

Sposób zarządzania fundacją i struktura władz, gwarancje niezależności i autonomii fundacji – sytuacja w Niemczech

dr Christoph Mecking, Institut für Stiftungsberatung (Berlin)
c.mecking@stiftungsberatung.de

1. Prawne uwarunkowania zarządzania fundacją

a. Wprowadzenie

Fundacje w Niemczech cechuje daleko posunięty indywidualizm i swoboda kształtowania, wyrażające się w różnorodności przyjmowanych przez nie form i typów, co prowadzi do szczególnej różnorodności tego sektora. Wzorem i prototypem niemieckiej fundacji jest fundacja prawa cywilnego, będąca osobą prawną ustanowioną przez zamożną osobę prywatną. Jest ona gwarantem społecznej odpowiedzialności w dyskusji o przyszłości, procesach rozwojowych i podziale szans społecznych.

Niemal wszystkie fundacje niemieckie realizują cele objęte przywilejami podatkowymi. Główne obszary działalności fundacji to problematyka socjalna, kształcenie i wychowanie, nauka i prace badawcze, kultura i sztuka oraz ochrona środowiska. Uznanie opinii publicznej dla wkładu fundacji w działania na tych polach, widoczne szczególnie w okresie, gdy kasa publiczna jest uszczuplona, doprowadziło do podjęcia przez władze w ostatnich dziesięciu latach szeregu decyzji legislacyjnych zmierzających do znacznej poprawy warunków prawnych i podatkowych fundacji, w tym uchwalenia ustawy o dalszym wspieraniu zaangażowania obywatelskiego z 6 lipca 2007.

W ślad za tym dla stowarzyszeń i innych instytucji, regularnie utrzymujących się z dotacji, wzrosła atrakcyjność fundacji jako instrumentu finansowania - także w formie tzw. fundacji zależnej (powierniczej). Rozwinęły się nowe formy fundacji tworzonych przez wspólnoty interesów i tzw. fundacji obywatelskich (Bürgerstiftung).

W odbiorze opinii publicznej i w dyskusjach zaznacza się ponadto wyraźną obecność takich fundacji, w których ustanowieniu i działalności istotny udział ma państwo lub instytucje publiczne, bądź parapubliczne, takie jak partie, kasy oszczędnościowe czy kościoły.

Ogólne warunki demograficzne i społeczne pozwalają oczekiwać dalszego rozwoju sektora fundacji. Tym samym fundacje, jako całość będą mogły poszerzać swe znaczenie, ale będą również w większym stopniu konfrontowane z oczekiwaniami społeczeństwa i państwa, którym będą musiały sprostać. Dyskusja nt. „najlepszych praktyk”, „*corporate governance*” i dalszej profesjonalizacji struktur władzy i zarządzania w tym sektorze pokazuje, że sygnały te zostały zrozumiane, a wyzwanie podjęte.

b. Prawo dla fundacji

W państwie prawa, jakim jest Republika Federalna Niemiec, osoby prawne nie mogą się organizować w sposób dowolny. Muszą się bowiem dostosować do ładu prawnego. Kształtuje go w pierwszym rzędzie prawo konstytucyjne. Akt fundowania

zagwarantowany jest w Ustawie zasadniczej w ramach praw podstawowych w art. 2 ust. 1 (powszechna swoboda działania) oraz art. 14 (swoboda własności). Długotrwały spór w tej sprawie, toczący się na kartach literatury został rozstrzygnięty w ustawie o nowelizacji prawa fundacyjnego z 15.07.2002 (Federalny Dziennik Ustaw BGB I.2002, 2634). Zostało w niej zapisane prawo do uznania fundacji w przypadku, gdy istnieją ku temu przesłanki ustawowe (§ 80 ust. 2 kodeksu cywilnego). Granica swobody fundatora przebiega w miejscu, w którym wola fundatora popada w konflikt z dobrem ogólnym. W odniesieniu do fundacji kościelnych zgodnie z art. 140 Ustawy zasadniczej w połączeniu z art. 137 Konstytucji Weimarskiej obowiązuje autonomia kościołów. Na tej podstawie kościoły ewangelickie krajów związkowych oraz diecezje katolickie wydały obszernie regulacje w sprawach fundacji.

W państwie federalnym normatywny porządek określany jest przez prawo federalne i ustawodawstwo krajów związkowych. Dla fundacji istotne jest, zarówno prawo federalne, jak i prawo krajów związkowych. I tak przykładowo stosunki prawne fundacji prawa cywilnego będących osobami prawnymi regulują w prawie federalnym §§ 80 do 88 kodeksu cywilnego (Kc). Dla fundacji niesamodzielnych obowiązują ogólne cywilnoprawne zasady prawa o zleceniach lub darowiznach. W odniesieniu do form zastępczych fundacji, takich jak fundacje w formie spółek (np. *Robert Bosch* sp. z o.o.) lub stowarzyszeń (np. *Fundacja Konrada Adenauera*) obowiązuje prawo o spółkach z o.o., o akcjach lub o stowarzyszeniach (§ 23-79 Kc). Przepisy prawa o stowarzyszeniach znajdują również zastosowanie do fundacji prawa cywilnego będących osobami prawnymi poprzez odsyłacze zawarte w §§ 86, 88 zd. 3 Kc. Prawo spadkowe, zwłaszcza prawo do zachowku i roszczenia o uzupełnienie zachowku, będzie regularnie odgrywać rolę przy ustanawianiu fundacji na wypadek śmierci. W odniesieniu do wszystkich typów fundacji obowiązują ogólne zasady (federalnego) prawa podatkowego.

Prawo krajów związkowych wypełnia ramy prawa fundacyjnego prywatnego i reguluje procedury związane z uznaniem fundacji i nadzorem. Różni się ono w poszczególnych krajach związkowych, zarówno w zakresie teorii, jak i praktyki. Istnieją ustawy liberalne i takie, które raczej wyznają ideę opieki nad fundacjami. W praktyce jednak, decydujące znaczenie ma ich realizacja przez instytucje nadzorcze. Podstawowym zadaniem prawa fundacyjnego krajów związkowych jest nadanie urzędowi konkretnego upoważnienia do współdziałania przy ustanawianiu fundacji i nadzorze nad nimi. Wola fundatora ma swoje miejsce w większości ustaw, jako najwyższa zasada wykładni, i to nie tylko ze względu na publiczne uznanie dla mecenatu i przyjaznej dla fundacji praktyki urzędowej. W wyniku rywalizacji między poszczególnymi krajami związkowymi, wyraźniej niż dotąd zaznacza się w praktyce odmienne podejście do koncepcji fundacji.

W odniesieniu do konkretnej działalności, właściwe jest prawo wewnętrzne lub prawo własne fundacji, wyznaczone przez fundatora w akcie założycielskim, statucie fundacji i ewentualnie uzupełniających regulaminach, których zainteresowani muszą przestrzegać.

