

## § 4 Beschlussmängelfolgen nach allgemeinen Regeln

Die Rechtsfolgen fehlerhafter Organbeschlüsse in der Stiftung sind damit nach den allgemeinen Maßstäben des bürgerlichen Rechts und der Stiftungsstruktur im Besonderen zu ermitteln. Den Ausgangspunkt bilden insoweit die Regelungen des BGB über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§§ 125, 134, 138 Abs. 1 BGB). Hinzu treten die Grundsätze zur Beschränkung des Befugnisrahmens von pflichtengebundenen Organen, die ihrerseits die Wirksamkeit fehlerhafter Beschlüsse begrenzen. Die Analyse wird darlegen, dass die Nichtigkeit die zentrale Rechtsfolge im Beschlussmängelrecht der Stiftung ist, jedoch nicht alle fehlerhaften Beschlüsse erfasst. Zudem unterliegt auch die Nichtigkeitsfolge erheblichen Einschränkungen in der Praxis.

### I. Regelungen des BGB zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften

Weil der Beschluss ein Rechtsgeschäft (wenn auch eigener Art) ist,<sup>701</sup> finden die allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechtsgeschäfte auf ihn Anwendung.<sup>702</sup> Die Untersuchung nimmt sich im Folgenden der Subsumtion fehlerhafter Beschlüsse unter die Tatbestände der §§ 125, 134, 138 Abs. 1 BGB an. Dabei wird sich zeigen, dass das oft zitierte Nichtigkeitsdogma<sup>703</sup> aus dem BGB nicht hergeleitet werden kann. Vielmehr wird im Ergebnis mit *Reuter* zu konstatieren sein, „dass die Gleichung rechtswidrige Beschlüsse = nichtige Beschlüsse schon nach allgemeinem bürgerlichen Recht nicht aufgeht.“<sup>704</sup>

#### 1. Formnichtigkeit nach § 125 BGB

Bei der Formnichtigkeit nach § 125 BGB ist zwischen gesetzlichen und privat vereinbarten Formerfordernissen zu unterscheiden.

##### a) Gesetzliche Formerfordernisse, § 125 Satz 1 BGB

§ 125 Satz 1 BGB ordnet die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts an, das gegen gesetzliche Formvorschriften (§§ 126-129 BGB) verstößt. Das Stiftungsrecht des BGB enthält keine Vorschriften zur Beschlussfassung. Und auch die nach §§ 86 Satz 1, 28 BGB für maßgeblich erklärten Vorschriften über die Mitgliederversammlung im Vereinsrecht (§§ 32-34 BGB) sehen für die Beschlussfassung – im Gegensatz zum Kapitalgesellschaftsrecht<sup>705</sup> – keine Form der §§ 126-129 BGB vor. Allerdings ist in § 32 Abs. 2 BGB für die Beschlussfassung im Umlaufverfahren die Schriftform (§ 126 BGB<sup>706</sup>) vorgeschrieben. Die Regelung findet infolge der Verweisung in §§ 86 Satz 1, 28 BGB auch im Stiftungsrecht Anwendung,<sup>707</sup> soweit die Stiftungssatzung oder die Geschäftsordnung des Vorstands keine abweichende Regelung trifft.<sup>708</sup> Verstöße führen aber nicht zur Beschlussnichtigkeit nach § 125 Satz 1 BGB, sondern dazu, dass der Beschlussantrag mangels Einstimmigkeit abgelehnt ist.<sup>709</sup> Denn § 32 Abs. 2 BGB betrifft nur die Stimmabgabe. Fehlt es an ihrer Schriftform, wird sie ungültig, und nicht die Form, sondern das Verfahren der Beschlussfassung ist betroffen. Einziges Formerfordernis eines Beschlusses selbst ist in der Stiftung die notarielle Beurkundung von Ausgliederungsbeschlüssen nach § 163 Abs. 3 UmwG. Nur in diesem recht seltenen Fall sind Organbeschlüsse gegebenenfalls nach § 125 Satz 1 BGB nichtig.

#### b) Gewillkürte Formerfordernisse, § 125 Satz 2 BGB

Häufiger kommt demgegenüber die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewillkürte Formvorschriften in Betracht. Ordnet die Stiftungssatzung für den Beschluss eines Stiftungsorgans eine bestimmte Form an, hat nach § 125 Satz 2 BGB ein Verstoß dagegen „im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge“. Allgemein ist danach zu differenzieren, ob das Formerfordernis von den Parteien konstitutiv als Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts gewollt ist oder ob der Form nur eine deklaratorische Bedeutung zu Beweis Zwecken zukommen soll.<sup>710</sup> Wird ein konstitutives Formerfordernis nicht beachtet, ist das Rechtsgeschäft nichtig; ist die zu Beweis Zwecken vereinbarte Form nicht gewahrt, bleibt die Wirksamkeit des Geschäfts unberührt, die Form ist lediglich auf Verlangen nachzuholen.<sup>711</sup> Soweit bei der Auslegung

Unklarheit darüber besteht, ob das Formerfordernis konstitutive oder deklaratorische Bedeutung zukommt, greift die Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB, die die Regelung „im Zweifel“ als Wirksamkeitserfordernis einordnet und die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts anordnet.

Im gesellschaftsrechtlichen Kontext allerdings findet die „harte Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB“<sup>712</sup> nur eingeschränkt Anwendung. Die Auslegung des in der Satzung oder dem Gesellschaftervertrag niedergelegten Gesellschafterwillens wird häufig gerade dazu führen, dass Mehrheitsbeschlüsse Bestand haben sollen und Formerfordernisse nur zu Beweis Zwecken vorgesehen sind.<sup>713</sup> Weitgehende Einigkeit besteht insbesondere darüber, dass die Protokollierung eines Beschlusses grundsätzlich nur der Beweissicherung dient,<sup>714</sup> sofern nicht die Satzung oder Geschäftsordnung explizit die Beschlusswirksamkeit an das Protokoll koppeln.<sup>715</sup> Ebenso gilt für die Feststellung des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter, dass ihr nur bei entsprechender Satzungsregel eine konstitutive Wirkung für den Beschluss zukommt.<sup>716</sup> Hingegen ist wegen ihrer Warn- und Beratungsfunktion in der notariellen Beurkundung regelmäßig ein Wirksamkeitserfordernis zu sehen.<sup>717</sup>

Auf die Beschlussfassung im Vorstand und gegebenenfalls weiteren Organen der Stiftung sind diese Erkenntnisse übertragbar. Auch hier ist eine spezifische Ausgestaltung der Satzung oder Geschäftsordnung notwendig, wenn der Beschlussfeststellung durch den Sitzungsleiter oder der Protokollierung des Beschlusses eine konstitutive Formwirkung zukommen soll.<sup>718</sup> Für die Organbeschlüsse in der Stiftung kann mangels Breitenwirkung nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass ihre Wirksamkeit und ihr Inhalt von der formalisierten Feststellung oder Protokollierung der Beschlussfassung abhängen.

#### c) Keine Anwendung auf Verfahrensfehler

Schließlich stellt sich ebenso für Organbeschlüsse in der Stiftung die Frage, ob Verstöße gegen Verfahrensvorschriften aus Gesetz oder Satzung (Fehler bei Vorbereitung und Einberufung sowie im Ablauf der Beschlussfassung<sup>719</sup>) an § 125 BGB zu messen sind. In Betracht kommt allenfalls eine analoge Anwendung von § 125 BGB, weil die meisten

Verfahrensbestimmungen, wie etwa die Bekanntgabe der Tagesordnung oder das Teilnahme- und Auskunftsrecht der Mitglieder, schon nicht unter die gesetzlichen Formen der §§ 126-129 BGB subsumiert werden können.<sup>720</sup> Überdies bezieht sich § 125 BGB auf das Rechtsgeschäft „als solches“ und damit das Ergebnis der Beschlussfassung, nicht aber auf das Prozedere im Vorfeld.<sup>721</sup> Auch die analoge Anwendung von § 125 BGB auf Verstöße gegen Verfahrensvorschriften wird allerdings wegen einer fehlenden Vergleichbarkeit der Interessenlagen einhellig abgelehnt.<sup>722</sup> Dem ist zuzustimmen. Die Formvorschriften für Rechtsgeschäfte dienen nach überkommener Kategorisierung vor allem dem Schutz der Beteiligten vor übereilten Entscheidungen (Warnfunktion), der Klarstellung, ob und mit welchem Inhalt das Rechtsgeschäft geschlossen wurde (Klarstellungs- und Beweisfunktion) sowie im Fall der notariellen Beurkundung der Gewähr einer hinreichend informierten rechtlichen Entscheidung (Beratungsfunktion).<sup>723</sup> Diese Aufgaben erfüllen sie auch im Interesse der Klarheit des Rechtsverkehrs (Richtigkeitsgewähr).<sup>724</sup> Demgegenüber sorgen die Verfahrensregeln aus Gesetz, Satzung oder Geschäftsordnung innerhalb des Rechtsträgers für die ordnungsgemäße Vorbereitung und Durchführung des Beschlussverfahrens und gewährleisten die Verwirklichung der Mitwirkungs- und Teilhaberechte der Mitglieder.<sup>725</sup> Sie sind als „Entstehungsbedingungen“ der verbandlichen Willensbildung<sup>726</sup> nur mittelbar mit dem Beschlussinhalt verknüpft. Zwar mögen Verfahrensvorschriften faktisch ebenfalls zu einer sorgfältigeren Entscheidung führen und insoweit ähnlich einer Formvorschrift vor unüberlegtem Handeln schützen. Ihr primärer Zweck aber liegt in der Steuerung des gemeinsamen Willensbildungsprozesses.<sup>727</sup> Insoweit steht es den Verbandsmitgliedern konsequenterweise frei, auf ihre Teilhabe- und Mitwirkungsrechte zu verzichten.<sup>728</sup> Ebenso sind solche Verfahrensfehler unbeachtlich, die die Mitwirkungsmöglichkeiten faktisch nicht beeinträchtigen,<sup>729</sup> wie etwa die folgenlose Einladung eines organfremden Dritten zur Sitzung. Freilich wird man für die Mitglieder von Stiftungsorganen eine Dispositionsbefugnis über Verfahrensregelungen wegen ihrer Pflichtenbindung nicht so selbstverständlich annehmen können wie für die Mitglieder der Grundlagenorgane in Vereinen und Verbänden.<sup>730</sup> Dennoch wäre eine analoge Anwendung von § 125 BGB auch in diesem Kontext überzogen.

Die Nichtigkeitsfolge in § 125 Satz 1 BGB für häufig unbeachtliche Verfahrensfehler wäre ebensowenig sachgerecht wie die entsprechende Heranziehung der Auslegungsregel in § 125 Satz 2 BGB, die im Gesellschaftsrecht schon innerhalb ihres genuinen Anwendungsbereichs kaum zur Geltung kommt<sup>731</sup>. Eine hinreichende Vergleichbarkeit der Interessenlagen ist damit nicht auszumachen. Ein Rückgriff auf § 125 BGB im Rahmen von Verfahrensfehlern muss nach alledem unterbleiben.

## *2. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen gesetzliches Verbot, § 134 BGB*

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nach § 134 BGB nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Die Vorschrift erfasst wegen ihrer Eigenschaft als Rechtsgeschäfte auch Beschlüsse. Ihr Wortlaut ist allerdings so weit gefasst, dass eine nähere Konkretisierung unerlässlich ist, um zu klären, welche Fehlertatbestände des Beschlussmängelrechts bei § 134 BGB anzusiedeln sind.

