleichheit der beiden Rechtsformvarianten mit ausschlaggebend für ihre gemeinnützigkeitsrechtlich gleiche Behandlung.<sup>17</sup>

Die Ausführungen von *Weidmann/Kohlhepp* zu diesem Gleichheitsargument sind etwas unglücklich geraten. Zum einen bleibt unklar, warum sie das Argument überhaupt – und auch noch so schnell – vom Tisch wischen. Sie selbst treten ja für die Zulässigkeit der gemeinnützigen UG ein. Wenn sie die

Ungleichheit der beiden Rechtsformalternativen mit dem Hinweis rechtfertigen, die gGmbH müsse – anders als die zur Rücklagenbildung verpflichtete UG – sämtliche ihr zufließenden Mittel zeitnah für gemeinnützige Zwecke verwenden, stellen sie ihre eigene Argumentation auf den Kopf. Ziel ihrer Diskussion ist es ja offensichtlich, die Zulässigkeit der gemeinnützigen UG zu rechtfertigen, *obwohl* sich eine UG an das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung angesichts ihrer gesellschaftsrechtlichen Zwänge nicht halten kann. Dann ergibt es aber wenig Sinn, eben diese gesellschaftsrechtliche Thesaurierungspflicht als Begründung für eine zulässige Ungleichbehandlung gegenüber der gGmbH ins Feld zu führen.

*Weidmann/Kohlhepp* übersehen dabei ferner, dass das letztlich entscheidende Kriterium für die Gewährung der gemeinnützigkeitsrechtlichen Privilegien, nämlich die finale Vermögensbindung, auch bei der gUG uneingeschränkt gilt und werfen *Oberbeck/Winheller* überdies vor, die Pflicht zur zeitnahen Mittelverwendung fälschlicherweise mit dem Erfordernis der Vermögensbindung gleichzusetzen.<sup>18</sup> Der Vorwurf ist deswegen absurd, weil der Grundsatz der Vermögensbindung (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 AO) in der Tat Hand in Hand mit dem Prinzip der satzungsmäßigen Mittelverwendung (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 und 5 AO) geht. Die Vermögensbindung ist sozusagen „der letzte Akt der Mittelverwendung“<sup>19</sup> Im Fall der Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft oder des Wegfalls der steuerbegünstigten Zwecke. Sie erschöpft sich gerade nicht darin, den Rückfluss von Vermögen an die Gesellschafter zu vermeiden, wie *Weidmann/Kohlhepp* annehmen, sondern zielt vielmehr darauf ab, auch sämtliche sonstigen denkbaren Mittelverwendungen im Fall der Auflösung etc. zu verhindern.<sup>20</sup>

### Hinweis am Rande

Im Fall einer Neuauflage bedürfte auch noch folgender Fehler in dem hier besprochenen Kapitel § 2 B einer Korrektur: Auf Seite 34 Rn. 18 ihres Buches verweisen *Weidmann/Kohlhepp* auf die Befreiung gemeinnütziger Körperschaften „von allen Verkehrssteuern“. Das ist zum einen falsch, weil eine Befreiung von der Grunderwerbsteuer für gemeinnützige Körperschaften z.B. genauso wenig existiert wie eine pauschale Befreiung von der Umsatzsteuer<sup>21</sup>. Der Hinweis ist andererseits insoweit ungenau, als es den Verfassern offenbar eher um den Hinweis auf die grundsätzliche steuerliche Privilegierung in

13 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 35 Rn. 20.

14 *Buchna/Seeger/Brox*, a.a.O., S. 167; *Oberbeck/Winheller*, a.a.O., S. 518.

15 *Oberbeck/Winheller*, a.a.O., S. 518.

16 Vgl. v.a. die die Rechtsform Stiftung privilegierenden Vorschriften des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, z.B. § 58 Nr. 12 AO und § 10b Abs. 1a EStG.

17 Vgl. Fn. 1.

18 *Weidmann/Kohlhepp*, a.a.O., S. 37 Rn. 27.