I wreszcie należy brać pod uwagę najnowsze procesy, zmierzające do nadawania coraz większego znaczenia regulacjom tzw. „soft-law“, np. wytycznym dobrej praktyki fundacyjnej („*foundation governance*“). Konieczne jest jednak, aby odpowiednie odniesienia można było znaleźć w statucie.

c. Zarys zarządzania i kierowania fundacją

Trzy zasadnicze elementy, na których opiera się istnienie fundacji, to:

1. cel fundacji, z reguły jest to cel pożytku publicznego;
2. majątek fundacji, z którego przychodów realizowany jest cel fundacji oraz
3. organizacja fundacji, która zapewnia jej zdolność do działania.

Fundacja jest osobą prawną, nie posiadającą jako taka własnej zdolności działania. Uzyskuje ją poprzez swoje organy, w których działają osoby fizyczne. Ich działania legitymują i zobowiązują fundację.

Zwięzłe federalne prawo fundacyjne zawarte w §§ 80 ff kc odwołuje się w § 86 kc do prawa o stowarzyszeniach, a ten z kolei w § 27 ust. 3 kc do prawa o zleceniach. Prawo o stowarzyszeniach i prawo o zleceniach wraz z fundacyjnym prawem krajów związkowych określają jedynie w bardzo ogólnych zarysach ramowe warunki członkostwa w organach fundacji. W pozostałych przypadkach obowiązuje zasada mówiąca, że prawo fundacyjne jest w dużej mierze prawem statutowym. Dlatego też kształt organizacyjny fundacji zależy od uznania fundatora. Określa on w statucie optymalną, z jego punktu widzenia strukturę wewnętrzną, dostosowaną do celu i majątku. Poprzez ustalenie rodzaju organów, trybu ich obsadzania i podejmowania decyzji, fundator może zapewnić wpływ swoich idei i pomysłów na działalność fundacji również w przyszłości. Wybór i określenie członków organów ma decydujące znaczenie dla istnienia i rozwoju fundacji.

Jako funkcjonujący organ fundacja musi posiadać zarząd, który reprezentuje ją na zewnątrz (§§ 26, 86 zd. 1 kc). Określenie „zarząd” nie jest narzucone przepisami. Ze statutu musi jednak wynikać, kto stanowi zarząd w rozumieniu § 26 kc. W przeciwieństwie do innych osób prawnych, w przypadku fundacji nie ma obowiązku powoływania drugiego organu, co wynika z faktu, że fundacja nie posiada członków. W przypadku mniejszych fundacji, jako jedyny organ wystarczy zarząd, zobowiązany do wypełniania wszelkich zadań, związanych z realizacją celu fundacji. Może on być jedno- lub wieloosobowy.

W ramach określonych przez przepisy prawa, statut i cel fundacji, zarząd posiada bardzo dużą swobodę działania. I tak umocowanie zarządu do reprezentowania fundacji na zewnątrz, czyli uprawnienie do skutecznego prawnie występowania w imieniu fundacji na zewnątrz, nie jest w zasadzie niczym ograniczone. Prawo do reprezentacji może być jednak ograniczone przez statut ze skutkiem wobec osób trzecich (§§ 26 ust. 2 zd. 2, 86 zd. 1 kc).

Od umocowania do reprezentacji należy odróżnić umocowanie do prowadzenia spraw fundacji, które ma znaczenie jedynie w stosunkach wewnętrznych. W tym zakresie zastosowanie mają przepisy §§ 664 do 670 kc obowiązujące dla zleceń, jednak mogą być również one zmodyfikowane w statucie.

Pierwszy zarząd powoływany jest na ogół w akcie założycielskim. W statucie fundacji należy zatroszczyć się o określenie trybu powoływania kolejnych zarządów. W przypadku zarządu kilkuosobowego należy szczegółowo określić, według jakich zasad jego skład będzie w razie konieczności uzupełniany. W tym zakresie statut zwyczajowo zaleca kooptację, poprzez uchwałę podjętą większością głosów. Statut może określać kwalifikacje fachowe lub inne członków organów (np. w dziedzinie, której dotyczy cel fundacji lub lokata majątku). Niejednokrotnie wymagane jest, aby

członkiem organu był prawnik, funkcjonujący następnie jako swego rodzaju radca prawny i baczący, aby fundacja działała w sposób „uporządkowany“. Niekiedy członkostwo związane jest z określonymi doświadczeniami zawodowymi, czy sprawowanym urzędem (np. dyrektor muzeum czy instytutu naukowego). Przy czym w interesie zdolności fundacji do funkcjonowania trzeba przewidzieć rozwiązania zastępcze na wypadek, gdy propozycja objęcia funkcji w zarządzie spotka się z odmową. To samo obowiązuje w przypadku prawa stanowienia przez osoby trzecie.

Zaleca się, aby dla członków zarządu przewidzieć czas trwania kadencji, łącznie z możliwością ponownego powołania. Niekiedy automatyczny koniec kadencji powoduje osiągnięcie określonego wieku, choć istnieje również możliwość dożywotniego powołania. Funkcjonuje także regulacja, zgodnie z którą członkowie zarządu sprawują swoją funkcję do czasu powołania następcy.

Jeżeli pomimo regulacji przewidzianych w statucie, zarząd całkowicie przestanie istnieć, a organ nadzorczy fundacji nie podejmie odpowiednich działań przewidzianych prawem kraju związkowego (por. § 15 ustawy o fundacjach Dolnej Saksonii, § 24 ustawy o fundacjach Pfn. Nadrenii Westfalii, § 15 7 ustawy o fundacjach Saary), wówczas właściwy dla siedziby fundacji sąd rejonowy działający na podstawie §§ 86, 29 kc ustanowi zarząd tymczasowy.

2. Rola fundatora

Niemal 2/3 fundacji prawa cywilnego posiadających zdolność prawną zostało powołanych do życia przez osoby fizyczne. Prawie 1/3 fundatorów to osoby prawne prawa prywatnego lub publicznego, jednakże coraz więcej przedsiębiorstw wyraża gotowość ustanowienia fundacji. Okazją ku temu stają się przykładowo jubileusze firm lub wyraz wdzięczności w związku z sukcesem gospodarczym przedsiębiorstwa. Zwłaszcza stowarzyszenia wykorzystują w coraz większej mierze instrument fundacji, aby trwale przeznaczyć nagromadzone wartości majątkowe na określony cel lub umożliwić im skorzystanie ze specjalnych odliczeń, wynikających z fundacyjnego prawa podatkowego. Połączenie zaangażowania osób fizycznych i prawnych, jako fundatorów wspólnie ustanawianej fundacji należy do rzadkości i utrzymuje się poniżej 1%.

