

---

**Datum:** 19.12.2012  
**Gericht:** Oberverwaltungsgericht NRW  
**Spruchkörper:** 16. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 16 A 1451/10  
**ECLI:** ECLI:DE:OVGNRW:2012:1219.16A1451.10.00

---

**Vorinstanz:** Verwaltungsgericht Münster, 1 K 1405/09

**Schlagworte:** Stiftung Rechtsfähigkeit Rechtspersönlichkeit Anerkennung  
Stiftungsgeschäft Gründung Einbringung Vermögen  
Gemeindevermögen Kommunalvermögen Eigengesellschaft  
Tochtergesellschaft Stadtwerke GmbH Tochterunternehmen  
Versorgungsunternehmen Beherrschung

**Normen:** GO NRW § 100 Abs. 3; StiftG NRW § 2; BGB § 80 Abs. 2; BGB § 81 Abs. 1; BGB § 134

**Leitsätze:**

Die Gründung einer rechtsfähigen bürgerlich-rechtlichen Stiftung durch ein von der Stadt beherrschtes Versorgungsunternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, in die wesentlich oder ausschließlich finanzielle Mittel des Versorgungsunternehmens eingebracht werden sollen, verstößt gegen die ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB darstellende Bestimmung des § 100 Abs. 3 GO NRW und ist nichtig.

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Münster vom 21. Mai 2010 geändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten beider Instanzen.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicher-heitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren

Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Tatbestand

1

Die Klägerin ist eine im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge Energie und Wasserversorgung tätige Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Alleinige Gesellschafterin ist die Stadtwerke S. GmbH, deren einzige Gesellschafterin wiederum die Stadt S. ist. Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Anerkennung einer mit Stiftungsgeschäft vom 28. Dezember 2005 errichteten "Stadtwerke Stiftung für S. ".

2

In dem Stiftungsgeschäft wird als Zweck der Stiftung die Beschaffung von Mitteln für steuerbegünstigte Körperschaften des privaten Rechts oder Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke in S. auf den Gebieten Bildung und Erziehung, Kunst und Kultur, Umweltschutz, Jugend und Altenhilfe, Wohlfahrtswesen, Sport und Heimatgedanke genannt. Als Anfangsvermögen wurden der Stiftung von der Klägerin als Stifterin 1.000.000 Euro zugesichert; das Stiftungsvermögen ist in seinem Wert und Bestand dauernd und ungeschmälert zu erhalten. Nach § 5 Abs. 1 der Satzung der Stadtwerke Stiftung für S. sind Organe der Stiftung das Kuratorium und der Vorstand. Vorstand ist der Geschäftsführer der Stiftung (§ 6 Abs. 1 der Satzung). Das Kuratorium besteht aus dem Bürgermeister der Stadt S. und dem Vorsitzenden sowie dem stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrates der Stifterin. § 10 Abs. 4 der Satzung sieht vor, dass bei Auflösung oder Aufhebung der Stiftung oder bei Wegfall ihrer steuerbegünstigten Zwecke das Stiftungsvermögen an die Stadt S. fällt, die es unmittelbar und ausschließlich für Zwecke gemäß § 2 der Satzung oder andere gemeinnützige Zwecke zu verwenden hat. Hintergrund der Gründung einer Stiftung war nach Darstellung des Geschäftsführers sowohl der Klägerin als auch der Stadtwerke S. GmbH, dass die vier Tochtergesellschaften der Stadtwerke S. GmbH in den Jahren bis 2006 ca. 150.000 Euro jährlich für Spenden und Sponsoring ausgegeben hätten; dies sei aber uneinheitlich und ohne ein entsprechendes Gesamtkonzept geschehen. Ziel einer angestrebten Neuorganisation der gemeinnützigen Tätigkeit der vier Tochtergesellschaften der Stadtwerke solle eine einheitlichere Präsentation dieser Tätigkeit nach außen sein; das solle auch zu einem Imagegewinn der Stadtwerke S. führen.

3

Am 15. Dezember 2005 sprach der nachmalige Prozessbevollmächtigte der Klägerin wegen der stiftungsrechtlichen Genehmigung beim Beklagten vor; von dessen Seite wurde darauf hingewiesen, dass möglicherweise auch die Kommunalaufsicht zustimmen müsse. Nachdem Bedenken aufgekommen waren, ob die Vorschrift des § 100 Abs. 3 GO NRW der Stiftungserrichtung entgegensteht, bat der nachmalige Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit Schreiben vom 6. März 2006 sowie nach Prüfung alternativer Gestaltungsmöglichkeiten vom 26. September 2006 nochmals um die Anerkennung der Stiftung und Aushändigung der Ausstellungsurkunde. § 100 Abs. 3 GO NRW sei auf das vorliegende Stiftungsprojekt nicht anwendbar, weil es sich nicht um eine sog. örtliche, hier also von der Stadt S. verwaltete Stiftung handele. Das eingebrachte Barvermögen sei kein (freies) Gemeindevermögen im Sinne der genannten Bestimmung, sondern zivilrechtliches Vermögen der Klägerin. Die Errichtung der Stiftung stelle eine unternehmerische Entscheidung der Klägerin dar, die deren

4

eigenen betrieblichen Interessen diene. Neben der Wahrnehmung einer Sponsoringfunktion gegenüber lokalen Körperschaften werbe die Klägerin damit für ihr Unternehmen bzw. für das der Stadtwerke S. GmbH einschließlich ihrer Tochtergesellschaften. Diese Entscheidung führe zwar zu einem endgültigen Mittelabfluss; die vorangegangene Willensbildung sei aber trotz der zivilrechtlichen Verselbständigung des Vermögens der Klägerin entscheidend von der Stadt S. bestimmt.

Mit Bescheid vom 20. November 2006 lehnte der Beklagte die stiftungsrechtliche Anerkennung der "Stadtwerke Stiftung für S." ab. Im Anerkennungsverfahren sei zu prüfen, ob die gesetzlichen Anforderungen an die Errichtung einer selbständigen Stiftung bürgerlichen Rechts erfüllt seien; daran bestünden Zweifel. Wegen des Einflusses der Stadt S. auf die Klägerin handele es sich vorliegend um eine kommunale Stiftungsgründung, für welche die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung besondere Voraussetzungen aufstelle. Die Einbringung kommunalen Vermögens in eine rechtsfähige Stiftung habe nämlich zur Folge, dass die eingebrachten Vermögensgegenstände künftig einer rechtlich selbständigen juristischen Person gehörten und dem unmittelbaren Zugriff der Kommune entzogen seien. Der Einwand, den gesetzgeberischen Intentionen werde bereits durch die Organbesetzung unter anderem mit Ratsmitgliedern Rechnung getragen, könne nicht zu der Freistellung von kommunalrechtlichen Vorgaben führen. Die Voraussetzungen für eine "kommunale Stiftungsgründung" seien abschließend in § 100 Abs. 3 GO NRW aufgeführt. Danach dürfe Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht werden, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden könne. Diese Bestimmung gelte auch für die Einbringung von Gemeindevermögen in selbständige Stiftungen, die nicht von einer Gemeinde verwaltet würden. Darüber hinaus sei für die Anwendung des § 100 Abs. 3 GO NRW notwendig, dass es sich bei dem der Stiftung zugesagten Vermögen um Gemeindevermögen handle. Dies könne nicht mit dem Hinweis darauf verneint werden, dass das Vermögen nicht unmittelbar von der Stadt, sondern von der Klägerin als "Enkelgesellschaft" der Stadt aufgebracht werde. Nach § 111 Abs. 1 GO NRW zähle die Unternehmensbeteiligung und damit auch der Wert des Unternehmens selbst zum Gemeindevermögen. Ein anderes Verständnis würde einer Umgehung der Anforderungen des § 100 Abs. 3 GO NRW durch Zwischenschaltung eines kommunalen Unternehmens Tür und Tor öffnen. Den Anforderungen an die Ausgestaltung der Stiftungsgründung, die aus der von § 100 Abs. 3 GO NRW geforderten Subsidiarität ("wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck nicht auf andere Weise erreicht werden kann") folgten und die der Klägerin in vorangegangenen Gesprächen verdeutlicht worden seien, genüge die verfahrensgegenständliche Gründung nicht; vielmehr habe die Klägerin zu erkennen gegeben, dass die möglicherweise die Stiftungsgründung rechtfertigende Beteiligung Privater am Stiftungsvermögen in dem für erforderlich gehaltenen Umfang nicht in Betracht komme.