19 *Hüttemann*, a.a.O., § 5 Rn. 176.

20 Z.B. die Verwendung von Vermögen zu nicht gemeinnützigen, nicht satzungsmäßigen Zwecken, ohne dass ein Rückfluss an die Gesellschafter erfolgt.

21 Sofern man die USt als Verkehrssteuer und nicht als Verbrauchssteuer einstufen will, vgl. zum Meinungsstreit *Klenk*, in: *Sölch/Ringleb*, USt, 67. EL März 2012, vor § 1 Rn. 11 m.w.N.



Bezug auf die Ertragssteuern (KSt, GewSt) geht, die in der Praxis tatsächlich große Bedeutung hat.

## Fazit

Die Autoren sollten den Streit um die Zulässigkeit der UG als das behandeln, was er mittlerweile ist: Schnee von gestern. Stattdessen könnten sie sich den wahren Problemen der gUG widmen. Für den Praktiker interessant zu erfahren wäre z.B., inwieweit sich die Rechtsform der gUG nach der Erfahrung der Verfasser in der Praxis tatsächlich bewährt hat, d.h. ob einer wesentlichen Zahl von Neugründungen trotz des niedrigen Anfangskapitals tatsächlich der Durchbruch gelingt oder ob nicht viele zunächst engagiert begonnene gUG-Projekte nach gewisser Zeit wieder eingestellt werden müssen.

Der vorliegende Beitrag soll übrigens nicht den Eindruck erwecken, Kritik am Aufsatz von *Oberbeck/Winheller* sei nicht erwünscht. Das Gegenteil ist der Fall. An anderer Stelle wäre Kritik auch sehr wohl angebracht gewesen: In ihren Ausführungen unter Punkt 4.4.2. und der zugehörigen Fußnote 11 ihres Aufsatzes zur freien Rücklage nach § 58 Nr. 7 Buchst. a AO erwecken *Oberbeck/Winheller* nämlich den Eindruck, bei der Rücklage handele es sich um eine Position auf der Aktivseite der Bilanz. Richtig ist natürlich, dass die Rücklage auf der Passivseite zu Hause ist. Im Unterschied zu den handelsrechtlichen Rücklagen stehen der freien Rücklage auf der Aktivseite aber stets Vermögenswerte gegenüber, die noch für eine Verwendung zu gemeinnützigen Zwecken bereitstehen – das hatten *Oberbeck/Winheller* mit ihren unglücklichen Formulierungen wohl zum Ausdruck bringen wollen.

Stefan Winheller und Anka Hakert,  
Kanzlei WINHELLER, Frankfurt a. M.

## Rainer Hüttemann/Andreas Richter/Birgit Weitemeyer Landesstiftungsrecht

Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2011, 1192 Seiten, 129,- €  
ISBN 978-3-504-49945-7

Die rechtspolitische Diskussion um die Modernisierung des Stiftungsrechts hat Anfang 2011 mit dem Inkrafttreten des Stiftungsgesetzes Sachsen-Anhalt ihren legislativen Abschluss gefunden. Nachdem die seit 2002 geltenden modernisierten bundesgesetzlichen Regelungen der §§ 80 ff. BGB bereits eingehend und vielfältig kommentiert worden sind, haben die Herausgeber und die weiteren Autoren des Werks, das einem an der Bucerius Law School in Hamburg initiierten Forschungsprojekt entstammt, zeitnah das gesamte – an die bundesgesetzliche Rechtslage angepasste – Landesstiftungsrecht einer überblickartigen Darstellung und Bewertung unterzogen. Der landesrechtsvergleichende Ansatz verfolgt das Ziel, inhaltliche Gemeinsamkeiten und Parallelen herauszuarbeiten sowie Sonderentwicklungen in einzelnen Ländern aufzuzeigen und kritisch zu bewerten.