### *a) Nicht erfasst: Satzungsverstöße und Verfahrensfehler*

§ 134 BGB verlangt den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Der Begriff des Gesetzes umfasst dabei in Übereinstimmung mit Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm.<sup>732</sup> Hierunter sind jedenfalls Gesetze im formellen Sinne, Rechtsverordnungen sowie Satzungen von Hoheitsträgern (vor allem von Selbstverwaltungskörperschaften) zu verstehen.<sup>733</sup> Hingegen sind die Satzungen privatrechtlicher Verbände, insbesondere von Vereinen und sonstigen juristischen Personen des Privatrechts, keine Gesetze im Sinne von § 134 BGB.<sup>734</sup> Mangels Normsetzungsbefugnis sind sie ausschließlich privatrechtlicher Natur. Folglich kann der formal oder materiell die Satzung missachtende Beschluss eines Stiftungsorgans nicht nach § 134 BGB nichtig sein.<sup>735</sup> Gleiches muss sodann für Verstöße gegen den in Stiftungsgeschäft und Satzung objektivierten Stifterwillen gelten.<sup>736</sup>

Dies bedeutet zudem, dass der Beschluss eines Stiftungsorgans nicht wegen eines Verfahrensfehlers nach § 134 BGB nichtig sein kann, weil das Verfahren der Beschlussfassung für Stiftungsorgane nicht von Gesetzes wegen formalisiert ist. Es findet sich freilich ein gesetzlicher

Anhaltspunkt zum Beschlussverfahren in § 32 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 86 Satz 1, 28 BGB. Allerdings ist auch insofern nicht § 134 BGB einschlägig, weil die Regelung nach § 40 Satz 1 BGB dispositiv ist und abdingbare Vorschriften keine Verbotsnormen im Sinne des § 134 BGB sein können.<sup>737</sup> Überdies besteht Einigkeit darüber, dass gesetzliche Vorschriften zum Beschlussverfahren generell nicht die Qualität eines Verbotsgesetzes aufweisen.<sup>738</sup> Zwar ist der Anwendungsbereich von § 134 BGB nicht von vornherein auf den Inhalt eines Rechtsgeschäfts beschränkt, sondern kann zur effizienten Durchsetzung des Verbots auch die äußerlichen Verhältnisse des Zustandekommens erfassen.<sup>739</sup> Dagegen betreffen die Verfahrensvorschriften im Beschlussrecht gerade nicht die äußeren Umstände der Beschlussfassung, sondern sind als Regelungen zur Steuerung des Willensbildungsprozesses innere Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Beschlusses; sie können mithin keine Verbotsgesetze sein.<sup>740</sup> Überdies wäre die Anwendung der uneingeschränkten Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB unvereinbar mit der in Literatur und Praxis gefestigten Ansicht, dass für den Eintritt der Nichtigkeit die Kausalität bzw. nunmehr Relevanz<sup>741</sup> eines Verfahrensfehlers für das Beschlussergebnis erforderlich ist.<sup>742</sup>

#### b) Inhaltlicher Verstoß gegen ein Verbotsgesetz

Damit können nach § 134 BGB nur solche Beschlüsse nichtig sein, die inhaltlich gegen gesetzliche Vorschriften im Rang eines Verbotsgesetzes verstoßen. Als „Inhalt“ des Beschlusses ist dabei die sachlich getroffene Regelung anzusehen.<sup>743</sup> Sie ergibt sich regelmäßig direkt aus dem Beschlusstenor,<sup>744</sup> kann aber auch aus dem konkludenten Erklärungsinhalt zu ermitteln sein.<sup>745</sup>

Keine Verbotsgesetze sind Vorschriften, die schon die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht begrenzen.<sup>746</sup> § 134 BGB erfasst nämlich nur solche Rechtsgeschäfte, die die Handelnden grundsätzlich vornehmen können, aber wegen eines gesetzlichen Verbotes nicht vornehmen dürfen.<sup>747</sup> Denn die „Rechtsordnung ‚verbietet‘ nicht die Rechtsgeschäfte, welche die der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit gesetzten Grenzen überschreiten. Sie lässt sie nur nicht gelten.“<sup>748</sup> Fehlt es schon an der Rechtsmacht zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, also am hinreichenden

rechtlichen Können, ist der Anwendungsbereich von § 134 BGB nicht eröffnet, das Rechtsgeschäft ist (schwebend) unwirksam. Für Organbeschlüsse bedeutet dies, dass sie nur innerhalb des jeweiligen Zuständigkeitsbereichs an § 134 BGB gemessen werden können. Andernfalls sind sie unwirksam.

Ob eine Vorschrift als Verbotsgesetz zu qualifizieren ist, ist spezifisch im Wege der Auslegung zu ermitteln. Anhaltspunkte für ein gesetzliches Verbot liegen im Wortlaut,<sup>749</sup> dem zwingenden Charakter<sup>750</sup> und mitunter im Adressatenkreis<sup>751</sup> der Vorschrift. Im Ergebnis kommt es darauf an, dass sich die Norm nach ihrem Sinn und Zweck gegen die Vornahme oder den Inhalt eines bestimmten Rechtsgeschäfts richtet, um seinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg zu verhindern.<sup>752</sup> Fehlt es daran, handelt es sich um eine bloße „Ordnungsvorschrift“, die sich auf die Art und Weise der Leistungshandlung bezieht und die privatrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht tangiert.<sup>753</sup> Zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB führt ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz nur dann, wenn sich aus dem Gesetz nicht „ein anderes“ ergibt. Daraus folgt einerseits, dass § 134 BGB keine Vorschriften erfasst, die die rechtsgeschäftlichen Folgen selbst regeln (sog. *leges perfectae*), sondern nur dort zur Anwendung kommt, wo ein Verbotsgesetz keine ausdrückliche Rechtsfolgenanordnung trifft (sog. *lex imperfecta*).<sup>754</sup> In seiner Anwendung bewirkt § 134 BGB sodann, dass die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vermutet wird.<sup>755</sup> Vom Eintritt der Nichtigkeitsfolge ist demnach nur dann abzusehen, wenn sich bei der Auslegung der verletzten Vorschrift das Gegenteil ergibt.

Im Gesellschaftsrecht wird rechtsformübergreifend die Beschlussnichtigkeit nach § 134 BGB angenommen, wenn der Beschluss inhaltlich gegen ein Gesetz verstößt, von dessen Regelung die Beschließenden im Interesse der Allgemeinheit oder Dritter selbst einstimmig nicht abweichen können.<sup>756</sup> Im Kapitalgesellschaftsrecht wurden früher im Interesse der Anteilseigner und Gläubiger vornehmlich Verstöße gegen die Bewertungs-<sup>757</sup> und Kapitalerhaltungsvorschriften<sup>758</sup> nach § 134 BGB sanktioniert, bevor man den spezialgesetzlichen Vorrang im GmbH- und Aktienrecht anerkannte.<sup>759</sup> Ähnlich verhielt es sich in Personengesellschaften mit unzulässigen Beschränkungen des gesetzlichen

Auflösungs- und Kündigungsrechts der Gesellschafter.<sup>760</sup> Hauptanwendungsfall von § 134 BGB sind demnach auch im Gesellschaftsrecht Beschlüsse, die gegen die klassischen Straftatbestände und Verbotsvorschriften des (öffentlichen) Wirtschaftsrechts verstoßen.<sup>761</sup> Insbesondere ist hierbei bereits die Nichtigkeit eines noch ausführungsbedürftigen Beschlusses anzunehmen. Anderenfalls verpflichtete der Beschluss im Innenrecht zur Vornahme einer Handlung, die gesetzlich untersagt ist und deren Ausführung sodann aus der Pflichtenstellung des Handelnden unterbleiben muss.<sup>762</sup> Zudem besteht in den Fällen der bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB im Regelfall kein schützenswertes Vertrauen in die Beschlusswirksamkeit.

Ebenso muss es sich für die Organbeschlüsse in der Stiftung verhalten. Die Regelungen in den §§ 80 ff. BGB beziehen sich vornehmlich auf die grundlegenden Rechtsverhältnisse der Stiftung (Errichtung, Zweckänderung, Auflösung) und kommen als Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB für Organbeschlüsse kaum in Betracht. So ist im Falle der gesetzlich verbotenen Zweckverfolgung schon das Stiftungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig und der Stiftung dementsprechend die Anerkennung nach § 80 Abs. 2 BGB zu versagen. Desgleichen ist der Beschluss des Stiftungsvorstands zur eigenständigen Aufhebung der Stiftung nicht nach § 134 BGB nichtig, weil es dazu schon an der hinreichenden Gestaltungsmacht fehlt (siehe § 87 Abs. 1 BGB).<sup>763</sup> Andererseits ist etwa ein Beschluss zum grundlosen Vermögenstransfer von der Stiftung an die Vorstandsmitglieder selbstverständlich nach § 266 StGB i.V.m. § 134 BGB nichtig.<sup>764</sup> Auch für Organbeschlüsse in der Stiftung dürfte nach alledem der Hauptanwendungsbereich von § 134 BGB bei Verstößen gegen die allgemeingültigen Tatbestände im Straf- und Wirtschaftsrecht liegen.

#### c) Bestimmungen im Landesstiftungsrecht: keine Verbotsgesetze

Spezifisch stiftungsrechtliche Verbotstatbestände könnten allerdings die Stiftungsgesetze der Länder enthalten. Dort finden sich unter anderem Vorschriften, die die Vermögensverwaltung durch die Stiftungsorgane betreffen.<sup>765</sup> Häufig sind die Organe danach verpflichtet, „das Vermögen der Stiftung (...) sicher und wirtschaftlich zu verwalten“<sup>766</sup>, „es (...) sicher



und ertragbringend anzulegen“<sup>767</sup> oder ganz allgemein „die Stiftung (...) nach den Gesetzen, dem Stiftungsgeschäft und der Stiftungssatzung sparsam und wirtschaftlich zu verwalten“<sup>768</sup>. Daneben besteht üblicherweise die Vorgabe, das Stiftungsvermögen „in seinem Bestand ungeschmälert zu erhalten“<sup>769</sup>. Die Regelungen adressieren die Stiftungsverwaltung direkt, betreffen also nicht die Eingriffsbefugnisse oder Anzeige- und Genehmigungserfordernisse im öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zur Stiftungsbehörde. Während Beschlüsse, die der Genehmigung durch die Stiftungsaufsicht bedürfen, bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung schwebend unwirksam sind,<sup>770</sup> stellt sich für Organbeschlüsse, die gegen die in den Landesgesetzen statuierten Verwaltungspflichten verstoßen, die Frage der Nichtigkeit nach § 134 BGB. Dazu müssten die landesrechtlichen Vorschriften zur Vermögensverwaltung und -erhaltung Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB sein. Vieles spricht dagegen.

Zweifel an der Verbotsgesetzeigenschaft begründet zunächst der Umstand, dass sich den Regelungen zur Vermögensverwaltung und -erhaltung regelmäßig kein klarer Normbefehl entnehmen lässt, also nicht deutlich wird, welche Pflichten den Organmitgliedern zur Vermögensanlage konkret aus den Vorschriften erwachsen.<sup>771</sup> Zwar kommt es für die Nichtigkeit nach § 134 BGB nicht auf die subjektive Kenntnis von der Verbotswidrigkeit des Handelns an.<sup>772</sup> Allerdings verstößt ein Beschluss auch objektiv nur dann gegen ein Verbotsgesetz, wenn die Auslegung der Vorschrift ergibt, dass sich gerade gegen die Vornahme oder den Inhalt des Rechtsgeschäfts richtet, um dessen rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg zu verhindern.<sup>773</sup> Bei derart weiten Tatbeständen ist eine solche Feststellung meist nicht zu bewerkstelligen.

Zudem unterstehen auch die Vorschriften zur Vermögensverwaltung und -erhaltung dem Primat des Stifterwillens. Zwar bestehen in den Grenzbereichen verschiedene Auffassungen über dessen Reichweite.<sup>774</sup> Im Grundsatz aber ist anerkannt, dass der Stifter verbindliche Vorgaben zur Verwaltung des Stiftungsvermögens machen kann,<sup>775</sup> die die Verwaltungsorgane auch dann zu befolgen haben, wenn sie aus deren Sicht weniger geeignet erscheinen.<sup>776</sup> Für das Gebot der Vermögenserhaltung ist die vorrangige Umsetzung des Stifterwillens in

den Landesgesetzen sogar größtenteils ausdrücklich festgehalten.<sup>777</sup> Ähnlich verhält es sich mit den Ertragsverwendungspflichten, soweit sie normiert sind.<sup>778</sup>

Inhalt und Reichweite der landesrechtlichen Verwaltungsvorschriften sind damit maßgeblich aus den Vorgaben des Stifters zu ermitteln.<sup>779</sup> Wenn allerdings nur zwingende Normen als Verbotsgesetze von § 134 BGB erfasst sind,<sup>780</sup> können auch Vorschriften, deren Inhalt durch die Disposition Privater bestimmt wird, nicht als Verbotsgesetze eingestuft werden. Die private Normsetzung ist gerade vom Geltungsbereich des § 134 BGB ausgenommen.<sup>781</sup> Wollte man dagegen einwenden, dass der Primat des Stifterwillens aber in vielen Landesstiftungsgesetzen normiert ist<sup>782</sup> und somit selbst Gesetzesrang erlangt habe, würde man diese Grundwertung in § 134 BGB umgehen.<sup>783</sup> Die Vorschriften zur Vermögensverwaltung und -erhaltung der Länder können insofern keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sein.