Den am 21. Dezember 2006 eingelegten Widerspruch begründete die Klägerin wie folgt: Die Voraussetzungen der §§ 80 und 81 BGB seien unstreitig erfüllt. Der Beklagte lehne die Anerkennung der Stiftung allein aus kommunalrechtlichen Gründen ab. Die vom Beklagten angewandte Bestimmung des § 100 Abs. 3 GO NRW trage unter anderem dem Grundsatz Rechnung, die Einheit und Vollständigkeit des Haushaltsplans der Gemeinde nach § 79 Abs. 1 GO NRW zu gewährleisten. Es solle sichergestellt werden, dass der Rat bei seiner Entscheidung über den kommunalen Haushalt den bestmöglichen Überblick über die Finanzlage der Gemeinde habe. Dieser Grundsatz sei vorliegend aber gar nicht berührt, weil das in Rede stehende Vermögen nicht dem Haushalt der Gemeinde zuzuordnen oder für Aufgaben der Gemeinde einzusetzen sei. Vielmehr handele es sich um Vermögen, das zivilrechtlich der Klägerin und deren wirtschaftlicher Betätigung zugewiesen sei. Dafür

spreche insbesondere, dass die Klägerin bezogen auf den Bilanzstichtag des 31. Dezember 2005 in ihrem handelsrechtlichen Jahresabschluss eine Kapitalrücklage von über 20 Mio. Euro ausweise; diese Rücklage übersteige mithin das für die Stiftungsgründung einzusetzende Kapital erheblich. Etwas anderes folge auch nicht daraus, dass die Beteiligung der Stadt S. an der Klägerin bzw. der Wert des klagenden Unternehmens zum Gemeindevermögen gehörten (§ 111 Abs. 1 GO NRW). Denn durch die Stiftungserrichtung werde nicht automatisch der Wert des vermögenseinbringenden Unternehmens gemindert; vielmehr könnten die in Rede stehenden Mittel nicht zu einer Verminderung des Unternehmenswertes auf die ursprünglich von der Stadt geleistete Mittelausstattung der Klägerin führen. Anderes ergebe sich auch nicht mit Blick darauf, dass nach § 109 Abs. 1 Satz 2 GO NRW kommunale Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der sie tragenden Gemeinde abwerfen sollten; denn nicht jede Art der Gewinnerzielung könne als Ertrag eingeordnet werden, so dass die von der Klägerin erzielten Überschüsse nicht von vornherein dem Gemeindevermögen im Sinne von § 100 Abs. 3 GO NRW unterfielen. Schließlich führe die in Aussicht genommene Stiftungsgründung ähnlich wie das Aufbringen von Spenden für wohltätige Zwecke im Rahmen unternehmerischer Betätigung letztlich nicht zu einer Verminderung des Wertes der städtischen Beteiligung, sondern im Gegenteil über die Steigerung des öffentlichen Ansehens zu einer dauerhaften Wertsteigerung. In diesem Zusammenhang sei auch nicht einsichtig, warum Spenden an gemeinnützige Körperschaften kommunalrechtlich unproblematisch seien, während der Errichtung einer Stiftung derart enge Grenzen gesetzt würden. Auch werde das aufgebrachte Barvermögen etwa im Falle einer nachfolgenden Auflösung der Stiftung dem Zugriff der Klägerin bzw. der Stadt S. nicht endgültig entzogen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 22. Juli 2009 wies der Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Die Zugehörigkeit des der Stiftung zugesicherten Vermögens zum Gemeindevermögen im Sinne von § 100 Abs. 3 GO NRW ergebe sich aus zwei Gesichtspunkten. Zum einen habe die Stadt S. wegen der einhundertprozentigen Beteiligung einen beherrschenden Einfluss auf die Klägerin und sei über die gemeindewirtschaftsrechtlichen Regelungen in der Lage, das Handeln der Klägerin zu steuern. Zum anderen fließe die Klägerin als mittelbare Beteiligung über den Wert der Stadtwerke S. GmbH nach den Grundsätzen des Neuen Kommunalen Finanzmanagements (NFK) als kommunales Anlagevermögen in Form einer Finanzeinlage in die Bilanz der Stadt S. ein. Mit dem Gesamtabchluss gemäß den §§ 116 ff. GO NRW sei darüber hinaus ab 2010 gewährleistet, dass die Vermögens, Finanz und Ertragslage der Gemeinde so dargestellt werde, dass alle gemeindlichen Betriebe erfasst und nach den handelsrechtlichen Vorschriften konsolidiert würden. Im Gesamtabchluss sei die wirtschaftliche Lage der gemeindlichen Betriebe so darzustellen, als ob die Gemeinde mit ihren Betrieben insgesamt eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit wäre. Entscheidend sei damit, dass die Klägerin eine einhundert-prozentige Enkeltochter der Stadt sei und die Stadt steuernden Einfluss auf die Klägerin habe. Demgegenüber komme es nicht darauf an, wie Erträge der Klägerin vermögensrechtlich zuzuordnen seien. Es komme auch nicht darauf an, ob sich durch den geplanten Vermögensabgang eine Wertminderung des klägerischen Unternehmens ergebe. Die Voraussetzungen der demnach anwendbaren Bestimmung des § 100 Abs. 3 GO NRW lägen nicht vor. Danach dürfe Gemeindevermögen nur in Stiftungsvermögen eingebracht werden, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden könne. Daher müssten zunächst alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, bei denen das Gemeindevermögen nicht berührt werde. Vor dem Hintergrund des Ausnahmecharakters der Einbringung kommunalen Vermögens in Stiftungen habe sich in Nordrhein-Westfalen eine gefestigte Verwaltungspraxis dahingehend entwickelt, dass sich Private bei der Stiftungserrichtung mindestens mit einem Anteil von 50% am

Stiftungsvermögen beteiligen müssten; in diesem Falle sei die Kommune befugt, kommunales Vermögen in gleicher Höhe einzubringen. Zumindest aber müssten mit einem höchstmöglichen Grad an Verbindlichkeit Zusagen Privater über eine Beteiligung am Stiftungsvermögen vorliegen. Diese Voraussetzungen seien vorliegend aber nicht erfüllt. Soweit ein Widerspruch darin gesehen werde, dass Spenden der Klägerin an eine gemeinnützige Körperschaft im Gegensatz zur Errichtung einer Stiftung unproblematisch zulässig seien, treffe das nicht zu. Es handele sich vielmehr um unterschiedliche Sachverhalte, die unterschiedlichen Regelungen unterlägen. Schließlich verfange auch der Vortrag nicht, das Dotationskapital sei der Klägerin bzw. der Stadt S. nicht endgültig entzogen, denn Stiftungen seien grundsätzlich auf ewig angelegt; aber auch im Fall einer Auflösung der Stiftung könne die Stadt über diese Mittel nicht nach freiem Belieben verfügen, sondern das Vermögen unterliege weiterhin einer Zweckbindung.

Am 22. Juli 2009 hat die Klägerin Verpflichtungsklage erhoben und zur Begründung wie folgt vorgetragen: Der Ablehnungsbescheid des Beklagten vom 20. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides sei rechtswidrig. Die vom Beklagten herangezogene Vorschrift des § 100 Abs. 3 GO NRW sei nicht anwendbar, denn es fehle schon an einer (beabsichtigten) Verlagerung von Gemeindevermögen. Die für die Einbringung vorgesehenen Stiftungsmittel seien vielmehr ihr, der Klägerin, als einer eigenständigen juristischen Person zugeordnet. Die vom Beklagten für richtig gehaltene Einbeziehung dieses Vermögens in das kommunale Vermögen der Stadt S. finde weder im Gemeindehaushaltsrecht noch in anderen Vorschriften eine Stütze. Allein der Umstand, dass die Stadt S. mittelbar an der Klägerin beteiligt sei und einen entscheidenden Einfluss auf ihre Willensbildung habe, berühre die vermögensrechtliche Zuordnung nicht. Die Sichtweise des Beklagten würde zu gravierenden Eingriffen in bürgerlich-rechtliche, handelsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Positionen führen. Es treffe auch nicht zu, dass durch die Stiftungserrichtung gleichsam automatisch der Wert der Klägerin gemindert werde. Sie führe zwar zu einem zivilrechtlich endgültigen Vermögensabgang bei der Klägerin, der handelsrechtlich als Aufwand anzusehen sei und sich auch in der handelsrechtlichen Rechnungslegung niederschlage. Es werde aber nicht ersichtlich, in welcher Weise hierdurch der Wert der Beteiligung der Stadt S. an deren Tochterunternehmen geschmälert werde. Vielmehr habe sie, die Klägerin, das Vermögen aus eigener wirtschaftlicher Betätigung aufgebracht. Eine landesrechtliche Bestimmung der Gemeindeordnung könne nicht eine im Rahmen der unternehmerischen Dispositionsbefugnis getroffene aufwandswirksame Entscheidung in Frage stellen. Die Klägerin habe zum Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts über ausreichende, sich in der Kapital und Gewinnrücklage ihrer handelsrechtlichen Bilanz zum Stichtag des 31. Dezember 2005 widerspiegelnde Mittel verfügt; diese Mittel hätten die in § 109 Abs. 1 Satz 2 GO NRW geforderten Erträge und auch die ursprüngliche Mittelausstattung aus dem städtischen Vermögen weit übertroffen. Der Umstand, dass kommunale Unternehmen in erster Linie Erträge für die Gemeinde abwerfen sollten, führe nicht dazu, jegliches Gesellschaftsvermögen dem Gemeindevermögen zuzuordnen. Auch aus einem angeblichen beherrschenden Einfluss der Stadt auf die Klägerin lasse sich für die Vermögenszuordnung nichts ableiten. Soweit sich der Beklagte auf die gesetzgeberischen Erwägungen zum NKF beziehe, sei dem entgegenzuhalten, dass es insoweit allein auf den Beteiligungswert ankomme und sich dieser anhand der Anschaffungskosten für die Anteile bemesse. Nur diese statischen Werte fänden Eingang in den konsolidierten Gesamtabschluss, nicht aber etwaige Steigerungen des Substanz und Ertragswertes des Unternehmens. Außerdem liege ein erweitertes Begriffsverständnis des Gemeindevermögens nicht in der Zielsetzung der NKF Gesetzgebung, vielmehr gehe diese Gesetzgebung gerade von dem bereits existenten Begriff des Gemeindevermögens aus. Der vom Beklagten angeführte Grundsatz der Einheit und Vollständigkeit des Haushaltsplans sei vorliegend nicht berührt, da das hier in Rede