Fundacja Bertelsmanna przeprowadziła w 2004 r. ankietę na temat motywów i celów fundatorów będących osobami fizycznymi, które od 1990 r. założyły fundację pożytku publicznego. Najpierw sporządzono profil niemieckich fundatorów. Zgodnie z nim największą grupę, bo 44% stanowią przedsiębiorcy, następnie pracownicy umysłowi (24%), urzędnicy państwowi (17%) i wolne zawody (13%). Prawie 1/3 ankietowanych fundatorów stanowią kobiety. 42% fundatorów nie posiada dzieci. Największa grupa zakłada fundację w szóstej dekadzie życia (34%), ale prawie 40% fundatorów liczy sobie mniej niż 60 lat. Ten stan rzeczy może wynikać z faktu, że połowa fundatorów ustanawiała swoją fundację wspólnie z innymi fundatorami, w tym 62% ze współmałżonkiem.

Majątek będący przedmiotem fundacji pochodzi w przeważającej mierze z działalności biznesowej fundatora – 52%, z pracy zawodowej pracowników umysłowych – 28% i z dochodów kapitałowych – 17%. 25% majątków pochodzi ze spadków. Fundowanie nie jest najwidoczniej przywilejem osób szczególnie zamożnych: tylko 22% ankietowanych dysponowało w momencie ustanawiania fundacji majątkiem przekraczającym 4 mln €; 40% ankietowanych posiadało majątek

wynoszący jedynie od 250.000 do 2 mln €. Początkowa dotacja często wypada porównywalnie skromnie i wynosi w większości przypadków (78%) poniżej 500.000 €. Jednak większość (53%) planuje doposażenie fundacji jeszcze za życia, 44% fundatorów myśli o podwyższeniu kapitału na wypadek śmierci.

Większość fundatorów angażuje się w działalność fundacji intensywnie (29%) lub bardzo intensywnie (43%) – w jej gremiach (77%), w poszukiwanie partnerów projektów i odbiorców wsparcia – 53%, w realizację projektów – 42%, a w pozyskiwanie funduszy – 32%. Przy podejmowaniu decyzji o przyznaniu środków dla 90% ankietowanych jest szczególnie ważne, aby mogli ocenić, co lub kogo fundacja wspiera. Stąd wniosek, że prywatny fundator ustanawia fundację, aby poprzez nią w sposób samorządny i aktywny trwale angażować się na rzecz dobra ogólnego.

Po uznaniu fundacji przez państwo, fundatorowi z zasady nie przysługują z racji tej funkcji żadne możliwości wywierania wpływu. Dlatego często przewiduje się, że fundator sam siebie mianuje pierwszym członkiem zarządu. Z reguły decyduje on o składzie pierwszego zarządu. W ten sposób może wywierać decydujący wpływ w początkowej fazie działania fundacji. Zaleca się zapewnienie szczególnej staranności przy wyborze i określaniu liczby członków organów, zwłaszcza w okresie po ustąpieniu z ich składu fundatora.

Wola fundatora konkretyzuje się w akcie założycielskim, stanowiącym wraz ze statutem (jako elementem niezbędnym), prywatno-prawny fundament fundacji, która zostaje ustanowiona, jako osoba prawna poprzez uznanie publiczno-prawne. Poszanowanie woli fundatora stanowi w prawie fundacyjnym najwyższą zasadę. Obok woli fundatora wyraźnie zadeklarowanej w statucie, np. co do celu fundacji i jego realizacji lub zachowania majątku fundacji i zarządzania nim, należy respektować także jego wolę zadeklarowaną milcząco, a nawet hipotetyczną. Organy muszą przeanalizować czego życzyłby fundator, gdyby rozważał podjęcie decyzji w zaistniałej sytuacji.

Z prawnego punktu widzenia fundacja powstaje w zasadzie niezależnie od fundatora. Wyraża się to na przykład tym, że po otrzymaniu dokumentu o uznaniu przez państwo, fundacja ma prawo domagać się od fundatora ostatecznego przekazania przyrzeczonego majątku i może tego prawa dochodzić także przed sądem. Przychody z majątku mogą być wykorzystywane wyłącznie na cel fundacji, a ich zwrot jest już niemożliwy. Mimo to fundator za życia uważa fundację za „swoją własność”. Można to zrozumieć z psychologicznego punktu widzenia, może to jednak prowadzić do istotnych konfliktów z organami fundacji.

Możliwe jest, i w praktyce często się zdarza, że fundator zastrzega sobie dożywotnio możliwość wywierania wpływu i prawo współdziałania w fundacji. I tak fundator może wyznaczyć siebie, ewentualnie także dożywotnio, członkiem jednoosobowego zarządu i/lub przewodniczącym kuratorium. Może dożywotnio zastrzec sobie prawo powoływania lub prawo weta przy podejmowaniu określonych decyzji, np. o rozwiązaniu fundacji czy zmianie statutu. Po zarejestrowaniu fundacji członkowie organów muszą ściśle przestrzegać woli fundatora wyrażonej w statucie. Jej przestrzeganie kontroluje organ nadzorczy nad fundacjami, a obejmuje to również fundatora powołanego jako organ fundacji.

Właściwa relacja między fundacją a fundatorem jest przedmiotem bardzo kontrowersyjnych dyskusji. Problematyka wpływu żyjącego fundatora na „jego” fundację pojawia się szczególnie wyraźnie w fundacjach korporacyjnych. Przedsiębiorstwo, tworząc tzw. corporate foundation, z reguły kieruje się potrzebą zgodnego ze swoim interesem komunikowania się i przekazywania informacji; można zaobserwować to szczególnie wyraźnie np. w przypadku spółek o rozproszonej strukturze udziałowej. Wola fundatora nie wynika już z woli jednej osoby, lecz decyzji osób funkcyjnych, będących wyrazicielami interesów swojego przedsiębiorstwa i pragnących uzyskać dla nich akceptację akcjonariuszy.

Wola fundatora nie wynika już z woli jednej osoby, lecz decyzji osób funkcyjnych, będących wyrazicielami interesów swojego przedsiębiorstwa i pragnących uzyskać dla nich akceptację akcjonariuszy. Przedsiębiorstwo próbuje zachować wpływ na fundację, na przykład obsadzając jej organy w większości przedstawicielami firmy, czy ujmując środki niezbędne do finansowania działalności fundacji, jako coroczne dotacje przedsiębiorstwa. W ten sposób kierownictwo fundacji łatwo popada w konflikt lojalności, bowiem – musi decydować między interesami firmy - fundatora, a optymalną realizacją celów statutowych fundacji.

W sytuacji, gdy w statucie zastrzeżone zostało prawo wpływu ze strony fundatora, zasady dobrego rządzenia wymagają wyraźnego określenia granic tego wpływu.