Überdies bestehen aufgrund der §§ 80 ff. BGB sogar Zweifel daran, dass die Regelungen überhaupt innerhalb der Gesetzgebungskompetenz der Länder erlassen worden sind. Wie eben dargestellt, werden die landesrechtlichen Verwaltungsbestimmungen durch den Stifterwillen und Stiftungszweck inhaltlich bestimmt, die bereits in die bundesrechtlichen Vorgaben in § 80 Abs. 2 BGB Eingang gefunden haben. *Hüttemann* ist deshalb in seinem Resümee Recht zu geben,

„dass den landesrechtlichen Regelungen über Vermögensverwaltung, Vermögenserhaltung und Umschichtungen keine große praktische Bedeutung zukommt. Denn sie wiederholen nur die Pflicht der Stiftungsorgane zur Beachtung des Stifterwillens und zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks.“<sup>784</sup>

Wegen der bestehenden BGB-Regelungen wird die Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich privatrechtlicher Stiftungsvorschriften heute größtenteils bezweifelt. Man geht vielmehr davon aus, dass der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungsbefugnis zum Stiftungsprivatrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in den §§ 80-88 BGB erschöpfend Gebrauch gemacht hat, so dass den Ländern nach Art. 72 Abs. 1-3 GG keine Gesetzgebungskompetenz verblieben ist.<sup>785</sup> Hinsichtlich der Anerkennungsvoraussetzungen der §§ 80 f. BGB besteht Einigkeit über den abschließenden Charakter der bundesgesetzlichen Regelung.<sup>786</sup> Für

die Vorschriften zur Vermögensverwaltung und -erhaltung ist die Sachlage hingegen weniger eindeutig, weil das Bundesrecht insoweit keine ausdrückliche Anordnung trifft.<sup>787</sup> Für eine fehlende Länderkompetenz spricht freilich der Umstand, dass sich die Verwaltungsvorschriften inhaltlich nach denselben Maßgaben des Stifters richten, die für die Anerkennung der Stiftung in § 80 Abs. 2 BGB normiert sind. Auch die Verwaltungsvorschriften dienen der Verwirklichung des Stiftungszwecks sowie der Umsetzung des Stifterwillens und damit Wesenselementen des bürgerlich-rechtlichen Stiftungsbegriffs<sup>788</sup>. *Reuter* hat insofern treffend formuliert, dass es jedenfalls

„methodisch fehlerhaft [ist], den Inhalt des Bundesstiftungsrechts unter Rückgriff auf die (untereinander verschiedenen) Landesstiftungsgesetze zu bestimmen. Man kommt dadurch nämlich zu der mit dem Vorrang des Bundes- vor dem Landesrecht unvereinbaren Konsequenz, dass die Änderung des Landesstiftungsrechts das Bundesstiftungsrecht verändert.“<sup>789</sup>

Genauso muss es sich in der Konsequenz mit den Vermutungs- und Auslegungsregeln verhalten, die die Landesgesetze zur Vermögensverwaltung und -erhaltung vorsehen. Denn die Auslegung und Anwendung von Bundesrecht kann sich nicht nach Landesrecht richten.<sup>790</sup> Die landesgesetzlichen Vorschriften zur Vermögensverwaltung und -erhaltung können somit auch deswegen nicht den Charakter eines Verbotsgesetzes nach § 134 BGB aufweisen.

#### d) Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt damit, dass Organbeschlüsse in der Stiftung nur vereinzelt nach § 134 BGB nichtig sind. In Frage kommen von vorneherein nur Verstöße gegen zwingende gesetzliche Regelungen, die als Verbotsgesetze qualifiziert werden können. Als solche müssen auch im Stiftungsrecht vornehmlich die anerkannten Verbotstatbestände im Strafrecht wie im (öffentlichen) Wirtschaftsrecht gelten. Insbesondere kommen die Bestimmungen der Landesstiftungsgesetze zur Vermögensverwaltung und -erhaltung durch die Stiftungsorgane nicht als Verbotsgesetze in Betracht.

### 3. Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Ferner sind nach § 138 Abs. 1 BGB solche Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen die guten Sitten verstoßen. Funktional ergänzt § 138 BGB die gesetzlich normierten Grenzen der Privatautonomie (§ 134 BGB) um den Bereich der „guten Sitten“.<sup>791</sup> Der Wuchertatbestand in § 138 Abs. 2 BGB betrifft dabei einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit.<sup>792</sup> Folgerichtig ist § 134 BGB gegenüber § 138 BGB die speziellere Vorschrift.<sup>793</sup> Die Generalklausel im Tatbestand von § 138 Abs. 1 BGB ist im Ausgangspunkt nicht mehr als eine Phrase<sup>794</sup> und naturgemäß schwer zu handhaben. Auch die althergebrachte „Anstandsformel“<sup>795</sup>, nach der sittenwidrig ein Rechtsgeschäft ist, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt,<sup>796</sup> führt für die Subsumtion kaum weiter. Letztlich kommt es darauf an, dass das Rechtsgeschäft bei einer Gesamtwürdigung der Umstände unter Berücksichtigung seines Inhalts, seines Zwecks sowie der Beweggründe der Parteien mit grundlegenden Werten der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar ist.<sup>797</sup>

Im Stiftungsrecht hat der Begriff der Sittenwidrigkeit vornehmlich im Kontext des Stiftungsgeschäfts Beachtung gefunden. Legislativer Anknüpfungspunkt ist dabei die Versagung der Stiftungsanerkennung durch die Behörde, weil das Stiftungsvorhaben „das Gemeinwohl gefährdet“, § 80 Abs. 2 Var. 3 BGB. Selbst wenn man die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Gemeinwohlvorbehalts in § 80 Abs. 2 Var. 3 BGB in Abrede stellt, bleiben die Fälle übrig, in denen das Stiftungsgeschäft wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist.<sup>798</sup> Die Sittenwidrigkeit des Stiftungsgeschäfts hat man vor allem in den Fällen der *Republikaner-Stiftung*<sup>799</sup> und der *Magnus Gaefgen-Stiftung*<sup>800</sup> angenommen. Von der Frage nach der Sittenwidrigkeit von Organbeschlüssen in einer bereits anerkannten Stiftung ist die Problematik freilich zu unterscheiden.

#### a) Ausgangspunkt: Sittenwidrige Beschlüsse im Gesellschaftsrecht

Für den Anwendungsbereich von § 138 Abs. 1 BGB im Hinblick auf das Beschlussmängelrecht ist offenkundig, dass mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit nur schwerwiegende Beschlussfehler belegt werden können. Anders als im Aktienrecht ist ein Beschluss nach § 138 Abs. 1 BGB nicht nur dann nichtig, wenn er „durch seinen Inhalt gegen die guten

Sitten verstößt“ (§ 241 Nr. 4 AktG).<sup>801</sup> Neben der Sittenwidrigkeit des Inhalts ist in § 138 Abs. 1 BGB ebenfalls die sogenannte Umstandssittenwidrigkeit erfasst, die sich gerade nicht aus dem Beschlussinhalt für sich allein genommen,<sup>802</sup> sondern aus den Umständen der Beschlussfassung, der Motivation der Beteiligten und der verfolgten Zwecksetzung ergibt.<sup>803</sup>

Damit kann § 138 Abs. 1 BGB auch bei Verfahrensfehlern Anwendung finden. Sittenwidrig ist ein Verfahrensverstoß allerdings erst bei unzulässiger psychischer oder auch physischer Einwirkung auf die Stimmberechtigten im Ablauf des Beschlussverfahrens.<sup>804</sup> Eine solche Einwirkung soll etwa vorliegen, wenn opponierende Mitglieder durch bewusste Täuschung über den Zeitpunkt der Versammlung oder die Tragweite der Beschlussfassung von der Sitzung ferngehalten werden sollen oder wenn in einer schlecht besuchten Versammlung überraschend ein Antrag in der Absicht eingebracht wird, um die gegnerische Seite zu überrumpeln.<sup>805</sup> Gleiches gilt für die Einflussnahme des Versammlungsleiters zu Gunsten einer Partei durch Nichterteilung oder Entzug des Wortes,<sup>806</sup> durch unredliche Angaben zur Sache<sup>807</sup> oder tendenziös vorbereitete Stimmzettel<sup>808</sup>, den Einsatz von Saalordnern zur Einschüchterung der Abstimmenden oder die künstliche Verlängerung der Sitzungsdauer bis in die Nacht zur Schaffung günstiger Mehrheitsverhältnisse<sup>809</sup>.

Die Fallkonstellationen zeigen, dass es bei der Sittenwidrigkeit von Beschlüssen schon auf der Verfahrensfehlerseite vor allem um den Missbrauch von Mehrheitsmacht geht. Ebenso verhält es sich mit Beschlüssen, die wegen der Sittenwidrigkeit ihres Inhalts für nichtig befunden wurden.<sup>810</sup> § 138 Abs. 1 BGB wird mithin im Beschlussrecht der Gesellschaften<sup>811</sup> vornehmlich angewandt, um die Minderheit vor der eigennützigen und rücksichtslosen Interessenverfolgung durch die Mehrheit zu schützen. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist dennoch begrenzt. Seit geraumer Zeit ist anerkannt, dass § 138 Abs. 1 BGB nur bedingt als Instrument zur Lösung von Mehrheits- und Minderheits-Konflikten taugt.<sup>812</sup> Vielmehr bestehen inzwischen mit den verbandsrechtlichen Prinzipien der Treupflicht<sup>813</sup> und des Gleichbehandlungsgrundsatzes<sup>814</sup> sowie dem Erfordernis eines

„sachlichen Grundes“<sup>815</sup> Wege für eine materielle Beschlusskontrolle durch „bewegliche Schranken“<sup>816</sup> bei der Ausübung von Mehrheitsmacht, die eine differenziertere Behandlung der Problematik ermöglichen, als sie die Generalklausel in § 138 Abs. 1 BGB leisten kann.<sup>817</sup>

Dem ist nichts hinzuzufügen. Insbesondere ist die starre Nichtigkeitsanordnung in § 138 Abs. 1 BGB für verbandsinterne Konflikte insofern ungeeignet, als sie den Verzicht der Betroffenen auf die beeinträchtigte Rechtsposition nicht berücksichtigen kann.<sup>818</sup> § 138 Abs. 1 BGB findet folglich nur noch als ultima ratio zur Wahrung moralischer Mindeststandards in den wenigen Fällen Anwendung, in denen über den gesellschaftsinternen Wirkungskreis hinaus das Sittengebot verletzt ist.<sup>819</sup>

#### b) Folgerungen für das Stiftungsrecht

Die für das Gesellschaftsrecht aufgezeigte Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 138 Abs. 1 BGB kann nicht ohne Weiteres im Stiftungsrecht gelten. Die dort vorrangigen Institute der Treupflicht, des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Erfordernisses eines sachlichen Grundes für bestimmte Entscheidungen sind verbandsrechtlicher Natur. Sie begrenzen die Entscheidungsgewalt der Mehrheitsherrschaft und sorgen für den Schutz der Minderheit in ihrer verbandsrechtlichen Stellung.<sup>820</sup> Sie gewähren gerade einen nicht zu entziehenden Minimalkern des Mitgliedschaftsrechts und sind dadurch mit der Rechtsposition eines Verbandsmitglieds untrennbar verbunden.<sup>821</sup> Eine der Mitgliedschaft vergleichbare Rechtsposition kann in der Stiftung indes für niemanden bestehen.<sup>822</sup> Mehrheits- und Minderheitsinteressen können zwar auch im Vorstand oder Kuratorium einer Stiftung konfliktieren. Die Verhaltensregeln für Organmitglieder folgen dann aber direkt aus ihrer Pflichtenbindung gegenüber der Stiftung. Wegen dieser Rechtsstellung besteht für die Organmitglieder im Grundsatz gerade keine Möglichkeit zum Verzicht auf ihre Rechtsposition,<sup>823</sup> so dass schließlich auch die Motive zur Beschränkung von § 138 Abs. 1 BGB nicht platzgreifen.

Organbeschlüsse in der Stiftung können demnach einerseits wegen schwerwiegender Verfahrensfehler nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dies ist der Fall, wenn die Mitglieder psychisch oder physisch an einer freien Stimmabgabe gehindert werden. Werden etwa bestimmte

Vorstandsmitglieder bewusst nicht eingeladen oder über die Tragweite des Beschlusses getäuscht, wird einer opponierenden Gruppe im Kuratorium der Zugang zur Sitzung versperrt, werden Versammlungen bewusst zur Unzeit angesetzt oder künstlich in bis in die Nacht gezogen, um bestimmte Organmitglieder „auszubremsen“,<sup>824</sup> so ist die Umstandssittenwidrigkeit der Beschlussfassung anzunehmen und der Beschluss nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Zudem können Beschlüsse wegen ihres Inhalts sittenwidrig und nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dafür kommen einerseits grobe Verstöße gegen die Satzung und den Stifterwillen in Betracht, wenn etwa einem von zwei statuarisch bestimmten Destinatären aus persönlicher Animosität die Zuwendung von Stiftungsmitteln versagt wird oder der Stiftungsvorstand sich zielgerichtet entscheidet, ein privates Vorhaben anstelle des vom Stifter beabsichtigten Projekts zu fördern. Erst in diesen Fällen gemeinschaftlichen und bewussten Handelns entgegen dem Stifterwillen zum Nachteil der Stiftung sind sittliche Wertungen tangiert; die einfache Verletzung des Stifterwillens erreicht diese Stufe hingegen noch nicht.<sup>825</sup>

Daneben bestehen die anerkannten Fallgruppen von § 138 Abs. 1 BGB. Beschließt der Stiftungsvorstand beispielsweise die Vermietung einer Immobilie zu wucherähnlichen oder die Gegenseite wirtschaftlich knebelnden Bedingungen, die Umfunktionierung des Verwaltungsgebäudes zu Bordellräumlichkeiten oder die Vereinbarung einer ruinösen Vertragsstrafe mit einem selbstständigen Dienstleister, ist der Beschluss nach § 138 Abs. 1 BGB inhaltlich sittenwidrig und nichtig.<sup>826</sup> Subjektiv ist allerdings dazu die Kenntnis oder jedenfalls grob fahrlässige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände erforderlich.<sup>827</sup>

Die Nichtigkeitsfolge nach § 138 Abs. 1 BGB ist mithin auch im Stiftungsrecht eine Ausnahme. Ihr Anwendungsbereich ist zwar größer als im Beschlussmängelrecht der Vereine und Verbände. Die hohen Hürden eines Sittenverstoßes werden dennoch in der Regel nicht erreicht sein.