stehende Vermögen von vornherein nicht der Stadt S. zugestanden habe. Entsprechendes gelte für das Postulat der Ertragsschöpfung zugunsten der Gemeinden. Nach § 109 Abs. 1 Satz 2 GO NRW sollten zwar kommunale Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen. Nicht jede Art der Gewinnerzielung durch ein solches Unternehmen könne aber in diesem Sinne als Ertrag gekennzeichnet werden. Vielmehr nenne § 2 Abs. 1 der Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) als ordentliche Erträge nur Steuern, (sonstige) Abgaben, Zuwendungen, allgemeine Umlagen und öffentlich-rechtliche Leistungsentgelte. Somit könnten die für die Stiftungserrichtung vorgesehenen Beträge als über derartige Erträge hinausgehendes Vermögen qualifiziert werden. Es bleibe auch dabei, dass eine unterschiedliche Behandlung von unproblematisch zulässigen Spenden und der Errichtung einer Stiftung nicht nachvollziehbar wäre; in beiden Fällen finde eine echte Vermögensübertragung statt.

Die Klägerin hat beantragt,

9

die mit Stiftungsgeschäft vom 28. Dezember 2005 errichtete rechtlich selbständige Stiftung bürgerlichen Rechts "Stadtwerke Stiftung für S. " mit Sitz in S. durch Aushändigung der Anerkennungsurkunde an die Klägerin, handelnd durch ihren Geschäftsführer, unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides des Beklagten vom 20. November 2006 sowie des Widerspruchsbescheides des Beklagten vom 22. Juni 2009 unwiderruflich anzuerkennen.

Der Beklagte hat beantragt,

11

die Klage abzuweisen.

12

Er hat zur Begründung über das bisherige Vorbringen hinaus vorgetragen, in Fällen kommunaler Beteiligung werde bei der Stiftungsanerkennung auch die Kommunalaufsicht im Hause hinzugezogen. Da es sich bei der Stadt S. um eine kreisangehörige Stadt handle, sei des weiteren der Landrat des Kreises T. als untere Kommunalaufsichtsbehörde in den Abstimmungsprozess einbezogen worden. Zur Anwendbarkeit des § 100 Abs. 3 der GO NRW sei festzuhalten, dass zwar das bundesgesetzlich geregelte Gesellschaftsrecht dem Landesrecht vorgehe, dies aber nicht die völlige Freistellung der Klägerin von den Beschränkungen des Gemeindewirtschaftsrechts zur Konsequenz haben könne. Das Gemeindewirtschaftsrecht habe nämlich keine Einschränkung oder Überlagerung des Gesellschaftsrechts zur Folge, sondern verpflichte lediglich die in der kommunalen Gesellschaft tätigen Organe dazu, (zusätzlich) das Gemeindewirtschaftsrecht zu beachten; es entspreche gefestigter Auffassung, dass sich ein Hoheitsträger, indem er sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben privatrechtlicher Handlungsformen bediene, nicht von den aus dem öffentlichen Recht stammenden Verpflichtungen freimachen könne. Für die hier vorliegende mittelbare Beteiligung an einem privatrechtlich organisierten kommunalen Unternehmen gelte insoweit nichts anderes als für eine unmittelbare Beteiligung. Nach § 92 GO NRW habe die Stadt S. eine Eröffnungsbilanz aufzustellen, die eine systematische Gegenüberstellung des Vermögens und der Schulden enthalte. Nach § 41 GemHVO seien auf der Aktivseite der Bilanz unter der Position "Finanzanlagen" die Werte angesetzt, die auf Dauer finanziellen Anlagezwecken oder Unternehmensverbindungen dienten. Als hundertprozentige Tochter der Stadt S. seien die Stadtwerke S. mit einem im Ertrags oder Substanzwertverfahren ermittelten Wertansatz in der kommunalen Bilanz ausgewiesen. Im Rahmen der Bewertung der Stadtwerke S. würden wiederum deren Vermögenswerte einbezogen. Das vollziehe sich in der Regel dadurch, dass für die Stadtwerke S. GmbH ein Wertgutachten zum Bilanzstichtag erstellt werde, so dass die Klägerin als Tochter der Stadtwerke mittelbar in die kommunale Bilanz einfließe. Der Vortrag der Klägerin, der Beteiligungswert an Tochterunternehmen sei in den Bilanzen nur anhand der Anschaffungskosten auszuweisen,

13

sei unvollständig, weil es grundsätzlich mehrere Möglichkeiten gebe, eine Bewertung im Rahmen eines Wertgutachtens vorzunehmen. Selbst wenn nur die statischen Werte Eingang in die Bilanz finden sollten, würde dies nichts daran ändern, dass die somit nicht bilanziell abgebildeten "stillen Reserven" unter das kommunale Vermögen fielen. Es komme auch nicht darauf an, ob die Erträge der Klägerin kommunales Vermögen darstellten, sondern ob die Klägerin selbst als kommunales Vermögen zu bewerten sei. Schließlich könne der Klägerin auch nicht in der Einschätzung gefolgt werden, die Errichtung der Stiftung führe zwar zu einem zivilrechtlich endgültigen Vermögensabgang, es sei aber nicht ersichtlich, in welcher Weise hierdurch der Wert der Beteiligung vermindert worden sein solle; demgegenüber sei offensichtlich, dass eine Finanzanlage nach der Entziehung von Vermögen weniger werthaltig sei.

Durch Urteil vom 21. Mai 2010 hat das Verwaltungsgericht der Klage mit der wesentlichen Begründung stattgegeben, die stiftungsrechtlichen Anerkennungs Voraussetzungen nach den §§ 80 f. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) lägen vor. Da es sich bei der Begründung einer Stiftung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handle, auf welches die allgemeinen Vorschriften des BGB über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften Anwendung fänden, komme vorliegend als Unwirksamkeitsgrund allenfalls in Betracht, dass der Gründung ein zur Nichtigkeit führendes gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB entgegenstehe. Bei der insoweit allein in Betracht kommenden Bestimmung des § 100 Abs. 3 der GO NRW handle es sich aber nicht um ein solches gesetzliches Verbot. 14

Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung macht der Beklagte folgendes geltend: Es sei schon fraglich, ob die bei dem Stiftungsgeschäft für die Klägerin handelnden Personen vertretungsbefugt gewesen seien und ob es zulässig gewesen sei, dass die Klägerin als Einzelunternehmen der Stadt S. das Stiftungsgeschäft abgeschlossen habe, obwohl wie es auch im Namen der geplanten Stiftung zum Ausdruck komme eine Stiftung der Stadtwerke S. GmbH gewollt gewesen sei. Der Charakter des § 100 Abs. 3 GO NRW als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB sei zu Unrecht verneint worden. Es komme nicht darauf an, ob im Wortlaut der betreffenden Norm ausdrücklich von einem Verbot die Rede sei oder die Begriffe des Dürfens oder Nichtdürfens bzw. der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Verhaltens verwendet würden. Auch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe spreche nicht gegen die Einordnung einer Vorschrift als Verbotsgesetz. Der Zweck des § 100 Abs. 3 GO NRW sei des weiteren nicht allein auf die Umstände des Zustandekommens eines Rechtsgeschäftes bezogen, sondern missbillige dieses allein um seines Inhalts willen. Schließlich werde für andere Bestimmungen der GO NRW, insbesondere die §§ 107 und 108, die Eigenschaft als Verbotsgesetz bejaht; das spreche bei systematischer Betrachtung dafür, auch die strukturgleiche Regelung des § 100 Abs. 3 GO NRW als Schutzgesetz anzusehen; außerdem könne § 100 Abs. 3 GO NRW als Konkretisierung des sog. Verschleuderungsgebotes (§ 90 GO NRW) aufgefasst werden, das gleichfalls den Charakter eines Verbotsgesetzes habe. Abgesehen davon könnten auch tragende Grundprinzipien der Verfassung, vorliegend der auch auf die Erbringung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlichen Formen anwendbare Grundsatz der Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG, als Schutzgesetz im Sinne von § 134 BGB anerkannt werden; der Verstoß gegen § 100 Abs. 3 GO NRW sei zugleich ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes. 15