3. Relacje wewnętrzne między różnymi organami fundacji

Statut może przewidywać jeden lub kilka organów (dwo- lub wielocłonową strukturę organizacyjną). To właśnie większe fundacje, zwłaszcza korporacyjne posiadają z reguły więcej takich organów, wyposażonych na mocy statutu w odpowiednie prawa i obowiązki (np. rada fundacji, kuratorium, organ doradczy, rada nadzorcza, rada administracyjna). Organowi takiemu statut przyznaje najczęściej funkcje nadrzędne, doradcze lub kontrolne, np. ustalanie zasad przyznawania środków fundacji, przyjmowanie i zatwierdzanie bilansu rocznego, powoływanie, udzielanie absolutorium i odwoływanie zarządu.

Drugi organ sytuuje się zwykle, w zakresie swej funkcji, ponad zarządem i do jego kompetencji należą często decyzje w sprawach zasadniczych. Sprawuje on kontrolę nad działalnością zarządu i może wydawać mu polecenia. W celu zapewnienia rzeczywistej kontroli unika się wszelkiego, choćby częściowego, powielania składu osobowego organu kontrolnego i zarządu fundacji

Na zewnątrz fundację reprezentować może tylko zarząd, choć statuty fundacji niejednokrotnie zawierają zastrzeżenia, na mocy których podjęcie przez zarząd określonych czynności wymaga zgody drugiego organu. Podział i rozgraniczenie kompetencji między organami jest w zasadzie zadaniem statutu, choć często ujmowane jest szczegółowo także w regulaminach.

Pierwsza rada czy *kuratorium* fundacji powoływane są z reguły w akcie założycielskim przez fundatora lub tworzy się je po ukonstytuowaniu fundacji. Zasady dotyczące dalszych kooptacji, kadencyjności i trybu podejmowania uchwał w gronie kuratorium powinny być w sposób dostateczny uregulowane w statucie. Ważne jest dokładne określenie czasu trwania kadencji i udokumentowanie tego w protokołach.

W praktyce, zdarza się czasami, że statuty fundacji przewidują trzeci organ, nazywany radą fundacji, kuratorium, organem doradczym lub zgromadzeniem

fundatorów. Nie ma on jednak istotnego znaczenia i pełni z reguły wyłącznie funkcję doradczą. Składa się na ogół z grona ekspertów, reprezentujących specjalistyczną wiedzę czy umiejętności. Niekiedy sponsorzy przez członkostwo w tym organie angażują się również w działalność fundacji, co zwiększa ich motywację. Korzystną przesłankę dla skutecznego promowania działalności fundacji i jej celów na forum publicznym i dla pozyskiwania darowizn i dotacji stanowi pozyskanie w skład kuratorium znanych osobistości.

W stosunkach wewnętrznych wyrazem Good Foundation Governance jest odpowiedzialny wybór takiej struktury i organizacji kierownictwa fundacji, zarówno na poziomie strategicznym jak i operacyjnym, by pozostawało to we właściwej proporcji do jej celów i zasobów majątkowych.

Kierowanie można przy tym rozumieć jako sumę rozmaitych procesów określanych przez główne zadania strategiczne najwyższego organu fundacji. Pod pojęciem strategii należy rozumieć podejmowanie decyzji i kształtowanie normatywnych instrumentów kierowania, takich jak misja (tzw. mission statement) i koncepcja fundacji. Chodzi zwłaszcza o interpretację celów fundacji (z uwzględnieniem woli fundatora) oraz o podejmowanie - w zależności od zamierzonych wyników i posiadanych zasobów - zasadniczej decyzji o wyborze form organizacyjnych i koncepcji działań.

W celu optymalizacji wewnętrznej struktury organizacyjnej fundacji, należy dążyć do znalezienia możliwie bezkonfliktowej formy funkcjonowania organów i ich członków. Jeśli istnieje organ nadzorczy, to trzeba jednoznacznie przyporządkować zadania strategiczne zarządowi, który jest organem obligatoryjnym lub w sposób zrozumiały je podzielić. Ważne jest precyzyjne uregulowanie zakresu kompetencji. Zaleca się opracowanie regulaminu, w którym zarząd i organ nadzorczy dokładniej uregulują kwestie swojej współpracy, takie jak zwoływanie posiedzeń czy zasady głosowania.

4. Organy i pracownicy

Niekiedy dla realizacji zadań operatywnych tworzona jest dyrekcja, której jednak w praktyce rzadko przyznaje się status organu. Dyrektorzy przejmują zadania zarządu, z reguły są to czynności bieżące. Zarząd powinien się wówczas skupić na zadaniach strategicznych (zasady wspierania, decyzje w sprawach zasadniczych) i kontrolnych (nadzór nad dyrekcją), pozostawiając zadania operacyjne dyrekcji. Dyrektorowi często przyznaje się w powołaniu na § 30 kc pozycję specjalnego przedstawiciela. Odciąża to zarząd, który może przejąć rolę inicjatora, doradcy i kontrolera. Nie może on jednak uniknąć ostatecznej odpowiedzialności. Zadaniem dyrekcji jest także kierowanie biurem, a w związku z tym także pracującym tam personelem etatowym i społecznym.

Jeśli podział między zarządzaniem strategicznym i operacyjnym przebiega w fundacji wzdłuż linii dzielącej funkcje honorowe od etatowych, często zaobserwować można konflikty między pracownikami społecznymi i etatowymi, typowe dla sfery non-profit i opisane jako „dyletantyzm funkcjonalny“ (Wolfgang Seibel). Chodzi o niewydolność sterowania i kontroli, jaka może wynikać z ambiwalencji pomiędzy znajomością rzeczy i celowym racjonalizmem sił etatowych, a ukierunkowaniem sił społecznych na wartości i funkcje stabilizujące grupę. Skutkiem tego mogą być zakłócenia komunikacji, rosnące luki informacyjne, nieufność, walka o władzę, a tym samym destabilizacja organizacji.

W fundacjach często spotkać się można w najważniejszej sferze ich aktywności, tj. działalności wspierającej, z wywieraniem na wszystkich szczeblach wpływu na działania operacyjne. Jest jednak pozbawione sensu, a w przypadku większych fundacji niemal niemożliwe, aby o każdym wniosku decydowały siły społeczne. Dlatego decyzje o wsparciu, projektach i wykorzystaniu środków należy jasno podzielić i przyporządkować. W ten sposób zarząd lub kuratorium może w oparciu o jasne kryteria dokonać wstępnego wyboru i segregacji. Jednak w ten sposób dykcja staje się czymś w rodzaju bramkarza, mającego duży wpływ na konkretną realizację polityki wspierania. Byłoby z jednej strony nieefektywne i nie prowadziło do celu, gdyby siły społeczne zostały zdegradowane do roli członków gremium potwierdzającego decyzje, tzw. *completed staffwork*. Z drugiej strony istnieje niebezpieczeństwo, że organy społeczne będą w zbyt dużym zakresie działać operacyjnie, zaniedbując (także ze względów czasowych) rozważania strategiczne.