#### *4. Zwischenergebnis*

Die Vorschriften des BGB über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften sind hauptsächlich auf Austauschverträge zugeschnitten. Ihre Anwendung auf

Beschlüsse lässt bedeutsame Lücken. Sie resultieren aus dem Umstand, dass die BGB-Tatbestände die Privatautonomie nur dort einzuschränken suchen, wo sie mit dem Gesetz und der allgemeinen Sozialmoral konfliktieren. Das Stiftungsrecht aber unterliegt mehr noch als das Gesellschaftsrecht weitgehend privat gestalteten Normen. Es ist maßgeblich getragen von dem Primat des Stifterwillens. Gesetzliche Formvorschriften für Beschlüsse sucht man ebenso vergebens wie inhaltliche Vorgaben, die nicht lediglich die Maßgeblichkeit des Stifterwillens klarstellen. Organbeschlüsse in der Stiftung sind infolgedessen nach § 125 Satz 1 BGB nur nichtig, sofern die Satzung eine konstitutive Formregelung enthält. Für § 134 BGB verbleibt letztlich nur der anerkannte Anwendungsbereich straf- und wirtschaftsrechtlicher Tatbestände. Ebenso verhält es sich mit § 138 Abs. 1 BGB. Dort sind stiftungsspezifisch nur solche Beschlüsse erfasst, in deren Verfahrensgang Organmitglieder gezielt behindert worden sind oder in denen die Organmitglieder bewusst die Vorgaben des Stifterwillens unterwandern.

Weil sie aber die besonderen Rechtmäßigkeitsanforderungen aus dem Stiftungsrecht nicht erfasst, kann die Rechtsgeschäftslehre im allgemeinen Teil des BGB allein die Folgen fehlerhafter Organbeschlüsse nicht abschließend ordnen.<sup>828</sup> Sie lässt weder auf die Nichtigkeit noch auf die Unbeachtlichkeit sonstiger Beschlussfehler schließen. Aufschluss geben kann insoweit nur eine funktionale Betrachtung im Hinblick auf den Pflichten- und Befugnisrahmen der beschließenden Organe. Letztlich muss aus der Kompetenzstruktur der Stiftung die Wertung dafür abgeleitet werden können, welche Folge die Missachtung von Gesetz oder Satzung in der Willensbildung der Stiftungsorgane hat.<sup>829</sup>

## II. Nichtigkeit wegen Überschreitung des Befugnisrahmens

Eine weitere, notwendige Grenze für die Wirksamkeit fehlerhafter Beschlüsse ist in der Struktur der Stiftung als Verwaltungsorganisation angelegt.<sup>830</sup> Die Organe sind, allen voran der Stiftungsvorstand als gesetzliches Pflichtorgan, alleinig der Verwirklichung des Stifterwillens verpflichtet und haben das Stiftungsvermögen, das ihnen treuhänderisch anvertraut ist, ausdrücklich zur Erfüllung des Stiftungszwecks einzusetzen.<sup>831</sup> Dass in der Wahrnehmung ihrer Verwaltungsaufgabe



mitunter beträchtliche Ermessensspielräume bestehen,<sup>832</sup> ändert nichts an dem Umstand, dass das Aufgabenfeld der Stiftungsorgane durch Gesetz und Satzung abgesteckt ist und von den Organmitgliedern nicht über den Kreis der übertragenen Pflichtrechte hinaus gedehnt werden kann. Denn niemand kann die ihm eingeräumte Rechtsmacht eigenständig erweitern. Die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse von Stiftungsorganen müssen in Anbetracht der Stiftungsautonomie so ausgestaltet sein, dass die Umsetzung des Stifterwillens gewährleistet ist.

### *1. Maßgeblichkeit der Dispositionsbefugnis*

Dass die Auswirkung eines mangelbehafteten Beschlusses entscheidend von der Rechtsmacht des beschlussfassenden Organs abhängt, wurde in Grundzügen schon weiter oben herausgestellt.<sup>833</sup> Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die rechtssichernde Funktion der Anfechtbarkeit: Über die Wirksamkeit eines fehlerhaften, aber nur anfechtbaren Beschlusses soll binnen kurzer Zeit Klarheit bestehen.<sup>834</sup> Unterbleibt die fristgemäße Anfechtung, erwächst der Beschluss in Bestandskraft und der Beschlussfehler wird unbeachtlich (vgl. § 246 Abs. 1 AktG, § 51 Abs. 1 Satz 2 GenG). Die Wirksamkeit eines anfechtbaren Beschlusses ist damit unweigerlich in die Hände des zur Anfechtung befugten Personenkreises gelegt. Notwendige Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist demnach die materiell-rechtliche Dispositionsbefugnis über den Beschlussfehler. So ist das Anfechtungsrecht des Aktionärs einer Aktiengesellschaft gerade darin begründet, dass er privatautonom darüber entscheiden kann, ob er die Verletzung seines aus der Mitgliedschaft resultierenden Rechts auf gesetzes- und satzungsmäßige Beschlussfassung der Hauptversammlung hinnehmen möchte oder nicht.<sup>835</sup> Soweit aber der Beschluss in einem Maße fehlerhaft ist, dass seine Wirksamkeit der Dispositionsbefugnis des beschlussfassenden Organs entzogen ist, kommt eine Anfechtbarkeit nicht in Betracht. Der Beschluss kann in diesem Fall keine rechtliche Wirkung entfalten und ist folglich nichtig.<sup>836</sup> Explizit normiert ist diese Unterscheidung für die Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung in § 23 Abs. 4 WEG.

### *2. Allgemeines Abgrenzungsmerkmal im Gesellschaftsrecht*

Dass die die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse nach der Reichweite des Beschlussfehlers und in Abhängigkeit von der rechtlichen Gestaltungsmacht der zur Beschlussfassung Berufenen zu bestimmen sind, zeigt die Entwicklung im Gesellschaftsrecht deutlich auf. Die Wertung trat schon im Entstehungsprozess der §§ 241 ff. AktG als maßgeblich zu Tage. Ähnlich prominent ist ihre Rolle in der verbandsformübergreifenden Diskussion.

a) Relevanz im Entstehungsprozess der §§ 241 ff. AktG

Die Genese der aktienrechtlichen Beschlussmängelregeln wurde ausführlich schon an anderer Stelle behandelt.<sup>837</sup> Davon ist für die hier in Rede stehenden Zusammenhänge vor allem die spätere Entwicklungsphase<sup>838</sup> von Belang. Ausschlaggebend für die Herausbildung des aktienrechtlichen Nichtigkeitstatbestandes war der Umstand, dass die im Jahr 1884 geschaffenen Regelungen zur gerichtlichen Kontrolle von Hauptversammlungsbeschlüssen zwingend vorsahen, dass ein nicht binnen Monatsfrist angegriffener Beschluss bestandskräftig wurde (Artt. 190a Abs. 1 Satz 2, 222 ADHGB). Weil der Gesetzgeber von 1884 die Anfechtungsklage noch allgemein als Beschlussmängelklage des Aktionärs verstand, als dessen Individualrecht, sich gegen einen fehlerhaften Beschluss gerichtlich zur Wehr zu setzen, differenzierte das ADHGB von 1884 noch nicht zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen.<sup>839</sup>

Die Unterteilung übernahm vornehmlich das Reichsgericht, indem es zunächst bei der Geltendmachung schwerer Beschlussfehler die Monatsfrist für nicht anwendbar erklärte<sup>840</sup> und sich später in diesen Fällen gänzlich vom Anfechtungserfordernis löste:

„Denn die Folge der Nichtanfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung – daß nämlich derselbe, obwohl er gesetz- oder statutenwidrig ist, gültig wird – kann nur insoweit als eintretend angenommen werden, als es sich bei dem Beschlusse um dispositive, dem Verfügungsrechte der Generalversammlung unterliegende Gegenstände handelt“<sup>841</sup>.

In Folgeentscheidungen gewann die Differenzierung anhand der Dispositionsbefugnis weiter an Gestalt und war sodann in Literatur<sup>842</sup> und Rechtsprechung etabliert:

"Ist gegen zwingende, in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschriften verstoßen, auf deren Einhaltung die Aktionäre nicht verzichten können, so greift nicht nur die befristete Anfechtungsklage durch. Solche Beschlüsse sind vielmehr unheilbar nichtig, und diese Nichtigkeit kann auch noch nach Ablauf der Monatsfrist des § 271 HGB [Anm.: HGB von 1897] geltend gemacht werden, sei es mit der gewöhnlichen Nichtigkeits-Feststellungsklage, sei es durch einen Feststellungsantrag oder im Wege des Einwands. Dies ist für den aktienrechtlichen Verkehr in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannten Rechts"<sup>843</sup>.

Schließlich knüpfte der Gesetzgeber des Aktiengesetzes von 1937 bei der Normierung des heutigen § 241 AktG (§ 195 AktG 1937) explizit<sup>844</sup> an die von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitete Abgrenzung an: „Dient eine Vorschrift nicht nur dem Schutz der beschließenden Aktionäre, sondern auch dem der Gläubiger und der künftigen Aktionäre, so bezweckt sie den Schutz der Öffentlichkeit. Gleiches gilt, wenn sie zwar nur die beschließenden Aktionäre schützen will, diese aber auf den Schutz nach dem Willen des Gesetzgebers nicht verzichten dürfen.“<sup>845</sup> Mithin liegt den §§ 241 ff. AktG eine Trennung von Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbeständen zu Grunde, die sich in der Wertung danach richtet, ob die Aktionäre über die im Hauptversammlungsbeschluss verletzte Norm disponieren können.

#### b) Stellenwert in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion

Diese Unterscheidung zwischen Fehlern, die – untechnisch gesprochen – lediglich den Innenbereich des beschlussfassenden Organs tangieren, und solchen, die über den eigenen Rechtskreis hinausgehen und deren Beachtung insofern nicht von dem Willen der Organmitglieder abhängen kann, wird im Gesellschaftsrecht weitgehend durchgehalten.

Die soeben aufgezeigte Entwicklung der §§ 241 ff. AktG legt nahe, dass in Zweifelsfällen für die Frage der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses die inhaltliche Dispositionsmöglichkeit der Aktionäre über den Beschlussfehler als entscheidend angesehen wird.<sup>846</sup> Aber auch abseits der §§ 241 ff. AktG wird das Kriterium bemüht. In einem breiteren Kontext hat insbesondere *Noack* in seiner vielbeachteten Arbeit zu fehlerhaften Beschlüssen in Gesellschaften und Vereinen herausgestellt, dass eine Differenzierung in der Rechtsfolge eines fehlerhaften Beschlusses danach erfolgen muss, ob ein Verstoß gegen die

interne Verbandsordnung vorliegt, die die Gesellschafter einvernehmlich verändern können („interne Nichtigkeit“), oder ob es der Rechtsmacht der Gesellschafter entzogen ist, über die Wirksamkeit des Beschlusses zu bestimmen („generelle Nichtigkeit“).<sup>847</sup> Terminologisch mag man *Noacks* Unterteilung für unglücklich halten.<sup>848</sup> In der Sache aber geht es zutreffend darum, dass mangelbehaftete Beschlüsse *nur* dann wirksam sein können, wenn der Beschlussfehler ausschließlich eine *verzichtbare* Rechtsposition der Beschlussfassenden betrifft.<sup>849</sup> Die gleiche Wertung lässt sich der Analyse von *Schmitt* entnehmen, die im Recht der Personengesellschaften zwischen absolut nichtigen und lediglich „unverbindlichen“ Mehrheitsbeschlüssen trennt, über deren Fehlerhaftigkeit sich die Gesellschafter einvernehmlich hinwegsetzen können.<sup>850</sup> Im Einklang damit wird für einen fehlerhaften Aufsichtsratsbeschluss die Nichtigkeitsfolge ipso iure gerade dann abgelehnt, wenn die Mitglieder auf die Einhaltung der verletzten Norm verzichten können.<sup>851</sup> Prägnant führt *Becker* zur Abgrenzung aus:

„Bloß anfechtbar sind Beschlüsse, wenn nach der Zwecksetzung der verletzten Norm es hingenommen werden kann, daß der Fehler durch Nichtanfechtung präkludiert wird und der Beschluß wirksam bleibt. Die Möglichkeiten der Beteiligten, den Mangel durch schlichtes Nichtstun unangreifbar zu stellen, sind aber nicht grenzenlos (...). Geht der Beschluß zu Lasten einer anfechtungsbefugten Person, führt der Mangel im Zweifel nur zur Anfechtbarkeit. (...) Berührt der Mangel jedoch darüber hinaus Rechte und Interessen Dritter, denen kein Anfechtungsrecht zusteht, so ist er im Zweifel nichtig (...).“<sup>852</sup>

Dabei zieht er ebenso wie *Fleischer*<sup>853</sup> die Parallele zur Wohnungseigentümersammlung: „Ähnlich wie in § 23 Abs. 4 WEG kann die Verzichtsfiktion nur in dem Umfang Platz greifen, in welchem die Befolgung einer Rechtsnorm im Belieben der Beteiligten steht.“<sup>854</sup> Diesem Ergebnis entsprechende Erwägungen finden sich schließlich im Vereinsrecht.<sup>855</sup>

Es überrascht nach alledem wenig, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Ansätze einer solchen Abgrenzung auch dort erkennen lässt, wo sie eine Anfechtbarkeit jedenfalls begrifflich nicht anerkennt, sondern von der grundsätzlichen Nichtigkeit fehlerhafter Beschlüsse ausgeht.<sup>856</sup> Dies zeigen die Bemühungen, die Geltendmachung der Nichtigkeit über das Institut der Verwirkung zu begrenzen. Eine

Differenzierung zwischen schweren Beschlussfehlern und solchen, die weniger schwer wiegen, weil die verletzte Norm zur Disposition der Beschlussfassenden steht, nimmt der BGH dadurch vor, dass er letztere nur bei alsbaldiger Rüge als beachtlich ansieht. So ist zum Beispiel in der Leitentscheidung zu fehlerhaften Aufsichtsratsbeschlüssen davon die Rede, dass

„jedenfalls Einwendungen, die sich auf Verstöße gegen verzichtbare, lediglich der Sicherung der Teilhaberechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds dienende (Verfahrens-) Vorschriften gründen, regelmäßig mit aller unter den jeweils gegebenen Verhältnissen zumutbaren Beschleunigung geltend zu machen [sind], um der Gesellschaft die mit dem anderenfalls entstehenden Schwebestand verbundene Rechtsunsicherheit zu ersparen.“<sup>857</sup>

Ganz ähnlich zeigte sich der BGH zuvor schon dafür offen, fehlerhafte Beschlüsse der Mitgliederversammlung eines Vereins „bei Verletzung bloßer Schutzvorschriften zugunsten von Mitgliedern den Beschlußmangel als geheilt zu betrachten, wenn das betroffene Mitglied dem Beschluß nicht alsbald nach Kenntnis widersprochen hat“<sup>858</sup>. In dieser präkludierenden Heilung der Nichtigkeit liegt eine Differenzierung nach der Schwere des Beschlussmangels, die sich normativ aufdrängt und funktional zu einer Annäherung an die Unterteilung nach Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen führt.<sup>859</sup>

Im Ergebnis bleibt zu konstatieren, dass Literatur und Rechtsprechung über den Anwendungsbereich der §§ 241 ff. AktG hinaus die Rechtsfolgen von Beschlussfehlern anhand der materiellen Dispositionsbefugnis der Beteiligten sondieren. Zu Recht sieht damit *Zöllner* in der Unterscheidung den „materielle[n] Grundsatz des Beschlussmängelrechts“<sup>860</sup>.

### 3. Ableitungen für Organbeschlüsse in der Stiftung

Überträgt man diesen Befund ins Stiftungsrecht, wird deutlich, dass fehlerhafte Beschlüsse von Stiftungsorganen grundsätzlich nichtig sein müssen. Die Organe der Stiftung sind stets an ihre Pflicht zur Umsetzung des Stifterwillens gebunden. Ihre Befugnisse sind ihnen durch Gesetz und Satzung übertragen und stehen ihnen, anders als den Gesellschaftern eines Verbandes oder den Mitglieder eines Vereins, nicht aus einer eigenen, korporativen Rechtsstellung zu.<sup>861</sup> Nur innerhalb der von Gesetz und

Satzung gezogenen Grenzen sind sie zur Willensbildung mit Wirkung für die Stiftung berechtigt. Folglich überschreiten die Organmitglieder die ihnen eingeräumte Rechtsmacht, wenn sie Beschlüsse fassen, die nach ihrem Inhalt oder nach dem Verfahren ihres Zustandekommens die Vorgaben von Gesetz und Satzung missachten.<sup>862</sup> Weil aber die Organmitglieder pflichtgebunden sind, können sie sich auch nicht einvernehmlich über Gesetz und Satzung hinwegsetzen. Anders als die Mitglieder eines Verbands können die Organmitglieder in der Stiftung nicht über die Geltung der „internen Ordnung“<sup>863</sup> disponieren und diese nach gemeinsamem Belieben verändern. Eine Anfechtung, Vernichtbarkeit oder Rügeobliegenheit kommt aber nur in Betracht, soweit die Befolgung der verletzten Norm zur Disposition der Beteiligten steht. Könnte ein rechtswidriger Beschluss durch Ausbleiben der notwendigen Handlung in Bestandskraft erwachsen, erweiterten die Organmitglieder den ihnen zugewiesenen Befugnisrahmen und schwängen sich in die Rechtsstellung des Stifters auf.<sup>864</sup> Mit ihrer Pflichtenbindung, der Stiftungsautonomie und dem Primat des Stifterwillens wäre das schlechthin unvereinbar. Deswegen können rechtswidrige Organbeschlüsse in der Stiftung keine Rechtswirkungen entfalten, sondern müssen grundsätzlich nichtig sein.<sup>865</sup>

Diese Bewertung deckt sich mit der Rechtslage bei kompetenzüberschreitenden Beschlüssen anderer Verwaltungsorgane.<sup>866</sup> Unter Wertungsgesichtspunkten ist der Eintritt der Beschlussnichtigkeit im Stiftungsrecht freilich noch zwingender, weil es aufgrund der Stiftungsautonomie an einer der Gesellschafterversammlung vergleichbaren übergeordneten Instanz fehlt, die kompetenzüberschreitendes Handeln der Verwaltung nachträglich billigen könnte.<sup>867</sup>

### III. Vernichtbare Beschlüsse von Stiftungsorganen

Eine von der Nichtigkeit ipso iure abweichende Rechtsfolge kommt nur dann in Betracht, wenn die verletzte Norm nicht über den Intraorganbereich hinaus wirkt, also nicht den Schutz der Stiftung, des Stifterwillens, anderer Stiftungsorgane oder Stiftungsexterner bezweckt. Bei Verstößen gegen Vorschriften, die ausschließlich Rechte und Interessen der Organmitglieder betreffen, besteht kein Bedürfnis nach dem

Eintritt der Nichtigkeitsfolge ipso iure. Solche Regelungen sind einer Anfechtungs-, Vernichtbarkeits- oder Verwirkungslösung zugänglich.<sup>868</sup> In diesen Fällen ist es sachgerecht, die Frage der Beschlusswirksamkeit den Organmitgliedern selbst zu überantworten. Dafür in Frage kommen vornehmlich Regelungen über das Beschlussverfahren. In engen Grenzen sind ebenfalls inhaltliche Maßgaben erfasst.

### *1. Verfahrensvorschriften*

In die Hände der Organmitglieder können allerdings nicht sämtliche Regelungen zum Beschlussverfahren gelegt werden. Die Mindestanforderungen an eine ordnungsgemäße Beschlussfassung müssen gewahrt bleiben.<sup>869</sup> Dies gilt umso mehr, wenn die Organtätigkeit wie im Fall der Stiftungsorgane fremdnützig ausgeübt wird.<sup>870</sup> Nur soweit die kollegiale Wahrnehmung ihrer Pflichtrechte gegenüber der Stiftung nicht beeinträchtigt ist, können die Organmitglieder auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften verzichten.

#### *a) Einberufungsmängel*

Nichtig müssen demnach Beschlüsse im Rahmen einer Sitzung sein, zu der die Einladung einzelner Organmitglieder unterblieben ist.<sup>871</sup> Denn für die Organmitglieder in der Stiftung ist die Teilnahme an der Sitzung eine Pflicht, durch die im Interesse der Stiftung die Einhaltung des Kollegialitätsprinzips abgesichert wird.<sup>872</sup> Die Ladung aller Mitglieder ist daher als eine Mindestanforderung für eine ordnungsgemäße Beschlussfassung anzusehen, die nicht disponibel ist. Hingegen ist es sachgerecht, als Rechtsfolge nur die Möglichkeit der Beschlussvernichtung anzunehmen, wenn auch die nicht geladenen Mitglieder zur Sitzung erschienen sind.<sup>873</sup> Insoweit wirkt sich die fehlerhafte Einberufung nicht auf die Grundvoraussetzungen einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung aus und den Mitgliedern kann es anheimgestellt bleiben, zu beanstanden, dass sie sich aufgrund der Umstände nicht ausreichend auf die Sitzung haben vorbereiten können.

Aus demselben Grund ist es angemessen, die Einhaltung von Form und Frist der Einladung zur Disposition der Organmitglieder zu stellen.<sup>874</sup>

Gleiches gilt für die Bekanntgabe von Beschlussanträgen und Tagesordnungspunkten in der Einladung,<sup>875</sup> die bereits nach § 86 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 28, 32 Abs. 1 Satz 2, 40 BGB missachtet werden können. Tatsächliche Gegebenheiten können mitunter eine schnelle Beschlussfassung erforderlich machen.<sup>876</sup> Zugleich aber besteht kein Bedürfnis auf Seiten der Stiftung, das die Nichtigkeit in diesen Fällen rechtfertigen würde. Ebenso ist es angezeigt, eine Abweichung von Satzungsvorschriften über Ort und Zeit der Sitzung zuzulassen.<sup>877</sup> Eine abweichende Beurteilung ist freilich dort notwendig, wo Mitglieder ganz bewusst von der Teilnahme abgehalten oder durch vermeintlich dringliche Anträge in der Sitzung überrumpelt werden sollen.<sup>878</sup>

Nicht zuletzt muss die Einberufung der Sitzung durch eine hierzu befugte Person erfolgen. Regelmäßig wird die Satzung die Einladungsbefugnis für den Vorsitzenden und gegebenenfalls dessen Stellvertreter vorsehen.<sup>879</sup> Beruft aber jemand Unbefugtes die Sitzung ein, werden die sodann gefassten Beschlüsse grundsätzlich als nichtig angesehen.<sup>880</sup> Diese Einordnung ist auf die Beschlüsse von Stiftungsorganen übertragbar. Gerade dort erfordert ein ordnungsgemäßes, auf die Umsetzung des Stifterwillens ausgerichtetes Beschlussverfahren die sachliche Entschließung derer, die zur Einladung der Mitglieder, zur Vorbereitung der Sitzung sowie zur Planung und Bekanntgabe der Tagesordnung berufen sind.<sup>881</sup> Kein Bedarf für den Eintritt der Nichtigkeitsfolge besteht allerdings, wenn der Einladungsfehler unschädlich bleibt, weil alle Organmitglieder zur Sitzung erschienen sind.<sup>882</sup> In diesem Fall ist die Ordnungsmäßigkeit des Beschlussverfahrens sichergestellt und es kann den Organmitgliedern überlassen bleiben, den Verfahrensfehler zu beanstanden.

#### b) Beschlussunfähigkeit

Fehlt es an der statuarisch festgelegten Beschlussfähigkeit des Kollegialorgans, ist eine wirksame Beschlussfassung nicht möglich. Schließlich ist die Beschlussfähigkeit die wohl deutlichste Minimalanforderung an eine ordnungsgemäße Beschlussfassung, weil nur ein beschlussfähiges Gremium überhaupt eine Sachentscheidung treffen kann. Insofern ist es richtig, in den Vorschriften über die



Beschlussfähigkeit die Mindestlegitimation für eine verbindliche Willensbildung gegenüber dem Rechtsträger zu sehen.<sup>883</sup> Unterschreiten die Stiftungsorgane diese Untergrenze, ist die Wahrnehmung ihrer Pflichten gegenüber der Stiftung nicht hinreichend gewährleistet. Insbesondere könnten andernfalls die mit der Einrichtung des Kollegialorgans verfolgten Ziele unterlaufen werden (Berücksichtigung der Sachkunde einzelner Organmitglieder und inhaltliche Diskussion des Beschlusses vor der Abstimmung als Teil einer materiellen „Richtigkeitsgewähr“ der Entscheidung; Repräsentation verschiedener Interessengruppen oder Meinungsströme).<sup>884</sup> Die von einem beschlussunfähigen Organ gefassten Beschlüsse sind daher stets nichtig.<sup>885</sup>

#### c) Nichterreichen der erforderlichen Mehrheit

Ein Beschlussantrag, der nicht die erforderliche Mehrheit erreicht, ist abgelehnt. Der Beschluss hat dann nicht die mit dem Antrag ursprünglich verfolgte Wirkung, ist aber keineswegs nichtig. Ein Beschlussfehler steht hier gar nicht im Raum.