Die Stiftungsgründung bzw. das Einbringen finanzieller Mittel in die zu schaffende Stiftung durch die Klägerin stelle einen Verstoß gegen das Verbotsgesetz des § 100 Abs. 3 GO NRW dar. Dieses Verbot sei mit Blick auf die geplante Stiftung unabhängig davon anwendbar, dass diese nicht von der Stadt S. als Kommune verwaltet werden solle, also nicht im Sinne der Gesetzesüberschrift als "örtliche" Stiftung anzusehen sei. Dies zwingt dazu, entweder § 100 16

Abs. 3 GO NRW im Sinne eines ErstRechtSchlusses auch auf lediglich mittelbar von der Gemeinde verwaltete Stiftungen zu beziehen oder aber die Einbringung gemeindlichen Vermögens in nicht örtliche Stiftungen als generell verboten zu erachten. Die Zuordnung der als Grundstockvermögen der künftigen Stiftung vorgesehenen Mittel zum Gemeindevermögen der Stadt S. folge nicht nur aus dem beherrschenden Einfluss der Stadt als Alleingesellschafterin der Stifterin, sondern auch aus dem vorgesehenen Rückfluss der Mittel an die Stadt im Falle der Beendigung der Stiftung sowie aus der Gewinnabführungsverpflichtung der Klägerin gegenüber der Stadt. Die Mittelaufbringung für die Stiftung liege auch nicht wie in § 100 Abs. 3 GO NRW gefordert im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinden, mit denen nur die Pflichtaufgaben der Gemeinde gemeint sein könnten; der bewusst weitgefasste Stiftungszweck gehe darüber hinaus. Es sei auch nicht ersichtlich, dass der mit der Stiftung verfolgte Zweck nicht auf andere Weise erreicht werden könne; die in § 2 der Stiftungssatzung genannten Zwecke könnten vielmehr auch durch andere Gestaltungsmodelle verwirklicht werden. Nach gängiger Auffassung sei jedenfalls zu verlangen, dass durch die Stiftungsgründung im Hinblick auf den verfolgten Zweck ein wesentlicher Mehrwert erzielt werden könne, insbesondere durch die Beteiligung weiterer (privater) Stifter. Vorliegend stamme das Grundstockvermögen für die Stiftung vollständig aus dem Gemeindevermögen. Allein die Aussicht auf steuerliche Vorteile genüge als wesentlicher Mehrwert nicht. Weiter müsse in Frage gestellt werden, ob im konkreten Fall die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks (§ 80 Abs. 2 BGB) gesichert sei und ob die Verfolgung des Stiftungszwecks und die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch die Stiftung nicht das Gemeinwohl oder (sonstige) Verfassungsgüter beeinträchtigten. Schließlich sei die Versagung der Stiftungsanerkennung auch dann nicht zu beanstanden, wenn das Stiftungsgesetz nicht wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB nichtig wäre. Denn wegen des gleichwohl zu bejahenden Verstoßes gegen § 100 Abs. 3 GO NRW sei dann die Kommunalaufsicht zum Einschreiten verpflichtet; der Stiftungsaufsicht könne aber nicht angesonnen werden, eine Stiftung anzuerkennen, obwohl das Stiftungsgeschäft nachfolgend wegen des Gesetzesverstoßes nicht zu realisieren wäre.

Der Beklagte beantragt,

17

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

18

Die Klägerin beantragt,

19

die Berufung zurückzuweisen.

20

Sie trägt noch vor, das formal ordnungsgemäß zustande gekommene Stiftungsgeschäft verstoße nicht gegen ein Verbotsgesetz. Die vom Beklagten in den Mittelpunkt gestellte Bestimmung des § 100 Abs. 3 GO NRW sei kein Verbotsgesetz und greife auch nicht ein. Es fehle insbesondere an der geplanten Verlagerung von Gemeindevermögen, da das Stiftungskapital aus dem zivilrechtlichen Vermögen der Klägerin als eigenständiger juristischer Person mit eigener Rechtsfähigkeit stamme und deshalb kein Gemeindevermögen sei. Insbesondere die mittelbare Beteiligung der Stadt S. führe nicht dazu, nicht nur diese Beteiligung der Stadt an der Klägerin, sondern auch deren gesamtes Barvermögen als Bestandteil des Gemeindevermögens zu qualifizieren. Vielmehr vollziehe sich die Verlagerung von Barvermögen an die Stiftung auf der Grundlage autonomer Verfügungsbefugnisse der Klägerin nach dem für sie geltenden GmbHRecht. Es könne auch nicht die Rede davon sein, dass die neuere NKFGesetzgebung die Vorschriften der Gemeindeordnung zum Gemeindevermögen modifizierten. Außerdem regule § 100 Abs. 3 GO NRW nur die Überführung von Gemeindevermögen in eine bereits existierende Stiftung, nicht aber den hier vorliegenden Fall einer Neugründung. Der vom Beklagten befürchtete

21



Verlust an "Werthaltigkeit" der Klägerin durch das Stiftungsgeschäft bzw. die nachfolgende Vermögensverlagerung auf die Stiftung werde auch dadurch relativiert bzw. binnen weniger Jahre kompensiert, dass sowohl die Stadtwerke S. GmbH als auch die Klägerin seit dem Jahr 2006, also dem Jahr nach der Stiftungserrichtung, ihre bis dahin erhebliche Spendenaktivität weitgehend eingestellt hätten. Soweit schließlich der Beklagte auch die Grundrechte oder andere tragende Verfassungsprinzipien argumentativ heranziehe, sei daran zu erinnern, dass vorliegend auch und im Besonderen das Eigentumsgrundrecht der Klägerin aus Art. 14 Abs. 1 GG betroffen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach und Streitstandes wird auf die Verfahrensakte sowie auf die beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen. 22

### Entscheidungsgründe 23

Die Berufung des Beklagten hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der Verpflichtungsklage der Klägerin zu Unrecht stattgegeben; diese erweist sich als zulässig, aber nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die stiftungsrechtliche Anerkennung der von ihr initiierten "Stadtwerke Stiftung für S. ". 24

Das Verwaltungsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der Entscheidung über die zur Rechtsfähigkeit führende Anerkennung gemäß § 2 i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 1 des Stiftungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (StiftG NRW) in der Fassung vom 9. Februar 2010 (GV. NRW. S. 111) um eine gebundene Entscheidung handelt, so dass die antragstellende Person bei Vorliegen aller stiftungsrechtlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Anerkennung hat; ein Ermessen nach Art des vormals geltenden Konzessionsgrundsatzes steht der Stiftungsbehörde in diesem Fall nicht mehr zu. 25

Vgl. Ellenberger, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 72. Aufl. (2013) § 80 Rn. 4; Backert, in: Hüttemann/Richter/ Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 10.51; Andrick, NWVBl. 2005, 445; Büch, DVBl. 2010, 1115, 1117; Schulte, ZSt 2007, 160, 161.

Die bundesrechtlich in den §§ 80 ff. BGB kodifizierten Anspruchsvoraussetzungen für die Stiftungsanerkennung liegen aber nicht vor. § 80 Abs. 2 BGB bestimmt, dass eine Stiftung als rechtsfähig anzuerkennen ist, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet. Vorgelagert ist das Erfordernis, dass überhaupt ein wirksames Stiftungsgeschäft vorliegt. Als einseitiges und nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft unterliegt das Stiftungsgeschäft den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches; somit finden neben den sonstigen Grundsätzen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre auch die an den Inhalt des Rechtsgeschäfts anknüpfenden Bestimmungen der §§ 134 und 138 BGB Anwendung. 27

Vgl. Büch, DVBl. 2010, 1115, 1116. 28

Darüber hinaus sind spezifisch stiftungsrechtliche Inhaltserfordernisse zu beachten. Hierzu gehört nach § 81 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass das Stiftungsgeschäft die verbindliche Erklärung des Stifters enthalten muss, ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen. 29

An den Voraussetzungen für ein wirksames Rechtsgeschäft mangelt es hier, wobei dahinstehen kann, ob das Stiftungsgeschäft der Klägerin vom 28. Dezember 2005 ausreichend bestimmt ist; jedenfalls verstößt es mit der Folge seiner Nichtigkeit gegen ein 30

gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB (I.). Zum anderen gefährdet der Stiftungszweck, soweit er im Stiftungsgeschäft jedenfalls rudimentär zum Ausdruck kommt, i. S. v. § 80 Abs. 2 BGB das Gemeinwohl (II.).