Słabość praktyki fundacyjnej wyraża się nieprzestrzeganiem kompetencji lub rozgraniczeń, niepodejmowaniem podstawowych decyzji w zakresie swoich kompetencji, co powoduje, że gremia kompetentne w sprawach operacyjnych nie mogą działać skutecznie i zgodnie z wolą i zaufaniem ze strony zarządu. Jeśli na przykład gremium społeczne jest pozbawione kierownictwa, a ważne strategiczne decyzje pozostają otwarte wobec istnienia nierozstrzygniętych różnic poglądów, to może dojść do nakręcania się spirali powodującej osłabienie fundacji. Wówczas dykcja musi podejmować decyzje dotyczące działalności operacyjnej, które są krytykowane przez jedną lub przez drugą stronę, co dalej osłabia jej pozycję.

5. Wynagrodzenie

Praca w zarządzie może mieć charakter społeczny (nieodpłatny) lub odpłatny, co uzależnione jest od zadań pozostających do wykonania oraz niezbędnego nakładu czasu na ten cel. Zasadniczo zarząd ma prawo do rekompensaty z tytułu poniesionych wydatków (§§ 86, 27 ust. 3, 670 kc). Warunki wynagradzania członków organów fundacji pożytku publicznego określają regulacje prawne, zaś adekwatność wynagrodzenia, w szczególności regulacje prawa fundacyjnego i prawa pożytku publicznego.

Należy tu w pierwszym rzędzie zrobić rozróżnienie między aktem organizacyjno-prawnym, powołującym danego członka organu i określającym związane z tym prawa i obowiązki, a regulacją dotyczącą stosunku umowy zlecenia lub stosunku zatrudnienia, wchodzącą w zakres prawa zobowiązaniowego, z którego wynika choćby prawo do zwrotu kosztów lub do wynagrodzenia. Zgodnie z tzw. teorią podziału, skuteczne powołanie członka organu nie wymaga zawarcia umowy o pracę i odwrotnie. Odwołanie nie powoduje bezpośrednich skutków dla stosunku służbowego i związanych z nim praw, w szczególności prawa do wynagrodzenia. W przeciwieństwie do sytuacji prawnej w prawie o spółkach i w prawie o stowarzyszeniach, które w ramach upoważnienia do powoływania przyznaje dodatkowe kompetencje, prawo fundacyjne nie wypowiada się generalnie, kto jest upoważniony do zawierania umów z członkami zarządu i dyrektorami. Pozostawia fundatorowi przyjęcie odpowiednich uregulowań w statucie fundacji. Nie istnieją ustawowe regulacje dotyczące zatrudniania członków organów.

U podstaw ustawodawstwa fundacyjnego wciąż jeszcze leży założenie, że działalność w organach, a także zarządzanie fundacją jest zadaniem, które należy realizować społecznie. Jeśli statut nie stanowi inaczej, zarządzanie fundacją ma charakter honorowy. Aby w razie późniejszych, koniecznych przekształceń uniknąć formalnych zmian statutu, zaleca się generalne wprowadzenie w statucie fundacji możliwości przyznawania wynagrodzenia, uregulowanie tej sprawy w regulaminie i skonkretyzowanie w umowie o zatrudnieniu.

Spoleczne pełnienie funkcji odwołuje się do prawa o zleceniach, które charakteryzuje się nieodpłatnością i działaniem w interesie obcym. Stąd członkom organów fundacji przysługuje na podstawie §§ 86, 27 ust. 3, 670 kc jedynie prawo do rekompensaty z tytułu wydatków lub tzw. zwrot kosztów. Obowiązuje przy tym dające się podważyć domniemanie, że osoba pełniąca obowiązki społecznie świadczy pracę bez prawa do zwrotu wydatków. Jeśli nie została złożona rezygnacja, trzeba dokumentować konkretne wydatki podlegające rekompensacie albo przewidzieć rekompensatę w ramach regulacji podatkowych dotyczących ryczałtów. Zakres rekompensaty z tytułu wydatków, nie obejmującej z zasady utraconego wynagrodzenia, przykładowo z tytułu rozliczenia podróży służbowych (np. kolej I lub II klasa, przelot klasą business lub ekonomiczną) należy ustalać indywidualnie, np. w formie ramowego porozumienia. Świadczenia z tytułu zwrotu kosztów nie są traktowane jak wynagrodzenie. Nie tworzą one stosunku zatrudnienia objętego podatkiem od wynagrodzeń i prawem o ubezpieczeniu społecznym. Jeśli rekompensata znacząco przekracza wydatki, powstają podlegające opodatkowaniu przychody z samodzielnie wykonywanej działalności.

Zwrot kosztów z reguły nie jest w stanie zrekompensować rzeczywistej wartości działań i włożonej pracy, chyba że chodzi o małe fundacje prowadzące niewielką działalność. Dochodzi do tego fakt, że społeczni członkowie organu fundacji z reguły ponoszą z tytułu działania organu także pełną odpowiedzialność cywilną, co tylko w rzadkich przypadkach kompensuje zawarcie ubezpieczenia D&O¹. Zdarza się, że w chwili ustanawiania fundacji nie pomyślano o jej dalszym rozwoju i założono działanie społeczne, co w miarę rozszerzania działalności fundacji – choćby po ustanowieniu jej spadkobiorczynią znacznego majątku fundatora – prowadzić może do sporów z urzędem nadzoru fundacyjnego, w sprawie konieczności zmiany działalności społecznej na etatową i dokonania odpowiednich zmian w statucie.

Rosnąca liczba większych fundacji posiadających znaczny majątek i wysoki budżet, prowadzących odpowiednio szeroką i zróżnicowaną działalność wymaga jednak profesjonalnego i etatowego zarządzania. Pojawiający się coraz częściej profesjonalni menadżerowie fundacji tego pokroju zastąpili w praktyce, w znacznym stopniu idealistyczny obraz społecznej działalności zarządu. Warunki tej działalności należy ustalić z członkami zarządu fundacji w postanowieniach umowy o pracę zgodnie z §§ 611ff. kc. Ich zasadniczej dopuszczalności nikt już nie kwestionuje. Wynagrodzenie można uzgodnić także w sytuacji braku wyraźnej regulacji statutowej, jeśli odmiennej woli nie wyrazi fundator, przewidujący działalność zarządu tylko na zasadach społecznych, a rodzaj i zakres działalności będzie wymagać zaangażowania, które w porównywalnych instytucjach świadczone jest tylko odpłatnie.

¹ Directors-and-Officers-Versicherung – ubezpieczenie organu i menadżera od odpowiedzialności cywilnej (przyp. tłum.)