Im Hinblick auf die Wirksamkeit des Beschlusses sind hingegen die Fälle problematisch, in denen bei der Abstimmung entweder unwirksame Stimmen gewertet wurden oder wirksame Stimmabgaben nicht berücksichtigt worden sind. Unwirksam ist beispielsweise eine Stimmabgabe, die später erfolgreich nach den §§ 119 ff., 142 ff. BGB angefochten worden ist.<sup>886</sup> Gleiches gilt für eine Stimmabgabe, die trotz Vorliegen eines statuarischen oder gesetzlichen Stimmverbots erfolgte. Für die Mitglieder des Stiftungsvorstands ergibt sich ein Stimmverbot aus § 86 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 28, 34, 40 Satz 2 BGB für den Fall, dass die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Stiftung betrifft (§ 34 BGB). Auf andere, fakultative Stiftungsorgane dürfte die Vorschrift entsprechend anzuwenden sein.<sup>887</sup> Weitere, praxisrelevante Gründe für die Nichtigkeit einer Stimmabgabe sind die vorherige Abberufung des betreffenden Organmitglieds<sup>888</sup> oder dessen fehlerhafte Bestellung<sup>889</sup>. Umgekehrt aber wäre die Stimme desjenigen mitzuzählen gewesen, der bei der Abstimmung fälschlicherweise mit einem Stimmverbot belegt wurde, der sich selbst irrtümlich für nicht

stimmberechtigt hielt oder dessen Stimmabgabe aus sonstigen Gründen nicht berücksichtigt worden ist.<sup>890</sup>

Grundsätzlich lässt die Unwirksamkeit einer Stimmabgabe die Beschlusswirksamkeit unberührt, weil sie nur das Abstimmungsergebnis verändert, nicht aber zur Fehlerhaftigkeit des Beschlusses führt.<sup>891</sup> Entscheidend kommt es folglich darauf an, ob die zu Unrecht mitgezählte oder eben gerade nicht berücksichtigte Stimme rechnerisch das Beschlussergebnis entscheiden konnte. Während man zwischenzeitlich in Teilen von Rechtsprechung und Literatur davon ausging, dass schon die Stimmabgabe eines nicht Stimmberechtigten zur Nichtigkeit des Beschlusses führe, weil die Abstimmung insgesamt beeinflusst worden sei,<sup>892</sup> ist heute – wieder<sup>893</sup> – einhellig anerkannt, dass ein Beschluss, der auch bei fehlerfreier Stimmauszählung mit ausreichender Mehrheit gefasst worden wäre, uneingeschränkt wirksam ist.<sup>894</sup>

Dieser Auffassung ist für die Beschlussfassung in Stiftungsorganen beizupflichten.<sup>895</sup> Dafür spricht insbesondere die Pflichtenbindung der Organmitglieder gegenüber der Stiftung. Maßgeblich für das Stimmverhalten eines Vorstands-, Beirats- oder Kuratoriumsmitglieds ist dessen eigenverantwortliche Pflicht zur Verfolgung des Stiftungszwecks und zur Umsetzung des Stifterwillens. Die bloße Teilnahme eines Unbefugten kann für die Wirksamkeit der Beschlussfassung nicht ohne Weiteres entscheidend sein.<sup>896</sup>

Selbst wenn sich bei richtiger Stimmauszählung ein gegenteiliges Beschlussergebnis ergibt, wird der Beschluss dadurch nicht fehlerhaft, sondern kommt wirksam mit verändertem Inhalt zu Stande. Das Sitzungsprotokoll wird insofern freilich unrichtig. Der zutreffende Beschlussinhalt ist gegebenenfalls im Wege der Feststellungsklage nach § 256 ZPO festzustellen.

Um Rechtsunsicherheiten in diesem Zusammenhang zu vermeiden, wird häufig dafür plädiert, der Ergebnisfeststellung durch den Versammlungsleiter eine für den Beschlussinhalt verbindliche Wirkung beizumessen.<sup>897</sup> Die Verbindlichkeit der förmlichen Ergebnisfeststellung durch den Versammlungsleiter wird dabei nicht als Notwendigkeit der Beschlussfassung angesehen; allerdings soll, sofern das Beschlussergebnis förmlich festgestellt wird, die Feststellung für den Beschlussinhalt

verbindlich sein.<sup>898</sup> Im Fall der fehlerhaften Stimmauszählung würde sodann der Beschluss selbst wegen der Diskrepanz zwischen tatsächlichem und festgestelltem Beschlussinhalt fehlerhaft. Als Rechtsfolge käme in der Stiftung nur die Nichtigkeit der Beschlussfassung in Betracht, weil die Wirksamkeit einzelner Stimmabgaben (z.B. bei Vorliegen eines Stimmverbots, siehe § 40 Satz 2 BGB) nicht zur Disposition der Organmitglieder stehen kann.<sup>899</sup>

In ihren stiftungspraktischen Auswirkungen dürfte die Annahme einer verbindlichen Ergebnisfeststellung freilich aus zweierlei Gründen überschaubar bleiben: Zum einen wäre auch bei Annahme einer verbindlichen Ergebnisfeststellung die – grundsätzlich unbefristete – Feststellungsklage das einschlägige Rechtsschutzinstrument. Sie unterscheidet sich lediglich im konkreten Feststellungsbegehren von der Ausgangsvariante (Feststellung der Nichtigkeit des festgestellten Beschlusses gegenüber Feststellung des „wahren“ Beschlussinhalts). Zum anderen werden die Mitglieder in den Stiftungsorganen schon aus ihrer Pflichtenbindung heraus etwaige Diskrepanzen bei der Abstimmung direkt im Anschluss an die Ergebnisfeststellung monieren, so dass das Kernargument für eine konstitutive Feststellung umgesetzt ist<sup>900</sup> und eine erhebliche Rechtsunsicherheit kaum zu befürchten steht. Überdies sind nicht erkennbare Fehler von der Präklusionswirkung einer verbindlichen Ergebnisfeststellung ohnehin auszunehmen.<sup>901</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass Personenkreis und Rechtsverhältnisse in den Stiftungsorganen typischerweise überschaubar sind und die Stimmauszählung regelmäßig keine Probleme bereitet. Überdies kann die Satzung eigens die Maßgeblichkeit des festgestellten Beschlussergebnisses vorschreiben.<sup>902</sup> Angesichts dieser Umstände relativiert sich die Problematik erheblich. Dogmatisch betrachtet aber hat die Feststellung des Beschlussergebnisses nur dann konstitutive Wirkung für den Beschlussinhalt, wenn die Satzung es vorsieht.<sup>903</sup>

#### d) Beschlussfassung außerhalb der Sitzung

Für die Beschlussfassung außerhalb einer Sitzung ist nach § 86 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 28, 32 Abs. 2 BGB ein einstimmiges Beschlussquorum erforderlich. Notwendig ist ferner die schriftliche Erklärung der

Zustimmung (sog. Umlaufverfahren). Grundsätzlich ist damit die Abfassung in Schriftform (§ 126 BGB) gemeint.<sup>904</sup> Allerdings kann nach § 126 Abs. 3 BGB die Schriftform durch die elektronische Form (§ 126a BGB) ersetzt werden, wenn die Organmitglieder sich hierauf verständigt haben.<sup>905</sup> Aus § 32 Abs. 2 BGB lässt sich einerseits nicht ableiten, dass jede Form der schriftlichen Erklärung (z.B. ein Fax oder eine gewöhnliche Email) dem Formerfordernis Genüge tun soll.<sup>906</sup> Überdies ist die Vorschrift auch nicht angesichts des Mehrheitsprinzips (§§ 28, 32 Abs. 1 Satz 3 BGB) teleologisch zu reduzieren.<sup>907</sup> Denn § 32 Abs. 2 BGB ordnet gerade eine Ausnahme vom Mehrheitsprinzip für den Fall der Beschlussfassung außerhalb einer Sitzung an und stellt gerade dadurch die Beteiligung der Organmitglieder sicher, die sonst durch die Aussprache auf einer einberufenen Versammlung ermöglicht wird. Fehlt es an der vorbezeichneten Form, ist die Stimmabgabe unwirksam und der Beschlussantrag mangels Einstimmigkeit abgelehnt.<sup>908</sup> Der Beschluss bleibt damit ebenso ohne Wirkung wie im Falle der Beschlussnichtigkeit.<sup>909</sup> Es bedarf somit keiner Handlung der Organmitglieder, um die Beachtlichkeit des Formmangels herbeizuführen. Für die Beschlüsse anderer Stiftungsorgane als dem Vorstand ist die Norm analog heranzuziehen, soweit es an einer abweichenden Regelung fehlt.<sup>910</sup>

Die Stiftungssatzung oder die Geschäftsordnung kann allerdings von § 32 Abs. 2 BGB abweichende Regelungen treffen (vgl. § 40 Satz 1 BGB), die zum Beispiel anstelle der Einstimmigkeit ein geringeres Beschlussquorum vorsehen oder das Schriftformerfordernis für die Stimmabgabe aufweichen. In der Praxis dürfte eine Anlehnung an die in § 108 Abs. 4 AktG und § 48 Abs. 2 GmbHG vorgesehenen Formvorschriften nebst Widerspruchsmöglichkeit naheliegen.

#### e) Form der Abstimmung

Ein Verfahrensfehler kann ferner in einer unzulässigen Form der Abstimmung liegen. Das Gesetz trifft zu der Frage, ob ein Beschluss schriftlich, durch Handzeichen oder mündlich, in offener oder geheimer Abstimmung zu fassen ist, keine Aussage. Der Satzung oder Geschäftsordnung steht es frei, Regelungen hierüber zu treffen.<sup>911</sup> Diese binden den Versammlungsleiter zunächst, stehen aber regelmäßig zur

Disposition der Beschlussfassenden, weil die Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassung solange gewährleistet ist, wie das Abstimmungsergebnis eindeutig ermittelt werden kann.<sup>912</sup> Ein Verstoß gegen statuarische Formvorschriften bleibt daher folgenlos, sofern kein Organmitglied der Beschlussfassung widerspricht. Wird trotz vorherigen Widerspruchs die Form missachtet, ist der Beschluss vernichtbar. Häufig wird freilich die Relevanz des Verfahrensfehlers fehlen.<sup>913</sup>

Treffen auch Satzung und Geschäftsordnung keine Anordnung über die Form der Abstimmung, entscheidet in erster Linie der Versammlungsleiter nach pflichtgemäßem Ermessen.<sup>914</sup> Das Gremium kann sich aber stets durch Beschluss über die verfahrensleitenden Anordnungen des Versammlungsleiters hinwegsetzen.<sup>915</sup> Dabei beschränken sich die Rechte der einzelnen Organmitglieder darauf, einen Antrag auf Beschlussfassung über die Abstimmungsform zu stellen. Eine bestimmte inhaltliche Entscheidung können sie grundsätzlich nicht verlangen.<sup>916</sup> Sie sind zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihres Amtes berufen und können insofern weder verlangen, von der Meinung ihrer Kollegen nicht behelligt zu werden (durch Verlangen nach geheimer Abstimmung), noch dürfen sie ihre Stimmabgabe vom allgemeinen Meinungsbild abhängig machen wollen (durch Einfordern einer offenen Abstimmung).<sup>917</sup> Auch hinsichtlich weiterer Abstimmungsmodalitäten (mündlich, schriftlich, durch Handzeichen, ausdrücklich, konkludent) ist das Teilhabe- und Mitwirkungsrecht der Organmitglieder nicht betroffen. Die Beschlussfassung ist also insoweit unangreifbar.

#### f) Verstöße gegen Ordnungsvorschriften

Gänzlich folgenlos bleiben schließlich Verstöße gegen solche Normen, die nach ihrem Sinn und Zweck die Rechtmäßigkeit des Beschlusses überhaupt nicht beeinflussen sollen und demnach als bloße Ordnungsvorschriften eingeordnet werden.<sup>918</sup> Hierunter fallen etwa die fehlende oder fehlerhafte Protokollierung einer Sitzung<sup>919</sup> sowie die Teilnahme organfremder Personen an der Sitzung.<sup>920</sup> Verstöße gegen Ordnungsvorschriften lösen kein Sanktionsbedürfnis aus und führen dementsprechend dazu, dass ein Beschluss nicht fehlerbehaftet ist.<sup>921</sup> Die Abgrenzung zu Verfahrensfehlern, die letztlich ohne Auswirkungen

bleiben, ist im Einzelnen schwierig,<sup>922</sup> praktisch aber nicht von Belang.