Der Senat lässt dahinstehen, ob der im Stiftungsgeschäft genannte Stiftungszweck der Beschaffung von Mitteln für steuerbegünstigte Körperschaften des privaten Rechts oder Körperschaften des öffentlichen Rechts für die im Einzelnen genannten Zwecke gemessen an den gesetzlichen Anforderungen ausreichend bestimmt ist (§ 81 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 BGB). Der im Stiftungsgeschäft zu kennzeichnende Stiftungszweck muss nach Art einer dauernden Handlungsanweisung die künftige Tätigkeit der Stiftung steuern. 31

Vgl. Büch, DVBl. 2010, 1115, 1118. 32

Dabei ist von wesentlicher Bedeutung, dass eine Stiftung anders als etwa ein Verein nicht einer fortlaufenden Willensbildung etwa seiner Mitglieder oder seiner Organe unterliegt; vielmehr hat die Fixierung des Stiftungszwecks im Stiftungsgeschäft eine gleichbleibende und die Stiftungsorgane dauerhaft bindende Wirkung, die nachfolgenden Anpassungen und Modifizierungen lediglich unter besonderen, hier nicht von vornherein ersichtlichen Umständen zugänglich ist. 33

Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 12. Februar 1998 3 C 55.96 , BVerwGE 106, 177 = NStZ 1998, 2545 = DVBl. 1998, 966 = juris, Rn. 42 (" 'Selbstläufer' nach Art einer einmal ins Rollen gebrachten Kugel"); Hof, in: Seifart/von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Auflage, 1999, § 8 Rn. 10; Reuter, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. (2012), Band 1 Allgemeiner Teil, §§ 80, 81, Rn. 30.

Außerdem muss die Stiftungsaufsicht im Stande sein, die Einhaltung der einmal festgelegten Zwecke durch die Stiftungsorgane zu überprüfen. Außerdem kann nur anhand eines hinreichend genau festgesetzten Stiftungszwecks ermittelt werden, ob dieser das Gemeinwohl gefährdet und ob er von Anfang an oder nachfolgend aufgrund veränderter Umstände noch erreicht werden kann. 35

Vgl. zum Ganzen Reuter, a. a. O., §§ 80 81, Rn. 29. 36

Gemessen an diesen Erfordernissen genügt es nicht, das bloße Ansammeln eines Stiftungsvermögens als zureichende Zweckbeschreibung anzusehen. Die Absicht der reinen Vermögensakkumulation ohne die gleichzeitige Klarstellung dessen, was mit diesem Vermögen zu tun sei würde zu einer vom Gesetz nicht vorgesehenen reinen Selbstzweckstiftung führen. 37

Vgl. Hof, a. a. O., § 8 Rn. 54 f.; Reuter, a. a. O., vor § 80, Rn. 60; Büch, DVBl. 2010, 1115, 1118. 38

Ob die Mittelverwendung im Stiftungsgeschäft gegebenenfalls ergänzt um die Stiftungssatzung im Hinblick auf den Kreis der Empfänger der Erträge des Stiftungsvermögens und auf die Förderzwecke hinreichend bestimmt ist, unterliegt Zweifeln. Soweit im Stiftungsgeschäft und in der Satzung ausgeführt wird, die Stiftungsmittel bzw. deren Erträge seien "für" steuerbegünstigte Körperschaften des privaten Rechts oder Körperschaften des öffentlichen Rechts gedacht, und zwar zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke in S. auf den Gebieten Bildung und Erziehung, Kunst und Kultur, Umweltschutz, Jugend und Altenhilfe, Wohlfahrtswesen, Sport und dem Heimatgedanken, wird damit zwar der Zweck der Weitergabe der Kapitalerträge an Körperschaften der genannten Art sowie der 39

ausschließliche örtliche Bezug zur Stadt S. deutlich. In inhaltlicher Hinsicht ist die Spannweite der Förderzwecke indessen sehr groß, wobei zu der Vielzahl der genannten Förderbereiche noch hinzutritt, dass die meisten dieser Bereiche insbesondere Kunst und Kultur sowie das Wohlfahrtswesen schon für sich genommen ein weites Aufgabenfeld umfassen. Da es auch an der Nennung von Prioritäten oder Verteilungsmaßstäben fehlt,

vgl. dazu Hof, a. a. O., § 8 Rn. 7,

40

ist ein umfangreicher Kreis potenzieller Begünstigter angesprochen und der Stiftung bzw. ihren Organen die Möglichkeit eröffnet, nahezu allumfassend fördernd in Erscheinung zu treten; andererseits beinhaltet diese Zweckbeschreibung aber auch die Möglichkeit, die Förderung auf einzelne Bereiche oder Teilbereiche bzw. einzelne Körperschaften im Extremfall etwa auf einen einzigen Sportverein zu konzentrieren und andere Bereiche dauerhaft unberücksichtigt zu lassen. Letztlich muss aber diesen Bedenken wegen der nachfolgenden Nichtigkeitsgründe nicht abschließend nachgegangen werden.

41

In diesem Zusammenhang erweist es sich auch als fraglich, ob entsprechend dem gesetzlichen Erfordernis des § 80 Abs. 2 BGB die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint, denn diese Frage lässt sich nur dann zweifelsfrei beantworten, wenn der Stiftungszweck mit der notwendigen Klarheit festgelegt worden ist. Unabhängig davon erscheint es nicht als unzweifelhaft, ob angesichts des gegenwärtigen Zinsniveaus und der Verpflichtung, das Stiftungsvermögen nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seinem Wert zu erhalten, überhaupt eine nennenswerte Förderung von Körperschaften möglich ist; das muss erst Recht dann gelten, wenn was den tatsächlichen gehegten Absichten vermutlich nahekommt, dem Stiftungsgeschäft und der Stiftungssatzung aber nicht klar entnommen werden kann davon ausgegangen wird, dass mit der Mittelvergabe jedenfalls auf eine längere Sicht alle oder nahezu alle im Stiftungsgeschäft genannten Förderbereiche bedient werden sollen. Letztlich muss indessen auch dieser insbesondere von der kaum einschätzbaren Entwicklung des zukünftigen Zinsniveaus abhängigen Frage nicht abschließend nachgegangen werden.

42

I. Die Nichtigkeit des Stiftungsgeschäfts folgt jedenfalls daraus, dass es gegen das in § 100 Abs. 3 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Juli 1994 (GV. NRW. S. 666), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 23. Oktober 2012 (GV. NRW. S. 474), genannte Verbot der Einbringung von Gemeindevermögen in eine Stiftung verstößt. Diese Bestimmung, nach der Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht werden darf, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann, steht der Gründung der beabsichtigten Stadtwerke Stiftung für S. entgegen (1.). Bei der Bestimmung des § 100 Abs. 3 GO NRW handelt es sich ferner um ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB (2.), aus dem sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit des bürgerlich-rechtlichen Stiftungsgeschäfts ergibt (3.).

43

1. Die Gründung der Stadtwerke Stiftung verstößt gegen § 100 Abs. 3 GO NRW. Diese Bestimmung ist vorliegend anwendbar, weil darin keine unzulässige Ausweitung der bundesrechtlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen für Stiftungen des Bürgerlichen Rechts durch landesrechtliche Anforderungen oder Ausschlussgründe liegt (a)) und sie sich auch nicht allein auf kommunale Stiftungen bezieht (b)). Ferner steht § 100 Abs. 3 GO NRW nicht allein der Einbringung von Gemeindevermögen in eine schon bestehende Stiftung, sondern auch schon der Gründung einer Stiftung entgegen, sofern diese von vornherein auf die Dotierung mit Gemeindevermögen ausgerichtet ist (c)). Weiter handelt es sich bei dem aus Mitteln der Klägerin beizusteuern den Betrag von einer Million Euro um

44

Gemeindevermögen (d)); daher trifft der Normbefehl des § 100 Abs. 3 GO NRW auch die Klägerin als gesellschaftsrechtlich verselbständigte "Enkeltochter" der Stadt S. (e)). Schließlich ist nicht ersichtlich, dass der mit der Stiftung verfolgte Zweck, wie es § 100 Abs. 1 GO NRW fordert, auf andere Weise nicht erreicht werden kann (f)).

a) Die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine Stiftung bürgerlichen Rechts die Rechtsfähigkeit erlangen kann, sind abschließend in den §§ 80 f. BGB geregelt. Diese auf dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes (GG) bürgerliches Recht beruhende Bundeszuständigkeit schließt aufgrund des abschließenden Charakters der Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch eine parallele Gesetzgebungszuständigkeit der Länder aus (Art. 74 Abs. 1 GG). 45

Vgl. Reuter, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 3.146; Andrick, ZStV 2010, 121, 122; Schulte, ZSt 2007, 160, 161.