Od zwykłych kompetencji należy odróżnić upoważnienia na podstawie prawa zobowiązaniowego, takie jak kompetencje w zakresie zawierania umów o zatrudnieniu w ślad za kompetencjami w zakresie powoływania i odwoływania uregulowanymi w statucie. Jeśli statut zakłada automatyzm postępowania, np. jeżeli członek zarządu fundacji ma sprawować określony urząd, to przy zawieraniu umowy o zatrudnieniu, fundację reprezentują inni członkowie zarządu. Jeśli zarząd jest jednoosobowy, to statut musi zawierać zwolnienie z ograniczeń zawartych w § 181 kc, w przeciwnym razie wymagane będzie uprzednie powołanie zarządu tymczasowego w oparciu o §§ 89, 29 kc. W przypadku kooptacji, do zawarcia umowy o zatrudnieniu upoważniony jest cały zarząd, jeśli wymagana jest jednomyślna decyzja, zaś w pozostałych przypadkach do zawarcia ww. umowy upoważniony jest członek organu posiadający upoważnienie do powoływania, traktowany jako specjalny przedstawiciel fundacji w myśl §§ 86, 30 kc. W przypadku, gdy zarząd powoływany jest przez drugi organ, to właściwy w sprawach zatrudnienia jest ten drugi organ. To samo dotyczy powoływania i zatrudniania przez osoby trzecie, pozostające poza strukturą organizacyjną fundacji.

Odnosnie wysokości wynagrodzenia, ogólne prawo fundacyjne często postuluje zachowanie zasady sumiennego, ekonomicznego i oszczędnego gospodarowania i zarządzania. W celu uniknięcia niewspółmiernie wysokich kosztów administracyjnych wymaga ona efektywnej i oszczędnej organizacji całokształtu działalności fundacji, co dotyczy zwłaszcza kosztów zarządzania majątkiem, wykorzystania środków i wysokości wynagrodzeń organów i personelu. "W szczególności w odniesieniu do wynagrodzeń pracowników fundacji" nie należy „przekraczać granic zasadnej współmierności.” W takim zakresie państwowy nadzór nad fundacjami winien monitorować przestrzeganie zasady oszczędności. Jednak może on wkroczyć tylko wtedy, gdy zasada ta zostanie naruszona, np. gdy porównywalna praca jest zwyczajowo wynagradzana znacznie niżej i gdy jej naruszenie niesie poważną szkodę dla realizacji celu fundacji.

Zasada ta powinna obowiązywać bez bliższego uzasadnienia, jako oczywista, bądź jako wynikająca z zasady zarządzania majątkiem ze starannością rzetelnego kupca lub jako szczególna forma realizacji nakazu zachowania zasobów. Kilka ustaw fundacyjnych zawiera wciąż jeszcze taką wyraźnie sformułowaną normę. Kilka krajów związkowych zrezygnowało z niej w toku nowelizacji przepisów po wejściu w życie ustawy o modernizacji prawa fundacyjnego. Tutaj stwierdza się otwarcie, że organy fundacji „zobowiązane są do prawidłowego zarządzania majątkiem fundacji” oraz „zgodnie z wolą fundatora muszą się troszczyć o zapewnienie ciągłej i trwałej realizacji celu fundacji”.

Wątpliwe jest, czy zasada ta w ogóle obowiązuje dziś jeszcze powszechnie w prawie fundacyjnym, zwłaszcza jeśli nie istnieją uregulowania w przepisach krajów związkowych. Można także rozważać, czy jej obowiązywanie nie zawęży sprzeczna z nią wola fundacji. Nawet gdyby zasada ta miała zastosowanie, należałoby zapytać o treść regulacji. Bardzo problematyczne, ze względu na daleko posuniętą indywidualizację fundacji, jest określenie, co ma być współmierne, bowiem można o tym decydować w każdym przypadku oddzielnie. W każdym razie brak jest w tym zakresie kryteriów, skali ocen czy wręcz wytycznych nadzoru fundacyjnego. Nie jest tu pomocne odwołanie się do „zakresu realizowanych zadań”, podobnie jak porównanie do służby cywilnej. Czasami dyskutowano także, czy właściwy punkt odniesienia dla wynagrodzeń stanowi wielkość zarządzanego majątku. Jest bowiem

oczywiste, że nieefektywne, niedobrze funkcjonujące struktury pociągają za sobą znaczne koszty.

Z merytorycznego punktu widzenia nakaz oszczędnego gospodarowania zawarty w prawie fundacyjnym nie oznacza w odniesieniu do organizacji pożytku publicznego w myśl § 55 ust. 1 pkt 3 ordynacji podatkowej (OP) nic innego jak ogólny zakaz wypłacania niewspółmiernie wysokich wynagrodzeń. Zakaz ten, korespondujący z zawartym w § 55 ust. 1 pkt 3 OP zakazem uzyskiwania przywilejów, jest wyrazem nakazu bezinteresowności, ważnego z punktu widzenia prawa pożytku publicznego. Zgodnie z nim instytucja nie może „faworyzować żadnej osoby poprzez wydatki obce celowi instytucji lub poprzez niewspółmiernie wysokie wynagrodzenia.” Wydatki instytucji pożytku publicznego muszą mieć w swym całokształcie charakter bezinteresowny (§ 55 ust. 1 OP). Naruszenie tego nakazu następuje wtedy, gdy instytucja nie przeznaczając swych środków w przeważającym zakresie na cele statutowe korzystające z przywilejów podatkowych. „Niewspółmierne“ honoraria dla członków organów grożą także utratą statusu pożytku publicznego.

Granicy, od której wynagrodzenia uznaje się za niewspółmierne, nie da się określić w kwotach absolutnych – co do tego orzecznictwo, władze finansowe i literatura są zgodne. Przedmiotem dyskusji są natomiast kryteria i orientacyjne wskazówki, które mają obowiązywać w odniesieniu do całokształtu sytuacji oraz w poszczególnych przypadkach. Każdy wydatek traktowany oddzielnie musi być współmierny. Dlatego status pożytku publicznego zagrożony jest również wówczas, gdy wprowadzie łączne koszty administracyjne i koszty uzyskania nie są zawyżone, ale poszczególne wydatki, przykładowo na zwrot kosztów lub płace członków organów są niewspółmierne wysokie. Ani odnośne ustawy ani instrukcje administracyjne nie precyzują w użyteczny sposób, kiedy w poszczególnych przypadkach dochody czy wynagrodzenia organów fundacji można traktować jako „współmierne“.