## *2. Anforderungen an den Beschlussinhalt*

Neben den aufgezeigten Verfahrensfehlern fehlt mitunter auch bei inhaltlich fehlerhaften Beschlüssen das Bedürfnis nach dem Eintritt der Nichtigkeitsfolge. Soweit die Organmitglieder über die Wirksamkeit des Beschlusses entscheiden können, der Beschlussfehler also nicht über den Intraorganbereich hinauswirkt, besteht keine Veranlassung zum Schutz der Stiftung bzw. des Stifterwillens die Beschlussnichtigkeit ipso iure anzunehmen.<sup>923</sup>

Zur Disposition der Organmitglieder stehen in erster Linie die Vorschriften einer Geschäftsordnung, die sich das Organ selbst gegeben hat. Zur Regelung seiner eigenen Arbeitsweise ist jedes Organ befugt, sich eine eigene Geschäftsordnung zu geben, soweit die Stiftungssatzung keine Anordnung trifft.<sup>924</sup> Dass ein pflichtengebundenes Organ seinen Geschäftsbereich auch ohne entsprechende Satzungsermächtigung eigenständig regeln kann, ist zum Teil gesetzlich anerkannt (§§ 77 Abs. 2, 82 Abs. 2 AktG, § 25 Abs. 2 Var. 2 MitbestG) und wird ferner dort als zulässig erachtet, wo es an einer gesetzlichen Regelung fehlt<sup>925</sup>. Diese Wertung gilt gleichermaßen für die Organe der Stiftung. Andernfalls würde man ohne Not unpraktikable Zustände dadurch herbeiführen, dass ein Stifter bei Ausgestaltung der Satzung die innere Ordnung der Organe nicht hinreichend bedacht hat. Freilich kann eine Geschäftsordnung nur innerhalb der gesetzlichen und statuarischen Grenzen erlassen werden.<sup>926</sup> Schließlich kann der Stifter selbst „seinen“ Stiftungsorganen eine Geschäftsordnung vorgeben.

Die Stiftungsorgane können sich über eine selbst gegebene Geschäftsordnung hinwegsetzen, ohne die Geschäftsordnung dadurch zu ändern.<sup>927</sup> Beschließt etwa der Stiftungsvorstand eine Geschäftsverteilung, die von der in der Geschäftsordnung vorgesehenen Geschäftsverteilung abweicht, oder installiert einen Ausschuss, den die Geschäftsordnung nicht kennt, so ist der Beschluss wirksam. Denn die Geschäftsordnung wird durch einfachen Mehrheitsbeschluss erlassen, geändert sowie aufgehoben, sofern dazu kein besonderes Quorum angeordnet ist.<sup>928</sup> Der Geschäftsordnung wird damit kein höherer Rang zugewiesen als

gewöhnlichen Organbeschlüssen.<sup>929</sup> Folglich kann die Geschäftsordnung auch durch einfachen Beschluss durchbrochen werden.

Verstöße gegen die Geschäftsordnungsbestimmungen der Stiftungssatzung führen hingegen grundsätzlich zur Beschlussnichtigkeit.<sup>930</sup> Die Rechtsfolge ist insofern sachgerecht, als dem Stifter gerade an einer bestimmten Gestaltung gelegen sein kann. Bestellt etwa der Stifter unter anderem einen Finanzexperten zum Stiftungsvorstand und betraut ihn mit der Buchführung, kann der Vorstand diese Anordnung nicht einfach übergehen. Freilich wird man im Einzelfall die Unerheblichkeit eines Verstoßes annehmen können, wenn die Geschäftsordnungsbestimmung so gestaltet ist, dass sie nur die Arbeitsweise des Gremiums regeln, von ihrer Befolgung aber nicht die Beschlusswirksamkeit abhängen soll (Charakter einer bloßen Ordnungsvorschrift).<sup>931</sup>

### *3. Klarstellung durch Satzungsregelung*

Der obige Katalog trennt die Behandlung von Beschlussfehlern teleologisch nach ihrer Schwere und einer möglichen Beeinträchtigung übergeordneter Interessen in- und außerhalb der Stiftung. In der Praxis kann die Beurteilung im Einzelfall mühsam sein und mitunter erhebliches Konfliktpotenzial bergen. Der Stifter kann – und sollte – dem vorbeugen, indem er die Folgen von Beschlussmängeln in der Satzung regelt. Dabei ist er grundsätzlich frei darin, für welchen Beschlussfehler er die Vernichtbarkeit oder Nichtigkeit vorsieht.<sup>932</sup> Eine Gestaltungsgrenze besteht allerdings bei der Befolgung des Stifterwillens durch die Stiftungsorgane. Der Primat des Stifterwillens ist das konstituierende Merkmal der Stiftung, dessen sich auch der Stifter nicht entledigen kann.<sup>933</sup> Organbeschlüsse, die dem Stifterwillen entgegenstehen, müssen zwingend nichtig sein.<sup>934</sup>

## **IV. Einschränkungen der Fehlerfolge**

Ebenso wie im Gesellschaftsrecht unterliegen auch in der Stiftung die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse gewissen Einschränkungen. Diese gründen einerseits auf dem Umstand, dass sich nicht jede Fehlerhaftigkeit im selben Maße auswirkt, andererseits darauf, dass vorrangige

Bestandsschutzinteressen bestehen können. Schließlich stellt sich die Frage, welchem Schicksal ein fehlerhafter Organbeschluss unterliegt, den die Stiftungsaufsicht genehmigt hat.

### 1. Lehre von der Relevanz des Beschlussfehlers

Bereits in der obigen Analyse zu den Folgen von Beschlussfehlern wird deutlich, dass solche Fehler keiner Sanktionierung bedürfen, die letztlich ohne Auswirkung auf die Beschlussfassung geblieben sind.<sup>935</sup> Dabei liegt in der Natur der Sache, dass Inhaltsfehler stets Konsequenzen für den Beschluss haben.<sup>936</sup> Für Verfahrensfehler hingegen gab es schon früh eine Einschränkung dahin gehend, dass der Verstoß nur dann als beachtlich angesehen wurde, wenn der Beschluss auf dem Fehler beruhte.<sup>937</sup> Da man aber der Gesellschaft als Klagegegnerin im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegte, eine Kausalbeziehung zwischen Fehler und Beschluss zu widerlegen, genügte zur Beachtlichkeit des Verfahrensverstößes faktisch schon die potenzielle Kausalität.<sup>938</sup> Dennoch geriet die Kausalitätslehre in die Kritik, weil im Falle stabiler Mehrheitsentscheidungen auch die potenzielle Kausalität eines Verfahrensverstößes stets verneint werden kann, sodass die Einhaltung von Verfahrensregeln letztlich in das Belieben der Mehrheit gestellt würde.<sup>939</sup> Vor diesem Hintergrund entwickelte *Zöllner* das Relevanzerfordernis für Verfahrensfehler, nach dem es nicht mehr auf die potenzielle Auswirkung des Verfahrensfehlers ankommt, sondern in einer wertenden Betrachtung danach zu fragen ist, ob der Verfahrensmangel die Interessen der Teilnahme- und Abstimmungsberechtigten in relevanter Weise berührt.<sup>940</sup> Fehlt es an einer konkreten Beeinträchtigung, ist der Verfahrensfehler irrelevant und der Beschluss bleibt wirksam.<sup>941</sup> Literatur,<sup>942</sup> Rechtsprechung<sup>943</sup> und sogar der Gesetzgeber<sup>944</sup> haben sich dem normativen Ansatz der Relevanzlehre inzwischen angeschlossen. Die Kausalitätshypothese ist damit heute überholt.

Zu Recht ist die Übertragung des Relevanzkriteriums auf das Stiftungsrecht befürwortet worden, weil stiftungsrechtliche Bedenken hiergegen nicht bestehen.<sup>945</sup> Auch die Möglichkeit der Beschlussvernichtung durch die Organmitglieder muss damit entfallen, wenn ein Verfahrensfehler bei wertender Betrachtung ohne Auswirkung



auf das Teilnahme- und Stimmrecht der Organmitglieder geblieben ist.<sup>946</sup>

## 2. Beschränkung der Nichtigkeitsfolge

Die Nichtigkeit eines Beschlusses verhindert dessen Wirksamkeit grundsätzlich von Anfang an. Allerdings kann es Konstellationen geben, in denen die Nichtigkeit erst später erkannt wird und die tatsächlichen Verhältnisse eine Rückabwicklung nicht mehr erlauben. In diesen Fällen wird im Gesellschafts- wie im bürgerlichen Recht die Nichtigkeitsfolge auf eine Wirkung ex nunc beschränkt, sofern vorrangige Bestands- oder Verkehrsschutzinteressen gegenüber der materiell-rechtlichen Richtigkeit bestehen. Diese Doktrin lässt sich in Teilen auf die Rechtsverhältnisse in der Stiftung übertragen. Ferner ist zu untersuchen, ob eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolge im Stiftungsrecht auch dort geboten ist, wo der Bestand eines Außenrechtsgeschäfts unmittelbar von der Wirksamkeit des Organbeschlusses abhängt.

### a) Anwendung der (erweiterten) Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft betrifft in ihrem Ursprung das Phänomen eines auf Grundlage eines nichtigen oder anfechtbaren Errichtungsakts (Gesellschaftsvertrag oder Satzung) ins Leben getretenen Verbands.<sup>947</sup> Sie besagt, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein solcher Verband für die Vergangenheit im Innen- und Außenverhältnis als wirksam errichtet anzusehen ist, weil die Rückabwicklung im Innen- und Außenverhältnis des am Rechtsverkehr bereits teilnehmenden Verbandes kaum zu bewerkstelligen, oftmals sogar unmöglich ist.<sup>948</sup> Die Problemlage bei der fehlerhaften Gesellschaft besteht insofern darin, „die soziale Wirklichkeit des Verbandes mit den Maßstäben des Vertragsrechts zu versöhnen.“<sup>949</sup> In der Stiftung betrifft die Errichtung auf fehlerhafter Grundlage freilich das Stiftungsgeschäft sowie die behördliche Anerkennung (§§ 80 f. BGB), nicht aber den Bereich fehlerhafter Organbeschlüsse.

In ihrer Fortentwicklung gilt allerdings die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ebenfalls für fehlerhafte Satzungsänderungen, sofern sich die Änderung auf organisationsrechtliche Regelungen (z.B. über die Geschäftsführung, Vertretung, Organstruktur oder Organkompetenz)

bezieht.<sup>950</sup> Auf fehlerhafte Organbeschlüsse über Satzungsänderungen in der Stiftung sind diese Grundsätze übertragbar.<sup>951</sup> Denn auch eine fehlerhafte Satzungsänderung in der Stiftung kann irreversible Zustände bewirken. Wenn etwa der Stiftungsvorstand in einem satzungsändernden Beschluss einem Vorstandsmitglied Einzelvertretungsmacht einräumt, die Stiftungsaufsicht diesen Beschluss genehmigt<sup>952</sup>, das Vorstandsmitglied von seiner Vertretungsmacht Gebrauch macht und sich später herausstellt, dass der Einsetzungsbeschluss wegen der Nichtladung eines Vorstandsmitglieds nichtig ist, zeigt sich dieselbe Problematik. Auch insoweit ist es sachgerecht, für eine fehlerhafte, in Vollzug gesetzte Satzungsänderung den Eintritt der Nichtigkeitsfolge mit Wirkung ex nunc anzunehmen, sofern keine vorrangig schützenswerten Interessen (etwa im Anwendungsbereich der §§ 123, 134, 138 BGB) betroffen sind.<sup>953</sup> Im stiftungsrechtlichen Kontext ist maßgeblich in der Umsetzung des Stifterwillens ein solches vorrangig zu schützendes Interesse zu sehen.<sup>954</sup>

Eng mit der Thematik verknüpft sind fehlerhafte Bestellsakten für Organe. Bestellt beispielsweise das Kuratorium einer Stiftung ein neues Vorstandsmitglied durch – wie sich im Nachhinein zeigt – mangelbehafteten Beschluss, ist das rechtliche Schicksal der bereits ausgeführten Organtätigkeit zu beurteilen. Weil die Rückabwicklung im Innen- wie im Außenverhältnis regelmäßig erhebliche Probleme bereiten wird, sollte auch in der Stiftung auf die Grundsätze über das fehlerhaft bestellte Organ zurückgegriffen werden,<sup>955</sup> die wiederum auf der Lehre vom fehlerhaften Verband fußen<sup>956</sup>. Nach diesen Grundsätzen erwachsen einem fehlerhaft bestellten Organwalter die gleichen Rechte und Pflichten wie einem ordnungsgemäß amtierenden Organmitglied, und die Fehlerhaftigkeit des Bestellsaktes kann nur mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden.<sup>957</sup> Nur konsequent ist es dann, sofern neben der Bestellung auch der Anstellungsvertrag betroffen ist, in Bezug auf das Anstellungsverhältnis auf die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag zurückzugreifen, nach der ein fehlerhaft geschlossener Arbeitsvertrag für die Dauer der Beschäftigung als wirksam zu behandeln ist.<sup>958</sup>

## b) Behandlung von Außenrechtsgeschäften

Eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolge könnte ferner dort in Betracht kommen, wo der Organbeschluss direkt die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts mit Dritten tangiert.