Die landesrechtlichen Bestimmungen des StiftG NRW beschränken sich, soweit sie sich mit der Anerkennung bürgerlich-rechtlicher Stiftungen befassen, auf das zur Erlangung der Rechtsfähigkeit von Stiftungen führende Verwaltungsverfahren, und enthalten sich einer gegebenenfalls ergänzenden Regelung der materiell-rechtlichen Anforderungen an eine rechtsfähige Stiftung. 47

Vgl. Andrick, NWVBl. 2005, 445 ff.; siehe auch schon von Campenhausen, in: Seifart/von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 3 Rn. 9; Schulte, ZSt 2007, 160; Geiger, in: Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl. (2004), § 100 Anm. 1. 48

Zu den bürgerlich-rechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts als einem Rechtsgeschäft i. S. d. §§ 104 ff. BGB gehört, dass es nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt; ist das der Fall, ist das Rechtsgeschäft nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Der Begriff des Gesetzes i. S. v. § 134 BGB umfasst auch das Landesrecht, 49

vgl. Ellenberger, a. a. O., § 134 Rn. 1; Dilcher, in: Staudinger, BGB, Kommentar, 12. Aufl. (1980), § 134 Rn. 32, 50

so dass über § 134 BGB ohne Verstoß gegen die Gesetzgebungszuständigkeit auch landesrechtliche Bestimmungen wie § 100 Abs. 3 GO NRW Geltung erlangen können, soweit sich diese Bestimmungen wie noch auszuführen sein wird als Verbotsgesetze verstehen lassen und sich darüber hinaus spezifisch mit dem Landesrecht unterfallenden Regelungsmaterien befassen. Soweit § 1 StiftG NRW in der bis zum 24. Februar 2010 geltenden Fassung in seinem Satz 2 noch ausdrücklich bestimmte, dass Stiftungen betreffende besondere vermögens und haushaltsrechtliche Bestimmungen der Gemeindeordnung unberührt bleiben, wohingegen die mit Änderungsgesetz vom 9. Februar 2010 erlassene Neufassung diesen Vorbehalt nicht mehr enthält, hat sich keine Rechtsänderung ergeben. Vielmehr bestand von vornherein kein Anlass für den Landesgesetzgeber, eine solche Klarstellung zu normieren, da die auf Stiftungen bezogenen Vorschriften des Kommunalrechts, die nicht in unzulässiger Ergänzung der §§ 80 f. BGB materiellrechtliche Regelungen über die Erlangung der Rechtsfähigkeit bürgerlich-rechtlicher Stiftungen enthalten, sondern wie vorliegend § 100 Abs. 3 GO NRW die spezifisch kommunalrechtliche Frage der Verwendung von Gemeindevermögen regeln, ohnehin keinen Geltungszweifeln kompetenzrechtlicher Art unterlagen. 51

b) Die Geltung von § 100 Abs. 3 GO NRW ist nicht auf örtliche Stiftungen beschränkt, sondern regelt auch die Einbringung von Gemeindevermögen in selbständige Stiftungen, die nicht von der Gemeinde verwaltet werden. 53

Vgl. Sennewald, in: Held/Winkel, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar 54, 2. Aufl. (2009), § 100 Anm. 3; Kliewe, in: Held/Becker u.a., Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, LoseblattKommentar, Stand: Dez. 2012, § 100 Anm. 3.

Örtliche Stiftungen sind nach der Definition in § 100 Abs. 1 GO NRW solche Stiftungen des privaten Rechts, die u.a. von der Gemeinde verwaltet werden. Das trifft hier nicht zu, weil die Klägerin als Trägerin der Stiftung eigene Organe besitzt und die Stiftung trotz personeller Verflechtungen der Klägerin, der sie tragenden Stadtwerke S. GmbH und der Stiftung mit der Stadt S. nicht im Rahmen der allgemeinen Kommunalverwaltung mitverwaltet werden soll. Wenngleich sich § 100 GO NRW nach der Paragrafenüberschrift auf örtliche Stiftungen bezieht und für eine dahingehende Beschränkung auch angeführt werden kann, dass der 9. Teil der GO NRW, der die §§ 97 bis 100 umfasst, das Sonder und Treuhandvermögen der Gemeinde betrifft, zu dem aber nach § 97 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW nur das Vermögen der rechtlich unselbständigen örtlichen Stiftungen gehört, kann im Ergebnis nicht daran gezweifelt werden, dass die Einbringung kommunalen Vermögens in eine nicht von der Kommune verwaltete Stiftung nicht geringeren Anforderungen unterliegen kann als die finanzielle Beteiligung an einer Stiftung, die im Rahmen der Kommunalverwaltung betrieben und solchermaßen auch unmittelbar durch die Organe der Kommune kontrolliert wird. 55

§ 100 Abs. 3 GO NRW setzt der Einbringung von Gemeindevermögen in Stiftungen enge Grenzen, weil zum einen die dauerhafte "Weggabe" und rechtliche Verselbständigung von Mitteln die finanzielle Manövrierfähigkeit der Gemeinde in der Zukunft einschränkt 56

vgl. hierzu Schwarting, Der kommunale Haushalt, 4. Aufl. (2010), Rn. 359; Martini, in: 57 Hüttemann/Richter/Weitemeyer, Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 31.61

und zum anderen insbesondere demokratische Rechte der zur Verwaltung kommunalen Vermögens berufenen Gemeindeorgane, namentlich die Letztverantwortlichkeit des Rates, schwächt. 58

Vgl. Kasper, in: Kleebaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar 59 (2008), § 100 Anm. III; Ehlers, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln? Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags (2002), S. E 209; Martini, a. a. O., Rn. 31.61.

Außerdem werden die Grundsätze der Einheit und Vollständigkeit des Haushaltsplans berührt. 60

Vgl. Kliewe, a. a. O., § 100 Anm. 3. 61

Bei wertender Betrachtung muss die hier gegebene Konstellation der Gründung einer Stiftung mit wie noch zu zeigen sein wird kommunalem Vermögen zumindest in gleicher Weise beschränkt werden, wie dies bei einer örtlichen Stiftung der Fall ist; anderenfalls wäre § 100 Abs. 3 GO NRW durch Nutzung entsprechender gesellschaftsrechtlicher Konstruktionen leicht zu umgehen. Abgesehen davon ist dem Wortlaut des § 100 Abs. 3 GO NRW selbst 62

anders als dem des § 100 Abs. 1 GO NRW keine ausdrückliche Beschränkung auf örtliche Stiftungen zu entnehmen; die Paragrafenüberschrift kann hinlänglich bereits damit erklärt werden, dass § 100 Abs. 1 GO NRW eine gesetzliche Definition dieser Stiftungsart enthält.

Vgl. Held/Becker u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Loseblatt- 63  
Kommentar, Stand: Juni 2011, zu § 100 GO (S. 5 a.E.).

c) § 100 Abs. 3 GO NRW befasst sich mit der Einbringung von Gemeindevermögen in eine 64  
jedenfalls im vorausgesetzten Regelfall schon bestehende Stiftung und untersagt diese  
Einbringung, sofern die besonderen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind. Daraus kann  
nicht abgeleitet werden, dass die Gründung einer Stiftung von dieser Bestimmung nicht  
erfasst wird. Unter Berücksichtigung des erkennbaren Schutzzwecks des § 100 Abs. 3  
GO NRW muss sich das Verbot jedenfalls dann auch schon auf die Gründung einer Stiftung  
beziehen, wenn diese Stiftung wie vorliegend ganz auf eine Dotierung aus dem  
Gemeindevermögen zugeschnitten ist. Hier ist schon im Stiftungsgeschäft festgeschrieben,  
dass der Stiftung von der Klägerin als Stifterin eine Million Euro in bar als Anfangsvermögen  
zugesichert werden, während es an näheren Bestimmungen über die Erlangung weiterer  
Stiftungsmittel von Dritten fehlt. Lässt sich mithin feststellen, dass die geplante Stiftung mit  
der finanziellen Ausstattung durch die Klägerin steht und fällt, ist eine getrennte rechtliche  
Bewertung der Stiftungsgründung und der Zusicherung einer Dotation durch die Klägerin  
sachlich nicht zu rechtfertigen.

d) Im Gegensatz zur Auffassung der Klägerin handelt es sich bei dem aus ihren Mitteln 65  
beizusteuern den Betrag von einer Million Euro um Gemeindevermögen i. S. v. § 100 Abs. 3  
GO NRW.

In diesem Sinne Krüger, in: Sandberg/Lederer (Hrsg.), Corporate Social Responsibility 66  
in kommunalen Unternehmen (2011), S. 303; anderer Auffassung Flühöh, in:  
Kleerbaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar (2008), § 90 Anm. I  
a.E.

Die Klägerin als GmbH ist rechtsfähig und daher auch fähig, Inhaberin eigenen Vermögens 67  
zu sein. Das im Stiftungsgesetz genannte Stiftungskapital soll aus Mitteln bereitgestellt  
werden, die zivilrechtlich der Klägerin zugewiesen sind. Andererseits beherrscht die Stadt  
S. , vermittelt durch die einhundertprozentige Anteilsinhaberschaft an der Stadtwerke  
S. GmbH, letztlich auch die Klägerin. Gleichwohl ist die Stadt S. nicht, gleichsam  
neben der Klägerin, (auch) zivilrechtliche Eigentümerin der Betriebsmittel der Klägerin, also  
auch nicht des zur Einbringung in die geplante Stiftung vorgesehenen Geldbetrages. Zum  
unmittelbar der Gemeinde zugewiesenen Vermögen gehört lediglich der Anteil an den  
Stadtwerken als Tochterunternehmen und vermittelt durch die Stadtwerke auch an der  
Klägerin. Das Stiftungsgeschäft sieht indessen nicht vor, dass dieser Anteil oder ein  
prozentualer oder bruchteilsmäßiger Teil hiervon in die Stiftung eingebracht werden soll.

Gleichwohl ist die zur Verwendung als Anfangsvermögen der Stiftung vorgesehene 68  
Geldsumme Teil des Gemeindevermögens i. S. v. § 100 Abs. 3 GO NRW, weil insoweit ein  
vom bürgerlich-rechtlichen Verständnis abweichender spezieller Vermögensbegriff  
anzuwenden ist.