Za współmierne należy przykładowo uważać to, ile za porównywalną działalność lub usługę płać instytucje niekorzystające z przywilejów podatkowych (przedsiębiorstwa, instytucje państwowe). I tak np. współmierne może być (przyjęte zwyczajowo) wysokie honorarium za odczyt naukowca lub jego działalność w radzie doradczej fundacji realizującej cele naukowe. Dopuszczalne są wynagrodzenia w wysokości określonej w układach zbiorowych lub wyższe przyjęte w danej branży albo uzasadnione szczególnymi osiągnięciami pracownika lub doradcy instytucji pożytku publicznego. W przypadku usług wolnych zawodów należy powoływać się na tabele opłat.

Przy ocenie współmierności chodzi ostatecznie o regulacje zawarte w statucie, jakość świadczonej pracy, nakład czasu, znaczenie gospodarcze działalności i sytuację ekonomiczną instytucji. Nie zaleca się natomiast odwoływania do struktury płac w służbie cywilnej, chyba że nakazuje to statut.

Liczy się także szczególna pozycja oparta na zaufaniu i związany z tym interes fundacji w zapewnieniu niezależności danego członka zarządu. Należy także uwzględnić fakt, że aby fundacja była efektywna i skuteczna, zdana jest na wykwalifikowany personel, bądź fachowych i sprawnych członków jej organów. Niełatwo ich znaleźć, nie oferując danej osobie „konkurencyjnego” wynagrodzenia, tzn. takiego, które odpowiada co najmniej jej wynagrodzeniu na dotychczasowym stanowisku lub wynagrodzeniu za porównywalną pracę.

6. Konflikty interesów

Członkowie organów działających operacyjnie powinni być zasadniczo niezależni od ciał doradczych i kontrolnych. Unikać należy także tożsamości personalnej między członkami organów fundacji wspierającej i grantobiorcami. Zdarza się to wprawdzie od czasu do czasu, np. w celu skorzystania ze specjalnej wiedzy wspieranego i jest prawnie dopuszczalne. Praktyka dowodzi jednak coraz częściej, że w dyskusji i dla procesu decyzyjnego jest raczej niekorzystne, gdy np. kierownik instytucji naukowej zasiada w organie decyzyjnym fundacji naukowej, od której otrzymuje znaczące dofinansowanie.

Zasady dobrego rządzenia wymagają, by członkowie organów i pracownicy fundacji nie kierowali się egoistycznymi interesami. Fundacje, jako organizacje grantodawcze podejmujące autonomicznie decyzje, są na to szczególnie narażone. Już w statucie trzeba przewidzieć, że sytuacje prowadzące w poszczególnych przypadkach do konfliktu interesów, należy bez wezwania ujawniać, zaś osoby, których one dotyczą powinny same rezygnować z uczestnictwa w procesie decyzyjnym, jeśli może on przynieść im lub bliskim osobom bezpośrednią korzyść lub szkodę. Należy także otwarcie informować o powiązaniach osobistych i rodzinnych z ubiegającymi się o wsparcie oraz z firmami usługowymi. Osoby zainteresowane rezygnują z korzyści majątkowych, o które ma się starać zainteresowana strona. Dotyczy to także sytuacji, w której korzyść i wzajemne świadczenie nie są bezpośrednio ze sobą powiązane i nie oczekuje się tego w przyszłości. Nie wymienia się wyraźnie często spotykanej sytuacji, kiedy pracownicy etatowi fundacji wspierających otrzymują od instytucji obdarowanych dotacją prezenty lub zostają uhonorowani nagrodami, odznaczeniami, godnością *dr h.c.* czy honorową profesurą.

7. Relacje z darczyńcami

Darowizne na rzecz środków bieżących dla realizacji celu fundacji lub na rzecz majątku (doposażenia) może udzielać sam fundator lub osoby trzecie. Mogą one wiązać darowiznę z rekomendacją, co do jej celu. Doposażenia nie są z reguły przeznaczone do wykorzystania w niedługim czasie, mają one raczej wpływać na konto majątku fundacji. Od statutu zależy, czy fundacja może przyjąć takie doposażenie i zaliczyć je na poczet majątku. Celowe jest, aby w statucie wyraźnie przewidzieć taką możliwość.

Według prawa fundacyjnego krajów związkowych, w rzadkich przypadkach może być konieczne wyraźne uregulowanie w statucie dopuszczalności wpłat na poczet majątku fundacji. Może być także wymagana zgoda nadzoru fundacyjnego na przyjęcie takiego doposażenia, w szczególności, jeśli wiążą się z nim warunki lub inne obciążenia.

Z punktu widzenia podatkowego ważne jest, aby dotacja była dobrowolna oraz oświadczenie, że doposażenie ma być zaliczone na poczet majątku fundacji. Darowizny dla fundacji pożytku publicznego darczyńca może w ramach przepisów prawa odliczyć od podatku (odliczenie z tytułu darowizny). Można mu także wystawić potwierdzenie przekazania darowizny.

O rozdysponowaniu darowanych środków decydują właściwe organy fundacji, o ile w decyzji o ich przyjęciu nie zaakceptowały określonych (dopuszczalnych statutowo)

warunków. Możliwy jest przy tym pewien moralny wpływ darczyńcy na decyzję o przyznaniu środków.

8. Prawa osób trzecich

Mimo idei autonomii fundacji, stanowi ona system zależny od otoczenia, z siecią wzajemnych kontaktów, także z osobami trzecimi z zewnątrz. Odpowiedzialne i skuteczne kierowanie fundacją, musi nawiązywać do tych procesów wymiany i kontaktów. Do ważnych aspektów należy przy tym stosunek fundacji do zewnętrznych osób trzecich.

Oczywiste jest, że jedną z podstawowych zasad dobrego zarządzania fundacją jest przestrzeganie przepisów prawa federalnego i krajowego oraz prawa wewnętrznego fundacji zawartego w jej statucie. Ponieważ prawo nie nakazuje fundacji posiadania wewnętrznych organów kontroli, ustawodawca przewidział kontrolę zewnętrzną. Fundacje prawa cywilnego posiadające zdolność prawną podlegają nadzorowi fundacyjnemu na mocy prawa fundacyjnego danego kraju związkowego. Nadzór fundacyjny ma charakter nadzoru czysto prawnego i ma zapewniać prawidłowe działanie członków zarządu – przede wszystkim po śmierci fundatora. Państwowy nadzór fundacyjny ma więc zastąpić brak kontroli wewnętrznej, a ponadto być gwarantem woli fundatora. Działa on nie tylko w interesie publicznym na rzecz ochrony obrotu prawnego przed sprzecznym z prawem działaniem organów fundacji, ale również w interesie fundatorów i samych fundacji.