Das in neun Teile untergliederte Werk befasst sich eingangs (1. Teil) mit der Entwicklung des Stiftungsrechts im Bund und in den Ländern. Eingehend werden durch *Weitemeyer/Franzius* die rechtspolitische Diskussion und deren Folgerungen im Rahmen der bundesgesetzlichen Modernisierung des

Stiftungsrechts wiedergegeben und ausgewogen dargestellt. Mag dabei die Formulierung, die Anerkennung stelle eine staatliche Genehmigung dar, auch etwas irritieren, so ist der Hinweis auf die Gefahr der „Zersplitterung der Zuständigkeiten zwischen Genehmigungs- und Aufsichtsstelle“ bei der seinerzeit erwogenen Registrierung der Stiftung durch die ordentlichen Gerichte vollends berechtigt. Der im 2. Teil zunächst von *Reuter* behandelte „Regelungsgegenstand und allgemeine Bestimmungen“ erfasst den Anwendungsbereich des Landesstiftungsrechts und die stiftungsbegriffliche Erläuterung. Anschließend widmet sich *Jakob* dem Stifterwillen und dem Kollisionsrecht sowie gemeinsam mit *Büch* dem Intertemporalen Recht und den Altstiftungen sowie den Verweisungen auf das Bundesrecht.

Der Gegenstand des 3. Teils ist mit dem Anerkennungsverfahren öffentlich-rechtlicher Natur. *Backert*, ein Kenner des öffentlichen Rechts und bei der Stiftungsaufsicht fachlich beheimatet, verzichtet aufgrund der durch das Bundesstiftungsrecht gesetzten Schranken konsequent auf eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Anerkennung und befasst sich ausschließlich mit den durch das Verwaltungsverfahrensgesetz vorgegebenen formellen Erfordernissen der Anerkennung. Dabei findet der Autor eine bemerkenswerte Balance zwischen normativer Fundierung einerseits und Praxisbezug andererseits. Im 4. Teil bearbeitet *Rawert* die Stiftungsverzeichnisse und die Vertretungsbescheinigungen und betrachtet sie auch aus der Sicht des Gesellschaftsrechtlers. In seiner rechtspolitischen Bewertung spricht er kritisch das Anonymitätsinteresse von Organmitgliedern an, wenngleich er ein solches dem Stifter in seiner Eigenschaft als Gründer und Ausstatter seiner Stiftung zubilligt. Bedenkt man, dass der Stifter häufig zugleich, wenn nicht sogar ausschließlich Organmitglied ist, bedarf die Kritik jedenfalls für den Einzelfall einer Relativierung. Mit erfreulicher Klarheit betont *Rawert*, dass Vertretungsbescheinigungen ähnlich den Stiftungsverzeichnissen nicht die Vermutung der Richtigkeit begründen. Er redet damit folgerichtig nicht der vereinzelt in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Rechtsauffassung das Wort, bei der Vertretungsbescheinigung handele es sich um einen feststellenden Verwaltungsakt. Während der 5. Teil – Verwaltung der Stiftung – die Zweckerfüllung, Vermögensverwaltung nebst -erhaltung und -umschichtung, Ertragsverwendung und Rücklagenbildung (*Hüttemann*) sowie die Vermögensanlage (*Richter*), die Rechtsstellung der Organe, die Verwaltungskosten und die Vergütung (*Roth*) erfasst, beantwortet *Spiegel* im 6. Teil die Fragen der Rechnungslegung. Satzungs- und Strukturänderungen bestimmen den von *von Hippel* und *Meyn* bearbeiteten 7. Teil, dem sich der der Stiftungsaufsicht gewidmete 8. Teil anschließt. *Schulte* zeigt auf, welchem Spagat die Stiftungsaufsicht ausgesetzt ist, wenn er zu Recht die Beachtung der Grenze zu einer behördlichen Mitverwaltung annimmt, dem gegenüber aber auch hervorhebt, dass die Stiftungsaufsicht mit dem zur Verfügung stehenden Spektrum der Aufsichtsmittel die Erfüllung des Stiftungszwecks zu gewährleisten habe. Abgerundet wird das Werk im 9. Teil mit den besonde-