Vgl. im Zusammenhang mit § 90 GO NRW auch Grawert, NWVBl. 1999, 285, 287. 69

Auszugehen ist insoweit von einem wirtschaftlich determinierten Begriff des 70  
Gemeindevermögens, der einerseits berücksichtigt, dass wegen der zweistufigen

gesellschaftsrechtlichen "Beherrschung" der Klägerin durch die Stadt S. eine enge Beziehung auch der Stadt zum betrieblichen Vermögen der Enkelgesellschaft besteht, und der andererseits in Rechnung stellt, dass die rechtliche und wirtschaftliche Verselbständigung der Klägerin durch Auslagerung vordem kommunalen Eigentums kein Selbstzweck ist, sondern der Wahrnehmung der der Klägerin zugewiesenen öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge auf den Gebieten der Energie und Wasserversorgung geschuldet ist.

Vgl. Oebbecke, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. (2012), § 9 Rn. 7 ff.; Lederer, in: Sandberg/Lederer (Hrsg.), Corporate Social Responsibility in kommunalen Unternehmen (2011), S. 34.

Jegliche wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, zu der auch die Gründung und der Betrieb von sog. Eigengesellschaften wie der Klägerin gehören, steht unter dem gesetzlichen Vorbehalt, dass ein dringender öffentlicher und örtlicher Zweck die Betätigung erfordert (§§ 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW). Dieser Vorbehalt ist nicht nur bei der Gründung von kommunalen Eigengesellschaften zu beachten, sondern setzt auch den laufenden Aktivitäten dieser Gesellschaften Grenzen; dies steht der Annahme entgegen, das Betriebsvermögen sei in einem Ausmaß kommunalrechtlichen Bindungen entzogen, das auch außerhalb des der Gesellschaft zugewiesenen Tätigkeitsfeldes geschäftliche Betätigungen bis hin zur Gründung weiter verselbständigter juristischer Personen des Privatrechts ermögliche. 72

Vgl. zur öffentlichrechtlichen Bindung kommunaler Unternehmen Wurzel/Schraml/Beßler (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen (2005), S. 27; Krebs, Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung (1996), S. 127, und Weck/Schick, NVwZ 2012, 18, 21.

Hinzu kommt, dass die Stadt S. neben der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung auch infolge der Vereinbarungen über die Gewinnabführung eng mit ihren Tochtergesellschaften verbunden; damit ist ein Zugriff auf das nicht unmittelbar für den weiteren laufenden Betrieb der Gesellschaft benötigte "freie" Vermögen dieser Eigengesellschaften eröffnet. Diese Umstände sprechen entscheidend dagegen, die der Klägerin zur Wahrnehmung ihrer kommunalwirtschaftlichen Aufgaben zugewiesenen Mittel und deren Erträge als in einem solchen Maße verselbständigt anzusehen, dass Bindungen durch das Kommunalwirtschaftsrecht nicht mehr greifen können. 74

Ein derartiger Begriff des Gemeindevermögens, der die gesellschaftsrechtliche Beherrschung der Klägerin durch die Stadt S. und die Zweckgebundenheit der wirtschaftlichen Verselbständigung der Klägerin zur Erfüllung kommunaler Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht ausblendet, findet seine Bestätigung in den gemeindehaushaltsrechtlichen Bestimmungen. Diese Bestimmungen vermögen zwar nicht für sich genommen die Zuordnung von Vermögenswerten zum Gemeindevermögen i. S. v. § 100 Abs. 3 GO NRW zu begründen; sie unterstreichen aber die schon aus den oben genannten Gründen vorzunehmende Zuordnung. Nach § 116 Abs. 1 und 2 GO NRW und den §§ 49 f. GemHVO NRW hat die Gemeinde in jedem Haushaltsjahr für den Abschlussstichtag des 31. Dezember einen Gesamtabschluss zu fertigen, in den gem. § 50 Abs. 1 und 2 GemHVO NRW i. V. m. § 300 Abs. 1 HGB auch das Vermögen von Tochter (und ggf. Enkel) Unternehmen einzubeziehen ist, und zwar in derselben Weise, wie es auch für das Mutterunternehmen hier die Stadt S. handzuhaben ist. Die "konzernangehörigen" Unternehmen werden also nicht nur nach dem statischen Anfangswert, sondern nach dem aktuellen Wert erfasst. Daher wäre auch der (zusätzliche) Aktivposten i. H. v. einer Million Euro der Klägerin, der als Stiftungseinlage vorgesehen ist, in den Gesamtabschluss 75

einzu beziehen.

Vgl. Freytag/Hamacher/Wohland/Dott, Neues Kommunales Finanzmanagement (NKFM) Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl. (2009), § 116 GO NRW Anm. 2; Schwarting, a. a. O., Rn. 367, 423 ff. und 654; ders., Den kommunalen Haushalt richtig lesen und verstehen, Rn. 18, 143 und 187; s. auch schon Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), a. a. O., S. 192 f.

Unter haushaltsrechtlichem Blickwinkel kann nicht eingewandt werden, dass auch die in die Stadtwerke Stiftung einzubringenden Mittel im "Konzernhaushalt" der Stadt letztlich wieder als Sondervermögen abgebildet werden. 77

Vgl. Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Loseblatt-Kommentar (Stand: März 2012), § 100 Anm. I. 78

Denn diese haushaltstechnische Zuordnung ändert nichts daran, dass der eingebrachte Geldbetrag als Stiftungsvermögen jeglichem Zugriff der Stadt S. entzogen ist und mutmaßlich auf Dauer nicht mehr zur Finanzierung kommunaler Aufgaben eingesetzt werden kann. 79

Schließlich ist dem Vorbringen der Klägerin auch kein tragfähiger rechtlicher Ansatz dafür zu entnehmen, inwiefern gesellschaftsrechtliche Regelungen etwa des GmbHG einen kommunalwirtschaftsrechtlichen Vermögensbegriff fordern, der die durch die Stadtwerke S. vermittelte hundertprozentige Beherrschung der Klägerin und die allein auf die Erbringung von Versorgungsleistungen abzielende Verselbständigung der Klägerin im Verhältnis zur Stadt S. vernachlässigt und der Klägerin die Freiheit einräumt, außerhalb der ihren Daseinsgrund bildenden Aufgabenerfüllung mit den ihr zugewiesenen Sachmitteln und Erträgen nach Belieben zu verfahren. 80

e) Aus der Zuordnung der freien Mittel der Klägerin zum Gemeindevermögen der Stadt S. folgt, dass der Normbefehl des § 100 Abs. 3 GO NRW, also das dort angeordnete Einbringungsverbot kommunalen Vermögens in Stiftungen, auch von der Gemeinde beherrschte Eigengesellschaften wie die Klägerin trifft. 81

f) Die besonderen Voraussetzungen, unter denen die Einbringung von Gemeindevermögen in Stiftungen nach § 100 Abs. 3 GO NRW gestattet ist, liegen nicht vor. Das wäre nur der Fall, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Da schon, wie oben näher dargelegt, der im Stiftungsgeschäft umrissene Zweck der zu schaffenden Stiftung der Klägerin nur unscharfe Konturen aufweist, ist dieses Erfordernis aus der Klägerin zuzurechnenden Gründen allenfalls eingeschränkt überprüfbar, was zu ihren Lasten geht. Soweit der primäre Zweck der Stiftung in der Mittelbeschaffung für wohltätige Zwecke liegt, erweist sich die Einbringung kommunalen Vermögens nicht als unverzichtbar. An die Gewichtigkeit der für eine Unverzichtbarkeit der Vermögenseinbringung sprechenden Gesichtspunkte sind, da letztlich die Budgethoheit der demokratischen Vertretungskörperschaften der Gemeinde betroffen ist, hohe Anforderungen zu stellen. 82

Vgl. Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830, 834. 83

Aus diesem Grund ist die Einschätzung des Beklagten zutreffend, dass die Bindung kommunalen Vermögens in einer Stiftung nur mit § 100 Abs. 3 GO NRW zu vereinbaren ist, wenn die Vermögenseinbringung zu einem nicht allein in der Erzielung von Steuervorteilen bestehenden Mehrwert führt. Ein solcher Mehrwert kann nur dann angenommen werden, 84



wenn sich mit Hilfe der Stiftungsgründung bzw. der Einbringung kommunalen Vermögens zusätzliche private Finanzierungsressourcen erschließen lassen, das heißt schon im Stadium der Stiftungsgründung gesicherte Erkenntnisse über eine quantitativ bedeutsame finanzielle Beteiligung Dritter am Stiftungsvermögen vorliegen.

Vgl. Kasper, a. a. O., § 100 Anm. III; Martini, a.a. O., Rn. 31.67.