Obok zewnętrznej kontroli fundacji przez państwowy nadzór fundacyjny, upoważniona do kontroli jest także administracja finansowa. Nadzór fundacyjny i wydziały finansowe nie służą jednak tym samym celom i nie są ze sobą związane procedurą prawną. Dlatego często dochodzi do sprzeczności ocen wynikających z prawa fundacyjnego i prawa podatkowego, które spadają w praktyce na organy fundacji. I tak wydział finansowy niemal nie zwraca uwagi na to, czy zachowana została wartość fundacyjnego majątku. Jest raczej zainteresowany, czy zapewniono, aby jak najwięcej środków było przeznaczonych w niedługim czasie na cele objęte przywilejami podatkowymi. I odwrotnie, nadzór fundacyjny mniej interesuje się szybkim wykorzystywaniem środków, a przede wszystkim tym, czy nie został naruszony majątek fundacji. Pogodzenie tej sprzeczności między podatkowym zakazem tezauryzacji i przyjętym w prawie fundacyjnym nakazem utrzymania majątku należy do klasyki praktyki fundacyjnej.

W przypadku fundacji otrzymujących środki publiczne dochodzą do tego jeszcze kolejne instancje kontrolne, np. udzielające dotacji ministerstwo lub właściwa izba obrachunkowa, które kontrolują przestrzeganie postanowień przepisów o dotacjach publicznych i warunkach ich przyznawania.

Poza tym osobom trzecim, prawa do kontroli i prawo do wnoszenia powództwa przysługują tylko wtedy, gdy jest to wyraźnie zapisane w statucie, bądź wynika z konkretnego stosunku prawnego. Z reguły statut wyraźnie wyklucza prawa osób trzecich. Wyjątki istnieją szczególnie w odniesieniu do prawa do wnoszenia powództwa przez beneficjentów w przypadku fundacji rodzinnych.

Przeniesienie majątku fundatora i spadkodawcy na fundację nie narusza praw spadkobierców ustawowych. *Zachowują oni prawo do zachowku. Jeżeli przeniesienie majątku nastąpiło nie wcześniej, niż 10 lat przed śmiercią spadkodawcy, jego*

wartość jest uwzględniana przy obliczaniu podstawy wymiaru przysługującego wówczas, zwiększonego zachowku; dotyczy to również przypadków, gdy fundacja realizuje wyłącznie cele pożytku publicznego.

9. Odpowiedzialność cywilna organów fundacji

Wielokrotnie podkreślano, że w fundacjach, w których brak jest organu kontrolnego, do zarządu należy ogromna władza, nieznaną w przypadku innych osób prawa prywatnego. Tej nadmiernej władzy mają w pewnym stopniu przeciwdziałać regulacje w zakresie odpowiedzialności cywilnej.

I tak na członków zarządu nałożono obowiązek prawidłowej realizacji zadań administracyjnych, w szczególności obowiązek prawidłowego zarządzania majątkiem. W razie naruszenia tego umownego obowiązku powstaje podstawa do wniesienia roszczeń w powołaniu na § 280 I kc. Zgodnie z tym, jeśli zarząd naruszy obiektywny obowiązek, wynikający ze stosunku zlecenia, fundacja może domagać się zrekompensowania powstałej w wyniku tego szkody. Domniemanie winy spada na zarząd. Do niego należy przedstawienie dowodu odciążającego. Ponadto istnieją jeszcze inne podstawy do wnoszenia roszczeń, np. z tytułu odpowiedzialności cywilnej za działania niedozwolone na podstawie §§ 823 II kc i in., 263, 266 kodeksu karnego (oszustwo, sprzeniewierzenie) lub § 826 kc (sprzeczna z dobrymi obyczajami umyślna szkoda).

W dziedzinie lokowania i zarządzania majątkiem, jako naruszenie obowiązków w grę wchodzi wadliwa lokata lub jej zaniechanie, nieosiąganie przychodów, niewłaściwy wybór lub niewłaściwy nadzór nad zarządcą majątku. Niekiedy ustępuje się pokusie członków zarządu, których wybrano ze względu na ich fachową wiedzę związaną z celem fundacji, i oddaje całość zarządzania majątkiem w ręce banku. Nie zwalnia ich to jednak skutecznie z obowiązku nadzoru. W przypadku straty odpowiadają wobec fundacji swoim prywatnym majątkiem.

Z roszczeniem do wyrównania szkody fundacji występuje z reguły do zarządu właściwy organ. Jeśli kroki podjęte wewnątrz fundacji nie przyniosą rezultatu, co ze względów strukturalnych łatwo zrozumieć, środki nadzorcze musi zastosować instytucja nadzoru fundacyjnego i sama wystąpić posiłkowo z roszczeniem o wyrównanie szkody fundacji do „urzędującego” zarządu, np. poprzez ustanowienie specjalnego przedstawiciela. Jeśli tego zaniecha, grożą jej roszczenia z tytułu odpowiedzialności państwa (§ 839 ust. 1 kc i in., art. 34 Ustawy zasadniczej).

10. Przekształcenia

W czasie swego istnienia osoby prawne mogą w zasadzie gruntownie zmieniać swoją formę prawną, strukturę i organizację wewnętrzną. Takie modyfikacje określa się mianem przekształceń. Specjalna ustawa - ustawa o przekształceniach, reguluje rozmaite kwestie dotyczące form przekształceń i możliwych ingerencji. Jednak ze względu na cel skierowany na dobro ogółu, fundacja nie została przez ustawodawcę włączona do ostatecznego katalogu podmiotów zdolnych do przekształceń. Dlatego ustawy o przekształceniach nie da się z reguły zastosować do fundacji ani bezpośrednio, ani przez analogię. Obowiązują w tym zakresie raczej konstelacje ujęte w kodeksie cywilnym: zmiana statutu i celu oraz połączenie lub fuzja. Środki te mogą być uchwalone przez organy fundacji w ramach wyznaczonych przez wolę fundatora i ład statutowy, wymagają jednak zezwolenia instytucji nadzoru

fundacyjnego. Niektóre działania (np. zmiana celu, przyłączenie) w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych (§ 87 kc) mogą być również bezpośrednio przewidziane przez instytucję nadzoru.

11. Upadłość, rozwiązanie i wykorzystanie pozostałego majątku

Rozwiązanie fundacji zarządzić może właściwa instytucja kraju związkowego, jeśli istnieją ku temu przesłanki ustawowe. W pozostałych przypadkach uchwała o likwidacji fundacji należy do organów przewidzianych w statucie (w razie wątpliwości do zarządu) na określonych tamże warunkach (np. powody zakończenia, większe quorum). Zgodnie z §§ 42, 86 kc fundację należy rozwiązać, jeśli został zrealizowany cel fundacji albo jego osiągnięcie staje się niemożliwe lub zostanie otwarte postępowanie upadłościowe.

Pozostały majątek zgodnie z §§ 45, 86 kc przypada uprawnionemu wskazanemu w statucie. Jeśli uprawniony nie jest wskazany lub nie istnieje, majątek fundacji zgodnie z §§ 88 zd. 2, 46 kc przechodzi na skarb państwa, który „w miarę możliwości” ma go wykorzystać w sposób odpowiadający celowi fundacji.