Im Verbandsrecht ist die Wirksamkeit des Ausführungsgeschäfts von der Nichtigkeit eines Organbeschlusses unabhängig, weil die Vertretungsmacht des ausführenden Organs nach außen nicht beschränkbar ist.<sup>959</sup> Ebenso ist die Vertretungsmacht des Vorstands im Vereins- und Stiftungsrecht grundsätzlich unbeschränkt. Allerdings kann sie dort durch die Satzung nach § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB (i.V.m. § 86 Satz 1 BGB) mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden. An eine solche Beschränkung durch die Satzung sind aber zum Schutz des Rechtsverkehrs hohe Anforderungen zu stellen. Insbesondere ist die Vertretungsmacht nicht schon von vornherein auf Tätigkeiten im Rahmen des Stiftungszwecks begrenzt,<sup>960</sup> weil es ein der US-amerikanischen Ultra vires-Doktrin vergleichbares Prinzip im deutschen Recht nicht gibt.<sup>961</sup> Stattdessen muss sich eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis eindeutig aus der Satzung ergeben.<sup>962</sup> Überdies darf die Satzung nicht solche Beschränkungen vorsehen, durch die die Stiftung handlungsunfähig würde; und für solche Geschäfte, die nach dem Stiftungszweck für eine ordnungsgemäße Verwaltung unerlässlich sind, darf ferner keine Beschränkung bestehen.<sup>963</sup> Andernfalls wäre der Stiftung mangels gesicherter nachhaltiger und dauerhafter Erfüllung des Stiftungszwecks (§ 80 Abs. 2 BGB) schon die Anerkennung zu versagen oder sie müsste – im Falle nachträglicher Veränderungen – wegen Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks (§ 87 Abs. 1 BGB) in ihrem Zweck geändert oder aufgehoben werden.<sup>964</sup>

Unbedenklich – und nicht unüblich – ist hingegen die Begrenzung der Vertretungsmacht für Rechtsgeschäfte von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung (große Investitionen<sup>965</sup>, Grundstücksgeschäfte<sup>966</sup>). Sieht die Stiftungssatzung zum Beispiel vor, dass für den Ankauf und die Veräußerung von Grundstücken die Zustimmung des Kuratoriums einzuholen ist, und wird nach Abwicklung eines solchen Geschäfts bekannt, dass der Kuratoriumsbeschluss nichtig ist, stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Schicksal des Grundstückskaufvertrages. Das Bestandsschutzinteresse des Rechtsverkehrs wird im Stiftungsrecht

gegenüber dem Vereinsrecht maßgeblich dadurch verstärkt, dass es – mit Ausnahme von Unternehmensträgerstiftungen<sup>967</sup> – keine Registerpublizität (siehe für das Vereinsrecht §§ 64, 66, 68, 70 f. BGB) gibt, die überhaupt Vertrauensschutz gewährleisten könnte.<sup>968</sup> Nach der lex lata ist zudem nicht erforderlich, dass dem Geschäftspartner die Beschränkung der Vertretungsmacht überhaupt bekannt ist.<sup>969</sup>

Doch selbst wer – etwa nach Vorlage einer Vertretungsbescheinigung<sup>970</sup> – die Beschränkung der Vertretungsbefugnis kennt, ist vor der Nichtigkeit des Zustimmungsbeschlusses nicht gefeit. Zwar wird die Rückabwicklung von einfachen Austauschverträgen wie dem Grundstücksgeschäft im Beispielsfall regelmäßig nicht solche Probleme bereiten, dass die Nichtigkeitsfolge nur mit Wirkung für die Zukunft eintreten könnte.<sup>971</sup> Überdies sind die Fälle des einmaligen Leistungsaustausches einem zeitlich gespaltenen Wirksamkeitsurteil auch gar nicht zugänglich. Allerdings kann es der Stiftung als Vertragspartnerin unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung untersagt sein, sich im Nachhinein auf die Beschlussnichtigkeit zu berufen.<sup>972</sup> Ebenso kann das betreffende Organ aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis der Stiftung (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) verpflichtet sein, einen nunmehr wirksamen Bestätigungsbeschluss zu fassen. Andererseits ist es wiederum nicht angängig, dass die Stiftungsorgane sehenden Auges die Grenzen ihrer Organbefugnisse überschreiten. Letztlich wird im Einzelfall in einer wertenden Gewichtung zu ermitteln sein, ob dem Bestandsinteresse des Dritten vor der Rechtmäßigkeit des Organbeschlusses der Vorrang zu gewähren ist.<sup>973</sup> Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit der Geschäftspartner grundsätzlich auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vertrauen durfte (Kenntnis der Vertretungsbefugnisse, Anscheins- oder Duldungsvollmacht). Eine auf die Wirksamkeit des Vertrages „durchschlagende“ Nichtigkeit des Organbeschlusses ist hingegen anzunehmen, wenn der Beschluss mit dem Stifterwillen nicht vereinbar oder nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist. Freilich wird das Rechtsgeschäft im letzten Fall häufig ohnehin nach diesen Normen nichtig sein. Für eine solche Bewertung spricht zum einen, dass die Umsetzung des Stifterwillens in der Sache alternativlos ist, wohingegen Verkehrsinteressen gegebenenfalls durch Schadensersatzleistungen kompensiert werden können. Zum anderen zeigt das BGB etwa in den

Fällen der §§ 104 Nr. 2, 105, 935 BGB, dass es keinen umfassenden Verkehrsschutz gewährt, sondern vielmehr Fälle der Nichtigkeit anerkennt, deren Folgen sich der Dritte trotz bester Vorkehrungen nicht entziehen kann.

### *3. Keine Heilung durch staatliche Genehmigung*

Schließlich ist zu untersuchen, ob ein fehlerhafter Organbeschluss durch die Genehmigung der Stiftungsaufsicht geheilt werden kann. Genehmigungsbedürftig sind satzungsändernde Beschlüsse<sup>974</sup> und Strukturmaßnahmen<sup>975</sup>. Diese Genehmigungserfordernisse sind zu unterscheiden von den – inzwischen seltenen – Genehmigungsvorbehalten für bestimmte Außenrechtsgeschäfte, die die Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands begrenzen.<sup>976</sup> Zwar ist das Rechtsgeschäft in beiden Fällen bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam.<sup>977</sup> Allerdings bezieht sich die Genehmigung im zweiten Fall nicht auf einen Organbeschluss, sondern auf einen Vertragsschluss mit Dritten.

Dass die Genehmigung der Aufsichtsbehörde die Wirksamkeit des Organbeschlusses herbeiführen kann, ist schon unter systematischen Gesichtspunkten zu bezweifeln. Die Genehmigung bildet gemeinsam mit dem Organbeschluss den rechtsgeschäftlichen Tatbestand. Sie muss daher hinzutreten, damit der Beschluss wirksam werden kann.<sup>978</sup> Die Genehmigung kann aber nicht an die Stelle des Beschlusses treten.

Gegen einen Wirksamkeitszusammenhang zwischen Beschluss und Genehmigung spricht sodann maßgeblich die Garantiefunktion der Stiftungsaufsicht. Die Rechtsaufsicht der Stiftungsbehörde soll zuvörderst dafür Sorge tragen, dass das Handeln der Stiftungsorgane mit dem im Stiftungsgeschäft niedergelegten Stifterwillen im Einklang steht.<sup>979</sup> Da die Stiftung kein personales Substrat hat, fungiert die Aufsichtsbehörde gleichsam als „verlängerter Arm“ des Stifters.<sup>980</sup> Würde man der Genehmigung von Organbeschlüssen durch die Stiftungsaufsicht aber eine Heilungswirkung beimessen, würde die Garantiefunktion der Stiftungsaufsicht mitunter pervertiert. Würde nämlich ein von der Behörde genehmigter, tatsächlich aber gegen den Stifterwillen verstoßender Beschluss rechtswirksam, stünde das Plazet der Stiftungsaufsicht über den Vorgaben des Stifters. Eine solche Hierarchie kennt das Stiftungsrecht

freilich nicht.

Darüber hinaus steht der öffentlich-rechtliche Charakter der Rechtsaufsicht einer Heilungswirkung im Wege. Eine Auswirkung der Genehmigung auf die zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse innerhalb der Stiftung ließe sich schon dogmatisch nicht herleiten. Dafür besteht überdies gar kein Bedürfnis, weil die Wirksamkeit von Organbeschlüssen selbst justiziabel ist und Streitigkeiten hierüber in die ausschließlich Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen. Der Analyse des Bundesgerichtshofs ist insofern nichts hinzuzufügen:

„Die Genehmigungsbehörde ist aber nicht befugt, auch über die zivilrechtliche Wirksamkeit der Satzungsänderung zu entscheiden (...). Hierzu sind vielmehr die Zivilgerichte berufen. Die Genehmigungsbehörde hat nur über die öffentlich-rechtlichen Fragen zu befinden (...). Zivilrechtliche Mängel der Satzungsänderung, wie z. B. Verstöße gegen den in der Satzung niedergelegten Willen des Stifters, werden durch die Genehmigung nicht geheilt. Auf dem Privatrecht beruhende Zweifel an der Gültigkeit der Satzungsänderung können freilich der Aufsichtsbehörde Anlaß geben, die Erteilung der Genehmigung bis zur Behebung von Mängeln hinauszuschieben oder die Genehmigung zu versagen, wenn die Fehler nicht beseitigt werden (...).“<sup>981</sup>

Unvereinbar wäre eine Heilungswirkung überdies mit der präjudiziellen Wirkung zivilgerichtlicher Urteile. Stellt nämlich ein Zivilgericht die Beschlussnichtigkeit fest, ist die Genehmigung der Aufsichtsbehörde rechtswidrig und grundsätzlich aufzuheben, weil ihr kein wirksamer, genehmigungsfähiger Beschluss zugrunde lag.<sup>982</sup>

Dieser Befund deckt sich schließlich mit der Rechtslage bei Errichtung der Stiftung. Dort ist einhellig anerkannt, dass die staatliche Anerkennung der Stiftung etwaige Mängel des Stiftungsgeschäfts nicht heilt.<sup>983</sup> Zwar mag man die Rechtslage zum einen darauf zurückführen, dass in der Anerkennung der Stiftung als Rechtsträger gerade keine inhaltliche Genehmigung des Stiftungsgeschäfts liegt.<sup>984</sup> Daneben bestehen aber dieselben Bedenken, die gegen eine Heilungswirkung von Genehmigungen für Organbeschlüsse ins Feld geführt werden.<sup>985</sup>

Folglich können die Mängel von Organbeschlüssen nicht durch staatliche Genehmigung geheilt werden.

## V. Zwischenergebnis

Als Ergebnis ist an dieser Stelle festzuhalten, dass fehlerhafte Beschlüsse von Stiftungsorganen im Grundsatz nichtig sind. Die Nichtigkeit folgt nur vereinzelt aus den Regelungen über Rechtsgeschäfte in den §§ 125, 134, 138 BGB, regelmäßig hingegen aus der Überschreitung der Organkompetenz durch fehlerhafte Beschlussfassung. Der Eintritt der Nichtigkeitsfolge ist demgegenüber nicht geboten, sofern die verletzte Norm zur Disposition der Organmitglieder steht, also der Beschlussfehler nicht über den Intraorganbereich hinauswirkt. Der Beschluss ist in diesen Fällen wirksam, aber auf Betreiben der Organmitglieder vernichtbar. Mithin erweist sich der im Meinungsbild von Rechtsprechung und Schrifttum skizzierte Anschein einer umfassenden Nichtigkeitsdoktrin bei näherer Betrachtung als unzutreffend.<sup>986</sup>

Eingeschränkt werden die Fehlerfolgen auch in der Stiftung einerseits durch das allgemeine Erfordernis der Relevanz von Verfahrensfehlern, und andererseits durch die Rechtsgrundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft, die auf fehlerhafte Satzungsänderungen, Beststellungsakte sowie Anstellungsverhältnisse Anwendung finden. Überdies kann eine Einschränkung der Beschlussnichtigkeit für Beschlüsse geboten sein, die über die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts mit Dritten direkt betreffen. Insofern kommt es auf eine Abwägung mit dem Bestandsschutzinteresse des Rechtsverkehrs an. Die Heilung von Beschlussfehlern durch eine Genehmigung der Stiftungsaufsicht kommt dagegen nicht in Betracht.