85

Welche Höhe eine derartige Beteiligung absolut oder in prozentualem Verhältnis zum einzubringenden Gemeindevermögen erreichen muss und welcher Grad an rechtlicher Verbindlichkeit etwaiger Zusagen Dritter zu fordern ist, muss vorliegend nicht im Einzelfall beleuchtet werden, wobei eine deutlich hinter dem gemeindlichen Anteil zurückbleibende private Beteiligung ebenso wenig wie ungesicherte Zusicherungen Dritter als mehrwertbegründend angesehen werden können. Denn vorliegend fehlt es gänzlich an Hinweisen auf eine Beteiligung Dritter am künftigen Stiftungsvermögen, und es kann nach den klägerischen Verlautbarungen zu den mit der Stiftungsgründung verfolgten Absichten einer Neuordnung der Spenden und Sponsoringaktivitäten der Stadtwerke S. und deren Tochterunternehmen nicht einmal erkannt werden, dass die Stiftungsgründung überhaupt auf eine Gewinnung auch von Drittmitteln zugeschnitten ist.

86

2. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz stellt § 100 Abs. 3 GO NRW ein Verbotsgesetz dar. Schon dem Wortlaut der Norm ("darf nur ..., wenn") ist deutlich ein Verbot zu entnehmen, weil aus der gewählten Gesetzesformulierung zwanglos abgeleitet werden kann, dass die Einbringung kommunalen Vermögens in eine Stiftung nur unter der genannten engen Voraussetzung der Unmöglichkeit einer andersgearteten Zweckerreichung zulässig und anderenfalls untersagt ist. Das Fehlen des Wortes "Verbot" ist insoweit unerheblich. Auch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist mit Blick auf den Verbotscharakter des § 100 Abs. 1 GO NRW unergiebig. Des Weiteren ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nichts dafür ersichtlich, dass es sich lediglich um eine vergleichsweise nachgiebige Ordnungsvorschrift handeln könnte. Vielmehr erfordert der oben skizzierte Zweck der Regelung, die dauerhafte Verselbständigung vormals kommunaler Mittel in Gestalt einer von der jeweiligen Kommune nicht mehr demokratisch gesteuerten eigenen Rechtspersönlichkeit im Regelfall zu verhindern, ein striktes Unterbinden von finanziellen Transaktionen der vorliegenden Art; das gilt gerade angesichts der ohnehin großen Gefahr des (weiteren) Verlusts finanzieller Spielräume für die Kommunen. Schließlich ist zu bedenken, dass in der speziellen, auf Stiftungen bezogenen Bestimmung des § 100 Abs. 3 GO NRW ein Unterfall des allgemeinen sog. Verschleuderungsverbotes (§ 90 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 GO NRW) gesehen werden kann, das gleichfalls als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB anzusehen ist.

87

Vgl. Büch, DVBl. 2010, 1115, 1117; anders Grawert, NWVBl. 1999, 285, 291 f.

88

3. Nach § 134 BGB führt allein der Gesetzesverstoß nicht stets zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Diese Rechtsfolge wird in § 134 BGB im Falle des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz lediglich vermutet bzw. greift nur dann nicht ein, wenn sich nicht aus dem (Verbots)Gesetz ein anderes ergibt. Für das Vorliegen eines derartigen Ausnahmefalls ist nichts ersichtlich. Eine gegenläufige Annahme folgt vorliegend insbesondere nicht aus § 130 Abs. 2 GO NRW. Wenn es in dieser Bestimmung heißt, Rechtsgeschäfte, die gegen die Verbote der §§ 86 Abs. 5, 87 Abs. 1 oder 110 verstoßen, seien nichtig, kann daraus nicht unbesehen der Schluss gezogen werden, alle anderen Verstöße gegen kommunalrechtliche Regelungen könnten nicht auf die Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts durchschlagen. Auch wenn die Bestimmung nicht beliebig ausgedehnt werden kann,

89

vgl. dazu etwa Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, a. a. O., § 130 Anm. III,

90

ist umgekehrt auch nicht ersichtlich, dass alle nicht in § 130 Abs. 2 GO NRW genannten Vorschriften nicht der Nichtigkeitsfolge unterliegen. Angesichts des engen Bezugs des § 100 Abs. 3 GO NRW zur Sicherung demokratischer Einwirkungsmöglichkeiten bei drohender Verlagerung kommunalen Vermögens in das Vermögen eigenständiger und langfristig angelegter juristischer Personen erweist sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels des § 100 Abs. 3 GO NRW als unverzichtbar. Schließlich spricht für eine Nichtigkeit, dass es sich bei dem in Rede stehenden Stiftungsgeschäft um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt; schutzwürdige Rechte außenstehender Dritter sind anders als bei Verträgen oder sonstigen mehrseitigen Rechtsgeschäften von vornherein nicht berührt.

91

Soweit die Klägerin der Annahme der Nichtigkeit des Stiftungsgeschäfts entgegenhält, damit seien der Gründung und finanziellen Ausstattung von Kommunen nahestehenden Stiftungen engere Grenzen gesetzt als Spenden, führt das zu keiner anderen Einschätzung. Abgesehen davon, dass es keine rechtlich abgesicherte Befugnis der Gemeinden und Gemeindeverbände gibt, außerhalb oder neben ihren gesetzlich begründeten Befugnissen wie Privatpersonen oder Unternehmen auch als Sponsoren oder Spender in Erscheinung zu treten,

92

vgl. Sächs. OVG, Beschluss vom 18. Januar 2011 4 B 270/10 , NVwZRR 2011,376 93 KV 2011, 225 = juris, Rn. 7 bis 17,

ergäbe sich die Rechtfertigung einer dahingehenden Differenzierung auch daraus, dass das Kommunalrecht der dauerhaften Entäußerung von Gemeindevermögen durch Gründung und finanzielle Ausstattung einer eigenständigen, nicht demokratisch kontrollierten Person des Bürgerlichen Rechts besonderes Augenmerk gewidmet hat.

94

III. Der von der Klägerin beabsichtigten Stiftung ist auch deshalb die Anerkennung zu versagen, weil der Stiftungszweck das Gemeinwohl gefährden würde (§ 80 Abs. 2 BGB). Eine Gemeinwohlgefährdung ist gegeben, wenn es hinreichend wahrscheinlich ist, dass die Genehmigung der Stiftung und damit die Verfolgung des Stiftungszwecks zu einer Beeinträchtigung von Rechten oder Rechtsgütern führen würde, die unter dem Schutz der Verfassung stehen.

95

BVerwG, Urteil vom 12. Februar 1998 3 C 55.96 , a. a. O. (juris, Rn. 28 [zu § 4 Abs. 2a StiftG NRW a.F. bzw. § 87 BGB a.F.]).

96

Hierfür genügt bereits ein Verstoß gegen einfaches Gesetzesrecht.

97

BVerwG, Urteil vom 12. Februar 1998 3 C 55.96 , a. a. O. (juris Rn. 30).

98

Für die Frage der Gemeinwohlgefährdung ist nicht allein auf die Stiftungszwecke abzustellen; diese offenbaren ungeachtet ihrer unscharfen Umschreibung im Stiftungsgeschäft eindeutig eine altruistische Ausrichtung und lassen daher derartige Zweifel nicht aufkommen. Es muss indessen auch darauf abgestellt werden, ob aus der Genehmigung bzw. nach heutiger Terminologie der Anerkennung der Stiftung selbst, also letztlich aus der Erlangung der Rechtsfähigkeit, eine Gemeinwohlgefährdung erwächst.

99

BVerwG, Urteil vom 12. Februar 1998 3 C 55.96 , a. a. O. (juris, Rn. 28 und 30).

100

Diese Grundsätze sind auch auf die Auslegung des § 80 Abs. 2 BGB übertragbar.

101

102

- Damit folgt aus dem festgestellten Verstoß der Stiftungsgründung gegen § 100 Abs. 3 GO NRW, dass die Anerkennung der Stiftung der Klägerin zu einer Gemeinwohlgefährdung führen würde. Nichts anderes würde sich im Übrigen ergeben, wenn § 80 Abs. 2 BGB einengend dahingehend zu verstehen sein sollte, dass ein Gesetzesverstoß nicht für sich allein zur Annahme einer Gemeinwohlgefährdung führt, sondern zugleich die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung von Verfassungsgütern gegeben sein muss. Denn § 100 Abs. 3 GO NRW hat, wie bereits dargelegt, ganz wesentlich die Sicherstellung der Verantwortlichkeit der demokratischen Vertretungsorgane über die Verwendung kommunaler Mittel und damit letztlich die Gewährleistung des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) im Blick, die durch die Schaffung und finanzielle Ausstattung verselbständigter und nicht mehr oder allenfalls eingeschränkt demokratisch kontrollierbarer Rechtspersönlichkeiten in Frage gestellt ist. Ob auch diese Beeinträchtigung demokratischer Einwirkungsmöglichkeiten als solche d.h. ungeachtet des Verstoßes gegen § 100 Abs. 3 GO NRW zur Annahme einer Gemeinwohlgefährdung i. S. v. § 80 Abs. 2 BGB führt, kann daneben dahinstehen. 103
- Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. 104
- Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 1 und 2 VwGO i. V. m. den §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 und 2 und 709 Satz 2 der Zivilprozessordnung (ZPO). 105
- Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 nicht vorliegen. 106